



**UNIVERSIDADE CATÓLICA DO SALVADOR
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**

MARCUS VINICIUS LOPES PEREIRA

**A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA ATUAÇÃO DO CIDADÃO COMO *AMICUS
CURIAE* NO CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE**

Salvador

2024

MARCUS VINICIUS LOPES PEREIRA

**A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA ATUAÇÃO DO CIDADÃO COMO *AMICUS
CURIAE* NO CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Católica do Salvador (UCSAL), na área de concentração Alteridade e Direitos Fundamentais, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Alexandre Douglas Zaidan de Carvalho

Salvador
2024

Dados de Catalogação da Publicação (CIP)
Ficha Catalográfica. UCSal. Biblioteca Dom Geraldo Majella Agnelo

P436 Pereira, Marcus Vinicius Lopes

A In(constitucionalidade) da atuação do cidadão como *amicus curiae* no controle concentrado de constitucionalidade / Marcus Vinicius Lopes Pereira. – Salvador, 2024.

174 f.

Dissertação (Mestrado) – Universidade Católica do Salvador. Pró-Reitoria de Pesquisa e Pós-Graduação. Mestrado em Direitos Fundamentais e Alteridade.

Orientador: Prof. Dr. Alexandre Douglas Zaidan de Carvalho.

1. Direito constitucional. 2. Jurisdição constitucional. 3. Controle concentrado de constitucionalidade. 4. Cidadão como *amicus curiae*. I. Carvalho, Alexandre Douglas Zaidan de – Orientador II. Universidade Católica do Salvador. Pró-Reitoria de Pesquisa e Pós-Graduação III. Título.

CDU: 342.7

TERMO DE APROVAÇÃO

MARCUS VINICIUS LOPES PEREIRA

A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA ATUAÇÃO DO CIDADÃO COMO *AMICUS CURIAE* NO CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE

Dissertação apresentada como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre em Direito, Programa de pós-graduação da Faculdade de Direito da Universidade Católica do Salvador,

Salvador, 28 de fevereiro de 2024.

Banca examinadora:

Alexandre Douglas Zaidan de Carvalho - (orientador)



Doutor em Direito, Estado e Constituição pela Universidade de Brasília (UnB); Mestre em Direito Constitucional pela Faculdade de Direito do Recife (UFPE).

Thais Novaes Cavalcanti:



Doutora em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP); Mestre em Direito do Estado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP); Master em Teologia pela Pontifícia Università Lateranense de Roma, Itália.

Gabriel Dias Marques da Cruz



Doutor em Direito do Estado pela Universidade de São Paulo (USP); Mestre em Direito do Estado pela Universidade de São Paulo (USP).

AGRADECIMENTOS

Agradeço ao meu pai, por ser o meu maior exemplo de disciplina, dedicação e compromisso e por me ensinar que uma das coisas mais importantes da vida é estudar e crescer profissionalmente.

À minha mãe, por sempre acreditar em mim, no meu potencial, me motivar a realizar todos os meus sonhos e a enfrentar todos os desafios do porvir, por mais difíceis que sejam.

Ao meu irmão, pelo eterno companheirismo e parceria de vida.

À minha mulher, por estar sempre ao meu lado, apoiando-me em tudo, todos os dias, e por nunca me deixar esmorecer frente às dificuldades e adversidades da vida.

À minha filha, Cecília, por me apresentar o maior e mais puro amor que existe no mundo. Tudo isso é por vocês.

Agradeço, também, a todos aqueles que participaram direta ou indiretamente desta conquista, aos professores, amigos e colegas de curso e da vida.

“A Constituição ainda é um local próprio para ouvir o outro – *altera pares audiat*”.

(Canotilho, 2003, p.1452).

PEREIRA, Marcus V. L. **In(constitucionalidade) da atuação do cidadão como *amicus curiae* no controle concentrado de constitucionalidade.** 174 f. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade Católica do Salvador, Salvador, 2024.

RESUMO

A presente pesquisa tem por objetivo analisar a constitucionalidade da participação do cidadão como *amicus curiae* no processo de controle concentrado de constitucionalidade, como um instrumento processual em busca da redução do déficit de legitimidade democrática das decisões do STF, assim como uma variação relevante do princípio da cidadania e soberania popular. A partir do estudo da acessibilidade ao controle concentrado de constitucionalidade e da sua evolução ao longo do tempo, observa-se o comportamento conservador da Suprema Corte brasileira no que concerne à ampliação da participação social na alta cúpula do Judiciário que, historicamente atrelada a um sistema fechado, contribui para o questionamento social de inúmeras decisões proferidas pelo Tribunal. Destarte, busca-se compreender as possíveis contribuições da doutrina de escol, em âmbito nacional e estrangeiro, sob o viés do modelo de sociedade aberta, e em que medida pode ser manejada a figura constitucional do *amicus curiae*, a fim de promover um maior grau de legitimidade às decisões do STF. Em seguida, apoia-se na doutrina do constitucionalismo popular e do novo constitucionalismo latino-americano, em especial das características inerentes a este último movimento constitucional, como o pluralismo social e a ação pública de constitucionalidade na Colômbia, em que se almeja um Estado com maior participação cidadã e a ressignificação do papel dos governantes, alçando o povo ao seu lugar de soberania, a fim de traçar as balizas constitucionais que sustentem a ampliação da participação do cidadão no processo constitucional. A metodologia utilizada se deu através do método lógico-dedutivo, bem como mediante pesquisa bibliográfica e normativa, por meio de revisão documental de livros, artigos, legislação, jurisprudência e periódicos, considerando-se, ainda, as importantes experiências do direito comparado. À vista do posicionamento consolidado do STF, enfrentar-se-ão as dificuldades técnico-jurídicas e funcionais para a possibilidade de abertura do processo constitucional ao cidadão. Ao final, demonstrar-se-á que a participação do cidadão como *amicus curiae* no debate constitucional revive o ideal de exercício da cidadania, permitindo pensar um constitucionalismo mais inclusivo, sem, contudo, causar problemas estruturais para o funcionamento da Suprema corte brasileira, desde que criados filtros ou parâmetros para a sua participação. Esta pesquisa não defende a ideia de que a participação do cidadão como *amicus curiae* resolva todos os problemas que afetam a legitimidade democrática do controle de constitucionalidade, contudo, serve para ampliar o espaço de discussão acerca da possível contribuição do cidadão para o debate constitucional, o seu papel e o impacto na revisão judicial.

Palavras-chave: Direito constitucional. Jurisdição constitucional. Controle concentrado de constitucionalidade. Cidadão como *amicus curiae*.

PEREIRA, Marcus V. L. **Un(constitutionality) of the citizen's action as amicus curiae in the concentrated control of constitutionality.** 174 f. Dissertation (Master's) – Faculty of Law, Catholic University of Salvador, Salvador, 2024.

ABSTRACT

The present research aims to analyse the constitutionality of citizen participation as amicus curiae in the process of concentrated control of constitutionality, as a procedural instrument in search of reducing the deficit of democratic legitimacy of the STF's decisions, as well as a relevant variation of the principle of citizenship and popular sovereignty. From the study of accessibility to the concentrated control of constitutionality and its evolution over time, the conservative behavior of the Brazilian Supreme Court is observed with regard to the expansion of social participation at the top of the Judiciary which, historically linked to a system closed, contributes to the social questioning of various decisions made by the Court. Therefore, we seek to understand the possible contributions of the doctrine of *escol*, at national and foreign levels, under the bias of the open society model, and to what extent the constitutional figure of the amicus curiae can be handled in order to promote a greater degree of legitimacy of the STF's decisions. It then relies on the doctrine of popular constitutionalism and the new Latin American constitutionalism, especially the characteristics inherent to this last constitutional movement, such as social pluralism and public constitutionality action in Colombia, which aims for a State with greater citizen participation and the redefinition of the role of rulers, elevating the people to their place of sovereignty, in order to outline constitutional guidelines that support the expansion of citizen participation in the constitutional process. The methodology used in the present work was through the logical-deductive method, as well as through bibliographic and normative research, through documentary review of books, articles, legislation, jurisprudence and periodicals, also considering the important experiences of law compared. In view of the consolidated position of the STF, technical-legal and functional difficulties will be faced in the possibility of opening the constitutional process to the citizen. In the end, it will be demonstrated that, alongside possible functional objections to the expansion of the participation of new actors in the concentrated control of constitutionality, the participation of citizens as amicus curiae in the constitutional debate revives the ideal of exercising citizenship, allowing us to think about a more inclusive constitutionalism, without, however, causing structural problems for the functioning of the Brazilian Supreme Court, as long as filters or parameters are created for their participation. This research does not defend the idea that citizen participation as amicus curiae solves all problems that affect the democratic legitimacy of judicial review, however, it serves to expand the space for discussion about the citizen's possible contribution to the constitutional debate, the its role and impact on judicial review.

Keywords: Constitutional right. Constitutional jurisdiction. Concentrated control of constitutionality. Citizen as amicus curiae.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADC	Ação Declaratória de Constitucionalidade
ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
ADPF	Arguição de descumprimento de preceito fundamental
AGRGR	Agravo Regimental
ANC	Assembleia Nacional Constituinte
CPC	Código de Processo Civil
CF	Constituição Federal
CRFB/88	Constituição da República Federativa do Brasil de 1988
NCPC	Novo Código de Processo Civil
OAB	Ordem dos Advogados do Brasil
PEC	Proposta de Emenda Constitucional
PGR	Procurador-Geral da República
STF	Supremo Tribunal Federal

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	15
2 ACESSO AO CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE	21
2.1 BREVES APONTAMENTOS HISTÓRICOS DO MODELO IMPERIAL AO MODELO CONSTITUCIONAL PÓS-88.....	21
2.1.1 Acesso ao controle de constitucionalidade na Constituição Federal de 1988	30
2.1.1.1 <i>Aspectos históricos</i>	30
2.1.1.2 <i>Acesso ao controle concentrado de constitucionalidade no direito brasileiro</i>	37
2.1.1.3 <i>Do acesso à ação direta de inconstitucionalidade, ação declaratória de constitucionalidade e ação direta de inconstitucionalidade por omissão</i>	38
2.1.1.3.1 <i>Do acesso à arguição de descumprimento de preceito fundamental</i>	41
2.2 A DEFICIÊNCIA DOUTRINÁRIA ACERCA DOS MECANISMOS DE ACESSO AO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE	44
2.2.1 Classificação de acesso ao controle de constitucionalidade de Jorge Ernesto Roa Roa	46
2.2.1.1 <i>Acesso amplo ou popular</i>	46
2.2.1.1.1 <i>Acesso de todas as pessoas ao controle de constitucionalidade mediante as <i>actio popularis</i></i>	46
2.2.1.1.2 <i>Cidadania como requisito de acesso ao controle de constitucionalidade através da <i>acción pública</i></i>	47
2.2.1.1.3 <i>Acesso direto condicionado ao cumprimento de alguns requisitos de procedibilidade</i>	48
2.2.1.2 <i>Acesso interessado</i>	49
2.2.1.3 <i>Acesso coletivo ou organizado</i>	49
2.2.1.4 <i>Acesso por intermédio de funcionários públicos</i>	51
2.2.2 A classificação de acesso ao controle de constitucionalidade adotada no Brasil, segundo a concepção de Jorge Ernesto Roa Roa	52
3 ABERTURA DO CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE	53
3.1 A CONTRIBUIÇÃO DOUTRINÁRIA TRAZIDA POR PETER HÄBERLE E A SOCIEDADE ABERTA DOS INTÉRPRETES	57
3.2 CONSTITUCIONALISMO POPULAR E O PENSAMENTO CONSTITUCIONAL FORA DAS CORTES	61

3.3 DIREITO FUNDAMENTAL À PARTICIPAÇÃO NA FORMAÇÃO DEMOCRÁTICA DA VONTADE POPULAR E O PRINCÍPIO DA SOBERANIA POPULAR	66
3.4 NOVO CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO E O PROTAGONISMO SOCIAL	73
3.4.1 Pluralismo social no novo constitucionalismo latino-americano e no direito brasileiro.....	74
3.4.2 Noções gerais sobre o novo constitucionalismo latino-americano.....	79
3.4.3 Ação pública de constitucionalidade na Colômbia e a relevância do papel do cidadão no processo constitucional	85
3.4.3.1 <i>Origem, conceito e legitimidade da acción pública de constitucionalidad.....</i>	91
3.4.3.2 <i>Requisitos para ingresso com a demanda na Corte Constitucional Colombiana</i>	94
3.4.3.3 Considerações finais e possíveis lições para o Brasil	95
4 A CONSTITUCIONALIDADE DA ATUAÇÃO DO CIDADÃO COMO AMICUS CURIAE NO CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE	97
4.1 AMICUS CURIAE	102
4.1.1 Histórico legislativo brasileiro	106
4.1.2 Participação do <i>Amicus curiae</i> no direito comparado	108
4.2 ANÁLISE JURISPRUDENCIAL DA PARTICIPAÇÃO DO CIDADÃO COMO AMICUS CURIAE NA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL BRASILEIRA	112
4.2.1 Breve apanágio jurisprudencial e entendimento pacífico do Supremo Tribunal Federal	113
4.2.2 Análise do AgRg na ADI’s 3396 e a perspectiva do cidadão perante a justiça constitucional brasileira	117
4.2.3 O caso Renan Calheiros e a ADI 6855/RN: só os “amigos da Corte” participam.....	127
4.3 OBJEÇÕES À PARTICIPAÇÃO DIRETA DO CIDADÃO COMO AMICUS CURIAE NO CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE	131
4.4 O CIDADÃO COMO AMICUS CURIAE: UMA RELAÇÃO POSSÍVEL.....	140
4.5 A PARTICIPAÇÃO DO CIDADÃO COMO AMICUS CURIAE COMO RESPOSTA AO PROBLEMA DE LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE	146
4.5.1 Notas introdutórias sobre o “mesmo velho problema”	146
4.5.2 Argumentos a favor das Cortes Constitucionais	150

4.5.3 Argumentos contrários às Cortes Constitucionais	152
4.5.4 Teorias do diálogo e posições intermediárias	153
5 CONCLUSÃO	159
REFERÊNCIAS	162

1 INTRODUÇÃO

A presente pesquisa tem por objetivo analisar a constitucionalidade da participação do cidadão como *amicus curiae* no processo de controle concentrado de constitucionalidade, como um instrumento processual em busca da redução do déficit de legitimidade democrática das decisões do Supremo Tribunal Federal (STF), assim como uma variação relevante do princípio da cidadania e soberania popular.

A partir do estudo da acessibilidade ao controle concentrado de constitucionalidade e da sua evolução ao longo do tempo, observar-se-á o comportamento da Suprema Corte brasileira no que concerne à ampliação da participação social na alta cúpula do Judiciário que, historicamente atrelada a um sistema fechado, contribui para o questionamento social de inúmeras decisões proferidas pelo Tribunal.

A ideia de Constituição em que se consagra a jurisdição constitucional se baseia no formato de que aquela representa uma carta de direitos escrita, rígida, que exerce supremacia sobre todas as normas, devendo a jurisdição constitucional atuar como guardião de seus interesses e proteger o conjunto normativo fixado pelo poder constituinte.¹

Dessa forma, a ideia de jurisdição constitucional desenvolvida neste trabalho deve ser entendida como o instrumento de garantia do texto constitucional, que têm como objetivo assegurar a higidez do ordenamento jurídico, por meio da verificação da compatibilidade das leis e atos normativos com a Constituição. Assim, aquela não se resume a apenas realizar o controle de constitucionalidade, mas a relevante função de preservação do regime democrático, assim como a defesa de direitos fundamentais, com pertinente função de proteção das minorias.²

O Estado constitucional democrático estaria enfraquecido se não houvesse um mínimo de mecanismos, como garantias da observância, estabilidade e preservação das normas constitucionais e sanções contra atos não conformes com o texto constitucional. Nesse modelo de Estado, o objeto de proteção ou defesa não é puramente apenas o Estado, mas a sua forma constitucionalmente conformada.³

A questão da legitimidade no controle de constitucionalidade sob uma perspectiva democrática impõe-se constantemente na ciência do direito constitucional, uma vez que “os

¹ CARVALHO, Alexandre Douglas Zaidan de. **Efeito vinculante e concentração da jurisdição constitucional no Brasil**. Brasília-DF: Consulex, 2012, p. 48.

² *Ibidem*, p. 48-49.

³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 887.

cidadãos e os grupos em geral não dispõem de uma legitimação democrática para a interpretação da Constituição em sentido estrito”.⁴

Para o propósito do presente trabalho, em atenção ao caráter escorregadio que é da essência conceitual do termo “democracia”, considerando os diversos conceitos existentes para a sua definição, optou-se pela ideia procedimental, vista como a regra de maioria em que se protege os direitos das minorias, funcionará como bússola importante para o entendimento da proposta apresentada, pois esta implicará na necessidade de conceder às minorias vias amplas de participação nos debates que acarretarão em decisões políticas.⁵

Contudo, não se pretende postular uma definição rígida de democracia que exclui alternativas que possam complementar a abordagem ora realizada, pois se considera que a democracia “é um processo contínuo, um empreendimento coletivo permanente, que estará sempre incompleto, sujeito a avanços, mas também a retrocessos”⁶ e essa perspectiva gradualista “permite notar o caráter inacabado deste projeto político, que não se paralisa com a realização de eventuais requisitos mínimos”.⁷

Por esta razão, adotar a estratégia gradualista, referenciada por Conrado Hübner Mendes, parece ser a mais adequada para lidar com o conceito de democracia, já que se trata de um “conceito essencialmente contestado”, ou seja, um conceito que não provoca apenas um desacordo periférico, acidental e marginal, mas infinito, opondo-se posições extremamente defensáveis. Essa estratégia permite avaliar se determinada decisão judicial está mais próxima do ideal e do desejável, assim como pensar na qualidade da democracia.⁸

A discussão em torno da legitimidade democrática do controle de constitucionalidade permanece latente na sociedade, ao passo em que inúmeros argumentos surgem a cada ano para defender ou contestar a existência de controles judiciais. Contudo, será que a questão da legitimidade democrática no controle de constitucionalidade deve ser vista apenas como uma questão de tudo ou nada? Ou, melhor dizendo, deve-se resumir à discussão de se posicionar favorável ou contrariamente ao controle exercido pelo Poder Judiciário?

⁴ HÄBERLE, Peter. **A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição**: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 36.

⁵ Alexandre Douglas Zaidan de Carvalho, lembrando lição de Giovanni Sartori, indica que a opção procedimental para atribuição de um conceito de democracia é construída a partir da ideia de princípio da maioria como principal método democrático, desde que se protejam os direitos das minorias, evitando-se, dessa forma a “tirania da maioria”, preocupação também compartilhada por Kelsen. SARTORI *apud* CARVALHO, Alexandre Douglas Zaidan de. **Efeito vinculante e concentração da jurisdição constitucional no Brasil**. Brasília-DF: Consulex, 2012, p. 43.

⁶ MENDES, Conrado Hubner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. Tese (Doutorado) - Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011, p. 28.

⁷ *Ibidem*, p. 28.

⁸ *Ibidem*, p. 28.

Este trabalho está situado em um lugar intermediário entre estas visões antagônicas, uma vez que se reconhece o importante papel do Poder Judiciário na garantia da Constituição e proteção dos direitos fundamentais, mas também valoriza o constitucionalismo que floresce fora das cortes judiciais, como em reivindicações que vêm à tona por um cidadão comum.

Este histórico debate permanece ativo na sociedade e ainda se mostra extremamente atual no contexto brasileiro ao considerar, especialmente, o julgamento do recente Agravo Regimental na ADI 3396/DF pelo Supremo Tribunal Federal, em 06 de agosto de 2020, em que foi cristalizado o entendimento de que o cidadão comum ou pessoa física não tem representatividade adequada para figurar como *amicus curiae* no controle concentrado de constitucionalidade.

As principais questões do presente trabalho podem ser firmadas a partir da elaboração das seguintes perguntas: quem pode desempenhar o papel do *amicus curiae* no direito brasileiro? É possível o cidadão comum interpretar e levar a sério a Constituição? O cidadão tem representatividade para figurar como *amicus curiae* no controle concentrado de constitucionalidade? Minha condição de pessoa física inibe meu ingresso como *amicus curiae* em ação de controle concentrado?

Assim, a presente dissertação é dividida em quatro capítulos que terão o objetivo de discutir a (in)constitucionalidade da atuação do cidadão como *amicus curiae* no controle concentrado de constitucionalidade e a possibilidade de participação do cidadão na formação do juízo constitucional. Com efeito, propõe-se a analisar como o acesso direto dos cidadãos à justiça constitucional pode se tornar uma variação relevante da ordem constitucional, enquanto amplia o direito constitucional de acesso à justiça, fortalece a democracia constitucional e consolida um modelo de constitucionalismo dialógico e cooperativo.

A metodologia utilizada se deu através do método lógico-dedutivo, bem como mediante pesquisa bibliográfica e normativa, por meio de revisão documental de livros, artigos, legislação, jurisprudência e periódicos. Buscou-se, ainda, auxílio no direito comparado, levando-se em consideração as importantes experiências constitucionais estrangeiras, inclusive na América Latina.

Neste momento, o que se pretende com o recurso ao direito comparado não é a importação acrítica de institutos, dispositivos constitucionais, concepções jurisprudenciais e doutrinárias estrangeiras, mas sim a rediscussão da posição proferida pelo STF, mediada pela investigação de circunstâncias específicas da nossa realidade, através de argumentos sólidos e aparentemente subestimados na esfera do direito pátrio.

Para os fins deste trabalho, o que mais interessa ao debate é algo mais próximo da migração de ideias constitucionais, com especial atenção ao modelo colombiano, considerando a existência de um controle concentrado de constitucionalidade que permite a participação direta do cidadão. Apoiar-se em institutos previstos em países da América do Sul pode ser bastante valioso para o ordenamento jurídico brasileiro, especialmente por serem oriundos de nações que apresentam diversas similaridades sociais, econômicas e culturais.

Socorrer-se às experiências constitucionais colombianas não é de toda novidade no ordenamento jurídico brasileiro, considerando o caso da ADPF 347, julgada pela Suprema Corte brasileira em que foi declarado o Estado de Coisas Inconstitucional, além do fato de que, desde a sua instalação em 1992, a Corte Constitucional colombiana vem se destacando na proteção dos direitos fundamentais através do controle de constitucionalidade, assim como diante de sua postura diligente e voltada à proteção dos direitos fundamentais.

O ponto de partida, portanto, deve ser entender que a tensão existente entre democracia e controle de constitucionalidade é uma característica inerente ao sistema constitucional jurídico brasileiro, sendo necessário expor as nossas deficiências, com o objetivo de repensar e buscar novas contribuições jurídicas com o foco na estabilidade institucional e democrática do país.

Desta forma, no segundo capítulo, será brevemente abordado o acesso ao controle de constitucionalidade no Brasil, desde a época imperial até o modelo de justiça constitucional pós-1988. Posteriormente, será enfatizada a deficiência doutrinária na discussão acerca dos mecanismos de acesso ao controle de constitucionalidade, assim como se abordará a classificação elaborada por Jorge Ernesto Roa Roa⁹ e o possível enquadramento do contexto brasileiro.

Na experiência constitucional brasileira, o cidadão não participa e nunca participou diretamente do controle abstrato de constitucionalidade, sendo a metodologia jurídica tradicional muito atrelada a um modelo de sociedade fechada. Na CF/88 existe um rol exaustivo de legitimados para acessar o sistema judicial, sendo vedado, inclusive, a intervenção de terceiro, na forma do art. 7º da Lei 9.868/99.

⁹ O autor é um constitucionalista colombiano que elabora em sua tese de doutorado, intitulada “*La legitimidad democrática del control de constitucionalidad: El ciudadano ante la justicia constitucional*”, a classificação de acesso ao controle de constitucionalidade em que se defende a ideia de que o Tribunal tem que estar o mais aberto possível às pessoas (incursão significativa na sala de máquinas da Constituição) e que quanto mais aberta a jurisdição constitucional for à participação do cidadão, menor é a objeção à legitimidade democrática do controle de constitucionalidade. Tal classificação é imprescindível para demonstrar que o modelo de controle de constitucionalidade brasileiro está no nível mais restrito de acesso direto do cidadão à Suprema Corte brasileira e, portanto, deve-se pensar, na prática, como aproximá-lo da justiça constitucional brasileira.

Para que seja possível a concessão de uma maior amplitude ao controle concentrado no contexto brasileiro, é imprescindível que se busquem fontes que deem alicerce ao que se propõe no presente trabalho, como é o caso da interpretação pluralista endossada por Peter Häberle, em que todos aqueles que vivem a norma constitucional - potências públicas, cidadãos ou grupos -, devem ser considerados como forças produtivas de interpretação da Constituição.

Desta maneira, no terceiro capítulo, resgatar-se-ão pensamentos doutrinários que comungam com a ideia de abertura do controle concentrado de constitucionalidade, iniciando-se com o resgate da sociedade aberta dos intérpretes, promovida por Peter Häberle, em que se democratiza a função interpretativa da Constituição Federal, não cabendo ao Poder Judiciário exercer o monopólio de sua atividade.

Destacam-se, ainda, outros fundamentos teóricos relevantes para a temática, como a doutrina do constitucionalismo popular, o protagonismo social e o giro decolonial do novo constitucionalismo latino-americano, apontando o pluralismo social e, em especial, o instrumento da ação pública de inconstitucionalidade existente na Colômbia, que permite o acesso direto dos cidadãos ao controle abstrato de constitucionalidade. Ainda, será abordado o princípio da soberania popular e a cidadania como um critério relevante para a defesa da aproximação do cidadão aos Tribunais, especialmente para a defesa de direitos e garantias fundamentais.

A ampliação da participação no debate constitucional para o cidadão como *amicus curiae* pode fornecer mais argumentos em favor da justiça constitucional. Por outro lado, a sua negativa de acesso faz surgir a dúvida do porquê essa abertura não existe, a quem interessa o controle de constitucionalidade e qual é o lugar do cidadão diante da justiça constitucional.

A participação popular no processo de controle concentrado de constitucionalidade deve ser vista de forma inclusiva, como uma expressão contemporânea do princípio da soberania popular, não se permitindo exclusões com base em critérios econômicos, religiosos, de gênero, entre outros¹⁰, e a identidade do sujeito constitucional deve ser vista como algo aberto e sempre incompleto.¹¹

Dessa maneira, para o melhor entendimento do quanto debatido, considerando o caráter polissêmico do termo “povo” e seus possíveis desacordos sobre o seu sentido

¹⁰ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 220.

¹¹ ROSENFELD, Michel. **A identidade do sujeito constitucional**. Tradução de Menelick de Carvalho Netto. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003, p. 15.

concreto, a participação popular que se defende no presente trabalho se refere à necessidade de participação direta do cidadão no processo constitucional, caracterizado pelo brasileiro nato ou naturalizado em pleno exercício de seus direitos civis e políticos na forma da CF/88, sendo esta uma espécie do conceito aberto, indeterminado e incompleto de “povo”.

No quarto capítulo, cuja temática é a constitucionalidade da participação do cidadão ou pessoa física como *amicus curiae* no controle concentrado de constitucionalidade, será estudado o conceito de *amicus curiae*, a sua origem e suas formas de aplicação no ordenamento jurídico brasileiro e no direito comparado, cuja prática já é amplamente adotada nos sistemas judiciais existentes ao redor do mundo. Outrossim, será apresentada a sua aplicação no direito constitucional brasileiro, servindo como mais uma ferramenta de democratização do processo constitucional.

Será realizada, ainda neste capítulo, uma análise histórica da jurisprudência do STF, em especial do julgamento do AgRg na ADI 3396, analisando-se o comportamento da alta cúpula do Judiciário no que concerne à promoção da abertura da interpretação constitucional para novos atores sociais no controle concentrado de constitucionalidade.

Demonstrar-se-á que a par de possíveis objeções funcionais à ampliação da participação de novos atores no controle concentrado de constitucionalidade, a participação do cidadão como *amicus curiae* no debate constitucional ainda mostra-se altamente relevante, uma vez que revive o ideal de exercício da cidadania, nos permite pensar um constitucionalismo mais inclusivo, sem, contudo, causar problemas estruturais para o funcionamento da Suprema Corte brasileira, desde que criados filtros ou parâmetros para a sua participação.

Esta pesquisa não defende a ideia de que a participação do cidadão como *amicus curiae* resolva todos os problemas que afetam a legitimidade democrática do controle de constitucionalidade, contudo, serve para ampliar o espaço de discussão acerca da possível contribuição do cidadão para o debate constitucional, o seu papel e o impacto na revisão judicial.

Assim, apesar deste trabalho se aventurar em um tema clássico e conflituoso do direito constitucional e que ocupa parcela significativa do espaço das reflexões da Teoria Constitucional e Política, o seu propósito é avançar na pesquisa jurídica e na discussão acerca da legitimidade democrática da justiça constitucional, apresentando coordenadas que possam indicar uma perspectiva de participação do cidadão perante a justiça constitucional brasileira.

2 ACESSO AO CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE

2.1 BREVES APONTAMENTOS HISTÓRICOS DO MODELO IMPERIAL ATÉ O MODELO CONSTITUCIONAL PÓS-88

Na tortuosa história constitucional brasileira não faltaram constituições: foram oito no total até a presente data. A maior parte dos referidos textos não conseguiu limitar de forma eficaz a ação dos governantes, com processos políticos conturbados, golpes, autoritarismo, violação de direitos fundamentais, dentre outras patologias características de nossa história.

O controle judicial de constitucionalidade das leis, que é uma das maiores criações do direito constitucional da modernidade, sofreu uma vasta expansão na ordem jurídica brasileira no decorrer desta trajetória constitucional, em que se instituiu uma nova divisão de atribuições entre os Poderes, assegurando a uma Corte Suprema o poder de emitir decisões de cunho definitivo.

Com o advento da CF/88 houve uma reforma substancial no sistema de controle de constitucionalidade, especialmente com a ruptura do monopólio da ação direta outorgado ao Procurador-Geral da República e a sua substituição por um modelo de acesso mais amplo a outros legitimados na Constituição.

A Constituição de 1824 estabeleceu um Estado centralizado, com altos poderes ao Imperador consubstanciado no Poder Moderador. Tal irresponsabilidade do soberano atraiu as atividades mais profundas e amplas da estrutura de governo, que se estendia ao Conselho de Estado e ao ministério, com a assistência da aristocracia. Na cúpula do sistema existia a segunda câmara e o senado vitalício.¹² José Antônio Pimenta Bueno, o Marquês de São Vicente, assim leciona:

O poder moderador, cuja natureza a Constituição esclarece bem em seu art. 98, é a suprema inspeção da nação, é o alto direito que ela tem, e que não pode exercer por si mesma, de examinar o como os diversos poderes políticos, que ela criou e confiou a seus mandatários, são exercidos. É a faculdade que ela possui de fazer com que cada um deles se conserve em sua órbita, e concorra harmoniosamente como outros para o fim social, o bem-ser nacional; é quem mantém seu equilíbrio, impede seus abusos, conserva-os na direção de sua alta missão; é enfim a mais elevada força social, o órgão político mais ativo, o mais influente, de tôdas as instituições fundamentais da nação.¹³

O poder moderador é sinônimo de poder imperial, reconhecendo-se pela Constituição como dotado de inviolabilidade e irresponsabilidade do imperante. Tais atributos são

¹² STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 133.

¹³ BUENO, José Antônio Pimenta Bueno. **Direito público brasileiro e análise da Constituição do Império**. Rio de Janeiro: Ministério da Justiça e Negócios interiores Serviço de documentação, 1958, p. 201.

inseparáveis da monarquia, como dogmas políticos consagrados em razão do interesse público, da ordem e da segurança nacional.¹⁴

A qualidade de imperante é inseparável da pessoa que a exerce; a inviolabilidade ou há de ser geral ou inútil, não há meio termo, o monarca ou há de ser monarca ou deixar de sê-lo; um facioso não deve ter o arbitrio de acusá-lo por título algum; o que seria uma coroa chamada aos tribunais?¹⁵

Além da presença do poder moderador, a primeira constituição brasileira era considerada semirrígida, ou seja, existia uma parte do texto que era considerada constitucional e outra não constitucional. Apenas era considerado constitucional o que dizia respeito aos limites e atribuições dos poderes políticos, direitos políticos e individuais dos cidadãos. As mudanças não constitucionais poderiam ser realizadas sem maiores formalidades, através de maioria simples.¹⁶

Nesse momento, não competia ao Poder Judiciário realizar a interpretação das leis e a guarda da Constituição, mas ao Poder Legislativo por meio da Assembleia Geral, constituída pela Câmara e Senado, na forma do Título 4, capítulo I, art. 15, incisos VIII e IX¹⁷. Consagrou-se, nesse momento, a “*volonté généralé*”, ainda que em um país de escravos e onde o voto era restrito.¹⁸

Isto ocorreu, especialmente, em razão da forte influência que o direito brasileiro sofreu da concepção inglesa, em que se caracterizava pela supremacia do Parlamento e do dogma francês da rígida separação de Poderes e, para além disso, a Constituição do Império atribuiu ao Imperador um Poder Moderador que inviabilizava o exercício de qualquer atuação de controle de constitucionalidade por parte do Poder Judiciário.¹⁹

Segundo José Antônio Pimenta Bueno, o Poder Judiciário tinha como missão examinar a natureza e a circunstância dos fatos, as questões de direito privado e as disposições das leis ou direito respectivo, e que não deveriam ser atribuição do poder executivo, já que este poderia “comprimir a sociedade, os cidadãos, seus direitos e liberdades debaixo de sua pressão, seria um poder despótico desde que quisesse, pois que à grande

¹⁴ *Ibidem*, p. 201.

¹⁵ *Ibidem*, p. 203.

¹⁶ STRECK, *op. cit.*, 2018, p. 135. O art. 178º da Carta de 1824 previa que: “É só 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 pode ser alterado, sem as formalidades referidas, pelas legislaturas ordinárias”. NOGUEIRA, Octaciano; BALEEIRO, Aliomar. **Constituições brasileiras: 1824**. Senado Federal e Ministério da Ciência e Tecnologia, Centro de Estudos Estratégicos, 2001, v. I, p. 15.

¹⁷ “Art. 15. É atribuição da Assembleia Geral: [...] VIII- fazer leis, interpretá-las, suspendê-las e revoga-las; IX- velar na guarda da Constituição e promover o bem geral da Nação”. *Ibidem*, p. 82.

¹⁸ STRECK, *op. cit.*, 2018, p. 140.

¹⁹ CUNHA JÚNIOR, Dirley da, **Controle de Constitucionalidade**. 8. ed., Salvador: Juspodvm, 2016, p. 91-92.

autoridade, que lhe é própria, reuniria a faculdade de atuar sobre os direitos os mais caros”²⁰. O autor citado afirmava que “essa é a missão do poder judiciário, a de distribuir exata justiça, não tendo por norma senão a lei, e só a lei ou o direito”.²¹ Desse modo:

Por isso mesmo que a sociedade deve possuir e exigir uma administração de justiça protetora, fácil, pronta e imparcial; por isso mesmo que este poder exerce preponderante influência sobre a ordem pública e destinos sociais, influência que se estende sobre todas as classes, que exerce diariamente sobre a honra, liberdade, fortuna e vida dos cidadãos; por isso mesmo, dizemos, é óbvio que nem a constituição nem as leis orgânicas deveriam jamais olvidar-se das condições e meios essenciais para que ele ministre todas as garantias, para que possa desempenhar sua alta missão, e ao mesmo tempo não possa abusar sem recursos ou impunemente.²²

Ainda que a Constituição de 1824 estabelecesse a independência da autoridade judiciária que consistia “na faculdade que ele tem, e que necessariamente deve ter de administrar a justiça, de aplicar a lei como ele exata e conscientemente entende, sem outras vistas que não sejam a própria imparcial justiça”²³ e sem o desejo de agradar ou desagradar, na prática, isto não ocorreu.

A prática constitucional durante a fase imperial foi marcada por interferências do Poder Executivo exercido pelo Imperador cumulado com o Poder Moderador, em que as decisões judiciais submetiam-se às vontades do chefe supremo da nação. Dessa maneira, o restrito papel interpretativo dos juízes e a ausência de um sistema de uniformização jurisprudencial, aliado à competência do Poder Legislativo de velar pela guarda da Constituição, impediram o desenvolvimento de mecanismos de controle de constitucionalidade na época imperial.²⁴

Esta interferência no Poder Judiciário era alicerçada no quanto disposto no art.154 do texto constitucional e não existia na prática qualquer garantia de vitaliciedade e inamovibilidade, que se sujeitava ao arbítrio do Imperador. O Executivo não só avocava o direito de discutir a justiça das decisões judiciais como punia todos aqueles que agissem em desacordo com as suas crenças.²⁵

Segundo Lênio Streck, o Poder Judiciário, na sua formação durante o Império:

foi sendo moldado de modo que o cargo de magistrado nunca se consolidou como uma carreira burocrática moderna, capaz de atuar com padrões bem assentados de racionalidade e legalidade – antes apresentou-se como uma forma privilegiada de ingresso na política, preparando os filhos das famílias mais abastadas para a ocupação dos cargos políticos mais importantes na hierarquia estatal, o Senado e o Conselho de Estado. Nesse contexto, não havia nenhum impedimento legal para a

²⁰BUENO, *op. cit.*, 1958, p. 318.

²¹*Ibidem*, p. 319.

²²*Ibidem*, p. 319.

²³*Ibidem*, p. 322.

²⁴CARVALHO, *op. cit.*, 2012, p. 101-102.

²⁵NOGUEIRA; BALEEIRO, *op. cit.*, 200, p. 36.

filiação político-partidária dos magistrados e, portanto, era comum a acumulação de vários cargos públicos em outros poderes. Consequentemente, o cargo de magistrado, durante este período, serviu apenas como instrumento político para as articulações entre os grupos dominantes, facilitando as relações de troca de favores e deixando os futuros integrantes da elite política imperial numa posição privilegiada para a colonização do espaço público.²⁶

Dessa forma, durante a vigência da Constituição de 1824, não foram desenvolvidos mecanismos de controle de constitucionalidade no Brasil, apenas ocorrendo após o advento da Constituição Federal de 1891. Neste momento, não se confiava ao Poder Judiciário o papel de declarar a inconstitucionalidade das leis, especialmente em razão do contexto proveniente da Revolução Francesa e as fortes influências doutrinárias de Rousseau e Montesquieu.

Em que pese não haver previsão de qualquer tipo de controle de constitucionalidade, a Carta de 1824 é extremamente importante, não só por ser a primeira da história constitucional do país, mas também por ser a de maior duração até o presente momento (65 anos), com apenas uma emenda, atravessando por toda a evolução histórica da Monarquia, apesar das várias intempéries, revoltas, rebeliões e insurreições que ocorreram durante o período.²⁷

Após o decurso de dois anos da Proclamação da República, estabeleceu-se uma Constituição e passou a desenvolver o controle de constitucionalidade que havia sido ignorado por completo na fase imperial, em que apenas havia uma espécie de controle político no artigo 15, inciso IX, da Constituição do Império, atribuído à Assembleia Geral.

A influência das ideias republicanas e federalistas estimulou o Congresso Constituinte de 1890 a admitir o controle difuso da constitucionalidade das leis, com base no modelo norte-americano, e inseriu a função de proteção da Constituição, não só ao Poder Legislativo como ao Poder Judiciário, nos termos do art. 59²⁸. Lecionava Ruy Barbosa, “que este direito de examinar a constitucionalidade dos actos legislativos, ou administrativos, é a chave de nosso regimen constitucional, seu principio supremo”.²⁹

Segundo escólio de Ruy Barbosa, acerca da revisão judicial das leis, este afirmava que “os tribunaes não tem autoridade, para os revogar, mas têm-n`a, indubitavelmente, para lhes negar execução, e manter contra elles o direito dos indivíduos, quando o caso fôr submetido á justiça, em acção regular, pelos prejudicados”³⁰ e “que as acções propostas emanam de um

²⁶ STRECK, *op. cit.*, 2018, p. 138.

²⁷ NOGUEIRA; BALEEIRO, *op. cit.*, 2001, p. 14.

²⁸ CARVALHO, *op. cit.*, 2012, p. 102-103.

²⁹ BARBOSA, Ruy. **Os Actos inconstitucionaes do Congresso e do Executivo ante a Justiça Federal**. Rio de Janeiro: Companhia Impressora, 1893, p. 9.

³⁰ BARBOSA, *op. cit.*, 1893, p. 9.

direito superior á força de todos os poderes constituídos, e correspondem a uma obrigação dos tribunales, rudimentar no regimen americano, que é o nosso”.³¹

Esse controle judicial da constitucionalidade das leis já estava presente desde a Constituição provisória de 22 de junho de 1890 (Decreto nº. 510, art. 58, §1, alínea “b”) e no Decreto nº. 848³² de 11 de outubro de 1890, que organizou a Justiça Federal (art. 9º, parágrafo único, alíneas “a” e “c”). Tais dispositivos foram reproduzidos na Constituição de 1891, em seu art. 59, §1º, alínea “a”.³³

Em que pese a tese do *judicial review* norte-americano já estar presente no Decreto 848, somente com a Constituição de 1891 a tese republicana ganhou forma e estrutura, a partir da designação de um órgão de cúpula do Poder Judiciário que seria encarregado de realizar esse controle.³⁴

Porque as bases da Constituição republicana consistem na supremacia da lei fundamental sobre todas as leis e sobre todos os poderes, na limitação estricta da auctoridade da legislatura e da auctoridade da administração ás suas fronteiras escriptas, na impenetrabilidade da muralha de garantias, que protegem o individuo com o circulo de sua cinta acastellada de formas solemnes e de tribunales tutelares, na intervenção reparadora das justiças da União em todos os casos de violencia ao direito constitucional, desça ella de que alturas descer.³⁵

A Constituição de 1891 incorporou tais dispositivos e atribuiu ao STF o poder de revisão das 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 esta. Competiria ao STF também quando se contestasse a validade de leis ou de atos dos governos locais, em face da Constituição ou das leis federais, e a decisão do Tribunal considerasse a validade desses atos normativos, na forma do art. 59, §1, *a e b*).³⁶

³¹*Ibidem*, p. 9.

³²A exposição de motivos que acompanhou o Decreto 848 trazia, entre outras coisas: “A magistratura que agora se instala no País, graças ao regime republicano, não é um instrumento cego ou mero intérprete na execução dos atos do Poder Legislativo. Antes de aplicar a Lei cabe-lhe o direito de exame, podendo dar-lhe ou recusar-lhe sanção, se ela lhe parecer conforme ou contrária à Lei orgânica. O poder de interpretar as leis, disse o honesto e sábio juiz americano, envolve necessariamente o direito de verificar se elas são conformes ou não a Constituição, e, neste último caso, cabe-lhe declarar que elas são nulas e sem efeito. Por esse engenhoso mecanismo consegue-se evitar que o legislador, reservando-se a faculdade da interpretação, venha a colocar-se na absurda situação do juiz em sua própria causa. É a vontade absoluta das assembleias legislativas que se extingue, nas sociedades modernas, como se vão extinguindo as doutrinas do arbítrio do soberano Do Poder Executivo. A função do liberalismo no passado [...] foi opor um limite ao poder violento dos reis; o dever do liberalismo na época atual é opor um limite ilimitado dos parlamentos. Essa missão histórica incumbe, sem dúvida, ao Poder Judiciário, tal como o arquitetam poucos povos contemporâneos e se acha consagrado no presente decreto”. STRECK, *op. cit.*, 2018, p. 147.

³³CUNHA JÚNIOR, *op.cit.*, 2016, p. 92-93.

³⁴STRECK, *op. cit.*, 2018, p. 147.

³⁵BARBOSA, *op. cit.*, 1893, p. 15.

³⁶MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**, 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 1095.

Nesse período, consolidou-se o amplo sistema de controle difuso de constitucionalidade no direito brasileiro, mas não havia que se falar em controle em abstrato. O acesso ao Poder Judiciário se dava, portanto, apenas através da provocação da parte litigante nos processos subjetivos, conforme premissa fixada por Ruy Barbosa que assentava que “a inapplicabilidade do acto inconstitucional do poder executivo, ou legislativo, decide-se, em relação a cada caso particular, por sentença proferida em acção adequada e executavel entre as partes”.³⁷

A Constituição de 1934 trouxe diversas mudanças no sistema de controle de constitucionalidade brasileiro, exigindo, doravante, que a declaração de inconstitucionalidade somente poderia ser realizada com a exigência de maioria absoluta dos juízes, na forma do art. 179.³⁸

No referido texto constitucional ainda houve a criação da representação interventiva no art. 12³⁹, V, através do Procurador-Geral da República, nas hipóteses de ofensa aos princípios consagrados no art. 7^{o40}, I, alíneas “a” a “h” da Constituição (princípios sensíveis). A jurisdição constitucional no controle concentrado começou a despontar a partir deste momento no direito brasileiro.⁴¹ A ação interventiva ficou no meio do caminho entre um controle abstrato e um controle incidental, mas representou uma importante mudança no cenário constitucional à época.

De outro modo, qualquer juiz ou tribunal poderia continuar aplicando uma lei considerada inconstitucional pelo STF enquanto não houvesse mandado para o Senado suspender a sua execução e conferir efeito *erga omnes* e *ex nunc*.⁴²

O modelo de controle de constitucionalidade existente diferenciava-se do modelo austríaco em que um dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade pelo tribunal

³⁷BARBOSA, *op. cit.*, 1893, p. 124.

³⁸ “Art. 179: Só por maioria absoluta de votos da totalidade dos seus juízes, poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou de ato do Poder Público”. POLETTI, Ronaldo. **Constituições brasileiras: 1934**. Brasília: Senado Federal e Ministério da Ciência e Tecnologia, Centro de Estudos Estratégicos, 2001, v. III, p. 178.

³⁹ “Art. 12: A União não intervirá em negócios peculiares aos Estados, salvo: [...] V- para assegurar a observância dos princípios constitucionais especificados nas letras a a h do art. 7º, nº. I, e a execução das leis federais”. *Ibidem*, p. 121.

⁴⁰ “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”. *Ibidem*, p. 119.

⁴¹ CUNHA JÚNIOR, *op. cit.*, 2016, p. 183.

⁴² STRECK, *op. cit.*, 2018, p. 156.

constitucional era a revogação da lei inválida e a imediata publicação do ato em meio oficial, conforme art. 140, 3, da Constituição austríaca de 1920.⁴³

O regime constitucional do Estado Novo suprimiu o exercício da jurisdição constitucional pelo Poder Judiciário no art. 96, parágrafo único⁴⁴, que possibilitava ao presidente da República submeter a decisão judicial novamente ao exame do Parlamento e se este a confirmasse por dois terços de votos em cada uma das Câmaras, tornaria sem efeito a decisão do Tribunal.

Dessa forma, a juízo do presidente da República, de acordo com o parágrafo único acima mencionado, em caso de necessidade de assegurar o bem-estar do povo ou em casos de promoção e/ou defesa do interesse nacional de alta monta, o Executivo poderia intervir nas decisões proferidas pela Suprema Corte em sede de controle de constitucionalidade.

A Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 10 de novembro de 1937, autoritariamente imposta ao povo brasileiro, não tratou da representação interventiva, nem da suspensão pelo Senado Federal da execução da lei declarada inconstitucional pelo Judiciário, mas manteve a exigência do *quórum* de maioria absoluta para os tribunais declararem a inconstitucionalidade de lei ou de ato do Presidente da República.⁴⁵

A Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 18 de setembro de 1946 nasceu sob os anseios da redemocratização proveniente da queda do Estado Novo, recuperando alguns institutos importantes previstos na Carta de 1934. No que tange ao controle de constitucionalidade, aquela conferiu novo panorama ao recurso extraordinário, conforme o estabelecido no art. 101.

O texto constitucional restaurou a pureza da doutrina norte-americana da supremacia do Poder Judiciário em matéria de controle de constitucionalidade, assim como foi mantido o modelo difuso-incidental de 1891 (art. 101, III) e reinseridas as inovações trazidas pela Constituição de 1934 como, por exemplo, a representação interventiva e a suspensão pelo Senado Federal da execução da Lei declarada inconstitucional pelo Judiciário.⁴⁶

Foi a grande criação dos patriarcas da nação norte-americana, tão claramente explicada, no *Federalista*, de Hamilton. Pulverizou êle, de uma vez por todas, o

⁴³ CARVALHO, *op. cit.*, 2012, p. 119.

⁴⁴ “Art. 96: Só por maioria absoluta de votos da totalidade dos seus juizes poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade da lei ou de ato do presidente da República. Parágrafo único. No caso de ser declarada a inconstitucionalidade de uma lei que, a juízo do presidente da República, seja necessária ao bem-estar do povo, à promoção ou defesa de interesse nacional de alta monta, poderá o presidente da República submetê-la novamente ao exame do Parlamento; se este confirmar por dois terços de votos em cada uma das Câmaras, ficará sem efeito a decisão do Tribunal”. COSTA, Walter Porto. **Constituições brasileiras**: 1934. Senado Federal e Ministério da Ciência e Tecnologia, Centro de Estudos Estratégicos, 2001, v. IV, p. 93.

⁴⁵ CUNHA JÚNIOR, *op. cit.*, 2016, p. 95.

⁴⁶ *Ibidem*, 2016, p. 96.

sofisma de que a competência dos tribunais, para declarar nulos os actos legislativos contrários à constituição, importaria na superioridade do poder judiciário sobre o legislativo, e, pois, praticamente, numa ditadura judiciária. Hoje, a larva demagógica deste sofisma só pode pompear chibante em boca de rábulas.⁴⁷

A principal atribuição da justiça é “manter intangível a constituição, até contra leis federais que a contravenham”⁴⁸ e que, “no regime presidencial, é a garantia suprema dos direitos fundamentais, contra violências, por abusos do poder executivo, ou contra coações do congresso, por abuso do mandato popular”.⁴⁹

Antônio Roberto de Sampaio Dória já afirmava que “sempre que uma lei ordinária contravenha a constituição, a obrigação dos tribunais, de obedecerem à constituição, desprezando a lei ordinária, que a infrinja” e isto era característico de uma constituição rígida, sob pena de desaparecer “a garantia prática dos direitos do homem, o escudo das liberdades individuais, contra abusos de poder”.⁵⁰

Após o golpe militar de 1964 foi instituído o primeiro mecanismo de controle abstrato de constitucionalidade, com a promulgação da Emenda Constitucional n. 16 de 1965, que deu nova redação ao art. 101, I, alínea “k”, acrescentando entre as competências originárias do Supremo Tribunal Federal o julgamento da representação contra inconstitucionalidade de Lei ou ato de natureza normativa, federal ou estadual, encaminhada pelo Procurador-Geral da República.

Contudo, o início da discussão acerca da natureza concentrada do controle de constitucionalidade ocorreu antes da edição da EC nº. 16/65, com os julgamentos em torno da representação interventiva em que houve alguns debates acerca da possibilidade da declaração de inconstitucionalidade em tese na jurisprudência do STF, como por exemplo, na Representação nº. 94/46.⁵¹

Com o advento das Constituições estaduais em 1947, algumas destas estavam incluindo regras que conflitavam com a Constituição de 1946, sendo necessário estabelecer um meio para declarar a sua inconstitucionalidade, considerando não se tratar de caso de intervenção no Estado. Dessa maneira o PGR da ocasião, Temístocles Brandão Cavalcanti,

⁴⁷DÓRIA, Antonio Roberto de Sampaio. **Curso de Direito Constitucional (os direitos do homem)**, 2. ed. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1946, 2. v., p. 184.

⁴⁸*Ibidem*, p. 184.

⁴⁹*Ibidem*, p. 184.

⁵⁰*Ibidem*, p. 185-186.

⁵¹ CARVALHO, *op.cit.*, 2012, p. 127.

propôs uma ação de inconstitucionalidade e, aqui, encontra-se a raiz do surgimento da declaração abstrata no Brasil.⁵²

A representação de inconstitucionalidade criada com a reforma de 1965 trouxe a questão constitucional para ser tratada como questão principal em uma ação dirigida ao STF e inaugurou na jurisdição brasileira o modelo abstrato de inspeção judicial da constitucionalidade das leis e atos normativos, sem a necessidade de defesa de um direito subjetivo concreto ou da presença de um interessado direto na solução do caso concreto.⁵³

A consagração do modelo abstrato de constitucionalidade sob a forma de representação proposta pelo Procurador-Geral da República, com o objetivo de preservar o ordenamento jurídico da entrada de leis incompatíveis, destinado à defesa direta do sistema jurídico objetivo, veio a se agregar aos mecanismos já existentes.⁵⁴

Neste cenário, já era possível visualizar um modelo misto ou eclético de controle judicial de constitucionalidade, que combinava os sistemas difuso-incidental e o concentrado-principal, apesar deste último estar limitado às ações diretas de inconstitucionalidade por ação (representação genérica) e de inconstitucionalidade interventiva (representação interventiva).⁵⁵

A Constituição do Brasil de 24 de janeiro de 1967 manteve o sistema estabelecido no texto anterior, trazendo pequenas mudanças, como a retirada do dispositivo acrescentado pela EC 16/65, que possibilitava aos estados instituírem a representação de inconstitucionalidade genérica das leis municipais em face das Constituições Estaduais.⁵⁶

A EC 01/1969 trouxe a possibilidade de instituição da representação interventiva para assegurar a observância dos princípios sensíveis indicados na Constituição estadual (art. 15, §3, “d”) da Constituição. A EC 07/1977, por sua vez, criou a representação para fins de interpretação de Lei ou ato normativo federal ou estadual a ser julgada pelo STF, no art. 119, I, “l”, assim como a previsão de concessão de medida cautelar nas representações genéricas de inconstitucionalidade, no art. 119, I, “p”.⁵⁷

A instauração do controle abstrato de normas era feita única e exclusivamente pelo Procurador Geral da República, que inclusive podia se negar a submeter a questão ao STF,

⁵² CARVALHO NETO, Ernani Rodrigues de. A ampliação dos legitimados ativos na Constituinte de 1988: revisão judicial e judicialização da política. **Revista Brasileira Estudos Políticos**, 2007, v. 96, p. 307.

⁵³ CARVALHO, *op. cit.*, 2012, p. 129.

⁵⁴ MENDES; BRANCO, *op. cit.*, 2011, p. 1105.

⁵⁵ CUNHA JÚNIOR, *op. cit.*, 2016, p. 96.

⁵⁶ *Ibidem*, p. 97.

⁵⁷ *Ibidem*, p. 97.

uma vez que, conforme a sua opinião e o entendimento reiterado do Tribunal, caberia apenas àquele decidir se e quando deveria ser oferecida a representação.⁵⁸

Contudo, após intensos debates doutrinários, percebeu-se que a denominada representação de inconstitucionalidade possuía caráter dúplice ou ambivalente, o que permitia ao Procurador-Geral da República submeter a questão ao STF em caso de considerar a situação jurídica inconstitucional ou constitucional.⁵⁹

Daí, a identificação da natureza dúplice do instituto retirava um dos principais argumentos do Procurador-Geral, que se referia à sua condição de titular da ação com escopo de declarar a inconstitucionalidade da norma, uma vez que aquele tinha o poder-dever de submeter a questão constitucional relevante ao STF, sob a forma de representação de constitucionalidade ou inconstitucionalidade.⁶⁰

Conforme será delineado no tópico seguinte, a ampliação do acesso aos legitimados para propor ações diretas de inconstitucionalidade foi fruto desta experiência insatisfatória vivenciada no ordenamento jurídico brasileiro de monopólio da propositura da declaração de constitucionalidade nas mãos do Procurador-Geral da República, que estava diretamente subordinado ao Presidente da República e que podia se recusar a encaminhar a eventual inconstitucionalidade ao STF.

2.1.1 Acesso ao controle de constitucionalidade na Constituição Federal de 1988

2.1.1.1 Aspectos históricos

O exercício do poder constituinte foi originário⁶¹ de convocação prevista na EC 26/85 com o objetivo de estabelecer um novo regime político no Brasil, com eleições livres e diretas

⁵⁸ MENDES; BRANCO, *op. cit.*, 2011, p. 1105.

⁵⁹ *Ibidem*, p. 1107.

⁶⁰ *Ibidem*, p. 1110.

