

UNIFIEO – CENTRO UNIVERSITÁRIO FIEO
MESTRADO EM DIREITO

MESTRANDO

LUIZ ROBERTO CARBONI SOUZA

**A LEGITIMAÇÃO DEMOCRÁTICA DO CONTROLE
CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE ATRAVÉS DO
*AMICUS CURIAE***

**OSASCO
2013**

LUIZ ROBERTO CARBONI SOUZA

**A LEGITIMAÇÃO DEMOCRÁTICA DO CONTROLE
CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE ATRAVÉS DO
*AMICUS CURIAE***

Dissertação apresentada à Banca Examinadora do Centro Universitário FIEO - UNIFIEO, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito, tendo como área de concentração a “Positivização e Concretização Jurídica dos Direitos Humanos” inserido na linha de pesquisa “Efetivação Jurisdicional dos Direitos Fundamentais”, sob a orientação da Professora Dra. Anna Candida da Cunha Ferraz.

**OSASCO
2013**

LUIZ ROBERTO CARBONI SOUZA

**A LEGITIMAÇÃO DEMOCRÁTICA DO CONTROLE CONCENTRADO DE
CONSTITUCIONALIDADE ATRAVÉS DO *AMICUS CURIAE***

Dissertação apresentada à Banca Examinadora do Centro Universitário FIEO - UNIFIEO, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito, tendo como área de concentração a “Positivização e Concretização Jurídica dos Direitos Humanos” inserido na linha de pesquisa “**Efetivação Jurisdicional dos Direitos Fundamentais**”, sob a orientação da Professora Dra. Anna Candida da Cunha Ferraz.

Osasco, 27 de fevereiro de 2013.

Prof^a. Dra. Anna Candida da Cunha Ferraz
Orientadora

Dedicatória

Dedico este trabalho à minha família. Aos meus filhos, Ana Beatriz e Luiz Gabriel, dádivas de Deus, que inspiram e me encorajam a seguir em frente. À minha filha Ana Júlia, que embora tenha estado tão pouco tempo entre nós, me ensinou o sentido da provisão e soberania de Deus.

À minha esposa Ana Silvia, meu esteio de todas as horas, cujo amor e companheirismo proporcionaram a finalização deste trabalho

Agradecimentos

Agradeço primeiramente à Deus, pela dádiva da vida. À minha orientadora, Professora Doutora Anna Candida da Cunha Ferraz pela dedicação, pelas orientações e ensinamentos que certamente me acompanharão por toda a minha vida acadêmica. Aos professores do Centro Universitário FIEO, cujas lições me proporcionaram um amadurecimento para o exercício da docência. Aos meus alunos, com os quais diariamente aprendo em sala de aula. Aos meus pais, Luiz Roberto e Maria Wanda, que em oração contribuíram para que este trabalho fosse finalizado.

“O Estado é laico, a sociedade é plural, a ciência é neutra e o direito imparcial”.
Ministra Cármen Lúcia Antunes Rocha, ADI 3.510/DF

RESUMO

A presente dissertação apresenta um estudo da legitimidade democrática das decisões do Supremo Tribunal Federal em sede de controle concentrado de constitucionalidade sob a ótica de sociedade aberta dos intérpretes da Constituição proposta por Peter Häberle, através da figura do *amicus curiae*. Realiza um estudo da evolução do constitucionalismo até o seu estágio contemporâneo e a sua relevância para a interpretação da Constituição e controle de constitucionalidade na tarefa de efetivação dos direitos fundamentais e consolidação de um Estado Constitucional de Direito. Apresenta o *amicus curiae* como instrumento de democratização do debate constitucional no âmbito do controle concentrado de constitucionalidade proporcionando uma interpretação plural e aberta da Constituição.

Palavras-chave: Jurisdição constitucional, sociedade aberta, *amicus curiae*, democratização do controle concentrado.

ABSTRACT

This dissertation presents a study of the democratic legitimacy of the decisions of the Supreme Court in place of concentrated control of constitutionality under the view of the open society of interpreters of the Constitution proposed by Peter Häberle, through the figure of amicus curiae. Conducts a study of the evolution of constitutionalism to its stage and its contemporary relevance for the interpretation of the Constitution and constitutional control in the task of enforcement of fundamental rights and consolidation of a State Constitutional Law. Shows the amicus curiae as an instrument of democratization of constitutional discussion within the concentrated control of constitutionality providing an open and plural interpretation of the Constitution.

Keywords: Constitutional Jurisdiction, open society, amicus curiae, democratization of concentrated control.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1 CONSTITUCIONALISMO E ESTADO CONSTITUCIONAL DE DIREITO	12
1.1 Constitucionalismo.....	12
1.1.1 Constitucionalismo Medieval.....	17
1.1.2 Constitucionalismo Moderno	20
1.2 O Estado de Direito.....	24
1.3 Estado Constitucional de Direito	27
2 JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL	39
2.1 Pressupostos para o controle de constitucionalidade.....	40
2.2 Sistemas de controle de constitucionalidade	42
2.2.1 Sistema da <i>Judicial Review</i> ou Difuso.....	42
2.2.2 Sistema Europeu/ Austríaco ou Concentrado.....	50
2.2.3 Supremacia do Parlamento.....	54
3 CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988	59
3.1 Constituição Política do Império do Brasil, de 1824	59
3.2 Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 1891.....	61
3.3 Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 1934.....	65
3.4 Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 1937	67
3.5 Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 1946	69
3.6 Constituição da República Federativa do Brasil, de 1967	72
3.7 Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988	74
4 HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL: DEMOCRATIZAÇÃO E LEGITIMAÇÃO	79
5 O AMICUS CURIAE NA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL	97
5.1 O <i>amicus curiae</i> : origem e características	97
5.2 O <i>amicus curiae</i> no controle concentrado de constitucionalidade	107
5.2.1 Ação Direta de Inconstitucionalidade	111
5.2.2 Ação Declaratória de Constitucionalidade.....	127
5.2.3 Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental.....	129
5.2.4 Audiências Públicas.....	132

6 O <i>AMICUS CURIAE</i> E A RECENTE JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL	137
6.1 Pesquisa com células tronco embrionárias – ADIn 3.510/DF	137
6.2 A Alegação de Inconstitucionalidade da Lei 11.105/2005	137
6.3 Os <i>Amici Curiae</i>	139
6.4 O Julgamento	143
CONCLUSÃO	154
REFERÊNCIAS	160

INTRODUÇÃO

A presente dissertação trata da legitimidade da jurisdição constitucional por meio da atuação do *amicus curiae*, particularmente sob a ótica da obra de Peter Häberle, “Hermenêutica Constitucional – A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: Contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição”.

A legitimidade da jurisdição constitucional tem sido realizada pela doutrina sob diversos ângulos. Este trabalho, no entanto, se ocupará apenas ao estudo da legitimação democrática das decisões do Supremo Tribunal Federal sob a ótica da interpretação constitucional de uma sociedade aberta de intérpretes.

O atual estágio do constitucionalismo consagra a ideia de Estado Constitucional de Direito. A constituição passa a ter onipresença em todo o ordenamento jurídico por meio dos direitos fundamentais. O conteúdo normativo do texto constitucional, em razão da proteção ao ser humano, é dotado de princípios e valores. O Estado Constitucional de Direito é dotado de uma alta carga axiológica, expressos através dos direitos fundamentais. Neste contexto, ganha relevo a interpretação constitucional e o papel da jurisdição constitucional.

O presente trabalho, no primeiro capítulo, se dedica ao estudo da evolução do Estado absolutista ao Estado Legislativo de direito, como consequência das revoluções americanas e francesa no fim do século XVIII. Estabelecerá, de igual modo, a diferenciação entre Estado legislativo de Direito e Estado Constitucional de Direito, em razão do constitucionalismo contemporâneo.

O segundo capítulo é destinado ao estudo da jurisdição constitucional, incluindo seus pressupostos e os sistemas de controle de constitucionalidade, o surgimento da *judicial review*, o sistema austríaco e a supremacia do parlamento.

O capítulo três realiza um estudo histórico do controle de constitucionalidade nas constituições brasileiras, desde a Constituição Imperial

de 1824, com o objetivo de identificar a disciplina do controle de constitucionalidade na Constituição Federal de 1988.

O capítulo quatro é destinado a hermenêutica constitucional, sob o aspecto da sua democratização, mediante uma interpretação aberta e plural. A partir do estudo da democratização realizada pela Constituição Federal de 1988 pela ampliação do rol estabelecido no artigo 103, questiona-se se tal abertura é suficiente para garantir um debate plural e aberto em sede de controle de constitucionalidade. Questiona-se a legitimidade da jurisdição constitucional a partir do pensamento de Peter Häberle, de uma sociedade aberta de intérpretes da Constituição.

O quinto capítulo é destinado ao estudo do *amicus curiae* como instrumento de abertura e pluralização da jurisdição constitucional. Após breve relato da sua origem e evolução no direito inglês e americano, é objeto de estudo a sua participação e influência para uma verdadeira democratização do controle concentrado de constitucionalidade. Frisa-se que não é objeto do presente trabalho o estudo do instituto do *amicus curiae* enquanto a sua regulamentação e aplicação em outras situações que não seja a do controle concentrado de constitucionalidade.

Finalmente, o presente trabalho estuda a ação direta de inconstitucionalidade nº. 3.510/DF, buscando estabelecer os argumentos apresentados pela Procuradoria Geral da República pela inconstitucionalidade da Lei 11.105/2005, a interpretação constitucional dos *amici*, e por fim, verificar se houve, de fato, contribuição destes para uma democratização do debate constitucional.

1 CONSTITUCIONALISMO E ESTADO CONSTITUCIONAL DE DIREITO

1.1 Constitucionalismo

A origem morfológica do termo constituição vem do latim *constituire*, *constitutio*, *constitutione*, significando constituir, organizar¹.

A palavra constituição, na língua portuguesa, pode ser empregada em vários sentidos e acepções. O termo constituição pode ser utilizado como conjunto dos elementos essenciais de alguma coisa, uma dada estrutura, uma conformação de um objeto². Ao descrevermos um objeto, enumerando os elementos que o compõem, estamos, na realidade, descrevendo a constituição do mesmo. Esses elementos, na sua unidade, revelam a sua constituição, a sua forma de ser.

De todos os termos e significados da palavra constituição, exprime-se a ideia de modo de ser de algo, evidenciando-se, desta forma, a essência, a forma de organização interna de seres e entidades.

Interessa-nos, no entanto, o termo constituição para a ciência jurídica, mais em especial para o Direito Constitucional.

Para Michel Temer, “Constituição significa o ‘corpo’, a ‘estrutura’ de um ser que se convencionou denominar Estado. Por ser nela que podemos localizar as partes componentes do Estado, estamos autorizados a afirmar que somente pelo seu exame é que conhecemos o Estado”.³

Para o Direito, para a Teoria Geral do Estado, Constituição é o conjunto de normas, escritas ou não, que organizam o Estado, regulando a sua formação e o seu funcionamento, regulando a edição de normas jurídicas. É a norma

¹HELAL, João Paulo Castiglioni. *Controle da constitucionalidade: teoria e evolução*. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2006. p. 46.

²TEMER, Michel. *Elementos de direito constitucional*. 22. ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2008. p. 15.

³Id., loc. cit.

fundamental, que dá suporte de validade para as demais normas jurídicas, que a ela se subordinam.

Para José Afonso da Silva, a Constituição do Estado,

[...] considerada sua lei fundamental, seria, então, a organização dos seus elementos essenciais: um sistema de normas jurídicas, escritas ou costumeiras, que regula a forma do Estado, a forma de seu governo, o modo de aquisição e exercício do poder, o estabelecimento de seus órgãos, os limites de sua ação, os direitos fundamentais do homem e suas respectivas garantias. Em síntese, a Constituição é o conjunto de normas que organiza os elementos constitutivos do Estado.⁴

Para Alexandre de Moraes:

Constituição deve ser entendida como a lei fundamental e suprema de um Estado, que contém normas referentes à estruturação do Estado, à formação dos poderes públicos, forma de governo e aquisição do poder de governar, distribuição de competências, direitos, garantias e deveres dos cidadãos.

Manoel Gonçalves Ferreira Filho, por seu turno, esclarece que, por organização jurídica fundamental, deve a Constituição, no sentido jurídico do termo, ser entendida como “o conjunto de regras concernentes à forma do estado, à forma de governo, ao modo de aquisição e exercício do poder, ao estabelecimento de seus órgãos, aos limites de sua ação”.⁵

A ideia de Constituição, como norma superior que regula e organiza o Estado, não é privilégio dos tempos modernos. Essa ideia de uma norma diferenciada, que se sobrepunha sobre as demais e regulava a organização do Estado, já era conhecida dos gregos e dos romanos.⁶

⁴SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 33. ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2010. p. 38.

⁵FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 38. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 37.

⁶“Na Grécia Antiga, a palavra ‘politéia’, derivada do vocábulo ‘pólis’ (Estado, cidade amuralhada), significava Constituição. Aristóteles diferenciava o ‘monói’ (lei ordinária) da ‘politeia’(Constituição), já que esta estabelecia a estrutura e os alicerces do Estado e servia de fundamento de validade para aquele.

Entre os romanos, a expressão ‘rem publicam constituere’ significava constituir, organizar o Estado. Do vocábulo ‘constituere’ derivam as palavras ‘constitutio’ e ‘constitutione’ significando Constituição, ordem normativa fundamental. Posteriormente, deram origem, no século XII, ao vocábulo italiano ‘costituzione’ (Constituição). HELAL, João Paulo Castiglioni. op. cit., p. 46. Neste mesmo sentido, Manuel Gonçalves Ferreira Filho que, embora a distinção entre normas

Conforme o ensinamento de Ferdinand Lassale, “uma Constituição real e efetiva a possuem e não de possuí-la sempre todos os países, pois é um erro julgarmos que a Constituição é uma prerrogativa dos tempos modernos”.⁷

É, no entanto, uma prerrogativa dos tempos modernos o surgimento de Constituições escritas e rígidas, que além de regular a organização do Estado, garantem direitos e prerrogativas dos cidadãos.

Uadi Lammêgo Bulos⁸ esclarece que o termo Constitucionalismo pode ser compreendido em dois sentidos: *constitucionalismo em sentido amplo e constitucionalismo em sentido estrito*.

Constitucionalismo em sentido amplo diz respeito ao “fenômeno relacionado ao fato de todo Estado possuir uma constituição em qualquer época da humanidade, independentemente do regime político adotado ou do perfil jurídico que lhe pretenda irrogar.”⁹

Ao Constitucionalismo, tomado na sua acepção ampla, portanto, pouco importa se o conjunto normativo que funda o Estado é escrito ou consuetudinário, se legitima um poder absoluto e despota, ou se garante aos súditos direitos em face do soberano. “O que interessa, apenas, é a existência explícita ou tácita, de um conjunto de princípios, preceitos, praxes, usos, costumes, etc. que ordenavam, com supremacia e coercitividade, a vida de um povo.”¹⁰

Constitucionalismo em sentido estrito, no entanto, advém de um movimento constitucionalista, “que o alçou ao posto de técnica jurídica de tutela das liberdades públicas”.¹¹

Desta forma, conforme o ensinamento de Dirley da Cunha Júnior, o Constitucionalismo não está ligado ao surgimento de Constituições – ideia presente já nas civilizações antigas, conforme visto -, mas no surgimento de Constituições escritas e rígidas:

constitucionais e ordinárias somente veio a ser valorizada no século XVIII, já era conhecida na antiguidade: “Data da Antiguidade a percepção de que, entre as leis, algumas há que organizavam o próprio poder. São leis que fixam os seus órgãos, estabelecem as suas atribuições, numa palavra, definem a sua Constituição. Na célebre obra de Aristóteles, *A Política*, está clara essa distinção entre leis constitucionais e leis outras, comuns ou ordinárias. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. op. cit., p. 29.

⁷LASSALE, Ferdinand. *O que é uma Constituição*. 2. ed. Campinas: Minelli, 2005. p. 49.

⁸BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 10.

⁹Id., loc. cit.

¹⁰Id. Ibid., p. 11.

¹¹Id., loc. cit.

A ideia de Constituição precede ao próprio Constitucionalismo, entendido este como movimento político-constitucional que pregava a necessidade de elaboração de Constituições escritas que regulassem o fenômeno político e o exercício do poder, em benefício de um regime de liberdades públicas.¹²

Uadi Lammêgo Bulos esclarece que o movimento constitucionalista tem caráter jurídico, social, político e ideológico¹³:

O movimento constitucionalista teve caráter jurídico, social, político e ideológico.

Jurídico, porquanto propôs a regulamentação legal do exercício do poder por intermédio da adoção de constituições escritas, cuja superioridade implica a subordinação de todos os atos governamentais aos seus dispositivos.

Social, porque estimulou o povo a lutar contra a hegemonia do poder absoluto, a fim de dividi-lo, organizá-lo e discipliná-lo.

Político, pois bradou contra a opressão e o arbítrio, em nome da defesa dos direitos e garantias fundamentais.

Ideológico, uma vez que exprimiu a ideologia liberalista, baseada na implantação de um governo das leis e não dos homens. Nesse particular espectro de cunho liberal-burguês, a concepção de constitucionalismo não se restringe a limitar o poder e a garantir as liberdades públicas. Vai mais adiante, abrangendo os diversos quadrantes da vida econômica, política, cultural, social, etc.

Com efeito, o movimento constitucionalista apregoava que todos os Estados deveriam possuir constituições escritas, as quais funcionariam como instrumentos assecuratórios dos direitos e garantias fundamentais. O marco do seu apogeu foi o fim do século XVIII, em oposição ao absolutismo – o “*Ancien Régime*”.

O constitucionalismo não foi o movimento que se destinou a “conferir” uma Constituição aos Estados¹⁴. Foi, no entanto, o movimento que deslocou o

¹²CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Controle de constitucionalidade: teoria e prática*. 1. ed. Salvador: JusPODIVM, 2006. p. 21.

¹³BULOS, Uadi Lammêgo. op. cit., p. 11.

¹⁴Conforme esclarece Dirley da Cunha Júnior: “É preciso insistir, contudo, que mesmo antes do advento do chamado Estado de Direito, já existia um Estado, chamado *Absoluto*, fundado numa Constituição que prescrevia obediência irrestrita ao soberano. Sendo assim, o constitucionalismo, como movimento, não se destinou a conferir “Constituições” aos Estados, que já as possuíam, pelo menos no sentido material, mas sim, a fazer com que as Constituições (os Estados) abrigassem preceitos asseguradores da separação das funções estatais e dos direitos fundamentais”. CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de direito constitucional*. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2009. p. 34.

eixo do poder, cuja titularidade até então era exercida com exclusividade pelo soberano.¹⁵

Dalmo de Abreu Dallari esclarece que, assim como a moderna democracia, o constitucionalismo “tem suas raízes no desmoronamento do sistema medieval, passando por uma fase de evolução que iria culminar no século XVIII, quando surgem os documentos legislativos a que se deu o nome Constituição”¹⁶.

No entanto, há constitucionalistas¹⁷ que encontram em alguns povos da Antiguidade, como os hebreus, gregos e romanos, manifestações esparsas do Constitucionalismo. Karl Loewenstein afirma que o povo hebreu foi o primeiro a praticar o constitucionalismo:

O primeiro povo que praticou o constitucionalismo foram os hebreus. [...]

O regime teocrático dos hebreus se caracterizou – e aqui reside um elemento decisivo da história da organização política – porque o dominante, longe de ostentar um poder absoluto e arbitrário, estava limitado pela lei do Senhor, que submetia igualmente governantes e governados: aqui estava a sua constituição material.¹⁸

Entretanto, mesmo entre os que admitem manifestações do constitucionalismo na Antiguidade, há o reconhecimento de que essa sua fase foi interrompida por um longo período de concentração e abuso de poder. “Com que num movimento cíclico contínuo, esses prematuros regimes constitucionais e democráticos são afastados, para, em seu lugar, reerguerem-se os regimes despóticos, que não atendem a qualquer diploma legal”.¹⁹

¹⁵CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de direito constitucional*, cit., p. 34.

¹⁶DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do Estado*. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 197.

¹⁷O constitucionalismo na Antiguidade teria se manifestado entre os hebreus, os gregos e os romanos. LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. 2. ed. Barcelona: Ariel, 1979. p. 154. TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 26. BULOS, Uadi Lammêgo. op. cit., p. 13.

¹⁸LOEWENSTEIN, Karl. op. cit., p. 154.

¹⁹TAVARES, André Ramos. op. cit., p. 26.

1.1.1 Constitucionalismo Medieval

Durante vários séculos, na Idade Média, os homens viveram sob regimes absolutistas, onde a figura do Estado se confundia com a própria pessoa do governante, o Soberano. As decisões do soberano estavam acima da própria lei, não se sujeitando a qualquer tipo de controle.^{20 21}

Conforme esclarece André Ramos Tavares:

É na Inglaterra que surgem aquelas inquietações dentro da Idade Média que culminam no ressurgimento do constitucionalismo. Nesse país, apesar da tradição consuetudinária de seu Direito, nasceram os primeiros diplomas constitucionais, ainda na Idade Média. Compreende-se essa etapa da evolução constitucional como uma fase de pré-constitucionalismo.²²

José Afonso da Silva esclarece que na Inglaterra encontram-se estatutos assecuratórios de direitos fundamentais, não nos moldes que surgiriam no fim do século XVII. “Tais textos, limitados e às vezes estamentais, no entanto, condicionaram a formação de regras consuetudinárias de mais ampla proteção dos direitos humanos fundamentais”.²³

O primeiro e mais lembrado documento escrito é a Carta Magna, outorgada por João Sem Terra, em 1215. Embora não seja, como se disse, propriamente um documento constitucional, não se pode negar a importância do

²⁰TAVARES, André Ramos. op. cit., p. 26.

²¹A sociedade medieval europeia era composta basicamente de três estamentos: a nobreza, o clero e o povo. Um documento redigido no início do século XI, *Carmen ad Robertum regem*, cuja autoria é atribuída a Adálbero, bispo franco de Laon, explicita a divisão da sociedade medieval estamentada: “A ordem eclesiástica compõe apenas um só corpo, mas a sociedade inteira está dividida em três ordens. A par do já citado corpo, a lei reconhece outras duas condições (sociais): o nobre e o servo não se regem pela mesma lei. Os nobres são guerreiros, os protetores da igrejas. Defendem todo o povo, assim os grandes como os pequenos, além de se protegerem a si próprios. A outra classe é a dos servos. Esta raça de desgraçados nada possui sem sofrimento. A todos, fornecem eles provisões e vestuário, sem os quais os homens livres pouco valem. Assim, pois, a cidade de Deus, tida como uma, é na verdade tríplice. Uns rezam, outros lutam e outros trabalham. As três ordens vivem juntas e não sofreriam uma separação. Os serviços de cada uma dessas ordens tornam possíveis as atividades das duas outras. E cada qual, por sua vez, presta apoio às demais. Enquanto esta lei esteve em vigor, o mundo teve paz. Mas, agora, as leis se debilitam e toda paz desaparece. Mudam os costumes dos homens e muda também a divisão da sociedade”. COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 76.

²²TAVARES, André Ramos. op. cit., p. 27.

²³SILVA, José Afonso da. op. cit., p. 151.

mesmo. Sobre a sua natureza constitucional, nos reportamos a José Afonso da Silva:

Lembremos apenas que a 'Magna Carta', assinada em 1215 mas tornada definitiva só em 1225, não é de natureza constitucional, 'longe de ser a Carta das liberdades nacionais, é, sobretudo, uma carta feudal, feita para proteger os privilégios dos barões e os direitos dos homens livres. Ora, os homens livres, nesse tempo, eram tão poucos que podiam contar-se, e nada de novo se fazia a favor dos que não eram livres.²⁴

Não se pode afirmar que a Carta Magna de 1215 foi propriamente um documento que reconheceu plenamente os direitos fundamentais do ser humano, pois, na realidade, reconheceu certos direitos dos nobres e membros do clero, cerceando e limitando os poderes reais. Esses direitos não eram de todos, mas apenas de uma parcela dos homens, apenas daqueles considerados nobres²⁵. Há que se lembrar também que esses direitos limitavam o poder real, vinculando apenas o rei, mas não limitando o parlamento. Daí a crítica que se faz em relação a esse histórico documento, por não reconhecer os direitos de todos, mas apenas de uma pequena parcela da coletividade. Entretanto, não há como negar seu inestimável valor histórico para a evolução e consagração dos direitos fundamentais do ser humano, consolidação da democracia e queda do regime Absolutista.²⁶

Outro documento igualmente importante, de igual valor histórico, como antecedente do reconhecimento dos direitos fundamentais, é a *Petition of Rights* (Petição de Direitos), de 1628. Como o próprio nome indica, trata-se de uma petição redigida por membros do parlamento inglês, dirigida à sua majestade, pleiteando o reconhecimento de determinados direitos.

O referido documento revestiu-se de um poderoso instrumento de transação entre o Parlamento e o rei. Aquele já detinha o poder financeiro, e este, não podendo gastá-lo sem a permissão dos parlamentares, acatou os pleitos constantes na referida petição, nos seguintes termos: "Petição que, de fato, tendo sido lida e inteiramente compreendida pelo dito senhor rei foi

²⁴SILVA, José Afonso da. op. cit., p. 152.

²⁵COMPARATO, Fábio Konder. op. cit., p. 80.

²⁶Id., loc. cit.

respondida em Parlamento pleno, isto é: Seja feito o direito conforme se deseja”.²⁷

Na realidade, a Petição de Direitos, de 1628, pede a observância e o respeito a direitos já consagrados e reconhecidos pela Magna Carta, em 1215, tornada definitiva em 1225. Isso demonstra que os direitos eram sistematicamente desrespeitados pela monarquia, que somente com o crescimento e afirmação das instituições parlamentares e judiciais foi cedendo às imposições da democracia.

O *Habeas Corpus Act*, 1679, reforçou as reivindicações no âmbito das liberdades. Com posteriores alterações, transformou-se numa das mais sólidas garantias individuais, suprimindo do monarca absolutista uma das suas armas mais utilizadas para oprimir o cidadão: a prisão arbitrária²⁸.

José Afonso da Silva destaca que, dentre os documentos ingleses, o mais importante é o *Bill of Rights* (Declaração de Direitos), de 1688,

[...] pela qual se firmara a supremacia do Parlamento, impondo a abdicação do rei Jaime II e designando novos monarcas, Guilherme III e Maria II, cujos poderes reais limitavam com a declaração de direitos a eles submetida e por eles aceita. Daí surge, para a Inglaterra, a monarquia constitucional, submetida à soberania popular (superada a realeza de direito divino), que teve em Locke o seu principal teórico e que serviu de inspiração ideológica para a formação das democracias liberais da Europa e da América nos séculos XVIII e XIX.²⁹

Fábio Konder Comparato esclarece que, ainda hoje, o *Bill of Rights*, enquanto lei fundamental, permanece como um dos mais importantes textos constitucionais do Reino Unido³⁰. Ao estabelecer nítida separação de poderes no Estado, dando supremacia e especial proteção ao parlamento em relação ao chefe de Estado, esse documento colocou fim ao regime de monarquia absoluta até então existente.³¹

²⁷SILVA, José Afonso da. op. cit., p. 152.

²⁸COMPARATO, Fábio Konder. op. cit., p. 89.

²⁹SILVA, José Afonso da. op. cit., p. 153.

³⁰COMPARATO, Fábio Konder. op. cit., p. 94.

³¹Id. Ibid., p. 93. No mesmo sentido, BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Vale quanto pode: a força jurídica da Constituição como pressuposto elementar do constitucionalismo atual. *Direito Público*, Brasília, ano 4, n. 14, p. 22, out./dez. 2006.

1.1.2 Constitucionalismo Moderno

O constitucionalismo moderno surgiu com as constituições escritas e rígidas dos Estados Unidos da América em 1787, e da França, em 1791 – consequências das declarações americanas e da declaração francesa, no fim do século XVIII.³²

Conforme esclarece J.J. Gomes Canotilho, o constitucionalismo moderno opõe-se ao constitucionalismo antigo, cessando os direitos estamentais que sustentavam o Estado Absolutista³³:

Numa outra acepção, histórico-descritiva – fala-se em constitucionalismo moderno para designar o 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, sugerindo, ao mesmo tempo, a invenção de uma nova forma de ordenação e fundamentação do poder político. Este constitucionalismo, como o próprio nome indica, pretende opor-se ao chamado constitucionalismo antigo, isto é, o conjunto de princípios escritos ou consuetudinários alicerçadores da existência de direitos estamentais perante o monarca e simultaneamente limitadores de seu poder. Estes princípios ter-se-iam sedimentado num tempo longo – desde os fins da Idade Média até ao século XVIII.

O constitucionalismo moderno, portanto, em resposta aos regimes Absolutistas, foi o movimento que utilizou a constituição escrita com a finalidade de tutelar os direitos fundamentais do homem. Essas constituições tinham, portanto, duas ideias básicas: “(1) ordenar, fundar e limitar o poder político; (2) reconhecer e garantir os direitos e liberdades do indivíduo. Os temas centrais do constitucionalismo são, pois, a fundação e legitimação do poder político, e a constitucionalização das liberdades”.³⁴

As primeiras constituições escritas, consequências das declarações de direito americanas e da declaração francesa de 1798, são resultado das ideias liberais e iluministas que permeavam a Europa no século, XVIII. No dizer de

³²CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de direito constitucional*, cit., p. 36.

³³CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 52.

³⁴Id. *Ibid.*, p. 54.

Mirkin Guetzévitch³⁵, as declarações americanas e a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão:

não eram, por seu turno, senão o reflexo do pensamento político europeu e internacional do século XVIII – dessa corrente da filosofia humanitária cujo objetivo era a liberação do homem esmagado pelas regras caducas do absolutismo e do regime feudal. E por que essa corrente era geral, comum a todas as Nações, aos pensadores de todos os países, a discussão sobre as origens intelectuais das Declarações de Direitos americanas e francesas não tem, a bem da verdade, objeto. Não se trata de demonstrar que as primeiras Declarações ‘provém’ de Locke ou de Rousseau. Elas provém de Rousseau, e de Locke e de Montesquieu, de todos os teóricos e de todos os filósofos. As Declarações são obra do pensamento político, moral e social de todo o século XVIII.

O artigo 16 da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789 já proclamava que: “Toda sociedade na qual não está assegurada a garantia dos direitos nem determinada a separação dos poderes, não tem Constituição”.³⁶

O constitucionalismo moderno, portanto, configura uma ruptura com o absolutismo, e a passagem para uma nova fase: o liberalismo³⁷. No Estado Liberal “o indivíduo era considerado detentor de direitos inatos, sendo o Estado guardião das liberdades individuais. Quanto menos sentia a presença do Estado, maior a esfera de liberdade atribuída ao indivíduo”³⁸.

O Constitucionalismo, portanto, movimento político e jurídico, que “visa estabelecer em toda parte regimes constitucionais, quer dizer, governos moderados, limitados em seus poderes, submetidos a constituições escritas”³⁹, está intimamente ligado ao surgimento dos direitos fundamentais.

É possível afirmar que o constitucionalismo moderno, surgido no fim do século XVIII, possibilitou a positivação dos direitos fundamentais. Num primeiro momento, a consagração de direitos que exigiam do Estado uma abstenção – quanto menos interferência do Estado, melhor.

³⁵ Apud, SILVA, José Afonso da. op. cit., p. 157.

³⁶ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. op. cit., p. 33.

³⁷ Id., loc. cit.

³⁸ JUCÁ, Danielle Nascimento. Do Estado liberal ao Estado democrático de direito: um enfoque nas Constituições brasileiras. In: MATIAS, João Luis Nogueira (Org.). *Neoconstitucionalismo e direitos fundamentais*. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 138.

³⁹ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. op. cit., p. 33.

Embora a primeira grande guerra não marque o fim do constitucionalismo, provoca profunda alteração em seu caráter. Os Estados passam a adotar constituições escritas, dissociadas do liberalismo. Surge um Estado social e intervencionista. “A história, portanto, testemunha a passagem do Estado liberal ao Estado social e, conseqüentemente, a metamorfose da Constituição, de Constituição Garantia, Defensiva ou Liberal para Constituição Social, Dirigente, Programática ou Constitutiva”.⁴⁰ Nesse mesmo sentido, o posicionamento de Anna Candida da Cunha Ferraz:

Somente no início do Século XX, particularmente após as grandes guerras mundiais, a revolução industrial e outros fatores vão as constituições abrigarem não apenas as liberdades públicas ou os direitos negativos, já então despidos de sua conotação ideológica originária, também os direitos às prestações positivas do Estado – os chamados direitos econômicos, sociais e culturais reunidos usualmente pela doutrina como “direitos sociais”, que instrumentalizam o exercício dos direitos individuais e que demandam do Estado não apenas o reconhecimento mas também a atuação positiva do Estado na elaboração de políticas públicas, criação de mecanismos e tomada de medidas efetivas para disponibilizar o exercício de direitos a todos os seres humanos.⁴¹

Conforme assevera Dirley da Cunha Júnior,

Assim, no constitucionalismo moderno, a Constituição deixa de ser concebida como simples manifesto político para ser compreendida como uma **norma jurídica fundamental e suprema**, elaborada para exercer dupla função: garantia do existente e programa ou linha de direção para o futuro.⁴²

A limitação do poder do Estado, ora lhe impondo um dever de abstenção, em reconhecimento de direitos individuais, ora impondo-lhe obrigações positivas, com a finalidade de garantir e assegurar direitos dos cidadãos, ora reconhecendo direitos não somente de indivíduos, mas de toda uma coletividade, por meio de uma Constituição escrita e rígida, é fruto do Constitucionalismo.

⁴⁰CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de direito constitucional*, cit., p. 38

⁴¹FERRAZ, Anna Candida da Cunha. Aspectos da positivação dos direitos fundamentais na Constituição de 1988. In: FERRAZ, Anna Candida da Cunha; BITTAR, Eduardo C. B. (Orgs.). *Direitos humanos fundamentais: positivação e concretização*. Osasco: Edifício, 2006. p. 119.

⁴²CUNHA JÚNIOR. Dirley da. *Controle de constitucionalidade: teoria e prática*, cit., p. 22.

Conforme já salientado, desde o início do século XIX, os Estados passaram a adotar como forma de organização política uma constituição escrita e rígida. Isso não quer dizer, no entanto, que em todo o mundo os regimes moderados, liberais, constitucionais tenham sido adotados. Estados autoritários adotaram, muitas vezes, constituições com o intuito de disfarçar o seu viés autoritário, conforme salienta Manoel Gonçalves Ferreira Filho que, “em muitos casos, o êxito do constitucionalismo não foi além das aparências, fornecendo roupagem brilhante para vestir uma realidade adversa.”⁴³

Dalmo de Abreu Dallari esclarece que no século XX, por conveniência política, muitos Estados, descompromissados com a dignidade do ser humano, e com a efetiva consagração de direitos fundamentais, valeram-se de documentos escritos e com forma de constituição na tentativa de criarem uma aparência de Estado Democrático:

Por conveniência política, visando objetivos internos e internacionais, no século XX a Constituição foi também usada, com absoluta impropriedade, por regimes políticos resultantes de acordos de interesses, sem qualquer compromisso com a liberdade e com os direitos fundamentais da pessoa humana, bem como por regimes que se apoiavam apenas na força. Regimes desse tipo costumam editar documentos escritos com o nome e a forma de Constituição, mas sem a legitimidade, o conteúdo e a autoridade de uma Constituição autêntica, tentando, com isso, criar a aparência de Estado democrático. Essa distorção foi facilitada por juristas que desenvolveram uma concepção formalista do direito e da Constituição, qualificando como constitucional o Estado que tivesse uma lei escrita rotulada de Constituição, sem considerar sua origem, seu conteúdo e sua aplicação prática.⁴⁴

Dalmo de Abreu Dallari, citando Karl Loewenstein, esclarece que:

o pedantismo dos constitucionalistas foi muito prejudicial ao direito constitucional, por ter exagerado na sofisticação teórica e na criação de uma terminologia muito rebuscada, criando a impressão de que essa área do Direito só é acessível a especialistas e acabando por dar maior atenção à discussão de sutilezas teóricas do que aos objetivos práticos da Constituição. Uma consequência grave, e muito negativa, da supervalorização de questões teóricas e abstratas por especialistas em Direito Constitucional tem sido a utilização de

⁴³ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. op. cit., p. 34.

⁴⁴ DALLARI, Dalmo de Abreu. *A Constituição na vida dos povos: da idade média ao século XXI*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 163.

tais questionamentos por governantes arbitrários, para justificar a aplicação de preceitos constitucionais ou para acobertar a prática intencional de inconstitucionalidade.⁴⁵

Durante o século XX, portanto, alguns Estados, autoritários e descompromissados com a efetiva garantia dos direitos fundamentais do homem, fizeram uso de constituições escritas, na tentativa de dar uma ‘roupagem’ constitucional às suas políticas, atentatórias à dignidade humana e contrária a uma efetiva constituição material construída pelo constitucionalismo moderno.⁴⁶

1.2 O Estado de Direito

O Constitucionalismo moderno, como instrumento de limitação do poder estatal através de constituições rígidas com nítida função de tutelar as liberdades individuais por meio de um documento jurídico com força vinculante, acabou por colocar fim aos regimes absolutistas.

De fato, o absolutismo, como forma de Estado, que confere ao soberano poderes ilimitados e aos indivíduos apenas e tão somente deveres, não se coaduna com o movimento intitulado constitucionalismo. Há uma substituição do governo de homens, por um governo de leis. Em substituição ao Estado Absolutista surgiu um novo Estado: o Estado de Direito.

Luigi Ferrajoli esclarece que o termo “Estado de Direito” pode ser compreendido em duas acepções:

Com a expressão Estado de Direito se entendem, habitualmente, em seu uso corrente, duas coisas diferentes que é oportuno distinguir com rigor. Em sentido *lato*, fraco ou formal, “Estado de Direito” designa qualquer ordenamento em que os poderes públicos são conferidos pela lei e exercidos pelas formas legalmente estabelecidas. Neste sentido, corresponde ao uso alemão da terminação *Rechtsstaat*, são Estados de

⁴⁵DALLARI, Dalmo de Abreu. *A Constituição na vida dos povos: da idade média ao século XXI*, cit., p. 163.

⁴⁶Inserem-se nesse contexto as ditaduras militares na América Latina, Argentina, Chile, Uruguai; Paraguai, de Alfredo Stroessner; o regime fascista de Benedito Mussolini na Itália e o regime nazista na Alemanha de Adolf Hitler.

Direto todos os ordenamentos jurídicos modernos, inclusive os mais antiliberais, em que os poderes públicos têm uma fonte legal. Em um segundo sentido, forte ou substancial, “Estado de Direito” designa, em mudança, somente aqueles ordenamentos em que os poderes públicos estão, ademais, sujeitos à lei (e, por tanto, limitados ou vinculados por ela), não somente as formas mas também em seus conteúdos. Neste significado mais restrito, que é o predominante no uso italiano, são Estados de Direito aqueles ordenamentos em que todos os poderes, incluindo o legislativo, estão vinculados ao respeito de princípios substanciais, estabelecidos pelas normas constitucionais, como a divisão dos poderes e os direitos fundamentais.⁴⁷

Nesse Estado Legislativo de Direito, a única forma de legitimação do direito era a Lei e o Princípio da Legalidade, na medida em que uma norma jurídica não era válida por ser justa, mas, sim, exclusivamente por haver sido posta por uma autoridade dotada de competência normativa:

O Estado de Direito moderno nasce, com a forma de Estado Legislativo de Direito, no momento em que este exemplo atinge realização histórica, precisamente com a afirmação do princípio da legalidade como único critério para a identificação da lei válida e existente, independentemente da sua valoração como justa. Graças a este princípio e sua codificação, que é sua realização, uma norma jurídica é válida não por ser justa, e sim exclusivamente por haver sido posta por uma autoridade dotada de competência normativa.⁴⁸

⁴⁷Tradução livre do autor. No original: “Em sentido lato, débil o formal, “Estado de Derecho” designa cualquier ordenamiento em el que lós poderes públicos son conferidos por la ley y ejercitados em las formas y com lós procedimientos legalmente establecidos. Em este sentido, correpondiente al uso alemán del término *Rechtssaar*, son Estados de Derecho todos lós ordenamientos jurídicos modernos, incluso los más antiliberales, en los que los poderes públicos tienen una fuente y una forma legal. Em segundo sentido, fuerte o substancial, “Estado de Derecho” designa, em cambio, sólo aquellos ordenamientos em los que los poderes públicos están, además, sujetos a la ley (y, por tanto, limitados o vinculados por ella), no sólo em lo relativo a las formas, sino también em lós contenidos. En este significado más restringido, que es el predominante em el uso italiano, son estados de Derecho aquellos ordenamientos em los que todos los poderes, incluido el legislativo, están vinculados al respeto de principios sustanciales, establecidos por las normas constitucionales, como la división de poderes y los derechos funamentales.” FERRAJOLI, Luigi. *Passado y futuro del Estado de derecho*. In: CARBONEL, Miguel (Org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. 4. ed. Madrid: Trotta, 2009. p. 13.

⁴⁸Tradução livre do autor. No vernáculo original: El Estado de Derecho moderno nace, com La forma del *Estado legislativo de Derecho*, em el momento em que essa instancia alcanza realización histórica, precisamente, com La afirmación del Derecho válido y antes aún existente, com idependencia de su valoración como justo. Gracias a este principio y a lãs codificaciones que son su actuación, una norma jurídica es válida no por ser justa, sino exclusivamente por haber sido ‘puesta’ por una autoridad dotada de competencia normativa. *Id. Ibid.*, p. 16.

No Estado de Direito instaurado com o constitucionalismo moderno, no final do século XVIII, passou a vigorar a predominância da lei no ordenamento jurídico, de forma extremamente individualista, patrimonialista, conforme esclarece Dalmo de Abreu Dallari:

Como já foi assinalado, a criação da Constituição escrita, no final do século XVIII, teve imediata repercussão política. Entretanto, quanto ao tratamento jurídico das relações humanas prevaleceu uma orientação doutrinária ultra individualista, privatista e patrimonialista, que, associada a um rigoroso legalismo formalista, levou à predominância do Direito Civil, o que se tornou definitivo com a publicação do Código Civil francês, em 1804. A Constituição teve um alcance jurídico muito limitado durante o século XIX, sendo concebida como uma espécie de código da ordem pública, no qual se definia a organização básica do governo e se fixavam as regras para sua atuação. O papel mais relevante da Constituição era a fixação de estritos limites para a atuação do Estado.⁴⁹

Luis Roberto Barroso esclarece que nessa nova configuração do Estado ocorre o monopólio da produção jurídica sob o princípio da legalidade. A lei passa a ser o fator de unidade e estabilidade do direito. Ressalta que, “a partir daí, a doutrina irá desempenhar um papel predominantemente descritivo das normas em vigor. E a jurisprudência se torna, antes e acima de tudo, uma função técnica de conhecimento, e não de produção do Direito”.⁵⁰ Ao magistrado não cabia interpretar a lei. Sua função era de mero aplicador do direito através da subsunção.

Houve, nesse período, a perfeita separação do direito entre público e privado. O direito público, as constituições e os códigos administrativos, diziam respeito à organização dos poderes do Estado, tão somente. Os códigos civis e comerciais, às necessidades jurídicas da sociedade civil.⁵¹ Às constituições, não cabia regular situações da vida civil, isto caberia à lei em sentido estrito. Conforme esclarece J. J. Gomes Canotilho, reduz-se “a constituição a simples lei do Estado e do seu poder. A constituição só se compreende através do Estado.

⁴⁹DALLARI, Dalmo de Abreu. *A Constituição na vida dos povos: da idade média ao século XXI*, cit., p. 309.

⁵⁰BARROSO, Luis Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção de um novo modelo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 244.

⁵¹CANOTILHO, J. J. Gomes. op. cit., p. 89.

O conceito de Estado Constitucional servirá para resolver este impasse: a constituição é uma lei proeminente que conforma o Estado”.⁵²

Conforme assinala Roger Stiefelmann Leal, essa *sacralização da lei*, dentre outros fatores históricos, impossibilitou que a Europa instituísse, à semelhança do que fez os Estados Unidos da América, um controle de constitucionalidade antes da segunda guerra mundial.⁵³

1.3 Estado Constitucional de Direito

Luis Roberto Barroso esclarece que, ao longo dos últimos quinhentos anos, é possível identificar, ao menos, três formas de manifestação estatal: o Estado pré-moderno, o Estado de direito e o Estado constitucional de direito.⁵⁴

Esclarece o autor que Estado pré-moderno é aquele anterior à consagração da legalidade, ao Estado de direito legislativo. Doutrina e jurisprudência desempenham o papel criativo e normativo do direito.^{55 56}

O Estado de direito, por seu turno, é o Estado legislativo, onde a produção jurídica passou a ser monopólio estatal, sob o princípio da legalidade, conforme já explicitado. À doutrina, cabe um papel predominantemente descritivo do direito, e à jurisprudência, uma função técnica de conhecimento, e não de produção do Direito.⁵⁷

O Estado Constitucional de Direito, se contrapõe ao Estado de direito na seguinte medida: enquanto esse se apresenta como um governo de leis, e não de homens, em flagrante contraposição ao absolutismo, o Estado Constitucional

⁵²CANOTILHO, J. J. Gomes. op. cit., p. 89.

