

Universidade de Brasília
Faculdade de Direito

Participação Social no Controle de Constitucionalidade:
o desvelamento da restrição nas decisões do Supremo Tribunal Federal

Aline Lisbôa Naves Guimarães

Brasília, 2009

Aline Lisbôa Naves Guimarães

Participação Social no Controle de Constitucionalidade:
o desvelamento da restrição nas decisões do Supremo Tribunal Federal

Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília como requisito para obtenção do título de Mestre em Direito, Estado e Constituição.

Orientador: Prof. Dr. Cristiano Paixão

Brasília, 2009

Após sessão pública de defesa desta Dissertação de Mestrado, a candidata foi considerada aprovada pela Banca Examinadora.

Prof. Dr. Cristiano Paixão (orientador)

Prof. Dr. Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira (membro)

Prof. Dr. Argemiro Cardoso Moreira Martins (membro)

Prof. Dr. Menelick de Carvalho Netto (suplente)

Brasília, 26 de maio de 2009.

Agradecimentos

Este trabalho é fruto de uma pesquisa iniciada logo nos primeiros anos do Curso de Direito da Universidade de Brasília, quando descobri uma grande vontade de pesquisar, mas ainda não sabia como desenvolvê-la ou aonde ela me levaria. Desde aquele momento, até a apresentação desta dissertação e aonde mais a pesquisa me levar, conto com o apoio de grandes amigos, sem os quais a vontade que me move poderia ter se perdido.

Agradeço à minha família – meus pais Osvaldo e Maria Helena, meus avós Hélio e Zezé, meu irmão Gustavo, também meus tios e primos –, que apoiaram e viabilizaram todas as minhas decisões, desde a mudança para Brasília à minha permanência. O ambiente acadêmico proporcionado pela Universidade de Brasília é essencial para o meu desenvolvimento como pesquisadora. Apesar das dificuldades, todos, sem exceção, acompanharam esses momentos, me ajudaram de todas as formas possíveis, cada um à sua maneira, e nunca me deixaram sozinha diante desses desafios. Obrigada especialmente à minha mãe e ao Paulo, que não hesitaram em estar comigo nos momentos mais difíceis, sou muito feliz por ter vocês na minha vida.

Muito obrigada aos meus amigos queridos, que entenderam a minha ausência e torceram por mim: Adriana, Ana Carolina, Ana Cecília, Anna Cecília, Daniel, Nelson, Renata, Yukito e todos os colegas da CAIXA. Contar com a amizade e compreensão de vocês foi essencial para seguir em frente. Não tenho palavras para agradecer Ricardo e Wilson, devo esta dissertação a vocês. Agradeço também o carinho da Dra. Márcia e Fábio.

Agradeço ao Prof. Gilmar Ferreira Mendes, Christine Peter e Léo Leony, os professores que me apresentaram ao controle de constitucionalidade e que me incentivaram a iniciar a pesquisa desse tema. A paixão do Prof. Gilmar por cada um dos temas do controle de constitucionalidade foi decisiva para que eu iniciasse a pesquisa – um PIBIC sob sua orientação.

Agradeço ao Prof. Cristiano Paixão, que me recebeu com essa grande vontade e me ensina todos os dias a transformá-la em uma pesquisa cada vez mais consistente. Muito obrigada por acreditar no meu trabalho. Devo também ao Prof. Cristiano a inserção no Grupo de Pesquisa Sociedade, Tempo e Direito e sou muito grata. As reflexões do grupo e as atividades em me envolvi a partir dele contribuem para o meu amadurecimento, não só como pesquisadora. Obrigada a todos os colegas e parabéns por tudo o que temos feito.

Um agradecimento especial aos Profs. Menelick de Carvalho Netto, José Geraldo de Sousa Jr. e Alexandre Bernardino Costa, pela disposição em compartilhar as suas percepções, que muitas vezes me levaram a refletir e a repensar muitas coisas. E também aos colegas de pós-graduação e de STD: Alex, Cristina, Damião, Daniel, Fabiana, Fábio, Guilherme, Janaína, Laura, Leonardo, Paulo Blair, Paulo Sávio, Ramiro, Renato e Vanessa.

Obrigada também ao Prof. Mamede Said e aos colegas do NPJ/UnB, especialmente Jan Yuri e Yana. Durante a advocacia voluntária conheci melhor as entidades da sociedade civil e os seus desafios, o que contribuiu muito para definir os rumos tomados pela pesquisa.

Resumo

Este trabalho é um estudo da participação social no controle de constitucionalidade a partir da investigação de decisões do Supremo Tribunal Federal que enfrentaram o tema. Trata-se de uma análise do discurso do STF, cujo objetivo é perceber conceitos e mentalidades que permeiam as decisões e pronunciamentos do Tribunal.

A legitimação de entidades representativas da sociedade civil para a propositura de ações diretas significou uma mudança radical no contexto participativo do controle de constitucionalidade brasileiro. Até então, entidades de direito privado não tinham acesso direto ao Tribunal, dependiam da intermediação e do convencimento do Procurador-Geral da República. Essa mudança prevista constitucionalmente vem sendo acentuada rumo a uma maior inclusão de representantes sociais, seja por meio da criação de normas que passaram a admitir a abertura da discussão a manifestações externas às partes processuais, seja pela utilização crescente dessas possibilidades participativas.

Ocorre que a implementação da participação da sociedade em um ambiente antes restrito ao Estado implica na discussão de diversas categorias envolvidas e, nesses momentos, o Tribunal expõe as suas percepções, razão pela qual as decisões que trataram do tema se mostraram uma documentação muito produtiva para identificar rastros da interpretação adotada pelos ministros.

O trabalho está dividido em dois capítulos. No primeiro, foram analisadas decisões relacionadas à legitimação de confederações sindicais e entidades de classe de âmbito nacional para a propositura de ações diretas – artigo 103, inciso IX, da CF/88. O segundo capítulo investigou a participação da sociedade no controle de constitucionalidade por meio dos institutos do *amicus curiae* e da audiência pública.

A pesquisa permitiu identificar que, a despeito de os pronunciamentos do Supremo Tribunal Federal exaltarem a sua aproximação da sociedade, há muita dificuldade em se desvencilhar do modelo restritivo anterior, de modo que o Tribunal busca referências e aplica concepções advindas de outros contextos para sustentar interpretações que excluem as entidades da sociedade civil. Essas leituras afastam parcelas da sociedade dos debates constitucionais travados no STF, restringindo a mudança prevista pela Constituição de 1988.

- *Participação social. Controle de constitucionalidade. Supremo Tribunal Federal.*

Abstract

The presented dissertation is a study of social participation on constitutionality control based on analysis of Supremo Tribunal Federal (Brazilian Supreme Court) decisions that discussed that theme. It is a discourse analysis of STF, which aims to apprehend concepts and preconceptions infused on that court decisions and speeches.

The civil society representative entities legitimacy to propose abstract control of constitutionality actions mean a radical change on ways to participate of the Brazilian constitutionality control system. Until then, entities that were created under private law rules had no direct access to the Court, having to rely on intermediation of the Procurador-Geral da República (Brazilian General Prosecutor). This change, which was foreseen on Constitution, is becoming wider by the creation of rules that allows external manifestation in constitutionality control actions and by the increasing use of those possibilities of participation.

The implementation of society participation in a environment that was restricted to the State, however, implies on the debate of the various involved categories. At those moments, the Court show its perceptions, and that is the reason that the decisions related to that theme shown themselves a very productive documentation to expose Brazilian Ministros (Justices) interpretations.

The dissertation is divided into two chapters. On chapter one, decisions related to legitimacy of nationwide unions confederation to propose direct constitutionality control actions (as foreseen on article 103, IX, of the Brazilian Constitution) are analyzed. Chapter two investigated society participation on constitutionality control by public hearings and *amicus curiae*.

The research allowed to identify the difficulty related to bury the previous model of participation, despite STF speeches stating its increasing approach of civil society. This difficulty show itself by Court's search for previous references and conceptions arising from other contexts to justify interpretations that may exclude civil society entities participation. Those interpretations keep off determined portions of civil society from constitutional debates on STF, narrowing the change foreseen on 1988's Constitution.

- *Society Participation. Constitutionality Control. Supremo Tribunal Federal (Brazilian Supreme Court).*

Sumário

Introdução	8
1 Confederações sindicais e entidades de classe de âmbito nacional: a propositura de ações diretas	25
1.1 A ampliação do rol de legitimados	25
1.2 Legitimação Restrita: a exigência de pertinência temática	32
1.3 A seleção das entidades e dos setores da sociedade: quem tem acesso aos debates constitucionais.	52
2 Manifestação em Processos: a sociedade não precisa ser “parte” para participar	99
2.1 Amicus Curiae: só os “amigos da Corte” participam	101
2.2 Audiência Pública: uma possibilidade recém-descoberta	119
Considerações Finais	131
Referências	146
<i>Decisões do Supremo Tribunal Federal e petições relacionadas</i>	155

Introdução

Embora eu tenha a mais absoluta simpatia pelas questões de caráter social, temo muito pelo que virá a seguir.
(Ministro Eros Grau)

A primeira audiência pública do Supremo Tribunal Federal foi realizada no dia 20 de abril de 2007, quase uma década depois de prevista na Lei nº 9.868/99. Durante a sua realização, a seguinte declaração ressoou e chamou a atenção para o prestígio dado pelo STF à participação da sociedade naquele debate: “Democracia é isso. É tirar o povo da platéia e colocá-lo no palco das decisões que lhe digam respeito. É fazer do mero espectador um ator ou um autor do seu próprio destino”.¹

Essa audiência representa um marco na relação do Supremo Tribunal Federal com a sociedade, tanto por haver efetivado a participação institucional de um setor social – no caso, o setor científico –, quanto pelo que foi dito a respeito dos ganhos de democracia e legitimidade obtidos com a atuação. Tais manifestações sedimentaram um discurso de aproximação e, sobretudo, de valorização da sociedade.

É possível identificar traços desse discurso do STF desde o início da vigência da Constituição de 1988. Ao discutir a legitimidade da Associação dos Delegados de Polícia do Brasil – ADEPOL, ainda em 1990, o Min. Néri da Silveira ressaltou a importância da ampliação do rol de legitimados para a propositura das ações diretas de inconstitucionalidade e defendeu uma “interpretação larga” do dispositivo:

Compreendo que o Tribunal, quanto possível, deve dar interpretação larga aos legitimados para a ação direta, porque sou dos que entendem que a ação direta de inconstitucionalidade está, sem dúvida, entre os instrumentos mais importantes da competência da Corte e constitui grande passo da Constituição Federal ter aberto a possibilidade de virem ao Supremo Tribunal Federal, em ação direta, outras entidades, autoridades ou órgãos, além do Chefe do Ministério Público, *ut* art. 103. Sempre entendi que a exclusividade do Chefe do Ministério Público, em que pese a importância da função que o Ministério Público desempenha, limitava demasiadamente a utilização da via direta de inconstitucionalidade. Agora, cabe, realmente,

¹ BRITTO, Carlos Ayres. Min. Carlos Ayres Britto concede entrevista a jornalistas após primeira rodada de palestras. **Supremo Tribunal Federal**, Brasília, 20 abr. 2007. Disponível em <<http://www.stf.gov.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=69682&caixaBusca=N>> Acesso em 28 ago. 2008.

definir o esquema dos legitimados ativamente. Parece-me que há categorias gerais que, assentadas, possibilitariam essa definição.²

Nesses vinte anos, o STF vem incrementando o discurso de aproximação da sociedade e enfatizando a mudança relativamente à interpretação que era dada no início da década de 90. Em declarações mais recentes, ministros criticam o posicionamento adotado pelo Tribunal naquele período e destacam uma perspectiva de ruptura com aquela postura – considerada por eles restritiva. As declarações nesse sentido costumam destacar o caráter democrático da participação da sociedade, bem como a sua importância para a legitimação das decisões proferidas pelo Tribunal.