⁶¹ O termo “originário” é utilizado no texto como sinônimo de “decorrente” ou “proveniente” e não foi utilizado no sentido da teoria constitucional do Poder Constituinte, que adveio dos estudos do abade de Sieyès, autor do opúsculo e manifesto da Revolução Francesa: *Que é o Terceiro Estado?* Este poder constituinte originário é conceituado como aquele que “representa a força política consciente de si que resolve disciplinar os fundamentos do modo de convivência na comunidade política.” *Ibidem*, p. 119. Ou segundo lição de Paulo Bonavides é um poder que “não se prende a limites formais: é essencialmente político ou, se quiserem, extrajurídico” e se trata de “um poder *supralegem* ou *legibus solutus*, um poder a que todos os poderes constituídos não necessariamente de dobrar-se ao exercer ele a tarefa extrajurídica de criar a Constituição”. (BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 15. ed., São Paulo: Malheiros, 2005, p. 146-149). Ademais, existe divergência acerca do caráter originário de poder constituinte da Constituição de 1988 por ter sido resultado de uma convocação de Assembleia Constituinte efetuada por meio de emenda à Constituição passada (EC 26/85), sendo, então, fruto da iniciativa do poder de reforma. Nesse sentido, Paulo Bonavides diz: “As Constituintes de 1967 e 1987-1988, tendo sido Constituintes congressuais, acumularam perante a teoria constitucional vícios formais insanáveis que

para a Presidência da República. A Assembleia Nacional Constituinte era composta por parlamentares eleitos para a legislatura ordinária e não para a elaboração da Constituição e foi instalada em fevereiro de 1987, iniciada pelo Ministro José Carlos Moreira Alves e, posteriormente, presidida por Ulysses Guimarães.⁶²

O movimento que resultou nesta convocação da ANC de 1987/1988 apenas se tornou viável no contexto da crise da ditadura militar quando se inicia o processo de abertura política com a derrota da “linha dura” militar e a revogação do Ato Institucional nº. 5. Neste contexto, o sucessor de Geisel, Presidente João Batista de Figueiredo, aprova a Lei de Anistia e a abertura do sistema partidário, ao tempo em que a sociedade civil se articulava, com respaldo de alguns meios de comunicação e de ampla parcela da população que exigia a redemocratização nacional.⁶³

No período que vai de 1984 até a instalação da Constituinte em 1987 o objetivo principal era o sentido e alcance das mudanças políticas a serem feitas pela Constituinte, mas já havia certo consenso acerca dos princípios gerais, as bases da organização política, o núcleo de direitos fundamentais, assim como o fortalecimento das instituições judiciais e das garantias para o Ministério Público.⁶⁴

tornam ambígua ou questionável toda a base de sua legitimação, pois sendo o Congresso Nacional um poder constituído – nunca é demais repetir – tinha competência para reformar a Constituição, jamais para estabelecer nova ordem constitucional, alterar a forma de Governo ou instituir uma diferente relação de poderes”. O autor prossegue: “a crise constituinte no Brasil tem sido, por conseguinte, em toda a história política do País, a nossa mais profunda crise de legitimidade, tanto pelos aspectos formais como materiais. Ela é indicativa da inferioridade ou da insuficiência de soberania das diversas Constituintes, cujas limitações tácitas ou expressas nos conduzem inarredavelmente à irretorquível conclusão de que, em verdade, jamais tivemos uma Assembleia Nacional Constituinte, dotada de liberdade, exclusividade e plenitude de poderes, pelo menos daqueles com que a teoria revolucionária do século XVIII sempre armara esses parlamentos, a fim de que, providos da suprema vontade da Nação, pudessem refazer as instituições desde os seus fundamentos”. (BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 15 ed., São Paulo: Malheiros, 2004, p. 386-387). Daniel Sarmento, por sua vez, discorda do posicionamento do prof. Paulo Bonavides, qual seja, de que a Assembleia Constituinte não corresponderia ao exercício autêntico do poder constituinte originário. O autor defende que: “a Emenda nº 26/1985 foi apenas o veículo formal empregado para a convocação da Assembleia Nacional Constituinte de 1987/1988, mas não o seu fundamento de validade. Este repousava na vontade, presente na sociedade brasileira, e evidenciada em movimentos como o das *Diretas Já*, de romper com o passado de autoritarismo, e fundar o Estado e a ordem jurídica brasileira sobre novas bases mais democráticas. Tratava-se de autêntica manifestação da soberania popular, e esta não necessita, para exteriorizar-se, do recurso à revolução violenta, podendo também eclodir em contextos de transição pacífica, como ocorreu no Brasil. Em meados dos anos 80, o País vivia um típico “momento constitucional”, caracterizado pela efervescência política e pela genuína mobilização popular em prol de um “recomeço”. Esta era a verdadeira fonte de autoridade da Assembleia Constituinte, e não a Emenda Constitucional nº 26. Por isso, a Assembleia Constituinte “livre e soberana” de 1987/1988 traduziu autêntica expressão do poder constituinte originário”. (SARMENTO, Daniel. 21 Anos da Constituição de 1988: a Assembleia Constituinte de 1987/1988 e a experiência constitucional brasileira sob a Carta de 1988. **Direito Público**. Porto Alegre, ano 7, n. 30, nov./dez. 2009, p. 11-12).

⁶² CARVALHO, *op. cit.*, 2012, p. 147-148.

⁶³ SARMENTO, *op. cit.*, 2009, p. 8.

⁶⁴ KOERNER, Andrei; FREITAS, Lígia Barros de. O Supremo na Constituinte e a Constituinte no Supremo. **Lua Nova: Revista de cultura e política**, 2013, p. 144.

Um dos fatores decisivos no movimento em prol da Constituinte foi a campanha “Diretas Já”, nos idos dos anos 1983/84 e já em 1985, com a eleição indireta de Tancredo Neves e José Sarney no Colégio Eleitoral, a referida chapa, denominada Aliança Democrática, assumiu o compromisso de convocar uma Assembleia Constituinte e, mesmo com o falecimento de Tancredo Neves, Sarney encaminhou ao Legislativo Proposta de Emenda Constitucional nº 43, prevendo a atribuição de poderes constituintes ao Congresso Nacional, que se reuniria em 1º de fevereiro de 1987, e seria composto, na sua grande maioria, por parlamentares eleitos no pleito de 1986, assim como nomeia uma Comissão Provisória de Estudos Constitucionais presidida pelo jurista Afonso Arino de Mello Franco.⁶⁵

Esta fórmula adotada foi objeto de fortes críticas de diversos setores da sociedade civil que exigia convocação de Assembleia Nacional Constituinte (ANC) exclusiva. Em maio de 1985, o ministro Oscar Corrêa considerava que não havia justificativa para a Constituinte, posto que não havia ruptura da ordem jurídica, já que apenas haveria a reforma da Constituição, enquanto o ministro Néri da Silveira adotava a perspectiva de continuidade e recordava que o STF poderia ser provocado para julgar a legitimidade jurídica da convocação da Constituinte.⁶⁶

Os dirigentes políticos utilizavam o STF como recurso estratégico e, no momento da promulgação da EC nº. 26/85, convocatória da Assembleia Nacional Constituinte, tanto Carlos Chiarelli, líder do PFL no Senado, como o presidente José Sarney, afirmavam que recorreriam ao STF se o Congresso não funcionasse junto com a ANC.⁶⁷ Prevaleceu a proposta de Sarney, de uma Assembleia Constituinte Congressual, que cumularia suas funções com a legislatura ordinária.⁶⁸

Instalada a ANC, diversas discussões ocorreram acerca dos poderes da Constituinte em relação à ordem vigente. Em 04 de fevereiro de 1987, o deputado Maurílio Ferreira Lima, do PMDB, apresentou o Projeto de Resolução nº. 1 de 1987, que previa algumas resoluções constitucionais para adoção pela Constituinte. De forma contrária, alguns afirmavam que os trabalhos constituintes eram limitados já que a Constituinte foi convocada por emenda, sem ruptura na ordem constitucional, com missão específica para elaborar a nova Constituição.⁶⁹

O STF foi então mobilizado através de consulta elaborada pela bancada do PL para obter a interpretação do STF acerca dos limites da soberania da ANC. O Procurador-Geral

⁶⁵ SARMENTO, *op. cit.*, 2009, p. 9.

⁶⁶KOERNER, *op. cit.*, 2013, p. 146.

⁶⁷*Ibidem*, p. 146-147.

⁶⁸ SARMENTO, *op. cit.*, 2009, p.11.

⁶⁹KOERNER; FREITAS, *op. cit.*, 2013, p. 149.

opinou à época que a ANC teria poderes para interpretar a Constituição, mas não para modificar o seu texto, contudo, a soberania da Constituinte foi afirmada e ela poderia criar projetos de decisão para suspender as medidas que ameaçassem seus trabalhos.⁷⁰

O STF, porém, considerou que a soberania e a liberdade da ANC limitava-se para estabelecer apenas as próprias regras internas e, desse modo, reservava o direito e a possibilidade de controlar os trabalhos da ANC, assim como determinar o alcance das mudanças criadas em face dos poderes existentes. Os ministros do STF foram atores importantes na Constituinte, construindo alianças com parlamentares de centro e centro-direita, de modo a limitar a base e o escopo da futura Constituinte.⁷¹

A mobilização dos ministros do STF para manter intacta a estrutura do Tribunal, assim como para bloquear outras inovações da Constituinte pode ser entendida como estratégia dos conservadores para manter intacta as estruturas institucionais existentes e assegurar que a ANC não ultrapasse os limites da revisão constitucional, bloqueando suas decisões que consideravam indesejáveis.⁷²

A Constituição de 1988 inicia-se, então, com as eleições de 1986 que contou com uma grande representatividade do Partido do Movimento Democrático Brasileiro (PMDB), que obteve 54,20% dos assentos na ANC e elegeu 23 governadores. Contudo, as grandes mudanças perpetradas advieram da forte presença de vários setores heterogêneos da sociedade civil na elaboração do pacto constitucional.⁷³

Nesse contexto, em 05 de outubro de 1988, foi promulgado o texto constitucional, composto por 245 artigos, distribuídos em nove títulos e 70 disposições transitórias, tratando sobre diversos temas, tais como: meio ambiente, índios, direitos difusos, além do extenso rol de direitos e garantias constitucionais, como o mandado de segurança coletivo, *habeas corpus* e *habeas data*.

Nesse momento, havia uma superação de um estado de exceção sustentado por um regime militar que suprimia os direitos fundamentais do cidadão para a inauguração de um novo período na República. Isto não significou uma ruptura absoluta com o regime anterior, já que inúmeros privilégios mantidos ao setor militar, como a formatação das instituições, a

⁷⁰*Ibidem*, p. 150.

⁷¹*Ibidem*, p. 162-163.

⁷²*Ibidem*, p. 180.

⁷³ CARVALHO NETO, *op. cit.*, 2007, p. 299-301.

chefia do Executivo que ficou sob a responsabilidade de José Sarney e o próprio STF manteve os membros indicados pelo regime militar.⁷⁴

A transição brasileira é marcada pela capacidade dos dirigentes do regime e os militares de limitarem o andamento e o alcance da redemocratização; pela permanência dos quadros do regime em instâncias decisórias cruciais do Estado e pela renovação da aliança entre aqueles, políticos conservadores e empresariado ao longo do processo. A Constituinte é um momento crucial na transição, no que se faz a ruptura simbólica ao se inaugurar uma nova ordem e ser inovadora em matéria de direitos e organização democrática do Estado, mas também carrega as marcas do conservadorismo e do autoritarismo político. Essa combinação está presente nas instituições judiciais, para a qual os juristas atuaram em aliança com todas as correntes políticas, enquanto os ministros do STF e dirigentes de tribunais aliaram-se com políticos de direita aos de centro.⁷⁵

No que concerne ao controle de constitucionalidade, a Carta Magna transformou a representação de inconstitucionalidade em ação direta de inconstitucionalidade, ampliando o rol de legitimados e acabando com o monopólio exercido, até então, pelo Procurador-Geral da República.

No texto, a representação interventiva foi substituída pela ação direta interventiva, criando-se o mandado de injunção, a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, assim como a arguição de descumprimento de preceito fundamental. Em paralelo à maior ênfase concedida ao controle concentrado na jurisdição constitucional brasileira, o STF foi alçado como principal guardião do seu texto.

Em que pese a discussão doutrinária acerca do monopólio por parte do Procurador-Geral da República para a propositura da ação direta antes da CF/88, a posição consolidada do STF não havia mudado, concedendo-lhe a faculdade de ingressar ou não com a ação. Contudo, com o advento da CF/88 houve uma significativa ampliação do rol de legitimados para a ação direta.

O governo e o próprio STF, inclusive, entendiam que deveria ser mantida a exclusividade do PGR, com o receio de sobrecarga do Tribunal, conforme audiência pública de Paulo Bossard, então Ministro da Justiça. Nesse momento, a OAB e a Associação dos Magistrados Brasileiros defenderam a legitimidade para qualquer cidadão, desde que titular do direito.⁷⁶

A discricionariedade do PGR em ingressar ou não com a ação foi a principal motivação que gerou a necessidade de ampliar o rol de legitimados para propor a ação, considerando que em muitas hipóteses, especialmente durante o regime militar, o PGR não

⁷⁴SANTOS, Cristian Patric de Sousa Santos. **Cortes Constitucionais como canal de processamento dos direitos das minorias**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2021, p. 68-69.

⁷⁵KOERNER; FREITAS, *op. cit.*, 2013, p. 181.

⁷⁶*Ibidem*, p. 165.

apresentava a matéria ao STF e, muitas das vezes em que os partidos políticos interessados levavam ao seu conhecimento, o processo era arquivado.⁷⁷

As discussões doutrinárias em torno do monopólio da propositura da ação direta de inconstitucionalidade por parte do Procurador – Geral da República durante o regime militar potencializaram o vigor do constituinte em ampliar o rol de entes capacitados. A insatisfação de várias lideranças políticas em não terem suas queixas encaminhadas ao Supremo Tribunal Federal pelo Procurador–Geral da República pode ter ocasionado essa reação. Uma outra versão mais abrangente, afirma que a ampliação, na contramão da tendência dominante na Europa, foi incluída dentro de um “pacote” amplo de democratização.⁷⁸

Essa ideia de abertura e ampliação do acesso foi defendida pelo jurista José Afonso da Silva, então consultor do PSDB na constituinte e membro da comissão que elaborou o anteprojeto, Afonso Arinos e o Deputado Constituinte pelo PT, relator da subcomissão do Poder Judiciário e do Ministério Público, Plínio de Arruda Sampaio.⁷⁹

Portanto, logo no início dos trabalhos da constituinte, em sua primeira redação, já se alterou a exclusividade do PGR em ingressar com a ação de inconstitucionalidade.⁸⁰ A ampla legitimação a diferentes órgãos da sociedade para ingressar com a ação direta reforçou o controle abstrato de normas no ordenamento jurídico brasileiro, operando uma mudança substancial no controle de constitucionalidade até então vigente no país.⁸¹

Com esta abertura no rol de legitimados, todas as controvérsias constitucionais relevantes são submetidas ao STF, através do controle abstrato de normas e para alguns dos legitimados ativos, como os partidos políticos, “esta via se torna um poderoso instrumento nas suas lutas, praticamente sem custos políticos ou financeiros, de que podem se valer para tentar reverter derrotas na arena legislativa”.⁸²

Aliado a isso, com a inafastabilidade de acesso à justiça, a concessão de autonomia administrativa e financeira ao órgão, as garantias de vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de subsídios, ocorreu o fortalecimento do Poder Judiciário e o elevou a um papel de protagonismo na sociedade.

A Constituição Federal expôs o agravamento da tensão institucional existente entre os poderes da República, com a crescente discussão acerca da legitimidade de juízes não eleitos pelo povo serem os principais responsáveis por determinar o entendimento de temas sensíveis

⁷⁷ CARVALHO NETO, *op. cit.*, 2007, p. 308.

⁷⁸ *Ibidem*, p. 311.

⁷⁹ *Ibidem*, p. 306.

⁸⁰ *Ibidem*, p. 308.

⁸¹ MENDES; BRANCO, *op. cit.*, 2011, p. 1117.

⁸² SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. Notas sobre jurisdição constitucional e democracia: a questão da "última palavra" e alguns parâmetros de autocontenção judicial. **Revista Quaestio Iuris**, v. 6, n. 02, 2013, p. 124.

à sociedade, como os direitos fundamentais e políticas públicas, aumentando a complexidade no relacionamento entre os três poderes do Estado.

Nesse contexto, o desempenho da tarefa judicial de solucionar conflitos tem sido objeto de diversas críticas, sob a afirmação da dificuldade existente do julgador em lidar com o aumento da complexidade social pós CF/88 e a multiplicidade de procedimentos na democracia (eleitoral, administrativo etc).⁸³

As críticas ao exercício da jurisdição constitucional centralizada elevam-se quando o Tribunal se afasta da vontade legislativa, ou seja, deixa de exercer o seu papel primordial de defesa dos direitos fundamentais e assume o papel de escolha do legislador ao tomar toda a dinâmica jurídico-política estatal, sujeita à ponderação judicial.⁸⁴

Essa sobrecarga da função de julgar do Estado - apesar de bem-vinda no que concerne à concretização de direitos fundamentais – merece ajustes do ponto de vista institucional e procedimental, uma vez que a busca por julgamentos cada vez mais céleres e eficientes não se pauta na qualitativa efetivação de direitos, assim como deixa à margem questões procedimentais da Administração Pública e do próprio legislador.

Percebe-se diversas decisões utilizando-se de princípios dirigidos a adequar o sistema segundo argumentos de moral e política, reforçando o ditado de que “o direito é aquilo que os tribunais dizem que é”, tornando-se uma espécie de terceiro turno da assembleia constituinte, assim como sobrepondo posições morais pessoais revestidas sob a proteção de carregar em si mesmas o entendimento de toda a sociedade.⁸⁵ Nessa linha intelectual:

Há de se questionar, então, se o crescimento da importância do Supremo Tribunal Federal, acompanhado da concentração de sua jurisdição e expansão dos efeitos de suas decisões, após a Constituição de 1988, apresentados como elementos indispensáveis para tornar eficazes os direitos fundamentais, não caminha, contudo, para transformar a atividade da Corte na de um “guardião da moral pública”, cuja personalidade justa carrega em si o entendimento de toda a comunidade, sob o perigo de edificar uma racionalidade pouco complexa e descomprometida com a reflexão de seus próprios instrumentos decisórios, em prejuízo dos mesmos direitos a que se propõe dar proteção.⁸⁶

Neste momento, portanto, desconfia-se da capacidade exclusiva do STF de promover todas as mudanças sociais, sem a participação de novos atores sociais no processo de formação decisória, especialmente, no processo de controle concentrado de constitucionalidade, que coloca em xeque o acesso à justiça, um dos pilares da ideia de Estado Democrático de Direito.

⁸³ CARVALHO, *op. cit.*, 2012, p. 154.

⁸⁴ *Ibidem*, p. 155.

⁸⁵ *Ibidem*, p. 158-159.

⁸⁶ *Ibidem*, p. 160.

In pari passu, percebe-se que o cidadão não participa ou nunca participou diretamente do controle abstrato de constitucionalidade, desde a proclamação da independência em 1822 até a Constituição Federal de 1988, assim como a doutrina de escol nunca se dedicou profundamente ao estudo da acessibilidade ao controle concentrado de constitucionalidade.

Conforme exposto por José Afonso da Silva, a ampliação do rol de legitimados não foi algo muito controverso na constituinte, sendo que apenas um ou outro parlamentar defendeu a participação do cidadão. Já o Deputado Plínio de Arruda Sampaio sustentou que, para que não houvesse um exagero de ações, nove pontos eram um número razoável, não havendo que se deliberar acerca de acesso individual.⁸⁷

2.1.1.2 Acesso ao controle concentrado de constitucionalidade no direito brasileiro

Conforme já dito anteriormente, mesmo com a ampliação da legitimação conferida na Constituição Federal de 1988, o acesso ao controle concentrado de constitucionalidade no direito brasileiro sempre foi restrito a determinadas instituições e, dessa forma, o cidadão nunca participou diretamente do controle abstrato de constitucionalidade.

Essa restrição sempre foi justificada sob o argumento de que se trata de um processo de natureza objetiva e, dessa forma, a CF/88 conferiu legitimidade a apenas algumas autoridades, órgãos e entidade para propor a ação direta de inconstitucionalidade perante o STF, assim como o receio de sobrecarga do Poder Judiciário.

A ampliação dos legitimados ativos na CF/88 não foi uma matéria objeto de muitas discussões durante a Assembleia Constituinte de 1988. Conforme relatado pelo Deputado Plínio de Arruda Sampaio, relator da subcomissão do Poder Judiciário e do Ministério Público, o grande *lobby* estava em torno dos artigos 101 e 102 da Constituição Federal:

Na comissão, o grande lobby, a grande dificuldade que eu tive aqui foi o pessoal que estava ligado ao Supremo. O Supremo não queria isso (um Tribunal Constitucional), ele queria essa coisa mista que saiu, que eu acho que foi uma pena, eu fui derrotado nisso. A figura mais forte era esse que depois foi Ministro do Supremo, o Maurício Correia. Eles estavam preocupados com os artigos 101 e 102, o 103 eles deixaram passar [...]. Eu fui ao Supremo conversei muito com eles, mas eles não abriram mão. Através do Maurício Correia fizeram as emendas e mudaram. Com o artigo 103 eles não criaram o menor problema eles estavam interessados era nisso (arts 101 e 102). Uma vez que eles ganharam o que eles queriam eles não fizeram nenhuma força, então isso passou sem muita dificuldade [...] Eu, na verdade, não verifiquei nenhuma pressão para restringir e nenhuma pressão para pôr. Isso na verdade foi fruto dos acadêmicos que me assessoraram com as novas teorias da constitucionalidade, não houve uma pressão popular por isso, nem uma contra-pressão política por isso.

⁸⁷CARVALHO NETO, *op. cit.*, 2007, p. 309-313.

(Sampaio, 28/06/ 2005).⁸⁸

A ausência de grandes controvérsias e polarizações também pode ser justificada em razão do fato de que a subcomissão da Constituinte que tratava do Poder Judiciário e Ministério Público era composta por um membro do PT que era o relator, um membro do PDT, três membros do PFL e onze integrantes do PMDB, que representavam 68,75% do total.⁸⁹

Dessa maneira, existia um isolamento ideológico do relator com os demais membros da subcomissão, que representavam ampla maioria na comissão e que se aliou ao desinteresse dos representantes nos assuntos atrelados à justiça, como bem esclareceu o Deputado Plínio de Arruda Sampaio:

No Brasil ninguém acredita na justiça, também ninguém deu bola, a turma estava mais preocupada com as coisas sociais. A própria esquerda também não se preocupou muito e depois tinha um deputado deles lá e eles tinham confiança. Foi um capítulo tranquilo, não houve rolo. O que eles queriam tirar tiraram. Ou seja, eu tinha estatizado os cartórios, eles tiraram, eu tinha criado uma Justiça Agrária, eles tiraram, eu tinha suprimido a Justiça Militar, eles mantiveram, eu queria acabar com os vogais da Justiça do Trabalho e também perdi. Depois que eles conseguiram essas vitórias eles esvaziaram a sala, ficaram três gatos pingados às duas da manhã para discutir a Justiça Agrária. Eu até fiz um discurso dizendo está bem a imagem do povo brasileiro, os lobbies poderosos vêm, conseguem as suas coisas e vão embora. O lobby do povo, que são milhões, eram os três cidadãos lá. Todo mundo ouviu o que eu disse acharam muito grave, me derrotaram e foram felizes para casa [...] Fora esses pontos, os outros os Deputados topavam tudo. Não foi uma comissão dividida com debates acalourados, não foi. (Sampaio, 28/ 06/2005).⁹⁰

2.1.1.3 Do acesso à ação direta de inconstitucionalidade, ação declaratória de constitucionalidade e ação direta de inconstitucionalidade por omissão

Nos termos do art. 103 da CF/88 são legitimados para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade: o Presidente da República; a Mesa do Senado Federal; a Mesa da Câmara dos Deputados; a Mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; Governador de Estado ou do Distrito Federal; o Procurador-Geral da República; o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; partido político com representação no Congresso Nacional; confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

⁸⁸ *Ibidem*, p. 310.

⁸⁹ *Ibidem*, p. 314.

⁹⁰ *Ibidem*, p. 315.

Quando se menciona que a legitimidade para impugnar a constitucionalidade de Lei ou ato normativo é atribuída a qualquer pessoa, menciona-se que se trata de uma legitimidade universal, por sua vez, quando forem reconhecidas apenas determinadas entidades, fala-se em legitimidade restrita.⁹¹

Percebe-se que apesar da ampliação do rol de legitimados em relação à CF de 1967, a legitimação para questionar a constitucionalidade de Lei ou ato normativo continuou restrita e não atribuída a qualquer pessoa. Optou-se por um modelo intermediário no qual a legitimação, para agir, situa-se entre a legitimidade exclusiva e a legitimidade universal, sendo a legitimidade restrita e compartilhada entre diversos órgãos, agentes ou instituições.

Além do rol exaustivo de legitimados, a Lei 9.868/99⁹², que dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o STF, veda a participação de intervenção de terceiros no processo, conforme se vê no art. 18.

Com a ressalva das confederações sindicais, entidades de classe de âmbito nacional e dos partidos políticos, todos os demais legitimados para a ADI possuem capacidade postulatória especial, proveniente da própria norma constitucional, ou seja, podem subscrever a peça inicial sem auxílio de advogado.⁹³

Contudo, a jurisprudência do STF restringiu o acesso às confederações sindicais e entidades de classe de âmbito nacional, uma vez que se exige o requisito da pertinência temática, ou seja, o objeto da ação de inconstitucionalidade deve guardar relação de pertinência com a atividade realizada por aquelas.⁹⁴ A mesma restrição jurisprudencial se estende ao Governador do Estado e à Mesa da Assembleia Legislativa, devendo a Lei ou o ato normativo impugnado atingir às respectivas coletividades políticas.⁹⁵

O STF estabeleceu, portanto, que as confederações sindicais, por serem entes de natureza privada, não são aptas a preservar o interesse público e defendem apenas os interesses subjetivos de suas categorias. Contudo, o requisito da pertinência temática apresenta-se contraditório com o discurso do próprio Tribunal de que a ADIn se trata de processo de natureza objetiva, já que as confederações sindicais defenderiam interesses

⁹¹ CANOTILHO, *op. cit.*, 2003, p. 902.

⁹² BRASIL. **Lei n. 9868, de 10 de novembro de 1999**. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19868.htm. Acesso em: 20 jan. 2023.

⁹³ MENDES; BRANCO, *op. cit.*, 2011, p. 1179.

⁹⁴ *Ibidem*, p. 1185.

⁹⁵ CUNHA JÚNIOR, *op. cit.*, 2016, p. 214.

subjetivos de suas respectivas categorias.⁹⁶

Por outro lado, apesar de ser instituição de natureza privada, os partidos políticos não se submetem ao critério da pertinência temática, uma vez que o STF entende que os mesmos atuam como corpos intermediários entre a sociedade civil e a sociedade política, assim como canais institucionalizados que expressam os anseios políticos e as reivindicações sociais.⁹⁷ No que tange ao Conselho Federal da OAB, o STF entendeu que a pertinência temática também não se aplica ao órgão, considerando o caráter de defensor da ordem jurídica reconhecido constitucionalmente.

A fixação da exigência da pertinência temática para o ajuizamento de ações diretas por parte de algumas instituições demonstra o viés conservador da Suprema Corte brasileira em não permitir acesso amplo e irrestrito ao Tribunal, considerando que tal requisito não decorre expressamente dos termos do texto constitucional, o que privilegia a defesa de interesses corporativos e institucionais e não conferem proteção adequada aos interesses do cidadão.

Não obstante, o STF tem jurisprudência consolidada no sentido de que, no que tange às Confederações sindicais, deve estar constituída por pelo menos três Federações, excluídas as Federações sindicais ainda que de âmbito nacional, assim como as centrais sindicais também não possuem legitimidade para instaurar controle abstrato.⁹⁸

Com relação aos partidos políticos, apenas os diretórios nacionais possuem legitimidade para agir. No que concerne às entidades de classe de âmbito nacional, o STF apenas reconhece legitimidade àquelas entidades que possuam associados ou membros em pelo menos nove Estados da Federação, além de vinculação dos associados à mesma atividade econômica ou profissional.⁹⁹

Com relação às entidades de classe também foi realizado uma interpretação restritiva por parte do STF atribuindo o conceito de “classe” no sentido de categoria profissional ou econômica, em que apenas algumas entidades gozariam do privilégio de ter reconhecida a legitimidade, excluindo-se, portanto, classes sem repercussão econômica, como as classes estudantis, a exemplo da União Nacional dos Estudantes (UNE).¹⁰⁰ Da mesma forma, não se reconheceu legitimação aos representantes de classes integradas por estratos sociais

⁹⁶GUIMARÃES, Aline Lisboa Naves. **Participação Social no Controle de Constitucionalidade: o desvelamento da restrição nas decisões do Supremo Tribunal Federal**, Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Nacional de Brasília, Brasília-DF, 2009, p. 38.

⁹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI. 1.096-4/RS**, Tribunal Pleno, 16 mar. 1995. Voto do Min. Celso de Mello.

⁹⁸ CUNHA JÚNIOR, *op. cit.*, 2016, p. 215.

⁹⁹ *Ibidem*, p. 216.

¹⁰⁰GUIMARÃES, *op. cit.*, 2009, p. 75.

diversificados, como classe dos aposentados.¹⁰¹

No que se refere à ação declaratória de constitucionalidade, o art. 103, §4º, apenas previa inicialmente a possibilidade de propositura ao Presidente da República, a Mesa do Senado Federal, a Mesa da Câmara dos Deputados ou o Procurador-Geral da República. Contudo, com o advento da EC 45/2004, que promoveu grande reforma do sistema judiciário, outorgou-se a todos os legitimados para a ADI a legitimidade para a propositura da ADC.

Não cinge maiores dúvidas quanto aos legitimados para a propositura da ADO, uma vez que com o advento da Lei 12.063/2009 foi acrescentado o art. 12-A na Lei 9.868/99, que qualificou o mesmo rol de legitimados das ações diretas de inconstitucionalidade e das ações declaratórias de constitucionalidade.

2.1.1.3.1 Do acesso à arguição de descumprimento de preceito fundamental

Nos termos da Lei 9.882/99, são legitimados para propor a ADPF todos os legitimados para a ação direta de inconstitucionalidade, previsto no art. 103 da CF. Contudo, a versão aprovada pelo Congresso Nacional permitia expressamente o acesso amplo a qualquer cidadão, que foi objeto de veto presidencial por parte do então Presidente da República Fernando Henrique Cardoso, na Mensagem n. 1.807 de 3 de dezembro de 1999.¹⁰²

¹⁰¹ *Ibidem*, p. 79.

¹⁰² O então Presidente da República vetou o amplo acesso do cidadão ao controle concentrado de constitucionalidade, com a seguinte mensagem encaminhada ao Presidente do Senado Federal: “a disposição insere um mecanismo de acesso direto, irrestrito e individual ao Supremo Tribunal Federal sob a alegação de descumprimento de preceito fundamental por ‘qualquer pessoa lesada ou ameaçada por ato do Poder Público’. A admissão de um acesso individual e irrestrito é incompatível com o controle concentrado de legitimidade dos atos estatais – modalidade em que se insere o instituto regulado pelo projeto de Lei sob exame. A inexistência de qualquer requisito específico a ser ostentado pelo proponente da arguição e a generalidade do objeto da impugnação fazem presumir a elevação excessiva do número de feitos a reclamar apreciação pelo Supremo Tribunal Federal, sem a correlata exigência de relevância social e consistência jurídica das arguições propostas. Dúvida não há de que a viabilidade funcional do Supremo Tribunal Federal consubstancia um objetivo ou princípio implícito da ordem constitucional, para cuja máxima eficácia devem zelar os demais poderes e as normas infraconstitucionais. De resto, o amplo rol de entes legitimados para a promoção do controle abstrato de normas inscrito no art. 103 da Constituição Federal assegura a veiculação e a seleção qualificada das questões constitucionais de maior relevância e consistência, atuando como verdadeiros agentes de representação social e de assistência à cidadania. Cabe igualmente ao Procurador-Geral da República, em sua função precípua de Advogado da Constituição, a formalização das questões constitucionais carentes de decisão e socialmente relevantes. Afigura-se correto supor, portanto, que a existência de uma pluralidade de entes social e juridicamente legitimados para a promoção de controle de constitucionalidade – sem prejuízo do acesso individual ao controle difuso – torna desnecessário e pouco eficiente admitir-se o excesso de feitos a processar e julgar certamente decorrentes de um acesso irrestrito e individual ao Supremo Tribunal Federal. Na medida em que se multiplicam os feitos a examinar sem que se assegure sua relevância e transcendência social, o comprometimento adicional da capacidade funcional do Supremo Tribunal Federal constitui inequívoca ofensa ao interesse público. Impõe-se, portanto, seja vetada a disposição em comento.” BRASIL. **Mensagem n. 1807**,

O art. 2º, II da Lei 9.882/99 havia assegurado a legitimidade para a propositura da arguição a qualquer pessoa lesada ou ameaçada por ato do Poder Público. Tal veto presidencial terminou por enfraquecer o postulado democrático do acesso à justiça e da abertura do processo constitucional ao cidadão, na linha do *Verfassungsbeschwerde*¹⁰³ do direito alemão e do recurso de amparo¹⁰⁴ do direito espanhol, subtraindo do cidadão o direito de promover a defesa de seus direitos fundamentais transgredidos por ato desconforme do Poder Público.¹⁰⁵ Daniel Sarmento afirma que o referido veto subtraiu a essência da ADPF:

Na verdade, o referido veto mudou a essência da ADPF que, se podia antes dele ser concebida como um instrumento primariamente vocacionado à proteção dos direitos fundamentais lesados pelo Poder Público, à semelhança do *Verfassungsbeschwerde* e do recurso de amparo, converteu-se num processo de caráter predominantemente objetivo, destinado à garantia da ordem constitucional lesada ou ameaçada por ato estatal comissivo ou omissivo.¹⁰⁶

A jurisprudência do STF reforçou que o cidadão não tem legitimidade ativa *ad causam* para ingressar com ADPF, em razão de que as pessoas físicas não estão previstas no rol exaustivo do art. 109 da CF, carecendo, portanto, de qualidade para agir.¹⁰⁷

Em que pese a restrição de acesso ao Tribunal mencionada acima, está em tramitação no Congresso Nacional o Projeto de Lei n. 6.543/2006 que altera a Lei nº 9.882, de 3 de dezembro de 1999, para legitimar, para a propositura de arguição de descumprimento de preceito fundamental, as pessoas lesadas ou ameaçadas de lesão por ato do Poder Público, e dá outras providências.

de 03 de dezembro de 1999. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/Mensagem_Veto/1999/Mv1807-99.htm. Acesso em: 26 jul. 2023.

¹⁰³ O *Verfassungsbeschwerde* do direito alemão está previsto no art. 93, 1, nº.4-A, da Lei Fundamental, segundo a qual qualquer pessoa pode propor o recurso constitucional no Tribunal Constitucional Federal em caso de violação de direitos fundamentais por parte do Poder Público e possui uma função subjetiva de defesa de direitos objetivos e uma função objetiva de tutela da supremacia da Constituição. Em caso de judicialização da violação, o recurso constitucional apenas poderá ser ingressado após o esgotamento da via judicial, mas pode o Tribunal Constitucional decidir antes do esgotamento da via judicial se houver ou promover à parte um prejuízo grave e inevitável ou tiver um significado geral. CUNHA JÚNIOR, *op. cit.*, 2016, p. 319.

¹⁰⁴ Ensina Dirley da Cunha que o recurso de amparo do direito espanhol permite a qualquer cidadão proteger um direito fundamental junto ao Tribunal Constitucional em face de violação emanada por ato do poder público, desde que exaurida a via judicial, na forma do art. 53, nº.2 c/c art. 161, nº.1, alínea 'b' da Constituição Espanhola, assim como com espeque no art. 41, nº. 2 da Lei Orgânica do Tribunal Constitucional. *Ibidem*, p. 318.

¹⁰⁵ *Ibidem*, p. 334.

¹⁰⁶ SARMENTO, Daniel. Apontamentos sobre a arguição de descumprimento de preceito fundamental. **Revista de Direito Administrativo**, 2001, v. 224, p. 114.

¹⁰⁷ Nesse sentido, a ADPF 138-MC, Rel. Min. Celso de Mello, DJ de 7-5-2008, entendeu que: “é que pessoas físicas, estranhas ao rol exaustivo inscrito no art. 103 da Carta Política, não dispõem de qualidade para agir, perante o Supremo Tribunal Federal, em sede de controle normativo abstrato, falecendo-lhes, em consequência, em virtude da cláusula de legitimação estrita consubstanciada no preceito constitucional mencionado, a prerrogativa para ajuizar ação direta de inconstitucionalidade”. BRASIL. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental (med. Liminar) - 138**. Relator: Min. Celso de Mello. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADPF&numProcesso=138>. Acesso em: 2 jul. 2023.

No referido projeto, se estabelece que as pessoas legitimadas deverão comprovar, na petição inicial, a observância dos requisitos fixados no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, assim como a questão constitucional discutida no caso deverá atender aos mesmos requisitos exigidos para a caracterização da repercussão geral a que se refere o § 3º do art. 102 da Constituição Federal.

O relator do PL 6.543/2006, o deputado José Eduardo Cardozo, enfatizou a importância da abertura do acesso ao cidadão ao controle concentrado de constitucionalidade, como uma forma de prestigiar o princípio da soberania popular e cidadania:

Sob o prisma da constitucionalidade material e da juridicidade, não vislumbramos nenhuma ofensa às normas e princípios que regem o ordenamento jurídico pátrio. Ao revés, a modificação que se pretende reintroduzir na Lei nº 9.882, de 3.12.99, busca prestigiar a soberania popular e a cidadania, conferindo participação direta dos cidadãos na defesa de direitos fundamentais, ao admitir a propositura da arguição por qualquer pessoa lesada ou ameaçada por ato do Poder Público. Volta a ADPF, portanto, a caracterizar-se como uma ação da cidadania, conforme concebida pelo Constituinte Originário, permitindo ao cidadão pleitear diretamente ao Supremo Tribunal Federal o seu direito na hipótese de violação de preceito fundamental.¹⁰⁸

Percebe-se, portanto, que historicamente, o cidadão ou pessoa física não possui espaço deliberativo e acesso amplo à justiça constitucional no que tange ao controle concentrado de constitucionalidade que sempre eleva barreiras para a sua participação, ainda que se tratasse de defesa de preceito fundamental.

O veto mencionado travou qualquer tentativa de propiciar ao próprio cidadão lesado buscar o amparo judicial no STF, ainda com limitação de objeto referente à defesa dos preceitos fundamentais, a subsidiariedade e a existência prévia de controvérsia constitucional relevante, que desmitifica as razões do veto acerca da elevação excessiva do número de feitos para apreciação do Tribunal.¹⁰⁹

O fato de existir a faculdade de o cidadão representar ao Procurador-Geral da República, na forma do §1º do art. 2º da Lei 9.882/99, não solucionou o problema causado pelo veto, permanecendo tolhida a possibilidade de acesso à Corte suprema, assim como a obtenção de assistência judicial para proteção de um direito fundamental.

Malgrado a tradição brasileira de não permitir o acesso do cidadão à Corte Suprema, e sem embargo das diferenças existentes entre os sistemas de controle de constitucionalidade existente nos países, é possível observar, para além do recurso de amparo espanhol e da

¹⁰⁸ O trecho acima foi extraído da íntegra do voto do relator do projeto. BRASIL. Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania. **Projeto de Lei n. 6.543 de 2006**. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=391242&filename=EMR+1+CCJC+%3D%3E+PL+6543/2006. Acesso em: 26 jul. 2023.

¹⁰⁹ CUNHA JÚNIOR, *op. cit.*, 2016, p. 335.

verfassungsbeschwerde na Alemanha, a existência de instrumentos que possibilitam o maior acesso do cidadão ao Tribunal Constitucional no direito comparado, a exemplo do *writ of certiorari*¹¹⁰ do direito norte-americano, do *popular klage*¹¹¹ do direito bávaro, do *beschwerde*¹¹² proveniente do direito austríaco e da *acción pública* na Colômbia.

2.2 A DEFICIÊNCIA DOUTRINÁRIA ACERCA DOS MECANISMOS DE ACESSO AO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

A forma de acesso ao controle de constitucionalidade pelos indivíduos é um assunto de elevada importância dentro da teoria da justiça constitucional, contudo a grande maioria dos autores constitucionalistas, assim como as classificações utilizadas por estes para os modelos de controle de constitucionalidade, não o utilizam como parâmetro de definição.

Os critérios mais utilizados pela doutrina como modelos de controle de constitucionalidade são aqueles que o classificam como: concreto ou abstrato; preventivo ou repressivo; difuso, concentrado ou misto; político ou judicial; entre outros.

A análise do modelo de controle de constitucionalidade através do seu grau de abertura e acesso permite visualizar o grau de relação existente entre o cidadão e o mecanismo de controle judicial da lei, uma vez que o sistema constitucional pode estabelecer uma abertura ampla do Tribunal para todas as pessoas ou restringir o seu acesso a determinados grupos qualificados.

O desenvolvimento do estudo do direito constitucional tem se empenhado em outros aspectos do controle de constitucionalidade e subestimou a importância de se atribuir um olhar atento para a perspectiva de acesso aos Tribunais Constitucionais. Contudo, Jorge Ernesto Roa Roa entende que o estudo de tal perspectiva é algo determinante para a definição

¹¹⁰ Leciona Dirley da Cunha que consiste num pedido formulado à Suprema Corte por qualquer das partes no processo em trâmite perante outras instâncias judiciais, com o objetivo de que a Corte resolva questão pendente ou já decidida, sempre que houver razões especiais para isso. *Ibidem*, p. 318.

¹¹¹ Originário do direito bávaro, previsto no art. 98, n.º. 4 da Constituição da Bavária, cuja regulamentação legal prevê o direito de ação a *quisquis de populo* (ação popular), que se destina à impugnação de leis ou regulamentos lesivos aos direitos fundamentais, que pode ser válido por qualquer pessoa, mediante acesso junto à Corte Constitucional. *Ibidem*, p. 318.

¹¹² Originária do direito austríaco, instituído como um recurso constitucional, permite ao particular impugnar Lei violadora de direitos fundamentais diretamente no Tribunal Constitucional, após exaurida a via administrativa. *Ibidem*, p. 318.

do papel da justiça constitucional.¹¹³

Em que pese existir uma vasta literatura acerca da matéria relativa ao controle de constitucionalidade, não há uma classificação dos modelos de revisão judicial da Lei que estabeleça como método de comparação o grau de acesso dos indivíduos aos tribunais constitucionais, questionando a constitucionalidade de um ato infraconstitucional.¹¹⁴

A doutrina clássica e tradicional aborda o tema elencando os legitimados ativos para propor as demandas diretas de constitucionalidade, sem analisar as consequências para o próprio sistema jurídico e político com relação ao nível de acesso dos indivíduos aos Tribunais Constitucionais.

Diante deste cenário, mister se faz apresentar a classificação elaborada por Jorge Ernesto Roa Roa, utilizando-se como critério principal o grau de abertura ou acesso à participação dos diversos atores no processo de controle de constitucionalidade, diante das suas consequências para o próprio sistema jurídico e político.

Tal classificação é imprescindível para demonstrar a importância de se pensar, na prática, mecanismos ou instrumentos necessários para aproximarmos os anseios constitucionais da vida diária do cidadão, especialmente em modelos que estão no nível mais restrito de acesso à alta cúpula do Judiciário, como no caso brasileiro.

Por outro lado, apoiar-se fundamentadamente nos ensinamentos teóricos do constitucionalista colombiano se revela também indispensável, considerando que as ideias por ele defendidas dialogam com os objetivos específicos do presente trabalho, já que se deve pensar em acesso à justiça aos cidadãos no controle concentrado de constitucionalidade. Não se pode perder de vista que o cidadão é um responsável por requerer os seus direitos e também sofre as violações destes.

A partir desta classificação é possível extrair conclusões importantes para o entendimento do sistema de controle concentrado de constitucionalidade existente no Brasil, assim como o seu grau de abertura à sociedade, que servirá como balizador do posterior debate a ser trazido no presente trabalho.

¹¹³ROA ROA, Jorge Ernesto. *La legitimidad democrática del control de constitucionalidade: el ciudadano ante la justicia constitucional*. Tesis (Doctoral) - Universitat Pompeu Fabra Barcelona, Barcelona, 2017, p. 7.

¹¹⁴ *Ibidem*, p. 5.

2.2.1 Classificação de acesso ao controle de constitucionalidade de Jorge Ernesto Roa Roa

Jorge Ernesto Roa Roa identifica a existência de quatro modelos de revisão judicial da Lei com base nos diferentes níveis de acessos dos indivíduos ao controle de constitucionalidade, que podem ser descritos sob as categorias de: acesso amplo ou popular; acesso intermediário ou interessado; acesso coletivo ou organizado; e acesso através de funcionários públicos.

2.2.1.1 Acesso amplo ou popular

Neste nível de amplitude de participação no controle de constitucionalidade, é permitido a qualquer pessoa natural ou jurídica, assim como aos cidadãos de maneira individual ou coletiva, impugnar a constitucionalidade da Lei, independentemente da representação por um advogado, uma qualificação especial de argumentos válidos no debate constitucional ou algum outro requisito processual.¹¹⁵

Esta categoria de acesso amplo ou popular se subdivide em: acesso de todas as pessoas ao controle de constitucionalidade mediante as *actio popularis*; cidadania como requisito de acesso ao controle de constitucionalidade através da *acción pública*; e acesso direto condicionado ao cumprimento de alguns requisitos de procedibilidade.

2.2.1.1.1 Acesso de todas as pessoas ao controle de constitucionalidade mediante as *actio popularis*

A *actio popularis* é uma ação por meio da qual todas as pessoas naturais ou jurídicas podem postular no Tribunal Supremo ou Constitucional para que declare ou desvirtue a presunção de constitucionalidade de uma Lei.¹¹⁶

Em razão do forte risco de ações temerárias, assim como a alta carga de trabalho dos Tribunais Constitucionais, tal sistema foi rechaçado na Europa, sendo apenas previsto nos sistemas do Equador, Israel, Panamá e Venezuela, em que se permite que qualquer pessoa natural ou jurídica inicie o processo de controle de constitucionalidade sem a necessidade de

¹¹⁵ *Ibidem*, p. 8-9.

¹¹⁶ *Ibidem*, p. 9.

satisfazer a requisitos adicionais.¹¹⁷

O art. 439 da Constituição equatoriana traz que “las acciones constitucionales podrán ser presentadas por cualquier ciudadana o ciudadano individual o colectivamente”¹¹⁸. A Constituição panamenha, por sua vez, revela em seu art. 206 que:

La guarda de la integridad de la Constitución para lo cual la Corte en pleno conocerá y decidirá, con audiencia del Procurador General de la Nación o del Procurador de la Administración, sobre la inconstitucionalidad de las Leyes, decretos, acuerdos, resoluciones y demás actos que por razones de fondo o de forma impugne ante ella cualquier persona.¹¹⁹

Embora Jorge Ernesto Roa Roa tenha incluído a Venezuela como modelo de acesso amplo ao controle de constitucionalidade, o autor afirma que na prática foram exigidos alguns requisitos como residência em uma determinada parte do território para desafiar os regulamentos locais; prova da qualidade de contribuinte para demandar sobre leis tributárias; pertencer a grupos discriminados para intentar ações sobre discriminação; assim como o Tribunal Supremo tem rechaçado as ações de grupos que possuem divergência política com o governo.¹²⁰

Com o advento da Lei Orgânica de 2010, o primeiro grupo de restrições foi eliminado definitivamente, mas, por outro lado, a inadmissão dos recursos por parte do Tribunal Supremo com base nas posições políticas dos peticionantes são distorções no sistema que devem ser corrigidas para se recuperar o pleno acesso ao controle de constitucionalidade.¹²¹

No caso de Israel, tem-se estabelecido que todas as pessoas podem ter acesso ao controle de constitucionalidade quando ocorrer uma violação grave ao Estado de direito, considerando a interpretação em sentido amplo conferida a este requisito.¹²²

2.2.1.1.2 Cidadania como requisito de acesso ao controle de constitucionalidade através da acción pública

Pode-se incluir como categoria de acesso amplo ao controle de constitucionalidade aqueles sistemas que conferem legitimidade ativa para as pessoas que possuem a condição de

¹¹⁷*Ibidem*, p. 9.

¹¹⁸Art. 439 de EQUADOR. Constitución de la República de Ecuador, 2008. **Siteal-UNESCO**. Disponível em: https://siteal.iiep.unesco.org/sites/default/files/sit_accion_files/siteal_ecuador_6002.pdf. Acesso em: 30 maio 2023.

¹¹⁹ Art. 206 de PANAMÁ. Constitución Política de la República de Panamá, 1972. **Siteal-UNESCO**. Disponível em: https://siteal.iiep.unesco.org/sites/default/files/sit_accion_files/pa_3052_0.pdf. Acesso em: 30 maio 2023.

¹²⁰ ROA ROA, *op. cit.*, 2017, p. 10.

¹²¹*Ibidem*, p. 10.

¹²²*Ibidem*, p. 10.

cidadão, o que implica, na maioria das vezes, em exclusão dos estrangeiros, pessoas jurídicas e pessoas que perderem seus direitos em virtude de sentença penal condenatória ou interdição de direitos.¹²³

Um dos exemplos citados como modelo de acesso amplo através da *acción pública* é o previsto na Constituição da Colômbia de 1991, que traz a faculdade exclusiva dos cidadãos de apresentar ações públicas de constitucionalidade na Corte, além da legitimidade ativa no sistema constitucional de El Salvador, Chile e Indonésia.¹²⁴

2.2.1.1.3 Acesso direto condicionado ao cumprimento de alguns requisitos de procedibilidade

Por último, também se incluem como forma de acesso amplo ao controle de constitucionalidade os sistemas que, com a exigência ou não do requisito da cidadania, estabelecem que a pessoa que demandar na jurisdição constitucional deve fazê-lo com a representação técnica de um advogado, como por exemplo na Guatemala, ou deve preencher determinados requisitos quanto à argumentação.¹²⁵ A Lei de *Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad*, por exemplo, em seu art. 134, possibilita a qualquer pessoa a possibilidade de interpor ações de constitucionalidade desde que o faça com a presença de três advogados.¹²⁶

Jorge Ernesto Roa Roa adverte que a apresentação de um escrito formal, através de uma elevada carga argumentativa e patrocinada por advogado, pode evitar o abuso do direito pelo cidadão, o uso de demandas temerárias, assim como discussões teratológicas perante o juiz constitucional e não se constitui uma limitação excessiva ao amplo e efetivo acesso dos indivíduos ao controle de constitucionalidade que altere sua acessibilidade e legitimidade ampla.¹²⁷

¹²³ ROA ROA, *op. cit.*, 2017, p. 14.

¹²⁴ *Ibidem*, p. 14-15.

¹²⁵ *Ibidem*, p. 17.

¹²⁶ Art. 134 da Lei de *Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad*: “Legitimación activa: Tiene legitimación para plantear la inconstitucionalidad de leyes, reglamentos o disposiciones de carácter general: a) La Junta Directiva del Colegio de Abogados actuando a través de su Presidente; b) El Ministerio Público a través del Procurador General de la Nación; c) El Procurador de los Derechos Humanos en contra de leyes, reglamentos o disposiciones de carácter general que afecten intereses de su competencia; d) Cualquier persona con el auxilio de tres abogados colegiados activos”. GUATEMALA. *Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad*. **PDBA**. Disponível em: <https://pdba.georgetown.edu/Parties/Guate/Leyes/Decreto1-86.pdf>. Acesso em: 30 maio 2023.

¹²⁷ ROA ROA, *op. cit.*, 2017, p. 17-18.

2.2.1.2 Acesso interessado

O modelo de acesso interessado, segundo Jorge Ernesto Roa Roa, é aquele que permite o acesso direto dos cidadãos desde que demonstrem algum interesse na decisão da Corte ou uma potencial lesão ou prejuízo a um de seus direitos protegidos pelo ordenamento jurídico, que pode ocorrer tanto no controle concentrado quanto no controle difuso.¹²⁸

O mecanismo de acesso interessado ao controle de constitucionalidade foi estabelecido na Constituição Federal da Suíça em 1874, em que se permitia que qualquer cidadão que se considerasse afetado em seus direitos por uma Lei podia requerer a nulidade ao Tribunal Federal, mediante um recurso de direito público. Da mesma forma, o acesso interessado esteve presente no constitucionalismo espanhol do início do século XX no Anteprojeto da Constituição Espanhola, apresentado em Assembleia Nacional em 6 de julho de 1929.¹²⁹

Atualmente, as Constituições da República Dominicana, do Uruguai (art. 258), Honduras (art. 77), de Nicarágua e do Paraguai, por exemplo, enquadram-se no modelo de acesso interessado, permitindo que qualquer cidadão postule no controle abstrato de constitucionalidade, desde que o ato normativo possa prejudicar de maneira direta ou indireta seus direitos legítimos protegidos juridicamente.¹³⁰

2.2.1.3 Acesso Coletivo ou Organizado

Este terceiro nível de acesso ao controle de constitucionalidade abandona a perspectiva individual e põe ênfase na possibilidade de um grande número de pessoas, agrupadas ou não, questionarem a constitucionalidade de uma lei. Portanto, os modelos de acesso coletivo são aqueles que estabelecem como requisito para impugnar uma lei, que o recurso seja apresentado por um número mínimo de cidadãos ou por uma determinada organização.¹³¹

Um dos primeiros antecedentes históricos de acesso coletivo estava previsto na Constituição de Cuba de 1940, que estabelecia que o recurso de inconstitucionalidade podia ser interposto perante o Tribunal de Garantias Constitucionais e Sociais por um grupo de no mínimo 25 cidadãos. Da mesma forma, a Constituição do Equador de 1998 estabelecia que as

¹²⁸ *Ibidem*, p. 18.

¹²⁹ *Ibidem*, p. 19.

¹³⁰ *Ibidem*, p. 19-20.

¹³¹ *Ibidem*, p. 25.

demandas de constitucionalidade poderiam ser apresentadas por mil cidadãos em pleno exercício de direito político.¹³² Atualmente, a Constituição peruana dispõe em seu artigo 203-5 que as ações de constitucionalidade contra as leis podem ser ingressadas por cinco mil cidadãos.¹³³

Além do acesso coletivo, também pertencem a este nível de abertura os desenhos institucionais que permitem o acesso organizado ao controle de constitucionalidade à uma associação ou grupo que representa determinadas pessoas e se privilegia o caráter orgânico e a condição especial de algumas instituições dentro da sociedade. Jorge Ernesto Roa Roa enquadra a Constituição mexicana, considerando o teor do seu art. 105-II-f, assim como a Constituição Federal do Brasil neste modelo de abertura, uma vez que o art. 103, VII, VIII e IX, estabelece que podem propor a ADI e a ADC o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, o partido político com representação no Congresso Nacional e a confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.¹³⁴

Esses tipos de projetos reconhecem implicitamente a existência de certas organizações ou grupos que realizam um acompanhamento especial do trabalho legislativo, possui interesses que merecem proteção especial ou constituem um critério autorizado para elevar o controle de constitucionalidade.¹³⁵

No caso brasileiro, verifica-se uma interseção também com o modelo anterior de acesso interessado, uma vez que o Supremo Tribunal Federal já estabeleceu a necessidade de demonstrar pertinência temática ou interesse legítimo institucional da organização para ingressar com a ação direta de inconstitucionalidade, com a prova de existência de uma relação entre a sua finalidade institucional e o objeto da ação, sob pena de indeferimento do pleito.

¹³² *Ibidem*, p. 24-25.

¹³³ Art. 203-5 da Constituição do Peru dispõe que “Personas facultadas para interponer Acción de Inconstitucionalidad. Están facultados para interponer acción de inconstitucionalidad: (...) 5. Cinco mil ciudadanos con firmas comprobadas por el Jurado Nacional de Elecciones. Si la norma es una ordenanza municipal, está facultado para impugnarla el uno por ciento de los ciudadanos del respectivo ámbito territorial, siempre que este porcentaje no exceda del número de firmas anteriormente señalado”. El artículo 99 del Código Procesal Constitucional de Perú establece que el grupo de ciudadanos debe estar representado por uno solo de estos y actuar con el patrocinio de un abogado”. PERU. Constitución Política de 1993. **Organização dos Estados Americanos (OAS)**. Disponível em: https://www.oas.org/juridico/spanish/per_res17.pdf. Acesso em: 09 dez. 2023.

¹³⁴ ROA ROA, *op. cit.*, 2017, p. 26-27.

¹³⁵ *Ibidem*, p. 27.

2.2.1.4 Acesso por intermédio de funcionários públicos

Este é o nível mais restrito de acesso ao controle de constitucionalidade, em que se confere legitimidade a determinados funcionários públicos como o Chefe de Governo, o presidente do parlamento, os grupos parlamentários ou representantes do povo, que foi o modelo optado por Kelsen em sua concepção de justiça constitucional.¹³⁶

Na forma do art. 103 da Constituição Federal do Brasil são legitimados para ingressar com ação direta de inconstitucionalidade o Presidente da República; a Mesa do Senado Federal; a Mesa da Câmara dos Deputados; a Mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; Governador de Estado ou do Distrito Federal; o Procurador-Geral da República.

Neste modelo de acesso não há nenhuma forma direta de os indivíduos acessarem a Corte Constitucional, mas apenas de forma indireta, através de funcionários legitimados como defensores dos interesses do povo, que atuam como representantes qualificados dos interesses dos cidadãos.

Jorge Ernesto Roa Roa afirma que, para alguns autores, dentre eles, Humberto Nogueira Alcalá, o modelo de acesso por intermédio de funcionários públicos é o que melhor responde à ideia de controle abstrato de constitucionalidade, uma vez que constitui uma forma de defesa objetiva da Constituição, enquanto assegurar legitimidade ampla, popular e interessada constitui um desvio da ideia clássica de defesa da Constituição como um processo objetivo, que não há partes nem interesses concretos a serem protegidos.¹³⁷

Contudo, esta modalidade de acesso não está imune às críticas, uma vez que a atribuição específica de legitimação a apenas os membros do Congresso cria uma tendência inevitável de judicialização de questões políticas, o que prolonga os debates e discussões já superadas em sede parlamentar. Este fenômeno pode ser visto na Espanha quando, na prática, apenas quem apresenta ação de constitucionalidade são os membros da oposição, assim como na Alemanha, onde se utilizam expressões como “terceira câmara”, “quarta leitura da Lei”, ou a simples ameaça entre parlamentares com expressões como “nos vemos na Corte Constitucional”.¹³⁸

Este modelo fechado de participação no controle de constitucionalidade pode promover o fenômeno da elitização política da defesa da Constituição, já que não permite

¹³⁶ *Ibidem*, p. 28.