⁵³LEAL, Roger Stiefelmann. *O efeito vinculante na jurisdição constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 46. Esse assunto será melhor detalhado no item 2.2.2 deste trabalho.

⁵⁴BARROSO, Luis Roberto. op. cit., p. 243. No mesmo sentido, FERRAJOLI, Luigi. op. cit., p. 14.

⁵⁵BARROSO, Luis Roberto. op. cit., p. 244.

⁵⁶“No Estado pré-moderno, a formação do Direito não era legislativa, mas jurisprudencial e doutrinária. Não havia um sistema unitário e formal de fontes, mas uma multiplicidade de ordenamentos, provenientes de instituições concorrentes: o Império, a Igreja, o Príncipe, os feudos, os municípios e as corporações. O direito “comum” era assegurado pelo desenvolvimento e atualização da velha tradição romanística e tinha sua validade fundada na intrínseca racionalidade ou na justiça de seu conteúdo. FERRAJOLI, Luigi. op. cit., p. 15.

⁵⁷BARROSO, Luis Roberto. op. cit., p. 244.

de Direito apresenta-se como um Estado cuja característica é a subordinação da lei à Constituição, conforme Luis Roberto Barroso:

Estado de direito expressa a ideia de supremacia da lei – “governo de leis e não de homens”, na formulação clássica –, estando subentendido: a) a submissão da Administração (e dos particulares, naturalmente) à ordem jurídica; e b) a interpretação e aplicação do Direito por juízes independentes. Como assinala Zagrebelsky, a expressão “Estado de direito” traz em si um valor e uma direção. O valor é a eliminação da arbitrariedade na relação da Administração com os indivíduos; a direção é a inversão da relação entre poder e Direito, que deixa de ser, como no Estado absolutista e no Estado de polícia, o rei faz a lei – *rex facit legem* – e passa a ser *Lex facit regem*. Na visualização histórica do autor italiano, até chegar ao Estado constitucional da atualidade, caracterizado pela subordinação da lei à Constituição, o Estado foi absolutista no século XVII, foi de polícia ou do despotismo esclarecido no século XVIII, e de direito no século XIX.⁵⁸

O Constitucionalismo moderno, concebido no fim do século XVIII, tendo como inspiração os ideais iluministas, proporcionando uma limitação do poder através de constituições rígidas e instituindo uma nova concepção de Estado, o Estado de Direito, permaneceu incontestável até meados do século XX. Originou-se, então, na Europa, um novo pensamento constitucional, “voltado a reconhecer a supremacia material e axiológica da Constituição, cujo conteúdo, dotado de força normativa e expansiva, passou a condicionar a validade e a compreensão de todo o Direito e a estabelecer deveres de atuação para os órgãos de direção política”.⁵⁹

Segundo Dirley da Cunha Júnior, “esse pensamento que recebeu a sugestiva denominação de ‘neoconstitucionalismo’⁶⁰, proporcionou o florescimento de um novo paradigma jurídico: o *Estado Constitucional de Direito*”.⁶¹

Dirley da Cunha Júnior esclarece que o novo constitucionalismo estabelece uma nova teoria jurídica, na medida que proporciona uma mudança de paradigma do Estado de Direito ao Estado Constitucional de Direito. Segundo

⁵⁸BARROSO, Luis Roberto. op. cit., p. 243.

⁵⁹CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de direito constitucional*, cit., p. 39.

⁶⁰O neoconstitucionalismo também é chamado de “novo constitucionalismo”, e “constitucionalismo contemporâneo”.

⁶¹CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de direito constitucional*, cit., p. 39.

o autor, o neoconstitucionalismo proporciona a passagem da lei e do princípio da legalidade para a periferia do sistema jurídico, e o trânsito da Constituição e do Princípio da Constitucionalidade para o centro de todo o sistema normativo. Reconhece-se a Constituição como verdadeira norma jurídica, dotada de força normativa vinculante e obrigatória, com intensa carga valorativa.⁶²

A Constituição passa a ter um conteúdo com forte presença de direitos, princípios e valores⁶³. A par desse conteúdo, a Constituição prevê um sistema de controle de constitucionalidade das leis e atos normativos, conforme o entendimento de André Rufino do Vale:

Não se trata, portanto, de um movimento, mas de um conjunto de posturas teóricas que adquiriram sentidos comuns ao tentar explicar o direito dos Estados constitucionais, especificamente aqueles que, a partir do segundo pós-guerra, em momentos históricos de repúdio aos recém-depostos regimes autoritários, adotaram constituições caracterizadas pela forte presença de direitos, princípios e valores e de mecanismos rígidos de fiscalização da constitucionalidade – manejados por um órgão jurisdicional especializado, normalmente o Tribunal Constitucional – como as Constituições da Itália (1948) e Espanha (1978), contexto no qual as Constituições de Portugal (1976) e do Brasil (1988) inserem-se perfeitamente.⁶⁴

Dalmo de Abreu Dallari esclarece que esse novo constitucionalismo possui uma forte orientação humanista, pois busca o reconhecimento e a

⁶²CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de direito constitucional*, cit., p. 39.

⁶³“O valor normativo supremo da Constituição não surge, bem se vê, de pronto, como uma verdade autoevidente, mas é resultado de reflexões propiciadas pelo desenvolvimento da História e pelo empenho em aperfeiçoar os meios de controle do poder, em prol do aprimoramento dos suportes da convivência social e política. Hoje, é possível falar em um momento de constitucionalismo que se caracteriza pela superação da supremacia do Parlamento. O instante atual é marcado pela superioridade da Constituição, a que se subordinam todos os poderes por ela constituídos, garantida por mecanismos jurisdicionais de controle de constitucionalidade. A Constituição, além disso, se caracteriza pela absorção de valores morais e políticos (fenômeno por vezes designado como materialização da Constituição), sobretudo em um sistema de direitos fundamentais autoaplicáveis. Tudo isso sem prejuízo de se continuar a afirmar a ideia de que o poder deriva do povo, que se manifesta ordinariamente por seus representantes. A esse conjunto de fatores vários autores, sobretudo na Espanha e na América Latina, dão o nome de neoconstitucionalismo”. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 59.

⁶⁴VALE, André Rufino do. Aspectos do neoconstitucionalismo. *Direito Público*, Brasília, ano 4, n. 14, p. 137, out./dez. 2006.

efetivação dos direitos fundamentais de todos os seres humanos.⁶⁵ Nesse sentido:

(...) Nessa visão humanista, tudo o que se refere às características naturais da pessoa humana, seus valores fundamentais, à satisfação de suas necessidades materiais e imateriais e ao desenvolvimento de suas potencialidades, tudo isso integra a noção de dignidade humana e deve ter garantia jurídica.⁶⁶

Em consequência a essa ampla noção de direitos da pessoa humana, a Constituição torna-se onipresente. Nada que diga respeito a qualquer direito da pessoa humana foge ao alcance da Constituição. “Nada que tenha alguma importância jurídica, por mínima que seja, fica fora do alcance das disposições constitucionais, podendo-se afirmar em consequência, como já fizeram eminentes juristas, que a Constituição é onipresente.”⁶⁷

Dalmo de Abreu Dallari reforça a ideia de que o novo constitucionalismo tem como característica básica a abrangência ampla da Constituição, em razão da proteção ao ser humano:

Aí está o registro claro e objetivo de uma das características básicas do neoconstitucionalismo, que é a abrangência ampla da Constituição, atingindo praticamente a totalidade dos atos humanos, assim como a própria pessoa humana, concebida individualmente ou na sua vida associativa, naquilo que lhe diz respeito direta ou indiretamente, pela simples circunstância de ser uma pessoa humana.⁶⁸

Conforme assevera Dirley da Cunha Júnior, esta visão humanista da Constituição provocou uma mudança de postura dos textos constitucionais contemporâneos. Ao contrário das Constituições do passado, que se limitavam a estabelecer fundamentos de organização do Estado e do Poder, as Constituições do pós-guerra incorporaram de forma explícita em seus textos

⁶⁵DALLARI, Dalmo de Abreu. *A Constituição na vida dos povos: da idade média ao século XXI*, cit., p. 313.

⁶⁶Id. Ibid., p. 314.

⁶⁷Id., loc. cit.

⁶⁸Id. Ibid., p. 315.

valores associados à dignidade da pessoa humana e aos direitos fundamentais, além de direitos de segunda geração.⁶⁹

Prieto Sanchís traça cinco características marcantes no neoconstitucionalismo: i) mais princípios que regras; ii) mais ponderação que subsunção; iii) onipresença da Constituição no ordenamento jurídico; iv) protagonismo do judiciário em detrimento do legislador na interpretação da Constituição; v) presença de uma constelação plural de valores:

(...) O constitucionalismo está impulsionando uma nova teoria do direito, cujas características mais predominantes caberiam resumir em os seguintes títulos, expressivos de outras tantas orientações ou linhas de evolução: mais princípios que regras; mais ponderação que subsunção, onipresença da Constituição em todas as áreas jurídicas e em todos os conflitos minimamente relevantes, em substituição a lacunas em favor da opção legislativa ou regulamentar; onipotência judicial em lugar do legislador ordinário; e, por último, coexistência de uma constelação plural de valores, às vezes tendencialmente contraditórios, em lugar de uma homogeneidade ideológica em torno a um punhado de princípios coerentes entre si e em torno, sobre todo, as sucessivas opções legislativas.⁷⁰

Desta forma, de acordo com este modelo de Constituição traçado pelo novo constitucionalismo,

a Constituição é marcada pela presença de princípios especificamente, de normas de direitos fundamentais que, por constituírem a positivação (expressão normativa) de valores da comunidade, são caracterizadas por seu denso conteúdo normativo de caráter material ou axiológico, que tende a influenciar todo o ordenamento jurídico e vincular a atividade pública e privada.⁷¹

⁶⁹CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de direito constitucional*, cit., p. 40.

⁷⁰Tradução livre do autor. No vernáculo original: (...) El constitucionalismo está impulsando una nueva teoría Del Derecho, cuyos rasgos más sobresalientes cabría resumir en los siguientes cinco epígrafes, expresivos de otras tantas orientaciones o líneas de evolución: más principios que reglas; ; más ponderación que subsunción, onipresencia de La Constitución em todas lãs áreas jurídicas y em todos los conflictos mínimamente relevanes, em lugar de espacios exentos em favor de La opción legislativa o reglamentaria; onipotencia judicial em lugar de autonomía del legislador ordinário; y, por último, coexistência de una constelación plural de valores, a veces tendencialmente contradictorios, em lugar de homogeneidad ideológica em torno a um puñado de principios coherentes entre si y em torno, sobre todo, a lãs sucesivas opciones legislativas. PRIETO SANCHÍS, Luis. *Neoconstitucionalismo y ponderación judicial*. In: CARBONEL, Miguel (Org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. 4. ed. Madrid: Trotta, 2009. p. 131.

⁷¹VALE, André Rufino do. op. cit., p. 138.

Nesse sentido, conforme assevera Dirley da Cunha Júnior,

foi marcadamente decisivo para o delineamento desse novo Direito Constitucional, a reaproximação entre o Direito e a Moral, o Direito e a Justiça e demais valores substantivos, a revelar a importância do homem e sua ascendência a filtro axiológico de todo o sistema político e jurídico, com a consequente proteção dos direitos fundamentais e dignidade da pessoa humana.⁷²

As principais características do neoconstitucionalismo, segundo André Rufino do Vale⁷³, em consonância com o posicionamento de Prieto Sanchís, são: a) princípios e valores são componentes elementares dos sistemas jurídicos constitucionais; b) a ponderação de valores passa a ser método de interpretação para a solução de conflito de valores constitucionalizados; c) a Constituição passa a ser compreendida como um sistema normativo que irradia seus efeitos sobre todo o ordenamento jurídico, vinculando o Poder em todas as suas esferas, bem como ao particular; d) protagonismo dos magistrados em interpretar a Constituição no sentido de efetivá-la; e) a conexão entre Direito e moral.

Esta conexão entre Direito e moral ocorre por intermédio dos direitos fundamentais, que expressam os valores morais de uma comunidade em determinado momento histórico. Conforme salienta André Rufino do Vale⁷⁴, “as exigências éticas de dignidade necessitam do Direito para serem realizadas e, assim, adquirirem normatividade com a positivação em normas de direitos fundamentais. Devido à presença dessas normas, os ordenamentos jurídicos deixam-se impregnar por conteúdos morais”.

André Rufino do Vale demonstra, portanto, que as normas de direitos fundamentais possuem dupla normatividade, moral e jurídica; e uma dupla dimensão, axiológica e deontológica. As normas de direitos fundamentais são, portanto, o ponto de encontro entre o Direito e a moral, e desta forma, a

⁷²CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de direito constitucional*, cit., p. 41.

⁷³VALE, André Rufino do. op. cit., p. 137.

⁷⁴Id. Ibid., p. 139.

argumentação e interpretação a serem desenvolvidas sobre essas normas devem ser, a um só tempo, jurídica e moral.⁷⁵

Os direitos fundamentais assumem, portanto, a par da sua dimensão subjetiva – assegurando aos seus titulares direitos subjetivos em face do Estado – uma dimensão objetiva, ao formar a base de todo o ordenamento jurídico constitucional de um Estado de Direito Democrático.⁷⁶ No constitucionalismo contemporâneo, os direitos fundamentais passam a ser a própria configuração do Estado Constitucional de Direito.

Ao contrário da dimensão subjetiva, a percepção objetiva dos direitos fundamentais independe de seus titulares, dos sujeitos de direitos.⁷⁷

Paulo Gustavo Gonet Branco, comentando sobre o significado dos direitos fundamentais como uma dimensão objetiva, esclarece que:

A dimensão objetiva resulta do significado dos direitos fundamentais como princípios básicos da ordem constitucional. Os direitos fundamentais participam da essência do Estado de Direito democrático, operando como limite do poder e como diretriz para a sua ação. As constituições democráticas assumem um sistema de valores que os direitos fundamentais revelam e positivam. Esse fenômeno faz com que os direitos fundamentais influam sobre todo o ordenamento jurídico, servindo de norte para a ação de todos os poderes constituídos.

Os direitos fundamentais, assim, transcendem a perspectiva da garantia de posições individuais, para alcançar a estrutura de normas que filtram os valores básicos da sociedade política, expandindo-os para todo o direito positivo. Formam, pois, a base do ordenamento jurídico de um Estado democrático.⁷⁸

Constitui a conformação da ordem jurídica para que os direitos fundamentais exerçam o papel de elementos condicionantes da produção e concretização do próprio direito.

⁷⁵VALE, André Rufino do. op. cit., p. 140.

⁷⁶MENDES, Gilmar Ferreira. Os direitos fundamentais e seus múltiplos significados na ordem constitucional. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, n. 10, p. 2, jan. 2002. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 11 dez. 2010.

⁷⁷DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. 1. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2008. p. 118.

⁷⁸BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. op. cit., p. 190.

Gilmar Ferreira Mendes afirma que entre nós, assim como na Lei Fundamental Alemã, os direitos fundamentais exercem papel de elemento da ordem jurídica objetiva:

A par do seu inegável significado como direito de proteção ou de defesa contra atos lesivos por parte do Poder Público, cumprem os direitos fundamentais um relevante papel como elementos da ordem jurídica objetiva da comunidade. (...) Também entre nós pode-se afirmar que, ao gravar os direitos fundamentais com a cláusula de eternidade (CF, art. 60, §4º), pretendeu o constituinte explicitar o especial significado objetivo dos direitos fundamentais como elementos da ordem jurídica objetiva.

Tal como observado por Hesse, os direitos fundamentais contêm elementos essenciais não só do sistema democrático (igualdade, liberdade de opinião, liberdade de reunião, igualdade de oportunidade), mas também do próprio Estado de Direito (vinculação dos Poderes Públicos aos direitos fundamentais). Também as regras básicas sobre casamento, família, propriedade e direito de sucessão configurariam, para Hesse, os fundamentos da ordem jurídica privada.⁷⁹

Robert Alexy, ao analisar os efeitos irradiantes dos direitos fundamentais no ordenamento jurídico, esclarece que o Tribunal Constitucional Alemão reconheceu que os direitos fundamentais exercem um papel de ordem objetiva de valores:

Segundo a jurisprudência reiterada do Tribunal Constitucional Federal, as normas de direitos fundamentais contêm não apenas direitos subjetivos de defesa do indivíduo contra o Estado, elas representam também uma ordem objetiva de valores, que vale como decisão constitucional fundamental para todos os ramos do direito, e que fornece diretrizes e impulsos para a legislação, a Administração e a jurisprudência.⁸⁰

Luigi Ferrajoli destaca que as condições de validade das leis e normas jurídicas não estão mais atreladas tão somente à forma de sua produção. Uma norma que, a princípio, possa ter sido concebida do ponto de vista formal validamente, pode vir a ser considerada inválida em razão do seu contraste com o significado dos valores prestigiados pela Constituição. A Constituição não

⁷⁹MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 120-121.

⁸⁰ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Ed., 2008. p. 524.

disciplina apenas a forma de produção legislativa, mas impõe proibições e obrigações de conteúdo, associadas aos valores impregnados aos direitos fundamentais:

Principalmente, mudam as condições de validade das leis, dependentes não somente da forma de sua produção, mas também da coerência de seu conteúdo com os princípios constitucionais. A existência (ou vigência) das normas, que no paradigma do antigo positivismo se havia dissociado da justiça, se dissocia agora também da validade, sendo possível que uma norma formalmente válida, e por conseguinte vigente, seja substancialmente inválida pelo contraste de seu significado com normas constitucionais, como por exemplo, o princípio da igualdade e os direitos fundamentais.⁸¹

Conforme já salientando por J.J. Gomes Canotilho, Estado Constitucional de Direito é o Estado moldado pela Constituição. A Constituição é a lei proeminente que conforma o Estado.⁸²

J. J. Gomes Canotilho assevera que o Estado Constitucional é aquele que se estrutura como um Estado de direito democrático:

O Estado constitucional não é nem deve ser apenas um Estado de direito. Se o princípio do Estado de direito se revelou como uma “linha Maginot” entre “Estados que têm uma constituição” e “Estados que não têm uma constituição”, isso não significa que o Estado Constitucional moderno possa limitar-se a ser apenas um Estado de direito. Ele tem de estruturar-se como **Estado de direito democrático**, isto é, como uma ordem de domínio legitimada pelo povo. A articulação do “direito” e do “poder” no Estado constitucional significa, assim, que o poder do Estado deve organizar-se e exercer-se em termos democráticos. O princípio da soberania popular é, pois, uma das traves mestras do Estado constitucional. O poder político deriva do “poder dos cidadãos”.⁸³

⁸¹Tradução livre do autor. No vernáculo original: Ante todo, cambian las condiciones de validez de las leyes, dependientes ya no solo de la forma de su producción sino también de la coherencia de sus contenidos con los principios constitucionales. La existencia (o vigencia) de las normas, que en el paradigma paleo-iuspositivista se había dissociado de la justicia, se disocia ahora también de la validez, siendo posible que una norma formalmente válida, y por consiguiente vigente, sea sustancialmente inválida por el contraste de su significado con normas constitucionales, como por ejemplo el principio de igualdad o los derechos fundamentales. FERRAJOLI, Luigi. op. cit., p. 18.

⁸²CANOTILHO, J. J. Gomes. op. cit., p. 89.

⁸³Id. Ibid., p. 98.

Esclarece, ainda, o autor que o Estado Constitucional é aquele dotado de duas qualidades: Estado de Direito e Estado Democrático:

O Estado Constitucional, para ser um estado com as qualidades identificadas pelo constitucionalismo moderno, deve ser um **Estado de direito democrático**. Eis aqui as duas grandes qualidades do Estado constitucional: Estado de direito e Estado democrático. Estas duas qualidades surgem muitas vezes separadas. Fala-se em Estado de direito, omitindo-se a dimensão democrática, e alude-se a Estado democrático silenciando a dimensão de Estado de direito. Esta dissociação corresponde, por vezes à realidade das coisas: existem formas de domínio político onde este domínio não está domesticado em termos de Estado de direito e existem Estados de direito sem qualquer legitimação em termos democráticos. O Estado constitucional democrático de direito procura estabelecer uma conexão interna entre democracia e Estado de direito.⁸⁴

Conforme esclarece Luis Roberto Barroso, Estado democrático de direito conjuga duas expressões que são próximas, embora não se confundam: constitucionalismo e democracia.⁸⁵ Constitucionalismo está ligado à ideia de limitação do Estado através da própria Constituição. Democracia, diz o autor, está ligada, em aproximação sumária, à ideia de governo da maioria. “Entre constitucionalismo e democracia podem surgir, eventualmente, pontos de tensão: a vontade da maioria pode ter de estancar diante de determinados conteúdos materiais, orgânicos ou processuais da Constituição”.

Meirelle Delmas Marty esclarece que “a democracia não se resume à supremacia da opinião de uma maioria; ela comanda um equilíbrio que assegura às minorias um tratamento justo e que evita qualquer abuso de uma posição dominante”⁸⁶. A democracia, portanto, não serve para que a maioria imponha a sua vontade, como uma verdadeira ditadura da maioria sobre a minoria,⁸⁷ ao contrário. Em uma democracia, a existência de uma minoria é fundamental, assegurando a possibilidade de manifestar-se a ponto de influenciar a maioria.

Hans Kelsen esclarece que a democracia só pode ser exercida através da discussão contínua entre maioria e minoria, não somente no âmbito do

⁸⁴CANOTILHO, J. J. Gomes. op. cit., p. 93.

⁸⁵BARROSO, Luis Roberto. op. cit., p. 89.

⁸⁶MARTY, Meirelle Delmas. *Por um direito comum*. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 159.

⁸⁷KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do Estado*. Trad. Luís Carlos Borges. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 411.

parlamento, mas da sociedade como um todo. A opinião pública deve participar do processo democrático:

A vontade da comunidade, numa democracia, é sempre criada através da discussão contínua entre maioria e minoria, através da livre consideração de argumentos a favor e contra certa regulamentação de uma matéria. Essa discussão tem lugar não apenas no parlamento, mas também, e em primeiro lugar, em encontros políticos, jornais, livros e outros veículos de opinião. Uma democracia sem opinião pública é uma com tradição em termos. Na medida em que a opinião pública só pode surgir onde são garantidas a liberdade intelectual, a liberdade e expressão, imprensa e religião, a democracia coincide com o liberalismo político – embora não necessariamente com o econômico.⁸⁸

Adverte Luigi Ferrajoli que o Estado Constitucional de direito proporcionou uma mudança no papel da função jurisdicional, uma vez que somente a lei constitucionalmente válida pode ser aplicada, “e cuja interpretação e aplicação são sempre, por isto, também um juízo sobre a lei mesma que o juiz tem o dever de censurar como inválida mediante a denúncia de sua inconstitucionalidade, quando não seja possível uma interpretação em sentido constitucional.”⁸⁹

Cabe à jurisdição constitucional realizar o controle e garantir que a deliberação majoritária não viole valores consagrados pela Constituição, possibilitando, assim, equilíbrio democrático com a minoria.⁹⁰

Ao lado do princípio do Estado Democrático de Direito, consagrado no *caput* do artigo primeiro, a Constituição Federal elencou o princípio da dignidade da pessoa humana e o pluralismo político como fundamentos da República Federativa do Brasil.

O pluralismo político, conforme Uadi Lammêgo Bulos, não deve ser restringido ao pluralismo partidário, mas uma participação plural da sociedade em todas as suas esferas:

Assim, o Estado Democrático de Direito, em que se constitui a própria República Federativa do Brasil, sedimenta-se no pluralismo político, isto é, na variedade de correntes sociais, políticas, econômicas, ideológicas e culturais. Admitir uma

⁸⁸KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do Estado*, cit., p. 411-412.

⁸⁹FERRAJOLI, Luigi. op. cit., p. 18.

⁹⁰BARROSO, Luis Roberto. op. cit., p. 89.

sociedade pluralista significa aceitar diversidade de opiniões, muitas vezes conflitivas e tensas entre si.⁹¹

A efetividade de uma Constituição – no contexto do constitucionalismo contemporâneo, cujo conteúdo normativo é composto de princípios e valores expressos através dos direitos fundamentais –, em uma sociedade plural, depende de uma jurisdição constitucional que exerça um controle de constitucionalidade de leis e atos normativos conforme esses princípios e esses valores.⁹² Essa tarefa, entretanto, somente ocorre com o exercício da hermenêutica constitucional, chegando ao ponto de os Tribunais Constitucionais definirem o sentido da Constituição, conforme assevera Robert Alexy:

Hoje em dia não se pode inferir o que significam os direitos fundamentais a partir de um texto sucinto da Lei Fundamental, senão a partir dos 94 volumes de sentenças do Tribunal Constitucional Federal que até agora foram registrados a partir da sua boa atuação desde 7 de setembro de 1951. Os direitos fundamentais são o que são, sobretudo através da interpretação.

A Constituição, no Estado Democrático de Direito – ou Estado Constitucional – tem valor normativo a ponto de moldar o Estado conforme o seu conteúdo axiológico. Os direitos fundamentais, por seu turno, caracterizam a positivação desses princípios e valores. Por vezes, no entanto, a realização desses direitos fundamentais carece de interpretações para a fixação de seu conteúdo ao caso concreto. A jurisdição constitucional, portanto, ocupa lugar de destaque em um Estado Constitucional de Direito.

⁹¹BULOS, Uadi Lammêgo. op. cit., p. 418.

⁹²BARROSO, Luis Roberto. op. cit., p. 89.

2. JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

J. J. Gomes Canotilho⁹³ ressalta que o Estado constitucional democrático estaria incompleto se não se assegurasse um mínimo de garantias e sanções. Garantias da observância, estabilidade e supremacia das normas constitucionais. Sanções contra atos dos órgãos públicos que contrariassem o disposto nas mesmas. Esclarece o constitucionalista português que, no atual estágio do constitucionalismo, não se fala mais em defesa do Estado, mas sim em defesa, ou garantia da Constituição:

A partir do *Estado Constitucional* passou a falar-se de **defesa ou garantia da constituição** e não de defesa do Estado. Compreende-se a mudança de enunciado lingüístico. No Estado constitucional o objeto de protecção ou defesa não é, pura e simplesmente, a defesa do Estado, mas da forma de Estado tal como ela é normativo-constitucionalmente conformada – o Estado constitucional democrático.⁹⁴

Sendo a Constituição norma fundamental, pressuposto de validade e existência para todo o ordenamento jurídico, possui o texto constitucional supremacia diante deste. A liberdade do legislador está condicionada à Constituição.⁹⁵

Conforme o ensinamento de Hans Kelsen, “cada grau de ordem jurídica constitui, pois, ao mesmo tempo, uma produção de direito com respeito ao grau inferior e uma reprodução do direito com respeito ao grau superior”, a regularidade da norma jurídica estaria condicionada, portanto, à “relação de correspondência de um grau inferior com um grau superior da ordem jurídica”.⁹⁶

Hans Kelsen conclui que “Garantias da Constituição significam, portanto, garantias da regularidade das regras imediatamente subordinadas à Constituição, isto é, essencialmente, garantias da constitucionalidade das leis”.

⁹³CANOTILHO, J. J. Gomes. op. cit., p. 887.

⁹⁴Id., loc. cit.

⁹⁵KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional*. Trad. Alexandre Krug. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 126.

⁹⁶Id., loc. cit.

A regularidade da lei corresponde, portanto, em última instância, à sua conformidade com a Constituição, ou seja, à sua constitucionalidade.

No contexto do Constitucionalismo – Constituições escritas e rígidas, com garantia de direitos e prerrogativas do cidadão–, é importante que se criem mecanismos de controle da regularidade das normas jurídicas, garantindo assim a supremacia das normas constitucionais.

Nestes termos,

De efeito, partindo da premissa teórica de que uma Constituição rígida é suprema ante todos os comportamentos e atos do poder público, é indubitavelmente manifesta a necessidade em que se encontra o próprio texto constitucional de organização *um sistema ou processo adequado de sua própria defesa*, em face dos atentados que possa sofrer, quer do Poder Legislativo, através das leis em geral, quer do Poder Executivo, através de atos normativos e concretos. Assim, “é justamente a tais sistemas ou processos de defesa, ou guarda das Constituições rígidas, frente a tais ataques, que hoje se denomina ‘*controle da constitucionalidade das leis*’”.⁹⁷

O controle de constitucionalidade das leis e atos normativos é consequência da supremacia da Constituição no ordenamento jurídico. É o mecanismo que identifica o ato contrário à Constituição anulando-o, retirando-o do ordenamento jurídico, pois como ensina Hans Kelsen, “a anulação do ato inconstitucional é a que representa a principal e mais eficaz garantia da Constituição”.⁹⁸

2.1 Pressupostos para o controle de constitucionalidade

O controle de constitucionalidade de leis e atos normativos importa em três pressupostos: a) Constituição formal; b) Constituição como norma jurídica fundamental, rígida e suprema; c) previsão de um órgão competente para realizar o exame de constitucionalidade de leis e atos normativos.

⁹⁷CUNHA JÚNIOR. Dirley da. *Controle de constitucionalidade: teoria e prática*, cit., p. 36.

⁹⁸KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional*, cit., p. 148.

O controle de constitucionalidade de leis e atos normativos exige uma Constituição consubstanciada em um texto formal e escrito.

Não há que se falar em controle de constitucionalidade de leis e atos normativos nas Constituições costumeiras ou históricas. Tais Constituições são flexíveis, imperando o princípio da “*supremacia do Parlamento*”, não cabendo fiscalização de seus atos.

A supremacia constitucional é evidenciada pela sua rigidez. Não basta a Constituição ser escrita, é necessário que seja rígida, que tenha previsão expressa de um procedimento diferenciado para exercício do Poder Constituinte Derivado de Reforma.

É necessário que essa Constituição formal, escrita, seja concebida como norma jurídica fundamental, pressuposto de validade e existência de todo o ordenamento jurídico. Somente assim será possível haver distinção entre as normas constitucionais e as normas comuns.

Conforme esclarece Dirley da Cunha Júnior:

Decorre da rigidez constitucional, como já acentuado, a distinção entre as leis constitucionais (superiores ou supremas) e as leis comuns (inferiores), existindo entre elas, necessariamente, uma relação de hierarquia. Daí afirmar-se, corretamente, que a supremacia constitucional decorre logicamente da rigidez da Constituição.⁹⁹

Manoel Gonçalves Ferreira Filho, no entanto, ressalta que a distinção entre constituição rígida e constituição flexível, assim como entre Poder Constituinte Originário, ou Poder Constituinte Derivado, só faz sentido se houver um controle de constitucionalidade:

A distinção entre Constituição rígida e Constituição flexível, entre Poder Constituinte originário e Poder Constituinte derivado, implica a existência de um *controle de constitucionalidade*. De fato, onde este não foi previsto pelo constituinte, não pode haver realmente rigidez constitucional ou diferença entre Poder Constituinte originário e o derivado.

Em todo o Estado onde faltar controle de constitucionalidade, a Constituição é flexível; por mais que a Constituição se queira rígida, o Poder Constituinte perdura ilimitado em mãos do legislador. Este, na verdade, poderá modificar a seu talante as regras constitucionais, se não houver órgão destinado a resguardar a superioridade destas

⁹⁹CUNHA JÚNIOR. Dirley da. *Controle de constitucionalidade: teoria e prática*, cit., p. 38.

sobre as ordinárias. Mais ainda, órgão com força bastante para fazê-lo.

Isso não quer dizer que é preciso prever expressamente a Constituição esse controle, para que ela seja de fato rígida. Basta que de seu sistema deflúa.¹⁰⁰

A defesa de uma Constituição formal e suprema concretiza-se através do controle de constitucionalidade. Entretanto, esse controle somente existirá se o próprio texto constitucional previr expressamente, ou implicitamente, um ou mais órgãos competentes para o exercício desse controle.¹⁰¹

2.2 Sistemas de controle de constitucionalidade

2.2.1 Sistema da *Judicial Review* ou Difuso

A obra *The Federalist Papers* reúne artigos publicados no jornal de Nova Iorque entre os anos de 1787 e 1788. Destinavam-se a apoiar a recém-promulgada Constituição dos Estados Unidos da América, e que deveria ser ratificada pelos Estados. Os seus autores, Alexander Hamilton, James Madison e John Jay tinham nítido objetivo de combater os argumentos daqueles que se opunham à criação da federação dos Estados Unidos, e conseqüentemente à sua Constituição¹⁰².

No artigo nº 78, publicado em junho de 1788, seu autor, Alexander Hamilton, apresentou argumentos a favor do controle do judiciário sobre os atos do legislativo, com a finalidade de preservação da supremacia das normas constitucionais¹⁰³:

¹⁰⁰ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. op. cit., p. 60.

¹⁰¹ CUNHA JÚNIOR. Dirley da. *Controle de constitucionalidade: teoria e prática*, cit., p. 38.

¹⁰² DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya. *Curso de processo constitucional*. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 26.

¹⁰³ Tradução livre do autor. No original: "If it be said that the legislative body are themselves the constitutional judges of their own powers, and that the construction they put upon them is conclusive upon the other departments, it may be answered, that this cannot be the natural presumption, where it is not to be collected from any particular provisions in the Constitution. It is not otherwise to be supposed, that the Constitution could intend to enable the representatives of the people to substitute their WILL to that of their constituents. It is far more rational to

Se alguém afirmar que o corpo legislativo é o juiz constitucional de seus próprios poderes e que a forma de interpretar seus poderes vincula os demais ramos do poder, devemos responder que isso não é plausível, pois não resulta de nenhuma disposição da Constituição. Além disso, não se pode supor que a Constituição pretendia permitir aos representantes do povo substituir a vontade dos constituintes pela própria. É mais razoável supor que os tribunais foram designados como corpo intermediário entre o povo e o Legislativo, entre outras razões, para manter esse último dentro dos limites fixados para o seu poder. A interpretação das leis é o específico e peculiar campo dos tribunais. A Constituição é realmente e deve ser considerada pelos juízes como direito fundamental. Cabe a eles constatar o significado da Constituição, assim como o significado de todos os atos editados pelo corpo legislativo. Caso haja divergência inconciliável entre ambos, deve ser seguido, evidentemente, o direito, que possui superior força vinculante e validade; entre outras palavras, a Constituição deve ser preferida à lei, a intenção do povo deve prevalecer sobre a intenção de seus agentes.

As ideias de Alexander Hamilton antecipam o que viria a ser consagrado em 1803 pela Suprema Corte, um sistema judicial de controle de constitucionalidade dos atos legislativos.

A Constituição norte-americana, de 17 de setembro de 1787 consagrou expressamente a supremacia das normas constitucionais, no seu art. VI, cláusula 2ª, chamada de *supremacy clause*, assim redigida:

Esta Constituição, as leis dos Estados Unidos em sua execução e os tratados celebrados ou que houverem de ser celebrados em nome dos Estados Unidos constituirão o direito supremo do país. Os juízes de todos os Estados deverão obedecer, ainda que a Constituição ou as leis de algum Estado disponham em contrário.¹⁰⁴

O controle judicial da constitucionalidade de leis, no sistema americano, chamado de *judicial review*, foi, no entanto, uma criação pretoriana, criada e aperfeiçoada pela Suprema Corte dos Estados Unidos da América. A

suppose, that the courts were designed to be an intermediate body between the people and the legislature, in order, among other things, to keep the latter within the limits assigned to their authority. The interpretation of the laws is the proper and peculiar province of the courts. A constitution is, in fact, and must be regarded by the judges, as a fundamental law. It therefore belongs to them to ascertain its meaning, as well as the meaning of any particular act proceeding from the legislative body. If there should happen to be an irreconcilable variance between the two, that which has the superior obligation and validity ought, of course, to be preferred; or, in other words, the Constitution ought to be preferred to the statute, the intention of the people to the intention of their agents." HAMILTON, Alexander. *The Federalist Papers*, n. 78. The Judiciary Department. Disponível em: <<http://www.foundingfathers.info/federalistpapers>>. Acesso em: 15 nov. 2012.

¹⁰⁴CUNHA JÚNIOR. Dirley da. *Controle de constitucionalidade: teoria e prática*, cit., p. 61.

Constituição americana não previu expressamente o controle judicial de constitucionalidade dos atos do Poder Legislativo.

Foi a partir do caso *Marbury v. Madison* que a Suprema Corte enfrentou a questão e, por obra do *Chief Justice*, John Marshall, criou-se a *judicial review*.

Em 1801, o então presidente dos Estados Unidos da América, John Adams, do partido federalista, viu-se derrotado nas eleições presidenciais para Thomas Jefferson, do partido republicano. Em 30 de janeiro de 1801 foi elevado ao cargo de *Chief Justice*, presidente da Suprema Corte, o juiz John Marshall.

A estratégia adotada por John Adams foi nomear pessoas de sua confiança, correligionários do partido federalista, para cargos do Poder Judiciário, aproveitando a nova Lei do Judiciário, sancionada em 27 de fevereiro de 1801, que criava quarenta e dois lugares para o cargo de juiz de paz no Poder Judiciário¹⁰⁵.

As nomeações seguiram-se até a véspera da posse de Thomas Jefferson, razão pela qual as nomeações de John Adams foram jocosamente apelidadas de *juizes da meia-noite*.¹⁰⁶

Em 4 de março daquele ano de 1801, John Adams transferiu a presidência à Thomas Jefferson.

Um dos beneficiados pelas nomeações ao cargo de juiz de paz era William Marbury, cidadão do Distrito de Colúmbia. Tendo sido nomeado por John Adams nos seus últimos dias de governo, não foi possível tomar posse de seu cargo antes de Thomas Jefferson assumir a presidência.

Já no cargo de Presidente dos Estados Unidos da América, Jefferson ordenou ao seu Secretário de Estado, James Madison, que negasse a posse a William Marbury.

William Marbury requereu perante a Suprema Corte a expedição de um *mandamus* contra James Madison, a fim de que lhe fosse assegurado o cargo de juiz de paz do Distrito de Colúmbia.

¹⁰⁵DIMOULIS, Dimitrij; LUNARDI, Soraya. op. cit., p. 33.

¹⁰⁶BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. op. cit., p. 33.

Notificado para prestar esclarecimentos no *writ of mandamus*, o então Secretário de Governo, James Madison, não se manifestou.

Em 03 de fevereiro de 1802, o Senado revogou a Lei Judiciária de 1801, por razões estritamente partidárias e políticas (16 votos contra 15). Thomas Jefferson, detendo a maioria no Congresso norte americano, conseguiu com que esse suspendesse as atividades da Suprema Corte durante aquele ano de 1802.¹⁰⁷

Criou-se um impasse entre o Poder Judiciário e o Executivo, conforme o comentário de João Paulo Castiglioni Helal:

Com efeito, a Suprema Corte foi veemente atacada, alvitrandose, sob ordem de Thomas Jefferson, o *impeachment* dos juizes, para a conseqüente destituição do cargo, caso aplicassem princípios da *Common law* à Constituição, isto é, se concedessem a ordem de *mandamus* impetrada por William Marbury contra James Madison. A pressão era muito grande, a ponto de se asseverar que, se concedida, a medida certamente não seria cumprida, o que enfraqueceria o Poder Judiciário. Tudo isso gerou ingente expectativa na opinião pública.¹⁰⁸

Em 1803, com o retorno das atividades da Suprema Corte, John Marshall, *Chief Justice*, analisou o caso, colocando três questões a serem analisadas preliminarmente: a) se o requerente, William Marbury, teria direito ao cargo; b) se, tendo direito, e este direito tendo sido violado, a legislação de seu país lhe garantia direito a um recurso; c) cabendo recurso, qual seria o órgão competente para analisá-lo e expedir eventual *mandamus*.

Ao analisar a primeira questão, Marshall verificou tratar-se de uma nomeação subscrita pelo Presidente, ratificada pelo Senado, e com o selo dos Estados Unidos¹⁰⁹:

Que, assinando o diploma de investidura do Sr. Marbury, o Presidente dos Estados Unidos, investiu-o como juiz de paz para o condado de Washington no distrito de Colúmbia. O Selo dos Estados Unidos afixado em seguida pelo Secretário de Estado é a prova conclusiva da autenticidade da assinatura e do encerramento do processo de investidura, sendo que a

¹⁰⁷HELAL, João Paulo Castiglioni. op. cit., p. 103.

¹⁰⁸Id. Ibid., p. 103-104.

¹⁰⁹Conforme a explanação de João Paulo Castiglioni Helal, "O selo dos Estados Unidos só era estampado em instrumento que já se encontrava completo, com o fito de atestar, por um ato revestido de fé pública, a verdade da assinatura presidencial". Id. Ibid., p. 104.

investidura confere-lhe o direito legal a exercer o ofício por cinco anos.¹¹⁰

Quanto à segunda questão, o presidente da Suprema Corte esclareceu que fora legítima a nomeação de William Marbury ao cargo de juiz de paz e a recusa em empossá-lo constituía flagrante violação de seu direito, “do título legal para exercer o ofício, decorre o direito ao diploma de investidura, sendo a negação de entregá-lo clara violação de seu direito, caso para o qual as leis de seu país lhe garantem um remédio”.¹¹¹

No tocante à terceira questão, John Marshall esclareceu que a lei orgânica dos tribunais judiciários dos Estados Unidos é que permitia que a Suprema Corte expedisse esse *mandamus*. Ocorre, entretanto, conforme entendimento do *Chief Justice*, essa competência não encontrava guarida na Constituição. Diante da divergência entre a lei orgânica dos tribunais judiciários dos Estados Unidos e a Constituição, essa deveria prevalecer sobre aquela¹¹².

Decidiu pela inconstitucionalidade da lei ordinária que previa a competência da Suprema Corte para o julgamento do *mandamus*, declarando-a nula. Esclareceu que a competência originária da Suprema Corte estava prevista no art. 3º da Constituição americana, não sendo possível ser ampliada por meio de uma lei ordinária, ou seja, “essa lei não poderia conceder à Suprema Corte competência que não lhe fora deferida pela Constituição. Era, portanto, inconstitucional e nula a seção 13 dessa lei, que atribuía competência originária à Suprema Corte para expedir ordem de ‘mandamus’”.¹¹³

¹¹⁰ DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya. op. cit., p. 37.

¹¹¹ Id. Ibid., p. 38.

¹¹² John Marshall concluiu que se na Constituição havia uma seção específica sobre a competência originária e recursal da Suprema Corte, lei ordinária não poderia ampliar a competência: “Se havia a intenção de deixar à discricionariedade do Legislativo a distribuição do Poder Judiciário entre a Suprema Corte e as Cortes inferiores, segundo a vontade de tal corpo, seria claramente inútil a Constituição ter se ocupado do assunto, definindo o Poder Judiciário e os tribunais que devem exercê-lo. A continuação dessa Seção do texto constitucional seria totalmente supérflua – sem nenhum sentido – se fosse dada essa interpretação. Se o Congresso tem a liberdade de atribuir a essa Corte jurisdição recursal, onde a constituição diz que a sua jurisdição deve ser originária, e jurisdição originária, onde a Constituição diz que deve ser recursal, então a distribuição da jurisdição feita pela Constituição é uma forma sem substância.” Id. Ibid., p. 38.

¹¹³ HELAL, João Paulo Castiglioni. op. cit., p. 106.

Conforme a decisão de John Marshall, a supremacia das normas constitucionais foi levada ao ponto de declarar-se nula legislação ordinária contrária à Constituição:

Não é totalmente desinteressante dizer que, indicando qual deve ser o direito supremo do país, a própria Constituição é mencionada em primeiro lugar e não são mencionadas as leis dos Estados Unidos em geral? Apenas aquelas que serão feitas em consonância com a Constituição encontram-se nesse patamar. Assim sendo, a formulação específica da Constituição dos Estados Unidos confirma e fortalece o princípio, considerado fundamental em todas as Constituições escritas, que uma lei contrária à Constituição é nula e os tribunais, assim como os demais poderes, são vinculados pela Constituição.¹¹⁴

Essa decisão acabou por consagrar de vez o princípio da supremacia da Constituição, bem como o dever dos juízes de não aplicarem ao caso concreto as normas contrárias a ela.

Importante frisar que o chefe da Suprema Corte escolheu um caso de interesse pessoal do Presidente Thomas Jefferson para expor a sua tese de controle de constitucionalidade pelo Poder Judiciário. Mesmo declarando a ilegalidade da recusa do governo de Jefferson em nomear William Marbury, deixou de expedir o *mandamus*, pois reconheceu a inconstitucionalidade da lei que disciplinava a competência da Suprema Corte para o caso, não o concedendo em virtude da citada preliminar de incompetência.

Conforme o ensinamento de João Paulo Castiglioni Helal, muito embora a *judicial review* ocorra em um caso concreto, com decisão *intra partes*, por força do princípio da *stare decisis*¹¹⁵, na prática, a decisão da Suprema Corte tem efeitos vinculatórios em relação aos demais órgãos do judiciário, *erga omnes* e *ex tunc*. São os chamados “precedentes” da Suprema Corte americana.

¹¹⁴DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya. op. cit., p. 44.