Diversos pronunciamentos, tanto do STF quanto de setores sociais, sustentam que o Tribunal já estaria mais acessível. Esse argumento foi inclusive utilizado como justificativa para a revisão do entendimento jurisprudencial, assente desde o início da década de 90, que não reconhecia a legitimação das “associações de associações”³ para a propositura de ações diretas. O debate tratou da participação da sociedade no Tribunal, contendo críticas ao modelo restritivo adotado historicamente pelo STF e declarações de que o seu atual posicionamento seria no sentido de ampliá-la.

Durante o julgamento, os ministros lembraram que, “nos últimos tempos, o Tribunal alargou a via de acesso a si próprio”⁴, que a tese em vigor até então – que negava a legitimação das “associações de associações” – “se inscreve naquela jurisprudência defensiva do início da vigência da Constituição de 88”⁵, bem como defenderam “não haver mais razão para justificar esse modelo restritivo”⁶. A afirmação de uma maior acessibilidade ao STF

² ADI 146-9-ML/RS, Tribunal Pleno, 24 set. 1990. Voto do Min. Néri da Silveira.

³ “Associação de associações” é o termo utilizado pelo Supremo Tribunal Federal ao referir-se a associações cujos integrantes são pessoas jurídicas. Nesse sentido, o Min. Celso de Mello esclarece: “Com efeito, impõe-se registrar, neste ponto, que o Supremo Tribunal Federal tem salientado, em sucessivos pronunciamentos, a propósito do tema ora em exame, que não se qualificam como entidades de classe, para efeito de ajuizamento de ação direta, aquelas organizações, que, congregando pessoas jurídicas (como a de que ora se trata), constituem verdadeiras associações de associações” (ADI 3.153-MC/DF, Decisão monocrática do Min. Celso de Mello, 30 mar. 2004).

⁴ ADI 3.153-8-AgR/DF, Tribunal Pleno, 05 mai. 2004. Comentário do Min. Marco Aurélio.

⁵ ADI 3.153-8-AgR/DF, Tribunal Pleno, 05 mai. 2004. Voto do Min. Joaquim Barbosa. O voto foi proferido nos seguintes termos: “Senhor Presidente, também peço vênua ao ilustre Relator e acompanho o Ministro Sepúlveda Pertence, por entender que essa compreensão, por ele brilhantemente manifestada, se inscreve naquela jurisprudência defensiva do início da vigência da Constituição de 88”.

⁶ ADI 3.153-8-AgR/DF, Tribunal Pleno, 05 mai. 2004. Voto do Min. Gilmar Mendes. O comentário citado situa-se no seguinte contexto: “Parece-me não haver mais razão para justificar esse modelo restritivo que partia talvez até de uma premissa equivocada, não percebia que o texto de 1988 tinha mudado a própria convivência entre o sistema difuso e o concentrado. No modelo anterior, o sistema de perfil concentrado era uma exceção, um monopólio da ação do Procurador-Geral da República que, quando entendesse cabível, levava a questão ao Tribunal. Agora, não”.

esteve vinculada, portanto, a uma perspectiva de mudança no Tribunal, que teria rompido com o modelo restritivo de outrora e optado por uma postura mais próxima da sociedade.

O último voto do julgamento, proferido pelo Min. Marco Aurélio de Mello, lançou uma projeção de certa forma esperançosa quanto ao futuro do Tribunal: “vejo que a tese, sempre sustentada por Sua Excelência [o Min. Sepúlveda Pertence], quanto à legitimação mais abrangente para propositura da ação direta de inconstitucionalidade, acaba por prevalecer – já não estaremos mais sozinhos”.⁷ Essa projeção parece reforçar a leitura de que o Tribunal estaria se considerando cada vez mais próximo da sociedade.

Ao utilizar a expressão “já não estaremos mais sozinhos” dirigida ao Min. Sepúlveda Pertence, o Min. Marco Aurélio refere-se ao fato de que, durante o delineamento por parte do STF dos dispositivos constitucionais que prevêm a legitimação para a propositura das ações diretas, ambos os ministros ficavam vencidos em grande parte dos julgamentos, defendendo uma interpretação normativa abrangente. Todavia, naquele pronunciamento, em 2004, o Min. Marco Aurélio vislumbrou que existiriam mais membros do STF comprometidos com a participação social, de modo a não serem mais os dois ministros os únicos defensores da postura abrangente.

Outra leitura possível seria a de que a expressão dissesse respeito à idéia de que o próprio Tribunal já não estaria sozinho em razão da proximidade com a sociedade. Ocorre que, independentemente da interpretação adotada, o pensamento balizador da expressão é o mesmo: a sinalização de uma mudança de posicionamento do STF.

Transparece, assim, em alguns momentos, certo espírito de mudança ou mesmo de ruptura com a jurisprudência estabelecida, muitas vezes permeados por críticas dirigidas às opções feitas anteriormente e a expectativas de que as novas escolhas sejam diferentes⁸. Tudo isso levou à rediscussão de assuntos considerados pacificados pelo Supremo Tribunal Federal, geralmente em meio à lembrança de que o Tribunal apresentaria uma nova composição ou, de forma mais explícita, de que o STF estaria passando por um momento de mudança de perfil.⁹

⁷ ADI 3.153-8-AgR/DF, Tribunal Pleno, 12 ago. 2004. Voto do Min. Marco Aurélio. [grifo nosso].

⁸ A alusão a modificações e rupturas no Supremo Tribunal Federal não se restringe ao tema da participação social. Ao analisarem questão de ordem na ADPF 54, por exemplo, os ministros travaram interessante discussão que permite identificar sinais de uma perspectiva que contrapõe o STF atual ao que se chamou de “Tribunal de ontem”. O Min. Marco Aurélio questionou se determinada jurisprudência não seria do “Tribunal de ontem” e obteve a seguinte resposta do Min. Carlos Velloso: “Eminente Ministro, o Tribunal de ontem há de ser o Tribunal de sempre, porque o Tribunal de ontem é o venerando que se fez respeitado pela Nação. Entendi o que Vossa Excelência quis dizer. O Tribunal é livre para mudar uma jurisprudência” (ADPF 54-QO/DF, Tribunal Pleno, 27 abr. 2005. Debate).

⁹ Nesse sentido é a reportagem da Folha de S.Paulo sobre a mudança do perfil do STF quanto à participação nos debates públicos: “**Nomeações de Lula** Os ministros entrevistados – Gilmar Mendes, Joaquim Barbosa, Ayres Britto, Celso de Mello, Ricardo Lewandowski e Marco Aurélio Mello – negam veementemente que o fato de o

A possibilidade de mudança e de revisão de posturas decorre do caráter textual do direito. Enquanto previstas textualmente – na Constituição e em leis esparsas – as possibilidades participativas estão sujeitas à interpretação, que pode ser constantemente revista, uma vez que texto diferencia-se de interpretação. Como ensina Raffaele De Giorgi:

O direito falado é utilizado na situação imediata, no caso específico. Na palavra, início e fim coincidem. A palavra é dita e se consome, porque não tem duração. Ela é ligada ao evento. O texto é fixado, pois disponível para usos futuros. Como caso individual, como evento, a palavra falada não pode ser retirada. O texto, ao contrário, pode ser transformado, revisto, reformulado. O texto exprime o direito, mas não é o direito. Com o texto, se pratica e se reconhece a diferença entre sentido e texto. Desta diferença surgem outras diferenças: a diferença entre texto e contexto, texto e interpretação, sentido e contexto, a intenção do sentido e o sentido expresso, o sentido do presente da produção do texto e o sentido dos diferentes presentes da interpretação do texto. Em outras palavras: fixa-se a diferença entre identidade e diferença.¹⁰

A mudança do sentido constitucional é uma virtude das constituições democráticas e, nesse sentido, o discurso de mudança se coaduna com uma perspectiva democrática, como ensinam Menelick de Carvalho Netto e Cristiano Paixão: “A virtude de uma constituição democrática é que ela não permite mecanismos que instaurem uma paz de cemitério. Ela precisamente remete à discussão pública os problemas para que possamos constantemente, e de forma reflexiva, rever antigos usos e tradições”.¹¹

presidente Luiz Inácio Lula da Silva ter nomeado 7 dos 11 ministros tenha aparelhado a Corte. Em conjunto, tecem elogios à qualidade dos escolhidos. No limite, como Ayres Britto, admitem que a nomeação de um maior número de ministros voltados para o direito público possa ter pesado na mudança do perfil do Supremo” (STF amplia participação no debate público. **Folha de S.Paulo**, São Paulo, 10 ago. 2008. Disponível em <http://www1.folha.uol.com.br/fsp/brasil/fc1008200812.htm> Acesso em 28 ago. 2008).

¹⁰ DE GIORGI, Raffaele. O Deus com barba e o Deus sem barba. *In: Direito, Tempo e Memória*. Trad. de Guilherme Leite Gonçalves. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 176/177.

¹¹ PAIXÃO, Cristiano e Menelick de Carvalho Netto. **Entre permanência e mudança**: reflexões sobre o conceito de constituição. *In: MOLINARO, Carlos Alberto; Mariângela Guerreiro Milhoranza e Sérgio Gilberto Porto (Org.). Constituição, jurisdição e processo – estudos em homenagem aos 55 anos da Revista Jurídica*. 1 ed. Sapucaia do Sul – RS: Notadez, 2007, v. 1, p. 97/109. A esse respeito, Niklas Luhmann esclarece que a modificação do direito decorre da própria dinâmica da sociedade moderna, que exige que o direito se adeqüe às novas realidades. Afirma o autor: “O que se quer dizer é somente que as normas se encontram providas de suposições reais que podem apresentar-se no sistema jurídico como erros ou resultar inadequadas em decorrência de uma modificação das condições. A dinâmica dos desenvolvimentos técnico e científico, as inovações de vital importância na esfera da tecnologia farmacêutica e na tecnologia dos aparatos médicos, a difusão dos processos de informática, as crescentes discrepâncias entre capacitação e aproveitamento profissional decorrentes do saber e do conhecimento – que inclui a proteção contra a demissão –, as múltiplas transformações no sistema econômico, mas também em âmbitos tão ‘privados’ como a dependência curricular do *status* social dos indivíduos, fazem com que tudo isso se torne particularmente evidente. Em uma sociedade que possui esta dinâmica, as expectativas dirigidas ao direito se modificam” (LUHMANN, Niklas. **El derecho de la sociedad**. Trad. de Javier Torres Nafarrate. México: Herder e Universidad Iberoamericana, 2006, p. 406).

Assim, apesar de o discurso de mudança não se restringir à atuação social no STF, esse tema pode ser considerado uma de suas linhas mestras. É possível identificar nas recentes manifestações do Tribunal um enfoque em declarações de aproximação da sociedade. O STF se diz mais aberto e acessível.

