

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE MATO GROSSO DO SUL
PROGRAMA DE MESTRADO EM DIREITO**

LUIZ CARLOS ORMAY JÚNIOR

***AMICUS CURIAE*: INSTITUTO DEMOCRÁTICO DA JURISDIÇÃO
CONSTITUCIONAL E A EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS
FUNDAMENTAIS**

CAMPO GRANDE - MS

2018

LUIZ CARLOS ORMAY JÚNIOR

***AMICUS CURIAE: INSTITUTO DEMOCRÁTICO DA JURISDIÇÃO
CONSTITUCIONAL E A EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS
FUNDAMENTAIS***

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Mato Grosso do Sul como requisito para obtenção de título de Mestre em Direito.

Área de Concentração: Direitos Humanos

Orientador: Professor Dr. Luís Fernando Sgarbossa

CAMPO GRANDE - MS

2018

Eu, Luiz Carlos Ormay Júnior, autorizo a reprodução total ou parcial deste trabalho, por qualquer meio convencional ou eletrônico, para fins de estudo e pesquisa, desde que citada a fonte.

Assinatura: _____

Data: ____/____/____

TERMO DE APROVAÇÃO

Nome: Luiz Carlos Ormay Júnior

Título: *Amicus Curiae*: Instituto Democrático da Jurisdição Constitucional e a efetivação dos direitos fundamentais.

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Mato Grosso do Sul para obtenção do título de Mestre em Direito.

Aprovada em: ____/____/____

Banca Examinadora

Orientador: Prof. Dr. Luís Fernando Sgarbossa

Instituição: UFMS

Julgamento: _____

Assinatura: _____

Prof. Dr. _____

Instituição: _____

Julgamento: _____

Assinatura: _____

Prof. Dr. _____

Instituição: _____

Julgamento: _____

Assinatura: _____

*“Nobody made a greater mistake than he who did
nothing because he could do only a little”*

Edmund Burke

AGRADECIMENTOS

Primeiro devo agradecer a Deus por me dar saúde e empenho para lidar com todas as dificuldades e tensões em que me deparei nos últimos dois anos. Agradeço também a todos os seres de luz que tanto me guardam e auxiliam, não apenas nessa difícil jornada, mas também em toda minha vida.

Faço um agradecimento especial aos meus pais, por sempre me apoiarem, incondicionalmente, garantindo que eu tivesse todos os recursos necessários para alcançar minhas aspirações. Se não fossem vocês, certamente eu não teria conseguido chegar onde estou.

Agradeço também à minha família, tanto a de sangue como a de coração, que está comigo, às vezes em presença física, mas sempre em pensamento.

Um saudoso e dolorido agradecimento devo fazer aos meus avós, que infelizmente não estão mais neste plano, para comemorar o término deste ciclo. O amor de vocês ultrapassa qualquer barreira, e é algo que sinto diariamente em minha vida.

Por fim, agradeço à Jéssica, minha companheira de vida, que teve toda paciência para entender minha constante ausência, nesses dois últimos anos, que me apoia e me dá forças para seguir em frente, mesmo nos momentos mais difíceis.

RESUMO

ORMAY JR, Luiz Carlos. *Amicus Curiae: Instituto democrático da jurisdição constitucional e a efetivação dos direitos fundamentais*. 2018. 142 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Mato Grosso do Sul, 2018.

O presente trabalho, servindo-se do método dedutivo e de pesquisa bibliográfica e documental, visa analisar o papel do instituto do *amicus curiae* na efetivação dos direitos fundamentais, no âmbito da jurisdição constitucional brasileira. Embora o *amicus curiae* seja objeto de diversos estudos, tanto no direito estrangeiro como no pátrio, ainda são escassas as pesquisas que relacionam o instituto com a efetivação dos direitos fundamentais. Neste trabalho, inicialmente aborda-se o conceito de democracia constitucional, fundado na ideia de que as decisões políticas devem respeitar tanto os procedimentos estabelecidos como o conteúdo da Constituição, devendo-se, também, garantir que o indivíduo participe do processo decisório. Observou-se que o Estado democrático de direito representa a submissão da legalidade à Constituição, de modo que todos os atos do poder público devem respeitar sua forma e seu conteúdo. Entretanto, embora seja possível considerar-se a relação entre democracia e constitucionalismo de maneira complementar, existe uma tensão permanente entre ambos, em especial no tocante ao controle judicial de constitucionalidade. Aborda-se o instituto do *amicus curiae* como um mecanismo fundamental de atenuação dessa tensão, tendo em vista o fato de ele permitir que a sociedade participe do debate constitucional. Dada essa característica do instituto, constatou-se que ele pode contribuir para a efetivação dos direitos fundamentais sob dois aspectos, um imediato, que é a democratização da jurisdição constitucional, efetivando o direito fundamental a um processo justo e o princípio democrático, e o outro mediato, que é o fornecimento de informações que podem auxiliar a formação do conhecimento do Tribunal sobre a controvérsia constitucional, contribuindo assim para a construção de uma decisão que melhor efetive os direitos fundamentais.

Palavras-chave: Democracia. Constitucionalismo. Jurisdição Constitucional. Controle de Constitucionalidade. Direitos Fundamentais *Amicus curiae*.

ABSTRACT

ORMAY JR, Luiz Carlos. *Amicus Curiae: Instituto democrático da jurisdição constitucional e a efetivação dos direitos fundamentais*. 2018. 142 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Mato Grosso do Sul, 2018.

This paper, using the deductive method and a bibliographic and documentary research, aims to analyse the *amicus curiae* institute and its role in the realization of fundamental rights within the Brazilian constitutional jurisdiction. Although the *amicus curiae* is the subject of several studies in both foreign and domestic law, there is still little research linking the institute with the realization of fundamental rights. In this work, initially the concept of constitutional democracy is addressed, based on the idea that political decisions must respect both the established procedures and the content of the Constitution, also the individual must be involved in the decision-making process. It has been seen that the democratic state of law represents the submission of legality to the Constitution, so that all acts of public power must respect its form and content. However, while the relationship between democracy and constitutionalism can be viewed in a complementary way, there is still a permanent tension between both, especially regarding judicial control of constitutionality. The *amicus curiae* institute is approached as a fundamental mechanism in attenuating this tension, since it allows the society to participate in the constitutional debate. Given this characteristic of the institute, it was found that it can contribute to the realization of fundamental rights in two aspects, an immediate one, which is the democratization of the constitutional jurisdiction, effecting the fundamental right to a fair process and the democratic principle, and the other mediate, is the provision of information that may assist in the formation of the Court's knowledge of the constitutional controversy, that contributes to the construction of a decision that best serves fundamental rights.

Keywords: Democracy, constitutionalism, Constitutional jurisdiction, Constitutionality control, Fundamental rights, *Amicus curiae*.

LISTA DE SIGLAS

ADC	Ação Declaratória de Inconstitucionalidade
ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
ADO	Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão
ADPF	Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
CADE	Conselho Administrativo de Defesa Econômica
CVM	Comissão de Valores Mobiliários
CF/88	Constituição Federal de 1988
INPI	Instituto Nacional de Propriedade Industrial
STF	Supremo Tribunal Federal

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	12
1 A DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL CONTEMPORÂNEA: O SUBSTANTIVISMO DEMOCRÁTICO	16
1.1 REFLEXÕES INTRODUTÓRIAS SOBRE DEMOCRACIA	16
1.2 ASPECTOS ANTECEDENTES: AS SOCIEDADES POLITICAMENTE ORGANIZADAS E OS REGIMES ANTIDEMOCRÁTICOS	17
1.3 DA DEMOCRACIA ANTIGA À MODERNA	20
1.3.1 A regra da maioria no sistema democrático moderno	27
1.4 A DEMOCRACIA MODERNA: INDIRETA, DE PARTIDOS E SEMIDIRETA.....	29
1.5 O COMPLEXO CONCEITO DE DEMOCRACIA LIBERAL	35
1.6 A DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL CONTEMPORÂNEA E A DOCTRINA DE RONALD DWORKIN	40
1.7 CONCLUSÕES PARCIAIS.....	48
2 A RELAÇÃO ENTRE DEMOCRACIA E CONSTITUCIONALISMO SOB A ÓTICA DO ESTADO CONSTITUCIONAL	17
2.1 A COMPLEXA RELAÇÃO ENTRE DEMOCRACIA E CONSTITUCIONALISMO ...	17
2.2 O SURGIMENTO DO ESTADO MODERNO: DA CONCENTRAÇÃO DO PODER À NECESSIDADE DE SUA LIMITAÇÃO	52
2.3 O ESTADO DE DIREITO E O CONSTITUCIONALISMO	57
2.4 A EVOLUÇÃO DA CONSTITUIÇÃO NO ESTADO MODERNO: DO ESTADO LEGISLATIVO AO ESTADO CONSTITUCIONAL	60
2.5 O CONSTITUCIONALISMO NO ALVORECER DO SÉCULO XX: O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO.....	67
2.6 A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL	69
2.7 O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS	71
2.7.1 O sistema brasileiro de controle judicial de constitucionalidade	76
2.8 A DIFICULDADE CONTRAMAJORITÁRIA E ALGUNS ARGUMENTOS PARA SUA REJEIÇÃO	8181
2.9 A COMPLEXA RELAÇÃO ENTRE CONSTITUCIONALISMO E DEMOCRACIA ...	86
2.10 CONCLUSÕES PARCIAIS.....	88
3 O AMICUS CURIAE: INSTITUTO DEMOCRÁTICO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E A EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	52
3.1 O AMICUS CURIAE, A DEMOCRACIA E A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL.....	52
3.2 UMA REFLEXÃO INICIAL: AS TRADIÇÕES JURÍDICAS E O <i>AMICUS CURIAE</i> ...	93
3.3 O HISTÓRICO DE SURGIMENTO DO <i>AMICUS CURIAE</i>	95

3.4 O AMIGO NORTE-AMERICANO: O INSTITUTO DO <i>AMICUS CURIAE</i> NO ORDENAMENTO ESTADUNIDENSE	98
3.5 O SURGIMENTO E CONSOLIDAÇÃO DO <i>AMICUS CURIAE</i> NO BRASIL	102
3.6 A LEGITIMAÇÃO DEMOCRÁTICA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E O <i>AMICUS CURIAE</i>	107
3.7 A FUNÇÃO INFORMATIVA: O <i>AMICUS CURIAE</i> COMO ELEMENTO ÚTIL DE FORMAÇÃO DA DECISÃO JUDICIAL	112
3.8 O <i>AMICUS CURIAE</i> : O INSTITUTO DEMOCRÁTICO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E A EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	117
CONCLUSÕES	123
REFERÊNCIAS	133

INTRODUÇÃO

Esta dissertação tem como objeto o *amicus curiae* no âmbito da jurisdição constitucional brasileira e sua relação com a efetivação dos direitos fundamentais. O instituto é fruto de construção da jurisprudência inglesa e estadunidense (em especial da segunda), ordenamentos de tradição jurídica do *common law*.

Contudo, devido à importância que exerce no âmbito da justiça, tanto ordinária como constitucional, o instituto foi recebido por diversos ordenamentos ao redor do mundo, incluindo os de tradição do *civil law*, como o ordenamento brasileiro.

Nesse contexto, ele ganha importância ímpar no controle judicial de constitucionalidade via de ação, realizado no âmbito do Supremo Tribunal Federal. Isso porque, as discussões lá desenvolvidas tratam, geralmente, de assuntos sensíveis a grande parte da população, ao mesmo tempo que o ordenamento jurídico brasileiro não admite a participação formal do povo como parte no debate constitucional.

Por outro lado, o *amicus curiae* possibilita que a sociedade participe do processo de hermenêutica constitucional, levando até o Supremo Tribunal Federal suas opiniões, argumentos jurídicos, dados técnicos e estatísticos, a fim de cooperar na formação do convencimento da Corte.

O instituto, embora não seja recente, só foi positivado no ordenamento jurídico pátrio no ano de 1998, por meio da Lei nº 9868 (BRASIL, 1998), que regulamenta o processamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI), Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) e Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC). Desde então, cada vez em maior escala, o *amicus curiae* participa ativamente do debate constitucional e, recentemente, com a reforma do Código de Processo Civil brasileiro, ganhou ainda mais abrangência, podendo, em tese, ser utilizado em qualquer procedimento jurisdicional.

Assim, pode-se dizer que o escopo deste trabalho é analisar a relação entre o *amicus curiae* e a efetivação dos direitos fundamentais no âmbito da justiça constitucional. Convém a ressalva de que, embora seja necessária a análise de estudos sobre os efeitos práticos do *amicus curiae* na jurisdição constitucional, este estudo não tem a pretensão de realizar uma abordagem empírica.

A pesquisa, então, de natureza descritiva e exploratória quanto aos fins, e bibliográfica e documental quanto aos meios, com base no método dedutivo; tem como tema o instituto do *amicus curiae* e a efetivação dos direitos fundamentais.

A sua problemática gira em torno de se compreenderem as formas com as quais o *amicus curiae* pode contribuir para a efetivação dos direitos fundamentais no âmbito da jurisdição constitucional. A escolha do tema se justifica pelo fato de que, embora exista vasta doutrina a respeito do instituto em ordenamentos estrangeiros, e até mesmo no brasileiro, no que toca especificamente à análise do *amicus curiae* e a efetivação dos direitos fundamentais, a bibliografia é escassa.

Para enfrentar adequadamente o tema proposto, é imprescindível que se abordem dois assuntos que figuram no pano de fundo da discussão a respeito do *amicus curiae*: a democracia e o constitucionalismo. Nessa direção, expõem-se, no capítulo um do trabalho, as principais “etapas percorridas pela democracia” no Ocidente juntamente com seus aspectos fundamentais, para, ao final, com base nos ensinamentos de Ronald Dworkin e Peter Häberle, compreender-se o conceito de democracia constitucional.

Esse conceito de democracia deve ser visto sob dois aspectos. Um procedimental, baseado no procedimento majoritário de tomada de decisões públicas, outro substantivo, consubstanciado na necessidade de que o conteúdo dessas decisões respeitem os direitos fundamentais e a Constituição.

De outro norte, igualmente imprescindível é a compreensão do constitucionalismo, em especial com o advento do Estado constitucional. Por conta disso, no segundo capítulo serão explorados assuntos inerentes ao constitucionalismo, como Estado de direito, Constituição, Estado constitucional (democrático de direito), jurisdição constitucional e controle de constitucionalidade.

O Estado constitucional tem peculiar importância no trabalho, pois é nele que se desenvolve a democracia constitucional ou cooperativa. É nesse modelo de Estado que se inaugura uma dimensão substancial do Estado de direito, que agrega o elemento democrático.

Não obstante, a análise da relação entre democracia e constitucionalismo passa, inevitavelmente, pela dificuldade contramajoritária. Essa crítica aponta o controle de constitucionalidade como um atentado à democracia, vez que permite que juízes não eleitos anulem decisões majoritárias de representantes eleitos.

Mesmo que se pense a democracia como complementar ao constitucionalismo e vice-versa, não é possível afastar completamente o argumento contramajoritário. Contudo, mesmo com essa tensão, entende-se que ambos aparentemente coexistem.

Dessa maneira, de um lado existe a democracia representativa partidária baseada em decisões majoritárias que asseguram, em teoria, que a vontade da maioria será observada; de

outro, há uma Constituição que limita o poder político a fim de assegurar que os direitos e garantias fundamentais dos indivíduos não serão violados pela maioria detentora do poder.

Para garantir que esses direitos fundamentais (e a Constituição) não sejam violados, a jurisdição constitucional conta com diversos mecanismos. Um dos principais é o controle de constitucionalidade, que fiscaliza a conformidade das leis com a Constituição.

Esclarece-se que, neste trabalho, o controle judicial ganha destaque, visto que, no Brasil, ele é a forma mais utilizada para a fiscalização da constitucionalidade, além de ser nesse âmbito que o *amicus curiae* mais atua.

Entretanto, embora esse mecanismo seja valioso para o Estado constitucional e para a própria democracia (no aspecto substancial), ele possui, inevitavelmente, caráter contra representativo. Por essa razão, é importante que a sociedade possa participar do processo de debate constitucional, a fim de aprimorar a legitimidade democrática das decisões que são tomadas em sede de controle de constitucionalidade.

Essa noção se alinha com a concepção de democracia constitucional de Dworkin, que entende que as pessoas devem ser tratadas com igualdade, o que envolve participar das decisões públicas tomadas na sociedade onde vivem. Além disso, coaduna-se, também, com a doutrina de Häberle, que é defensor da abertura procedimental da hermenêutica constitucional a fim de que a sociedade participe da interpretação da Constituição como forma de realizar a própria democracia.

Daí surge a importância do *amicus curiae*. O instituto possibilita que a sociedade participe dos debates constitucionais, apresentando suas opiniões, argumentos jurídicos, chamando atenção para fatos, apresentando dados técnicos e estatísticos.

O capítulo três, que constitui o ápice do trabalho, traz abordagem sistemática do instituto, abordando-se, inicialmente, sua relação com as tradições jurídicas do *common law* e do *civil law*. Analisa-se, também, a origem do instituto nos ordenamentos inglês e estadunidense, expondo-se os principais motivos de sua criação, que envolvem a existência do *adversarial system* e do *stare decisis*.

No Brasil, existe certa controvérsia doutrinária quanto à data de surgimento do *amicus curiae*, contudo, existe consenso de que a Lei nº 9868 de 1999 foi a norma que positivou o instituto no âmbito da jurisdição constitucional pátria. O Supremo Tribunal Federal, desde a promulgação da Constituição Federal de 1988 já admitia regularmente a participação do *amicus* no processo de controle abstrato de constitucionalidade, tendo em vista a concepção da Corte de que o instituto é um valioso mecanismo de pluralização do debate e democratização da jurisdição constitucional.

Diante desse fato, analisam-se as funções democrática e informativa do *amicus curiae*, sempre no contexto da democracia constitucional e do Estado democrático de direito. Todos esses assuntos são abordados com a intenção de se verificar a relação entre o *amicus curiae* e a efetivação dos direitos fundamentais no âmbito da jurisdição constitucional.

Espera-se que o estudo, ao final, tenha sido capaz de mostrar a importância do instituto do *amicus curiae* na efetivação dos direitos fundamentais, tanto de maneira mediata como imediata, na esperança de que este estudo sobre o tema contribua para o seu aperfeiçoamento no ordenamento jurídico brasileiro.

1 A DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL CONTEMPORÂNEA: O SUBSTANTIVISMO DEMOCRÁTICO

1.1 REFLEXÕES INTRODUTÓRIAS SOBRE DEMOCRACIA

Pela amplitude das discussões que a circundam, a democracia se mostra um termo vago, que engloba, muitas vezes, carga emotiva; fazer referência a ela não significa compreender necessariamente as mesmas situações ou instituições (COSTA, 2010). Estudar a democracia se mostra, desse modo, tão complexo quanto problemático, pois o tema consiste em uma das questões fundamentais, das sociedades antigas às contemporâneas. Todavia, o ponto de partida para estudá-la é saber que não se pode, sob pena de se ter uma resposta equivocada, definir de maneira definitiva e completa o que ela é¹.

Assim, a democracia não pode ser compreendida por meio de uma doutrina imobilizada, petrificada em um dogma eterno, tampouco por uma forma histórica imutável, mas por um sistema de ideias e uma instituição que se retificam constantemente com o progresso ético e científico da humanidade (PINTO FERREIRA, 1993).

Uma das saídas para enfrentar o problema da complexidade é estudar a democracia observando suas principais características nos diversos períodos históricos e nas diversas sociedades nas quais ela se desenvolveu no decorrer da história, chegando-se, assim, a definições descritivas da democracia. De outro lado, não menos importante, é se debruçar também sobre o conceito prescritivo de democracia, isto é, o que a democracia deve ser, e não só o que ela efetivamente é em dado contexto histórico.

Dito isso, o objetivo deste primeiro capítulo do trabalho é construir uma base teórica sobre a democracia, enfatizando as características da democracia direta, da indireta e, dentro desta segunda, as principais formas que ela desenvolveu no Ocidente. Inserido nessa finalidade, este capítulo busca, também, explicitar o conceito de democracia constitucional contemporânea, utilizando, para isso, principalmente, as doutrinas de Ronald Dworkin e Peter Häberle.

¹ Nino (1997) pontua que se tratando de arranjos institucionais, sistemas de governo ou regimes políticos, devem-se evitar definições singulares, pois dificilmente temas complexos cabem em conceitos simples. Essa premissa se confirma pelo fato de a democracia acontecer simultaneamente em diferentes localidades, com diferentes contextos e fases, e se desenvolver de maneira única em diferentes localidades e períodos.

1.2 ASPECTOS ANTECEDENTES: AS SOCIEDADES POLITICAMENTE ORGANIZADAS E OS REGIMES ANTIDEMOCRÁTICOS

O surgimento do sistema político constitui um importante acontecimento na vida do homem em comunidade organizada. Ele é caracterizado pela organização ou criação de uma origem social, em uma dada estrutura territorial, por meio do exercício organizado de uma autoridade com poder coercitivo, operacionalizado pelo uso da força (BOBBIO; MATTEUCCI; PASQUINO, 2008).

Visto dessa forma, o sistema político tem como principal função a manutenção da ordem dos valores comuns de integração e continuidade; a ação política, por sua vez, é todo ato realizado que vise à manutenção dessa ordem (Ibid.).

As sociedades politicamente organizadas podem ser classificadas como sociedades de poder difuso, personalizado ou institucionalizado² (BONAVIDES, 2001). Atualmente, a forma que predomina nas sociedades ocidentais é a de poder institucionalizado, que pode ser vista, inclusive, no Brasil.

No âmbito das sociedades ocidentais de poder institucionalizado, a democracia é, atualmente, o regime político predominante. Contudo, conforme se vê na atualidade brasileira³, isso não quer dizer nem que o poder institucionalizado é um modelo ideal de organização, nem que a democracia é o melhor regime político⁴.

Contudo, caso se observem as principais formas de regime político que existiram no Ocidente, em uma concepção de sociedade eurocêntrica, a democracia se mostra a melhor forma de regime político⁵. Em contrapartida, as principais formas de regimes “não-

² As sociedades de poder difuso possuem número reduzido de indivíduos, possuem forte ligações com costumes, de modo que existe uma pressão externa sobre os indivíduos provocados pela obrigação de respeitar as tradições do grupo (BONAVIDES, 2001). Nessas sociedades não existe um órgão ou autoridade que concentra o poder, ao contrário, ele é difundido entre toda a sociedade, de modo que o indivíduo é completamente privado de sua individualidade. O poder personalizado se manifesta em circunstâncias completamente diferentes; ele demanda a existência de uma sociedade heterogênea, onde existe propriedade privada e, o mais importante, a concentração do poder político em um indivíduo, que geralmente conquista esse poder por meio de atos relevantes, como vencer uma guerra, resolver uma questão social importante (BOBBIO; MATTEUCCI; PASQUINO, 2008). Esse indivíduo pode ser um cacique, um príncipe, um militar ou um rei. As sociedades de poder institucionalizado são a grande maioria na atualidade; nelas o poder é exercido através de instituições, que são reguladas por normas preestabelecidas, que, além de direcionar, limitam o poder dos governantes.

³ Desde 2014 o Brasil passa por forte crise econômico-política institucional, destacando-se a ocorrência de *impeachment* de um Presidente da República, inúmeros casos de corrupção de agentes públicos, financiamento irregular de campanhas eleitorais, compra de medidas provisórias e outros inúmeros casos de desvirtuação do *múnus* público.

⁴ Essa ideia pode ser vista de maneira aprofundada nos ensinamentos de Pierre Clastres (1974).

⁵ Essa visão eurocêntrica, essencialmente ocidentalista, é objeto de forte crítica por Clastres (1974), em suas palavras “o registro de uma evolução evidente de forma alguma fundamenta uma doutrina que, relacionando arbitrariamente o estado de civilização com a civilização do Estado, designa este último como termo necessário

democráticos” se resumem em despotismo/absolutismo, ditadura, autoritarismo e totalitarismo (BOBBIO; MATTEUCCI; PASQUINO, 2008).

O despotismo comporta duas principais acepções: oriental e europeia. A oriental tem origem no pensamento grego clássico e caracteriza um regime político eminentemente monocrático, existente na Ásia e África, definido por Montesquieu como um governo no qual apenas um, sozinho, sem leis nem freios, arrasa tudo e todos ao sabor de sua vontade e de seus caprichos, sendo considerado um verdadeiro deus entre os homens (Ibid.).

Em sua vertente europeia, o despotismo caracteriza qualquer monarquia absolutista, em especial aquelas que existiram entre os séculos XVI e XVIII, podendo tomar uma forma “boa” ou “ruim”, de acordo com as atitudes tomadas pelo monarca. De fato, no despotismo europeu, todos os poderes eram concentrados no monarca, cujas decisões representavam o poder último e absoluto (Ibid.).

A ditadura é diretamente ligada a um movimento de transformação da sociedade, o que faz com que uma de suas características seja a ausência de fundamento em tradição ou aceitação passiva do regime por grande parte da população (Ibid.). Ela geralmente acontece pelo uso da violência de uma parcela da população em relação a outra e, em regra, não possui definição clara quanto ao processo de sucessão do poder ou de manutenção do regime.

Convém mencionar que o desenvolvimento do pensamento político fez com que a ideia de ditadura estivesse mais relacionada com o modo com que se exerce o poder, do que com a forma de ascensão a ele (Ibid.). Assim, a caracterização da ditadura está relacionada diretamente ao modo de agir da autoridade, uma questão que

Para entender, sem confusão, é necessário distinguir entre autoridade autoritária e autoridade autorizada. A primeira é uma autoridade má e falsa, uma autoridade inimiga da liberdade. De outro lado, a segunda é a autoridade genuína que aparece com a liberdade. A relação entre autoridade autoritária e liberdade é de recíproca exclusão. Em troca, a relação entre autoridade autorizada e liberdade é de complementariedade⁶ (SARTORI, 1993, p. 122, tradução nossa).

A ditadura, na atualidade, pode ser considerada um regime político que permite o uso do poder de maneira ilimitada e discricionária, adquirindo verdadeiro caráter *legibus solutus*

atribuído a toda sociedade. Pode-se então indagar o que manteve os últimos povos ainda selvagens” (CLASTRES, 1974, p. 2-3). Contudo, tendo em vista o tema principal deste trabalho e, ainda, a base teórica que se pretende construir sobre democracia neste capítulo, torna-se necessária uma análise direcionada ao mundo ocidental.

⁶ Tradução livre: Para entender, sin confusiones, es necesario distinguir entre autoridad autoritaria y autoridad autorizada. La primera es una autoridad mala y falsa, una autoridad enemiga de la libertad. En cambio, la segunda es la autoridad genuina que aparece con la libertad. La relación entre autoridad autoritaria y libertad es de recíproca exclusión. En cambio, la relacion entre autoridad autorizada y libertad es de complementariedad.

(SARTORI, 1993). Vale mencionar que a ditadura pode ser, também, totalitária, cujas características são específicas.

Totalitarismo é o termo que denomina o regime político nascido entre a primeira e a Segunda Guerra Mundial, que pode ser caracterizado pela existência de uma ideologia oficial, um partido único de massas controlado por uma oligarquia; mantém o monopólio das armas, dos meios de comunicação, utiliza de maneira opressiva o poder de polícia e possui total controle sobre a economia (Ibid.). É, assim, um tipo ideal que denota o aprisionamento de toda a vida associada dentro do Estado; é o domínio da vida política e extra política do homem (Ibid.).

Embora não seja uma forma específica de regime político e não possua conotação histórica, a autocracia é uma importante “categoria” de regime político, com dois significados principais, um particular e um outro geral (BOBBIO; MATTEUCCI; PASQUINO, 2008).

Em seu sentido particular, autocracia determina um grau elevado de personalização do poder; em outras palavras, em uma autocracia o poder do Estado é absoluto e personificado em um indivíduo, permitindo que ele seja independente de seus súditos, os quais, por sua vez, não possuem mecanismos institucionais para frear as ações desse indivíduo. Já no aspecto geral, autocracia caracteriza o grupo de regimes antidemocráticos, todavia, essa definição parece não ser a mais apropriada, na prática (Ibid.).

Sartori (1993) entende autocracia como o oposto extremo da democracia, e a define como autoinvestidura, autoproclamação como chefe ou ascensão ao poder por direito hereditário. Um dos principais pontos que diferencia um regime autocrático de um democrático é a forma de acesso ao poder; enquanto em uma democracia existem eleições livres, em uma autocracia existe autoinvestidura ou direitos hereditários (SARTORI, 1993).

Todavia, a diferença entre os regimes não se resume na existência ou não de eleições livres; importa, também, o fato de que em regimes democráticos não existe título de poder irrevogável, em outras palavras, para haver democracia deve haver consenso popular sobre quem é ou está investido no poder (SARTORI, 1993).

Embora as considerações sobre o que não é a democracia sejam valiosas para iniciar o estudo desse regime político, ela não pode ser corretamente compreendida através de “processo de exclusão”. Portanto, é valioso que se realize uma incursão histórica sobre o desenvolvimento da democracia no mundo ocidental, assumindo, para tanto, a democracia grega como marco inicial.

1.3 UM PANORAMA DE EVOLUÇÃO DA DEMOCRACIA OCIDENTAL: DA DEMOCRACIA ANTIGA À MODERNA

Sartori (1993) ensina que definir a democracia em seu sentido prescritivo é importante, pois permite saber o que se esperar da democracia – o que a democracia deve ser – tornando possível, assim, considerar-se o que é e o que não é democrático, com base na observação da realidade. Desse modo, democracia é um conceito que irremediavelmente está para algo; em outras palavras, uma experiência democrática se desenvolve de modo a se preencher a lacuna entre o dever ser (conceito prescritivo ou ideal da democracia) e o ser (conceito descritivo ou real da democracia) (Ibid.).

Convém registrar, também, que a democracia se reveste de características próprias, de acordo com os caminhos e as escolhas da sociedade na qual ela se desenvolve, podendo-se falar em formas de democracia, como a democracia social, a econômica e a política (Ibid.). Sem prejuízo das outras formas, a democracia política ganha especial relevância, pois, sendo ela condição essencial de qualquer outra forma de democracia, assume caráter condicionante para as demais formas (Ibid.).

Embora existam essas diferentes formas, é importante registrar a principal divisão na teoria da democracia, isto é, aquela entre a descontinuidade que separa a democracia dos antigos e a democracia dos modernos (Ibid.). Essa divisão é asseverada também por Bobbio (2000b, p. 31-32):

Seja o que for que se diga, a verdade é que, não obstante o transcorrer dos séculos e todas as discussões que se travam em torno da diversidade da democracia dos antigos com respeito à democracia dos modernos, o significado descritivo geral do termo não se alterou, embora se altere, conforme os tempos e as doutrinas, o seu significado valorativo, segundo o qual o governo do povo pode ser preferível ao governo de um ou de poucos e vice-versa. O que se considera que foi alterado na passagem da democracia dos antigos à democracia dos modernos, ao menos no julgamento dos que veem como útil tal contraposição, não é o titular do poder político, que é sempre o “povo”, entendido como o conjunto dos cidadãos a que cabe em última instância o direito de tomar as decisões coletivas, mas o modo (mais ou menos amplo) de exercer esse direito.

Dito isso, é importante esclarecer que a democracia deve ser entendida como um conceito que expressa, precipuamente, um regime político; portanto, é uma instituição essencialmente política (SARTORI,1993). A experiência histórica demonstra a existência de duas principais formas de democracia: a direta e a indireta:

1. A democracia direta ou, vale dizer, democracia como participação; 2. A democracia indireta ou, por assim dizer, democracia representativa. A primeira é um

exercício em próprio e, neste sentido, direto do poder; enquanto a segunda, é um sistema de controle e de limitação do poder⁷ (Ibid., p. 137, tradução nossa).

Retomando a ideia defendida por esse autor de que a teoria da democracia é uma, conquanto seja dividida pela descontinuidade que separa a democracia dos antigos e dos modernos, segundo o autor, em regra, a democracia antiga é direta e a democracia moderna, indireta (Ibid.).

A democracia inseriu, nas sociedades antigas, a projeção do desejo de igualdade entre os indivíduos como elemento primário do relacionamento humano. Isso porque o conceito fundamental de democracia é que o poder pertence ao povo, o que necessariamente exige que os indivíduos que o compõem devam ser tratados de maneira igual⁸.

Todavia, a ideia de igualdade entre cidadãos não vale para toda a Grécia, visto que em Atenas, por exemplo, só eram considerados cidadãos aqueles que cumprissem determinados requisitos, como: ser homem, livre, maior, branco e proprietário (BOBBIO; MATTEUCI; PASQUINO, 2008). Essa exigência acaba desconstituindo a democracia pelo fato de que, mesmo conferindo poder ao povo, limita extremamente quem é o povo.

Na verdade, uma das características fundamentais da democracia direta grega é a diferença entre cidadão e habitante, que existia na Grécia antiga. Em Atenas, por exemplo, sobre um total de trezentos mil habitantes havia um contingente de cerca de trinta mil cidadãos, isto é, indivíduos que possuíam direitos políticos. Isso afeta diretamente o conceito de igualdade (especialmente política), que, embora não seja absoluto na democracia moderna, nela se desenvolve de maneira sensível (SARTORI, 1993).

Essas características afastam a ideia romântica de que a democracia direta existente na Grécia seja o modelo ideal de democracia, de fato. É possível questionar se nas cidades-

⁷ Tradução Livre: 1. La democracia directa o, vale decir, democracia como participación; 2. La democracia indirecta o, por así decirlo, democracia representativa. La primera es un ejercicio en próprio y, en este sentido, directo del poder; mientras que la segunda, es un sistema de control y de limitación del poder.

⁸ A principal mudança que precede o aparecimento da democracia na Grécia é a invenção da cidadania. Esta é, em primeiro lugar, uma ideia. Consiste em considerar que os homens não são mais súditos (“sujeitos”) que devem dobrar-se às exigências de uma ordem política superior e, por conseguinte, sua única vocação é submeter-se à autoridade tradicional de um rei. Ela vê os homens como “cidadãos” (*politai*), quer dizer, indivíduos considerados como iguais no plano político e que, deste modo, são titulares de direitos e de deveres idênticos (ditos “cívicos” ou “civis”) em relação à comunidade. Esta passagem do súdito da realeza ao cidadão da cidade é a tradução direta, na vida política, da concepção inédita das relações políticas que começou a surgir no fim da Grécia arcaica. A cidadania supõe, em primeiro lugar, que os homens sejam considerados como seres intercambiáveis, semelhantes uns aos outros, seja qual for a sua origem, sua classe ou condição. Portanto, o que define os cidadãos não são mais as suas qualidades pessoais, aquelas que fazem de cada homem um ser à parte, a saber: a excelência, o nascimento ou fortuna. O que faz um cidadão é sua pertença a uma comunidade cívica. Uma tal concepção do indivíduo é totalmente revolucionária para época, pois rompe com a visão dos tempos antigos, a dos mitos e dos relatos homéricos que exaltavam a superioridade dos “heróis”. Ela implica em considerar todos os indivíduos – inclusive os mais humildes – de maneira abstrata, a partir dos laços que os unem a cidade. (NAY, 2007, p. 28)

estados gregas, embora se falasse em democracia direta como regime político, na verdade se teria uma república aristocrática por conta das exigências existentes para o exercício de direitos políticos.

Feita essa ressalva, é preciso distinguir a democracia direta da democracia indireta, utilizando, para isso, suas principais diferenças. A primeira delas é quanto ao Estado, que, na democracia direta, existe apenas em seu sentido amplo (sociedade politicamente organizada) e não em sentido estrito (Estado moderno surgido após o século XVI).

Como lembra Sartori, “a democracia antiga não era para nada uma cidade-Estado, como frequentemente se diz: era uma cidade-comunidade, uma cidade sem Estado”⁹ (Ibid., p. 138, tradução nossa). A consequência disso é que na democracia direta a participação política se dava de maneira horizontal, uma vez que não havia distinção clara entre governantes e governados; na verdade, existia uma alternância muito grande desse *status*, prevalecendo, assim, a ideia de soberania popular.

Entretanto, o ideal de soberania popular, cuja expressão é o autogoverno, deve ser analisado juntamente com a ideia de igualdade entre os indivíduos, que, como visto, não era respeitada, por conta do conceito extremamente restritivo de cidadão existente na época:

Quem discute democracia acaba por discutir soberania popular, igualdade e autogoverno. Esses são conceitos que reclamam uns aos outros. Ao afirmar que o povo é soberano se entende que a soberania pertence por igual a todos os indivíduos que o compõe. E o povo é tão soberano quanto mais se autogoverna¹⁰ (SARTORI, 1993, p. 38, tradução nossa).

O ideal de autogoverno, em sentido literal, é considerado uma utopia, visto que exige dos cidadãos disponibilização integral de seu tempo ao serviço público, o que acaba por colocar em segundo plano outras atividades importantes que devem ser realizadas para o desenvolvimento da cidade. Nesse aspecto, a democracia direta na Grécia foi possível por conta da escravidão e da ausência de direito político das mulheres, isto é, o *demos*, ou corpo de cidadãos, que era quem exercia as atividades políticas, representava um número muito pequeno de indivíduos em relação ao total de habitantes.

⁹ Tradução Livre: la democracia antigua no fue para nada una ciudad-Estado, como frecuentemente se nos disse: fue una ciudad-comunidad, una ciudad sin Estado

¹⁰ Tradução livre: Quién discute de democracia acaba por discutir de soberanía popular, igualdad y autogobierno. Estos conceptos se reclaman unos a otros. Al afirmar que el Pueblo es soberano se sobrentiende que la soberanía pertenece por igual a todos los individuos que lo componen. Y el Pueblo soberano es tal cuanto más se autogobierna.

Aristóteles (2006) afirma que aqueles que trabalhavam para viver não podiam ser cidadãos¹¹, justamente pelo fato de que os deveres políticos absorviam grande parte do tempo do indivíduo¹². Uma consequência direta disso era que havia uma hipertrofia da política e uma atrofia das atividades econômicas, uma vez que os cidadãos deviam se dedicar integralmente às atividades públicas e ficavam privados do exercício de outras atividades da vida (SARTORI, 1993).

A autogestão exercida na democracia direta gera, também, uma dificuldade de administração pública. Isso porque, em uma democracia direta, embora exista um poder institucionalizado, não existe a figura do Estado em sentido estrito, isto é, o Estado dotado de aparato administrativo a fim de exercer as funções públicas, o que, por sua vez, restringe a extensão territorial que a comunidade pode alcançar, como bem lembra Sartori:

Mas o estado de ser “sem Estado” implica, também, a obrigação de ficar na cidade, de ficar *intramoenia*, é dizer, de ficar pequeno. Se calcula que Atenas chegou a um máximo de 30 ou 35 mil cidadãos (sobre um total de 300 mil habitantes). A *polis* democrática floresceu porém, na mesma medida, pereceu, porque foi incapaz de crescer, condenada ao espaço que a instituía e fazia possível. Em suma, sem Estado implica sem extensão.¹³ (SARTORI, 1993, 139-140, tradução nossa):

O “grau” de autogoverno de uma sociedade é inversamente proporcional à extensão territorial que ele abrange, porque o autogoverno literal só é possível, em tese, quando existe apenas um indivíduo; na medida em que o número de pessoas aumenta, embora possa haver consenso, a intensidade do autogoverno diminui (Ibid.).

Para uma democracia direta, a extensão territorial também é um fator de limitação, porque, empiricamente, só é possível uma democracia direta em sociedades pequenas, com pouca extensão territorial. Bobbio (2000b) afirma que Rousseau estava convencido de que

¹¹ Em “A Política”, Aristóteles justifica as diferenças sociais como fator determinante ao *status* de cidadão “Falemos aqui de cidadãos de nascimento. E não dos naturalizados. Não é a residência que constitui o cidadão: os estrangeiros e os escravos não são “cidadãos”, mas sim “habitantes”. [...] é mais ou menos o mesmo que acontece com as crianças que ainda não tem idade para ser inscrita na função cívica e com os mais velhos que, pela idade, estão isentos de qualquer serviço. Não podemos dizer simplesmente que eles são cidadãos; não são cidadãos se não supranumerários; uns são cidadãos em esperança por causa de sua imperfeição, outros são cidadãos rejeitados por causa de sua decrepitude. Terão o nome que quiser: não importa desde que sejamos compreendidos. Procuramos aqui o cidadão puro, sem restrições nem modificações. Com mais forte razão, devemos deliberadamente riscar desta lista os infames e os bandidos. Portanto, o que constitui propriamente o cidadão, sua qualidade verdadeiramente característica, é o direito de votar nas Assembleias e de participação no exercício do poder público em sua pátria” (2006, 41-42).

¹² Essa mentalidade reflete a possível república aristocrática que existia na Grécia antiga, da qual se falou, anteriormente.

¹³ Tradução Livre: Pero el estado de ser “sin Estado” implica, también, obligación de quedarse en la ciudad, de quedarse *intramoenia*, es decir, de quedarse pequeños. Atenas, se calcula llegó a un máximo de 30 o 35 mil ciudadanos (sobre un total de 300 mil habitantes). La *polis* democrática floreció pero, en la misma medida, pereció, porque fue incapaz de crecer, condenada al espacio que la instituía y la hacía posible. En suma, sin Estado implica sin extensión.

uma verdadeira democracia jamais existiu ou existirá, pois exige um Estado muito pequeno e, ainda, uma simplicidade muito grande de costumes e uma grande igualdade de condições.

Na Grécia antiga, “a *polis* democrática floresceu mas, na mesma medida, pereceu, porque foi incapaz de crescer, condenada ao espaço que a instituía e a fazia possível”.¹⁴ (SARTORI, 1993, p. 139, tradução nossa).

Além disso, em uma democracia direta os direitos individuais ficam seriamente comprometidos, porque não existem garantias de sua proteção, ficando o indivíduo à mercê da vontade coletiva. A “tirania da maioria” acontece quando se violam direitos de uma minoria, utilizando-se procedimentos aparentemente legítimos, isto é, viola-se o direito da minoria legislando-se (SARTORI, 1993).

Durante a Idade Média, por conta da ascensão e predominância de regimes autocráticos, a democracia ficou esquecida. Com exceção da Inglaterra, a grande maioria dos países da Europa passaram a Idade Média submetidos a regimes autocráticos; entretanto, em meados do século XVII, começaram a surgir na França ideais que contribuíram para o resgate do conceito de democracia, agora em sua acepção moderna, e que, no século seguinte, influenciariam a Revolução Francesa.

Dentro dessas ideias, é de se destacar a expressão francesa *souveraineté*, que tem origem com Jean Bodin e caracteriza o predomínio que o ordenamento estatal possui dentro de determinado território, sobre determinadas organizações sociais (BONAVIDES, 2001). Dada essa premissa, surge o questionamento quanto à origem da soberania; para responder a esse questionamento, existem a doutrina teocrática e a doutrina democrática.

As doutrinas teocráticas, embora diversas, têm em comum o fato de atribuírem base divina à soberania; já as democráticas, veem no próprio povo a origem da soberania (DALLARI, 2003). Dentro das doutrinas democráticas existem duas importantes subdivisões - a doutrina da soberania popular e a doutrina da soberania nacional.

A doutrina da soberania popular, defendida por grande parte dos contratualistas, define-a como a soma das distintas frações de soberania presentes em cada um dos indivíduos da sociedade. Desse modo, o poder soberano é virtualmente fragmentado em tantas partes quanto o número de indivíduos (BONAVIDES, 2001).

Pelo fato de cada indivíduo ser detentor de um fragmento do poder soberano, todos devem participar ativamente do processo político, de modo que essa doutrina funda o

¹⁴ Tradução Livre: La *polis* democrática floreció pero, en la misma medida, pereció, porque fue incapaz de crecer condenada al espacio que la instituía y la hacía posible.

processo democrático sobre a igualdade política dos cidadãos e o sufrágio universal direto. A doutrina da soberania popular, embora não tenha prevalecido após a Revolução Francesa, foi amplamente difundida no processo revolucionário, sustentada pelos ensinamentos de influentes contratualistas como Rousseau, exercendo, assim, grande influência no desenvolvimento das ideias democráticas no período (Ibid.).

A doutrina da soberania nacional, defendida por Sieyès, surgiu durante a Revolução Francesa, atentando para as potenciais consequências que as ideias de Rousseau poderiam trazer na prática, isto é, a plenitude do poder popular que leva ao eventual despotismo e onipotência das multidões. Ela surge com a intenção de dar solução social, política e jurídica aos problemas da doutrina da soberania popular, e, ao mesmo tempo, evitar a continuação de regimes autocráticos (Ibid.).