¹¹⁵Conforme Christine Oliveira Peter da Silva e André Pires Gontijo: “O *stare decisis* é uma política jurisprudencial edificada sobre as bases da estabilidade e da previsão, na qual os casos cujo conteúdo seja substancialmente igual tenham decisões não contraditórias. É o que as análises de casos da Suprema Corte dos EUA indicam: elas expõem como o *stare decisis* significa ‘manter a decisão passada e não perturbar as coisas asseguradas’”. SILVA, Christine Oliveira Peter da; GONTIJO, André Pires. O *amicus curiae* no processo constitucional: o papel do “Amigo da Corte” na construção do *Decison-Making* no âmbito da Suprema Corte dos Estados Unidos. *Direito Público*, Brasília, ano 5, n. 21, p. 15-16, maio/jun. 2008.

Essa insigne decisão de John Marshall ganhou notoriedade e funcionalidade com o sistema do *stare decisis*, o qual tornou obrigatório o precedente para todos os órgãos judiciais e atribuiu à Suprema Corte a função para controlar a constitucionalidade das leis e dos atos normativos em face da Constituição. Por este sistema, há obrigação dos órgãos judiciários em seguirem precedentes da Corte Suprema, tendo, assim, a decisão eficácia vinculatória, *erga omnes*, e *ex tunc* (retroativa).¹¹⁶

Conforme assevera Mauro Cappelletti, “uma lei americana declarada inconstitucional pela Suprema Corte, embora permaneça ‘*on the books*’, é tornada ‘*a dead law*’, uma lei morta”.¹¹⁷

Não obstante o ápice do controle de constitucionalidade pertencer à Suprema Corte, que decide com efeitos vinculatórios (*stare decisis*), a *judicial review* permite a qualquer juiz realizar o controle de constitucionalidade de leis ou atos normativos, deixando de aplicá-los sempre que estiverem em contradição com a Constituição.

O modelo norte americano é, portanto, um modelo cujo controle é judicial, difuso, incidental ou indireto e subjetivo.

É judicial, pois cabe ao Poder Judiciário realizar referido controle de constitucionalidade.

É difuso, em razão de não haver apenas um órgão único do Poder Judiciário competente para realizá-lo, ao contrário, “todos os órgãos do Poder Judiciário podem exercê-lo, pouco importando sua natureza e grau de jurisdição”.¹¹⁸

É incidental ou indireto, porque é exercido no curso de uma ação, de uma demanda concreta, pressupondo o controle de constitucionalidade não como a questão central da solução do litígio levado ao Judiciário, mas como uma questão prejudicial à solução do conflito.

¹¹⁶HELAL, João Paulo Castiglioni. op. cit., p. 107.

¹¹⁷Apud, CUNHA JÚNIOR. Dirley da. *Controle de constitucionalidade: teoria e prática*, cit., p. 69.

¹¹⁸Id., loc. cit.

É, ainda, subjetivo, “pois desenvolvido em razão de um conflito de interesses intersubjetivos, cuja finalidade principal é a defesa de um direito subjetivo ou de um interesse legítimo juridicamente protegido de alguém”.¹¹⁹

O sistema americano não se presta, portanto, para se declarar a inconstitucionalidade de lei em tese, mas tão somente na solução de casos concretos. Conforme a decisão proferida pela Suprema Corte em 1911, no caso *Muskrat v. United States*:

O Poder Judiciário tem competência para julgar disputas atuais que se promovam entre litigantes diversos. O direito de declarar a inconstitucionalidade das leis surge porque uma delas, invocada por uma das partes como fundamento do seu direito, está em conflito com a lei fundamental. Essa faculdade, que é o dever mais importante e delicado da Corte, não lhe é atribuída como um poder de revisão da obra legislativa, mas porque os direitos dos litigantes nas controvérsias de natureza judicial requerem que a Corte opte entre a lei fundamental e a outra, elaborada pelo Congresso na suposição de estar em consonância com sua competência constitucional, mas que, na verdade, exorbita do poder conferido ao ramo legislativo do governo. Essa tentativa para conseguir a declaração judicial da validade da lei elaborada pelo Congresso não se apresenta, na hipótese, em um caso ou controvérsia, a cuja apreciação está limitada a jurisdição desta Corte, segundo a lei suprema dos Estados Unidos.¹²⁰

Posteriormente, a Suprema Corte abrandou o rigor da posição anterior, admitindo ações declaratórias para controle de constitucionalidade, condicionando à existência de uma controvérsia real, e não apenas hipotética, conforme se verifica pela decisão proferida no caso *Nashiwille C. and St. Louis Railway v. Wallace*, de 1933:

A Constituição não exige que o caso ou controvérsia se apresente sob as formas tradicionais do processo, com a invocação exclusiva de remédios tradicionais. A cláusula judiciária da Constituição definiu e limitou o poder judiciário, mas não o método particular por que poderia ser chamado a intervir. Não cristalizou em formas imutáveis o procedimento de 1789 como único meio possível de apresentar um caso, ou controvérsia, juridicamente examinável de outro modo pelas Cortes federais... Aos Estados é permitido regular o seu procedimento judiciário próprio. Daí, não serem bastantes modificações meramente na forma ou método de procedimento

¹¹⁹CUNHA JÚNIOR. Dirley da. *Controle de constitucionalidade: teoria e prática*, cit., p. 69.

¹²⁰Id. *Ibid.*, p. 68.

por que os direitos federais (os derivados da Constituição e das leis dos Estados Unidos) são levados à final adjudicação nas Cortes dos Estados para impedir a revisão por esta Corte, enquanto o caso guarde os característicos de um procedimento contraditório que envolva controvérsia concreta, não hipotética, resolvida, finalmente, pela instância interior (da mais alta Corte do Estado).¹²¹

O modelo de controle de constitucionalidade norte-americano, *judicial review*, influenciou a Constituição brasileira de 1891, que adotou o sistema difuso de constitucionalidade das leis. O sistema da *judicial review*, no entanto, não encontrou espaço no continente europeu.

2.2.2 Sistema Europeu/ Austríaco ou Concentrado

Roger Stiefelmann Leal esclarece que, embora a concepção de Constituição que prevaleceu nos Estados Unidos não diferenciasses radicalmente daquela concebida pela Europa em razão da Revolução Francesa de 1789, razões de ordem política e ao apego a determinadas instituições impediram a aplicação da *judicial review* na maioria dos países da Europa.¹²²

Esclarece o autor que fatores circunstanciais do constitucionalismo europeu do século XIX impediram que o controle de constitucionalidade fosse implantado na Europa.¹²³ A imponibilidade das normas constitucionais durante boa parte do século XIX foi objeto de contestação no continente europeu. A manutenção e restauração da monarquia ocasionaram “forte controvérsia a respeito da subordinação do monarca ao texto constitucional.”¹²⁴ As ideias de Ferdinand Lassalle ganharam adeptos no continente europeu, sobretudo entre grupos de esquerda, que contestavam o valor normativo da Constituição.¹²⁵

O culto à lei também foi fator preponderante para a rejeição do controle jurisdicional de constitucionalidade:

¹²¹MENDES, Gilmar Ferreira; MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Controle concentrado de constitucionalidade*: comentários à Lei n. 9.868, de 10-11-1999. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 8-9.

¹²²LEAL, Roger Stiefelmann. op. cit., p. 43.

¹²³Id. Ibid., p. 46.

¹²⁴Id., loc. cit.

¹²⁵Id. Ibid., p. 44.

A ideia de que a lei era fruto da razão – ou da *vontade geral*, na expressão de Rousseau, consagrada no art. 4º da Declaração dos Direitos do Homem de 1798 –, e, portanto, infalível, propagou-se ao longo do século XIX e início do século XX. É o que Favoreu denomina *sacralização da lei*. Assim, admitir que a lei pudesse contrariar a Constituição e, portanto, incorrer em alguma espécie de equívoco ou ilicitude seria considerado como uma *heresia*. O império da lei, neste período, constituiu forte óbice à implementação definitiva de alguma forma mais efetiva de controle de constitucionalidade. O postulado da soberania parlamentar era incontestável.¹²⁶

Além dos fatores já mencionados, outros dois contribuíram para dificultar a implementação de um sistema de controle de constitucionalidade na Europa. A fidelidade ao princípio da separação dos poderes ensejava um receio de que fosse criado “um governo dos juízes” com a possibilidade do poder judiciário rever os atos do legislativo. Outro fator foi o sistema judiciário existente na Europa. Como não há no continente europeu o sistema da *stare decisis*, a possibilidade de decisões conflitantes. Ademais, a estrutura judiciária em boa parte da Europa é constituída por jurisdição comum e jurisdição administrativa.¹²⁷

Portanto, até o início do século XX, o único sistema de controle de constitucionalidade conhecido pela comunidade jurídica era o da *judicial review*. Até então, a maioria dos países europeus sequer conhecia a jurisdição constitucional.

Foi a partir do trabalho desenvolvido por Hans Kelsen que os países europeus conheceram a doutrina americana do controle de constitucionalidade. Ao contrário do sistema americano, difuso e incidental, Kelsen “concebeu um sistema de jurisdição ‘concentrada’, no qual o controle de constitucionalidade estava confiado, exclusivamente, a um órgão jurisdicional especial, conhecido por Tribunal Constitucional [...]”.¹²⁸

Kelsen argumentava que a principal desvantagem do sistema difuso seria a possibilidade de decisões conflitantes sobre a regularidade

¹²⁶LEAL, Roger Stiefelmann. op. cit., p. 44.

¹²⁷Id. Ibid., p. 46.

¹²⁸CUNHA JÚNIOR. Dirley da. *Controle de constitucionalidade: teoria e prática*, cit., p. 73.

(constitucionalidade) de uma lei, o que em sua opinião, não ocorreria num sistema concentrado:

Os defeitos e a insuficiência de uma anulação assim limitada ao caso em exame são evidentes. Disso resulta, antes de mais nada, a falta de unidade das soluções e a insegurança do direito daí resultante, que se faz sentir desagradavelmente quando um tribunal se abstém de aplicar um regulamento ou mesmo uma lei por considerá-los irregulares, quando outro tribunal faz o contrário e quando é vedado às autoridades administrativas recusar a aplicação da norma, se também forem chamadas a intervir. A centralização do poder de examinar a regularidade das normas gerais certamente se justifica sob todos os aspectos. Mas se se decide confiar este controle a uma autoridade única, torna-se possível abandonar a limitação da anulação ao caso concreto e adotar o sistema da anulação total, isto é, para todos os casos em que a norma deveria ter sido aplicada. É óbvio que um poder tão considerável só pode ser confiado a uma instância suprema.¹²⁹

A pedido do governo austríaco, Hans Kelsen realizou o projeto para a Constituição Austríaca, que acabou promulgada em 1º de outubro de 1920, com a criação de um Tribunal Constitucional, *Verfassungsgerichtshof*. Na proposta de Kelsen, o Tribunal Constitucional não tem propriamente uma função jurisdicional, pois não julga um caso concreto. Decide pela compatibilidade de uma lei com a Constituição. Para Kelsen, o Tribunal era um legislador negativo.¹³⁰ Enquanto não declarada inconstitucional pelo Tribunal Constitucional, a lei presume-se válida e deve ser aplicada pelos demais órgãos do Poder Judiciário. Ao contrário do sistema difuso, não há uma nulidade, mas sim uma anulabilidade, razão pela qual a natureza da declaração de inconstitucionalidade do Tribunal Constitucional é constitutiva.

Ao contrário do sistema americano, que proporciona o controle de constitucionalidade de leis e atos normativos incidentalmente num caso concreto, o sistema austríaco exige uma via principal, uma ação direta e autônoma. Os juízes e Tribunais Superiores estavam impedidos de realizar qualquer controle de constitucionalidade das leis, devendo aplicá-las, pois somente por uma ação direta no Tribunal Constitucional, cujo rol de legitimados a propô-la era taxativo e restrito, uma lei poderia ser declarada inconstitucional:

¹²⁹KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional*, cit., p. 144-145.

¹³⁰CUNHA JÚNIOR. Dirley da. *Controle de constitucionalidade: teoria e prática*, cit., p. 76.

Com efeito, na sua versão originária (1920), o sistema austríaco peculiarizava-se pelo fato de que a declaração de inconstitucionalidade dependia exclusivamente de *um pedido especial (Antrag)*, deduzido através de *uma ação especial*, que só podia ser proposta por alguns órgãos políticos legitimados, quais sejam, o Governo Federal (*Bundesregierung*), tratando-se de pedir o controle de constitucionalidade das leis dos *Länder (Landesgesetze)*, e os Governos dos *Länder (Landesregierungen)* cuidando-se de controle das leis federais, e ademais, desde a revisão constitucional de 1974, a um terço dos membros do Parlamento, isto *independentemente de qualquer controvérsia ou vinculação com casos ou situações concretas*. Desse modo, a jurisdição constitucional na Áustria só podia ser provocada mediante a propositura de uma ação especial diretamente no Tribunal Constitucional. Diz-se nesse caso, que o controle se verifica em sede principal por meio de ação direta. Aos juízes e tribunais ordinários era vedado o controle de constitucionalidade das leis, de tal modo que não podiam nem deixar de aplicar as leis que reputassem inconstitucionais, nem pedir ao Tribunal Constitucional que fizesse ele próprio o controle que lhes era vedado.¹³¹

A Reforma Constitucional de 1929 na Constituição Austríaca alterou o rol de legitimados para provocação do Tribunal Constitucional, ampliando-o. Além dos órgãos políticos legitimados, o art. 104 da Constituição Austríaca conferiu legitimidade a dois órgãos integrantes do Poder Judiciário, o *Oberster Gerichtshof* (Corte Suprema para causas cíveis e criminais) e o *Verwaltungsgerichtshof* (Corte Suprema para as causas administrativas).

A Reforma Constitucional de 1929 possibilitou aos Tribunais Superiores – *Oberster Gerichtshof e Verwaltungsgerichtshof* –, a provocação do Tribunal Constitucional pela via incidental. Diante de um caso concreto, onde necessário e relevante aferir-se a constitucionalidade de lei ou ato normativo, esses tribunais levavam a questão constitucional ao Tribunal Constitucional.

Não obstante a Reforma Constitucional de 1929 tenha possibilitado o controle concentrado pela via incidental, continuou vedando aos juízes de instâncias inferiores a provocar o Tribunal Constitucional, autorizando apenas aos Tribunais Superiores a utilização do incidente de inconstitucionalidade.

Embora a Constituição alemã e italiana tenham elegido o sistema austríaco de controle de constitucionalidade, conferiram a todo órgão do Poder

¹³¹CUNHA JÚNIOR. Dirley da. *Controle de constitucionalidade: teoria e prática*, cit., p. 77.

Judiciário a possibilidade de provocar o incidente de inconstitucionalidade ao Tribunal Constitucional.¹³²

A decisão de inconstitucionalidade proferida pelo *Verfassungsgerichtshof* -Tribunal Constitucional – tem natureza constitutiva, uma vez que se trata de uma anulabilidade, produzindo efeitos constitutivos, *ex nunc*, e alguns casos, *pro futuro*, conforme esclarece Dirley da Conha Júnior:

Ademais disso, o art. 140, seção 3º, da Constituição austríaca ainda conferiu ao Tribunal Constitucional o *poder discricionário* de dispor que a anulação da lei opere somente a partir de uma determinada data *posterior* à publicação de sua decisão, desde que este *diferimento* da eficácia constitutiva da decisão não seja superior a um ano. A decisão do *Verfassungsgerichtshof* austríaco assume, pois, uma natureza constitutiva de invalidação da lei, de maneira tal que ela opera *ex nunc* ou *pro futuro*, não se cogitando de retroatividade da anulação.¹³³

A Reforma Constitucional de 1929, no entanto, possibilitou que as decisões proferidas pelo *Verfassungsgerichtshof*, por ocasião do incidente de constitucionalidade provocado pelos Tribunais Superiores da Justiça ordinária, *Oberster Gerichtshof e Verwaltungsgerichtshof*, tenham efeito *erga omnes*, e *ex tunc*, não se aplicando a lei inconstitucional também aos fatos ocorridos antes da decisão.

Seja pela via direta de ação, seja pela via incidental, as decisões proferidas pelo Tribunal Constitucional terão sempre efeito *erga omnes*, característica típica do sistema concentrado de controle de constitucionalidade.

2.2.3 Supremacia do Parlamento

A supremacia do parlamento caracteriza-se pela absoluta ausência de controle jurisdicional de constitucionalidade de leis e atos normativos. O Parlamento tem total liberdade para decidir o que deve ser legislado ou não. A ideia da soberania do Parlamento, associada à legitimação popular, foi

¹³²CUNHA JÚNIOR. Dirley da. *Controle de constitucionalidade: teoria e prática*, cit., p. 79.

¹³³Id. *Ibid.*, p. 80.

encampada pelo constitucionalismo europeu, conforme esclarece Elival da Silva Ramos:

A influência do jusnaturalismo e da teoria do Poder Constituinte não foram suficientes para permitir ao constitucionalismo europeu, em um primeiro momento, o avanço no sentido da institucionalização de mecanismos jurisdicionais assecuratórios do princípio da supremacia da Constituição. A principal razão para tanto reside no fato de que, no Velho Continente, já se travou uma luta feroz e secular entre o princípio da soberania de direito divino e o princípio da soberania popular, e o triunfo deste, ao ensejo da Revolução Gloriosa na Inglaterra e da Revolução de 1789 na França, viria a concretizar o triunfo da democracia constitucional de base parlamentar. Não seria de se esperar que o Parlamento, após celebrar a histórica vitória sobre o poder monárquico que lhe era adverso, consentisse que outro Poder viesse a tolher, de algum modo, sua principal atividade, a elaboração legislativa. No confronto entre os dois princípios legitimadores do poder político, o Parlamento acabou por encarnar o princípio da soberania popular pelo fato de que era em seu âmbito que se tornava efetiva a vontade do povo, por meio do instituto da representação. Destarte, no plano das instituições de governo das democracias constitucionais europeias, desde cedo o primado da soberania popular redundou em um princípio de supremacia do Parlamento e, por via de consequência, da lei, enquanto manifestação mais autêntica de sua vontade.¹³⁴

A razão histórica para a Europa adotar a supremacia do parlamento resulta no fato de que, após as revoluções, em especial a Revolução Francesa de 1789, havia grande desconfiança sobre o compromisso democrático dos magistrados, considerados como representantes do “Antigo Regime”, conforme Paulo Gustavo Gonet Branco:

A supremacia do Parlamento tornava impensável um controle judiciário das leis. Além disso, os revolucionários franceses devotavam especial desconfiança aos juízes, vistos como adversários potenciais da Revolução. O Judiciário era tido como órgão destinado a realizar a aplicação mecânica da lei, por meio de um silogismo, no qual a premissa maior era a lei, a menor os fatos, daí redundando uma conclusão única e inexorável – a decisão judicial.

A prática revolucionária concordava como Montesquieu, que reduzia o poder de julgar a condição de “instrumento que pronuncia as palavras da lei”. Dominava a concepção de que “nenhum juiz tem o direito de interpretar a lei segundo a sua própria vontade”.¹³⁵

¹³⁴RAMOS, Elival da Silva. *Controle de constitucionalidade no Brasil: perspectivas de evolução*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 124.

¹³⁵BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. op. cit., p. 28.

Conforme Elival da Silva Ramos, ainda, a Inglaterra adotou, após a Revolução Gloriosa e a edição do *Bill of Rights*, a supremacia do parlamento, porém, limitada pelos princípios da *common law*. Essa supremacia deve ser compreendida em três elementos essenciais: “poder do legislativo de modificar livremente qualquer lei, fundamental ou não, ausência de distinção legal entre leis constitucionais e ordinárias, inexistência de autoridade judiciária ou qualquer outra com o poder de anular um ato do Parlamento ou considerá-lo nulo e inconstitucional.”¹³⁶

Conforme já salientado, Constituição escrita e rígida é pressuposto básico para o controle de constitucionalidade, o que não é o caso da Constituição inglesa, inviabilizando qualquer tipo de controle de constitucionalidade de leis ou atos normativos.

Oportuna a análise que René David, doutrinador francês, faz do direito constitucional inglês:

A Inglaterra nunca teve uma Constituição formal, enunciando solenemente os princípios sobre os quais estava fundado seu governo. Na ausência de tal documento, ficamos embaraçados para dizer o que depende e o que não depende da ordem constitucional. A própria noção de Constituição é para os ingleses muito imprecisa, como era para nós na França antiga. Na falta de um critério formal, os ingleses só descobrem o conteúdo de sua Constituição pela comparação, considerando as matérias que, nos outros países, são regidas pela Constituição. Essa observação não é uma simples frase de efeito: na verdade, foi Montesquieu que ensinou aos ingleses que eles tinham uma Constituição.

Os ingleses têm uma Constituição. Mas têm eles um direito constitucional? As duas coisas, para o jurista francês, caminham juntas, porque o jurista, que recebeu sua formação nas Universidades, está habituado a ver no direito um modelo de organização social, logo, um conjunto de regras. O jurista inglês tem outra tradição. Para ele, o direito consiste essencialmente em ações na justiça e em normas processuais. A descrição das engrenagens do governo britânico, a maneira como as instituições políticas são implantadas e funcionam, as relações existentes entre os diversos poderes governamentais, é uma matéria que interessa à ciência política ou à ciência da administração; na falta de um contencioso judiciário capaz de enxertar-se nela e na medida em que não interessa às Cortes de Justiça, essa matéria não pertence ao direito. Por isso, uma grande parte do que constitui o direito constitucional e o direito

¹³⁶RAMOS, Elival da Silva. op. cit., p. 124.

administrativo francês escapa da ciência do direito na Inglaterra; [...].

Os ingleses não têm Constituição escrita formal; isto não é um acaso, eles não querem ter, eles consideram as Constituições escritas uma coisa ruim, na medida em que tendem a introduzir o rigor do direito numa matéria em que tudo deve ser resolvido por métodos flexíveis, na busca de uma harmonia. A vida política do povo britânico é governada por práticas, por “convenções”, em vez de o ser por regras: há o que se faz e o que não se faz, e admite-se que tanto uma coisa como outra podem mudar um dia em função de novas circunstâncias, num meio que não será mais o mesmo.¹³⁷

Até o advento da Constituição Francesa de 1958, a França não conhecia qualquer sistema de controle de constitucionalidade de leis, vigorando a supremacia do Parlamento.¹³⁸

Segundo Roger Stiefelmann Leal:

O constitucionalismo europeu do século XIX produziu Constituições consubstanciadas em documentos escritos com a enunciação de procedimentos especiais para reforma do texto constitucional. Contudo, em razão de não haver mecanismos eficazes de controle da constitucionalidade, a normatividade pretensamente atribuída à Constituição não saiu do papel. Os poderes públicos não se submetiam à Constituição e inexistiam meios para controlá-los. Não é sem razão que Bernard Schwartz afirma que a situação constitucional francesa do século XIX e primeira metade do século XX possui maior afinidade com o modelo constitucional inglês do que com o constitucionalismo norte-americano, embora possuísse uma Constituição escrita e rígida.¹³⁹

Paulo Gustavo Gonet Branco esclarece que a supremacia do parlamento perdurou na Europa continental¹⁴⁰ até o final do século XIX, e primeiro quartel do

¹³⁷ DAVID, René. *O direito inglês*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 73-74.

¹³⁸ “Em face da reduzida eficácia da atividade de controle desenvolvida quer pelo Senado Conservador, da Constituição do Ano VIII (1799), quer pelo Senado da Constituição do 2º Império (1852), quer, finalmente, pelo Comitê Constitucional da Constituição de 1946, é lícito afirmar que, antes de 1958, ano da entrada em vigor da Constituição da assim chamada 5ª República, o sistema francês era caracterizado pela ausência de um controle de Constitucionalidade das leis”. RAMOS, Elival da Silva. op. cit., p. 129.

¹³⁹ LEAL, Roger Stiefelmann. op. cit., p. 17-18.

¹⁴⁰ Ao contrário do que ocorreu na Europa continental, nos Estados Unidos a supremacia do Parlamento não logrou êxito. A razão histórica para tal fato é que, ao contrário do que ocorreu nas revoluções do velho continente, os magistrados não eram vistos como inimigos da democracia, mas sim o Parlamento, conforme esclarece Paulo Gustavo Gonet Branco: “A desconfiança para com o Parlamento pode ser retraçada aos fatores desencadeadores da independência americana. Leis britânicas das vésperas da independência, em especial no que tange à taxaço, provocaram a indignação dos colonos, que as viram como resultado de um Parlamento corrompido, que se arrogara poder ilimitado. O Parlamento britânico se assomou

século XX, tendo somente após a Segunda Guerra Mundial perdido espaço para uma Jurisdição Constitucional capaz de garantir a supremacia das normas constitucionais:

A ideia de uma Constituição sem proteção efetiva, e, portanto, com valor jurídico de menor tomo, perdurou por bom tempo na Europa continental. Ali, o problema da proteção da Constituição, isto é, do seu valor jurídico, ficou em estado de latência até as crises do Estado liberal do final do século XIX e no primeiro quartel do século XX.

[...]

Terminado o conflito, a revelação dos horrores do totalitarismo reacendeu o ímpeto pela busca de soluções de preservação da dignidade humana contra os abusos dos poderes estatais. Os países que saíram do trauma dos regimes ditatoriais buscaram proteger as declarações liberais das suas constituições de modo eficaz. O Parlamento, que se revelou débil diante da escalada de abusos contra os direitos humanos, perde a primazia de que desfrutou. A Justiça Constitucional, em que se viam escassos motivos de perigo para a democracia, passa a ser o instrumento de proteção da Constituição – que, agora, logra desfrutar de efetiva força de uma norma superior do ordenamento jurídico, resguardada por mecanismo jurídico de censura dos atos que a desrespeitem.¹⁴¹

O modelo europeu de supremacia do parlamento teve forte influência na Constituição do Império do Brasil, de 1824, que não contemplou nenhum sistema de controle de constitucionalidade de leis e atos normativos do poder público.

aos colonos como força hostil à liberdade. A nova nação deveria precaver-se contra a legislatura propensa às meditas tirânicas. Haveria de se construir um governo limitado
BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. op. cit., p. 30.

¹⁴¹Id. Ibid., p. 29.

3. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

O sistema constitucional vigente, instaurado com a Constituição Federal de 1988 consagra um sistema misto de controle judicial de constitucionalidade de leis e atos normativos. Ao lado do sistema difuso – consagrado desde a Constituição de 1891–, a Constituição Federal de 1988 proporcionou uma ampliação significativa do controle de constitucionalidade de leis e atos normativos através do sistema concentrado.¹⁴²

A Constituição de 1988 provocou radical alteração no modelo de controle de constitucionalidade brasileiro.¹⁴³ Essas modificações, para que melhor sejam compreendidas, devem ser analisadas sob o enfoque da evolução do controle judicial de constitucionalidade das constituições brasileiras.

3.1 Constituição Política do Império do Brasil, de 1824

O Príncipe Regente convocou, em 3 de junho de 1822, uma Assembleia Geral Constituinte e Legislativa para o Brasil.

Deve-se observar que a convocação da Assembleia Geral Constituinte precedeu à própria Independência do Brasil, que somente viria a ocorrer em 7 de setembro daquele ano.

Instalada em 3 de maio de 1823, a Assembleia Geral Constituinte foi dissolvida em 12 de novembro do mesmo ano em razão de conflitos entre a Assembleia e o então Imperador. No dia seguinte à dissolução da Assembleia Geral Constituinte, foi nomeado, pelo Imperador, um Conselho de Estado para a elaboração da Constituição.

¹⁴²MENDES, Gilmar Ferreira. Novos aspectos do controle de constitucionalidade brasileiro. *Direito Público*, Brasília, ano 5, n. 27, p. 8, maio/jun. 2009.

¹⁴³Id. *Ibid.*, p. 43.

Dos dez membros do Conselho de Estado, sete eram membros da Assembleia Geral Constituinte. Razão pela qual esse Conselho não ignorou totalmente o projeto elaborado pela Assembleia Constituinte, conforme assevera Cezar Saldanha Souza Junior:

A Constituição de 1824 não ignorou o projeto da Constituinte. Pelo contrário, o “projeto Antonio Carlos” da Constituinte serviu como base para a obra feita pelo Conselho de Estado, que apenas modificou-o e ampliou-o, mantendo a ideologia constitucional do projeto, salvo a questão do poder Moderador e a vitaliciedade do Senado. As principais modificações foram enumeradas da seguinte maneira por Homem de Mello: 1 – o projeto somente reconhecia os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário; 2 – o Imperador não podia dissolver a Câmara dos Deputados; 3 – o herdeiro da Coroa ou o Imperador do Brasil que sucedesse em Coroa estrangeira e aceitasse não podia assumir a Coroa do Brasil; 4 – o Imperador somente podia perdoar os ministros condenados da pena de morte. Nas demais questões, foi mantida a quase integralidade do projeto.¹⁴⁴

Em 25 de março de 1824, o Imperador jurou o texto, passando a vigorar como Carta Constitucional.

O artigo 178 da Constituição consagrou a supremacia das normas constitucionais ao distinguir, dentro do corpo do texto constitucional, quais as normas constitucionais e quais as normas não constitucionais. Aquelas, somente poderiam ser modificadas mediante processo específico, ao contrário dessas, que por não serem constitucionais, poderiam ser modificadas pelas formalidades exigidas para a elaboração de leis ordinárias:

É Constitucional o que diz respeito aos limites, e atribuições respectivas dos Poderes Políticos, e aos Direitos Políticos, e individuais dos Cidadãos. Tudo o que não é Constitucional, póde ser alterado sem as formalidades referidas, pelas Legislaturas ordinárias.

Embora o texto constitucional consagrasse a supremacia das normas constitucionais, a Constituição de 1824 não continha qualquer mecanismo de controle judicial de constitucionalidade.

Por influência europeia, em especial pelas ideias francesas (jacobinismo parlamentar) e inglesas sobre a Supremacia do Parlamento, a Constituição de 1824 outorgou ao Poder Legislativo a função de “fazer leis, interpretá-las,

¹⁴⁴SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha. *Constituições do Brasil*. 1. ed. Porto Alegre: Sagra Luzzatto, 2002. p. 20.

suspendê-las e revogá-las”, bem como “velar pela Guarda da Constituição, e promover o bem geral da Nação”.

Era a consagração, portanto, da soberania do Parlamento.

No entanto, não bastassem as influências francesas e inglesas que vieram por consagrar a soberania do Parlamento e o pouco conhecimento e contato dos magistrados brasileiros com a doutrina da *judicial review* do direito norte americano, a Constituição de 1824 criou um quarto Poder, o Poder Moderador, que inviabilizaria qualquer controle judicial de constitucionalidade das leis e atos normativos.

O artigo 98 da Constituição de 1824 preconizava:

O Poder Moderador é a chave de toda a organização Política, e é delegado privativamente ao Imperador, como Chefe Supremo da Nação, e seu Primeiro Representante, para que incessantemente vele sobre a manutenção da Independência, equilíbrio, e harmonia dos mais Poderes Políticos.

O referido dispositivo conferia ao Poder Moderador poderes extremos. Nada mais era do que um quarto Poder, que se sobrepunha aos demais. De nada adiantaria conferir a um outro Poder ou órgão a tarefa de realizar o controle de constitucionalidade das leis, se, ao final, sob o pretexto de manter o equilíbrio entre os Poderes, poderia o Poder Moderador alterar a decisão acerca da constitucionalidade.

Conforme bem assevera Gilmar Ferreira Mendes, ao comentar sobre a Constituição de 1824, “não havia lugar, pois, nesse sistema, para o mais incipiente modelo de controle judicial de constitucionalidade”¹⁴⁵.

3.2 Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 1891

Proclamada a República em 15 de novembro de 1889, foi abolida a Constituição Imperial de 1824, e convocada uma Assembleia Constituinte. Antes

¹⁴⁵MENDES, Gilmar Ferreira; MARTINS, Ives Gandra da Silva. op. cit., p. 35.

da promulgação da Constituição de 1891, em 24 de fevereiro, vigorou o Decreto n. 510, de 22 de junho de 1890, chamado de Constituição Provisória.

A influência do direito norte americano, em especial a doutrina da *judicial review*, sobre personalidades brasileiras, dentre elas Rui Barbosa, foi predominante para a consolidação do sistema difuso nesta Constituição, desde a Constituição Provisória de 1890¹⁴⁶.

Ressalte-se que a influência da doutrina norte-americana não exercia penetração somente em intelectuais e juristas republicanos. O próprio Imperador D. Pedro II enviou missão oficial aos Estados Unidos a fim de estudar o funcionamento da Suprema Corte daquele país, com nítidas intenções de transferir a um órgão judicial as atribuições constitucionais do Poder Moderador, conforme esclarece Alexandre de Moraes, citando Leda Boechat Rodrigues:

[...] em julho de 1889, indo Salvador de Mendonça, acompanhado de Lafayette Rodrigues Pereira, despedir-se de D. Pedro II, a fim de cumprir missão oficial nos Estados Unidos, ouviu do Imperador as seguintes palavras: 'Estudem com todo o cuidado a organização do Supremo Tribunal de Justiça de Washington. Creio que nas funções da Corte Suprema está o segredo do bom funcionamento da Constituição Norte-Americana. Quando voltarem, havemos de ter uma conferência a este respeito. Entre nós as coisas não vão bem, e parece-me que se pudéssemos criar aqui um tribunal igual ao norte-americano, e transferir para ele as atribuições do Poder Moderador da nossa Constituição, ficaria esta melhor. Dêem toda atenção a este ponto'.¹⁴⁷

Coube a Rui Barbosa, um dos maiores admiradores e defensores do sistema americano de controle de constitucionalidade de leis e atos normativos pela *judicial review*, elaborar o projeto da primeira Constituição Republicana.

Conforme esclarece Gilmar Ferreira Mendes, a Carta de 1891¹⁴⁸

[...] reconheceu a "competência do Supremo Tribunal Federal para rever as sentenças das Justiças dos Estados, em última instância, quando se questionasse a validade ou a aplicação de tratados e leis federais e a decisão do Tribunal fosse contra ela, ou quando se contestasse a validade de leis ou atos federais, em face da Constituição ou das leis federais, e a decisão do Tribunal considerasse válidos esses atos ou leis impugnadas (art. 59, § 1º, a e b).

¹⁴⁶ MENDES, Gilmar Ferreira; MARTINS, Ives Gandra da Silva. op. cit., p. 35.

¹⁴⁷ MORAES, Alexandre de. Jurisdição constitucional: breves notas comparativas sobre a estrutura do Supremo Tribunal Federal e a Corte Suprema Norte-Americana. *Revista de Direito Mackenzie*, São Paulo, ano 2, n. 2, p. 40, 2001.

¹⁴⁸ MENDES, Gilmar Ferreira; MARTINS, Ives Gandra da Silva. op. cit., p. 36.

Não obstante a clareza dos dispositivos constitucionais, a inovação de um controle judicial de constitucionalidade de leis e atos normativos causou perplexidade e resistência de muitos quanto à possibilidade do Supremo Tribunal Federal poder realizar referido controle.

Rui Barbosa, advogando perante o Supremo Tribunal Federal, em 1893, defendeu a competência do Tribunal para o exercício do controle difuso incidental da constitucionalidade das leis e atos normativos:

O único lance da Constituição americana, no qual se estriba ilativamente o juízo, que lhe atribui essa intenção, é o do art. 3º, Seção II, cujo teor reza assim: 'O Poder Judiciário estender-se-á a todas as causas, de direito e equidade, que nascerem desta Constituição, ou das leis dos Estados Unidos'.

Não se diz aí que os tribunais sentenciarão sobre validade, ou invalidade, das leis. Apenas se estatui que conhecerão das causas regidas pela Constituição, como conformes, ou contrárias a ela.

Muito mais concludente é a Constituição brasileira.

Nela não só se prescreve que

'Compete aos juízes ou tribunais federais processar e julgar as causas, em que alguma das partes funda a ação, ou a defesa, em disposição da Constituição Federal (art. 60, a)'.

Como, ainda, que

'Das sentenças das justiças dos Estados em última instância haverá recurso para o Supremo Tribunal Federal, quando se questionar sobre validade de tratados e leis federais, e a decisão do tribunal do Estado for contra ela' (Art. 59, § 1º, a).

A redação é claríssima. Nela se reconhece, não só a competência das justiças da União, como a das justiças dos Estados, para conhecer a legitimidade das leis perante a Constituição. Somente se estabelece, em favor das leis federais, a garantia de que, sendo contrária à subsistência delas a decisão do tribunal do Estado, o feito pode passar, por via de recurso, para o Supremo Tribunal Federal. Este ou revogará a sentença, por não procederem às razões de nulidade, ou a confirmará pelo motivo oposto. Mas, numa ou noutra hipótese, o princípio fundamental é a autoridade, reconhecida expressamente no texto constitucional, a todos os tribunais, federais, ou locais, de discutir a constitucionalidade das leis da União e aplicá-las, ou desaplicá-las, segundo esse critério.¹⁴⁹

A Lei n. 221, de 20 de novembro de 1894, veio dirimir a controvérsia doutrinária acerca da existência de um controle abstrato de normas na Constituição de 1891, ao consagrar, no seu artigo 13, §10 que "Os juízes e tribunais apreciarão a validade das leis e regulamentos e deixarão de aplicar aos

¹⁴⁹BARBOSA, Rui. *Atos inconstitucionais*. 2. ed. Campinas: Russell, 2004. p. 52-53.

casos ocorrentes as leis manifestamente inconstitucionais e os regulamentos manifestamente incompatíveis com as leis ou com a Constituição”¹⁵⁰.

Conforme o ensinamento de Gilmar Ferreira Mendes, “não havia mais dúvida quanto ao poder outorgado aos órgãos jurisdicionais para exercer o controle de constitucionalidade”.¹⁵¹ Estava, finalmente, consolidado o controle difuso de constitucionalidade no sistema jurídico brasileiro.

Nesse sistema de controle de constitucionalidade, por ser difuso, originário da *judicial review*, não havia lugar para qualquer tipo de controle abstrato de normas. Rui Barbosa explicitou que a inconstitucionalidade não se aduz como alvo da ação, mas apenas como subsídio à justificativa do direito, cuja reivindicação se discute:

Eu sabia que o remédio judicial contra os atos inconstitucionais, da autoridade política não se deve pleitear *por ação direta e principal*. A regra é que ‘os tribunais não podem conhecer da legalidade de tais atos, senão enquanto são chamados a contribuir para a sua execução: *quando o governo ou os particulares invocam os tribunais, para obter uma condenação civil, ou criminal*. Então, antes de se associar a eles, a justiça é *obrigada* a examinar o valor do ato, que se pretende em vigor; e, se o acha inquinado de ilegalidade, se o poder administrativo saiu do círculo de suas atribuições, é dever dela abster-se de apoiá-los com o seu concurso’. [...] A inconstitucionalidade não se aduz, como alvo da ação, mas apenas como subsídio à justificação do direito, cuja reivindicação se discute. O advogado não podia aventurar a afirmação de um direito, sem lhe sobpor a base. A base qual é? A constituição, que positivamente garantiu esse direito. E porque mo arrancaram a despeito dessa garantia suprema? Em virtude de uma resolução do Presidente da República. E eis aí, frente a frente, no pretório, o Presidente da República, ou da Constituição, o objeto da causa. Entre uma e outra há direitos, que se dizem violentados. Sobre esses direitos versa o litígio. O valor relativo dos dois princípios, que se representam no chefe do Estado e na Constituição, acareados nos atos de um e nos textos da outra, não entra na lide senão como elemento de julgar: não é o seu ponto de mira judicial. O princípio geral debate-se a propósito do caso particular, e a sentença há de resolver simplesmente o caso particular, ainda que a importância do incidente possa deixar à sombra o alcance do principal.¹⁵²

Esclarecia, ainda, Rui Barbosa, que não cabia ao judiciário fazer qualquer controle abstrato de normas porque “não intervêm na elaboração da lei, nem na sua aplicação geral. Não são órgãos consultivos nem para o legislador, nem para a administração”¹⁵³, esclarecendo, ainda, que a *judicial review* “é um poder

¹⁵⁰MENDES, Gilmar Ferreira; MARTINS, Ives Gandra da Silva. op. cit., p. 37.

¹⁵¹Id., loc. cit.

¹⁵²BARBOSA, Rui. op. cit., p. 85-86.

¹⁵³Id. Ibid., p. 87.

de hermenêutica, e não um poder de legislação. Assegura a estabilidade dos princípios constitucionais, simplesmente ‘pelo julgamento do caso concreto’ não mediante ação espontânea do juiz, ‘*officii numere*’, mas à reclamação das partes interessadas”¹⁵⁴.

Conforme assevera Dirley da Cunha Júnior¹⁵⁵, apesar do inegável avanço em relação à Constituição anterior, no tocante ao controle de constitucionalidade, havia ainda deficiências a serem sanadas. Do modo como foi concebido, o controle judicial difuso propiciava decisões judiciais conflitantes sobre a constitucionalidade de uma mesma lei, o que ocasiona incerteza jurídica, e uma infinidade de demandas judiciais, acarretando um congestionamento do Poder Judiciário de primeira instância. Há que se lembrar que, no sistema pelo qual foi concebido, as decisões judiciais acerca de controle de constitucionalidade possuíam apenas efeito *intra partes*. Ao contrário do sistema norte americano, no sistema jurídico brasileiro, por estar tradicionalmente ligado ao sistema da *civil law*, o princípio da *stare decisis* não podia ser aplicado às decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal.

3.3 Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 1934

A Constituição de 1934 manteve o controle judicial de constitucionalidade difuso e incidental das leis e atos normativos do poder público. No entanto, introduziu significativas modificações, sendo que, aos poucos, o sistema de controle de constitucionalidade foi se afastando do controle difuso puro, ganhando certos contornos do método concentrado de constitucionalidade, sem, no entanto, aproximar-se demais do sistema austríaco-europeu¹⁵⁶.

A Constituição de 1934 introduziu, no seu artigo 179 a chamada “reserva de plenário”¹⁵⁷, ao dispor que “Só por maioria absoluta de votos da totalidade dos seus Juízes, poderão os Tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou

¹⁵⁴BARBOSA, Rui. op. cit., p. 87.

¹⁵⁵CUNHA JÚNIOR. Dirley da. *Controle de constitucionalidade: teoria e prática*, cit., p. 84.

¹⁵⁶Id., loc. cit.

¹⁵⁷Conforme esclarece João Paulo Castiglioni Helal, “essa alteração vem a descortinar a ingerência da jurisprudência da Suprema Corte dos Estados Unidos da América, onde já se asseverava que somente a maioria dos votos dos juízes dos tribunais pode trazer a certeza no que tange à orientação da Corte”. HELAL, João Paulo Castiglioni. op. cit., p. 162.

ato do Poder Público”. Estava vedada, portanto, a declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato do Poder Público que não tivesse sido submetido à análise do Plenário do Tribunal. Conforme assevera Gilmar Ferreira Mendes, com esta inovação “evitava-se a insegurança jurídica decorrente das contínuas flutuações de entendimento nos tribunais”¹⁵⁸.

A Constituição de 1934 consagrou, ainda, a competência do Senado Federal para “suspender a execução, no todo ou em parte, de qualquer lei ou ato, deliberação ou regulamento, quando hajam sido declarados inconstitucionais pelo Poder Judiciário” (art. 91, IV). Conforme disposto no artigo 96 da Constituição, competia ao Procurador Geral da República comunicar ao Senado a decisão da Suprema Corte de declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público, para efeitos do disposto no artigo 91, inciso IV, da Carta Magna.¹⁵⁹

A terceira inovação no campo do controle de constitucionalidade na Constituição de 1934, e talvez a de maior importância, foi a declaração de inconstitucionalidade para efeitos de se autorizar a intervenção federal nos Estados Membros da Federação por ofensa aos chamados princípios sensíveis (art. 7, I, “a” à “h”).¹⁶⁰

Como medida de exceção, o texto constitucional permitia a intervenção da União. Na hipótese de intervenção fundada nas alíneas do inciso I do artigo 7, a intervenção ficava condicionada à declaração de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal.

¹⁵⁸MENDES, Gilmar Ferreira; MARTINS, Ives Gandra da Silva. op. cit., p. 38.

¹⁵⁹“A fórmula inovadora buscava resolver o problema relativo à falta de eficácia geral das decisões tomadas pelo Supremo em sede de controle de constitucionalidade. É possível, porém, que, inspirado no direito comparado, tenha o constituinte conferido ao Senado um poder excessivo, que acabaria por convolar solução em problema, com a cisão de competências entre ao Supremo Tribunal e o Senado. É certo, por outro lado, que, coerente com o espírito da época, a intenção do Senado limitava-se à declaração de inconstitucionalidade, não se conferindo eficácia ampliada à declaração de constitucionalidade”. Id. Ibid., p. 38-39.