Dessa forma, a despeito de a participação social nos debates constitucionais estar prevista textualmente desde 1988, a forma da sua implementação ainda está em construção e o Supremo Tribunal Federal ocupa posição central nesse processo. A esse respeito, Menelick de Carvalho Netto ensina:

Assim, acreditamos que o Judiciário ocupe um papel central na árdua tarefa de promover não somente a segurança jurídica, mas a crença no próprio Direito, na justiça. Outra característica essencial do Direito moderno é o seu caráter textual. O fato de que só temos acesso às suas normas mediante textos discursivamente construídos e reconstruídos. Portanto, os supostos da atividade de interpretação de todos os operadores jurídicos, do legislador ao destinatário da norma, são da maior relevância para a implementação de um ordenamento, o que nos remete para a tematização das gramáticas subjacentes às práticas sociais instauradas. Uma delas é a que revela a crença de que todos os problemas e virtudes de nossa vida jurídica dependeriam da qualidade literal de nossos textos legislativos. Esquece-se que os textos são o objeto da atividade de interpretação e não o seu sujeito. Que o anseio de aprimoramento de nossas instituições pode requerer algo muito mais complexo do que a simples reforma de textos constitucionais e legislativos. Tudo está a indicar que a reforma, para ser produtiva, deveria dar-se precisamente no âmbito das posturas e das práticas sociais, ou seja, das gramáticas mediante as quais implementamos nossa vida cotidiana. E, nesse aspecto, a atividade jurisdicional, na medida em que lhe é atribuída um papel central na arquitetura constitucional para o assentamento das expectativas jurídicas prevalentes na sociedade, é sempre o pólo em torno do qual se desenvolve e se desenvolve a discussão teórica e teórica sobre a leitura e a aplicação dos textos legislativos, ou seja, sobre a atividade de interpretação.¹²

Cabe esclarecer que as decisões do STF não são as únicas práticas aptas a efetivarem a participação no controle de constitucionalidade; a demanda da sociedade é o principal impulso da atuação social no STF. Entretanto, as decisões do Supremo Tribunal Federal consubstanciam-se em documentação apta a refletir o desenvolvimento da participação, ao tempo em que oferecem indícios da interpretação adotada pelo Tribunal a esse respeito.

O presente trabalho tratará, portanto, da participação social no controle de constitucionalidade e terá como objeto o delineamento promovido pelo Supremo Tribunal

¹² CARVALHO NETTO, Menelick de. A hermenêutica constitucional sob o paradigma do Estado Democrático de Direito. In: **Notícia do direito brasileiro**. Nova série, nº 6. Brasília: Ed. UnB, 2º semestre de 1998, p. 235.

Federal, a partir do estudo das decisões que contribuem para a sua compreensão. A observação dessas decisões viabilizará o conhecimento do discurso do STF sobre participação social, para além dos pronunciamentos massivamente divulgados. Talvez seja possível identificar contradições entre o discurso disseminado e as opções do Tribunal.

Um dos pressupostos da pesquisa é o de que o texto constitucional admite diferentes interpretações e que os tribunais adotam apenas uma entre as várias possibilidades apresentadas.¹³ A partir dessa perspectiva, estudaremos as decisões do STF, a fim de perceber algumas opções do Tribunal e, quando possível, mentalidades que permeiam essas opções.

Não se trata de uma reconstrução total da participação social no controle de constitucionalidade, mas tão-somente de uma observação do discurso do Supremo Tribunal Federal a partir das suas decisões. Trata-se de uma observação essencialmente limitada, pois também permeada por opções e escolhas, em que será lançada luz sobre determinados julgados, aspectos e termos, em detrimento de inúmeros outros e de outras possibilidades disponíveis. Entretanto, essa circunstância não impede que o estudo do tema se mostre produtivo. É possível que, a partir das seleções efetuadas, vislumbremos outros aspectos da leitura do STF sobre a participação social. Afinal, como ensina Celso Campilongo, toda observação pressupõe uma delimitação:

As observações distinguem-se em observações de primeira ordem (observação de objetos) e de segunda ordem (observação de observadores). Toda observação pressupõe uma delimitação, uma demarcação de espaço.

¹³ Cristiano Paixão e Leonardo Barbosa explicam que essa perspectiva impõe o rompimento com determinados pressupostos típicos da chamada “mitologia jurídica”, são eles: “O primeiro deles é o de que os textos normativos são auto-referentes. Eles simplesmente ‘são assim’. Seu conhecimento não envolve uma visão crítica sobre os enunciados, suas finalidades, destinatários e, principalmente, suas inúmeras possibilidades. Textos jurídicos, enquanto não forem revogados, ‘valem’ e, portanto, ‘são’ o direito. E esse estado de coisas não se verifica apenas na confiança num legislador supremo, que deteria o poder de decidir sobre a modificação das bases da normatividade. O mesmo fenômeno ocorre quando se constata um excesso de confiança no Poder Judiciário (especialmente o Supremo Tribunal Federal), como único intérprete autorizado dos textos jurídicos. Em ambas as hipóteses – crença num legislador racional que forneça as bases da normatividade ou concessão ao Judiciário do monopólio da interpretação constitucional – estamos diante da mesma mentalidade: o texto legal vigora como um dado atemporal. Como uma decisão. E é apenas o resultado final dessa decisão – o texto normativo – que está disponível ao estudante de direito. O segundo estereótipo – que está diretamente ligado ao primeiro – indica que a história da produção das normas jurídicas não é relevante para o conhecimento do direito. Se os textos normativos caracterizam-se por sua auto-referência, seu significado descola-se do tempo. Ou melhor, dos tempos, pois tanto as circunstâncias históricas que marcaram a elaboração de determinada norma jurídica como a sua relação com o tempo da aplicação não são importantes. Por detrás dessa mentalidade, esconde-se outra, que pertence ao senso comum e persiste a informar o imaginário dos juristas: a idéia de que a história é o estudo do passado” (BARBOSA, Leonardo A. de Andrade e Cristiano Paixão. *Cidadania, democracia e constituição: o processo de convocação da Assembléia Nacional Constituinte de 1987-1988*. In: PEREIRA, Flávio Henrique Unes e Maria Tereza Fonseca Dias. **Cidadania e Inclusão social: estudos em homenagem à Professora Miracy Barbosa de Sousa Gustin**. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 121/132).

Como nenhum sistema pode operar fora de suas fronteiras, observar é o mesmo que diferenciar e distinguir: observar é construir.¹⁴

Não há limitação temporal além da vigência da Constituição de 1988, ou seja, o único critério temporal é a análise de pedidos apresentados e decisões proferidas após a promulgação da Constituição. Também não foi adotado um recorte rigoroso relativamente aos autores dos pedidos, tampouco aos fundamentos apresentados pelo Tribunal para negar a atuação desses entes.

De fato, é possível investigar o tema em questão adotando-se recortes rígidos, como períodos específicos, escolha de determinados atores proponentes ou mesmo a opção pela análise aprofundada de um dos diversos critérios restritivos criados pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Ao longo da pesquisa serão identificados vários desses critérios. Alguns deles possuem densidade, tanto teórica, quanto documental, capaz de ensejar uma pesquisa específica sobre cada um. Todavia, essa não foi a opção deste trabalho.

Em determinado momento apresentou-se o dilema já anunciado por Carlo Ginzburg: “ou assumir um estatuto científico frágil para chegar a resultados relevantes, ou assumir um estatuto científico forte para chegar a resultados de pouca relevância”.¹⁵ Realmente, a redução do âmbito de investigação permitiria elaborar um diagnóstico cientificamente mais consistente, no entanto, seria outra pesquisa, com aspirações e propósitos muito diversos desta. Luiz Werneck Vianna – ao pesquisar ações diretas de inconstitucionalidade sob o enfoque da judicialização da política – deparou-se com pesquisas anteriores e verificou como a delimitação do âmbito de investigação é capaz de alterar o trabalho. O pesquisador identificou que “a seleção do material empírico é responsável por importantes discrepâncias nas conclusões apresentadas”, uma vez que determinados ângulos seriam inacessíveis diante das limitações dos trabalhos.¹⁶

¹⁴ CAMPILONGO, Celso. “Aos que não vêem que não vêem aquilo que não vêem”: sobre fantasmas vivos e a observação do direito como sistema diferenciado” In: DE GIORGI, Raffaele. **Direito, Tempo e Memória**. Trad. de Guilherme Leite Gonçalves. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 18.

¹⁵ GINZBURG, Carlo. **Sinais: raízes de um paradigma indiciário**. In: **Mitos, emblemas, sinais: morfologia e história**. Tradução de Federico Carotti. São Paulo: Companhia das Letras, 1989, p. 178.

¹⁶ Luiz Werneck Vianna esclarece o recorte da sua pesquisa e menciona outros trabalhos com objeto semelhante, porém com demarcações diferentes: “Nesta pesquisa, foram compulsadas todas as 1935 Adins ajuizadas até o final do ano de 1998, atentando-se, em cada uma delas, para o ano de distribuição, os requerentes, os requeridos, os dispositivos legais questionados, a fundamentação constitucional, o julgamento quanto a pedidos de liminar e ao mérito da ação. Além da consolidação dessas informações, originalmente disponíveis no banco de dados do STF, procedeu-se a uma classificação das Adins, segundo a área de direitos afetada pelas leis supostamente inconstitucionais. Esta pesquisa foi antecedida pelos trabalhos de Marcus Faro de Castro, *Política e Economia no Judiciário*, e de Ariosto Teixeira, *A Judicialização da Política no Brasil (1990-1996)*. Castro estudou as Adins dos partidos políticos entre outubro de 1988 e fevereiro de 1993, comparando-as com as de iniciativa da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) e das confederações sindicais. As diferenças encontradas entre o seu trabalho e

Um dos objetivos da pesquisa é evidenciar a diversidade de critérios e fundamentos apresentados pelo Supremo Tribunal Federal nas decisões que tratam da participação social nos debates constitucionais. Justamente por isso foi necessário abrir o universo de investigação e flexibilizar os recortes adotados, a fim de evitar ao máximo o desperdício de manifestações importantes para a compreensão da prática promovida pelo STF. Novamente, é Carlo Ginzburg quem orienta a solução para esse dilema:

Mas vem a dúvida de que *este tipo* de rigor é não só inatingível mas também indesejável para as formas de saber mais ligadas à experiência cotidiana – ou, mais precisamente, a todas as situações em que a unicidade e o caráter insubstituível dos dados são, aos olhos das pessoas envolvidas, decisivos. Alguém disse que o apaixonar-se é a superestimação das diferenças marginais que existem entre uma mulher e outra (ou entre um homem e outro). Mas isso também pode se estender às obras de arte ou aos cavalos. Em situações como essas, o rigor flexível (se nos for permitido o oxímoro) do paradigma indiciário mostra-se ineliminável. Trata-se de formas de saber tendencialmente *mudas* – no sentido de que, como já dissemos, suas regras não se prestam a ser formalizadas nem ditas. Ninguém aprende o ofício de conhecedor ou de diagnosticador limitando-se a pôr em prática regras preexistentes. Nesse tipo de conhecimento entram em jogo (diz-se normalmente) elementos imponderáveis: faro, golpe de vista, intuição.¹⁷

Diante disso, buscamos as decisões e manifestações do Supremo Tribunal Federal que discorreram sobre a participação da sociedade nos debates constitucionais; esse foi o critério para a seleção do material pesquisado.