A doutrina de Sieyès, que foi adotada pela Assembleia Constituinte francesa, rejeita a ideia de soberania fracionada entre cada indivíduo da sociedade, adotando, dessa forma, a ideia de nação, que juntamente com o povo se torna uma entidade autônoma, abstratamente personificada, superior às vontades individuais que a compõem e depositária única e exclusiva da autoridade soberana (BONAVIDES, 2001).

A grande diferença entre as duas doutrinas reside na abrangência da participação política do indivíduo, que, no caso da soberania popular é universal, e na soberania nacional é circunscrita àqueles que a nação investir na função de escolha dos governantes (Ibid.). Assim, a democracia moderna, embasada na doutrina da soberania nacional e consolidada ao término da Revolução Francesa, toma forma como um regime político essencialmente representativo.

Em suma, eis a grande dessemelhança entre a democracia antiga e a moderna: enquanto na primeira os cidadãos participavam diretamente do processo político, na segunda, a participação se dá por meio de representantes eleitos pelo povo. Essa diferença origina diversas consequências práticas.

A primeira delas é que no momento em que o povo é representado por um reduzido número de indivíduos que, em tese, devem expressar a vontade popular, o processo de mediação de interesses se torna muito mais fácil, o que permite evitar a radicalização existente no processo de deliberação da democracia direta, que acontecia por conta da pessoalidade que se tinha do cidadão com sua posição, além das inúmeras variações de opiniões sobre um mesmo assunto que poderiam existir (SARTORI, 1993).

Essa conclusão influi diretamente no aspecto qualitativo das decisões tomadas, isto é, como considera Montesquieu, o povo é excelente para escolher, mas péssimo para governar.

De resto, a democracia representativa também nasceu da convicção de que os representantes eleitos pelos cidadãos estariam em condições de avaliar quais seriam os interesses gerais melhor do que os próprios cidadãos, fechados demais na contemplação de seus próprios interesses particulares; portanto, a democracia indireta seria mais adequada precisamente para o alcance dos fins a que fora predisposta a soberania popular (BOBBIO, 2000a, p. 34).

Um outro aspecto relevante diz respeito à extensão territorial e quantidade de indivíduos que passaram a compor as sociedades. Como já mencionado, nas democracias antigas a população que fazia parte do processo político era reduzida, portanto, era viável a participação direta dos indivíduos nesse processo.

Contudo, com a expansão territorial e populacional ocorrida no final da Idade Média até o século XVIII, passou a ser impossível congrega todos os indivíduos em praça pública a fim de tomar decisões (BONAVIDES, 2001). Além disso, com um maior número de indivíduos, maiores eram as divergências em relação às escolhas a serem realizadas, o que inviabilizava o processo político de tomada de decisões (BONAVIDES, 2001).

Nesse contexto, a democracia representativa atenuou a dificuldade do desenvolvimento econômico que assolava a democracia direta, uma vez que permitia aos cidadãos exercer outras atividades, beneficiando, desse modo, a economia. O cidadão ateniense era integralmente político; já o homem moderno é acessoriamente político, o que representa dizer que, ao contrário do cidadão de Atenas, o homem moderno não pode dedicar a maior parte do seu tempo a problemas de governo, pois precisa prover meios de suprir suas necessidades básicas, e isso envolve o desenvolvimento de atividade econômica (SARTORI, 1993).

A democracia moderna possui diversos aspectos positivos, todavia, possui, também, características negativas, dentre elas a principal é que a vontade real dos integrantes da nação, ou de sua maioria, muitas vezes não é aquela expressada pelos representantes eleitos. Não é à toa que Rousseau dirigia diversas críticas à democracia representativa, dizendo que o homem só é livre no momento em que deposita o voto na urna. Assim, “uma verdadeira democracia jamais existiria, pois exigia entre outras condições um Estado muito pequeno no qual ao povo seja fácil reunir-se e cada cidadão possa facilmente conhecer todos os demais” (BOBBIO, 2007, p.150).

As democracias modernas adotaram o sistema de representação como técnica de operacionalizar o processo democrático, todavia, isso não quer dizer que a democracia representativa seja perfeita, ao contrário, o que se vê é que sempre se buscaram, e continua se

buscando mecanismos para aperfeiçoá-la¹⁵. Mesmo assim, a ideia de democracia - o poder do povo - possui conotação positiva; o sistema de representação foi uma forma de se viabilizar a sua manutenção como princípio norteador da organização política.

1.3.1 A regra da maioria no sistema democrático moderno

Caso se entenda democracia como o “governo do povo sobre o povo, em parte será um sistema governado e em parte governante”¹⁶ (SARTORI, 1993, p. 54, tradução nossa). Outra forma de se dizer isso, é que quando o povo exerce o voto para escolha de seus representantes fica na posição de governante e, nos demais momentos, de governado. Contudo, por mais que as eleições sejam fundamentais para definir os rumos da nação, elas “estabelecem quem governará, mas não qual conteúdo terá esse governo”¹⁷ (Ibid., p. 54, tradução nossa).

Pelo fato de as eleições serem periódicas e, nesse meio tempo, o povo assumir condição de governado, a opinião pública ganha fundamental relevância para o regime democrático. Sendo assim, “toda a edificação da democracia se apoia, em último termo, sobre a opinião pública”¹⁸ (Ibid., p. 55-56). A opinião pública tem esse nome não apenas por derivar da opinião do povo, mas também por tratar de assunto de interesse geral, do bem comum.

Os governantes eleitos pelo povo devem, então, levar em conta a opinião pública, na hora de tomarem as decisões. Dessa maneira, “o governo que nasce das opiniões dos eleitores (do voto que expressa a opinião) e que governa em sintonia com os estados prevaletentes da opinião pública é, precisamente, um governo fundado sobre o consenso”¹⁹ (Ibid., p. 57).

Entretanto, o consenso prevê um conceito complexo; torna-se mais adequado que se pense na democracia como o governo por consentimento (Ibid.). Nas sociedades modernas, a unanimidade é impossível na prática; além disso, nem sempre ela é desejável, pois condicionar a tomada de decisão à aprovação de todos os cidadãos é privilegiar a vontade de uma minoria, o que contraria a ideia de democracia (BOBBIO; MATTEUCCI; PASQUINO, 2008).

¹⁵ Como é o caso do *amicus curiae*, conforme se verá no decorrer do trabalho.

¹⁶ Tradução livre: Gobierno del pueblo sobre el pueblo, en parte será un sistema gobernado y en parte gobernante.

¹⁷ Tradução livre: Las elecciones establecen quien gobernará, pero no señalan el contenido que tendrá ese gobierno.

¹⁸ Tradução livre: Se apoya, en último término, sobre la opinión pública y sobre una opinión que sea verdaderamente del público, que realmente nazca en el seno de los que la expresan.

¹⁹ Tradução livre: Un gobierno que nace de las opiniones de los electores (del voto que expresa la opinión) y que gobierna en sintonia con estados prevaletentes de opinión pública es, precisamente, un gobierno fundado sobre el consenso.

A solução para esse problema está na regra da maioria²⁰, um mecanismo importante da democracia para o qual, tanto para as eleições como para as decisões coletivas, a regra que deve valer é a da maioria numérica, no sentido de ser considerada eleita ou válida a decisão que obtiver o maior número de votos (BOBBIO, 2009). Dessa maneira, a regra da maioria é uma técnica de tomada de decisões coletivas que pode assumir diferentes formas em um sistema democrático.

De maneira geral, o princípio da maioria aparece em dois momentos fundamentais da democracia: nas eleições²¹, quando o cidadão deposita seu voto a fim de conferir a determinado indivíduo um mandato eletivo para que o represente, e no processo de tomada de decisões políticas – ou legislativas – dos próprios detentores de mandato eletivo²² (SARTORI, 1993). É possível, também, que nas democracias semidiretas a regra da maioria seja utilizada para a resolução de questões, através de seus institutos próprios, como os plebiscitos.

A vida em sociedade politicamente organizada exige que, invariavelmente, o grupo de indivíduos tenha que tomar decisões, isso porque “a política é um processo ao fim do qual ocorre sempre uma tomada de decisão; mesmo uma indecisão consciente é, nesse sentido, uma decisão” (KRAUT, 1999, p. 101). Nesse viés, o princípio da maioria mostra-se uma importante técnica de tomada de decisões dentro da democracia, devendo-se, no entanto, observar duas importantes ressalvas:

A regra da maioria deve permanecer restrita a dois aspectos como processo de tomada de decisão democrática. Por um lado, ela deve ser limitada através dos outros elementos fundamentais da legitimidade democrática, para ela própria ser considerada legítima. Dito de outra maneira: a legitimidade do princípio da maioria está vinculada à sua própria delimitação. Por outro lado, a estrutura do princípio da maioria coloca limites a qualquer expansão que seja da participação direta de todos os cidadãos na tomada de decisão e, portanto, não pode ser ampliada facilmente. Dentro deste limite, entretanto, não se manifestou o predomínio de governo oligárquico de qualquer espécie. Deve ser mesmo afirmado aqui que tomadas de decisões de tais elites, apesar da “autenticidade” material eventual, estão sujeitas a

²⁰ É interessante registrar outro importante ensinamento de Bobbio sobre o princípio da maioria: O princípio da maioria é um princípio igualitário na medida em que pretende fazer com que prevaleça a força da individualidade singular; repousa sobre o argumento de que existem mais cultura e mais sabedoria em muitos homens reunidos no que num só, no número mais do que na qualidade dos legisladores (BOBBIO, 2000a, p. 58).

²¹ É possível que os sistemas possuam peculiaridades quanto ao processo eleitoral, sem que se descaracterize a regra da maioria (BONAVIDES, 2001). Basicamente existem dois sistemas eleitorais, o majoritário e o proporcional. O majoritário consiste em repartir o território eleitoral em tantas circunscrições eleitorais quantos são os lugares ou mandatos a preencher, podendo, a eleição, ser vencida em um só turno por aquele candidato que obtiver maior número de votos ou em dois turnos, sendo que no primeiro são escolhidos os dois candidatos mais votados e no segundo eles disputam entre si pela maioria dos votos (BONAVIDES, 2001). No sistema proporcional, as vagas disponíveis são preenchidas entre as listas disputantes proporcionalmente ao número de votos que hajam obtido (BONAVIDES, 2001).

²² No processo legislativo, podem existir também peculiaridades quanto à regra da maioria. Cada ordenamento jurídico pode determinar, de acordo com suas necessidades, *quórum* maiores que a maioria (50% + 1) para a aprovação de determinadas matérias a fim de resguardar interesses, como por exemplo, a supremacia da constituição.

desaprovações e resistências mais fortes dos cidadãos e, portanto, prejudicam a estabilidade e a continuidade do sistema em ampla medida (KRAUT, 1999, p. 138).

Feitas essas duas ressalvas, a conclusão a que se chega é que o princípio da maioria é indispensável para a tomada de decisões políticas, a ponto de se afirmar que “para a tomada de decisão da maioria, como núcleo democrático real do processo de tomada de decisão política, não há nenhuma alternativa exequível” (Ibid., p. 138-139).

1.4 A DEMOCRACIA MODERNA: INDIRETA, DE PARTIDOS E SEMIDIRETA

A democracia moderna pode ser considerada essencialmente representativa por conta da extensão e densidade demográfica do Estado moderno²³, e também das relações sociais complexas advindas desse crescimento (BOBBIO, 2000b). Como lembra Sartori, o sistema representativo é um remédio para democracia, uma forma de adaptação às novas necessidades decorrentes da evolução histórica (SARTORI, 1993).

Esse modelo de democracia tem como base a soberania popular (traduzida através da vontade geral da nação)²⁴, o sufrágio universal, a igualdade de todos perante a lei, a representação como base das instituições políticas, o Estado de direito e a garantia dos direitos individuais (BONAVIDES, 2001).

No sistema representativo, os representantes eleitos pelo povo são os depositários da soberania, devendo exercê-la em nome da nação, de maneira independente, isto é, sem necessariamente vincular suas escolhas com a vontade dos representados (URBINATI, 2006). Essa independência foi consolidada com a Revolução Francesa, e ao longo do tempo foi institucionalizada, falando-se, assim, na existência de um mandato livre, isto é, não imperativo (BOBBIO, 2000b).

Ainda que imperfeito, o sistema de representação é uma tentativa de se garantir o ideal democrático de prevalência da vontade do povo; em outras palavras, “o que conta é que o poder esteja de fato, diretamente ou por interposta pessoa, nas mãos do povo, que vigore como a lei das leis o princípio da soberania popular” (Ibid., p. 151). No caso da democracia representativa, muito embora o poder de decisão repouse nas mãos de uma minoria eleita pelo povo, uma das garantias do ideal democrático é a liberdade de opção que possuem os eleitores para escolher seus representantes.

²³ O conceito e características do Estado moderno serão estudados no capítulo 2.

²⁴ Vide o conceito de doutrina da soberania nacional exposto anteriormente.

Embora a terminologia da ciência política seja tortuosa, quando se fala em forma de governo, pode-se dizer que democracia é um governo de consenso, um governo livre (BONAVIDES, 2001). Consoante ensina Cohen (2009), a democracia possui relação direta com governo de consenso, de decisões coletivas:

A ideia fundamental de democracia e legitimidade política é que a autorização para exercitar o poder do Estado deve vir de decisões coletivas dos membros iguais de uma sociedade que é governada por aquele poder. Isso é uma premissa muito abstrata do conceito de democracia – tão abstrato quanto deveria ser. Democracia vem em diversas formas e as concepções mais claras dependem daquilo que faz a decisão ser coletiva, ou seja, autorizada pelos cidadãos como um corpo coletivo²⁵ (COHEN, 2009, p. 185, tradução nossa).

O povo possui lugar de destaque quando se trata de democracia, afinal, o ideal democrático encontra-se intimamente atrelado a ele; todavia, povo é um conceito que possui diversas acepções. Em um conceito puramente demográfico e estatístico, todas as pessoas presentes dentro de determinado território, em determinado momento, fazem parte da população (BONAVIDES, 2001).

Contudo, povo não é equivalente à população. Na atualidade, o povo é concebido como uma grandeza pluralística, isto é, uma pluralidade de forças culturais, sociais e políticas tais como partidos, grupos, associações (CANOTILHO, 2003). Dessa maneira, “o povo concebe-se como um povo em sentido político, isto é, grupos de pessoas que agem segundo ideais, interesses e representações de natureza política” (CANOTILHO, 2003, p. 75).

Juridicamente, o conceito atribuído a povo é o de conjunto de indivíduos vinculados, de maneira institucional e estável, a determinado ordenamento jurídico; por outra forma, é o conjunto de indivíduos vinculados pela cidadania²⁶ a determinado ordenamento jurídico (BONAVIDES, 2001). A importância política do povo está diretamente ligada com o sufrágio, que é o poder de participar direta ou indiretamente na soberania, isto é, na condução da vida pública:

O sufrágio é um instrumento fundamental de realização do princípio-democrático. Através dele, legitima-se democraticamente a conversão da vontade política em posição de poder e domínio, estabelece-se a organização legitimante da distribuição dos poderes, procede-se à criação do pessoal político e marca-se o ritmo da vida política de um país (CANOTILHO, 2003, p. 301).

²⁵ Tradução livre: The fundamental idea of democratic, political legitimacy is that the authorization to exercise state power must arise from the *collective decisions* of the equal members of a society who are governed by that power. That is a very abstract statement of the concept of democracy – as abstract as it should be. Democracy comes in many forms, and more determinate conception of it depend on an account of membership in the people and, correspondingly, what it takes for a decision to be *collective* – authorized by citizens as a body.

²⁶ A cidadania, por sua vez, exerce importante função, pois constitui a prova de identidade da relação do indivíduo com o Estado; ela é uma situação jurídica subjetiva que confere direitos e deveres ao cidadão, como por exemplo, a capacidade de votar e o dever de prestar serviço militar (BONAVIDES, 2001).

O direito de sufrágio é elemento vital da democracia representativa, visto que, através dele, o povo designa representantes nas eleições (BONAVIDES, 2001). Convém registrar que o sufrágio pode ser também direto, quando o povo decide diretamente questões públicas (o que pode acontecer em democracias semidiretas, que serão estudadas adiante).

Nota-se, também, que o sufrágio, no que toca à doutrina da soberania nacional, é considerado uma função; assim, o indivíduo eleitor é considerado um órgão da nação que, através do voto²⁷ – instrumento do sufrágio –, constitui o corpo representativo, a quem é delegado (e não transferido) o poder soberano (Ibid.). O mandato representativo político é também elemento primordial da democracia representativa, pois representa a situação jurídica em que um indivíduo é designado, via eleitoral, a exercer de maneira delegada a soberania (DA SILVA, 2015)

Urbinati (2006) divide a teoria da representação²⁸ em três perspectivas. A jurídica, que é a mais antiga e vê a representação como um contrato privado, devendo os representantes eleitos decidirem de acordo com seus eleitores. O mandato imperativo sujeita o mandatário (ou representante) à vontade do mandante, transformando o representante eleito em mero depositário da vontade do eleitor (URBINATI, 2006). Do ponto de vista predominante, a ideia de imperatividade do mandato político se mostra inviável, pois o representante eleito jamais deve se posicionar “como um homem de confiança dos eleitores que o tinham posto no parlamento, mas como um representante da nação inteira” (BOBBIO, 2000b, p. 35).

A perspectiva institucional enxerga nos representantes eleitos entes completamente alheios à opinião pública, pelo fato de o Estado ter que transcender a sociedade e, portanto, podem decidir como bem entenderem. A última perspectiva é a política, que entende a representação como um processo político que estimula a circularidade de ideias entre as instituições e a sociedade (URBINATI, 2006).

Dessa maneira, os representantes eleitos têm o poder de decidir pelos cidadãos, entretanto, estes não ficam mais excluídos do debate (Ibid.). Essas duas últimas perspectivas adotam o mandato representativo, isto é, uma maneira de representação da nação por meio de

²⁷ Conforme ensina Ayres Brito (1996, p. 126), o voto é uma forma de manifestação da soberania popular, e isso representa dizer que o voto está acima de tudo e de todos, justamente porque soberania vem do latim *superomnina* (estar acima de tudo). Desse modo, representa a vontade do eleitor, devendo ser livremente manifestado e integralmente respeitado.

²⁸ Em complemento, Bonavides entende que a doutrina da duplicidade, antagônica à da identidade, consiste na defesa da independência do representante em face do eleitor; em outras palavras, embora o indivíduo vote em determinado representante, este, caso eleito, não terá qualquer tipo de obrigação de agir de acordo com a vontade do eleitor (BONAVIDES, 2001).

representantes eleitos, invioláveis no exercício de suas prerrogativas e livres juridicamente das limitações ou vontades específicas de seus eleitores (DA SILVA, 2015).

Nas democracias do século XX, em regra, o mandato político deveria ser denominado político-representativo, visto que não se tratava de um mandato de direito privado – em que um particular confere a outro poder específico para representá-lo em situações específicas ou gerais –, ou mandato imperativo – mandato político em que o representante fica vinculado às orientações daquele que o elegeu, podendo ser cassado, caso não as cumpra (CANOTILHO, 2003).

De fato, a democracia representativa exige admitir a ficção de que a vontade e a decisão dos representantes eleitos pelo povo coincidem com os anseios populares²⁹, que tende

a fundar a crença de que, quando este decide é como se disse aquele, que o segundo resolve pelo primeiro, que sua decisão é a decisão do povo; que, em tal suposição, o povo se autogoverna sem que haja desdobramento, atividade, relação intersubjetiva entre dois entes distintos; o povo, destinatário das decisões e o representante, autor, autoridade, que decide para o povo³⁰ (SÁCHICA, 1980, p. 15).

A fim de tornar viável a democracia moderna, que é representativa, a nação deve ser elevada a um nível superior, desvinculando os interesses individuais do cidadão dos interesses dos representantes políticos:

Se por democracia moderna entende-se a democracia representativa, e se à democracia representativa é inerente a desvinculação do representante da nação com respeito ao singular indivíduo representado e aos seus interesses particularistas, então a democracia moderna pressupõe a atomização da nação e sua recomposição num nível mais elevado e ao mesmo tempo mais restrito que é o das assembleias parlamentares (BOBBIO, 2000a, p. 36).

Como foi visto, a possibilidade de *déficit* de congruência entre vontade popular e vontade dos representantes políticos é constante; nota-se, também, que essa incongruência, muitas vezes, é lícita, todavia pode ser ilícita, quando viola direitos fundamentais, o que torna necessário o elemento liberal de limitação (MILL, 1986). Além da adoção de ideias liberais, o

²⁹Santi Romano (1997, p. 219) tem valiosa lição a dar no que diz respeito à relação do povo com seus representantes: Deve-se advertir que quando se fala da representação da nação ou do povo por parte da Câmara ou de outra instituição – portanto, de uma relação interposta entre esta última e a coletividade representada – deve-se dar à palavra relação um significado que não é o da relação jurídica, enquanto tal palavra não implica direitos e deveres da Câmara para com a coletividade representada ou vice-versa. Trata-se de uma correspondência existente entre a qualidade de representada que pertence a outra, correspondência que, mais do que uma relação jurídica, implica duas respectivas posições e, no que se refere à instituição representativa, poderes amplamente discricionários sobre os interesses nacionais que ela deve considerar e resguardar.

³⁰ Tradução livre: A fundar la creencia de que, cuando éste decide es cómo se dijo aquel, que el segundo resuelve por el primero, que su decisión es la decisión del pueblo; que, en tal suposición, el pueblo se autogobierna sin que haya desdoblamiento, actividad, relación intersubjetiva entre dos entes distintos; el pueblo, destinatario de las decisiones y el representante, autor, autoridad, que decide para el pueblo.

sistema político se desenvolveu e ganhou instrumentos a fim de tentar diminuir essa distância entre representantes e representados.

A figura do partido político parece ser o principal desses instrumentos, visto que permite que o eleitor tenha ao menos a mínima garantia de que ao votar em um determinado político para representá-lo, estará escolhendo uma linha ideológica, com um cronograma de interesses definido (CANOTILHO, 2003). No entanto, nem sempre os partidos políticos foram apreciados, tanto institucionalmente como doutrinariamente, bastando ver que Rousseau foi um dos seus grandes críticos (BONAVIDES, 2001).

De outro norte, com o advento do Estado Moderno os partidos políticos passaram a ser considerados imprescindíveis ao funcionamento do governo representativo (Ibid.). Weber define o partido político como uma associação que visa a um fim deliberado, seja ele objetivo, como realização de um plano com intuítos materiais ou ideais, seja pessoal, destinado a obter benefícios, poder a determinado grupo, ou ainda voltado a ambos os objetivos (BOBBIO; MATTEUCI; PASQUINO, 2008).

Os partidos políticos auxiliam o funcionamento da democracia representativa, isso porque eles possuem uma base ideológica que faz surgir programas de governo. Esses programas devem ser obedecidos pelos filiados dos partidos que forem eleitos, sob pena de sanção ético-disciplinar a ser aplicada pelo próprio partido (BARROSO, 2013).

A consequência é que, embora o mandato seja livre, o eleitor está ciente do conteúdo programático do partido do candidato e terá uma garantia, ainda que mínima, de que ele seguirá com esse programa. Fato é que, nos Estados modernos e contemporâneos, impera a democracia representativa partidária, e não tinha como ser diferente, pois a adoção de uma democracia direta é inviável na prática; aliás, na contemporaneidade ela existe apenas em alguns cantões suíços (URBINATI, 2006).

Tudo o que foi falado até o momento se aplica à democracia representativa indireta e de partidos, em outras palavras, o regime político onde os cidadãos escolhem representantes que irão tomar as decisões políticas. Contudo, os sistemas democráticos modernos tendem a adotar instrumentos de consulta popular a fim de estabelecer mecanismos de participação efetiva no processo político (SANTANA, 1995)³¹.

³¹ Conforme ensina Jair Eduardo Santana (1995, p. 47), “A democracia semidireta, igualmente tratada por democracia mista, surge em contexto substituto e incrementador das falhas experimentadas na chamada democracia representativa. Os erros, abusos, as falhas, intencionais ou não, tidas como consequências da prática da representação política, para não falar na falta de cultura intelectual, na falta de maturidade política e cívica das massas sociais, preconceitos de classe, corporativismos e, notadamente, carência de técnica constitucional adequada a um bom regime político, acabam por se corporificar em óbice ao exercício da almejada democracia”.

Esse movimento se origina da necessidade de redução do déficit da vontade entre os representantes e o povo, que potencialmente existe na democracia representativa, dado que nesse regime político o poder está nas mãos do povo, mas o governo, nas mãos dos representantes (SARTORI, 1993).

Os mecanismos de participação popular caracterizam a chamada democracia semidireta, que não deixa de ser representativa, “está intercalada no meio do caminho dos dois modelos clássicos de democracia, aproveitando-se das experiências nos séculos precedentes” (PINTO FERREIRA, 1993, p. 205). Ao mesmo tempo, “não deve ser compreendida como forma antagônica ao sistema representativo, pois há, entre ambas, duas possíveis formas de combinação: a coexistência ou a complementariedade” (MELO, 2001, p. 36-37).

O fim principal da democracia semidireta é tornar a alienação política da vontade popular apenas parcial; desse modo, o povo não participa diretamente da vida política, a não ser nas eleições e, ainda, na deliberação direta sobre questões relevantes da vida pública (BONAVIDES, 2001). A título de exemplo, a democracia semidireta possui mecanismos como *referendum*, iniciativa, veto, plebiscito e *recall* (BARROSO, 2013).

A democracia semidireta proliferou-se amplamente durante o início do século XX e perdurou até a Segunda Guerra Mundial, após o que o constitucionalismo contemporâneo injetou sobriedade nas técnicas de participação popular direta, em especial pela limitação que as Constituições contemporâneas impõe ao processo político, a fim de garantir direitos fundamentais, em especial de minorias (BARROSO, 2013).

O que se vê, é que a democracia moderna é essencialmente um regime de representação, podendo ser indireta, indireta de partidos ou semidireta. Os partidos políticos possuem grande importância para uma democracia representativa, entretanto, muitas vezes podem se corromper, o que causa um grande problema no sistema como um todo, vez que fere a soberania depositada nos representantes pelo povo (BONAVIDES, 2001).

No decorrer da história, em especial durante os séculos XIX e XX, a ideia de que democracia não se faz apenas da observância de procedimentos de escolha de representantes ou de processo legislativo majoritário se desenvolveu, e a democracia passou a ser pensada também como respeito aos direitos e garantias fundamentais, acepção que possui forte influência liberal.

1.5 O COMPLEXO CONCEITO DE DEMOCRACIA LIBERAL

John Stuart Mill constatou que havia uma tendência mundial de surgimento de sociedades governadas por maiorias que nem sempre eram seguidas por instituições políticas populares (MILL, 1986). A consequência dessa tendência é que a sociedade fica à mercê da potencialidade opressiva da maioria dominante (KELSEN, 2001).

O remédio para essa deficiência, segundo Mill, está na existência de um limite que garanta que determinados direitos do indivíduo não sofrerão interferência de outros homens, ainda que haja decisão da maioria nesse sentido; só assim haverá liberdade real. Surge, dessa forma, o conceito de liberdade social, que é “a natureza e os limites do poder que pode exercer legitimamente a sociedade sobre o indivíduo”³² (MILL, 1986, p. 55, tradução nossa).

A ideia central é de que exista uma área da vida do indivíduo que não pode ser atingida pela sociedade, sob qualquer que seja o pretexto, devendo haver proteção contra esse tipo de influência:

Por isso não basta a proteção contra a tirania do magistrado. Necessita-se também proteção contra a tirania da opinião e sentimento prevaletentes; contra a tendência da sociedade a impor, por meios diferentes das penas civis, suas próprias ideias a práticas como regras de conduta para aqueles que discordam delas; a afogar o desenvolvimento e, se possível for, a impedir a formação de individualidades originais e a obrigar a todos caracteres a moldar-se sobre o seu próprio³³ (MILL, 1986, p. 59-60, tradução nossa)

Essa tendência não é uma, vez que pode ser identificada nos ensinamentos de diversos autores, da forma como cada um a entende, com suas devidas peculiaridades. Contudo, o ponto de interseção entre essas diversas “concepções de democracia” é o respeito que deve haver a direitos e garantias fundamentais, sejam eles em relação ao conteúdo da decisão do processo democrático ou ao processo democrático em si.

Em suma, o liberalismo político deve ser associado diretamente a uma concepção de Estado em que se limitam os poderes e as funções do próprio Estado, e se contrapõe ao Estado absoluto (BOBBIO, 2000b). Todavia, uma definição simplista não é suficiente para compreendê-lo adequadamente³⁴. Primeiramente, pelo fato de o liberalismo assumir

³² Tradução livre: la naturaleza y los límites del poder que puede ejercer legítimamente la sociedad sobre el individuo.

³³ Tradução livre: No basta, pues, con una simple protección contra la tiranía del magistrado. Y puesto que la sociedad tiende a imponer como reglas de conducta sus ideas y costumbres a los que difieren de ellas, empleando para ello medios que no son precisamente las penas civiles; puesto que también trata de impedir el desarrollo, y, en lo posible, la formación de individualidades diferentes; y como, por último, trata de modelar los caracteres con el troquel del suyo propio.

³⁴ Nesse aspecto, é possível se traçarem características gerais do liberalismo sob três principais aspectos: o jurídico, o político e o sociológico. Do ponto de vista jurídico, o liberalismo sempre esteve ligado ao

características próprias em cada um dos locais onde aconteceu (BOBBIO; MATTEUCI; PASQUINO, 2008).

Convém notar que o Estado liberal, embora se tenha emancipado posteriormente, surgiu com forte influência da doutrina dos direitos naturais do homem,

Doutrina segundo a qual o homem, todos os homens, indiscriminadamente, tem por natureza, independentemente de sua própria vontade, e menos ainda da vontade de alguns poucos ou apenas um, certos direitos fundamentais, como direito à vida, à liberdade, à segurança, à felicidade – direitos esses que o Estado, ou mais concretamente aqueles que num determinado momento histórico detêm o poder legítimo de exercer a força para obter a obediência a seus comandos devem respeitar, e portanto não invadir, e ao mesmo tempo proteger contra toda possível invasão por parte dos outros (BOBBIO, 2000b, p. 11).

A relação entre jusnaturalismo e o Estado liberal reside, em suma, na ideia de que o indivíduo possui, naturalmente, direitos fundamentais, portanto o Estado não pode violá-los. Desse modo, deve haver limitação ao poder do Estado de forma a garantir o respeito à esfera desses direitos³⁵ (KELSEN, 2000).

No decorrer da história, a conquista dessa limitação se deu através de cartas das liberdades que representaram uma estratégia para salvaguardar o princípio da superioridade do rei, assegurando, assim, a monarquia, ao mesmo tempo em que limitava os poderes do soberano (BOBBIO, 2000b). É nesse contexto que surge, progressivamente, o Estado liberal; quanto mais havia luta por liberdades da parte da sociedade, mais se deteriorava o poder absoluto, decaindo, dessa forma, o absolutismo (LASKI, 1973).

A limitação ao Estado defendida pelo liberalismo deve ser vista sob dois aspectos - a limitação dos poderes e a limitação das funções -, de modo que o Estado de direito limita os poderes e o Estado mínimo limita as funções estatais. Todavia, as duas formas de limitação podem ser analisadas separadamente, sendo possível um Estado de direito que não seja mínimo e um Estado mínimo que não seja de direito (BOBBIO, 2000b).

Posto isso, conclui-se que o Estado de direito se contrapõe ao Estado absoluto, enquanto o Estado mínimo se contrapõe ao Estado máximo (em seu sentido econômico)

constitucionalismo, mantendo-se fiel ao princípio da limitação do poder político pelo direito. Sob o viés político, o liberalismo sempre defendeu as liberdades da sociedade civil, apoiando a diversidade, o pluralismo, ao contrário do poder concentrado. O prisma sociológico do liberalismo envolve a ideia avessa ao Estado administrativo, isto é, os liberais se colocaram contra a despolitização da sociedade proposta pelo Estado burocrático, defendendo a revitalização da política (BOBBIO; MATTEUCI; PASQUINO, 2008).

³⁵ É por isso que a doutrina dos direitos do homem influenciou lutas sociais onde os indivíduos reivindicavam formas e limites da obediência que deviam ao soberano, isto é, uma forma embrionária de direitos individuais (BOBBIO, 2000b).

(Ibid.). Feita essa diferenciação, é imprescindível que se conceitue o Estado de direito que advém com o liberalismo:

Significa não só subordinação dos poderes públicos de qualquer grau às leis gerais do país, limite que é puramente formal, mas também subordinação das leis ao limite material do reconhecimento de alguns direitos fundamentais considerados constitucionalmente, e, portanto, em linha de princípio invioláveis (Ibid., p. 18-19).

Essa definição ilustra o Estado de direito em sentido forte, que é próprio da doutrina liberal, e possui diversos mecanismos constitucionais que visam obstar o exercício arbitrário do poder, dentre eles:

1) o controle do Poder Executivo por parte do Poder Legislativo; ou, mais exatamente, do governo, a quem cabe o Poder Executivo, por parte do parlamento, a quem cabe em última instância o Poder Legislativo e a orientação política; 2) o eventual controle do parlamento no exercício do Poder Legislativo ordinário por parte de uma corte jurisdicional a quem se pede a averiguação da constitucionalidade das leis; 3) uma relativa autonomia do governo local em todas as suas formas e em seus graus com respeito ao governo central; 4) uma magistratura independente do poder político (BOBBIO, 2000b, p. 19).

Esses mecanismos constitucionais, que caracterizam o Estado de direito, têm como fim precípua defender o indivíduo contra abusos de poder, portanto, são uma garantia de liberdade (KELSEN, 2001). De fato, o Estado liberal assegura a liberdade negativa, que pode ser entendida como a “esfera de ação em que o indivíduo não está obrigado por quem detém o poder coativo a fazer aquilo que não deseja ou não está impedido de fazer aquilo que deseja” (BOBBIO, 2000b, p. 20).

O Estado liberal ganha força na medida em que o âmbito das liberdades individuais se amplia, tanto no aspecto religioso, como moral e também econômico, ideais que vão completamente contra a concepção de Estado paternalista³⁶ (LASKI, 1973). Humboldt, citado por Bobbio (2000b), considera, sobre o liberalismo, que

O homem verdadeiramente razoável não pode desejar outro Estado que não aquele no qual cada indivíduo possa gozar da mais ilimitada liberdade de desenvolver a si mesmo, em sua singularidade inconfundível, e a natureza física não receba das mãos do homem outra forma que não a que cada indivíduo, na medida de suas carências e inclinações, a ela pode dar por seu livre-arbítrio, com as únicas restrições que derivam dos limites de suas forças e de seu direito (BOBBIO, 2000b, p. 24).

A consolidação do Estado liberal na Europa está intimamente ligada com o conceito moderno de democracia em seu aspecto procedimental (BOBBIO, 2000b). Conforme ensina

³⁶ Concepção de Estado que tem seus cidadãos como filhos, devendo tratá-los permanentemente como menores incapazes (LASKI, 1973).

Sartori (1993, p. 208, tradução nossa) “para o liberal, a prioridade é o método de criação da ordem social; para o democrata, é a criação de uma ordem justa”³⁷.

No primeiro significado, fala-se em democracia procedimental; no segundo, democracia substancial. O Estado liberal está historicamente ligado ao primeiro (FERRAJOLI, 2004).

A relação entre democracia e liberalismo acaba resultando no embate entre liberdade e igualdade, porque “liberdade e igualdade são valores antitéticos, no sentido de não se poder realizar plenamente um sem limitar fortemente o outro” (BOBBIO, 2000b, p. 39). Conciliar os valores de igualdade e liberdade se torna uma tarefa complexa, pois o liberalismo possui um viés eminentemente individualista que permite a expansão do desenvolvimento individual mesmo quando em detrimento dos demais indivíduos; já para os igualitaristas, o desenvolvimento da comunidade como um todo ganha papel de protagonista (BOBBIO, 2000b).

O meio termo para a compatibilização da igualdade e liberdade nasce da ideia de igualdade na liberdade, isto é, “cada um deve gozar de tanta liberdade quanto compatível com a liberdade dos outros, podendo fazer tudo o que não ofenda a igual liberdade dos outros” (Ibid., 2000b, p. 39). Isso resulta em dois princípios importantes e intimamente ligados ao surgimento do Estado liberal, que são ordinariamente encontrados nas constituições modernas: a igualdade perante a lei e a isonomia de direitos³⁸ (FERRAJOLI, 2004).

Além disso, outro ponto de divergência entre os ideais de democracia e liberalismo é a igualdade no “ponto de chegada”, isto é, um igualitarismo democrático que pretende o máximo de igualdade a todos os indivíduos da sociedade. Em verdade, por inúmeros aspectos os “vários significados possíveis de igualdade, liberalismo e democracia estão destinados a não se encontrar” (BOBBIO, 2000b, p. 42).

A experiência histórica demonstra que é muito comum se denominar o regime de diversos países como democracias liberais, o que certamente demonstra que existe uma

³⁷ Tradução livre: Para el liberal, la prioridad es el método de creación del orden social; para el democrata, es la creación de un orden social justo.

³⁸ Bobbio define que para alcançar isso “o juiz deve ser imparcial na aplicação da lei e, como tal, faz parte integrante dos remédios constitutivos e aplicativos do Estado de direito, sendo assim inerente ao Estado liberal pela já mencionada identificação do Estado liberal com o Estado de direito. Extensivamente isso significa que todos os cidadãos devem ser submetidos às mesmas leis e devem, portanto, ser suprimidas e não retomadas as leis específicas das singulares ordens ou estados: o princípio é igualitário porque elimina uma discriminação precedente” (BOBBIO, 2000b, p. 40-41).

maneira de harmonizar esses dois conceitos. Essa complementaridade de ideais aparentemente antitética é possível quando se leva em conta a democracia, não apenas pelo seu lado de ideal igualitário, mas pelo lado de sua fórmula política de soberania popular, passando a democracia a ser considerada o natural desenvolvimento do Estado liberal (FERRAJOLI, 2004).

Assim, a relação entre democracia e liberalismo pode ser vista sob dois principais aspectos. Em primeiro lugar a garantia da fórmula política democrática e em segundo lugar a defesa dos direitos individuais (Ibid., 2004). No entanto, ao se assegurar a fórmula democrática, em especial a que se faz presente nas democracias representativas, cria-se uma via de mão dupla.

O processo democrático, em seu sentido estritamente procedimental – que considera democrático tudo aquilo que for aprovado pela sociedade seguindo as “regras do jogo –, abre a possibilidade de a maioria do povo – ou dos representantes eleitos – aprovar a violação de direitos da minoria dissidente (KELSEN, 2001).

O aspecto liberal da democracia é fundamental, justamente para amenizar esse lado negativo da democracia, os mecanismos constitucionais presentes no Estado liberal, em especial o controle pelo Poder Judiciário da constitucionalidade das normas mostra-se fundamental a fim de garantir que a vontade de maiorias eventuais não se sobreponha sobre direitos individuais (FERRAJOLI, 2004).

O Estado liberal assume, assim, papel fundamental para a garantia da democracia, pois guarda, em sua essência, a proteção dos direitos individuais, em especial a liberdade em seus diversos aspectos (KELSEN, 2001). Conforme lembra Bobbio:

O liberalismo e a democracia vieram gradualmente se combinando num modo tal que, se é verdade que os direitos de liberdade foram desde o início a condição necessária para a direta aplicação das regras do jogo democrático, é igualmente verdadeiro que, em seguida, o desenvolvimento da democracia se tornou o principal instrumento para a defesa dos direitos de liberdade (BOBBIO, 2000b, p. 44).

Durante o século XIX houve um processo de compatibilização entre ideais liberais e ideais democráticos a ponto de se falar em regimes democráticos liberais (SARTORI, 1993). O conceito de limitação do poder do Estado foi a grande contribuição do liberalismo para a democracia, abrindo espaço para que se falasse em democracia liberal, que, de acordo com Tocqueville, citado por Sartori (1993) preza a “igualdade na liberdade”.

Todavia, após a Segunda Guerra Mundial houve o fortalecimento do movimento do constitucionalismo, que fez surgir uma nova acepção de democracia, intimamente ligada ao também novo modelo de Estado que surgia, o Estado constitucional.

1.6 A DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL CONTEMPORÂNEA

O movimento constitucional se desenvolveu ao longo dos séculos, sendo especialmente notável nos Estados Unidos, após o século XVIII (BARROSO, 2013). Esse movimento foi alçado a um novo patamar, após a Segunda Guerra Mundial, quando as constituições ganharam ainda mais importância dentro dos ordenamentos jurídicos, pois passaram a ser o principal instrumento jurídico de garantia de direitos fundamentais:

A razão jurídica atual é derivada dos progressos do constitucionalismo do século passado, que a permitem a configurar e construir hoje o direito – em aspecto maior que no Estado liberal – como um sistema artificial de garantias constitucionalmente preordenado a tutela dos direitos fundamentais³⁹ (FERRAJOLI, 2004, p. 19, tradução nossa).

O direito contemporâneo não se preocupa apenas com a forma da produção das normas, mas também com o seu conteúdo. Assim, no Estado constitucional o processo político de edição de normas deve observar não somente as normas formais sobre a competência ou procedimentos, mas também normas substantivas - como por exemplo o princípio da igualdade - que limitam e vinculam o poder legislativo (Ibid.).

A garantia dos direitos fundamentais por meio de constituições rígidas, trazida pelo Estado constitucional⁴⁰, inaugura não somente uma dimensão substancial do próprio Estado de direito, mas também uma dimensão substancial da democracia (Ibid.). Assim, as duas classes de normas que norteiam a produção jurídica caracterizam as duas dimensões da democracia:

A dimensão formal da democracia política, que faz referência a quem e a como as decisões e que se faça garantida por normas formais que disciplinam as formas das decisões, assegurando com elas a expressão da vontade da maioria; e a dimensão material que poderia chamar democracia substancial, posto que se refere ao que é que não pode se decidir ou deve ser decidido por qualquer maioria, e que está garantido pelas normas substanciais que regulam a substância e o significado das mesmas decisões, vinculando-as, sob pena de invalidez, ao respeito dos direitos fundamentais e dos demais princípios axiológicos estabelecidos⁴¹ (Ibid., p. 23, tradução nossa)

³⁹ Tradução livre: La razón jurídica actual tiene la ventaja derivada de los progresos del constitucionalismo del siglo pasado, que le permiten configurar y construir hoy el derecho – bastante más que en el viejo Estado liberal – como un sistema artificial de garantías constitucionalmente preordenado a la tutela de los derechos fundamentales.

⁴⁰ O Estado constitucional será tema do capítulo 2.

⁴¹ Tradução Livre: La dimensión formal de la democracia política, que hace referencia al quién y al como de las decisiones y que se halla garantizada por las normas formales que disciplinan las formas de las decisiones, asegurando con ellas la expresión de la voluntad de la mayoría; y la dimensión material de la que bien podría llamarse democracia sustancial, puesto que se refiere al qué es lo que no puede decidirse o debe ser decidido por cualquier mayoría, y que está garantizado por las normas sustanciales que regulan la sustancia o el significado de las mismas decisiones, vinculándolas, so pena de invalidez, al respecto de los derechos fundamentales y de los demás principios axiológicos establecidos por aquélla.

Os direitos fundamentais passam a ser considerados vínculos substanciais impostos à democracia, não podendo nenhuma maioria, nem sequer a unanimidade, de maneira legítima, decidir pela violação de um direito fundamental (Ibid.). Em suma, a democracia constitucional contemporânea se reveste das características formais e substanciais expostas por esse mesmo autor.

Não obstante, existem diversos autores que desenvolvem, ainda que com outras nomenclaturas, o conceito de democracia constitucional contemporânea, isto é, a democracia no contexto de um Estado Constitucional; dentre eles se vê Ronald Dworkin⁴².