¹⁶⁰“Art. 7º - Compete privativamente aos Estados: I - decretar a Constituição e as leis por que se devam reger, respeitados os seguintes princípios: a) forma republicana representativa; b) independência e coordenação de poderes; c) temporariedade das funções eletivas, limitada aos mesmos prazos dos cargos federais correspondentes, e proibida a reeleição de Governadores e Prefeitos para o período imediato; d) autonomia dos Municípios; e) garantias do Poder Judiciário e do Ministério Público locais; f) prestação de contas da Administração; g) possibilidade de reforma constitucional e competência do Poder Legislativo para decretá-la; h) representação das profissões;”

Cabia ao Procurador Geral da República a provocação do Supremo Tribunal sobre a constitucionalidade da intervenção. Conforme esclarece João Paulo Castiglioni Helal, o “Procurador Geral de República submetia ao Supremo Tribunal, para declaração de constitucionalidade, a lei que decretara a intervenção e não o ato em si inconstitucional”.¹⁶¹

Não se pode negar que essa inovação, a ação de representação interventiva de inconstitucionalidade, foi o embrião para que se desenvolvesse o controle concentrado de constitucionalidade de atos e normas constitucionais, conforme o ensinamento de Ana Letícia Queiroga de Mattos¹⁶²:

No Brasil, de uma forma escamoteada, a Jurisdição Concentrada foi inserida já nos idos de 1934, quando se criou a representação interventiva, que se resumia a fiscalizar as normas estaduais frente aos princípios constitucionais sensíveis. Diz-se escamoteada porque, a despeito de não ter sido propriamente uma forma de controle abstrato de constitucionalidade das leis, aquela figura passou a exercer tal função, pelo menos até o surgimento da representação de inconstitucionalidade, introduzida pela Emenda 16/65 à Constituição da República de 1946.

Há que se ressaltar, também, a criação da Ação de Mandado de Segurança pela Constituição de 1934, figurando, ao lado do *Habeas Corpus*, como mais uma ação constitucional para controle de constitucionalidade de leis e atos normativos pela via difusa, incidental.

3.4 Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 1937

Impossível compreender a Constituição de 1937 sem entender o momento político e social em que se passava o país.

Da mesma maneira que ocorria no mundo, pós primeira grande guerra, no Brasil fervilhavam ideologias extremas e radicais, de um lado a esquerda socialista e comunista de Luiz Carlos Prestes e, de outro, a Ação Integralista Brasileira, liderada por Plínio Salgado. Getúlio Vargas, eleito pelas vias constitucionais, soube aproveitar do clima ideológico exaltado causado pelas

¹⁶¹HELAL, João Paulo Castiglioni. op. cit., p. 165.

¹⁶²MATTOS, Ana Letícia Queiroga de. O *amicus curiae* e a democratização do controle de constitucionalidade. *Direito Público*, Brasília, ano 3, n. 9, p. 117, jul./set. 2005.

duas posições radicais e extremas, e preparou e executou um golpe de Estado. Em 10 de novembro de 1937, com o apoio das Forças Armadas, derrubou a ordem jurídica, revogou a Constituição de 1934 e outorgou nova Carta Constitucional, com traços autoritários explícitos.¹⁶³

A Constituição outorgada em 10 de novembro de 1937 não afirmava a separação dos poderes, concentrando todos os poderes na pessoa do Presidente da República. Pela semelhança totalitária com a Constituição Polonesa, em especial pela concentração demasiada de poderes no chefe do Poder Executivo, em detrimento dos demais, a Constituição de 1937 foi chamada de “Constituição Polaca”¹⁶⁴.

Em matéria de controle de constitucionalidade, nas palavras de Gilmar Ferreira Mendes, houve um inequívoco retrocesso¹⁶⁵.

Não introduziu qualquer modificação no controle difuso de constitucionalidade, mantendo, inclusive, a reserva de plenário nos tribunais para a declaração de inconstitucionalidade (art. 96). No entanto, o parágrafo único do art. 96 “enfraqueceu a supremacia do Poder Judiciário no exercício do controle da constitucionalidade das leis, possibilitando ao Poder Executivo tornar sem efeito a decisão de inconstitucionalidade proferida pelo Tribunal”¹⁶⁶.

Declarada inconstitucional a lei, poderia o Presidente da República submetê-la novamente ao exame do Parlamento, se a seu juízo a referida lei fosse “necessária ao bem estar do povo, à promoção ou defesa de interesse nacional de alta monta”. Confirmada a lei, por dois terços em cada casa legislativa, cancelada estaria a decisão proferida pelo Tribunal¹⁶⁷.

¹⁶³SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha. op. cit., p. 51.

¹⁶⁴“Embora muitos quisessem negar a semelhança dessa Carta com a Constituição Polonesa – inclusive o seu Redator -, as semelhanças são evidentes. O art. 2º dessa última, por exemplo, afirma que ‘a autoridade única e individual do Estado é concentrada na pessoa do Presidente da República’. O Art. 73 da Carta brasileira diz que “o Presidente da República, autoridade suprema do Estado, coordena a atividade dos órgãos representativos, de grau superior, dirige a política interna e externa, promove ou orienta a política legislativa de interesse nacional e superintende a administração do país”. Id. Ibid., p. 53-54.

¹⁶⁵MENDES, Gilmar Ferreira; MARTINS, Ives Gandra da Silva. op. cit., p. 41.

¹⁶⁶SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha. op. cit., p. 85.

¹⁶⁷Importante ressaltar que, por força do artigo 178 da Constituição de 1937, o Poder Legislativo em todas as esferas da Federação foram dissolvidos. O Parlamento nacional somente seria recomposto após plebiscito a ser convocado pelo Presidente da República. Enquanto não houvesse referida consulta popular, o Presidente da República poderia expedir decretos-leis sobre todas as matérias de competência legislativa da União (artigo 180). Citado plebiscito não

Esse dispositivo foi utilizado, na prática, em 1939, conforme narrativa de João Paulo Castiglioni Helal:

Este dispositivo se efetivou, na prática, em 05.09.1939. Uma decisão do Supremo Tribunal Federal declarou inconstitucional uma lei federal que instituía imposto de renda sobre vencimentos pagos pelos cofres públicos municipais e estaduais. Neste comenos, o Presidente Getúlio Vargas, entendendo que a decisão judiciária não se coadunava com o interesse nacional e o princípio da divisão equitativa do ônus do imposto, baixou o Dec.-lei 1.564, corroborando textos de lei, decretados pela União, declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal; o que gerou uma celeuma nos meios judiciários.¹⁶⁸

O Mandado de Segurança perdeu o *status* constitucional, passando a ser disciplinado pela legislação ordinária.

A representação interventiva, e a suspensão do Senado de lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal, significativos avanços nos mecanismos de controle de constitucionalidade presentes na Carta Constitucional de 1934, não foram disciplinadas na Constituição de 1937, corroborando o sentimento de retrocesso na matéria de controle de constitucionalidade de leis e atos do Poder Público.¹⁶⁹

3.5 Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 1946

A Constituição de 18 de setembro de 1946 restaurou a tradição jurídica brasileira de controle judicial de constitucionalidade de leis e atos do Poder Público¹⁷⁰.

A Carta de 1946 manteve a exigência de reserva de plenário para a declaração de inconstitucionalidade. Não reproduziu, no entanto, a possibilidade do Parlamento, a pedido do Presidente da República, suspender os efeitos de uma decisão de inconstitucionalidade proferida pelo Supremo Tribunal Federal.

chegou a ser realizado. O Presidente da República cumulou as funções do Executivo, do Legislativo, e, nos termos do artigo 96, parágrafo único, tinha o poder de suspender eventual declaração de inconstitucionalidade proferida pela Suprema Corte do país.

¹⁶⁸ HELAL, João Paulo Castiglioni. op. cit., p. 168-169.

¹⁶⁹ CUNHA JÚNIOR. Dirley da. *Controle de constitucionalidade: teoria e prática*, cit., p. 85.

¹⁷⁰ MENDES, Gilmar Ferreira; MARTINS, Ives Gandra da Silva. op. cit., p. 43.

A competência do Senado Federal, para suspender em todo ou em parte, lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal, conferindo, portanto, efeito *erga omnes* para decisão de inconstitucionalidade, introduzida no ordenamento jurídico pela Constituição de 1934, abolida pela Carta de 1937, foi restaurada na Constituição de 1946.¹⁷¹

Da mesma forma, a Constituição de 1946 restabeleceu a ação interventiva, a chamada “ação direta de inconstitucionalidade nos casos de lesão aos princípios estabelecidos no art. 7º, VII. Imprimiu-se, assim, traço próprio ao nosso modelo de controle de constitucionalidade, afastando-o do sistema norte-americano”, nas palavras de Gilmar Ferreira Mendes.¹⁷²

Conforme assevera Gilmar Ferreira Mendes, a ação direta interventiva teve ampla utilização durante a vigência da Carta Constitucional de 1946.¹⁷³ Na primeira ação direta interventiva, o então Procurador Geral da República arguiu a inconstitucionalidade de dispositivos da Constituição Estadual do Ceará, que continha princípios parlamentaristas. O Supremo Tribunal julgou procedente a ação direta interventiva, declarando inconstitucionais os dispositivos da Constituição Cearense que sujeitavam a aprovação da Assembleia Legislativa às nomeações de Secretários de Estado e dos Prefeitos de livre escolha do Governador.¹⁷⁴

Questionou-se muito, na época, sobre a possibilidade de se formular requerimento ao Procurador Geral da República para fins de se ajuizar a ação direta interventiva. Na Representação 94, o então chefe do Ministério Público Federal emitiu parecer posicionando-se no sentido de que é facultado o oferecimento de requerimento ao Procurador Geral da República. Foi mais além, em sua opinião, “a arguição de inconstitucionalidade não poderia ser arquivada, mas, ao revés, deveria ser submetida ao Supremo Tribunal, ainda que com parecer contrário do Ministério Público”.¹⁷⁵

¹⁷¹MENDES, Gilmar Ferreira; MARTINS, Ives Gandra da Silva. op. cit., p. 43.

¹⁷²MENDES, Gilmar Ferreira. A representação interventiva. *Direito Público*, Brasília, ano 3, n. 9, p. 5, jul./set. 2005.

¹⁷³MENDES, Gilmar Ferreira; MARTINS, Ives Gandra da Silva. op. cit., p. 44.

¹⁷⁴HELAL, João Paulo Castiglioni. op. cit., p. 174.

¹⁷⁵MENDES, Gilmar Ferreira; MARTINS, Ives Gandra da Silva. op. cit., p. 45.

A ação direta interventiva foi regulada pela Lei. 2.271, de 22.07.1954, e posteriormente, pela Lei 4.337, de 01.06. 1964.¹⁷⁶

A Emenda Constitucional nº. 16, de 16 de novembro de 1965, à Constituição de 1946, é de suma importância à evolução dos mecanismos de controle de constitucionalidade no sistema jurídico constitucional brasileiro. “Instituiu, ao lado da representação interventiva, e nos mesmos moldes, o controle abstrato de normas estaduais e federais”.¹⁷⁷

Foi introduzida no ordenamento jurídico constitucional, pela E.C. nº. 16, portanto, o controle abstrato de normas, conforme esclarece Carlos Mário da Silva Velloso:

Sem prejuízo do controle incidental, e ao lado da representação interventiva (destinada a resolver conflitos federativos), a EC 16/65 introduziu no Brasil, o controle concentrado da constitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual, portanto, a ser exercido não apenas incidentalmente, diante de caso concreto, mas fiscalização constitucional genérica, abstrata, de norma em tese, com o escopo de averiguar o vício da inconstitucionalidade e o objetivo precípua de defender a ordem constitucional, garantindo a supremacia da Carta Magna.¹⁷⁸

Com a E.C. 16/65, o controle de constitucionalidade concentrado resumia-se à ação direta interventiva, e à representação genérica de inconstitucionalidade, ambas tendo o Procurador Geral da República como titular da ação. Possibilitou não somente o controle abstrato de normas federais, como também possibilitou o controle de constitucionalidade das leis municipais em relação às Constituições Estaduais.

Como bem salientou Gilmar Ferreira Mendes, a ação genérica de inconstitucionalidade, confiada ao chefe do Ministério Público Federal, já havia sido contemplada por Kelsen.¹⁷⁹

¹⁷⁶ HELAL, João Paulo Castiglioni. op. cit., p. 174.

¹⁷⁷ MENDES, Gilmar Ferreira; MARTINS, Ives Gandra da Silva. op. cit., p. 50.

¹⁷⁸ Apud. HELAL, João Paulo Castiglioni. op. cit., p. 177.

¹⁷⁹ “Um instituto completamente novo, mas digno de ser experimentado seria a criação de um Advogado da Constituição (Verfassungsanwalt) perante a Corte Constitucional, que – em analogia com o promotor público no processo penal – instaurasse de ofício o controle de normas em relação aos atos que reputasse inconstitucionais. Evidentemente, esse advogado da Constituição deveria ser dotado de todas as garantias de independência tanto em face do Governo, como em face do Parlamento.” MENDES, Gilmar Ferreira; MARTINS, Ives Gandra da Silva. op. cit., p. 53-54.

A Carta Constitucional de 1946 foi de inegável avanço em termos de controle de constitucionalidade. Não somente restaurou mecanismos que haviam sido abolidos na Constituição de 1937, como os aperfeiçoou. A Emenda Constitucional nº. 16, de 1965 veio por culminar na consolidação do controle misto de constitucionalidade no sistema jurídico constitucional brasileiro.

3.6 Constituição da República Federativa do Brasil, de 1967

A Constituição de 1967 não trouxe significativas modificações no que tange ao controle de constitucionalidade.

O controle difuso incidental manteve-se incólume, não havendo qualquer alteração.

A ação direta de inconstitucionalidade, assim como concebida pela E.C 16/65 da Carta Constitucional de 1946, foi mantida pela Constituição de 1967.

No que diz respeito à ação direta interventiva, seus limites foram ampliados. “com objetivo de assegurar não só a observância dos chamados princípios sensíveis (art. 10, VII), mas também prover a execução de lei federal (art. 10, VI, 1ª parte). A competência para suspender o ato estadual foi transferida para o Presidente da República (art. 11, § 2º)”.¹⁸⁰

A Emenda Constitucional n. 7 de 13 de abril de 1977, confiou ao Procurador Geral da República, ao lado da representação por inconstitucionalidade, representação para fins de interpretação de lei ou ato normativo federal ou estadual.

Referida representação tinha como escopo evitar a proliferação de demandas, e “uniformizar o entendimento das espécies normativas estaduais e federais”.¹⁸¹

A E.C. nº 1 trouxe, ainda, outra inovação, de grande importância no controle de constitucionalidade:

¹⁸⁰MENDES, Gilmar Ferreira; MARTINS, Ives Gandra da Silva. op. cit., p. 58.

¹⁸¹HELAL, João Paulo Castiglioni. op. cit., p. 181.

pôs termo à controvérsia sobre a utilização de liminar em representação de constitucionalidade, reconhecendo, expressamente, a competência do Supremo Tribunal para deferir o pedido de cautelar formulado pelo Procurador Geral da República (CF de 1967/1969, art. 119, I, p)¹⁸².

A representação de inconstitucionalidade, contudo, possuía um caráter dúplice, ambivalente, que a doutrina da época não foi capaz de perceber, conforme esclarece Gilmar Ferreira Mendes:

Não se percebeu, igualmente, que, tal como concebida, a chamada representação de inconstitucionalidade tinha, em verdade, *caráter dúplice* ou *natureza ambivalente*, permitindo ao Procurador Geral submeter a questão constitucional ao Supremo Tribunal quando estivesse convencido da inconstitucionalidade da norma, ou mesmo quando convencido da higidez da situação jurídica, surgissem controvérsias relevantes sobre sua legitimidade.

A imprecisão da fórmula adotada na Emenda n. 16 – *representação contra inconstitucionalidade de lei ou ato de natureza normativa, federal ou estadual, encaminhada pelo Procurador Geral* não consegue esconder o propósito inequívoco do legislador constituinte, que era o de permitir, “desde logo, a definição da ‘controvérsia constitucional’ sobre leis novas”.

Não se pretendia, pois, que o Procurador Geral instaurasse o processo de controle abstrato com o propósito exclusivo de ver declarada a inconstitucionalidade da lei, até porque ele poderia não tomar parte na controvérsia constitucional ou, se dela participasse, estar entre aqueles que consideravam válida a lei.¹⁸³

Dessa forma, ao se analisar a natureza do instituto do controle abstrato de constitucionalidade, a função do chefe do Ministério Público Federal não era a de defender ou sustentar perante o Supremo Tribunal a inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo. O seu papel precípua era o de levar uma controvérsia constitucional ao órgão máximo do Poder Judiciário para que fosse solucionada. O seu parecer estava condicionado apenas ao seu livre convencimento, uma vez que poderia opinar tanto pela constitucionalidade, como pela inconstitucionalidade da lei.

¹⁸²MENDES, Gilmar Ferreira; MARTINS, Ives Gandra da Silva. op. cit., p. 58-59.

¹⁸³Id. Ibid., p. 67-68.

Não há dúvidas, portanto, que a representação por inconstitucionalidade tinha efetivamente um caráter dúplice. Dela tanto poderia se extrair uma decisão do Supremo Tribunal declarando a inconstitucionalidade da lei, como uma decisão declarando-a conforme a Constituição Federal, encerrando qualquer controvérsia sobre a sua constitucionalidade.

3.7 Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988

A Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 5 de outubro de 1988, no que tange à matéria de controle de constitucionalidade, manteve o sistema misto da Constituição anterior.

O controle incidental difuso, embora tenha sido mantido, de certo perdeu espaço e importância no sistema jurídico constitucional da Carta de 1988 para o sistema concentrado.

A Constituição Federal de 1988 ampliou significativamente o rol dos legitimados para a propositura da Ação Direta de Inconstitucionalidade. Além do Procurador Geral da República, o artigo 103 também legitimou o Presidente da República, a mesa do Senado Federal, a mesa da Câmara dos Deputados, a mesa da Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal, o Governador de Estado ou do Distrito Federal, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, partido político com representação no Congresso Nacional e confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

Outra novidade no que diz respeito ao controle de constitucionalidade na Constituição de 1988 foi a possibilidade de controle de constitucionalidade das leis e atos normativos não somente por via de ação, mas também pela omissão do Poder Público. Conforme o magistério de José Afonso da Silva, a inconstitucionalidade por omissão:

Verifica-se nos casos que não sejam praticados atos legislativos ou administrativos requeridos para tornar plenamente aplicáveis normas constitucionais. Muitas destas, de fato, requerem uma lei ou uma providência administrativa ulterior para que os direitos ou situações nelas previstos se efetivem na prática. A Constituição, por exemplo, prevê o direito de participação dos trabalhadores nos lucros e na gestão das empresas, *conforme*

definido em lei, mas, se esse direito não se realizar, *por omissão* do legislador em produzir a lei aí referida e necessária à plena aplicação da norma, tal omissão se caracterizará como inconstitucional. Ocorre, então, o pressuposto para a propositura de uma *ação de inconstitucionalidade por omissão*, visando obter do legislador a elaboração da lei em causa.¹⁸⁴

O controle de constitucionalidade por omissão foi contemplado pela Carta Constitucional não somente pelo controle concentrado, mas também pelo difuso. O controle concentrado de inconstitucionalidade por omissão foi regulado pela Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (art. 103, § 2º),¹⁸⁵ enquanto que, o controle difuso incidental da omissão constitucional é realizado pelo Mandado de Injunção (art. 5º, LXXI).

A Emenda Constitucional nº 3, de 17 de março de 1993, acrescentou algumas modificações ao sistema de controle de constitucionalidade. Instituiu expressamente, ao lado das Ações Diretas de Inconstitucionalidade (por ação ou omissão), a Ação Declaratória de Constitucionalidade, “tendo por finalidade proteger a supremacia da Constituição, proporcionando a certeza do direito”.¹⁸⁶

Conforme a Emenda Constitucional nº 3, estavam legitimados a propor a Ação Declaratória de Constitucionalidade: o Presidente da República, a Mesa do Senado Federal, a Mesa da Câmara dos Deputados e o Procurador Geral da República. Conforme se pode perceber, originalmente como foi concebida a Ação Declaratória de Constitucionalidade tinha um rol extremamente exíguo, se comparado ao da Ação Direta de Inconstitucionalidade.

A Emenda Constitucional nº 45, de 2004, chamada de “Reforma do Judiciário”, equiparou o rol de legitimados da Ação Declaratória de Constitucionalidade com o da Ação Direta de Inconstitucionalidade, com mais uma novidade: ao lado dos Governadores dos Estados, e das Assembleias Legislativas Estaduais, legitimou também o Governador e a Assembleia Legislativa do Distrito Federal.

¹⁸⁴SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 29. ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2010. p. 47-48.

¹⁸⁵O processamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão é regulado pela Lei nº. 9.868 de 10/11/1999, após modificações introduzidas pela Lei nº. 12.063 de 27/10/2009.

¹⁸⁶HELAL, João Paulo Castiglioni. op. cit., p. 187.

A Carta Constitucional de 1988 possibilitou, ainda, que os Estados instituísssem representação de inconstitucionalidade de leis e atos normativos estaduais e municipais em face da Constituição Estadual. Vedou, entretanto, que a legitimidade ativa desta representação fosse confiada a um único órgão (Art. 125).

Outra inovação da Constituição de 1988 foi a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Inicialmente esse instituto fora previsto no parágrafo único do artigo 102. Com o advento da Emenda Constitucional n. 3, e a supressão deste parágrafo único, foi deslocada para o parágrafo 1º:

Art. 102: Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

[...]

§ 1.º A arguição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente desta Constituição, será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei.

Por ser uma norma constitucional de eficácia limitada, pendia de regulamentação legislativa, regulamentação esta que se efetivou pela Lei 9.882 de 12 de dezembro de 1999, que regulou o processo e julgamento da Ação de Arguição de Descumprimento Fundamental.

Outra lei ordinária, Lei 9.868, de 10 de novembro de 1999, regulamentou o processo e julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade e da Declaratória de Constitucionalidade, prevendo a possibilidade de medida cautelar em ambas as ações, permitindo ao Ministro Relator conceder liminar de plano.

As decisões do Supremo Tribunal Federal, proferidas em Ação Declaratória de Constitucionalidade e Ação Direta de Inconstitucionalidade, têm efeito vinculante, *erga omnes*, para os demais órgãos do Poder Judiciário e para a Administração Pública direta e indireta, nas esferas estaduais e municipais, conforme teor do parágrafo segundo do artigo 102 da Constituição Federal.¹⁸⁷

¹⁸⁷O texto original da Carta Constitucional previa apenas efeito vinculante aos demais órgãos do Poder Judiciário e Executivo. A ampliação do efeito, vinculando também a Administração direta e indireta, em todas as esferas da Federação, é fruto da Emenda Constitucional 45 de 8.12.2004.

A Emenda Constitucional nº. 45 trouxe inovação ao controle difuso de constitucionalidade, ao condicionar o recebimento do Recurso Extraordinário à demonstração de repercussão geral nas questões constitucionais a serem apreciadas pelo Supremo Tribunal Federal.¹⁸⁸

A “Reforma do Judiciário” introduziu, ainda, no sistema jurídico constitucional brasileiro, a chamada Súmula Vinculante, conforme assevera João Paulo Castiglioni Helal:

Ademais, acresceu-se à Constituição Federal o artigo 103-A, que estabelece que o Supremo Tribunal Federal poderá, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta ou indireta. É a denominada súmula vinculante, a qual poderá ser revista ou cancelada, na forma estabelecida em lei. A legitimidade para propor a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula é a mesma das ações diretas de inconstitucionalidade e declaratórias de constitucionalidade (CF/88, art. 103).¹⁸⁹

Se por um lado é inquestionável que o controle de constitucionalidade pela via difusa perdeu espaço para o controle concentrado, que recebeu especial atenção pelo Constituinte da Carta de 1988, é certo que com a atual Constituição agravou-se o problema de distribuição de processos ao Supremo Tribunal Federal. Essa sobrecarga numérica em muito se deve aos inúmeros recursos extraordinários e agravos de instrumentos oriundos do sistema difuso de constitucionalidade, conforme observação de Gilmar Ferreira Mendes:

Uma outra observação deve ser feita no contexto da nova relação estabelecida entre os dois sistemas de controle de constitucionalidade na Constituição de 1988. Embora se afigure correta a tese segundo a qual o sistema direto passa a ter precedência ou primazia, é verdade também que é exatamente

¹⁸⁸Em decisão proferida em sessão plenária de 18 de junho de 2007, nos autos do Agravo de Instrumento nº. 664567, relatado pelo Min. Sepúlveda Pertence, por votação unânime, o Supremo Tribunal Federal decidiu: 1) que é de exigir-se a demonstração da repercussão geral das questões constitucionais discutidas em qualquer recurso extraordinário, incluído o criminal; 2) que a verificação da existência de demonstração formal e fundamentada da repercussão geral das questões discutidas no recurso extraordinário pode fazer-se tanto na origem quanto no Supremo Tribunal Federal, cabendo exclusivamente a este Tribunal, no entanto, a decisão sobre a efetiva existência da repercussão geral; 3) que a exigência da demonstração formal e fundamentada no recurso extraordinário da repercussão geral das questões constitucionais discutidas só incide quando a intimação do acórdão recorrido tenha ocorrido a partir de 03 de maio de 2007, data da publicação da Emenda Regimental nº 21, de 30 de abril de 2007.

¹⁸⁹HELAL, João Paulo Castiglioni. op. cit., p. 189-190.

após 1988 que se acentua a crise numérica do Supremo Tribunal Federal. E essa crise manifesta-se de forma radical no sistema difuso, com o aumento vertiginoso de recursos extraordinários e agravos de instrumentos interpostos contra decisões indeferitórias desses recursos.

[...]

Sem dúvida, não há uma causa única capaz de explicar essa explosão numérica. É verdade que a massificação das demandas nas relações homogêneas é um fator decisivo para essa crise. As discussões que se encetaram nesse período sobre planos econômicos, sistema financeiro da habitação, FGTS, índices de reajuste do INSS, podem explicar plausivelmente a multiplicação de demandas, especialmente em um modelo que trata cada controvérsia judicial instaurada como um processo singular. A falta de um mecanismo com caráter minimamente objetivo para solver essas causas de massas permite que uma avalanche de processos sobre um só tema chegue ao STF pela via do recurso extraordinário.¹⁹⁰

Tanto a limitação do recurso extraordinário, a demonstração da repercussão geral da questão constitucional, quanto a instituição da súmula vinculante – regulamentada pela Lei Ordinária n. 11.417 de 19 de dezembro de 2006 – têm como finalidade não somente aprimorar o controle de constitucionalidade, mas também desafogar o Supremo Tribunal Federal de inúmeros processos oriundos sobre temas já decididos anteriormente pela Corte.

¹⁹⁰MENDES, Gilmar Ferreira; MARTINS, Ives Gandra da Silva. op. cit., p. 88-89.

4. HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL: DEMOCRATIZAÇÃO E LEGITIMAÇÃO

No controle concentrado e abstrato de constitucionalidade, desde o seu início, conforme concebido por Hans Kelsen, a legitimação para provocação do Tribunal Constitucional foi restrita a alguns (e poucos) órgãos do governo e exercentes do Poder, conforme assinala Anna Candida da Cunha Ferraz.¹⁹¹

Nesse mesmo sentido, assinalam Dimitri Dimoulis e Soraya Lunardi:

Temos uma forte limitação dos legitimados em países que adotam o controle concentrado. Um exemplo histórico oferece a Representação de Inconstitucionalidade, introduzida no Brasil pela emenda Constitucional nº. 16, de 1965, que só poderia ser proposta pelo Procurador-Geral da República. A limitação costuma ser forte no sistema preventivo, como mostra o exemplo da França, onde podem propor a inconstitucionalidade, mediante representação (*saisine*), o Presidente da República, o Primeiro-Ministro, os Presidentes da Assembleia Nacional e do Senado e grupos de 60 deputados ou 60 senadores (arts. 54 e 61 da Constituição de 1958).¹⁹²

Desta forma, o controle concentrado de constitucionalidade no Brasil, inserido pela Emenda Constitucional n. 16 de 1965, e reproduzido pela Constituição de 1967/1969, conferiu legitimação exclusiva ao Procurador Geral da República para o ajuizamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade. Anna Candida da Cunha Ferraz, sobre a legitimação exclusiva do Procurador Geral da República esclarece que:

Desde os primeiros momentos travou-se intensa polêmica a respeito dessa legitimação exclusiva ou desse monopólio de ação de inconstitucionalidade pelo Procurador Geral da República. O argumento contrário predominante nessa controvérsia residia no fato do Procurador Geral da República ser nomeado e demissível *ad nutum* pelo Presidente da República, de quem, portanto, constituía elemento de confiança e de quem dependia para permanecer na função. Sob este talhe entendia-se que o exercício do controle abstrato de leis,

¹⁹¹FERRAZ, Anna Candida da Cunha. O acesso à justiça e sua projeção no controle de constitucionalidade. *Revista Acadêmica Direitos Fundamentais*, UNIFIEO, Osasco, ano 1, n. 1, p. 59, 2007.

¹⁹²DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya. op. cit., p. 84.

particularmente de leis federais, ficava fortemente comprometido e despido da necessária neutralidade.¹⁹³

Durante a vigência da Carta Constitucional de 1967/1969, houve acalorada discussão doutrinária sobre obrigatoriedade constitucional do Procurador Geral da República de ajuizar ação direta de inconstitucionalidade, quando provocado. Conforme explanação de João Paulo Castiglioni Helal:

Havia, na época, uma colossal cizânia entre os doutrinadores acerca da eventual discricionariedade do Procurador Geral da República para oferecer ou não a representação de inconstitucionalidade ao Supremo Tribunal Federal. Entre aqueles que toscavam ser obrigatório o oferecimento da referida representação, podem-se denotar, precipuamente, Pontes de Miranda, Josapht Marinho, Themístocles Cavalcanti, Aducto Lúcio Cardoso e Celso Seixas Ribeiro Bastos. Em posição contrária, isto é, sustentando a faculdade do exercício da ação pelo Procurador Geral da República, estavam, principalmente, Celso Agrícola Barbi, Alfredo Buzaid, José Carlos Barbosa Moreira, José Luiz de Anhaia Mello e Sérgio Ferraz.

Havia, ainda, aqueles que perfilhavam uma posição intermediária, entre eles, Arnaldo Wald e Celso Ribeiro Bastos, entendendo que, se o Procurador Geral da República tomasse conhecimento de uma eventual inconstitucionalidade por meio de pessoa jurídica de direito público, estaria ele obrigado a oferecer a representação. Por outro lado, se a informação fosse oriunda de pessoa física ou de pessoa jurídica de direito privado, teria discricionariedade para oferecer, ou não, a representação.¹⁹⁴

Em 1970, o único partido de oposição com representação no Congresso Nacional, MDB – Movimento Democrático Brasileiro, representou ao então Procurador Geral da República para que fosse instaurada ação de declaração de inconstitucionalidade contra decreto-lei que instituía a censura prévia a livros, jornais e periódicos.

O então Procurador Geral da República, Xavier de Albuquerque, determinou o arquivamento da petição do MDB, por entender não estar constitucionalmente obrigado a oferecer a ação de representação de inconstitucionalidade.

¹⁹³FERRAZ, Anna Candida da Cunha. O acesso à justiça e sua projeção no controle de constitucionalidade, cit., p. 59.

¹⁹⁴HELAL, João Paulo Castiglioni. op. cit., p. 181-182.

Diante da recusa do Procurador Geral da República em atender a representação do partido da oposição, o MDB ajuizou reclamação¹⁹⁵ perante o Supremo Tribunal.¹⁹⁶

Conforme assevera Gilmar Ferreira Mendes, “o Supremo Tribunal Federal rejeitou a reclamação proposta com o argumento de que apenas o Procurador Geral poderia decidir se e quando deveria ser oferecida a representação para aferição de constitucionalidade de lei¹⁹⁷”, conforme é possível perceber pelo voto do Min. Luiz Gallotti¹⁹⁸:

Entendo que o Procurador Geral da República é titular da representação. Ela lhe cabe privativamente: ele a oferecerá, ou não, conforme entender.

Como também tenho dito mais de uma vez, aos interessados ficam sempre amplamente ressalvadas todas as vias processuais para arguirmos a inconstitucionalidade, de que se cuida. Então, aí é que vamos apreciar a arguição, para dizermos se procede, ou não.

[...]

Voto com o iminente Relator, pela improcedência da reclamação.

Votou pela procedência da reclamação o Min. Adauto Cardoso, ressaltando que em razão do momento político do país, nenhum interessado lançaria mão de arguir a inconstitucionalidade do decreto lei que estabelecia a censura prévia.¹⁹⁹

A Constituição de 1988 rompeu com o monopólio da titularidade da ação direta de constitucionalidade, que no sistema das Cartas Constitucionais de 1946 e 1967/69 foi confiada com exclusividade ao Procurador Geral da

¹⁹⁵Reclamação 849, Rel. Min. Adalício Nogueira. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Inteiro teor de Acórdãos*. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/pesquisarInteiroTeor.asp>>.

¹⁹⁶MENDES, Gilmar Ferreira; MARTINS, Ives Gandra da Silva. op. cit., p. 59.

¹⁹⁷Id. *Ibid.*, p. 65.

¹⁹⁸Reclamação 849, Rel. Min. Adalício Nogueira. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Inteiro teor de Acórdãos*. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/pesquisarInteiroTeor.asp>>.

¹⁹⁹“O nobre Dr. Procurador apreciou desde logo a representação, não para encaminhá-la, com parecer desfavorável, como lhe faculta o Regimento, mas para negar-lhe a tramitação marcada na lei e na nossa Carta Interna. Com isso, ele se substituiu ao Tribunal e declarou, ele próprio, a constitucionalidade do D. 1.077/70. [...] ... de janeiro de 1970 até hoje, não surgiu, e certamente nem surgirá, ninguém, a não ser o Partido Político de Oposição, que a duras penas cumpre o seu papel, a não ser ele, que se abalance a arguir a inconstitucionalidade do decreto-lei que estabelece a censura prévia”. Reclamação 849, Rel. Min. Adalício Nogueira. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Inteiro teor de Acórdãos*. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/pesquisarInteiroTeor.asp>>.

República. O rol dos legitimados a ingressar com a ação direta de inconstitucionalidade foi significativamente ampliado²⁰⁰.

O critério do constituinte originário de 1988 foi de, ao lado do Procurador Geral da República, legitimar outros personagens políticos para o ajuizamento da Ação Direita de Inconstitucionalidade, nos termos do artigo 103 da Constituição Federal.

Foi outorgada legitimidade aos chefes dos executivos federal, estaduais e distrital: Presidente da República, Governador do Estado e do Distrito Federal; às mesas das casas legislativas no âmbito federal, estadual e distrital: mesa da Câmara dos Deputados, mesa do Senado Federal, mesa das Assembleias Legislativas dos Estados Membros e mesa da Câmara Legislativa do Distrito Federal. Também foram contemplados como legitimados para a propositura da referida ação o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, Partido Político com representação no Congresso Nacional, confederação sindical e entidades de classe de âmbito nacional.

Por força de disposição constitucional²⁰¹, e da lei 9.882/1999, os legitimados do rol do artigo 103 da Constituição Federal são os mesmos para a propositura da Ação Direita de Inconstitucionalidade, Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, Ação Declaratória de Constitucionalidade e Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental.²⁰²

A Constituição Federal de 1988 representa, portanto, uma abertura, uma democratização, na legitimação para a propositura de controle de constitucionalidade pela via concentrada, conforme o ensinamento de Anna Candida da Cunha Ferraz:

Registre-se que a ampliação do rol de legitimados para a propositura de ação de defesa, em abstrato, da supremacia

²⁰⁰ Art. 103: Podem propor a ação de inconstitucionalidade: I – o Presidente da República; II – a Mesa do Senado Federal; III – a Mesa da Câmara dos Deputados; IV – a Mesa da Assembleia Legislativa; V – o Governador do Estado; 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.

²⁰¹ Emenda Constitucional n. 45 de 2004 alterou o artigo 103 da Constituição Federal equiparando o rol de legitimados para Ação Direta de Inconstitucionalidade e Ação Declaratória de Constitucionalidade.

²⁰² Neste sentido, conferir FERRAZ, Anna Candida da Cunha. O acesso à justiça e sua projeção no controle de constitucionalidade, cit., p. 61-62.

constitucional, tende a realizar, dentre outros, alguns objetivos essenciais na jurisdição constitucional: de um lado, a necessidade de democratização de um processo que, destinado à proteção da Lei Maior, constitui, em si mesmo, um interesse primordial da sociedade. Admitido, por razões de eficiência e celeridade, como o fazia Kelsen, que seria inadequado e inviável a legitimação universal para a propositura dessa modalidade de controle da Constituição, impunha-se, todavia, ampliar, dentro dos objetivos visados e das possibilidades processuais e de fato, o rol dos legitimados para provocarem o exercício desse controle, de modo a se efetivar sua democratização. De outro lado, a ampliação do rol de legitimados reafirma o princípio a legitimidade da jurisdição constitucional, no que respeita à proteção ao direito das minorias, finalmente, ainda que de modo indireto, permite o alargamento da proteção dos direitos fundamentais – núcleo principal de qualquer constituição – na medida que impede a vinculação do direito de propositura desse tipo de controle, mais eficaz e mais célere, a um ou apenas a alguns entes governamentais e ou mesmo políticos.

[...]

De toda sorte, quanto maior, mais significativo e mais representativo da comunidade for o rol de legitimados, certamente mais democrático e legítimo o exercício do controle abstrato e concentrado e mais acessível o exercício do controle jurisdicional de constitucionalidade em defesa da Constituição e da ordem jurídica nela consubstanciada.²⁰³

Embora o texto constitucional não tenha conferido legitimidade popular para o ajuizamento de ações de controle concentrado de constitucionalidade, é inegável que há representação da sociedade, em geral no rol do artigo 103 da Constituição.

Estatísticas do Supremo Tribunal Federal demonstram que dos legitimados pelo rol do artigo 103, as confederações sindicais e entidades de classe de âmbito nacional são os que mais têm provocado a atuação da Suprema Corte para o controle concentrado de constitucionalidade. Correspondem a 25,4% das Ações Diretas de Inconstitucionalidade, 73,7% das Ações Diretas de Inconstitucionalidade por Omissão, 33,3% das Ações Declaratórias de Constitucionalidade, e 28,8% das Arguições de Descumprimento de Preceito Fundamental.²⁰⁴

²⁰³FERRAZ, Anna Candida da Cunha. O acesso à justiça e sua projeção no controle de constitucionalidade, cit., p. 61.

²⁰⁴Dados atualizados até 30 de Setembro de 2012. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI - 1988 a 2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=adi>>. Acesso em: 3 dez. 2012.

Em que pese às estatísticas da Suprema Corte, demonstrarem a grande utilização das ações de controle concentrado de constitucionalidade pelas associações de classe de âmbito nacional e pelas confederações sindicais, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem se mostrado extremamente restritiva no que diz respeito a reconhecer a legitimidade ativa dos legitimados pelo inciso IX do artigo 103 da Constituição.

A definição de entidade de classe, para fins de propositura de ação de controle concentrado, não é realizada pelo texto constitucional, tão pouco pelas Leis 9869/99 e 9882/99. Coube ao Supremo Tribunal Federal fixar os parâmetros para configuração da legitimidade ativa das entidades de classe para as ações de controle concentrado.

O Supremo Tribunal Federal, ao julgar a ADI 34/DF não reconheceu a legitimidade ativa da Associação dos Empregados da CAEEB (Companhia Auxiliar de Empresas Elétricas Brasileiras), ao assentar que “não se vislumbra, na espécie dos autos, uma categoria propriamente dita de pessoas, intrinsecamente distinta das demais, mas somente uma coletividade, congregada pelo interesse contingente de estarem os associados a serviço de um mesmo empregador”.²⁰⁵ Não configura, portanto, entidade de classe, associações que congregam empregados de uma única empresa.

Entendeu, também, o Supremo Tribunal Federal, que o termo entidade de classe, na dicção do inciso IX do artigo 103 da Constituição Federal não compreende a congregação de associados de categorias diversas.²⁰⁶

Seguindo a interpretação restritiva, o Supremo Tribunal Federal não reconheceu a legitimidade da União Nacional de Estudantes, como entidade de classe, para propositura de ação direta de inconstitucionalidade. Entendeu o Tribunal que o termo entidade de classe deveria ser compreendido como categoria profissional, e não para designar setores da sociedade:

Se, entretanto, se emprestar, aos efeitos do inciso IX do art. 103, da Lei Maior, compreensão estritamente de índole profissional à fórmula “entidade de classe”, a resposta à indagação inicial há de ser negativa. Com efeito, sob o ponto de vista profissional,

²⁰⁵ ADI 34/DF, Rel. Min. Octavio Galloti, DJ de 28-04-1989. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Acompanhamento processual*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/pesquisarProcesso.asp>>. Acesso em: 3 dez. 2012.

²⁰⁶ ADI 57/DF, Rel. Min. Ilmar Galvão, DJ de 13-12-1991. Id. Ibid.

não tenho como correta a afirmação de que os estudantes constituam uma classe, enquanto ao termo se atribui conteúdo imediatamente dirigido à ideia de profissão, entendendo-se “classe” não como simples classe social, segmento social, mas como categoria profissional.

[...]

No que concerne a “entidade de classe” de âmbito nacional (“segunda parte”, do inciso IX do art. 103 da Constituição), vem o STF emprestando-lhe compreensão sempre a partir da representação de interesses profissionais definidos. Não se trata, assim, apenas de classes, no mero sentido de um certo estrato ou segmento da sociedade, cumpre se informe a noção de “classe” de conteúdo, profissional ou econômico, determinado.²⁰⁷

O Supremo Tribunal Federal assentou, também, que não se enquadram no conceito de entidade de classe associações de pessoas jurídicas, pois “apresentam-se como verdadeiras associações de associações”, “não formando classe alguma”.²⁰⁸ Decidiu, na mesma oportunidade, que “pessoas jurídicas de direito privado, que reúnam, como membros integrantes, associações de natureza civil e organismos de caráter sindical, desqualificam-se – precisamente em função do hibridismo dessa composição – como instituições de classe.”²⁰⁹

Em sede de Agravo Regimental, no entanto, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a legitimidade da Federação Nacional das Associações dos Produtores de Cachaça de Alambique (FENACA), em que pese configurar nítida associação de associações estaduais.²¹⁰

Gilmar Ferreira Mendes esclarece que o Supremo Tribunal Federal tem exigido para a configuração da expressão “âmbito nacional”

“faz-se mister que, além de uma atuação transregional, tenha a entidade membros em pelo menos um terço das Unidades da Federação, ou seja, em 9 dessas unidades (Estados-membros e Distrito Federal) – número que resulta da aplicação analógica da

²⁰⁷ ADI 894/DF, Rel. Min Néri da Silveira, DJ de 20-04-1995, p. 2246/2247. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Acompanhamento processual*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/pesquisarProcesso.asp>>. Acesso em: 3 dez. 2012.

²⁰⁸ ADI 79, Rel. Min. Celso de Mello, DJ de 05-06-1992. Id. Ibid.

²⁰⁹ ADI 79, Rel. Min. Celso de Mello, DJ de 05-06-1992. Id. Ibid.

²¹⁰ ADI – Ag. Rg. 3.153/DF, RE. Min. Celso de Mello, Rel. para Acórdão Min. Sepúlveda Pertence. Vencidos, os Ministros Celso de Mello (relator) e Carlos Aires Britto. Id. Ibid.

“Lei Orgânica dos Partidos Políticos” (Lei n. 9.096/95, art. 7º, §1º).²¹¹

No que tange à configuração da Confederação Sindical, o Supremo Tribunal Federal tem reconhecido como tal apenas aquelas entidades que preenchem os requisitos do artigo 535 da Consolidação das Leis do Trabalho. Dessa forma, não reconhece a legitimidade ativa às centrais sindicais ou de trabalhadores (CUT, CGT).²¹²

A Lei n. 11.648, de 31 de março de 2008 alterou a Consolidação das Leis do Trabalho, para reconhecer formalmente as “centrais sindicais” como entidades de representação geral dos trabalhadores, constituídas em âmbito nacional. Em que pese a alteração legislativa, o Supremo Tribunal Federal tem mantido o entendimento de que essas entidades não se enquadram na categoria de entidades de âmbito nacional, ou confederação sindical.²¹³

Gilmar Ferreira Mendes, reconhecendo a necessidade de uma exata precisão sobre os termos “entidade de classe de âmbito nacional” e “confederação sindical”, questiona as restrições impostas pelo Supremo Tribunal Federal. Afirma que melhor seria se esta tarefa fosse realizada pelo legislador ordinário:

Ainda que se possa reclamar a fixação de um critério preciso sobre tais noções – “entidade de classe de âmbito nacional” e “confederação sindical” – não há dúvida de que eles devem ser fixados pelo legislador, e não pelo Tribunal, no exercício da sua atividade jurisdicional. O recurso à analogia, aqui, é de duvidosa exatidão.²¹⁴

É possível, portanto, que órgãos, ou entidades que, não obstante, ostentem representatividade para o questionamento da constitucionalidade de leis ou atos normativos do poder público, não o possam fazer em razão de uma jurisprudência restritiva do Supremo Tribunal Federal.

²¹¹O Tribunal tem abrandado essa exigência, quando houver comprovação de que a categoria dos associados só exista em menos de nove estados. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. op. cit., p. 1227.

²¹²ADI 1.442/ DF, Rel. Min. Celso de Mello, DJ. De 29-4-20025. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Acompanhamento processual*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/pesquisarProcesso.asp>>. Acesso em: 3 dez. 2012.

²¹³ADI Ag. Reg. 4.224/DF, Rel. Min. Dias Toffoli, DJ 21-09-2011. Id. Ibid.