A investigação do tema permitiu identificar um grande volume de julgados, todavia, relativamente poucos debateram a questão da participação ou trouxeram argumentos novos, a maioria limitou-se a aplicar os precedentes da Corte ou a reproduzir entendimentos apresentados anteriormente. O interesse da pesquisa é o discurso do Supremo Tribunal

o que agora se apresenta decorrem, em parte, do curto período a que se dedicou *Política e Economia no Judiciário* e do seu foco, restrito às ações dos partidos que tinham o ‘propósito de modificar políticas econômicas adotadas pelo governo federal sob a Constituição de 1988’. Assim, a seleção do material empírico é responsável por importantes discrepâncias nas conclusões apresentadas pelos dois estudos, como se notará claramente quando forem abordadas as Adins que se converteram em instrumento de racionalização da administração pública, principalmente aquelas que, propostas por governadores, visavam impedir a afirmação de interesses corporativos e de práticas patrimoniais predatórias – certamente um ângulo inacessível para quem limitou a investigação ao âmbito dos partidos políticos e a questões econômicas” [grifo nosso] (VIANNA, Luiz Werneck *et al.* **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, setembro de 1999, p. 48). Outro exemplo de pesquisa cujo objeto gira em torno de ADIns é a tese de doutorado apresentada por Julia Maurmann Ximenes, que restringiu a sua coleta de dados às ADIns propostas “no período de 1989 a 1994 pelas confederações sindicais e entidades de classe, e pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil” (XIMENES, Julia Maurmann. **O cenário sócio-político do Supremo Tribunal Federal na transição democrática** – dinâmica de interesses. Tese de Doutorado em Sociologia. Universidade de Brasília, 2007, p. 176).

¹⁷ GINZBURG, Carlo. Sinais: raízes de um paradigma indiciário. In: **Mitos, emblemas, sinais: morfologia e história**. Trad. de Federico Carotti. São Paulo: Companhia das Letras, 1989, p. 178/179 [grifo no original].

Federal, o que foi dito sobre o assunto, a fundamentação das decisões. Trata-se, portanto, de uma pesquisa qualitativa, e não quantitativa.¹⁸

Dessa forma, trouxemos para o texto os trechos do discurso do Supremo Tribunal Federal que expõem perspectivas e concepções a respeito da participação social no controle de constitucionalidade.

Assim, o presente trabalho não terá como resultado a apresentação de tabelas ou índices da participação no Supremo Tribunal Federal – se necessário, serão utilizados os dados obtidos por pesquisas que investigaram o tema com esse objetivo.¹⁹ O que se pretende é analisar argumentos apresentados pelo STF com relação à atuação de determinados representantes da sociedade.

Diante da complexidade dos conceitos envolvidos, faz-se necessário – em um primeiro momento – esclarecer a perspectiva adotada por esta pesquisa, explicitando alguns pressupostos.

O conceito de participação, a princípio, significa “ser parte de um todo”. Ocorre que essa idéia não se harmoniza com a sociedade moderna, dividida em diversos sistemas funcionais aos quais os indivíduos devem ter acesso. Não é mais possível a inclusão na sociedade como um todo, como ensina Niklas Luhmann:

A inclusão do indivíduo concreto, real, na sociedade como um todo não pode ter lugar, em consequência, na sociedade, em que só existem sistemas funcionais distintos. Inclusão na sociedade significa exclusão de todos os sistemas funcionais, ou seja, exclusão da sociedade. Inclusão no todo significa exclusão das partes. Mas, o que é o todo senão uma parte do todo, se não pode estar representado no todo por uma parte?²⁰

¹⁸ A respeito da diferença entre pesquisas quantitativas e qualitativas, ver: GINZBURG, Carlo. Sinais: raízes de um paradigma indiciário. In: **Mitos, emblemas, sinais: morfologia e história**. Trad. de Federico Carotti. São Paulo: Companhia das Letras, 1989 e GINZBURG, Carlo. Prefácio à Edição Italiana. In: **O queijo e os vermes: o cotidiano e as idéias de um moleiro perseguido pela Inquisição**. Trad. de Maria Betânia Amoroso. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

¹⁹ Podemos apresentar, como exemplos, os trabalhos desenvolvidos por Luiz Werneck Vianna (VIANNA, Luiz Werneck *et al.* **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, setembro de 1999), Marcus Faro de Castro (CASTRO, Marcus Faro de. **O Supremo Tribunal Federal e a judicialização da política**. Revista Brasileira de Ciências Sociais, v. 12, nº 34, junho/1997, p. 147/156), Maria Tereza Sadek (SADEK, Maria Tereza (Org.). **Acesso à justiça**. São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, 2001. Série Pesquisas nº 23) e Dameres Medina (MEDINA, Dameres. **Amigo da Corte ou Amigo da Parte? Amicus curiae no Supremo Tribunal Federal**. Dissertação de Mestrado em Direito. Instituto Brasiliense de Direito Público, 2008).

²⁰ LUHMANN, Niklas. Participación y legitimación: ideas y experiencias. In: SANJUÁN, Teresa Freixes *et al.* **La participación** – Anuari de la Facultat de Dret. Universidad de Barcelona, p. 13. A respeito da inclusão/exclusão na sociedade moderna e nos seus subsistemas, Giancarlo Corsi ensina: “A diferença entre inclusão e exclusão se refere ao modo no qual uma sociedade permite aos indivíduos serem pessoas e, portanto, participarem da comunicação. O conceito de pessoa não indica nem a consciência, nem o corpo dos indivíduos, que são sistemas autopoieticos autônomos. Isto se coloca ao nível do sistema de comunicação: com pessoa

Nesse novo contexto, a antiga idéia de participação não tem mais lugar.²¹ A democracia possível está na admissão jurídica e moral da oposição entre orientações, de modo que não há leituras certas ou erradas, e sim uma espécie de neutralização jurídica dessas opções. Assim, mantém-se o código aberto para que haja facilidade na mudança de posições.

Uma perspectiva pluralista da sociedade moderna também reforça a impossibilidade de determinação *a priori* de valores ou leituras compartilhadas e aceitas pela comunidade como um todo. A esse respeito, Jürgen Habermas esclarece a complexidade das sociedades pluralistas “nas quais os contrastes multiculturais se agudizam, para os cidadãos de uma sociedade mundial que foram reunidos numa involuntária comunidade de risco, sem ter sido consultados”.²²

O autor entende que nessas sociedades deve prevalecer a idéia de auto-organização da comunidade jurídica, de modo que a constituição também não é mais concebida como uma ordem que regula a relação entre o Estado e os cidadãos, tampouco como uma ordem jurídica global e concreta, destinada a impor *a priori* uma determinada forma de vida sobre a sociedade. A partir de uma compreensão procedimentalista, “a constituição determina procedimentos políticos, segundo os quais os cidadãos, assumindo seu direito de autodeterminação, podem perseguir cooperativamente o projeto de produzir

indica-se uma estrutura social que permite à sociedade encontrar uma direção para a produção das comunicações [ver **comunicações**]. [...] Com a diferenciação funcional, as diferenças de categoria da estratificação perdem sua relevância primária e em seu lugar surge uma estrutura da sociedade que parte do pressuposto de que todos podem, em princípio, participar de todas as formas de comunicação e as eventuais diferenças não são estabelecidas pela forma de diferenciação. Qualquer um pode ser ativo economicamente e todos têm o direito de educar-se, assim como a formar uma família ou ser iguais perante a lei; são hoje os pressupostos da vida social normal. Neste sentido, a inclusão moderna encontra suas correlações semânticas nos postulados da liberdade e da igualdade” (CORSI, Giancarlo. *Inclusión/exclusión*. In: CORSI, Giancarlo, ESPOSITO, Elena, BARALDI, Claudio. **GLU: Glosario sobre la teoría social de Niklas Luhmann**. Trad. de Miguel Romero Pérez e Carlos Villalobos. Guadalajara: Universidad Iberoamericana, 1996, p. 92/93).

²¹ A esse respeito, Luhmann alerta para os riscos de que a utilização descontrolada desses conceitos – “participação” e “legitimação” – gere expectativas que não podem mais ser satisfeitas. O autor afirma: “Diante de uma análise desse tipo, o fracasso do par de idéias ‘participação’ e ‘legitimação’ aparece como previsível, por um lado, e como não tão mau, por outro: nem com ele se detém a história, nem devem ser abandonadas as esperanças na democracia e na manutenção e melhora dos sistemas políticos democráticos. Alguém deve, simplesmente, informar-se de forma mais radical e conseqüente sobre a peculiaridade estrutural da sociedade moderna e, sobretudo, há de refletir sobre a diferença, única historicamente, que distingue a sociedade moderna de todas as formações sociais historicamente precedentes. Se, a todo custo, se quiser manter conceitos superados historicamente, estes devem incorporar-se de forma muito mais abstrata: ao nível de conceitos como, por exemplo, ‘sistema social’, ‘comunicação’, ‘ação’, ‘complexidade’, ‘seleção’, ‘evolução’, ‘auto-referência’, etc. Conceitos históricos como ‘participação’ ou ‘legitimação’ não podem ser reconhecidos de forma incontrolada, pois, com a ajuda desses conceitos, se colocam expectativas em contextos que não podem ser satisfeitas, provocando, com eles, desilusões. Se é isto o quer uma ‘teoria crítica’, que aceite a responsabilidade política disso” (LUHMANN, Niklas. *Participación y legitimación: ideas y experiencias*. In: SANJUÁN, Teresa Freixes *et al.* **La participación** – Anuari de la Facultat de Dret. Universidad de Barcelona, p. 14).

²² HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro**. Trad. de George Sperber. São Paulo: Edições Loyola, 2004, p. 7.

condições justas de vida (o que significa: mais corretas por serem equitativas). Somente as condições processuais da gênese democrática das leis asseguram a legitimidade do direito”.²³

Assim, sob essa perspectiva, a constituição não impõe valores à sociedade, não estabelece previamente quais são os valores dessa sociedade, apenas assegura que os diversos grupos e interesses envolvidos construam essas concepções. Reconhece-se, portanto, a inevitabilidade de conflitos entre interesses e valores contraditórios – característicos das sociedades pluralistas –, todavia, defende-se que a observância de procedimentos democráticos é capaz de assegurar a legitimidade das decisões.²⁴

Ao analisar a “regra da maioria” como um procedimento democrático, Habermas explica que a decisão tomada em um momento pode ser revista no futuro:

Entre os procedimentos decisórios, a regra da maioria (qualificada, de acordo com certas exigências) é particularmente importante, porque a “racionalidade procedimental” que se atribui a ela (associada ao caráter discursivo dos aconselhamentos precedentes) confere força legitimadora às decisões de maioria. Decisões democráticas de maioria tratam de criar cesuras em um processo argumentativo (temporariamente) interrompido sob risco de se tomar uma decisão e cujos resultados podem ser aceitos como base para uma práxis obrigatória, também pela minoria derrotada nas votações. Pois a aceitação factual não significa que a minoria tivesse de aceitar o conteúdo dos resultados como sendo racional, ou seja, que ela tivesse de modificar suas *convicções*. O que ela pode fazer, no entanto, é

²³ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: Entre facticidade e validade**. Trad. de Flávio Beno Siebeneichler. v. I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 325/326 [grifo no original]. O autor também esclarece que “o direito não consegue o seu sentido normativo *per se* através de sua *forma*, ou através de um conteúdo moral dado *a priori*, mas através de um *procedimento* que instaura o direito, gerando legitimidade. [...] A idéia do Estado de direito exige que as decisões coletivamente obrigatórias do poder político organizado, que o direito precisa tomar para a realização de suas funções próprias, não revistam apenas a forma do direito, como também se legitimem pelo direito corretamente estatuído. Não é a forma do direito, enquanto tal, que legitima o exercício do poder político, e sim, a ligação com o direito *legitimamente estatuído*. E, no nível pós-tradicional de justificação, só vale como legítimo o direito que conseguiu aceitação racional por parte de todos os membros do direito, numa formação discursiva da opinião e da vontade” [grifo no original] (HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: Entre facticidade e validade**. Trad. de Flávio Beno Siebeneichler. v. I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 172).