¹³⁷ *Ibidem*, p. 32.

¹³⁸ *Ibidem*, p. 32.

acessos dos cidadãos aos Tribunais, assim como não possibilita que a revisão judicial seja uma fonte verdadeira de deliberação pública.¹³⁹

Em que pese haver a possibilidade de os grupos parlamentares minoritários defenderem seus direitos e se voltarem contra o abuso das maiorias em uma democracia constitucional, não há que olvidar a importância de se abrir as portas do controle de constitucionalidade para minorias que não possuem sequer representação política minoritária.

Dessa forma, a abertura do acesso ao controle de constitucionalidade pode ser uma boa alternativa para permitir que as minorias mais vulneráveis, quais sejam, aqueles cidadãos que não possuem capacidade política ou representação parlamentar, possam defender seus direitos fundamentais perante a Corte Constitucional.

2.2.2 A classificação de acesso ao controle de constitucionalidade adotada no Brasil segundo a concepção de Jorge Ernesto Roa Roa

O sistema constitucional brasileiro, de acordo com a classificação de abertura do controle de constitucionalidade proposta por Jorge Ernesto Roa Roa, pode ser enquadrado em um modelo misto que permeia o acesso organizado e o acesso por meio de funcionários públicos.

Nesse contexto, percebe-se que o modelo brasileiro está no nível mais restrito de acesso à Suprema Corte brasileira, com fundamento em um sistema clássico e fechado, em que apenas interesses objetivos podem ser discutidos no processo constitucional, assim como apenas possibilita o acesso indireto dos cidadãos ao Supremo Tribunal Federal.

Contudo, tal modelo ocasiona, inevitavelmente, diversos problemas, como a judicialização de questões políticas, o que prolonga os debates e discussões já superados em sede parlamentar, assim como a elitização da defesa da Constituição, já que não permite amplo acesso ao debate constitucional.

Através de um balançar de olhos entre o estudo dos aspectos concretos relativos à história e a prática constitucional brasileira, desde a época imperial até o período pós Constituição de 1988, e a classificação formulada pelo constitucionalista Jorge Ernesto Roa Roa, percebe-se que o Estado brasileiro adotou um modelo fechado no que concerne ao grau de acesso do cidadão ao controle concentrado de constitucionalidade.

¹³⁹ *Ibidem*, p. 34.

3 ABERTURA DO CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE

A ideia de sociedade aberta é um modelo desenhado em 1945 por Popper, como contraponto aos sistemas filosóficos de Platão e Hegel, assim como ao ideário fascista e comunista totalitário. O objetivo era fortalecer o cidadão e colocá-lo no centro do Estado constitucional dentro de uma sociedade pluralista, assim como ir de encontro ao Estado hipertrofiado e até aos partidos políticos que se posicionam com autossuficiência.¹⁴⁰

A sociedade aberta é um objetivo da ciência através de uma teoria geral constitucional e a “sociedade aberta dos intérpretes constitucionais”, desenvolvida por Peter Häberle, em 1975, foi uma tentativa especial de aplicar a “sociedade aberta” de Popper à ciência do direito constitucional.

No Brasil, desde que a obra *Hermenêutica Constitucional: Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição – contribuição para a Interpretação Pluralista e Procedimental da Constituição* foi traduzida, a doutrina de Peter Häberle foi incorporada de forma contundente no meio acadêmico e, no âmbito legislativo, a figura do *amicus curiae* representa um forte exemplo da influência de sua doutrina, previsto no art. 9º da Lei 9.868/99.¹⁴¹

Dessa maneira, antes de ingressar na discussão principal do presente trabalho, qual seja, a constitucionalidade da participação do cidadão como *amicus curiae* no controle concentrado de constitucionalidade, é indispensável tratar da abertura do processo constitucional a diferentes atores sociais, merecendo especial atenção os estudos do professor Peter Häberle, que “destaca-se por uma visão republicana e democrática da interpretação da Constituição, centrada na idéia de que uma sociedade aberta exige uma interpretação igualmente aberta de sua lei fundamental”.¹⁴² A íntima relação da abertura do processo constitucional com a participação do *amicus curiae* é realçada por Inocêncio Mártires Coelho:

Do ponto de vista procedimental, para que essa abertura hermenêutica possa gerar frutos segundo a sua espécie, faz-se necessário integrar a realidade no processo de interpretação constitucional, o que só se alcançará se forem criados mecanismos idôneos para captar, filtrar e absorver os anseios de todos os atores da cena social. É que, embora intérpretes não-oficiais da Lei Fundamental, nem por isso os chamados grupos intermediários e o próprio cidadão deixam de ser legítimos interessados na sua aplicação. Detentores permanentes da privilegiada condição de sujeitos do processo constituinte e de realizadores e destinatários finais da Constituição, de nada lhes adiantaria ostentar esse título de nobreza se lhes fosse vedado participar do

¹⁴⁰HÄBERLE, *op. cit.* 2009, p. 190.

¹⁴¹MENDES, Gilmar Ferreira; DO VALE, André Rufino. O pensamento de Peter Häberle na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. **Observatório da Jurisdição Constitucional**, 2009.

¹⁴²COELHO, Inocêncio Mártires. As ideias de Peter Häberle e a abertura da interpretação constitucional no direito brasileiro. **IBDC**, São Paulo, ano 6, n. 25, out./dez. 1998, p. 157.

processo de tradução da vontade constitucional.¹⁴³

Dessa forma, o controle de constitucionalidade, ou melhor, o direito processual constitucional, torna-se uma garantia de pluralismo e de participação, ainda que isso possa causar certa sobrecarga de trabalho à maioria dos Tribunais.¹⁴⁴ Com a abertura do processo constitucional e a presença do *amicus curiae* “não apenas se reitera a impessoalidade da questão constitucional, como também se evidencia que o deslinde desse tipo de controvérsia interessa objetivamente a todos os indivíduos e grupos sociais”.¹⁴⁵

No cenário atual, não há que olvidar-se acerca do papel prioritário e a posição privilegiada do Poder Judiciário e dos Tribunais Constitucionais na tarefa de interpretação constitucional, sendo, inclusive, atribuído ao Supremo Tribunal Federal o papel de guardião da CF/88, em seu art. 103. Contudo, constitui um erro crasso atribuir ao Poder Judiciário o papel de intérprete exclusivo do texto constitucional.¹⁴⁶

Quando os cidadãos debatem temas controvertidos como liberalização de drogas, regime de cotas, aborto, eutanásia, porte de armas para o civil, entre outros assuntos, eles estão interpretando a Constituição. Dessa maneira, a interpretação constitucional não é apenas terreno para os juristas e juízes, mas também para a sociedade como um todo. Um dos maiores exemplos da grande participação social no processo constitucional se refere às pesquisas com células-tronco embrionárias, em que diversas entidades se habilitaram como *amicus curiae*, em que a decisão judicial passou a ser discutida pelos cidadãos em geral.

No caso mencionado acima, a decisão final decorreu após intenso diálogo com a sociedade, o que tornou a decisão proferida pelo STF muito mais legítima do que se o processo fosse conduzido unilateralmente e decidido apenas pelo Tribunal, sem debate público e qualquer participação cidadã.

A temática envolvendo a abertura da Constituição fundamenta-se em uma visão principiológica e antiformalista do constitucionalismo contemporâneo que, entre outros aspectos, consagra a necessidade de democratizar o processo de interpretação das normas constitucionais e reformular a metodologia jurídica tradicional, historicamente atrelada a um

¹⁴³*Ibidem*, p. 159.

¹⁴⁴HÄBERLE, *op. cit.*, 2009, p. 197.

¹⁴⁵COELHO, *op.cit.*, 1998, p. 163.

¹⁴⁶ Nesse sentido: “Los tribunales constitucionales no son, en mi opinión, ‘intérprete auténtico de la Constitución’, como lo dicen algunas Constituciones (por ejemplo, la Constitución de Albania de 1988, el artículo 124,1: ‘interpretación definitiva’; el artículo 149,1 de la Constitución de Burundi de 1992: ‘el intérprete de la Constitución’; el artículo 149,1, n° 1 de la Constitución de Bulgaria: ‘interpretación vinculante de la Constitución’), sólo son un intérprete en la sociedad abierta de los intérpretes constitucionales, evidentemente uno cualificado de manera especial”. HÄBERLE, *op. cit.*, 2009, p. 197.

modelo de sociedade fechada.¹⁴⁷

A concepção de uma sociedade fechada foi um processo inerente ao positivismo jurídico¹⁴⁸, concentrado na interpretação constitucional dos juízes e nos procedimentos formais, que atrelou o direito à Lei com o objetivo de trazer mais segurança jurídica, justificado em razão do trauma causado pelo Antigo Regime.¹⁴⁹

O positivismo jurídico¹⁵⁰, contudo, foi alvo de críticas severas sob a alegação de ser uma epistemologia que legitima ordens jurídicas totalitárias, sendo que as tragédias que ocorreram dentro do Estado Nazista demonstraram a insuficiência da teoria positivista para o alcance dos ideais de justiça e valores intrínsecos da sociedade.¹⁵¹

A partir de meados de 1960, o problema da interpretação foi colocado no centro da própria concepção de direito, ocorrendo a chamada “virada hermenêutica”, que representou

¹⁴⁷MAGANE, Renata Possi. O método concretista da constituição aberta. **Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas**, Pouso Alegre, v. 25, n. 2, 2009, p. 111.

¹⁴⁸No Direito, o termo “positivismo” pode compreender posições teóricas das mais variadas, considerando as diversas vertentes do positivismo jurídico, assim como existem inúmeros autores que empunham esta vertente jurídica, como Norberto Bobbio, Hans Kelsen, Herbert Hart, John Austin e Alf Ross. Lenio Streck afirma que “o positivismo jurídico, enquanto paradigma teórico, está longe de ser algo uniforme. Muito pelo contrário, por positivismo jurídico é possível considerar posições teóricas que são, entre si, profundamente heterogêneas”. STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 6. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2017, p. 44. Desta maneira, há de se esclarecer que o termo “positivismo jurídico” utilizado no texto se refere ao positivismo exegético, da Escola de Exegese, em que se caracterizava pelo “apego do julgador ao expresso texto legal, não se lhe permitindo ultrapassar a interpretação gramatical mediante a adição de subjetividades e valorações extraídas da moral e da ética, posto que toda a moral e ética vigentes achavam-se, segundo seu pensamento, gravada na lei escrita. Assim, o que não estava na lei poderia ser buscado apenas na analogia (*analogia legis*) e nos princípios gerais de Direito e, caso mesmo assim não fosse encontrada uma resposta ao caso concreto, a solução seria a improcedência da demanda, inadmitida que era a existência de lacunas na lei, perfeita por natureza. Quando o texto da lei não fosse claro o suficiente, dever-se-ia recorrer à vontade do legislador (interpretação lógica), igualmente interpretada gramaticalmente com base nos trabalhos preparatórios à sua edição”. LISBOA, Marcelo Jucá. Metodologia jurídica e sua relação com o conceito, interpretação e aplicação do direito: uma visão panorâmica. **Revista Jurídica Luso-Brasileira**, n. 2, 2016, p. 854. Contudo, há de salientar a separação analítica doutrinária entre os positivismos: o positivismo ideológico, teórico e metodológico ou conceitual. O positivismo ideológico é aquele em que os autores defendem que o direito positivo possui força obrigatória, devendo ser obedecido por todos, independentemente de questões morais envolvidas, sendo que o direito deve ser observado independente do conteúdo. O positivismo teórico, por sua vez, é aquele em que o direito é confundido com a lei e o positivismo metodológico é aquele em que o direito não deve ser caracterizado de acordo com propriedades valorativas, mas de forma descritiva, este último defendido por Kelsen e Hart. STRECK, *op. cit.*, 2017, p. 45-46.

¹⁴⁹MAGANE, *op. cit.*, 2009, p. 112.

¹⁵⁰Embora se afirme que o positivismo jurídico atua como serventário de regimes totalitários há de se recordar as suas diversas vertentes, assim como lembrar que o positivista metodológico Hans Kelsen possuía ascendência judaica e se opôs a Hitler defendendo a democracia e o papel das instituições. O jurista descrevia o ordenamento jurídico totalitário, mas não o elogiava: “segundo o Direito dos Estados totalitários, o governo tem poder para encerrar em campos de concentração, forçar a quaisquer trabalhos e até matar os indivíduos de opinião, religião ou raça indesejável. Podemos condenar com a maior veemência tais medidas, mas o que não podemos é considerá-las como situando-se fora da ordem jurídica desses Estados”. KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fonte, 1999, p. 28. Essa forma de positivismo jurídico, por exemplo, que busca “descrever o mundo independentemente de valorações – pressuposto básico do positivismo – só é possível porque tal separação é feita de forma ficcional, ignorando o modo como compreendemos a realidade”. STRECK, *op. cit.*, 2017, p. 60.

¹⁵¹MAGANE, *op. cit.*, 2009, p. 112.

um mecanismo para a superação dos limites do formalismo jurídico característico do positivismo.¹⁵² Nessa ordem de ideias, torna-se imperiosa a dicção do jurista Inocêncio Mártires Coelho:

Em suma, no contexto de um Estado de direito, que se pretende democrático e social, torna-se imperioso que a leitura da Constituição se faça em voz alta e à luz do dia, no âmbito de um processo verdadeiramente público e republicano, pelos diversos atores da cena institucional - agentes políticos ou não - porque, ao fim e ao cabo, todos os membros da sociedade política fundamentam na Constituição, de forma direta e imediata, os seus direitos e deveres.¹⁵³

A Constituição serve a todo o país e não traduz apenas o que os juízes dizem que ela significa. A ênfase demasiada da hermenêutica constitucional no Judiciário pode em alguma medida comprometer, em vez de promover, a mobilização e o sentimento de cidadania, demonstrando que algo parece estar errado com a capacidade de manifestação popular.

Inclusive, em que pese a relevante função contramajoritária dos Tribunais Constitucionais, existem cenários em que a atuação do Poder Judiciário ocorre contra o direito das minorias, como no caso da Suprema Corte norte-americana no século XIX, que atuou em favor da manutenção da escravidão no país, bloqueando iniciativas legislativas voltadas à sua limitação, assim como do STF que impôs condicionamentos às futuras demarcações de terras indígenas no julgamento do caso “Raposa Serra do Sol” e cerceou gravemente os direitos fundamentais dessa minoria étnica.¹⁵⁴

O protagonismo judicial, ao absorver por completo o papel de intérprete maior ou único, do texto constitucional, obscurece as funções dos demais Poderes da República que também fazem parte da gama social da hermenêutica constitucional, assim como pormenoriza o princípio da soberania popular. O protagonismo judicial deve ceder espaço para o protagonismo social.

Esta linha intelectual vai ao encontro do pensamento do professor José Horácio Meirelles Teixeira que credita ao povo o esperado protagonismo na preservação da integridade do texto constitucional:

Evidentemente, a própria Nação soberana é sempre, em última instância, a defensora suprema da Constituição, e tal asserção não constitui mera figura de retórica democrático-liberal. Num país onde existam tradições políticas, aprimorado civismo, onde o povo compreenda o imenso valor da liberdade, das instituições livres e do Estado de Direito, a opinião pública exercerá, realmente, uma tal pressão, constante e efetiva, sobre o governo e parlamentos, que estes dificilmente ousarão violar a Constituição, mesmo que esta se apresente flexível, como é o caso da

¹⁵² *Ibidem*, p. 113.

¹⁵³ COELHO, op. cit., 1998, p.158.

¹⁵⁴ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito Constitucional**: teoria, história e métodos de trabalho. Belo Horizonte: Forum, 2012, p. 360.

Inglaterra. Aqui, é o povo, verdadeiramente, o defensor máximo e real da Constituição.¹⁵⁵

Portanto, todos aqueles que vivem a norma constitucional, potências públicas, cidadãos ou grupos, devem ser considerados como forças produtivas de interpretação da Constituição, não cabendo ao Supremo Tribunal Federal exercer o monopólio de sua atividade interpretativa, uma vez que suas decisões afetam diretamente a vida de toda a comunidade e, dessa forma, não pode ser apenas manejada pelo Tribunal.

A ideia de diálogos constitucionais é mais compatível com a proteção dos direitos das minorias, alicerce do constitucionalismo, e nessa linha de pensamento, mister se faz adentrar em alguns fundamentos teóricos relevantes, oriundos do direito comparado, para a abertura do processo constitucional para novos atores sociais.

O objetivo neste ponto não é realizar a importação acrítica de institutos estrangeiros, uma vez que se deve considerar a necessidade de se atentar sempre para as particularidades do nosso ordenamento constitucional positivo, assim como para as especificidades do quadro jurídico brasileiro.

O ponto principal, neste momento, é incorporar ao debate constitucional novos e velhos argumentos, bem como pontos de vista provenientes da doutrina estrangeira, ampliando a nossa perspectiva acerca da participação social no controle concentrado de constitucionalidade, o que permite o diagnóstico de possíveis fragilidades e inconsistências dos entendimentos tradicionalmente adotados no plano nacional.

3.1 A CONTRIBUIÇÃO DOUTRINÁRIA TRAZIDA POR PETER HÄBERLE E A SOCIEDADE ABERTA DOS INTÉRPRETES

Sem embargo da legitimidade dos partidos políticos e das associações, o que de maneira positiva permite mais cidadania perante a Corte Suprema, dentro de uma perspectiva de sociedade aberta, todos são considerados intérpretes potenciais da Constituição, inclusive o cidadão. Por isso, para o escopo do presente trabalho, socorrer-se às ideias defendidas por Peter Häberle mostram-se fundamentais para o desenvolvimento da linha intelectual ora trazida.

O autor defende a adoção de uma hermenêutica constitucional adaptada à sociedade

¹⁵⁵ TEIXEIRA, José Horácio Meirelles. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Forense Universitária, 1991, p. 402.

pluralista ou aberta, especialmente considerando que, em razão da Constituição Federal ser o papel fundamental de toda a sociedade e Estado, todo aquele que vive a Constituição é um legítimo intérprete.

Em uma democracia pluralista, todos os cidadãos são guardiões da Constituição, desde o cidadão comum até o Presidente da República. Nessa linha intelectual, um dos textos que mais desperta interesse no direito constitucional moderno é a “sociedade aberta dos intérpretes da Constituição” do professor Peter Häberle, que teve a publicação inaugural em 1975.

Esse texto, traduzido e apresentado por Gilmar Ferreira Mendes, serviu de inspiração e exerceu influência direta no Projeto de Lei nº. 2.960/1997 que dispôs sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e ação declaratória de constitucionalidade perante o STF, considerando que o referido autor participou da comissão de juristas encarregados de elaborar tal mister.¹⁵⁶

A ideia de pluralismo defendida foi desenvolvida através da tese de Estado Constitucional Cooperativo, que pode ser vista como uma busca pela criação de um modelo em que os Estados são considerados integrantes de uma comunidade em uma relação de cooperação internacional.¹⁵⁷

Para o autor alemão, a teoria da interpretação constitucional tradicional apenas tratava das tarefas, objetivos e métodos que envolvem o processo de interpretação, mas não dava importância para a questão que envolve os participantes da interpretação da Constituição.¹⁵⁸

Sua teoria pressupõe o fato de que a jurisdição constitucional representa espaço de composição de conflitos políticos e de realização de escolhas constitucionais, na busca do equilíbrio entre a proteção dos direitos fundamentais e o autogoverno do povo, em meio à indelével marca de pluralidade das sociedades modernas. Diante dessa conjectura, a mera legitimidade derivada da delegação constitucional e das garantias de independência e imparcialidade do juiz não seriam suficientes para evitar o que Dieter Grimm denominou de “risco democrático”, no sentido de uma atuação introvertida – e até abusiva – do intérprete, porquanto não haveria qualquer mecanismo de controle democrático das suas decisões.¹⁵⁹

A interpretação constitucional dos juízes não é e nem deve ser a única, uma vez que cidadãos e grupos de interesse, órgãos estatais, o sistema público e a opinião pública constituem forças produtivas de interpretação, ainda que apenas como pré-intérpretes

¹⁵⁶COELHO, *op. cit.*, 1998, p. 160.

¹⁵⁷ OLIVEIRA, Jadson Correia de. **O Controle cooperativo de constitucionalidade através das audiências públicas e da atuação do *amicus curiae* na jurisdição constitucional**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Católica de Pernambuco, Recife, 2014, p. 62.

¹⁵⁸MAGANE, *op. cit.*, 2009, p. 120.

¹⁵⁹FERREIRA, Débora Costa. Amizade seletiva: análise estratégica da funcionalidade do *amicus curiae*. **Teoria Jurídica Contemporânea**, v. 5, n. 2, 2020, p. 79.

(*Vorinterpreteten*)¹⁶⁰ do texto constitucional, já que “quem vive a norma acaba por interpretá-la ou pelo menos por cointerpretá-la”.¹⁶¹

Segundo Häberle, não existe norma jurídica, senão norma jurídica interpretada. Dessa forma, considerando que a norma não é uma decisão prévia, simples e acabada, deve-se indagar sobre os participantes do seu desenvolvimento funcional, sendo a ampliação do círculo de intérpretes uma consequência da necessidade de integração da realidade no processo de interpretação.¹⁶²

Assim, a interpretação constitucional não é uma atividade exclusiva do Estado, ao contrário, é algo que deve ser realizado por todo aquele que vive a incidência da norma jurídica dentro daquela realidade constitucional. O professor Peter Häberle propõe a tese no sentido de que os critérios de interpretação constitucional devem ser mais abertos quanto mais pluralista for a sociedade:

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.¹⁶³

Häberle defende que o processo de interpretação constitucional está diretamente atrelado com a teoria democrática, considerando que numa sociedade aberta, que consagra os valores do pluralismo político, econômico, científico e cultural, o povo tem o direito de participar da construção da ordem jurídica, interpretando e aplicando as normas constitucionais.¹⁶⁴

Sob esse paradigma, mostra-se “impensável uma interpretação da Constituição sem o cidadão ativo”¹⁶⁵, devendo-se democratizar a interpretação constitucional sob o respaldo da teoria democrática:

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 detém eles o monopólio da interpretação da Constituição.¹⁶⁶

A interpretação constitucional não é um “evento exclusivamente estatal”¹⁶⁷, uma vez

¹⁶⁰ HÄBERLE, *op. cit.*, 2002, p. 14.

¹⁶¹ *Ibidem*, p. 13.

¹⁶² *Ibidem*, p. 30-31.

¹⁶³ *Ibidem*, p. 13.

¹⁶⁴ MAGANE, *op. cit.*, 2009, p. 121.

¹⁶⁵ HÄBERLE, *op. cit.*, 2002, p. 14.

¹⁶⁶ *Ibidem*, p. 15.

¹⁶⁷ *Ibidem*, p. 23.

que potencialmente diz respeito a todos aqueles que vivem a norma constitucional, considerando que se trata de um processo aberto e não de um sistema fechado e, portanto, devem ser desenvolvidas novas formas de participação das potências públicas pluralistas na interpretação constitucional.

A democracia não se desenvolve apenas no âmbito da delegação formal de poderes do povo para os seus representantes, mas “numa sociedade aberta, ela se desenvolve por meio de formas refinadas de mediação do processo público e pluralista da política e da práxis cotidiana, especialmente mediante a realização dos Direitos Fundamentais”.¹⁶⁸

O processo constitucional, portanto, deve permitir maior participação popular por meio de instrumentos plurais que democratizem a interpretação constitucional. Nessa linha intelectual:

Para a conformação e a 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 audiências e nas “intervencões”). 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. A interpretação constitucional realizada pelos juízes pode-se tornar, correspondentemente, mais elástica e ampliativa sem que se deva ou possa chegar a uma identidade de posições com a interpretação do legislador. Igualmente flexível há de ser a aplicação no direito processual constitucional pela Corte Constitucional, tendo em vista a questão jurídico-material e as partes materialmente afetadas (atingidos).¹⁶⁹

Desta forma, Häberle buscou construir uma tese que relaciona a Constituição com a realidade, destacando o papel fundamental exercido por todos aqueles que vivem a Constituição, não sendo possível o estabelecimento de um número limitado de intérpretes do texto constitucional, uma vez que este deve ser tanto mais aberto quanto mais plural for a sociedade.¹⁷⁰

O autor ainda distingue a interpretação em sentido estrito e em sentido amplo, sendo aquela realizada pelos juízes e tribunais, através dos métodos tradicionais de interpretação já conhecidos, enquanto esta é realizada por meio da atuação dos cidadãos, grupos, órgãos estatais, sistema e opinião pública, em um processo de democratização da interpretação constitucional.¹⁷¹

Nessa perspectiva, o direito constitucional material surge da multiplicidade de

¹⁶⁸ *Ibidem*, p. 36.

¹⁶⁹ *Ibidem*, p. 46/48.

¹⁷⁰ MAGANE, *op. cit.*, 2009, p. 120.

¹⁷¹ *Ibidem*, p. 120.

interesses e funções, o que implica na diversidade prática da interpretação constitucional. Dessa maneira, o texto somente adquire sua normatividade com a “inserção da esfera pública pluralista no processo interpretativo, ou seja no processo de concretização constitucional.”¹⁷²

3.2 CONSTITUCIONALISMO POPULAR E O PENSAMENTO CONSTITUCIONAL FORA DAS CORTES

Com o fim da tradição dominante da Escola da Exegese no velho continente e, concomitantemente, com a influência e inspiração norte-americana, assim como da doutrina de Hans Kelsen, a Constituição passou a exercer uma força normativa basilar, irradiando axiomas por todo o ordenamento jurídico.¹⁷³

A constitucionalização do direito e a prerrogativa do Poder Judiciário de ditar o real sentido do texto constitucional deslocou o protagonismo do Legislativo para o Judiciário, sendo influenciado, também, por diversos outros fatores, como a inafastabilidade de acesso à Justiça, inefetividade de políticas públicas, descolamento representativo entre a sociedade e Poder Legislativo, entre outros aspectos.

Com efeito, essa prerrogativa judicial de anular e revogar atos normativos de outros poderes que possuem mais legitimidade popular que o próprio Poder Judiciário, ocasionou a tensão entre democracia e jurisdição, soberania popular e supremacia judicial, povo e cortes constitucionais, com críticas que, inclusive, afirmava que se tratava de “governo de elites intelectuais” ou “governo de toga”, assemelhada à República de Platão.¹⁷⁴

Este alargamento da função judicial gerou desconfiança nos diversos atores sociais, sendo exatamente o que aconteceu com a Suprema Corte norte-americana nas últimas décadas, fazendo com que um notável grupo de juristas se reunisse em torno do constitucionalismo popular, dentre os quais podemos citar: Larry Kramer, Mark Tushnet e Jack Balkin. Em comum há a desconfiança quanto à excessiva atenção que a reflexão jurídica

¹⁷²NEVES, Marcelo. **Constituição e Direito na Modernidade Periférica. Uma abordagem teórica e uma interpretação do caso brasileiro.** Tradução de Antônio Luz Costa. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2018, p. 77-78.

¹⁷³SANTOS, Natanael Lima; OLIVEIRA, Jadson Correia de. Supremacia Judicial e Constitucionalismo Popular: o Protagonismo da Interpretação Constitucional. **Revista Científica da FASETE**, 2018, p. 202-203.

¹⁷⁴*Ibidem*, p. 204. Diversas outras expressões eram utilizadas pela doutrina antirrevisão judicial no direito norte-americano, tais como: “grupo de guardiões platônicos”, “reis-filósofos”, “oráculo constitucional”, “oráculos do direito”, “censores morais da escolha democrática”, “ideólogo da democracia americana”, “confraria de guardiões da verdade moral”, “conselho sábio de tutores na verdade moral”, “oligarquia judicial”, “juristocracia”. MENDES, Conrado Hubner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação.** Tese (Doutorado) - Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011, p. 22.

tem dado ao Poder Judiciário.

No contexto do trabalho ora realizado, o estudo do constitucionalismo popular mostra-se fundamental, considerando que a referida escola possui como alicerce a defesa da concretização cidadã da constituição, assim como discute a titularidade da legitimidade da interpretação constitucional e a supremacia judicial.

A discussão acerca da constitucionalidade da participação do cidadão como *amicus curiae* dialoga com o objetivo geral da doutrina do constitucionalismo popular, ao passo que esta ventila a possibilidade de ampliar a participação social no processo interpretativo, o que, teoricamente, tem o condão de conferir maior grau de legitimidade das decisões judiciais.

Não se pretende, neste momento, exaurir toda a temática referente ao constitucionalismo popular, que possui várias matrizes teóricas e inúmeros defensores, mas demonstrar a sua importância e relevância para a necessária consolidação do protagonismo social na atividade interpretativa constitucional, através de um de seus principais expoentes: Mark Tushnet.¹⁷⁵

A escolha desta pesquisa por enfatizar mais os estudos e abordagens das ideias defendidas por este autor decorreu-se da elevada importância que possui para a doutrina do constitucionalismo popular, considerando, ainda, sua representatividade como um dos maiores opositores à revisão judicial das leis. Em sua obra *“Taking the Constitution Away from the Courts”*, indica diversas maneiras de negar a palavra final acerca da Constituição à Suprema Corte, assim como menciona a possibilidade de negar qualquer papel ao Tribunal na interpretação constitucional. Ainda, assenta que a retirada da Constituição das Cortes não causa qualquer preocupação na preservação das liberdades individuais e questiona: quais as implicações que a Constituição possui fora das Cortes?¹⁷⁶

O autor explica a expressão *“populist constitutional law”*, que tratamos aqui como “constitucionalismo popular”, com a ideia de que o termo *“populist”* se refere à ampla distribuição de responsabilidade gerada pelo direito constitucional; o termo *“constitutional”* se justifica porque lida com questões fundamentais da ordem política e a palavra *“law”* é utilizada para justificar que não se trata de “mera política” ou “simples filosofia”, mas sim de uma análise jurídica e não política ou moral.¹⁷⁷

Mark Tushnet afirma que os estudos recentes sobre o constitucionalismo popular

¹⁷⁵ Já no prefácio da sua obra, intitulada *“Taking the Constitution Away from the Courts”*, traz uma citação que indica o caminho de seu posicionamento acerca da revisão judicial: “The people have the power, To redeem the work of fools. Upon the meek the graces shower. It’s decreed. The people rule.” TUSHNET, Mark. **Taking the Constitution away from the Courts**. New Jersey: Princeton University Press, 1999.

¹⁷⁶*Ibidem*, IX.

¹⁷⁷*Ibidem*, X.

possui duas vertentes: uma vertente normativa assenta que as opiniões do cidadão comum acerca do significado constitucional deveriam desempenhar, pelo menos, o mesmo papel na construção do entendimento constitucional das elites, especialmente dos juízes da Suprema Corte; a vertente descritiva enfatiza o fato de que as opiniões populares sobre o significado da Constituição desempenharam um grande papel no desenvolvimento constitucional da nação.¹⁷⁸

O autor afirma que a participação popular em questões constitucionais é organizada e pode ocorrer através de associações, sindicatos ou de qualquer outra forma, seja dentro do sistema político ou fora através de movimentos sociais, que o autor denomina de “sociedade civil”, como no caso dos movimentos de direitos civis em 1960 e, talvez, os estágios iniciais dos movimentos em defesa dos direitos dos homossexuais.¹⁷⁹

Mark Tushnet afirma que a Suprema Corte pode até exercer um papel educacional explicando os valores constitucionais para aqueles que prestam atenção no que ela diz. Contudo, acredita que as pessoas deveriam prestar mais atenção na própria Constituição do que na Suprema Corte, sendo que esta instituição não é a única que nos ensina acerca dos direitos fundamentais. Dessa forma, o autor propõe a extinção da revisão judicial das leis no futuro próximo, considerando que as pessoas podem levar algum tempo para iniciar a reflexão acerca da própria Constituição.¹⁸⁰

O autor afirma que não se faz necessário a existência de uma Corte para derrubar leis, utilizando-se de uma linguagem vibrante acerca de direitos fundamentais, uma vez que estes já estão disponíveis a todos, podendo-se opor à legislação por meio da Declaração de Princípios.¹⁸¹

A doutrina do constitucionalismo popular defende a ideia de que em um Estado Democrático de Direito a interpretação deve caber, em última instância, ao povo, que seria a fonte principal de legitimidade.¹⁸² O apelo da Escola reside na ideia de repensar criticamente a tendência do constitucionalismo europeu do pós-guerra, em especial a supremacia judicial e o desdém com os movimentos sociais que buscam atribuir sentido à Constituição.¹⁸³

¹⁷⁸ TUSHNET, Mark. Constitutionalism and Political Organization. **Roger Williams UL Rev.**, v. 18, 2013, p.1. Disponível em:

<https://dash.harvard.edu/bitstream/handle/1/16236025/Popular%20Constitutionalism%20and%20Political%20Organization.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 04 fev. 2024.

¹⁷⁹ *Ibidem*, p. 2.

¹⁸⁰ TUSHNET, *op. cit.*, 1999, p. 167-168.

¹⁸¹ *Ibidem*, p. 168-169.

¹⁸² SANTOS; OLIVEIRA, *op. cit.*, 2018, p. 205.

¹⁸³ NIEMBRO, Ortega Roberto. Una mirada al constitucionalismo popular. **Isonomía**, México, n. 38, abr. 2013, p. 2.

De acordo com Mark Tushnet, o constitucionalismo popular não determina o resultado de todas as controvérsias políticas e nem busca ditar acerca das políticas públicas. Este movimento orienta a sociedade para pensar e discutir os rumos que o país deve seguir.¹⁸⁴ Além disso, os legisladores fizeram um juramento para proteger a Constituição, e não a Suprema Corte. O autor prossegue: “what the Constitution means is not necessarily what the Supreme Court says it means. If legislators think the Court misinterpreted the Constitution, their oath allows them - indeed, it may require them – to disregard Plyler”.¹⁸⁵

Desta maneira, ocorre um enfrentamento à ideia de supremacia judicial, considerando a premissa de que o governo pertence ao povo. Tushnet, inclusive, defende a retirada da Constituição das mãos dos Tribunais e extinção do controle judicial de leis.¹⁸⁶

Some think that the Supreme Court’s elaboration of constitutional law has given us a rich vocabulary of practical political philosophy. It has not. It may have given the Supreme Court and some constitutional lawyers such a vocabulary. The populist constitutionalist believes that the public generally should participate in shaping constitutional law more directly and openly. The Declaration of Independence and the Preamble to the Constitution give all of us that opportunity. As Lincoln said, the Constitution belongs to the people. Perhaps it is time for us to reclaim it from the courts.¹⁸⁷

Um das ideias centrais traçadas nesta doutrina tem a ver com o lugar de liderança que deve corresponder aos cidadãos na interpretação constitucional, devendo-se reservar um papel de destaque à chamada interpretação extrajudicial.¹⁸⁸ O debate popular sobre a Constituição ocorre independente das interpretações judiciais ou até mesmo contra elas, assim como não há provas de que juízes têm predisposição para fazer melhores interpretações.¹⁸⁹

Os constitucionistas populistas apoiam, com base em uma série de estudos descritivos, a ideia de que as decisões dos Tribunais possuem uma limitada capacidade de frear políticas públicas adotadas pelos poderes Legislativo e Executivo e impor a sua própria agenda.¹⁹⁰ Nesse sentido, Mark Tushnet traz trabalhos empíricos demonstrando o limitado impacto das decisões judiciais, mostrando os países que não possuem o *judicial review*, em que é assegurado um nível adequado de defesa dos direitos individuais.¹⁹¹ Cita, por exemplo, os países localizados na Grã-Bretanha e a Holanda como locais em que existe restrição aos

¹⁸⁴TUSHNET, *op. cit.*, 1999, p. 194.

¹⁸⁵*Ibidem*, p. 6.

¹⁸⁶GARGARELLA, Roberto. El nacimiento del constitucionalismo popular. Sobre The people Themselves, de Larry Kramer. **Revista de libros de la Fundación Caja Madrid**, v. 56, 2006, p.1-2.

¹⁸⁷TUSHNET, *op. cit.*, 1999, p. 194.

¹⁸⁸GARGARELLA, *op. cit.*, 2006, p. 3.

¹⁸⁹NIEMBRO, *op. cit.*, 2013, p. 5-6.

¹⁹⁰GARGARELLA, *op. cit.*, 2006, p.3-4.

¹⁹¹*Ibidem*, p. 4.

poderes governamentais e respeito aos direitos individuais.¹⁹²

Posto isto, o constitucionalismo popular reivindica uma maior participação dos cidadãos na determinação do significado constitucional, contrários em maior ou menor medida à ideia de supremacia judicial que outorga à Suprema Corte como o único órgão legítimo a interpretar a Constituição.¹⁹³

Isto significa que os poderes políticos e a comunidade em geral também devem interpretá-la e, nesse sentido, para combinar a construção político-popular da Constituição com o controle judicial é necessário reconhecer que o povo e os outros ramos do governo têm igual autoridade para revelar os segredos constitucionais:

En suma, el constitucionalismo popular está basado en las ideas de que todos debemos participar en la configuración del derecho constitucional a través de nuestras acciones políticas, otorga un papel central a la ciudadanía en la interpretación de la Constitución, desacraliza las visiones dominantes sobre el impacto de las decisiones de los tribunales, muestra la forma en que la sociedad influye, reconstruye y a veces socava el valor de las decisiones judiciales, impulsa una mayor participación en las estructuras políticas y económicas, y defiende una mirada departamentalista del control de la Constitución, según la cual ninguna rama del poder tiene el derecho de arrogarse la supremacía sobre las otras.¹⁹⁴

Seja de acordo com o que defende Mark Tushnet ou qualquer outro defensor do constitucionalismo popular, fica evidente o objetivo de democratizar e conferir ao povo o trabalho de interpretação constitucional, preocupando-se com a efetiva soberania popular em todas as esferas, o que não se exaure com a eleição de representantes.

Contudo, os argumentos trazidos por Mark Tushnet, além de outros autores como Jeremy Waldron e Larry Kramer, não podem ser vistos como totalmente procedentes de forma a justificar a sua implantação no Brasil. As mazelas incrustadas no Poder Legislativo não justificam o excesso de confiança no processo político para a garantia da Constituição.¹⁹⁵

Ademais, os críticos veem no constitucionalismo popular certo idealismo que carece de propostas concretas que viabilizem o seu arranjo institucional, além de submissão do Judiciário à vontade das maiorias ocasionais com a consequente perda da função de proteção dos direitos fundamentais das minorias e de grupos vulneráveis.¹⁹⁶

De qualquer forma, essa tensão entre controle de constitucionalidade e a doutrina do constitucionalismo popular ainda oferece um campo extenso de discussões e nos permite

¹⁹²TUSHNET, *op. cit.*, 1999, p. 163.

¹⁹³CARDOSO, Rodrigo Mendes. As teorias do constitucionalismo popular e do diálogo na perspectiva da jurisdição constitucional brasileira. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)**, v. 6, n. 2, p. 218-227, 2014, p. 220.

¹⁹⁴ NIEMBRO, *op. cit.*, 2013, p. 6.

¹⁹⁵ SOUZA NETO; SARMENTO, *op. cit.*, 2012, p. 386.

¹⁹⁶ SANTOS; OLIVEIRA, *op. cit.*, 2018, p. 206-207.

racionalizar e refletir acerca de potenciais novas figuras institucionais e arranjos jurídicos que equilibrem este conflito existente na teoria constitucional, especialmente em razão da CF/88 ter adotado a soberania popular, cidadania e dignidade da pessoa humana como pilares do Estado Democrático brasileiro.

3.3 DIREITO FUNDAMENTAL À PARTICIPAÇÃO NA FORMAÇÃO DEMOCRÁTICA DA VONTADE POPULAR E O PRINCÍPIO DA SOBERANIA POPULAR

Se a legitimidade democrática de todo e qualquer órgão é originária da Constituição - que representa a vontade soberana do povo - e se é ela que cria a jurisdição constitucional e atribui ao Supremo Tribunal Federal o papel para exercê-la e interpretar o texto constitucional, a voz do povo é a voz da Suprema Corte? Atores não-judiciais podem levar a Constituição a sério?

Limitar a hermenêutica constitucional aos intérpretes “corporativos” ou autorizados jurídica ou funcionalmente pelo Estado significará um empobrecimento ou um auto-engodo. De resto, um entendimento experimental da ciência do Direito Constitucional como ciência de normas e da realidade não pode renunciar à fantasia e à força criativa dos intérpretes “não corporativos”.¹⁹⁷

Na teoria política e constitucional, povo não é um conceito descritivo, mas operacional, pois não se trata de designar uma realidade definida e inconfundível da vida social, mas de encontrar um sujeito para a atribuição de prerrogativas e responsabilidades coletivas em um dado universo jurídico e político.¹⁹⁸

A noção de povo já era conhecida e utilizada na antiguidade clássica em matéria de teoria política e direito público, mas não tinha a importância que adquiriu na era moderna, considerando o ressurgimento da ideia de democracia e teve sua primeira utilização nesse sentido com os norte-americanos, especialmente no projeto de Constituição para a Virgínia, no primeiro semestre de 1776, elaborado por Thomas Jefferson.¹⁹⁹

A ausência, na sociedade norte-americana, de uma divisão de estamentos sociais e, claramente, aristocrática, tornava mais fácil a aceitação do povo como titular da soberania, sendo que a existência legalizada da escravidão não representava qualquer obstáculo teórico, considerando o precedente na democracia ateniense, em que escravos, metecos e mulheres

¹⁹⁷HÄBERLE, *op. cit.*, 2007, p. 65.

¹⁹⁸ MÜLLER, Friedrich. **Quem é o povo? A Questão fundamental da Democracia**. Tradução de Peter Naumann. São Paulo: Editora Max Limonad, 2003, p. 13-14.

¹⁹⁹ *Ibidem*, p. 14.

eram excluídos do rol de cidadãos.²⁰⁰ Tal situação, porém, não ocorria na França neste mesmo período.

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão contém no art. 3º a disposição no sentido de que o princípio de toda soberania reside na “nação”, para afastar a ambiguidade do termo povo. Fábio Conder Comparato, lembrando o verbete de Louis de Jancourt, diz que se trata de um “nome coletivo de difícil definição, pois dele se têm ideias diferentes em diversos lugares, em variados tempos, conforme a natureza dos governos”, mas relembra que o termo compreendia apenas os operários e os lavradores.²⁰¹

Assim, considerando que o povo é pedra fundamental da teoria da soberania popular e serve como retórica e justificativa para qualquer ação do Estado, deve-se ter um olhar atento para as suas diferenças de uso do conceito de povo, sob pena de “permanecer uma metáfora citada em discursos domingueiros (*Sonntagsreden*) inofensivos”.²⁰²

A Constituição Federal de 1988, em seu art. 1º, inciso II, constitui como fundamento do Estado Democrático de Direito a cidadania, assim como prevê, em seu parágrafo único, que todo poder emana do povo, que o exerce diretamente ou através de seus representantes eleitos, nos termos do texto constitucional.

Quando o termo “povo” aparece nos documentos constitucionais, deve ser compreendido como parte integrante do corpo jurídico, assim como deve ser levado a sério como um conceito jurídico.²⁰³ Contudo, na tradição histórica o termo “povo” nem sempre se revestiu de traços puros, neutros, mas claramente seletivos:

Na tradição histórica e (jus-)política [(*rechts-*)*politischen*] do emprego do conceito, o termo ‘povo’ não se reveste de traços inocentes, neutros, objetivos, mas decididamente seletivos. Em Péricles o “demos” abrange tão somente todos os homens atenienses livres, aptos para a guerra, contribuintes e domiciliados há muito tempo. No direito romano o dualismo altamente elaborado [*ausgefeylt*] de nobreza e povo, que domina tudo, produz uma cisão; e já no Estados mais antigos dos quais temos notícia, nas *poleis* sumerianas, que por algum tempo evidenciaram possuir uma democracia municipal desenvolvida, só os homens livre e aptos para a defesa podiam ser membros da assembleia ‘do povo’, apesar da situação jurídica genericamente boa das mulheres. Na Igreja cristã primitiva o caminho do *kleros* para o *laós* descreve uma rápida diferenciação entre a ‘comunidade’, o ‘povo de Deus’, na direção de uma hierarquia de dois graus, que consolidou a cisão do ‘povo’ (“comunidade” = todos os crentes) no caminho da divisão do trabalho por meio da divisão de funções, da hierarquia de funções até a hierarquia de instituições e normas e a estruturas de dominação. Exatamente por isso tornou-se necessária uma palavra adicional para os ‘leigos’ enquanto crentes simples, colocados em graus hierárquicos inferiores, enquanto não-funcionários.²⁰⁴

²⁰⁰MÜLLER, *op. cit.*, 2003, p. 14.

²⁰¹*Ibidem*, p. 17.

²⁰²*Ibidem*, p. 35.

²⁰³*Ibidem*, p. 84.

²⁰⁴*Ibidem*, p. 83-84.

Essa seletividade dentro do “povo” pode ser aberta como em regimes totalitários, ditaduras partidárias ou encoberta por formalismo jurídico como no liberalismo, utilizando-se diversos critérios de discriminação como a cor da pele, religião ou etnia, degraus sociais da sociedade (escravos, libertos, semilivres, livres), gênero, entre outros.²⁰⁵

A CF/88 prevê diversos mecanismos de participação dos cidadãos que traduzem a vontade soberana do povo, como se percebe no art. 5º, XXXIV, “a”; art. 5º, LXIX; art. 5º, LXXIII; Art. 14; art. 31, §3º; art. 37, §3º; art. 61, *caput*, §2º; art. 74, §2º que consagram a democracia participativa.

O princípio da soberania popular consagrado como fundamento da Constituição firmou a necessidade de participação popular nos rumos sociais e deve ser considerado como ponto de partida no regime democrático, devendo-se assegurar a participação dos cidadãos no processo de formação das vontades políticas, já que este “é a carta de navegação da cidadania rumo às conquistas democráticas, tanto para esta como para as futuras gerações”.²⁰⁶

Contudo, a redução da soberania popular à mera ideologia é uma realidade dos estados constitucionais modernos, invocado expressamente nas Constituições, mas o seu papel no processo político não é objeto de tema e são sempre os representantes de representantes que agem pelo povo e, “assim ocorre uma substituição no caminho da fonte de legitimação para o processo político, que degrada o povo em meio objeto de dominação”.²⁰⁷

Para que haja a consagração do princípio da soberania popular, faz-se necessário criar espaços ou formas de participação popular garantidas pelo Direito, na jurisdição constitucional, com o objetivo de assegurar maior legitimidade às decisões proferidas pela Suprema Corte, uma vez que as falhas existentes no sistema representativo não acarretam a transferência automática de legitimidade ao Poder Judiciário, que não exprime necessariamente a vontade popular.

No Estado Constitucional democrático, a ciência do direito constitucional não dispôs dos cidadãos e os grupos em geral de uma legitimação democrática para interpretação constitucional em sentido estrito, contudo, a democracia não se desenvolve apenas no contexto de delegação de responsabilidade formal do “povo” para os órgãos estatais até o último intérprete formalmente “competente”, a Suprema Corte brasileira:

Democracia desenvolve-se mediante a controvérsia sobre alternativas, sobre possibilidades e sobre necessidades da realidade; desenvolve-se também no

²⁰⁵ *Ibidem*, p. 84-85.

²⁰⁶ BONAVIDES, Paulo. **Teoria Constitucional da Democracia Participativa**: Por um Direito Constitucional de luta e resistência por uma Nova Hermenêutica por uma repolitização da legitimidade. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 11.

²⁰⁷ MÜLLER, *op. cit.*, 2003, p. 37-38.

“concerto” científico sobre questões constitucionais, no qual quase não pode haver pausas e fermatas, e que não tem e nem deve ter um regente. “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.²⁰⁸

Quando se pensa em democracia, a ideia universal que surge é de que este modelo se caracteriza por um processo de convivência social em que todo poder emana do povo, de forma direta ou indiretamente, mas deve-se ter em mente que tal ideia carrega também o direito subjetivo à participação, com igualdade de chances, na formação democrática da vontade.

O fechamento procedimental da jurisdição constitucional, através de um procedimento excessivamente formal e excludente, implica em um verdadeiro déficit de legitimidade das decisões judiciais, sendo que a jurisdição constitucional acaba por afastar-se demasiadamente do povo e oprimi-lo mais do que defendê-lo.²⁰⁹

A abertura das portas da Constituição para os diversos atores sociais se coaduna fielmente com o modelo constitucional pretendido pela Constituição Federal de 1988, com alicerce argumentativo no fato de que há vida constitucional fora das Cortes, recuperando-se a ideia primordial do constitucionalismo como um movimento de baixo para cima, em que se dá uma importância ativa da comunidade e dos diversos atores sociais no processo central de avanço do direito constitucional.

A garantia dos direitos fundamentais ocupa lugar de destaque nas democracias contemporâneas, uma vez que funciona como componente material do direito de participação e formação da vontade democrática, sob pena do método ou procedimento democrático se tornar como um mero reproduzidor de um *status quo* social.²¹⁰

O Estado constitucional moderno tem de se estruturar como um Estado de direito democrático, isto é, deve ser legitimado pelo povo, sendo o princípio da soberania popular um dos alicerces principais do Estado constitucional, considerando que o poder político deriva do poder dos cidadãos.²¹¹

O Estado constitucional é muito mais do que o Estado de direito e o elemento democrático não foi apenas introduzido para limitar o poder, mas como um fator de

²⁰⁸HÄBERLE, *op. cit.*, 2007, p. 66.

²⁰⁹ OLIVEIRA, Jadson Correia de. **O Controle cooperativo de constitucionalidade através das audiências públicas e da atuação do *amicus curiae* na jurisdição constitucional**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Católica de Pernambuco – UNICAP, Recife, 2014, p. 68.

²¹⁰ CARVALHO, *op. cit.*, 2012, p. 44.

²¹¹ CANOTILHO, *op. cit.*, 2003, p. 98.

legitimação do mesmo poder. José Joaquim Gomes Canotilho assenta a ideia de que o Estado constitucional deve-se ater a duas coisas distintas: “uma é a legitimidade do direito, dos direitos fundamentais e do processo de legislação no sistema jurídico; outra é a “da legitimidade de uma ordem de domínio e da legitimação do exercício do poder político”.²¹²

Na forma do art. 1º, parágrafo único, da CF/88, todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente. Neste dispositivo está chancelado o princípio da soberania popular no ordenamento jurídico brasileiro, que garante o igual direito à participação na formação democrática da vontade popular.

O referido princípio transporta diversas dimensões historicamente sedimentadas, como ensina José Joaquim Gomes Canotilho:

(1) Domínio político – o domínio de homens sobre homens – não é um domínio pressuposto e aceite; carece de uma justificação quanto à sua origem, isto é, precisa de legitimação; (2) a legitimação do domínio político só pode derivar do próprio povo e não de qualquer outra instância fora do povo real (ordem divina, ordem natural, ordem hereditária, ordem democrática); (3) o povo é, ele mesmo, o titular da soberania ou do poder, o que significa: (i) de forma negativa, o poder do povo distingue-se de outras formas de domínio não populares (monarca, classe, casta); (ii) de forma positiva, a necessidade de uma legitimação democrática efectiva para o exercício do poder (o poder e exercício do poder derivam concretamente do povo), pois o povo é o titular e o ponto de referência dessa mesma legitimação – ela vem do povo e a este se deve reconduzir; (4) a soberania popular – o povo, a vontade do povo e a formação da vontade política do povo – existe, é eficaz e vinculativa no âmbito de uma ordem constitucional materialmente informada pelos princípios da liberdade, da igualdade dos cidadãos, de organização plural de interesses politicamente relevantes, e procedimentalmente dotada de instrumentos garantidores da operacionalidade prática deste princípio (CRP, art. 2º e 10º); (5) a constituição, material, forma e procedimentalmente legitimada, fornece o plano da construção organizatória da democracia, pois é ela que determina os pressupostos e os procedimentos segundo os quais as decisões e as manifestações de vontade do povo são jurídica e politicamente relevantes.²¹³

Esse direito de participação democrática, supedaneado pelo princípio da soberania popular, deve incluir a possibilidade de participação do cidadão no controle concentrado de constitucionalidade, considerando a eficácia *erga omnes* e o efeito vinculante das decisões proferidas pelo STF, como já visto.

Ainda, o princípio da soberania popular é uma exigência da existência de um Estado constitucional democrático, uma vez que aquele possibilita a simbiose entre o Estado de Direito e o Estado Democrático, funcionando como um verdadeiro elo entre ambos.

Contudo, diante de todo este poder que vem do povo, há de se perguntar: quem é o povo? Friedrich Müller utiliza quatro possíveis acepções para a palavra povo:

O povo icônico refere-se a ninguém no âmbito do discurso de legitimação. Ocorre que por ocasião da politização crescente e de um emprego ainda pseudo-sacral

²¹² *Ibidem*, p. 100.

²¹³ *Ibidem*, p. 292.

(mitologia revolucionária do “povo”) as inclusões e exclusões assumem um tom enérgico [...]. O povo como instância de atribuição está restrito aos titulares da nacionalidade, de forma mais ou menos clara nos Textos Constitucionais; o povo ativo está definido ainda mais estreitamente pelo direito positivo (textos de normas sobre o direito a eleições e votações, inclusive a possibilidade de ser eleito para diversos cargos públicos). Por fim ninguém está legitimamente excluído do povo-destinatário; também não *e.g.* os menores, os doentes mentais ou as pessoas que perdem – temporariamente – os direitos civis. Também eles possuem uma pretensão normal ao respeito dos seus direitos fundamentais e humanos, à proteção do inquilino, à proteção do trabalho, às prestações da previdência social e a circunstâncias de fato similares, que são materialmente pertinentes no seu caso.²¹⁴

Dessa maneira, a invocação do povo apenas como uma metáfora em uma retórica ideológica não se coaduna com a resolução do problema da legitimidade ou, até mesmo, encobre-se tal problema.²¹⁵ Segundo José Joaquim Gomes Canotilho, o povo deve ser visto como uma grandeza pluralística e sua formação deve ser composta “por indivíduos, associações, grupos, igrejas, comunidades, personalidades, instituições, veiculadores de interesses, ideias, crenças e valores, plurais, convergentes ou conflituantes.”²¹⁶ ou “como uma “multiplicidade em si diferenciada, mista, constituída em grupos, mas organizada de forma igualitária e não discriminatória”.²¹⁷

Na compreensão contemporânea de soberania popular não se permite exclusões com base em critérios econômicos, étnicos, religiosos, de gênero, culturais, entre outros. A teoria da soberania popular é inclusiva, considerando que muitas das sociedades atuais são extremamente heterogêneas. O conceito de povo, numa democracia constitucional deve, portanto, abranger a todos, não podendo ser utilizado para excluir as minorias.²¹⁸

Trata-se de ‘todo’ o povo dos generosos documentos constitucionais; da população, de todas as pessoas, inclusive das (até o momento) sobreintegradas e das (até o momento) excluídas: trata-se do povo enquanto destinatário das prestações estatais negativas e positivas, que a cultura jurídica respectiva já atingiu.²¹⁹

Assim, a ideia de que “o processo da democracia substitui o povo por estruturas de dominação é compreendido como deficiência transitória”²²⁰, em razão da necessidade de ampliação do conceito de povo e inclusão de grupos sociais inicialmente excluídos e que adquiriram a consciência de seus interesses, sendo que o advento das diferenças deverá sempre ampliar o povo ativo e a soberania popular para a renovação, desenvolvimento e continuação do processo democrático.

²¹⁴ MÜLLER, *op. cit.*, 2003, p. 79-80.

²¹⁵ *Ibidem*, p. 42.

²¹⁶ CANOTILHO, *op. cit.*, 2003, p. 66.

²¹⁷ MÜLLER, *op. cit.*, 2003, p. 109.

²¹⁸ SOUZA NETO; SARMENTO, *op. cit.*, 2012, p. 220.

²¹⁹ MÜLLER, *op. cit.*, 2003, p. 100.

²²⁰ *Ibidem*, p. 38.