²¹⁴BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. op. cit., p. 1227.

Conforme já salientado, o constitucionalismo contemporâneo tem como característica, dentre outras, uma Constituição com o seu conteúdo normativo composto de princípios, expressando, através dos direitos fundamentais, valores axiológicos para a configuração de um Estado Constitucional Democrático. A interpretação desses valores constitucionais é pressuposto lógico para a concretização das normas constitucionais, pois sem que seja delas extraído o seu real significado, impossível será realizar o controle de constitucionalidade das leis e atos normativos.

A hermenêutica constitucional, portanto, ganhou relevo para o exercício da jurisdição constitucional. Não há como garantir a supremacia da Constituição, sem que antes se revele qual o seu significado, quais os seus valores a serem observados pelo ordenamento jurídico em geral.

Christine Oliveira Peter da Silva explana a diferença entre interpretação e hermenêutica²¹⁵:

A interpretação de qualquer norma jurídica é uma atividade intelectual que tem por finalidade precípua fixar o sentido da norma e tornar possível a aplicação dos enunciados normativos, necessariamente abstratos e gerais, a situações da vida, naturalmente particulares e concretas. Já a hermenêutica jurídica apresenta-se como o ramo da ciência dedicado ao estudo e à determinação das regras que devem presidir o processo interpretativo de busca do significado da lei, e não da sua aplicação ou a busca efetiva do seu significado para o caso concreto.

A autora explicita, ainda, que uma interpretação tipicamente constitucional é aquela que é voltada para a concretização dos direitos fundamentais:

A primeira premissa a ser destacada é a de que uma interpretação tipicamente constitucional é aquela especialmente voltada para a concretização dos direitos fundamentais. Ou seja, assumindo que as normas consagradoras de direitos fundamentais trazem uma maior carga de valoração, maiores dificuldades de racionalidade do processo e, principalmente, maior grau de liberdade do intérprete na conformação de seu sentido, não há como deixar de evidenciar que a sua interpretação-concretização se apresenta (plano do ser) ou deve

²¹⁵SILVA, Christine Oliveira Peter da. Como se lê a Constituição: abordagem metodológica da interpretação constitucional. *Direito Público*, Brasília, ano 1, n. 6, p. 136, out./dez. 2004.

apresentar-se (plano do dever-ser) a partir de uma metódica diferenciada em relação às demais normas jurídicas.²¹⁶

J. J. Gomes Canotilho explica que:²¹⁷

A questão do 'método justo' em direito constitucional é um dos problemas mais controvertidos e difíceis da moderna doutrina juspublicista. No momento actual, poder-se-á dizer que a interpretação das normas constitucionais é um *conjunto de métodos*, desenvolvidos pela doutrina e pela jurisprudência com base em critérios ou premissas (filosóficas, metodológicas, epistemológicas) diferentes, mas em geral, reciprocamente complementares.

Não há um método para a interpretação constitucional, portanto, mas métodos que se complementam.²¹⁸

Peter Häberle²¹⁹ pondera que a teoria da interpretação constitucional tem se ocupado com duas questões essenciais: a indagação sobre tarefas e objetivos da interpretação constitucional e sobre os métodos (processo da interpretação e regras de interpretação).

Propõe um terceiro, e novo problema, relativo aos participantes da interpretação:

Neste sentido, permite-se colocar a questão sobre os participantes do processo da interpretação: de uma sociedade *fechada dos intérpretes* da Constituição para uma *interpretação constitucional* pela e para uma *sociedade aberta*.

Propõe-se, pois, a seguinte tese: no processo de interpretação constitucional estão potencialmente vinculados todos os órgãos estatais, todas as potências públicas, todos os cidadãos e grupos, não sendo possível estabelecer-se um elenco cerrado ou fixado com *numerus clausus* de intérpretes da Constituição. [...] Os critérios de interpretação constitucional hão de ser tanto mais abertos quanto mais pluralista for a sociedade.²²⁰

²¹⁶SILVA, Christine Oliveira Peter da. op. cit., p. 137-138.

²¹⁷CANOTILHO, J. J. Gomes. op. cit., p. 1210.

²¹⁸No mesmo sentido, Inocêncio Mártires Coelho, *Interpretação constitucional*. 2. ed. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2003., p. 107.

²¹⁹HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002. p. 11.

²²⁰Id. Ibid., p. 13.

Conforme assinala Luís Rodolfo de Souza Dantas²²¹, Peter Häberle parte de uma perspectiva conceitual de “sociedade aberta”, proposta por Karl Popper, para elaborar a sua tese de sociedade aberta dos intérpretes da Constituição.

Karl Popper distingue a sociedade fechada da sociedade aberta. Na sua concepção, sociedade fechada é a sociedade tribal, onde leis e costumes são vistos como tabus imunes à críticas e à avaliação racional dos indivíduos. Na sociedade fechada só há lugar para o coletivo, em detrimento à individualidade do ser humano. Não há lugar para o humanismo:

Uma sociedade fechada, no seu aspecto mais completo, pode ser justamente comparada a um organismo. A chamada teoria orgânica ou biológica do estado pode ser-lhe aplicada em considerável extensão. Uma sociedade fechada se assemelha a uma horda, ou tribo por ser uma unidade semiorgânica cujos membros são mantidos juntos por laços semiorgânicos – parentesco, coabitação, participação nos esforços comuns, nos perigos comuns, nas alegrias e aflições comuns. É ainda um grupo concreto de indivíduos concretos, relacionados uns com os outros não só por abstratas relações sociais tais como a divisão do trabalho e o intercâmbio de utilidades, como por concretas relações físicas, tais como o tacto, o olfato, a vista. E embora tal sociedade possa ser baseada na escravidão, a presença de escravos não precisa criar um problema fundamentalmente diferente do dos animais domésticos. Faltam, assim, aqueles aspectos que tornam impossível aplicar a teoria orgânica, com sucesso, a uma sociedade democrática.

Os aspectos que tenho em mente predem-se ao fato de que, numa sociedade democrática, muitos membros lutam por elevar-se socialmente e tomar os lugares de outros membros. Isto pode levar, por exemplo, a um fenômeno social tão importante como a luta de classes. Não podemos encontrar nada de parecido à luta de classe num organismo. As células ou tecidos de um organismo, que muitas vezes se diz corresponderem aos membros de um estado, talvez possam competir por alimento; mas não há tendência inerente da parte das pernas para se tornarem cérebro, nem dos outros membros do corpo para se transformarem em barriga. Visto como nada há no organismo que corresponda a uma das características mais importantes da sociedade democrática, a competição por posição entre seus membros, a chamada teoria orgânica do estado baseia-se numa falsa analogia. A sociedade fechada, por outro lado, não conhece muito tais tendências. Suas instituições, incluindo suas castas, são sacrossantas – tabus. A teoria orgânica não cabe tão mal aí. Não é, portanto, de surpreender que muitas tentativas de

²²¹DANTAS, Luís Rodolfo de Souza. *Hermenêutica constitucional e transponibilidade das cláusulas pétreas*. In: BOUCALUT, Carlos E. de Abreu; RODRIGUEZ, José Rodrigo (Orgs.). *Hermenêutica plural*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 456.

aplicar a teoria orgânica à nossa sociedade sejam formas veladas de propaganda para um retorno ao tribalismo.²²²

Ao analisar a sociedade tribal – fechada– espartana, Karl Popper identificou as mesmas características no totalitarismo moderno:

Os princípios da política espartana eram estes: 1) Proteção do tribalismo detido: fechar a porta a todas as influências estrangeiras que pudessem pôr em perigo a rigidez dos tabus tribais – 2) anti-humanitarismo: fechar a porta, mais especialmente, a todas as ideologias igualitárias, democráticas e individualistas. – 3) Autarquia: ser independente do comércio. – 4) Anti-universalismo ou particularismo: sustentar a diferenciação entre a própria tribo e as outras; não se misturar com os inferiores. – 5) Dominação: submeter e escravizar os vizinhos. – 6) Não se expandir demais: a cidade só deve crescer enquanto puder fazê-lo sem prejudicar sua unidade e, especialmente, sem arriscar-se à introdução de tendências universalistas.

Se compararmos essas seis tendências principais com as do totalitarismo moderno, veremos então que elas concordam fundamentalmente, com a única exceção da última. A diferença pode ser descrita dizendo-se que o totalitarismo moderno parece ter tendências imperialistas. Mas esse imperialismo não tem elementos de tolerante universalismo e as ambições de âmbito mundial dos totalitários modernos lhes são impostas, por assim dizer, contra a sua vontade. Dois fatores são responsáveis por isso. O primeiro é uma tendência geral de todas as tiranias para justificar sua existência em nome da salvação do estado (ou do povo) de seus inimigos – tendência que deve levar, sempre que os velhos inimigos tenham sido dominados com sucesso, à criação ou invenção de novos. O segundo fator é tentar elevar a efeito os pontos 2 e 5, estreitamente relacionados, do acima citado programa totalitário. O humanismo, que, de acordo com o ponto 2, deve ser mantido do lado de fora, tornou-se tão universal que, a fim de combatê-lo com eficiência internamente, deverá ser destruído em todo o mundo. Mas nosso mundo se tornou tão pequeno que todos hoje se tornaram vizinhos e, assim para levar a efeito o ponto 5, todos deverão ser dominados e escravizados.²²³

A sociedade fechada, justamente por negar o humanitarismo, caminha para o totalitarismo, ao contrário de uma sociedade aberta, democrática, baseado na razão humana, na contestação e liberdade dos indivíduos, conforme a análise de Giovanni Reale e Dario Antiseri:

²²² POPPER, Karl. *A sociedade aberta e seus inimigos*. Trad. Milton Amado. 3. ed. Belo Horizonte: Itatiaia, 1998. p. 188-189.

²²³ Id. *Ibid.*, p. 198.

[...] Popper passa da crítica metodológica ao ataque ideológico contra o historicismo, visto como filosofia reacionária e como defesa da “sociedade fechada” contra a “sociedade aberta”, ou seja, como defesa de uma sociedade totalitária concebida organicamente e organizada tribalmente segundo normas não modificáveis. Ao contrário, a sociedade aberta, na sua concepção, configura-se inversamente como sociedade baseada no exercício crítico da razão humana, como sociedade que não apenas tolera como também estimula, em seu interior e por meio das instituições democráticas, a liberdade dos indivíduos e dos grupos tendo em vista a solução dos problemas sociais, ou seja, tendo em vista contínuas reformas.²²⁴

Peter Häberle propõe que a interpretação constitucional seja exercida não somente pelos intérpretes jurídicos, ou formalmente participantes do processo constitucional (sociedade fechada). Entende que “os critérios de interpretação constitucional não de ser tanto mais abertos quanto mais pluralista for a sociedade”²²⁵. A sociedade como um todo, as potências públicas, participantes materiais do processo social, devem ser intérpretes da Constituição, uma vez que, “quem vive a norma acaba por interpretá-la ou pelo menos por co-interpretá-la”.

Todo aquele que vive no contexto regulado por uma norma e que vive com este contexto é, indireta ou, até mesmo diretamente, um intérprete dessa norma. O destinatário da norma é participante ativo, muito mais ativo do que se pode supor tradicionalmente, do processo hermenêutico. Como não são apenas os intérpretes jurídicos da Constituição que vivem a norma, não detêm eles o monopólio da interpretação da Constituição.²²⁶

A ideia de Peter Häberle coaduna-se com a ideia de um Estado Constitucional de Direito. A Constituição, no contexto do constitucionalismo contemporâneo, deixa de ser um documento meramente político que regula a vida do Estado. A Constituição regula a sociedade como um todo. Trata-se da onipresença constitucional, nos termos do constitucionalismo contemporâneo. Peter Häberle ressalta que esta Constituição, que organiza a própria sociedade

²²⁴REALE, Giovanni; ANTISERI, Dario. *História da filosofia*. 4. ed. São Paulo: Paulus, 1991. p. 1035.

²²⁵HÄBERLE, Peter. op. cit., p. 13.

²²⁶Id. Ibid., p. 15.

os setores da vida privada, “não pode tratar as forças sociais e privadas como meros objetos. Ela deve integrá-las ativamente enquanto sujeitos.”²²⁷

A questão da sociedade aberta dos intérpretes deve ser discutida sob o enfoque da legitimação democrática da interpretação constitucional. Peter Häberle esclarece que democracia não deve ser compreendida apenas e tão somente sob o contexto de delegação de responsabilidade formal do povo para os órgãos estatais mediante eleições.²²⁸ Os direitos fundamentais exercem, dessa forma uma importância essencial ao ponto de justificar uma ampliação do círculo dos intérpretes da constituição:

“Povo” não é apenas um referencial quantitativo que se manifesta no dia da eleição e que, enquanto tal, confere legitimidade democrática ao processo de decisão. Povo é também um elemento pluralista para a interpretação que se faz presente de forma legitimadora no processo constitucional: como partido político, como opinião científica, como grupo de interesse, como cidadão. A sua competência objetiva para a interpretação constitucional é um direito da cidadania no sentido do art. 33 da Lei Fundametnal (NT 8). Dessa forma, os Direitos Fundamentais são parte da base de legitimação democrática para a interpretação aberta tanto no que se refere ao resultado, quanto no que diz respeito ao círculo de participantes (*Beteiligtenkreis*). Na democracia liberal, o cidadão é intérprete da Constituição!²²⁹

Ao analisar as obras e pensamentos de Peter Häberle, Mônica Clarissa Hennig Leal esclarece que a Constituição deve ser percebida sob uma “perspectiva aberta e plural, de matriz cultural, como um elemento vivo”²³⁰. Assevera, ainda, que na visão do constitucionalista alemão:

toda e qualquer modificação ou alteração cultural influencia e atinge, também, diretamente, a interpretação constitucional, o que justifica a possibilidade de se interpretar o mesmo texto legal de forma diferente no tempo e no espaço, uma vez que a cultura constitucional subjacente também é outra.²³¹

²²⁷ HÄBERLE, Peter. op. cit., p. 33.

²²⁸ Id. Ibid., p. 36.

²²⁹ Id. Ibid., p. 37.

²³⁰ LEAL, Mônica Clarissa Hennig. Jurisdição constitucional aberta: a abertura constitucional como pressuposto de intervenção do *amicus curiae* no direito brasileiro. *Direito Público*, Brasília, ano 10, n. 21, p. 29, maio/jun. 2008.

²³¹ Id., loc. cit.

Mônica Clarissa Hennig Leal esclarece que a Constituição vista sob o seu caráter cultural possibilita a sua alteração através da interpretação constitucional, mediante a mutação constitucional.²³²

Assim, a Constituição compreendida em seu caráter cultural, deve poder modificar-se por meio da interpretação, de modo que o fenômeno da mutação constitucional (*Verfassungswandlung*) se afigura, nesse sentido, como sendo nada mais do que uma decorrência do desenvolvimento da norma no tempo.

Mutação constitucional, nas palavras de J. J. Gomes Canotilho²³³ é “a revisão informal do compromisso político formalmente plasmado na constituição sem alteração do texto constitucional. Em termos incisivos: muda o sentido sem mudar o texto”.

Anna Candida da Cunha Ferraz esclarece que as Constituições devem ser estáveis. No entanto, ressalta que estabilidade não significa imutabilidade. “Bem ao contrário. A eficácia das Constituições repousa, justamente, na sua capacidade de enquadrar ou fixar, na ordem constitucional, as vontades e instituições menores que a sustentam”.²³⁴ Reconhece que a interpretação constitucional pode consistir em uma mutação constitucional:

A mutação constitucional por via interpretativa é claramente perceptível numa das situações seguintes: a) quando há um alargamento do sentido do texto constitucional, aumentado-se-lhe, assim, a abrangência para que passe a alcançar novas realidades; b) quando se imprime sentido determinado e concreto ao texto constitucional; c) quando se modifica interpretação anterior e se lhe imprime novo sentido, atendendo à evolução da realidade constitucional; d) quando há adaptação do texto constitucional à nova realidade social, não prevista no momento da elaboração da Constituição; e) quando há adaptação do texto constitucional para atender exigências do momento da aplicação constitucional; f) quando se preenche, por via interpretativa, lacunas do texto constitucional.²³⁵

Jurisdição constitucional e interpretação constitucional são ideias inseparáveis, portanto, no contexto de um Estado Constitucional de Direito.

²³²LEAL, Mônica Clarissa Hennig. op. cit., p. 30.

²³³CANOTILHO, J. J. Gomes. op. cit., p. 1228.

²³⁴FERRAZ, Anna Candida da Cunha. *Processos informais de mudança da Constituição*. São Paulo: Max Limonad, 1986. p. 9.

²³⁵Id. *Ibid.*, p. 58-59.

Peter Häberle, ao reconhecer a importância da jurisdição constitucional na influência da interpretação da Constituição, questiona a sua legitimidade, quando separada de uma interpretação aberta e plural.²³⁶

Conforme os ensinamentos de Jürgen Habermas, a sociedade deve ser compreendida heterogênea, postulando legitimidade nas decisões construídas a partir de um consenso.²³⁷ Os Tribunais Constitucionais passam, através da interpretação constitucional a ser verdadeiro espaço público na visão de Jürgen Habermas:

Logo, muito mais do que uma legitimação por sufrágio universal, fato que *per se*, não legitima o parlamento, sobretudo quando se vê uma dissociação entre eleitos e eleitores, a legitimidade das decisões da Cortes Constitucionais em sede de jurisdição constitucional, sob a ótica da democracia procedimental de Habermas, é construída pelo fato de que as Cortes Constitucionais tornam-se espaços públicos em que importantes decisões afetas à interpretação e aplicação da Constituição são submetidas a amplo debate.²³⁸

A legitimação da jurisdição constitucional decorre justamente por constituir um espaço público para o debate democrático das questões constitucionais. A visão de Jürgen Habermas se coaduna com a de Peter Häberle, uma vez que, com a abertura interpretativa da constituição, há possibilidade de verdadeiro e amplo debate de questões constitucionais no âmbito da jurisdição constitucional.

Neste contexto, as ideias de Peter Häberle sobre a sociedade aberta de intérpretes trazem resposta importante a essa questão, na medida em que a abertura proposta por Häberle não significa retirar o papel da Corte Constitucional em dar a última palavra.

Dessa maneira, se Habermas oferece o substrato teórico necessário à consideração do Tribunal como espaço público por excelência, em que a interpretação das normas constitucionais se desenvolve de maneira aberta, inclusive democrática, Häberle insere a Corte Constitucional neste procedimento interpretativo.

Significa que, de um lado, a Corte Constitucional é espaço público por excelência; de outro, ela é um partícipe nesse procedimento, a quem cabe o papel de dar a última palavra.

²³⁶HÄBERLE, Peter. op. cit., p. 28.

²³⁷BOTELHO, Marcos Cezar. Democracia e jurisdição: a legitimação constitucional na democracia procedimental de Jürgen Habermas. *Direito Público*, Brasília, ano 5, n. 19, p. 227, jan./fev. 2008.

²³⁸Id., loc. cit.

À guisa de conclusão final, somente quando a Corte Constitucional abre-se à práxis argumentativa, incluindo todos os possíveis afetados é que ela obtém legitimação na sua tarefa de dar a última palavra, na medida em que suas decisões refletirão o entendimento obtido na arena pública, de forma democrática, livre e inclusiva.²³⁹

A arguição de inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo, ou a defesa de sua constitucionalidade é resultado de uma interpretação das normas constitucionais. É bem verdade que a Constituição Federal de 1988 ampliou o rol de legitimados para o exercício da jurisdição constitucional. Conforme já demonstrado, no entanto, não conferiu legitimação popular para a propositura das ações de controle concentrado de constitucionalidade. Há órgãos, setores da sociedade, portanto, que embora tenham representatividade para a discussão da constitucionalidade em tese de determinada lei ou ato normativo, estão impedidos de acionar o Supremo Tribunal Federal.

No controle concentrado de constitucionalidade, as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal tem efeito vinculante sobre todo o ordenamento jurídico. Restringir o exercício da interpretação constitucional aos onze ministros e aos legitimados do rol do artigo 103 da Constituição Federal é, na visão de Peter Häberle, retirar toda e qualquer legitimidade democrática do controle concentrado de constitucionalidade. A sociedade deve participar do processo constitucional, legitimando as decisões proferidas em sede de controle concentrado de constitucionalidade:

Para a formação e aplicação do direito processual resultam consequências especiais. 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 públicas 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.²⁴⁰

²³⁹BOTELHO, Marcos Cezar. *A legitimidade da jurisdição constitucional no pensamento de Jürgen Habermas*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 226.

²⁴⁰HÄBERLE, Peter. op. cit., p. 48.

No mesmo sentido, Luis Rodolfo de Souza Dantas:

De fato, as decisões da Corte Constitucional estão inevitavelmente imunes a qualquer controle democrático. Essas decisões podem anular, sob a invocação de um direito superior que, em parte, apenas é explicitado no processo decisório, a produção de um órgão direta e democraticamente legitimado, não estando livre a Corte Constitucional do perigo de converter uma vantagem democrática em eventual risco para a democracia.

Assim como a atuação da jurisdição constitucional pode contribuir para reforçar a legitimidade do sistema, permitindo a renovação do processo político com o reconhecimento dos direitos de novos ou pequenos grupos e com a inauguração de reformas sociais, pode ela também bloquear o desenvolvimento constitucional do país. Häberle, assim, sustenta que a interpretação constitucional não é e nem deve ser um evento exclusivamente estatal. Tanto o cidadão que interpõe um recurso constitucional, quanto o partido político que impugna uma decisão legislativa são intérpretes da Constituição. Por outro lado, é a inserção da Corte no espaço pluralista – ressalta Häberle – que evita distorções que poderiam advir da independência do juiz e de sua estrita vinculação à lei. Defende, por fim, 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.²⁴¹

Sob a ótica do pensamento de Peter Häberle, portanto, o controle concentrado de constitucionalidade somente será legítimo, sob o ponto de vista democrático, se houver uma participação aberta da sociedade, intérprete da Constituição. Os instrumentos processuais capazes de atingir tal desiderato são a figura do *amicus curiae* e as audiências públicas²⁴².

²⁴¹DANTAS, Luís Rodolfo de Souza. op. cit., p. 462.

²⁴²Neste sentido: “Não nos parece exagero afirmar que a abertura procedimental à participação institucionalizada nas ações diretas de inconstitucionalidade e declaratórias de constitucionalidade adensará o processo democrático, na linha do que ensina Häberle. Nessa perspectiva, como pré-intérpretes da Constituição, realizam atos de interpretação constitucional tanto os atores da cena política quanto os protagonistas do debate judicial, na medida em que atuam no âmbito de processos que são conformados pela Constituição. Esses intérpretes adjuntos chegam a ser tão importantes quanto os titulares da interpretação constitucional pelo fato de suas opiniões, direta ou indiretamente, influenciarem a jurisdição constitucional, em cujo âmbito atuam institucionalmente. Desempenhariam esses indivíduos e grupos, simultaneamente, a função de agentes conformadores da realidade constitucional e a de forças produtoras de interpretação.” Id. Ibid., p. 463.

5 O *AMICUS CURIAE* NA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

5.1 O *amicus curiae*: origem e características

A origem do instituto do *amicus curiae* é objeto de controvérsia da doutrina. Cássio Scarpinella Bueno relata que, embora referido instituto tenha sua origem mais remota do direito penal medieval inglês, há outra tese que localiza a sua origem no direito romano.²⁴³

O entendimento de que a origem do instituto estaria no direito romano, encontra semelhanças entre o *amicus curiae* e o *consilium*, órgão auxiliar dos magistrados cuja utilização foi “bastante comum em todo o período do direito romano, da era arcaica à republicana e ao longo de todo o império”²⁴⁴:

[...] os magistrados judiciários (*in iure*) e os juízes populares (*apud iudicem*) tinham assessores, recrutados, em geral, entre os estudiosos do Direito, para emitirem sua opinião sobre o caso concreto, compondo o denominado *consilium*. Tais “peritos em Direito” não desempenhavam, absolutamente, papel secundário na formação das decisões: mostravam-se dispostos a aconselhar particulares e magistrados sobre os mais variados casos práticos, até porque desempenhavam função garantidora de honra, fama e de uma carreira política de êxito.²⁴⁵

Cássio Scarpinella Bueno esclarece que o *consilium*, órgão de composição variável, “tinha funções consultivas em geral: políticas, financeira, religiosa, administrativa, militar, legislativa e judiciária.”²⁴⁶

A atuação do *consilium* era marcada por duas características principais: sua intervenção dependia de convocação do magistrado, e a seu auxílio era prestado conforme sua própria e livre convicção. A sua intervenção, portanto, era sempre provocada e neutra em relação à causa a ser decidida pelo

²⁴³BUENO, Cássio Scarpinella. *Amicus curiae* no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 111-112.

²⁴⁴Id. *Ibid.*, p. 112.

²⁴⁵BISCH, Isabel da Cunha. *O amicus curiae*, as tradições jurídicas e o controle de constitucionalidade: um estudo comparado à luz das experiências americana, europeia e brasileira. 1. ed. Porto Alegre: Livr. do Advogado, 2010. p. 18.

²⁴⁶BUENO, Cássio Scarpinella. *op. cit.*, p. 112.

magistrado.²⁴⁷ Essas características, no entanto, afastam os *consiliarius* do instituto do *amicus curiae*, pois, conforme esclarece Cassio Scarpinella Bueno, desde as suas mais remotas origens do direito inglês, o *amicus curiae* pode comparecer espontaneamente, posicionando-se em favor da vitória de um dos sujeitos processuais.²⁴⁸

Isabel da Cunha Bisch esclarece que

há consenso entre os estudiosos do tema sobre a aparição de um tipo específico de *amicus curiae* no inicial sistema da *common Law* inglês: seu papel consistia em auxiliar as Cortes, principalmente apontando erro manifesto em processos ou trazendo informações relevantes contidas em precedentes judiciais e em *statutes* não conhecidos ou ignorados pelos juízes.²⁴⁹

Exemplo dessa atuação perante as Cortes é o caso em que *Sir George Treby*, membro do Parlamento, atuou como *amicus curiae* dando detalhes sobre alterações de uma determinada lei específica. Considerou a Corte que o fato de ser membro do Parlamento, conhecedor pessoal de toda evolução dos trabalhos legislativos, o qualificava a atuar na qualidade de *amicus curiae*.²⁵⁰

Outro histórico precedente de intervenção de *amicus curiae* no direito inglês é o caso *Coxe vs. Phillips*, conforme o relato de Cassio Scarpinella Bueno:

Também que, em 1736, admitiu-se, no caso “*Coxe vs. Phillips*”, a presença de um *amicus* que advertiu a corte de que a demanda era fraudulenta. Narra-se, a respeito desse caso, que o casamento de Mrs. Phillips e Mr. Muilman foi declarado nulo ao se descobrir que ela já era casada. Mesmo depois de Mr. Muilman já se ter casado novamente, Mrs. Phillips invocou seu casamento com ele para alegar a incapacidade de se obrigar quando cobrada pelo não pagamento de uma nota promissória. Como as razões de defesa invocadas por ela podiam comprometer o então atual casamento de Mr. Muilman, a corte permitiu, mesmo que ele não fosse parte ou *interessado* no processo, que um *amicus curiae* representasse seus interesses naquela ação. A tese do *amicus* foi acolhida, a ação de cobrança foi extinta e as partes, Mr. Coxe e Mrs. Phillips, condenados como litigantes de má fé.²⁵¹

²⁴⁷BUENO, Cássio Scarpinella. op. cit., p. 113.

²⁴⁸Id., loc. cit.

²⁴⁹BISCH, Isabel da Cunha. op. cit., p. 19.

²⁵⁰BUENO, Cássio Scarpinella. op. cit., p. 114.

²⁵¹Id. Ibid., p. 114-115.

Isabel da Cunha Bisch esclarece que, recentemente, a proeminência do instituto do *amicus curiae* revelou-se, fazendo-se notar o seu caráter consultivo. Cita dois casos como exemplo: das gêmeas unidas ou gêmeas isquiópagas (*conjoined twins*), para julgar a legalidade de cirurgia que separaria fisicamente as irmãs, mas certamente ocasionaria, necessariamente, a morte de uma delas. Nesse caso, a *Court of Appeal* admitiu como *amicus curiae*, criminalistas, o Arcebispo de Westminster e *Pro-Life Alliance*. Outro caso foi a extradição de Augusto Pinochet, ex-presidente do Chile, pela Câmara dos Lordes, quando admitiu a manifestação, na qualidade de *amicus curiae* da Anistia Internacional, da República do Chile e de um jurista.^{252 253}

Atualmente, conforme assinala Elisabetta Silvestri, no direito inglês a figura do *amicus curiae* é restrita àqueles casos em que o “Attorney General” – figura que entre nós assemelha-se ao Advogado Geral da União e ao Procurador Geral da República, atua em juízo em prol de interesses públicos ou para a tutela de interesses da Coroa inglesa. Esclarece, ainda, que “no máximo atuando o juízo entende necessária a intervenção de um *amicus* para esclarecimento de alguma questão, mesmo que de direito”.²⁵⁴

Neste sentido esclarece Isabel da Cunha Bisch:

Em 2001, o *Attorney-General* inglês, Lord William, e o *Chief Justice*, Lord Woolf, organizaram grupo de trabalho a fim de reavaliar e normatizar o *amicus curiae*, resultando num memorial para uso dos juizes ingleses. A primeira mudança trazida reside no próprio nome do instrumento processual, agora denominado *Advocate to the Court*. Entre outras previsões, o memorial enumera as seguintes diretrizes: a) na maioria dos casos, um

²⁵²BISCH, Isabel da Cunha. op. cit., p. 30.

²⁵³Trecho da decisão da Câmara dos Lordes que faz referência aos *amicus curiae* no processo de extradição de Augusto Pinochet: “A solicitação de licença para intervir foi primeiramente feita pela Anistia Internacional e outras vítimas das atividades alegadas. Licença condicional foi concedida a tais interventores, sujeitando às partes explicar porque eles não deveriam ser ouvidos. Foi ordenado que tais submissões fossem, tanto quanto possível, feitas por escrito, porém, em vista do curto espaço de tempo disponível antes da audiência, a licença foi excepcionalmente concedida a submissões orais para suplementar as escritas, sujeitas, no entanto, ao limite de tempo estabelecido. Na audiência, nenhuma objeção foi feita contra o Prof. Brownlie, Q. C. Licença foi também concedida a outros interventores para apresentarem submissões por escrito, embora a solicitação para submissões orais tenha sido negada. A submissões escritas foram recebidas em nome destas partes. Devido à urgência, importância e dificuldade de questões de direito internacional, o Procurador Geral, a pedido dos Lordes, indicou o Sr. David Lloyd Jones como *amicus curiae* e os Lordes ficaram muito gratos a ele pela ajuda prestada por sustentação oral e por escrito e em um prazo tão exíguo. Muitos casos foram citados pelo conselho, mas refiro apenas um pequeno número deles (...)”. Id. Ibid., p. 30.

²⁵⁴Apud, BUENO, Cássio Scarpinella. op. cit., p. 115.

Advocate to the Court deve ser requerido pela Corte e nomeado pelo *Attorney-General*; b) o Tribunal pode buscar assistência do *Advocate to the Court*, quando verificado perigo de que importante e difícil questão de direito seja decidida sem que a Corte tenha ciência de outras argumentações relevantes; c) o *Advocate to the Court* não representa ninguém; d) advogados, representando entidades governamentais, ou mesmo o *Attorney-General*, representando o interesse público, não são considerados *Advocates to the Court*.²⁵⁵

No direito norte-americano, Cassio Scarpinella Bueno menciona o caso “*The Schooner Exchange vs. MacFadden*”, de 1812, como a primeira aparição do *amicus curiae*. Tratando o caso sobre questões relativas à marinha, o “*Attorney General*” dos Estados Unidos fora admitido para que desse sua opinião sobre a matéria em julgamento.²⁵⁶

Outro caso onde é clara a participação de um terceiro atuando na qualidade de *amicus curiae*, é o caso “*Green vs. Biddle*”, conforme esclarece Isabel da Cunha Bisch:

a Suprema Corte decidiu lide individual, declarando inconstitucional *statute* do Estado de Kentucky (que previa a indenização a possuidores de terras, caso proprietários não residentes no Estado recuperassem as mesmas), sem ouvir qualquer representante daquele ente federativo. Agindo sob instruções do Estado de Kentucky, o senador Henry Clay interveio no feito como *friend of the Court* e requereu nova audiência, o que lhe foi deferido, embora a lei defendida tenha sido julgada inválida.²⁵⁷

Cassio Scarpinella Bueno ressalta que no caso “*Green vs. Biddle*” “o interesse a ser tutelado – e, reconhecidamente, insuficientemente tutelado de outra forma – era um interesse *público*, do próprio Estado, ao mesmo tempo em que era do interesse da corte ter conhecimento das razões verdadeiras que haviam levado os particulares a litigar em juízo”.²⁵⁸

De início, portanto, o interesse público é que passou a legitimar a atuação do *amicus curiae*. No entanto, “gradativamente – e de forma muito intensa desde

²⁵⁵BISCH, Isabel da Cunha. op. cit., p. 31.

²⁵⁶BUENO, Cássio Scarpinella. op. cit., p. 116.

²⁵⁷BISCH, Isabel da Cunha. op. cit., p. 49.

²⁵⁸BUENO, Cássio Scarpinella. op. cit., p. 116.

o princípio do século XX –, a jurisprudência norte-americana passou a admitir a intervenção de *amicus* “particulares” para a tutela de interesses privados.”²⁵⁹

Cassio Scarpinella Bueno esclarece, portanto, que em se tratando da aplicação do instituto no direito norte-americano, a existência de dois grandes grupos de *amicus curiae*:

É em função dessa evolução do *amicus curiae* no direito norte-americano que, até os dias de hoje, é referida pela doutrina e pela jurisprudência norte-americanas a existência de dois grandes grupos de *amicus curiae*: os “*amici* governamentais” e os “*amici* privados” ou particulares.

[...]

Enquanto os *amici* governamentais pleiteiam sua intervenção em juízo em busca da tutela de um interesse público, no sentido de estatal mas que se relaciona, indistintamente, a toda uma coletividade, os *amici* privados tendem a ingressar em juízo para a tutela de interesses próprios seus.²⁶⁰

Os *amici* privados, por seu turno, recentemente evoluíram para aquilo que a doutrina e jurisprudência norte-americanas passaram a chamar de “*litigant amici*” (*amici* litigantes), “no sentido de terceiros que buscam, em juízo, muito mais a tutela de um interesse seu do que, propriamente, a defesa de um interesse “neutro” ou “público” no sentido mais tradicional e vinculado, historicamente, às origens do instituto”.²⁶¹

A evolução do instituto no direito norte-americano, portanto, o distanciou do *amicus curiae* do direito inglês, conforme esclarece Cassio Scarpinella Bueno:

[...] na transposição do *amicus* do direito inglês para o americano, ele acabou por perder uma das suas mais importantes características, que era a da *neutralidade* de sua manifestação em juízo. O *amicus*, por assim dizer, passou a ser entendido, no direito americano, como ente *interessado* na solução da causa. Não se trata, entretanto, de um interesse como aquele que o direito italiano – e, em idêntica medida, o direito brasileiro – entende como típico e suficiente para dar embasamento a uma intervenção de terceiros. Não se trata, assim, de um interesse “jurídico” no sentido que estamos habituados a entender, “subjetivado em uma das partes” e, portanto, bem localizado em um dos dois polos da relação

²⁵⁹BUENO, Cássio Scarpinella. op. cit., p. 117.

²⁶⁰Id. Ibid., p. 118.

²⁶¹Id. Ibid., p. 120.

processual. Trata-se, diferentemente, de um interesse que vai além da esfera jurídica subjetivada naquele que pretende intervir na qualidade de *amicus curiae*. A dificuldade de qualquer caso é defini-lo em cada caso concreto, mormente quando o sistema americano conhece, como o italiano e como o nosso, ampla gama de modalidades de ‘intervenção de terceiros’.²⁶²

Conforme esclarecem Chistine Oliveira Peter da Silva e André Pires Gontijo, a Suprema Corte dos Estados Unidos regula a participação do *amicus curiae* através da *Rules 37* do Regulamento Interno da Corte:

Na prática, a Suprema Corte permite a participação ilimitada dos interessados. O principal requisito para o ingresso como amigo da Corte é a autorização das partes. No entanto, mesmo sem essa autorização, o interessado pode peticionar à Corte e explicitar os motivos da não autorização.²⁶³

Anna Candida da Cunha Ferraz, ao comentar a *Rules 37* da Suprema Corte, esclarece que “um dos elementos para a aceitação do *amicus curiae* é a ressonância social”.²⁶⁴

Víctor Bazán esclarece que a atuação do instituto no direito norte-americano tem sido pautada por discussões sobre matérias como discriminação, aborto e eutanásia:

Por sua parte, nos Estados Unidos da América os *amici curiae* também têm tido protagonismo em casos notórios da Suprema Corte daquele país, como os relativos a matéria antidiscriminatória (por exemplo, Reitoria da Universidade da Califórnia vs. Bakke – 438 U.S 265 [1978]-); a disputa aborto – antiaborto (Webster vs. Reproductive Health Services – 492 U.S. 490 [1989]-); e a eutanásia – morte misericordiosa – (por exemplo, na oportunidade da discussão sobre a constitucionalidade das leis dos Estados de Washington e Nova Iorque que proibiam os médicos a ajudar a morrer os pacientes que assim solicitavam).²⁶⁵

²⁶²BUENO, Cássio Scarpinella. op. cit., p. 122.

²⁶³SILVA, Christine Oliveira Peter da; GONTIJO, André Pires. op. cit., p. 19.

²⁶⁴FERRAZ, Anna Candida da Cunha. O *amicus curiae* e a democratização e a legitimação da jurisdição constitucional. *Revista Mestrado em Direito*, Osasco, v. 9, p. 57, 2008.

²⁶⁵Tradução livre do autor. No vernáculo original: ‘Por su parte, em Estados Unidos da América lós *amici curiae* también han tenido protagonismo em sonados casos de La Corte Suprema de aquel país, como los relativos a matéria antidiscriminatoria (por ejemplo, Regents of the University of California v. Bakke – 438 U. S. 265 [1978]-); La disputa aborto-antiaborto (Webster v. Reproductive Health Services – 492 U. S. 490 [1989] -); y la eutanasia – *mercy killing* - (por ejemplo, em oportunidad de la discusión sobre La constitucionalidad de las leyes de lós Estados de Washington y Nueva YUork que prohibían a lós médicos ayudar a morir a lós pacientes que

No ano de 2003, a Universidade de Michigan levou à Suprema Corte dois casos envolvendo o sistema de cotas para minorias raciais (*Grutter vs. Bolinger* e *Gratz vs. Bollinger*). Atuaram a favor da Universidade mais de 150 *amicus curiae*, dentre ONGS, empresa privadas (representantes da elite das 500 maiores dos Estados Unidos, conforme revista Forbes), das mais conceituadas universidades americanas (como Harvard, Princeton, Yale, Cornell, Brown, Pen), organizações de direitos civis e organizações de veteranos das Forças Armadas.²⁶⁶

Outro caso de grande repercussão da Suprema Corte envolveu a disputa presidencial de George W. Bush e Al Gore. O caso Florida Election Case nº 00.949 refere-se à acusação de fraude eleitoral praticada por George W. Bush. Nove *amicus curiae* atuaram no caso, como o Centro de Estudos da New York University, a Assembleia Legislativa da Flórida, o Estado do Alabama, e a *American Bar Association* (equivalente entre nós à Ordem dos Advogados do Brasil).²⁶⁷

Um fator preponderante que deu muita força ao uso do instituto do *amicus curiae* nos Estados Unidos, apontado por Isabel da Cunha Bisch, é a sua atuação na apreciação do *writ of certiorari*:

Em 1925, foi aprovado o *judiciary Act*, prevendo o conhecido *writ of certiorari*, recurso que se interpõe perante a Suprema Corte, para reformulação de decisão proveniente de jurisdição inferior. Pelo *certiorari*, confere-se à Suprema Corte o poder discricionário de rejeitar apelos e selecionar apenas os casos considerados relevantes, ou seja, aqueles que de fato ensejem a presença do maior Tribunal do país, como centro das grandes decisões constitucionais.

[...]

O *writ of certiorari*, nesse contexto, é verdadeiro filtro a diminuir o número de conflitos levados à Suprema Corte. Já que a maioria dos litigantes não conta com a Suprema Corte como instância modificadora das decisões, assumiu maior importância o instrumento do *amicus curiae*, pois sua presença alerta os juízes

así lo solicitaban)." BAZAN, Victor. El *amicus curiae* en clave de derecho comparado y su reciente impulso en el derecho argentino. *Cuestiones Constitucionales*: revista mexicana de direito constitucional, n. 12, p. 2, ene/jun. 2005. Disponível em: <<http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/cconst/cont/12/ard/ard2.htm>>. Acesso em: 24 jan. 2013.

²⁶⁶SILVA, Luiz Fernando Martins da. *Amicus curiae, política e ação afirmativa*. p. 2. Disponível em: <http://www.achegas.net/numero/vinteequatro/l_fernando_24.htm>. Acesso em: 24 jan. 2013.

²⁶⁷Id. *Ibid.*, p. 3.

sobre a relevância das questões em litígio. Dá-se voz, com o *amicus brief*, àqueles indivíduos, associações e partes litigantes que serão atingidos por futura decisão do Tribunal; afinal, como já afirmou a Suprema Corte, as decisões não pertencem apenas às partes, mas são concernentes à comunidade como um todo. É nesse aspecto que os admiradores do instituto enfatizam o seu caráter democrático e pluralista.

Destaca-se, ademais, que o *amicus curiae* atua, também, na fase prévia à concessão do *writ of certiorari*. E tal participação pode ser crucial para que a Suprema Corte acate reexame da decisão proferida na instância inferior (*to grant certiorari*).²⁶⁸

O *amicus curiae*, portanto, no direito norte-americano, constitui instrumento importante de acesso à Suprema Corte, através do instituto do *writ certiorari*.

Isabel da Cunha Bisch esclarece que as Constituições de países europeus, como Alemanha, Espanha, Itália e Portugal, não fazem menção ao instituto do *amicus curiae* na regulamentação do controle de constitucionalidade. Esclarece, no entanto, “algumas Leis Orgânicas dos Tribunais Constitucionais contam com dispositivos que permitem aos Juízes das Cortes solicitar informações técnicas de *experts* para auxiliar no julgamento da questão”.^{269 270}

Segundo Víctor Bazán o instituto do *amicus curiae* “tem recebido importante acolhida e utilização no âmbito do direito internacional dos direitos humanos e outras instâncias internacionais”.²⁷¹

²⁶⁸ BISCH, Isabel da Cunha. op. cit., p. 52-53.

²⁶⁹ Id. Ibid., p. 88.

²⁷⁰ Na Alemanha o art. 27 a da Lei Orgânica do Tribunal Constitucional alemão permite que terceiros sejam convocados para emitir opinião, o art. 26 garante amplo poder instrutório ao juiz constitucional, o §22 (4) do Regimento Interno do Tribunal Constitucional Alemão permite a solicitação de pareceres de *experts* ou personalidades que disponham de conhecimento específicos, determinantes para o esclarecimento da causa. Em Portugal, o art. 64-A da Lei Orgânica do Tribunal Constitucional Português autoriza a convocação de quaisquer entidades ou órgãos para esclarecimentos necessários ao julgamento da questão. As poucas referências sobre *amicus curiae* na jurisprudência do Tribunal Constitucional referem-se à intervenção do Ministério Público. Na Espanha, o art. 81, I da Lei Orgânica do Tribunal Constitucional Espanhol possui previsão similar à portuguesa, permitindo livre coleta de provas, a critério da Corte. Eventual participação de terceiros decorre de convite do Tribunal. Na Itália, o art. 121 das Normas Complementares para processos perante o Tribunal Constitucional permite a realização dos meios de provas que Corte considerar necessárias e oportunas. Alguns julgados, no entanto, já decidiram que não há possibilidade de presença de sujeitos estranhos as partes do processo. Hoje, embora a Itália não tenha aberto espaço para a figura do *amicus curiae*, abriu o seu ordenamento jurídico com a aprovação da Lei 281, que reconhece direitos coletivos de consumidores e sua respectiva tutela jurisdicional. Id. Ibid., p. 87-91.

²⁷¹ BAZAN, Victor. op. cit., p. 3.