²⁴ Nas palavras de Jürgen Habermas: “Em coisas práticas, apesar do dissenso permanente, é preciso que se decida; mas as decisões devem ser tomadas de tal modo que elas possam valer como sendo legítimas” (HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro**. Trad. de George Sperber. São Paulo: Edições Loyola, 2004, p. 326). O autor também apresenta a função do tribunal constitucional nesse contexto: “A discussão sobre o tribunal constitucional – sobre seu ativismo ou automodéstia – não pode ser conduzida *in abstracto*. Quando se entende a constituição como interpretação e configuração de um sistema de direitos que faz valer o nexo interno entre autonomia privada e pública, é bem-vinda uma jurisprudência constitucional ofensiva (*offensiv*) em casos nos quais se trata da imposição do procedimento democrático e da forma deliberativa da formação política da opinião e da vontade: tal jurisprudência é até exigida normativamente. Todavia, temos que livrar o conceito de política deliberativa de conotações excessivas que colocariam o tribunal constitucional sob pressão permanente. Ele não pode assumir o papel de um regente que entra no lugar de um sucessor menor de idade. Sob os olhares críticos de uma esfera pública politizada – da cidadania que se transformou na “comunidade dos intérpretes da constituição” –, o tribunal constitucional pode assumir, no melhor dos casos, o papel de um tutor” (HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: Entre facticidade e validade**. Trad. de Flávio Beno Siebeneichler. v. I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 346/347).

aceitar por certo tempo a opinião da maioria como orientação obrigatória para sua ação, desde que o processo democrático lhe reserve a possibilidade de dar continuidade à discussão interrompida, ou então retomá-la, bem como a possibilidade de mudar a situação da maioria em virtude de argumentos (supostamente) melhores. A regra da maioria deve sua força legitimadora a uma racionalidade procedimental “incompleta” mas “pura”, no sentido de Rawls. Ela é incompleta porque o processo democrático está instituído de tal maneira que *dá direito* a supor resultados racionais, sem poder *garantir* a correção dos resultados (o que ocorre, por exemplo, em um procedimento perfeito ligado a um caso em particular). Por outro lado, trata-se de um caso de justiça procedimental pura, porque no processo democrático não se pode dispor de quaisquer critérios de correção *independentes* do procedimento e porque a correção das decisões depende tão-somente do cumprimento factual do procedimento.²⁵

Verifica-se que a mutabilidade de entendimentos faz parte da sociedade plural, de modo que o processo democrático garante apenas o cumprimento do procedimento, e não a correção da decisão.²⁶

O conceito antigo de participação não apresenta contribuições diante dessa nova realidade. Entretanto, um outro sentido – também chamado de “participação” – é capaz não só de permanecer quanto de ampliar-se. Essa outra acepção é chamada por Luhmann de “representação organizada de interesses”²⁷:

Precisamente quando a eleição abre a possibilidade de uma mudança radical de curso com conseqüências dificilmente revisáveis, é aconselhável uma audiência institucionalizada dos afetados. Também devem existir procedimentos para pressionar e obter o consenso daqueles cuja cooperação é necessária para o estabelecimento de medidas. Mas isso são velhos conhecimentos que se rotulam com o termo “participação” e pertencem mais ao campo do que hoje se denomina “new corporativism”, que não tem nada a ver com a intenção original do esforço em prol de mais participação, nem com a melhora das possibilidades de auto-realização pessoal. Mas, se se muda a formulação do problema, deveria também mudar-se a terminologia para não reproduzir permanentemente falsas expectativas.²⁸

Dessa forma, a representação organizada de interesses ou audiência institucionalizada dos afetados – assim como a previsão de procedimentos que permitam essa representação – mantém-se na sociedade moderna e torna-se especialmente importante diante

²⁵ HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro**. Trad. de George Sperber. São Paulo: Edições Loyola, 2004, p. 327/328.

²⁶ HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro**. Trad. de George Sperber. São Paulo: Edições Loyola, 2004, p. 335.

²⁷ O texto em espanhol utiliza a expressão “representación organizada de intereses” (LUHMANN, Niklas. Participación y legitimación: ideas y experiencias. In: SANJUÁN, Teresa Freixes *et al.* **La participación** – Anuari de la Facultat de Dret. Universidad de Barcelona, p. 20/21).

²⁸ LUHMANN, Niklas. Participación y legitimación: ideas y experiencias. In: SANJUÁN, Teresa Freixes *et al.* **La participación** – Anuari de la Facultat de Dret. Universidad de Barcelona, p. 20/21.

da abertura e mutabilidade de orientações características desse contexto. Há a preocupação, todavia, em aclarar a diferença entre essa acepção de “participação” e a antiga, a fim de evitar falsas expectativas e frustrações.

Diante disso, cabe destacar que o sentido de “participação” adotado por este trabalho é o de “representação organizada de interesses” e, nesse sentido, a pesquisa debruça-se sobre procedimentos que tratam da audiência desses interesses. Essa análise parte dos pressupostos indicados, os de que a sociedade moderna caracteriza-se pela diversidade de interesses e de leituras possíveis e o de que uma visão democrática é justamente aquela que compreende e admite essa diversidade. Assim, a participação possível é aquela que intenta dar a conhecer os diferentes pontos de vista envolvidos, ao contrário de entendimentos que buscam incluir interessados em leituras consideradas corretas ou permitidas.²⁹

A partir dessa concepção, pode-se olhar com outros olhos a participação social nos debates constitucionais travados no STF. É possível que a participação de representantes sociais se dê, não como forma de integrá-los a um ambiente antes restrito aos órgãos estatais, e sim como um instrumento para que leituras divergentes sejam apresentadas ao Tribunal. Juan E. Díaz Bordenave explica como a participação pode configurar-se justamente como autonomia em relação ao Estado:

De modesta aspiração a um maior acesso aos bens da sociedade, à participação fixa-se o ambicioso objetivo final da “autogestão”, isto é, uma

²⁹ Também nesse sentido, mas sob outra perspectiva, ensina Juan E. Díaz Bordenave: “Outro erro freqüente é entender a marginalidade apenas como a falta de participação de certos setores sociais no *consumo* dos bens materiais e culturais da sociedade. Segundo esta ótica, a substancial proporção da população que se encontra em situação de pobreza, ignorância e alienação seria marginal porque não consegue usufruir dos empregos, escolas e diversões como o fazem outros setores. [...] Esta maneira de entender a marginalidade como atraso autoprovocado tem levado ao desenvolvimento de estratégias educativas ‘integradoras’: os programas educativos emergentes desta percepção visam a incorporação dos setores populares à vida nacional, adaptando-os e integrando-os às condições exigidas pela modernização da sociedade. O preço da ‘participação’ seria, então, a integração ao molde modernizador, onde a participação é entendida como a inclusão entre os beneficiários consumidores dos bens materiais e culturais inerentes ao desenvolvimento modernizador”. Verifica-se que o autor apresenta um enfoque de participação como inclusão no que seria a sociedade – ou a parcela “correta” da sociedade. Entretanto, tal como Luhmann, Díaz Bordenave distancia-se dessa leitura e apresenta outro enfoque do conceito de “participação”, o qual defende e que se coaduna com o adotado por este trabalho: “Neste novo enfoque, a participação não mais consiste na recepção passiva dos benefícios da sociedade, mas na intervenção ativa na sua construção, o que é feito através da tomada de decisões e das atividades sociais em todos os níveis. No novo contexto, a participação já não tem o caráter ‘consumista’ atribuído pela teoria da marginalidade, mas o de processo coletivo transformador, às vezes contestatório, no qual os setores marginalizados se incorporam à vida social por direito próprio e não como convidados de pedra, conquistando uma presença ativa e decisória nos processos de produção, distribuição, consumo, vida política e criação cultural” [grifo nosso] (DÍAZ BORDENAVE, Juan E. **O que é participação**. 8ª ed. São Paulo: Brasiliense, 1994 – (Coleção primeiros passos; 95), p. 18/20). A respeito da participação social sob um enfoque de democracia procedimental, ver: OLIVEIRA, Mariana Siqueira de Carvalho. **Por uma construção democrática do direito à saúde**: a Constituição Federal, os instrumentos de participação social e a experiência do Conselho Nacional de Saúde. Dissertação de Mestrado em Direito. Universidade de Brasília, 2005.

relativa autonomia dos grupos populares organizados em relação aos poderes do Estado e das classes dominantes. Autonomia que não implica uma caminhada para a anarquia, mas, muito pelo contrário, implica o aumento do grau de consciência política dos cidadãos, o reforço do controle popular sobre a autoridade e o fortalecimento do grau de legitimidade do poder público quando este responde às necessidades reais da população.

A seguinte notícia, publicada num jornal paulista, reflete o novo conceito de participação:

SÃO PAULO – O Cardeal-Arcebispo D. Paulo Evaristo Arns disse ontem que “todos aqueles que acreditam ser possível manipular o povo sentirão a presença das Comunidades de Base e de toda a população por elas acordada”. Ele afirmou que as Comunidades Eclesiais de Base “nunca lutarão por acesso ao poder político mas terão momentos de pressão sobre o poder”. E advertiu: “Passou o tempo em que os políticos podiam manobrar a população. O povo é quem demandará coisas dos políticos. O processo está bem adiantado”.

A mudança de enfoque, naturalmente, deflagra uma nova abordagem dos processos educativos que, de um caráter meramente “integrador”, passam a ter caráter conscientizador e liberador, tornando-se verdadeiras escolas de participação.³⁰

Também nesse sentido se insere a concepção de legitimação, no caso, de decisão legítima. O posicionamento será mais democrático e legítimo à medida que compreender e admitir a diversidade de entendimentos que permeia a sociedade.

A despeito de não ser possível identificar claramente as concepções de “participação social” adotadas pelo Supremo Tribunal Federal, os pronunciamentos supracitados evidenciam um discurso de exaltação da participação social no controle de constitucionalidade, enquanto valor a ser defendido pelo Tribunal. Ocorre que o cerne da discussão reside na forma da sua implementação, na medida em que os valores ou direitos fundamentais abrem um espaço de contingência indeterminado, no interior do qual os aparatos organizacionais e os seus procedimentos internos especificarão as formas.³¹ Há, portanto, uma grande diferença entre a exaltação de um valor e a opção por uma forma de implementá-lo. Celso Campilongo esclarece essa diferença:

O direito deve continuar, constantemente, enfrentando estas dificuldades. E um último problema, em relação aos Direitos Fundamentais, diz respeito aos valores. É verdade que os Direitos Fundamentais congregam, encerram valores predominantes de uma sociedade, [...] Estão ali os Direitos Fundamentais e os valores que a sociedade brasileira resolveu incorporar na Constituição. Tratar judicialmente destes valores não é coisa tão fácil. Os valores, num primeiro momento, são altamente agregadores. Alguém, por acaso, é contrário ao valor jurídico da igualdade? Alguém é contrário ao

³⁰ DIAZ BORDENAVE, Juan E. **O que é participação**. 8ª ed. São Paulo: Brasiliense, 1994 – (Coleção primeiros passos; 95), p. 20/21.