A democracia é um assunto presente em grande parte das obras de Dworkin, de modo que o autor desenvolve seus estudos sobre o tema ao longo de sua trajetória acadêmica. Ele

⁴² Dworkin desenvolve sua teoria como uma crítica ao positivismo jurídico, principalmente o desenvolvido por Herbert Lionel Albert Hart, que é estruturado em um sistema de normas primárias e secundárias e sugere, para isso, uma forma de interpretação do direito a partir de um conjunto de princípios. Essa dura crítica ao positivismo legal, além de evidente em suas obras, é tópico que recebe atenção na *Stanford Encyclopedia* que anota “Dworkin como o crítico mais significativo do positivismo, rejeita a teoria positivista em todos os níveis possíveis. Dworkin nega que pode haver qualquer teoria geral da existência e do conteúdo de direito; ele nega que as teorias locais dos sistemas jurídicos particulares podem identificar a lei sem recorrer a seus méritos morais, e ele rejeita o foco institucional inteiro do positivismo. A teoria do direito é para Dworkin uma teoria de como os casos devem ser decididos e começa, não com uma conta da organização política de um sistema legal, mas com um ideal abstrato regula as condições em que os governos podem usar força coercitiva sobre os seus sujeitos.” (GREEN, 2016). Para Dworkin, o direito é formado por regras e princípios, as primeiras são válidas ou não; os princípios obtêm sua validade da praxe do tribunal ou de um conjunto de regras, e tem sua validade declarada no caso concreto e somente nesta instância poderá ter seu peso avaliado (SVAAEDRA, 2006). Assim, os princípios não surgem de uma decisão específica do Poder Legislativo ou Executivo, e sim de uma construção de entendimentos daquilo que é “apropriado, desenvolvida pelos membros da profissão e pelo público ao longo do tempo” (DWORKIN, 2001, p. 64). O autor dedica grande parte de seus argumentos à teoria do direito, para analisar a atividade dos juízes, e é justamente nesse ponto que o desenvolvimento de suas ideias tem início. Ele entende descabida a ideia positivista de que em *hard cases* o juiz tenha poder discricionário para solucionar o caso, isto é, o conceito de que quando não se pode resolver um caso judicial com base em uma norma posta, o juiz tem poderes para criar um direito novo e o aplicar no caso em questão. Em contrapartida à concepção positivista, Dworkin propõe que os *hard cases* devam ser resolvidos com base em um conjunto coerente de princípios que formam o ordenamento jurídico, rejeitando assim de forma veemente a possibilidade de conferir aos magistrados o poder discricionário da criação de direito, em suas palavras “os juízes que aceitam o ideal interpretativo da integridade decidem casos difíceis tentando encontrar, em algum conjunto coerente de princípios sobre os direitos e deveres das pessoas, a melhor interpretação da estrutura política e da doutrina jurídica de sua comunidade (DWORKIN, 1986, p. 255). A professora Vera Karam de Chueiri faz leitura precisa sobre esse aspecto da teoria dworkiniana, dizendo que “não há, pois, que se falar em discricionariedade no sentido (do positivismo de Hart) de que o juiz, em face de um caso controverso, cria o direito, na medida em que a ele é dado interpretar o conjunto de práticas que significam o direito como os precedentes, a legislação e os padrões morais socialmente compartilhados e, a partir deles construir a sua decisão baseada no princípio que melhor descreva essas práticas” (CHUEIRI, 2009, p. 52). Na esteira da sua teoria da resposta certa, toda demanda judicial possui uma resposta, devendo ela ser construída de maneira coerente, pela escolha do princípio aplicável ao caso. Não qualquer princípio, mas aquele que aplicado ao caso o faça à luz do compromisso assumido de que todos devem ser tratados com igual respeito e consideração. Assim, o juiz, ao decidir o caso controverso, deverá interpretar os argumentos apresentados, levando em consideração não só as regras e os precedentes, mas também os padrões morais da sociedade e os seus próprios. Isso evidencia a concepção de direito como prática interpretativa de Dworkin, o que leva a acrescentar, à atividade judicial, o princípio da integridade, que induz os juízes a definir direitos e deveres a partir de conceitos comuns da comunidade em questão, que reflitam sua concepção de justiça e equidade.

admite que é uma questão de profunda controvérsia o que democracia realmente é, pois a considera um conceito interpretativo (DWORKIN, 2011).

Para Dworkin, “uma comunidade política deve tomar decisões coletivas sobre justiça e moralidade e deve ser capaz de que essas decisões sejam observadas coercitivamente”⁴³ (DWORKIN, 2001, p. 379, tradução nossa). Por outro lado, a fim de garantir a dignidade ao indivíduo, a ele deve ser garantido um papel nesse processo de tomada de decisões (Ibid.).

A única forma de se garantir esse papel e, conseqüentemente, a dignidade, é a democracia, que deve ser do povo, pelo povo e para o povo, isto é, o povo deve se autogovernar no sentido de que cada cidadão deve ter um papel igual e significativo no processo político (Ibid.).

Os sistemas reconhecidamente democráticos possuem diversas formas de organização e diversos institutos; dificilmente é possível se dizer qual o melhor, entretanto, a questão da democracia deve ser enfrentada de modo a entender seu ponto central (Ibid.). No intuito de enfrentar essa questão, Dworkin contrasta dois modelos de como o povo pode se autogovernar, “o conceito majoritário e cooperativo de democracia”⁴⁴ (Ibid., p. 383, tradução nossa).

A concepção majoritária consiste em admitir que o povo se autogoverna quando determinada maioria dos indivíduos da sociedade detém o poder político, e toda a estrutura institucional deve ser pensada de modo que, caso a maioria dos indivíduos tenha preferência por determinada posição, esse caminho deverá ser o escolhido:

Assim, ele insiste que a estrutura do governo representativo deve ser desenhada para que aumentar a probabilidade de que as leis e políticas da comunidade serão aquelas que o maior número de cidadãos, depois da discussão e reflexão,⁴⁵ preferirem (Ibid., p. 383, tradução nossa)

Desse modo, adotada a concepção majoritária, o sistema representativo deve ser moldado de modo a se garantir que as leis e políticas apoiadas pela maioria dos cidadãos sejam adotadas, entretanto, essa ideia não se confunde com o utilitarismo, que considera a lei justa quando produz o máximo de felicidade possível aos cidadãos (Ibid.). Em outras palavras, na concepção majoritária,

O que faz a lei justa, na visão intrínseca de democracia, é que ela se origina da vontade do povo que ela se aplica, conforme expressado por meio de suas

⁴³ Tradução livre: a political community must make collective decisions about justice and morality, and it must be able to enforce those decisions coercively.

⁴⁴ Tradução livre: The majoritarian and partnership conception of democracy.

⁴⁵ Tradução livre: It therefore insists that the structures of representative government should be designed to enhance the likelihood that the community’s laws and policies will be those that the largest number of citizens, after due discussion and reflection, prefer.

legislaturas majoritárias; instituições não majoritárias devem portanto ser vista como injustas⁴⁶ (NOVECK, 2008, p. 408, tradução nossa).

A concepção majoritária de democracia trazida por Dworkin é também chamada de visão procedimental da democracia, isto é, tudo aquilo que for decidido pela maioria do povo (ou por seus representantes) é considerado democrático (FERRAJOLI, 2004). Desse modo, àqueles que vencem as eleições, entrega-se a plena autoridade legislativa (GARGARELLA, 2011).

De acordo com essa concepção, saber a decisão correta não quer dizer ter o direito de decidir; portanto, o direito de as pessoas decidirem como bem entenderem deve ser respeitado, mesmo quando se sabe que a decisão é errada (WALZER, 1981). O povo deve ser responsabilizado por qualquer lei que os atinja, ainda que a escolhida por ele esteja longe de ser a ideal (NOVECK, 2008).

Essa concepção de democracia abre possibilidade de violação de direitos fundamentais por meio do processo legislativo formalmente legítimo. Isso porque basta que os legisladores sigam os processos e procedimentos de edição das leis para que elas sejam consideradas válidas.

Em sentido contrário, a concepção cooperativa (ou constitucional) de democracia vem da ideia de que os indivíduos de determinada sociedade, ao realizarem suas decisões políticas, o fazem pensando na comunidade como um todo, e não apenas em uma maioria; e mais, seus atos devem ser pautados na igualdade de respeito entre seus membros (DWORKIN, 2011). Nas palavras de Dworkin, a democracia cooperativa é diferente, vez que

Ela defende que autogoverno significa governo não pela maioria das pessoas exercendo autoridade sobre todos mas sim pelas pessoas como um todo atuando como parceiros. Isso deve inevitavelmente ser uma parceria que se divide na política vez que unanimidade é rara nas comunidades políticas de qualquer tamanho⁴⁷ (Ibid., p. 384, tradução nossa).

Assim, a ideia de cooperação tem base em diversas características, como a aceitação, pelos cidadãos, de que na política deve se agir com respeito com todos os indivíduos e, principalmente, deve-se perseguir ao máximo a construção de leis que sejam consistentes com a boa-fé e a dignidade de todos os outros cidadãos. Na ótica de Dworkin, a democracia é o único regime político que confirma a igualdade entre seus integrantes como um de seus

⁴⁶ Tradução livre: What makes the law just, on the intrinsic view of democracy, is that it originates from the will of the people to whom it applies, as expressed through their majoritarian legislatures; nonmajoritarian institutions must therefore be seen as unjust.

⁴⁷ Tradução livre: It holds that self-government means government not by the majority of people exercising authority over everyone but by the people as a whole acting as partners. This must inevitably be a partnership that divides over policy, of course, since unanimity is rare in political communities of any size.

fundamentos constitutivos, e a igualdade política exerce fundamental papel nesse aspecto (DWORKIN, 2011).

A concepção cooperativa de democracia entende a igualdade política como o fato de que “nenhum impacto político de um cidadão adulto é menor que de qualquer outro cidadão por razões que comprometam sua dignidade”⁴⁸ (Ibid., p. 388, tradução nossa).

Em outras palavras

Igualdade política requer que o poder político seja distribuído de um modo a confirmar o igual respeito e preocupação da comunidade política por todos os seus membros. Reservar poder para qualquer pessoa ou grupo pelo seu berço ou aristocracia de talento, ou negar o status de cidadania para qualquer adulto (com exceção da consequência de cometimento de crime ou qualquer outro ato contra a comunidade), é inaceitável⁴⁹ (Ibid., p. 391, tradução nossa).

A exigência da igualdade reveste-se de fundamental importância devido aos seus desdobramentos; ao se tratar de maneira igual todos os membros de uma sociedade, automaticamente os interesses da minoria devem também ser levados em conta, sob pena de se chegar a uma decisão não democrática, mesmo que admitida pela maioria dos indivíduos ou de seus representantes (Ibid.). Em outras palavras, “na visão cooperativa, a comunidade que ignora os interesses de uma minoria ou outro grupo é só por esse motivo não democrática mesmo que eleja representantes de maneira impecavelmente majoritária”⁵⁰ (Ibid., p. 131, tradução nossa).

A ideia da cooperação de Dworkin reside na premissa de que todos os cidadãos devem ser tratados com igual respeito; isso representa, por exemplo, que na edição de leis, deve-se respeitar o direito de todos os cidadãos, inclusive das minorias. Assim, aquele indivíduo que é voto vencido na tomada de uma decisão – que faz parte da minoria – não deve ser ignorado ou esquecido pelos demais:

Quase todos pensamos que a democracia é uma forma de governo valiosa, ou mesmo indispensável. Acreditamos que vale a pena lutar, e talvez até morrer, para protegê-la. Precisamos de uma concepção de democracia que se encaixe nessa noção de valor da democracia: precisamos de uma noção que nos mostre o que há de tão bom na democracia. A concepção majoritária não faz isso, porque não há nada que possua valor inerente em um processo que permite a um grande número de pessoas impor sua vontade a um número menor. O governo da maioria não é justo nem valioso em si. Só é justo e valioso quando atende a determinadas condições, entre

⁴⁸ Tradução livre: No adult citizen’s political impact is less than that of any other citizen for reasons that compromise his dignity.

⁴⁹ Tradução livre: Political equality requires that political power be distributed so as to confirm the political community’s equal concern and respect for all its members. Reserving power to any person or group through birth or the spoils of conquest or some aristocracy of talent, or denying the emblems of citizenship to any adult except perhaps in consequence of a crime or other act against the community, is unacceptable.

⁵⁰ Tradução livre: On the partnership view, a Community that steadily ignores the interests of some minority or other group is just for that reason not democratic even though it elects officials by impeccably majoritarian means.

elas as exigências de igualdade entre os participantes do processo político, por meio do qual se definirá a maioria (DWORKIN, 2005, p. 509-510).

No entanto, vale ressaltar que a concepção cooperativa de democracia é tida como uma aspiração, um ideal a ser perseguido⁵¹. Isso porque, dificilmente seria possível imaginar que duas pessoas, em lados completamente opostos, iriam pensar uma na outra na hora de decidir; é uma questão de realidade prática (Ibid.).

Não obstante, isso não quer dizer que a concepção de democracia cooperativa não tenha valor. Essa concepção incorpora, em seu núcleo fundamental, o conceito de democracia substancial (democracia constitucional).

A constitucionalização rígida dos direitos fundamentais fez surgir, não apenas uma dimensão material do Estado de direito, mas também uma dimensão substancial da democracia (FERRAJOLI, 2004). Desse modo, as decisões políticas devem respeitar os procedimentos majoritários estabelecidos, bem como os direitos assegurados pela Constituição:

A dimensão material que bem poderia chamar-se democracia substancial, posto que se refere ao que não pode se decidir ou deve ser decidido por qualquer maioria, e que está garantida pelas normas substanciais que regulam a substância ou o significado das mesmas decisões, vinculando-as, sob pena de invalidez, ao respeito dos direitos fundamentais e dos demais princípios axiológicos estabelecidos por aquela⁵² (Ibid., p. 23, tradução nossa).

Esse respeito devido à Constituição decorre de sua supremacia e também do fato de que “existe uma diferença entre as decisões que provêm da política de todos os dias e as que resultam de longos processos de mobilização cidadã, como as decisões fixadas na Constituição”⁵³ (GARGARELLA, 2011, p. 156, tradução nossa). A democracia substancial aparece a partir da premissa de que as normas jurídicas devem ser produzidas observando tanto o procedimento estabelecido como o conteúdo existente na Constituição (FERRAJOLI, 2004).

É no contexto dessa união que surge o Estado constitucional, cujo paradigma é “esta dupla sujeição do direito ao direito, que afeta ambas dimensões de todo fenômeno normativo,

⁵¹ Nesse aspecto, é importante salientar que Dworkin se refere aos Estados Unidos, que notoriamente é uma democracia mais desenvolvida que o Brasil.

⁵² Tradução livre: la dimensión material de la que bien podría llamarse democracia sustancial, puesto que se refiere al qué es lo que no puede decidirse o debe ser decidido por cualquier mayoría, y que está garantizado por las normas sustanciales que regulan la sustancia o el significado de las mismas decisiones, vinculándolas, so pena de invalidez, al respecto de los derechos fundamentales y de los demás principios axiológicos establecidos por aquella.

⁵³ Tradução livre: Existe una diferencia entre las decisiones que provienen de la política de todos los días, y las que resultan de largos procesos de movilización ciudadana como las decisiones plasmadas en la Constitución.

a vigência e a validade, a forma e a substancia, os sinais e os significados, a legitimação formal e a legitimação substancial”⁵⁴ (Ibid., 2004, p. 22, tradução nossa).

Em termos práticos, a diferença entre as concepções de democracia pode ser materializada em uma premissa: para a concepção majoritária pergunta-se apenas como determinada questão será decidida; para a concepção cooperativa (ou constitucional) pergunta-se não apenas como será tomada uma decisão política, mas também o que será decidido. Portanto, a concepção cooperativa dá maior proteção constitucional às minorias e, em consequência, traz maior estabilidade e segurança ao bem comum da sociedade (DWORKIN, 2011).

As duas concepções de democracia apresentadas partem do mesmo ponto, contudo acabam por tomar caminhos diferentes:

A primeira concepção enxerga a democracia como uma forma de bem intrínseco, baseada no direito do povo de ser responsabilizado por qualquer lei que os atinja, mesmo que a lei que eles escolham seja longe do ideal. A segunda concepção defende a democracia como um bem procedimental - isto é, como uma forma de governo que prefere políticas que se adequem a entendimentos do que é bom ou justo - mas que autorize desvios do ideal majoritário desde que esses desvios possam promover justiça, eficiência ou outro valor⁵⁵ (NOVECK, 2008, p. 407, tradução nossa).

Nas palavras de Dworkin (2006, p. 131),

De acordo com a visão majoritária, democracia é o governo pela vontade da maioria, isto é, de acordo com a vontade do maior número de pessoas, expressada nas eleições com sufrágio universal, ou perto disso. Não há garantia que a maioria vai decidir de maneira justa; suas decisões podem ser injustas para minorias cujo interesses a maioria ignora sistematicamente. De acordo com a visão cooperativa de democracia, no entanto, democracia significa que o povo se autogoverna cada um como um parceiro por completo na comunidade política de modo que as decisões da maioria são democráticas apenas quando protege os interesses de cada um dos cidadãos dentro da comunidade política⁵⁶ (tradução nossa).

⁵⁴ Tradução livre: Esta doble sujeción del derecho al derecho, que afecta ambas dimensiones de todo fenómeno normativo: la vigencia y la validez, la forma y la sustancia, los signos y los significados, la legitimación formal y la legitimación sustancial.

⁵⁵ Tradução livre: The first view sees democracy as a form of intrinsic good, based on the right of the people to be responsible for any law which binds them, even if the laws they choose are far from ideal. The second view advocates democracy as an instrumental good—that is, as being the form of government most likely to select policies that conform to some external understanding of what is good or just—but authorizes deviations from the majoritarian or participatory ideal insofar as these deviations can better promote justice, efficiency, or some other value.

⁵⁶ Tradução livre: According to the majoritarian view, democracy is government by majority will, that is, in accordance with the will of the greatest number of people, expressed in elections with universal or near universal suffrage. There is no guarantee that a majority will decide fairly. There is no guarantee that a majority will decide fairly. According to the rival partnership view of democracy, however, democracy means that the people govern themselves each as a full partner in a collective political enterprise so that majorit’s decisions are democratic only when certain further conditions met that protect the status and interests of each citizen as a full partner in that enterprise.

O autor defende a visão cooperativa de democracia, pois ela possibilita a maior proteção dos direitos fundamentais das minorias e, por consequência, garante maior estabilidade ao sistema como um todo. Como mencionado anteriormente, nessa concepção a democracia só é realizada quando se garante ao indivíduo uma oportunidade de participação no processo de tomada de decisão (DWORKIN, 2011).

Em igual sentido, Häberle entende que a democracia não se restringe à delegação da responsabilidade formal do povo para os órgãos estatais por meio das eleições. De fato, o povo deve ser um elemento pluralista fundamental no processo decisório, tanto no aspecto político como no judicial (HÄBERLE, 2002)⁵⁷.

No entanto, mesmo que se adote uma visão cooperativa de democracia, é possível que aconteçam situações de violação de direitos por meios procedimentalmente legítimos. A fim de enfrentar situações como essas, devem existir mecanismos institucionais que garantam os direitos previstos na Constituição, pois “estas matérias, por sua relevância, não poderiam, sem risco, ficar sujeitas ao processo político ordinário, não sendo prudente sustentar que possam ser restringidas e modificadas ao talante das maiorias ocasionais” (SGARBOSSA et al., 2013, p. 144).

Dworkin elege o *judicial review* ou controle de constitucionalidade⁵⁸ como o mecanismo fundamental para a garantia dos direitos individuais contra abusos das maiorias (DWORKIN, 2011). Esse mecanismo de controle recebe grande relevância na teoria da democracia cooperativa de Dworkin, tendo em vista possibilitar a estabilização do sistema e contribuir para aumentar a legitimidade do governo em geral (Ibid.).

Nesse aspecto, a jurisdição constitucional ganha importante relevância para a estabilização do sistema democrático, vez que serve como mecanismo para garantir que os direitos fundamentais e os preceitos constitucionais não serão violados. Isso porque o juiz está submetido aos ditames constitucionais e, desse modo, deve garantir os direitos fundamentais estabelecidos pela Constituição (FERRAJOLI, 2004).

É nessa legitimidade que surge o caráter contramajoritário da jurisdição constitucional⁵⁹. Um dos fundamentos da democracia são os direitos fundamentais e eles

⁵⁷ Essa ligação entre a concepção de democracia cooperativa/constitucional e a necessidade de participação do povo nas decisões públicas será explorada mais a fundo no capítulo 3. Isso porque o tema guarda relação íntima com as funções democrática e informativa do *amicus curiae*, que também serão expostas no capítulo 3.

⁵⁸ O controle de constitucionalidade será abordado em item específico, no capítulo 2.

⁵⁹ As funções político-institucionais dos Tribunais Constitucionais serão analisadas no capítulo 2, contudo, adianta-se que a função contramajoritária consiste, em suma, na função de anular legislações aprovadas pela maioria dos representantes eleitos por conta de violação à Constituição.

devem ser garantidos a todos e a cada um, inclusive contra a maioria detentora da autoridade executiva e legislativa (Ibid.).

Contudo, os defensores da concepção majoritária de democracia apontam que o controle de constitucionalidade atenta contra a democracia, vez que confere a indivíduos não eleitos (juízes) o poder de anular decisões tomadas por representantes regularmente eleitos (GARGARELLA, 2011). Essa crítica pode ser rebatida por diversos argumentos⁶⁰, contudo não pode ser completamente afastada.

Nesse aspecto, o *amicus curiae* surge como importante mecanismo de aperfeiçoamento do controle de constitucionalidade, conferindo maior legitimidade democrática à jurisdição constitucional, uma vez que possibilita a participação da sociedade nos debates constitucionais⁶¹. Entretanto, antes de enfrentar esse assunto, é imprescindível compreender as características do Estado constitucional, em especial a importância conferida a Constituição e a complexa relação entre o constitucionalismo e a democracia.

1.7 CONCLUSÕES PARCIAIS

O surgimento do sistema político é um marco histórico na vida em sociedade organizada, visto que, dentro da esfera euro-ocidental, ele auxilia na manutenção da ordem e na integração dos valores comuns da comunidade. Em uma perspectiva do mundo Ocidental, a democracia atualmente é a forma de regime político dominante.

Isso não representa dizer que ela é igual nos diferentes países do mundo; de fato, existem inúmeras variações da democracia. No entanto, a essência da democracia é o poder do povo.

Embora existam diversas formas de democracia, a principal diferenciação que se impõe é entre a democracia antiga e a moderna. Em essência, a mudança ocorrida na passagem de uma à outra foi a forma como o poder é exercido; enquanto na primeira a regra era que os cidadãos o exerciam diretamente, na segunda eles o fazem por meio de representantes eleitos.

A democracia se origina de duas doutrinas diversas da soberania: a soberania popular e a soberania nacional. A primeira, de base rousseaniana, entende que a soberania do Estado advém da soma da soberania de cada um dos indivíduos, que devem participar do processo

⁶⁰ Os argumentos contrários à dificuldade contramajoritária serão apresentados no capítulo 2.

⁶¹ A função democrática do *amicus curiae* será tratada no capítulo 3.

político de maneira igual e universal; já a segunda, que é defendida por Sieyès, entende a soberania como advinda da Nação, que é superior às vontades individuais.

Desse modo, a democracia antiga é considerada essencialmente direta; a moderna, indireta. Com o tempo, os Estados ganharam maior contorno territorial e demográfico a ponto de a democracia direta se tornar impossível na prática.

É inviável reunir, regularmente, milhares de pessoas em um ambiente público para decidir questões públicas. O que se viu é que a democracia indireta, que se consubstancia na ideia de representação do povo por meio de eleição de representantes, foi uma forma de se manter, na prática, o “ideal de poder do povo”.

A democracia tem como mecanismo de técnica de tomada de decisões coletivas a regra da maioria, isto é, considera-se como decisão escolhida a que obtiver maior número de votos. Contudo, essa regra não pode ser pensada como absoluta, visto que favorece a violação do direito daqueles que são considerados minoria.

Essa ideia de limitação do potencial opressivo de maiorias dominantes tem início com preceitos do liberalismo. Segundo essa corrente, deve existir um limite que garanta que determinados direitos do indivíduo não sofrerão interferência.

É com base nesse preceito que surge o ideal de liberdade negativa, isto é, o indivíduo tem uma esfera de direito que não pode ser atingida por aquele que detém o poder coercitivo. De fato, um dos ideais do Estado liberal é o conceito de limitação do poder a fim de garantir os direitos individuais dos cidadãos.

A conjugação de democracia e liberalismo é fundamental para frear possíveis violação de direitos praticadas por meio da deliberação majoritária; o conceito de limitação de poder foi a grande contribuição do liberalismo para a democracia. Após o século XVIII, o movimento constitucional se fortaleceu, em especial por conta da experiência estadunidense de constitucionalismo.

As constituições passaram a ser rígidas e a terem supremacia dentro do ordenamento, o que implicou a submissão de todos os poderes, inclusive o legislativo, aos ditames constitucionais. A democracia deixou de ser pensada como mero procedimento e passou a ser pensada também como fim.

Antes, com a predominância da democracia majoritária, também chamada de procedimental, tudo aquilo que fosse decidido pela maioria do povo (ou de seus representantes) era considerado democrático. Essa concepção de democracia se fundamenta na ideia de que cabe somente ao povo decidir, mesmo que essa decisão não seja a mais correta.

Contudo, a partir da concepção substancial de democracia, que é relacionada ao Estado constitucional, o conteúdo final da decisão tomada é tão importante quanto o procedimento. Dessa maneira, só é considerada democrática a decisão que, além de seguir o procedimento, respeita o conteúdo da Constituição.

Essa é a concepção constitucional de democracia ou, como considera Dworkin, a concepção cooperativa. Ela se consubstancia na ideia de que todo cidadão deve ser tratado com igualdade dentro da comunidade em que vive, o que traz duas importantes consequências.

A primeira delas é que em uma democracia cooperativa os cidadãos devem ter meios de participar dos processos de decisão pública, tanto na esfera judicial como na política. A segunda é que mesmo decisões majoritárias que sigam o processo legislativo determinado não podem violar os direitos fundamentais das minorias vencidas.

Mesmo assim, violações desse tipo podem acontecer, e para tais situações, existem os mecanismos da jurisdição constitucional. Esses mecanismos, como será explicado no capítulo 2, são fundamentais para que a supremacia da Constituição seja assegurada e para que os direitos e garantias nela previstos sejam defendidos.

Não obstante, a jurisdição constitucional é alvo de diversas críticas daqueles que entendem que não cabe ao Poder Judiciário interferir em assuntos de política. Significa dizer, portanto, que não cabe ao judiciário - um poder formado por membros não eleitos - fiscalizar as decisões tomadas pelos demais poderes que recebem o voto popular. Essa crítica, denominada dificuldade contramajoritária, pode ser enfrentada com diversos argumentos, mas não pode ser completamente afastada.

O instituto do *amicus curiae* figura como importante mecanismo da democracia cooperativa/constitucional, tendo em vista que viabiliza a participação da sociedade no debate constitucional e, por conseguinte, confere maior pluralidade ao debate e legitimidade democrática à jurisdição constitucional.

2 A RELAÇÃO ENTRE DEMOCRACIA E CONSTITUCIONALISMO SOB A ÓTICA DO ESTADO CONSTITUCIONAL

2.1 DEMOCRACIA, CONSTITUCIONALISMO E A DIFICULDADE CONTRAMAJORITÁRIA

Após o século XVII a democracia ressurgiu na Europa, mais especificamente na França, na forma da doutrina da soberania nacional de Sièyes⁶². Nesse período, a democracia moderna se consolidou sob a forma representativa, isto é, o povo não exercia mais diretamente seu direito de escolha, mas o fazia por meio de representantes eleitos.

Durante os séculos subsequentes a democracia se consolidou como forma de regime político dominante no Ocidente, passando por diversas mudanças, de acordo com a realidade dos países em que se desenvolvia. Dentre essas mudanças destaca-se a influência exercida pelas revoluções liberais, das quais um dos ideais foi a limitação do poder político.

De fato, enquanto a democracia moderna era alicerçada no poder do povo de tomar decisões e conduzir a vida pública por meio da maioria dos seus representantes eleitos, o liberalismo político defendia a limitação do poder do Estado, o que, invariavelmente, atinge a amplitude do poder político do próprio povo.

A relação de contraposição existente entre a ideia de limitação de poder e democracia é uma questão que subsiste até os dias de hoje. Contudo, o movimento constitucional surgido após a Segunda Guerra Mundial, que deu origem ao Estado Constitucional, conferiu uma nova roupagem a essa relação.

A existência de constituições dotadas de supremacia, dentro do ordenamento jurídico, e de mecanismos que asseguram que suas disposições serão observadas por todos faz surgir a questão da legitimidade democrática dos instrumentos de limitação de poder político. Por outro lado, caso a democracia seja pensada em sua concepção cooperativa ou constitucional, a sua relação com a limitação do poder pode ser vista, até certo ponto, de modo complementar.

A fim de compreender melhor as questões que giram em torno dessa complexa relação entre democracia e limitação de poder, o capítulo 2 tem como objetivo expor as principais características do Estado (moderno, de direito e constitucional), do constitucionalismo (moderno e contemporâneo) e da jurisdição constitucional. Em seguida, aborda-se a questão da dificuldade contramajoritária e, ao final, a própria relação entre democracia e constitucionalismo.

⁶² A doutrina da soberania nacional foi explicitada no capítulo 1.

2.2 O SURGIMENTO DO ESTADO MODERNO: DA CONCENTRAÇÃO DO PODER À NECESSIDADE DE SUA LIMITAÇÃO

O surgimento do Estado Moderno é marcado pela inauguração de uma nova forma de organização política da sociedade, ocasionada, em grande parte, pelas lutas religiosas acontecidas na Europa entre os séculos XVI e XVII (BOBBIO; MATTEUCCI; PASQUINO, 2008). Nesse contexto, o resultado das disputas religiosas não foi a prevalência de determinada religião, mas a superação do ideal da fundamentação do poder na fé (Ibid.).

Sobre o assunto, Bobbio propõe a sequência histórica de formação do Estado como Estado feudal, Estado estamental, Estado absoluto e Estado representativo (BOBBIO, 2007). O Estado estamental é caracterizado pela transição entre o Estado feudal e o absoluto, pois é nele que se inicia o processo de institucionalização dos poderes intermediários – órgãos colegiados que inicialmente representavam o interesse de determinadas classes – e também da institucionalização das relações, que deixaram de ser pessoais (BOBBIO, 2007).

O Estado estamental é datado da transição entre a Idade Média e a Idade Moderna, e foi seguido pelo Estado absoluto, derivado dos processos de centralização e concentração do poder dentro de um território geograficamente determinado, que deu origem ao Estado moderno (Ibid.). Por centralização deve-se entender a eliminação de ordenamentos jurídicos inferiores, como as cidades, as corporações, que deixam de ser ordenamentos originários e autônomos e passam a ser ordenamentos derivados de uma autorização do poder central (Ibid.).

Já a concentração é o processo onde todos os atos inerentes ao exercício da soberania – o poder de criar leis válidas, o poder de usar a força, o poder jurisdicional - são atribuídos ao soberano e exercidos por ele e seus funcionários (Ibid.).

Weber caracteriza essa transição como processo de expropriação⁶³ do uso da força, isto é, a transferência da legitimidade desse uso exclusivamente aos monarcas, que passam a deter seu monopólio. Desse modo, uma das características do Estado moderno é a existência de uma relação de dominação por meio do monopólio dos meios de coação legítima (WEBER, 2002).

Esse monopólio se une à possibilidade de uma ordenação racional da aplicação da violência legítima, uma vez que ela possui conformidade com a lei (Ibid.). A dominação,

⁶³ Weber vê a formação do Estado moderno como um fenômeno de expropriação por parte do poder público dos meios de serviços; dessa observação deriva a concepção weberiana denominada *communis opinio* (BOBBIO, 2007).

então, é vista como administração, que se dá por meio de um aparelho institucional e um quadro administrativo, sendo fundamentada na existência de um direito criado de modo racional, que vincula tanto aquele que manda como aquele que obedece (Ibid.).

Os indivíduos não obedecem mais à pessoa do soberano, mas às leis que ele expressa, o que faz surgir uma concepção de política assentada no domínio das leis. A consequência disso é que a dominação pelo Estado só é considerada legítima se estiver baseada em leis postas, que, por sua vez, devem ser criadas de acordo com a própria lei (Ibid.).

Além disso, a legitimidade da dominação não guarda relação com padrões morais ou éticos, mas com a aceitação dela, pelos indivíduos dominados; significa dizer que a legitimidade de um sistema é diretamente relacionada com a disposição de seus sujeitos de aceitá-la (Ibid.).

Os processos de concentração e centralização fizeram surgir a necessidade de se delimitar o território no qual esse poder é exercido, que caracteriza o princípio da territorialidade (BOBBIO; MATTEUCI; PASQUINO, 2008). Essa união de fatores resultou na superação do policentrismo que vigorava anteriormente; em outras palavras, o sistema feudal de poder descentralizado perdeu força e deu lugar a um Estado centralizado.

Assim, o surgimento do Estado moderno é marcado pela tensão entre o sistema policêntrico e o complexo dos senhorios de origem feudal:

O processo inexorável de concentração do poder de comando sobre um determinado território bastante vasto, que acontece através da monopolização de alguns serviços essenciais para a manutenção da ordem interna e externa, tais como a produção do direito através da lei, que a diferença do direito consuetudinário é uma emanção da vontade do soberano, e do aparato coativo necessário à aplicação do direito contra os renitentes, bem como através do reordenamento da imposição e do recolhimento fiscal, necessário para o efetivo exercício dos poderes aumentados (BOBBIO, 2007, p. 68-69)

Essa mudança se deu também em um plano institucional e de organização de poder:

O segundo plano no qual se deu o encontro liga-se ainda mais ao momento institucional e ao problema de organização do poder, através da aparição, em diversos senhorios antigos em que originariamente se situava o novo território, de um momento sintético de decisão e de Governo, representado pelo senhor territorial, ou seja, pelo príncipe, com o Governo do qual o antigo e genérico senhorio, de conteúdo prevalentemente pessoal, se transforma numa soberania de conteúdo marcadamente político. É a passagem do senhorio terreno (*Grundherrschaft*) à soberania territorial (*Landeshoheit*), através da *Landesherrschaftl*. (BOBBIO, MATTEUCCI, PASQUINO, 2008, p. 426).

A unidade existente no Estado moderno, com a concentração do poder na figura do monarca sobre o povo em determinado território, cria elementos que passam a ser considerados essenciais para a caracterização do Estado (KELSEN, 2000). Esses elementos são o povo, o território e a soberania.

Desde quando do problema do Estado passaram a tomar conta os juristas, o Estado tem sido definido através de três elementos constitutivos: o povo, o território e a soberania (conceito jurídico por excelência, elaborado por legistas e universalmente aceito pelos escritores de direito público). Para citar uma definição corrente e autorizada, o Estado é um ordenamento jurídico destinado a exercer o poder soberano sobre um dado território, ao qual estão necessariamente subordinados os sujeitos a ele pertencentes (BOBBIO, 2007, p. 94).

O território é a esfera territorial de validade da ordem jurídica, isto é, é a limitação geográfica onde o Estado detém o monopólio da força e pode agir coercitivamente sobre os indivíduos que lá se encontram (KELSEN, 2000). O povo é a unidade dos seres humanos que residem⁶⁴ dentro do território do Estado e que estão submetidos à sua ordem jurídica; é a esfera pessoal de validade da ordem jurídica (Ibid.).

A soberania é o terceiro elemento do Estado, em seu sentido lato. Ela é definida como o poder de mando, em última instância, numa sociedade política (BOBBIO; MATTEUCCI; PASQUINO, 2008). Está intimamente ligada ao poder político, e pretende ser a racionalização jurídica do poder, a transformação da força em poder legítimo, do poder de fato em poder de direito (BOBBIO; MATTEUCCI; PASQUINO, 2008).

Em sentido estrito, soberania é um conceito político-jurídico que possibilita ao Estado moderno reunir, em uma única instância, o monopólio da força num determinado território e, com isso, realizar no Estado a máxima unidade e coesão política (Ibid.).

Weber entende que as relações de mando e de obediência que se encontram tipicamente na política, tendem a se basear não só em fundamentos materiais ou no mero hábito de obediência dos súditos, mas também e principalmente num específico fundamento de legitimidade (Ibid.). Em sua teoria, podem ser identificados três tipos de poder: o legal, o tradicional e o carismático.

O poder legal, que é especificamente característico da sociedade moderna, funda-se sobre a crença na legitimidade de ordenamentos jurídicos que definem expressamente a função do detentor do Poder. A fonte do Poder é, portanto a lei, à qual ficam sujeitos não apenas aqueles que prestam obediência, como são os cidadãos e consócios, mas também aquele que manda. O Poder tradicional funda-se sobre a crença no caráter sacro do Poder existente desde sempre. A fonte do Poder é, portanto, a tradição que impõe vínculos aos próprios conteúdo das ordens que o senhor comunica os súditos. O Poder carismático, enfim, está fundado na dedicação afetiva à pessoa do chefe e ao caráter sacro, à força heroica, ao valor exemplar ou ao Poder de espírito e da palavra que o distinguem de modo especial. (WEBER, 2002).

A detenção do monopólio do uso legítimo da força física pelo Estado se mostra fundamental para o exercício da soberania, pois é capaz de superar qualquer resistência. A

⁶⁴ Entretanto, aqueles que não residem de maneira fixa no território também são considerados povo, pois ainda que de maneira temporária, estão sujeitos à ordem jurídica imperativa no território (KELSEN, 2000). Isso não quer dizer que esses indivíduos possuam todos os direitos e deveres dos residentes do território, todavia, deve a eles ser garantido o mínimo de direito (KELSEN, 2000).

soberania absoluta, que muitas vezes se torna arbitrária, embora não tenha muitos teóricos, não foi incomum, na prática (BOBBIO; MATTEUCCI; PASQUINO, 2008).

Um exemplo prático dessa tendência arbitrária é o despotismo esclarecido que existiu na Europa durante o século XVIII, cujas características são

(1) Afirmação da ideia de soberania concentrada no monarca, com o consequente predomínio do soberano sobre os restantes estamentos; (2) extensão do poder soberano ao âmbito religioso, reconhecendo-se ao soberano o direito de decidir sobre a religião dos súbditos e de exercer autoridade eclesiástica (*cuius régio eius religio, Dux cliviae est papa in territoriis suis*); (3) dirigismo econômico através da adoção de uma política econômica mercantilista; (4) assunção, no plano teórico para os fins do Estado, da promoção da *salus publica* (bem estar, felicidade dos súbditos) como uma das missões fundamentais do soberano, que assim deslocava para um lugar menos relevante a célebre “razão de Estado” (*raison d’État*), apontada como dimensão teleológica básica do chamado absolutismo empírico (momento absolutista anterior ao absolutismo iluminado) (CANOTILHO, 2003, p. 91).

O despotismo esclarecido concentrava grande parte do poder nas mãos do monarca e, por conseguinte, submetia grande parte das atividades civis, econômicas, sociais e políticas ao controle direto do Estado. Não obstante, a atribuição de poder absoluto ao soberano não deve ser pensada como um poder sem qualquer tipo de limite, “na verdade, o poder do príncipe é limitado não só pelas leis naturais e divinas, mas também pelas leis fundamentais do reino - como por exemplo a lei que regula a sucessão do trono -, que são leis transmitidas, leis consuetudinárias” (BOBBIO, 2007, p. 98).

Desde a Antiguidade, a limitação ao poder do Estado é assunto frequente quando se fala em Teoria do Estado; a defesa da necessidade desse limite pode ser vista inclusive em Platão e Aristóteles⁶⁵. Não se defende, aqui, uma unicidade desse ideário, até porque a luta pela limitação do poder ganha força, em grande parte, com as revoluções liberais acontecidas a partir do século XVIII na Europa.

Entretanto, embora há muito já fosse discutida a necessidade de limitação do poder, ganhou força o movimento para acabar com a unicidade do poder na figura do rei e transferir esse poder para o indivíduo. Esse movimento tinha claro objetivo de colocar o indivíduo comum como protagonista da vida civil e política, fenômeno que “se enquadrava, por sua vez, num processo mais geral de formalização do próprio Estado para o qual se tornava cada vez

⁶⁵ Platão, distinguindo o bom governo do mau governo, afirma: onde a lei é súdita dos governantes e privada de autoridade, vejo pronta arruína da cidade; onde, ao contrário, a lei é senhora dos governantes e os governantes seus escravos, vejo a salvação da cidade e a acumulação nela de todos os bens que os deuses costumam dar às cidades. Aristóteles, iniciando o discurso sobre as diversas constituições monárquicas, põe o problema de saber se é mais conveniente ser governado pelo melhor dos homens ou pelas leis melhores. A favor da segunda extremidade enuncia uma máxima destinada a ter larga aceitação: A lei não tem paixões, ao contrário se encontram necessariamente em toda a alma humana (BOBBIO, 2008, p. 96)

menos necessária a personificação na figura do monarca” (BOBBIO; MATTEUCCI; PASQUINO, 2008, p. 430).

Essa mudança foi conduzida, majoritariamente, pela força hegemônica da época, a classe burguesa (Ibid.). O acúmulo de capital permitiu aos burgueses ascender apenas economicamente, encontrando forte resistência dos monarcas e da nobreza para fazer parte das decisões políticas.

Em adição a isso, tornava-se cada vez mais imprescindível que a sociedade fosse organizada com base em “esquemas logicamente sem objeção e convencionais, o principal dos quais era exatamente a lei, a norma jurídica” (Ibid., 2008, p. 430). As revoluções liberais foram as protagonistas dessas mudanças (BONAVIDES, 2001).

Como visto anteriormente, embora não se possa delinear uma história do liberalismo euro-americano como se este fosse um fenômeno unitário, é possível delinear duas constantes que marcam o fenômeno do liberalismo nos diversos locais onde ele aconteceu. A primeira delas, de aspecto ético-político, é a existência de instrumentos de inovação e transformação social, instituições representativas, autonomia da sociedade civil como autogoverno local e associativo ou como espaço econômico e cultural (BOBBIO; MATTEUCCI; PASQUINO, 2008).

A outra constante tem caráter institucional e se consubstancia na racionalização do Estado:

Do ponto de vista institucional, o Liberalismo se configura como a racionalização, na Inglaterra, do constitucionalismo medieval e, na América, da experiência colonial; ou, com a tentativa, na França, de revitalizar antigas instituições, num primeiro momento, e projetá-las de acordo com modelos racionais, num segundo momento; ou, na Alemanha, como tentativa de racionalização jurídica do Estado absoluto (o Estado de direito, os direitos públicos subjetivos); ou como a reinterpretação da antiga estrutura social por categorias, no contexto de um Estado orgânico. (Ibid., p. 701)

Assim, o Estado absolutista é substituído pelo Estado liberal, que tem como pressuposto filosófico a doutrina dos direitos do homem, consubstanciada na noção de que o indivíduo tem, por natureza, determinados direitos fundamentais como o direito à vida e à liberdade (BOBBIO, 2000b). Esses direitos são invioláveis, portanto o Estado tem o dever de respeitá-los e, ao mesmo tempo, protegê-los contra toda possível invasão por parte de outros indivíduos:

Direitos esses que o Estado, ou mais concretamente aqueles que num determinado momento histórico detêm o poder legítimo de exercer a força para obter a obediência a seus comandos devem respeitar, e portanto não invadir, e ao mesmo tempo proteger contra toda possível invasão por parte dos outros (Ibid., p. 11).

A transformação do Estado moderno provocada pelos ideais liberais trouxe importantes mudanças para a democracia⁶⁶. O Pacto do Livre Povo Inglês (1649) foi pioneiro na luta contra a limitação dos direitos políticos; alguns séculos mais tarde, esse caminho foi seguido, na Europa, com influência da revolução estadunidense (Ibid.).

Embora tenham se desenvolvido em ritmos diferentes, os ideais liberais e democráticos se conjugam a ponto de ser correto afirmar que o Estado democrático é o desenvolvimento natural do Estado liberal (Ibid.). Essa transfiguração de paradigma resulta na passagem da esfera da legitimidade para a legalidade, inaugurando o Estado de direito, que tem em seus alicerces a liberdade política e igualdade de participação dos cidadãos frente ao poder (FERRAJOLI, 2006).

2.3 O ESTADO DE DIREITO E O CONSTITUCIONALISMO

A transformação do Estado moderno em Estado de direito, impulsionada pelas revoluções liberais, ocorreu com a supremacia da lei (ZAGREBELSKY, 1999). Em outras palavras, o Estado de direito surge quando se admitiu que todos (inclusive e principalmente os governantes) deveriam respeitar a lei, o que provocou transformações na sociedade:

Assim, a transformação do Estado absoluto em Estado de direito ocorre juntamente com a transformação do súdito em cidadão, ou seja, em sujeito titular de direitos não só naturais e sim constitucionais frente ao Estado, que resulta a sua vez vinculado frente a ele. O chamado contrato social, uma vez traduzido em pacto constitucional, deixa de ser uma hipótese filisófica-política para tornar-se um conjunto de regras positivas que obrigam entre si o Estado e os cidadãos, fazendo deles dois sujeitos com soberania reciprocamente limitada (FERRAJOLI, 2006, p. 793).

A expressão Estado de direito é uma noção genérica e embrionária que indica a eliminação da arbitrariedade no âmbito da atividade estatal (ZAGREBELSKY, 1999). O Estado de direito nasce com o constitucionalismo, que “é a teoria (ou ideologia) que ergue o princípio do governo limitado indispensável à garantia dos direitos em dimensão estruturante da organização político-social de uma comunidade” (CANOTILHO, 2003, p. 51).