A Corte Interamericana de Derechos Humanos possibilita a atuação do *amicus curiae*, nos termos do artigo 44 do seu regulamento, nos seguintes termos:

Artigo 44:

1. A declaração de quem deseje atuar como *amicus curiae* poderá ser submetida ao Tribunal, juntamente com os seus anexos, por qualquer dos meios previstos no artigo 28.1 do presente regulamento, no idioma de trabalho do caso, com o nome do autor ou autores e assinatura de todos eles.
2. Em caso de apresentação de *amicus curiae* por meios eletrônicos que não contenha a assinatura da pessoa que o subscreveu, ou no caso quando a petição não for acompanhada dos anexos, o original e a documentação devem ser recebidos pelo Tribunal no prazo de sete dias a contar da data de tal apresentação. Se a petição original for apresentada após o prazo ou sem documentação indicada, será arquivado sem tratamento posterior.
3. Nos casos contenciosos se poderá apresentar uma petição como *amicus curiae* em qualquer fase, mas não além de 15 dias da realização da audiência pública. Nos casos em que não houver audiência pública, deve ser apresentada no prazo de 15 dias da decisão correspondente que determina o prazo para apresentação de alegações finais. A petição do *amicus curiae*, juntamente com os seus anexos, deverão ser de imediato conhecimento das partes para sua informação, após consulta com a Presidência.
4. Nos procedimentos de acompanhamento do cumprimento de sentença e de medidas provisórias, é possível manifestação escrita de *amicus curiae*.²⁷²

²⁷²Tradução livre do espanhol pelo autor. No vernáculo original: "Artículo 44. Planteamientos de *amicus curiae*: 1. El escrito de quien desee actuar como *amicus curiae* podrá ser presentado al Tribunal, junto con sus anexos, a través de cualquiera de los medios establecidos en el artículo 28.1 del presente Reglamento, en el idioma de trabajo del caso, y con el nombre del autor o autores y la firma de todos ellos. 2. En caso de presentación del escrito del *amicus curiae* por medios electrónicos que no contengan la firma de quien los suscribe, o en caso de escritos cuyos anexos no fueron acompañados, los originales y la documentación respectiva deberán ser recibidos en el Tribunal en un plazo de 7 días contados a partir de dicha presentación. Si el escrito es presentado fuera de ese plazo o sin la documentación indicada, será archivado sin más tramitación. 3. En los casos contenciosos se podrá presentar un escrito en calidad de *amicus curiae* en cualquier momento del proceso pero no más allá de los 15 días posteriores a la celebración de la audiencia pública. En los casos en que no se celebra audiencia pública, deberán ser remitidos dentro de los 15 días posteriores a la resolución correspondiente en la que se otorga plazo para la remisión de alegatos finales. El escrito del *amicus curiae*, junto con sus anexos, se pondrá de inmediato en conocimiento de las partes para su información, previa consulta con la Presidencia. 4. En los procedimientos de supervisión de cumplimiento de sentencias y de medidas provisionales, podrán presentarse escritos del *amicus curiae*." CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Reglamento*. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr/reglamento.cfm>>. Acesso em: 25 jan. 2013.

Víctor Bazán ressalta que o artigo 36 da Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais, modificado pelo protocolo 11, possibilita a participação de terceiros, estranhos à causa, configurando o instituto do *amicus curiae*.²⁷³

Art. 36: Intervenção de terceiros

1. Em qualquer assunto pendente numa secção ou no tribunal pleno, a Alta Parte Contratante da qual o autor da petição seja nacional terá o direito de formular observações por escrito ou de participar nas audiências.
2. No interesse da boa administração da justiça, o presidente do Tribunal pode convidar qualquer Alta Parte Contratante que não seja parte no processo ou qualquer outra pessoa interessada que não o autor da petição a apresentar observações escritas ou a participar nas audiências.
3. Em qualquer assunto pendente numa secção ou no tribunal pleno, o Comissário para os Direitos do Homem do Conselho da Europa poderá formular observações por escrito e participar nas audiências.²⁷⁴

O instituto do *amicus curiae*, segundo Anna Candida da Cunha Ferraz, “apresenta características comuns, quase universais, nos sistemas jurisdicionais nacionais, regionais e internacional, características que variam de sistema para sistema apenas em certas peculiaridades.”²⁷⁵

As características gerais do instituto, segundo a autora, podem ser assim resumidas: a) Configura intervenção de um estranho, que não é parte no processo, podendo manifestar-se por escrito ou oralmente; b) Foi concebido como “amigo da corte”, figura neutra, destinada a proporcionar ao magistrado informações úteis ao julgamento da causa; c) Percebe-se uma “alteração em sua essência ou talvez mutação em sua posição”, deslocando-se da figura neutra de “amigo da corte” para “amigo da causa”, tendo em vista que passa a atuar no processo com intenção de pelos seus argumentos o tribunal em favor de uma das partes, conforme seu interesse; d) Atuação do *amicus curiae* diz respeito a questões relacionadas a direitos humanos e direitos fundamentais; e) A

²⁷³BAZAN, Victor. op. cit., p. 3.

²⁷⁴CONVENÇÃO EUROPEIA DOS DIREITOS DO HOMEM. Disponível em: <http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/7510566B-AE54-44B9-A163-912EF12B8BA4/0/Convention_POR.pdf> Acesso em: 24 jan. 2013.

²⁷⁵FERRAZ, Anna Candida da Cunha. O *amicus curiae* e a democratização e a legitimação da jurisdição constitucional, cit., p. 56.

participação do *amicus curiae* ocorre de forma espontânea, ou mediante requisição da Corte. f) Não apenas pessoas físicas, mas também pessoas jurídicas, entidades públicas, órgãos do Estado, organizações sociais em geral podem atuar como *amicus curiae*; g) Em alguns sistemas há prazo definido para o ingresso do *amicus curiae*; h) A participação do *amicus curiae* é vista, pela doutrina e tribunais como desdobramento da democracia participativa e do princípio da igualdade, ainda que não haja previsão expressa constitucionalmente ou legalmente; i) O *amicus curiae* pode, eventualmente, tanto favorecer a posição do postulante como da defesa. Em se tratando de controle objetivo de constitucionalidade, onde não há partes propriamente ditas, nem “contraditório perfeito”, o *amicus curiae* aderindo os argumentos do legitimado para a ação, ou do defensor da lei impugnada, acaba por construir um “contraditório imperfeito”; j) O *amicus curiae* deve demonstrar um interesse direto, legítimo na decisão a ser proferida pelo tribunal. Interesse que deverá exceder os ditames da decisão a ser proferida; l) Em alguns sistemas, como o norte-americano, o ingresso do *amicus curiae* dependerá de expressa concordância das partes (Rulle 37 do Regimento Interno da Suprema Corte dos Estados Unidos).²⁷⁶

5.2 O *amicus curiae* no controle concentrado de constitucionalidade

Cassio Scarpinella Bueno esclarece que “o *amicus curiae* sempre foi e continua sendo um ‘terceiro’ que intervém no processo por convocação judicial ou por livre iniciativa para fornecer ao juízo elementos reputados como importantes, úteis, quiçá indispensáveis, para o julgamento da causa”.²⁷⁷

Embora não haja nenhuma referência legislativa expressa à figura do *amicus curiae*²⁷⁸, Isabel da Cunha Bisch assenta que “a intervenção de partes alheias a processos – mas interessadas em trazer informações de índole técnica aos Tribunais – já fora prevista na legislação ordinária, no que concerne a

²⁷⁶FERRAZ, Anna Candida da Cunha. O *amicus curiae* e a democratização e a legitimação da jurisdição constitucional, cit., p. 56-60.

²⁷⁷BUENO, Cássio Scarpinella. op. cit., p. 143.

²⁷⁸Id. Ibid., p. 144.

peças de direito público.”²⁷⁹ É o caso do Conselho de Administrativo de Defesa Econômica (art. 89 da Lei 8.884/1994²⁸⁰), da Comissão de Valores Mobiliários (art. 31 da Lei 6.385/1976²⁸¹) e do Instituto Nacional de Propriedade Industrial (arts. 57 e 175 da Lei 9.279/1996²⁸²). Foram “legalmente autorizados a desempenhar poder de polícia, fiscalizando o andamento de processos judiciais concernentes a matérias de sua área de atuação.”²⁸³

Da mesma forma, o artigo 5º da Lei 9.469/1997²⁸⁴ autoriza a intervenção da União nas causas em que figurarem como autores ou réus entes da administração indireta, bem como a intervenção de pessoas jurídicas de direito público em ações que, do ponto de vista econômico, sejam pertinentes.

Em relação ao controle concentrado de constitucionalidade, conforme assinala Anna Candida da Cunha Ferraz, a Constituição Federal de 1988 não elencou entre “os possíveis elementos de democratização e legitimação das decisões do Supremo Tribunal Federal na jurisdição concentrada a figura do *amicus curiae*”.²⁸⁵ No entanto, a figura do “amigo da corte” foi inserida no âmbito do controle concentrado de constitucionalidade através das Leis 9.868 de 10 de novembro e 9.882 de 3 de dezembro, ambas do ano de 1999. O primeiro diploma legal disciplina o processamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade, Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão e Ação Declaratória de Constitucionalidade, e segunda lei, o processamento da

²⁷⁹BISCH, Isabel da Cunha. op. cit., p. 103.

²⁸⁰“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”.

²⁸¹“Art. 31: Nos processos judiciais que tenham por objetivo matéria incluída na competência da Comissão de Valores Mobiliários, será esta sempre intimada para, querendo, oferecer parecer ou prestar esclarecimentos, no prazo de quinze dias a contar da intimação.”

²⁸²“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. 175: A ação de nulidade do registro será ajuizada no foro da Justiça Federal e o INPI, quando não for autor, intervirá no feito.”

²⁸³BISCH, Isabel da Cunha. op. cit., p. 103.

²⁸⁴“Art. 5º: A União poderá intervir nas causas em que figurarem, como autoras ou réus, autarquias, fundações públicas, sociedades de economia mista e empresas públicas federais. As pessoas jurídicas de direito público poderão, nas causas cuja decisão possa ter reflexos, ainda que indiretos, de natureza econômica, intervir, independentemente da demonstração de interesse jurídico, para esclarecer questões de fato e de direito, podendo juntar documentos e memoriais reputados úteis ao exame da matéria e, se for o caso, recorrer, hipóteses em que, para fins de deslocamento de competência, serão consideradas partes”.

²⁸⁵FERRAZ, Anna Candida da Cunha. O *amicus curiae* e a democratização e a legitimação da jurisdição constitucional, cit., p. 60.

Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental perante o Supremo Tribunal Federal.

Antes mesmo da edição das Leis 9.868/99 e 9.882/99, o Supremo Tribunal Federal já havia admitido a figura do *amicus curiae* no controle concentrado de constitucionalidade. Trata-se da Ação Direita de Inconstitucionalidade 748/RS, de relatoria do Ministro Celso de Melo. Referida ação de controle concentrado fora proposta pelo Governador do Estado do Rio Grande do Sul, contestando decreto legislativo editado pela Assembleia Legislativa daquele estado da federação, que implantou naquela unidade federativa o Calendário Escolar Rotativo.

Quando os autos da citada ação direta de inconstitucionalidade encontravam-se com vista ao Advogado Geral da União, o Ministro Relator recebeu do Presidente da Comissão de Constituição e Justiça da Assembleia do Rio Grande do Sul relatório referente à auditoria promovida pelo Tribunal de Contas local, aferindo os resultados alcançados pela medida instituída no sistema escolar daquele estado. Ao receber o referido relatório, o Ministro Relator determinou a sua juntada por linha. Inconformado com o despacho do relator, o Governador do Rio Grande do Sul interpôs agravo regimental, alegando que:

Com efeito, nos termos da lei, só podem ingressar nos autos os documentos anexados por parte legítima.

Ora, no caso, a Assembleia Legislativa, que é parte, não apresentou qualquer documento. Seu DD. Presidente, que, exclusivamente ele, tem legitimidade para representá-la, não fez a propósito qualquer manifestação. Parece evidente, portanto, a falta de amparo legal para a permanência no processo dos documentos em questão. A Comissão de Constituição e Justiça, como se sabe, é um órgão interno da Assembleia Legislativa, insusceptível de representá-la, sendo inclusive estranho que o Ilustre Deputado se arrogue poderes para estabelecer relações externas daquele órgão interno sem qualquer aquiescência – e, segundo consta, até mesmo contra a vontade – o DD. Presidente da Casa Legislativa.

Na verdade, o ofício que encaminha a documentação, protocolizado que foi no Supremo Tribunal Federal,

traduz velada tentativa de intervir no processo como assistente, ovildando-se no entanto, da tranquila jurisprudência²⁸⁶ desta Corte no sentido do seu descabimento.²⁸⁷

O Plenário do Supremo Tribunal Federal, por unanimidade, acolheu o voto do relator que, elucidando a distinção entre as figuras de assistente e *amicus curiae*, esclareceu ter recebido o relatório do presidente da Comissão de Constituição e Justiça da Assembleia Legislativa do Rio Grande do Sul na qualidade deste:

Não se pode desconhecer, neste ponto – e nem há possibilidade de confusão com este instituto -, que o órgão da Assembleia gaúcha claramente atuou, na espécie, como verdadeiro *amicus curiae*, vale dizer, produziu informante, 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.²⁸⁸

²⁸⁶ Conforme decisão plenária proferida em Agravo Regimental na ADIn 575-PI, o Supremo Tribunal Federal, por força do seu Regimento Interno (art. 169, §2º) não admite a intervenção de terceiros no processo abstrato de controle de constitucionalidade: EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - INTERVENÇÃO ASSISTENCIAL - INADMISSIBILIDADE - RISTF (ART. 169, PAR. 2.) - NORMA REGIMENTAL RECEBIDA COM EFICÁCIA DE LEI PELA CF/88 - FORMAÇÃO DE LITISCONSÓRCIO PASSIVO REQUERIDA POR PARTICULARES - IMPOSSIBILIDADE EM AÇÃO DIRETA - AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO. - A norma regimental inscrita no art. 169, PAR. 2., do RISTF, que veda a intervenção assistencial no processo de controle normativo abstrato instaurado perante o Supremo Tribunal Federal, foi recebida com força e eficácia de lei pelo novo ordenamento constitucional. Tratando-se de *lex specialis*, a norma regimental prevalece sobre o disposto no art. 50, parágrafo único, do Código de Processo Civil, que admite a intervenção assistencial em qualquer dos tipos de procedimento e em todos os graus de jurisdição. - A natureza eminentemente objetiva do processo de controle abstrato de constitucionalidade não dá lugar a intervenção de terceiros que pretendam, como assistentes, defender interesses meramente subjetivos. - A formação litisconsorcial passiva, no processo de ação direta de inconstitucionalidade, só se legitima em face dos órgãos estatais de que emanou o próprio ato normativo impugnado. O mero particular não se qualifica como litisconsorte passivo em processo de controle abstrato, em face da necessária estatalidade do ato normativo nele impugnado.

²⁸⁷ Agravo Regimental em Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 748-4 RS. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Pesquisa de jurisprudência*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>.

²⁸⁸ Agravo Regimental em Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 748-4 RS. Id. Ibid.

Isabel da Cunha Bisch, no entanto, assevera que o *amicus curiae* assumiu outra conotação a partir da edição das Leis 9.868/99 e 9.882/99, uma vez que a abordagem que este instituto recebeu “remete, inevitavelmente, ao pensamento de Peter Häberle, uma vez que a obra possui grande ascendência sobre o Min. Gilmar Ferreira Mendes, principal idealizador das Leis 9.868/99 e 9.882/99”.^{289 290}

5.2.1 Ação Direta de Inconstitucionalidade

A Lei 9.868/99²⁹¹ introduziu a figura do *amicus curiae* na ação direta de inconstitucionalidade através do art. 7º:

Art. 7º: Não se admitirá intervenção de terceiros no processo de ação de inconstitucionalidade.

§1º (vetado)

§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.

²⁸⁹BISCH, Isabel da Cunha. op. cit., p. 104.

²⁹⁰No mesmo sentido: “Cumprir observar que a referida lei originou-se de projeto de lei de autoria de Gilmar Ferreira Mendes, apresentado em 1997, “coincidentalmente” o mesmo ano em que traduzira a já citada obra de Peter Häberle sobre *sociedade aberta dos intérpretes da Constituição*. A análise da lei demonstra, já em uma primeira leitura, a grande influência que a obra do constitucionalista alemão exercia sobre a regulamentação do controle da constitucionalidade no Brasil. Por esta razão, não só repetiu o extenso rol de legitimados ativos, já consagrado pela Constituição de 1988, mas foi mais longe: criou um procedimento capaz de captar outras vozes da sociedade, mediante a autorização da manifestação de vários órgãos, entidades, pessoas físicas ou jurídicas, ou mesmo ente despersonalizados”. DEL PRÁ, Carlos Gustavo Rodrigues. *Amicus curiae*: instrumento de participação democrática e de aperfeiçoamento da prestação jurisdicional. 1. ed. (2007), 1. reimp., Curitiba: Juruá, 2011. p. 81.

²⁹¹A Lei 9.868/99 além de disciplinar o processamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade, produziu modificações também no controle difuso de constitucionalidade, inserindo a figura do *amicus curiae* no controle concreto, no incidente de inconstitucionalidade nos Tribunais. O artigo 482 do Código de Processo Civil passou a ter a seguinte redação: “Art. 482. Remetida a cópia do acórdão a todos os juízes, o presidente do tribunal designará a sessão de julgamento. § 1º O Ministério Público e as pessoas jurídicas de direito público responsáveis pela edição do ato questionado, se assim o requererem, poderão manifestar-se no incidente de inconstitucionalidade, observados os prazos e condições fixados no Regimento Interno do Tribunal. § 2º Os titulares do direito de propositura referidos no art. 103 da Constituição poderão manifestar-se, por escrito, sobre a questão constitucional objeto de apreciação pelo órgão especial ou pelo Pleno do Tribunal, no prazo fixado em Regimento, sendo-lhes assegurado o direito de apresentar memoriais ou de pedir a juntada de documentos. § 3º O relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, poderá admitir, por despacho irrecorrível, a manifestação de outros órgãos ou entidades.”

O *caput* do artigo 7º, mantendo o entendimento jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal, expressamente vedou a intervenção de terceiros no processo de ação direta de inconstitucionalidade. Não há qualquer incongruência entre esta vedação e a permissão da manifestação do *amicus curiae* nos termos do parágrafo segundo, uma vez que são institutos diversos, que não se confundem.

Fredie Didier Jr. ressalta o fundamento da intervenção de terceiros:

A intervenção de terceiro no processo pendente justifica-se, em regra, por manter ele um vínculo com a relação jurídica discutida que: a) ou lhe diz respeito diretamente: discute-se relação jurídica de que faz parte o terceiro; b) ou está ligada a outra relação jurídica, que daquela é conexa/dependente; c) ou que, embora não lhe diga respeito, poderá ser por ele discutida, em razão de também possuir legitimação extraordinária para tanto (é o que ocorre nos casos de intervenção de co-legitimado).

É fundamental perceber, portanto, que a correta compreensão das intervenções de terceiro passa, necessariamente, pela constatação de que haverá, sempre, um vínculo entre o terceiro, o objeto litigioso do processo e a relação jurídica material deduzida.

Não permite, como regra, a intervenção sem a demonstração de qualquer interesse nem com a demonstração de apenas interesse econômico ou moral. O interesse há de ser jurídico.²⁹²

A intervenção de terceiros, nos moldes que o processo civil conhece (assistência, oposição, nomeação à autoria, denunciação da lide e chamamento ao processo) possuem como fundamento um direito subjetivo ligado à lide que é levada ao conhecimento do Poder Jurisdicional. Em se tratando de controle abstrato de constitucionalidade, não há que se falar em direito subjetivo, tão pouco em lide. Trata-se de um processo objetivo.

A expressão “processo objetivo” é, em geral, associada à noção de que o Supremo Tribunal Federal, no exercício do controle concentrado da constitucionalidade, não “julga” nenhum interesse ou direito subjetivo, isto é, concretizado em uma específica relação jurídica que dá ensejo, por definição, ao nascimento de pretensões concretas. É nesse sentido que, usualmente, se veda a intervenção de terceiros naquelas ações, já que não há qualquer “interesse” ou “direito” pertencente

²⁹²DIDIER JR, Fredie. *Curso de direito processual civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento*. 11. ed. Salvador: JusPODIVM, 2009. v. 1, p. 330.

individual e exclusivamente a quem quer que seja que possa ser usufruído diretamente a partir daquilo que é julgado. A lógica da vedação da intervenção de terceiros, destarte, toma como base de raciocínio o mesmo contexto que o Código de Processo Civil e, mais amplamente, toda a doutrina processual civil sempre levaram em consideração ao longo dos tempos para moldar, sistematizar e aplicar as modalidades de intervenção de terceiros, qual seja, a existência de um específico “interesse” ou “direito” de um terceiro que deriva, direta ou indiretamente, da demanda pendente entre duas outras pessoas. Trata-se, pois, de um “interesse” ou de um “direito” concreto, que tem dono, que tem titular.²⁹³

O parágrafo segundo do artigo 7º da Lei 9.868/99 não se refere, por certo, ao terceiro interveniente titular de direitos subjetivos. Cassio Scarpinella Bueno esclarece que o *amicus curiae* é um terceiro com atuação diversa das usualmente ocupadas pelos ‘terceiros intervenientes’ do Código de Processo Civil. “ ‘Terceiro’ ele é, mas não *aquela* terceiro que o Supremo Tribunal Federal sempre negou – e continua negando – pudesse – ou possa – intervir nas ações voltadas ao controle concentrado de constitucionalidade.”²⁹⁴

Edgard Silveira Bueno Filho sustenta que a figura do *amicus curiae* configura verdadeira forma de assistência qualificada:

Embora a lei diga que não é possível a intervenção de terceiros nos processos de controle direto da constitucionalidade, e o regimento interno do STF haja proibido a assistência, o fato é que a intervenção do *amicus curiae* é uma forma qualificada de assistência.

Com efeito, para intervir no processo judicial comum basta ao terceiro demonstrar o interesse legítimo. Nas ações diretas de constitucionalidade e inconstitucionalidade, como já se viu, a intervenção só se admite quando o terceiro seja uma entidade ou órgão representativo. Portanto, além da demonstração de interesse no julgamento da lide a favor ou contra o proponente, a assistência do *amicus curiae* só será admitida pelo tribunal depois de verificada a representatividade do interveniente. Por isso trata-se de assistência qualificada.²⁹⁵

²⁹³BUENO, Cássio Scarpinella. op. cit., p. 152.

²⁹⁴Id., loc. cit.

²⁹⁵BUENO FILHO, Edgard Silveira. *Amicus curiae*: a democratização do debate nos processos de controle da constitucionalidade. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, n. 14, p. 8, jan. 2002. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 29 jan. 2013.

Ana Letícia Queiroga de Matos, por seu turno, esclarece que a posição doutrinária que vê no instituto do *amicus curiae* a figura de um assistente, ainda que qualificado, é minoritária:

De outra forma, em conformidade com a crítica já destacada, também não parece viável aceitar a atuação do amigo da Corte na qualidade de assistente, pois, tendo em vista o caráter ampliado e público, bem como um viés democrático e de justiça que se vislumbra na atuação de tal figura, não é condizente que se exija, do mesmo, interesse jurídico em que a sentença seja favorável a uma das partes, tal como estabelece o artigo 50, do CPC, que trata da questão. Além disso, como visto, sua atuação no âmbito dos processos de controle concentrado de constitucionalidade independe de demonstração de interesse jurídico que, volta-se a repetir, pode até existir, ainda que seja indireto/reflexo ou mediato, porém não é condição para atuação.²⁹⁶

Guilherme Peña de Moraes, comentando sobre a natureza jurídica do *amicus curiae*, adverte que esse não guarda qualquer semelhança com a intervenção de terceiros, “vez que não há a aquisição da qualidade de parte, sequer acessória, no processo objetivo.”²⁹⁷

Não nos parece, portanto, que a figura do *amicus curiae* se apresente no controle concentrado de constitucionalidade como terceiro interveniente, nos termos da legislação processual civil brasileira. Nem mesmo na qualidade de assistente, uma vez que essa figura exige, nos termos do artigo 50 do Código de Processo Civil Brasileiro²⁹⁸, interesse jurídico. Esse interesse jurídico corresponde, conforme nosso entendimento, a defesa de interesse pessoal, subjetivo, que não se coaduna com o processo objetivo de controle concentrado de constitucionalidade.

Portanto, o *amicus curiae* não constitui intervenção de terceiros, mas constitui fator de legitimação social das decisões do Supremo Tribunal Federal, uma vez que proporciona pluralização do debate e interpretação constitucional. Esse é o posicionamento que restou assentado na decisão monocrática do Min.

²⁹⁶ MATTOS, Ana Letícia Queiroga de. *Amicus curiae: hermenêutica e jurisdição constitucional*. 1. ed. Belo Horizonte: Arraes, 2011. p. 171.

²⁹⁷ MORAES, Guilherme Peña de. *Justiça constitucional: limites e possibilidades da atividade normativa dos tribunais constitucionais*. São Paulo: Atlas, 2012. p. 149.

²⁹⁸ Art. 50: “Pendendo uma causa entre duas, ou mais pessoas, o terceiro, que tiver interesse jurídico em que a sentença seja favorável a uma delas, poderá intervir no processo para assisti-la. Parágrafo único: A assistência tem lugar em qualquer dos tipos de procedimento e em todos os graus de jurisdição; mas o assistente recebe o processo no estado em que se encontra.”

Celso de Melo, na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 2.130/SC, ao admitir a intervenção da Associação dos Magistrados Catarinenses – AMC, como *amicus curiae*:

[...] a admissão do terceiro, na condição de *amicus curiae*, no processo objetivo de controle normativo abstrato, qualifica-se como fator de legitimação social das decisões do Tribunal Constitucional, viabilizando, em obséquio ao postulado democrático, a abertura do processo de fiscalização concentrada de constitucionalidade, em ordem a permitir que nele se realize a possibilidade de participação de entidades e de instituições que efetivamente representem os interesses gerais da coletividade ou que expressem os valores essenciais e relevantes de grupos, classes ou estratos sociais. [...] Tenho para mim, contudo, na linha das razões que venho de expor, que o Supremo Tribunal Federal, em assim agindo, não só garantirá maior efetividade e atribuirá maior legitimidade às suas decisões, mas, sobretudo, valorizará, sob uma perspectiva eminentemente pluralística, o sentido essencialmente democrático dessa participação processual, enriquecida pelos elementos de informação e pelo acervo de experiências que o *amicus curiae* poderá transmitir à Corte Constitucional, notadamente em processo – como o de controle abstrato de constitucionalidade – cujas implicações políticas, sociais, econômicas, jurídicas e culturais são de irrecusável importância e de inquestionável significação.²⁹⁹

Essa foi a intenção do legislador ordinário ao editar a referida Lei 9.868/99: promover a pluralização do processo objetivo de controle de constitucionalidade. É o que se pode inferir da Exposição de Motivos do então projeto da Lei 9.868/99:

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

Da mesma forma, afigura-se digna de realce a proposta formulada com o sentido de permitir que o relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes admita a manifestação de outros órgãos ou entidades (arts. 7º, §2º, e 18, §2º). Positiva-se, assim, a figura do *amicus curiae* no processo de controle de constitucionalidade, ensejando a possibilidade de o Tribunal decidir as causas com pleno conhecimento de todas as suas implicações ou repercussões.³⁰⁰

²⁹⁹ ADI 2.130 MC/SC, Relator Min. Celso de Melo. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Pesquisa de jurisprudência*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>.

³⁰⁰ BUENO, Cássio Scarpinella. op. cit., p. 153.

O propósito teleológico da intervenção do *amicus curiae* no processo constitucional de controle concentrado não é a defesa de direitos próprios, subjetivos, mas a pluralização do debate constitucional e a legitimação das decisões proferidas pela jurisdição constitucional concentrada sob o ponto de vista democrático. “Este posicionamento segue a linha do pensamento de Peter Häberle, cujo entendimento sobre a abertura material do debate em torno de controvérsia constitucional representa **expressão real e efetiva do princípio democrático.**”³⁰¹ Conforme Anna Candida da Cunha Ferraz, o *amicus curiae* qualifica-se “como fator de “legitimação social”, abrindo-se a possibilidade para que em controle concentrado intervenha a participação de entidades e instituições efetivamente representativas de interesses gerais da coletividade”.³⁰²

Anna Candida da Cunha Ferraz ressalva que a intervenção do *amicus curiae* depende: “a) da relevância da causa; b) da representatividade dos postulantes; c) de decisão irrecorrível do relator do processo; d) de manifestação que pode ser solicitada *sponte própria*; e) por órgãos e entidades (não cogitou a lei da manifestação de pessoa físicas).³⁰³

Levando-se em consideração a finalidade do controle de constitucionalidade em si, garantir a supremacia da Constituição, é possível afirmar que não há ação direta de constitucionalidade que tenha por objeto matéria que não seja relevante³⁰⁴. Disto decorre o princípio da indisponibilidade das ações abstratas de controle de constitucionalidade, consagrada no artigo 5º da Lei 9.868/99.

O termo “relevância da matéria” consignada no parágrafo segundo do artigo 7º da Lei 9.868/99 é indicador da “necessidade ou, quando menos, da conveniência de um diálogo entre a norma questionada e os valores dispersos pela sociedade civil ou, até mesmo, com outros entes governamentais.”³⁰⁵ Cassio Scarpinella Bueno ressalta que, em se tratando de matéria

³⁰¹FERRAZ, Anna Candida da Cunha. O *amicus curiae* e a democratização e a legitimação da jurisdição constitucional, cit., p. 67.

³⁰²Id., loc. cit.

³⁰³Id. Ibid., p. 62.

³⁰⁴Neste sentido: BUENO, Cássio Scarpinella. op. cit., p. 156. No mesmo sentido: “[...] se o processo está em andamento é porque é relevante a matéria. Com efeito, não se pode imaginar um processo de controle de constitucionalidade de matéria irrelevante.” BUENO FILHO, Edgard Silveira. op. cit., p. 6.

³⁰⁵BUENO, Cássio Scarpinella. op. cit., p. 156.

exclusivamente constitucional, cujo controle de constitucionalidade é facilmente aferido mediante exame de documentos, referido requisito não se faz presente.³⁰⁶

O segundo requisito é a representatividade dos postulantes. A representatividade deve ser observada com “o mesmo referencial construído para o art. 103 da Constituição Federal, levando em conta, inclusive, quem detém legitimidade para o ajuizamento das ações diretas de inconstitucionalidade.”³⁰⁷ Dessa forma, aqueles que constam no rol do art. 103 da Constituição, possuindo legitimidade para a propositura da ação, possuem, naturalmente, a representatividade exigida pela Lei 9.889/99 para postular o ingresso como *amicus curiae*.

Cassio Scarpinella Bueno esclarece que tal raciocínio esbarra em um entendimento, “construído a partir de bases do processo civil tradicional (individualístico) de que aquele que detém legitimidade para propor a ação mas não o fez intervirá no feito como *assistente litisconsorcial*”³⁰⁸, figura típica de intervenção de terceiros, vedada no processo objetivo e abstrato de controle de constitucionalidade.

Embora a possibilidade de manifestação de ingresso e manifestação dos colegitimados tenha sido prevista de forma expressa pelo §1º da Lei 9.889/99, foi objeto de veto presidencial³⁰⁹. A previsão legal continha a seguinte redação:

§1º: Os demais titulares referidos no art. 2º poderão manifestar-se, por escrito, sobre o objeto da ação e pedir a juntada de documentos reputados úteis para o exame da matéria, no prazo das informações, bem como apresentar memoriais.³¹⁰

³⁰⁶Id., loc. cit.

³⁰⁷BUENO, Cássio Scarpinella. op. cit., p. 157.

³⁰⁸Id. Ibid., p. 156.

³⁰⁹Razões do veto: “A aplicação deste dispositivo poderá importar em prejuízo à celeridade processual.

A abertura pretendida pelo preceito ora vetado já é atendida pela disposição contida no §2º do mesmo artigo. Tendo em vista o volume de processos apreciados pelo STF, afigura-se prudente que o relator estabeleça o grau de abertura, conforme a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes.

Cabe observar que o veto repercute na compreensão do §2º do mesmo artigo, na parte em que este enuncia ‘observado o prazo fixado no parágrafo anterior’. Entretanto, eventual dúvida poderá ser superada com a utilização do prazo das informações previsto no parágrafo único do art. 6º”. Id. Ibid., p. 158.

³¹⁰Id. Ibid., p. 157.

O Supremo Tribunal Federal tem admitido a intervenção de colegitimados, ressaltando, no entanto, que o fazem na qualidade de *amicus curiae*.³¹¹

Cassio Scarpinella Bueno ressalta que os colegitimados podem, querendo, intervir no processo de controle abstrato de constitucionalidade. Assim fazendo, não o fazem na qualidade de *assistentes litisconsorciais*, uma vez que não há direito subjetivo, próprio, a ser defendido. Não defendem direito subjetivo, nem mesmo quando propõem a ação direta de controle de constitucionalidade:

O que pretendemos afirmar com isso – e é nessa linha de entendimento que caminham a doutrina e a jurisprudência – é que os legitimados para a propositura das ações diretas de inconstitucionalidade podem, querendo, intervir no processo. Só não o farão, *propriamente*, na qualidade de assistentes litisconsorciais, mas, diferentemente, na qualidade de *amicus curiae*. E afirmamos que não se trata, propriamente, de uma intervenção na qualidade de assistente litisconsorcial, porque os colegitimados, ao buscarem uma tal intervenção, não postularão direito “seu” em juízo. De resto, mesmo quando é sua a iniciativa de propositura da ação, não tutelam e não podem pretender tutelar, em juízo, direito “seu” no sentido tradicional do termo. Mas não é só eles, os colegitimados para a ação direta de inconstitucionalidade, podem pretender sua intervenção ao longo do procedimento.³¹²

Não obstante o veto ao parágrafo primeiro do artigo 7º, os colegitimados do art. 103 da Constituição Federal podem requerer o seu ingresso nas ações de controle concentrado de constitucionalidade. Não na qualidade de terceiro, mas na qualidade de “amigo da corte”.³¹³

Não somente os elencados no artigo 103 da Constituição Federal podem ingressar nos autos da ação direta de inconstitucionalidade na qualidade de *amicus curiae*. A representatividade adequada estará presente sempre que o postulante, seja de direito público ou de direito privado, “demonstrar que tem um

³¹¹Decisão monocrática do Min. Relator Celso de Mello, ADI 3.345/DF ao admitir o Partido Socialista Brasileiro – PSB, em Ação Direta de Constitucionalidade proposta pelo Partido Progressista – PP: “Admito, na condição de “amicus curiae”, o Partido Socialista Brasileiro – PSB (fls. 305), eis que se acham atendidas, na espécie, as condições fixadas no art. 7º, §2º, da Lei 9.889/99”. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Acompanhamento processual*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/pesquisarProcesso.asp>>. Acesso em: 3 dez. 2012.

³¹²BUENO, Cássio Scarpinella. op. cit., p. 159.

³¹³Entendemos que nesse caso não há que se falar em assistência litisconsorcial, pois tanto o colegitimado autor da ação, quanto aquele que requer o seu ingresso no processo, não defendem direitos próprios, subjetivos.

específico *interesse institucional* na causa e, justamente em função disso, tem condições de contribuir para o debate da matéria, fornecendo elementos ou informações úteis e necessárias para o proferimento de melhor decisão judicial”.³¹⁴

Gilmar Ferreira Mendes observa que o requisito da pertinência temática também deve ser observado para o fim de admissão de *amicus curiae*, conforme ficou assentado em decisão monocrática proferida pela Min. Carmem Lúcia na ADI 3.931:

[...] ‘o requisito da pertinência temática (...) se traduz na relação de congruência que necessariamente deve existir entre os objetivos estatutários ou as finalidades institucionais da entidade autora e o conteúdo material da norma questionada em sede de controle abstrato’. A pertinência temática também é requisito para a admissão de *amicus curiae* e a Requerente não o preenche. Reduzir a pertinência temática ao que disposto no estatuto das entidades sem considerar a sua natureza jurídica colocaria o Supremo Tribunal Federal na condição submissa de ter que admitir sempre qualquer entidade em qualquer ação de controle abstrato de normas como *amicus curiae*, bastando que esteja incluído em seu estatuto a finalidade de defender a Constituição da República.³¹⁵

Ana Letícia Queiroga Mattos critica a exigência de demonstração de pertinência temática por parte do *amicus curiae*. Ressalta que, com exceção dos legitimados universais, conforme entendimento do Supremo Tribunal Federal, todos os proponentes estariam obrigados a comprovar essa pertinência temática. Conclui que essa exigência “ao invés de ampliar a discussão, estar-se-ia restringindo o debate novamente ao rol fechado do art. 103, CF/88”.³¹⁶ De fato, parece-nos que essa posição restritiva da Corte não vai de encontro à natureza do instituto: instrumento de pluralização e democratização do debate constitucional.

Ainda em relação à representatividade, Edgard Silveira Bueno Filho afirma que “a representatividade não haverá de ser necessariamente nacional. A

³¹⁴BUENO, Cássio Scarpinella. op. cit., p. 161.

³¹⁵Decisão monocrática da Min. Relatora Carmem Lúcia, ADI3391/DF. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Acompanhamento processual*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/pesquisarProcesso.asp>>. Acesso em: 3 dez. 2012.

³¹⁶MATTOS, Ana Letícia Queiroga de. *Amicus curiae*: hermenêutica e jurisdição constitucional, cit., p. 179.

uma, porque a lei isso não exige. E se a lei não distinguiu ao interprete não é dado fazê-lo. A duas, porque não é só o caráter nacional que confere representatividade a alguém”.³¹⁷

Ainda que presentes os requisitos, a intervenção do *amicus curiae* não constitui um direito subjetivo, ficando a critério do relator a sua admissão, conforme assinala Luis Roberto Barroso.³¹⁸ “É o relator (e não quem pretende intervir) que pode entender *oportuna* a oitiva de segmentos representativos da sociedade”.³¹⁹

Caberá ao relator, portanto, mediante a presença dos requisitos de relevância da matéria e representatividade dos postulantes, deferir o ingresso do *amicus curiae*.³²⁰ Nos termos da Lei 9.868/99, referida decisão monocrática não é suscetível de recurso. Conforme decisão monocrática do Min. Marco Aurélio, que negou seguimento ao Agravo Regimental que se insurgia contra decisão que indeferiu o ingresso de entidade como *amicus curiae*: “Não cabe recurso contra o ato mediante o qual o relator decide sobre a admissibilidade, ou não, da intervenção de terceiro no processo revelador de ação direta de inconstitucionalidade”.³²¹

Cassio Scarpinella Bueno, no entanto, entende que somente o despacho que deferir o ingresso do *amicus curiae* seria irrecorrível. Não estaria abrangido pela vedação do recurso, portanto, o despacho que indeferir a intervenção do *amicus curiae*:

Para nós, o melhor entendimento é aquele que entende ser *recorrível* essa decisão, aplicando-se à hipótese a diretriz do *sistema processual civil* de que *toda* decisão monocrática proferida no âmbito dos tribunais é recorrível por intermédio do recurso de agravo, aqui na sua modalidade interna. E nem poderia ser diferente, considerando o inegável *prejuízo* que a

³¹⁷ BUENO FILHO, Edgard Silveira. op. cit., p. 6.

³¹⁸ BARROSO, Luis Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 211. No mesmo sentido: BISCH, Isabel da Cunha. op. cit., p. 112.

³¹⁹ BUENO, Cássio Scarpinella. op. cit., p. 192.

³²⁰ O Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADI 2.238-5/DF, Rel. Min. Ilmar Galvão, por maioria de votos, deixou de referendar a decisão do relator que havia admitido a intervenção no processo, na qualidade de *amicus curiae*, da Associação Paulista de Magistrados. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Acompanhamento processual*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/pesquisarProcesso.asp>>. Acesso em: 3 dez. 2012.

³²¹ Agravo Regimental na ADI 3.346-8. Id. Ibid.

decisão que indefere o ingresso do *amicus curiae* tem aptidão para lhe causar, revelando-se, assim, seu *interesse recursal*.³²²

Não obstante a Lei 9.868/99 tenha se referido a “despacho irrecorrível”, acreditamos que a melhor interpretação é a de que somente o despacho que indefere o ingresso do *amicus curiae* não é passível de impugnação recursal. Embora seja de responsabilidade do relator a condução do processo, a ausência de um *amicus curiae* nos debates pode ser prejudicial à pluralização do debate constitucional. O interesse recursal estaria presente não em decorrência de um direito subjetivo daquele que requer o seu ingresso como *amicus curiae*, mas em decorrência do seu fator como pluralização e democratização da interpretação constitucional.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem se mantido firme, no entanto, no sentido de não admitir recurso da decisão do relator que decide sobre a admissão, ou não, do *amicus curiae*.³²³

A Lei 9.868/99 não admite como *amicus curiae* pessoas físicas, tendo em vista que o §2º do art. 7º refere-se a órgãos ou entidades. O Min. Carlos Britto indeferiu pedido de pessoa física, especialista na matéria em discussão na ADI 3510 por entender que ausente a representatividade do postulante enquanto pessoa física.³²⁴

³²²BUENO, Cássio Scarpinella. op. cit., p. 183.

³²³Nos debates da ADI 2.591 o Min. Sepúlveda Pertence manifestou-se no sentido de admitir legitimidade recursal em uma única hipótese ao *amicus curiae*: agravo regimental em caso de indeferimento pelo relator da sua admissão. Nessa ocasião a Corte, por maioria de votos (vencido o Min. Carlos Britto), não conheceu dos embargos de declaração opostos pelo Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor – BRASILCON e pelo Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor – IDEC, na qualidade de *amicus curiae*. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Acompanhamento processual*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/pesquisarProcesso.asp>>. Acesso em: 3 dez. 2012.

³²⁴Teor da decisão: “Reginaldo da Luz Ghisolfi requer a sua admissão na presente ação direta de inconstitucionalidade, na qualidade de *amicus curiae*. Para tanto, alega que há anos vem estudando as questões jurídicas relacionadas à utilização do embrião humano, o que culminou com a elaboração da dissertação de Mestrado intitulada “A proteção legal do embrião humano e sua relação com a engenharia genética na União Europeia e Brasil”. Assim resumida a pretensão, passo a decidir. O §2º do art. 7º da Lei nº 9.868/99 autoriza o relator da ação direta de inconstitucionalidade, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, a admitir a manifestação de outros órgãos ou entidades. Sucede que esse não é o caso dos autos. Ainda que patente a relevância da matéria aqui veiculada, é incontroversa a falta de representatividade do postulante, razão porque indefiro o seu pedido.” Decisão monocrática do Relator. Id. Ibid.

Em relação ao prazo para admissão do *amicus curiae* no processo constitucional da ação direta de inconstitucionalidade, Cassio Scarpinella Bueno assevera que deveria ser admitido a qualquer tempo, desde que antes do início do julgamento. Esclarece que, assim, a figura da intervenção do “amigo da corte” equiparar-se-ia a um ato de instrução no processo.³²⁵

Edgard Silveira Bueno Filho entende ser possível a admissão do *amicus curiae* a qualquer tempo, ainda que iniciado o julgamento. Referido autor entende que a natureza jurídica do “amigo da corte” seja de assistência, e como tal poderá intervir no processo no estado em que se encontra:

[...] por ser uma forma de assistência, a intervenção do *amicus curiae* pode se dar a qualquer tempo, antes do julgamento da ação. É que, tal como na assistência, o *amicus* pegará o processo no estado em que se encontra. Desse modo, se o julgamento já tiver sido iniciado com a leitura do relatório, não poderá promover a sustentação oral. Entretanto, será admitida a entrega de memoriais aos demais julgadores.³²⁶

Anna Candida da Cunha Ferraz, no entanto, esclarece que, em razão do veto presidencial ao §1º do artigo 7º da Lei 9.868/99, a fixação de prazo para ingresso do *amicus curiae* no processo constitucional da Ação Direta de Inconstitucionalidade tornou-se questão bastante controversa.³²⁷

Em um primeiro momento, o Supremo Tribunal Federal tomou uma posição restritiva em relação ao momento processual do ingresso do *amicus curiae* no processo constitucional da ação direta de inconstitucionalidade. Entendeu a Corte que, em razão do veto do §1º do artigo 7º, deveria ser aplicado, por analogia, o parágrafo único do artigo 6º da Lei 9.868/99³²⁸. A decisão monocrática proferida pelo Min. Relator Cezar Peluso, na ADI 2937/DF ilustra este momento da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal:

O veto aposto ao §1º do art. 7º da Lei federal nº. 9.868, de 10 de novembro de 1999, não excluiu a necessidade de observância de prazo prevista no §2º, para admissão dos chamados “*amicus*

³²⁵BUENO, Cássio Scarpinella. op. cit., p. 171.

³²⁶BUENO FILHO, Edgard Silveira. op. cit., p. 7.

³²⁷FERRAZ, Anna Candida da Cunha. O *amicus curiae* e a democratização e a legitimação da jurisdição constitucional, cit., p. 68.

³²⁸Art. 6º: O relator pedirá informações aos órgãos ou às autoridades das quais emanou a lei ou o ato normativo impugnado. Parágrafo único: As informações serão prestadas no prazo de 30 (trinta) dias contado do recebimento do pedido.

curiae". A inteligência sistemática do disposto no §2º, não podendo levar ao absurdo da admissibilidade ilimitada de intervenções, com graves transtornos ao procedimento, exige seja observado, quando menos por aplicação na alógica, o prazo constante do § único do art. 6º. De modo que, tendo-se exaurido tal prazo, na espécie, aliás pela só apresentação das informações, a qual acarretou preclusão consumativa, já não é lícito admitir a intervenção requerida [...]³²⁹

Gilmar Ferreira Mendes entende que o prazo para ingresso do *amicus curiae* é o das informações. Admite, no entanto, a possibilidade do ingresso do *amicus curiae* fora desse prazo, "especialmente diante da relevância do caso ou, ainda, em face da notória contribuição que a manifestação possa trazer para o julgamento da causa".³³⁰

A partir do julgamento de questão de ordem no agravo de instrumento na ADI 4071/DF, de relatoria do Min. Menezes de Direito, o Supremo Tribunal Federal fixou como prazo para o ingresso do *amicus curiae* a data em que o relator liberar o processo para pauta.³³¹ Conforme assinala Isabel da Cunha Bisch, o Supremo Tribunal Federal entendeu que admitir a intervenção de *amicus curiae* as vésperas do julgamento poderia causar problemas, em relação ao número de intervenções, e a capacidade da Corte de absorver informações novas, até então desconhecidas do relator. "Ademais, esclareceu-se necessitar a regra processual de uma limitação, sob pena de se transformar o *amicus curiae* em regente do processo".^{332 333}

O §2º do art. 7º da Lei 9.868/99 foi silente também quanto ao prazo de manifestação do *amicus curiae*. Essa questão mostra-se relevante naqueles casos em que o *amicus curiae* requer a intervenção, mas não apresenta, desde logo, a sua manifestação por escrito.