O povo não possui sentido jacobino (facção revolucionária), liberal (cidadãos proprietários) ou deve ser visto como classe do proletariado, mas sim entendido em sentido político, isto é, “grupos de pessoas que agem segundo ideias, interesses e representações de natureza política”.²²¹

Essa ideia de povo político não se reconduz à ideia de minorias ativistas e representantes do povo, assim como aquele corpo que participa dos sufrágios. O povo político abrange o povo majoritário e o minoritário, os que votaram e os que não votaram, inclusive aqueles indivíduos situados nas margens da modernidade periférica.²²²

O povo real deve ser concebido como uma “comunidade aberta de sujeitos constituintes que entre si contratualizam, pactuam e consentem o modo de governo da cidade, tem o poder de disposição e conformação da ordem político-social”.²²³ A identidade do sujeito constitucional deve ser complexa, aberta e sempre incompleta para nutrir o constitucionalismo.²²⁴ Nesse sentido:

Além do mais, o sujeito constitucional deve ser considerado como um hiato ou uma ausência em pelo menos dois sentidos distintos: primeiramente, a ausência do sujeito constitucional não nega o seu caráter indispensável, daí a necessidade de sua reconstrução; e, em segundo lugar, o sujeito constitucional sempre envolve um hiato porque ele é inerentemente incompleto, e então sempre aberto a uma necessária, mas impossível, busca de completude.²²⁵

Com efeito, a soberania popular não pode ser vista de forma absoluta, considerando que a maioria do povo é capaz de alijar “democraticamente” a minoria ou, determinada minoria pode se utilizar do voto majoritário popular para legitimar todas as exclusões sociais, em nome da democracia:

Acontece que nós outros, povos de um século que conheceu os extremos do totalitarismo político; de um século que inventou a comunicação de massa, a demagogia científica e o Estado-espetáculo, já não podemos aceitar a soberania absoluta de ninguém, nem confiar nos simples processos de educação moral para evitar a prática de crimes contra a humanidade. Nós comemos do fruto proibido e adquirimos, com isto, a terrível ciência do bem e do mal. Sabemos que a maioria do povo é capaz de esmagar ‘democraticamente’ a minoria, em nome do interesse nacional. Ou- o que é cem vezes pior – que a minoria, detentora do poder de controle social, pode se utilizar periodicamente do voto majoritário popular, para legitimar todas as exclusões sociais, em nome da democracia. Sabemos que uma febre fundamentalista, habilmente instilada, pode levar a legião dos ‘eleitos’ a esmagar os infiéis, em nome da lei divina.²²⁶

²²¹ CANOTILHO, *op. cit.*, 2003, p. 75.

²²² *Ibidem*, p. 76.

²²³ *Ibidem*, p. 76.

²²⁴ ROSENFELD, Michel. **A identidade do sujeito constitucional**. Tradução Menelick de Carvalho Netto. Belo Horizonte: Editora Mandamentos, 2003, p. 15.

²²⁵ *Ibidem*, p. 26.

²²⁶ MÜLLER, *op. cit.*, 2003, p. 27.

Noutro giro, a participação mais ativa do cidadão deve ser vista também como uma homenagem a um modelo republicano em que se traduz em um sistema de governo que conta com cidadãos mais engajados e mais participativos juntamente com os políticos e servidores públicos na coisa pública.

Os republicanos buscam dar mais poder ao povo, estimulando a cidadania a tomar parte ativa nessas deliberações, enfatizam a importância do direito à participação popular na vida pública, como mais um meio de proteção dos direitos fundamentais as liberdades básicas. Isso porque uma cidadania ativa mantém-se permanentemente vigilante para impedir não só a corrupção governamental, mas também o arbítrio dos governantes, que ameaça os direitos dos indivíduos.²²⁷

Nesse cenário, uma pequena dose de observância ao princípio republicano no viés contemporâneo conjuntamente com o princípio da igualdade se faz necessário, uma vez que o engajamento cívico da cidadania pode ser um importante remédio para certas disfunções na vida pública brasileira, como no exercício do controle abstrato de constitucionalidade.

Dessa maneira, o princípio da soberania popular não pode ser concebido como uma categoria metafísica, apenas relacionada à proclamação da titularidade do poder constituinte, mas deve ser perquirido como uma finalidade da democracia, abrindo-se os espaços públicos para maior participação popular no debate constitucional e proteção de minorias.

A reflexão ora desenvolvida - ainda que perfunctória - mostra-se de fundamental importância no presente trabalho, assim como para toda a atuação dos juristas, para se aferir o grau de eficácia que a legitimação pelo povo, expressamente prevista no texto constitucional, possui dentro do funcionamento cotidiano do ordenamento jurídico brasileiro.

Dito de outra forma, não está em pauta, em primeiro lugar, trabalhar o ‘conceito’ de povo como tal. Está em pauta levar o povo a sério como uma realidade. Precisamente isso impede continuar tratando a ‘democracia’ somente em termos de técnica de representação e legislação, bem como continuar compreendendo ‘*kratein*’, que então se deve referir ao povo efetivo, somente do ponto de vista do direito da dominação.²²⁸

3.4 NOVO CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO E O PROTAGONISMO SOCIAL

A partir das reformas que surgiram no final do século XX e início do século XXI, com o advento das Constituições da Colômbia (1991), Venezuela (1999), Equador (2008) e

²²⁷ SOUZA NETO; SARMENTO, *op. cit.*, 2012, p. 190.

²²⁸ MÜLLER, *op. cit.*, 2003, p. 113.

Bolívia (2009), a doutrina passou a comentar acerca da existência de um novo constitucionalismo na América Latina, ainda mais recente que o neoconstitucionalismo e com objetivos distintos.

Dessa maneira, a análise acerca deste movimento constitucional se faz imprescindível, considerando o escopo do presente trabalho, qual seja, de discussão acerca da aproximação do cidadão das instâncias decisórias, em especial da Suprema Corte brasileira, posto que este movimento, dentre os seus vários objetivos, busca solucionar problemas de legitimidade criados pelo neoconstitucionalismo, abrindo espaço para participação direta do cidadão, bem como minorias étnicas, sociais e grupos vulneráveis, no processo constitucional.

3.4.1 Pluralismo social no novo constitucionalismo latino-americano e no direito brasileiro

Não se pode esquecer que a concretização do Estado constitucional de direito tem raízes no pluralismo de estilos culturais, na diversidade de circunstâncias e condições históricas de cada ordenamento jurídico em concreto.²²⁹ Ainda, para que haja abertura hermenêutica da Constituição, é necessário identificar em seu bojo, dispositivos que assegurem o pluralismo e a democracia participativa.²³⁰

A ideia de pluralismo a ser tratada no presente tópico é aquela identificada como característica importante do movimento do novo constitucionalismo latino-americano, que representa as múltiplas e diversas opiniões políticas, religiosas, culturais, pontos de vista, interesses, experiências, modos de ver o mundo, dentre outras circunstâncias, que coexistem dentro de uma mesma sociedade, como nas sociedades modernas.

O pluralismo existente na sociedade brasileira é um elemento legitimador de uma sociedade aberta:

Do ponto de vista teórico-constitucional, a legitimação fundamental das forças pluralistas da sociedade para participar da interpretação constitucional reside no fato de que essas forças representam uma parte da publicidade e da realidade da Constituição, não podendo ser tomadas como fatos brutos, mas como elementos que se colocam no quadro da Constituição: a integração, pelo menos indireta, da *res publica*, na interpretação constitucional em geral, é expressão e consequência da orientação constitucional aberta no campo de tensão do possível, do real e do necessário.²³¹

²²⁹ CANOTILHO, *op. cit.*, 2003, p. 93.

²³⁰ MAGANE, *op. cit.*, 2009, p. 125.

²³¹ HÄBERLE, *op. cit.*, 2007, p. 64.

A independência das colônias na América Latina não representou uma ruptura completa na ordem social, econômica e política, uma vez que foram incorporados os princípios econômicos do capitalismo, provenientes de uma doutrina liberal e de uma filosofia positivista. Essa colonização e dependência da cultura jurídica latino-americana ao modelo hegemônico eurocêntrico se concretizou também através do direito constitucional.²³²

Na América Latina, tanto a cultura jurídica imposta pelas metrópoles durante o período colonial quanto as instituições formadas após o processo de independência são provenientes de uma tradição legal europeia. Portanto, o processo de constitucionalização latino-americano pós-independência foi herdado do modelo liberal-individualista.²³³

Na prática, as instituições foram marcadas por controle centralizado e burocrático do poder oficial, assim como formas de democracia excludente, em que as grandes massas populares eram ausentes. Assim, as constituições liberais e a doutrina clássica do constitucionalismo político reproduziram as necessidades dos segmentos elitistas e não representaram as necessidades de outros grupos como as nações indígenas, as populações afrodescendentes, dentre outros segmentos minoritários.²³⁴

Diante de todo esse cenário histórico de dominação e exclusão produzido, o pluralismo é visto como condição ou instrumento de luta para combater as mazelas provenientes de um mundo globalizado e para legitimar-se como estratégia contra-hegemônica de afirmação dos direitos humanos, que passa pelo reconhecimento da identidade dos sujeitos sociais, grupos minoritários, de suas diferenças, necessidades básicas e autonomia.²³⁵

Na CF/88, inúmeros dispositivos consagraram o pluralismo e multiculturalismo da sociedade brasileira, seja no preâmbulo, como também nos arts. 1, V, art. 3º, IV, art. 5º, VI e IX, art. 170, art. 206, art. 215, art. 220, entre outras normas previstas no texto constitucional e, nesse sentido, avançou demasiadamente por haver ampliado a gama de direitos fundamentais e por ter trazido perspectivas pluralistas no campo religioso, cultural, político e filosófico. Portanto, o texto constitucional de 1988 consagra o pluralismo, considerando a realidade social, pautado na convivência e interdependência de diversos grupos sociais, apesar de suas

²³² WOLKMER, Antonio Carlos. **Pluralismo e crítica do constitucionalismo na América Latina**. In: MORAES, Germana de Oliveira; GARCIA, Marcos Leite; UNNEBRG, Flávia Soares (Orgs.). Para Além das Fronteiras: o tratamento jurídico das águas na Unasul. Itajaí: UNIVALI, 2012 (Coleção Osvaldo Ferreira de Melo, v. 2), p. 63.

²³³ *Ibidem*, p. 64.

²³⁴ *Ibidem*, p. 65.

²³⁵ WOLKMER, Antonio Carlos. Pluralismo jurídico, direitos humanos e interculturalidade. **Revista Sequência**, n. 53, dez. 2006, p. 114.

crenças, valores e práticas.²³⁶

No art. 231 e seguintes, o legislador constitucional dedicou um capítulo específico para tratar dos povos originários, quais sejam, os indígenas, reconhecendo sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições. Além disso, o Brasil internalizou a Convenção 196 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) sobre comunidades indígenas e tribais.

O art. 215, §1º da CF/88, por outro lado, assentou que compete ao Estado proteger as manifestações das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras, e das de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional, evidenciando o caráter plural da Constituição Federal de 1988, além de contemplar em diversos outros dispositivos direitos sociais e culturais.

A Constituição não deve representar apenas uma matriz geradora de processos políticos, uma vez que enquanto pacto político plural, ela materializa uma forma de poder que se legitima pela convivência e coexistência de concepções divergentes, diversas e participativas, não sendo possível reduzir o texto constitucional ao mero formalismo normativo ou ao reflexo hierárquico de um ordenamento jurídico estatal. Dessa forma, por sintetizar um espaço estratégico e privilegiado de discussão de múltiplos interesses materiais, fatores socioeconômicos e pluriculturais, a Constituição deve congrega e refletir os horizontes do pluralismo.²³⁷

Dentro do contexto constitucional latino americano, percebe-se que diversos países incorporaram em suas Constituições a possibilidade de pluralismo jurídico quando passaram a atribuir aos tratados internacionais direitos humanos adotados pelos países *status* de norma constitucional, e, em alguns casos, até superior à Constituição nacional (são exemplos desse fenômeno as Constituições de Honduras, Guatemala, Venezuela e Argentina), assim como introduziram previsões reconhecendo algum nível de validade e eficácia de normas provenientes das práticas de povos originários dentro dos seus territórios, como as Constituições da Colômbia, Bolívia, Equador, Paraguai, Peru e Venezuela, com especial destaque para Bolívia e Equador, que revelam uma opção clara pelo multiculturalismo.²³⁸

Percebe-se, então, que o pluralismo representa uma característica importante do constitucionalismo pluralista latino-americano, que considera o modelo tradicional liberal insatisfatório para resolver a realidade complexa da sociedade multicultural, buscando-se o

²³⁶ WOLKMER, *op. cit.*, 2012, p. 68.

²³⁷ *Ibidem*, p. 61-62.

²³⁸ BARCELLOS, Ana Paula Gonçalves Pereira de. Constituição e pluralismo jurídico: a posição particular do Brasil no contexto latino-americano. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 9, n. 2, 2019, p. 170-171.

resgate da ideia de um constitucionalismo mais inclusivo, concebido de baixo para cima, com especial atenção aos direitos dos povos originários.

A formulação teórica do pluralismo designa “a existência de mais de uma realidade, de múltiplas formas de ação prática e da diversidade de campos sociais ou culturais com particularidade própria”²³⁹. Desta forma, falar-se-á em pluralismo quando envolver “um conjunto de fenômenos autônomos e elementos heterogêneos que não se reduzem entre si”.²⁴⁰

Diante da nova relação entre Estado e Sociedade, em todo esse processo de lutas e superações multiculturais no âmbito local, cria-se um novo espaço comunitário, comprometido com a alteridade e com a diversidade cultural, através de um espaço de decisões não controladas nem determinadas pelo Estado, mas induzidas pela sociedade, o que favorece a radicalização de um processo comunitário participativo, definido por mecanismos plurais de exercício democrático.²⁴¹

O reconhecimento do pluralismo na perspectiva da alteridade e da emancipação revela-se como um local propício à coexistência de elementos multiculturais criativos, diferenciados e participativos, reconhecendo-se os valores coletivos materializados na dimensão cultural de cada grupo e de cada comunidade, com o objetivo de conceber a diversidade de culturas na sociedade, de estimular a participação de grupos culturais minoritários e de comunidades étnicas.²⁴²

Em que pese a excessiva sobrecarga e complexidade existente na estrutura constitucional, em especial no controle concentrado de constitucionalidade, a “constituição ainda é um local próprio para ouvir o outro – *altera pares audiatur*”²⁴³, e isto significa que deve haver sempre um diálogo ou uma conexão com outros atores sociais.

Nesse contexto valorativo, guiado pelo fio condutor da ética humana, a interpretação jurídica deve se embasar na alteridade, na aplicação das normas e institutos jurídicos, em que o “eu” deverá mover-se em direção ao “outro” de forma a privilegiar o acolhimento e a hospitalidade.²⁴⁴

Nesse momento, a alteridade emerge como tema central, em que o “outro” deve se concretizar como o verdadeiro protagonista no discurso filosófico contemporâneo, ou seja, o

²³⁹ WOLKMER, *op. cit.*, 2012, p. 62.

²⁴⁰ *Ibidem*, p. 62.

²⁴¹ WOLKMER, *op. cit.*, 2006, p. 117.

²⁴² *Ibidem*, p. 118.

²⁴³ CANOTILHO, *op. cit.*, 2003, p. 1452.

²⁴⁴ CAMILLO, Carlos Eduardo Nicoletti. **A teoria da alteridade jurídica**: em busca do conceito de direito em Emmanuel Levinas. São Paulo: Editora Perspectiva, 2016, p. 77.

“eu” deve acolher incondicionalmente o “outro” mediante conduta respeitosa e acolhedora.²⁴⁵

Pode-se revelar a definição etimológica de alteridade no sentido de que a mesma:

“designa o “outro”, a característica de ser outro – sem qualquer indicação acerca da sua natureza, nomeadamente humana, podendo designar um qualquer “outro” que não humano –, no contexto de uma pluralidade ou “diversidade”, como “um de dois”, assim o entendendo como “diferente” perante o igual, e numa relação de “oposição” face à identidade. Ou seja, a “alteridade” só se afirma num horizonte plural, a partir da igualdade ou identidade e contrapondo-se-lhe.”²⁴⁶

A alteridade deve ser enxergada como uma lógica do outro, enquanto outro como horizonte de constituição de si, como uma nova lógica de ação, denominada “alterologia”, que “consiste numa nova coerência do nosso pensamento e, sobretudo, da nossa ação, fundamentada e estruturada a partir da afirmação da presença originária, constante e indelével do outro e, ainda, integrada e constituinte do eu”.²⁴⁷ A alterologia, portanto, traduz a ideia de que não existe um eu puro ou um outro puro, mas sim a coexistência e interação entre ambos.

Dessa forma, é necessário superar as dicotomias sem suprimir as diferenças, preservando-se a individualidade de cada um e o respeito à pluralidade, traçando uma concepção inclusiva da humanidade que integra as pessoas.²⁴⁸ A alteridade acolhida como referencial hermenêutico, concretiza os valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, o que pode desencadear uma maior sensibilidade no Tribunal no sentido de ouvir o “outro” e não bastar em si mesmo.

No constitucionalismo moderno, portanto, não há como evitar esse contraste entre o “eu” e o “outro” como uma consequência do pluralismo que lhe é inerente.²⁴⁹ Dessa maneira, o constitucionalismo deve se articular com o pluralismo, “o que significa que os constituintes devem forjar uma identidade que transcenda os limites de sua própria subjetividade”.²⁵⁰

No contexto do presente trabalho, o *amicus curiae* tem tudo para desempenhar um papel importante como mais um mecanismo que assegure o pluralismo, especialmente por “desempenhar um papel paralelo e complementar à função exercida tradicionalmente pelo *custos legis*, justamente porque uma das características mais marcantes da sociedade e do Estado atuais é o pluralismo”.²⁵¹ A partir de uma visão plural, percebe-se que não existe uma vontade homogênea do povo a ser exposta pelo STF, mas diversos interesses espalhados por

²⁴⁵ *Ibidem*, p. 67.

²⁴⁶ NEVES, Maria do Céu Patrão. Alteridade e deveres fundamentais: uma abordagem ética. **Revista Direitos Fundamentais e Alteridade**, v. 1, n. 1, 2017, p. 71.

²⁴⁷ *Ibidem*, p. 81.

²⁴⁸ *Ibidem*, p. 83.

²⁴⁹ ROSENFELD, *op. cit.*, 2003, p. 29-30.

²⁵⁰ *Ibidem*, p. 36.

²⁵¹ BUENO, Cassio Scarpinella. Quatro perguntas e quatro respostas sobre o *amicus curiae*. **Revista da Escola Nacional de Magistratura**, v. 2, n. 5, 2008, p. 134.

setores da sociedade, de modo que somente por meio do debate e da participação é possível conferir legitimidade aos processos de interpretação constitucional.²⁵²

O ministro Gilmar Mendes, inclusive, já situou a figura do *amicus curiae* em um contexto de pluralismo social, em que se permite que a sociedade leve ao Tribunal diferentes perspectivas para a apreciação da legitimidade de um determinado ato questionado, através da apresentação de subsídios técnicos, implicações político-jurídicas e elementos de repercussão econômica.²⁵³

A ampliação do debate pode permitir uma maior identificação popular com a Constituição e a torna um meio importante de integração social, uma vez que permite a interação entre o povo e a Suprema Corte brasileira, favorecendo a harmonia e a estabilidade social em razão do crescente pluralismo característico das sociedades contemporâneas.²⁵⁴ Mostra-se mais condizente com o atual estágio em que se encontra a sociedade brasileira em termos de maturidade e vivência constitucional, que o Poder Judiciário atue mais como um parceiro que como um órgão coercitivo.²⁵⁵

A participação do cidadão funciona efetivamente como um legitimador das pautas públicas de comportamento e, no plano constitucional, a elaboração de uma teoria que favoreça e viabilize a construção de canais de comunicação entre os diversos intérpretes será mais compatível com a formação de uma jurisdição constitucional mais consentânea com o pluralismo.²⁵⁶

3.4.2 Noções gerais sobre o novo constitucionalismo latino-americano

O novo constitucionalismo latino-americano tenta recuperar e atualizar o conceito de poder constituinte democrático, “garantindo a origem democrática da Constituição por meio

²⁵²GUIMARÃES, Aline Lisboa Naves. **Participação Social no Controle de Constitucionalidade: o desvelamento da restrição nas decisões do Supremo Tribunal Federal**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Nacional de Brasília, Brasília, 2009, p. 131.

²⁵³ ADI 2.548-1/PR, Decisão monocrática do Min. Gilmar Mendes, 18 de outubro de 2005. No mesmo sentido: ADI 3.599/DF, Decisão monocrática do Min. Gilmar Mendes, 08 de novembro de 2005 e ADI 3.494/GO, Decisão monocrática do Min. Gilmar Mendes, 22 de fevereiro de 2006.

²⁵⁴ A adesão do cidadão aos princípios constitucionais básicos, ligados sobretudo à democracia e aos direitos fundamentais, tem sido chamada de “patriotismo constitucional”, concebida como modelo democrático para integração das sociedades plurais contemporâneas, em substituição ao antigo nacionalismo e a outros vínculos identitários particularistas, em que se reconhece as diferenças, a formação de “acordos para discordar”, de contextos propícios para se “viver e deixar viver”, em total respeito à diversidade, acolhidos nas constituições democráticas. SOUZA NETO; SARMENTO, *op. cit.*, 2012, p. 27.

²⁵⁵ OLIVEIRA, Jadson Correia de; SILVA, José Elio Ventura da. O novo constitucionalismo latino-americano e o protagonismo social. **RJLB**, Ano 6, n. 2, 2020, p. 602.

²⁵⁶MACIEL, Omar Serva. A interpretação pluralista de Peter Häberle como contributo à democratização do processo constitucional. **Revista da AGU–Advocacia-Geral da União**, 2004, p. 8-9.

de uma iniciativa popular e do exercício de tal poder fundador através de uma Assembleia Constituinte participativa e plural”,²⁵⁷ até mesmo com aprovação direta por parte dos cidadãos através de consulta popular, assim como busca resolver os problemas de legitimidade criado pelo neoconstitucionalismo de origem europeia.

No sentido anterior, além da preocupação pela supremacia constitucional característica do *neoconstitucionalismo*, o *novo constitucionalismo* aposta, entre outros aspectos, por abrir espaços de participação direta dos cidadãos para evitar a *oligarquização* do sistema político; estender as garantias e efetividade dos direitos sociais; estabelecer novos fundamentos axiológicos da vida em comum; incorporar a proteção do meio ambiente como uma política transversal que deve permear toda a atividade social; estender os controles constitucionais aos poderes privados, fundamentalmente aos poderes econômicos que controlam e distorcem os mercados; e tentar democratizar e garantir a independência do poder judiciário, dos órgãos constitucionais e, em geral, das instituições de controle sobre o poder político ou econômico. E, com certeza, resolver a exclusão e a marginalização de grupos vulneráveis e minorias étnicas e sociais.²⁵⁸

Constituições com altas cargas inovadoras, em que povos tradicionalmente oprimidos e colocados à margem de qualquer debate político, repletas de conteúdo social, programático e pluralista, assumiram um lugar de destaque na América Latina, no momento em que os olhos apenas se voltavam para os Estados Unidos e para a Europa.²⁵⁹

O novo constitucionalismo latino-americano, também denominado de “*constitucionalismo sin padres*”, destaca-se por conter ferramentas de democracia participativa, direta, com intensa ascensão dos povos indígenas em rumo ao reconhecimento e autonomia e, dessa maneira, a cidadania ativa é concebida como algo em prol do programa constitucional.²⁶⁰

Do ponto de vista do novo constitucionalismo, o estado constitucional, como superação do Estado social e democrático de direito, passa principalmente por quatro caminhos: a reivindicação do conceito de soberania popular e sua identificação com o poder constituinte; a incorporação de mecanismos de fortalecimento da legitimidade democrática do poder constituído, tanto por meio da participação direta nas decisões como do controle democrático do poder político organizado; a busca de mecanismos de materialização e efetividade da Constituição e da eliminação das sombras nominalistas; e, por último, o desaparecimento definitivo do poder constituído ou derivado (poder de reforma da Constituição pelos órgãos constituídos), ao considerar materialmente indelegável ao poder constituinte democrático.²⁶¹

Dessa forma, em alguns países de constitucionalismo tardio vêm crescendo esse movimento que busca, por meio do princípio da corresponsabilidade, atribuir aos cidadãos o

²⁵⁷PASTOR, Roberto Viciano; DALMAU, Rubén Martínez. A constituição democrática: entre o neoconstitucionalismo e o novo constitucionalismo. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 9, n. 2, 2019, p. 111.

²⁵⁸ *Ibidem*, p. 111-112.

²⁵⁹ STRECK, *op. cit.*, 2018, p. 82.

²⁶⁰ *Ibidem*, p. 82-83.

²⁶¹ PASTOR; DALMAU, *op. cit.*, 2019, p 116-117.

dever de guarda e realização da Constituição Federal, distanciando-se, de certa forma, do emprego demasiado do neoconstitucionalismo.²⁶²

O novo constitucionalismo latino-americano, aproximando-se de algumas premissas teóricas do constitucionalismo popular, concebe um maior diálogo institucional permeado pela participação social, através de referendos. Busca-se dar maior importância aos povos originários, à cosmovisão indígena, ao afastamento do antropocentrismo, a busca pela aproximação entre o homem e a natureza, com a positivação de conceitos como o *Sumak Kawsay* (bem viver) e a *Pachamama* (Mãe Terra).²⁶³

Essa nova corrente constitucional possui como elemento comum o fundamento democrático do texto constitucional, amparada em demandas populares, proveniente de “processos constituintes amplos e participativos e iniciadas por rupturas democráticas, na maioria das vezes referendos constituintes que não necessariamente estavam previstos pelo ordenamento jurídico anterior”. Pode-se, até mesmo, referir-se ao novo constitucionalismo latino-americano como uma manifestação do constitucionalismo popular.²⁶⁴

Os processos constituintes latino-americanos inserem como resultado direto dos conflitos sociais que se agravaram durante a implementação das políticas neoliberais nos idos da década de oitenta e noventa e da resposta proveniente dos movimentos sociais, que transferiu suas necessidades para os textos constitucionais.²⁶⁵

A implementação e o exercício da jurisdição constitucional e do controle de constitucionalidade na história da América Latina apresenta particularidades que desembocam em tradições constitucionais próprias, em razão de fatos históricos ligados ao descobrimento, à forma de colonização, ao crescimento atrelado ao interesse de elites e processos de independência com forte influência do capital estrangeiro.²⁶⁶

Em que pese ser proveniente de um modelo em transição e não acabado, que nasceu “sem muitos especialistas que acompanharam o parto”²⁶⁷, o mesmo pode fornecer novas fórmulas de organização da sociedade para avançar na procura das melhores soluções constitucionais para as sociedades latino-americanas, inclusive a brasileira.

Segundo Roberto Gargarella, as constituições latino-americanas, apesar de

²⁶² OLIVEIRA; SILVA, *op. cit.*, 2020, p. 596.

²⁶³ *Ibidem*, p. 603.

²⁶⁴ O autor explica que o termo “constitucionalismo popular” utilizado por ele não se refere ao debate norte-americano, mas à origem popular das Constituições, embora coincida com o *popular constitutionalism* no caráter antielitista das Constituições democráticas. DALMAU, Rubén Martínez. As Constituições do novo constitucionalismo latino-americano funcionaram? **Revista Culturas Jurídicas**, v. 5, n. 12, 2018, p. 43-44.

²⁶⁵ PASTOR; DALMAU, *op. cit.*, 2019, p. 122.

²⁶⁶ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional**. 5. Ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 82.

²⁶⁷ PASTOR; DALMAU, *op. cit.*, 2019, p. 123.

permanecerem intactas com concepções restritivas de democracia, interessam-se em recuperar questões sociais (já previstas em 1917, no México), considerando as graves crises atravessadas na região. Assim, as constituições escritas na década de 1990-2000 ampliaram os direitos dos trabalhadores, foram mais amplas em matéria de gênero, mais receptivas em relação aos direitos indígenas e multiculturais, até então marginalizados.²⁶⁸

Contudo, esse movimento constitucional não está imune às críticas e, segundo Roberto Gargarella, não existe “*nada nuevo bajo el sol*”²⁶⁹ e prossegue afirmando que o que foi alcançado não é tão inovador, nem é produto de competências ou inovações locais específicas, considerando que há alguns vícios e virtudes do constitucionalismo anterior, o que, a priori, se rejeitaria a ideia de que existe um novo constitucionalismo na América Latina, o que não implica um juízo negativo sobre o que existe, nem exclui a melhora que ocorreu.²⁷⁰

O autor sustenta que essa nova rodada de Constituições se assemelha bastante aos textos que já existiam, que sintetizam ideias sobre a organização de poder, inspirado em um constitucionalismo norte-americano e liberal, assim como ideias sobre a organização dos direitos que começaram a aparecer no começo do século XX, especialmente com a Constituição Mexicana de 1917.²⁷¹ O autor prossegue:

En efecto, luego de más de dos siglos de constitucionalismo regional, seguimos manteniendo una estructura de organización de poderes que concentra la autoridad en el Poder Ejecutivo, y centraliza el poder territorialmente; seguimos contando con un diseño del Poder Judicial elitista; seguimos sosteniendo una organización legislativa basada en la desconfianza hacia el pueblo, y la distancia entre elegidos y electores. Luego de más de doscientos años, el «hiper-presidencialismo» latinoamericano se ha afirmado, confirmando así algunos de los peores rasgos del «sistema de frenos y contrapesos» regional. Contamos hoy con un sistema de relación entre los poderes que no asegura el «equilibrio» que proclamaba, sino que aparece desbalanceado hacia el Poder Ejecutivo, con la previsible e indeseable consecuencia que se deriva de ello: todo el sistema institucional termina ladeado entonces hacia el Ejecutivo. Resulta frecuente (aunque no necesario), por lo tanto, que los aparatos judiciales sistemáticamente se inclinen a favorecer al poder presidencial de turno (que goza de una influencia especial en el nombramiento de los jueces, y que disfruta de poderes de «presión» particulares, sobre los mismos); como resulta habitual que las legislaturas se conviertan en órganos opacos, dependientes de la iniciativa presidencial, y sometidas a la autoridad del Ejecutivo.²⁷²

Ressalvado alguns casos como o da Bolívia, que inclui uma maior abertura ao setor indígena anteriormente excluído, Gargarella sustenta que a seção constitucional relativa à

²⁶⁸ GARGARELLA, Roberto. *El nuevo constitucionalismo latinoamericano*. **Estudios Sociales: Revista Universitaria Semestral**, v. 48, n. 1, 2015, p. 171.

²⁶⁹ *Ibidem*, p. 170.

²⁷⁰ *Ibidem*, p. 169.

²⁷¹ *Ibidem*, p. 169-170. Nesse sentido também, acerca da cópia de modelos constitucionais (liberal ou social) democráticos dos países centrais nas sociedades periféricas, que implica uma discrepância estrutural entre o texto constitucional posto e o vivenciar jurídico da população, ver NEVES, *op. cit.*, 2018, p. 127-129.

²⁷² GARGARELLA, *op. cit.*, 2015, p. 170.

organização do poder foi moldada por noções elitistas sobre política e visões estreitas da democracia, típicas do século XIX, sem maiores inovações, com textos constitucionais hostis às maiorias, inclinado a favorecer a autoridade presidencial, sendo todo o restante retórica, até mesmo dos governos ditos progressistas que se especializaram em reforçar a centralização e concentração de poder.²⁷³

Em outras palavras, para se promover mudanças sociais através das novas Constituições, é indispensável primeiramente afetar a organização de poder que foi desenhada por sociedades elitistas do século XIX, ou ter acesso à “sala das máquinas da Constituição”.²⁷⁴ As constituições são vulneráveis naquela parte mais significativa, qual seja, no local onde deve se fornecer o seu suporte.

Tal crítica se coaduna, na prática, com o quanto ocorrido nas decisões acerca das normas constitucionais que previam as proibições de reeleição indefinida para presidente na Bolívia, quando o Tribunal Constitucional Plurinacional tornou tal cláusula ineficaz, ainda que com manifestação contrária do povo através de referendo, assim como na Venezuela.²⁷⁵

o novo constitucionalismo não assumiu a necessidade - ou a possibilidade - de uma verdadeira transformação do Estado, especialmente, a destruição dos principais elementos tradicionais que ainda sobrevivem. Só podemos detectar alguns avanços particulares nos processos de descolonização, na introdução de conceitos transformadores como a plurinacionalidade e o pluralismo jurídico, e em algumas propostas para a reestruturação dos poderes públicos, principalmente na área de eleições e participação política. Embora várias instâncias tenham sido incorporadas com o objetivo de incentivar a participação, várias foram deixadas sem efeito material e não foi consolidada a transição do modelo de democracia representativa para o modelo de democracia participativa.²⁷⁶

²⁷³ *Ibidem*, p. 170.

²⁷⁴ A grande crítica formulada por Roberto Gargarella é que os reformadores concentraram suas energias na seção dos direitos, enquanto deixaram a organização dos poderes basicamente intocada. Dessa forma, se mantêm fechadas as portas da “sala de máquinas” da Constituição, preservando uma organização de poderes que permanece forjada desde o século XIX, de concentração de autoridade, e colocam em risco toda as iniciativas de implementação dos direitos assegurados nas novas Constituições. GARGARELLA, Roberto; PÁDUA, Thiago; GUEDES, Jefferson. *Constitucionalismo Latino-Americano: Direitos Sociais e a 'Sala de Máquinas' da Constituição*. **Universitas JUS-Revista do UniCEUB**, v. 27, n. 2, 2016, p. 33.

²⁷⁵ Acerca do caso Venezuelano, lembre-se que em 2007, Hugo Chávez perdeu o referendo de reforma integral da Constituição de 1999, embora tenha ganhado dois anos depois, quando limitou a reforma com a possibilidade de reeleição indefinida de todos os cargos públicos eleitos e uma década depois, a Constituição de 1999 foi arrasada pelo pós-chavismo, especialmente a partir da convocação de uma Assembleia Nacional Constituinte não democrática pelo regime de Nicolás Maduro. Os protestos contra o governo, iniciados em 2014, foram respondidos de forma desproporcional e contundente, evitando todo o mecanismo de garantias que foram constitucionalizadas pelo processo constituinte de 1999. A eleição direta dos membros da Assembleia Constituinte, por meio do decreto presidencial nº 2830 de 1º de maio de 2017, sem convocar o referendo obrigatório que emergiu da interpretação democrática da Constituição de 1999, deu lugar a um órgão ilegítimo de 545 constituintes, todos eles membros do partido do regime ou seus aliados, que, usando suas faculdades supraconstitucionais, iniciaram o processo de demissão de autoridades opostas ao governo, alterando a aplicação da Constituição de 1999, incluindo os períodos eleitorais. A Constituição venezuelana de 1999 se rendeu frente àqueles que a questionaram. DALMAU, Rubén Martínez. *As Constituições do novo constitucionalismo latino-americano funcionaram?* **Revista Culturas Jurídicas**, v. 5, n. 12, 2018, p. 52.

²⁷⁶ *Ibidem*, p. 53-54.

Em contraponto, Jorge Ernesto Roa Roa sustenta que existem manifestações frutos de um constitucionalismo transformador na América Latina, que serviram para superar a inaplicabilidade das promessas constitucionais e permitiram a incursão do cidadão dentro da sala de máquinas da Constituição como a *acción pública de constitucionalidad*, que foram possíveis graças:

i) à generosidade das disposições constitucionais, ii) à aplicação do *standing* para acessar a jurisdição constitucional (tanto nos procesos de amparo como nos processos de controle abstrato da constitucionalidade das leis), iii) à existência de um Poder Judiciário forte e deliberativo, que reaja a casos estruturais de violação de direitos e iv) um apoio mútuo entre a jurisdição constitucional e a jurisdição interamericana.²⁷⁷

Há autores que também enfatizam que várias das novas Constituições surgidas na América Latina foram relacionadas a processos de mudança política impulsionada por programas e discursos típicos de governos populistas, dando origem a constitucionalismos populistas, que se referiam a textos constitucionais sem qualquer vontade de ser normativo, mas que apenas serviriam como uma manifestação do autoritarismo do líder populista.²⁷⁸ Em contraponto, Rúben Matínez Dalmau afirma:

as Constituições do novo constitucionalismo latino-americano são Constituições nascidas com clara vontade emancipatória e natureza normativa. Portanto, eles começam processos de transformação que levam à melhoria das condições de vida dos habitantes, ou seja, haveria uma correlação entre o constitucionalismo democrático e progresso social. Constatação que, desde já, não é incompatível com o fato de que, em sua fase propositiva (pré-constituente), a promessa de mudança foi usada por alguns setores políticos para obter poder.²⁷⁹

Reafirmando a importância do novo constitucionalismo latino-americano, deve-se ter em mente o avanço da Constituição Boliviana de 2009, que promoveu o reconhecimento das nações e dos povos indígenas originários campesinos que se integram no Estado Plurinacional como a criação de autonomias departamentais, que abriram caminho para o autogoverno indígena.²⁸⁰

O denominado giro biocêntrico é também uma característica importante do movimento, com avanços na apreciação do meio ambiente e dos contextos vitais que cercam a

²⁷⁷ROA ROA, Jorge Ernesto. A cidadania dentro da sala de máquinas do constitucionalismo transformador latino-americano. *Revista Direitos Fundamentais & Democracia*, v. 28, n. 2, 2023a, p. 92.

²⁷⁸ O Rubén Martínez Dalmau relembra que o conceito de "constitucionalismo populista" latino-americano tem sido utilizado, entre outros, por Mascareño (2016), que afirma que "o particularismo das constituições populistas latino-americanas reside justamente em uma visão unilateral do processo de tomada de decisões e na identificação prática e simbólica da vontade da maioria na vontade do líder populista. A infalibilidade da *volonté générale* torna-se assim a infalibilidade de um homem (ou mulher). Nesse sentido, o modelo constitucional populista encontra um terreno comum no totalitarismo europeu". DALMAU, *op. cit.*, 2018, p. 44.

²⁷⁹ *Ibidem*, p. 45.

²⁸⁰ *Ibidem*, p. 47.

vida humana, como o reconhecimento constitucional da natureza como sujeito de direitos a partir da Constituição equatoriana de 2008.²⁸¹

O novo constitucionalismo latino-americano representa uma forte mudança para os povos dos países que nele se inserem, assim como uma releitura de todo um pensamento elitista e eurocêntrico que passa a ser, teoricamente, desconstruído, com promessas de igualdade democrática, política participativa e reconhecimento da cultura, crenças e costumes dos povos originários.²⁸²

A par das críticas direcionadas a este movimento constitucional latino-americano, neste trabalho o especial objetivo do presente debate é resgatar o objetivo primeiro do novo constitucionalismo, qual seja, a recuperação da legitimidade democrática da Constituição, por meio de vontades populares emancipatórias, que se contrapõem à teoria em que se fundamenta o neoconstitucionalismo.²⁸³

3.4.3 Ação pública de constitucionalidade e a relevância do papel do cidadão no processo constitucional

Para se alcançar o modesto objetivo do presente trabalho, mostra-se indispensável um olhar mais atencioso ao instituto previsto no modelo colombiano, denominado de ação pública de constitucionalidade, considerando que se classifica como uma espécie de modelo de acesso amplo ao controle de constitucionalidade.

Aqui se pretende estabelecer algumas bases ou critérios que possibilitem uma investigação mais aprofundada acerca da possibilidade de participação direta do cidadão no controle concentrado de constitucionalidade através de ideias constitucionais produzidas em outros países da América do Sul, especificamente na Colômbia.

O estudo da ação pública de constitucionalidade pode fornecer argumentos importantes e favoráveis à atuação do cidadão no processo constitucional brasileiro, em especial a sua participação como *amicus curiae*, considerado um instrumento idôneo para a participação e deliberação do cidadão, especialmente de minorias alijadas do processo de participação política no controle concentrado de constitucionalidade.

²⁸¹ *Ibidem*, p. 47.

²⁸² ALVES; OLIVEIRA, *op. cit.*, 2018, p. 244.

²⁸³ PASTOR; DALMAU, *op. cit.*, 2019, p. 112.

Assim como a ação pública de constitucionalidade, a participação direta do cidadão como *amicus curiae* pode, em última hipótese, representar um canal direto de diálogo com o STF, como um instrumento especial com vistas a transportar argumentos produzidos por grupos sociais estigmatizados, assim como minorias desprovidas de representatividade política.

O estudo comparado do direito constitucional busca identificar redes de influência e de colaboração entre sistemas jurídicos distintos, a partir da análise das diferenças, semelhanças e aproximações entre os variados ordenamentos, confrontando-se a pluralidade de leis supremas ao redor do mundo e comparando os sistemas jurídicos como um todo.²⁸⁴

Apoiar-se em institutos previstos em países da América do Sul - apesar da baixíssima quantidade de referências nos trabalhos de pesquisa jurídica (que comumente buscam amparo nas experiências provenientes do oeste europeu e norte-americano) - pode ser bastante valioso para o ordenamento jurídico brasileiro, especialmente por serem oriundos de países que apresentam diversas similaridades, evitando-se o problema apontado por Ran Hirschl denominado de *cherry picking*²⁸⁵.

O autor citado traz como exemplo a Corte de Israel que utiliza com frequência a jurisprudência e doutrina alemã, francesa e americana (países com os quais pouco tem em comum), mas não se refere às decisões emanadas pelas Cortes ou legislação da Índia, por exemplo, com quem compartilha grandes similaridades sociais, em razão de questões complexas de identidade, assim como questões étnico-religiosas.²⁸⁶

Buscar auxílio no direito comparado, assim como socorrer-se às experiências constitucionais colombianas não é de todo novidade no ordenamento jurídico brasileiro. A Suprema Corte brasileira, por exemplo, no caso da ADPF 347²⁸⁷, apoiou-se nas decisões da Corte Constitucional colombiana e declarou que no sistema prisional brasileiro há uma

²⁸⁴PRIGOL, Natalia Munhoz Machado; MELEK, Marcelo Ivan. O Direito Constitucional Comparado e a busca por um método de pesquisa único. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)**, v. 14, n. 2, 2022, p. 261.

²⁸⁵ O termo *cherry picking* é um problema apontado por Ran Hirschl para designar situações em que juízes escolhem casos julgados no estrangeiro que corroboram a sua opinião pessoal e concepção política, sem se aterem a uma metodologia que dê confiabilidade às conclusões alcançadas, como se estivesse “colhendo cerejas”. Os conceitos estrangeiros são utilizados sem a devida atenção ao seu contexto e até mesmo ao seu significado no país de origem e apenas servem para fundamentar uma decisão que carece de outro fundamento. Ver HIRSCHL, Ran. *Comparative Matters: the renaissance of comparative constitutional law*. Oxford: Oxford University Press, 2014, p. 23.

²⁸⁶ *Ibidem*, p. 9.

²⁸⁷BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 347**. Relator (a): Min. Marco Aurélio, julgado em 04/10/2023, publicada em DJe 10 out. 2023.

situação de violação em massa de direitos fundamentais dos presos, em que está configurado o Estado de Coisas Inconstitucional.²⁸⁸

A participação direta do cidadão no controle concentrado de constitucionalidade na Colômbia pode fornecer argumentos sólidos e favoráveis para interpretar a CF/88, com vistas à ampliação da participação direta do cidadão no processo constitucional brasileiro, em especial através da figura processual do *amicus curiae*.

A participação direta do cidadão como *amicus curiae* também é amplamente aceita na Colômbia, assim como em diversos outros países como, por exemplo, na Argentina, fundamentado na *Acordada* n.º. 28 emitido pela *Corte Suprema de Justicia*²⁸⁹ e na Costa Rica com base no art. 109 da Lei 7.554 de 1995²⁹⁰, conforme se analisará no capítulo seguinte.

O diálogo constitucional transnacional pode ocorrer de diversas maneiras, como por exemplo, através de empréstimos constitucionais e migração de ideias constitucionais. Os empréstimos constitucionais, em sentido estrito, envolve a importação de regras da constituição de um país para o outro.²⁹¹

Para os fins deste trabalho, o que mais interessa ao debate é algo mais próximo da migração de ideias constitucionais, uma vez que não se fala em transplante de textos ou regras. Assim, “a partir da perspectiva da integração por meio da migração de ideias, o que importa é o livre câmbio de experiências, de ideias, de teorias”²⁹² e a integração “ocorre no nível da argumentação e pode operar horizontalmente entre ordens jurídicas nacionais ou verticalmente entre uma ordem jurídica nacional e uma instância supranacional”.²⁹³

Nessa linha, no direito comparado “a investigação pragmática ganha relevo crescente em um mundo em crescente interação, em que os sistemas jurídicos se entrelaçam em velocidade cibernética”.²⁹⁴

²⁸⁸ Apoiado nas decisões da Corte Constitucional, assim como na doutrina colombiana, Carlos Alexandre de Azevedo Campos define o Estado de Coisas Inconstitucional como a: “técnica de decisão por meio da qual cortes e juízes constitucionais, quando rigorosamente identificam um quadro de violação massiva e sistemática de direitos fundamentais decorrente de falhas estruturais do Estado, declaram a absoluta contradição entre os comandos normativos constitucionais e a realidade social, e expedem ordens estruturais dirigidas a instar um amplo conjunto de órgãos e autoridades a formularem e implementarem políticas públicas voltadas à superação dessa realidade inconstitucional”. CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Estado de Coisas Inconstitucional**. Salvador: Juspodvm, 2016, p. 21.

²⁸⁹ BAZÁN, Victor. En torno al *amicus curiae*. **Revista Oficial del Poder Judicial**, v. 5, n. 5, 2009, p. 306.

²⁹⁰ ESPÍNOLA, Luis Acevedo. *Amicus curiae, principio democrático y participación ambiental en Chile*. **Opini3n Jurídica**, v. 21, n. 45, 2022, p. 99.

²⁹¹ SILVA, Virgílio Afonso da Silva. **Integração e diálogo constitucional na América do Sul**. Direitos humanos, democracia e integração jurídica na América do Sul. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 519.

²⁹² *Ibidem*, p. 520.

²⁹³ *Ibidem*, p. 520.

²⁹⁴ CARVALHO, Weliton. Funções do direito comparado. **Revista de Informação Legislativa**, 2007, v. 44, p. 140.

Por um lado, à medida que a Ciência Jurídica vai ganhando maior consciência da sua dimensão, abrindo-se para métodos cada vez mais exigentes e procurando conceitos mais apurados e mais gerais, ela tende a extravasar das fronteiras e a procurar saber o que se passa nos outros países. Sem deixar de se debruçar sobre a sua ordem jurídica nacional para aplicar as normas aos casos concretos, o jurisperito só tem a beneficiar colhendo elementos de similitude noutras ordens jurídicas e aprendendo com a doutrina e a jurisprudência estrangeiras.²⁹⁵

Sob pena de se realizar uma análise amadora do direito comparado e com o objetivo de escapar de uma observação incompleta é fundamental se pensar dentro de uma perspectiva metodológica adequada, que permitirá esclarecer o modo como foi empregada a abordagem comparativa, o que resultará em uma investigação mais enriquecedora.

O método indicará um procedimento a ser adotado para se permitir ampliar o conhecimento acerca de determinado objeto de estudo e, no caso do direito comparado, é uma forma de produzir conhecimento a partir da comparação de dois ou mais institutos ou regras de ordenamentos jurídicos diversos, com vistas a buscar soluções jurídicas.²⁹⁶

No mundo cada vez mais interconectado em que vivemos, em que a troca de ideias e a permeabilidade de culturas é cada vez maior, torna-se cada vez mais evidente que uma qualquer investigação jurídica não pode prescindir da perspectiva jurídico-comparativa. Com efeito, há um cada vez mais crescente valor acrescentado no estudo jurídico-comparativo dos mais diversos institutos jurídicos. Os estudos comparativos — mesmo em disciplinas do direito público, como é o caso a propósito do qual vem a presente reflexão — podem revelar-se como extremamente úteis para a ciência jurídica. De modo geral, a investigação jurídico-comparativa abre perspectivas e introduz elementos inovadores e originais na análise do objeto de uma investigação; permite um refrescamento de ideias e impede a cristalização de atavismos culturais.²⁹⁷

É sabido que existe resistência quanto à comparação judicial e o uso de fontes não domésticas, sob o argumento de que as normas constitucionais devem ser interpretadas de acordo com as circunstâncias e com a história constitucional de cada país, considerando a compreensão de que a Constituição representa um documento jurídico intimamente relacionado à cultura de uma sociedade.²⁹⁸

Essa discussão acerca da possibilidade de utilização de jurisprudência, de leis estrangeiras ou interseções entre ordens constitucionais estrangeiras para fundamentar

²⁹⁵ MIRANDA, Jorge. Sobre o direito constitucional comparado. **Direito e Justiça**, v. 2, n. Especial, p. 1987, p. 208.

²⁹⁶ HEINEN, Juliano. Método de direito comparado: desenvolvimento e perspectivas contemporâneas. **Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFBA**, v. 27, n. 2, 2017, p. 174.

²⁹⁷ ROZEIRA, Gustavo Gramaxo. Direito constitucional comparado. Uma abordagem metodológica. **Revista de Direito da ULP**, v. 1, n. 9, 2017, p. 79.

²⁹⁸ FREIRE, Alonso. Interpretação constitucional comparativa: aproximação crítica e arcabouço metodológico. **Revista Publicum**, v. 2, n. 1, 2016, p. 50.

decisões internas ecoou na Suprema Corte dos Estados Unidos nos últimos anos, assim como provocou grande debate na doutrina.²⁹⁹

Diversos argumentos favoráveis à análise do direito constitucional comparado são apontados como: a utilidade na tomada de decisão sobre determinado tema de natureza constitucional; pode conferir maior segurança aos direitos humanos, assim como na análise de casos difíceis; a importância de se verificar como os estrangeiros estão lidando com problemas similares; possibilita uma reflexão jurídica através de uma visão global do direito, promovendo uma consciência integradora; pode ser um guia para a construção de novas previsões constitucionais, instituições, interpretações e contribuir para o desenvolvimento dos sistemas jurídicos e aprimoramento doméstico.³⁰⁰

Em contraponto, apontam-se diversos argumentos contrários ao uso de julgados ou de leis estrangeiras sob a ideia principal de que a Constituição reflete uma estrutura moral e jurídica que é particular e inerente a determinado país e que a sua utilização ignora os problemas, instrumentos jurídicos existentes, o que traz um desequilíbrio no processo de decisão,³⁰¹ assim como pode aumentar a discricionariedade judicial já que a escolha arbitrária de normas estrangeiras permite que se amoldem à argumentação desenvolvida pelo julgador.³⁰²

O presente trabalho compartilha a ideia de que a experiência no direito comparado pode ser extremamente útil, ainda que através de elementos diferentes ou plurais, desde que utilizada a partir de critérios e especificidades formais no trato da matéria, como condição necessária para que a abordagem realizada seja eficaz no plano qualitativo. Como bem destaca Ran Hirschl, a *difference in similarity* ou *similarity within difference* faz com que a comparação entre institutos seja produtiva, e esta pluralidade é essencial na comparação, já que não faz sentido comparar coisas que são idênticas.³⁰³

Alonso Freire destaca alguns critérios a serem utilizados no estudo do direito comparado, como a observância do regime político do país selecionado, qual seja, se o país é comprometido com formas democráticas de governo em que se respeita os direitos humanos; se as instituições são genuinamente democráticas; as características sociais e culturais da sociedade.³⁰⁴

²⁹⁹PRIGOL, *op. cit.*, 2022, p. 263.

³⁰⁰*Ibidem*, p. 264.

³⁰¹*Ibidem*, p. 265.

³⁰² HORBACH, Carlos Bastide. O direito comparado no STF: internacionalização da jurisdição constitucional brasileira. **Revista de Direito internacional**, v. 12, n. 2, 2015, p. 202.

³⁰³ HIRSCHL, *op. cit.*, 2014, p. 203-204.

³⁰⁴ FREIRE, *op. cit.*, 2016, p. 64.

Embora a cultura seja importante, o que mais importa na comparação são os aspectos da sociedade, considerando o pluralismo cultural das sociedades modernas. Deve-se analisar se na sociedade em questão os cidadãos são livres para professarem suas crenças e para expressarem seus pensamentos e quais pontos de vista prevalecem em relação a questões polêmicas, assim como observar os aspectos situacionais que justificaram a decisão judicial que estabeleceu o precedente invocado, ou seja, o contexto específico e as situações relevantes contempladas pela argumentação do tribunal de origem e pelos legisladores na utilização de fontes estrangeiras.³⁰⁵

Para os fins deste trabalho, a partir da utilização dos critérios elencados por Alonso Freire, permite-se a análise das normas da constituição colombiana, considerando a possibilidade da Suprema Corte brasileira ampliar suas perspectivas acerca das questões aqui discutidas, o que permite o diagnóstico de possíveis inconsistências tradicionalmente aplicadas.

Ademais, desde a sua instalação em 1992, a Corte Constitucional colombiana vem se destacando na proteção dos direitos fundamentais através do controle de constitucionalidade, assim como diante de sua postura diligente e voltada à proteção dos direitos fundamentais, como no já citado caso do estado de coisas inconstitucional, declarado na *Sentencia de Unificación SU 559/97*.³⁰⁶

Ainda, é possível estabelecer essa forma de integração, que independe de existir instituições comuns, poderes comuns, jurisdição comum e tampouco uma constituição comum, considerando que se pressupõe realidades sociais, econômicas e culturais semelhantes, como estas que já existem na América do Sul.³⁰⁷

Embora o conceito clássico de constituição seja algo intimamente ligado ao Estado nacional, isso não implica que, contemporaneamente, a interpretação constitucional também tenha que se limitar às fronteiras de cada país. O constitucionalismo - e a interpretação constitucional - não são apenas questões estritamente nacionais porque os problemas são internacionalmente comuns, e muitas vezes as realidades e as experiências jurídicas também o são. Nesse sentido, é possível afirmar que mesmo que não houvesse no mundo nenhum órgão (ou tribunal) supranacional, a integração, por meio do livre fluxo de ideias, poderia ser riquíssima e intensa.³⁰⁸

Vale dizer que, neste momento, o que se pretende com o recurso ao direito comparado não é a importação acrítica de institutos, dispositivos constitucionais, concepções

³⁰⁵ *Ibidem*, p. 65-67.

³⁰⁶ SANTOS, Cristian Patric de Sousa Santos. **Cortes Constitucionais como canal de processamento dos direitos das minorias**. Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2021, p. 110-111.

³⁰⁷ SILVA, Virgílio Afonso da Silva. **Integração e diálogo constitucional na América do Sul**. Direitos humanos, democracia e integração jurídica na América do Sul. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 517.

³⁰⁸ *Ibidem*, p. 530.

jurisprudenciais e doutrinárias estrangeiras, mas sim, a rediscussão da posição proferida pelo STF com relação à impossibilidade de participação direta do cidadão no controle concentrado de constitucionalidade, mediadas pela investigação de circunstâncias específicas de nossa realidade, através de argumentos sólidos e aparentemente subestimados na esfera do direito pátrio.

Por fim, cabe enfatizar que a escolha por determinado método não significa uma preferência absoluta por um em detrimento do outro, assim como não traduz a prevalência de um método sob o outro. Na análise do direito comparado, podem e devem ser utilizados todos eles sempre que for necessário para o processo de aprimoramento da pesquisa que está sendo desenvolvida.

3.4.3.1 Origem, conceito e legitimidade da acción pública de constitucionalidad

Analisando-se o modelo de controle de constitucionalidade no direito colombiano, pode-se afirmar que está situado em um grau elevado de proximidade do cidadão ao Tribunal Constitucional, considerando a existência da possibilidade de acesso direto à jurisdição constitucional através da ação pública de constitucionalidade, prevista no art. 241 c/c art. 40.6 da Constituição Colombiana e Decreto 2.067/1991.

O artigo 241 dispõe que a Corte Constitucional é competente para conhecer as demandas apresentadas pelos cidadãos contra atos contrários à Constituição, proveniente das leis e decretos com força de Lei emitidos pelo presidente. O Decreto 2.067/1991, por sua vez, estabelece o procedimento para a ação pública de constitucionalidade.³⁰⁹

O principal princípio do procedimento constitucional colombiano é a participação popular e é por isso que qualquer cidadão pode atuar como defensor ou impugnante de uma norma submetida ao controle de constitucionalidade da Corte, e é considerado um modelo extremamente democrático e participativo.³¹⁰

A Constituição colombiana reafirmou a supremacia constitucional³¹¹ e possui como

³⁰⁹ ROA ROA, Jorge Ernesto. El diseño institucional de la acción pública de constitucionalidad en Colombia. *In*: RIVAS-RAMIREZ, Daniel (Coord. Editorial). **Garantías judiciales de la Constitución. Acción pública de inconstitucionalidad**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. Departamento de Derecho Constitucional, 2023b, p. 21-22.

³¹⁰ STRECK, *op.cit.*, 2018, p. 97.

³¹¹ A análise do art. 4º da Constituição da Colômbia permite aferir a supremacia constitucional, vejamos: “Artículo 4. La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales. Es deber de los nacionales y de los extranjeros en Colombia acatar la Constitución y las leyes, y respetar y obedecer a las autoridades”.

alicerce três pontos fundamentais: a criação de um Tribunal Constitucional com a função de realizar o controle de constitucionalidade das leis; o poder dos juízes para não aplicar as disposições que considerar contrária à Constituição, através da exceção de inconstitucionalidade; e o direito político dos cidadãos de contestar leis e outros atos perante a Corte Constitucional.³¹²

Subsistem diversos mecanismos reservados ao controle de constitucionalidade no âmbito da Corte Constitucional, qual seja, a *acción de inconstitucionalidad*, a *excepción de inconstitucionalidad* no controle concreto, o *control previo* que consiste na revisão prévia de projetos pertinentes a Estatutos e exame das objeções presidenciais de projetos de Lei, e o *controlre oficioso de constitucionalidad* (tratados internacionais e leis que os aprovam e decretos expedidos no Estado de Exceção).³¹³

A ação pública de constitucionalidade tem sua origem na terceira reforma constitucional do ano de 1910, durante a vigência da Constituição de 1886. Na atual Constituição de 1991, o artigo 40 estabelece que todos os cidadãos colombianos têm o direito de participar da formação, exercício e controle do poder político, inclusive, através de ações públicas em defesa da Constituição e da Lei.³¹⁴ Tal mecanismo de participação cidadã constitui um marco mundial no que diz respeito à jurisdição constitucional.

Há mais de um século, portanto, o cidadão colombiano ostenta o direito político de participar diretamente do controle de constitucionalidade, questionando a constitucionalidade das leis e outros atos perante a Corte Constitucional e configura uma baliza mundial no que diz respeito ao controle de constitucionalidade.