O movimento constitucional tem suas raízes localizadas em horizontes temporais, espaços históricos geográficos e culturais diferentes. Desse modo, “não há um constitucionalismo, mas vários constitucionalismos (o constitucionalismo inglês, o constitucionalismo americano, o constitucionalismo francês)” (Ibid.).

⁶⁶ O ideal de democracia liberal foi tratado no tópico 1.5 do Capítulo 1.

Entretanto, é possível visualizar a existência do constitucionalismo moderno, que é definido como “movimento político, social e cultural que, sobretudo a partir de meados do século XVIII, questiona nos planos político, filosófico e jurídico os esquemas tradicionais de domínio político” (Ibid.).

Desse modo, constitucionalismo “significa, em essência, limitação do poder e supremacia da lei (Estado de direito, *rule of the law*, *Rechtsstaat*). O nome sugere, de modo explícito, a existência de uma Constituição” (BARROSO, 2013, p. 33).

A limitação do governo por meio de leis é a mais antiga, mais persistente e mais duradoura essência do constitucionalismo; assim, se a limitação do poder não é a característica mais importante do constitucionalismo, sem dúvida é a mais antiga (MCILWAIN, 1975). O constitucionalismo tem passado por diversos processos de transformação, de tal modo que se pode falar em constitucionalismo antigo (ou medieval), constitucionalismo moderno e constitucionalismo contemporâneo.

O medieval pode ser definido como “o conjunto de princípios escritos ou consuetudinários alicerçadores da existência de direitos estamentais perante o monarca e simultaneamente limitadores de seu poder” (CANOTILHO, 2003, p. 52). Já o constitucionalismo moderno representa uma “técnica específica de limitação do poder com fins garantísticos” (Ibid., p. 51).

A transformação do Estado moderno em Estado de direito faz surgir o conceito de legalidade, que é um atributo ou requisito do poder, isto é, “um poder é legal ou age legalmente ou tem o timbre da Legalidade quando é exercido no âmbito ou de conformidade com leis estabelecidas ou pelo menos aceitas” (BOBBIO; MATTEUCCI; PASQUINO, 2008, p. 674). O princípio da legalidade é consubstanciado em três principais regras:

1. É inválido todo ato dos poderes públicos que esteja em contraste com a lei. Neste sentido, se fala em princípio de preferência da lei, ou também de supra ordenação hierárquica da lei a respeito dos atos do Poder Executivo e jurisdicional.
2. É inválido todo ato dos poderes públicos que não estejam expressamente autorizados pela lei. Neste ponto, se fala do princípio da legalidade em sentido formal.
3. É inválida (constitucionalmente ilegítima) toda lei que confira um poder sem regulá-lo completamente. Neste ponto, se fala em princípio da legalidade em sentido substancial⁶⁷ (GUASTINI, 2001, p. 123).

⁶⁷ Tradução livre: 1. Es inválido todo acto de los poderes públicos que esté en contraste con la ley. En este sentido, se habla de principio de preferencia de la ley, o también de supraordenación jerárquica de la ley respecto a los actos del Poder Ejecutivo y jurisdiccional. 2. Es inválido todo acto de los poderes públicos que no este expresamente autorizado por la ley. En este punto, se habla de principio de legalidad en sentido formal. 3. Es inválida (constitucionalmente ilegítima) toda ley que confiera un poder sin regularlo completamente. En este punto, se habla de principio de legalidade en sentido sustancial.

Assim, os atos do poder público devem obedecer às leis, sob pena de serem considerados inválidos, o que indica a afirmação do Estado de direito e o princípio da legalidade (GUASTINI, 2001). Para o Estado legal o princípio da legalidade é o critério exclusivo para identificação do direito válido⁶⁸ (FERRAJOLI, 2001).

A essência do Estado de direito consiste em impor limites ao poder dos governantes através de leis, além de tornar suas atitudes previsíveis, isto é, estabelecer os procedimentos e as proibições previamente por meio das leis de modo a “pavimentar” o caminho que deverá ser seguido pelos governantes (GUASTINI, 2001). O Estado liberal de direito, de fato era um Estado legislativo que se baseava no princípio da legalidade (ZAGREBELSKY, 1999).

O respeito ao princípio da legalidade dá lugar ao exercício exclusivo do poder legal – conforme definido por Weber – que ao contrário do poder carismático e do poder tradicional, tem sua legitimidade advinda de sua própria definição, que decorre de leis (WEBER, 2002). Dessa maneira, no Estado de direito, os governantes são submetidos e devem obedecer às leis vigentes, ao mesmo tempo em que cabe exclusivamente ao próprio Estado a edição de normas.

O *legibus solutus* na figura do monarca, presente no absolutismo, é superada pela ideia de separação de poderes presente no constitucionalismo moderno. Enquanto o absolutismo, em qualquer de suas formas, prevê a concentração do poder, o constitucionalismo se consubstancia em sua partilha, o que garante um sistema eficaz de freios à ação do Governo (FRIEDRICH, 1966).

Essa partilha de poderes⁶⁹ denota não uma, mas duas técnicas diferentes de organização do poder político, uma envolvendo as funções do Estado e a outra os órgãos do Estado (GUASTINI, 2001). A separação de poderes quanto às funções do Estado as divide em três. A função legislativa, que consiste na produção de normas gerais e abstratas; a função jurisdicional, que consiste em resolver controvérsias que têm como objeto a violação das normas e a função executiva, que possui caráter residual, ou seja, atos individuais e concretos e não jurisdicionais⁷⁰ (Ibid.).

⁶⁸ Um conceito “vazio” de conteúdo como esse, omitia, do ponto de vista político-constitucional, as próprias funções, os fins do Estado e a natureza da lei (ZAGREBELSKY, 1999).

⁶⁹ Aqui se utiliza o termo separação de poderes e não divisão de poderes, tendo em vista que o segundo denota a técnica de organização constitucional dos *checks and balances*, ou freios e contrapesos. Essa técnica exclui a especialização plena das funções do Estado seguindo a ideia de Montesquieu de que apenas o poder freia o poder (GUASTINI, 2001).

⁷⁰ A separação de poderes dá origem ao princípio da especialização das funções, que representa a ideia de que cada órgão (ou conjunto de órgãos) exerce determinada função de maneira exclusiva e eterna dentro do Estado (GUASTINI, 2001). Em relação aos órgãos do Estado ela se materializa com a independência recíproca entre os

A separação de poderes é uma importante técnica para a limitação de poder e consiste uma importante característica do constitucionalismo. Todavia, a essência da limitação de poder é a Constituição.

As Constituições escritas, com sentido, forma e conteúdo específicos são fruto do constitucionalismo moderno (BARROSO, 2013). Essas Constituições contêm normas jurídicas organicamente vinculadas entre si, regulam funcionamento dos órgãos do Estado, e consagram os direitos dos cidadãos (BOBBIO; MATTEUCCI; PASQUINO, 2008).

Acrescentam-se a essas características que as Constituições modernas são dotadas também de rigidez; em outras palavras, suas normas não podem ser modificadas ou interpretadas pela vontade legislativa ordinária, pois são hierarquicamente superiores às demais normas (Ibid.). Por conseguinte, para que se procedam alterações na Constituição é necessário que seja observado um processo específico que, geralmente, conta com *quóruns* maiores para aprovação e um procedimento mais complexo (Ibid.).

Além disso, a Constituição possui supremacia dentro do ordenamento jurídico (Ibid.). A supremacia da Constituição é a materialização de sua superioridade hierárquica dentro do ordenamento jurídico, portanto, todas as demais normas devem respeitar suas disposições, sob pena de sofrerem controle através de órgão do Poder Judiciário que afere sua conformidade ou não com os preceitos constitucionais (Ibid.).

Desse modo, a Constituição assume papel fundamental dentro do Estado moderno, vez que é o principal mecanismo de limitação do poder, cujas funções são organizar institucionalmente o Estado e positivar os direitos fundamentais dos cidadãos. Por conta dessa importância, e também de sua imprescindibilidade para o Estado democrático de direito, a Constituição deve ser analisada de maneira pormenorizada.

2.4 A EVOLUÇÃO DA CONSTITUIÇÃO NO ESTADO MODERNO: DO ESTADO LEGISLATIVO AO ESTADO CONSTITUCIONAL

A teoria do Poder Constituinte é, em essência, uma teoria da legitimidade do Poder que surge de maneira contemporânea às doutrinas⁷¹ da soberania popular e soberania nacional

órgãos, em outras palavras, os órgãos do Estado devem funcionar livre de interferência tanto na sua formação, como em seu funcionamento e sua duração (GUASTINI, 2001).

⁷¹ Vide capítulo 1.

no final do século XVIII. Esse novo poder⁷² é oposto às formas absolutas de poder, então existentes, e confere expressão jurídica ao conceito de soberania (BONAVIDES, 2004).

A doutrina da soberania nacional, defendida por Sieyès, insere o Poder Constituinte na moldura do regime representativo, evitando, dessa forma, as situações extremas – e na maioria absoluta das vezes impossível na prática – da doutrina da soberania popular. Dessa maneira, o Poder Constituinte é de titularidade do povo, mas é exercido por representantes especiais, eleitos especificamente para a tarefa constituinte (BONAVIDES, 2004).

O Poder Constituinte originário, que geralmente advém de uma ruptura do sistema vigente para inauguração de uma nova ordem, é o que dá origem a Constituição (GUASTINI, 2001). Ele é, em síntese, a oposição ao poder constituído, ou seja, é o poder que instaura uma Constituição primeira, que não encontra seu fundamento de legitimidade em uma Constituição precedente (Ibid.).

A Constituição, em seu sentido moderno, é fruto das revoluções liberais que impulsionaram o surgimento do Estado moderno, e pretendeu radicar duas ideias básicas: ordenar, fundar e limitar o poder político, e reconhecer e garantir os direitos e liberdades do indivíduo (CANOTILHO, 2003). Todavia, o termo Constituição pode ser compreendido em diversos aspectos:

1) Em uma primeira acepção, “Constituição” denota todo ordenamento político de tipo “liberal”. 2) Em uma segunda acepção, “Constituição” denota um certo conjunto de normas jurídicas, grosso modo, o conjunto de normas – em algum sentido fundamentais – que caracterizam e identificam todo ordenamento. 3) Em uma terceira acepção, “Constituição” denota – simplesmente – um documento normativo que tem esse nome (ou um nome equivalente). 4) Em uma quarta acepção, enfim, “Constituição” denota um particular texto normativo dotado de certas características “formais”, o seja, de um peculiar regime jurídico⁷³ (GUASTINI, 2001, p. 29-30).

O conceito liberal originário de Constituição é o da Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, que, em seu artigo 16, estabelece que uma sociedade na qual não esteja assegurada a garantia dos direitos nem reconhecida a divisão de poderes não

⁷² Quando se diz “novo poder” não se quer transparecer que o Poder Constituinte surgiu no século XVIII, haja vista que ele existiu em toda sociedade politicamente organizada (BONAVIDES, 2004). A diferença é que por conta de influências da escola renascentista cunhadas pelo espírito revolucionário, o Poder Constituinte passa a ser a soberania nacional a serviço do sistema representativo, marcado pela despersonalização do poder (BONAVIDES, 2004).

⁷³ Tradução livre: 1) En una primera acepción, Constitución denota todo ordenamiento político de tipo liberal. 2) En una segunda acepción, Constitución denota un cierto conjunto de normas jurídicas, grosso modo, el conjunto de normas – en algún sentido fundamentales – que caracterizan e identifican todo ordenamiento. 3) En una tercera acepción, Constitución denota – simplemente – un documento normativo que tiene ese nombre (o un nombre equivalente). 4) En una cuarta acepción, en fin, Constitución denota un particular texto normativo dotado de ciertas características “formales”, o sea de un peculiar régimen jurídico.

tem Constituição. Portanto, em seu sentido liberal, a Constituição tem teor garantista e fim precípuo de limitar o poder político (Ibid.).

A segunda acepção de Constituição consiste em um código de normas fundamentais que identificam ou caracterizam o ordenamento jurídico (Ibid.). Ela se diferencia das demais normas em decorrência de sua própria denominação, de seu conteúdo característico – que em grande parte é formado por normas materialmente constitucionais⁷⁴, mas também admite normas formalmente constitucionais⁷⁵ - e, também, dos destinatários de seus comandos, que quase sempre são o conjunto dos cidadãos e os órgãos constitucionais supremos (GUASTINI, 2001).

A quarta acepção subsiste na consideração da Constituição como uma fonte de direito, um documento normativo que se diferencia das demais fontes, por suas características formais:

1) Em primeiro lugar, a Constituição se distingue de outros textos normativos em virtude de seus procedimentos de formação, que é diverso de todas as demais fontes do direito. Muitas Constituições, por exemplo, são fruto de elaboração e aprovação por parte de uma assembleia constituinte elegida para esse propósito; outras trazem legitimidade de um *referendum* popular; outras, sem embargo, são fruto de uma decisão unilateral do soberano (Constituições chamadas outorgadas, isto é, dadas generosamente pelo soberano a seu povo), etc. 2) Em segundo lugar, a Constituição se distingue algumas vezes (nem sempre) de outras fontes do direito – e, em particular, das leis – em virtude de um regime jurídico especial, de uma força peculiar, que a põe por cima das leis (e qualquer outra fonte). Gozam de um regime jurídico especial, neste sentido, as Constituições que não podem ser derogadas ou modificadas pelas leis, nas quais o procedimento de reforma constitucional é diverso (mais complexo) que o procedimento legislativo ordinário. Tais Constituições se chamam rígidas⁷⁶ (Ibid., p. 37, tradução nossa).

⁷⁴ O conceito material de Constituição consiste no conjunto de normas pertinentes à organização do poder, à distribuição da competência, ao exercício da autoridade, à forma de governo, aos direitos da pessoa humana, em outras palavras, todo conteúdo básico que se refere a composição e ao funcionamento da ordem política (BONAVIDES, 2004). Essa definição também é compartilhada por Kelsen, quando diz que a Constituição em sentido material são as normas referentes aos órgãos superiores e às relações dos súditos com o poder estatal (KELSEN, 2000).

⁷⁵ Normas formalmente constitucionais são aquelas assim consideradas apenas por terem sido incluídas no conjunto de normas compõem a Constituição, sem, no entanto, possuírem conteúdo considerado constitucional (BONAVIDES, 2004).

⁷⁶ Tradução livre: 1) En primer lugar, la Constitución se distingue de otros textos normativos en virtud de su procedimiento de formación, que es diverso del de todas las demás fuentes del derecho. Muchas Constituciones, por ejemplo, son fruto de la elaboración y aprobación por parte de una asamblea “constituyente” elegida para ese propósito; otras traen legitimidad de un referendum popular; otras, sin embargo, son fruto de una decisión unilateral del soberano (Constituciones llamadas “otorgadas”, es decir, dadas generosamente por el soberano a “su” pueblo), etcétera. 2) En segundo lugar, la Constitución se distingue algunas veces (no siempre) de otras fuentes del derecho – y, en particular, de las leyes – en virtud de un régimen jurídico especial, de una “fuerza” peculiar, que la pone “por encima” de las leyes (y de cualquier otra fuente). Gozan de un régimen jurídico especial en este sentido, las Constituciones que no pueden ser abrogadas, derogadas o modificadas por las leyes, en las que el procedimiento de reforma constitucional es diverso del (más complejo que el) procedimiento legislativo ordinario. Tales Constituciones se llaman rígidas.

A Constituição moderna pode ser definida como a “ordenação sistemática e racional da comunidade política através de um documento escrito no qual se declaram as liberdades e os direitos e se fixam os limites do poder político” (CANOTILHO, 2003, p. 52). Contudo, essa definição de Constituição é essencialmente prescritiva⁷⁷, isto é, um conceito ideal (CANOTILHO, 2003).

A Constituição cria ou reconstrói o Estado, organiza e limita o poder político, dispõe sobre direitos fundamentais, valores e fins públicos, disciplinando, também, o modo de produção e o limite de conteúdo das normas que integrarão a ordem jurídica que ela própria institui. No mundo moderno, a Constituição exerce o fundamental papel de transportar o fenômeno político para o mundo jurídico, convertendo poder em Direito (BARROSO, 2013).

A transformação da função da Constituição no Estado moderno fez com que a doutrina, sobretudo a europeia, se debruçasse sobre a significação e o papel da Constituição⁷⁸, sendo que a concepção sociológica e a jurídica ganharam maior destaque. Ferdinand Lassalle é o expoente da concepção sociológica de Constituição. Para ele, a Constituição é a soma dos fatores reais do poder que regem a sociedade, isto é, o conjunto de forças políticas, econômicas e sociais que estabelecem uma realidade, um sistema de poder, que é a Constituição real, efetiva do Estado (CANOTILHO, 2003).

De outro lado, a Constituição jurídica se limita em converter os fatores reais do poder em instituições jurídicas em Direito, sendo também a lei suprema do Estado (BARROSO, 2013). Hans Kelsen assume protagonismo nessa doutrina através do positivismo normativista, que busca conferir objetividade e exatidão ao Direito, ou seja: Direito é norma, e norma é *dever-ser*, e não *ser*. Assim, na concepção jurídica, Constituição é o fundamento de validade de todas as demais normas do ordenamento jurídico, que, por sua vez, é composto por um conjunto escalonado de normas (KELSEN, 2001).

Quanto à tipologia, as Constituições modernas podem ser classificadas em relação à forma, à origem, à estabilidade do texto e ao conteúdo⁷⁹. Em que pese a importância das classificações, para os fins que se pretende com este trabalho, a estabilidade do texto tem especial relevância, portanto, será a única abordada.

⁷⁷ Barroso (2013) afirma que na perspectiva moderna e liberal a Constituição não tem caráter meramente descritivo das instituições, mas sim a pretensão de influenciar sua ordenação, mediante um ato de vontade e de criação, usualmente materializado em um documento escrito.

⁷⁸ Jorge Miranda (2000) aponta que as concepções defendidas pela doutrina são as jusnaturalistas, positivistas, historicistas, sociológicas, marxistas, institucionalistas, decisionistas, axiológicas e estruturalistas. A concepção normativa, de Konrad Hesse, será tratada oportunamente, quando se falar de constitucionalismo contemporâneo.

⁷⁹ Essa classificação é a utilizada por Barroso (2013) e, semelhante, a utilizada por Bonavides (2003).

No que toca a essa característica, a Constituição pode ser considerada rígida, flexível ou semirrígida:

- a) rígidas – quando o procedimento de modificação da Constituição é mais complexo do que aquele estipulado para a criação de legislação infraconstitucional;
- b) flexíveis – hipótese em que a Constituição pode ser modificada pela atuação do legislador ordinário seguindo o procedimento adotado para a edição de legislação infraconstitucional; ou
- c) semi-rígidas – quando parte da Constituição – geralmente as normas consideradas materialmente constitucionais – só pode ser alterada mediante um procedimento mais dificultoso, ao passo que o restante pode ser modificado pelo legislador, segundo o processo previsto para a edição de legislação infraconstitucional (BARROSO, 2013, p. 83).

A rigidez constitucional é atributo imprescindível para conferir, à Constituição, *status* de supremacia, isto é, de base fundante de todo o ordenamento jurídico, de norma das normas, de norma que deve ser respeitada por todas as demais normas. O conceito de supremacia da Constituição advém da experiência americana⁸⁰, e consiste na preeminência do Poder Constituinte sobre o Poder Constituído (GUASTINI, 2001).

Dizer que a Constituição detém supremacia é dizer que ela é dotada de superioridade jurídica em relação a todas as normas do sistema, não podendo, nenhum ato que com ela for incompatível, subsistir (BARROSO, 2013). Para casos de violação de suas disposições, a Constituição conta como um conjunto de mecanismos conhecidos como jurisdição constitucional,⁸¹ que tem como fim precípuo fazer valer o que dispõem as normas constitucionais pela via judicial, em especial por meio do *judicial review* (DWORKIN, 2011).

De fato, o pensamento constitucional contemporâneo atribuiu *status* normativo⁸² à Constituição, isto é, a Constituição jurídica de um Estado é condicionada historicamente pela realidade de seu tempo, de modo que ela possui existência própria, autônoma, e ordena e conforma o contexto social e político:

A constituição normativa, para se qualificar como um conceito de dever ser, ou, por outras palavras, para ser qualificada como conceito de valor, não se basta com um conjunto de regras jurídicas formalmente superiores; estas têm de transportar “momentos axiológicos” corporizados em normas e princípios dotados de bondade material (Garantia de direitos e liberdades, separação de poderes, controlo do poder, governo representativo) (CANOTILHO, 2003, p. 1113).

O constitucionalismo contemporâneo é marcado pela força normativa da Constituição, o que deu lugar à noção de Constituição dirigente, isto é, a imposição ao Poder Público – tanto legisladores como administradores – de certos deveres de atuação positiva (BARROSO,

⁸⁰ A supremacia da Constituição foi afirmada na célebre decisão da Suprema Corte estadunidense em *Marbury vs. Madison* em 1803.

⁸¹ A jurisdição constitucional e seus mecanismos serão apropriadamente estudados em tópico específico.

⁸² Sobre o assunto, os ensinamentos de Konrad Hesse, na obra “A força normativa da Constituição”, são valiosos.

2013). A ideia de que a Constituição não continha normas propriamente jurídicas – que pudessem ser judicialmente impostas –, mas diretrizes políticas ao legislador foi superada, em especial após a Segunda Guerra Mundial, ganhando força, então, os princípios constitucionais (ZAGREBELSKY, 1999).

Essa mudança de paradigma afirmou, de maneira ainda mais categórica, a Constituição como centro do sistema jurídico, agora não apenas em superioridade formal, mas também material:

No Estado constitucional, a Constituição determina o conteúdo da lei, o acesso e o exercício da autoridade e a estrutura de poder. A Constituição é material, orgânica e procedimental. Material porque tem direitos que são protegidos com particular importância, que, por sua vez, serão o fim do Estado; orgânica porque determina os órgãos que formam parte do Estado e que são chamados a garantir os direitos; procedimental porque se estabelecem mecanismos de participação que procuram que os debates públicos sejam informados e regrados tanto para a tomada de decisões como para a elaboração de normas jurídicas⁸³ (SANTAMARÍA, 2009, p. 777-778, tradução nossa).

Desse modo, a força normativa da Constituição trouxe três importantes consequências. A primeira delas é que a Constituição passa a ter aplicabilidade direta, inclusive no que diz respeito à proteção e promoção dos direitos fundamentais, podendo ser utilizada para a fundamentação de decisões judiciais (CANOTILHO, 2003).

A segunda é que a Constituição passa a ser o parâmetro de validade de todas as normas jurídicas do sistema, que, por sua vez, passam a sofrer controle judicial por meio de supremas cortes, tribunais constitucionais ou mesmo tribunais comuns (Ibid.).

A última consequência diz respeito à orientação que os valores e fins previstos na Constituição passam a ter, no momento de determinar o sentido e o alcance de todas as normas jurídicas (BARROSO, 2013).

Essas novidades inauguram uma nova dimensão no Estado de direito. Em seu sentido formal, ele designa “qualquer ordenamento em que os poderes públicos são conferidos pela lei e exercitado na forma e com os procedimentos legalmente estabelecidos”⁸⁴ (FERRAJOLI, 2001, p. 31, tradução nossa). Contudo, essa nova dimensão se consubstancia em uma noção de Estado em que os poderes públicos estão “sujeitos a lei, portanto limitados e vinculados

⁸³ Tradução livre: En el estado constitucional, la constitución determina el contenido de la ley, el acceso y el ejercicio de la autoridad y la estructura de poder. La constitución es material, orgánica y procedimental. Material porque tiene derechos que serán protegidos con particular importancia, que, a su vez, serán el fin del estado; orgánica porque determina los órganos que forman parte del estado y que son los llamados a garantizar los derechos; procedimental porque se establecen mecanismos de participación que procuran que los debates públicos sean informados y reglados, tanto para la toma de decisiones como para la elaboración de normas jurídicas.

⁸⁴ Tradução livre: Cualquier ordenamiento en que los poderes públicos son conferidos por la ley y ejercitados en las formas con los procedimientos legalmente establecidos.

por ela, não só relativamente a formas, mas também aos conteúdos”⁸⁵ (Ibid., p. 31). Essa visão, chamada de substancial, considera Estado de direito os ordenamentos que todos os poderes, incluindo o Poder Legislativo, estão vinculados ao respeito de princípios constitucionais, como por exemplo a divisão de poderes e os direitos fundamentais (Ibid.).

Esse conjunto de características marca o constitucionalismo contemporâneo, surgido após a Segunda Guerra Mundial e aprofundado no final do século XX, em especial na Alemanha⁸⁶ e na Itália, surgindo no Brasil com o advento da Constituição de 1988 (BARROSO, 2013).

A Constituição brasileira, promulgada em 1988, foi a responsável pela transição de um regime autoritário para um Estado democrático de Direito (BONAVIDES, 2001). Em realidade, o Estado democrático de direito é um dos princípios fundamentais⁸⁷ da República do Brasil.

A normatividade da Constituição brasileira foi construída por meio do movimento jurídico-acadêmico conhecido como doutrina brasileira da efetividade (BARROSO, 2006). Essa mudança se deu no plano jurídico, por meio da atribuição de normatividade à constituição independente da intermediação do legislador; no plano científico, pelo reconhecimento do direito constitucional como objeto próprio e nos planos autônomo e institucional, por meio da ascensão do Poder Judiciário brasileiro como titular do papel de órgão de efetivação dos valores e direitos constitucionais (BARROSO, 2006).

Desse modo, os direitos e garantias constitucionais são exigíveis tanto de maneira ativa (através da judicialização) como de maneira passiva (através da limitação ao Poder Político) (Ibid.).

A Constituição brasileira de 1988 é, assim, um marco jurídico-político da conquista de direitos e garantias fundamentais elaborado pelo povo brasileiro através de seus representantes (Ibid.). Desse modo, o respeito à Constituição equivale ao respeito à própria democracia (tanto em seu sentido formal como substancial) (Id., 2013).

Essa aproximação entre constitucionalismo e democracia - muito anterior nos Estados Unidos e na Europa, do que no Brasil - produziu uma nova forma de organização política: o Estado democrático de direito ou Estado constitucional de direito.

⁸⁵ Tradução livre: Sujetos a la ley (y, portanto, limitados o vinculados por ella), no sólo en lo relativo a las formas, sino también en los contenidos.

⁸⁶ Um marco do constitucionalismo contemporâneo que é digno de registro é a Lei Fundamental de Bonn, de 1949.

⁸⁷ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos (BRASIL, 1988).

2.5 O CONSTITUCIONALISMO NO ALVORECER DO SÉCULO XX: O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

O que caracteriza, primordialmente, o Estado de direito que surgiu após o século XIX é que a autoridade e a estrutura de poder são determinadas pela lei (SANTAMARÍA, 2009). Contudo, essa forma de Estado é considerada legislativa, isto é, existe uma sobreposição do Poder Legislativo em relação aos demais poderes (Ibid.).

Desse modo, o “Parlamento poderia inclusive modificar a Constituição, eliminar direitos e restringir as garantias”⁸⁸ (Ibid., p. 778). A mudança fundamental veio com a força normativa da Constituição, característica típica do Estado constitucional de direito, ou Estado democrático de direito (BARROSO, 2013).

O marco temporal dessa mudança foi o período após a Segunda Guerra Mundial; o geográfico, em especial, a Itália e Alemanha (Ibid.). A normatividade das constituições traz, como consequência inafastável, a subordinação da própria legalidade às Constituições, rígidas e hierarquicamente supra ordenadas às leis (FERRAJOLI, 2001).

Esse novo paradigma, por sua vez, promove quatro mudanças ao Estado de direito.

Em primeiro lugar, as condições de validade das leis mudam. Além do procedimento estabelecido para sua criação, as leis devem observar também o conteúdo dos princípios constitucionais (Ibid.). A segunda alteração tem relação direta com a primeira: a Constituição passa a disciplinar não apenas as formas de produção legislativa, mas também estipula obrigações e proibições quanto ao seu conteúdo (Ibid.). A terceira mudança diz respeito ao papel da jurisdição, que passa a ser o de aplicar a lei apenas se ela for constitucionalmente válida, isto é, em caso de não ser possível conferir uma interpretação da lei que esteja em conformidade com a Constituição ela não poderá ser aplicada (Ibid.).

A última alteração consiste na introdução de uma dimensão substancial, não apenas como condição de validade das leis, mas também na natureza da democracia, que passa a ser limitada:

Um limite por que os direitos constitucionalmente estabelecidos correspondem a proibições e obrigações impostas aos poderes de maioria, que de outra forma seriam absolutos. E a completa porque estas mesmas proibições e obrigações se configuram como outras tantas garantias dos direitos de todos, frente aos abusos de tais poderes que – como a experiência ensina – poderiam de outro modo suprimir, junto com os demais direitos, o próprio método democrático⁸⁹ (FERRAJOLI, 2001, p. 35, tradução nossa).

⁸⁸ Tradução livre: Parlamento podría incluso cambiar la constitución, eliminar derechos y restringir las garantías.

⁸⁹ Tradução livre: Un límite porque a los derechos constitucionalmente establecidos corresponden prohibiciones y obligaciones impuestas a los poderes de la mayoría, que de otra forma serían absolutos. Y la completa porque estas mismas prohibiciones y obligaciones se configuran como otras tantas garantías de los derechos de todos,

Embora a democracia fosse assunto presente há alguns séculos, no novo modelo de constitucionalismo que então surgia, houve aproximação entre democracia e constitucionalismo (SANTAMARÍA, 2009). Assim, “o Estado democrático procura estabelecer uma conexão interna entre democracia e Estado de direito” (CANOTILHO, 2003, p. 93).

As Constituições da segunda metade do século XX transbordam direitos e garantias fundamentais que foram conquistados historicamente (BARROSO, 2013). Dessa maneira, a Constituição serve como proteção jurídica a direitos, sendo uma verdadeira barreira contra abusos de todos os tipos contra essas garantias (GARGARELLA, 2011).

Essa noção demonstra que não se admite mais o Estado de direito “meramente formal”, isto é, não é aceitável que um Estado, através de leis ou mesmo da própria Constituição viole direitos individuais, como aconteceu no *Rechtsstaat* alemão (BARROSO, 2013). Assim, o próprio princípio da legalidade ganha dimensão substantiva, isto é, não é possível ignorar o conteúdo e a origem da legalidade (Ibid.).

Soma-se e relaciona-se a isso, o conceito de democracia, que, no Estado democrático de direito, não é mais meramente formal; ao contrário, não se admite mais que tudo aquilo que a maioria decidir por meio de seus representantes seja democrático (Ibid.). O elemento material ou substancial da democracia – defendido por Dworkin em seu conceito de democracia exposto anteriormente – passa a ser o espírito do Estado democrático de direito.

Em suma, no Estado constitucional “se conjuga Estado como estrutura, direitos como fins e democracia como meio”⁹⁰ (SANTAMARÍA, 2009, p. 778, tradução nossa). Os direitos fundamentais se tornam vínculos e limites, nenhum poder pode violá-los, mesmo que esse poder venha de maiorias parlamentaristas (Ibid.).

Dessa maneira, certos direitos fundamentais possuem primazia sobre decisões democráticas (GARGARELLA, 2011). O Estado democrático de direito concilia os conceitos de democracia (em seu sentido procedimental e substancial) e constitucionalismo, isto é, ao mesmo tempo em que existe a limitação do poder político, separação dos poderes, rigidez constitucional, existe, também, a democracia (FERRAJOLI, 2001).

Por conta da supremacia da Constituição e a conseqüente imperatividade dos direitos nela previstos, existem mecanismos de controle para impedir que normas que estejam em

frente a los abusos de tales poderes que – como la experiencia enseña – podrían de outro modo arrollar, junto con los derechos, al propio método democrático.

⁹⁰ Tradução livre: Se conjugan estado como estructura, derechos como fin y democracia como médio.

desacordo com suas disposições continuem a ser aplicadas (BARROSO, 2013). O conjunto desses mecanismos é conhecido como a jurisdição constitucional, que são verdadeiros instrumentos de garantia da supremacia da Constituição e, por conseguinte, de defesa dos direitos fundamentais (KELSEN, 2001).

2.6 A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

Em sua definição, jurisdição constitucional é o conjunto de mecanismos destinado a fazer prevalecer os comandos contidos na Constituição por via judicial, tendo o controle de constitucionalidade como o seu principal método (Ibid.). A expressão jurisdição constitucional compreende duas formas de atuação; a primeira é a aplicação direta da Constituição às situações nela completadas e a segunda é a verificação de conformidade da legislação infraconstitucional com a Constituição ou atribuir o melhor sentido dentre diversas interpretações (BARROSO, 2016).

A existência da jurisdição constitucional decorre diretamente da ideia de supremacia da Constituição, conceito que lhe confere “superioridade jurídica em relação a todas as normas do sistema e, como consequência, nenhum ato jurídico pode subsistir validamente se for com ela incompatível” (Id., 2013, p. 123). A Constituição é dotada de supremacia, e, portanto, deve prevalecer sobre todo o processo político majoritário, por conta de ser uma manifestação excepcional da vontade popular, acontecida em um momento constitucional específico (GARGARELLA, 2011).

Vale dizer, também, que após a Segunda Guerra Mundial a Constituição ganha força normativa, passando a determinar não apenas regras de organização do Estado e procedimentos para produção de normas, mas também a estipular limites de conteúdos para as demais normas e deveres de atuação do Estado (CANOTILHO, 2003). Uma Constituição que não possui garantias de anulabilidade dos atos jurídicos que violam suas disposições não pode ser considerada obrigatória, em seu sentido técnico; em outras palavras, admitir que leis contrárias à constituição permaneçam válidas coloca a Constituição no patamar de mero desejo, sem força obrigatória (KELSEN, 2001).

Assim, a ausência do controle de constitucionalidade⁹¹ compromete o verdadeiro conteúdo do direito e interesses políticos presentes na Constituição, que pode ser modificado por motivos políticos supervenientes sem maiores consequências (Ibid.).

A justiça constitucional exerce papel fundamental na proteção da estabilidade da democracia, pois garante que as “regras do jogo político” presentes na Constituição serão respeitadas. Por meio de seus mecanismos, ela atua, “assegurando a confecção constitucional das leis, e em especial, sua constitucionalidade material, a jurisdição constitucional é um meio de proteção eficaz da minoria contra as invasões da maioria”⁹² (Ibid., 2001, p. 99, tradução nossa).

Dentro da incessável tensão entre as maiorias e as minorias dentro da democracia, a jurisdição constitucional exerce fundamental papel também no sentido de impedir que a maioria que se encontra no poder viole, de maneira inconstitucional, os direitos da minoria, visto que essa minoria tem meios institucionalizados para impugnar judicialmente essa tentativa de violação da Constituição (Ibid.). A justiça constitucional é, desse modo, mecanismo hábil para proteger as conquistas de direitos materializados na constituição contra eventuais maiorias ou mesmo ditaduras das maiorias.

Não obstante, isso não quer dizer que todas as leis devam passar pelo processo de fiscalização judicial de constitucionalidade, até porque isso, na prática, mostra-se inviável, por conta do alto volume de produção legislativa nas sociedades contemporâneas. Em decorrência desse fato, existe a presunção de constitucionalidade das leis e atos normativos, que significa dizer que esses atos emanados do Poder Público são, presumidamente, consonantes com a constituição e com a legalidade, tendo em vista a legitimidade democrática que possuem os agentes políticos eleitos (BARROSO, 2013).

Além disso, embora haja a separação de poderes e, na grande maioria dos sistemas, caiba ao Poder Judiciário a palavra final a respeito da constitucionalidade das leis, os demais poderes têm a obrigação de, dentro de suas funções, fazer valer a primazia da Constituição. Por esses dois principais motivos é que se atribui a presunção da constitucionalidade das leis, que, no entanto, não é absoluta, podendo ser desconstituída (GARGARELLA, 2011).

⁹¹ Tradução livre: Asegurando la confección constitucional de las leyes, y en especial, su constitucionalidade material, la jurisdicción constitucional es un medio de protección eficaz de la minoria contra las invasiones de la mayoría.

⁹² Isso não equivale dizer que Constituições sem mecanismos de controle da constitucionalidade das leis não possuam qualquer tipo de sanção; às vezes, existe a possibilidade de responsabilização ministerial por edição de leis inconstitucionais, no entanto, essa sistemática não se mostra eficaz, pois deixa subsistir a lei inconstitucional (KELSEN, 2001).

O controle de constitucionalidade é um dos principais mecanismos de garantia de que a Constituição será respeitada por aqueles que exercitam o Poder Político (CAPPELLETTI, 1992). Todavia, “o controle jurisdicional de constitucionalidade não pode, certamente, identificar-se com a jurisdição ou justiça constitucional, a *Verfassungsgerichtsbarkeit* dos alemães” (Id., 1999, p. 23).

De todo modo, a justiça constitucional é um fenômeno

Que, especialmente nos dois últimos decênios, tem sido largamente difundido no mundo internacional do Direito, quase uma espécie de trincheira ideal e de extrema defesa que o homem tem erigido contra temidos retornos de uma época de terror, de opressão, de tirania, uma época que nos parece tão remota, mas que muitos entre nós, infelizmente, viveram (CAPPELLETTI, 1992, p. 25).

Diante da crise de representação política⁹³ que o mundo, em geral, vivencia há algumas décadas, e o conseqüente fortalecimento do Poder Judiciário – especificamente, no caso brasileiro, o Supremo Tribunal Federal –, o controle de constitucionalidade dentro do ordenamento jurídico ganha ainda mais relevância (BARROSO, 2016).

2.7 O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS

O Estado democrático de direito ficaria incompleto se não possuísse mecanismos que asseguram a observância das normas constitucionais (CANOTILHO, 2003). Tendo em vista a supremacia da Constituição e a normatividade de suas disposições, a jurisdição constitucional exerce o fundamental papel de garantir que as disposições constitucionais sejam respeitadas:

Ou a Constituição contra qualquer lei contrária a ela, ou a legislatura pode alterar a Constituição mediante uma lei ordinária. Entre tais alternativas não há meios-termos: ou a Constituição é a lei suprema, inalterável por meios ordinários, ou se encontra ao mesmo nível que as leis, e portanto, como qualquer delas pode ser reformada ou deixada sem efeito sempre que o Congresso quiser. Se é certa a primeira alternativa, então uma lei contrária a Constituição não é lei, mas se é verdadeira a segunda, então as constituições escritas são tentativas absurdas do povo para limitar um poder ilimitável por natureza (GARGARELLA, 2006, p. 178).

Assim, nota-se que nos sistemas que se assentam em Constituições rígidas existe uma distinção fundamental entre poder constituinte e poder constituído, resultando na superioridade da lei constitucional sobre as demais normas (BONAVIDES, 2003). Essa superioridade hierárquica leva ao “reconhecimento da superlegalidade constitucional, que faz da Constituição a lei das leis, a *lex legum*, ou seja, a mais alta expressão jurídica da soberania” (Ibid., p. 296).

⁹³ Há algumas décadas o mundo democrático atravessa dificuldades com a crise dos parlamentos. Isso acontece da Europa à América Latina, e decorre da disfuncionalidade, corrupção e prevalência de interesses privados que continuamente são ligadas à atividade política (BARROSO, 2016).

Por conta disso, os órgãos do Poder Legislativo, por terem sua competência originária na própria Constituição, não podem introduzir no sistema leis contrárias às disposições constitucionais (Ibid.). Todavia, na prática, a edição de normas inconstitucionais acontece e para fiscalização dessas normas existe o controle de constitucionalidade.

O controle de constitucionalidade, processo pelo qual se fiscaliza e controla a conformidade das leis com a Constituição, é mecanismo da jurisdição constitucional presente nos ordenamentos estadunidense e dos países da Europa, desde o século XIX, sendo que na Europa esse controle ganhou maior relevância após a Segunda Guerra Mundial (BARROSO, 2013). A fiscalização judicial da constitucionalidade das leis é uma garantia da observância da Constituição, em sentido positivo, dinamizando sua força normativa; e em sentido negativo, reagindo através de sanções contra sua violação (CANOTILHO, 2003).

Não se pode pensar uma solução uniforme⁹⁴ para garantia da supremacia da Constituição, isto é, a organização da jurisdição constitucional deve se moldar de acordo com as particularidades de cada local (KELSEN, 2001). Assim, existem duas principais formas de controle de constitucionalidade de atos normativos: político e judicial (CANOTILHO, 2003).

O político é exercido por órgãos políticos, como assembleias representativas e também é conhecido como sistema francês⁹⁵ (Ibid., 2003). Essa denominação se deve ao fato de que “todas as vezes, nas Constituições francesas, se quis inserir um controle de conformidade substancial das leis ordinárias em relação à norma constitucional, este controle foi confiado, de fato, a um órgão de natureza, decididamente, não judiciária” (CAPPELLETTI, 1992, p. 94-95).

Esse sistema decorre diretamente da concepção rousseauiana-jacobina da lei como instrumento da vontade geral, e do dogma de que a soberania só poderia ser revista pelas próprias assembleias⁹⁶ (CANOTILHO, 2003). Nesses sistemas, geralmente o controle é anterior à promulgação da lei, isto é, tem caráter preventivo⁹⁷:

⁹⁴ Embora defenda a adaptação de acordo com o lugar, Kelsen ressalta que algumas características devem ser comuns às jurisdições constitucionais. O número de membros não pode ser muito elevado, a investidura dos juízes deve ser feita através de procedimento que envolva tanto o Poder Legislativo como o Poder Executivo, os juízes devem advir de profissões jurídicas (KELSEN, 2001).

⁹⁵ O controle político de constitucionalidade predomina na França por conta de razões históricas e ideológicas que impedem a adoção de controle jurisdicional. A denominação genérica de modelo francês para o controle político de constitucionalidade decorre do fato de que, na contemporaneidade, o sistema lá existente ser o mais notável (SGARBOSSA; IENSUE, 2017).

⁹⁶ No ordenamento francês, a prevalência do controle político de constitucionalidade se dá por conta da adoção de uma concepção forte de separação de poderes, que entende como inoportuna a interferência do judiciário em questões legislativas (CAPPELLETTI, 1992).

⁹⁷ Contudo, essa característica não é absoluta, existe controle político repressivo (SGARBOSSA; IENSUE, 2017).

Assim, costuma-se afirmar que o controle político é comumente preventivo e que não se pauta por um juízo estritamente jurídico, dando azo com maior amplitude a outras considerações de cunho político, associadas a aspectos como conveniência e oportunidade, por exemplo (SGARBOSSA; IENSUE, 2017, p. 87).

O controle judicial de constitucionalidade é uma contribuição americana à ciência política, tendo aparecido pela primeira vez nos Estados Unidos no século XVIII, em decorrência direta do conceito de supremacia da Constituição (CAPPELLETTI, 1992). Essa maneira de controle se consolidou a partir da decisão da Suprema Corte estadunidense no caso *Marbury vs. Madison*⁹⁸, e consiste na análise da conformidade das leis com a Constituição por órgão(s) do Poder Judiciário (Ibid.).

O *judicial review* consiste na concepção de que a Constituição é a lei suprema, portanto, qualquer lei que não for compatível com ela é nula (BARROSO, 2012). Essa declaração de nulidade deve ser feita pelo Poder Judiciário, pois “seria ingenuidade política contar que o Parlamento anularia uma lei votada por ele em razão de que outra instância havia a declarado inconstitucional (KELSEN, 2001).

Essa forma advém do sistema estadunidense, que, como já mencionado, surgiu do julgamento do caso *Marbury vs Madson*, em que se reconheceu a competência do Poder Judiciário para dizer o Direito (BARROSO, 2013). O sistema americano, que é assim chamado por ter sido desenvolvido nos Estados Unidos, e é essencialmente difuso (CAPPELETTI, 1992).

A essência desse sistema é que todos os órgãos jurisdicionais têm o poder para aferir a constitucionalidade das normas, ou seja, “todos os órgãos judiciários, inferiores ou superiores, federais ou estaduais, têm, como foi dito, o poder e o dever de não aplicar as leis inconstitucionais aos casos concretos submetidos a seu julgamento” (Ibid., p. 76-77). O autor enumera os critérios que compõem a base do sistema americano:

A função de todos os juízes é a de interpretar as leis, a fim de aplicá-las aos casos concretos de vez em vez submetidos a seu julgamento; uma das regras mais óbvias da interpretação das leis é aquela segundo a qual, quando duas disposições legislativas estejam em contraste entre si, o juiz deve aplicar a prevalente; tratando-se de disposições de igual força normativa, a prevalente será indicada pelos usuais, tradicionais critérios *lex posterior derogat legi priori*, *lex specialis derogat legi generali*, etc; mas, evidentemente, estes critérios não valem mais – e vale, ao contrário, em seu lugar, o óbvio critério *lex superior derogat legi inferiori* – quando o contraste seja entre disposições de diversa força normativa: a norma constitucional, quando a Constituição seja ‘rígida’ e não ‘flexível’, prevalece sempre

⁹⁸ *Marbury vs. Madison* foi um icônico caso julgado pela Suprema Corte estadunidense, no ano de 1803, que decidiu sobre a constitucionalidade de uma lei de organização judiciária. Nesse caso, pela primeira vez, a Suprema Corte afirmou sua competência para exercer o controle de constitucionalidade de leis, negando a aplicação de atos normativos que, de acordo com sua interpretação, não tivessem consonância com a Constituição (BARROSO, 2012).

sobre a norma ordinária contrastante, do mesmo modo como a lei ordinária prevalece, na Itália assim como na França, sobre o regulamento (CAPPELLETTI, 1992, p. 75).