³²⁹Decisão monocrática ADI 2937/DF. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Acompanhamento processual*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/pesquisarProcesso.asp>>. Acesso em: 3 dez. 2012.

³³⁰MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle abstrato de constitucionalidade: ADI, ADC e ADCO – comentários à Lei 9.868/99*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 241.

³³¹Foram voto vencido a Min. Cármen Lúcia e os Ministros Carlos Britto, Celso de Mello e Gilmar Mendes. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Acompanhamento processual*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/pesquisarProcesso.asp>>. Acesso em: 3 dez. 2012.

³³²BISCH, Isabel da Cunha. op. cit., p. 113.

³³³Esse posicionamento adotado pelo Supremo Tribunal Federal não nos parece impedir ou inibir a atuação do *amicus curiae*.

A doutrina tem sustentado que, diante do silêncio da Lei 9.868/99, o prazo para manifestação do *amicus curiae* deva ser de 30 dias, contados da publicação do despacho que o admitiu nos autos, por aplicação do parágrafo único do art. 6º da Lei 9.868/99.³³⁴

Diante da ausência de previsão expressa no texto legal para manifestação do *amicus curiae*, nada obsta que seja fixado um prazo judicial para manifestação do mesmo, em especial quando a petição requerendo a admissão no feito não vem acompanhada das manifestações escritas. A critério do relator poderá ser fixado prazo, inclusive, inferior a 30 dias, velando para que a admissão de um terceiro seja uma forma de pluralizar o debate constitucional, sem que se torne, no entanto, um fator que venha a paralisar ou atrasar o julgamento da ação de controle de constitucionalidade.³³⁵

Ana Letícia Queiroga de Mattos esclarece que “atinentes aos poderes processuais da figura do *amicus curiae*, é possível enumerá-los em três, quais sejam: manifestação escrita, através de memorial; sustentação oral; e legitimidade recursal”.³³⁶

A manifestação por escrito, através de memorial, é consequência lógica dos termos do §2º do art. 7º da Lei 9.868/99. Em que pese divergências doutrinárias, tem prevalecido o entendimento no Supremo Tribunal Federal de que o *amicus curiae* não possui legitimidade recursal.

Em relação à possibilidade de o *amicus curiae* ocupar a tribuna do Tribunal para sustentação oral, o Supremo Tribunal Federal, de início, tomou posição restritiva. A primeira manifestação da Corte sobre o tema ocorreu na

³³⁴ Neste sentido: BUENO FILHO, Edgard Silveira. op. cit., p. 7. MATTOS, Ana Letícia Queiroga de. *Amicus curiae: hermenêutica e jurisdição constitucional*, cit., p. 193.

³³⁵ Exemplos em que o relator fixou prazo inferior a 30 dias para manifestação do *amicus curiae*: Despacho do Min. Maurício Corrêa, na ADI 2735/RJ: “O Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro requer, com base no §2º do artigo 7º da Lei 9868/99, sua admissão como *amicus curiae*. A presente ação tem por objeto a Lei local 3899/02, que versa sobre o quadro permanente dos serviços auxiliares do *parquet* estadual, restando evidenciado o legítimo interesse da instituição. A matéria ostenta relevância por atingir parcela significativa da norma legal em debate, estando presentes os requisitos autorizadores da admissão excepcional do requerente como colaborador informal da corte. Defiro o pedido, observados os limites traçados pelo Tribunal na sessão do dia 18/10/01 (ADI 2223, de que sou Relator). Faculto ao interessado o prazo de 05 (cinco) dias para manifestação”. Despacho do Min. Rel. Gilmar Mendes, na ADI 1104/DF: “Reconsiderara a decisão de fl. 73, para admitir a manifestação da CEB, que intervirá no feito na condição de *amicus curiae* [...] prazo de cinco dias [...]”

³³⁶ MATTOS, Ana Letícia Queiroga de. *Amicus curiae: hermenêutica e jurisdição constitucional*, cit., p. 182.

ADIn 2.223, em que o Min. Relator, Carlos Veloso, indeferiu monocraticamente a sustentação oral do *amicus curiae*.

No julgamento da medida cautelar da ADI 2.223/DF a questão foi levada ao plenário como questão de ordem. O advogado da FENASEG (Federação Nacional das Empresas de Seguros Privados e de Capitalização), Luis Roberto Barroso, na qualidade de *amicus curiae* solicitou usar a palavra no julgamento. O plenário dividiu-se, prevalecendo a tese, naquele momento, de que o uso da sustentação oral era prerrogativa das partes, impossibilitando o uso pelo “amigo da corte”, vez que não se confunde com as partes processuais. Prevaleceu entre a maioria dos ministros a tese de que o instrumento processual para a manifestação oral de terceiros estranhos ao processo seria a audiência pública, e não a sustentação oral. Naquela oportunidade prevaleceu entre os magistrados do Supremo Tribunal Federal o receio de que a sustentação oral pelos *amici* pudesse vir a tornar-se uma obstrução das pautas de julgamentos, conforme o voto do Min. Sepúlveda Pertence:

Não vejo como possamos assegurar a sustentação oral a todos os *amici curiae*, que se habilitem. Até porque, do contrário, poderíamos – obviamente, não é o caso –, abrir com isso um mecanismo de obstrução judiciária do julgamento de ações diretas de inconstitucionalidade, aos interessados que pretendam protelar a decisão definitiva delas.³³⁷

Embora tendo sido voto vencido, o voto do Min. Nelson Jobim explicita o entendimento da utilidade em abrir ao *amicus curiae* o debate constitucional, inclusive com a possibilidade de sustentação oral:

Toda vez que estivermos discutindo esse tipo de matéria, principalmente considerando um outro aspecto, a meu ver absolutamente relevante, para, digamos, uma certa abertura do Tribunal no sentido de participação de outros setores na discussão da matéria, cada vez mais essas legislações são uma de uma especificidade, de uma tecnicidade extraordinariamente complexa, batendo, inclusive, na baixa formação de todos nós no que diz respeito a setores específicos da economia.

Vem uma legislação sobre telecomunicações, por exemplo, fala-se em determinados tipos de situações das quais não sabemos rigorosamente nada; e temos o risco de discutirmos alguma

³³⁷ ADIN 2.223-7/DF, p. 827. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Acompanhamento processual*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/pesquisarProcesso.asp>>. Acesso em: 3 dez. 2012.

coisa em termos concretos, em termos de visão da extensão da legislação, que não conhecemos.

Pergunto, claramente nessa questão, inclusive, de resseguros: podemos ter a certeza absoluta do conhecimento da complexidade dos resseguros, ou algum de nós já ouviu falar do “Chá das Cinco”, do Lord de Londres, quando o Instituto de Resseguros do Brasil se submetia a tudo isso?

Está dito, aqui, no início, quando a lei foi votada, houve uma reação muito grande de setores mais conservadores do constitucionalismo brasileiro, onde se admitia que, em caso de necessidade de esclarecimento da matéria, ou circunstância de fato, ou de notória insuficiência das informações existentes nos autos, poderá o Relator requisitar informações adicionais.

Pergunto: se temos a possibilidade de ouvir um determinado representante de uma entidade com conhecimento específico da matéria, que nos anuncie e denuncie alguma coisa que não identificamos, exatamente o nosso não conhecimento sobre a matéria...

[...]

Quero lembrar o seguinte: somos os únicos da República, conforme dito várias vezes aqui, que podemos errar por último. Tenho muito medo de errar por último.³³⁸

A ênfase dos votos vencidos, conforme assinala Cassio Scarpinella Bueno, foi de que a sustentação oral pelo *amicus curiae* “enriqueceria o debate para os julgadores, sobretudo para aqueles que não tinham tido acesso aos autos”.³³⁹

Desde a decisão em Questão de Ordem nas ADIs 2.675/PE e 2.777/SP o Supremo Tribunal Federal passou a admitir a sustentação oral daqueles que foram admitidos como *amicus curiae*. Esta nova orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal ocasionou a alteração do Regimento Interno da Corte, que passou a admitir expressamente a possibilidade de sustentação oral pelo *amicus curiae*.³⁴⁰

³³⁸ ADIN 2.223-7/DF, p. 808/809. Acompanharam o voto do Min. Nelson Jobim, o Min. Celso de Mello e o Presidente, Min. Marco Aurélio. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Acompanhamento processual*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/pesquisarProcesso.asp>>. Acesso em: 3 dez. 2012.

³³⁹ BUENO, Cássio Scarpinella. op. cit., p. 181.

³⁴⁰ A Emenda Regimental n. 15, de 30 de março de 2004 acrescentou um novo §3º ao artigo 131 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, que passou a ter a seguinte redação: “§ 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.” Art. 132, §2º: “ Se houver litisconsortes não representados pelo mesmo advogado, o prazo, que se contará em dobro, será dividido igualmente entre os do mesmo grupo, se diversamente entre eles não se convencionar.” SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Regimento Interno atual*. Disponível em:

Ao comentar essa nova orientação do Supremo Tribunal Federal em admitir a sustentação oral pelo *amicus curiae*, Gilmar Mendes esclarece que essa medida possibilita que o procedimento da ação direta de inconstitucionalidade seja “subsidiado por novos argumentos e diferentes alternativas de interpretação da Constituição”.³⁴¹

Cassio Scarpinella Bueno ressalta que a sustentação oral pelo *amicus curiae* deve ser compreendida como um corolário da sua atuação, e para que, como última oportunidade processual possível, “possa ele levar a conhecimento de todos os Ministros votantes sua específica colaboração sobre a matéria, que, em última análise, justifica sua própria intervenção”.³⁴²

5.2.2 Ação Declaratória de Constitucionalidade

A Lei 9.868/99, a exemplo da disciplina legal destinada à ação direta de inconstitucionalidade, no seu art. 18, prescreveu que “não se admitirá intervenção de terceiros no processo de ação declaratória de constitucionalidade”. Percebe-se, nitidamente, que esse dispositivo equivale ao *caput* do art. 7º do mesmo diploma legal. A Lei 9.868/99 não traz, para a ação declaratória de constitucionalidade, no entanto, a possibilidade de intervenção do *amicus curiae*, como fez no §2º do art. 7º.

O dispositivo legal que permitia a presença do *amicus curiae* no processo constitucional da ação declaratória de constitucionalidade (com redação idêntica ao §2º do art. 7º) foi objeto de veto presidencial³⁴³.

No entanto, entendemos que a ausência de previsão legislativa expressa não constitui óbice para a participação do instituto do *amicus curiae* na ação declaratória de constitucionalidade.

<<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=legislacaoRegimentoInterno>>. Acesso em: 3 dez. 2012.

³⁴¹MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle abstrato de constitucionalidade: ADI, ADC e ADCO* – comentários à Lei 9.868/99, cit., p. 242.

³⁴²BUENO, Cássio Scarpinella. op. cit., p. 182.

³⁴³A redação do §2º do art. 18, objeto de veto presidencial era a seguinte: “O relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, poderá, por despacho irrecorrível, admitir, observado o prazo estabelecido no parágrafo anterior, a manifestação de outros órgãos ou entidades.”

A ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade são ações que se equivalem. Em razão da “*causa petenti aberta*”³⁴⁴ nas ações de controle concentrado de constitucionalidade, a procedência de uma equivale a improcedência da outra. São ações de “sinal trocado”, de *caráter dúplice*:

Além de sua semelhança estrutural (“sinal trocado”), cada uma das ações é de *caráter dúplice* (ambivalente). Podem resultar na decisão de inconstitucionalidade e também na declaração-confirmação de constitucionalidade. [...] a ADIn julgada improcedente não se limita a indeferir o pedido. Ao mesmo tempo, a ADC indeferida não se limita a negar a confirmação da inconstitucionalidade. Declara a inconstitucionalidade da norma. Com uma terminologia mais popular, ambas as ações funcionam como “facas de dois gumes”, tendo um resultado mais forte que a simples negação do pedido.³⁴⁵

Desta forma, o §2º do art. 7º da Lei 9.868/99 pode ser aplicado, de forma analógica, a permitir que no processamento da ação declaratória de constitucionalidade haja a intervenção do *amicus curiae*. Conforme assinalam Gilmar Mendes e Ives Gandra da Silva Martins “essa natureza idêntica recomenda a adoção de procedimentos assemelhados numa e noutra ação.”³⁴⁶

Conforme assinala Cassio Scarpinella Bueno, “a utilidade da intervenção do *amicus curiae* deriva muito mais do próprio sistema constitucional e de um novo paradigma de interpretação, compreensão e sistematização do direito, do que, propriamente, do texto (expresso) da lei.”³⁴⁷

A aplicação do instituto do *amicus curiae* no processo constitucional da ação declaratória de constitucionalidade decorre de uma interpretação sistemática da Lei 9.868/99. Desta forma, aplica-se à ADC as mesmas regras pertinentes à ADIn em relação a prazo para ingresso, momento processual de manifestação, sustentação oral e capacidade recursal.

³⁴⁴O Supremo Tribunal Federal não fica restrito aos argumentos apresentados na petição inicial para proceder o controle de constitucionalidade: “É interessante notar que, a despeito da necessidade legal da indicação dos fundamentos jurídicos na petição inicial, não está o STF a eles vinculado na apreciação que faz da constitucionalidade dos dispositivos questionados (*princípio da causa petendi aberta*). MENDES, Gilmar Ferreira; MARTINS, Ives Gandra da Silva. op. cit., p. 241.

³⁴⁵DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya. op. cit., p. 144.

³⁴⁶MENDES, Gilmar Ferreira; MARTINS, Ives Gandra da Silva. op. cit., p. 379.

³⁴⁷BUENO, Cássio Scarpinella. op. cit., p. 187.

5.2.3 Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental

A Lei 9.882/1999, que dispõe sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental não prevê, de forma expressa, a intervenção do *amicus curiae*. Conforme assinala Cassio Scarpinella Bueno, não há “naquele diploma legislativo, com efeito, regra similar à constante do § 2º do art. 7º da Lei 9.868/99, para a ação direta de inconstitucionalidade”.³⁴⁸

Cássio Scarpinella Bueno, contudo, não vê a ausência de previsão legal como óbice para a aplicação do instituto do *amicus curiae* no processamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental:

Considerando, contudo, que a arguição de descumprimento de preceito fundamental pode assumir feição de controle *abstrato* e *concentrado* de constitucionalidade e ter, por isso mesmo, efeitos *erga omnes* e efeitos vinculantes, não há como afastar a possibilidade de entidades de classe ou outros órgãos representativos de segmentos sociais pleitearem seu ingresso na qualidade de *amicus curiae*, fundamentando-se não só no art. 7º, §2º, da Lei nº 9.868/99, aplicável à espécie por evidente analogia, mas, superiormente, na ordem constitucional.³⁴⁹

A intervenção do *amicus curiae* seria possível, portanto, em razão da aplicação analógica da Lei 9.868/99 e, sobretudo, em razão à ordem constitucional que reclama uma pluralização do debate constitucional em sede de controle concentrado de constitucionalidade.

Anna Candida da Cunha Ferraz, no entanto, assinala que, ao contrário da disciplina legal da Lei 9.868/99, a Lei 9.882/99 não faz expressa vedação a intervenção de terceiros. Entende, ainda, que a participação do *amicus curiae* na arguição de descumprimento de preceito fundamental está autorizada pelo §2º do art. 6º³⁵⁰ deste diploma legal:

³⁴⁸ BUENO, Cássio Scarpinella. op. cit., p. 190.

³⁴⁹ Id. Ibid., p. 191.

³⁵⁰ Art. 6º: Apreciado o pedido de liminar, o relator solicitará as informações às autoridades responsáveis pela prática do ato questionado, no prazo de 10 (dez) dias.

§1º. Se entender necessário, poderá o relator ouvir as partes nos processos que ensejaram a arguição, requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou ainda, fixar data para declarações, em audiência pública, de pessoas com experiência e autoridade na matéria.

§2º Poderão ser autorizadas, a critério do relator, sustentação oral e juntada de memoriais, por requerimento dos interessados no processo.

A Lei nº. 8.882/99, que institui a ADPF, não faz referência à vedação da intervenção de terceiros no processo. Repete, no art. 6º, §1º, disposições da Lei nº. 9.868, autorizando a participação do *amicus curiae* mediante solicitação do relator para informações adicionais, designar peritos etc. Todavia, há nessa lei uma inovação, na medida em que no §2º do art. 6º estabelece que “poderão ser autorizadas, a critério do relator, sustentação oral e juntada de memoriais pelos interessados no processo”. Não parece errôneo afirmar que apenas a Lei 9.882 abre espaço para a participação do *amicus curiae* como pessoa física ou jurídica, mediante postulação própria e autorização do relator.³⁵¹

Gilmar Mendes, da mesma forma, entende que a Lei 9.882/99 admite o ingresso de interessados para que atuem como *amicus curiae* na arguição de descumprimento de preceito fundamental. Ressalta, ademais, que referido diploma legal não fez menção expressa à irrecorribilidade da decisão do relator que não admite o pedido de *amicus curiae*, não havendo, no entanto, posição uniforme entre os Ministros do Supremo Tribunal Federal.³⁵²

Cassio Scarpinella Bueno ressalta que, não obstante o entendimento doutrinário a favor, o Supremo Tribunal Federal já decidiu pela impossibilidade da intervenção do *amicus curiae* em arguição de descumprimento de preceito fundamental.³⁵³

Na ADPF 54, proposta pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde, que arguia a inconstitucionalidade da interrupção da gravidez de fetos com anencefalia, o seu relator, Ministro Marco Aurélio, indeferiu o ingresso da Confederação Nacional dos Bispos do Brasil (CNBB), e outras entidades, na qualidade de *amicus curiae*.³⁵⁴ Negou a aplicação, por analogia, do §2º do art. 7º da Lei 9.868/99 ao procedimento da arguição de descumprimento de preceito fundamental:

³⁵¹FERRAZ, Anna Candida da Cunha. O *amicus curiae* e a democratização e a legitimação da jurisdição constitucional, cit., p. 64.

³⁵²MENDES, Gilmar Ferreira. *Arguição de descumprimento de preceito fundamental*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 206.

³⁵³BUENO, Cássio Scarpinella. op. cit., p. 191.

³⁵⁴Entendemos que com o posicionamento do Min. Relator Marco Aurélio, de não admitir a intervenção de *amicus curiae* na ADPF 54, houve um grande desperdício para se promover um amplo debate constitucional acerca do objeto da ação. Embora as entidades que postulavam o ingresso na figura de *amicus curiae* tenham se manifestado através de pessoas físicas em audiência pública, nos parece inegável que a democratização da interpretação constitucional teria sido mais ampla se houvesse possibilidade de atuação no processo com memoriais e sustentação oral em julgamento.

[...] A Conferência Nacional dos Bispos do Brasil – CNBB – requer a intervenção no processo em referência, como *amicus curiae*, conforme preconiza o §1º do artigo 6º da Lei 9.882/99, e a juntada de procuração. Pede vista pelo prazo de cinco dias. 2. O pedido não se enquadra no texto legal evocado pela requerente. Seria dado versar sobre a aplicação, por analogia, da Lei nº. 9.868/99, que disciplina também processo objetivo – ação direta de inconstitucionalidade e ação declaratória de constitucionalidade. Todavia, a admissão de terceiros não implica o reconhecimento de direito subjetivo a tanto. Fica a critério do relator, caso entenda oportuno. Eis a inteligência do artigo 7º, §2º, da Lei 9.868/99, sob pena de tumulto processual. Tanto é assim que o ato do relator, situado no campo da prática de ofício, não é suscetível de impugnação na via recursal. Indefiro o pedido. [...].³⁵⁵

O próprio relator, Ministro Marco Aurélio, entretanto, decidiu convocar a CNBB e outras entidades que tiveram seu ingresso nos autos como *amicus curiae* negado, para que se manifestassem nos termos do §1º do art. 6º da Lei 9.882/99, em audiência pública.

Não nos parece, contudo, que este posicionamento de que não há possibilidade de *amicus curiae* na arguição de descumprimento fundamental, exarada na ADPF 54 pelo seu relator, seja a posição do Supremo Tribunal Federal como um todo. Em outras oportunidades a Corte admitiu a participação de terceiros interessados como *amicus curiae*.³⁵⁶

³⁵⁵ADPF 54, Relator Ministro Marco Aurélio. Decisão monocrática. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Acompanhamento processual*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/pesquisarProcesso.asp>>. Acesso em: 03 dez. 2012.

³⁵⁶A título de exemplo: ADPF 101/DF Relatora Ministra Cármen Lúcia, foram admitidos como *amicus curiae*: Pneus Hauer do Brasil Ltda, ABIP – Associação Brasileira da Indústria de Pneus Remoldados, Associação Nacional da indústria de Pneumático – ANIP, Pneuback Indústria e Comércio de Pneus Ltda, Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis – IBAMA, Tal Remoldagem de Pneus Ltda, Bs Colway Pneus Ltda, Conectas Direitos Humanos, Justiça Global, Associação de Proteção do Meio Ambiente e Cia Norte – APROMAC, ABR – Associação Brasileira do Segmento de Reforma de Pneus, Associação de Defesa da Concorrência Legal e dos Consumidores Brasileiros – ADCL, Líder Remoldagem e Comércio de Pneus Ltda, Ribor – Importação, Exportação, Comércio e Representações Ltda. ADPF 132, Relator Ministro Ayres Britto, foram admitidos como *amicus curiae*: Conectas Direitos Humanos, EDH – Escritório de Direitos Humanos do Estado de Minas Gerais, GGB – Grupo Gay da Bahia, ANIS – Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero, Grupo de Estudos em Direito Internacional da Universidade Federal de Minas Gerais – GEDI-UFMG, Centro de Referência de Gays, Lésbicas, Bissexuais, Travestis, Transexuais e Transgêneros do Estado de Minas Gerais – ASTRAV, Grupo Arco-íris de Conscientização Homossexual, Associação Brasileira de Gays, Lésbicas, Bissexuais, Travestis e Transexuais ABGLT, Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM, Sociedade Brasileira de Direito Público – SBDP, Associação de Incentivo à Educação e Saúde do Estado de São Paulo, Conferência Nacional dos Bispos do Brasil – CNBB, Associação Eduardo Banks. Id. Ibid.

A admissão de *amicus curiae* confere ao processo constitucional um colorido diferenciado, imprimindo-lhe um caráter pluralista e aberto.

Entre nós, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem sugerido a adoção de um modelo procedimental que ofereça alternativas e condições para permitir, de modo cada vez mais intenso, a interferências de uma pluralidade de sujeitos, argumentos e visões.

Em sede de processamento das arguições de descumprimento de preceito fundamental, o instituto vem sendo largamente utilizado.³⁵⁷

Assim como na ação direta de inconstitucionalidade e na ação declaratória de constitucionalidade, o *amicus curiae* constitui instrumento de grande relevo na arguição de descumprimento de preceito fundamental. Tem o condão de possibilitar uma interpretação aberta e plural da Constituição, possibilitando que “sejam levadas todas as informações relevantes espreiadas pela sociedade, que, consoante o caso, podem ser fundamentais para viabilizar que a nossa mais alta Corte compreenda adequadamente e assim possa decidir legitimamente o que está posto para julgamento.”³⁵⁸

5.2.4 Audiências Públicas

Ao lado da intervenção do *amicus curiae*, como instrumento de pluralização do debate constitucional no exercício da jurisdição constitucional de controle concentrado, está a audiência pública, prevista nos artigos 9º (ADIn) e 20 (ADC) da Lei 9.868/99 e 6º da Lei 9.882/99 (ADPF):

Lei 9.868/99, art. 9º: Vencidos os prazos do artigo anterior, o relator lançará o relatório, com cópia para todos os Ministros, e pedirá dia para julgamento.

§1º Em caso de necessidade de esclarecimento de matéria ou circunstância das informações existentes nos autos, poderá o relator requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre questão, ou fixar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e autoridade na matéria.

§2º [...]

³⁵⁷ MENDES, Gilmar Ferreira. *Arguição de descumprimento de preceito fundamental*, cit., p. 210.

³⁵⁸ BUENO, Cássio Scarpinella. op. cit., p. 200.

§3º As informações, perícias e audiências a que se referem os parágrafos anteriores serão realizadas no prazo de 30 (trinta) dias, contado da solicitação do relator.

Lei 9.868/99, art. 20º: Vencido o prazo do artigo anterior, o relator lançará o relatório, com cópia a todos os Ministros, e pedirá dia para julgamento.

§1º Em caso de necessidade de esclarecimento de matéria ou circunstância de fato ou de notória insuficiência das informações existentes nos autos, poderá o relator requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão ou fixar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e autoridade na matéria.

§2º [...]

§3º As informações, perícias e audiências a que se referem os parágrafos anteriores serão realizados no prazo de 30 (trinta) dias, contado da solicitação do relator.

Lei 9.882/99, art. 6º: Apreciado o pedido de liminar, o relator solicitará as informações às autoridades responsáveis pela prática do ato questionado, no prazo de 10 (dez) dias.

§1º: Se entender necessário, poderá o relator ouvir as partes nos processos que ensejaram a arguição, requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou ainda, fixar data para declarações, em audiência pública, de pessoas com experiência e autoridade na matéria.

§2º Poderá ser autorizada, a critério do relator, sustentação oral e juntada de memoriais, por requerimento dos interessados no processo.

A critério do relator, convencido da necessidade de esclarecimento de matéria ou circunstância de fato ou de notória insuficiência das informações existentes nos autos, poderá requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para emitir pareceres sobre a questão, ou ainda fixar data para, em audiência pública, ouvir depoimento de pessoas com experiência e autoridade na matéria objeto de análise da ação de controle concentrado.

A audiência pública, portanto, também contempla a figura do “amigo da corte”, no dizer de Anna Candida da Cunha Ferraz, “em sua feição original”³⁵⁹. Trata-se da participação de pessoa física chamada ao processo para auxiliar a Corte em esclarecimentos sobre fatos ou questões de direito. A oitiva dessas

³⁵⁹FERRAZ, Anna Candida da Cunha. O *amicus curiae* e a democratização e a legitimação da jurisdição constitucional, cit., p. 63. Conferir item 5.1 do presente trabalho.

pessoas não se confunde com a atuação de peritos. Não atuam como peritos do júízo, mas como “amigos da corte”.

Conforme esclarece Gilmar Ferreira Mendes, “as audiências públicas têm propiciado importantes subsídios para o julgamento de complexas e relevantes questões submetidas ao Supremo Tribunal Federal no processo de controle concentrado”.³⁶⁰ De fato, muitas vezes a Corte depara-se com julgamentos que, a par de questões jurídicas, estão envoltas com outras ciências, que não são de domínio técnico dos Ministros do Supremo Tribunal Federal. A presença dos *amici* em audiências públicas tem sido de extrema importância, na medida em que proporciona verdadeiro debate constitucional em sede de controle de constitucionalidade, proporcionando aos membros do Supremo Tribunal Federal elementos para a formação de sua convicção pessoal para o julgamento da ação.

Por ocasião do processamento da ADI 3.510, Relator Min. Carlos Britto, foi realizada em 20 de abril de 2007 a primeira audiência pública. Tratava-se de ação de controle concentrado proposta pelo então Procurador Geral da República, que contestava a constitucionalidade do art. 5º da Lei 11.105/2005, Lei de Biossegurança. Nessa oportunidade, participaram diversas pessoas e entidades que levaram à Corte considerações de ordem técnica, científica, econômica e de saúde pública. “Os dados coligidos na audiência pública foram amplamente utilizados no voto proferido pelo Relator e referidos no debate judicial que se desenvolveu sobre o tema”.³⁶¹

Gilmar Ferreira Mendes esclarece que, em razão de ausência de disciplina legal ou regimental, as regras básicas para a realização das audiências públicas ficavam a cargo do Relator da ADI, da ADC ou ADPF. Em 18 de fevereiro de 2009 foi publicada Emenda Regimental nº 29 que estabeleceu regras para o procedimento de audiências públicas no Supremo Tribunal Federal. Referida Emenda Regimental possibilitou a utilização de audiências públicas não somente em processos de índole objetiva (ADI, ADC e ADPF), mas também nos processos subjetivos de repercussão:

³⁶⁰ MENDES, Gilmar Ferreira. *Arguição de descumprimento de preceito fundamental*, cit., p. 217.

³⁶¹ Id., loc. cit.

Art. 154. Serão públicas as audiências:

[...]

II – para instrução de processo, salvo motivo relevante.

III – para ouvir o depoimento das pessoas de que tratam os arts. 13, inciso XVII, e 21, inciso XVII, deste Regimento.

Parágrafo único. A audiência prevista no inciso III observará o seguinte procedimento:

I – o despacho que a convocar será amplamente divulgado e fixará prazo para a indicação das pessoas a serem ouvidas;

II – havendo defensores e opositores relativamente à matéria objeto da audiência, será garantida a participação das diversas correntes de opinião;

III – caberá ao Ministro que presidir a audiência pública selecionar as pessoas que serão ouvidas, divulgar a lista dos habilitados, determinando a ordem dos trabalhos e fixando o tempo que cada um disporá para se manifestar;

IV – o depoente deverá limitar-se ao tema ou questão em debate;

V – a audiência pública será transmitida pela TV Justiça e pela Rádio Justiça;

VI – os trabalhos da audiência pública serão registrados e juntados aos autos do processo, quando for o caso, ou arquivados no âmbito da Presidência;

VII – os casos omissos serão resolvidos pelo Ministro que convocar a audiência.

Art. 155. O Ministro que presidir a audiência deliberará sobre o que lhe for requerido.

§ 1º Respeitada a prerrogativa dos advogados, nenhum dos presentes se dirigirá ao presidente da audiência, a não ser de pé e com sua licença.

§ 2º O secretário da audiência fará constar em ata o que nela ocorrer.³⁶²

A audiência pública, justamente por poder agregar diversos setores da sociedade, com diferentes visões e conhecimentos de áreas distintas, transforma-se em instrumento de informação dos juízes constitucionais. “Não há dúvida de que a participação de diferentes grupos em processos judiciais de

³⁶²Regimento interno do Supremo Tribunal Federal. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Regimento Interno atual*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=legislacaoRegimentoInterno>>. Acesso em: 03 dez. 2012.

grande significado para toda a sociedade cumpre uma função de integração extremamente relevante no Estado de Direito.”³⁶³

³⁶³VALE, André Rufino do; MENDES, Gilmar Ferreira. O pensamento de Peter Häberle na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. *Direito Público*, Brasília, ano 5, n. 28, p. 76, jul./ago. 2009.

6 O *AMICUS CURIAE* E A RECENTE JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

6.1 Pesquisa com células tronco embrionárias – ADI 3.510/DF

Em 30 de maio de 2005 o então Procurador Geral da República, Dr. Cláudio Fonteles, ajuizou perante o Supremo Tribunal Federal Ação Direta de Inconstitucionalidade contestando a constitucionalidade do artigo 5º e seus parágrafos, da Lei 11.105 de 24 de março de 2005. A lei questionada permitia que embriões que haviam sido fertilizados artificialmente *in vitro*, em decorrência de tratamento de infertilidade, fossem utilizados para pesquisa e terapia. Recebida, referida ação direta foi autuada sob o número 3.510.

A questão envolvia questões estranhas à ciência do direito, como questões científicas da genética, provocando grande repercussão na comunidade científica, a favor e contra. O Supremo Tribunal Federal contou como aliados para o julgamento da referida ação direta de inconstitucionalidade *amici curiae* que requereram o ingresso nos autos e manifestaram-se por memoriais, sustentando oralmente perante os Ministros e 23 especialistas no assunto, ouvidos em audiência pública, nos termos do §1º do artigo 9º da Lei 9.868/1999.

6.2 A Alegação de Inconstitucionalidade da Lei 11.105/2005

Os dispositivos impugnados tinham o seguinte teor:

Art. 5º: É permitida, para fins de pesquisa e terapia, a utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização *in vitro* e não utilizados no respectivo procedimento, atendidas as seguintes condições:

I – sejam embriões inviáveis; ou

II – sejam embriões congelados há 3 (três) anos ou mais, na data de publicação desta Lei, ou que, já congelados na data da

publicação desta Lei, depois de completarem 3 (três) anos, contados a partir da data de congelamento.

§ 1º Em qualquer caso, é necessário o consentimento dos genitores.

§ 2º Instituições de pesquisa e serviços de saúde que realizem pesquisas ou terapia com células-tronco embrionárias humanas deverão submeter seus projetos à apreciação e aprovação dos respectivos comitês de ética e pesquisa.

§3 É vedada a comercialização do material biológico a que se refere este artigo e sua prática implica o crime tipificado no art. 15 da Lei nº. 9.434, de 4 de fevereiro de 1997.

A inicial alegou afronta ao *caput* do art. 5º, “inviolabilidade do direito à vida”; e ao inciso III do art. 3º, “dignidade da pessoa humana” como fundamento da República Federativa do Brasil, ambos da Constituição Federal.

A tese da inconstitucionalidade apontada pela inicial partiu do pressuposto de que a vida inicia-se na e a partir da fecundação. A destruição de embriões, ainda que para pesquisa e terapia, configuraria, portanto, destruição da própria vida. Embasou seus argumentos em estudos e pareceres de especialistas da área:

O embrião é ser humano na fase inicial de sua vida. É um ser humano em virtude de sua constituição genética específica própria e de ser gerado por um casal humano através de gametas humanos – espermatozoide e óvulo. **Compreende a fase de desenvolvimento que vai desde a concepção, com a formação do zigoto na união dos gametas, até completar a oitava semana de vida.** Desde o primeiro momento de sua existência esse novo ser já tem determinado as suas características pessoais fundamentais como sexo, grupo sanguíneo, cor de pele e dos olhos, etc. É o agente do seu próprio desenvolvimento, coordenado de acordo com o seu próprio código genético.

O cientista Jérôme Lejeune, professor da universidade de René Descartes, em Paris, que dedicou toda a sua vida ao estudo da genética fundamental, descobridor da Síndrome de Down (mongolismo), nos diz: **“Não quero repetir o óbvio, mas, na verdade, a vida começa na fecundação.** Quando os 23 cromossomos masculinos se encontram com os 23 cromossomos da mulher, todos os dados genéticos que definem o novo ser humano estão presentes. **A fecundação é o marco do início da vida.** Daí para frente, qualquer método artificial para destruí-la é um assassinato”.³⁶⁴

³⁶⁴ ADI 3510/DF, Rel. Min. Ayres Britto, petição inicial. Referência à lição de Dermival da Silva Brandão, especialista em Ginecologia e Membro Emérito da Academia Fluminense de Medicina. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Acompanhamento processual*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/pesquisarProcesso.asp>>. Acesso em: 03 dez. 2012.

Com base em pareceres científicos, fez a distinção entre “células-tronco embrionárias” e “células-tronco adultas”:

As células-tronco embrionárias são aquelas provenientes da massa celular interna do embrião (blastocisto). São chamadas de células-tronco embrionárias humanas porque provêm do embrião e porque são células-mães do ser humano. Para se usar estas células, que constituem a massa interna do blastocisto, é destruído o embrião.

As células-tronco adultas são aquelas encontradas em todos os órgãos e em maior quantidade na medula óssea (tutano do osso) e no cordão umbilical-placenta. No tutano dos ossos tem-se a produção de milhões de células por dia, que substituem as que morrem diariamente no sangue.³⁶⁵

O Procurador Geral da República sustentou, ainda, não haver necessidade de utilização de células-tronco embrionárias para pesquisa, tendo em vista a utilização de células-tronco adultas serem mais seguras e promissoras. Requereu realização de audiência pública, indicando nome de especialistas para serem ouvidos.

A ação direta de inconstitucionalidade suscitava questões que, embora fossem próprias de outras ciências que não a jurídica, deveriam ser enfrentadas pelo Supremo Tribunal Federal.

6.3 Os *Amici Curiae*

Foram admitidos como *amici curiae* as seguintes entidades da sociedade civil: Conectas Direitos Humanos; Centro de Direitos Humanos – CDH; Movimento em Prol da Vida – MOVITAE; Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero – ANIS, e a Confederação Nacional dos Bispos do Brasil – CNBB. “Entidades de saliente representatividade social e por isso mesmo postadas como subjetivação dos princípios constitucionais do pluralismo genericamente cultural (preâmbulo da Constituição) e especificamente político (inciso V do art.

³⁶⁵ ADI 3510/DF, Rel. Min. Ayres Britto petição inicial. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Acompanhamento processual*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/pesquisarProcesso.asp>>. Acesso em: 03 dez. 2012.

1º da nossa Lei Maior),”³⁶⁶ conforme salientado pelo Ministro Relator Carlos Ayres Britto.

A Confederação Nacional dos Bispos do Brasil – CNBB ingressou nos autos como *amicus curiae* pugnando pela procedência da ação direta de inconstitucionalidade, aderindo aos argumentos apresentados pela Procuradoria Geral da República.

Os *amici curiae* Conectas Direitos Humanos e Centro de Direitos Humanos – CDH apresentaram memorial, com os seguintes argumentos: i) Somente as células totipotentes têm capacidade para gerar todos os tipos de tecidos e órgãos de um ser humano, e não são encontradas em células-tronco adultas, tão somente em células-tronco embrionárias. ii) Nem o início da vida sob o prisma científico, nem o início da proteção jurídica do direito à vida são pacíficos, do ponto de vista da ciência ou do direito. “Neste sentido, correntes científicas das mais respeitadas afirmam que, dadas as técnicas de reprodução assistidas desenvolvidas, a vida se inicia com a atividade cerebral ou, quando muito, com a implantação do blastócito no útero materno”.³⁶⁷ iii) A Lei de Biossegurança, Lei 11.105/2005, dispõe apenas de embriões não implantados no útero, em estágio anterior à vida intra-uterina, que jamais serão implantados, vez que inviáveis. iv) Os embriões excedentes de clínicas de fertilização podem ter quatro destinos: a – congelamento por tempo indeterminado; b – adoção, com as barreiras de necessidade de autorização dos doadores do material genético para a implantação em útero feminino, e localização de adotantes em número suficiente para todos os embriões congelados; c – destruição dos embriões; d – utilização destes embriões para pesquisa e terapia, para cura de doenças graves. Argumentaram que, de todas as alternativas, as três primeiras não preservam o direito a vida, tão pouco à defesa da dignidade humana. “A destruição de embriões, da mesma forma que não preserva o “direito à vida”, atenta contra a dignidade de todos aqueles potenciais pacientes a uma melhor qualidade de vida e ao direito de toda a humanidade que sejam erradicados

³⁶⁶Relatório do Min. Carlos Britto. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Acompanhamento processual*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/pesquisarProcesso.asp>>. Acesso em: 03 dez. 2012.

³⁶⁷Memorial apresentado por Conectas Direitos Humanos e Centro de Direitos Humanos – CDH, p. 12. Id. Ibid.

alguns tipos de doenças”.³⁶⁸ Requereram, ao final, a improcedência da ação direta de inconstitucionalidade, e a realização de audiência pública.

O *amicus curiae* MOVITAE – Movimento em Prol da Vida em memorial³⁶⁹ esclareceu que a fertilização *in vitro* constitui em método de reprodução assistida a casais inférteis. Os embriões excedentes são congelados. A pesquisa com células-tronco embrionárias ganha relevo em razão dessas serem “totipotentes” ou “pluripontes”, com potencial superior para pesquisas e terapias em relação às células-tronco adultas.

Sobre o início da vida, sob o ponto de vista teórico existem várias posições sustentadas:

Sem nenhuma pretensão de exaustividade, é possível enunciar algumas posições que têm sido defendidas no plano teórico, segundo as quais a vida humana se inicia: (i) com a fecundação; (ii) com a nidação; (iii) quando o feto passa a ter capacidade de existir sem a mãe (entre 24^a e 26^a semanas de gestação); (iv) quando da *formação do sistema nervoso central* (SNC). Há até mesmo quem defenda que a vida humana se inicia quando passam a existir *indicadores morais*. Não há necessidade nem conveniência de se prosseguir na enumeração das diferentes perspectivas debatidas no campo da bioética. O ponto que se pretende aqui demonstrar é o da existência do que a filosofia moderna denomina de *desacordo moral razoável*.³⁷⁰

Salientou, ainda, que, embora a Lei 11.105/2005 autorizasse pesquisas com células-tronco embrionárias, vedou linhas de pesquisas de atuação eticamente condenadas pela comunidade científica, como clonagem humana, comercialização de material genético, utilização de embriões viáveis, e fertilização *in vitro* com finalidade de pesquisa.

Negou afronta ao direito à vida. De acordo com o direito brasileiro é com o nascimento com vida que surge a pessoa humana. São resguardados os direitos do nascituro, cujo nascimento se espera como fato certo. À ideia de nascituro está intrínseco o desenvolvimento em útero materno. “O embrião resultante de

³⁶⁸ Memorial apresentado, por Conectas Direitos Humanos e Centro de Direitos Humanos – CDH, p. 120. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Acompanhamento processual*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/pesquisarProcesso.asp>>. Acesso em: 03 dez. 2012.

³⁶⁹ Memorial apresentado, por MOVITAE – Movimento em Prol da Vida. Id. Ibid.

³⁷⁰ BARROSO, Luis Roberto. *O novo direito constitucional brasileiro*. 1. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 403.

fertilização *in vitro*, sem haver sido transferido para o útero materno, não é nem pessoa nem nascituro”.³⁷¹

A equiparação do embrião a um ser humano não seria compatível com o direito brasileiro antes mesmo da edição da Lei de Biossegurança:

A equiparação do embrião a um ser humano, em sua totalidade corporal e espiritual, não é compatível com o direito brasileiro que já se encontrava em vigor antes mesmo da Lei de Biossegurança. A Lei de Transplante de Órgãos, por exemplo, somente autoriza o procedimento respectivo após o diagnóstico de morte encefálica, momento a partir do qual cessa a atividade nervosa. Se a vida humana se extingue, para a legislação vigente, quando o sistema nervoso para de funcionar, o início da vida teria lugar apenas quando este se formasse, ou, pelo menos, começasse a se formar. E isso ocorre por volta do 14º dia após a fecundação, com a formação da chamada “placa neural”. Essa foi também a posição adotada pelo Tribunal Constitucional Federal alemão.³⁷²

Este *amicus curiae* sustentou, ainda que a adesão à tese de inconstitucionalidade da pesquisa com células-tronco embrionárias “implicaria também negar a possibilidade da própria fertilização *in vitro*, a não ser que se sustentasse a necessidade de que todos os embriões fecundados fossem implantados, o que não é possível”.³⁷³

O Relator, Min. Carlos Britto, convencido “de que a matéria centralmente versada nesta ação direta de inconstitucionalidade é de tal relevância social que passa a dizer respeito a toda a humanidade”, determinou a realização de audiência pública, nos termos do §1º do art. 9º da Lei 9.868/99. Foram ouvidas 22 “das mais acatadas autoridades científicas brasileiras”.^{374 375}

³⁷¹ BARROSO, Luis Roberto. *O novo direito constitucional brasileiro*. op. cit., p. 407.

³⁷² Id. *Ibid.*, p. 408.

³⁷³ Id. *Ibid.*, p. 411.

³⁷⁴ ADI 3.510/DF, Relatório do Min. Ayres Britto, p. 146. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Acompanhamento processual*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/pesquisarProcesso.asp>>. Acesso em: 03 dez. 2012.

³⁷⁵ Foi a primeira audiência pública realizada no Supremo Tribunal Federal.

6.4 O Julgamento

Em seu relatório o Ministro relator, após a oitiva de todas as vertentes em audiência pública, e manifestação por memoriais dos interessados, identificou duas correntes de opiniões.