Contudo, apesar da ação já estar contida na Colômbia muito antes da Constituição de 1991, não havia um catálogo generoso de promessas constitucionais, “de maneira que, na prática, a ação pública de constitucionalidade somente era exercida por grupos econômicos,

COLÔMBIA. Constitución Política de la República de Colombia. 1991. **Siteal-UNESCO**. Disponível em: <https://siteal.iiep.unesco.org/pt/bdnp/193/constitucion-politica-republica-colombia>. Acesso em: 20 dez. 2023.

³¹² ROA ROA, *op.cit.*, 2017, p. 40.

³¹³ SILVA, Paulo Maycon Costa da. Jurisdição constitucional na Colômbia e o poder político do cidadão diante da Corte Constitucional. **Revista de Informação Legislativa**, v. 51, n. 203, 2014, p. 194-195.

³¹⁴ “Artículo 40. Todo ciudadano tiene derecho a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político. Para hacer efectivo este derecho puede: 1. Elegir y ser elegido. 2. Tomar parte en elecciones, plebiscitos, referendos, consultas populares y otras formas de participación democrática. 3. Constituir partidos, movimientos y agrupaciones políticas sin limitación alguna; formar parte de ellos libremente y difundir sus ideas y programas. 4. Revocar el mandato de los elegidos en los casos y en la forma que establecen la Constitución y la ley. 5. Tener iniciativa en las corporaciones públicas. 6. Interponer acciones públicas en defensa de la Constitución y de la ley. 7. Acceder al desempeño de funciones y cargos públicos, salvo los colombianos, por nacimiento o por adopción, que tengan doble nacionalidad. La ley reglamentará esta excepción y determinará los casos a los cuales ha de aplicarse.” COLÔMBIA, *op. cit.*, 1991.

políticos ou sociais muito poderosos com interesses exclusivamente privados”.³¹⁵

Apenas a partir da Constituição de 1991, com a previsão de diversos direitos com conexão com a vida diária dos colombianos, a ação pública de constitucionalidade conseguiu que os temas sociais ocupassem boa parte da agenda da Corte Constitucional, impulsionada pelo controle de constitucionalidade, que garantiu a proteção dos direitos sociais diante da passividade do legislador.³¹⁶

Ademais, com o advento da Constituição colombiana de 1991, foi atribuída à Corte Constitucional a função de solucionar, com efeito de coisa julgada, as demandas propostas pelos cidadãos contra as leis que consideram inconstitucionais, sendo aquela integrada por 9 juízes eleitos pelo Senado, sendo 3 indicados pelo Presidente da República, 3 pelo Conselho de Estado e 3 pela Corte Suprema de Justiça.³¹⁷

Segundo Jorge Ernesto Roa Roa, pode-se definir a ação pública de constitucionalidade como:

la acción pública de constitucionalidad es una manifestación del derecho político a controlar al poder público, en virtud de la cual, un ciudadano colombiano, mediante la elaboración y presentación de una demanda, somete a juicio de la Corte Constitucional la compatibilidad entre un determinado acto normativo y la Constitución Política.³¹⁸

Dessa maneira, assim como o direito ao voto, acesso à cargo público, o direito ao ingresso pelo cidadão comum com uma ação pública de constitucionalidade no Tribunal Constitucional é um direito político consagrado no texto constitucional colombiano, permitindo-se um amplo acesso do cidadão ao controle de constitucionalidade, concretizando o princípio democrático.

O Tribunal Constitucional colombiano já decidiu nesse sentido ao afirmar que a ação pública de constitucionalidade:

[...] constituye un medio idóneo para la realización del principio de democracia participativa que anima la Constitución (artículo 1 C.P.), permitiendo a todos los ciudadanos, a través de la acción pública de inconstitucionalidad, ejercer un derecho político reconocido por el propio Ordenamiento Superior (artículo 40 C.P.) y actuar como control real del poder que ejerce el legislador cuando expide una ley.³¹⁹

O Tribunal Constitucional colombiano possui a competência exclusiva para conhecer da ação pública de constitucionalidade, que pode ser apresentada por qualquer cidadão colombiano, não requerendo a assistência através de um advogado, nem credenciamento ou

³¹⁵ ROA ROA, *op. cit.*, 2023a, p. 104.

³¹⁶ *Ibidem*, p. 104.

³¹⁷ ROA ROA, *op. cit.*, 2023b, p. 18.

³¹⁸ ROA ROA, *op. cit.*, 2017, p. 44.

³¹⁹ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-1052 de 2001.

qualquer condição especial no procedimento.³²⁰ Servidores públicos, inclusive, não são impedidos de ingressar com a ação na Corte Constitucional, podendo o cidadão solicitar que a Defensoria Pública ingresse com a ação, por exemplo.³²¹

De acordo com a interpretação do Tribunal Constitucional, a legitimidade para iniciar com as ações de constitucionalidade é conferida àquelas pessoas que têm nacionalidade colombiana e atingiram a maioria dos dezoito anos, desde que não tenham tido sofrido a pena de suspensão do exercício dos direitos políticos.³²²

Neste último caso, quando houver ações interpostas por pessoas condenadas com pena acessória de suspensão de exercícios políticos, estas deverão ser inadmitidas por ausência de legitimidade e, caso admitidas pelo juiz relator, o Tribunal deverá declarar-se incompetente para resolvê-los.³²³

3.4.3.2 *Requisitos para ingresso com a demanda na Corte Constitucional Colombiana*

Os cidadãos legítimos que pretendem ingressar com a ação devem apresentá-la pessoalmente e por escrito à Secretaria da Corte Constitucional na cidade de Bogotá ou podem encaminhá-la via correios.³²⁴

Além disso, o cidadão deve atender aos seguintes requisitos: indicar o objeto da reclamação e proceder com a transcrição literal do mesmo; indicar os dispositivos constitucionais incompatíveis com o ato contestado; explicar as razões desta incompatibilidade através de argumentos eivados de clareza, certeza, especificidade, relevância e suficiência³²⁵; quando se tratar de vício de procedimento no trâmite da Lei deve indicar o fato que configura infração à norma processual e; o fundamento que estabelece a competência do Tribunal para conhecer da demanda.³²⁶

³²⁰ ROA ROA, *op. cit.*, 2017, p. 45.

³²¹ ROA ROA, *op. cit.*, 2023b, p. 27.

³²² ROA ROA, *op. cit.*, 2017, p. 46.

³²³ ROA ROA, *op. cit.*, 2023b, p. 25.

³²⁴ *Ibidem*, p. 31.

³²⁵ De acordo com Jorge Ernesto Roa Roa, a Corte Constitucional tem definido tais conceitos da seguinte forma: “una razón es clara cuando tiene un hilo conductor identificable que permite apreciar el sentido de la argumentación; cierta si recae sobre una proposición jurídica real y existente con contenido verificable; específica cuando aprecia una relación directa de contradicción entre la norma acusada y la Constitución; pertinente si se trata de una razón de orden constitucional y no de conveniencia o de carácter político, y, finalmente, será suficiente si logra generar un nivel de duda mínimo sobre la constitucionalidad de la ley que ponga en tela de juicio la presunción de constitucionalidad que juega a favor del acto del legislador en virtud del principio democrático”. *Ibidem*, p. 29.

³²⁶ ROA ROA, *op. cit.*, 2017, p. 48-49.

É possível solicitar à Corte Constitucional que se declare inexigível a interpretação reiterada que outros Tribunais tenham acerca de uma Lei. Nesse caso, o cidadão acusa como contrária à Constituição o conteúdo normativo que lhe foi atribuído por um tribunal que não a Corte Constitucional.³²⁷

O estabelecimento de requisitos têm sido muito criticados sob a alegação de que fora perdido o caráter público da ação de constitucionalidade com uma consequente elitização. De acordo com esses autores, a ação não estaria ao alcance da maioria dos cidadãos, assim como necessitaria ser jurista para escrever uma demanda. Contudo, o Tribunal tem entendido que são condições mínimas para permitir racionalizar o exercício da ação.³²⁸

Em virtude do princípio *pro actione*, a Corte Constitucional já estabeleceu que a análise do cumprimento dos requisitos deve ser feita de uma forma mais flexível de forma a não obstaculizar o acesso à justiça por parte dos cidadãos, não se tornando uma barreira intransponível para o exercício do direito.³²⁹

Em que pese a determinação de alguns requisitos, estes não contém muitas formalidades, até porque dificultariam o objetivo principal da norma que é ampliar a participação dos cidadãos na defesa da Constituição, dando-se mais ênfase à parte material do que formal, no afã de permitir amplo acesso à justiça e participação democrática.³³⁰

Uma vez apresentada a demanda, o presidente do Tribunal designará um dos nove magistrados para funcionar como um espécie de juiz relator e este decidirá acerca da admissão ou rejeição da ação. Antes de rejeitar a demanda, cabe ao juiz assinalar expressamente os erros contidos oportunizando a parte o prazo de três dias para corrigi-la sob pena de indeferimento. Admitido, é encaminhado ao Procurador-Geral para parecer e se comunica o Presidente da República e do Congresso.³³¹

³²⁷ ROA ROA, *op. cit.*, 2023b, p. 28.

³²⁸ *Ibidem*, p. 29.

³²⁹ *Ibidem*, p. 30.

³³⁰ Esta conclusão pode ser aferida da análise do pronunciamento da Corte Constitucional da Colômbia, especialmente da *Sentencia C-032/08* que consolidou o entendimento que: “en reiteradas oportunidades, esta Corporación ha recordado que la acción pública de inconstitucionalidad desarrolla los derechos de los ciudadanos a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político (artículos 40 y 229 de la Carta), por lo que su ejercicio no puede estar sometido a estrictas formalidades ni a requisitos especiales que dificulten el acceso a la justicia para defender la Constitución y hacer eficaz la democracia participativa”. COLOMBIA. Corte Constitucional. **Sentencia C-032/08.** Disponível em: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2008/C-032-08.htm>. Acesso em: 01 mar. 2023.

³³¹ ROA ROA, *op. cit.*, 2023b, p. 32.

3.4.3.3 Considerações finais e possíveis lições do modelo colombiano para o Brasil

Percebe-se que a experiência constitucional colombiana demonstra que aceitar um modelo de justiça constitucional mais aberto à participação do cidadão é mais compatível com o sistema democrático e, por conseguinte, a ação pública de constitucionalidade representa um argumento sólido para a ampliação do debate constitucional no sistema brasileiro, em especial, para a participação da pessoa física como *amicus curiae* no direito brasileiro.

Existe uma espécie de constitucionalismo transformador na América Latina, mas que do ponto de vista institucional é imprescindível que os cidadãos tenham amplo acesso aos tribunais, pois este é um pilar da mudança social por meio do direito, sendo a ação pública de constitucionalidade um meio relevante para promover tal desiderato.³³²

A ação pública de constitucionalidade serviu para promover a abertura da Corte Constitucional colombiana à cidadania e para que os cidadãos ingressem e operem dentro da sala de máquinas da Constituição:³³³

Nesse sentido, um mecanismo como a ação pública de constitucionalidade constitui um bom desenho para fortalecer a imparcialidade das decisões porque impede que o tribunal constitucional se feche em uma instituição conformada por um grupo de elite alheio às necessidades, interesses e opiniões da cidadania. A ação pública de constitucionalidade contribui para aumentar a reflexão pública coletiva e conecta as deliberações extrajudiciais com a discussão que ocorre dentro do tribunal.³³⁴

Na Colômbia, portanto, o controle concentrado de constitucionalidade percorre um caminho mais participativo, no qual o cidadão tem efetivo acesso à justiça e à participação política, por meio da *acción pública de constitucionalidad* diante da Corte Constitucional, destacando-se como um forte “instrumento de legitimación del poder y su potencialidade como una herramienta para la pacificación”.³³⁵

O modelo da ação pública de constitucionalidade incorpora por completo a ideia concebida de sociedade aberta encampada por Peter Häberle, assim como representa um símbolo de participação social no controle de constitucionalidade contemporâneo, alicerçada em todos os fundamentos trazidos pelo novo constitucionalismo latino-americano.

Percebe-se que, apesar da demanda tramitar em um processo de controle concentrado de constitucionalidade, a ação pública de constitucionalidade funciona em interesse de todos e não apenas em nome de interesse próprio do demandante.

³³² ROA ROA, *op. cit.*, 2023a, p. 91.

³³³ *Ibidem*, p. 103.

³³⁴ *Ibidem*, p. 111.

³³⁵ ROA ROA, *op. cit.*, 2023b, p. 15-16.

Com efeito, atualmente, não há espaço para o cidadão propor ação direta de inconstitucionalidade na jurisdição brasileira, contudo é possível extrair lições positivas para o Brasil e cogitar a sua participação na condição de *amicus curiae*. A jurisdição constitucional colombiana contém um mecanismo processual que significa o verdadeiro exercício da democracia participativa, onde o princípio da soberania popular se encontra em perfeita sintonia com o exercício da cidadania.

A participação direta do cidadão como *amicus curiae* no controle concentrado de constitucional brasileiro pode representar um importante avanço e ampliação do canal de comunicação entre o STF e a sociedade civil, em especial daquele cidadão alijado do processo de participação política, desprovido de representatividade institucional, que representa uma demanda social de grupo minoritário.

4 A CONSTITUCIONALIDADE DA ATUAÇÃO DO CIDADÃO COMO *AMICUS CURIAE* NA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

O atual estágio do constitucionalismo se caracteriza pela aguda tensão entre o constitucionalismo e a democracia. A Constituição se apresenta repleta de valores impositivos para toda a sociedade e, como cabe à jurisdição constitucional a derradeira palavra na interpretação constitucional, o juiz constitucional assume uma posição de maior relevo nas deliberações políticas.³³⁶

O neoconstitucionalismo tem um foco muito direcionado ao Poder Judiciário, em que se depositam enormes expectativas de concretização dos ideais constitucionais. Contudo, essa judicialização vem sendo alvo de contestações em razão de que os juízes das Cortes Constitucionais não são eleitos e não respondem diretamente perante o povo, ou por pertencerem à elite, dentre outros aspectos.³³⁷

Afinal, se todas as questões já estiverem decididas pela Constituição, pouco espaço resta aos cidadãos para realizarem as suas próprias escolhas, considerando que os Tribunais ocuparam um papel de protagonismo diante deste novo panorama constitucional, defendendo até mesmo o direito de dizer a última palavra.

A visão de que cabe ao STF dar a última palavra sobre o significado da Constituição já foi defendida, inclusive, dentro da própria Corte, como se verifica em julgado sustentado pelo ministro Celso de Mello:

O exercício da jurisdição constitucional, que tem por objetivo preservar a supremacia da Constituição, põe em evidência a dimensão essencialmente política em que se projeta a atividade institucional do Supremo Tribunal Federal, pois, no processo de indagação constitucional, assenta-se a magna prerrogativa de decidir, em última análise, sobre a própria substância do poder. (...) A interpretação constitucional derivada das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal – a quem se atribuiu a função eminente de ‘guarda da Constituição’ (CF, art. 102, caput) – assume papel de fundamental importância na organização institucional do Estado brasileiro, a justificar o reconhecimento de que o modelo político-jurídico vigente em nosso País conferiu, à Suprema Corte, a singular prerrogativa de dispor do monopólio da última palavra em tema de exegese das normas inscritas no texto da Lei Fundamental.³³⁸

Controvérsias acerca de quem deveria ter a última palavra são vistas como uma tensão não apenas entre duas instituições (Parlamentos e Cortes), mas também entre dois ideais políticos, quais sejam, democracia e constitucionalismo, o que gera o problema de como

³³⁶ MENDES, *op. cit.*, 2011, p. 62.

³³⁷ SOUZA NETO; SARMENTO, *op. cit.*, 2012, p. 180.

³³⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **MS 26603/DF**, Relator: Min. Celso de Mello, J. 4.10.2007.

balancear as demandas procedimentais e substantivas desses ideais.³³⁹

Deve ser louvado um novo constitucionalismo que, sem desprezar o papel essencial da Suprema Corte brasileira, promova a abertura democrática ao cidadão também na definição do Direito, que reconheça e valorize a atuação firme e construtiva dos demais atores sociais para a proteção e promoção dos direitos fundamentais e dos pressupostos da democracia, até mesmo porque “criticar a revisão não equivale, portanto, a defender necessariamente o legislador representativo”.³⁴⁰

Não é salutar atribuir a qualquer órgão a prerrogativa de dizer a última palavra sobre a Constituição, sendo preferível adotar um modelo em que prevaleça a ideia de diálogo, em que se permite a possibilidade permanente de correção recíproca entre todas as instituições no campo da hermenêutica constitucional.³⁴¹

Ademais, a distinção entre legitimidade da jurisdição constitucional e legitimidade para o exercício da jurisdição constitucional é de extrema importância, uma vez que a primeira é matéria institucional, estática, pacífica e inculca adequação e defesa da ordem constitucional, enquanto a segunda é de ordem axiológica e dinâmica, de natureza controversa e oscila entre Direito e Política.³⁴² Acerca da fiscalização de constitucionalidade e legitimidade, Paulo Bonavides leciona:

À verdade, tribunal ou órgão de Estado, consagrado à fiscalização de constitucionalidade que não congregue requisitos indeclináveis ao desempenho de tal função ou não preencha os fins aí implícitos, terá sua legitimidade arranhada e contestada ou comprometida, como ora acontece em determinados sistemas judiciais dos países da periferia. Neles o influxo das interferências executivas sobre o Judiciário se fazem sentir com mais força e intensidade, descaracterizando, não raro, a natureza do controle, transvertido em instrumento ou veículo de interesses infestos à causa da justiça e da democracia, e sempre orientados no sentido do fortalecimento e hipertrofia, já do poder do Estado, já do arbítrio dos governantes.³⁴³

O controle concentrado de constitucionalidade conduz inexoravelmente ao reconhecimento da politização da jurisdição constitucional, ainda que os juízes constitucionais se utilizem de variadas e complexas técnicas argumentativas e procedimentais com o intuito de dissimulá-la. Nessa trilha, Paulo Bonavides sacramenta acerca da legitimidade e juridicidade da atuação do Judiciário:

Flutua o Judiciário brasileiro diante de pressões cujas ondas o fazem oscilar entre a cidadania e o capital, entre a independência e a submissão, entre a lei e o arbítrio,

³³⁹MENDES, Conrado Hubner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. Tese de (Doutorado) - Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011, p. 1.

³⁴⁰*Ibidem*, p. 5.

³⁴¹ SOUZA NETO; SARMENTO, *op. cit.*, 2012, p. 180.

³⁴²BONAVIDES, Paulo. Jurisdição constitucional e legitimidade (algumas observações sobre o Brasil). **Estudos Avançados**, v. 18, 2004, p. 128.

³⁴³*Ibidem*, p. 128.

entre a razão e a vontade, entre o princípio e a regra, entre a democracia e o elitismo. A Constituição que ele tem pode dever guardar perde cada dia que passa legitimidade e juridicidade. Isso acontece porque o País já não confia na retidão dos três Poderes no tocante ao desempenho de suas atribuições constitucionais. A desconfiança gera a crise e a enfermidade do sistema, e esta lhe poderá ser fatal. Nenhuma sociedade livre se governa, que não seja justa. E a justiça constitucional de que não se pode prescindir na era da diversidade, das heterogeneidades, do pluralismo e das complexidades sociais é a justiça dos homens livres, dos poderes legítimos, dos direitos fundamentais.³⁴⁴

Os defensores do neoconstitucionalismo minimizam o impacto da politização do judiciário, considerada apenas como um movimento que fortalece a instituição judicial, e não a considera uma espécie de corrupção da atuação das Cortes por meio da utilização de argumentos vinculados a interesses políticos e não jurídicos.³⁴⁵

Existe um grande desafio quando se busca alinhar democracia, constitucionalismo e efetiva participação popular, especialmente quando se quer responder a questão sobre quem deve ter a autoridade da última palavra sobre aqueles valores previstos em uma Constituição, ou também quais são os parâmetros para se afirmar democrática a escolha de retirar da soberania do povo determinados processos de decisão que envolvem o conteúdo dos direitos mais valiosos para a sociedade, inclusive vinculando gerações futuras.³⁴⁶

Essa tensão existente entre o constitucionalismo e a democracia, assim como a sua relação paradoxal, evidencia que a “democracia constitucional só pode ser vista como um oxímoro, ou seja, um casamento entre conceitos opostos e irreconciliáveis, cuja tensão deve ser mutuamente suportada”.³⁴⁷

Assumir que a relação entre democracia e constitucionalismo é paradoxal, implica em reconhecer que a forma mais adequada de compreendê-la não é eliminando as implicações de um sobre o outro, mas identificando o quanto cada um dos conceitos influencia no outro em um determinado contexto histórico.³⁴⁸

Para possibilitar uma maior democratização no processo de controle de constitucionalidade, a abertura das portas da Suprema Corte brasileira se torna uma consequência inevitável, uma vez que sua legitimidade é reforçada quando apoiada no sentimento profundo de cidadania e nos princípios de soberania popular fundadores da Constituição Federal.

³⁴⁴ *Ibidem*, p. 138-139.

³⁴⁵ COSTA, Alexandre Araújo et al. A quem interessa o controle concentrado de constitucionalidade? Um perfil das decisões de procedência em ADIs. *In: Encontro da Associação Brasileira de Ciência Política (ABCP)*, v. 7, 2010, p. 2.

³⁴⁶ CARVALHO, *op. cit.*, 2012, p. 36.

³⁴⁷ *Ibidem*, p. 36.

³⁴⁸ *Ibidem*, p. 37.

Como já visto anteriormente no breve apanágio histórico acerca do controle de constitucionalidade no Brasil, existe uma prevalência do controle concentrado sobre o controle difuso de constitucionalidade, que perde espaço a cada dia no ordenamento jurídico com a inclusão de instrumentos como a repercussão geral, súmulas vinculantes, o que aumenta a importância de celebração de institutos como o *amicus curie* no direito brasileiro.

Dessa forma, a abertura ao debate e à reflexão conduzirá imperiosamente à legitimação institucional daquele controle e “quanto mais perto do povo estiver o juiz constitucional mais elevado há de ser o grau de sua legitimidade”.³⁴⁹ O Estado Democrático de Direito apenas se configura com a efetiva soberania popular, assim como com a ampla participação do povo na gestão dos negócios públicos e proteção dos ideais democráticos de defesa dos direitos e garantias fundamentais.³⁵⁰

Ademais, com a materialização de postulados éticos e morais na Constituição, os juízes nem sempre disporão de informações, dados, critérios objetivos preestabelecidos dentro do próprio sistema jurídico para a sua tarefa principal, elevando a importância da participação de outros atores no processo constitucional.

Nesse mosaico de fatores, diretamente relacionado à atuação do Poder Judiciário, o *amicus curiae* se destaca como uma âncora para um procedimento justo e como ponto referencial. As posições de outrora ortodoxas são pressionadas e o individualismo jurídico tem sido limitado em prol da prevalência dos interesses sociais.³⁵¹

Em que pese a previsão constitucional de acesso à justiça a qualquer cidadão prevista no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal, os legitimados para participar diretamente na jurisdição constitucional e postular no Supremo Tribunal Federal estão previstos em um rol taxativo no art. 103 da Constituição Federal, assim como no art. 2º da Lei 9.868/99.

Nestes processos de controle concentrado de constitucionalidade, à vista da legislação regente, em especial a Lei 9.868/99, aguarda-se que três autoridades sejam ouvidas durante o procedimento, quais sejam, os órgãos e autoridades responsáveis pela edição do ato ou texto impugnado, o Advogado-Geral da União e o Procurador Geral da República.

Tradicionalmente visto como um processo objetivo, em que não há interesse intersubjetivo a ser discutido, mas prepondera a defesa abstrata da Constituição, no controle concentrado foi criado mecanismos de bloqueio de acesso à participação de terceiros, como a vedação expressa contida no art. 7º, *caput*, da Lei 9.868/1999.

³⁴⁹BONAVIDES, *op. cit.*, 2004, p. 132.

³⁵⁰SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 26 ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 117.

³⁵¹PEREIRA, Milton Luiz. *Amicus curiae: intervenção de terceiros*. **Revista de Processo**, 2002, p. 84.

Ocorre que, no processo de controle abstrato de constitucionalidade foi permitida a intervenção de terceiro na condição de *amicus curiae*, nos termos do §2º do art. 7º da Lei 9.868/99, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, possibilitando a sociedade de participar do processo de interpretação constitucional.

Não se pode perder de vista que, dentre os escopos políticos do processo, deve-se destacar a missão de permitir a participação do indivíduo na vida política do país, em razão da sua condição de cidadão e do seu direito fundamental de participação ativa nos procedimentos estatais decisórios e de influenciar na formação de normas jurídicas vinculativas.³⁵²

Por essas espias, a relação processual não pode ficar submissa ao tecnicismo exacerbado ou retilínio. Deve mover-se na direção de construção que, sem ofensa aos princípios gerais, alcance o dinamismo social reinante, incorporado à extensão econômica, cultural, política e social instalada pela “globalização”. O direito não pode dormir no “outrora”.³⁵³

Diante de todo o contexto elucidado acima, o *amicus curiae* representa um festejado instituto que desfruta deste *status* democratizador com a função de ampliação da cognição do juízo e guarda estreita relação de pertinência com as ideias defendidas por Peter Häberle, já delineadas anteriormente.

Em que pese o instituto já ter sido alvo de inúmeras pesquisas realizadas, para alcançar o escopo obviado do presente trabalho, necessário se faz trazer aspectos mais aprofundados, como o conceito, origem e âmbito de atuação no processo constitucional, de forma a buscar a sua real importância e significado no direito brasileiro.

4.1 AMICUS CURIAE

A ideia de que a atividade de interpretação consiste em revelar o conteúdo da norma e fornecer um percurso a ser seguido para a tomada de decisão remonta à origem grega do termo hermenêutica, mas um instrumento que pode fornecer elementos relevantes para a interpretação judicial e formação do ato decisório é o *amicus curiae*.³⁵⁴

³⁵² CABRAL, Antonio do Passo. Pelas asas de Hermes: a intervenção do *amicus curiae*, um terceiro especial. **Revista de Direito Administrativo**, v. 234, p. 111-142, 2003, p. 112.

³⁵³PEREIRA, *op. cit.*, 2002, p. 84.

³⁵⁴ Antônio do Passo Cabral relembra que “a palavra hermenêutica guarda sua origem etimológica no deus grego Hermes, divindade associada à comunicação, correspondente a Mercúrio na mitologia romana. Seu nome tem origem, segundo os historiadores, passou, no latim tardio, à associação do verbo grego “*hermeneuein*” com a atividade hermenêutica e correspondeu nos idiomas de origem latina a sinônimo de “interpretar”. Filho de Zeus com a ninfa Maia, Hermes foi o inventor da lira e teve muitas incumbências: incentivador do comércio, protetor das estradas e dos viajantes, era o mensageiro dos deuses e trajava um capacete e sandálias aladas, que o permitiam voar em velocidade maior que palavra grega “herma”, que designava os montes de pedra usados para indicar os caminhos”. CABRAL, *op. cit.*, 2003, p. 112.

³⁵⁴BUENO, *op. cit.*, 2008, p. 133.

Não se pode afirmar com clareza acerca das origens históricas do instituto do *amicus curiae*, considerando que há autores que afirmam a sua presença no direito romano e outros sustentam que adveio do direito inglês, especialmente a partir do século XVII, com ampla aceitação no direito norte-americano.

Nos Estados Unidos, por exemplo, “entes da Federação como a União Federal, através do *Solicitor General*, sociedades e associações civis, grupos de pressão (*lobby*), organizações não governamentais e outras entidades utilizam-se do *brieffor an amicus curiae*”,³⁵⁵ para participar do processo judicial, com alicerce na *Rule 37* do Regimento Interno da Suprema Corte.

O sistema do *common law* que adota o modelo do *stare decisis* pode fazer com que o precedente judicial criado em uma relação de litígio individual produza efeitos a todos os futuros processos de mesma natureza, o que elevou a necessidade de possibilitar que setores sociais diversos possam influenciar nas decisões judiciais.³⁵⁶

O vocábulo é uma expressão em latim que significa “amigo da corte” e a palavra *curiae* possui diversos sentidos, dentre os quais o que mais se faz razoável utilizar é o que significa “sala de sessões de qualquer assembleia”, uma vez que se contextualiza melhor como Corte ou Tribunal.³⁵⁷

Contudo, a tradução de uma língua para outra não transparece o sentido literal, como é o caso do *amicus curiae* do direito norte-americano que, vez por outra, a sua participação se traduziria mais em um *amicus partis* ou *amicus causae*, como um terceiro que comparece ao processo mais com o intuito de ajudar uma das partes do que efetivamente trazer esclarecimento ao tribunal.³⁵⁸ O nome amigo da Corte não gera uma expectativa de neutralidade, considerando a parcial defesa de um dos interesses em litígio.³⁵⁹

No STF, o *amicus curiae* ingressa no processo para apoiar um dos lados da disputa, o que confere a ele um perfil partidário: amigo da parte. Constatou-se que o ingresso polarizado do *amicus curiae* aumenta as chances de êxito do lado por ele apoiado, o que confere ao instrumento um viés adicional de efetiva ferramenta de defesa das partes do processo. (...) Ao apoiar um dos lados do processo, o *amicus curiae* atua na revelação de informações relevantes que endossam o ponto de vista defendido pela parte que ele suporta. Esse desequilíbrio informacional fará com que a parte que

³⁵⁴MATTOS, Ana Letícia Queiroga de. O Amicus Curiae e a democratização do controle de constitucionalidade. **Direito Público**, v. 2, n. 9, 2005, p. 117.

³⁵⁴BUENO, op. cit., 2008, p. 135.

³⁵⁴*Ibidem*, p. 133.

³⁵⁵CABRAL, op. cit., 2003, p. 114.

³⁵⁶*Ibidem*, p. 114.

³⁵⁷MATTOS, op. cit., 2005, p. 117.

³⁵⁸ MACIEL, Adhemar Ferreira. Amicus curiae: um instituto democrático. **Revista de Informação Legislativa**, v. 38, n. 153, 2002, p. 7.

³⁵⁹FERREIRA, Débora Costa; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Amicus Curiae em números. Nem amigo da Corte, nem amigo da parte? **Revista de Direito Brasileira**, v. 16, n. 7, 2017, p. 173.

não possui o apoio de *amici* tenha uma desvantagem informacional, que diminuirá suas chances de êxito, na medida em que o juiz disporá de menos alternativas interpretativas para adotar a perspectiva jurídica defendida por esse pólo do processo. Ao oferecer um maior número de alternativas interpretativas do juiz, a parte e seus *amici*, em vantagem informacional, aumentam as suas chances de êxito, na medida em que aumentam a probabilidade de apresentar um argumento que vá ao encontro das preferências interpretativas do julgador.³⁶⁰

Entretanto, o fato de perquirir interesses específicos não deslegitima a atuação do *amicus curiae* no processo, já que é importante que o Tribunal seja informado das preferências interpretativas dos variados segmentos sociais:

Os interesses subjetivos do *amicus* e o interesse social na preservação da ordem constitucional vigente podem coincidir. Contudo, a confluência cessa por aqui: tanto o *amicus*, quanto as partes e toda a sociedade em geral possuem um interesse institucional na preservação da integridade da ordem constitucional vigente, o que legitimará, em última instância, o ingresso daqueles primeiros nos processos de controle de constitucionalidade.³⁶¹

A preocupação atual com o instituto é devidamente justificada em razão da concepção plubicista de jurisdição que dominou a doutrina nos últimos tempos, diretamente vinculada à ideia de que o processo como ramo do direito público busca realizar objetivos que são seus e que precedem ao interesse das partes envolvidas.³⁶²

Cássio Scarpinella Bueno afirma que o *amicus curiae* pode cumprir, inclusive, um papel de fiscal da Lei, em um sentido diferente do conhecido e exercido pelo Ministério Público, como se o mesmo “fosse o portador dos diversos interesses existentes na sociedade civil e no próprio Estado, colidentes ou não entre si, e que, de alguma forma, tendem a ser atingidos, mesmo que em graus variáveis, pelas decisões jurisdicionais.”³⁶³ Segundo o autor:

o *amicus curiae*, tem que ser entendido como um adequado ‘representante’ destes interesses que existem, queiramos ou não, na sociedade e no Estado (“fora do processo”, portanto), mas que serão afetados, em alguma medida, pela decisão a ser tomada “dentro do processo”. O *amicus*, neste sentido, atua em juízo em prol destes ‘interesses’ e é por isto mesmo que, na minha opinião, sua admissão em juízo depende sempre e em qualquer caso da comprovação de que ele, *amicus*, apresentase no plano material (isto é: “fora do processo”) como um “adequado representante destes interesses”.³⁶⁴

A função do *amicus curiae* é levar espontaneamente ou quando provocado pelo juiz, elementos que se relacionem com a matéria em juízo, municiando o Poder Judiciário de informações relevantes para que o mesmo possua mais elementos importantes antes de

³⁶⁰ MEDINA, Damares. **Amigo da Corte ou amigo da parte? *Amicus curiae* no Supremo Tribunal Federal.** Dissertação (Mestrado em Direito) - Instituto Brasiliense de Direito Público, Brasília, 2008, p. 180-181.

³⁶¹ *Ibidem*, p. 39.

³⁶² CABRAL, *op. cit.*, 2003, p. 112.

³⁶³ BUENO, *op. cit.*, 2008, p. 133.

³⁶⁴ *Ibidem*, p. 134.

proferir a decisão:

A função do *amicus curiae* é a de levar, espontaneamente ou quando provocado pelo magistrado, elementos de fato e/ou de direito que de alguma forma relacionam-se intimamente com a matéria posta para julgamento. É por isto que me refiro insistentemente ao *amicus curiae* como um “portador de interesses institucionais” a juízo. Ele atua, no melhor sentido do fiscal da lei, como um elemento que, ao assegurar a imparcialidade do magistrado por manter a indispensável *terzietà* do juiz com o fato ou o contexto a ser julgado, municia-o com os elementos mais importantes e relevantes para o proferimento de uma decisão ótima que, repito, de uma forma ou de outra atingirá interesses que não estão direta e pessoalmente colocados (e, por isto mesmo, defendidos) em juízo.³⁶⁵

Dessa maneira, o *amicus curiae* é um terceiro especial ou colaborador informal que pode intervir no feito para auxiliar a Corte, desde que demonstre um interesse objetivo no que concerne à questão jurídico-constitucional (pertinência temática).³⁶⁶ É um instrumento processual de “matiz democrático, uma vez que permite, tirando um ou outro caso de nítido interesse particular, que terceiros penetrem no mundo fechado e subjetivo do processo para discutir objetivamente teses jurídicas que vão afetar toda a sociedade”.³⁶⁷ Dirley da Cunha Júnior o preceitua:

apresenta-se como um verdadeiro instrumento democrático que franqueia o cidadão penetrar no mundo fechado, estreito e objetivo do processo de controle abstrato de constitucionalidade para debater temas jurídicos que vão afetar toda a sociedade. Por meio desse instituto, o Tribunal Constitucional mantém permanente diálogo com a opinião pública, como forma de legitimar o exercício da jurisdição constitucional.³⁶⁸

A atuação do *amicus curiae* decorre da compreensão do relevante interesse público na jurisdição e na busca por participação política através do processo judicial, com interesse ideológico de se manifestar nos autos, como ocorre com a legitimação do *ideological plaintiff* das *class actions* nos EUA.³⁶⁹ Conforme elucida Inocêncio Mártires Coelho:

Amicus Curiae é o amigo da corte, aquele que lhe presta informações sobre matéria de direito, objeto da controvérsia. Sua função é chamar a atenção da corte para alguma matéria que poderia, de outra forma, escapar-lhe à atenção. Um memorial de *amicus curiae* é a peça produzida por quem *não* é parte numa ação, com vistas a auxiliar a corte, com informações necessárias, para que ela possa tomar uma decisão correta ou com vistas a advogar um determinado resultado em nome de interesses públicos ou privados de terceiros, que serão indiretamente afetados pela solução da disputa.³⁷⁰

Dameres Medina, por sua vez, conceitua o instituto da seguinte forma:

³⁶⁵ *Ibidem*, p. 136.

³⁶⁶ CUNHA JÚNIOR, *op. cit.*, 2016, p. 202.

³⁶⁷ MACIEL, *op. cit.*, 2002, p. 7.

³⁶⁸ CUNHA JÚNIOR, *op. cit.*, 2016, p. 203.

³⁶⁹ CABRAL, *op. cit.*, 2003, p. 120.

³⁷⁰ COELHO, *op. cit.*, 1998, p.162.

O *amicus curiae* é um terceiro que intervém em um processo, do qual ele não é parte, para oferecer à Corte sua perspectiva singular acerca da questão constitucional controvertida. Além disso, ele pode apresentar informações técnicas acerca de questões complexas cujo domínio ultrapasse o campo legal. Por fim, mas não menos importante, o *amici* pode atuar na defesa de interesses dos grupos por ele representados no caso de serem, direta ou indiretamente, afetados pela decisão a ser tomada.³⁷¹

A decisão de admitir ou não o *amicus curiae* é da competência do relator que analisará a relevância da matéria em discussão e a representatividade do postulante, assim como a magnitude dos efeitos da decisão a ser proferida nos setores diretamente afetados ou para a sociedade de um modo geral.³⁷²

A relevância desta figura se evidencia no contexto atual em que os juízes não julgam mais com base na letra fria da lei, mas em um sistema jurídico abrangente e complexo, muitas vezes que contém normas abertas, princípios, doutrina, jurisprudência, entre outros elementos integrantes do sistema.³⁷³

Nessa trilha, a figura do *amicus curiae* ganha especial relevância no contexto em que se busca ampliar a participação popular na jurisdição constitucional, como expressão da soberania popular e instrumento de legitimidade das decisões judiciais proferidas em sede de controle concentrado.

4.1.1 Histórico legislativo brasileiro

Em que pese a previsão expressa nos termos do §2º do art. 7º da Lei 9.868/99 da figura do *amicus curiae*, já era possível visualizar intervenções diferenciadas de terceiro no art. 5º da Lei nº. 9.494/1997 (pessoas jurídicas federais de Direito público); no art. 31 da Lei nº 6.385/1976 (Comissão de Valores Mobiliários); no art. 89 da Lei nº 8.884/1994 (Conselho Administrativo de Defesa Econômica) atual art. 118 da Lei nº. 12.529/2011 e o art. 49 da Lei nº 8.906/1994 (Ordem dos Advogados do Brasil).³⁷⁴

É possível visualizar também figura similar no art. 31 da Lei nº. 9.784/99 que determina que se a matéria abranger assunto de interesse geral, e não havendo prejuízo para a

³⁷¹ MEDINA, Damares. *op. cit.*, 2008, p. 44.

³⁷² BINENBOJM, Gustavo. A dimensão do *amicus curiae* no processo constitucional brasileiro: requisitos, poderes processuais e aplicabilidade no âmbito estadual. **A&C-Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, v. 5, n. 19, 2007, p. 77.

³⁷³ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Amicus curiae*: afinal, quem é ele? **Direito e Democracia**, v. 8, n. 1, 2007, p. 78.

³⁷⁴ BUENO, *op. cit.*, 2008, p. 135.

parte interessada, o órgão competente pode, motivadamente, abrir período de consulta pública para a manifestação de terceiros, antes da decisão do pedido.

Contudo, a inovação trazida pela Lei 9.868/99 é dupla, considerando que se positivou o instituto do *amicus curiae* como interveniente em processo objetivo de controle de constitucionalidade, assim como possibilitou o órgão ou entidade se habilitar para apresentar elementos acerca da questão constitucional em debate e a sua interpretação, como um partícipe ativo de uma sociedade aberta de intérpretes.³⁷⁵

O art. 6º, 1º da Lei 9.882/99, que trata da ADPF, também previu a figura do *amicus curiae*. O art. 7º, §2º da Lei 9.868/99 impôs dois requisitos para admissão no processo, quais sejam, a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, que se submetem à discricionariedade do relator. Remanesce na jurisprudência certa incoerência e imprecisão quanto à especificação de tais requisitos, a noção de “representatividade adequada” e “relevância do caso” inserem-se no âmbito da discricionariedade do relator.³⁷⁶

Portanto, nota-se que o ingresso do *amicus curiae* no processo de controle concentrado de constitucionalidade está condicionado ao juízo discricionário do relator, que em despacho irrecorrível analisará a existência ou não de relevância da matéria e representatividade do postulante, no caso da ADI.

Dameres Medina, contudo, salienta que, ao contrário do sistema concentrado de constitucionalidade, no processamento do pedido de uniformização de jurisprudência previsto na Lei nº. 10.259/01, bem como no julgamento do recurso extraordinário proveniente dos Juizados Especiais Federais, o interessado possui direito subjetivo a manifestar-se, independentemente da aquiescência do relator, sendo esta a exegese da parte final do parágrafo 7º do art. 14.³⁷⁷

Refletindo acerca da sua importância Gustavo Binenbojm aduz que:

Com efeito, o propósito do art. 7º, § 2º da Lei é claramente o de pluralizar o debate constitucional, permitindo que o Tribunal venha a tomar conhecimento, sempre que julgar relevante, dos elementos informativos e das razões constitucionais daqueles que, embora não tenham legitimidade para deflagrar o processo, serão destinatários

³⁷⁵BINENBOJM, *op. cit.*, 2007, p. 76.

³⁷⁶FERREIRA, Débora Costa. Amizade seletiva: análise estratégica da funcionalidade do *amicus curiae*. **Teoria Jurídica Contemporânea**, v. 5, n. 2, 2020, p. 77.

³⁷⁷ A autora entende, contudo, que nos processos de modelo incidental, a admissão dos amigos da Corte, considerando o seu direito subjetivo à participação, pode comprometer o princípio do contraditório e do equilíbrio processual, uma vez que no caso do recurso extraordinário a fase de instrução já se encerrou, não havendo mais espaço para inovações fáticas ou interpretativas. A autora enfatiza que não defende a inadmissibilidade do ingresso do *amicus curiae* nos recursos extraordinários, mas sublinha a necessidade de que não se pode adotar as balizas do controle concentrado para o controle incidental e tal preocupação parte da ideia de que o *amicus curiae* pode ter um perfil partidário e, portanto, nos processos subjetivos de controle de constitucionalidade, deverão ser sopesados o princípio do contraditório, ampla defesa e da vedação da supressão de instância, sob pena de comprometer-se o equilíbrio processual. MEDINA, *op.cit.*, 2008, p. 101.

diretos ou mediatos da decisão a ser proferida. Visa-se, ademais, a alcançar um patamar mais elevado de legitimidade nas deliberações do Tribunal Constitucional, que passará formalmente a ter o dever de apreciar e dar a devida consideração às interpretações constitucionais que emanam dos diversos setores da sociedade.³⁷⁸

A mais recente previsão ocorreu no Código de Processo Civil de 2015, que também previu a participação do *amicus curiae* em seu art. 138, quando trouxe que o juiz ou o relator, considerando a relevância da matéria, a especificidade do tema objeto da demanda ou a repercussão social da controvérsia, poderá, por decisão irrecorrível, de ofício ou a requerimento das partes ou de quem pretenda manifestar-se, solicitar ou admitir a participação de pessoa natural ou jurídica, órgão ou entidade especializada, com representatividade adequada, bem como o quanto disposto no art. 927, §2º do mesmo diploma processual citado.

Portanto, não resta dúvida acerca da importância da figura do amigo da Corte, pessoa natural ou jurídica, no ordenamento jurídico na formação do debate processual, considerando, ainda, a sua previsão expressa em diversos textos contidos na legislação ordinária.

A participação do *amicus curiae* é demonstração inequívoca de que os fatos reais forcejam o surgimento das leis e abrem espaço para construções temáticas, necessárias para o processamento de casos concretos. Sem dúvida, a pretensão deduzida não pode divorciar-se da realidade social. Daí porque, sob o domínio de interesses sociais, escapando dos sentidos dogmáticos e privatístico das relações processuais, o *amicus curiae* merece grangear progressivo acolhimento no sistema processual brasileiro.³⁷⁹

4.1.2 Participação do *amicus curiae* no direito comparado

A figura processual do *amicus curiae* também foi acolhida nos ordenamentos jurídicos estrangeiros, no âmbito do direito internacional de direitos humanos, assim como em outras instâncias transnacionais, como na Comissão e na Corte Interamericana de Direitos Humanos; no Tribunal Europeu de Direitos Humanos; nos órgãos de supervisão do sistema africano estatuído pela Carta de Direitos Humanos e dos Povos, adotada em 1981 pela Organização da Unidade Africana em vigor desde 1986; dentre outros.³⁸⁰

O art. 2º, item 3, do Regulamento da Corte Interamericana de Direitos Humanos, inclusive, traz o significado de *amicus curiae* indicando que esta figura processual pode ser “pessoa ou instituição alheia ao litígio e ao processo que apresenta à Corte fundamentos acerca dos fatos contidos no escrito de submissão do caso ou formula considerações jurídicas

³⁷⁸ BINENBOJM, *op. cit.*, 2005, p. 4.

³⁷⁹ PEREIRA, *op. cit.*, 2002, p. 85.

³⁸⁰ BAZÁN, Victor. En torno al *amicus curiae*. *Revista Oficial del Poder Judicial*, v. 5, n. 5, 2009, p. 305.

sobre a matéria do processo, por meio de um documento ou de uma alegação em audiência”.³⁸¹

Nos EUA, o surgimento e desenvolvimento do instituto foi motivado pela resistência que o sistema de *common law* possui com relação à intervenção de terceiros no processo, como também considerando que as disputas individuais e que envolvem direito privado acabariam por fixar os contornos da interpretação constitucional e os limites do próprio sistema federativo. O *amicus curiae* exsurge, portanto, como uma ferramenta a ser utilizada para que demais interessados pudessem participar do processo.³⁸²

A Suprema Corte norte-americana dispôs em seu regimento interno os modos de ingresso e de atuação do *amicus curiae* em juízo, além de outras informações relativas à manifestação e apresentação de memoriais, que estão previstas na *Rule 37 (Brief for an amicus curiae)*.³⁸³ No regulamento em questão, é permitida a participação de pessoa natural

³⁸¹ Art. 2º, 3, de COSTA RICA. **Regulamento da Corte Interamericana de Direitos Humanos**. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/reglamento.cfm?lang=pt>. Acesso em: 07 jan. 2024.

³⁸² MEDINA, op. cit., 2008, p. 52.

³⁸³ A redação integral da *Rule 37* brief for an amicus curiae, está disponível no site oficial da Suprema Corte norte-americana: “1. An amicus curiae brief that brings to the attention of the Court relevant matter not already brought to its attention by the parties may be of considerable help to the Court. An amicus curiae brief that does not serve this purpose burdens the Court, and its filing is not favored. An amicus curiae brief may be filed only by an attorney admitted to practice before this Court as provided in Rule 5. 2. An amicus curiae brief submitted in support of a petitioner or appellant before the Court’s consideration of a petition for a writ of certiorari, jurisdictional statement, or petition for an extraordinary writ shall be filed within 30 days after the case is placed on the docket or a response is called for by the Court, whichever is later, and that time will not be extended. An amicus curiae brief in support of a motion of a plaintiff for leave to file a bill of complaint in an original action shall be filed within 60 days after the case is placed on the docket, and that time will not be extended. An amicus curiae brief in support of a respondent, an appellee, or a defendant shall be submitted within the time allowed for filing a brief in opposition or a motion to dismiss or affirm. An amicus curiae filing a brief under this subparagraph shall ensure that the counsel of record for all parties receive notice of its intention to file an amicus curiae brief at least 10 days prior to the due date for the amicus curiae brief, unless the amicus curiae brief is filed earlier than 10 days before the due date. Only one signatory to any amicus curiae brief filed jointly by more than one amicus curiae must timely notify the parties of its intent to file that brief. The amicus curiae brief shall indicate that counsel of record received timely notice of the intent to file the brief under this Rule, and its cover shall identify the party supported. 3. An amicus curiae brief in a case before the Court for oral argument or on exceptions to a report of a Special Master in an original action may be filed if it is submitted within 7 days after the brief for the party supported is filed, or if in support of neither party, within 7 days after the time allowed for filing the petitioner’s or appellant’s brief. Motions to extend the time for filing an amicus curiae brief will not be entertained. The 10-day notice requirement of paragraph 2 of this Rule does not apply to an amicus curiae brief in a case before the Court for oral argument or on exceptions to a report of a Special Master. The cover of an amicus curiae brief shall identify the party supported or indicate whether it suggests affirmance or reversal. The Clerk will not file a reply brief for an amicus curiae, or a brief for an amicus curiae in support of, or in opposition to, a petition for rehearing. 4. An amicus curiae brief in connection with an application under Rule 22 must be filed as promptly as possible considering the nature of the relief sought and any asserted need for emergency action. In light of the time-sensitivity of such applications, the filing of these briefs is discouraged, and an amicus curiae brief should be filed only if it brings to the attention of the Court relevant matter not already presented by the parties that will be of considerable help to the Court. An original and two copies of any such brief should be prepared as required by Rule 33.2. An amicus curiae brief in connection with an application is limited to 25 pages in length, subject to the exclusions in Rule 33.1(d). The notice requirement of Rule 37.2 does not apply, but electronic transmission of the brief to the parties under Rule 29.3 must be accomplished at the time of filing. 5. A brief filed under this Rule shall be accompanied by proof of service as required by Rule 29. A brief filed under subparagraphs (2) or (3) of this Rule shall comply with the applicable provisions of Rule 33.1. Any brief

ou jurídica, desde que forneça novas e relevantes considerações não suficientemente discutidas pelas partes, além de atender aos demais requisitos previstos.

Dameres Medina, inclusive, relembra o caso *Lawrence vs Texas*, que tratava de uma Lei do Estado do Texas que criminalizava condutas homossexuais e os argumentos dos memoriais apresentados pelos *amicus curiae* foram responsáveis pela fundamentação de votos que reverteram a jurisprudência consolidada da Suprema Corte norte-americana há 17 anos, em *Bowers vs Hardwick*.³⁸⁴

O papel dos *amicus curiae* foi decisivo para mostrar à Corte que o fundamento que amparava o precedente no caso *Bowers vs Hardwick* estava equivocado, uma vez que restou comprovado que as leis que restringiam as condutas de sodomia e homossexuais não tinham raízes ancestrais na história americana, mas que a finalidade daquelas normas editadas à época eram assegurar o crescimento populacional e a consequente colonização, assim como o conceito de homossexual apenas surgiu no final do século XIX. Esta fundamentação foi retirada especialmente da participação de um grupo formado por renomados historiadores e foram expressamente referenciadas pelo *Justice Anthony Kennedy*.³⁸⁵

Olívia Ferreira Razaboni também sublinha a importância da participação do *amicus curiae* na Suprema Corte dos EUA e a sua abertura à sociedade norte-americana, tanto através da participação de movimentos sociais, como de estudiosos e técnicos nos processos de controle de constitucionalidade, considerando o cunho essencialmente político de suas decisões e a necessidade de legitimação.³⁸⁶

Na Colômbia, o instituto está previsto no art. 13 do Decreto 2067/1991, que admite a participação do *amicus curiae* no âmbito de processos de inconstitucionalidade, exigindo que

under this Rule shall comply with the applicable provisions of Rule 24, except that it suffices to set out in the brief the interest of the *amicus curiae*, the summary of the argument, the argument, and the conclusion. 6. A brief filed under this Rule shall indicate whether counsel for a party authored the brief in whole or in part and whether such counsel or a party made a monetary contribution intended to fund the preparation or submission of the brief, and shall identify every person other than the *amicus curiae*, its members, or its counsel, who made such a monetary contribution. The disclosure shall be made in the first footnote on the first page of text. This disclosure requirement does not apply to a brief presented on behalf of the United States by the Solicitor General; on behalf of any agency of the United States allowed by law to appear before this Court when submitted by the agency's authorized legal representative; on behalf of a State, Commonwealth, Territory, or Possession when submitted by its Attorney General; or on behalf of an Indian Tribe, city, county, town, or similar entity when submitted by its authorized law officer". ESTADOS UNIDOS. **Rules of the Supreme Court of the United States**. Adopted December 5, 2022. Disponível em: <https://www.supremecourt.gov/filingandrules/2023RulesoftheCourt.pdf>. Acesso em: 13 jan. 2024.

³⁸⁴ MEDINA, *op. cit.*, 2008, p. 72.

³⁸⁵ *Ibidem*, p. 73.

³⁸⁶ RAZABONI, Olívia Ferreira. **Amicus curiae: democratização da jurisdição constitucional**. Dissertação (Mestrado) - Universidade de São Paulo, USP, São Paulo, 2009, p. 32.

especialistas na matéria se pronunciem sobre pontos relevantes do litígio.³⁸⁷ A Corte Constitucional colombiana, na Sentença C-513/92, afirmou que considerando o propósito constitucional de democracia participativa, o caráter público da ação de constitucionalidade e o efeito *erga omnes* das decisões, é possível ouvir opiniões de cidadãos sobre o tema em estudo e que possam contribuir para a melhor instrução do processo:

Por otra parte, la circunstancia de que la Constitución consagre directamente la posibilidad de participación de todo ciudadano en tales procesos, para impugnar o defender la constitucionalidad de las normas sub-examine, en modo alguno implica que, como lo piensa el actor, sean estas las únicas posibilidades de intervención de personas, organismos o entidades dentro del juicio correspondiente. Al respecto debe recordarse el carácter eminentemente público de la acción de inconstitucionalidad y los intereses, también públicos, que están en juego cuando se trata de definir con efectos erga omnes la exequibilidad de uno de los actos enunciados en el artículo 241 de la Constitución. De allí que, fuera de la invitación a expertos, que puede formularse en desarrollo de la norma acusada, esté permitido al Magistrado Ponente, sin violar la Constitución y, por el contrario, haciendo efectivos los propósitos de la democracia participativa por ella buscados, auscultar las opiniones y criterios que sobre el tema en estudio tienen las universidades, los sindicatos, los gremios, las asociaciones de profesionales, de productores o usuarios de bienes y servicios afectadas en una u otra forma por las normas sujetas a la decisión de la Corte, o que hayan efectuado estudios o cuenten con información que pueda contribuir a la mejor instrucción del proceso.³⁸⁸

Em outros países da América do Sul, como a Argentina, é possível a participação cidadã na qualidade de *amigos del tribunal*, que permite a intervenção tanto de pessoas físicas ou jurídicas que, mesmo sem ser parte do pleito, ostentem reconhecida competência sobre a questão debatida no processo judicial, conforme Acordada nº. 28/2004³⁸⁹ emitido pela *Corte Suprema de Justicia de la Nación*.³⁹⁰

³⁸⁷ESPÍNOLA, Luis Acevedo. Amicus curiae, principio democrático y participación ambiental en Chile. **Opinión Jurídica**, v. 21, n. 45, 2022, p. 98.

³⁸⁸ COLOMBIA. Corte Constitucional de Colombia. **Sentencia C-513/ 1992**. Disponível em: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1992/C-513-92.htm>. Acesso em: 07 jan. 2024.

³⁸⁹ Na Acordada 28/2004 está previsto a autorização para intervenção dos amigos da Corte em todos os processos judiciais em que debatam questões de transcendência coletiva ou interesse geral: “Artículo 1º- Las personas físicas o jurídicas que no fueran parte en el pleito, pueden presentarse ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación en calidad de Amigo del Tribunal, en todos los procesos judiciales correspondientes a la competencia originaria o apelada, en los que se debatan cuestiones de trascendencia colectiva o interés general. La presentación deberá ser realizada con la única finalidad de expresar una opinión fundada sobre el objeto del litigio, dentro de los quince días hábiles del llamado de autos para sentencia. En la presentación deberá constituirse domicilio en los términos del art. 40 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Artículo 2º- El Amigo del Tribunal deberá ser una persona física o jurídica con reconocida competencia sobre la cuestión debatida en el pleito; fundamentará su interés para participar en la causa e informará sobre la existencia de algún tipo de relación con las partes del proceso. Su actuación deberá limitarse a expresar una opinión fundada en defensa de un interés público o de una cuestión institucional relevante. Dicha presentación no podrá superar las veinte carillas de extensión. Artículo 3º- Si la Corte Suprema considerara pertinente la presentación, ordenará su incorporación al expediente. Artículo 4º- El Amigo del Tribunal no reviste carácter de parte ni puede asumir ninguno de los derechos procesales que corresponden a éstas. Su actuación no devengará costas ni honorarios judiciales. Artículo 5º- Las opiniones o sugerencias del Amigo del Tribunal tienen por objeto ilustrar a la Corte Suprema. No vinculan a ésta pero pueden ser tenidas en cuenta en el pronunciamiento del Tribunal”.

De acordo com a regulamentação na Argentina, a colaboração do *amicus curiae* não poderá superar vinte páginas de extensão e deverá ser realizada dentro de quinze dias úteis antes da conclusão do processo para sentença, na forma do art. 1º e 2º, com o objetivo de se manifestar em defesa de interesse público ou questão institucional relevante.³⁹¹

Na Costa Rica, admite-se a participação de *amicus curiae* especialmente em casos que envolvam matéria ambiental, sendo que o Tribunal Administrativo Ambiental pode ser auxiliado por qualquer organismo nacional ou internacional, ou por pessoas físicas ou jurídicas, na forma do art. 109 da Lei 7.554/1995.³⁹²

No Peru, a participação do *amicus curiae* está prevista no art. 13.A do Regulamento Normativo do Tribunal Constitucional, que foi aprovado mediante a Resolução Administrativa nº. 095-2004-P-TC, podendo fornecer informações com o fim de esclarecer aspectos especializados que possam surgir no decorrer do debate.³⁹³

Portanto, percebe-se que em diversos países, assim como organizações internacionais, a par de suas especificidades, requisitos e regulamentações próprias, permite-se a participação do cidadão como *amicus curiae*, sendo que a sua condição de pessoa física não constitui óbice intransponível para o seu ingresso e participação no processo de controle concentrado de constitucionalidade.