Contudo, o controle judicial não se desenvolveu apenas em território estadunidense. No ano de 1920, a Constituição da Áustria (*Oktoberverfassung*)⁹⁹ implementou o controle judicial de constitucionalidade, no entanto, com uma fórmula distinta daquele dos Estados Unidos (CAPPELLETTI, 1992).

Esse sistema tem por base o modelo de separação, no qual se distingue a jurisdição ordinária e a constitucional, de modo que a primeira cabe aos órgãos integrantes do Poder Judiciário e a segunda apenas a um Tribunal especializado (SGARBOSSA; IENSUE, 2017). Assim, no sistema concentrado existe um órgão ou um número limitado de órgãos criados especificamente para exercer o controle de constitucionalidade, ou para ter essa como sua principal função:

A concepção kelseniana diverge substancialmente da *judicial review* americana: o controle constitucional não é propriamente uma fiscalização judicial, mas uma função constitucional autônoma que tendencialmente se pode caracterizar como função de legislação negativa (CANOTILHO, 1991, p. 980).

Essa forma de controle é função atípica da jurisdição, pois não há um litígio ou situação concreta a ser solucionada mediante a aplicação da lei (BARROSO, 2012). Na verdade, o seu objeto é o pronunciamento acerca da própria lei, isto é, a lei em tese, e é exercido por meio de ações diretas¹⁰⁰ (Ibid.).

Quanto ao modo, os sistemas estadunidense e o austríaco também se diferenciam:

No primeiro sistema, o controle das leis – que, sob o aspecto “subjutivo”, tem, como amplamente se expôs, caráter de controle judicial “difuso”-, sob o aspecto “modal” tem o caráter de um controle que se exerce em via incidental. No sistema austríaco, ao invés, o controle de constitucionalidade, além do caráter “concentrado”, de que anteriormente se falou, tem, outrossim, o caráter de um controle que se exerce em via principal (CAPPELLETTI, 1992, p. 102).

Além dos dois sistemas anteriormente explicitados, existe também os sistemas mistos, que podem ser compreendidos como uma associação de matrizes de controle de constitucionalidade heterogêneas (SGARBOSSA; IENSUE, 2017). Na definição de Ferraz, o

⁹⁹ Contudo, em 1929 foi necessária uma reforma constitucional que reestruturou organicamente o controle de constitucionalidade austríaco (*Bundes-Verfassungsnovelle*) (CAPPELLETTI, 1992).

¹⁰⁰ O controle judicial pode se dar, ainda, por via incidental ou via principal. No incidental, ou *incidenter tantum*, a fiscalização constitucional se dá em casos concretos, isto é, o exame de constitucionalidade do ato normativo figura como questão prejudicial do caso, que precisa ser decidido a fim da resolução completa do litígio (BARROSO, 2012). Já no controle por via de ação, ou via principal, o exercício da fiscalização constitucional se dá fora de um caso concreto, em outras palavras, o controle é exercido do ato normativo em tese, a análise da constitucionalidade independente de um caso concreto de sua incidência (BARROSO, 2012).

modelo misto é “a combinação com temperamentos e adequações a uma dada realidade nacional, dos modelos americano e austríaco” (FERRAZ, 1990, p. 33).

Quanto ao momento de exercício, o controle de constitucionalidade é preventivo ou repressivo; preventivo, quando em momento prévio à conversão do projeto de ato normativo em ato normativo e visa, precipuamente, impedir que um ato em desacordo com a Constituição entre em vigor (BARROSO, 2012). Já o repressivo é o controle realizado depois que o ato normativo esteja em vigor, e tem o fim último de lhe tirar a eficácia (Id., 2013).

Quanto ao objeto, o controle de constitucionalidade pode ser tanto formal como material. O controle formal examina, em essência, o processo de elaboração das leis, isto é, se o processo legislativo que a originou obedeceu aos ditames constitucionais (BONAVIDES, 2003). Esse controle é eminentemente técnico, pois visa somente fiscalizar os aspectos formais da lei, não adentrando qualquer questão de conteúdo da norma:

O controle formal se refere ao ponto de vista subjetivo, ao órgão de onde emana a lei. É o controle que se exerce nomeadamente no interesse dos órgãos do Estado para averiguar a observância da regularidade na repartição das competências ou para estabelecer nos sistemas federativos o equilíbrio constitucional dos poderes (Ibid., p. 298).

Por outro lado, a fiscalização material de constitucionalidade verifica as leis em relação ao seu conteúdo, a fim de identificar eventual desrespeito ao texto constitucional. O controle desse aspecto das leis é complexo e delicado “em razão do elevado teor de politicidade de que se reveste, pois incide sobre o conteúdo da norma” (Ibid., p. 299):

É controle criativo, substancialmente político. Sua caracterização se constitui no desespero dos publicistas que entendem reduzi-lo a uma feição puramente jurídica, feição inconciliável e incompatível com a natureza do objeto de que ele se ocupa, que é o conteúdo da lei mesma, conteúdo fundado sobre valores, na medida em que a Constituição faz da liberdade o seu fim e fundamento primordial.

Ao controle material cabe a árdua tarefa de assegurar que valores políticos relevantes insculpidos na Constituição na forma de direitos e garantias fundamentais não sejam violados através de leis editadas pela maioria que detém o poder político momentaneamente:

Não há dúvida de exercício no interesse dos cidadãos, o controle jurisdicional se compadece melhor com a natureza das Constituições rígidas e sobretudo com o centro de sua inspiração primordial –a garantia da liberdade humana, a guarda e proteção de alguns valores liberais que as sociedades livres reputam inabdicáveis (Ibid., p. 301).

O controle de constitucionalidade das leis se mostra um instrumento importantíssimo na garantia da eficácia das normas constitucionais e, por conseguinte, um importante mecanismo de se garantir o respeito às garantias e direitos fundamentais assegurados pela Constituição. Especialmente após a Segunda Guerra Mundial, com o advento do Estado

Constitucional, esse mecanismo ganhou especial relevância na maioria dos países que contam com uma Constituição rígida.

No Brasil não foi diferente, embora não tenha sido inovação da Constituição de 1988, o controle de constitucionalidade ganhou maior destaque desde sua edição e hoje se mostra um mecanismo fundamental para o funcionamento da República brasileira. Portanto, a análise do sistema de controle de constitucionalidade do Brasil é valiosa.

2.7.1 O sistema brasileiro de controle judicial de constitucionalidade

No Brasil, o controle de constitucionalidade teve sua primeira aparição em 1890, e, posteriormente na Constituição republicana de 1891 (SGARBOSSA; IENSUE, 2017). Nesse período, a competência para a fiscalização constitucional era das justiças da União e dos Estados, isto é, o modelo de controle adotado era o estadunidense, podendo a fiscalização se dar via difusa (MENDES, 1995).

Esse modelo sofreu alterações ao longo de toda a República, todavia, foi completamente alterado apenas com a Constituição de 1988 (BARROSO, 2012). Mas antes disso, na Constituição de 1934 foi inserida uma forma especial de controle via principal, a Cláusula de reserva de plenário e a possibilidade de resolução suspensiva pelo Senado (SGARBOSSA; IENSUE, 2017).

A representação interventiva era ação de competência originária do Supremo Tribunal Federal e titularidade do Procurador-Geral da República, e surgia da necessidade da declaração de constitucionalidade da lei que decretasse intervenção federal por violação de princípio constitucional de observância obrigatória pelos Estados-membros (MEDINA, 2010).

A inovação veio com a Emenda Constitucional nº 16 de 26 de novembro de 1965 (BRASIL, 1965), que instituiu a ação genérica de inconstitucionalidade, processada e julgada de maneira originária pelo Supremo Tribunal Federal e tinha titularidade exclusiva do Procurador-Geral da República (BARROSO, 2012).

A Constituição de 1969 introduziu a ação direta em âmbito estadual, contudo essa possibilidade se limitava à hipótese de intervenção do Estado em Município (Ibid.).

A Constituição de 1988 inaugurou uma nova fase do controle de constitucionalidade no Brasil, em especial o controle via de ação (MEDINA, 2010). Embora o modelo judicial misto já estivesse presente, ele inovou com a ampliação da legitimidade ativa para a propositura de ação direta de inconstitucionalidade, introduziu mecanismos de controle de constitucionalidade por omissão (mandado de injunção e ação direta de inconstitucionalidade

por omissão), reintroduziu a ação direta de inconstitucionalidade em âmbito estadual, a previsão de arguição de descumprimento de preceito fundamental e a limitação do recurso extraordinário para a discussão de questões constitucionais (BARROSO, 2012).

Dentre essas novidades, a principal delas foi o fim do monopólio do Procurador-Geral da República para propositura de ação direta de inconstitucionalidade, que ampliou o exercício da jurisdição constitucional no Brasil (SIQUEIRA JUNIOR, 2010). Por conta da mudança ocorrida em 1998, passaram a ser legitimados para sua propositura o Presidente da República, a mesa do Senado, da Câmara dos Deputados e das Assembleias Legislativas, o Governador do Estado, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados, confederação sindical, entidade de classe nacional e o Procurador-Geral da República (BARROSO, 2012).

A Emenda Constitucional n. 3 de 17 de março de 1993 (BRASIL, 1993), adicionou ao ordenamento a ação declaratória de constitucionalidade e arguição de descumprimento de preceito fundamental, que podiam ser propostas pelos mesmos legitimados da ação direta de inconstitucionalidade (BARROSO, 2012). Todavia, a regulamentação do controle de constitucionalidade não se deu integralmente pelo texto constitucional.

De fato, ela só aconteceu completamente com a edição das leis federais nº 9868 de 10 de novembro de 1999 (BRASIL, 1999) e nº 9882 de 3 de dezembro de 1999 (BRASIL, 1999), que disciplinaram as ações de controle no Brasil. A primeira regulamentou o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade (ADI) e a ação declaratória de constitucionalidade (ADC); já a segunda disciplinou a arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF).

Como se viu, o controle concentrado consiste na atribuição a apenas um órgão, ou a um número limitado deles, a guarda da Constituição (BARROSO, 2012). Nesse sistema, a Constituição é utilizada como paradigma para a declaração da conformidade ou não da lei/ato normativo¹⁰¹, todavia, no sistema brasileiro isso é possível tanto em âmbito federal com estadual.

No plano federal, os atos normativos fiscalizados podem ser federais e estaduais; o paradigma é a Constituição Federal, o órgão competente para julgamento é o Supremo Tribunal Federal e as ações de controle são a ação direta de constitucionalidade (ADI), ação direta de constitucionalidade (ADC) e ação direta de inconstitucionalidade por omissão

¹⁰¹ Em se tratando do ordenamento jurídico brasileiro, ato normativo engloba todas as hipóteses previstas no artigo 59 da Constituição Federal (emendas constitucionais, lei complementar, lei ordinária, lei delegada, medida provisória, decretos legislativos e resoluções, decretos autônomos) e, também, a legislação estadual e os tratados internacionais (BARROSO, 2012).

(ADO) (MENDES, 2014). Já no âmbito estadual, os atos normativos fiscalizados podem ser estaduais e municipais, o paradigma é a Constituição Estadual, o órgão competente para julgamento é o Tribunal de Justiça do Estado (BARROSO, 2012).

A ADI, que é a ação mais utilizada na jurisdição constitucional brasileira¹⁰², pode ser proposta para declaração de inconstitucionalidade de lei/ato normativo federal ou lei/ato normativo estadual que contrarie a Constituição Federal, ou lei/ato normativo estadual ou municipal que contrarie a Constituição Estadual (MENDES, 2014).

Os legitimados para sua propositura são os mesmos previstos no artigo 103 da Constituição Federal¹⁰³; deve haver a impugnação fundamentada e específica do ato, a manifestação específica do Advogado-Geral da União e do Procurador-Geral da República (BARROSO, 2012).

Além disso, não é admitida a intervenção de terceiros, na ADI/ADC, todavia, admite-se a participação de órgãos e entidades, isto é, aceita-se a participação de *amicus curiae* (Ibid.). Convém mencionar que a Lei nº 9868/99 foi a pioneira, ao introduzir de maneira formal o instituto do *amicus curiae* no ordenamento brasileiro a fim de legitimar as decisões tomadas pelo STF em sede de controle de constitucionalidade (DEL PRÁ, 2007).

As decisões tomadas em ADI/ADC exigem a manifestação de seis Ministros, isto é, a maioria absoluta do Tribunal, e dessas decisões não cabe recurso, a não ser embargos de declaração (BARROSO, 2012). Pelo fato da lei inconstitucional ser nula desde o momento que ingressa no ordenamento, a decisão que reconhece a inconstitucionalidade de lei/ato normativo tem natureza declaratória, desse modo, em regra, seus efeitos temporais são retroativos, isto é, *ex tunc* (SGARBOSSA; IENSUE, 2017).

A decisão em sede de ADI/ADC tem eficácia contra todos e efeito vinculante aos órgãos do Poder Judiciário e da Administração Pública federal, estadual e municipal, isto é, são *erga omnes* (Ibid.). Essa disposição, que inicialmente era prevista apenas em legislação infraconstitucional¹⁰⁴, passou a integrar a Constituição devido à Emenda Constitucional nº 45 de 2004 (BRASIL, 2004).

¹⁰² Conforme Medina (2010), e Ferreira e Branco (2017).

¹⁰³ Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade: I - o Presidente da República; II - a Mesa do Senado Federal; III - a Mesa da Câmara dos Deputados; IV a Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; V o Governador de Estado ou do Distrito Federal; VI - o Procurador-Geral da República; VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; VIII - partido político com representação no Congresso Nacional; IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional (BRASIL, 1988).

¹⁰⁴ Lei 9.868/99, Art. 28, Parágrafo único. A declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, inclusive a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de

Cabe a ressalva de que o Poder Legislativo não fica vinculado às decisões de controle de constitucionalidade; desse modo, mesmo se o Supremo Tribunal Federal (STF) declarar a inconstitucionalidade de uma norma, poderá o órgão legislativo editar nova norma de igual teor (SGARBOSSA; IENSUE, 2017).

Outra ação de controle concentrado que merece menção é a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, que decorre, em grande parte, do caráter dirigente da Constituição de 1988 (BARROSO, 2012). A grande carga de direitos presente na Constituição, somada ao seu caráter normativo, faz surgir obrigações do Estado que nem sempre são observadas, seja por falta de normatização, por falha político-administrativa ou judicial (Ibid.).

Isso se agrava quando a Constituição determina ao órgão legislativo uma atuação positiva, isto é, a edição de ato normativo, a fim de concretizar mandamento constitucional (Ibid.). Em casos assim, a inércia é considerada uma omissão inconstitucional, que pode ser combatida por meio da ADO (MENDES, 2014).

A ADO é processada e julgada pelo STF; pode ser proposta pelos mesmos legitimados da ADI e ADC e, na essência, o procedimento é o mesmo das demais ações de controle concentrado (Ibid.). As decisões tomadas em sede de ADO variam de acordo com o tipo de omissão que se combate.

No caso de omissão normativa, desde 2007 o STF fixou entendimento da possibilidade de estabelecer prazo para o Congresso Nacional atuar diante de omissão legislativa, entretanto, não há imposição de nenhuma sanção para o descumprimento, servindo o prazo apenas como parâmetro temporal razoável (BARROSO, 2012).

A última ação de controle concentrado a ser mencionada¹⁰⁵ é a arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF), que existe desde a Constituição de 1988, mas foi regulamentada apenas em 1999 por meio da Lei nº 9882 (Ibid.). A ADPF é considerada um mecanismo especial de controle de constitucionalidade via de ação, inclusive a nível de mundo (MENDES, 2014).

Ela pode ser proposta com a finalidade de evitar ou reparar lesão a preceito fundamental da Constituição, resultante de ato do Poder Público – ADPF autônoma - ou quando houver relevante controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal,

texto, têm eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal (BRASIL, 1998).

¹⁰⁵ No trabalho não serão tratadas as ADIs estaduais e a ação direta interventiva, por conta de sua especificidade, baixo aspecto de repercussão e, principalmente, desconexão com o tema que se pretende desenvolver.

estadual ou municipal, inclusive sobre aqueles anteriores à Constituição de 88 – ADPF incidental (Ibid.).

A ADPF é sempre processada e julgada pelo STF e tem como requisito o descumprimento de preceito fundamental, inexistência de outro meio idôneo, e, no caso da ADPF incidental, a relevância da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo (BARROSO, 2012).

Ao se interpor uma ADPF, deve ser indicado o preceito fundamental que se considera violado, a prova da violação ou possível violação, e, se for o caso, a comprovação da existência de controvérsia relevante sobre a aplicação do preceito fundamental (Ibid.). Para o julgamento da ADPF é necessária a presença de 2/3 dos Ministros do STF, e o voto de maioria simples (MENDES, 2014).

A decisão em sede de ADPF deve fixar as condições e o modo de interpretação e aplicação do preceito fundamental, podendo determinar, ainda, que cesse o ato que viola o preceito, ou também determinar medida adequada à preservação do preceito fundamental (BARROSO, 2012). No que toca aos efeitos subjetivos, a decisão em ADPF possui eficácia *erga omnes*; em seu aspecto objetivo, no caso de ADPF autônoma, os efeitos são análogos aos da declaração de inconstitucionalidade/constitucionalidade (Ibid.).

Há, também, no Brasil, o controle de constitucionalidade difuso, isto é, aquele realizado por qualquer juiz ou tribunal, de maneira incidental (SGARBOSSA; IENSUE, 2017). Essa forma de controle é acessível a qualquer cidadão e se dá por meio de arguição de inconstitucionalidade em demanda judicial concreta, isto é, se suscita a inconstitucionalidade da lei/ato normativo que deveria reger a disputa (SGARBOSSA; IENSUE, 2017).

Essa característica é chamada de questão prejudicial, isto é, a questão constitucional precisa ser previamente decidida como pressuposto lógico e necessário para a solução do problema principal (Ibid.).

A universalidade do exercício do controle difuso de constitucionalidade abrange também o STF (BARROSO, 2012). Ele pode se dar em sede das ações de competência originária do tribunal e também dos recursos a ele dirigidos, em especial de recurso extraordinário, que é um importante instrumento para a fiscalização de constitucionalidade (Ibid.).

As decisões em controle difuso de constitucionalidade possuem eficácia apenas para as partes envolvidas no processo, isto é, possuem efeitos subjetivos *inter partes* (MEDINA, 2010). Todavia, como a questão constitucional não é objeto de pedido direto, sendo, portanto, apenas razão de decidir, ela não faz coisa julgada (BARROSO, 2012).

Cabe a observação de que quando o STF decide pela inconstitucionalidade de determinado dispositivo legal em sede de controle incidental, a decisão deve ser comunicada ao Senado Federal, para que este delibere sobre a suspensão ou não da lei declarada inconstitucional (Ibid.).

O sistema de controle judicial de constitucionalidade brasileiro é misto, pois agrega elementos de controle de constitucionalidade via de ação e de controle difuso (SGARBOSSA; IENSUE, 2017). Todavia, por conta da extensão do rol de legitimados para propositura das ações de controle objetivo e também pelas características dessas ações – são mais efetivas e céleres pois tramitam originariamente no STF e têm eficácia *erga omnes* –, o que se vê na prática é a predominância do controle de constitucionalidade via principal ou de ação (BARROSO, 2012).

Embora o controle de constitucionalidade esteja consolidado no Brasil e em grande parte dos países pelo mundo, ainda existe muita controvérsia a respeito de sua legitimidade democrática (Ibid.). A crítica se origina geralmente do argumento de que não é aceitável, sob o ponto de vista democrático, que indivíduos que não são eleitos – juízes em geral – afastem atos normativos que foram criados pelos representantes do povo, crítica denominada dificuldade contramajoritária.

2.8 A DIFICULDADE CONTRAMAJORITÁRIA E ALGUNS ARGUMENTOS PARA SUA REJEIÇÃO

A discussão a respeito da dificuldade contramajoritária¹⁰⁶ deve ser precedida da exposição das duas funções político-institucionais exercidas pelas cortes constitucionais: a contramajoritária e a representativa.

A função mais conhecida é a contramajoritária (BARROSO, 2016). Nessa atuação, a corte exerce o controle de constitucionalidade dos atos normativos, por conseguinte, pode invalidar os atos editados pelos representantes eleitos do povo (DEL PRÁ, 2007).

Assim, um grupo de juízes que não recebeu sequer um voto pode invalidar uma decisão tomada por representantes que, muitas vezes, receberam milhões de votos (GARGARELLA, 2011). É nesse aspecto que reside a dificuldade contramajoritária, isto é, “se em toda democracia o povo deve participar direta ou indiretamente da tomada de decisões,

¹⁰⁶ A criação do termo é atribuída a Alexander Bickel (NINO, 1997).

como justificar que um tribunal não eleito anule uma lei?”¹⁰⁷ (GARGARI, 2016, p. 195, tradução nossa).

A outra função, que é menos conhecida, é denominada representativa (BARROSO, 2016). Essa função decorre da transferência de poder político para órgãos judiciais (BARROSO, 2016).

A premissa da dificuldade contramajoritária consiste na concepção de que as decisões majoritárias dos órgãos compostos por representantes eleitos sempre condizem com as aspirações do povo, e, ainda, que as decisões tomadas pelas cortes constitucionais jamais representam a vontade da maioria (Ibid.). Todavia, a realidade demonstra que essa premissa não é necessariamente verdadeira (LAIN, 2012).

Nem sempre as decisões tomadas pelo Parlamento são condizentes com a vontade majoritária:

Em primeiro lugar, minorias parlamentares podem funcionar como *veto players*, obstruindo o processamento da vontade da própria maioria parlamentar. Em outros casos, o auto interesse da Casa legislativa leva-a a decisões que frustram o sentimento popular. Além disso, parlamentos em todo o mundo estão sujeitos à captura eventual por interesses especiais, eufemismo que identifica o atendimento a interesses de certos agentes influentes do ponto de vista político ou econômico, ainda quando em conflito com o interesse coletivo (BARROSO, 2016, p. 529).

Igualmente, nem sempre as decisões judiciais tomadas pela corte constitucional são contramajoritárias (Ibid.). Existem diversas razões que justificam esse argumento. A primeira delas é que os juízes possuem diversas garantias que os tornam alheios aos fatores externos que podem influenciar na decisão de um caso (Ibid.). A segunda é que os órgãos judiciais atuam apenas mediante provocação das partes, não podem julgar além do que foi pedido e devem escutar todos os interessados na causa, inclusive representantes da sociedade por meio do *amicus curiae* (Ibid.).

Além disso, as decisões judiciais precisam sempre ser motivadas, isto é, o juiz deve apresentar argumentos e razões suficientes para comprovar que a solução que deu ao caso está em consonância com o ordenamento jurídico (Ibid.).

Diante dessas razões, é correto afirmar que a decisão judicial que infirma um ato do Congresso pode não ser contramajoritária, mas, inevitavelmente, é contra representativa, vez que o Parlamento é, em essência, órgão de representação popular. Contudo, esses argumentos não afastam a possibilidade de que existam decisões contrárias à vontade majoritária, mas é

¹⁰⁷ Tradução Livre: Si en toda democracia el pueblo debe participar directa o indirectamente en la tomada de decisiones, como justificar que un tribunal no electo anule una ley?

suficiente para desconstituir o argumento, muitas vezes extremista, daqueles que consideram o controle judicial de constitucionalidade como um atentado à democracia (Ibid.).

Assim, a função representativa consiste na congruência da vontade da maioria com as decisões tomadas pelas cortes constitucionais, isto é, ainda que involuntariamente, as cortes, por meio de suas decisões, decidem questões politicamente relevantes, de acordo com a vontade popular (Ibid.).

Mesmo assim, a supremacia judicial na interpretação da Constituição há tempos vem sendo duramente criticada em diversos aspectos e em diferentes níveis de intensidade; contudo, como foi visto, sempre com o mesmo alvo central: a suposta ausência de legitimidade democrática (SGARBOSSA et al., 2013). Nino (1997, p. 259) sintetiza esse questionamento:

Deste modo, tanto no sistema norte americano como no europeu de controle de constitucionalidade surgem dúvidas acerca do porque o poder judicial, sendo um órgão aristocrático, deveria ter a última palavra em determinar o alcance dos direitos individuais, dirimir os conflitos que se geram entre os poderes do governo e interpretar as regras referidas ao procedimento democrático.

Assim, como já considerado, a premissa da dificuldade contramajoritária se consubstancia no fato de “um corpo que não é eleito ou mesmo responsável politicamente de nenhuma forma significativa está a dizer aos representantes eleitos pelo povo que eles não podem governar como querem”¹⁰⁸ (ELY, 1980, p. 4-5, tradução nossa)

Mark Tushnet¹⁰⁹ defende essa ideia, e é um dos grandes críticos do *judicial review* americano, fundamentando suas críticas em alguns argumentos que merecem menção, a fim de se compreender a dificuldade contramajoritária. O autor sustenta que a defesa dos direitos fundamentais é mais bem realizada pelos cidadãos, por meio da política e do Poder Legislativo, do que na Suprema Corte, chegando ao ponto de afirmar que, caso a Suprema Corte anunciasse que não mais exerceria a jurisdição constitucional, tal fato não causaria grandes mudanças na proteção aos direitos do povo (TUSHNET, 1999). Além disso, esse autor defende que a Constituição é importante porque estrutura o funcionamento da política, não porque assegura a proteção de determinados direitos fundamentais (Ibid.).

Por esse entendimento, as decisões políticas são mais importantes que as decisões judiciais, a ponto de influenciarem nas decisões tomadas pelo Poder Judiciário; desse modo, a Suprema Corte tende a decidir conforme a vontade da maioria nacional (Id., 2010).

¹⁰⁸ Tradução Livre: A body that is not elected or even politically responsible in a significant way is telling the people's representatives that they cannot govern the way they want.

¹⁰⁹ Nas obras *Taking the Constitution away from the Courts* (1999), *Weak Courts, Strong Rights* (2008) e *Why Constitution Matters* (2010), o autor fundamenta sua crítica ao *judicial review*.

As ideias de Tushnet endossam a chamada democracia procedimental¹¹⁰; o autor considera democrático tudo que for decidido pela maioria. Para essa concepção, saber a decisão correta não é o mesmo que ter o direito de decidir, razão por que se deve respeitar o direito do povo de decidir, ainda que se saiba que a decisão é errada (WALZER, 1981).

Aceitar essa concepção é dizer que democracia é o mesmo que a regra da maioria, o que, como foi visto, não é mais aceitável no Estado democrático de direito. Na verdade, no Estado constitucional, a regra da maioria deve ser vista apenas como instrumento de operacionalização da escolha pública, isto é, uma regra técnica de tomada de decisão (SGARBOSSA et al., 2013).

O conceito de democracia que impera no Estado constitucional é diferente, se baseia em uma acepção substantiva¹¹¹. Desse modo, não importa apenas o procedimento de tomada das decisões públicas, mas também o seu conteúdo.

Como se viu, o Estado constitucional tem como uma de suas características a existência de Constituições rígidas que não só regulamentam as regras do jogo político como também assegura direitos e garantias fundamentais (FERRAJOLI, 2004). O problema aparece quando o processo majoritário edita normas que violam os direitos das minorias vencidas:

Toda minoria – de classe, nacional ou religiosa – cujos interesses são protegidos de uma maneira qualquer pela Constituição, tem pois um interesse eminente na constitucionalidade das leis. Isso é verdade especialmente se supusermos uma mudança na maioria que deixe à antiga maioria, agora minoria, força suficiente para impedir as condições necessárias à reforma da Constituição. Se virmos a essência da democracia não na onipotência da maioria, mas no compromisso constante entre os grupos representados no parlamento pela maioria e pela minoria, e por conseguinte, na paz social, a justiça constitucional aparecerá como um meio particularmente adequado à realização dessa ideia (KELSEN, 2003, p. 81).

Violar os direitos fundamentais representa violar o próprio Estado e a democracia. Desse modo, o controle de constitucionalidade exerce o imprescindível papel de corrigir os excessos do processo político ordinário por meio da invalidação das leis incompatíveis com a Constituição:

Assim, considerando-se tal característica instrumental e de garantia da constitucionalidade que o caracteriza, o controle de constitucionalidade opera como instituição assecuratória das minorias vencidas e da própria democracia, protegendo e corrigindo imperfeições do próprio sistema democrático representativo majoritário. Poder-se-ia sustentar, inclusive, que nesta ótica o controle de constitucionalidade das leis constituiria uma condição de existência da democracia, e não um limite externo. (SGARBOSSA et al., 2013, p. 145).

¹¹⁰ Ver capítulo 1.

¹¹¹ Ver capítulo 1.

A fiscalização da constitucionalidade das leis, embora muitas vezes seja contramajoritária, não é necessariamente antidemocrática (Ibid.). De fato:

Qualquer defesa do controle de constitucionalidade deve ter outra forma: deve argumentar que o controle de constitucionalidade melhora a legitimidade em geral ao facilitar a aceitação e apoio da comunidade a uma concepção apropriada de liberdade negativa e distribuição justa de recursos e oportunidades, assim como liberdades positivas¹¹² (DWORKIN, 2011, p. 398, tradução nossa).

A assertiva conduz a um aspecto muitas vezes ignorado, mas que é de fundamental importância na discussão acerca da democraticidade do controle de constitucionalidade: a legitimação discursiva (BARROSO, 2016). Esse aspecto representa dizer que o debate sobre a constitucionalidade de uma lei, realizado no âmbito da jurisdição constitucional, costuma ser complexo e exaustivamente fundamentado (Ibid.).

Alexy (2005) faz referência à corte constitucional como o representante argumentativo da sociedade, ou seja, um local onde ocorrem debates com argumentos sólidos e corretos com o fim precípua de assegurar a supremacia da Constituição. O argumento de Alexy se fundamenta na visão do constitucionalismo democrático como um projeto de institucionalização da razão e da correção, na concepção de que pessoas racionais são capazes de aceitar argumentos sólidos e corretos (ALEXY, 2005).

Essa ideia é somada à concepção de sociedade aberta dos intérpretes da constituição consagrada por Peter Häberle (2002). O autor entende que todos aqueles sobre os quais as disposições constitucionais aplicam são potencialmente seus intérpretes (HÄBERLE, 2002).

Por isso, o debate constitucional deve propiciar a participação da sociedade, a fim de contribuir para a legitimidade democrática da jurisdição constitucional e pluralizar o debate, ampliando, dessa forma, a legitimidade discursiva anteriormente mencionada¹¹³.

Contudo, embora a dificuldade contramajoritária possa ser fundamentadamente rebatida, as premissas sobre as quais ela se estabelece não podem ser completamente afastadas (BARROSO, 2016). Isso leva a uma discussão mais abrangente, que é a relação entre o constitucionalismo e a democracia.

¹¹² Tradução livre: Any defense of judicial review as democratic must take some other form: it must argue that judicial review improves overall legitimacy by making it more likely that the Community will settle on and enforce some appropriate conception of negative liberty and of a fair distribution of resources and opportunities, as well as of the positive liberty.

¹¹³ É interessante dizer, já adiantando o tema do capítulo 3, que o instituto do *amicus curiae* exerce relevante papel na inserção da sociedade no debate constitucional e, portanto, auxilia na atenuação desse déficit democrático.

2.9 A COMPLEXA RELAÇÃO ENTRE CONSTITUCIONALISMO E DEMOCRACIA

Em tempos modernos, democracia e constitucionalismo são conceitos que muitas vezes se aproximam, outras vezes se distanciam, mas nunca se confundem. Aliás, é certo que podem até colidir, uma vez que, como visto, aqui, constitucionalismo se traduz, sinteticamente, em limitação do poder e Estado de Direito e democracia, de forma simplista, é liberdade da soberania popular e governo da maioria (BARROSO, 2013).

O constitucionalismo contemporâneo produz constituições rígidas, com força normativa e que limitam o poder político; ela “expressa não apenas um ser, mas também um *dever ser* e, para isso, é protegida por processos complexos de modificação” (NINO, 2007, p. 16-17). Essa forma de Constituição, como se viu, foi construída ao longo do século XIX com forte influência das revoluções liberais e especial intenção de assegurar conquistas históricas, garantir direitos e limitar o poder político (BARROSO, 2013).

Existem pelo menos três argumentos frequentemente utilizados para conciliar constitucionalismo e democracia. O primeiro deles é que a comunidade deve se sujeitar à Constituição porque ela é o resultado de um acordo democrático. O contraponto a esse argumento reside no fato de que nem sempre as Constituições decorrem da vontade do povo; muitas vezes elas são produto de interesse das elites econômico-políticas e, por conseguinte, não representam a vontade da maioria (GARGARELLA, 2004).

Mesmo que se considerasse que todas as Constituições expressam a vontade da maioria do povo em determinado momento, que razão haveria para que gerações futuras - que muitas vezes nem teriam nascido quando a Constituição foi editada - fossem limitadas por ela? Pode-se considerar, como resposta, que as circunstâncias peculiarmente democráticas nas quais a Constituição foi editada justificam essa transcendência geracional; todavia, esse argumento se baseia, muitas vezes, em dogmas e até mesmo mitos (Ibid.).

Outro argumento frequentemente utilizado reside na ideia de que, mesmo que a Constituição tenha sua origem pouco democrática, ao longo do tempo ela obtém amplo reconhecimento do povo e ganha legitimidade democrática (Ibid.). Todavia, existe um abismo entre ganhar reconhecimento e ser aceito; enquanto um envolve uma conduta ativa o outro é marcado pela passividade.

Isso quer dizer que não existe ganho de legitimidade democrática com o passar do tempo, mas, sim, mera resignação, isto é, o povo apenas se acostuma com a Constituição (Ibid.).

Como se vê, conciliar democracia e constitucionalismo é uma tarefa tão complexa quanto problemática (CHUEIRI; GODOY, 2010). Todavia, é possível encontrar um ponto de intersecção entre ambos, um caminho comum que permita a compatibilização deles.

Esse ponto pode ser encontrado no princípio da igualdade (GARGARELLA, 2004). Convém mencionar que a igualdade referida deve ser considerada em sua plenitude, ou seja, trata-se de uma igualdade substancial que pressupõe a garantia de direitos considerados fundamentais, como a liberdade de manifestação de pensamento, de crença, orientação sexual e igualdade de sexos e raças (DE MELLO, 2004).

Igualdade representa, também, que todos devem ser tratados com igual consideração e respeito, e, portanto, tem igual direito de intervir na resolução dos assuntos que afetam diretamente sua comunidade (GARGARELLA, 2004). Dessa maneira:

Se desta forma se presa o compromisso com a democracia, por outro lado se presta também compromisso com o constitucionalismo, na medida em que se preservam certos direitos fundamentais os quais permitem a cada um levar sua vida conforme seus ideais e, ainda, preservando uma estrutura de decisão democrática em que a opinião de cada um vale o mesmo que a do outro (CHUEIRI; GODOY, 2010, p. 168):

Além disso, o controle judicial de constitucionalidade deve ser visto como uma forma de aprimoramento da democracia (DWORKIN, 2011). Democracia, em seu sentido substancialista, é entendida não apenas como processo, mas também como fim:

Quando entendemos a democracia melhor, nós vemos que a leitura moral de uma constituição política não é antidemocrática mas, ao contrário, é praticamente indispensável para a democracia. Eu não quero dizer que não a democracia a não ser que juízes tenham o poder de colocar de lado o que a maioria pensa ser certo e justo. Muitos arranjos institucionais são compatíveis com a leitura moral, incluindo alguns que não dão aos juízes o poder que eles tem na estrutura americana. Nenhum desses argumentos, todavia, é em princípio mais democrático que os outros. Democracia não insiste em juízes terem a última palavra, mas não insiste que eles não devem ter.¹¹⁴ (DWORKIN, 1996, p.7, tradução nossa).

Contudo, como se viu, ainda que se pense a democracia dessa maneira, não se pode afastar completamente o caráter contra representativo do controle judicial de constitucionalidade, mecanismo essencial do constitucionalismo contemporâneo. A fim de combater esses resquícios dos argumentos que envolvem a dificuldade majoritária, a

¹¹⁴ Tradução Livre: When we understand democracy better, we see that the moral Reading of a political constitution is not antidemocratic but, on the contrary, is practically indispensable to democracy. I do not mean that there is no democracy unless judges have the power to set aside what a majority thinks is right and just. Many institutional arrangements are compatible with the moral Reading, including some that do not give judges the power they have in the American structure. None of these varied arguments, however, is in principle more democratic than others. Democracy does not insist on judges having the last word, but it does not insist that they must not have it.

igualdade na participação proposta por Gargarella deve ser pensada juntamente com a legitimidade discursiva de Alexy.

Desse modo, deve ser ampliada a participação popular na jurisdição constitucional (HÄBERLE, 2002). Contudo, como se viu, a jurisdição constitucional, em especial no caso do Brasil, em que o controle judicial de constitucionalidade é predominantemente via de ação, geralmente tem número reduzido de legitimados para propositura das ações de controle (MEDINA, 2010).

De outro norte, as decisões tomadas pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle de constitucionalidade via de ação tem eficácia contra todos (SGARBOSSA; IENSUE, 2017). Nesse aspecto, ganha importância a figura do *amicus curiae*, que é um verdadeiro instrumento de democratização do debate constitucional.

2.10 CONCLUSÕES PARCIAIS

O Estado moderno surgiu do processo de centralização e concentração do poder dentro de um território determinado. Na concepção weberiana, esse processo aconteceu por meio da expropriação do uso da força, isto é, o monopólio do uso dessa força passou a ser dos monarcas.

Essa nova forma de Estado é caracterizada por três principais elementos, a saber, o território, o povo e a soberania. O território é a esfera geográfica de validade da ordem jurídica, o povo é o conjunto de seres humanos que residem dentro dos limites do território e estão submetidos à ordem jurídica do Estado e a soberania é o poder de mando em última dentro de uma sociedade política.

O monopólio do uso legítimo da força pelo Estado é essencial para o exercício da soberania; não obstante, a história mostra que muitas vezes esse monopólio abriu espaço para a prática de arbitrariedades, como se viu, por exemplo, no despotismo. Por conta disso, diversos movimentos com o objetivo de limitar o poder aconteceram, sendo que as revoluções burguesas na Europa se destacam nesse sentido.

Por meio dessas revoluções, o Estado absolutista foi superado pelo Estado liberal, cujo pressuposto filosófico é a doutrina dos direitos do homem. Essa doutrina, por sua vez, define que o indivíduo possui determinados direitos que são invioláveis, cabendo ao Estado respeitá-los e protegê-los.

Essa limitação se deu por meio da lei, o que caracteriza o Estado de direito. De outro norte, essa limitação do poder é a característica mais antiga e uma das mais importantes do constitucionalismo.

A partir do advento do Estado de direito, todos os atos do poder público ficam submetidos à lei, sob pena de serem considerado inválidos. A consequência direta disso é que a forma predominante de poder passa a ser o poder legal, isto é, que tem sua legitimidade consubstanciada na lei.

O constitucionalismo (moderno) traz, como grande inovação, as constituições com sentido, forma e conteúdo específicos. Essas constituições passam a ter rigidez e, desse modo, suas disposições não podem ser modificadas ou interpretadas pelo legislador ordinário visto que são hierarquicamente superiores às demais normas.

A Constituição é produto da atividade do Poder Constituinte, que confere expressão jurídica ao conceito de soberania. Ela tem função central dentro do ordenamento jurídico vez que ordena, funda e limita o poder político, reconhece e garante os direitos e liberdades do indivíduo, e determina o processo de produção de normas jurídicas.

Em uma perspectiva positivista, cabe à Constituição converter os fatores reais do poder em instituição jurídicas, em Direito. O fato de ser, a Constituição, hierarquicamente superior às demais normas no ordenamento, faz com que ela se revista de supremacia, isto é, qualquer disposição legal que a contrarie não poderá ser aplicada.

Na ótica do constitucionalismo contemporâneo, a Constituição passa a deter *status* normativo, isto é, ela representa um valor, materializa um momento axiológico da sociedade que é traduzido em normas e princípios. Além disso, finda-se a noção de que a Constituição não tem aplicabilidade direta.

Nesse cenário, a Constituição ganha superioridade não apenas formal, em relação às demais normas, mas também material. Esse fato reflete diretamente no advento da dimensão substancial do Estado de direito, que é característica do Estado constitucional de direito.

Essa mudança aconteceu após a Segunda Guerra Mundial¹¹⁵, em especial por causa dos movimentos de fortalecimento dos direitos humanos ocorridos na Europa, e modificou o Estado de direito em diversos aspectos. O primeiro deles, já falado, é que as leis não devem observar mais apenas o procedimento de criação estabelecido, mas também o seu conteúdo

¹¹⁵ No Brasil, o Estado democrático de direito foi inaugurado com a Constituição Federal de 1988. Ela é considerada um marco jurídico-político de conquista dos direitos e garantias fundamentais, ela organiza, limita e regulamenta o Estado brasileiro.

deve respeitar a Constituição; além disso, incorpora-se, ao Estado de direito, o elemento substancial da democracia.

A Constituição passa a ser o elemento jurídico de proteção dos direitos fundamentais, o Estado é pensado como estrutura, os direitos como fins e a democracia como meio. Contudo, mesmo assim, ainda é possível que aconteçam violações aos direitos fundamentais, inclusive por meio do processo legislativo procedimentalmente legítimo.

Assim, dentro do Estado democrático de direito, a jurisdição constitucional exerce fundamental papel de fiscalização do respeito à Constituição. Ela atua tanto aplicando diretamente as disposições constitucionais como fiscalizando a conformidade das demais normas do ordenamento com a Constituição.

O controle judicial de constitucionalidade, que é um dos mecanismos da jurisdição constitucional, é o principal meio de se garantir a supremacia da Constituição. De fato, sem a existência de um mecanismo de controle, as Constituições correriam grandes riscos de ter sua supremacia desrespeitada.

Ele surgiu no constitucionalismo estadunidense durante o século XIX, contudo se desenvolveu de diferentes maneiras em outros lugares do mundo. Por conta disso, é possível identificar três principais modelos de controle judicial: o americano, o austríaco e o misto.

No Brasil, o controle de constitucionalidade surgiu no final do século XIX, com fortes influências estadunidenses, no entanto, foi somente com a Constituição Federal de 1988 que ele se revestiu da maioria das características que possui atualmente. O controle judicial de constitucionalidade brasileiro pode ser realizado tanto nos moldes americanos, isto é, de forma difusa, como nos ditames austríacos, via de ação.

O controle via de ação no Brasil se dá por meio de ação direta de inconstitucionalidade (ADI), ação direta de inconstitucionalidade (ADO), ação declaratória de constitucionalidade (ADC) e arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF); a competência originária para julgá-las é do Supremo Tribunal Federal (STF). O processo de controle via de ação tem caráter objetivo, ou seja, não existem partes; a discussão se faz em torno da lei em tese e as decisões tomadas ao final têm eficácia *erga omnes*.

O controle via de ação hoje tem protagonismo no ordenamento brasileiro¹¹⁶, e é consolidado em inúmeros ordenamentos ao redor do mundo. Contudo, tanto ele como o controle difuso são alvo de críticas referentes ao seu caráter antidemocrático.

¹¹⁶ Essa conclusão advém dos estudos feitos por Medina (2010) e Ferreira e Branco (2017).

Essa crítica, denominada dificuldade contramajoritária, se consubstancia, em síntese, no fato de que membros do Poder Judiciário que não foram eleitos têm poder para anular decisões majoritárias tomadas pelo processo político ordinário por representantes eleitos. Essa crítica pode ser enfrentada com uma série de argumentos, entretanto não pode ser completamente rechaçada, em especial porque o controle de constitucionalidade pode até não ser contramajoritário, mas inevitavelmente será contra representativo.

Mesmo assim, o controle de constitucionalidade é um mecanismo fundamental para preservação da democracia constitucional, pois constitui a garantia de que qualquer violação de direitos fundamentais por meio do processo político poderá ser analisada pelo Poder Judiciário. Além disso, existem mecanismos aptos a atenuar o caráter contra representativo do controle de constitucionalidade, como por exemplo, o *amicus curiae*.