³¹ CORSI, Giancarlo. **Sociologia da Constituição**. Trad. de Juliana N. Magalhães. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Nº 39. Belo Horizonte: UFMG, janeiro-junho de 2001, p. 7 [manuscrito].

valor jurídico da paz? Ou alguém é contrário ao valor jurídico da liberdade? Claro que não! Todos nós somos favoráveis aos grandes valores. O problema reside na forma de implementação dos valores e, aqui, a situação se complica e se complica barbaramente. [...] Portanto, o problema da implementação dos Direitos Fundamentais está menos no plano dos valores, que são valores que agradam, que são valores que defluem deste quadro de decisões que vinculam a coletividade, são valores pasteurizados, homogeneizados. O problema dos Direitos Fundamentais reside na sua implementação, não na eleição dos valores. A eleição dos valores serve, na verdade, para mascarar a dificuldade que vai aparecer no momento da implementação.³²

O autor chama a atenção não apenas para a diferença entre a eleição de valores e a sua implementação, mas também para o risco de que esta eleição seja utilizada para mascarar problemas relacionados à sua implementação. Não se pode deixar de lembrar o pronunciamento do Min. Eros Grau, que abre esta introdução: “Embora eu tenha a mais absoluta simpatia pelas questões de caráter social, temo muito pelo que virá a seguir”.³³ O que o ministro teme?

Provavelmente, a implementação da participação social no Tribunal. Apesar de “ter simpatia” pelo valor, o ministro preocupa-se com o universo de possibilidades que a sua implementação envolve. É possível que haja uma dissociação entre o discurso de exaltação do valor participação social e a sua efetivação.

A naturalização desse discurso – no caso, de valorização da participação social – muitas vezes acarreta a suposição de que a ele corresponde uma prática jurisprudencial que também promove a participação social. Presume-se, assim, sem maiores reflexões, que o STF preza pela atuação da sociedade, incentivando-a.

Nesse sentido, o presente trabalho é um exercício de estranhamento³⁴, pois pretende desvelar a implementação por detrás do discurso de exaltação da participação social.

³² CAMPILONGO, Celso. Direitos Fundamentais e Poder Judiciário. *In: O direito na sociedade complexa*. São Paulo: Max Limonad, 2000, p. 112/113.

³³ RE 416.827-8/SC, Tribunal Pleno, 08 fev. 2002. Voto do Min. Eros Grau.

³⁴ O termo “estranhamento” é utilizado na concepção adotada por Carlo Ginzburg, enquanto “processo literário que transforma uma coisa familiar – um objeto, um comportamento, uma instituição – numa coisa estranha, insensata, ridícula” (GINZBURG, Carlo. *Tolerância e Comércio – Auerbach lê Voltaire*. *In: O fio e os rastros: verdadeiro, falso, fictício*. Trad. de Rosa Freire d’Aguiar e Eduardo Brandão. São Paulo: Companhia das Letras, 2007, p. 116). É o próprio Ginzburg quem explica o uso desse processo na análise de documentos como forma de evitar a banalização da realidade: “2. Mas que interesse isso tudo pode ter – alguém poderia perguntar – para os historiadores, para os estudiosos às voltas com documentos de arquivo, com atos notariais, e assim por diante? Por que deveriam perder tempo com o estranhamento e com conceitos semelhantes elaborados pelos teóricos da literatura? [...] Parece-me que o estranhamento é um antídoto eficaz contra o risco a que todos nós estamos expostos: o de banalizar a realidade (inclusive nós mesmos). As implicações antipositivistas dessa observação são óbvias” (GINZBURG, Carlo. *Estranhamento: Pré-história de um procedimento literário*. *In: Olhos de madeira: nove reflexões sobre a distância*. Trad. de Eduardo Brandão. São Paulo: Companhia das Letras, 2001, p. 39/41).

Deve ficar claro que a implementação da participação social nos debates constitucionais enfrenta desafios particularmente complexos, na medida em que não é possível simplesmente incluir toda a sociedade nos debates. Ocorre que, apesar de o Direito incluir a todos, os tribunais – enquanto organizações do sistema jurídico – incluem de forma parcial e limitada. Giancarlo Corsi esclarece essa situação nos seguintes termos:

De certa forma, a sociedade moderna inclui e exclui ao mesmo tempo as pessoas, porque mesmo se se pode participar da comunicação em todos os subsistemas, ainda assim não se pode formar parte integral deles: não existe o homem só econômico ou o homem só científico. Uma forma de dominar a diferença entre inclusão e exclusão no interior dos sistemas parciais se dá pelo fato de que estes últimos requerem uma forma de organização da comunicação [...]: a economia, por exemplo, pode reproduzir-se unicamente se existem empresas em seu interior, assim como sem escolas a educação teria sérias dificuldades para reproduzir-se como sistema parcial. Agora, enquanto todo sistema parcial inclui a todos de maneira generalizada (ninguém é excluído a priori pela economia ou pela educação), as organizações formais só podem incluir pessoas de maneira extremamente limitada: em uma empresa podem tomar decisões relevantes somente os que pertencem a ela, assim como na sala de aula tomam assento somente alguns alunos e o professor. Se o sistema parcial não tem nenhum motivo para excluir alguém, a organização formal não pode fazer de todas as pessoas membros e esta diferença entre sistema parcial e organização formal proporciona uma versão moderna da distinção entre inclusão e exclusão.³⁵

Assim, o Supremo Tribunal Federal precisa selecionar os incluídos pela participação social e, para tanto, cria regras e procedimentos.³⁶ São esses critérios seletivos

³⁵ CORSI, Giancarlo. Inclusión/exclusión. In: CORSI, Giancarlo, ESPOSITO, Elena, BARALDI, Claudio. **GLU: Glosario sobre la teoría social de Niklas Luhmann.** Trad. de Miguel Romero Pérez e Carlos Villalobos. Guadalajara: Universidad Iberoamericana, 1996, p. 93/94. O autor continua: “A distinção entre inclusão e exclusão tem uma relevância decisiva na autodescrição da sociedade, precisamente porque com base nela se estabelece o critério de acesso à comunicação: o primeiro lado descreve as condições e as possibilidades de participação na comunicação e assim estimula atenções e considerações, enquanto o segundo indica o que falta e que constrange a sociedade a refletir sobre si mesma. Isto é visível hoje na importância que têm tomado por um lado as carreiras e a orientação diante da prestação, e por outro lado as situações nas quais têm validade critérios opostos, como, por exemplo, os ghettos suburbanos, a indigência, as emergências geradas pela carência e a superpopulação, etc.” (CORSI, Giancarlo. Inclusión/exclusión. In: CORSI, Giancarlo, ESPOSITO, Elena, BARALDI, Claudio. **GLU: Glosario sobre la teoría social de Niklas Luhmann.** Trad. de Miguel Romero Pérez e Carlos Villalobos. Guadalajara: Universidad Iberoamericana, 1996, p. 94).

³⁶ Giancarlo Corsi trata da criação de regras e procedimentos por parte das organizações formais do Direito, nos seguintes termos: “Para responder a esta pergunta devemos introduzir uma ulterior distinção, implícita na argumentação dos juristas, mas que para nossos fins deve ser explicitada: a distinção entre *sistema social do direito*, entendido este como um subsistema da sociedade moderna, e *organizações formais* no interior deste. Por organização entendemos, aqui, simplesmente aquele tipo de sistema social que produz decisões e que, para fazê-lo, elabora seus próprios critérios, tais como: regras de pertinência, procedimentos, hierarquias, programas etc. No caso do direito, é evidente o caráter central dos tribunais, o que não faz com que outras organizações, mais periféricas, sejam menos relevantes” (CORSI, Giancarlo. **Sociologia da Constituição.** Trad. de Juliana N. Magalhães. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Nº 39. Belo Horizonte: UFMG, janeiro-junho de 2001, p. 5 [manuscrito]).

que expõem a forma com que o STF implementa a participação social. De fato, esses aspectos não são apresentados no discurso de defesa daquele valor.

Diante disso, faz-se necessário investigar a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal a fim de identificar traços capazes de desvelar a seletividade por ele adotada. Essa seletividade, ainda que necessária, pode ser efetivada de diferentes formas, razão pela qual é possível questionar as opções do Tribunal.

As constituições, hoje, não oferecem muita abertura para uma análise crítica: quem tem motivos (ou coragem?) para criticar os direitos fundamentais ou a forma democrática do Estado moderno? No entanto, a contrário do que se pensa, é precisamente a partir destes pontos indiscutíveis que origina-se o espaço para a crítica do direito que, normalmente, supõe-se incapaz de realizar seus nobres fins ou demasiadamente dependente das diferenças sociais existentes para que tenha força para atacá-las.³⁷

A dissertação está dividida em dois capítulos. O primeiro consiste no estudo de decisões que interpretam o dispositivo constitucional que legitima confederações sindicais e entidades de classe de âmbito nacional a proporem ações diretas de inconstitucionalidade, ações declaratórias de constitucionalidade e ações de descumprimento de preceito fundamental. Serão analisados pronunciamentos do Tribunal que contribuíram para a delimitação da legitimidade desses entes, principalmente no tocante à seletividade criada para determinar aqueles abrangidos pela norma.

No segundo capítulo serão analisados julgados relativos à aplicação por parte do Supremo Tribunal Federal das possibilidades participativas previstas pelas Leis nº 9.868/99 e 9.882/99. Trata-se, essencialmente, do estudo de pronunciamentos do Tribunal a respeito da manifestação de entes da sociedade em processos dos quais eles não são parte. Entre os instrumentos previstos, optou-se por investigar a participação de entidades por meio da figura do *amicus curiae* e da audiência pública.

Nas considerações finais, analisaremos a seletividade promovida pelo Supremo Tribunal Federal na implementação da participação social no controle de constitucionalidade e procuraremos desvelar algumas concepções que permeiam as escolhas do Tribunal.

Passa-se, então, à análise de decisões do Supremo Tribunal Federal que evidenciam o seu discurso sobre a participação social.

³⁷ CORSI, Giancarlo. **Sociologia da Constituição**. Trad. de Juliana N. Magalhães. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Nº 39. Belo Horizonte: UFMG, janeiro-junho de 2001, p. 1 [manuscrito].

1 Confederações sindicais e entidades de classe de âmbito nacional: a propositura de ações diretas

Um tribunal, quando decide – ainda mais um tribunal constitucional –, projeta seu destino. Define seu comportamento para os próximos casos análogos. Cria vínculos com o futuro.

(Celso Campilongo)

1.1 A ampliação do rol de legitimados

A Constituição Federal de 1988 ampliou significativamente o rol de legitimados à propositura de ações diretas de inconstitucionalidade – antes restrito ao Procurador-Geral da República –,³⁸ no qual foram incluídos diversos órgãos e autoridades. Para esta pesquisa interessam as entidades representativas de caráter privado constantes do rol, a saber: partidos políticos, confederações sindicais e entidades de classe de âmbito nacional. Dispõe o artigo 103 da Constituição:

Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade:

I - o Presidente da República;

II - a Mesa do Senado Federal;

III - a Mesa da Câmara dos Deputados;

IV - a Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal;

V - o Governador de Estado ou do Distrito Federal;

VI - o Procurador-Geral da República;

VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil;

VIII - partido político com representação no Congresso Nacional;

IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

³⁸ A esse respeito, o Min. Celso de Mello esclarece: “A análise do tema concernente a quem pode ativar, mediante ação direta, a jurisdição constitucional do Supremo Tribunal Federal revela que nosso direito constitucional positivo situou-se num plano intermediário. Nem consagrou a legitimidade exclusiva do Procurador-Geral da República, verdadeiro *dominus litis*, que detinha, nos regimes constitucionais anteriores, o monopólio da ação direta, cujo exercício sujeitava-se ao seu juízo discricionário, como repetidas vezes acentuou esta Corte (RTJ, 48/156 – 59/333 – 98/3 – 100/1 – 100/954 – 100/1013). Nem ampliou, de modo total, a legitimação para agir, reconhecendo, em favor de qualquer pessoa, a pertinência subjetiva da relação processual. Entre a legitimidade exclusiva e a legitimidade universal, optou, o constituinte, pela tese da legitimidade restrita e concorrente, partilhando entre diversos órgãos, agentes ou instituições a qualidade para agir em sede jurisdicional concentrada (v. CF/88, art. 103)” (ADI 42-0/DF, Tribunal Pleno, 30 ago. 1989. Voto do Min. Celso de Mello).