4.2 ANÁLISE JURISPRUDENCIAL DA PARTICIPAÇÃO DO CIDADÃO COMO *AMICUS CURIAE* NA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

Embora o festejado instituto tenha sido incorporado ao direito brasileiro com grande entusiasmo, com inúmeras pesquisas científicas a respeito do tema, bem como após vinte e quatro anos de sua implementação no controle concentrado, os ministros se confrontam com incongruências na figura processual do *amicus curiae*, especialmente com relação à sua aplicação prática.

Mesmo após a previsão expressa do art. 138 do CPC, o Supremo Tribunal Federal restringiu esta ideia de abertura do debate para o *amicus curiae* pessoa física, como se pode extrair dos conteúdos do AgRg na ADI 3396/DF, de relatoria do Ministro Celso de Melo em

ARGENTINA. Corte Suprema de Justicia de la Nación. **Acordada 28/2004**. Disponível em: <https://www.argentina.gob.ar/normativa/nacional/acordada-28-2004-96742/texto>. Acesso em: 13 jan. 2024.

³⁹⁰BAZÁN, Victor. *En torno al amicus curiae*. Revista Oficial del Poder Judicial, v. 5, n. 5, 2009, p. 306.

³⁹¹Ibidem. 306.

³⁹²ESPÍNOLA, *op. cit.*, 2022, p. 99.

³⁹³BAZÁN, *op. cit.*, 2009, p. 309.

06/08/2020 e da não aplicação da disciplina do CPC ao processo constitucional, conforme decisão em ADI 4389, de relatoria do Ministro Luís Roberto Barroso, em 14/08/2019.

4.2.1 Breve apanágio jurisprudencial e entendimento pacífico do Supremo Tribunal Federal

A referência normativa que alberga o instituto no controle concentrado de constitucionalidade é o já mencionado §2º do art. 7º da Lei 9.868/99. À priori, em uma simples leitura do dispositivo, através de uma interpretação literal, concluir-se-á que a habilitação pode apenas ser formulada por órgão ou entidade, não havendo que se falar em pessoa física. É nesse sentido o entendimento pacífico do STF.

Em decisão proferida no Recurso Extraordinário nº. 659424/RS, publicada no dia 13/12/2013, o Ministro Relator, Celso de Mello, ratificou o entendimento do STF no sentido de negar admissão às pessoas físicas ou naturais a possibilidade de intervenção como *amicus curiae*, por ausência de representatividade adequada.

No referido julgado, o ministro acentuou a importância do instituto como um fator de legitimação social das decisões do Tribunal Constitucional, em observância ao postulado democrático, em ordem a pluralizar o próprio debate em torno da controvérsia constitucional. Por outro lado, negou admissão no processo seguindo a jurisprudência consolidada do STF:

É de acentuar 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 processos – como o de controle abstrato de constitucionalidade ou de recurso extraordinário com repercussão geral – cujas implicações políticas, sociais, econômicas, jurídicas e culturais são de irrecusável importância, de indiscutível magnitude e de inquestionável significação para a vida do País e a de seus cidadãos. Devo observar, no entanto, que o Supremo Tribunal Federal, quer em sede de controle normativo abstrato (ADI 3.615-ED/PB, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA – ADI 5.022-MC/RO, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.), quer no âmbito de fiscalização incidental de constitucionalidade instaurada em sede de recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida (RE 566.349/MG, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA – RE 590.415/SC, Rel. Min. JOAQUIM BARBOSA – RE 591.797/SP, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, v.g.), não tem admitido pessoa física ou natural na condição de “amicus curiae”, tanto quanto tem igualmente recusado o ingresso, nessa mesma condição, de pessoa jurídica de direito privado que não satisfaça o requisito da representatividade adequada. Impende destacar, contudo, no tocante ao pleito em causa, um aspecto que se revela essencial à compreensão do tema, considerada a fórmula da “adequacy of representation”. Refiro-me à questão concernente ao que a doutrina, notadamente nos processos tendentes a sentenças coletivas, denomina “representatividade adequada”, que constitui – consoante observa ADA PELLEGRINI GRINOVER

(“Novas Tendências do Direito Processual”, p. 152, 1990, Forense Universitária), com fundamento no magistério de MAURO CAPPELLETTI (“Appunti sulla tutela giurisdizionale di interessi collettivi o diffusi”, in “Le azioni a tutela di interessi collettivi”, p. 200 e segs., 1976, Padova, Cedam) e de VICENZO VIGORITI (“Interessi collettivi e processo”, p. 245, 1979, Milano) – “importantíssimo dado para a escolha dos legitimados às ações coletivas” É por tal razão (falta de representatividade adequada) que a jurisprudência desta Corte Suprema tem negado, a pessoas físicas ou naturais, a possibilidade de intervirem, na condição de “amicus curiae”, em recursos extraordinários nos quais, como sucede na espécie, tenha sido reconhecida a existência de controvérsia constitucional impregnada de repercussão geral.³⁹⁴

Nessa mesma linha decisória, tem-se entendimento consagrado na ADI 4178, de Relatoria do Ministro Cezar Peluso, julgado em 07/10/2009, a ver:

Não assiste razão ao pleito de Humberto Monteiro da Costa, Isabella Spínola Alves Corrêa, Luiz Antônio Ferreira Pacheco da Costa e Emmanuel Lopes Tobias, que requerem admissão na condição de *amici curiae*. É que os requerentes são pessoas físicas, terceiros concretamente interessados no feito, carecendo do requisito de representatividade inerente à intervenção prevista pelo art. 7º, § 2º, da Lei nº 9.868, de 10.11.1999, o qual, aliás, é explícito ao admitir somente a manifestação de outros “órgãos ou entidades” como medida excepcional aos processos objetivos de controle de constitucionalidade.³⁹⁵

O posicionamento acima foi reiterado e pode ser visto ainda em julgados como: RE 566.349/MG, de Relatoria da Ministra Cármen Lúcia; no RE 590.415/SC, de Relatoria do Ministro Joaquim Barbosa; no RE 591.797/SP, de Relatoria do Ministro Dias Toffoli, dentre outros:

[...] A simples invocação de interesse processual no deslinde de discussão constitucional submetida na ADI não é apta a ensejar a habilitação automática do postulante José Augusto de Castro. Além disso, por ser pessoa natural (e não jurídica), não possui a representatividade exigida pelo § 2º do art. 7º da Lei 9.868/99. Apesar de, excepcionalmente, em questão de ordem no MS 32033, o Plenário ter admitido por maioria a admissão de uma pessoa natural como amigo da Corte, referido dispositivo legal restringe apenas às pessoas jurídicas, e não pode ser confundido com § 1º do art. 9º da Lei 9.868/99, que permite a oitiva de pessoas naturais em audiência pública.³⁹⁶

Percebe-se que por diversas vezes o STF está sendo provocado para se manifestar sobre tal matéria, considerando a elevada mobilização cidadã promovida através do *amicus curiae*, inclusive, manifestando-se recentemente após a interposição de agravo regimental na ADI 3396/DF, da decisão do Ministro relator Celso de Mello, em 14/02/2011, publicada no DJE, em 24/02/2011, que assentou:

³⁹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 659.424/RS**. Relator: Min. Celso de Mello, publicado em DJe 13 dez. 2013.

³⁹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 4178**. Relator (a): Min. Cezar Peluso, julgado em 07/10/2009, publicado em DJe 15/10/2009 e publicado em 16 out. 2009.

³⁹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 3695**. Relator (a): Min. Teori Zavaski, julgado em 09 abr. 2014.

Impõe-se registrar, neste ponto, que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem reiteradamente proclamado o descabimento da intervenção de terceiros no processo objetivo de fiscalização abstrata de constitucionalidade (RTJ 170/801, Rel. Min. CELSO DE MELLO - RTJ 176/991, Rel. Min. CELSO DE MELLO - RDA 155/155, Rel. Min. SOARES MUÑOZ - RDA 157/266, Rel. Min. NÉRI DA SILVEIRA, v.g.). Como se sabe, a Lei nº 9.868/99, ao regular o processo de controle abstrato de constitucionalidade, prescreve que “Não se admitirá intervenção de terceiros no processo de ação direta de inconstitucionalidade” (art. 7º, “caput” - grifei). A razão de ser dessa vedação legal - adverte o magistério da doutrina (OSWALDO LUIZ PALU, “Controle de Constitucionalidade”, p. 216/217, 1999, RT; ZENO VELOSO, “Controle Jurisdicional de Constitucionalidade”, p. 88, item n. 96, 1999, Cejup; ALEXANDRE DE MORAES, “Direito Constitucional”, p. 571, 6ª ed., 1999, Atlas, v.g.) - repousa na circunstância de o processo de fiscalização normativa abstrata qualificar-se como processo de caráter objetivo (RTJ 113/22 -RTJ 131/1001 - RTJ 136/467 - RTJ 164/506-507). Desse modo, nada pode justificar o ingresso, nestes autos, do ora peticionário, ainda que na qualidade de “*amicus curiae*”, eis que o requerente em questão não se ajusta à condição especial exigida pelo § 2º do art. 7º da Lei nº 9.868/99, que se mostra inaplicável às pessoas físicas (ou naturais) em geral.³⁹⁷

Em que pese o comportamento contrário à participação do cidadão ou da pessoa física como *amicus curiae* pelo STF, o mesmo já admitiu a sua participação, como no caso do Mandado de Segurança 32.033, em que foi deferida a participação do Senador da República Pedro Taques, assim como o Deputado Federal Carlos Henrique Focesi Sampaio, na qualidade de líder da bancada federal do Partido da Social Democracia (PSDB) na Câmara dos Deputados:

O Senador da República Pedro Taques, na qualidade de parlamentar e membro da Comissão de Constituição e Justiça do Senado, bem como o Partido Popular Socialista (Petição 25983/2013) também pleitearam ingressar no feito, na qualidade de *amicus curiae*, apresentando informações e argumentos e pleiteando a concessão da segurança. Da mesma forma, o Deputado Federal Carlos Henrique Focesi Sampaio, na qualidade de líder da bancada federal do Partido da Social Democracia (PSDB) na Câmara dos Deputados, requereu seu ingresso na condição de *amicus curiae*, pugnando pelo conhecimento e provimento do writ. Dada a relevância, a excepcionalidade e a repercussão da questão aqui debatida e por entender inexistir prejuízo à tramitação regular do writ, deferi o ingresso dos referidos peticionantes neste feito, na condição de *amici curiae*, à semelhança do que esta Corte tem feito nos casos de recurso extraordinário (RE 415454-SC, Rel. Min. Gilmar Mendes, Pleno, DJ 26.10.07) e em outros mandados de segurança (RMS 25.841, Relator Min. Gilmar Mendes; Redator para o acórdão, Min. Marco Aurélio, Pleno, Dje 20.5.2013). Consignei, em despacho fundamentado, as razões dessa admissão, ressaltando tratar-se de writ que envolve a defesa de direitos vinculados a cláusulas pétreas, cuja controvérsia transcende os limites subjetivos do processo, pois atinge vários congressistas e influencia diretamente o sistema político como um todo e as mobilizações políticas dos candidatos com vistas ao próximo pleito eleitoral de 2014. Além disso, destaquei inexistir óbice legal para tanto, apontando que a medida condiz com o processo constitucional, dado que a interferência de uma pluralidade de sujeitos, argumentos e visões é essencial e constitui um excelente instrumento de informação para a Corte Suprema, com subsídios técnicos, implicações político-jurídicas e elementos os mais variados, conferindo ao processo um colorido

³⁹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 3396**. Relator: Min. Celso de Mello, julgado em 14/02/2011, publicado em DJE em 24 fev. 2011.

diferenciado, emprestando-lhe caráter pluralista e aberto, que, a meu ver, não pode ficar restrito ao controle concentrado.³⁹⁸

Contudo, com o advento do Novo Código de Processo Civil em 2015, exsurge uma novidade para o regramento do *amicus curiae* no direito brasileiro, qual seja, a aceitação da pessoa natural como amiga da corte, posteriormente, portanto, a todos os julgados até então emanados pelo Supremo Tribunal Federal, o que fez com que discussão ganhasse um colorido diferente.

De acordo com a própria exposição de motivos do NCPC, “pretendeu-se converter o processo em instrumento incluído no contexto social em que produzirá efeito o seu resultado”³⁹⁹ e, dessa maneira, previu-se a possibilidade da presença do *amicus curiae*, como uma necessidade de aproximar a decisão das reais necessidades das partes e da realidade do país:

Por outro lado, e ainda levando em conta a qualidade da satisfação das partes com a solução dada ao litígio, previu-se a possibilidade da presença do *amicus curiae*, cuja manifestação com certeza tem aptidão de proporcionar ao juiz condições de proferir decisão mais próxima às reais necessidades das partes e mais rente à realidade do país. Criou-se regra no sentido de que a intervenção pode ser pleiteada pelo *amicus curiae* ou solicitada de ofício, como decorrência das peculiaridades da causa, em todos os graus de jurisdição. Entendeu-se que os requisitos que impõem a manifestação do *amicus curiae* no processo, se existem, estarão presentes desde o primeiro grau de jurisdição, não se justificando que a possibilidade de sua intervenção ocorra só nos Tribunais Superiores. Evidentemente, todas as decisões devem ter a qualidade que possa proporcionar a presença do *amicus curiae*, não só a última delas.⁴⁰⁰

A Lei nº. 13.105/2015 contemplou o *amicus curiae* no âmbito do art. 138, no título III, o qual se refere à intervenção de terceiros. Nos termos do §2º do art. 138, o juiz ou relator poderá, considerando a relevância da matéria, a especificidade do tema ou a repercussão geral da controvérsia, solicitar ou admitir a participação de pessoa natural ou jurídica, órgão ou entidade especializada, com representatividade adequada.

Assim, da decisão monocrática proferida na ADI 3396/DF, que negou admissão à participação da pessoa física no processo, foi intentado agravo regimental pelo requerente Sr. Anildo Fabio de Araujo, recurso este que foi alvo de inúmeras discussões no decorrer do julgamento, como se verá a seguir.

³⁹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **MS 32.033/DF**. Relator: Min. Gilmar Mendes, julgado em 20 jun. 2013.

³⁹⁹Trecho extraído da exposição de motivos do Novo Código de Processo Civil brasileiro. BRASIL. **Código de Processo Civil e normas correlatas**. Brasília: Senado Federal, 2015. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/512422/001041135.pdf>. Acesso em: 19 fev. 2024.

⁴⁰⁰*Ibidem*.

4.2.2 Análise do AgRg na ADI 3396 e a perspectiva do cidadão perante a justiça constitucional brasileira

No dia 06 de agosto de 2020, na ADI 3396/DF foi proferida decisão monocrática que negou admissão à participação do cidadão ou pessoa física no processo e, dessa maneira, foi intentado agravo regimental pelo requerente Sr. Anildo Fabio de Araujo. Em sessão plenária, sob a presidência do Ministro Dias Toffoli, por maioria de votos, o recurso foi conhecido e, por unanimidade, negado provimento.

O recurso de agravo não foi admitido “pelo fato de tal recorrente não se ajustar à condição especial exigida pelo §2º do art. 7º da Lei nº. 9.868/99, que se mostra inaplicável às pessoas físicas (ou naturais) em geral”⁴⁰¹, disse o ministro relator Celso de Mello.

O Sr. Anildo Fabio de Araujo interpôs recurso de agravo postulando o seu formal ingresso no processo e, para tanto, alegou:

A Constituição Federal de 1988, fundada sob o Estado Democrático de Direito e o princípio da cidadania, assegura o acesso à justiça. Por tratar-se de princípio constitucional, a cidadania não pode ser restringida por norma infraconstitucional.

O art. 133 da Constituição Federal de 1988, consagra que o advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inconstitucional interpretação restritiva, literal, da art. 7º, § 2º, da Lei Federal nº 9.868/1999. Na aplicação do art. 7º, § 2º, da Lei Federal nº 9.868, de 10 de novembro de 1999, deve ser feita interpretação conforme à Constituição, no sentido de assegurar aos cidadãos a atuação perante o Tribunal Constitucional, na qualidade de ‘Amicus Curiae’, sob pena de violação dos princípios constitucionais da cidadania e do acesso à justiça. A interpretação restritiva, literal, do art. 7º, § 2º, da Lei Federal nº 9.868/1999 visa excluir direitos fundamentais do cidadão, quais sejam, o acesso à justiça, o exercício pleno da cidadania e a participação no sistema concentrado de controle de constitucionalidade.

Tal interpretação poderá ensejar também na restrição legal dos institutos do ‘Habeas Corpus’, do ‘Habeas Data’, do Mandado de Segurança, do Mandado de Injunção, etc., consagrando-os apenas para as pessoas jurídicas, violando a história, o Direito e os princípios seculares desses ‘writs’ constitucionais.⁴⁰²

O ministro relator Celso de Mello conheceu do recurso de agravo, considerando a jurisprudência do STF que admite a possibilidade de impugnação recursal, por parte de terceiro, quando inadmitida a sua intervenção como *amicus curiae*, como no caso da ADI 3.315- ED/PB, de relatoria da Min. Cármen Lúcia. E prosseguiu: “o recurso em questão, unicamente cabível na hipótese de recusa da intervenção de terceiros como *amicus curiae*,

⁴⁰¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **AgRg na ADI 3396/DF**. Relator: Min. Celso de Mello, julgado em 06/08/2020, publicado no DJE 14 out. 2020.

⁴⁰² *Ibidem*, p. 4.

qualifica-se, na vasta tipologia das espécies recursais, como recurso *secundum eventum litis*”.⁴⁰³

A admissão do recurso foi justificada, também, sob o argumento de que negar a participação do *amicus curiae* seria ir de encontro ao objetivo precípua de participação do colaborador da Corte “pluralizar o debate constitucional e em conferir maior coeficiente de legitimidade democrática aos julgamentos do Supremo Tribunal Federal em sede de fiscalização abstrata de constitucionalidade”.⁴⁰⁴

Superada a questão da admissibilidade recursal, no mérito, foi negado provimento sob a fundamentação de “por não dispor de representatividade adequada, que traduz – tal como assinalado na decisão recorrida – um dos requisitos legitimadores da intervenção do *amicus curiae* no processo objetivo de controle normativo abstrato”.⁴⁰⁵

Dameres Medina destaca que a ausência de representatividade está entre os principais motivos para o indeferimento do pedido de ingresso pelo *amicus curiae*. Além deste, outras razões são apontadas como a ausência de informação relevante ou simples reiteração das razões da petição inicial, a superposição (nos casos de mais de uma pessoa jurídica de um ente público ou categoria requererem o ingresso no mesmo processo), o pedido após o término da fase de instrução, como por exemplo, fora do prazo das informações, às vésperas ou após iniciado o julgamento.⁴⁰⁶

Mantendo o posicionamento consolidado, o ministro relator afirmou que o Sr. Anildo Fabio de Araujo, Procurador da Fazenda Nacional, não possui legitimidade para intervir como *amicus curiae*, já que terceiros não dispõem de legitimidade para intervir no processo de fiscalização normativa abstrata, com base no art. 7º, *caput*, da Lei 9.868/99, e prossegue ratificando que: “a razão de ser dessa vedação legal - adverte o magistério da doutrina - repousa na circunstância de o processo de fiscalização normativa abstrata qualificar-se como processo de caráter objetivo”.⁴⁰⁷

Em que pese a utilização da clássica definição do processo constitucional como um processo em que não se discute interesses subjetivos, o ministro relator, contraditoriamente, utilizou-se, no próprio julgado, de ensinamento doutrinário do professor Inocêncio Mártires

⁴⁰³ *Ibidem*, p. 6.

⁴⁰⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **AgRg na ADI 3396/DF**. Relator: Min. Celso de Mello, julgado em 06/08/2020, publicado no DJE 14 out. 2020, p. 6.

⁴⁰⁵ *Ibidem*, p. 6.

⁴⁰⁶ MEDINA, *op. cit.*, 2008, p. 88-89.

⁴⁰⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **AgRg na ADI 3396/DF**. Relator: Min. Celso de Mello, julgado em 06/08/2020, publicado no DJE 14 out. 2020, p. 7.

Coelho, que leciona que no processo de controle de constitucionalidade o deslinde interessa objetivamente a todos os indivíduos:

Admitida, pela forma indicada, a presença do ‘amicus curiae’ no processo de controle de constitucionalidade, não apenas se reitera a impessoalidade da questão constitucional, como também se evidencia que o deslinde desse tipo de controvérsia interessa objetivamente a todos os indivíduos e grupos sociais, até porque, ao esclarecer o sentido da Carta Política, as cortes constitucionais, de certa maneira, acabam reescrevendo as constituições.⁴⁰⁸

Ainda, ressaltou que o instituto valoriza, sob uma perspectiva eminentemente pluralística, o sentido democrático de participação processual e que este traz elementos de informação e experiências ao Tribunal. Porém, ao mesmo tempo, mencionou que se trata de um processo que reflete em todas as pessoas, considerando que resulta em “implicações políticas, sociais, econômicas, jurídicas e culturais são de irrecusável importância, de indiscutível magnitude e de inquestionável significação para a vida do país e de seus cidadãos”.⁴⁰⁹

A negativa de acesso ao cidadão em face da natureza objetiva de que se reveste o processo de fiscalização concentrada de constitucionalidade não se mostra plenamente satisfatória, considerando a possibilidade de o colaborador trazer pontos cegos à discussão, que se refletirão em uma determinada coletividade, sendo que a participação de pessoa física não implica, necessariamente, a discussão acerca de um interesse egoístico.

A importância de abertura do processo constitucional se revela ainda mais salutar em face da ampla e crescente importância que o instituto do controle concentrado possui em detrimento do controle difuso de constitucionalidade, no decorrer da história constitucional brasileira.

Ademais, o ministro relator Celso de Mello reafirmou a necessidade que apenas se permitiria a intervenção assistencial de entidades dotadas de representatividade adequada, uma vez que tal decisão “deve apoiar-se em razões que tornem desejável e útil a sua atuação processual na causa, em ordem a proporcionar meios que viabilizem uma adequada resolução do litígio constitucional”.⁴¹⁰

Percebe-se que o critério utilizado para verificar se a entidade é dotada de representatividade adequada goza de alto grau de discricionariedade e alicerçada em critérios não-jurídicos, uma vez que a decisão é tomada quando o relator entender “desejável e útil”, o

⁴⁰⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **AgRg na ADI 3396/DF**. Relator: Min. Celso de Mello, julgado em 06/08/2020, publicado no DJE 14 out. 2020. p. 12.

⁴⁰⁹ *Ibidem*, p. 13.

⁴¹⁰ *Ibidem*, p. 8.

que inviabiliza o esclarecimento dos fundamentos da seletividade adotada pelo julgador e aumenta o risco de que a seleção se fundamente em critérios não-jurídicos ou arbitrários, como bem salienta Aline Lisboa Naves Guimarães.⁴¹¹

Em que pese a inadmissibilidade da participação do cidadão como *amicus curiae*, a importância do instituto foi destacada no julgado, assim como a necessidade de se superar o indesejável déficit de legitimidade das decisões proferidas:

Não se pode perder de perspectiva que a intervenção processual do “amicus curiae” tem por objetivo essencial pluralizar o debate constitucional, permitindo que o Supremo Tribunal Federal venha a dispor de todos os elementos informativos possíveis e necessários à resolução da controvérsia, visando-se, ainda, com tal abertura procedimental, superar a grave questão pertinente à legitimidade democrática das decisões emanadas desta Corte, quando no desempenho de seu extraordinário poder de efetuar, em abstrato, o controle concentrado de constitucionalidade, tal como destacam, em pronunciamento sobre o tema, eminentes doutrinadores (...) em ordem a pluralizar, em abordagem que deriva da abertura material da Constituição, o próprio debate em torno da controvérsia constitucional, conferindo-se, desse modo, expressão real e efetiva ao princípio democrático, sob pena de se instaurar, no âmbito do controle normativo abstrato, um indesejável “déficit” de legitimidade das decisões que o Supremo Tribunal Federal venha a pronunciar no exercício, “in abstracto”, dos poderes inerentes à jurisdição constitucional.⁴¹²

Contudo, verifica-se mais uma antinomia existente no próprio julgado quando o ministro relator se baseia em lição doutrinária do ministro Gilmar Mendes, que leciona que tanto o cidadão que interpõe um recurso constitucional quanto o partido político são intérpretes da constituição, a ver:

[...] Em plena compatibilidade com essa orientação, Häberle não só defende a existência de instrumentos de defesa da minoria, como também propõe uma abertura hermenêutica que possibilite a esta minoria o oferecimento de ‘alternativas’ para a interpretação constitucional. Häberle esforça-se por demonstrar que a interpretação constitucional não é – 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.⁴¹³

Dessa maneira, o ministro relator concluiu seu voto pelo conhecimento e negando provimento ao agravo, com fundamento na ausência de representação adequada e na natureza objetiva do controle concentrado de constitucionalidade. A partir desse momento, diversas discussões surgiram, especialmente acerca da possibilidade ou não de recurso do *amicus curiae* inadmitido.

⁴¹¹ GUIMARÃES, Aline Lisboa Naves. **Participação Social no Controle de Constitucionalidade: o desvelamento da restrição nas decisões do Supremo Tribunal Federal**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Nacional de Brasília, 2009, p. 136.

⁴¹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **AgRg na ADI 3396/DF**. Relator: Min. Celso de Mello, julgado em 06/08/2020, publicado no DJE 14 out. 2020, p. 9.

⁴¹³ *Ibidem*, p. 10.

O senhor ministro Marco Aurélio iniciou o debate e disse: “presidente, penso que, nesse caso, há disposição legal prevendo que a decisão é irrecurável”, o que foi logo rebatido pelo relator, dizendo que: “o plenário do STF entende cabível o recurso de agravo quando interposto contra decisão do relator que não admite a intervenção formal de terceiro, como *amicus curiae*”. Celso de Mello reafirma o entendimento de que o Tribunal permite a revisão, mediante recurso de agravo, do ato decisório que nega a possibilidade de intervenção.⁴¹⁴

“E é importante, ministro Marco Aurélio, porque o que tem acontecido? Advogados se dizem especialistas e, na matéria que vai ser julgada, pedem a intervenção como *amicus curiae*”, intercedeu o ministro Luiz Fux. Marco Aurélio prosseguiu indicando dúvida com relação à admissibilidade do recurso. “O recurso em questão, unicamente cabível na hipótese de recusa da intervenção de terceiros como *amicus curiae*, qualifica-se, na vasta tipologia das espécies recursais, como recurso *secundum eventum litis*”, rebateu Celso de Mello.⁴¹⁵

Luiz Fux demonstrou extrema resistência à admissão do recurso, deixando evidente a natureza discricionária da admissão do *amicus curiae* pelo relator e insuscetível de recurso, já que este “se sujeita, ao nuto do Relator, saber se é interessante ou não a intervenção dele”. Percebe-se a ampla margem de subjetivação da fundamentação exposta, utilizando-se do adjetivo “interessante”. Prosseguiu: “ele recorrer é criar uma via recursal. Ele não é parte, não é custos legis; ele quer colaborar. A Corte diz: Não preciso de colaboração. E ele se insurge contra essa nossa fala de que não queremos a colaboração”. Cezar Peluso intercede: “Porque ele acha que é importante”, de pronto respondido por Luiz Fux: “ah, ele acha que é importante? Eu acho que quem tem que achar é a Corte”.⁴¹⁶

O ministro Celso de Mello prossegue defendendo a admissão do recurso, mas o ministro Luiz Fux enfatiza: “senhor presidente, acho importante, senão ficaremos abarrotados”, menciona o ministro temendo a possibilidade de muitas intervenções desses “supostos amigos da Corte – que querem colaborar, muito embora a Corte não precise”, o que foi acompanhado pelo ministro Dias Toffoli, que acompanhou a divergência e afirmou seu voto contra o cabimento do recurso.⁴¹⁷

Nesse momento, a ministra Rosa Weber acompanhou a divergência e também não conheceu do recurso e, considerando que se alterava radicalmente a jurisprudência consolidada do STF que entende admissível o recurso, preferiu-se aguardar o voto dos

⁴¹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **AgRg na ADI 3396/DF**. Relator: Min. Celso de Mello, julgado em 06/08/2020, publicado no DJE 14 out. 2020, p. 16.

⁴¹⁵ *Ibidem*, p. 17.

⁴¹⁶ *Ibidem*, p. 17.

⁴¹⁷ *Ibidem*, p. 18.

ministros ausentes. Apenas acompanhavam o relator os Ministros Cezar Peluso, Ricardo Lewandowski e Gilmar Mendes, totalizando quatro votos, enquanto votavam pelo não conhecimento do recurso: Marco Aurélio, Rosa Weber, Luiz Fux, Dias Toffoli e Ayres Britto.

A preocupação com a mudança de entendimento da Corte era latente. “A matéria realmente merece uma segunda reflexão porque o instituto do *amicus curiae* é um instituto benfazejo e tem trazido uma grande colaboração à Corte”, disse Ricardo Lewandowski. “É verdade. E é uma singularidade hoje muito destacada inclusive nos estudos de procedimento constitucional”, respondeu Gilmar Mendes. Celso de Mello reafirmou a essencialidade de se admitir o controle recursal, pelo Plenário, da decisão que nega o terceiro colaborador da Corte, considerando a sua capacidade de “pluralizar o debate constitucional e em conferir maior coeficiente de legitimidade democrática aos julgamentos do Supremo Tribunal Federal”.⁴¹⁸

O Ministro Edson Fachin, que sucedeu o ministro Joaquim Barbosa no julgamento, votou pelo não conhecimento do recurso, mas teceu considerações relevantes para a discussão tratada no presente trabalho, já que frisou que em momento futuro poderá ser alterado o entendimento, considerando a “futura evolução de compreensão sobre o tema à luz do Código de Processo Civil atualmente vigente”.⁴¹⁹

Com a entrada em vigor do novo CPC, é salutar que a Corte reflita com maior vagar sobre as vascularidades existentes entre o Processo Constitucional e o Processo Civil em geral. Especialmente sobre o importante instituto do *amicus curiae*, que passou a ser expressamente regulamentado no código vigente. No particular, isso se mostra imprescindível no que se refere aos mais variados temas, desde a admissão de pessoa natural como *amicus curiae* e a própria recorribilidade da decisão do Relator.⁴²⁰

Em síntese, apesar de não conhecer do recurso, acompanhando a jurisprudência de outrora do STF de que pessoa natural não pode figurar como *amicus curiae* em ADI, o ministro Edson Fachin ressaltou expressamente “a possibilidade de, tendo em vista o novo CPC, eventualmente a Corte rever o entendimento sobre a admissão de pessoa natural como *amicus curiae*”.⁴²¹ Posteriormente, o ministro Ricardo Lewandowski afirmou: “certamente, as conclusões mudarão depois do advento do novo CPC”.⁴²²

O ministro Marco Aurélio fez uso da palavra para dizer que o CPC não se aplica aos processos objetivos de que trata a Lei nº. 9.868/99 e, assim, disse que: “o Código, que é

⁴¹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **AgRg na ADI 3396/DF**. Relator: Min. Celso de Mello, julgado em 06/08/2020, publicado no DJE 14/10/2020, p. 25-26.

⁴¹⁹ *Ibidem*, p. 29.

⁴²⁰ *Ibidem*, p. 31.

⁴²¹ *Ibidem*, p. 32.

⁴²² *Ibidem*, p. 39.

norma geral, diploma geral, não implicou, segundo a Lei de Introdução ao Código Civil, a suplantação da legislação especial”.⁴²³ Tal entendimento foi adotado também pelo ministro Luís Roberto Barroso na ADI 4389.⁴²⁴

Apesar da manifestação acima, Marco Aurélio reviu o entendimento de não conhecimento e deu “a mão à palmatória” conhecendo do recurso e negando-lhe provimento. Afirmou que a irrecorribilidade diz respeito apenas ao entendimento que admite terceiro, o que não se aplica ao caso.

Abriu-se novo debate com a incursão da fala do ministro Luiz Fux, que afirmou a ideia clássica de que os especialistas estão no Tribunal: “o próprio Código traz esse requisito da representatividade adequada, porque nós já tivemos aqui, por absurdo, pessoas físicas pretendendo intervir porque eram especialistas da matéria”. E prossegue: “bom, especialista na matéria tem que ser o Tribunal, que conhece o Direito em razão do próprio ofício, *iura novit curia*. Então, não se precisa desse auxílio”.⁴²⁵

O ministro Luiz Fux traduz com perfeição, nesse momento, a figura do juiz solipsista, que se basta em si mesmo, como bem leciona o professor Lenio Streck:

Mas, atenção, porque, ao mesmo tempo, forjou-se um imaginário no interior do qual, sob pretexto de superar a figura do juiz-boca-da-lei – que era o protótipo do juiz do positivismo primitivo-exegético-sintático – passou-se a apostar no protagonismo judicial. Com isso, sentença viria de “sentire”, e as decisões seriam proferidas a partir da consciência do juiz. Enfim, o triunfo do juiz solipsista, que coloca o sujeito da relação Sujeito-Objeto como o “senhor dos sentidos”. Ou seja, do objetismo os juristas passa(ra)m rapidamente para o subjetivismo.⁴²⁶

A possibilidade de admissão do recurso também não foi defendida por Luís Roberto Barroso temendo haver tumulto processual e, apesar de não participar do julgamento, entrou no debate: “então imagina se qualquer quantidade de pessoas naturais pedem admissão, o relator indefere, pela boa tramitação do processo, aí vai haver uma chuva de agravos que têm que vir ao Plenário, atravancando o fluxo das ações diretas”, disse o ministro. E, prosseguiu: “acho que temos um certo compromisso com a funcionalidade do Tribunal”.⁴²⁷

O ministro Luiz, Fux dirigindo-se a palavra ao ministro Edson Fachin, acentuou enfaticamente: “Eu tenho sob a minha relatoria um recurso extraordinário com repercussão

⁴²³ *Ibidem*, p. 33.

⁴²⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 4389 ED-AgR**. Relator: Luís Roberto Barroso, julgado em 15/08/2019, publicado no DJE no dia 17 ago. 2018.

⁴²⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **AgRg na ADI 3396/DF**. Relator: Min. Celso de Mello, julgado em 06/08/2020, publicado no DJE 14 out. 2020, p. 36.

⁴²⁶ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica em crise: uma exploração da construção do Direito**. 11 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014, p. 86.

⁴²⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **AgRg na ADI 3396/DF**. Relator: Min. Celso de Mello, julgado em 06/08/2020, publicado no DJE 14 out. 2020, p. 37.

geral de amplo espectro que vai tratar do problema relativo à terceirização. Vossa Excelência imagina quantos *amici curiae* pediram intervenção?”. “Tenho uma ADPF da mesma natureza”, disse Luís Roberto Barroso. Fux continua: “Eu indefiro cinquenta intervenções, que vão falar meio segundo aqui. Cabe agravo dessa decisão?”. Marco Aurélio refuta tal posicionamento, afirmando que se trata de argumento que “é metajurídico, e não jurídico”. Luiz Fux rebate: “mas eu entendo assim”. Marco Aurélio, logo em seguida, rebate: “a autodefesa é péssima, em termos de norte” e continua: “agora, Presidente, neste julgamento, eu não discuto com o ministro Luís Roberto Barroso, porque ele não participa do quórum”.⁴²⁸

Neste momento, tem-se um empate deste caloroso debate. O ministro Ricardo Lewandowski, balançado em meio às discussões, reflete acerca da possibilidade de atribuir qualidade de parte ao *amicus curiae* se permitir o recurso, assim como afirmou: “eu acho um pouco estranho, com todo respeito pelas opiniões divergentes, o fato de alguém querer impor-se à Corte como um colaborador”. “Isso é um inimigo, não é amigo da Corte, não. É a figura do *inimicus*”, complementa Luiz Fux.⁴²⁹

A preocupação do ministro Ricardo Lewandowski tem fundamento no fato de que o *amicus curiae*, uma vez admitido no processo, não integra a relação processual, pois o seu interesse é decorrente do direito à participação, diferente do que ocorre com a intervenção tradicional de terceiros, prevista no CPC. O título executivo formado não incluirá o amigo da corte.⁴³⁰

Nesse momento, o ministro Gilmar Mendes menciona a sua participação na redação do texto da Lei, assim como a sua preocupação com o “tumulto processual com a interposição de agravo”. Contudo, ressaltou a importância de uma ponderação em alguns casos, pelo Plenário, quando do indeferimento da participação da pessoa física. Citou, como exemplo, a possibilidade de discussão acerca de questão de saúde em que se habilitasse como *amicus curiae* o Doutor Pinotti ou o Doutor Jatene, notoriamente especializados no tema:

Eu não excludo, inclusive, a possibilidade de que, eventualmente... É claro que sempre haverá instituições por trás, inclusive, de grandes personalidades. Mas imaginemos que, em uma questão de saúde, estivesse se habilitando como *amicus curiae* o doutor Pinotti, ou o doutor Jatene, em suma, pessoas que notoriamente são especializadas nesse tema. Certamente, o Tribunal... Eu também não fixaria a opção no sentido de excluir qualquer pessoa física, depende, mas o Tribunal poderá fazer a avaliação e, previamente, o próprio relator, claro, e, as mais das vezes, a sua decisão subsistirá, como tem subsistido. Então, a mim me parece que a construção que se faz - e agora explicitou o Ministro Marco Aurélio - me parece bastante adequada para permitir aquilo que, inclusive, hoje honra o processo constitucional brasileiro. É essa

⁴²⁸BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **AgRg na ADI 3396/DF**. Relator: Min. Celso de Mello, julgado em 06/08/2020, publicado no DJE 14 out. 2020, p. 37-38.

⁴²⁹ *Ibidem*, p. 41.

⁴³⁰ CABRAL, *op. cit.*, 2003, p. 119.

visão plural que, talvez, não tenha sido ainda tão utilizada e ampliada, mas a mim me parece que é possível manter o controle.⁴³¹

Tal afirmação do ministro Gilmar Mendes se coaduna com a ideia de representação “qualificada” e não “adequada”, defendida pelo professor Gabriel Dias Marques da Cruz⁴³², que pode servir como filtro para promover a admissão de pessoas físicas como *amicus curiae* nos processos constitucionais e, conseqüentemente, manter a funcionalidade do tribunal, preocupação exposta pelo ministro Luís Roberto Barroso em “ter que ficar julgando incidente” e corroborada por Luiz Fux, que exclama que fez “uma audiência pública enorme para não admitir *amicus curiae* na hora dos debates e, mesmo assim, ainda vou admitir um ou outro. Mas a imagem nesse caso, é uma realidade. São cinquenta pedidos!”. O ministro Marco Aurélio contrapõe tal informação dizendo que “os trabalhos do Plenário revelam que são raríssimos aqueles que se mostram inconformados quando não admitidos no processo objetivo. São raríssimos os agravos”.⁴³³

Após o voto do Ministro Edson Fachin, não conhecendo do recurso, e o voto reajustado do Ministro Marco Aurélio, dele conhecendo, o julgamento foi suspenso para aguardar o voto de desempate da Ministra Cármen Lúcia. Não votam os Ministros Roberto Barroso e Teori Zavascki, por sucederem, respectivamente, aos Ministros Ayres Britto e Cezar Peluso.

A ministra Carmen Lúcia também se apegou à alegada “necessidade de maior eficiência dos trabalhos deste Supremo Tribunal Federal” e “recomenda a interpretação no sentido do não conhecimento do presente agravo regimental”.⁴³⁴ Contudo, a ministra Rosa Weber reformulou o seu voto, conhecendo do recurso e inadmitindo no mérito, e a sua manifestação merece destaque tendo em vista as considerações elaboradas através de perguntas retóricas no voto.

Rosa Weber iniciou a reformulação do seu voto afirmando que é “irrecorrível decisão do relator que defere ingresso de *amicus curiae* e recorrível a que o indefere”, sendo que essa “compreensão veio da própria regulamentação trazida pelo Código de Processo Civil”.

⁴³¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **AgRg na ADI 3396/DF**. Relator: Min. Celso de Mello, julgado em 06/08/2020, publicado no DJE 14 out. 2020, p. 42.

⁴³² CRUZ, Gabriel Dias Marques da. *Amicus curiae, pessoa física e ação direta de inconstitucionalidade: uma relação possível? Direito do Estado*. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/gabriel-dias-marques-da-cruz/amicus-curiae-pessoa-fisica-e-acao-direta-de-inconstitucionalidade-uma-relacao-possivel>. Acesso em: 28 out. 2023.

⁴³³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **AgRg na ADI 3396/DF**. Relator: Min. Celso de Mello, julgado em 06/08/2020, publicado no DJE 14 out. 2020, p. 42/43.

⁴³⁴ *Ibidem*, p. 49.

Prosseguiu: “essa alteração de orientação ou, pelo menos, essa norma do Código de Processo Civil tem ensejado que pessoas físicas requeiram ingresso como *amicus curiae*”.⁴³⁵

A partir deste raciocínio, a ministra prossegue afirmando: “uma pessoa física requer o ingresso e há esse indeferimento, dada essa condição, pelo Relator. Parece-me que, pelo menos ao *amicus curiae*, há de se permitir essa discussão”. E, continua: “minha condição de pessoa física inibe meu ingresso em ação de controle concentrado? Não se aplica o CPC no caso?”.⁴³⁶

Da análise do julgado, percebe-se, que por maioria de votos, o recurso foi conhecido, vencidos os Ministros Luiz Fux, Dias Toffoli, Ayres Britto, Edson Fachin e Carmen Lúcia e, por unanimidade, negaram provimento ao recurso, nos termos do voto relator. A principal preocupação dos votos vencidos foi a funcionalidade do Tribunal em razão de possibilitar recursos e participação de pessoas físicas como *amicus curiae*.

No âmbito do debate ocorrido no salão do Plenário, percebe-se um comportamento totalmente contrário à participação da pessoa física como *amicus curiae*, capitaneada pelo ministro Luiz Fux e corroborada pelo ministro Luís Roberto Barroso. Por outro lado, os ministros Gilmar Mendes, Edson Fachin, Ricardo Lewandowski e a ministra Rosa Weber demonstraram a possibilidade de aceitar a participação social do cidadão no Tribunal.

Para haver uma democratização da interpretação constitucional, não se mostra possível realizá-la sem a presença do cidadão ativo, uma vez que todo aquele que vive no contexto regulado por uma norma deve ser considerado um intérprete dessa norma. Ainda paira na Suprema Corte brasileira uma maior preocupação procedimental e uma histórica resistência à participação do cidadão no processo constitucional, o que acaba por enfraquecer a experiência democrática.

O debate público no processo constitucional permanece, assim, privatizado, desqualificando o cidadão como possível interlocutor e essa tutela paternalista elimina o que ela afirma preservar:

Ela subtrai dos cidadãos exatamente a cidadania, o respeito à sua capacidade de autonomia, à sua capacidade de aprender com os próprios erros, preservando eternamente a minoridade de um povo reduzido à condição de massa (de uma não-cidadania), manipulável e instrumentalizada por parte daqueles que se apresentam como os seus tutores, como os seus defensores, mas que, ainda que de modo inconsciente, crêem *a priori* e autoritariamente na sua superioridade em relação aos demais e, assim, os desqualificam como possíveis interlocutores.⁴³⁷

⁴³⁵ *Ibidem*, p. 49.

⁴³⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **AgRg na ADI 3396/DF**. Relator: Min. Celso de Mello, julgado em 06/08/2020, publicado no DJE 14 out. 2020, p. 51.

⁴³⁷ ROSENFELD, Michel. **A identidade do sujeito constitucional**. Tradução de Menelick de Carvalho Netto. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003, p. 13.

Essa obstaculização da participação de outros atores na jurisdição constitucional, não propiciando uma democracia mais participativa, pode ocasionar a ditadura dos juízes que, segundo Paulo Bonavides:

A pior das ditaduras é a tirania judicial personificada no governo da toga, nos magistrados da lei. Tirania sem remédio e sem retorno. Um Tribunal carente de independência, politizado ao excesso pelo Executivo, fragilizado pelo desrespeito à sua função, debilitado pelas omissões no controle jurisdicional de constitucionalidade é o inimigo da Constituição; é também a espessa muralha, e o grande obstáculo que no caso do Brasil, se levanta para tolher o ingresso, em nosso ordenamento, da democracia participativa direta, legislada pelo constituinte de 1988 no parágrafo único do artigo 1º, combinado com o artigo 14 da Constituição Federal vigente.⁴³⁸

Apesar da ampliação dos legitimados para a provocação do STF através das ações de controle concentrado de constitucionalidade com o advento da CF/88, o Tribunal consolidou uma jurisprudência restritiva e que cria verdadeiros bloqueios nos canais de comunicação da Suprema Corte brasileira com a sociedade, o que desmistifica o discurso de que o Tribunal é o guardião dos direitos fundamentais.⁴³⁹

4.2.3 O caso Renan Calheiros e a ADI 6855/RN: só os “amigos da Corte” participam

Como já demonstrado no breve apanágio histórico jurisprudencial do STF acerca da participação do cidadão como *amicus curiae*, o Tribunal se comporta expressamente contrário à colaboração de pessoas físicas. Contudo, já se foi admitido, excepcionalmente, a participação no Mandado de Segurança 32033, do Senador da República Pedro Taques, assim como o Deputado Federal Carlos Henrique Focesi Sampaio, na qualidade de líder da bancada federal do Partido da Social Democracia (PSDB), na Câmara dos Deputados.

A linha argumentativa para o deferimento do pleito foi que a matéria trazida no *writ* envolveria “a defesa de direitos vinculados a cláusulas pétreas, cuja controvérsia transcende os limites subjetivos do processo, pois atinge vários congressistas e influencia diretamente o sistema político como um todo”⁴⁴⁰, assim como afetaria o próximo pleito eleitoral de 2014.

O ministro Luís Roberto Barroso, a despeito da sua manifestação no julgado no AgRg

⁴³⁸BONAVIDES, Paulo. Jurisdição constitucional e legitimidade (algumas observações sobre o Brasil). **Estudos Avançados**, v. 18, 2004, p. 141-142.

⁴³⁹SANTOS, Cristian Patric de Sousa Santos. **Cortes Constitucionais como canal de processamento dos direitos das minorias**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2021, p. 8.

⁴⁴⁰BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **MS 32.033/DF**. Relator: Min. Gilmar Mendes, julgado em 20 jun. 2013.

na ADI 3396, em decisão monocrática proferida no dia 17/06/2021, admitiu o ingresso do senador Renan Calheiros, relator da CPI da Covid-19, como *amicus curiae* na ADI 6855⁴⁴¹ proposta pelo Presidente da República contra medidas administrativas restritivas instituídas por Governadores de Estado, em razão da pandemia do novo Coronavírus. Saliente-se que, no mesmo processo, foi indeferido o pleito do Sr. Fábio Oliveira Ribeiro, por ausência de representatividade ou mesmo a expertise do postulante sobre o tema.

Apesar de o ministro Luís Roberto Barroso ter mencionado a “ausência de expertise do postulante sobre o tema”, na ADI 3.421/PR, que tratou de imunidade tributária, o Min. Marco Aurélio negou o pedido de intervenção do Sr. Daniel Araújo Lima, ainda que justificado em razão de “ser professor de direito e estudioso específico da matéria [...] haja vista que desenvolveu e desenvolve, em sede de Especialização e Mestrado, pesquisas científicas sobre a Imunidade dos Templos de Qualquer Culto”.⁴⁴²

Nessa toada, cabe lembrar a afirmação do Min. Moreira Alves de que o voto proferido pelo Min. Maurício Corrêa no HC 82.424-2/RS acatou o Parecer de autoria do professor Celso Lafer apresentado ao Tribunal, após convite para atuar como *amicus curiae* no processo. Percebe-se a postura oscilante e sem fundamentação do Tribunal, que afastou a contribuição de um acadêmico e convidou outro pesquisador para participar do julgado.⁴⁴³

Os processos trazidos acima ratificam a argumentação de que a participação de pessoa física não constitui óbice ou entrave intransponível ao regular prosseguimento do feito, não sendo a causa da possível ineficiência do Judiciário ou causador de transtorno processual nos processos de controle de constitucionalidade, uma vez que já admitidos mais de uma vez em processos judiciais.

Ainda, os casos de admissão de participação de pessoa física em processos da jurisdição constitucional tende a confirmar a análise empírica realizada por Débora Costa Ferreira, que revela que a Suprema Corte faz o uso estratégico da figura do *amicus curiae*, tratando distintamente os diferentes tipos de participantes, sendo “mais amiga” de alguns tipos

⁴⁴¹ Na ocasião, o ministro relator decidiu da seguinte forma: “O Senador José Renan Vasconcelos Calheiros requer ingresso no feito, a título de *amicus curiae* (Petição 56917/2021), na qualidade de relator da CPI da COVID-19. 2. Dada a relevância da matéria, a representatividade do postulante, na condição de relator da CPI da COVID-19, e a especificidade do interesse que representa, defiro seu ingresso no feito, tal como requerido”. (art. 7º, §2º, da Lei 9.868/1999). No caso em comento, a ADI proposta foi extinta em razão do exaurimento da eficácia dos Decretos impugnados que acarretou a perda superveniente do objeto. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 6855**. Relator: Ministro Luís Roberto Barroso, julgado em 17 jun. 2021.

⁴⁴² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 3421/PR**. Decisão monocrática do Min. Marco Aurélio, 27 de set. 2005.

⁴⁴³ GUIMARÃES, *op. cit.*, p. 116.

de *amicus curiae* do que outros, como uma forma de “amizade seletiva”.⁴⁴⁴

A análise teórica prediz que os *amici curiae* do tipo representantes da sociedade civil tenderão a ser mais citados nos votos, porquanto constitui meio pelo qual a Suprema Corte encontra para ampliar seu estoque de apoio difuso perante a sociedade, atendendo, ao mesmo tempo, aos anseios desses grupos de serem ouvidos no âmbito dos debates constitucionais. Por outro lado, os *amici curiae* governamentais são os que possuem maior inclinação a influenciar na decisão final, uma vez que seu poder de barganha institucional e sua credibilidade argumentativa inspiram maior cuidado por parte dos membros da Corte, no âmbito do contínuo relacionamento entre Poderes. Já os *amici curiae* corporativos, que representam grupos de interesses específicos, têm menor chance de influenciarem e de serem citados nos votos, por não se destacarem, em geral, em termos de representatividade social, poder de barganha institucional e credibilidade institucional, sendo que o sistema de legitimação para a base utilizado por esses atores se compatibilizaria com o mero ingresso formal nos autos.⁴⁴⁵

A ausência de balizas legais, processuais e jurisprudenciais bem definidas, assim como os amplos poderes discricionários conferidos ao ministro relator, conduz a uma tendência da Corte em “fazer o uso estratégico desse mecanismo de abertura procedimental de modo a retirar maior proveito possível dessa participação, o que pode ocorrer de maneira distinta de acordo com o que o participante possa-lhe oferecer”.⁴⁴⁶

Essa mesma preocupação é compartilhada por Aline Lisboa Naves Guimarães, que assenta que os critérios criados pelo STF para selecionar entidades para o acesso aos debates constitucionais são excludentes ou restritivos quanto à perspectiva de participação social, além de não serem transparentes, com a utilização de fórmulas vazias, como os conceitos de “conveniência”, “relevância” e “utilidade”, para impedirem o acesso.⁴⁴⁷

As decisões amparadas em critérios como quando o relator entender “desejável e útil”,

⁴⁴⁴ O estudo empírico realizado por meio da análise estatística quali-quantitativa com dois modelos de regressão logística sobre dados das ações de controle concentrado julgadas pelo STF entre 1990 e 2017, mostra que como não há balizas processuais claras acerca da conformação do instituto do *amicus curiae* no direito brasileiro, a Suprema Corte faz o uso estratégico da figura do *amicus curiae*, de modo a retirar maior proveito possível dessa participação, de acordo com o que cada participante possa lhe oferecer, desde que esse também reste satisfeito com o tratamento que lhe é conferido. Portanto, há evidências empíricas de que isso repercute em padrão em que o STF cita mais daqueles tipos que tragam maior apoio difuso para a Corte perante a opinião pública (*amicus curiae* representantes da sociedade civil) e se deixa influenciar mais por participantes com maior poder de barganha institucional e credibilidade argumentativa e informacional (*amicus curiae* governamentais), sendo que a citação não leva à maior chance de influência na decisão final. FERREIRA, Débora Costa. Amizade seletiva: análise estratégica da funcionalidade do *amicus curiae*. **Teoria Jurídica Contemporânea**, v. 5, n. 2, 2020, p. 105-106.

⁴⁴⁵ *Ibidem*, p. 75.

⁴⁴⁶ *Ibidem*, p. 82.

⁴⁴⁷ Como exemplo, a autora traz que no julgamento da ADI 2.321-7/MC/DF o STF afirmou que a intervenção do *amicus curiae*, para legitimar-se, deve apoiar-se em razões que tornem “desejável e útil” a sua atuação processual na causa, em ordem a proporcionar meios que viabilizem uma adequada resolução do litígio constitucional. Já no curso da ADPF 54/DF, o Min. Marco Aurélio negou o pedido de intervenção como *amicus curiae* sob o fundamento de que a “admissão de terceiros não implica o reconhecimento de direito subjetivo a tanto. Fica a critério do relator, caso entenda oportuno”. O ministro ainda negou pedido de reconsideração e afirmou que a atuação de terceiro pressupõe convencimento do relator sobre a conveniência e necessidade da intervenção. GUIMARÃES, *op. cit.*, 2009, p. 135.

“oportuno”, “conveniente” ou “necessário” não permite esclarecer os fundamentos da seletividade adotada pelo julgador, o que aumenta o risco de que a seleção se fundamente em critérios não-jurídicos ou arbitrários.⁴⁴⁸

Verifica-se uma pluralidade de posturas e compreensões de modo que não há uma jurisprudência que possa nortear o entendimento do Tribunal, que decide através de fórmulas vagas e imprecisas. O STF, portanto, interpreta o *amicus curiae* como um instituto a ser utilizado exclusivamente quando for “conveniente” ou “oportuno” e, a partir daí, aceitam e negam deliberadamente as intervenções.⁴⁴⁹

Percebe-se que o deferimento ou indeferimento dos pedidos de intervenção como *amicus curiae* fica a critério do relator, o que afronta também diretamente o quanto disposto no art. 93, IX da CF, assim como o art. 11 do CPC, que exige que todas as decisões judiciais devam ser fundamentadas, sob pena de nulidade.

A esse respeito, Damares Medina observa que a presença da sociedade civil organizada através dos *amici curiae* no STF contribui para a ideologização do discurso acerca do papel democratizador do *amicus curiae*. Contudo, para a autora, no caso do *amicus curiae*, a permissão para participar sempre foi mais um ato de boa vontade da Corte que uma questão de direito, já que, em última análise, o seu ingresso dependerá da vontade e da livre discricionariedade do juiz, preferindo falar em “pluralização do debate” ao invés de “papel democratizador do *amicus*”.⁴⁵⁰

Luiz Guilherme Marinoni ainda expõe a preocupação de que os argumentos trazidos pelo amigo da corte devem ser considerados e analisados, sendo necessária a explicação pelo qual não são reconhecidos os argumentos do *amicus* que representa o grupo cujo interesse foi rejeitado, sob pena de tornar apenas um simulacro ou uma encenação orquestrada em favor de uma pseudo legitimação das decisões constitucionais, ou possuir um efeito meramente simbólico.⁴⁵¹

A apreciação da pertinência e do mérito dos argumentos dos *amici curiae* torna-se, assim, dever para o Tribunal que o aceita no processo, o que sinaliza para a necessidade de que filtros de relevância sejam adotados para a admissão desses sujeitos, o que, efetivamente, não ocorre na prática.⁴⁵² Caso não haja fundamentação nas decisões dos ministros acerca dos elementos informativos trazidos pelo terceiro especial, pode-se comprometer toda a

⁴⁴⁸ *Ibidem*, p. 136.

⁴⁴⁹ *Ibidem*, p. 117.

⁴⁵⁰ MEDINA, *op. cit.*, 2008, p. 76.

⁴⁵¹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Processo Constitucional e Democracia**. São Paulo: Afiliada, 2021, p. 839.

⁴⁵² FERREIRA, Débora Costa; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Amicus curiae* em números. Nem amigo da Corte. Nem amigo da parte? **Revista de Direito Brasileira**, v. 16, n. 7, 2017, p. 171.

efetividade e credibilidade do instituto como elemento de democratização procedimental.

Assim, a Suprema Corte brasileira tem escolhido seus “amigos” de forma bem consciente, apesar do discurso jurídico teórico veicular e defender as concepções tradicionais de que o *amicus curiae* representa a pluralização do debate constitucional e ampliação da cognição de juízo, como um instrumento democrático a serviço do controle de constitucionalidade, na prática, o Tribunal continua a adotar uma postura excludente.

Esse tipo de implementação não se mostra capaz de promover o pluralismo e a legitimação das decisões do STF, conforme defendido teoricamente pelos próprios ministros do Tribunal. A amizade seletiva perpetrada pela Corte não efetiva a participação social que remonta à *ratio* do instituto.