O instituto permite a participação da sociedade nos debates constitucionais, pluralizando, assim, o debate e aprimorando o caráter democrático da jurisdição constitucional. Esse aspecto é relevante para o aperfeiçoamento da legitimidade discursiva dos Tribunais constitucionais, e também para assegurar o direito de participação da sociedade nas decisões públicas, inerente à democracia cooperativa.

Essa ideia se alinha com a abertura procedimental da hermenêutica constitucional proposta por Häberle, que entende que todos os indivíduos que são atingidos pelas disposições constitucionais são potenciais intérpretes e devem dispor de mecanismos que permitam que eles participem do debate constitucional. Portanto, o *amicus curiae* ganha especial relevância dentro do Estado constitucional e também na efetivação dos direitos fundamentais, de maneira que se torna imprescindível a sua análise e de suas características e funções.

3 O *AMICUS CURIAE*: INSTITUTO DEMOCRÁTICO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E A EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

3.1 O *AMICUS CURIAE*, A DEMOCRACIA E A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

Por conta de algumas características do Estado Constitucional, como a dimensão substancial de democracia, a forte carga principiológica das Constituições e a sua força normativa, a jurisdição constitucional se revela um elemento de equilíbrio e fortalecimento do sistema (BARROSO, 2016).

Como foi visto anteriormente, ela é um mecanismo imprescindível para a garantia das regras do jogo impostas pela Constituição, ou seja, é o instrumento que garante não apenas que as disposições constitucionais serão respeitadas – inclusive pelos membros do Poder Legislativo -, mas também aplica a Constituição na prática (BARROSO, 2016)¹¹⁷. Dentro da jurisdição constitucional ganha destaque o controle judicial de constitucionalidade, isto é, o processo pelo qual se verifica a conformidade do ato normativo com a Constituição (CAPPELLETTI, 1999).

Em uma democracia constitucional, o controle de constitucionalidade ganha ainda mais importância, haja vista que ele figura como um dos principais meios de defesa de minorias contra a violação de direitos fundamentais por meio do processo legislativo formalmente legítimo (BARROSO, 2016). Contudo, esse mecanismo não é imune a críticas.

Existe corrente doutrinária que considera o controle judicial de constitucionalidade um ataque à democracia, visto que, em tese, não caberia ao Poder Judiciário, formado por membros que não são eleitos pelo voto popular, anular decisões tomadas pelos representantes da nação, estes sim escolhidos diretamente pelo povo (NINO, 1997)¹¹⁸. Como se viu anteriormente, existem diversos argumentos que rebatem essa crítica, no entanto, o caráter contra representativo e, muitas vezes, contramajoritário do controle de constitucionalidade não pode ser completamente afastado.

O *amicus curiae* é uma forma de mitigar essa crítica, tendo em vista ser ele um elemento de democratização da jurisdição constitucional (DEL PRÁ, 2007). Ao permitir a

¹¹⁷ Em igual sentido Kelsen (2001).

¹¹⁸ Essa crítica, denominada dificuldade contramajoritária, foi explicitada no item 2.6 do capítulo 2.

participação da sociedade civil nos debates constitucionais, o instituto vai ao encontro da ideia de sociedade aberta dos intérpretes da Constituição, defendida por Häberle (2002).

A fim de melhor compreender o instituto, neste terceiro capítulo faz-se uma análise que leva em conta o surgimento do *amicus curiae*, suas características no ordenamento estadunidense e, também, seu histórico no Brasil. Torna-se objeto de estudo, também, sua função como elemento de democratização da jurisdição constitucional bem como sua função como elemento útil de formação da decisão judicial, isto é, como elemento de fornecimento de informação, dados e argumentos para a Corte.

Utilizam-se diversas referências ao direito comparado, contudo, a análise é destinada ao instituto do *amicus curiae* dentro do ordenamento jurídico brasileiro, em especial no tocante ao controle de constitucionalidade via de ação. Por fim, aborda-se, também, a relação entre *amicus curiae*, controle de constitucionalidade e a defesa dos direitos fundamentais.

3.2 UMA REFLEXÃO INICIAL: AS TRADIÇÕES JURÍDICAS E O *AMICUS CURIAE*

Para que se tenha uma compreensão adequada do instituto do *amicus curiae* é fundamental estudar o tema de maneira sistemática, isto é, considerando não apenas uma mera descrição do instituto, mas realizando uma análise que leve em conta sua posição, função e relação com os demais institutos dentro do sistema.

Por isso, antes de adentrar ao instituto em si, é valioso proceder a uma importante diferenciação entre as duas maiores “tradições jurídicas”¹¹⁹ que hoje existem no mundo. A *common law* e a *civil law* fazem parte da história, da cultura e até mesmo da formação do mundo ocidental, de maneira que a segunda é a mais antiga e mais difundida, contudo, ambas sempre se influenciaram reciprocamente ao longo dos séculos (MERRYMAN, 1985).

O aspecto fundamental que discerne as duas tradições é a fonte formal principal do direito; enquanto na *common law* as decisões judiciais (precedentes) são a principal fonte, no *civil law* são as leis (MERRYMAN, 2009). No entanto, não se pode pensar de maneira simplista, sob pena de se ter uma simplificação exagerada e pouco representativa da realidade (Ibid.).

¹¹⁹ Segundo John Henry Merryman (1985), o termo “tradição” é mais apropriado que “sistema”, utilizado por outros autores, pois sistema corresponde a uma ideia de conjunto de instituições, procedimentos e regras de um determinado país, enquanto tradição jurídica é o conjunto arraigado de atitudes historicamente condicionadas sobre a natureza do direito, sobre o seu papel na sociedade e na política, sobre a organização e o funcionamento adequados do sistema jurídico e sobre a forma como a lei é ou deveria ser aplicada, estudada, aperfeiçoada e ensinada.

No *common law* a produção legislativa possui importância, bem como no *civil law*, a jurisprudência exerce papel relevante no sistema (MOREIRA, 2001). É justamente por esse motivo que a diferença principal entre os dois sistemas reside na ideologia que influencia as concepções do que é a lei ou do que é o precedente.

Na tradição jurídica do *common law*, é considerado, preferencialmente como veículo de direito, o precedente¹²⁰, de maneira que casos similares devem ser decididos de maneira semelhante, visando à segurança jurídica; portanto, as leis que derrogam o *common law* devem ser interpretadas de maneira restritiva de modo a valorizar o julgador. De outro norte, no *civil law*, o código de leis existe justamente para limitar a liberdade do juiz, isto é, as atitudes do magistrado devem se pautar exclusivamente na lei, de modo a se valorizar o legislador (MERRYMAN, 1985).

Nesse diapasão, é interessante notar que, tradicionalmente, os sistemas latino-americanos não se prendem de maneira fixa a uma das tradições jurídicas predominantes; de fato, o que se nota é um verdadeiro ecletismo:

Caracteriza-se o direito latino-americano por conciliar a sua vinculação ao sistema romanista, com a adoção de institutos, conceitos e princípios originários de *common law*, notadamente na área de direito público. As razões desse ecletismo prendem-se não apenas às circunstâncias históricas, prendem-se, igualmente, à manutenção de uma receptividade intelectual dos países latino-americanos às fórmulas jurídico-políticas geradas nos Estados Unidos, malgrado as diferenças econômicas, sociais, culturais e políticas existentes entre o modelo e seus seguidores (TAVARES, 1991, p. 97-98).

A adoção das diferentes tradições traz consequências e problemas, o que exigiu – e continua exigindo – a criatividade do legislador e dos julgadores para enfrentar essas situações. Uma delas apareceu antes no *common law* inglês e acabou resultando na institucionalização do *amicus curiae*.

O instituto é recorrente nas jurisdições de *common law*, e isso acontece pelo fato de os países que adotam essa tradição jurídica compartilharem origens históricas (KOCHEVAR, 2013). Contudo, seu surgimento se deu em sentido inverso aos métodos adversariais¹²¹ adotados pelo *common law*, isto é, “a aceitação de submissões de *amicus* parecem mais

¹²⁰ Conforme ensina David (1996), o *common law* foi formado por juízes, que se viam obrigados a resolver particularmente litígios; desse modo, a regra de direito no *common law* muitas vezes é menos abstrata, ou seja, é direcionada a resolver um processo e não formular uma regra geral de conduta para o futuro.

¹²¹ O *adversarial system* existente no ordenamento inglês tem como características a marcha processual adstrita ao *trial by duel*, isto é, não existe controle prévio da atividade processual, as partes conduzem o processo, escolhem quais provas serão produzidas, há a prevalência da oralidade no processo como um todo e restringe-se a intervenção de terceiros no processo (MOREIRA, 2001).

similares aos métodos de colheita de fatos de algumas cortes inquisitoriais do *civil law*¹²²” (KOCHEVAR, 2013, p. 1656, tradução nossa).

Por outro lado, historicamente, as jurisdições modernas de *civil law* não admitiam a participação do *amicus curiae* (Ibid.). Contudo, atualmente, diversas Cortes de *civil law* admitem, formal ou informalmente, a participação do *amicus curiae*, e nesse contexto destaca-se o Brasil, que desde 1999 admite, formalmente, a participação do instituto na jurisdição constitucional (Ibid.).

3.3 O HISTÓRICO DE SURGIMENTO DO *AMICUS CURIAE*

A figura do *amicus curiae* não é recente (DEL PRÁ, 2007). Embora exista divergência na doutrina quanto à sua verdadeira origem, de forma institucionalizada o instituto parece ter surgido no século XIV, na Inglaterra Medieval nos chamados *Year Books*¹²³.

Nessa época, o *amicus curiae* participava do processo apontando precedentes jurisprudenciais não mencionados pelas partes ou ignorados pelo julgador¹²⁴, atuando em benefício de menores, chamando a atenção do juízo para certos fatos, como o erro manifesto, a morte de uma das partes, o descumprimento do procedimento correto ou a existência de norma específica regulando a matéria (KRISLOV, 1963). Desse modo, o *amicus curiae* atuava com neutralidade, isto é, não visava privilegiar nenhuma das partes, mas colaborar com a justiça, ajudando a manter o prestígio da corte ao evitar que decisões equivocadas fossem tomadas (KRISLOV, 1963).

A participação do *amicus curiae* se dava por meio da apresentação de parecer jurídico sobre o caso em discussão, devendo ele apontar questões jurídicas e fáticas pertinentes ao caso que ainda não tinham sido objeto de análise da corte ou que poderiam contribuir para a melhor solução da controvérsia (Ibid.). Não havia, nesse período, regulamentação das hipóteses em que cabia admissão do *amicus curiae*; portanto, as Cortes tinham ampla discricionariedade para permitir ou não a sua participação (Ibid.).

¹²² Tradução livre: In this way, the acceptance of amicus submissions appears more similar to the fact-gathering methods of some inquisitorial civil law courts.

¹²³ Os *Year Books* consistem em um apanhado de doutrina legal e legislação medieval da Inglaterra. Os exemplares que o compõe são datados de 1268 a 1535 e retratam importante período de formação do *common law* inglês (SEIPP, 2017).

¹²⁴ Essa função é chamada de *shepardizing*, um método de pesquisa de precedentes, nos compêndios de jurisprudência, por meio da utilização dos *Shepard's Citations*, que são índices que listam o volume e o número da página dos compêndios publicados, nos quais se encontram decisões judiciais que citam precedentes ou leis.

A ausência de normatização do *amicus curiae* e a conseqüente discricionariêdade das Cortes para delinear a forma e os limites de sua atuação propiciaram seu desenvolvimento e adaptação a diversas situações. Isso fez com que dentro do ordenamento inglês surgisse um instituto altamente adaptável e apto a contribuir para a solução de diversas controvérsias (DEL PRÁ, 2007).

Outro motivo determinante para o desenvolvimento do instituto na Inglaterra, foram as peculiaridades trazidas pelo *adversary system* lá existente, que é caracterizado pela “primazia reconhecida às partes não só na iniciativa de instaurar o processo e fixar-lhe o objeto, senão também na determinação da marcha do feito em suas etapas iniciais, e na colheita das provas em que se há de fundar o julgamento da causa” (MOREIRA, 2001, p. 159).

Além disso, a própria essência do sistema indica a rejeição da interferência de terceiros no processo, de modo que se privilegiaria, sempre, apenas as partes que tinham interesse direto no feito. É nesse momento que surge a grande problemática que deu ensejo ao alargamento da função do *amicus curiae*, o fato de que, muitas vezes, indivíduos desprovidos de legitimidade acabavam por postular em nome próprio direitos coletivos:

E foi exatamente nesse ponto que a função do *amicus curiae* passou a ganhar maior importância para a própria administração da justiça. O terceiro comparecia em juízo para apontar a intenção fraudulenta e colusiva das partes, não raramente em casos nos quais ele próprio detinha interesse na demanda, muito embora não participasse do processos (DEL PRÁ, 2007, p. 26).

A situação é problemática principalmente por causa do sistema de vinculação aos precedentes existente na Inglaterra, visto que uma parte tecnicamente desqualificada ou dotada de más intenções poderia criar um precedente desfavorável a toda uma coletividade, ao litigar por um direito que transcende a esfera individual (Ibid.). Por conta disso, a evolução do instituto do *amicus curiae* fez com que a posição de neutralidade fosse abandonada para que, em muitas oportunidades, os *amici* se manifestassem defendendo determinada parte:

A incorporação dessa nova função anunciou uma transformação fundamental no papel do *amicus curiae* – uma por meio da qual o instituto iria assumir dimensões radicalmente novas. Enquanto as cortes continuaram a insistir na proposição de que o *amicus* era um servo da corte – ‘ele não age por ninguém, mas simplesmente busca fornecer informação para a corte’ – seus serviços não mais prescindiram de um compromisso com a causa. A noção dele agindo por ninguém foi substituída pela sua tendência em fazer justamente o contrário – em diversas instâncias agir direta e oficialmente em favor de alguém que não é formalmente uma parte no caso¹²⁵ (KRISLOV, 1963, p. 697, tradução nossa).

¹²⁵ Tradução livre: The incorporation of this new function presaged a fundamental transformation in the role of the *amicus curiae* – one through which the device would assume radically new dimensions. While the courts continued to cling to the proposition that the *amicus* was a detached servant of the court – ‘he acts for no one, but

Em adição a essas funções, em seus contornos modernos, o *amicus curiae* tem a função de ir a juízo para trazer informações, estudos científicos e dados técnicos que possam contribuir para o melhor julgamento da ação¹²⁶ (DEL PRÁ, 2007). Assim, pode-se pensar, na atualidade, em dois principais aspectos do instituto do *amicus curiae*:

Um primeiro, que se refere aos casos em que o julgador pode valer-se de um terceiro para auxiliá-lo na prospecção de dados (fáticos ou jurídicos) para a decisão. Nesse caso, a atuação do terceiro, como *amicus curiae*, remeter-se-á aos poderes instrutórios do julgador. Não se confunde, todavia, com a figura do perito ou da testemunha, a manifestação do *amicus curiae* é livre na forma e não se restringe a matéria fática (Ibid., p. 53).

Um segundo aspecto, de matiz mais democrático, segundo qual o *amicus curiae* age voluntariamente, em exercício de direito próprio de manifestação em questão de transcendência coletiva. Nesse caso, sua atuação constitui verdadeira hipótese de intervenção de terceiro, também em benefício da corte, mas como forma de participação na administração da justiça em caso de interesse “coletivo” (em sentido amplíssimo) (Ibid.).

Assim, além de municiar os julgadores com diversas informações e dados técnicos, o *amicus curiae* permitiu verdadeira abertura do *adversarial system*, conferindo-lhe maior democratização, ao romper os limites individuais da demanda, uma vez que se tornou possível que terceiros ingressassem em apoio imediatamente a uma das partes e mediatamente a interesses próprios (geralmente coletivos) (DEL PRÁ, 2007).

Essa evolução do instituto acabou por lhe conferir substancial ganho de relevância, não apenas nos ordenamentos anglo-saxônicos, mas também no mundo inteiro, em especial em organismos supranacionais que visam assegurar direitos humanos (Ibid.). Contudo, independentemente da natureza da discussão judicial, o *amicus curiae* geralmente intervém em casos em que o objeto da lide transcende o campo individual, isto é, interessa à coletividade (Ibid.).

Embora o instituto tenha ganhado seus contornos modernos no ordenamento inglês, foi nos Estados Unidos que o *amicus* passou por grande evolução, por meio de construção doutrinária e jurisprudencial (AGUIAR, 2005).

simply seek to give information to the court’ – his services no longer precluded commitment to a cause. Indeed, the very notion of his acting for no one was belied by his rising to do just the opposite – in many instances to act directly and officially as counsel for one not formally a party to the case.

¹²⁶ Essa forma de atuação se dá pela apresentação de *briefs*, que, embora não possuam forma específica, possuem, em regra, a característica de serem voluntariamente submetidos à Corte por um terceiro que não faz parte do processo e contém dados e informações técnicas, sociais, econômicas que podem influenciar na discussão da questão posta (KOCHEVAR, 2013).

3.4 O AMIGO NORTE-AMERICANO: O INSTITUTO DO *AMICUS CURIAE* NO ORDENAMENTO ESTADUNIDENSE

As peculiaridades do sistema jurídico estadunidense propiciaram o desenvolvimento do *amicus curiae*, e a experiência americana acabou influenciando inúmeros outros países a adotar também o instituto (Ibid.). Foi também nos Estados Unidos que o *amicus curiae* passou a ter associação direta com o controle de constitucionalidade (PEDROLLO; MARTEL, 2005).

A combatividade do sistema estadunidense fez com que o *amicus* deixasse de vez a neutralidade para atuar, em regra, de maneira deliberada em favor de uma das partes, ainda que em defesa de interesse de terceiros¹²⁷ (KRISLOV, 1963). Dessa maneira, o *amicus* passa a atuar ativamente no processo em prol de uma das partes, de modo a contribuir direta e ativamente para a obtenção do êxito na lide (Ibid.).

Contudo, ao mesmo tempo em que as características do sistema estadunidense impulsionaram o desenvolvimento do *amicus curiae*, elas trouxeram diversos problemas que tiveram de ser enfrentados ao longo do tempo. O sistema federativo lá adotado resulta em um grande número de conflitos de interesse entre os entes federativos, e ainda, possibilita que diversas questões de interesse público possam ser discutidas por particulares:

A asserção do *judicial review* e o papel da Corte como regulador do sistema federal significou que disputas que tomavam forma de litígio entre entes privados envolvessem muitas vezes a formação constitucional do sistema federativo¹²⁸ (KRISLOV, 1963, p. 697, tradução nossa).

Soma-se a isso a existência de um sistema de controle judicial de constitucionalidade difuso¹²⁹, em que questões constitucionais relevantes podem também ser facilmente discutidas por particulares (Ibid.). Por conta disso, aos poucos a jurisprudência passou a admitir a intervenção, por exemplo, da União em casos onde houvesse assuntos de interesse nacional, atuando como uma “pseudo-parte” na figura de *amicus curiae* (Ibid).

Dessa maneira, o interesse dos entes federativos passou a justificar a intervenção dos *amici*, o que fez surgir a figura do *amicus curiae* “de interesse público”. Todavia, a partir do

¹²⁷ Essa mudança do instituto foi marcada pelo caso *Müller vs Oregon*, quando foi discutida a constitucionalidade de uma lei do Estado do Oregon que estipulava a jornada diária máxima de dez horas para determinadas trabalhadoras. A jurisprudência da Suprema Corte até então entendia que a legislação que dispunha sobre jornada diária era inconstitucional, pois violava o direito constitucional à liberdade contratual, contudo, nesse caso específico a Corte entendeu que não feria a Constituição limitar a jornada diária a fim de se assegurar a integridade física das mulheres. O voto majoritário desse caso emblemático foi guiado pelos memoriais apresentados pelo advogado Louis D. Brandeis, que ficaram conhecidos como *Brandeis Brief*.

¹²⁸ Tradução livre: The assertion of judicial review and of the Court’s role as ‘umpire to the federal system’ meant that the disputes taking the form of litigation between private citizens were in many instances to shape the constitutional contours of the federal system.

¹²⁹ Vide capítulo 2.

século XX¹³⁰, em diversas oportunidades, associações privadas começaram a ser admitidas como *amicus curiae* em processos nos quais se discutiam interesses individuais, o que caracteriza o *amicus curiae* privado (BUENO, 2012).

A doutrina e a jurisprudência estadunidense conhecem, hoje, duas formas de *amicus*, uma governamental, que possui poderes praticamente equivalentes aos das partes¹³¹, e uma privada, que possui poderes mais restritos¹³² (Ibid.). Assim, a justificativa da intervenção do *amicus curiae* no processo deixou de ser exclusivamente o interesse público, passando a ser uma questão pragmática a ser resolvida pela própria Corte diante do caso concreto (Ibid.).

Contudo, após essas mudanças e, principalmente, por conta da ampla admissão de *amicus curiae* nas cortes estadunidenses, a Suprema Corte incluiu, em seu regimento interno, a *Rule 37 (Brief for na amicus curiae)*, que regulamenta detalhadamente a atuação do *amicus curiae* perante a Corte. Segundo essa regra, um memorial de *amicus curiae* que traz a atenção da corte matéria relevante que ainda não foi mencionada pelas partes pode ser uma ajuda considerável para a corte¹³³.

Dispondo desse modo, a Suprema Corte deixa claro que o *amicus curiae* não tem propósito apenas de trazer maior quantidade de argumentos para a discussão judicial, mas, sim, trazer argumentos que ainda não foram mencionados pelas partes (PEDROLLO; MARTEL, 2005). De fato, a pretensão é que o *amicus curiae* seja um valioso instrumento para municiar a Corte de novos fatos e argumentos, e não uma forma de se abarrotar os processos com inúmeras páginas com igual conteúdo (Ibid.).

Para participar do processo, o *amicus curiae* deve obter autorização de todas as partes e da Corte, devendo apresentar memoriais e/ou realizar sustentação oral (MACIEL, 2002). No memorial apresentado pelos *amici* privados, deve haver a menção expressa se o advogado de uma das partes ou alguma outra pessoa contribuiu, ainda que parcialmente, para a confecção

¹³⁰ Na metade do século XX, o *amicus curiae* passou a ser algo tão recorrente, no cotidiano forense estadunidense, que a Suprema Corte editou a *Rule 27 (9)*. Essa regra estipulava, em síntese, que as partes poderiam concordar com a participação do *amicus curiae* ou ele poderia solicitar o ingresso no feito diretamente à Corte, e ainda, dispensava os entes governamentais dessa anuência.

¹³¹ Isso não representa dizer que os *amici* poderão conduzir o processo como se parte fossem; o processo sempre será conduzido pelas partes litigantes, cabendo ao *amicus curiae* apenas a participação nas suas etapas.

¹³² Existem fatos precedentes quanto aos poderes do *amicus curiae* privado, merecendo ser citado, a título exemplificativo, *Wyatt vs. Stickney* (1972), *EEOC vs. Boeing Co.* (1985) e *United States vs. Michigan* (1987).

¹³³ Tradução livre: 1. An *amicus curiae* brief that brings to the attention of the Court relevant matter not already brought to its attention by the parties may be of considerable help to the Court.

do documento, e, mais, deve se dizer também se houve contribuição econômica de terceiros, e em caso positivo, dizer quem são¹³⁴ (HARRIS, 2000).

Por conta do sistema federativo estadunidense, as supremas cortes estaduais e os tribunais de apelação geralmente possuem disposições próprias a respeito da participação do *amicus curiae*; contudo, há de se ressaltar que essas são as únicas instâncias em que se admite a participação do instituto (DEL PRÁ, 2007). Ainda, os limites de atuação do instituto, no ordenamento estadunidense, dependem muito do caso concreto, de modo que não existe disposição legal que indique taxativamente o que pode ou não pode fazer o *amicus* no processo (Ibid.).

A doutrina americana aponta três principais funções para o *amicus curiae*¹³⁵. A primeira delas é a função informativa, isto é, o *amicus* traz informações (fáticas ou jurídicas) que podem influenciar a decisão da Corte. Essa função é importante pois a tomada de uma decisão racional, em especial nos casos com ampla ramificação político-social, pode ser facilitada quando se está municiado de informações (BARKER, 1967).

As informações trazidas pelos *amici* também permitem que a Corte tenha uma visão política e consequencialista da situação, isto é, muitas vezes o memorial apresentado apresenta diversos possíveis impactos que a decisão da Corte pode trazer (Ibid.). A segunda função, de cunho estratégico, consiste na atuação do *amicus* apresentando variações sutis da argumentação já apresentada, dotadas, muitas vezes, de forte teor emotivo, que não poderiam ser apresentados pelas partes¹³⁶ (KRISLOV, 1963).

A terceira função se consubstancia no *lobby* junto às Cortes, realizado por meio do *amicus curiae*. Os memoriais apresentados pelos *amici*, embora dotados de argumentação jurídica, técnica e científica, muitas vezes possuem também cunho político, isto é, da mesma

¹³⁴ Essa exigência surge pelo interesse da Suprema Corte em saber quais são todos os interesses na participação do *amicus curiae*.

¹³⁵ A função democrática, que será objeto de análise em tópico específico, não tem relevância na doutrina estadunidense, ressaltando exceções para autores como Joseph Fred Benson.

¹³⁶ É importante ressaltar que esses “argumentos que não podem ser utilizados pelas partes” muitas vezes consistem em correntes doutrinárias que não foram legalmente aceitas pelas Cortes e apresentações com forte teor emotivo com apresentação de dados técnicos, estudos científicos. Um exemplo dessa atuação é mencionada por Krislov (1967) quando a *National Association for the Advancement of Colored People* - NAACP, atuando como *amicus curiae*, sugeriu ignorar o precedente de *Plessy vs. Ferguson* (1896) em *Henderson vs. United States* (1950). Ambos os casos tinham como pano de fundo a segregação racial, tratando de reserva de espaços para pessoas brancas dentro de vagões de trem.

maneira que lobistas operam junto ao legislativo, o *amicus curiae* serve como mecanismo de lobby junto ao Poder Judiciário¹³⁷ (SCHLOZMAN, 2007).

A incidência de participação de *amicus* nos Estados Unidos cresceu, ao longo dos anos, podendo-se mencionar casos como *Roe vs. Wade* (1973) e *Webster vs. Reproductive Health Services* (1989) nos quais participaram 14 e 50 *amici*, respectivamente (KEARNY; MERRIL, 2000). Deve-se ressaltar, também, que a maioria dessas intervenções se dá com objetivo precípua de defender interesses próprios ou de uma das partes, sendo diminuto o número de casos em que o *amicus* comparece de maneira neutra (BUENO, 2012).

Essa abertura procedimental permitiu que, pelo bem ou pelo mal, a sociedade participasse dos debates constitucionais que ocorrem no âmbito da Suprema Corte, fazendo também com que inúmeras informações, dados e pontos de vista, que antes não seriam levados em conta na discussão pudessem ser analisados, o que, por certo, traz não apenas maior abertura ao processo constitucional, mas pode contribuir para uma decisão melhor (BUENO, 2012). Além disso, a participação dos *amici*, ao incluir a sociedade no debate constitucional, traz maior legitimidade às decisões da Suprema Corte, o que é fundamental dado o forte cunho político¹³⁸ presente nas questões por ela decididas (DEL PRÁ, 2007).

Isso não deixa o instituto do *amicus curiae* imune a críticas¹³⁹, contudo, o que se vê atualmente é sua ampla aceitação nas Cortes, além de sua participação em praticamente todos os casos de grande repercussão, de modo que o *amicus* estadunidense, por meio da construção jurisprudencial e doutrinária, é, hoje, um modelo para diversos outros países, inclusive para o Brasil.

¹³⁷ O *counterative lobbying* foi estudado por Collins e Solowiej (2008), e para os autores, a esfera judicial muitas vezes é um campo de batalha entre políticas públicas, que, invariavelmente, sofrem com interesse de diversas organizações.

¹³⁸ Luís Roberto Barroso traça comentário importante sobre a relação do direito com a política: “Direito é, certamente, diferente da política. Mas não é possível ignorar que a linha divisória entre ambos, que existe inquestionavelmente, nem sempre é nítida, e certamente não é fixa. Do ponto de vista da teoria jurídica, tem escassa adesão, nos dias que correm, a crença de que as normas jurídicas tragam sempre em si um sentido único, objetivo, válido para todas as situações sobre as quais incidem. E que, assim, caberia ao intérprete uma atividade de mera revelação do conteúdo preexistente na norma, sem desempenhar qualquer papel criativo na sua concretização. Há praticamente consenso, na doutrina contemporânea, de que a interpretação e aplicação do Direito envolvem elementos cognitivos e volitivos. Do ponto de vista funcional, é bem de ver que esse papel de intérprete final e definitivo, em caso de controvérsia, é desempenhado por juízes e tribunais. De modo que o Poder Judiciário e, notadamente, o Supremo Tribunal Federal, desfruta de uma posição de primazia na determinação do sentido e do alcance da Constituição e das leis, pois cabe-lhe dar a palavra final, que vinculará os demais Poderes. Essa supremacia judicial quanto à determinação do que é o Direito envolve, por evidente, o exercício de um poder político, com todas as suas implicações para a legitimidade democrática” (BARROSO, 2010, p. 19).

¹³⁹ Kurland e Hutchinson (1984) ironizam a participação do *amicus curiae* dizendo que os *briefs* que apresentam têm como único sentido positivo o complemento salarial dos professores universitários que os escrevem.

3.5 O SURGIMENTO E CONSOLIDAÇÃO DO *AMICUS CURIAE* NO BRASIL

Existe controvérsia quanto à data de surgimento do *amicus curiae* no ordenamento brasileiro, isso porque antes de sua positivação por meio da Lei 9.868/99 (BRASIL, 1999) já existiam, no Brasil, a Lei 6.385/76 (BRASIL, 1976), que prevê a participação da Comissão de Valores Mobiliários (CVM) nos processos judiciais que tenham objeto matéria incluída na competência da CVM¹⁴⁰; a Lei 8.884/94 (BRASIL, 1994), que prevê a participação do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) nos processos judiciais que discutam a aplicação da referida lei¹⁴¹ e a Lei 9.278/96 (BRASIL, 1996), que prevê a intervenção do Instituto Nacional de Propriedade Industrial (INPI) nas ações de nulidade de patente, de registro de desenho industrial ou de marca¹⁴².

Embora a discussão acerca da natureza jurídica de cada uma dessas previsões seja valiosa, o verdadeiro protagonismo do instituto foi construído por meio do controle de constitucionalidade no âmbito do Supremo Tribunal Federal (DEL PRÁ, 2007). Vale esclarecer que essa construção se deu após a promulgação da Constituição de 1988, visto que antes dela, a Constituição de 1969 (BRASIL, 1969) limitava a participação da sociedade no processo de hermenêutica constitucional¹⁴³.

As inovações trazidas pela CF/88¹⁴⁴ permitiram a abertura da interpretação da Constituição, permitindo também que a sociedade civil se tornasse parte ativa do processo de controle de constitucionalidade via de ação, antes restrito ao Procurador-Geral da República e aos Ministros do STF.

Devido a essa abertura e à conseqüente pluralização do debate constitucional, o que se vê é que mesmo antes da positivação expressa do *amicus curiae* na legislação brasileira, o STF já se mostrava favorável a sua participação no processo de controle de constitucionalidade via de ação (BINENBOJM, 2008).

¹⁴⁰ Art. 31 Nos processos judiciais que tenham por objeto matéria incluída na competência da Comissão de Valores Mobiliárias, será esta sempre intimada para, querendo, oferecer parecer ou prestar esclarecimentos, no prazo de 15 (quinze) dias a contar da intimação (BRASIL, 1976).

¹⁴¹ Art. 89 Nos processos judiciais em que se discuta a aplicação desta lei, o CADE deverá ser intimado para, querendo, intervir no feito na qualidade de assistente (BRASIL, 1994).

¹⁴² Art. 57 A ação de nulidade de patente será ajuizada no foro da Justiça Federal e o INPI, quando não for autor, intervirá no feito; Art. 117 Aplicam-se à ação de nulidade de registro de desenho industrial, no que couber, as disposições dos arts. 56 e 57; Art. 175 A ação de nulidade do registro será ajuizada no foro da Justiça Federal e o INPI, quando não for autor, intervirá no feito (BRASIL, 1996).

¹⁴³ Na Constituição de 1969, mais especificamente no artigo 119, “I” reside o monopólio do Procurador-Geral da República para o manejo de ADI, limitando o debate constitucional aos Ministros do STF e ao chefe do Ministério Público (BRASIL, 1969).

¹⁴⁴ Ver tópicos 2.3, 2.4, 2.5 e 2.5.1.

Essa “tendência” pode ser ilustrada pelo julgamento do Agravo Regimental na ADI nº 748 (BRASIL, 1992), de relatoria do Ministro Celso de Mello, oportunidade em que foi admitida a juntada de memorial escrito pela Assembleia Legislativa do Rio Grande do Sul na qualidade de *amicus curiae*:

Não se pode desconhecer, neste ponto – e nem há possibilidade de confusão conceitual com este instituto -, que o órgão da Assembleia gaúcha claramente atuou, na espécie, como verdadeiro *amicus curiae*, vale dizer, produziu informalmente, sem ingresso regular na relação processual instaurada, e sem assumir a condição jurídica de sujeito do processo de controle normativo abstrato, peças documentais que, desvestidas de qualquer conteúdo jurídico, veiculam simples informações ou meros subsídios destinados a esclarecer as repercussões que, no plano social, no domínio pedagógico e na esfera do convívio familiar, tem representado, no Estado do Rio Grande do Sul, a experiência de implantação do Calendário Rotativo Escolar (BRASIL, 1992).

Mesmo sendo menção recorrente na jurisprudência do STF, até 1999 o *amicus curiae* não detinha previsão legal expressa, situação que embora não impedisse sua admissão no processo de controle de constitucionalidade¹⁴⁵, mostrava-se incompatível, não apenas com o expressivo aumento nos processos de controle com memoriais de *amicus curiae*, mas, também, pela nova ordem constitucional inaugurada em 88 (DEL PRÁ, 2007).

Desse modo, consoante mencionado anteriormente, foi editada a lei 9.868/99¹⁴⁶ (BRASIL, 1999), que previu a possibilidade de participação do *amicus curiae* no controle de constitucionalidade¹⁴⁷. É importante observar que a referida norma veda expressamente a intervenção de terceiros nas ADIs e ADCs¹⁴⁸, o que se mostra razoável, visto que nesse tipo de procedimento não há direito subjetivo ou pretensão concreta deduzida pelo autor e resistida

¹⁴⁵ Scarpinella Bueno (2007) ressalta que a admissão do *amicus curiae*, no processo constitucional brasileiro, prescinde de regulamentação expressa, visto que a função judiciária não se restringe aos fatos envolvendo um caso específico, mas sim deve levar em conta os valores encrustados na sociedade e no Estado. Além disso, os poderes instrutórios do juiz e sua ampla iniciativa probatória servem também como permissivo para a admissão do instituto no ordenamento brasileiro. Aqui se faz necessária apenas a observação que a obra supracitada foi escrita antes da edição do Código de Processo Civil de 2015, momento em que o *amicus curiae* passou a ter previsão expressa e ampliada.

¹⁴⁶ Vale menção, também, da Lei 9.882/99 (BRASIL, 1999b), que regulamenta a ADPF. Comparada com a Lei 9.868/99 (BRASIL, 1999), a lei da ADPF tem previsões diversas quanto ao *amicus curiae*, contudo, o entendimento doutrinário e jurisprudencial é de que a participação do *amicus curiae* é semelhante em ambos os procedimentos (DEL PRÁ, 2007). No decorrer deste capítulo serão feitas menções apenas à Lei 9.882/99 (BRASIL, 1999) pelo fato de esta ser considerada o marco do nascimento positivo do *amicus curiae* no controle de constitucionalidade brasileiro, vez que precede em alguns dias a Lei 9.882/99 (BRASIL, 1999b), contudo, a legitimação democrática e a função informativa do *amicus curiae*, que serão tratados nos itens 3.6 e 3.7 respectivamente tem aplicação também para o *amicus* previsto na Lei da ADPF.

¹⁴⁷ Embora não conste expressamente o termo *amicus curiae*, na jurisprudência e na doutrina, e até mesmo na exposição de motivos da referida lei consta que se trata do instituto.

¹⁴⁸ Art. 7 Não se admitirá intervenção de terceiros no processo de ação direta de inconstitucionalidade e Art. 18 Não se admitirá intervenção de terceiros no processo de ação declaratória de constitucionalidade (BRASIL, 1999).

pelos réus, portanto, não poderia haver, segundo entendimento dominante, um interesse jurídico a ensejar a intervenção do terceiro na relação processual (BINENBOJM, 2008).

O que se nota, com a edição da Lei 9.868/99 (BRASIL, 1999), é que, ao mesmo tempo em que o legislador brasileiro buscou assegurar a celeridade e a essência do controle concentrado de constitucionalidade, ele também pretendeu sua abertura às diversas vozes da sociedade civil a fim de captar informações, dados técnicos, estatísticos e também as possíveis consequências práticas de suas decisões (BINENBOJM, 2008). A intenção de abertura do processo de controle é reforçada pelo fato de o anteprojeto de lei que originou a Lei 9.868/99 (BRASIL, 1999) ser de autoria do Ministro Gilmar Ferreira Mendes, que contribuiu imensamente para introduzir as ideias de Peter Häberle¹⁴⁹ no processo constitucional brasileiro.

É de se notar, também, que a Lei 9.868/99 (BRASIL, 1999) não prevê a necessidade de participação imparcial do *amicus curiae*, isto é, o postulante requer sua admissão no processo para apresentar sua própria visão acerca da questão discutida, sendo assim verdadeiro partícipe ativo da sociedade aberta de intérpretes da Constituição (HÄBERLE, 2002). A grande contribuição dessa inovação é a incrementação da democraticidade da jurisdição constitucional¹⁵⁰, pois a participação do *amicus curiae* permite que o STF tenha conhecimento das razões de diversos destinatários diretos de suas decisões que, todavia, não possuem legitimidade para deflagrar o processo¹⁵¹ (DEL PRÁ, 2007).

Os requisitos elencados pela Lei 9.868/99 (BRASIL, 1999) para a admissão do *amicus curiae* são a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes¹⁵². Desse modo, deverá, em cada caso específico, o relator do processo, analisar se o postulante tem a representatividade adequada da classe que pretende representar junto a Corte suprema e se a matéria tem relevância suficiente a admitir a participação do amigo da corte (Ibid.).

¹⁴⁹ As valiosas lições de Peter Häberle serão abordadas em momento posterior.

¹⁵⁰ A legitimação democrática trazida pelo *amicus curiae* será estudada a fundo no item 3.6 do capítulo 3.

¹⁵¹ Nesse ponto, é de se ressaltar a consonância entre a figura do *amicus curiae* e a ideia de democracia cooperativa e Estado Constitucional expostos anteriormente no trabalho, isto é, ao viabilizar o ingresso da sociedade civil no debate constitucional o instituto permite que vozes de minorias sejam ouvidas (para o bem ou para o mal), seguindo assim a ideia de Dworkin anteriormente exposta, consistente na noção de que o cidadão tem direito de participar das decisões públicas que envolvem sua comunidade.

¹⁵² Art. 7º Não se admitirá intervenção de terceiros no processo de ação direta de inconstitucionalidade § 2º O relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, poderá, por despacho irrecorrível, admitir, observado o prazo fixado no parágrafo anterior, a manifestação de outros órgãos ou entidades (BRASIL, 1999).

Em 2004, o Supremo Tribunal Federal modificou seu regimento interno por meio da Emenda Regimental nº 15 (BRASIL, 2004), a fim de inserir o parágrafo terceiro¹⁵³ no artigo 131, autorizando a realização de sustentação oral pelos *amici curiae*. Portanto, no Brasil, o *amicus curiae* participa do processo por meio de distribuição de memoriais e realização de sustentação oral (DEL PRÁ, 2007).

No ano de 2015, com a publicação do novo código de processo civil (BRASIL, 2015) o *amicus curiae* ganhou destaque no ordenamento brasileiro. É importante notar que o legislador, seguindo a indicação da comissão de juristas responsável pelo anteprojeto, mostrou a tendência do ordenamento jurídico brasileiro de abraçar o *amicus curiae*.

O instituto está localizado no Capítulo V do Título III do novo código de processo civil (BRASIL, 2015), mais especificamente no artigo 138¹⁵⁴. Os requisitos para sua atuação são a relevância da matéria, a especificidade do tema ou a repercussão geral da matéria debatida; sendo assim, fica evidente que o *amicus curiae* atua em questões relevantes para toda a sociedade, contribuindo não só para a pluralização do debate, mas também para o enriquecimento técnico da discussão.

A intervenção do *amicus curiae* pode se dar de maneira voluntária ou provocada, isto é, o juiz pode convocar determinadas pessoas ou entidades para intervir no processo ou pode admitir a participação mediante requerimento (DEL PRÁ, 2007). Pouco importa para a admissão do *amicus curiae* que este seja pessoa natural ou jurídica; de fato, o que merece atenção é a sua representatividade (Ibid.).

Essa inovação segue o caminho do neoprocessualismo, que defende, em síntese, a submissão do processo civil às diretrizes estabelecidas na Constituição (CAMBI, 2007). Nesse aspecto é importante ressaltar que a CF/88, em seu artigo primeiro, dispõe expressamente que o Brasil é um Estado democrático de direito, isto é, ela reconhece a existência de um Estado Constitucional¹⁵⁵.

¹⁵³ Art. 131 § 3º Admitida a intervenção de terceiros no processo de controle concentrado de constitucionalidade, fica-lhes facultado produzir sustentação oral, aplicando-se, quando for o caso, a regra do § 2º do art. 132 deste Regimento (BRASIL, 2004).

¹⁵⁴ Art. 138. O juiz ou o relator, considerando a relevância da matéria, a especificidade do tema objeto da demanda ou a repercussão social da controvérsia, poderá, por decisão irrecorrível, de ofício ou a requerimento das partes ou de quem pretenda manifestar-se, solicitar ou admitir a participação de pessoa natural ou jurídica, órgão ou entidade especializada, com representatividade adequada, no prazo de 15 (quinze) dias de sua intimação. § 1º A intervenção de que trata o caput não implica alteração de competência nem autoriza a interposição de recursos, ressalvadas a oposição de embargos de declaração e a hipótese do § 3º; § 2º Caberá ao juiz ou ao relator, na decisão que solicitar ou admitir a intervenção, definir os poderes do *amicus curiae*; § 3º O *amicus curiae* pode recorrer da decisão que julgar o incidente de resolução de demandas repetitivas. (BRASIL, 2015).

¹⁵⁵ O conceito de Estado Constitucional, suas principais características e implicações foi analisado no Capítulo 2.

Como se viu anteriormente, em um Estado Constitucional exige-se o respeito às garantias e direitos fundamentais, e essa exigência implica diretamente a obediência de toda a legislação infraconstitucional ao disposto na Constituição, e isso é inclusive replicado no Código de Processo Civil (BRASIL, 2015)¹⁵⁶. Segundo Bueno (2012, p. 75) isso implica em

[...] constatar, na Constituição, qual é (ou, mais propriamente, qual deve-ser) o modo de ser (de dever-ser) do processo civil. E extrair, da Constituição Federal, o modelo constitucional do processo e, a partir dele, verificar em que medida as disposições legais anteriores à sua entrada em vigência foram por ela recepcionadas e em que medida as disposições normativas baixadas desde então estão em plena consonância com aqueles valores ou, escrito de forma mais precisa, bem realizam os desideratos que a Constituição quer sejam realizados pelo processo ou que concretizem o modelo constitucional do processo.

O modelo constitucional de processo aqui falado inclui, também, a questão da necessidade de participação da sociedade em decisões que a afetam; em outras palavras, “quando um provimento estatal afeta com maior intensidade um indivíduo ou um grupo de indivíduos, é mister que se lhes confira instrumentos para que possam influenciar na tomada de decisão” (BODART, 2012, p. 335)¹⁵⁷. Nesse sentido, embora o *amicus curiae* já estivesse positivado no ordenamento brasileiro há mais de uma década, ao incluir o instituto, expressamente, como uma forma de intervenção de terceiros, o Brasil deu um passo importante na democratização de sua jurisdição, em especial por conta da valorização dos precedentes operada pelo novo código de processo civil¹⁵⁸.

¹⁵⁶ Art. 1º O processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código (BRASIL, 2015).

¹⁵⁷ Novamente, como se vê, remete-se aqui a ideia de democracia cooperativa de Ronald Dworkin.

¹⁵⁸ Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente. § 1º Na forma estabelecida e segundo os pressupostos fixados no regimento interno, os tribunais editarão enunciados de súmula correspondentes a sua jurisprudência dominante; § 2º Ao editar enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação.

Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão: I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade; II - os enunciados de súmula vinculante; III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos; IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional; V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados. § 1º Os juízes e os tribunais observarão o disposto no art. 10 e no art. 489, § 1º, quando decidirem com fundamento neste artigo. § 2º A alteração de tese jurídica adotada em enunciado de súmula ou em julgamento de casos repetitivos poderá ser precedida de audiências públicas e da participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a rediscussão da tese. § 3º Na hipótese de alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica. § 4º A modificação de enunciado de súmula, de jurisprudência pacificada ou de tese adotada em julgamento de casos repetitivos observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia. § 5º Os tribunais darão publicidade a seus precedentes, organizando-os por questão jurídica decidida e divulgando-os, preferencialmente, na rede mundial de computadores (BRASIL, 2015).

Um outro aspecto que deve ser observado é o dever de cooperação¹⁵⁹, presente no Código de Processo Civil brasileiro:

A cooperação no sentido de diálogo, no sentido de troca de informações, de municiar o magistrado com todas as informações possíveis e necessárias para melhor decidir, é a própria face do *amicus curiae*, desde as suas origens mais remotas. Assim, em função dessa cooperação, desenvolvimento e atualização do princípio do contraditório, realiza-se, também, a necessidade de as informações úteis para o julgamento da causa serem devidamente levadas ao conhecimento do magistrado, viabilizando, com isso, que ele melhor absorva e, portanto, realize em concreto os valores dispersos pelo próprio Estado e pela sociedade (BUENO, 2012, p. 87).

O *amicus curiae* representa, assim, uma forma de aplicação prática dos preceitos não apenas do Estado democrático de direito, mas da própria democracia, visto que permite a participação da sociedade no debate constitucional e fortalece a ideia de cooperação entre seus membros. Contudo, por conta dessa abertura do debate constitucional, muitas vezes os postulantes se utilizam do instituto de maneira temerária, apresentando memoriais com argumentos repetitivos ou vazios, que nada acrescentam à discussão (MEDINA, 2010).

Uma vez construída essa abordagem histórica do *amicus curiae* no ordenamento brasileiro, cabe, agora, analisá-lo como elemento útil à formação da decisão do tribunal e, também, sua face democratizante do processo de controle de constitucionalidade das leis.

3.6 A LEGITIMAÇÃO DEMOCRÁTICA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E O *AMICUS CURIAE*

O processo objetivo de controle de constitucionalidade, conforme se viu anteriormente, tem como função averiguar se determinada lei em tese está em conformidade com a Constituição, isto é, sem considerar uma situação concreta de aplicação da norma (CAPPELLETTI, 1999). Por conta disso, é corrente a concepção do processo objetivo como de natureza normativa.

Partindo dessa concepção, não existe espaço para a introdução de fatos no âmbito do debate constitucional abstrato. Por outro lado, as decisões em sede de controle de constitucionalidade via de ação tomadas pelo Supremo Tribunal Federal, que é formado por juízes não eleitos pelo povo, possuem grande carga política e vinculam toda a sociedade (DEL PRÁ, 2007).

¹⁵⁹ Art. 6º Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva (BRASIL, 2015).

Esse conjunto de fatos dá ensejo que críticas sejam feitas ao controle de constitucionalidade, como se este fosse um atentado à democracia¹⁶⁰. Embora diversos argumentos contraponham essas críticas¹⁶¹, é inegável que, de fato, o STF, como Corte constitucional que é, exerça em diversas oportunidades função contra representativa e, muitas vezes, contramajoritária (BARROSO, 2016).

Nesse aspecto, levando em consideração a existência de um Estado democrático de direito no Brasil, o instituto do *amicus curiae* exerce importante função de legitimação da jurisdição constitucional, em especial no exercício do controle judicial de constitucionalidade (DEL PRÁ, 2007). A própria tendência do STF de admitir a participação de *amici curiae*, antes mesmo da edição da Lei 9.868/99 (BRASIL, 1999), mostra que a Corte suprema já tinha consciência de seu papel de legislador negativo, uma vez que é intérprete máximo da Constituição:

A relevância e a frequência do exercício da jurisdição constitucional concentrada pelo Supremo Tribunal Federal, espraiando-se pela vida política, econômica e social do País, fazem crescer a necessidade de ampliar, ao máximo possível, a democratização de seu exercício. Torna-se essencial que o povo tenha acesso cada vez maior, mais definido e transparente, claro que por caminhos adequados, a este modelo de controle jurisdicional (FERRAZ, 2008, p. 54).

Essa ideia se faz presente, também, na noção de sociedade aberta dos intérpretes da Constituição construída por Peter Häberle (2002). O ponto central desse conceito é que “no processo de interpretação constitucional estão potencialmente vinculados todos os órgãos estatais, as potências públicas, os cidadãos e os grupos. Não existe nenhum *numerus clausus* dos intérpretes da Constituição”¹⁶² (HÄBERLE, 2002, p. 57).

Dessa maneira, aqueles que vivem dentro do contexto regulado por uma norma são direta ou indiretamente seus intérpretes, isto é, aquele a quem se destina a norma é participante ativo do processo de hermenêutica constitucional (HÄBERLE, 2002). Por esse motivo, deve a jurisdição constitucional - e isso inclui, por conseguinte, o controle de

¹⁶⁰ Essa crítica é chamada dificuldade contramajoritária, e foi tratada no Capítulo 2.

¹⁶¹ Os principais argumentos que rebatem o argumento da dificuldade contramajoritária estão expostos no item 2.6 do Capítulo 2.

¹⁶² Häberle (2002, p. 30-31) sustenta que “a estrita correspondência entre vinculação (à Constituição) e legitimação para a interpretação perde, todavia, o seu poder de expressão quando se consideram os novos conhecimentos da teoria da interpretação: interpretação é um processo aberto. Não é, pois, um processo de passiva submissão, nem se confunde com a recepção de uma ordem. A interpretação conhece possibilidades e alternativas diversas. A vinculação se converte em liberdade na medida em que se reconhece que a nova orientação hermenêutica consegue contrariar a ideologia da subsunção. A ampliação do círculo de intérpretes aqui sustentada é apenas a consequência da necessidade, por todos defendida, de integração da realidade no processo de interpretação. É que os intérpretes em sentido amplo compõe essa realidade pluralista. Se se reconhece que a norma não é uma decisão prévia, simples e acabada, há de se indagar sobre os participantes no seu desenvolvimento funcional, sobre as forças ativas da *law in public action* (personalização, pluralização da interpretação constitucional)”.

constitucionalidade - alargar o seu círculo interpretativo, sob pena de não se realizar efetivamente (LEAL, 2007).

Todos os intérpretes constitucionais, assim compreendidos o conjunto de destinatário e autores das normas, devem contar com mecanismos como o *amicus curiae* para que possam participar ativamente do processo de hermenêutica constitucional, o qual deve ser público e plural¹⁶³:

Embora à Corte Constitucional se cometa a palavra final sobre a interpretação da Constituição, suas decisões devem ser amplamente fundamentadas e expostas ao debate público, pois a crítica advinda da esfera pública (jurista, operadores do direito, políticos, jornalistas, profissionais liberais em geral) possui um potencial racionalizador e legitimador (BINENBOJM, 2002, p. 150)

Em uma perspectiva democrática substancialista¹⁶⁴, Häberle (2002) defende não apenas a existência de instrumentos de proteção das minorias, mas, também, a realização de abertura interpretativa que possibilite, a essas minorias, expor suas visões sobre a interpretação constitucional. Nesse aspecto, Cappelletti (1999, p. 99) reforça que os tribunais constitucionais têm a importante função de dar representação¹⁶⁵ ao próprio sistema, pelo fato de que “eles, efetivamente, podem permitir o acesso ao *judicial process* e, assim, dar proteção a grupos que, pelo contrário, não estariam em condições de obter acesso ao *political process*”.

Ao admitir, então, a presença do *amicus curiae* na jurisdição constitucional, reitera-se a impessoalidade da questão constitucional e também se ressalta que o resultado do debate constitucional interessa de maneira objetiva a todos os indivíduos e grupos sociais, até porque o processo de hermenêutica constitucional, como se disse, envolve a reedição das constituições (COELHO, 1998).

Assim, afasta-se a ideia hermética do processo objeto de controle concentrado de constitucionalidade, possibilitando que a sociedade contribua para a construção do regramento a ser extraído da Constituição, rompendo-se, assim, a noção estática de Constituição, que passa a ter uma perspectiva aberta e plural, influenciada pelas interações existentes entre suas

¹⁶³ Nas palavras de Leal (2007, p. 31) “o âmbito constitucional constitui-se, por conseguinte, em um importante espaço de atuação dos cidadãos, compreendidos não enquanto meros sujeitos passivos ou meros espectadores da ordem jurídico-constitucional, e sim pressupondo a realização desta tarefa do exercício de um direito de participação ativa no processo – permanente – de construção dos significados da Constituição para a vida comum. Mais do que funcionar como intérprete (não em um sentido estrito, técnico, mas sim em um sentido lato), cada indivíduo, cada cidadão, deve vivenciar a Constituição, contribuindo para a sua constante evolução – do que resulta, também, por sua vez, um progressivo processo de pluralização dos conteúdos da Constituição, aspecto essencial ao constitucionalismo na ordem democrática”.

¹⁶⁴ As considerações sobre a democracia substancialista, que, em suma, entende a democracia não apenas como direito da maioria mas também como garantia dos direitos fundamentais do indivíduo, estão presentes no capítulo 1.

¹⁶⁵ A função representativa é uma das funções político-institucionais das Cortes constitucionais e foi abordada no capítulo 2.

disposições e a realidade cultural que a circunda (HÄBERLE, 2002). A consequência disso é que diversos aspectos (fáticos, técnicos e etc.) passam a ter influência nas decisões a serem tomados pela Suprema Corte:

A constatação de que, no processo de controle concentrado, se faz, necessária e inevitavelmente, a verificação de fatos e prognoses legislativos sugere a necessidade de adoção de um modelo procedimental que outorgue ao Tribunal se valer de todos os elementos técnicos disponíveis para a apreciação da legitimidade do ato questionado, mas também um amplo direito de participação por parte de terceiros (des) interessados (MENDES, 2008, p. 10).

Um outro aspecto relevante dessa abertura da jurisdição constitucional é o incremento da dialogicidade, que traz benefícios diretos ao acesso à justiça e consagra o direito à tutela jurisdicional. Nesse sentido, o *amicus curiae* acaba se tornando uma forma de se institucionalizar, ainda que minimamente, o contraditório nos processos objetivos de controle de constitucionalidade, sob uma eminente perspectiva do modelo constitucional de processo, isto é, no sentido de “cooperação”, “coordenação”, “colaboração” (BUENO, 2011).

Nas palavras de Santana (2012, p. 523):

O fortalecimento do contraditório figura ainda como sustentáculo legitimador do *amicus curiae* no sistema processual brasileiro, como modo de afirmação da cidadania. Ele permite a introdução de dados e argumentos, fazendo com que a corte medite sobre a realidade subjacente à causa e os efeitos da decisão. Auxilia, ainda, na missão de encontrar a “interpretação constitucional mais adequada para as normas discutidas. Atualmente, encontra-se consagrada no plano científico, a exigência de uma interpretação valorativa, a partir da análise globalizada do sistema (jamais de normas isoladas)”, atenuando o risco de preconceitos na aplicação do direito, favorecendo a formação de juízos mais abertos e ponderados.

De fato, a participação ativa da sociedade no processo de hermenêutica constitucional contribui para a legitimação democrática das decisões tomadas pelo STF, conforme corroborado por Coelho (1998, p. 127-128):

Se a jurisdição constitucional, de forma natural e continuada, conseguir preservar a sintonia entre o programa normativo e o âmbito normativo, vale dizer, entre a interpretação constitucional e a realidade constitucional – tarefa que será tanto mais facilitada, quanto maior for a sua capacidade para auscultar e compreender os anseios sociais-, as cortes que exercem essa jurisdição política estarão legitimando os resultados da sua atividade hermenêutica e, provavelmente, até mesmo preservando a sua própria existência no marco do Estado Democrático de Direito.

A Lei 9.868/99 (BRASIL, 1999), ao introduzir a possibilidade de intervenção do *amicus curiae* nas ADI e ADC, teve como sentido teleológico democratizar a jurisdição constitucional, admitindo, por conseguinte, novos valores, aspectos culturais e perspectivas de diversas áreas da sociedade civil¹⁶⁶ (DEL PRÁ, 2007). O propósito da instituição do *amicus*

¹⁶⁶ Em igual sentido, Canotilho (2003) entende que a interferência dos cidadãos no processo de debate constitucional permite o consenso e viabiliza a paz social, sendo portanto um fator de legitimação do Estado Democrático.

curiae é a pluralização do debate constitucional, possibilitando que o Tribunal tenha conhecimento, na medida que seja relevante, de elementos informativos e razões constitucionais dos destinatários das decisões a serem ele proferida (BINENBOJM, 2004).

O próprio Supremo Tribunal Federal, em diversas oportunidades,¹⁶⁷ já ressaltou a função democrática do *amicus curiae*:

A admissão de terceiro, na condição de ‘amicus curiae’, no processo objetivo de controle normativo abstrato, qualifica-se como fator de legitimação social das decisões da Suprema Corte, enquanto Tribunal Constitucional, pois viabiliza, em obséquio ao postulado democrático, a abertura do processo de fiscalização concentrada de constitucionalidade, em ordem a permitir que nele se realize, sempre sob uma perspectiva eminentemente pluralística, a possibilidade de participação formal de entidades e de instituições que efetivamente representem os interesses gerais da coletividade ou que expressem os valores essenciais e relevantes de grupos, classes ou estratos sociais. Em suma: a regra inscrita no art. 7º, § 2º, da Lei nº 9.868/99 – que contém a base normativa legitimadora da intervenção processual do *amicus curiae* – tem por precípua finalidade pluralizar o debate constitucional¹⁶⁸ (BRASIL, 2005).

Deve-se mencionar, ainda, a problemática da falta de legitimação das entidades postulantes para atuar na condição de *amicus curiae* na jurisdição constitucional. Toda a premissa da legitimidade democrática do *amicus curiae* se consubstancia na representatividade das associações, órgãos de representação de classe e demais entes que atuam na condição de *amici*.

¹⁶⁷ Muitas são as decisões do Supremo Tribunal Federal que discorrem sobre o caráter democrático do *amicus curiae*, contudo, optou-se pela decisão da lavra do Ministro Celso, tendo-se em conta a profunda incursão doutrinária e jurisprudencial realizada no decorrer do voto.

¹⁶⁸ No mesmo voto, o Ministro Celso de Mello discorre sobre a necessidade de participação do *amicus curiae*: “Impõe-se destacar, por necessário, a ideia nuclear que anima os propósitos teleológicos que motivam a intervenção do “amicus curiae” no processo de fiscalização normativa abstrata. Não se pode perder de perspectiva que a intervenção processual do “amicus curiae” tem por objetivo essencial pluralizar o debate constitucional, permitindo que o Supremo Tribunal Federal venha a dispor de todos os elementos informativos possíveis e necessários à resolução da controvérsia, visando-se, ainda, com tal abertura procedimental, superar a grave questão pertinente à legitimidade democrática das decisões emanadas desta Corte, quando no desempenho de seu extraordinário poder de efetuar, em abstrato, o controle concentrado de constitucionalidade, tal como destacam, em pronunciamento sobre o tema, eminentes doutrinadores (GUSTAVO BINENBOJM, “A Nova Jurisdição Constitucional Brasileira”, 2. ed., 2004, 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; DAMARES MEDINA, “Amicus Curiae: Amigo da Corte ou Amigo da Parte?”, 2010, Saraiva, v.g.). Valioso, a propósito dessa particular questão, o magistério expandido pelo eminente Ministro GILMAR MENDES (“Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade”, p. 503/504, 2ª ed., 1999, Celso Bastos Editor), em passagem na qual põe em destaque o entendimento de PETER HÄBERLE, para quem 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, no âmbito do controle normativo abstrato, um indesejável “déficit” de legitimidade das decisões que o Supremo Tribunal Federal venha a pronunciar no exercício, “in abstracto”, dos poderes inerentes à jurisdição constitucional” (BRASIL, 2005).

De outro lado, como se viu no capítulo 1, a legitimação democrática, com base na doutrina da soberania nacional, advém do povo como uma nação, e não de determinadas áreas da sociedade. Nesse sentido, o que faz unir os grupos e associações sociais são determinadas características, interesses econômicos, sociais ou aspirações espirituais e culturais, de modo que os entes associativos tendem a representar apenas parcela da população, e não a nação (BOCKENFORDE, 2000).

Contudo, não se deve pensar que a legitimidade democrática do *amicus curiae* é proveniente de toda a sociedade participando da jurisdição constitucional. Primeiramente, porque o *amicus curiae* não serve como instrumento de controle popular das decisões das Cortes constitucionais¹⁶⁹; depois, porque em determinadas controvérsias constitucionais, grande parte da população não possui qualquer tipo de interesse.

Feitas essas considerações, o que se conclui é que o *amicus curiae* é um valioso meio de democratização da jurisdição constitucional, com plena capacidade de abertura e pluralização do debate de modo a contribuir para uma visão cooperativa e substancialista de democracia. O instituto tem plena consonância com a visão constitucional do processo e com o Estado democrático de direito, vez que ao admitir a participação da sociedade na jurisdição constitucional oportuniza que diversas classes exponham seus argumentos e perspectivas ao juízo constitucional, servindo, dessa forma, como meio de defesa, ainda que indireta, de seus direitos constitucionais.

Não obstante, o *amicus curiae* não pode ser visto como meio de subversão das decisões tomadas pelo Supremo Tribunal Federal, pois o instituto, conforme introduzido anteriormente, é fundamental para o aprimoramento das decisões e não uma condição *sine qua non* para sua legitimidade (DEL PRÁ, 2007). Outro aspecto relevante do *amicus curiae* como forma de aprimoração da jurisdição constitucional é o seu aspecto informativo, ou seja, a possibilidade de a Corte constitucional ter mais subsídios para decidir as controvérsias que lhe são postas.

3.7 A FUNÇÃO INFORMATIVA: O *AMICUS CURIAE* COMO ELEMENTO ÚTIL DE FORMAÇÃO DA DECISÃO JUDICIAL

A participação do *amicus curiae*, como se viu anteriormente, contribui para a abertura do círculo interpretativo da Constituição e, por conseguinte, para a pluralização do debate

¹⁶⁹ Prova disso é o aspecto da voluntariedade do *amicus curiae*, isto é, sua participação no processo exige, em regra, o requerimento direcionado ao Relator do processo.

constitucional (DEL PRÁ, 2007). Esse movimento leva a hermenêutica constitucional a considerar também a realidade para atribuir sentido à carta política, o que envolve municiar as Cortes com informações de diversas naturezas sobre a controvérsia (HÄBERLE, 2002).

Assim, em determinada proporção, é a “concretização do controle concentrado”, a ponto de se dizer que é incorreto pensar que o controle de constitucionalidade via de ação não necessita de dilação probatória (MARTINS; MENDES, 2005). Na hermenêutica constitucional não há como evitar a comunicação entre norma e fato, e, conseqüentemente, a aferição dos fatos e prognoses legislativas (MARTINS; MENDES, 2005).

De fato, em uma sociedade pluralista, não há como definir o âmbito de proteção dos direitos fundamentais de maneira satisfatória, sem que se tenha acesso às informações detidas pelos titulares desses direitos e os envolvidos na controvérsia constitucional (HÄBERLE, 2002). Segundo esse autor,

Os instrumentos de informação dos juízes constitucionais – não apesar, mas em razão da própria vinculação à lei – devem ser ampliados e aperfeiçoados, especialmente no que se refere às formas gradativas de participação e à própria possibilidade de participação no processo constitucional (especialmente nas audiências e nas “intervenções”). Devem ser desenvolvidas novas formas de participação das potências públicas pluralistas enquanto intérpretes em sentido amplo da Constituição. O direito processual constitucional torna-se parte do direito de participação democrática (HÄBERLE, 2002, p. 47-48)

A função informativa do *amicus curiae* é, por vezes, enaltecida pelo Supremo Tribunal Federal:

Evidente, assim, que essa fórmula procedimental constitui um excelente instrumento de informação para a Corte Suprema. Não há dúvida, portanto, de que a participação de diferentes grupos em processos judiciais de grande significado para toda a sociedade cumpre uma função de integração extremamente relevante no Estado de Direito. A respeito, Peter Häberle defende a necessidade de que os instrumentos de informação dos juízes constitucionais sejam ampliados, especialmente no que se refere às audiências públicas e às “*intervenções de eventuais interessados*”, assegurando-se novas formas de participação das potências públicas pluralistas enquanto intérpretes em sentido amplo da Constituição (cf. Häberle, Peter. *Hermenêutica Constitucional. A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: contribuição para a Interpretação Pluralista e “Procedimental” da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre, 1997, p. 47-48). Ao ter acesso a essa pluralidade de visões em permanente diálogo, o Supremo Tribunal Federal passa a contar com os benefícios decorrentes dos subsídios técnicos, implicações político-jurídicas e elementos de repercussão econômica que possam vir a ser apresentados pelos “amigos da Corte”. Essa inovação institucional, além de contribuir para a qualidade da prestação jurisdicional, garante novas possibilidades de legitimação dos julgamentos do Tribunal no âmbito de sua tarefa precípua de guarda da Constituição (BRASIL, 2001).

Nesse esteio, o Tribunal passa a se debruçar, também, sobre o concreto, mesmo que seja um concreto fundado em hipóteses, conjecturas, sem, todavia, resolver qualquer tipo de questão, ainda que hipoteticamente (TAVARES, 2012). As informações trazidas pelos *amici*

curiae nos julgamentos conduzidos pelo Supremo Tribunal Federal, em muitas oportunidades, mostraram-se de extrema relevância para a resolução da controvérsia (MEDINA, 2010).

Essa premissa revela-se verdadeira, principalmente, quando a questão constitucional debatida tangencia disciplinas eminentemente técnicas, como a medicina ou a medicina veterinária, como pode ser visto no caso da ADPF nº 54 (BRASIL, 2004) e ADI nº 4.983 (BRASIL, 2013)¹⁷⁰. A participação do *amicus*, nesse aspecto, pode fornecer valiosa assistência à deliberação da Corte, por meio da apresentação de um argumento não apresentado pelas partes, ou até mesmo de informações técnicas (KEARNY; MERRIL, 2000).

A função informativa do instituto pode ser vista sob três principais perspectivas. A primeira adota uma visão convencional legal do modelo de tomada de decisão judicial em que os juízes resolvem a controvérsia com base na lei (Ibid.). Nessa perspectiva o *amicus curiae* é determinante para a composição da decisão, desde que forneça informações ou argumentos relevantes para aqueles que buscam solucionar corretamente a discussão constitucional¹⁷¹ (Ibid.).

A segunda perspectiva, sustentada por Richard Posner, é radicalmente diferente. Ela se consubstancia na ideia de que os *amici curiae*, no geral, apresentam os mesmos argumentos já trazidos pelas partes, em nada contribuindo para o debate constitucional, devendo, assim, serem completamente eliminados do ordenamento ou, pelo menos, criteriosamente selecionados (KEARNY; MERRIL, 2000).

Essa perspectiva pressupõe que os juízes possuem preferências ideológicas fixas e que os casos são decididos de acordo com a mistura de suas opiniões, servindo a lei apenas como pressuposto de racionalização da decisão (Ibid.). Desse modo, “os memoriais de *amicus* devem ter pequeno ou nenhum impacto na decisão alcançada pela corte, porque cada voto de juiz é o produto do seu ou da sua preferência ideológica preestabelecida em relação ao problema que é apresentado”¹⁷² (Ibid., p. 748, tradução nossa).

A terceira perspectiva foi trazida pelo *Justice* Scalia e surgiu no caso *Jaffe v. Redmond* sobre o qual se fez a seguinte observação:

¹⁷⁰ A ADPF nº 54 (BRASIL, 2004) discutiu a possibilidade do aborto de fetos anencefálicos, já a ADI nº 4.983 (BRASIL, 2013) tratou sobre a constitucionalidade de uma lei estadual do Ceará que normatizava a prática da vaquejada.

¹⁷¹ Essa perspectiva é a adotada pela corrente moderada que apoia a participação do *amicus curiae* na jurisdição constitucional (KEARNY; MERRIL, 2000).

¹⁷² Tradução livre: *amicus* briefs should have little or no impact on the outcomes reached by a court, because each judge’s vote in a case is assumed to be the product of his or her preestablished ideological preferences with respect to the issue presented.

Na consideração desse caso, a Corte foi beneficiária de não menos que 14 *briefs* de *amicus* em suporte aos recorridos, maioria dos quais veio de associações como a Associação Americana de Psiquiatria, a Associação Americana de Psicanalise, a Associação de Trabalhadores de Assistência Social, a Associação de Profissionais da Assistência, a Associação Americana de Aconselhamento, e a Associação Nacional de Trabalhadores Sociais. Nenhum *brief* de *amicus* foi protocolado em suporte aos recorrentes. Isso não é surpresa. Não há nenhuma organização com interesse próprio aí fora em busca da verdade em cortes federais. A expectativa é, todavia, que essa Corte terá proeminentemente esse interesse -primariamente na verdade- em mente. Hoje nós falhamos com essa expectativa, e essa responsabilidade¹⁷³ (Ibid., p. 746, tradução nossa)

Esse posicionamento do juiz Scalia se refere ao fato de que o *amicus curiae* é utilizado como uma forma de grupos fazerem lobby junto à Corte, e isso cria uma disparidade de armas entre aquelas organizações que são bem estruturadas e, portanto, possuem maiores recursos, e aquelas que não são (Ibid.). Nessa terceira perspectiva, assume-se que os juízes não possuem uma forte preferência ideológica a respeito de grande parte das questões; na verdade, eles são como “vasos vazios que buscam decidir os casos para alcançar os resultados apoiados pelos grupos mais influentes na sociedade que tem interesse no caso em questão”¹⁷⁴ (KEARNY; MERRIL, 2000, p. 748, tradução nossa).

Dessa maneira, a participação do *amicus* é importante para a Corte, pois mostra como os grupos de interesse preferem o caso decidido (Ibid.). Embora o real impacto da participação do *amicus curiae* seja aferível apenas por meio de estudo empírico, grande parte dos estudos realizados chegam à conclusão de que, na prática, a participação do *amicus curiae* no debate constitucional pode influenciar a decisão final¹⁷⁵.

Nesse ponto, dois estudos dessa natureza se destacam, o realizado por Medina (2010) e o realizado por Ferreira e Branco (2017). O primeiro analisou a participação do *amicus curiae* no STF durante os anos de 2000 a 2008; o segundo, o fez em relação ao período compreendido entre 1990 e 2015.

Em sua análise das ações de controle via de ação, Medina (2010, p. 135) concluiu o seguinte:

Nas situações nas quais o terceiro ingressou apoiando a procedência da ação, o percentual de processos julgados precedentes aumentou. Nos casos em que o

¹⁷³ Tradução livre: In its consideration of this case, the Court was the beneficiary of no fewer than 14 *amicus* briefs supporting respondents, most of which came from such organizations as the American Psychiatric Association, the American Psychoanalytic Association, the American Association of State Social Work Boards, the Employee Assistance Professionals Association, Inc., The American Counseling Association, and the National Association of Social Workers. That is no surprise. There is no self-interested organization out there devoted to pursuit of the truth in the federal courts. The expectation is, however, that this Court will have that interest proeminently -indeed, primarily- in mind. Today we have failed that expectation, and that responsibility.

¹⁷⁴ Tradução livre: They are empty vessels who seek to decide cases so as to reach those results supported by the most influential groups in Society that have an interest in the question at hand.

¹⁷⁵ Nesse sentido Medina (2010), Kearny e Merrill (2000), e Ferreira e Branco (2017).

terceiro ingressou no processo apoiando a improcedência da ação, o percentual de ações julgadas improcedentes também aumentou. Em ambos os casos, o percentual de ações não conhecidas diminuiu. Os resultados dos julgamentos do STF no período pesquisado estabelecem uma robusta relação causal entre o ingresso do *amicus curiae* e o aumento das chances de êxito do lado por ele apoiado.

Em sentido oposto, Ferreira e Branco (2017, p. 184) concluíram:

Contudo, os resultados da análise empírica quali-quantitativa do terceiro capítulo demonstraram que expressiva parcela das decisões do STF em processos de controle concentrado com participação de *amici curiae* não considera de forma explícita os argumentos por eles aventados (94% dos relatórios e 70% dos votos), conduzindo à conclusão de que, embora o *amicus curiae* seja saudado como elemento de ampliação da cognição do processo constitucional, a sua importância no âmbito da simbologia não se replica, a uma primeira análise, no plano da efetividade da sua atuação argumentativa.

Cabe ressaltar que a metodologia utilizada por Medina levou em conta o pronunciamento final do debate, enquanto a de Ferreira e Branco considerou a menção e consideração dos argumentos dos *amici* no relatório e voto das decisões das ações de controle. Desse modo, embora ambos os estudos sejam valiosíssimos para a compreensão do real impacto da participação do *amicus curiae* no controle de constitucionalidade, a metodologia utilizada por Medina parece ser a mais adequada para se entender esse fenômeno, por dois principais motivos.

Primeiro porque no ordenamento brasileiro o processo civil é norteado pelo livre convencimento do magistrado¹⁷⁶, isto é, o juiz é livre para apreciar os argumentos e provas apresentados para a decisão, devendo, contudo, fundamentá-la. Ao mesmo tempo, o magistrado ou o órgão julgador não necessita responder a todos os argumentos apresentados pelas partes nas suas decisões¹⁷⁷.

Deixando de lado essa discussão referente à real eficácia da participação do *amicus curiae*, é preciso ressaltar que a importância da função informativa tem relação, também, com a função democrática do instituto. A contribuição do instituto é de viabilizar a participação da sociedade na jurisdição constitucional, cabendo, àquele que figura no processo na condição de *amicus curiae*, levar ao conhecimento da Corte as informações e argumentos de que dispõe; a esta, cabe, por sua vez, resolver se é conveniente ou não sua utilização.

Dito isso, cabe, agora, analisar a relação da atuação do *amicus curiae* no controle concentrado de constitucionalidade e a efetivação dos direitos fundamentais.

¹⁷⁶ Art. 371. O juiz apreciará a prova constante dos autos, independentemente do sujeito que a tiver promovido, e indicará na decisão as razões da formação de seu convencimento (BRASIL, 2015).

¹⁷⁷ Essa é a posição uníssona da jurisprudência brasileira, podendo ser ilustrada, a título meramente exemplificativo, pelo RE 465.739-AgRED/SC (BRASIL, 2005).

3.8 O *AMICUS CURIAE*: O INSTITUTO DEMOCRÁTICO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E A EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Embora exista discussão quanto à relevância da terminologia, antes de se falar em direitos fundamentais, é preciso saber o que são os direitos humanos. Na definição de Brêtas, direitos humanos são “aqueles direitos inerentes à natureza do ser humano reconhecidos e declarados nas normas das convenções, pactos e tratados internacionais, criando um sistema de proteção”¹⁷⁸ (BRÊTAS, 2010, p. 68).

Já os direitos fundamentais remetem aos direitos humanos positivados nos ordenamentos internos, isto é, “reconhecidos como tal pelas autoridades, às quais se atribui o poder político de editar normas, tanto no interior dos Estados quanto no plano internacional; são direitos humanos positivados nas Constituições, nas leis” (COMPARATO, 2001, p. 56).

No caso brasileiro, a CF/88 possui diversos direitos fundamentais distribuídos em suas disposições¹⁷⁹, e, segundo a própria carta política, possuem aplicabilidade imediata¹⁸⁰ e não excluem outros decorrentes de tratados internacionais¹⁸¹. É de se ressaltar, também, que o constituinte brasileiro veda expressamente a exclusão dos direitos e garantias fundamentais, inclusive por meio de emenda constitucional¹⁸².

Portanto, esses direitos fundamentais presentes na CF/88, por conta da força normativa que esta possui dentro do Estado democrático de direito¹⁸³, devem servir como princípios norteadores para toda a atividade legislativa ordinária, ou, no mínimo, deve a legislação respeitá-los (BARROSO, 2016).

Por outro lado, quando se fala em Estado democrático de direito e democracia cooperativa, é fundamental que se pense em atuação concreta dos cidadãos dentro do processo de decisão pública (CANOTILHO, 2003). Nesse sentido, Häberle (2002) defende a existência

¹⁷⁸ Em sentido semelhante, Luño entende que os direitos humanos são o conjunto de faculdades e instituições que, em cada momento histórico, concretizam as exigências da comunidade, liberdade e igualdade humanas, as quais devem ser reconhecidas positivamente pelos ordenamentos jurídicos em nível nacional e internacional (LUÑO, 1995).

¹⁷⁹ Os direitos e garantias fundamentais estão concentrados no Título II da Constituição, denominado “Dos Direitos e Garantias Fundamentais” (BRASIL, 1988).

¹⁸⁰ Art. 5º § 1º As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata (BRASIL, 1988).

¹⁸¹ Art. 5º § 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte (BRASIL, 1988).

¹⁸² Art. 60 § 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: IV - os direitos e garantias individuais (BRASIL, 1988).

¹⁸³ Conforme capítulo 2.

de uma sociedade aberta dos intérpretes da Constituição na qual seria possível a melhor realização da democracia e dos direitos fundamentais¹⁸⁴.

Desse modo, somente a participação ampla dos indivíduos, das potências públicas e de todos os grupos, permite garantir maior legitimidade às decisões, pois ela possibilita um debate plural acerca das controvérsias. Essa abertura procedimental também permite a participação das minorias nas discussões públicas, e, ainda que minimamente, permite a defesa de seus direitos fundamentais (HÄBERLE, 2002).

Isso é essencial para a noção de democracia constitucional, visto que esta, conforme explica Ferrajoli (2004)¹⁸⁵, tem duas dimensões, uma procedimental e uma substancial. Contudo, embora as Constituições contemporâneas – como a CF/88 – possuam inúmeras garantias de ordem formal e material¹⁸⁶, sua supremacia é constantemente ameaçada pela atividade do próprio legislador.

Isso acontece por conta da existência de majorias e minorias dentro da sociedade, e “o grupo que controlasse o governo, inevitavelmente, iria procurar tomar vantagem a partir dessa situação, ainda que ao custo de oprimir ou violentar os direitos do grupo menos favorecido na distribuição do poder”¹⁸⁷ (GARGARELLA, 2011, p. 198, tradução nossa).

Para conter essa ameaça, a jurisdição constitucional, em especial o controle judicial de constitucionalidade, é mecanismo importante para a estabilização do sistema e a defesa de direitos fundamentais:

Diferentemente, agora a Constituição não só afirma que a validade das leis e de todos os atos de poder dependem da conformidade com as suas normas como estabelece os já referidos mecanismos de garantia dos direitos fundamentais e de

¹⁸⁴ Häberle (1997, p. 47) elenca algumas consequências dessa hermenêutica aberta, a saber: (i) o juiz constitucional não está sozinho no processo de interpretação constitucional (ampliação das formas de participação); (ii) todas as forças pluralistas públicas são intérpretes em potencial da Constituição e devem ser consideradas como engendradoras de uma força normatizadora necessária à atualização pública da matéria por parte da Corte Constitucional; (iii) o processo constitucional formal não é a única via de acesso ao processo de interpretação constitucional. Há questões materiais previstas na Constituição que não chegam à Corte e, assim, os intérpretes desenvolvem esses direitos materiais autonomamente.

¹⁸⁵ A definição de Ferrajoli foi analisada no capítulo 1.

¹⁸⁶ Segundo Costa, “a fundamentalidade formal permite que se dê a esses bens jurídicos, que são considerados relevantes e essenciais à proteção da pessoa humana, uma situação diferenciada, isto é, uma proteção jurídica privilegiada em relação às demais normas constitucionais não tidas como fundamentais. Trata-se de garantias que a própria Constituição formal já estabelece e vai depender de cada uma das constituições. A nossa Carta, por exemplo, prevê que as normas de direitos fundamentais (e não quaisquer outras) têm aplicabilidade imediata (art. 5º, § 1º, CF), e as protege não apenas do legislador ordinário, mas do poder constituinte reformador – por integrarem as cláusulas pétreas (art. 60, CF). Por sua vez, a fundamentalidade em sentido material está vinculada à importância, à essencialidade e, portanto, à relevância de proteção de determinados bens jurídicos para uma dada ordem constitucional; diz respeito ao conteúdo dos direitos, aos seus valores subjacentes (COSTA, 2013, p. 345-346).

¹⁸⁷ Tradução livre: El grupo que controlasse el gobierno, indefectiblemente, ira a procurar tomar ventaja a partir de dicha situación, aun a costa de oprimir o violentar los derechos del grupo menos favorecido em la distribución de poder.

controle de constitucionalidade – controle concreto e abstrato, preventivo e sucessivo, por ação e por omissão (MIRANDA, 2003, p. 70).

Nesse aspecto, conforme se viu previamente, o *amicus curiae* desempenha importantes funções¹⁸⁸ para aprimorar o controle de constitucionalidade abstrato no Brasil, o que, em consequência, beneficia também a defesa dos direitos fundamentais exercida pelo Supremo Tribunal Federal (COSTA, 2013). Esse benefício deve ser observado de maneira imediata e mediata.

Consoante a doutrina de Häberle, a interpretação constitucional sofre influência da democracia e vice-versa¹⁸⁹; assim, a “teoria da interpretação deve ser garantida sob a influência da teoria democrática e vice-versa. Portanto, é impensável uma interpretação da Constituição sem o cidadão e sem as potências públicas mencionadas” (HÄBERLE, 2002, p. 58).

De fato, a correta hermenêutica constitucional tem relação direta com o conceito de processo justo¹⁹⁰:

O conceito de processo justo decorre, em primeiro lugar, da compreensão concreta de certos direitos fundamentais expressos, a exemplo a proibição de juízos de exceção e do princípio do juiz natural (art. 5º, XXXVII e LII), do contraditório e da ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes (art. 5º, LVI) e do direito fundamental à decisão fundamentada (art. 94, IX). Além disso, a visão principiológica, ao contrário da puramente estática e garantística, não se limita aos direitos fundamentais expressos e pode elaborar normas a partir de outros direitos fundamentais principiológicos, contidos na Constituição, com vistas à concretização de um processo justo e uma tutela jurisdicional efetiva (OLIVEIRA, 2008, p. 22).

Nesse aspecto, partindo da premissa *härbeliana* de que a correta interpretação constitucional é dependente da abertura do círculo de interpretes, com a inserção da sociedade na discussão, o *amicus curiae*, por ser um mecanismo dessa inserção nesse processo, “contribui, assim, para a qualidade da prestação jurisdicional, assegurando o direito fundamental a um processo justo”¹⁹¹ (COSTA, 2013, p. 367).

Esse é um benefício imediato que o *amicus curiae* propicia: o direito fundamental a um processo justo. Cabe, também, mencionar o benefício que o instituto traz para a

¹⁸⁸ Conforme exposto nos itens 3.6 e 3.7 do capítulo 3.

¹⁸⁹ Isso porque, como se viu, “todo aquele que vive no contexto regulado por uma norma é, indireta ou até mesmo diretamente, um intérprete dessa norma. O destinatário da norma participa do processo hermenêutico de forma muito mais intensa do que geralmente se supõe. Como não são apenas os intérpretes jurídicos da Constituição que vivem a Constituição, não são eles também os detentores da condição de intérpretes principais da ordem jurídica fundamental” (HÄBERLE, 2002, p. 58).

¹⁹⁰ O processo justo não se refere ao conceito de justiça *lato sensu* por conta da subjetividade própria de sua acepção. Pauta-se na observância, desde sua formação, do respeito à dignidade da pessoa humana

¹⁹¹ O Ideal do processo justo funciona como um aprimoramento da garantia do devido processo legal; segundo Cambi (2007), o direito ao processo justo compreende as principais garantias processuais como, por exemplo, as garantias da ampla defesa, da igualdade, do contraditório efetivo, da motivação das decisões judiciais etc.

legitimação democrática do controle de constitucionalidade, que foi explorado anteriormente¹⁹².

Embora exista muita controvérsia quanto aos benefícios práticos da intervenção do *amicus curiae*, no tocante à qualidade da decisão¹⁹³, Häberle entende que a participação da sociedade e dos órgãos estatais no processo de hermenêutica constitucional é essencial:

A relevância dessa concepção e da correspondente atuação do indivíduo ou do grupo, e também a dos órgãos estatais, configuram uma excelente e produtiva forma de vinculação da interpretação constitucional em sentido lato ou em sentido estrito. Tal concepção converte-se num “elemento objetivo dos direitos fundamentais”. Assume idêntico relevo o papel co-interpretativo do técnico ou expert no âmbito do processo legislativo ou judicial. Essa complexa participação do intérprete, em sentido lato e em sentido estrito, realiza-se não apenas onde ela já está institucionalizada, como nos Tribunais do Trabalho, por parte do empregador e do empregado. Experts e “pessoas interessadas” da sociedade pluralista também convertem-se em intérpretes do direito estatal. Isso significa que não apenas o processo de formação, mas também o desenvolvimento posterior revela-se pluralista: a teoria da ciência, da democracia, uma teoria da Constituição e da hermenêutica propiciam aqui uma mediação específica entre Estado e sociedade! (HÄBERLE, 2002, p. 58-59).

Essa conclusão pode ser reafirmada pela própria *Rule 37* da Suprema Corte Estadunidense, que considera como uma “considerável ajuda”, para a Corte, as informações trazidas pelo *amicus curiae* que não tenham sido já informadas pelas partes. Soma-se, a isso, a própria exposição de motivo nº 189 referente a Lei nº 9.868/99 (BRASIL, 1997), que relaciona a positivação do instituto com a possibilidade de o Tribunal decidir as causas com pleno conhecimento de todas as suas implicações ou repercussões (BRASIL, 1997).

Passível de consideração, também, é a complexidade das situações colocadas para decisão dos Ministros, que os leva a necessitarem explorar diferentes perspectivas sobre o caso (KEARNY; MERRIL, 2000). Häberle ilustra essa necessidade:

Em se tratando de alguns direitos fundamentais, já se processa a interpretação (talvez conscientemente?) no modo como os destinatários da norma preenchem a esfera de proteção daquele direito. Dessa forma, a Corte Constitucional define o âmbito de proteção do art. 4º, nº 1 e 2, da Lei Fundamental, com o auxílio da concepção e compreensão que a igreja e as comunidades religiosas e de opinião têm de si. Semelhante significado poderia ter a própria concepção do artista para a interpretação aberta da garantia da liberdade artística (art. 5º, III, da Lei Fundamental). Também para uma liberdade científica, concebida de modo pluralista e processualmente orientada, coloca-se a questão de se saber em que medida esse direito, com o seu conceito “aberto de ciência”, deve ser co-interpretado pelas ciências singulares (e as próprias metateorias). Em suma, deve-se indagar como os direitos fundamentais hão de ser interpretados em sentido específico (HÄBERLE, 2002, p. 58).

¹⁹² Vide item 3.6 do capítulo 3.

¹⁹³ Vide item 3.7 do capítulo 3.

No Brasil, são diversos os casos de grande repercussão que contaram com a participação de diversos *amicus curiae*. É interessante citar o caso da ADPF nº 54 (BRASIL, 2004), já mencionado algumas vezes neste trabalho, que tratou do aborto de fetos anencefálicos; o objeto dessa discussão era revestido de extrema complexidade e tangenciava inúmeros assuntos sensíveis como ética, religião, ciência e liberdade.

Em seu voto, o Ministro Gilmar Mendes, em diversas passagens, defendeu expressamente a imprescindibilidade de participação do *amicus curiae*:

Nos temas de aprofundado conteúdo moral e ético, é importante, senão indispensável, escutar a manifestação de cristãos, judeus, muçulmanos, ateus ou de qualquer outro segmento religioso, não só por meio das audiências públicas, quanto por meio do instituto do *amicus curiae*. Observa-se também que a constatação de que, no processo de controle de constitucionalidade, faz-se, necessária e inevitavelmente, a verificação de fatos e prognoses legislativos, sugere a necessidade de adoção de um modelo procedimental que outorgue ao Tribunal as condições necessárias para proceder a essa aferição. Esse modelo pressupõe não só a possibilidade de o Tribunal se valer de todos os elementos técnicos disponíveis para a apreciação da legitimidade do ato questionado, mas também um amplo direito de participação por parte de terceiros (des)interessados (BRASIL, 2004).

Medina (2010) reforça essa ideia com a análise das ADI que discutiram a utilização de amianto. A autora conclui que “o ingresso do *amici curiae* foi essencial para a virada interpretativa do STF” (Ibid., p. 155).