Ao incluir representantes da sociedade civil, a Constituição rompeu com o modelo adotado pelas constituições anteriores, em que apenas órgãos dos Poderes Públicos eram legitimados a instaurar processos de controle abstrato de normas perante a corte constitucional.³⁹ Houve, portanto, uma mudança expressiva e nunca antes vista no panorama de legitimados para a propositura de ações diretas de inconstitucionalidade.

Trata-se de um importante ganho democrático da CF/88. Nesse sentido, Paulo Bonavides indica os riscos de conferir legitimidade ativa apenas ao Poder Público:

Observa-se em alguns sistemas constitucionais certa relutância em admitir uma abertura ampla à iniciativa individual na movimentação do mecanismo de controle por via de ação. Fica esse controle ordinariamente reservado apenas a algumas autoridades públicas, numa vedação que tem feito bastante débil e ilusória a garantia dos jurisdicionados perante as leis inconstitucionais. O controle por via de ação toma nesse caso um sentido de controle formal de constitucionalidade, voltado sobretudo para resolver conflitos entre os poderes públicos. Desde então relega-se a segundo plano a defesa do conteúdo da ordem constitucional, dos direitos e garantias dos cidadãos, que a sobredita técnica nem sempre resguarda em toda a amplitude, talvez pelo preconceito anti-democrático de não consentir ao cidadão a possibilidade de desfazer por sua iniciativa mesma aquilo que foi obra do legislador.⁴⁰

A ampliação do rol reflete uma nova perspectiva constitucional a respeito da própria sociedade. Trata-se de uma concepção que admite o pluralismo social, na medida em que rompe com a idéia de que um órgão ou autoridade identificaria a vontade da sociedade, como se se tratasse de uma sociedade una e homogênea, que tivesse um único propósito. Como esclarece Chantal Mouffe: “Nas sociedades em que reina o pluralismo e onde a existência de conflito e divisão já se tenham tornado legítimas, não é mais possível que se conceba o povo como se se tratasse de uma entidade unificada e homogênea dotada de uma única vontade geral”.⁴¹

³⁹ A Constituição Federal de 1988 adotou um modelo de extroversão da legitimidade ativa para instaurar processos de controle abstrato de normas, em oposição ao modelo de introversão. J. J. Canotilho ensina que, em um modelo de introversão, apenas órgãos dos Poderes Públicos estão legitimados a instaurar processos de controle abstrato de normas perante a corte constitucional. Por outro lado, em um modelo de extroversão, também podem fazer parte do rol de legitimados para a ação entidades representativas de caráter privado, tais como sindicatos, associações de classe, partidos políticos, entre outros. A esse respeito ver: CANOTILHO, J. J. Gomes. Jurisdição constitucional e intranquilidade discursiva. In: MIRANDA, Jorge (Org.). **Perspectivas constitucionais**: nos 20 anos da Constituição de 1976. Coimbra: Coimbra Editora, 1996. v. I, p. 880/887.

⁴⁰ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 278.

⁴¹ MOUFFE, Chantal. **Pensando a democracia moderna com e contra Carl Schmitt**. Trad. de Menelick de Carvalho Netto. Caderno da Escola Legislativa, Belo Horizonte, 1(2): 9/20, Jul/Dez. 1994.

Sob essa perspectiva plural, surge a necessidade de dar voz aos diversos setores e interesses envolvidos, sobretudo nos debates constitucionais. Peter Häberle desenvolve essa idéia para defender uma “sociedade aberta de intérpretes da Constituição”:

[...] 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. Interpretação constitucional tem sido, até agora, conscientemente, coisa de uma sociedade fechada. Dela tomam parte apenas os intérpretes jurídicos “vinculados às corporações” (*zünftmässige Interpreten*) e aqueles participantes formais do processo constitucional. A interpretação constitucional é, em realidade, mais um elemento da sociedade aberta. Todas as potências públicas, participantes materiais do processo social, estão nela envolvidas, sendo ela, a um só tempo, elemento resultante da sociedade aberta e um elemento formador ou constituinte dessa sociedade [...]. Os critérios de interpretação constitucional não de ser tanto mais abertos quanto mais pluralista for a sociedade.⁴²

Assim, não há um único porta-voz da sociedade, e sim vários.

Nesse sentido, a legitimação de organizações privadas, além de pluralizar o rol, representa também a concepção de que não apenas o Estado é titular dos interesses da sociedade. Essas entidades são reconhecidas pela Constituição como novos atores sociais.

Tal reconhecimento é uma conquista desses setores sociais, resultado de movimentos que afloraram durante o processo de redemocratização do país. José Geraldo de Sousa Júnior apresenta aspectos do surgimento de novos espaços de participação:

Quando se examina o largo espectro das lutas populares, nos últimos anos, pode-se observar que a novidade dessas lutas se localiza em dois registros principais. Por um lado, no registro político, a luta não é pela tomada do poder identificado com o poder do Estado, mas é luta pelo direito de se organizar politicamente e de participar das decisões, rompendo a verticalidade hierárquica do poder autoritário. Por outro lado, no registro social, observa-se que as lutas não se concentram apenas na defesa de certos direitos ou na sua conservação, mas são lutas para conquistar o próprio direito à cidadania e constituir-se como sujeito social, o que é particularmente visível nos movimentos populares e dos trabalhadores.⁴³

⁴² HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional**: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição. Trad. de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1997, p. 13.

⁴³ SOUSA JÚNIOR, José Geraldo de. **Ser constituinte**. Revista Humanidades, Brasília, ano III, nov./jan. 1986/1987, p. 14. Ainda nesse sentido, o autor afirma: “Como estratégia de legitimação, o debate em torno desta questão conserva um certo caráter idealista redutor: a possibilidade de construção e organização de uma sociedade solidária e homogênea, sem contradições e sem antagonismos. Mas o momento é constituinte, até porque estas contradições e estes antagonismos existem e são eles, precisamente, que permitem distinguir, sob a aparente universalização de palavras de ordem e bandeiras, as diferentes associações de interesses que movem as forças sociais para a definição de seus respectivos projetos históricos, como construção de espaço civil e

Diante dessa nova realidade, o Supremo Tribunal Federal viu-se obrigado a “definir o esquema dos legitimados ativamente”.⁴⁴ A previsão constitucional é aberta e abrangente, uma vez que o texto não especifica critérios para a definição dos entes legitimados.⁴⁵ Assim, compete ao Tribunal delinear o instituto.

Ocorre que essa atribuição foi compreendida pelo STF como a faculdade de optar por uma interpretação restritiva ou ampliativa do direito conferido pela Constituição. Diversos pronunciamentos indicam que dependeria apenas daquele Tribunal a definição da abrangência da legitimidade ativa das confederações e entidades de classe.

Sob uma perspectiva democrática, a interpretação constitucional é uma opção do tribunal constitucional? É sua atribuição privativa e exclusiva?⁴⁶

A interpretação do inciso IX do art. 103 não tem sido uma tarefa fácil para o Tribunal. As decisões são praticamente unânimes em exaltar o alargamento do rol de legitimados, porém, é possível identificar em várias delas certa hesitação quanto ao delineamento da legitimação de confederações sindicais e entidades de classe de âmbito nacional. O voto abaixo é um bom exemplo:

articulação de poder na sociedade, à feição dos quais se concretizam valores já não redutíveis à mesma homogeneidade: a democracia, a liberdade, a cidadania, a justiça social e os direitos. Se a transição é, conjuntamente, uma mediação entre o autoritarismo e a democracia, a possibilidade de associações livres faz com que condições efetivas de ruptura na esfera do político liberem o exercício de um poder contido na ação de outros setores sociais, instaurando novos espaços políticos de participação, expandindo, como prática histórica, a dimensão democrática da construção social de uma cidadania contemporânea, representativa da intervenção consciente de novos sujeitos sociais neste processo. Com efeito, a esfera de poder das chamadas organizações populares de base, em arranjo constituinte, não materializa, apenas, uma experiência recente de organização dos movimentos sociais na direção de um papel determinante ativo e soberano de seu próprio destino. No processo de busca de reconhecimento de suas formações contra-institucionais e contraculturais, classes e grupos sociais emergentes, por meio de suas formas organizativas, alcançam novas quotas de emancipação, instrumentalizando-se politicamente para a fundamentação jurídica de seu projeto histórico de organização social” (SOUSA JÚNIOR, José Geraldo de. **Ser constituinte**. Revista Humanidades, Brasília, ano III, nov./jan. 1986/1987, p. 12). Também nesse sentido: ALMINO, João. **O povo inventando o povo?** Revista Humanidades, Brasília, ano III, nov./jan. 1986/1987.

⁴⁴ Conforme afirmado pelo Min. Néri da Silveira na ADI 146-9-ML/RS (ADI 146-9-ML/RS, Tribunal Pleno, 24 set. 1990. Voto do Min. Néri da Silveira).

⁴⁵ A esse respeito, Michel Rosenfeld esclarece: “Um texto constitucional escrito é inexoravelmente incompleto e sujeito a múltiplas interpretações plausíveis. Ele é incompleto não somente porque não recobre todas as matérias que ele deveria 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” (ROSENFELD, Michel. **A identidade do sujeito constitucional**. Trad. de Menelick de Carvalho Netto. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003, p. 18).

⁴⁶ Trata-se de um tema no mínimo controverso. Peter Häberle, por exemplo, defende a existência de uma “sociedade aberta dos intérpretes da Constituição”, em que os envolvidos nos assuntos constitucionais também seriam seus intérpretes legítimos. Cf: HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição**. Trad. de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1997.

2. A legitimidade ativa para a ação direta era concedida apenas ao Procurador-Geral da República. Assim foi na vigência da Emenda Constitucional nº 16/65, que alterou a Constituição de 1946, dando nova redação à alínea k, ao art. 101, I; na Carta de 1967, art. 114, I, l; e na Carta de 1969, art. 119, I, l, tanto na redação original como na que foi dada pela Emenda nº 7/77.

A Constituição, no art. 103 ampliou a titularidade ativa para a ação direta, relacionando em nove incisos aqueles que podem requerê-la. Os sete primeiros incisos, que nomeiam o Presidente da República, as Mesas do Senado Federal, da Câmara dos Deputados e de Assembléia Legislativa, o Governador do Estado, o Procurador-Geral da República e o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil não têm causado perplexidades. O inciso VIII, que concede legitimidade ao partido político com representação no Congresso Nacional, pouca dúvida suscita, pois entendo que esta representação deve ter um mínimo de expressão numérica e que deve se legitimar com o resultado das eleições, forma que exclui a representação derivada. Entretanto, quando termina o rol com o inciso IX começa a angústia do intérprete, porque ele confere legitimidade à confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

3. Senhor Presidente, estamos examinando o alcance da expressão entidade de classe no exclusivo aspecto da legitimidade ativa para a ação direta e se vamos interpretá-la restritiva ou ampliativamente.⁴⁷

Importante atentar para a angústia que o ministro alega haver sido gerada pela legitimação de confederações sindicais e entidades de classe.