Ao não permitir o acesso cidadão à alta cúpula do Judiciário brasileiro, vai-se de encontro à realização do constitucionalismo transformador defendido por Jorge Ernesto Roa Roa, que atribui como elemento central a ampliação do acesso aos cidadãos à justiça constitucional, de forma a promover uma incursão significativa na sala de máquinas da Constituição.⁴⁵³

4.3 OBJEÇÕES À PARTICIPAÇÃO DIRETA DO CIDADÃO COMO *AMICUS CURIAE* NO CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE

A autorrestrrição judicial gira em torno de dois elementos: deferência em favor de outros poderes, dando-lhes o benefício da dúvida acerca da constitucionalidade de seus atos e a prudência como mecanismo de preservação da própria autoridade judicial. Neste último caso, “os juízes evitam tomar decisões que produzam reações políticas muito adversas, efeitos sistêmicos de desprestígio institucional ou aumento extraordinário de litigância a ponto de comprometer a capacidade e a qualidade dos serviços”.⁴⁵⁴

Desta forma, os juízes utilizam-se da chamada jurisprudência defensiva para evitar o aumento extraordinário de litigantes no processo, sob o argumento de evitar o comprometimento e a qualidade da prestação jurisdicional ou para não haver transtornos processuais.⁴⁵⁵

⁴⁵³ROA ROA, *op. cit.*, 2023a, p. 106.

⁴⁵⁴CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Supremo Tribunal Federal, política e democracia**. Jurisdição constitucional e política. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p.10.

⁴⁵⁵ Em contraponto à ideia de que a admissão de mais participantes como *amicus curiae* no processo judicial traria transtorno ao processo, há de se lembrar o caso que transcorreu nos EUA. Gideon foi acusado perante a

No caso do julgamento da AgRg na ADI 3396, ficou perceptível o receio dos ministros, em especial de Luiz Fux e Luís Roberto Barroso, de abarrotar o Judiciário com recursos de pessoas físicas querendo ingressar como *amicus curiae* nos processos de fiscalização abstrata de constitucionalidade. Contudo, deve o ônus de melhorar a funcionalidade e qualidade das decisões judiciais do Tribunal recair sobre o cidadão?

Nesse ínterim, para se evitar a participação temerária de inúmeros cidadãos como *amicus curiae* pode ser elaborado um sistema de filtros que estabeleça uma escala para qualificar os argumentos que serão trazidos pelo terceiro colaborador. Dessa forma, a qualificação dos argumentos da demanda servirá como o eixo central para a admissão do cidadão.

O sistema de filtros através de argumentos funciona perfeitamente no modelo colombiano relativo à admissão do ingresso do cidadão com a ação pública de constitucionalidade. A Corte Constitucional, utilizando do filtro argumentativo, já decidiu ser inidônea a demanda quando carecia de certeza, clareza, especificidade, pertinência e suficiência.⁴⁵⁶

justiça da Flórida de ter invadido domicílio, cometendo um crime grave (*felony*) não punível com pena de morte. Pela lei local, ele poderia ser condenado sem a assistência técnica de advogado, pois a lei estadual não previa a presença de advogado para processos criminais com pena não capital. O acusado pediu ao tribunal local que lhe nomeasse advogado dativo, insistindo que a condenação sem advogado feria a Constituição, o que lhe foi negado, sendo o mesmo condenado em 05 (cinco) anos de prisão. O caso chegou à Suprema Corte e como *amicus curiae* figuraram J. Lee Rankin, que falou pela *American Civil Liberties Union*, e outras entidades. Engrossaram a fileira dos defensores da tese sustentada por Gideon: Norman Dorsen, John Dwight Evans Jr., Melvon Wulf, Richard J. Medalie, Howard W. Dixon e Richard Yale Feder. Pelo réu (Wainwright), sustentou Bruce R. Jacob, assistente do *Attorney General* (uma mistura de secretário estadual da Justiça e procurador-geral), que foi coadjuvado por Richard W. Erwin, *Attorney General*, e A. Spicola Jr., seu assistente. Como *amicus curiae* em defesa da tese de que em crime não punido com pena capital não era obrigatória a presença de advogado, sustentou George D. Mentz, do Ministério Público do Alabama. Também reforçaram a defesa do réu (*certiorari*) MacDonald Gallion (*Attorney General* do Alabama), T. W. Bruton (*Attorney General* da Carolina do Norte) e Ralph Moody (*Assistant Attorney General* da Carolina do Norte). Além disso, cerca de 22 Estados e entidades públicas foram ainda admitidos como amici curiae. O processo demorou apenas três meses para ser finalizado: 15 de janeiro a 18 de março de 1963. MACIEL, *op. cit.*, 2002, p. 8-9.

⁴⁵⁶ De acordo com a jurisprudência da Corte Constitucional da Colômbia, os filtros argumentativos serão analisados da seguinte forma: “la certeza de un cargo de constitucionalidad implica que: i) la disposición legal demandada existe; ii) el contenido normativo que colige el accionante de la disposición legal demandada es una interpretación plausible de esa disposición, y iii) la totalidad del contenido normativo inferido por el demandante se deriva completamente de la disposición demandada y no es necesario integrarlo con otras disposiciones vigentes pero no demandadas. En segundo lugar, el tribunal considera que un cargo de inconstitucionalidad satisface el requisito de claridad cuando existe un mínimo nivel de cohesión entre los argumentos que lo integran y estos son plenamente inteligibles. El requisito de especificidad exige que haya un punto concreto en el que el cargo de inconstitucionalidad se dirija a demostrar “una oposición objetiva y verificable entre el contenido de la ley y el texto de la Constitución Política”. Esto quiere decir que el proceso de control de constitucionalidad no es un espacio para el discurso general o abstracto sino para la formulación de ataques precisos, definidos, individualizados y delimitados sobre la incompatibilidad de una ley con los valores públicos de la Constitución. En cuarto lugar, el elemento de la pertinencia se dirige a distinguir entre el tipo de ataques que se pueden dirigir en contra de una ley ante la Corte Constitucional y otro tipo de ataques contra las leyes que son realizados fuera del tribunal [...] el filtro de la pertinencia exige que los argumentos de un cargo de invalidez se limiten a demostrar que el contenido normativo de una disposición legal se opone al contenido normativo de la

Em outros países, como nos EUA, este problema potencial é resolvido com a limitação da extensão das petições que podem ser apresentadas à Corte, o que evita divagações desnecessárias e permite a participação de um maior número de entidades no processo judicial em curso.⁴⁵⁷

O professor Gabriel Dias Marques da Cruz propõe o estabelecimento de filtros com o objetivo de conter a possível quantidade de pedidos formulados ao STF, como a ideia de “representatividade qualificada”:

(1) uma filtragem não apenas de representatividade, como cita a Lei n° 9.868/99, mas, no caso específico da pessoa física, da exigência de uma espécie de representatividade qualificada. Seria caracterizada, por exemplo, pelo notável saber (jurídico ou extrajurídico) e reputação ilibada do postulante, de modo a evitar a proliferação, incompatível com o processo objetivo, de número excessivo de pessoas físicas participantes, assegurando a presença apenas das que comprovarem o caráter diferenciado de sua atuação, apta a projetar argumentos importantes para o processo; (2) a possível limitação do número de postulantes aceitos por ação, de modo a evitar o acúmulo indesejado de diversos pretendentes. Esta limitação encontra precedente em prática adotada pelo próprio Supremo, no que diz respeito à apreciação curricular dos que pretendem falar em audiências públicas, sendo a seleção dos participantes examinada pelo Ministro Relator (art. 154, parágrafo único, III, do RISTF). Um exemplo desta seleção curricular pode ser ilustrado pela convocação da audiência pública referente aos sucessivos casos de bloqueio do aplicativo *WhatsApp*, alvo da ADPF 403/SE, da Relatoria do Ministro Edson Fachin (DJE n° 253, de 28/11/2016).⁴⁵⁸

Não há que olvidar que a partir do ponto de vista de especialistas que tenham familiaridade na matéria tratada em juízo, o *amicus curiae* cumpre um importante papel ao informar à Corte acerca de questões técnicas e particularidades de um campo científico complexo e altamente especializado.⁴⁵⁹

O estabelecimento de filtros pode, portanto, conter a participação demasiada de pessoas físicas como *amicus curiae* nos processos constitucionais e conseguir atingir os fins legítimos de evitar a temeridade e manter a funcionalidade do Tribunal. Contudo, o sistema deve ser exercido de acordo com a ideia aqui proposta, alicerçado em um modelo de sociedade aberta, e ser averiguado e interpretado pelos ministros de forma a ampliar o círculo de intérpretes constitucionais e o acesso à justiça.

A criação do modelo de filtros não está isenta de críticas, considerando que pode gerar um desestímulo, um desincentivo à participação cidadã no processo ou, até mesmo, a

Constitución. Resulta evidente que este tipo de razonamiento implica un nivel mínimo de técnica jurídica y, en especial, de técnica constitucional. Por último, el filtro de la suficiencia involucra dos aspectos: i) la integralidad del cargo de constitucionalidad, y ii) un principio de ruptura de la presunción de constitucionalidad de la ley demandada”. ROA ROA, *op. cit.*, 2023b, p. 54-55).

⁴⁵⁷ CABRAL, *op. cit.*, 2003, p. 137.

⁴⁵⁸ CRUZ, *op. cit.*

⁴⁵⁹ MEDINA, *op. cit.*, 2008, p. 61.

elitização da participação na Corte. Diante disso, o Tribunal deve fundamentar devidamente a decisão de inadmissão do terceiro colaborador.

De qualquer maneira, o modelo proposto de elaboração de filtros representa um sacrifício mínimo necessário e demonstra ser mais condizente com a pluralidade e com a *ratio* do instituto do *amicus curiae*, do que o atual posicionamento de negativa *prima facie* consolidado pelo STF.

Dessa forma, o modelo de filtros de participação não poderá ser considerado como restrições desproporcionais ao acesso do cidadão, nem implica uma privatização ou elitização da colaboração, mas sim um mecanismo para evitar o uso abusivo e temerário do direito de participação, o que aliviaria o custo temporal de novas rodadas procedimentais.

Nessa linha, não parece consistente a limitação da atuação do cidadão fundada na consequente sobrecarga do Tribunal. Em verdade, já houve a participação de pessoas físicas como *amicus curiae*, como já visto anteriormente. Mais uma vez, observa-se um apego demasiado ao procedimentalismo que permeou a história constitucional brasileira, em vez de concentrar esforços no aspecto material das demandas constitucionais.

A interpretação da participação social – no caso, por meio do *amicus curiae* – como um risco ao funcionamento ‘ordenado’ do Supremo Tribunal Federal não é compatível com uma leitura plural da sociedade. Quando se reconhece que a sociedade é permeada por conflitos e contradições, não é mais possível compreendê-la como una e homogênea. Assim, as crises e ‘tumultos’ são resultado da recepção dessa sociedade pelo Tribunal, cujas decisões devem refletir a dinâmica social.⁴⁶⁰

Ainda, a participação do cidadão no processo de controle concentrado não está necessariamente relacionada a um interesse pessoal, podendo estar ligada a um interesse de todos, de uma coletividade e do próprio sistema, com o objetivo de indicar elementos que possam clarear a tomada de decisão.

O cidadão que participa como *amicus curiae* pode ter o condão de funcionar como um mecanismo para restituir a integridade do sistema afetado por uma norma inconstitucional através de elementos de informação e/ou pílulas de conhecimento que conduzirão a uma decisão judicial mais adequada.

Ademais, a duração razoável do processo não pode servir de escusa para a restrição de acesso dos cidadãos ao processo de controle concentrado, já que esta não é a causa da mora do Judiciário em proferir suas decisões, ou melhor, a sua restrição não implica na celeridade processual, considerando diversos outros fatores que influenciam na duração do processo constitucional, como a complexidade do assunto, o catálogo amplo de competências do

⁴⁶⁰GUIMARÃES, *op. cit.*, 2009, p. 110.

Tribunal, os possíveis efeitos da decisão jurídica na sociedade, entre outros.

É necessário sopesar a prolação de uma decisão judicial mais célere com a necessidade de realização de um exame mais cuidadoso e apropriado dos procedimentos. Além disso, como já visto em tópico anterior, o próprio ministro Marco Aurélio mencionou no julgamento da AgRg na ADI 3396 “que os trabalhos do Plenário revelam que são raríssimos aqueles que se mostram inconformados quando não admitidos no processo objetivo”.⁴⁶¹

Outra possível objeção poderia ser a de que, dependendo da forma como é praticada, a interpretação constitucional poderá dissolver-se num grande número de interpretações e de intérpretes prejudicando a unidade do sistema. Contudo, “a interpretação é um processo aberto. Não é, pois, um processo de passiva submissão, nem se confunde com a recepção de uma ordem”.⁴⁶²

A ampliação do círculo dos intérpretes, aqui sustentada, é apenas a consequência da necessidade, por todos sempre defendida, de integração da realidade no processo de interpretação. É que os intérpretes, em sentido amplo, compõem essa realidade pluralista. Se se reconhece que a norma não é uma decisão prévia, simples e acabada, há de se indagar sobre os participantes no desenvolvimento funcional, sobre as forças ativas da *law in public action* (personalização e pluralização da interpretação constitucional).⁴⁶³

Deve, assim, ser rompido o liame com os métodos típicos de sociedades fechadas, que são caracterizadas pelo formalismo procedimental e pelo prestígio da exegese oficial levada a termo por juízes e demais operadores jurídicos, para se constituir um modelo mais preocupado com o conteúdo e objeto discutido, uma vez que “a unidade da Constituição surge da conjugação do processo e das funções de diferentes intérpretes”.⁴⁶⁴ A pluralidade, então, não deve ser vista como algo danoso, mas sim característico de uma sociedade supercomplexa.

Essa ideia não pode ser reduzida a uma teoria constitucional simplesmente harmonizadora, uma vez que o consenso é resultado de conflitos e compromissos entre os participantes do debate, em que sustentam diferentes opiniões e interesses, sendo o direito constitucional um direito de conflito e compromisso.⁴⁶⁵

O texto constitucional escrito é inevitavelmente incompleto e sujeito a inúmeras interpretações plausíveis. Nesse sentido, Michel Rosenfeld explica que:

Ele é incompleto não somente porque não recobre todas as matérias que ele deveria

⁴⁶¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **AgRg na ADI 3396/DF**. Relator: Min. Celso de Mello, julgado em 06/08/2020, publicado no DJE 14 out. 2020, p. 42-43.

⁴⁶²HÄBERLE, *op. cit.*, 2007, p. 63.

⁴⁶³ *Ibidem*, p. 63.

⁴⁶⁴ *Ibidem*, p. 64.

⁴⁶⁵ *Ibidem*, p. 71.

idealmente contemplar, mas porque, além do mais, ele não é capaz de abordar exaustivamente todas as questões concebíveis que podem ser levantadas a partir das matérias que ele acolhe. Mais ainda, precisamente em razão da incompletude do texto constitucional, as constituições devem permanecer abertas à interpretação; e isso, no mais das vezes, significa estarem abertas às interpretações conflitantes que pareçam igualmente defensáveis.⁴⁶⁶

A evolução do direito é uma sequência de desafios e respostas e o papel normativo-institucional dos juristas é encaminhar tais provocações de forma legal, legítima e pacífica, promovendo verdadeiro constrangimento epistemológico no meio jurídico em busca de empreender uma ação transformadora através da reflexão.

Os juristas de um país da modernidade periférica, que se veem expostos a tal situação, têm objetivamente o papel de vanguarda não apenas em termos de técnica jurídica de competências, mas justamente também em termos sociais. Assumem o papel de vanguarda do desenvolvimento global da sociedade no sentido de criar e fortalecer uma consciência pública mais ampla com relação à constituição, à legalidade e a vigência (levada a sério) dos textos oficiais de normas. Ao mesmo tempo pesa sobre eles o ônus de cuidar da comunicação suficiente na ciência, na práxis e na política (jurídica), pois trata-se de textos de normas – perfeitamente implementados nesse campo -, que lhes adscvem [zu-schreiben] funções, cargos, competências, como fora do círculo estreito do poder fáctico ninguém as detém em sociedades desse tipo.⁴⁶⁷

É sabido que a figura do *amicus curiae* foi recebida com muito entusiasmo pela doutrina, por representar um instrumento de legitimação democrática e de ampliação cognitiva das decisões do STF, inclusive, já demonstrado com o expressivo crescimento desse tipo de participação de 1990 a 2015.⁴⁶⁸

Contudo, o aumento expressivo da participação de diversos atores sociais não implica necessariamente que tal argumentação será devidamente considerada nas decisões proferidas pelo STF, já que estudos empíricos demonstraram que apenas 30% (trinta por cento) dos votos aludiam a argumentos produzidos pelos amigos da Corte.⁴⁶⁹

Tais questionamentos ou objeções também podem ser apresentados e resumidos nas seguintes perguntas: qual a real influência dos elementos argumentativos apresentados pelo

⁴⁶⁶ ROSENFELD, *op. cit.*, 2003, p. 18-19.

⁴⁶⁷ MÜLLER, *op. cit.*, 2003, p. 105.

⁴⁶⁸ É possível verificar o crescimento de participação através do estudo empírico que demonstrou o enorme entusiasmo pela figura do *amicus curiae*. O número de ações com participação de *amici curiae*, levando-se em conta processos protocolados de 1990 até às vésperas da promulgação das Leis nº 9.868/99 e nº 9.882/99, viu-se multiplicado por 25,8 vezes no período que se seguiu até 2009. Se forem computados os doze primeiros anos com a vigência de tais leis, o número dessas ações com participação de *amicicuriaie* desenha uma curva ascendente ainda mais impressionante. Os números relativos aos anos compreendidos entre 2000 e 2005 cresceram 765% no interregno de 2006 a 2011. FERREIRA; BRANCO, *op. cit.*, 2017, p. 176-177.

⁴⁶⁹ Para isso, ver estudo empírico que se procede à análise quantitativa e qualitativa dos dados obtidos dos acórdãos proferidos em processos de controle concentrado entre 1990 e 2015 (ADI, ADC, ADO e ADPF), em que houve a participação de *amicus curiae*, para verificar em que medida os argumentos trazidos são considerados expressamente nas decisões do STF. Constatou-se no estudo realizado, que em apenas 30% dos votos, no universo de processos analisados, os argumentos foram considerados explicitamente. *Idem*, p. 169.

amicus curiae sobre os fundamentos das decisões do STF? Ou melhor, na prática, a Suprema Corte brasileira está efetivamente aberta e receptiva aos argumentos trazidos pelos amigos da corte?

Nessa mesma linha, podem-se trazer objeções neurocientíficas relacionadas ao exercício hermenêutico, contrárias à ampliação da participação do cidadão como *amicus curiae*, sob a ideia de que as decisões judiciais são tomadas com base em convicções já consolidadas que pré-orientam a formação do juízo, visto que estamos predispostos a aceitar facilmente e sem críticas todas as informações que tendem a solidificar as nossas crenças e rejeitar, de pronto, as contrárias.⁴⁷⁰

Tais objeções ou questionamentos se mostram importantes na medida em que a figura processual deixa de ser instrumento apenas de retórica de legitimação do controle de constitucionalidade para se tornar um meio eficaz de influência deliberativa no Tribunal, considerando o histórico fechado da jurisdição constitucional brasileira desde a época imperial até o modelo pós-1988.

O estudo empírico realizado por Damares Medina sugere que “o *amicus curiae* contribui para o aumento das alternativas interpretativas ao promover uma abertura procedimental, bem como a pluralização da jurisdição constitucional”.⁴⁷¹ Por outro lado, os resultados da pesquisa indicam que “a utilização do instrumento também pode acarretar um desequilíbrio informacional, aumentando a distribuição assimétrica de informações entre as partes envolvidas no processo, favorecendo uma das partes litigantes”.⁴⁷²

Não obstante, a participação social através do instituto ainda assim deve ser fomentada, uma vez que o debate público não pode arrefecer diante de uma concepção egocêntrica da hermenêutica como uma tarefa estática e solitária do magistrado e, para que a decisão seja mais legítima dentro de um contexto de participação popular, a interpretação deve ser enriquecida através de uma argumentação pluralista.⁴⁷³

Não se pode perder de vista alguns casos paradigmáticos em que a figura do *amicus curiae* se mostrou essencial para subsidiar as decisões do STF⁴⁷⁴, elencando argumentos

⁴⁷⁰ Somos seletivos na coleta de evidências, nossas percepções são ideologicamente enviesadas e subestimamos as opiniões contrárias. Estamos dispostos a interpretar qualquer dado que seja apresentado como algo que confirma as nossas convicções e mesmo que a informação pareça chocar com aquilo que defendemos, nos inclinamos a reconstruir ou interpretar para que favoreça o nosso ponto de vista. Nesse sentido ver: MARMELSTEIN, George. **O direito fora da caixa**. 2 ed. Salvador: Editora Juspodvm, 2019; MARMELSTEIN, George. **Discriminação por preconceito implícito**. Editora Juspodvm, 2021.

⁴⁷¹ MEDINA, *op. cit.*, 2008, p. 17.

⁴⁷² *Ibidem*, p. 17.

⁴⁷³ CABRAL, *op. cit.*, 2003, p. 139.

⁴⁷⁴ Dentre eles, pode-se citar as decisões com relação à união homoafetiva (ADI 4277); à importação de pneus (ADPF 101), à lei de anistia (ADPF 153), às cotas raciais (ADPF 186).

técnicos, jurídicos, econômicos e sociais, ainda que efetivamente o percentual de consideração argumentativa pela Corte seja mais baixo do que as expectativas geradas pelo instituto.

Deve-se reconhecer, também, que o fato de não haver menção expressa aos argumentos trazidos no corpo do acórdão pelo *amicus curiae* não significa, necessariamente, evidência absoluta de que os mesmos não foram contemplados para a análise da formação da convicção do juízo.

Permitir a atuação do cidadão como *amicus curiae* mostra-se totalmente benéfico ao exercício da atividade jurisdicional concentrada, uma vez que a sociedade é a última destinatária da Constituição, bem como considerando que as decisões proferidas produzem efeitos *erga omnes* e têm caráter vinculante a toda sociedade, afetando-a diretamente.

A figura do juiz solipsista, que se basta em si mesmo ou “que interpreta o mundo a partir de sua subjetividade individual”⁴⁷⁵, não possui mais espaço dentro desse novo panorama constitucional em que se busca uma maior participação social nos Poderes da República, em especial na jurisdição constitucional, sendo que a realização do diálogo e abertura para a participação de novos atores representa um pequeno passo em direção à redução da distância abissal existente entre o Supremo Tribunal Federal e o cidadão comum.

Decisões judiciais solipsistas devem ser constrangidas e, com o perdão do pleonismo, a doutrina jurídica deve doutrinar, assim como acórdãos emanados pelo STF devem também sofrer fortes constrangimentos epistemológicos ou “censuras significativas”, e o jurista não pode ser apenas um mero reproduzidor das orientações do Judiciário, como bem afirma Lênio Streck:

Observemos a relevância do estabelecimento de constrangimentos epistemológicos quando levamos em conta que, no âmbito do Direito, o Supremo Tribunal Federal tem a “última palavra” sobre as controvérsias sociais e a interpretação das leis e da Constituição. Por isso, elaborar constrangimentos epistemológicos equivale a realizar “censuras significativas”, no sentido de se poder distinguir, através da construção de uma crítica fundamentada, boas e más decisões (ou melhor: decisões constitucionalmente corretas das incorretas). Na verdade, para um jurista, tudo isso reforça a tese de que as “decisões de última instância” também podem — e devem — ser objeto de críticas, e não meramente acatadas a partir de um discurso de autoridade, exatamente porque, sob a perspectiva hermenêutica, há um comprometimento com a verdade. Trata-se de uma forma de se colocar em xeque decisões que se mostram equivocadas — no fundo, é um modo de dizermos que *a doutrina deve (voltar a) doutrinar* e não se colocar, simplesmente, na condição de caudatária e meramente reprodutora das decisões dos tribunais. Por isso, quando o então ministro Humberto Gomes de Barros, do Superior Tribunal de Justiça, disse, em um acórdão, não se importar com “o que pensam os doutrinadores”, mas apenas o que dizem os Tribunais, afirmei, de forma peremptória, que o papel da doutrina é constranger esse tipo de pensamento solipsista, na medida em que importa, sim, o que a doutrina pensa. O constrangimento epistêmico ou epistemológico se coloca,

⁴⁷⁵STRECK, *op. cit.*, 2017, p. 56.

assim, como mecanismo de controle das manifestações arbitrárias do sujeito moderno. Isto porque o problema central desse sujeito “assujeitador” — alude Mattéi — reside na indiferença radical por ele manifestada em relação a qualquer forma de exterioridade, quer seja divina, mundana, quer social. O sujeito torna-se estranho a tudo que não é ele, como se os olhos se tivessem virado nas órbitas para olharem apenas para suas próprias cavidades. Quando alguém diz que decide como quer, ou que decide conforme a sua consciência, está dizendo que o Ihe é exterior não o constrange a ponto de alterar a sua opinião. Somente o constrangimento epistêmico pode derrotar a subjetividade particularista, problemática que no Direito assume uma importância ímpar.⁴⁷⁶

Em outros termos, o constrangimento epistemológico tem relação estreita com o dever de fundamentação das decisões, como também com o direito fundamental de obter respostas corretas e adequadas da Constituição. Toda resposta inadequada deve ser alvo de constrangimento.⁴⁷⁷

Ainda que o cidadão não tenha o condão de influenciar a tomada de decisões, considerando a complexa estrutura da hermenêutica constitucional, a sua impossibilidade de participação na Suprema Corte brasileira deve ser denunciada ao máximo possível como uma forma de constrangimento epistemológico, ainda que o efeito inicial seja meramente simbólico.⁴⁷⁸

Impende destacar que não se propõe com este trabalho a intromissão indevida de terceiros alheios ao litígio em trâmite na jurisdição constitucional. O próprio art. 7º, §2º da Lei 9.868/99 ressalta que a intervenção do *amicus curiae* apenas se dará em razão da relevância da matéria, impondo um requisito indissociável da participação do amigo da Corte.

Ainda, é sabido que o próprio *amicus curiae* pode trazer informações desnecessárias ou inverídicas, contudo, cabe ao magistrado estar atento à relevância da matéria trazida ao debate e não permitir que a intervenção represente um empecilho à efetiva e eficiente prestação jurisdicional.⁴⁷⁹

No direito norte-americano as regras acerca do instituto também não são muito bem delineadas, mas de um modo geral, é permitido que a pessoa física ou jurídica que tem um

⁴⁷⁶ STRECK, Lenio Luiz. O direito e o constrangimento epistemológico. **Estadão**, 21 jul. 2020. Disponível em: <https://estadodaarte.estadao.com.br/direito-constrangimento-epistemologico-streck/>. Acesso em: 24 out. 2022.

⁴⁷⁷ *Ibidem*.

⁴⁷⁸ Sobre o caráter simbólico da Constituição, ver: NEVES, Marcelo. **A Constitucionalização simbólica**. 3 ed., São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2018.

⁴⁷⁹ Nos Estados Unidos, *amici* privados têm que cumprir as exigências de (i) juntar à petição de ingresso “declaração de interesses”, que descreveria qual é o seu interesse, quem patrocinava a intervenção e a conveniência de seu ingresso em juízo, (ii) não ultrapassar metade das páginas autorizadas às manifestações das partes, (iii) manifestar-se no máximo 7 dias após a apresentação das razões da parte e (iv) não repetir argumentos das partes que apoiavam Regra 29 das Federal Rules of Appellate Procedure. No Canadá, a ampla abertura procedimental foi freada pela preocupação dos membros da corte com a excessiva carga de trabalho e de contribuições repetitivas e irrelevantes que se sucederam a essa abertura, implantando-se o requisito de apresentação de informações ou argumentos novos para o debate constitucional. FERREIRA, *op. cit.*, 2020, p.106.

“forte interesse que a decisão judicial favoreça um determinado ponto de vista, sumariza um pedido (*brief*) ao juiz (comumente tribunal de segundo grau), trazendo, em poucas linhas, suas razões de convencimento”.⁴⁸⁰

Ainda que obediente às decisões proferidas pelo STF, o jurista não pode perder a liberdade de reflexão, inclusive a sua postura permite que se construa novos caminhos compatibilizados, ou não, com os construídos e consolidados anteriormente em épocas distantes ou diferentes.

4.4 O CIDADÃO COMO *AMICUS CURIAE*: UMA RELAÇÃO POSSÍVEL

O ponto nevrálgico do presente tópico pode ser elaborado a partir da seguinte pergunta: quem pode desempenhar o papel do *amicus curiae* no direito brasileiro? Ou, melhor dizendo: “quem pode levar ao Estado-juiz as vozes dispersas da sociedade civil e do Estado naqueles casos que, de uma forma ou de outra, serão sensivelmente afetadas pelo que vier a ser decidido em um dado caso concreto?”⁴⁸¹

Quando se analisam os objetivos políticos do direito processual, identifica-se o fomento à participação do indivíduo no conjunto de decisões políticas do Estado como um dos escopos essenciais, sendo que o *amicus curiae* representa um dos principais institutos existentes no direito pátrio com esse mister.⁴⁸²

Em razão de todos os reflexos sentidos na jurisdição constitucional, a ampliação da participação cidadã, em especial da pessoa física, no exercício do controle concentrado de

⁴⁸⁰ A *Rule 37* do Regimento interno da Suprema Corte dos Estados Unidos traz 6 (seis) itens e subitens acerca do *Brief for na Amicus Curiae* naquele Tribunal: “1) O reconhecimento pela Corte da importância do instituto, uma vez que o *amicus curiae* deve trazer “matéria relevante” (*relevant matter*) ainda não agitada pelas partes (*not already brought to its attention by the parties*). O dispositivo regimental lembra que, se não for observado esse cânone (matéria relevante, não trazida antes), o *amicus* vai sobrecarregar inutilmente a Corte; 2) o *amicus curiae* deve trazer, por escrito, o assentimento das partes em litígio, nos casos especificados regimentalmente. Caso seja negado o consentimento, o *amicus* terá de juntar, com seu pedido, os motivos da negação para que a Corte aprecie. 3) Mesmo em se tratando de pedido de intervenção para sustentação oral, o *amicus* deve, ainda assim, juntar o consentimento das partes, por escrito, para que possa peticionar; 4) o *Solicitor General* não necessita de consentimento das partes para intervir em nome da União. O mesmo tratamento é reservado a outros representantes de órgãos governamentais, quando legalmente autorizados. 5) O arrazoado não deve ir além de cinco páginas; 6) em sendo o caso, o *amicus* deve ser munido de autorização de seu representado, e fazer uma espécie de “preparo” para custeio processual, salvo se a entidade estiver previamente arrolada como isenta”. MACIEL, *op. cit.*, 2002, p. 8.

⁴⁸¹ BUENO, *op. cit.*, 2008, p. 134.

⁴⁸² CABRAL, *op. cit.*, 2003, p. 123-124.

constitucionalidade, pode amenizar os efeitos de uma postura supremocrática⁴⁸³ adotada pela Suprema Corte brasileira nos últimos tempos.

A democratização do acesso ao controle de constitucionalidade, pluralizou as vozes presentes nos debates constitucionais travados no Judiciário, o que, de acordo com alguns doutrinadores, teria tornado a nossa jurisdição constitucional uma instância de “representação argumentativa”⁴⁸⁴ da sociedade brasileira, supostamente superior à própria representação político-eleitoral.⁴⁸⁵

A ampliação do número de tradutores constitucionais autorizados, além de promover a integração das diferentes perspectivas hermenêuticas, colabora para preservar a unidade política e manter a ordem jurídica, que são elencados como objetivos fundamentais da Constituição.⁴⁸⁶

A possibilidade e a realidade de participação direta do cidadão no processo constitucional “emprestam à atividade interpretação um caráter multifacetado”⁴⁸⁷, ainda que se apresente um déficit ou esteja longe do modelo ideal, uma vez que “o direito processual constitucional torna-se parte do direito de participação democrática”.⁴⁸⁸ Nesse sentido:

É que, embora intérpretes *não-oficiais* da Lei Fundamental, nem por isso os chamados grupos intermediários e o próprio cidadão deixam de ser legítimos *interessados* na sua aplicação. Detentores permanentes da privilegiada condição de sujeitos do processo constituinte e de realizadores e destinatários finais da Constituição, de nada lhes adiantaria ostentar esse *título de nobreza* se lhes fosse vedado participar do processo de tradução da vontade constitucional.⁴⁸⁹

Considerando, ainda, que cabe à justiça constitucional o decisivo papel de garantir a participação das minorias políticas no jogo democrático, evitando-se a tirania da maioria, a participação do cidadão ampliará a defesa dos direitos fundamentais das minorias que não possuem sequer representação política.

A atuação do cidadão como *amicus curiae*, em última hipótese, revive o ideal de exercício da cidadania, permitindo pensar um constitucionalismo mais inclusivo, e aumenta a relevância de se pensar a Constituição fora das Cortes:

O cidadão e os movimentos sociais devem ter sempre a possibilidade de lutar, nos mais diversos espaços - no Judiciário e fora dele -, pela sua leitura da Constituição,

⁴⁸³ Nesse sentido, ver: VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. **Revista Direito GV**, v. 4, p. 441-463, 2008.

⁴⁸⁴ Esta ideia foi exposta e defendida pelo Min. Gilmar Mendes no voto que proferiu no julgamento da ADI 3510, que tratou da pesquisa em células-tronco embrionárias. O Ministro ressaltou que a ampla participação da sociedade civil nos debates travados no STF naquele feito, por meio da intervenção dos *amici curiae* e da audiência pública realizada, teriam contribuído para o êxito da “representação argumentativa”.

⁴⁸⁵ SOUZA NETO; SARMENTO, *op.cit.*, 2013 p. 131.

⁴⁸⁶ COELHO, *op. cit.*, 1998, p.158.

⁴⁸⁷ HÄBERLE, *op. cit.*, 2002, p. 40

⁴⁸⁸ *Ibidem*, p. 48.

⁴⁸⁹ COELHO, *op. cit.*, 1998, p.159.

buscando aproximar as práticas constitucionais do seu ideário político e de suas utopias. Essa dimensão da interpretação constitucional vem sendo relegada pela doutrina convencional, que concebe a Constituição como se fosse um documento eminentemente técnico, cujo sentido só pode ser discutido e compreendido por especialistas iniciados nos mistérios da dogmática jurídica. Pensar a Constituição dessa maneira é negligenciar o papel vital que ela deve desempenhar como elemento de coesão social, com a capacidade de expressar a identidade política do povo e de falar ao coração dos cidadãos.⁴⁹⁰

Como já mencionado, a Lei nº. 13.105/2015 contemplou o *amicus curiae* no âmbito do art. 138, no título III, o qual se refere à intervenção de terceiros. Nos termos do §2º do art. 138, o juiz ou relator poderá, considerando a relevância da matéria, a especificidade do tema ou a repercussão geral da controvérsia, solicitar ou admitir a participação de pessoa natural ou jurídica, órgão ou entidade especializada, com representatividade adequada.

A previsão do NCPC tratou com maior zelo o instituto, ampliando a participação dos atores no processo judicial, albergando a pessoa natural, jurídica, órgão ou entidade especializada. Contudo, não se pode aplicar diretamente a previsão do NCPC às ações diretas de inconstitucionalidade em razão da aplicação do brocardo latino *lex specialis derogat legi generali*.

Aparentemente, deve seguir esse entendimento a nossa Suprema Corte, considerando a decisão monocrática do ministro Luís Roberto Barroso que, na ADI 4389, indeferiu a aplicação da regra do art. 138, §1º do CPC, que permite a oposição de embargos de declaração pelo interveniente, sob o argumento de que o regulamento do controle abstrato de constitucionalidade é realizado por Lei especial.⁴⁹¹

De acordo com a legislação regente, regimento interno e jurisprudência do STF, para a admissão do *amicus curiae* é necessário a relevância da matéria e representatividade dos postulantes (órgãos ou entidades), sendo possibilitada a sustentação oral e juntada de memoriais.

Por outro lado, a previsão legal do NCPC traz como requisitos a relevância da matéria, especificidade do tema, repercussão social da controvérsia e representatividade adequada, podendo postular qualquer pessoa natural ou jurídica, órgão ou entidade especializada, cujos poderes serão definidos por decisão do juiz ou do relator.

Contudo, tal argumentação não pode servir de óbice para a participação da pessoa física como *amicus curiae* em processos de controle concentrado no STF, considerando que a

⁴⁹⁰ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. Notas sobre jurisdição constitucional e democracia: a questão da "última palavra" e alguns parâmetros de autocontenção judicial. **Revista Quaestio Iuris**, v. 6, n. 02, 2013 p. 160.

⁴⁹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 4389 ED-AgR**. Relator: Luis Roberto Barroso, julgado em 15/08/2019, publicado no DJE no dia 17 ago. 2018.

atuação do cidadão pode vir a agregar informações relevantes para a resolução e deslinde do feito, sendo possível cogitar a participação de pessoas de grande notoriedade e respeitabilidade no assunto, enriquecendo ainda mais o debate.⁴⁹²

Ademais, os posicionamentos defendidos pelo Tribunal não corroboram com o quanto está previsto na Constituição Federal de 1988, fundada sob o Estado Democrático de Direito e o princípio da cidadania, que assegura o amplo acesso à justiça em seu art. 5º, XXXV. Por tratar-se de princípio constitucional, a cidadania e a soberania popular não pode ser objeto de restrição, considerando, ainda, o contexto de necessidade de amplitude do debate constitucional.

Ao elaborar uma interpretação restritiva do art. 7º, §2º da Lei 9.868/1999, o Supremo Tribunal Federal fechou mais ainda as portas do cidadão ao direito de participação no procedimento constitucional e na formação da decisão judicial perante o Tribunal, impossibilitando o exercício pleno da cidadania em um sistema democrático.

O entendimento do STF releva-se totalmente contrário ao movimento deflagrado pelo novo constitucionalismo latino-americano, que busca ampliar o acesso do cidadão comum e do povo às instituições do Estado, como pode se perceber, por exemplo, na já mencionada Ação Pública de Inconstitucionalidade prevista expressamente na Constituição Colombiana em seu art. 40.6.

O mencionado requisito da representatividade adequada (*adequacy of representation*) é utilizado nas “*class actions* norte-americanas para que o tribunal possa aferir se a parte que está em juízo, defendendo direito supraindividual, tem capacidade técnica e empreenderá uma proteção efetiva aos interesses dos membros da coletividade”⁴⁹³, uma vez que os efeitos da decisão poderão atingir à coletividade ausente do litígio.

Dessa forma, a representação adequada contida na *Federal Rules of Civil Procedure* (*Rule 23*) está conectada à ideia de vinculação da decisão àqueles que não participaram do processo (*absent class members*) e que, diante da substituição processual, possam ser prejudicados pela atuação insatisfatória do *representative party*, o que justifica a criação deste requisito.⁴⁹⁴

Não obstante o art. 7º, §2º da Lei 9.868/99, que prevê que deverá ser verificada a representatividade do *amicus curiae* para que seja deferida a sua intervenção no processo, este não vai a juízo em nome próprio na defesa de interesse alheio, já que não há substituição

⁴⁹² CRUZ, *op. cit.*

⁴⁹³ CABRAL, *op. cit.*, 2003, p. 122.

⁴⁹⁴ *Ibidem*, p. 122.

processual. Ademais, não há risco de representação inadequada, uma vez que as partes que debatem em torno do direito material estão presentes no processo e devidamente representadas.⁴⁹⁵

Portanto, verifica-se uma importação acrítica por parte do STF de um requisito previsto na sistemática norte-americana, em um contexto constitucional completamente diverso do existente no país, para criar óbice à participação cidadã na alta cúpula do Judiciário, completamente dissociado da *ratio* principal que fecunda o instituto do *amicus curiae*.

Verifica-se, ainda, que a *Rule 37* do Regimento Interno da Suprema Corte norte-americana dispõe que poderá ocorrer a manifestação quando se trazer matéria relevante, ainda não aduzida pelas partes, afirmando que tal contribuição será de grande valia para a Corte.⁴⁹⁶ Saliente-se que a *Rule 37* não traz qualquer óbice no que concerne à possibilidade de participação de pessoas físicas no processo constitucional.

O interesse público na manifestação do *amicus curiae* em processos judiciais pode ser justificado em razão dos objetivos e escopos da jurisdição, assim como por questão de ordem pública inerente ao princípio do contraditório e da necessidade de motivação das decisões judiciais.⁴⁹⁷

A afirmação de que através da jurisdição busca-se a realização do direito material é insatisfatória, uma vez que existem objetivos sociais almejados, como garantir que o direito objetivo material seja cumprido, a preservação do ordenamento jurídico, a paz e a ordem social. O interesse maior através da jurisdição é o próprio interesse da sociedade, ou seja, do Estado enquanto comunidade.⁴⁹⁸

Neste contexto de análise, não há como recusar ser o *amicus curiae* agente do contraditório, entendido em amplitude diversa daquela em que, em geral, nossa doutrina se refere a ele, como no sentido de cooperação, de coordenação, de colaboração, mas um contraditório entendido à luz de uma sociedade e de um Estado plural.⁴⁹⁹

O princípio do contraditório é reflexo do princípio democrático na estruturação do processo, sendo o mesmo uma exigência do exercício democrático de um poder. A garantia de participação é a dimensão formal do princípio e trata-se da garantia de ser ouvido, participar e falar no processo, enquanto a dimensão substancial é o poder de influência, ou seja, a

⁴⁹⁵ *Ibidem*, p. 122.

⁴⁹⁶ *Ibidem*, p. 129.

⁴⁹⁷ *Ibidem*, p. 127.

⁴⁹⁸ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 23 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007, p. 147.

⁴⁹⁹ BUENO, *op.cit.*, 2008, p. 135.

capacidade de intervir com argumentos, ideias, de forma a influenciar no conteúdo da decisão.⁵⁰⁰

Note-se que a participação presta relevante contribuição para a jurisdição, não só com o objetivo de garantir que cada um possa influenciar na decisão, mas com a finalidade de colaboração com o exercício da jurisdição, em prol da boa qualidade da prestação jurisdicional, que será mais justa e o direito objetivo mais resguardado quanto maior for a participação dos atores do processo.⁵⁰¹

Considerando que a possibilidade de participação do *amicus curiae* reside na sua importância política, ou seja, no interesse público de participar da jurisdição constitucional, quando se discute afastar a aplicação de normas constitucionais, deve-se ampliar o contraditório para outros terrenos sociais, ainda que para além dos limites do litúgio entre as partes.⁵⁰²

Não se vislumbra com um Estado Democrático de Direito o proferimento de decisões judiciais sem a intervenção participativa dos indivíduos que sofrerão seus efeitos, sendo este o fundamento do princípio do contraditório, ao permitir ampla manifestação e argumentação, fornecendo ao processo dialeticidade para a formação do juízo.⁵⁰³

Em concreto, a participação cidadã direta no controle concentrado de constitucionalidade pode abrir um importante espaço para que as pessoas físicas atuem a favor da proteção dos direitos e interesses de uma minoria excluída do procedimento político ordinário.

O desenho institucional brasileiro carece de participação cidadã direta na tomada de decisões políticas, podendo o *amicus curiae* representar uma porta de acesso para a cidadania “dentro da sala de máquinas da Constituição”, especialmente considerando a tendência elitista que está presente no modelo de acesso coletivo ou através de funcionário público, como o brasileiro, segundo a classificação encampada por Jorge Ernesto Roa Roa.

⁵⁰⁰ DIDIER JR, Fredie. **Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**. 20 ed. Salvador: Juspodvm, 2018, p. 106.

⁵⁰¹ CABRAL, *op. cit.*, 2003, p. 127.

⁵⁰² *Ibidem*, p. 124.

⁵⁰³ *Ibidem*, p. 127.

4.5 A PARTICIPAÇÃO DO CIDADÃO COMO *AMICUS CURIAE* COMO RESPOSTA AO PROBLEMA DE LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

4.5.1 Notas introdutórias sobre o “mesmo velho problema”

Um dos temas mais clássicos e conflituosos do direito constitucional é a invocada falta de legitimidade democrática dos juízes de realizar o controle judicial de constitucionalidade das leis. O fato é que as Cortes Constitucionais e a democracia têm caminhado juntas, mas esse casamento apresenta crises de legitimidade, quando “teóricos acusam a ilegitimidade democrática de juízes não eleitos pelo voto popular tornarem inválidas, nulas decisões tomadas por agentes políticos eleitos pelo povo sob o argumento de afronta à constituição”.⁵⁰⁴

A discussão se torna ainda mais relevante quando ministros do STF defendem uma função iluminista⁵⁰⁵ da Suprema Corte brasileira, assim como defendem a ideia de que o Tribunal exerce uma forma de poder moderador no sistema jurídico brasileiro⁵⁰⁶, ou até mesmo, que o Poder Judiciário é o detentor da última e, porque não, da melhor palavra.

Esta legitimidade democrática é questionada em razão da “dificuldade contramajoritária” do Poder Judiciário, considerando que os juízes não são eleitos e podem invalidar decisões adotadas pelo legislador escolhido pelo povo, invocando, até mesmo, normas constitucionais de caráter aberto, exigindo-se uma justificação complexa em razão do ideário democrático do poder do povo de se autogovernar.⁵⁰⁷

⁵⁰⁴ CAMPOS, *op. cit.*, 2015, p. 3.

⁵⁰⁵ O termo iluminista refere-se à ideia de que o STF deve, se assim entender, utilizar um discurso argumentativo com amparo na razão humanista que conduza o processo civilizatório e empurre a história da sociedade para frente em direção ao progresso. Segundo a inteligência do Ministro Luís Roberto Barroso, “são três os papéis desempenhados pelas supremas cortes e tribunais constitucionais quando acolhem o pedido e interferem com atos praticados pelo Poder Legislativo. O primeiro deles é o papel contramajoritário, que constitui um dos temas mais estudados pela teoria constitucional dos diferentes países. Em segundo lugar, cortes constitucionais desempenham, por vezes, um papel representativo, atuação que é largamente ignorada pela doutrina em geral, que não parece ter se dado conta da sua existência. Por fim, e em terceiro lugar, supremas cortes e tribunais constitucionais podem exercer, em certos contextos limitados e específicos, um papel iluminista. Nos Estados Unidos, como a jurisdição constitucional é sempre vista em termos de judicial review (controle de constitucionalidade das leis), o acolhimento do pedido envolverá, como regra, a invalidação da norma e, conseqüentemente, de acordo com a terminologia usual, uma atuação contramajoritária. Como se verá um pouco mais à frente, este papel contramajoritário poderá – ou não – vir cumulado com uma dimensão representativa ou iluminista”. BARROSO, Luís Roberto, Contramajoritário, representativo e iluminista: os papéis das supremas cortes e tribunais constitucionais nas democracias contemporâneas, **Revista Interdisciplinar de Direito**, v. 16, n. 1, p.217-266, jan./jun. 2018, p. 24.

⁵⁰⁶ Nesse sentido, ver discurso do ministro Dias Toffoli no 9º Fórum Jurídico de Lisboa, em Portugal. TOFFOLI diz que Brasil vive semipresidencialismo com STF como o poder moderador. **Gazeta do Povo**, 2021. Disponível em: <https://www.gazetadopovo.com.br/republica/breves/toffoli-diz-que-brasil-vive-semipresidencialismo-com-stf-como-poder-moderador/>. Acesso em: 06 nov. 2023.

⁵⁰⁷ SOUZA NETO; SARMENTO, *op. cit.*, 2012, p. 23.

No constitucionalismo francês, a desconfiança nos juízes, proveniente da Revolução Francesa, ocasionou na formação histórica de um controle de constitucionalidade preventivo e feito por um órgão político, que excluiu os magistrados e/ou tribunais ordinários, através da formação de um Tribunal Constitucional, fora da estrutura do Poder Judiciário, malgrado a reforma ocorrida no ano de 2008.⁵⁰⁸ Essa desconfiança, inclusive, contribuiu para a criação de tribunais contenciosos-administrativos em um sistema de jurisdição dualista.

Os franceses preferiam confiar no Parlamento que no Poder Judiciário, pelo temor de permitir a criação de um “governo de juízes”, assim como em razão da desconfiança existente à época, em que os juízes eram vistos como corruptos e que sempre atuavam em prol dos seus próprios interesses pessoais ou corporativos.⁵⁰⁹

No caso norte-americano, considerando a distinção do seu processo de independência e forma do Estado, não havia um desgaste com relação aos juízes em razão da Revolução de 1789. A partir do caso de *Marbury vs. Madison*, atribuiu-se ao Poder Judiciário o *status* de moderador, e tal poder ganhou destaque na história dos Estados Unidos e dos países influenciados da América Latina.⁵¹⁰

Essa moderação não poderia ser feita pelo Poder Judiciário na Europa, que buscou criar um terceiro elemento que não poderia ser o Poder Judiciário, uma vez que lhe carecia de legitimidade, surgindo, assim, o Tribunal Constitucional. O modelo europeu possui uma estrutura em que os magistrados são de carreira e interpretam a legislação em um sistema onde o Poder Legislativo historicamente é privilegiado.⁵¹¹

Ao contrário, nos Estados Unidos os juízes são eleitos por um sistema e possuem um lugar especial no equilíbrio constitucional e a separação dos Poderes é um dogma. Os magistrados aplicarão o direito com base nas situações concretas litigiosas.⁵¹² Os juízes da Suprema Corte são nomeados pelo Presidente, após o consentimento do Senado, e “revelam uma grande sensibilidade às consequências políticas das decisões de inconstitucionalidade das leis e uma notável preocupação em respeitar os poderes do legislador.”⁵¹³

Nesse ínterim, Kelsen criou a justiça constitucional alheia à jurisdição ordinária, no intento, também, de reforçar o sistema democrático parlamentarista por intermédio do direito,

⁵⁰⁸ STRECK, *op. cit.*, 2018, p. 101.

⁵⁰⁹ SOUZA NETO; SARMENTO, *op. cit.*, 2012, p. 24.

⁵¹⁰ STRECK, *op. cit.*, 2018, p. 102.

⁵¹¹ *Ibidem*, p. 102.

⁵¹² *Ibidem*, p. 102.

⁵¹³ *Ibidem*, p. 105.

atribuindo a função constitucional a juízes especiais mais comprometidos com os valores democráticos existentes.⁵¹⁴

Na Europa, a criação de um Tribunal Constitucional, fora do âmbito do Poder Judiciário, surge como uma forma também de proteger o Poder Legislativo dos “perigosos ataques dos juízes” e sustentar a permanência da força da Lei e afastar os magistrados europeus do controle de constitucionalidade.⁵¹⁵

Na Alemanha, sob a vigência da Constituição de Weimar de 1919, a objeção democrática ao controle judicial de constitucionalidade foi suscitada por Carl Schmitt, que afirmava que a indeterminação das normas constitucionais tornava o controle de constitucionalidade uma tarefa essencialmente política e defendia que não cabia ao Judiciário ou a qualquer Corte Constitucional, mas ao Chefe de Estado para atuar.⁵¹⁶

De certo modo, os Tribunais Constitucionais amenizam a tensão entre o controle de constitucionalidade e democracia, através da fórmula de escolha dos juízes, com mandato fixo e não renovável, reservando maiores poderes ao Legislativo na escolha dos membros encarregados de fiscalizar a constitucionalidade dos atos normativos, como na Alemanha e Portugal.⁵¹⁷

Outro elemento que pode ser acrescentado a essa discussão é que os Tribunais Constitucionais têm uma relação direta com as democracias parlamentares, em que o Poder Executivo confunde-se com a maioria parlamentar e na medida em que o Poder Judiciário não tem atribuições para a interpretação da Constituição, a tensão fica restrita aos dois Poderes. Como a composição do Tribunal Constitucional é mais controlada pelo Poder Legislativo, diminui-se o déficit de legitimidade das decisões contramajoritárias.⁵¹⁸

Por outro lado, nos países que adotaram o regime presidencialista o modelo de Tribunal Constitucional pouco se firmou, uma vez que se formam duas maiorias, a do parlamento e a do Poder Executivo e, na medida em que o Poder Judiciário possui a atribuição de zelar pela interpretação das questões constitucionais, os focos de tensão deságuam na Corte que, ao contrário do que ocorre nos países europeus, acaba se fortalecendo e assumindo um protagonismo que fragiliza, em muitas oportunidades, a democracia.⁵¹⁹

No Brasil, essa temática não despertava muito interesse considerando que o controle de constitucionalidade historicamente não era muito utilizado. Contudo, este quadro foi

⁵¹⁴ *Ibidem*, p. 104.

⁵¹⁵ *Ibidem*, p. 105.

⁵¹⁶ SOUZA NETO; SARMENTO, *op. cit.*, 2012, p. 24.

⁵¹⁷ STRECK, *op. cit.*, 2018, p. 107.

⁵¹⁸ *Ibidem*, p. 107.

⁵¹⁹ *Ibidem*, p. 107.

alterado nos últimos anos com a crescente atuação do exercício jurisdicional, e passou-se a obter mais atenção da academia e da sociedade, em especial debates acerca da sua forma de utilização, intensidade, abertura para outros atores, entre outras.

A dificuldade contramajoritária não reside no fato de as constituições retirarem do Poder Legislativo a possibilidade de tomar decisões importantes, mas ocorre diante da abertura que grande parte das normas constitucionais permite, o que possibilita que quem interpreta e aplica também participe do processo de criação, o que confere aos juízes uma forma de poder constituinte permanente.⁵²⁰

A implantação de um Tribunal Constitucional no Brasil, durante os debates da Assembleia Constituinte de 1986-1988, foi resistida expressivamente por grande parcela dos juristas à época e reflete a continuidade de um modelo com paradigma liberal-individualista, em que se constrói a partir de um processo de legitimidade fragilizada, ao contrário da fórmula dos Tribunais Constitucionais europeus.⁵²¹

Contudo, a par do problema da legitimidade de os juízes exercerem o controle de constitucionalidade das leis, o constitucionalismo e o caráter dirigente da Constituição ocasionou com que os Tribunais assumissem um papel mais preponderante no período pós-guerra, afastando-se da ideia original de Kelsen.⁵²²

O controle de constitucionalidade transformou o direito constitucional em um sistema de normas perfeitas dotadas de imperatividade e sanção, assegurando-se a força normativa à Constituição, contudo, não se conseguiu evitar o neopositivismo ou positivismo jurisprudencial e a Constituição se tornou o que os juízes dizem a partir da interpretação das normas.⁵²³

Este movimento de expansão do Poder Judiciário foi facilitado por diversos motivos como: o papel contramajoritário exercido pelo poder Judiciário; a separação dos poderes; a falta de implementação de políticas públicas e inefetividade das instituições majoritárias; a utilização da Corte para expandir direitos e incluir interesses que não estão diretamente vinculados à Constituição; o controle de constitucionalidade que muitas vezes é utilizado para barrar iniciativas do governo pela oposição; a utilização do Judiciário para o congressista não se envolver em questões polêmicas.⁵²⁴

⁵²⁰ SOUZA NETO; SARMENTO, *op. cit.*, 2012, p. 24.

⁵²¹ STRECK, *op. cit.*, 2018, p. 109.

⁵²² *Ibidem*, p. 105.

⁵²³ CANOTILHO, *op.cit.*, 2003, p. 1346.

⁵²⁴ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

Por outro lado, a existência de uma justiça constitucional tornou-se requisito de legitimação e credibilidade política dos regimes constitucionais democráticos, uma vez que aquela passou a ser compreendida como elemento necessário da própria definição do Estado Democrático de Direito.⁵²⁵

4.5.2 Argumentos a favor das Cortes Constitucionais

Apontam-se diversos argumentos favoráveis como a ideia de que a soberania do Legislativo cedeu espaço para a soberania e supremacia da Constituição e a prevalência dos direitos fundamentais ante o Estado. Ainda, destaca-se a própria função contramajoritária já mencionada para evitar o sufocamento dos direitos fundamentais das minorias, assim como a crise representativa, onde a maioria parlamentar não corresponde à vontade popular.⁵²⁶ Dirley da Cunha ratifica que:

Neste cenário de crise do sistema representativo, ainda mais agravado pela busca incessante, por outros caminhos legítimos, de pressão ao governo, torna-se cada vez mais necessário o reconhecimento da jurisdição constitucional como remédio eficiente contra as maiorias. A crise da representação política e, conseqüentemente, da democracia representativa calcada na ideia da representação popular sintetiza a compreensão de que a lei, outrora expressão da vontade geral, tem se tornado um veículo de opressão e manifesto meio de violação dos direitos fundamentais e da Constituição.⁵²⁷

Ainda, como argumento favorável à legitimidade democrática do controle judicial das leis pelo Poder Judiciário, afirma-se também que a jurisdição constitucional se encontra ligada à própria lógica da soberania e vontade popular, cuja expressão maior está consagrada no texto constitucional.⁵²⁸

Assegurar a justiça constitucional é fundamental para garantir a força normativa da Constituição, sob pena de esta ser considerada apenas um mero compromisso ocasional de grupos políticos ocasionais, afetando a própria vontade soberana do povo exercida através do Poder Constituinte.⁵²⁹ Conrado Hubner Mendes aponta diversos argumentos positivos acerca do papel da revisão judicial:

se democracia não é só vontade da maioria, uma instituição anti-majoritária é desejável e necessária, e se a constituição é suprema e deve ser obedecida inclusive pelo legislador, deve existir um agente controlador externo que fiscalize tal

⁵²⁵ CUNHA JÚNIOR, *op. cit.*, 2016, p. 39.