Em suas palavras:

Se no primeiro ciclo de precedentes firmados em torno da exploração do amianto eram unânimes ao declarar a inconstitucionalidade das normas estaduais que fixavam condições mais restritivas à exploração do mineral, a decisão tomada na ADI 3.937 e o não referendo da liminar concedida monocraticamente pelo Ministro Marco Aurélio inaugura um novo paradigma na apreciação do tema pelo STF. Aduza-se, ainda, a propositura da ADI 4.066, relator Ministro Carlos Ayres, na qual a Associação Nacional dos Procuradores do Trabalho (ANPT) e Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho (ANAMATRA) questionam a constitucionalidade da Lei n. 9.055/95, na parte em que permite a exploração do amianto do tipo crisotila. O movimento informacional instaurados pelos *amici curiae* redundou na provocação de atores legitimados para agitar o controle concentrado de constitucionalidade. Verifica-se que o ingresso do *amicus curiae* possibilitou o exame da controvérsia por perspectivas ainda não exploradas pela corte, oferecendo alternativas para que o Tribunal fundamentasse a sua orientação. Com efeito, a mudança do entendimento do Ministro Eros Grau e da maioria dos ministros do STF, com o acolhimento da fundamentação enfaticamente articulada na peça de intervenção dos *amici*, mostra o importante papel que esse instrumento pode exercer no controle de constitucionalidade no Brasil (Ibid. p. 155-156).

Como se vê, o *amicus curiae* pode contribuir para a efetivação dos direitos fundamentais (no caso do amianto, o direito à saúde) no âmbito do controle de constitucionalidade, ao levar até a Corte informações, dados e estatísticas com potencial de contribuir com os juízes para o melhor esclarecimento da controvérsia constitucional (Ibid.).

Assim, tem-se que os principais benefícios trazidos pelo *amicus curiae* são de ordem imediata, com contribuição para a abertura procedimental da jurisdição e, por conseguinte, um auxílio para a realização do princípio democrático e do direito fundamental a um processo justo; de ordem mediata, esses benefícios se manifestam por meio do fornecimento de informações e dados relevantes para a decisão das controvérsias constitucionais postas.

Isso não representa dizer que o *amicus curiae* é a solução para os problemas da jurisdição constitucional. As críticas ao instituto não são poucas, e são consubstanciadas, principalmente, na sua suposta falta de efetividade (FERREIRA; BRANCO, 2017) e no comprometimento da celeridade processual.

Por outro lado, o instituto deve ser pensado como um mecanismo de aperfeiçoamento da jurisdição constitucional. Na medida em que os cidadãos devem ser tratados com igual respeito e tenham direito de influenciar nas decisões públicas que os atingem, direta ou indiretamente, o simples fato de o instituto do *amicus curiae* possibilitar a participação da sociedade no processo de hermenêutica constitucional auxilia a construção de uma sociedade aberta de intérpretes, que, por sua vez, fortalece o Estado democrático de direito.

CONCLUSÃO

Procurou-se fazer, neste trabalho, uma leitura do instituto do *amicus curiae* no âmbito do controle de constitucionalidade via de ação, com ênfase na relação entre a sua participação e a efetivação dos direitos fundamentais. Após a vasta pesquisa bibliográfica realizada, chegou-se a relevantes conclusões, que poderão contribuir para o desenvolvimento do estudo do *amicus curiae* e a sua relação com a efetivação dos direitos fundamentais.

Antes de adentrar ao assunto principal deste trabalho, foi imprescindível que se fizesse uma análise da democracia cooperativa e do Estado constitucional, tendo em vista que o instituto do *amicus curiae* está intimamente ligado a esses dois conceitos prescritivos. Por conta disso, os referidos assuntos foram tratados nos capítulos 1 e 2, respectivamente.

No primeiro capítulo, por conta da complexidade que reveste o tema, iniciou-se a discussão acerca da democracia por meio de resgate histórico do regime político no Ocidente. Segundo certo consenso doutrinário, a democracia teve seu marco inicial na Grécia Antiga, e, naquela época, era direta, visto que os cidadãos exerciam o poder de maneira direta, isto é, sem intermediários.

Após as revoluções burguesas no século XVIII, a democracia ganhou uma nova forma. A doutrina da soberania nacional, que consolidou a nova configuração desse regime, defende que a soberania advém não do indivíduo como um só, mas sim da nação, que é um ente autônomo que supera as vontades individuais.

Assim, a democracia ganha forma indireta, ou representativa. O titular do poder continua sendo o povo, contudo, o exercício desse poder é modificado. Ele se faz, então, por meio de representantes eleitos.

Observou-se, também, que, em regra, a democracia antiga é direta e a moderna indireta. Essa mudança foi influenciada pela transformação do Estado, que passou a ter maior extensão territorial e número de habitantes, características que tornaram praticamente inviável a manutenção da democracia direta, visto que tornou-se inviável reunir milhares de pessoas regularmente para se discutir e tomar as decisões públicas.

Viu-se, no trabalho, que a democracia, em essência, é a consideração de que o poder é de titularidade do povo; portanto, em decorrência lógica, as decisões devem ser tomadas pela sua maioria. A regra da maioria é, por conseguinte, a técnica de tomada de decisões na democracia, isto é, considera-se aprovado aquilo que a maioria do povo ou de seus representantes preferir.

Acontece que, caso se pense a democracia como um processo meramente majoritário, abre-se a possibilidade para que a maioria que detém o poder viole os direitos das minorias. Portanto, é necessário que se limite o poder político, mesmo aquele majoritário, a fim de que exista uma esfera de direitos individuais que não possa sofrer interferência nem do Estado e nem de outros indivíduos.

Viu-se, também, que a limitação do poder político é um dos ideais do liberalismo político e a essência do constitucionalismo. De fato, o advento do Estado liberal foi o primeiro passo para a superação de uma visão meramente majoritária de democracia, também chamada de democracia procedimental.

O movimento constitucional contemporâneo, que se desenvolveu após a Segunda Guerra Mundial, fortaleceu o ideal de limitação de poder por meio das constituições. As cartas políticas passaram a ser o centro do ordenamento jurídico, de modo que a própria legalidade passou a ser submetida a elas.

A consequência disso é que todo ato normativo produzido deve respeitar a Constituição em dois aspectos: o primeiro procedimental, que diz respeito ao procedimento preestabelecido para a criação da norma; o segundo substantivo, que guarda relação com o conteúdo final da norma.

Assim, no Estado constitucional se inaugura uma dimensão substantiva, tanto da democracia como do próprio Estado de direito. Nesse modelo de Estado, a limitação do poder político passa a ser realizada por meio das constituições, que agora são rígidas e detêm supremacia dentro do ordenamento jurídico.

Daí surge a democracia constitucional, que considera democrática apenas a decisão política que, além de observar os procedimentos preestabelecidos, respeita o conteúdo da Constituição, o que inclui os direitos fundamentais nela estabelecidos. Portanto, na democracia constitucional não importa apenas como se decide, mas também o que se decide.

Apoiando-se na ideia substantiva de democracia, Dworkin defende a concepção cooperativa ou constitucional de democracia. De acordo com essa concepção, para tomar as decisões políticas, os indivíduos da sociedade devem decidir pensando na comunidade como um todo, inclusive naqueles que são a minoria, tratando todos com igual respeito e garantindo que todos possam participar do processo decisório.

Isso decorre da ideia de igualdade política defendida por Dworkin, que entende que nenhum indivíduo pode ter impacto político menor ou maior que o outro, e, por conseguinte, as decisões políticas devem levar em consideração também a opinião da minoria. A ideia de

participação da população nas decisões é relevante, também, no conceito de sociedade aberta dos intérpretes da Constituição de Häberle.

O autor entende que a democracia não é a mera delegação do poder aos representantes por meio das eleições, mas sim a participação do povo como elemento pluralista do processo decisório, tanto político como judicial. Todos aqueles que são atingidos pelas disposições constitucionais são potenciais intérpretes da Constituição, logo, devem poder participar do processo de hermenêutica constitucional.

Diante da pesquisa realizada, observou-se que o *amicus curiae* se alinha com as lições sobre democracia trazidas por Dworkin e Häberle, em especial pelo fato de o instituto possibilitar que a sociedade participe do debate constitucional ocorrido em sede jurisdicional.

Consoante se viu na pesquisa realizada, o Estado constitucional ganha especial relevância na garantia dos direitos fundamentais, pois agrega o elemento democrático como um de seus fins. Em decorrência disso, o segundo capítulo deste trabalho ocupa-se da análise do conceito de Estado constitucional e seus mecanismos de garantia da democracia, em especial o controle de constitucionalidade.

Antes de adentrar no assunto, fez-se um resgate histórico da evolução do Estado. Observou-se que a necessidade de limitação de poder deu origem ao Estado de direito que erigiu após a Revolução Francesa. Essa mudança de paradigma foi guiada tanto pelo ideal liberal, que defende a existência de uma esfera inviolável de direitos do indivíduo, devendo o Estado respeitá-los e protegê-los, como pelo movimento do constitucionalismo, que corresponde, em essência, a limitação do poder político e a existência de uma Constituição.

A limitação do poder pela lei caracteriza o princípio da legalidade, que considera inválido todo ato do poder público que esteja em contraste com a lei ou que não esteja expressamente autorizado por ela. Consoante a pesquisa, conclui-se que, para o Estado legal, o critério único de identificação do direito válido é o princípio da legalidade.

Por outro lado, o constitucionalismo moderno originou as constituições rígidas com sentido, forma e conteúdo específicos. Essas cartas políticas são dotadas de supremacia dentro do ordenamento; em outras palavras, viu-se que elas são hierarquicamente superiores a todas as outras normas.

De fato, observou-se que elas se materializam em um documento geralmente escrito e caracterizam a ordenação sistemática e racional da comunidade política, criando ou reconstruindo o Estado, organizando e limitando o poder político, dispondo sobre os direitos fundamentais e sobre a forma de produção de normas. O movimento constitucional

contemporâneo conferiu ainda mais importância às Constituições, que passaram a ter força normativa.

Essa característica se consubstancia no poder da Constituição de impor, ao poder público, deveres de atuação positiva e negativa; portanto, a ideia que anteriormente existia de que as constituições eram meras diretrizes para o Poder Legislativo fica completamente superada. Percebe-se, assim, que, no Estado constitucional, a Constituição limita também o conteúdo da lei, isto é, ela tem caráter material, orgânico e procedimental.

Conclui-se, portanto, que o constitucionalismo contemporâneo, principalmente após a Segunda Guerra Mundial, deu origem ao Estado constitucional, ou Estado democrático de direito. Viu-se, também, que, no Brasil, esse modelo de Estado foi instituído pela Constituição Federal de 1988, que é um importante marco jurídico-político de conquista de direitos e garantias fundamentais, que regula até hoje o Estado brasileiro.

A pesquisa mostrou que mesmo no contexto do Estado constitucional é possível que decisões majoritárias violem direitos fundamentais. Desse modo, a fim de assegurar a supremacia da Constituição e a própria democracia em seu aspecto substantivo, existe a jurisdição constitucional.

Observou-se que ela é formada por um conjunto de mecanismos que visam aplicá-la na prática e garantir que as normas ordinárias respeitem suas disposições. Essa jurisdição constitucional tem, como seu principal mecanismo, o controle judicial de constitucionalidade. Esse mecanismo surgiu no ordenamento estadunidense, em 1803, desenvolveu-se em diversos locais durante o século XX e atualmente é presente em grande parte dos ordenamentos ocidentais.

Observou-se que, embora existam características próprias de acordo com o ordenamento que se encontra, é possível se identificar três modelos de controle judicial de constitucionalidade: o americano, o austríaco e o misto.

No americano, qualquer juiz ou órgão do Poder Judiciário pode analisar a conformidade da norma com a Constituição, portanto, é considerado um modelo difuso. No austríaco, existe(m) órgão(s) do Poder Judiciário que têm como função exclusiva ou principal a análise da constitucionalidade das leis, e é denominado concentrado.

O misto, por sua vez, confere a possibilidade de fiscalização por qualquer juiz, e também conta com órgão(s) do Poder Judiciário que realizam, de maneira exclusiva ou principal, o controle de constitucionalidade. No Brasil, embora a fiscalização de constitucionalidade seja mista, na prática, observa-se que o controle concentrado é mais utilizado.

Essa forma de controle é realizada exclusivamente pelo Supremo Tribunal Federal, e se dá por meio de ação direta de inconstitucionalidade (ADI), ação direta de inconstitucionalidade por omissão (ADO), ação declaratória de constitucionalidade (ADC), e arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF). Essas ações de controle, com exceção da ADPF incidental, aferem a constitucionalidade da norma em tese, isto é, independentemente de um caso concreto.

Portanto, elas caracterizam um processo objetivo, no qual, teoricamente, não existem partes e contraditório. Verificou-se, também, que as decisões tomadas em sede do controle concentrado de constitucionalidade possuem eficácia *erga omnes*, em que todos são vinculados, inclusive a administração pública.

Percebe-se que o controle de constitucionalidade é importante para assegurar que valores políticos relevantes insculpidos na Constituição na forma de direitos e garantias fundamentais não sejam violados por meio do processo político ordinário. Desse modo, esse mecanismo é fundamental para assegurar que a maioria que detém o poder não viole direitos das minorias vencidas.

Contudo, viu-se também que o controle judicial de constitucionalidade é alvo de críticas quanto ao seu suposto caráter antidemocrático. A crítica, denominada dificuldade contramajoritária, se consubstancia na concepção de que ofende a democracia o fato de juízes não eleitos terem poder de anular decisões políticas tomadas por representantes regularmente eleitos pelo povo.

Nesse sentido, Tushnet entende que o valor real da Constituição encontra-se na organização do funcionamento político da sociedade, e não na defesa dos direitos fundamentais. Portanto, essa defesa é mais bem realizada por meio da política do que nos tribunais. Esse pensamento, defendido também por Walzer, entende que se deve respeitar o direito do povo decidir, mesmo que se saiba que a decisão tomada não seja correta.

Essa doutrina se filia à concepção procedimental ou majoritária de democracia, dado que confere poder de decisão quase que absoluto ao legislador, bastando, portanto, a aprovação da maioria dos representantes do povo para a decisão ser vista como democrática. Essa concepção contraria por completo a ideia de Estado constitucional, porque admite que o processo legislativo ordinário eventualmente viole a Constituição.

Na pesquisa realizada, verificaram-se diversos argumentos que contrapõem essa crítica, todavia, estes não são suficientes para rebatê-la completamente, pois constatou-se que, invariavelmente, a decisão que declara inconstitucional uma norma será contra representativa, isto é, vai contra o que decidiu a maioria dos representantes eleitos pelo povo.

De fato, essa discussão envolve a tensão entre democracia e constitucionalismo, que, por natureza, são conceitos antitéticos. Contudo, verificou-se que, admitindo a democracia não apenas como um meio, mas também um fim, é possível conciliar ambos os conceitos.

Essa possibilidade advém da igualdade substancial conferida ao indivíduo, que é inerente ao conceito de democracia cooperativa/constitucional. Conforme se viu, os indivíduos de uma sociedade devem ser tratados com igual respeito, e isso inclui que sua opinião política deve ter o mesmo impacto que dos demais, e deve assegurar sua participação no processo decisório de sua comunidade.

Desse modo, a legitimação discursiva da jurisdição constitucional é fundamental para atenuar seu efeito contramajoritário, e uma valiosa forma de aperfeiçoá-la é com a participação da sociedade no debate constitucional por meio do *amicus curiae*.

Finalmente, no terceiro capítulo, objetivou-se analisar o instituto do *amicus curiae* e sua relação com a efetivação dos direitos fundamentais no âmbito da jurisdição constitucional, mais especificamente no que toca o controle de constitucionalidade via de ação.

O *amicus curiae* surgiu na tradição jurídica do *common law*, mais especificamente no ordenamento jurídico inglês. No início, o instituto participava do processo auxiliando a Corte, apontando precedentes não mencionados, atuando em favor de menores, chamando a atenção da corte para determinados fatos, ou seja, contribuindo para a melhor prestação jurisdicional.

Viu-se, assim, que, em sua origem, o *amicus curiae* atuava geralmente com neutralidade, colaborando com a justiça. Essa participação se dava por meio de apresentação de parecer jurídico sobre o caso em questão; a admissão do *amicus* era mera discricionariedade da corte.

O desenvolvimento do instituto no *common law* inglês se deu, em grande parte, por conta do sistema adversarial e o sistema de precedentes lá existentes. Enquanto o primeiro privilegiava a iniciativa das partes em instaurar e conduzir o processo, o segundo criava um precedente que vincularia a todos.

Observou-se que essas características fizeram com que a falta de capacidade técnica, e até mesmo a intenção fraudulenta da parte em determinada ação pudesse prejudicar toda a coletividade que se encontrasse em situações semelhantes. O *amicus curiae* ganha importância nessa situação, pois podia comparecer em juízo e apontar as eventuais má intenções ou falhas técnicas no processo.

O instituto não se restringiu ao ordenamento inglês; pelo contrário, foi no sistema estadunidense que ele mais se desenvolveu e passou a ter relação direta com o controle de

constitucionalidade. Lá, também, o instituto deixou de vez a neutralidade para atuar deliberadamente em favor de uma das partes do processo.

O *amicus curiae* ganhou tamanha relevância dentro do ordenamento americano que conta com previsão expressa no regimento interno da Suprema Corte americana, que, a propósito, define a função do *amicus curiae* como informante do Tribunal. A participação, para ser admitida, deve demonstrar que está trazendo informações relevantes, e não a reiteração de argumentos apresentados pelas partes.

Constatou-se que além da função informativa, para a doutrina americana o *amicus* tem função de cunho estratégico, vez que pode apresentar argumentos com sutis variações aos das partes, carregados de teor emotivo e, também, a função de lobby, visto que os argumentos apresentados podem se revestir de cunho político, operando, o *amicus curiae*, como instrumento de lobby no Poder Judiciário.

Verificou-se que, no cenário brasileiro, existe certa controvérsia quanto à data de aparição do *amicus curiae*, entretanto, a sua verdadeira importância foi construída por meio de sua participação do controle de constitucionalidade junto ao Supremo Tribunal Federal. Essa construção aconteceu após a promulgação da CF/88, e foi fortemente impulsionada com a Lei nº 9868 de 1999, que positivou o *amicus curiae* no controle de constitucionalidade via de ação.

Do contexto da edição da referida norma, percebeu-se que a intenção do legislador brasileiro foi de democratizar a jurisdição constitucional, permitindo que a sociedade participe do processo de controle abstrato de constitucionalidade expondo suas razões mesmo sem ter legitimidade para iniciar o processo. A positivação do instituto se mostrou necessária, pois, como se viu, em um Estado democrático de direito os indivíduos devem contar com mecanismos que permitam sua participação na formação de decisões públicas.

Constataram-se, assim, duas principais funções do *amicus curiae* no ordenamento jurídico brasileiro: uma democrática e a outra informativa.

A função democrática está ligada à dificuldade contramajoritária, anteriormente mencionada. Como se viu, o controle de constitucionalidade via de ação realizado pelo Supremo Tribunal Federal tem, eventualmente, caráter contramajoritário e, ao mesmo tempo, as decisões tomadas vinculam toda a sociedade e administração pública.

A questão contramajoritária pode ser atenuada caso se permita que a sociedade participe do debate constitucional, e é nesse ponto que reside a função democrática do *amicus curiae*, pois ele permite justamente essa participação. Essa função se alinha com o conceito cooperativo ou constitucional de democracia, vez que assegura, aos indivíduos, igual impacto

político no processo de tomada de decisões públicas, o que inclui as minorais, que passam a contar com uma forma institucional de expressar suas razões.

Remete-se, aqui, também, à necessidade de abertura procedimental enunciada por Häberle. Como se viu, democracia não é mera delegação de poder do povo por meio das eleições, de fato o povo deve ser um elemento ativo no processo decisório, deve ser um legítimo intérprete da Constituição.

Contudo, viu-se que a legitimidade democrática do *amicus curiae* não pode ser pensada como toda a sociedade participando dos debates constitucionais, até porque, o instituto não se presta a ser mecanismo de controle popular das decisões em controle de constitucionalidade, e em diversas controvérsias constitucionais grande parte da sociedade sequer tem interesse no resultado. Além disso, o *amicus curiae* deve ser visto como uma contribuição para o aperfeiçoamento da jurisdição constitucional, e não um elemento essencial para sua legitimidade.

Concluiu-se, portanto, que o *amicus curiae*, dentro de suas limitações, é um instituto valioso para a democratização da jurisdição constitucional, mas, em hipótese alguma, é uma forma de controle popular das decisões do Supremo Tribunal Federal, muito menos um requisito para sua legitimidade.

A função informativa remete ao *amicus curiae* como elemento útil de formação da decisão judicial. Observou-se que em uma sociedade pluralista não é possível definir o âmbito de proteção dos direitos fundamentais de modo adequado, sem que se tenha acesso às informações dos detentores dos direitos fundamentais e dos envolvidos na controvérsia constitucional.

Essa abertura procedimental municia o Tribunal com informações, dados estatísticos, técnicos e argumentos jurídicos que podem contribuir de maneira fundamental para a resolução da controvérsia. Conforme se viu, existem diversos casos em que, para se resolver a questão constitucional, é preciso que fatos completamente alheios à matéria jurídica sejam elucidados.

Constatou-se, na pesquisa, que existe controvérsia quanto ao real impacto que a participação do *amicus curiae* tem nos processos de controle de constitucionalidade. Apesar disso, parece que o instituto, de fato, pode contribuir para a resolução da controvérsia constitucional.

No entanto, a importância da função informativa do instituto não depende apenas disso. Sua relevância também está ligada à possibilidade que o instituto traz para a sociedade

de disponibilizar informações e argumentos que julga necessários ao Tribunal, que fica responsável por determinar seu fim.

Observou-se que as duas funções do *amicus curiae* têm relação com a efetivação dos direitos fundamentais promovida pelo instituto. Os benefícios que o *amicus curiae* traz para a efetivação dos direitos fundamentais devem ser vistos sob dois aspectos: um imediato e um mediato.

Pelo fato de todos aqueles que vivem no contexto de uma norma serem seus intérpretes, a interpretação constitucional sofre influência da democracia e vice-versa, de modo que, conforme se concluiu, não é possível uma interpretação constitucional adequada sem a participação plural de intérpretes. Por outro lado, o conceito de processo justo decorre da compreensão concreta dos direitos fundamentais, que, em uma sociedade pluralista, é concretizada por meio da participação da sociedade nesse processo de compreensão.

Assim, o primeiro benefício imediato trazido pelo *amicus curiae* é a contribuição para a efetivação do direito fundamental a um processo justo. O segundo benefício imediato envolve a função democrática anteriormente tratada.

Ela consiste no fato de que, somente por possibilitar a participação da sociedade no debate constitucional, o *amicus curiae* já terá contribuído para o aperfeiçoamento de sua legitimidade democrática, efetivando, assim, o princípio democrático.

O benefício mediato à efetivação dos direitos fundamentais, trazido pelo *amicus curiae*, guarda relação com a sua função informativa. Viu-se, no decorrer da pesquisa, que estudos empíricos divergem sobre a efetividade da participação do *amicus curiae* no processo de controle de constitucionalidade.

Contudo, diante do levantamento bibliográfico realizado, conclui-se que a participação do instituto pode contribuir para a decisão que precisa ser tomada. Tanto é que o regimento interno da Suprema Corte americana prevê expressamente que as informações trazidas pelos *amici* podem auxiliar o Tribunal. Além disso, na exposição de motivos da Lei 9868/99 e em diversos posicionamentos do STF, fica claro que o instituto permite que o Tribunal decida sobre as questões com pleno conhecimento de todas as implicações e repercussões.

Desse modo, as informações levadas até a Corte podem auxiliar na confecção de uma decisão que melhor efetive os direitos fundamentais previstos na Constituição, visto que tem, à sua disposição, mais dados técnicos, científicos e até mesmo argumentos jurídicos.

Conclui-se, portanto, que o instituto pode contribuir para a efetivação dos direitos fundamentais, democratizando a jurisdição constitucional, favorecendo a interpretação da Constituição e municiando a Corte com informações sobre o caso discutido. Essas

contribuições certamente podem trazer o fortalecimento da democracia em seu aspecto substantivo, e, por conseguinte, o próprio Estado constitucional. Contudo, ressalta-se que o *amicus curiae* não pode ser visto como a solução para todos os problemas do controle de constitucionalidade.

Na verdade, ele deve ser visto como um instrumento de aperfeiçoamento da justiça constitucional, que, por sua vez, contribui, em determinada proporção, para a efetivação dos direitos fundamentais.

REFERÊNCIAS

AGUIAR, Mirella de Carvalho. **Amicus Curiae**. Salvador: JusPODIVM, 2005.

ALEXY, Robert. Balancing, constitutional review, and representation. **International Journal of Constitutional Law**, v. 3, n. 572, p. 578 e ss., 2005.

ARISTÓTELES. **A Política**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da constituição brasileira**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006

_____. Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo. **Revista Jurídica da Presidência**, Vol. 12, nº 96, Fev./Mai. 2010, p. 5-43.

_____. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. A razão sem voto: A função representativa e majoritária. **Revista de Estudos Institucionais**, vol. 2, 2, 2016, p. 518-546.

BINENBOJM, Gustavo. A democratização da jurisdição constitucional e o contributo da Lei 9.868/99. In: SARMENTO, Daniel (org.). **O controle de constitucionalidade e a Lei 9.868/99**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 139-164.

_____. A interferência do Amigo da Corte nas ações de inconstitucionalidade do Supremo Tribunal Federal e dos Tribunais de Justiça. In: BINENBOJM, Gustavo. **Aspectos processuais do controle abstrato de constitucionalidade no Brasil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

_____. **A nova jurisdição constitucional brasileira: legitimidade democrática e instrumentos de realização**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**. Trad. Marco Aurélio Nogueira. 7. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2000a.

_____. **Democracia e Liberalismo**. Trad. Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Brasiliense, 2000b.

_____. **Estado, Governo e Sociedade**. São Paulo: Paz e Terra, 2007.

_____. **Teoría general de la política**. Coord. M. Bovero. 3. ed. Madrid: Trotta, 2009.

BOBBIO, Norberto. MATTEUCCI, Nicola. PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política**. Trad. Carmen C. Varriale. 13. ed. Vol. 1. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2008.

BOCKENFORDE, Ernest Wolfgan. **La democracia como principio constitucional. Estudios sobre el estado de derecho y la democracia.** Trad. Rafael Agapito Serrano. Madri: Trotta, 2000.

BODART, Bruno Vinícius da Rós. O processo civil participativo – A efetividade constitucional e o Projeto do Novo Código de Processo Civil. **Revista de Processo.** São Paulo: Revista dos Tribunais. v. 205, p. 333 - 345, mar. 2012.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência política.** 10. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2001.

_____. **Curso de Direito Constitucional.** 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial da União.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 14 set. 2017.

_____. Exposição de motivos nº 189 de 29 de abril de 1997. **Diário Oficial da Câmara dos Deputados.** Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1999/lei-9868-10-novembro-1999-369587-exposicaodemotivos-150030-pl.html>. Acesso em: 15 out. 2017.

_____. Emenda Constitucional nº 1 de 17 de outubro de 1969. Edita o novo texto da Constituição Federal de 24 de janeiro de 1967. **Diário Oficial da União.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc01-69.htm. Acesso em: 20 set. 2017.

_____. Emenda Constitucional nº 3 de 17 de março de 1993. Altera os arts. 40, 42, 102, 103, 155, 156, 160, 167 da Constituição Federal. **Diário Oficial da União.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc03.htm. Acesso em: 29 set. 2017.

_____. Emenda Constitucional nº 16 de 26 de novembro de 1965. Altera dispositivos constitucionais referentes ao Poder Judiciário. **Diário Oficial da União.** Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/emecon/1960-1969/emendaconstitucional-16-26-novembro-1965-363609-publicacaooriginal-1-pl.html>. Acesso em: 02 out. 2017.

_____. Emenda Constitucional nº 45 de 30 de dezembro de 2004. Altera dispositivos dos arts. 5º, 36, 52, 92, 93, 95, 98, 99, 102, 103, 104, 105, 107, 109, 111, 112, 114, 115, 125, 126, 127, 128, 129, 134 e 168 da Constituição Federal, e acrescenta os arts. 103-A, 103B, 111-A e 130-A, e dá outras providências. **Diário Oficial da União.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc45.htm. Acesso em: 04 out. 2017.

_____. Lei nº 9.882 de 3 de dezembro de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do § 1º do art. 102 da Constituição Federal. **Diário Oficial da União.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19882.htm. Acesso em: 19 set. 2017.

_____. Lei nº 6.385 de 7 de dezembro de 1976. Dispõe sobre o mercado de valores mobiliários e cria a Comissão de Valores Mobiliários. **Diário Oficial da União**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6385.htm. Acesso em: 19 set. 2017.

_____. Lei nº 8.884 de 11 de junho de 1994. Transforma o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) em Autarquia, dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica e dá outras providências. **Diário Oficial da União**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8884.htm. Acesso em: 19 set. 2017.

_____. Lei nº 9.278 de 10 de maio de 1996. Regula o § 3º do art. 226 da Constituição Federal. **Diário Oficial da União**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9278.htm. Acesso em: 19 set. 2017.

_____. Lei nº 9.868 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 União**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9868.htm. Acesso em: 19 set. 2017.

_____. Lei nº 13.105 de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em: 20 set. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 748/RS. 23 de junho de 1992. Relator Ministro Celso de Mello. **Diário de Justiça**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/process/verProcessoAndamento.asp?incidente=1540188>. Acesso em: 20 set. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.548. Relator Ministro Gilmar Mendes. 22 de Outubro de 2001. **Diário de Justiça**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=197808>. Acesso em: 20 set. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.396. Relator Ministro Celso de Mello. 26 de janeiro de 2005. **Diário de Justiça**. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2268771>. Acesso em: 21 set. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.983. Relator Ministro Marco Aurélio. 18 de junho de 2013. **Diário de Justiça**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4425243>. Acesso em: 21 set. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54. Relator Ministro Marco Aurélio. 17 de junho de 2004. **Diário de Justiça**. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2226954>. Acesso em: 21 set. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. Embargos de Declaração no Agravo Regimental em Recurso Extraordinário nº 465.739. Relator Ministro Ayres Britto. 13 de dezembro de 2004. **Diário de Justiça.** Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2342536>. Acesso em: 25 set. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. Emenda Regimental nº 15 de 30 de março de 2004. **Diário de Justiça.** Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoRegimentoInterno/anexo/RISTF_integral.pdf. Acesso em: 20 set. 2017.

BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. **Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito.** Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

BRITO, Carlos Ayres. O aproveitamento do voto em branco para o fim de determinação de quociente eleitoral: inconstitucionalidade. In: ROCHA, Carmen Lúcia Antunes; VELLOSO, Carlos Mário da Silva. (Orgs.) **Direito Eleitoral.** Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

BUENO, Cássio Scarpinella. **Amicus Curiae no Processo Civil Brasileiro – um terceiro enigmático.** São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. Amicus Curiae no Projeto de novo Código de Processo Civil. **Revista de Informação Legislativa,** Brasília, ano 48, n. 190, abr./jun. 2011, p. 111-121.

CAPPELLETTI, Mauro. **O Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado.** 2. ed. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1992.

_____. **Juízes legisladores?** Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1999.

CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo: Direitos Fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Fundamentos da Constituição.** Coimbra Editora. Coimbra, 1991.

_____. **Direito Constitucional e a Teoria da Constituição.** 7. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2003.

CHUEIRI, Vera Karam de. Como levar o Supremo Tribunal Federal a sério: Sobre a suspensão de Tutela Antecipada n. 91. **Revista Direito GV,** n. 5. São Paulo. Jan-Jun 2009.

CHUEIRI, Vera Karam de; GODOY, Miguel G.. Constitucionalismo e democracia: soberania e poder constituinte. **Rev. direito GV,** São Paulo, v. 6, n. 1, p. 159-174, Junho, 2010.

CLASTRES, Pierre. **A Sociedade contra o Estado.** São Paulo: Cosac & Naify, 1974.

COELHO, Inocêncio Mártires. As idéias de Peter Häberle e a abertura da interpretação constitucional no direito brasileiro. **Revista de Direito Administrativo,** v. 211. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, jan./mar. 1998, p. 125-134.

COHEN, Joshua. **Philosophy, politics, democracy**: Selected papers. Cambridge: Harvard Press University, 2009.

COLLINS, Paul M; SOLOWIEJ, Lisa A. Counteractive lobbying in the U.S. Supreme Court. **Annual Meeting of the Southern Political Science Association**, New Orleans, Louisiana, January, 10-12, 2008.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 2001.

COSTA, Pietro. Democracia Política e Estado Constitucional. In: COSTA, Pietro. **Soberania, Representação, Democracia**: Ensaios de história do pensamento jurídico. Curitiba: Juruá, 2010, p. 235.

COSTA, Rosalina Moitta Pinto da. O amicus curiae como instrumento de participação democrática e de realização dos direitos fundamentais. **Revista da Presidência**, v. 15, n. 106, Jun./Set. 2013, Brasília, p. 339-372.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos da Teoria Geral do Estado**. Rio de Janeiro: Saraiva, 2003.

DA SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 38. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2015.

DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

DE MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**. 3. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2004.

DWORKIN, Ronald. **Law's Empire**. Cambridge: Harvard University Press, 1986.

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

_____. **Uma questão de princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

_____. **A Virtude Soberana: A Teoria e a Prática da Igualdade**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

_____. **Justice for Hedgehogs**. Cambridge: Harvard University Press, 2011.

ELY, John Hart. **Democracy and distrust. A theory of judicial review**. Cambridge: Harvard University, 1980.

FERRAJOLI, Luigi. Pasado y futuro del Estado de derecho. **Revista Internacional de Filosofía Política**, n. 17, 2001, p. 31-45.

_____. **Derechos y garantías**. Madrid: Editorial Trotta, 2004.

_____. **Direito e razão:** teoria do garantismo penal. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. Apontamentos sobre o Controle de Constitucionalidade. In: **Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo**, n. 34, dez. de 1990. pp. 27-44.

_____. O amicus curiae e a democratização e a legitimação da jurisdição constitucional concentrada. **Revista Mestrado em Direito**, ano 8, n. 1. Osasco: Edifineo, 2008, p. 53-72.

FERREIRA, Débora Costa; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Amicus Curiae em números. Nem amigo da Corte, nem amigo da parte? **Revista de Direito Brasileira**, v. 16, n. 7, Jan./Abr. 2017, p. 169-185.

FRIEDRICH. CARL J. **Constitutional Government and Democracy:** Theory and Practice in Europe and America. Calcutta: Oxford & IBH Publishing Co., 1966.

GARGARELLA, Roberto. Constitución y democracia. In: ALBANESE, Susana et al. (Orgs.). **Derecho constitucional**. Buenos Aires: Universidad, 2004.

_____. **La Justicia Frente al Gobierno:** el carácter contramayoritario del poder judicial. Quito: Corte Constitucional para el Período de Transición, 2011.

_____. Em nome da constituição. O legado federalista dois séculos depois. En publicacion. De **Filosofia política moderna Hobbes a Marx Boron, Atilio A. CLACSO**, Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales; DCP-FFLCH, Departamento de Ciencias Políticas, Faculdade de Filosofia Letras e Ciências Humanas, USP, Universidade de São Paulo, 2006.

GARGARI, Rodrigo Díez. Constitucionalismo y democracia: una tensión inevitable. In: GARGARELLA, Roberto; ORTEGA, Roberto Niembro. **Constitucionalismo progresista:** retos y perspectivas un homenaje a Mark Tushnet. Cidade do México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2016, p. 194-222.

GREEN, Leslie. Legal Positivism. **The Stanford Encyclopedia of Philosophy** (Fall 2009 Edition), Edward N. Zalta (ed.). Disponível em: <<http://plato.stanford.edu/archives/fall2009/entries/legal-positivism/>>. Acesso em 05 de Maio de 2016.

GUASTINI, Riccardo. **Estudios de Teoria Constitucional**. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2001.

HÄBERLE, PETER. **Hermenêutica Constitucional – a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição:** contribuição para a interpretação pluralista e ‘procedimental’ da Constituição. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2002.

HARRIS, Michael J. Amicus curiae: friend or foe? The limits of friendship in american jurisprudence. **5 Suffolk J. Trial & App. Advoc.** 1, 6, 2000.

KEARNY, Joseph D.; MERRIL, Thomas W. The influence of Amicus Curiae Briefs on the Supreme Court. **University of Pennsylvania Law Review**. Vol. 148, p. 743-811.

KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

_____. **La Garantia Jurisdiccional de la Constitucion**. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2001.

_____. **Jurisdição Constitucional**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

KOCHEVAR, Steven. **Amici Curiae in Civil Law Jurisdictions**. Yale Law Journal. Yale University Ptes, n. 122, p. 1653-1669, 2013.

KRAUT, Stephan. O princípio da maioria. **Cadernos da Escola do Legislativo**, Belo Horizonte: Assembleia Legislativa do Estado de Minas Gerais, v. 5, n. 9, p. 89-139. jul./dez. 1999.

KRISLOV, Samuel. **The Amicus Curiae Brief: From Friendship to Advocacy**. Yale Law Journal. Yale University Ptes, n. 72, p. 695, 1963.

KURLAND, Phillip B. HUTCHINSON, Dennis J. With friends like these... **American Bar Association Journal**, n. 70, p. 16-21, agosto, 1984.

LAIN, Corina Barrett. Upside-Down Judicial Review. **The Georgetown Law Review**, Vol. 101, 1, 2012.

LASKI, Harold J. **O liberalismo europeu**. São Paulo: Mestre Jou, 1973.

LEAL, Mônica Clarissa Henning. **Jurisdição constitucional aberta – reflexões sobre a legitimidade e os limites da jurisdição constitucional na ordem democrática**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

LUÑO, Antônio Peres. **Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución**. 5. ed. Madrid: Tecnos, 1995.

MCILWAIN, Charles Howard. **Constitutionalism: Ancient and Modern**. Indianapolis: Liberty Fund, 1975.

MACIEL, Adhemar Ferreira. Amicus Curiae: um instituto democrático. **Revista de processo**, n. 106. São Paulo: Revista dos Tribunais, abr./jun. 2002, p. 281-4.

MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle concentrado de constitucionalidade: comentários à Lei n. 9.868, de 10-11-1999**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

MEDINA, Damares. **Amicus curiae: Amigo da Corte ou Amigo da Parte?** São Paulo: Saraiva, 2010.

MENDES, Gilmar Ferreira. Controle de Constitucionalidade: hermenêutica constitucional e revisão de fatos e prognoses legislativos pelo órgão judicial. **Revista Jurídica Virtual**, v.1, n. 8, jan. 2000. Disponível na internet: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_08/cont_constitucionalidade.htm. Acesso em 18/10/2017.

_____. Evolução Do Direito Constitucional brasileiro e o controle de constitucionalidade da lei. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, ano 32, n. 126, abr./jun. 1995, p. 87-102.

_____. **Jurisdição Constitucional**: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha. São Paulo: Saraiva, 2014.

MELO, Mônica de. **Plebiscito, Referendo e Iniciativa Popular**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabries Editor, 2001.

MERRYMAN, John Henry. **The Civil Law Tradition**: An Introduction to the Legal Systems of Western Europe and Latin America. Stanford: Stanford University Press, 1985.

MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. **A tradição da Civil Law**: Uma introdução aos Sistemas Jurídicos da Europa e da América Latina. Tradução de Cássio Casagrande. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2009.

MILL, John Stuart. **Sobre la libertad**. Madrid: Alianza, 1986.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Coimbra: Imprensa, 2000.

_____. Controle da Constitucionalidade e Direitos Fundamentais. **Revista da EMERJ**, v. 6, n. 21, Rio de Janeiro: EMERJ, 2003, p. 61-84.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Notas sobre alguns aspectos do processo (civil e penal) nos países anglo-saxônicos**. Temas de direito processual. São Paulo: Saraiva, 2001.

NAY, Olivier. **História das Ideias Políticas**. Petrópolis RJ: Vozes, 2007.

NINO, Carlos Santiago. **La constitución de la democracia deliberativa**. Barcelona: Gedisa, 1997.

_____. **Introducción al análisis del derecho**. 2. ed. 14ª reimp. Buenos Aires: Astrea, 2007.

NOVECK, Scott M. Is Judicial Review Compatible with Democracy? **Cardozo Public Law, Policy & Ethics Journal**, São Francisco, v. 6, n. 2, p. 401, 2008.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro. Os direitos fundamentais à efetividade e à segurança em perspectiva dinâmica. **Repro**, n. 155. São Paulo: RT, 2008

PEDROLLO, Gustavo Fontana. MARTEL, Letícia de Campos Velho. Amicus Curiae: elemento de participação política nas decisões judiciais-constitucionais. **Revista da AJURIS** n. 99. Porto Alegre: Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul, set. 2006, p. 161-179.

PINTO FERREIRA, Luiz. **Princípios gerais do Direito Constitucional moderno**. São Paulo, 1993.

ROMANO, Santi. **Princípios de Direito Constitucional Geral**. Tradução de Maria Helena Diniz. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

SÁCHICA, Luiz Carlos. **Derecho Constitucional de la Libertad**. Bogotá: Ed. Liberríadel Profesional, 1980.

SANTAMARÍA, Ramiro Ávila. Del Estado legal de derecho al Estado constitucional de derechos y justicia. **Anuario de derecho constitucional latinoamericano**. Ano XV, Montevideo, 2009, p. 775-793.

SANTANA, Jair Eduardo. **Democracia e cidadania**: o referendo com instrumento de participação política. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.

SANTANA, Patrícia da Costa. Um novo hermeneuta para o incremento do acesso à justiça: o *amicus curiae* na tutela coletiva de direitos. In: SILVEIRA, Vladmir Oliveira da; ROVER, Aires José (coord.). **Processo e jurisdição [Recurso eletrônico on-line]**. Florianópolis: FUNJAB, 2012, p. 503-532. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=dba31bb5c7599269>>. Acesso em: 18 out. 2017.

SARTORI, Giovanni. **Que és la democracia?** Tradução: Miguel Ángel Gonzáles Rodríguez. Editorial Patria, Azcapotzalco 1993.

SCHLOZMAN, Kay Lehman. Political voice through amicus curiae briefs: who signs? Who allied with whom? Who wins? **Annual Meeting of the Midwest Political Science Association**. Chicago, Illinois, Abril 12-14, 2007.

SEIPP, David j. **Medieval English Legal History**: Index and Paraphrase of Printed Year Book Reports, 1268-1535. Disponível em: <https://www.bu.edu/law/faculty-scholarship/legal-history-the-year-books/>. Acesso em 20 de setembro de 2017.

SGARBOSSA, Luís Fernando; IENSUE, Geziela. **Direito constitucional em perspectiva comparativa**: os sistemas constitucionais e a jurisdição constitucional. Campo Grande: Instituto Brasileiro de Pesquisa Jurídica – IBPJ, 2017.

SGARBOSSA, Luís Fernando; JENSEN, Geziela; DA COSTA, Igor Sporch; CARMO, Mariana Morsoletto; KRUSE, Bárbara Cristina; MARQUES, Camila Salgueiro da Purificação; BITTENCOURT, Diego Ramires; SOUZA, Gabriel Roman; PARACAT, Hassan; DALAZOANA, Vinícius. Uma crítica à objeção contramajoritária ao controle judicial de constitucionalidade. In: **X Simpósio Nacional de Direito Constitucional - ABDConst**, 2013, Curitiba, PR. Anais do X Simpósio Nacional de Direito Constitucional. Curitiba: ABDConst, 2013. v. 1. p. 132-151.

SIQUEIRA JUNIOR, Paulo Hamilton. **Direito Processual Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2010.

SVAAEDRA, Giovani Agostini. **Jurisdição e Democracia**: uma análise a partir das teorias de Jürgen Habermas, Robert Alexy, Ronald Dworkin e Niklas Luhmann. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

TAVARES, Ana Lúcia de Lyra. A Constituição brasileira de 1988: subsídios para os comparatistas. **Revista de Informação Legislativa**, Senado Federal, Brasília, DF, v. 28, n. 109, p. 71-108, 1991.

TUSHNET, Mark. **Taking the Constitution away from the Courts**. Princeton, NJ: Princeton University Press, 1999.

_____. **Why Constitution matters**. New Haven, CN: Yale University Press, 2010.

URBINATI, Nadia. **Representative Democracy: Principles and Genealogy**. Chicago, Univeristy Press, 2006.

WALZER, Michael. Philosophy and Democracy. **Political Theory**. 1981, Vol 9, n. 3, p. 379-399.

WEBER, Max. **Economía y sociedad: Esbozo de sociología comprensiva**. Madrid: Fondo de Cultura Económca, 2002.

ZAGREBESLK, Gustavo. **El derecho dúctil**. Madrid: Trotta, 2005.