A primeira corrente não reconhece às células-tronco embrionárias superioridade, ao menos para fins de pesquisa de terapia, em relação às células-tronco adultas. Para essa corrente há nítida coincidência entre concepção e início da personalidade, “pouco importando o processo em que tal concepção ocorra: se artificial ou *in vitro*, se natural ou *in vida*.”³⁷⁶ Em uma síntese, esta posição, defendida na inicial da ação direta de inconstitucionalidade entende que “a ideia do zigoto ou óvulo feminino já fecundado como simples embrião de uma pessoa humana é reducionista, porque o certo mesmo é vê-lo como um ser humano embrionário. Uma pessoa no seu estágio de embrião, portanto, e não um embrião a caminho de ser pessoa”.³⁷⁷

A segunda posição, contrapondo-se à primeira, considera as células-tronco embrionárias mais versáteis para se transformar em todos, ou quase todos os tecidos humanos. Não considera a concepção, como início da vida, dissociado do útero materno. Na compreensão do Min. Relator, essa posição pode ser resumida da seguinte forma:

Bloco de pensamento que não padece de dores morais ou de incômodos de consciência, porque, para ele, o embrião *in vitro* é uma realidade do mundo do ser, algo vivo, sim, que se põe como o lógico início da vida humana, mas nem em tudo e por tudo igual ao embrião que irrompe e evolui nas entranhas de uma mulher. Sendo que mesmo a evolução desse último tipo de embrião ou zigoto para o estado de feto somente alcança a dimensão das incipientes características físicas e neurais da pessoa humana com a meticulosa colaboração do útero e do tempo. Não no instante puro e simples da concepção, abruptamente, mas por uma engenhosa metamorfose ou *laboriosa parceria* do embrião, do útero e do correr dos dias. O útero passando a liderar todo o complexo processo de gradual

³⁷⁶ ADI 3.510/DF Relatório do Min. Ayres Britto, p. 148. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Acompanhamento processual*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/pesquisarProcesso.asp>>. Acesso em: 03 dez. 2012.

³⁷⁷ ADI 3.510/DF Relatório do Min. Ayres Britto, p. 148. Id. Ibid.

conformação de uma nova individualidade antropomórfica, com seus desdobramentos ético-espirituais; valendo-se ele, útero feminino (é a leitura que faço nas entrelinhas das explanações em foco), de sua tão mais antiga quanto insondável experiência afetivo-racional com o cérebro da gestante.³⁷⁸

Ocuparam a tribuna do Supremo Tribunal Federal para sustentar oralmente em nome do *amicus curiae* Confederação Nacional dos Bispos do Brasil – CNBB, Ives Gandra da Silva Martins, pugnando pela procedência da ação direta; pelos *amici curiae* Conectas Direitos Humanos e Centro de Direitos Humanos – CDH, Oscar Vilhena Vieira e, pelos *amici curiae* Movimento em Prol da Vida – MOVITAE e ANIS – Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero, Luis Roberto Barroso, sustentando a constitucionalidade do artigo 5º da Lei 11.105/2005.

O julgamento foi cindido em duas partes. A primeira sessão ocorreu em 05 de março de 2008, quando foi lido o relatório e as sustentações foram realizadas. Nessa oportunidade o relator Ministro Carlos Ayres Britto prolatou seu voto, e a Ministra Ellen Gracie adiantou o seu. Em razão do pedido de vista formulado pelo Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, o julgamento foi retomado em 28 de maio, encerrando-se no dia seguinte, dia 29. Embora a ação direta de inconstitucionalidade tenha sido julgada improcedente, conforme salienta Luis Roberto Barroso, foram três as linhas de voto dos ministros do Supremo Tribunal Federal.³⁷⁹

A corrente majoritária foi liderada pelo voto do Ministro relator, Carlos Ayres Britto, seguidos pelos Ministros Cármen Lúcia, Joaquim Barbosa, Ellen Gracie, Marco Aurélio e Celso de Mello, em que a ação direta de inconstitucionalidade foi julgada totalmente improcedente. O voto do relator pode ser pontuado nos seguintes tópicos: a) as pesquisas com células-tronco embrionárias e células-tronco adultas não se excluem, mas se complementam; b) o bem jurídico vida, protegido constitucionalmente, refere-se à pessoa nativiva; c) não há obrigação de implantação dos óvulos excedentes do procedimento de fertilização *in vitro*, em razão dos princípios da paternidade

³⁷⁸ ADI 3.510/DF, Relatório do Min. Carlos Britto, p. 150. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Acompanhamento processual*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/pesquisarProcesso.asp>>. Acesso em: 03 dez. 2012.

³⁷⁹ BARROSO, Luis Roberto. *O novo direito constitucional brasileiro*, cit., p. 417.

responsável e do planejamento familiar; d) direitos à livre expressão científica (art. 5º, IX) e à saúde (art. 188, §4º); o reconhecimento, pela lei ordinária, Lei 9.434/97 do fim da vida pela morte encefálica, e o fato de que os embriões, objeto da Lei 11.105/05 serem incapazes de vida encefálica.

O relator destacou que as pesquisas com células-tronco embrionárias e adultas não se excluem, mas se complementam. “Não cabe ao Supremo Tribunal Federal decidir sobre qual das duas formas de pesquisa básica é a mais promissora: pesquisa com células-tronco adultas e aquela incidente sobre células-tronco embrionárias”.³⁸⁰

Destacou ainda o ministro relator que a Constituição não diz expressamente quando começa a vida humana. Mas o bem jurídico vida, protegido constitucionalmente, refere-se à pessoa nativa:

Falo “pessoas físicas ou naturais”, devo explicar, para abranger tão somente aquelas que sobrevivem ao parto feminino e por isso mesmo contempladas com o atributo a que o art. 2º do Código Civil Brasileiro chama de “personalidade civil”, *literis*: “A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”. Donde a interpretação de que é preciso vida pós-parto para o ganho de uma personalidade perante o Direito (teoria “natalista”, portanto, em oposição às teorias da “personalidade condicional” e da “concepcionista”).

[...]

Avanço no raciocínio para assentar que essa reserva de personalidade civil ou biográfica para o *nativivo* em nada se contrapõe aos comandos da Constituição. É que a nossa Magna Carta **não diz quando começa a vida humana**. Não dispõe sobre nenhuma das Formas de vida humana pré-natal. Quando fala da “dignidade da pessoa humana” (inciso III do art. 1º), é da pessoa humana naquele sentido ao mesmo tempo notarial, biográfico, moral e espiritual (o Estado é confessionalmente leigo, sem dúvida, mas há referência textual à figura de Deus no preâmbulo dela mesma, Constituição).

[...]

Numa primeira síntese, então, é de se concluir que a Constituição Federal não faz de todo e qualquer estágio da vida humana um automatizado bem jurídico, **mas da vida que já é própria de uma concreta pessoa, porque nativa e, nessa condição, dotada de compostura física ou natural**.

³⁸⁰ ADI 3.510/DF, Ementa do Acórdão, p. 2. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Acompanhamento processual*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/pesquisarProcesso.asp>>. Acesso em: 03 dez. 2012.

Reconhece que o embrião é o início da vida humana, mas não se confunde com a pessoa humana. O direito infraconstitucional protege de modo variado as etapas do desenvolvimento biológico do ser humano. O embrião pré-implantado é um bem jurídico a ser protegido, no entanto, não na concepção de pessoa, no sentido constitucional.

Não estou a ajuizar senão isto: a potencialidade de algo para se tornar pessoa humana já é meritória o bastante para acobertá-lo, infraconstitucionalmente, contra tentativas esdrúxulas, levianas ou frívolas de se obstar sua natural continuidade fisiológica. Mas as três realidades não se confundem: o embrião é o embrião, o feto é o feto e a pessoa humana é a pessoa humana. **Esta não se antecipa à metamorfose dos outros dois organismos. É o produto final dessa metamorfose.**

[...]

Retomo a tarefa de dissecar a lei para deixar ainda mais explicitado que os embriões a que ela se refere são aqueles derivados de uma fertilização que se obtém **sem o conúbio ou acasalamento humano. Fora da relação sexual.** Do lado externo do corpo da mulher, então, e do lado de dentro de provetas ou tubos de ensaio. “Fertilização *in vitro*”, tanto na expressão vocabular do diploma legal quanto das ciências médicas e biológicas, no curso de procedimentos de procriação humana assistida. Numa frase, concepção artificial ou em laboratório, **ainda numa quadra em que deixam de coincidir os fenômenos da fecundação de um determinado óvulo e a respectiva gravidez humana.** A primeira, já existente (a fecundação), mas não a segunda (a gravidez). Logo, particularizado caso de um embrião que, além de produzido sem cópula humana, não se faz acompanhar de uma concreta gestação feminina. Onde a proposição de que, **se toda gestação humana principia com um embrião igualmente humano, nem todo embrião humano desencadeia uma gestação igualmente humana.** Situação em que também **deixam de coincidir concepção e nascituro**, pelo menos enquanto o ovócito (óvulo já fecundado) não for introduzido no colo do útero feminino.

[...]

Pelo que não se cuida de interromper gravidez humana, pois assim com nenhuma mulher se acha “mais ou menos grávida” (a gravidez é radical, no sentido de que, ou já é fato consumado, ou dela não se pode cogitar), também assim nenhum espécime feminino engravida à distância. Por controle remoto: o embrião do lado de lá do corpo, em tubo de ensaio ou coisa que o valha, e a gravidez do lado de cá da mulher. Com o que deixa de haver o pressuposto de incidência das normas penais criminalizadoras

do aborto (até por que positivadas em época (1940) muito anterior às teorias e técnicas de fertilização humana *in vitro*).³⁸¹

Entendeu, ainda, o relator que a fecundação artificial, fora do corpo feminino, portanto, enquanto não implantado o embrião no útero materno, esse não tem a possibilidade de se desenvolver ao ponto de nascer, tornando-se uma pessoa. Ao contrário:

[...] na gélida solidão do confinamento *in vitro*, o que se tem é um quadro geneticamente contido do embrião, ou, pior ainda, um processo que tende a ser estacionário-degenerativo, se considerada uma das possibilidades biológicas com que a própria lei trabalhou: o risco da gradativa perda da capacidade reprodutiva e quiçá da potipotência do embrião que ultrapassa um certo período de congelamento (congelamento que se faz entre três e cinco dias da fecundação).³⁸²

Em seu voto, o ministro Carlos Ayres Britto questionou a base constitucional para que casais buscassem técnica de reprodução assistida, incluindo-se a fertilização *in vitro*. Entendeu que a resposta a essa indagação é positiva e encontra fundamento nos princípios da planejamento familiar e da paternidade responsável, consagrados no §7º do art. 226 da Constituição Federal.³⁸³ Sendo legítimo o recurso da fertilização *in vitro*, não há obrigação de implantação de todos os embriões fecundados em laboratório:

Recolocando a ideia, planejamento familiar que se traduza em paternidade familiar responsável é, entre outras coisas, a projeção de uma prole em número compatível com as efetiva possibilidades matérias e disponibilidades físico-amorosas dos pais.

[...]

Despontando claro que se trata de paradigma perfeitamente rimado com a tese de que não se pode compelir nenhum casal ao pleno aproveitamento de todos os embriões sobejantes (“excedentários”) dos respectivos propósitos reprodutivos. Até porque tal aproveitamento, à revelia do casal, seria extremamente perigoso para a vida da mulher que passasse

³⁸¹ ADI 3.510/DF. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Acompanhamento processual*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/pesquisarProcesso.asp>>. Acesso em: 03 dez. 2012.

³⁸² Id. *Ibid*.

³⁸³ Art. 226, §7º: “Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas”.

pela desdita de uma compulsiva nidação de grande número de embriões (a gestante a ter que aceitar verdadeira ninhada de filhos de uma só vez). Imposição, além do mais, que implicaria tratar o gênero feminino por modo desumano ou degradante, em compasso ao direito fundamental que se lê no inciso II do art. 5º da Constituição, *literis*: “ninguém será submetido à tortura nem a tratamento desumano ou degradante”. Sem meias palavras, tal nidação compulsória corresponderia a impor às mulheres a tirania patriarcal de ter que gerar filhos para os seus maridos ou companheiros, na contramão do notável avanço cultural que se contém na máxima de que “o grau de civilização de um povo se mede pelo grau de liberdade da mulher” (Charles Fourier).³⁸⁴

Não havendo o dever legal de implantação no útero dos embriões excedentários, o melhor destino a esses embriões, frutos de uma fertilização *in vitro*, é o das pesquisas e terapias:

[...] se não existe, enfim, o dever legal do casal quanto a esse cabal aproveitamento genérico, então as alternativas que restavam à Lei de Biossegurança eram somente estas: a primeira, condenar os embriões à perpetuidade da *pena de prisão* em congelados tubos de ensaio; a segunda, deixar que os estabelecimentos médicos de procriação assistida prosseguissem em sua faina de jogar no lixo tudo quanto fosse embrião não-requestado para o fim de procriação humana; a terceira opção estaria, exatamente, na autorização que fez o art. 5º da Lei.³⁸⁵

O relator ponderou, ainda, que a legislação ordinária, Lei 9.434/97 já havia fixado como término da vida a morte encefálica. Os embriões excedentes, congelados, objeto da norma jurídica impugnada pela ação direta de inconstitucionalidade são insuscetíveis de vida encefálica:

[...] se à lei ordinária é permitido fazer coincidir a morte encefálica com a cessação da vida de uma dada pessoa humana; se já está assim positivamente regrado que a morte encefálica é o preciso ponto terminal da personalizada existência humana, a justificar a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo ainda fisicamente pulsante para fins de transplante, pesquisa e tratamento; se, enfim, o embrião humano a que se reporta o art. 5º da Lei de Biossegurança constitui-se num ente absolutamente incapaz de qualquer resquício de vida encefálica, **então a afirmação de incompatibilidade deste último diploma legal com a constituição é de ser plena e**

³⁸⁴ ADI 3.510/DF. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Acompanhamento processual*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/pesquisarProcesso.asp>>. Acesso em: 03 dez. 2012.

³⁸⁵ Id. *Ibid.*

prontamente rechaçada. É afirmativa inteiramente órfã de suporte jurídico-positivo, sem embargo da inquestionável pureza de propósitos e da franca honestidade intelectual dos que a fazem.³⁸⁶

Em seu voto, o min. Relator consignou que a Constituição Federal garante o direito à livre expressão da atividade científica³⁸⁷ e à saúde³⁸⁸. O destino que a Lei de Biossegurança reservou aos embriões congelados e inviáveis serve não somente à pesquisa, mas também ao direito constitucional à saúde, de inúmeras pessoas que padecem de doenças cujo tratamento dependem da esperança em uma pesquisa científica:

“Era do conhecimento”, ajunte-se, em benefício da saúde humana e contra eventuais tramas do acaso e até dos golpes da própria natureza, num contexto de solidária, compassiva ou fraternal legalidade que, longe de traduzir desprezo ou desrespeito aos congelados embriões *in vitro*, significa apreço e reverência a criaturas humanas que sofrem e se desesperam nas ânsias de um infortúnio que muitas vezes lhes parece maior que a ciência dos homens e a própria vontade de Deus. Donde a lancinante pergunta que fez uma garotinha brasileira de três anos, paraplégica, segundo relato da geneticista Mayana Zatz: - *porque não abrem um buraco em minhas costas e põem dentro dele uma pilha, uma bateria, para que eu possa andar como as minhas bonecas?*

[...]

Ou, por outra, devolver à plenitude da vida pessoas que tanto sonham *com pilhas nas costas* não seria abrir para elas a fascinante experiência de um novo parto? Um heterodoxo parto pelos heterodoxos caminhos de uma célula-tronco embrionária que a Lei de Biossegurança pôs à disposição da Ciência? Disponibilizando para ela, Ciência, o que talvez seja o produto de sua mais requintada criação para fins humanitários e num contexto familiar de legítimo não aproveitamento de embriões *in vitro*? Situação em que se possibilita ao próprio embrião cumprir sua destinação de servir à espécie humana? Senão pela forja de uma vida *estalando de nova* (porque não mais possível), mas pela alternativa estrada do conferir sentido a milhões de vidas preexistentes? Pugnando pela subtração de todas elas às tenazes de uma morte muitas vezes tão iminente quanto não-natural? Morte não natural que é, por definição, a mais radical

³⁸⁶ ADI 3.510/DF. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Acompanhamento processual*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/pesquisarProcesso.asp>>. Acesso em: 03 dez. 2012.

³⁸⁷ Art. 5º, IX: “é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação”.

³⁸⁸ Art. 199, §4º: “A lei disporá sobre as condições e os requisitos que facilitem a remoção de órgãos, tecidos e substâncias humanas para fins de transplante, pesquisa e tratamento, bem como a coleta, processamento e transfusão de sangue e seus derivados, sendo vetado todo tipo de comercialização.

contraposição da vida? Essa vida de alguém-túmulo que bem pode ser uma dança, uma festa, uma celebração?³⁸⁹

A segunda linha de votos foi inaugurada pelo voto do Ministro Carlos Alberto Menezes de Direito, acompanhado pelos Ministros Enrique Ricardo Lewandowski e Eros Roberto Grau³⁹⁰. Segundo essa corrente, a pesquisa com células-tronco embrionárias somente é possível do ponto de vista constitucional se não houver destruição dos embriões congelados a que se refere a Lei 11.105/05. Conforme esclarece Luis Roberto Barroso, como, “no estado da arte atual, não é possível desenvolver pesquisas com células-tronco embrionárias sem a destruição do embrião, essa posição significava, em última análise, a não admissão das pesquisas”³⁹¹.

O voto do Ministro Carlos Alberto Menezes de Direito foi no sentido de considerar o próprio embrião como ente dotado de vida:

A pessoa (do art. 2º do Código Civil) é tão somente uma sombra na caverna das legislações. O ser que se projeta é que merece a atenção do jurista. É de se perguntar se o mutismo e a surdez da sombra, se a sua forma distorcida, é que definirão o tratamento a ser dado à realidade. Na verdade, o direito à vida tem extensão abrangente, que enlaça a dignidade da pessoa humana, justificando-a. O embrião é vida, vida humana. Uma vida que se caracteriza pelo movimento de seu próprio e autônomo desenvolvimento, representado nas suas seguidas divisões, nas suas clivagens.

O embrião já traz em si toda a carga genética do futuro ser que originará. E mais: traz em si o próprio patrimônio genético da humanidade, toda a sua potencialidade e toda a sua diversidade, sem a qual nenhum homem teria chegado até aqui hoje, pelo que sua destruição é muito mais até que a interrupção de uma vida; é o descarte da diversidade, da nossa própria origem, da base que nos sustenta como espécie.³⁹²

De acordo com o seu raciocínio, sendo o embrião vida humana, a sua destruição comporta em afronta à proteção constitucional. Assinalou, ainda, que

³⁸⁹ ADI 3.510/DF. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Acompanhamento processual*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/pesquisarProcesso.asp>>. Acesso em: 03 dez. 2012.

³⁹⁰ O Ministro Eros Roberto Grau em seu voto declarou a constitucionalidade do artigo 5º e parágrafos, da Lei 11.105/05, estabelecendo, no entanto, termos aditivos: a não destruição dos embriões congelados.

³⁹¹ BARROSO, Luis Roberto. *O novo direito constitucional brasileiro*, cit., p. 417.

³⁹² ADI 3.510/DF. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Acompanhamento processual*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/pesquisarProcesso.asp>>. Acesso em: 03 dez. 2012.

o Pacto de São José da Costa Rica, Declaração Interamericana de Direitos Humanos, do qual o Brasil é signatário, consagra o direito à vida desde a sua concepção.

De fato, só permanece vivo aquele que o é. Ora, se o embrião, como se viu, é vida, e vida humana, a decorrência lógica é que a Constituição o protege.

Não há termos inúteis na Constituição. Estatuída a inviolabilidade do direito à vida, fica claro que o constituinte dos oitenta pretendeu evitar o aviltamento desse direito fundamental.

[...]

É preciso assinalar que o Pacto de San José da Costa Rica, tratado ao qual o Brasil aderiu e que tem fundamentado diversas decisões desta Suprema Corte, simplesmente garantiu, desde 1969, a proteção da vida desde a concepção (art. 4º, 1).

Uma vez esclarecido que o embrião está protegido pela garantia prevista na Constituição, há que se determinar em seguida se todo o texto do art. 5º da Lei nº. 11.105/05 encobre uma violação da vida do embrião e, portanto, da norma constitucional que assegura a inviolabilidade do direito à vida. Vale dizer, há que se verificar se todas as formas de obtenção de células-tronco embrionárias atentam contra a vida do embrião.³⁹³

Julgou procedente em parte a ação direta de inconstitucionalidade, em parte, nos seguintes termos:

1– no **caput** do art. 5º, declarar parcialmente a inconstitucionalidade sem redução de texto, para que seja entendido que as células-tronco embrionárias sejam obtidas sem a destruição do embrião, e as pesquisas devidamente aprovadas e fiscalizadas pelo Ministério da Saúde, com a participação de especialistas de diversas áreas do conhecimento, entendendo-se as expressões “pesquisa e terapia” como pesquisa básica voltada para o estudo dos processos de diferenciação celular e pesquisa com fins terapêuticos;

2– ainda no **caput** do art. 5º, declarar parcialmente a inconstitucionalidade, sem redução de texto, para que a fertilização **in vitro** seja entendida como modalidade terapêutica para cura da infertilidade do casal, devendo ser empregada para fins reprodutivos na ausência de outras técnicas, proibida a seleção de sexo ou de características genéticas, realizada a fertilização de um máximo de quatro óvulos por ciclo e igual limite na transferência, com proibição de redução embrionária, vedado o descarte de embriões, independentemente de sua viabilidade, morfologia ou qualquer outro critério de classificação,

³⁹³ ADI 3.510/DF. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Acompanhamento processual*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/pesquisarProcesso.asp>>. Acesso em: 03 dez. 2012.

tudo devidamente submetido ao controle e a fiscalização do Ministério da Saúde.

3- No inciso I, declarar parcialmente a inconstitucionalidade, sem redução de texto, para que a expressão “embriões inviáveis” seja considerada como referente àqueles insubsistentes por si mesmos, assim, os que comprovadamente, de acordo com as normas técnicas estabelecidas pelo Ministério da Saúde, com a participação de especialistas em diversas áreas do conhecimento, tiveram seu desenvolvimento interrompido por ausência espontânea de clivagem após período no mínimo superior a vinte e quatro horas, não havendo, com relação a estes, restrição quanto ao método de obtenção das células-tronco;

4- no inciso II, declarar a inconstitucionalidade, sem redução de texto, para que sejam considerados os embriões congelados há 3 (três) anos ou mais, na data da publicação da Lei 11.105/2005, ou que, já congelados na data da publicação da Lei 11.105/2005, depois de completarem 3 (três) anos de congelamento, dos quais, com consentimento, informado prévio e expresso dos genitores, por escrito, somente poderão ser retiradas células-tronco por método que não cause a sua destruição.

5. no §1º, declarar parcialmente a inconstitucionalidade, sem redução de texto, para que seja entendido que o consentimento é um consentimento informado prévio e expresso, por escrito, dos genitores; e

6. no §2º, declarar a inconstitucionalidade, sem redução de texto, para que seja entendido que as instituições de pesquisa e serviços de saúde que realizem pesquisa ou terapia com células-tronco embrionárias humanas deverão submeter previamente seus projetos também à aprovação do Ministério da Saúde, presente o crime do art. 24 da Lei nº. 11.105/05 na autorização para a utilização de embriões em desacordo com o que estabelece a lei, nos termos da interpretação acolhida neste voto.

Por fim, torna-se necessário examinar a aplicação do art. 27 da Lei 9.868/99, que autoriza a modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade. É que já estão em curso diversas pesquisas com células-tronco já obtidas por pesquisadores brasileiros. Para preservar o andamento dessas pesquisas, entendo necessário modular os efeitos da declaração parcial de inconstitucionalidade a partir da data deste julgamento.³⁹⁴

Essa segunda linha de voto, muito embora não tenha proibido as pesquisas com células-tronco embrionárias, na prática, ao condicionar as pesquisas a não destruição dos embriões, inviabilizou as pesquisas.

³⁹⁴ ADI 3.510/DF. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Acompanhamento processual*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/pesquisarProcesso.asp>>. Acesso em: 03 dez. 2012.

A terceira linha de votos foi defendida pelos Ministros Cezar Peluso e Gilmar Ferreira Mendes. Conforme esclarece Luis Roberto Barroso, ambos em seus votos declararam a constitucionalidade da Lei 11.105/2005 mediante uma interpretação conforme a Constituição, conforme se depreende do voto do Ministro Gilmar Ferreira Mendes:

Assim, julgo improcedente a ação, para declarar a constitucionalidade do art. 5º, seus incisos e parágrafos, da Lei nº 11.105/2005, desde que seja interpretado no sentido de que a permissão da pesquisa e terapia com células-tronco embrionárias, obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização *in vitro*, deve ser condicionada à prévia autorização e aprovação do comitê (órgão) Central de Ética e Pesquisa, vinculado ao Ministério da Saúde.³⁹⁵

Portanto, por maioria de votos, a Lei 11.105/2005, Lei de Biossegurança, foi declarada constitucional, permitindo as pesquisas com células-tronco embrionárias, sem qualquer limitação aos termos da lei.

Dada a complexidade da matéria, envolvendo diversos setores do conhecimento, a presença dos *amici curiae* foi de fundamental importância. Atuaram como verdadeiros instrumentos de pluralização do debate constitucional. É perceptível que as três linhas de voto apresentadas pelos Ministros encontraram nas manifestações dos *amici curiae* elementos para fundamentação de seus posicionamentos. É possível afirmar que a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição, conforme idealizado por Peter Häberle, esteve presente no julgamento dessa ação direta de inconstitucionalidade. Independentemente do mérito da ação, houve amplo debate constitucional pela sociedade através da figura do *amicus curiae*.

³⁹⁵ ADI 3.510/DF. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Acompanhamento processual*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/pesquisarProcesso.asp>>. Acesso em: 03 dez. 2012.

CONCLUSÃO

É possível concluir, em um primeiro momento, que o Constitucionalismo moderno, surgido no fim do século XVIII a partir das revoluções americanas e francesa, não se desenvolveu da mesma maneira nos Estados Unidos e no continente Europeu. Em terras norte americanas o controle judicial de constitucionalidade proporcionou a garantia da supremacia das normas constitucionais. Na Europa, o apego à ideia de que a lei era a expressão máxima da vontade popular, impediu que o constitucionalismo europeu se desenvolvesse da mesma forma que nos Estados Unidos da América.

Somente no início do século XX o continente europeu conheceu o controle concentrado de constitucionalidade das leis e atos normativos. A “sacralização” da lei, como expressão da vontade popular, levou ao Estado de Direito Legislativo. A Constituição era concebida como um estatuto do Estado, ficando a cargo dos códigos legislativos a regulamentação da sociedade em geral.

Desta forma, é possível verificar que a rigidez da Constituição e a sua supremacia em face das demais normas jurídicas não depende tão somente de uma declaração no texto constitucional, mas de um efetivo mecanismo de controle de constitucionalidade de leis e atos normativos.

Após a segunda guerra mundial, no entanto, percebe-se uma modificação no constitucionalismo. As Constituições passam a ter um conteúdo voltado para a proteção da dignidade do ser humano. A Constituição passa a ser onipresente, pois não há no ordenamento jurídico um aspecto que não tenha a incidência do conteúdo normativo da Constituição. Os direitos fundamentais passam a exprimir a carga normativa de valores e princípios consagrados constitucionalmente. A constitucionalidade das leis está condicionada não somente aos aspectos formais das normas constitucionais, mas também em relação ao conteúdo axiológico da Constituição.

Conclui-se, portanto, que este atual estágio do constitucionalismo – independentemente da nomenclatura que se adote: *neoconstitucionalismo*, *novo constitucionalismo* ou *constitucionalismo contemporâneo* – proporciona papel de

destaque e relevância para a interpretação constitucional e para o controle de constitucionalidade.

A interpretação constitucional ganha relevo na medida que a Constituição passa a ter um conteúdo normativo aberto, vez que é composto não somente por regras, mas por princípios, valores expressos e representados pelos direitos fundamentais. A interpretação constitucional deve ser realizada sempre no sentido de efetivação destes direitos fundamentais.

Controle de constitucionalidade e interpretação constitucional são tarefas correlatas, portanto. Só é possível analisar a constitucionalidade de leis e atos normativos a partir do momento em que se fixar o exato sentido dos valores e princípios consagrados no texto constitucional.

Neste ponto ganha relevo a tese da sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: em uma sociedade aberta, pluralista e democrática, todos realizam a interpretação da Constituição. Um rol fechado de intérpretes constitucionais, excluindo do processo hermenêutico a sociedade e a opinião pública como um todo, é prática típica de sociedades fechadas, não se coadunando com o princípio democrático.

A interpretação constitucional, ou seja, o controle de constitucionalidade, deve ser realizado a partir de uma legitimidade democrática de seus intérpretes, no contexto de uma sociedade aberta e plural.

O Estudo da evolução do controle de constitucionalidade no sistema jurídico nacional demonstra que a Constituição Federal de 1988 proporciona uma predominância do regime concentrado de constitucionalidade sobre o sistema difuso.

No controle difuso incidental a legitimação, sob o ponto de vista democrático de uma sociedade aberta e plural, é inerente. Qualquer cidadão interessado em defender interesse subjetivo pode levar ao Poder Jurisdicional a sua interpretação da Constituição, demonstrando a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo.

Historicamente, no entanto, a autorização para propositura do controle concentrado de constitucionalidade é para um rol restrito de pessoas. A Constituição Federal de 1988 proporcionou, de certo ponto, uma democratização

no acesso ao controle concentrado de constitucionalidade. Quebrou o monopólio do Procurador Geral da República, elencando no artigo 103 da Constituição Federal outros setores da sociedade no rol de legitimados para a propositura das ações de controle concentrado de constitucionalidade.

A abertura democrática, realizada pela Carta Constitucional de 1988, ao acesso para a propositura das ações de controle concentrado é incontestável. Não é suficiente, no entanto, para configurar uma participação plural e aberta na interpretação constitucional no exercício do controle de constitucionalidade. Não obstante constar no rol do artigo 103 da Constituição a legitimidade para propositura das ações de controle concentrado confederações sindicais e entidades de classe de âmbito nacional, o Supremo Tribunal Federal tem limitado a atuação destes setores da sociedade em razão de um posicionamento restritivo. Entendemos que esta atividade de restringir a compreensão de entidades de classe e confederações sindicais, limitando o acesso à jurisdição constitucional não encontra respaldo em uma sociedade plural e aberta.

A abertura realizada pelo rol do artigo 103 da Constituição Federal, portanto, não é suficiente para garantir, no exercício do controle concentrado de constitucionalidade uma interpretação plural e aberta da Constituição.

O Tribunal Constitucional é o espaço público adequado para o debate aberto e plural das questões constitucionais. A sociedade plural, heterogênea, própria de uma democracia, não pode ser ignorada e deve participar deste debate.

A palavra final acerca da interpretação constitucional, determinando a constitucionalidade - ou não - da lei ou do ato normativo cabe ao Tribunal Constitucional. O Supremo Tribunal Federal não está condicionado à interpretação realizada pela opinião pública e pela sociedade em geral. À Corte Constitucional cabe a última palavra acerca do sentido da Constituição. Esta última palavra, entretanto, somente será legítima do ponto de vista democrático, se os setores da sociedade civil participarem do debate constitucional, possibilitando uma interpretação plural. Quanto mais heterogênea a sociedade, mais aberto e plural deve ser o debate constitucional.

Concluimos que o instrumento adequado para a pluralização do debate constitucional em sede de controle concentrado de constitucionalidade é o *amicus curiae*. Entendemos que a sua natureza, no que diz respeito ao controle concentrado de constitucionalidade – objeto do presente trabalho -, é de instrumento de pluralização do debate constitucional.

A figura do *amicus curiae* não se confunde com os institutos de intervenção de terceiro, disciplinadas pelo direito processual civil brasileiro, uma vez que o fator comum entre todas essas intervenções é a defesa de direito subjetivo, próprio. O controle concentrado de constitucionalidade configura processo objetivo: há ausência de partes, de litígio.

É possível concluir que o objetivo do legislador ao editar as Leis 9.868/1999 e 9.882/1999 e ao disciplinar a possibilidade de intervenção do *amicus curiae* nas ações direta de inconstitucionalidade, declaratória de constitucionalidade e arguição de descumprimento de preceito fundamental, foi de possibilitar uma pluralização do debate constitucional.

A pesquisa realizada demonstrou que os *amici* têm atuado como verdadeiros “amigos da causa”. A sua atuação tem sido marcada pelo posicionamento acerca do mérito da ação de controle concentrado de constitucionalidade. Sua atuação não se limita apenas e tão somente em levar ao conhecimento da Corte Constitucional elementos até então desconhecidos. Posicionam-se quanto a constitucionalidade ou não do ato normativo impugnado, assemelhando-se aos *litigant amici*. Ainda assim atuam como colaboradores da Corte, na medida em que, ao pluralizar o debate, proporcionam aos membros do Supremo Tribunal Federal a oportunidade de ponderação sob diversas interpretações acerca do tema constitucional objeto da ação.

Por esta razão entendemos que somente o despacho que admite o ingresso do *amicus curiae* seja irrecorrível. O despacho do relator que não admiti-lo deve ser passível de impugnação por meio do agravo regimental. Não somente em razão do princípio de que todas as decisões monocráticas devem ser passíveis de impugnação para apreciação do colegiado, mas, sobretudo, porque o *amicus curiae* não deve ser compreendido como um *amigo do relator*, e sim de todo o colegiado. A ausência de *amicus curiae* prejudica o debate

constitucional em assuntos cuja decisão de mérito os membros do Supremo Tribunal Federal deverão, necessariamente transitar por outros ramos da ciência para proferir a decisão de mérito. Certamente a presença destes “amigos da corte” facilitaria o entendimento dos ministros sobre o assunto versado. Exemplo vivo desta situação é a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 54, cujo objeto disse respeito à constitucionalidade de interrupção da gestação em casos de feto com anencefalia. Entendemos que a decisão do ministro relator, Marco Aurélio, em não admitir *amicus curiae* no processo prejudicou o debate constitucional. Esta situação foi minorada em razão da realização de audiência pública, para ouvir especialistas no assunto, inclusive representantes de entidades que pleitearam ingresso na qualidade de *amicus curiae*. Não houve, entretanto, a possibilidade de manifestação por escrito, através de memoriais, tão pouco de sustentação oral por ocasião do julgamento.

Não obstante o Supremo Tribunal Federal tenha resistido inicialmente na questão de sustentação oral por parte dos *amici*, a questão hoje é pacificada, mediante previsão regimental da Corte. Evidencia, no nosso entendimento, que o Supremo Tribunal Federal considera, de fato, que a função do *amicus curiae* é de pluralizar o debate, levar ao conhecimento dos ministros uma diversidade de argumentos e visões da interpretação da Constituição. Isto só é possível se lhes for garantida a manifestação por memoriais e mediante sustentação oral na tribuna do Supremo Tribunal Federal.

A convocação de pessoas com experiência e autoridade sobre a matéria objeto de controle concentrado de constitucionalidade, para serem ouvidas em audiência pública, configura intervenção de *amigo da causa* por provocação do relator do processo. Não é o caso de intervenção espontânea, mas provocada pelo próprio tribunal. Abre-se, nesta situação, a possibilidade da presença de pessoas físicas como *amicus curiae* em audiência pública.

A ação direta de inconstitucionalidade nº. 3.510/DF, cujo objeto era a constitucionalidade de pesquisas científicas com células-tronco embrionárias evidencia a atuação do *amicus curiae* e a sua contribuição para a democratização da interpretação constitucional.

Restou, evidenciado pelo estudo do caso, que através das manifestações dos *amici*, em memoriais, juntada de documentos, sustentação oral, e

manifestações e esclarecimentos em audiência pública os ministros do Supremo Tribunal Federal puderam marcar posicionamento a respeito da matéria.

Pela análise da decisão é possível concluir que não somente a linha de voto majoritária baseou sua fundamentação em argumentos fornecidos pela comunidade científica que participou nos autos na qualidade de *amicus curiae*. A segunda linha de votos – Ministros Carlos Alberto Menezes de Direito, Enrique Ricardo Lexandowski e Eros Roberto Grau – também se valeu de dados e argumentos apresentados pelos *amici*.

É possível concluir que, independente do resultado de mérito, no processamento e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade 3.510/DF houve uma pluralização do debate constitucional. Houve, na nossa opinião, uma democratização da interpretação constitucional em razão da participação dos *amici*, através de seus memoriais, argumentos apresentados na tribuna por ocasião do julgamento e pelos esclarecimentos em audiência pública.

É possível concluir, por fim, que o *amicus curiae* confere um colorido aos processos de controle concentrado de constitucionalidade, possibilitando uma diversidade de argumentos e visões acerca da interpretação constitucional, possibilitando o exercício da jurisdição constitucional sob a ótica de uma sociedade aberta e plural.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Ed., 2008.

BARBOSA, Rui. *Atos inconstitucionais*. 2. ed. Campinas: Russell, 2004.

BARROSO, Luis Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção de um novo modelo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. *O novo direito constitucional brasileiro*. 1. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

BAZAN, Victor. El *amicus curiae* en clave de derecho comparado y su reciente impulso en el derecho argentino. *Cuestiones Constitucionales: revista mexicana de derecho constitucional*, n. 12, ene/jun. 2005. Disponível em: <<http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/cconst/cont/12/ard/ard2.htm>>. Acesso em: 24 jan. 2013.

BISCH, Isabel da Cunha. *O amicus curiae, as tradições jurídicas e o controle de constitucionalidade: um estudo comparado à luz das experiências americana, europeia e brasileira*. 1. ed. Porto Alegre: Livr. do Advogado, 2010.

BOTELHO, Marcos Cezar. Democracia e jurisdição: a legitimação constitucional na democracia procedimental de Jürgen Habermas. *Direito Público*, Brasília, ano 5, n. 19, p. 218-233, jan./fev. 2008.

_____. *A legitimidade da jurisdição constitucional no pensamento de Jürgen Habermas*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Vale quanto pode: a força jurídica da Constituição como pressuposto elementar do constitucionalismo atual. *Direito Público*, Brasília, ano 4, n. 14, p. 20-36, out./dez. 2006.

_____; MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BUENO, Cássio Scarpinella. *Amicus curiae no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BUENO FILHO, Edgard Silveira. *Amicus curiae: a democratização do debate nos processos de controle da constitucionalidade*. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, n. 14, jan. 2002. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 29 jan. 2013.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação constitucional*. 2. ed. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2003.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

CONVENÇÃO EUROPEIA DOS DIREITOS DO HOMEM. Disponível em: <http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/7510566B-AE54-44B9-A163-912EF12B8BA4/0/Convention_POR.pdf> Acesso em: 24 jan. 2013.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Reglamento*. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr/reglamento.cfm>>. Acesso em: 25 jan. 2013.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Controle de constitucionalidade: teoria e prática*. 1. ed. Salvador: JusPODIVM, 2006.

_____. *Curso de direito constitucional*. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2009.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *A Constituição na vida dos povos: da idade média ao século XXI*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. *Elementos de teoria geral do Estado*. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

DANTAS, Luís Rodolfo de Souza. Hermenêutica constitucional e transponibilidade das cláusulas pétreas. In: BOUCALUT, Carlos E. de Abreu; RODRIGUEZ, José Rodrigo (Orgs.). *Hermenêutica plural*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

DAVID, René. *O direito inglês*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

DEL PRÁ, Carlos Gustavo Rodrigues. *Amicus curiae: instrumento de participação democrática e de aperfeiçoamento da prestação jurisdicional*. 1. ed. (2007), 1. reimp. Curitiba: Juruá, 2011.

DIDIER JR, Fredie. *Curso de direito processual civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento*. 11. ed. Salvador: JusPODIVM, 2009. v. 1.

DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya. *Curso de processo constitucional*. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

_____; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. 1. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2008.

FERRAJOLI, Luigi. *Passado y futuro del Estado de derecho*. In: CARBONEL, Miguel (Org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. 4. ed. Madrid: Trotta, 2009.

FERRAZ, Anna Candida da Cunha. *O acesso à justiça e sua projeção no controle de constitucionalidade*. *Revista Acadêmica Direitos Fundamentais*, UNIFIEO, ano 1, n. 1, p. 51-74, 2007.

_____. *O amicus curiae e a democratização e a legitimação da jurisdição constitucional*. *Revista Mestrado em Direito*, Osasco, v. 9, 2008.

_____. *Aspectos da positivação dos direitos fundamentais na Constituição de 1988*. In: FERRAZ, Anna Candida da Cunha; BITTAR, Eduardo C. B. (Orgs.). *Direitos humanos fundamentais: positivação e concretização*. Osasco: Edifio, 2006.

_____. *Processos informais de mudança da Constituição*. São Paulo: Max Limonad, 1986.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 38. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

HAMILTON, Alexander. *The Federalist Papers*, n. 78. The Judiciary Department. Disponível em: <<http://www.foundingfathers.info/federalistpapers>>. Acesso em: 15 nov. 2012.

HELAL, João Paulo Castiglioni. *Controle da constitucionalidade: teoria e evolução*. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2006.

JUCÁ, Danielle Nascimento. *Do Estado liberal ao Estado democrático de direito: um enfoque nas Constituições brasileiras*. In: MATIAS, João Luis Nogueira (Org.). *Neoconstitucionalismo e direitos fundamentais*. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional*. Trad. Alexandre Krug. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____. *Teoria geral do direito e do Estado*. Trad. Luís Carlos Borges. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

LASSALE, Ferdinand. *O que é uma Constituição*. 2. ed. Campinas: Minelli, 2005.

LEAL, Mônica Clarissa Hennig. Jurisdição constitucional aberta: a abertura constitucional como pressuposto de intervenção do *amicus curiae* no direito brasileiro. *Direito Público*, Brasília, ano 10, n. 21, p. 27-49, maio/jun. 2008.

LEAL, Roger Stiefelmann. *O efeito vinculante na jurisdição constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2006.

LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. 2. ed. Barcelona: Ariel, 1979.

MARTY, Meirelle Delmas. *Por um direito comum*. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

MATTOS, Ana Letícia Queiroga de. O *amicus curiae* e a democratização do controle de constitucionalidade. *Direito Público*, Brasília, ano 3, n. 9, p. 116-121, jul./set. 2005.

_____. *Amicus curiae: hermenêutica e jurisdição constitucional*. 1. ed. Belo Horizonte: Arraes, 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Arguição de descumprimento de preceito fundamental*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. *Controle abstrato de constitucionalidade: ADI, ADC e ADCO – comentários à Lei 9.868/99*. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. Os direitos fundamentais e seus múltiplos significados na ordem constitucional. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, n. 10, jan. 2002. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 11 dez. 2010.

_____. Novos aspectos do controle de constitucionalidade brasileiro. *Direito Público*, Brasília, ano 5, n. 27, p. 7-45, maio/jun. 2009.

_____. A representação interventiva. *Direito Público*, Brasília, ano 3, n. 9, p. 5-32, jul./set. 2005.

MENDES, Gilmar Ferreira; MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Controle concentrado de constitucionalidade: comentários à Lei n. 9.868, de 10-11-1999*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

MORAES, Alexandre de. Jurisdição constitucional: breves notas comparativas sobre a estrutura do Supremo Tribunal Federal e a Corte Suprema Norte-Americana. *Revista de Direito Mackenzie*, São Paulo, ano 2, n. 2, 2001.

MORAES, Guilherme Peña de. *Justiça constitucional: limites e possibilidades da atividade normativa dos tribunais constitucionais*. São Paulo: Atlas, 2012.

POPPER, Karl. *A sociedade aberta e seus inimigos*. Trad. Milton Amado. 3. ed. Belo Horizonte: Itatiaia, 1998.

PRIETO SANCHÍS, Luis. Neoconstitucionalismo y ponderación judicial. In: CARBONEL, Miguel (Org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. 4. ed. Madrid: Trotta, 2009.

RAMOS, Elival da Silva. *Controle de constitucionalidade no Brasil: perspectivas de evolução*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

REALE, Giovanni; ANTISERI, Dario. *História da filosofia*. 4. ed. São Paulo: Paulus, 1991.

SILVA, Christine Oliveira Peter da. Como se lê a Constituição: abordagem metodológica da interpretação constitucional. *Direito Público*, Brasília, ano 1, n. 6, p. 136-154, out./dez. 2004.

_____; GONTIJO, André Pires. O *amicus curiae* no processo constitucional: o papel do “Amigo da Corte” na construção do *Decison-Making* no âmbito da Suprema Corte dos Estados Unidos. *Direito Público*, Brasília, ano 5, n. 21, p. 7-26, maio/jun. 2008.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 33. ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2010.

SILVA, Luiz Fernando Martins da. *Amicus curiae, política e ação afirmativa*. Disponível em: <http://www.achegas.net/numero/vinteequatro/l_fernando_24.htm>.

SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha. *Constituições do Brasil*. 1. ed. Porto Alegre: Sagra Luzzatto, 2002.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Acompanhamento processual*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/pesquisarProcesso.asp>>. Acesso em: 3 dez. 2012.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *ADI - 1988 a 2012*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=adi>>. Acesso em: 3 dez. 2012.

_____. *Inteiro teor de Acórdãos*. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/pesquisarInteiroTeor.asp>>. Acesso em: 3 dez. 2012.

_____. *Pesquisa de jurisprudência*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 3 dez. 2012.

_____. *Regimento Interno atual*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=legislacaoRegimentoInterno>>. Acesso em: 3 dez. 2012.

TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

TEMER, Michel. *Elementos de direito constitucional*. 22. ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2008.

VALE, André Rufino do. Aspectos do neoconstitucionalismo. *Direito Público*, Brasília, ano 4, n. 14, p. 136-147, out./dez. 2006.

_____; MENDES, Gilmar Ferreira. O pensamento de Peter Häberle na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. *Direito Público*, Brasília, ano 5, n. 28, p. 71-94, jul./ago. 2009.