⁵²⁶ *Ibidem*, p. 40.

⁵²⁷ *Ibidem*, p. 40.

⁵²⁸ *Ibidem*, p. 44.

⁵²⁹ *Ibidem*, p. 47.

obediência; reafirmou a incerteza e a falibilidade da política em face das promessas arriscadas da teoria constitucional em nome da efetivação de direitos; reduziu expectativas em relação ao tribunal constitucional, que não tem como carregar o ônus de nos proteger contra as intempéries da política; [...] a corte como um contrapeso à política majoritária e, mais do que isso, como instituição com a oportunidade de inserir um argumento moral na agenda, que chame de processo de interlocução institucional.⁵³⁰

As críticas lançadas a favor ou contra o exercício da jurisdição constitucional tendem a oscilar de acordo com a posição política adotada pelos Tribunais e isto pode ser mais perceptível observando-se a dinâmica norte-americana. Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmento mencionam que:

Nas primeiras décadas do século passado, quando a Suprema Corte adotava posição política conservadora, limitando seriamente a possibilidade de o Estado atuar no mercado e na sociedade em favor dos interesses dos grupos mais fracos, a crítica era capitaneada por juristas e políticos situados à esquerda do espectro político, que defendiam a autocontenção judicial. Quando, após a década de 1950, o ativismo jurisdicional voltou-se à defesa de direitos fundamentais de minorias, como os negros e presos, e à tutela de liberdades não econômicas, a crítica passa a ser esboçada a partir da direita, com os originalistas. E nos últimos tempos, em que a Suprema Corte vem caminhando a passos largos para o flanco conservador, foram juristas de esquerda que passaram a contestar a *judicial review*, elaborando a teoria do constitucionalismo popular. Com esta constatação, não se pretende negar a sinceridade dos críticos, nem tampouco desmerecer os seus argumentos, mas apenas mostrar como este tema, como tanto outros do debate constitucional, nunca é plenamente dissociável da política.⁵³¹

Portanto, para os defensores do “judicialismo” constitucional, a jurisdição constitucional é o espaço por excelência da afirmação da Constituição, onde os temas controvertidos são equacionados com base no Direito e não em preferências ideológicas, interesses ou compromissos políticos, sendo a Constituição um limite externo para a política e não um norte para a sua atuação, em que o Poder Judiciário estaria fora da política.⁵³²

Conrado Hubner Mendes sintetiza os seguintes argumentos favoráveis utilizados pelos defensores da revisão judicial: a Corte protege as pré-condições da democracia, fiscalizando a participação e combatendo eventuais discriminações, garantindo que o jogo de interesses seja feito de forma igualitária; a democracia, contudo, não pode se sujeitar a procedimentos formalmente igualitários – segundo concepção de Dworkin – já que é um esquema procedimental incompleto que persegue o ideal de igual consideração e respeito; a Corte protege os direitos das minorias e impede a “tirania da maioria”; se o povo aprovou a constituição, e esta adota a revisão judicial, significa que esse arranjo recebeu chancela

⁵³⁰MENDES, Conrado Hubner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. Tese (Doutorado) - Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011, p. 5.

⁵³¹ SOUZA NETO; SARMENTO, *op. cit.*, 2012, p. 24.

⁵³² *Ibidem*, p. 207.

democrática; a decisão da Corte pode ser alvo de emenda constitucional ou nova constituição.⁵³³

Os defensores das Cortes Constitucionais ainda afirmam os seguintes pontos: a supremacia judicial é exigência do estado de direito, já que a supremacia constitucional exige suporte judicial para manter a eficácia dos direitos fundamentais e a estabilidade; a Corte julga as leis com imparcialidade; a Corte representa um veto à dinâmica da separação de poderes, já que diminui o risco do abuso do Parlamento; a Corte analisa o caso concreto e consegue visualizar os efeitos reais da Lei; a Corte está mais próxima da resposta certa, sendo menos susceptível ao erro; a Corte promove uma representação deliberativa, argumentativa e promove o debate público.⁵³⁴

De outra banda, estes juristas afirmam que o parlamento, historicamente, sempre exerceu outros propósitos, para a satisfação de interesses de seus eleitores e remontam a uma origem oligárquica e aristocrática. Ainda, sustentam que na política contemporânea não existe apenas uma modalidade de representação, sendo que a eleição não consegue representar suficientemente uma sociedade plural.⁵³⁵

4.5.3 Argumentos contrários às Cortes Constitucionais

Do outro lado, há os que criticam o controle de constitucionalidade afirmando que ele dá ensejo a instauração de uma ditadura judicial de supostos sábios togados, como na doutrina do constitucionalismo popular já abordado. Tais adeptos afirmam que em nome da proteção da Constituição, a hegemonia da jurisdição constitucional permite aos juízes que imponham os seus próprios valores à sociedade, sendo que a política praticada nos parlamentos e nas articulações da sociedade civil é tida como mais confiável para guardar e promover os valores constitucionais do que a atuação dos tribunais.⁵³⁶

Ainda, em uma sociedade em que o acesso à justiça ocupa uma função determinante para a fruição dos direitos fundamentais, a negativa de acesso à grande parte da população

⁵³³MENDES, *op. cit.*, 2011, p. 61-67.

⁵³⁴*Ibidem*, p. 65-76.

⁵³⁵*Ibidem*, p. 76-80.

⁵³⁶*Ibidem*, p. 207-208.

reforça a ideia de uma cidadania inexistente ou restrita à função simbólica do discurso constitucional.⁵³⁷

Conrado Hubner Mendes enumera os principais argumentos contrários à atuação das Cortes Constitucionais, quais sejam: a ideia de o parlamento representativo é o mais próximo que se pode chegar de ideal de democracia; a atividade decisória do parlamento estimula o compromisso e lida com conflitos de maneira mais eficaz, não preso a uma lógica adversarial; a regra de maioria limita o poder e respeita o imperativo moral da igualdade.⁵³⁸

Além disso, afirma que a Corte não está fora da política, “apenas adiciona uma interpretação possível, mas com um custo para a democracia”, que se utiliza de linguagem técnica para esconder suas vontades e afirmação de agendas ideológicas e “essa visão açucarada das cortes cria uma conveniente imunidade de suas opiniões à contestação pública”.⁵³⁹

Segundo tal posição, a Corte também não protege os direitos das minorias, já que moralmente isso gera controvérsias e, empiricamente, é uma afirmação falsa; a Corte também não pode ser emissária do poder constituinte, sua interpretação constitucional não deve ser exclusiva e constituem uma elite profissional desprovida de representação.⁵⁴⁰

4.5.4 Teorias do diálogo e posições intermediárias

Diante das posições extremadas acerca da legitimidade democrática do controle de constitucionalidade “é possível acomodar as críticas ao legislador e os elogios ao juiz, junto com as críticas ao juiz e os elogios ao legislador?”⁵⁴¹

As teorias do diálogo, de um modo geral, apresentam uma nova forma de entender o controle de constitucionalidade e o processo legislativo, desconfiando-se das teorias da última palavra e propondo um meio-termo.⁵⁴² Este diálogo pode ocorrer de diferentes formas e diversos autores formulam propostas desde atuações minimalistas e autocontida da Corte ou, até mesmo, através do envio de recados ou conselhos veiculados na decisão para outros Poderes.

⁵³⁷ CARVALHO, Alexandre Douglas Zaidan de. Imparcialidade judicial à brasileira? **Revista Jurídica da UFERSA**, v. 2, n. 3, 2018, p. 91.

⁵³⁸MENDES, *op. cit.*, 2011, p. 83-90.

⁵³⁹*Ibidem*, p. 91-92.

⁵⁴⁰*Ibidem*, p. 92-97.

⁵⁴¹*Ibidem*, p. 101.

⁵⁴²*Ibidem*, p. 102-103.

Canadá, Reino Unido e Nova Zelândia constituem modelos inovadores no direito constitucional de soluções intermediárias entre a supremacia judicial e a supremacia legislativa e nesses três países buscou-se instaurar “o diálogo por meio de reformas institucionais que amenizaram a matriz forte da revisão judicial”.⁵⁴³

Este trabalho situa-se neste lugar intermediário entre estas visões antagônicas, tendo em vista que se reconhece o importante papel do Poder Judiciário na garantia da Constituição e proteção dos direitos fundamentais, mas também valoriza o constitucionalismo que floresce fora das cortes judiciais, como em reivindicações que vêm à tona por um cidadão comum.

Assim, não haveria prioridade, hierarquia ou verticalidade entre instituições lutando pelo monopólio decisório sobre direitos fundamentais. Haveria, ao contrário, uma cadeia de contribuições horizontais que ajudariam a refinar, com a passagem do tempo, boas respostas para questões coletivas. Separação de poderes, nesse sentido, envolveria circularidade e complementaridade infinitas.⁵⁴⁴

O que se propõe é enfatizar que deve ser dada preferência para uma teoria que privilegie os diálogos constitucionais, subtraindo da Corte Constitucional quanto dos poderes políticos majoritários a prerrogativa de dar a “última palavra” sobre o significado das normas constitucionais. Nesse sentido:

Esta proposta dialógica, assim como as anteriores, não negam a validade nem a utilidade em absoluto do controle judicial de constitucionalidade, apenas buscam estabelecer padrões teóricos e metodológicos no sentido de limitar a atuação das cortes constitucionais em favor da democracia e da participação popular na construção dos significados constitucionais. O grande vilão não é o controle em si, nem mesmo, de um modo geral, o ativismo judicial que pode vir a ser legítimo nas hipóteses de insistente omissão ou impasse político-legislativo, e sim a ideia de supremacia judicial, de tribunais como senhores absolutos das constituições. Esta é a perspectiva apriorística e irremediavelmente inconsistente com um governo democrático.⁵⁴⁵

As teorias do diálogo trazem uma percepção de inevitável e permanente circularidade e o procedimento equivale a um empreendimento infinito de longo prazo, em uma perspectiva dialógica,⁵⁴⁶ já que “essas teorias fomentam a possibilidade de co-existência entre parlamentos e cortes constitucionais, sem a necessidade de escolher entre um e outro de modo mutuamente excludente”.⁵⁴⁷

Dentro da ideia de diálogo defendida no presente trabalho, busca-se conferir a legitimação fundamental também para o cidadão participar da interpretação constitucional e reside no fato de que essa força representa “um pedaço da publicidade e da realidade da

⁵⁴³ *Ibidem*, p. 157.

⁵⁴⁴ *Ibidem*, p. 15.

⁵⁴⁵ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Supremo Tribunal Federal, política e democracia**. Jurisdição constitucional e política. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 25.

⁵⁴⁶ MENDES, *op. cit.*, 2011, p. 44.

⁵⁴⁷ *Ibidem*, p. 53.

Constituição”⁵⁴⁸ e deve, portanto, ser considerada elemento dentro do quadro da Constituição, devendo integrá-los ativamente no processo:

limitar a hermenêutica constitucional aos intérpretes ‘corporativos’ ou autorizados jurídica ou funcionalmente pelo Estado significaria um empobrecimento ou um autoengodo. De resto, um entendimento experimental da ciência do Direito Constitucional como ciência de normas e da realidade não pode renunciar à fantasia e à força criativa dos intérpretes ‘não corporativos’ (“*nicht-zünftige*” *Interpreten*).⁵⁴⁹

O cidadão deve participar do processo de interpretação constitucional, uma vez que ele compõe a realidade da Constituição e, assim, “não se pode tratar as forças sociais e privadas como meros objetos”.⁵⁵⁰

Ao contrário do quanto afirmado pela jurisprudência do STF, de que o cidadão não tem representatividade adequada para participar do controle de constitucionalidade, a democracia não se desenvolve apenas através da delegação de poderes do povo para os órgãos estatais através da eleição:

a democracia não se desenvolve apenas no contexto de delegação de responsabilidade formal do povo para os órgãos estatais (legitimação mediante eleições), até o último intérprete formalmente ‘competente’, a Corte Constitucional. Numa sociedade aberta, ela se desenvolve também por meio de formas refinadas de mediação do processo público e pluralista da política e da práxis cotidiana, especialmente mediante a realização dos Direitos Fundamentais (*Grundrechtsverwirklichung*).⁵⁵¹

O povo não pode ser visto apenas como um referencial quantitativo que se manifesta no dia da eleição conferindo legitimidade democrática aos eleitos, como também um elemento pluralista para a interpretação constitucional, podendo se manifestar como: partido político, opinião científica, grupo de interesse e cidadão.⁵⁵²

Ademais, apesar dos partidos políticos terem por função atuar em nome de certos grupos sociais dentro de uma perspectiva de democracia representativa, muitas vezes a sua atuação no controle concentrado de constitucionalidade ocorre visando a manutenção de interesses da própria instituição partidária e não propriamente na defesa de direitos difusos ou coletivos, assim como as entidades de classe que defendem preponderantemente interesses

⁵⁴⁸ Essa expressão é trazida por Peter Häberle quando assenta que “do ponto de vista teórico-constitucional, a legitimação fundamental das forças pluralistas da sociedade para participar da interpretação constitucional reside no fato de que essas forças representam um pedaço da publicidade e da realidade da Constituição (ein Stück Öffentlichkeit und Wirklichkeit der Verfassung), não podendo ser tomados como fatos brutos, mas como elementos que se colocam dentro do quadro da Constituição”. HÄBERLE, *op. cit.*, 2002, p. 33.

⁵⁴⁹ *Ibidem*, p. 34.

⁵⁵⁰ *Ibidem*, p. 33.

⁵⁵¹ *Ibidem*, p. 36.

⁵⁵² *Ibidem*, p. 37.

corporativos de seus membros, esbarrando-se, também, no requisito da pertinência temática.⁵⁵³

Remanesce, porém, a expectativa de mudança de entendimento da Corte que venha a permitir a intervenção do cidadão como *amicus curiae* no processo de controle concentrado de constitucionalidade, de forma a permitir a abertura da tão enclausurada jurisdição constitucional concentrada para o acesso direto do cidadão.

No exercício da jurisdição constitucional não pode ser adotada uma visão do juiz, como o "juiz Hércules" de Ronald Dworkin, "que presuma sabedoria infinita e onisciência dos magistrados, bem como ausência de limitações decorrentes de fatores como escassez de tempo pela sobrecarga de trabalho."⁵⁵⁴

Ademais, a negativa de acesso ao cidadão reforça a inquietação acerca das perguntas: Quem é o verdadeiro beneficiado pela atuação do STF no controle concentrado de constitucionalidade?⁵⁵⁵ Qual é o lugar do cidadão no processo constitucional?

Percebe-se que, mesmo após a ampliação do rol de legitimados para instaurar o contencioso de constitucionalidade, o Supremo Tribunal Federal continuou restringindo o acesso da cidadania a esse modo expedito de provocar a jurisdição constitucional, desconsiderando a ideia de que a presença do *amicus curiae* "não apenas se reitera a impessoalidade da questão constitucional, como também se evidencia que o deslinde desse

⁵⁵³ A atribuição de legitimidade aos partidos políticos pode trazer a ideia de eles atuam em defesa dos direitos das pessoas e interesses que eles representam, contudo não é o preponderante. Nesse sentido: "Embora existam alguns casos de defesa de interesses que podem ser considerados difusos, o perfil das decisões exitosas mostra que eles atuam preponderantemente em função de seus interesses institucionais e de conveniências político-eleitorais, dado que a grande maioria das decisões se refere à impugnação de normas de direito eleitoral ou normas que se refletem na distribuição de cargos eletivos, como é o caso do desmembramento de municípios, e no exercício do poder, como a criação e a nomeação de cargos. Deve-se notar que a atuação exitosa dos partidos invocou direitos fundamentais em uma proporção abaixo da média e que a sua concentração em questões de desenho institucional revela uma atuação voltada aos interesses eleitorais do partido, no sentido de atuar na própria distribuição do poder político, mais que na defesa dos interesses das pessoas que esses partidos deveriam representar. Ademais, o altíssimo índice de indeferimento das ADIs dos partidos, que se liga diretamente com o alto índice de julgamento, sugere que a judicialização das questões é em muitos casos uma estratégia para conferir visibilidade a pretensões de partidos pequenos da oposição, e que própria existência da ADI pode ser mais um instrumento de retórica política do que uma estratégia de anulação de atos fundados em uma argumentação jurídica sólida". COSTA, *op. cit.*, 2010, p. 41.

⁵⁵⁴ SOUZA NETO; SARMENTO, *op. cit.*, 2013 p. 154.

⁵⁵⁵ Nesse sentido ver pesquisa empírica de Alexandre Araújo Costa e outros, que traz dados que traduzem, dentre outras hipóteses, a tendência do Tribunal em decidir com base em argumentos formais, especialmente na prevalência da competência da União sobre a dos Estados, o que revela o papel do STF na manutenção do modelo Federalista em que a União tem um papel preponderante, apesar da doutrina afirmar a inexistência de subordinação entre os entes federativos; que as ADIs propostas contra leis federais são menos julgadas e também muito menos exitosas; baixo índice de julgamentos e procedência de ADIs sobre temas relacionados a direitos e garantias fundamentais que não tem sido propriamente o grande objeto do controle de constitucionalidade. Dentre esses julgados os requerentes que mais tiveram êxito na defesa de direitos e garantias fundamentais foram as entidades de classe ligadas à defesa dos interesses corporativos como de juízes, defensores, policiais, delegados e membros do Ministério Público. COSTA, 2010.

tipo de controvérsia interessa objetivamente a todos os indivíduos e grupos sociais”.⁵⁵⁶

Nessa perspectiva, a intervenção do *amicus curiae* é uma necessidade do regime democrático e um imperativo na solução dos principais temas constitucionais, de modo que o cidadão deixa de ser um mero destinatário das normas constitucionais e passa a ser intérprete efetivo.⁵⁵⁷ A concepção de que o cidadão como *amicus curiae* é um instrumento apto a levar diferentes perspectivas sociais ao STF pode promover uma maior legitimação das decisões e viabilizar uma maior efetiva participação social nos processos.

Ao ter acesso a essa pluralidade de visões em permanente diálogo, o STF pode ampliar a possibilidade de legitimação dos seus julgamentos, com maiores subsídios técnicos, implicações político-jurídicas e elementos de repercussão econômicas que podem ser apresentados pelo cidadão, sendo fundamental para o reconhecimento de direitos e para a concretização das garantias constitucionais do Estado Democrático de Direito.

A Corte pode ser um catalisador deliberativo. Simboliza um esforço para fazer da democracia um regime que não apenas separe maiorias de minorias, estructure a competição política periódica e selecione as elites vencedoras e perdedoras, mas também seja capaz de discernir entre bons e maus argumentos. Isso não exclui a competição, mas qualifica.⁵⁵⁸

Quando se analisa o desenho da jurisdição constitucional e se faz referência à sua legitimidade democrática, “é importante reconhecer que a relação de compatibilidade da jurisdição constitucional com a democracia muda de modo radical quando o cidadão é o primeiro link da análise do contraste entre a Lei e a Constituição”.⁵⁵⁹

Com efeito, de acordo com o esquema de acesso direto das pessoas ao controle de constitucionalidade, a imparcialidade baseia-se na conexão direta entre o juiz e as diferentes posições do interior da sociedade. Trata-se de uma espécie de pluralismo epistemológico que se encontra no centro da democracia deliberativa e não contrário a ela. O eixo central dessa visão é a existência de uma Corte Constitucional cujos juízes estão conectados institucionalmente com os debates políticos mediante o sistema de acesso dos cidadãos ao controle de constitucionalidade.⁵⁶⁰

A sugestiva mudança no atual entendimento jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal, permitindo a participação da pessoa física como *amicus curiae* no debate constitucional, pode constituir uma variação relevante da ordem constitucional que fortalecerá a democracia constitucional, através de um modelo mais cooperativo, com um potencial de transformação no histórico comportamento conservador da Corte, assim como na discussão acerca da legitimidade democrática da justiça constitucional brasileira.

⁵⁵⁶ COELHO, *op. cit.*, 1998, p.162.

⁵⁵⁷ CUNHA JÚNIOR, *op. cit.*, 2016, p. 205.

⁵⁵⁸ MENDES, *op. cit.*, 2011, p. 214.

⁵⁵⁹ ROA ROA, *op. cit.*, 2023a, p. 107.

⁵⁶⁰ *Ibidem*, p. 111.

Esta pesquisa não defende a ideia de que a participação do cidadão como *amicus curiae* resolve todos os profundos problemas que envolvem a legitimidade democrática do controle de constitucionalidade, assim como não tece maiores ênfases na discussão acerca do “direito de errar por último” concedido à Corte.

A ideia de diálogo ora defendida parte da ideia de falibilidade das instituições, inclusive a judicial, e tem o desafio de demonstrar a possibilidade de minimização do erro através de uma interação deliberativa no controle de constitucionalidade, assim como visa refletir acerca de condições para o seu exercício através de modelos mais democráticos, dentro de uma perspectiva de sociedade complexa e plural.

Este trabalho servirá para ampliar o espaço de discussão acerca da possível contribuição do cidadão para o debate constitucional, o seu papel e o impacto na revisão judicial, já que aceitar um sistema de justiça constitucional mais aberto à participação do cidadão e estender-lhe a legitimidade para acessar os tribunais constitucionais é mais compatível com o sistema democrático e pode abrir um caminho importante para superar o problema da objeção democrática ao controle de constitucionalidade.

5. CONCLUSÃO

A maior abertura do processo constitucional ao cidadão através do *amicus curiae* pode contribuir e se tornar um instrumento de participação política de exercício permanente da cidadania. A sua negativa revela-se paradoxal ante a necessidade de proteção dos direitos fundamentais dessa minoria que carece de representatividade política e legitimidade ativa no processo constitucional.

Da análise da acessibilidade ao controle concentrado de constitucionalidade no ordenamento jurídico brasileiro foi visto que, historicamente, o modelo brasileiro sempre se atrelou a uma perspectiva de sistema fechado. A participação do cidadão no processo constitucional pode estimular a disseminação da cultura constitucional, fazendo com que o cidadão comum se identifique com os valores e princípios basilares da CF/88, tornando-a algo mais pessoal e valioso, e não um mero documento técnico e jurídico do universo dos advogados.

Faz-se necessário uma maior aproximação entre o Poder Judiciário e os anseios sociais através de mecanismos jurídicos e instrumentos de participação popular na jurisdição constitucional, sendo o *amicus curiae* um importante mecanismo processual para viabilizar a participação efetiva dos cidadãos na interpretação da Constituição.

Verificou-se uma enorme resistência por parte dos ministros do STF, assim como uma vasta antinomia nos julgados analisados que, ao mesmo tempo em que sustentam a ideia de que a jurisdição constitucional encontra-se ligada à própria lógica de soberania popular, cuja expressão máxima é a Constituição, obstaculiza o acesso do cidadão ao processo constitucional, como se pôde perceber especialmente na análise do julgamento do AgRg na ADI 3396.

A abertura da interpretação constitucional aos diferentes atores sociais na jurisdição constitucional se coaduna totalmente com a ideia de sociedade aberta proposta por Peter Häberle, assim como o novo panorama constitucional surgido na América Latina, em especial na Colômbia, em que se busca um maior diálogo e participação social no controle concentrado, através da ação pública de constitucionalidade.

A participação ativa do cidadão como *amicus curiae* pode representar um espaço para a participação cidadã no debate constitucional, que aproxima os Tribunais da sociedade e aumenta o círculo de intérpretes da Constituição, legitimando ainda mais a jurisdição constitucional e concretizando os ideais democráticos e pluralistas consagrados no constitucionalismo latino-americano transformador, bem como na Constituição Federal de

1988.

A abertura pluralista da interpretação constitucional importa no reconhecimento de que a CF/88 ocorre também fora do plenário judicial, por meio de debates e interações realizados no exercício cívico do cidadão comum, que deve ter a possibilidade de sempre participar da leitura da Constituição nos diversos espaços públicos.

Por outro lado, foi visto que a possibilidade de serem desenvolvidos alguns filtros para a admissão da pessoa física no controle concentrado de constitucionalidade pode contribuir para a manutenção da funcionalidade do Tribunal, como, por exemplo, a utilização da “representatividade qualificada” e não “representatividade adequada”, como requisito para participação no processo. Contudo, o sistema deve ser exercido de acordo com a ideia aqui proposta, alicerçada em um modelo de sociedade aberta, ampliando o círculo de intérpretes constitucionais e atenuando o pragmatismo funcionalista do STF.

A evolução jurisprudencial que possibilita uma maior participação cidadã na jurisdição constitucional não implica reconhecer erro ou equívoco na interpretação do texto constitucional em julgamentos pretéritos, mas implica reconhecer a necessidade da contínua adaptação dos sentidos possíveis da Constituição, considerando as mudanças observadas em uma sociedade complexa e plural.

Alijar a participação cidadã do processo constitucional é negligenciar o papel vital que a Carta tem de coesão social. Quanto mais o processo de interpretação constitucional se distancia do povo, mais o povo se esquece da Constituição enquanto um documento que expressa a sua identidade política. Deve-se empoderar o cidadão como um intérprete da Constituição e mais um partícipe preocupado com a lisura do texto constitucional,

Dessa forma, apesar deste trabalho navegar por águas turbulentas dentro da teoria constitucional, buscou-se demonstrar que existe uma relação possível entre a participação da pessoa física como *amicus curiae* e o controle concentrado de constitucionalidade. O espírito empreendedor que norteou a consagração legal da figura do *amicus curiae* não pode ser desmerecido ou tornado irrelevante. A postura histórica e atual adotada pelo Supremo Tribunal Federal deve ser constrangida, considerando a importância democrática que permeia a aplicação do instituto.

A ausência de balizas legais e jurisprudenciais mais claras acerca do instituto ainda gera diversos incômodos no meio acadêmico. Aguarda-se que o presente trabalho incremente ainda mais a figura processual, aprimorando as deliberações e interpretações da Suprema Corte, assim como cumpra a função que se deseja que ela realize na jurisdição constitucional brasileira.

Esta pesquisa não defende a ideia de que a participação do cidadão como *amicus curiae* resolva todos os profundos problemas que envolvem a legitimidade democrática do controle de constitucionalidade, contudo, a permissão para ter acesso aos tribunais representará, ainda que singelamente, a incursão do cidadão dentro da sala de máquinas da Constituição.

REFERÊNCIAS

- ADEODATO, João Maurício. Adeus à separação de poderes? *In*: NOVELINO, Marcelo (Coord.). **Leituras complementares de Direito Constitucional**. Teoria da Constituição. Salvador: Juspodvm, 2009.
- ALVES, Vanessa Estevam e OLIVEIRA, Jadson Correia. Análise crítica acerca do Novo Constitucionalismo Latino-americano: características e distinções em relação ao neoconstitucionalismo. **Revista científica da FASETE**, p. 227-246, 2018.
- ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2 ed., São Paulo: Malheiros, 2015.
- ANDORNO, Roberto. A noção paradoxal de dignidade humana. **Revista Bioética**, 2009, v. 17, n. 3, p. 435-449, 200.
- ARGENTINA. Corte Suprema de Justicia de la Nación. **Acordada 28/2004**. Disponível em: <https://www.argentina.gob.ar/normativa/nacional/acordada-28-2004-96742/texto>. Acesso em: 13 jan. 2024.
- ARGUELHES, Diego Werneck; SÜSSEKIND, Evandro Proença. Constitucionalismo transformador: entre casas de máquinas e “engenharia social judicial”. **Revista Direito e Práxis**, v. 13, p. 2557-2594, 2022.
- BAEZ, Narciso Leandro Xavier. A Morfologia dos direitos fundamentais e os problemas metodológicos da concepção de dignidade humana em Robert Alexy. *In*: ALEXY, Robert (org). **Dignidade humana, direitos sociais e não positivismo-inclusivo**. Florianópolis: Qualis 2015.
- BALEEIRO, Aliomar; SOBRINHO, Barbosa Lima. **Constituições brasileiras: 1946**. Brasília- DF: Senado Federal e Ministério da Ciência e Tecnologia, Centro de Estudos Estratégicos, 2001, v. V.
- BARBOSA, Ruy. **Os Actos inconstitucionaes do Congresso e do Executivo ante a Justiça Federal**. Rio de Janeiro: Companhia Impressora, 1893.
- BARBOSA, Evandro; COSTA, Thaís Cristina Alves. A concepção da dignidade humana em Ronald Dworkin: um problema de ética prática. **Revista de Filosofia**, v.13, n.1, junho/2016.
- BARBOSA, Leonardo Augusto de Andrade. **Mudança constitucional, autoritarismo e democracia no Brasil pós-1964**. 2010. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de Brasília – UNB, Brasília, 2010.
- BARCELLOS, Ana Paula Gonçalves Pereira de. Constituição e pluralismo jurídico: a posição particular do Brasil no contexto latino-americano. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 9, n. 2, p. 170-183, 2019.

BARROSO, Luís Roberto. Contramajoritário, representativo e iluminista: os papéis das supremas cortes e tribunais constitucionais nas democracias contemporâneas. **Revista Interdisciplinar de Direito**, v. 16, n. 1, p.217-266, jan./jun. 2018.

BARROSO, Luís Roberto. **Novos paradigmas e categorias da interpretação constitucional**. In: NOVELINO, Marcelo (Coord.). Leituras complementares de Direito Constitucional. Teoria da Constituição. Salvador: Juspodvm, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. **A Dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial**. Tradução Humberto Laport de Mello. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

BARROSO, Luís Roberto. Vinte anos da Constituição de 1988: a reconstrução democrática do Brasil. **Revista de Informação Legislativa**, v. 45, n. 179, p. 25-37, 2008.

BAZÁN, Victor. En torno al *amicus curiae*. **Revista Oficial del Poder Judicial**, v. 5, n. 5, p. 301-321, 2009.

BINENBOJM, Gustavo. A Dimensão do Amicus Curiae no Processo Constitucional Brasileiro: requisitos, poderes processuais e aplicabilidade no âmbito do direito estadual. Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, n. 1, jan. 2005.

BINENBOJM, Gustavo. A dimensão do amicus curiae no processo constitucional brasileiro: requisitos, poderes processuais e aplicabilidade no âmbito estadual. **A&C-Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, v. 5, n. 19, p. 73-95, 2007.

BONAVIDES, Paulo. **Teoria Constitucional da Democracia Participativa: Por um Direito Constitucional de luta e resistência por uma Nova Hermenêutica por uma repolitização da legitimidade**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

BONAVIDES, Paulo. **Jurisdição constitucional e legitimidade (algumas observações sobre o Brasil)**. Estudos avançados, v. 18, p. 127-150, 2004.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 15 ed., São Paulo: Malheiros, 2004.

BRASIL. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental (med. Liminar) 138**.

Relator: Min. Celso de Mello. Disponível em:

<https://portal.stf.jus.br/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADPF&numProcesso=138>.

Acesso em: 2 jul. 2023.

BRASIL. **Código de Processo Civil e normas correlatas**. Brasília: Senado Federal, 2015.

Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/512422/001041135.pdf>.

Acesso em: 19 fev. 2024.

BRASIL. Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania. **Projeto de Lei n. 6.543 de 2006**. Disponível em:

https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=391242&filename=EMR+1+CCJC+%3D%3E+PL+6543/2006. Acesso em: 26 jul. 2023.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 07 nov. 2023.

BRASIL. **Lei 9.868/99, de 10 de novembro de 1999**. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19868.htm. Acesso em: 02 nov. 2023.

BRASIL. **Lei 9.882/99, de 03 de dezembro de 1999**. Dispõe sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do § 1º do art. 102 da Constituição Federal. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19882.htm#:~:text=L9882&text=LEI%20No%209.882%2C%20DE%203%20DE%20DEZEMBRO%20DE%201999.&text=Disp%C3%B5e%20sobre%20o%20processo%20e,art.%20102%20da%20Constitui%C3%A7%C3%A3o%20Federal. Acesso em: 07 nov. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 1.096-4/RS**, Tribunal Pleno, 16 mar. 1995. Voto do Min. Celso de Mello.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **MS 32.033/DF**. Relator: Min. Gilmar Mendes, julgado em 20 jun. 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 3396**. Relator: Min. Celso de Mello, julgado em 14/02/2011, publicado em DJE em 24 fev. 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 3695**. Relator (a): Min. Teori Zavaski, julgado em 09 abr. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 4178**. Relator (a): Min. Cezar Peluso, julgado em 07/10/2009, publicado em DJE 15/10/2009 e publicado em 16 out. 2009

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 4389 ED-AgR**. Relator: Luis Roberto Barroso, julgado em 15/08/2019, publicado no DJE no dia 17 ago. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 347**. Relator (a): Min. Marco Aurélio, julgado em 04/10/2023, publicada em DJE 10 out. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **AgRg na ADI 3396/DF**. Relator: Min. Celso de Mello, julgado em 06/08/2020, publicado no DJE 14 out. 2020

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 659.424/RS**. Relator: Min. Celso de Mello, publicado em DJE 13 dez. 2013.

BUENO, Cassio Scarpinella. Quatro perguntas e quatro respostas sobre o amicus curiae. **Revista da Escola Nacional de Magistratura**, v. 2, n. 5, 2008.

BUENO, José Antônio Pimenta Bueno. **Direito público brasileiro e análise da Constituição do Império**. Rio de Janeiro: Ministério da Justiça e Negócios interiores Serviço de

documentação, 1958.

CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário**. 3ª ed. Belo Horizonte, São Paulo, Editora D'Plácido, 2020.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Supremo Tribunal Federal, política e democracia**. Jurisdição constitucional e política. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

CARDOSO, Oscar Valente. Amicus curiae e audiências públicas no controle de constitucionalidade brasileiro. **Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito–PPGDir./UFRGS**, v. 9, n. 2, 2014.

CARDOSO, Oscar Valente. A pessoa natural como amicus curiae no Supremo Tribunal Federal. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 18, n. 3634, 13 jun. 2013. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/24706>. Acesso em: 28 out. 2023.

CARDOSO, Rodrigo Mendes. As teorias do constitucionalismo popular e do diálogo na perspectiva da jurisdição constitucional brasileira. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)**, v. 6, n. 2, p. 218-227, 2014.

CARVALHO, Alexandre Douglas Zaidan de. Juscorporativismo: os juízes e o judiciário na Assembleia Nacional Constituinte. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, Belo Horizonte, n. 114, p. 31-37, jan/jun. 2017.

CARVALHO, Alexandre Douglas Zaidan de. Entre o dever da toga e o apoio a farda: independência judicial e imparcialidade no STF durante o regime militar. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, v. 32, n. 95, 2017.

CARVALHO, Alexandre Douglas Zaidan de. **Efeito vinculante e concentração da jurisdição constitucional no Brasil**. Brasília-DF: Consulex, 2012.

CARVALHO, Alexandre Douglas Zaidan de. Montesquieu e a releitura da separação de poderes no Estado contemporâneo: elementos para uma abordagem crítica. **Lex Humana**, v. 1, n. 2, p. 40-65, 2009.

CARVALHO, Alexandre Douglas Zaidan de. 'Stare decisis' súmula vinculante: uma análise comparativa sobre a força vinculante das decisões na jurisdição constitucional. **Lex Humana**, v. 4, n. 1, p. 1-19, 2012.

CARVALHO, Alexandre Douglas Zaidan de. Imparcialidade judicial à brasileira? **Revista Jurídica da UFERSA**, v. 2, n. 3, p. 87-98, 2018.

CARVALHO NETO, Ernani Rodrigues de. A Ampliação dos Legitimados Ativos Na Constituinte de 1988: Revisão Judicial e Judicialização da Política. **Revista Brasileira Estudos Políticos**, v. 96, p. 293, 2007.

CARVALHO, Weliton. Funções do direito comparado. **Revista de Informação Legislativa**, v. 44, p. 139, 2007.

CAMILLO, Carlos Eduardo Nicoletti. **A teoria da alteridade jurídica**: em busca do conceito de direito em Emmanuel Levinas. São Paulo: Editora Perspectiva, 2016.

CAVALCANTI, Thais Novaes, Pessoa, Natureza e Dignidade – Uma necessária compreensão do papel do Estado. *In*: SANTOS, Ivanaldo e POZZOLI, Lafayette (Coord.). **Direitos Humanos e Fundamentais e Doutrina Social**. São Paulo: BIRIGUI, 2012.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7 ed., Coimbra: Almedina, 2003.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 23 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

COELHO, Inocêncio Mártires. As ideias de Peter Häberle e a abertura da interpretação constitucional no direito brasileiro. **IBDC**, São Paulo, ano 6, n. 25, out./dez. 1998.

COLÔMBIA. Constitución Política de la República de Colombia. 1991. **Siteal-UNESCO**. Disponível em: <https://siteal.iiep.unesco.org/pt/bdnp/193/constitucion-politica-republica-colombia>. Acesso em: 20 dez. 2023.

COLÔMBIA. Corte Constitucional. **Sentencia C-032/08**. Disponível em: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2008/C-032-08.htm>. Acesso em: 01 mar. 2023.

COLÔMBIA. Corte Constitucional de Colombia. **Sentencia C-513/ 1992**. Disponível em: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1992/C-513-92.htm>. Acesso em: 07 jan. 2024.

COSTA, Alexandre Araújo et al. A quem interessa o controle concentrado de constitucionalidade? Um perfil das decisões de procedência em ADIs. *In*: **Anais do Encontro da Associação Brasileira de Ciência Política (ABCP)**, v. 7, 2010.

COSTA, Walter Porto. **Constituições brasileiras: 1934**. Brasília: Senado Federal e Ministério da Ciência e Tecnologia, Centro de Estudos Estratégicos, 2001, v. IV.

CRUZ, Gabriel Dias Marques da. Amicus curiae, pessoa física e ação direta de inconstitucionalidade: uma relação possível? **Direito do Estado**. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/gabriel-dias-marques-da-cruz/amicus-curiae-pessoa-fisica-e-acao-direta-de-inconstitucionalidade-uma-relacao-possivel>. Acesso em: 28 out. 2023.

CRUZ, Gabriel Dias Marques da. Incidente de Inconstitucionalidade e Cadastro Nacional de Decisões: Duas Soluções para um Modelo Complexo. **Revista de Política Judiciária, Gestão e Administração da Justiça**, v. 2, n. 1, p. 01-19, 2016.

CRUZ, Gabriel Dias Marques da. Legitimidade do cidadão para a propositura de ação direta de inconstitucionalidade (ADIN) no direito brasileiro. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 10, n. 591, 19 fev. 2005. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/6296>. Acesso em: 3 dez. 2023.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle de Constitucionalidade**. 8 ed. Salvador: Juspodvm, 2016.

DALMAU, Rubén Martínez. As Constituições do novo constitucionalismo latino-americano funcionaram? **Revista Culturas Jurídicas**, v. 5, n. 12, 2018.

DIDIER JR, Fredie. **Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**. 20 ed. Salvador: Juspodvm, 2018.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos direitos fundamentais**. 3. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

CABRAL, Antonio do Passo. Pelas asas de Hermes: a intervenção do amicus curiae, um terceiro especial. **Revista de Direito Administrativo**, v. 234, p. 111-142, 2003.

DÓRIA, Antonio Roberto de Sampaio. **Curso de Direito Constitucional (os direitos do homem)**. 2 ed. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1946.

DUTRA, Deo Campos. Método (s) em direito comparado. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**, v. 61, n. 3, p. 189-212, 2016.

EQUADOR. Constitución de la República de Ecuador. **Siteal-UNESCO**, 2008. Disponível em: https://siteal.iiep.unesco.org/sites/default/files/sit_accion_files/siteal_ecuador_6002.pdf. Acesso em: 30 maio 2023.

ESPÍNOLA, Luis Acevedo. *Amicus curiae*, principio democrático y participación ambiental en Chile. **Opinión Jurídica**, v. 21, n. 45, p. 86-109, 2022.

ESTADOS UNIDOS. **Rules of the Supreme Court of the United States**. Adopted december 5, 2022. Disponível em: <https://www.supremecourt.gov/filingandrules/2023RulesoftheCourt.pdf>. Acesso em: 13 jan. 2024.

GARCIA, Emerson. Direito judicial e Teoria da Constituição. *In*: NOVELINO, Marcelo (Coord.). **Leituras complementares de Direito Constitucional**. Teoria da Constituição. Salvador: Juspodvm, 2009.

GARGARELLA, Roberto. El nacimiento del constitucionalismo popular. Sobre The people Themselves, de Larry Kramer. **Revista de libros de la Fundación Caja Madrid**, v. 56, 2006.

GARGARELLA, Roberto. Sobre el “Nuevo constitucionalismo latinoamericano”. **Revista Uruguay de Ciencia Política**, v. 27, n. 1, p. 109-129, 2018.

GARGARELLA, Roberto. El nuevo constitucionalismo latinoamericano. **Estudios Sociales: Revista Universitaria Semestral**, v. 48, n. 1, p. 169-174, 2015.

GARGARELLA, Roberto; PÁDUA, Thiago; GUEDES, Jefferson. Constitucionalismo Latino-Americano: Direitos Sociais e a 'Sala de Máquinas' da Constituição. **Universitas JUS-Revista do UniCEUB**, v. 27, n. 2, p. 33-41, 2016.

GONÇALVES, José Luís. Dignidade como valor incondicional da pessoa. A partir de que fundamentos? **Revista Itinerários de Filosofia da Educação**, Porto, v. 13, p. 155-166, 2015.

GUATEMALA. *Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad*. **PDBA**. Disponível em: <https://pdba.georgetown.edu/Parties/Guate/Leyes/Decreto1-86.pdf>. Acesso em: 30 maio 2023.

GUIMARÃES, Aline Lisboa Naves. **Participação Social no Controle de Constitucionalidade**: o desvelamento da restrição nas decisões do Supremo Tribunal Federal. 2009. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Nacional de Brasília, Brasília. 2009.

FERREIRA, Débora Costa; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Amicus curiae em números. Nem amigo da Corte, nem amigo da parte? **Revista de Direito Brasileira**, v. 16, n. 7, p. 169-185, 2017.

FERREIRA, Débora Costa. Amizade seletiva: análise estratégica da funcionalidade do amicus curiae. **Teoria Jurídica Contemporânea**, v. 5, n. 2, p. 72-114, 2020.

FREIRE, Alonso. Interpretação constitucional comparativa: aproximação crítica e arcabouço metodológico. **Revista Publicum**, v. 2, n. 1, p. 45-73, 2016.

HÄBERLE, Peter. **A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição**: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

HÄBERLE, Peter. A sociedade aberta dos intérpretes da constituição: considerações do ponto de vista nacional-estatal constitucional e regional europeu, bem como sobre o desenvolvimento do direito internacional. **Revista de Direito Público**, n. 18, out-nov-dez/2007.

HÄBERLE, Peter. La Jurisdicción Constitucional en la Sociedad Abierta. **Revista de Direito Público**, n. 25, jan-fev. 2009.

HEINEN, Juliano. Método de direito comparado: desenvolvimento e perspectivas contemporâneas. **Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito**, v. 27, n. 2, 2017.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes, Porto Alegre: Safe, 2001.

HIRSCHL, Ran. From comparative constitutional law to comparative constitutional studies. **International Journal of Constitutional Law**, v. 11, n. 1, p. 1-12, 2013.

HIRSCHL, Ran. **Comparative Matters**: the renaissance of comparative constitutional law. Oxford: Oxford University Press, 2014.

HORBACH, Carlos Bastide. O direito comparado no STF: internacionalização da jurisdição constitucional brasileira. **Revista de Direito internacional**, v. 12, n. 2, 2015.

COSTA RICA. **Regulamento da Corte Interamericana de Direitos Humanos**. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/reglamento.cfm?lang=pt>. Acesso em: 07 jan. 2024.

KELSEN, Hans. **Jurisdição Constitucional**. 3 ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2013.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1999

KOERNER, Andrei; FREITAS, Lígia Barros de. O Supremo na Constituinte e a Constituinte no Supremo. **Lua Nova: Revista de cultura e política**, p. 141-184, 2013.

LASSALE, Ferdinand. **A Essência da Constituição**. 7 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris Ltda, 2007.

LISBOA, Marcelo Jucá. Metodologia jurídica e sua relação com o conceito, interpretação e aplicação do direito: uma visão panorâmica. **Revista Jurídica Luso-Brasileira**, n. 2, p. 849-910, 2016.

MACIEL, Omar Serva. A interpretação pluralista de Peter Häberle como contributo à democratização do processo constitucional. **Revista da AGU—Advocacia-Geral da União**, 2004.

MACIEL, Adhemar Ferreira. Amicus curiae: um instituto democrático. **Revista de Informação Legislativa**, v. 38, n. 153, p. 7-10, 2002.

MAGANE, Renata Possi. O método concretista da constituição aberta. **Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas**, Pouso Alegre, v. 25, n. 2, 2009.

MALUSCHKE, Günther. A dignidade humana como princípio ético jurídico. **Revista do Curso de Mestrado em Direito UFC**, p. 95-117, 2007.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Processo Constitucional e Democracia**. São Paulo: Editora Afiliada, 2021.

MARQUES, Gabriel Lima. O enfoque doutrinário no direito constitucional comparado: lições clássicas e contemporâneas. **Revista de Direito Brasileira**, v. 19, n. 8, p. 186-207, 2018.

MATTOS, Ana Letícia Queiroga de. O Amicus Curiae e a democratização do controle de constitucionalidade. **Direito Público**, v. 2, n. 9, 2005.

MEDINA, Damares. **Amigo da Corte ou amigo da parte? Amicus curiae no Supremo Tribunal Federal**. Dissertação (Mestrado em Direito) - Instituto Brasiliense de Direito Público, Brasília, 2008.

MENDES, Conrado Hubner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. Tese (Doutorado) - Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

- MENDES, Gilmar Ferreira; VALE, André Rufino do. O pensamento de Peter Häberle na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. **Observatório da Jurisdição Constitucional**, 2009.
- MEYER, Emilio Peluso Neder. Repensando o Direito Constitucional Comparado no Brasil. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, v. 6, n. 2, p. 479-502, maio/ago. 2019.
- MIRANDA, Jorge. Sobre o direito constitucional comparado. **Direito e Justiça**, v. 2, n. Especial, p. 1987.
- MÜLLER, Friedrich. **Quem é o povo? A Questão fundamental da Democracia**. Tradução de Peter Naumann. São Paulo: Editora Max Limonad, 2003.
- NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. 3 ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2011.
- NEVES, Marcelo. **Constituição e Direito na Modernidade Periférica. Uma abordagem teórica e uma interpretação do caso brasileiro**. Tradução de Antônio Luz Costa. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2018.
- NEVES, Maria do Céu Patrão. Alteridade e deveres fundamentais: uma abordagem ética. **Revista Direitos Fundamentais e Alteridade**, v. 1, n. 1, p. 69-86, 2017.
- NIEMBRO, Roberto. Una mirada al constitucionalismo popular. **Isonomía**, México, n. 38, p. 191-224, abr. 2013.
- NOGUEIRA, Octaciano; BALEEIRO, Aliomar. **Constituições brasileiras: 1824**. Brasília: Senado Federal e Ministério da Ciência e Tecnologia, Centro de Estudos Estratégicos, 2001, v. I.
- NORONHA, Fabrício Sales. **A legitimidade das Entidades Corporativas no Controle de Constitucionalidade brasileiro**. 2016. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de Brasília – UNB, Brasília, 2016.
- OLIVEIRA, Jadson Correia de, SILVA, Danilma Melo da. **O protagonismo social e a nova hermenêutica constitucional**. **Revista Pensamento Jurídico**, São Paulo, v. 9, n. 1, jan./jun., p. 119-138, 2016.
- OLIVEIRA, Jadson Correia de. **O Controle cooperativo de constitucionalidade através das audiências públicas e da atuação do *amicus curiae* na jurisdição constitucional**. 2014. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Católica de Pernambuco – UNICAP.
- OLIVEIRA, Jadson Correia de. **O constitucionalismo dialógico e as audiências públicas: uma análise sistêmica do monismo plural brasileiro**. 2017. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP, São Paulo, 2017.
- OLIVEIRA, Jadson Correia de; DA SILVA, José Elio Ventura. O novo constitucionalismo latino-americano e o protagonismo social. **RJLB**, ano 6, n. 2, 2020.
- OLIVEIRA, Jadson Correia de; GOMES, Irandavid. O constitucionalismo popular norte-

americano e as bases para a construção de um Estado Democrático de Direito. **Revista Pensamento Jurídico**, v. 12, n. 1, 2018.

PANAMÁ. Constitución Política de la República de Panamá, 1972. **Siteal-UNESCO**. Disponível em: https://siteal.iiep.unesco.org/sites/default/files/sit_accion_files/pa_3052_0.pdf. Acesso em: 30 maio 2023.

PASTOR, Roberto Viciano; DALMAU, Rubén Martínez. A constituição democrática: entre o neoconstitucionalismo e o novo constitucionalismo. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 9, n. 2, p. 333-349, 2019.

PAULA, Daniel Giotti. Intranquilidades, Positivismo jurisprudencial e ativismo jurisdicional na prática constitucional brasileira? *In*: NOVELINO, Marcelo (Coord.). **Leituras complementares de Direito Constitucional**. Teoria da Constituição. Salvador: Juspodvm, 2009.

PEREIRA, Milton Luiz. *Amicus curiae*: intervenção de terceiros. **Revista de Processo**. 2002.

PERU. Constitución Política de 1993. **Organização dos Estados Americanos (OAS)**. Disponível em: https://www.oas.org/juridico/spanish/per_res17.pdf. Acesso em: 09 dez. 2023.

PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. As normas constitucionais programáticas e a reserva do possível. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 49, p. 7-20, 2012.

POLETTI, Ronaldo. **Constituições brasileiras: 1934**. Brasília: Senado Federal e Ministério da Ciência e Tecnologia, Centro de Estudos Estratégicos, 2001, v. III.

PRIGOL, Natalia Munhoz Machado; MELEK, Marcelo Ivan. O Direito Constitucional Comparado e a busca por um método de pesquisa único. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)**, v. 14, n. 2, p. 259-278, 2022.

RAZABONI, Olívia Ferreira. **Amicus curiae: democratização da jurisdição constitucional**. Dissertação de mestrado. Universidade de São Paulo, USP, 2009.

ROA ROA, Jorge Ernesto. **La legitimidad democrática del control de constitucionalidade: El ciudadano antela justicia constitucional**. Tesis (Doctoral) - Universitat Pompeu Fabra, Barcelona, 2017.

ROA ROA, Jorge Ernesto. A cidadania dentro da sala de máquinas do constitucionalismo transformador latino-americano. **Revista Direitos Fundamentais & Democracia**, v. 28, n. 2, p. 91-115, 2023a.

ROA ROA, Jorge Ernesto. El diseño institucional de la acción pública de constitucionalidad en Colombia. *In*: RIVAS-RAMÍREZ, Daniel (coord. Editorial). **Garantías judiciales de la Constitución**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia; Departamento de Derecho Constitucional, v. II, 2023b.

ROSENFELD, Michel. **A identidade do sujeito constitucional**. Tradução de Menelick de Carvalho Netto. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

ROZEIRA, Gustavo Gramaxo. Direito constitucional comparado. Uma abordagem metodológica. **Revista de Direito da ULP**, v. 1, n. 9, p. 79-114, 2017.

SANTOS, Boaventura de Souza. Uma concepção multicultural de Direitos Humanos. **Lua Nova**, n. 39, p. 105-201, 1997.

SANTOS, Bruno Aguiar. **Neoconstitucionalismo e ativismo: a ideologia fadada ao fracasso do arbítrio**. Dissertação (Mestrado). Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, 2017.

SANTOS, Cristian Patric de Sousa Santos. **Cortes Constitucionais como canal de processamento dos direitos das minorias**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2021.

SANTOS, Natanael Lima; DE OLIVEIRA, Jadson Correia. Supremacia Judicial e Constitucionalismo Popular: o Protagonismo da Interpretação Constitucional. **Revista Científica da FASETE**, 2018.

SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. *In*: NOVELINO, Marcelo (Coord.). **Leituras complementares de Direito Constitucional**. Teoria da Constituição. Salvador: Juspodvm, 2009.

SARMENTO, Daniel. Apontamentos sobre a arguição de descumprimento de preceito fundamental. **Revista de Direito Administrativo**, v. 224, p. 95-116, 2001.

SARMENTO, Daniel. **Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia**. 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020.

SARMENTO, Daniel. **21 Anos da Constituição de 1988: a Assembleia Constituinte de 1987/1988 e a experiência constitucional brasileira sob a Carta de 1988**. Direito Público. Porto Alegre, ano 7, n. 30, pp. 7-41, nov./dez. 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. Notas sobre a dignidade (da pessoa) humana no âmbito da evolução do pensamento ocidental. **Revista Opinião Jurídica**, Fortaleza, ano 13, n. 17, p. 249-267, jan./dez. 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019.

SARLET, Ingo Wolfgang. Dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessário e possível. **Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC** n. 09, jan./jun. 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana, mínimo existencial e justiça constitucional: algumas aproximações e alguns desafios. **Revista do CEJUR/TJSC**, Prestação Jurisdicional, v. 1, n. 01, p. 29-44, 2013.

SETTI, Matheus Gomes; FACHIN, Melina Girardi. Entre Resistência, Convergência e Engajamento: Direito constitucional comparado e migrações constitucionais. **Revista Direito e Práxis**, Rio de Janeiro, 2022.

SEGATO, Rita Laura. Que cada povo teça os fios da sua história: o pluralismo jurídico em diálogo didático com legisladores. **University of Brasília Law Journal**, v. 1, n. 1, 2016.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 26 ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 2004 .

SILVA, Paulo Maycon Costa da. Jurisdição Constitucional na Colômbia e o poder político do cidadão diante da Corte Constitucional. **Revista de Informação Legislativa**, Ano 51, n. 203, p. 185-204, jul./set. 2014.

SILVA, Thiago Henrique Costa e PEREIRA, Bruna Daniele de Souza. Novo constitucionalismo latino-americano e a participação popular: Lições para o Brasil. **Revista Acadêmica da Faculdade de Direito do Recife**, v. 91, n. 2, p.49-65, set. 2020.

SILVA, Virgílio Afonso da. O STF e o controle de constitucionalidade: deliberação, diálogo e razão pública. **Revista de direito administrativo**, v. 250, p. 197-227, 2009.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Integração e diálogo constitucional na América do Sul**. Direitos humanos, democracia e integração jurídica na América do Sul. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SOARES, Ricardo Maurício Freire, A Interpretação constitucional: uma abordagem filosófica. In: NOVELINO, Marcelo (Coord.). **Leituras complementares de Direito Constitucional**. Teoria da Constituição. Salvador: Juspodvm, 2009.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**. Belo Horizonte: Forum, 2012.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Notas sobre jurisdição constitucional e democracia: a questão da " última palavra" e alguns parâmetros de autocontenção judicial**. Revista Quaestio Iuris, v. 6, n. 02, p. 119-161, 2013.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

STRECK, Lenio Luiz. **O direito e o constrangimento epistemológico**. 2020. Disponível em: <https://estadodaarte.estadao.com.br/direito-constrangimento-epistemologico-streck/>. Acesso em: 24 out. 2022.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica em crise: uma exploração da construção do Direito**. 11 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas**.

6 ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2017.

TAPOROSKY FILHO, Paulo Silas; TOMAZONI, Larissa. Notas sobre o método em Direito Comparado. **Revista Humus**, v. 8, n. 23, 2018.

TEIXEIRA, José Horácio Meirelles, **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Editora Conceito, 2011.

TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial, os direitos sociais e os desafios de natureza orçamentária. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direitos Fundamentais**: orçamento e “reserva do possível”. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 63-78.

TUSHNET, Mark. **Taking the Constitution away from the Courts**. Princeton University Press, 1999.

TUSHNET, Mark. Novos mecanismos institucionais para a criação do Direito Constitucional. **Revista Quaestio Iuris**, v. 8, n. 2, p. 1188-1206, 2015.

TUSHNET, Mark. Popular Constitutionalism As Political Law. **Chi.-Kent L. Rev.**, v. 81, p. 991-1006, 2006. Disponível em: <https://scholarship.law.georgetown.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1238&context=facpub>. Acesso em: 04 fev. 2024.

TUSHNET, Mark. Constitutionalism and Political Organization. **Roger Williams UL Rev.**, v. 18, p. 1, 2013. Disponível em: <https://dash.harvard.edu/bitstream/handle/1/16236025/Popular%20Constitutionalism%20and%20Political%20Organization.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 04 fev. 2024.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **Supremocracia**. Revista Direito GV, v. 4, p. 441-463, 2008.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Amicus curiae: afinal, quem é ele?** Direito e democracia, v. 8, n. 1, 2007.

WEBER, Thadeu. **Autonomia e dignidade da pessoa humana em KANT**. Direitos Fundamentais & Justiça nº 9 – out./dez 2009, p. 239/252.

WOLKMER, Antonio Carlos. Pluralismo e crítica do constitucionalismo na América Latina. *In*: MARAES, Germana de Oliveira; GARCIA, Marcos Leite; UNNEBERG, Flávia Soares (orgs.). **Para Além das Fronteiras**: o tratamento jurídico das águas na Unasul. Itajaí: UNIVALI, 2012 (Coleção Osvaldo Ferreira de Melo; v. 2), p. 61-84.

WOLKMER, Antonio Carlos. Pluralismo jurídico, direitos humanos e interculturalidade. **Revista Sequência**, n. 53, p. 113-128, dez. 2006.

WOLKMER, Antonio Carlos. Pluralismo jurídico: novo marco emancipatório na historicidade latino-americana. **Cadernos de Direito**, v. 2, n. 4, p. 11-23, 2003.