A dificuldade em lidar com a participação de determinados representantes da sociedade transparece também em outros momentos. Uma dúvida apresentada em Plenário pelo Min. Paulo Brossard é bastante ilustrativa. Após observar o significativo alargamento do rol de entidades capazes de ajuizar ações diretas de inconstitucionalidade, o ministro chamou atenção para o seguinte fato: “essas entidades são ou autoridades de alta expressão na hierarquia político-administrativa do País, ou entidades de caráter público”. Então, questionou se as entidades de classe de âmbito nacional não seriam, assim como as confederações, entidades também de caráter sindical.⁴⁸ Esse posicionamento não logrou êxito, mas denunciou a perplexidade diante da atuação no Tribunal de entidades e grupos de natureza indiscutivelmente privada.

Cabe, então, questionar o porquê de tantas dúvidas e incertezas por parte do Supremo Tribunal Federal direcionadas a esses entes especificamente. Uma leitura possível dessa situação é a de que haveria certa dificuldade por parte de alguns membros do Tribunal em compreender ou aceitar a mudança radical da abrangência da participação promovida pela Constituição. Uma coisa é acabar com o monopólio do Procurador-Geral da República e

⁴⁷ ADI 894-3-MC/DF, Tribunal Pleno, 18 nov. 1993. Voto do Min. Paulo Brossard. [grifo no original].

⁴⁸ ADI 42-0/DF, Tribunal Pleno, 30 ago. 1989. Voto do Min. Paulo Brossard.

estender a legitimação a um número maior de autoridades e órgãos estatais, outra muito diferente é conferir a entes privados, representantes da sociedade civil, o direito de participar dos debates constitucionais.⁴⁹

Outras percepções, entretanto, também foram levadas ao Tribunal. No mesmo julgamento, o Min. Sepúlveda Pertence contrapôs àquele entendimento uma compreensão ampla do conceito de entidade de classe. O ministro evocou as principais discussões que antecederam o alargamento da legitimação para a propositura de ações diretas de inconstitucionalidade, a fim de esclarecer o seu contexto pluralístico e, com isso, defender uma interpretação abrangente por parte do Supremo Tribunal Federal.⁵⁰ A partir dessa contextualização, concluiu:

⁴⁹ A perplexidade diante da atuação direta da sociedade nos debates públicos, sem a usual mediação estatal, é um dos desafios da democracia. Nesse sentido, João Almino afirma: “O povo existirá mais próximo de sua expressão empírica quanto mais haja organização autônoma dentro da sociedade, quanto mais haja, portanto, liberdade de associação e de expressão. Mas, se acreditamos na vontade e soberania populares, também essa possibilidade de organização e de adoção de novos instrumentos de participação dependeriam da vontade do povo, de seu empenho, de sua luta. [...] O fato é que ninguém detém o comando da história e que esta tampouco é governada por um só destino. As contradições sociais movem a história e jamais se resolvem. O povo não é uno, mesmo que cada indivíduo tenha o direito de pensar o social e o coletivo e deles derivar uma vontade. Esta vontade social ou coletiva, assim como a vontade popular, tampouco tem expressão una. Caso tivesse e se fosse investida de soberania absoluta, não seria mais que o novo lugar da tirania. Se a tirania pode se basear tanto na possibilidade de desautorizar o povo, para o suposto bem do povo, infantilizando-o, representando-o como povo em formação, na idéia, portanto, de que alguns, que estão acima do povo, têm a capacidade de julgar que o povo empírico ainda não tem o verdadeiro estatuto de povo, ela pode também se basear na convicção de que o povo consciente, esclarecido, dono de seu destino, que está no poder ou a quem o poder serve, deve ser defendido contra as ameaças de uma espécie de antipovo. O povo não é apenas invenção das elites, nem só do povo empírico, população indiferenciada à qual se põem as elites. Ele é também e sobretudo sua própria invenção. Dele depende sua própria imagem” (ALMINO, João. **O povo inventando o povo?** Revista Humanidades, Brasília, ano III, nov./jan. 1986/1987, p. 8/9).

⁵⁰ ADI 42-0/DF, Tribunal Pleno, 20 set. 1989. Voto do Min. Sepúlveda Pertence. O ministro lembrou que várias sugestões para a liberalização da legitimidade para a ação direta já previam a legitimação de representantes da sociedade civil, como a proposta de legitimação universal constante do anteprojeto de constituição de autoria de Fábio Konder Comparato (COMPARATO, Fábio Konder. **Muda Brasil!** Uma Constituição para o desenvolvimento democrático. São Paulo: Brasiliense, 1986, p. 81), a sugestão de ampliação da legitimação da antiga representação de inconstitucionalidade oferecida por Vitor Nunes Leal e vários anteprojotos da Constituinte. Assim, o ministro conclui: “Dessa breve e apressada recordação dos antecedentes na norma constitucional ora discutida, resulta para mim que inludivelmente prevaleceu, na Constituição de 1988, uma orientação ampliadora da qualificação para a ação direta, com a evidente preocupação de abri-la à participação ativa da sociedade civil no controle de legitimidade constitucional do exercício do poder do Estado”. De fato, as propostas apresentadas na Constituinte previam a participação de representantes da sociedade civil, fossem entidades de classe, confederações sindicais ou ambas. O Substitutivo nº II do Relator Bernardo Cabral, apresentado em setembro de 1987, não previa a legitimação de entidades de classe, mas já conferia legitimidade às confederações sindicais – artigo 122, inciso X (BRASIL. **Assembléia Nacional Constituinte**. Diário. Ano I – nº 146. Brasília: Senado Federal, 1987) –, ademais, ainda na Comissão de Sistematização, foram apresentadas propostas de emendas com o intuito de conferir legitimação a “entidades representativas de âmbito nacional” (BRASIL. **Assembléia Nacional Constituinte**. Comissão de Sistematização. Destaque nº 2621-87 – Emenda nº 1P-19743-1, do Sr. Nelson Friedrich) e a “associações comunitárias e pessoas individual ou coletivamente lesadas ou ameaçadas de lesão por ato ou omissão inconstitucional” (BRASIL. **Assembléia Nacional Constituinte**. Comissão de Sistematização. Destaque nº 1616-87 – Emenda nº ES-31652, do Sr. Aluizio Campos).

31. À minha leitura da Constituição e das discussões que a antecederam, no particular, afigura-se manifesto que, da legitimação dessas associações, além da outorgada aos partidos políticos, à OAB e às confederações sindicais, o novo texto fundamental quis efetivamente fazer a grande válvula de abertura e descentralização social da iniciativa do controle direto da constitucionalidade das leis.

[...] 56. No último inciso do art. 103, portanto, é que efetivamente a Constituição abriu a ação direta de inconstitucionalidade às concepções contemporâneas de pluralismo e participação social, inclusive no âmbito da jurisdição, na linha, como notou o parecer de Cândido Dinamarco, de “intensa movimentação em prol da *efetividade do processo*”, que constitui, observou em seguida, uma “*vivíssima tendência contemporânea da doutrina processual, legitimada na realidade da sociedade pluralista deste fim de século*”.

[...] 58. A essas inspirações pluralistas e participacionistas do questionado inciso IX do art. 103 da Constituição é que, data venia, não me parece fiel a interpretação restritiva que busca confinar a legitimação das entidades civis ali contempladas ao âmbito restrito da hierarquia sindical e das ordens profissionais.

59. Estou, ao contrário, em que a interpretação mais adequada àquela regra será a de que dê ao conceito de “entidade de classe de âmbito nacional” toda a abrangência que ela comporte, sem violência, de modo a estender a legitimação ao maior plexo possível de associações representativas de setores significativos da estrutura plural da sociedade: [...].⁵¹

Percebe-se, portanto, que o dilema ampliação/restrição permeia os debates e opções do STF relativos à propositura – por parte de confederações sindicais e entidades de classe de âmbito nacional – de ações diretas de inconstitucionalidade e, mais recentemente, também de ações declaratórias de constitucionalidade e ações de descumprimento de preceito fundamental.⁵² Deparamo-nos com julgados em que o Tribunal escolheu a restrição, de forma explícita ou encoberta, intencional ou inconsciente.

Essas decisões serão o objeto dos dois tópicos seguintes: “Legitimação Restrita: a exigência de pertinência temática como diferenciação entre entes” e “A seleção das entidades e dos setores da sociedade: quem tem acesso aos debates constitucionais”. Ambos identificarão restrições ao direito de propositura de ADIns, ADCs e ADPFs por parte de confederações sindicais e entidades de classe de âmbito nacional, todavia, em escalas diferentes. Um dos tópicos analisará a legitimidade das confederações e entidades de classe

⁵¹ ADI 42-0/DF, Tribunal Pleno, 20 set. 1989. Voto do Min. Sepúlveda Pertence.

⁵² A ação declaratória de constitucionalidade – ADC só foi inserida no ordenamento jurídico brasileiro em 1993, por meio da Emenda Constitucional nº 3. Ainda assim, o texto aprovado em 1993 legitimava à sua propositura apenas o Presidente da República, as Mesas do Senado Federal e da Câmara dos Deputados e o Procurador-Geral da República, ficaram de fora, portanto, os entes privados. Apenas em 2004, por meio da Emenda Constitucional nº 45, a legitimação para a propositura de ADCs foi ampliada, igualando-se ao rol das ADIns. Com relação à ação de descumprimento de preceito fundamental – ADPF, somente em 1999, com a edição da Lei nº 9.882, que o rol de legitimados para a propositura de ADPFs foi estabelecido. Dispõe a Lei: “Art. 2º Podem propor arguição de descumprimento de preceito fundamental: I - os legitimados para a ação direta de inconstitucionalidade”.

em relação à dos demais entes legitimados pelo artigo 103 da Constituição; enquanto o outro restringir-se-á ao universo das confederações e entidades de classe, em que serão identificadas manifestações do Tribunal que diferenciaram tipos de entidades e de segmentos sociais.

1.2 Legitimação Restrita: a exigência de pertinência temática

Neste tópico serão examinadas decisões em que o Supremo Tribunal Federal restringiu o acesso de confederações e entidades de classe enquanto entes legitimados pela Constituição Federal para a propositura de ações diretas. Essa análise permitirá identificar algumas opções que permearam o delineamento da legitimação desses atores por parte do Tribunal. Será necessário, para tanto, contrapor esse material a manifestações do STF a respeito de outros entes, de modo a aclarar a diferenciação promovida.

Como visto, a legitimação de representantes da sociedade civil para participarem diretamente do controle de constitucionalidade, por si só, já foi uma grande inovação da CF/88. Um aspecto, porém, incrementou ainda mais a atuação social: a ausência de qualquer distinção qualificativa entre legitimados. Assim, *a priori*, todos os entes previstos no artigo 103 possuem legitimação ampla para propor as referidas ações – ADIns, ADCs e ADPFs. Todavia, não é este o entendimento adotado em várias decisões do Supremo Tribunal Federal.

Desde o início da vigência da Constituição, sempre que o Tribunal recebeu ações diretas propostas por confederações sindicais ou entidades de classe houve questionamentos a respeito da legitimação desses representantes. Um deles, entretanto, merece destaque, pois atinge a própria essência da participação social nos debates constitucionais: a legitimação dos entes previstos no inciso IX é a mesma dos demais? Nas palavras do Min. Paulo Brossard:

Ainda cabe indagar se uma entidade contemplada pela Constituição pode bater às portas do Supremo Tribunal para dele tirar uma decisão de caráter geral, em relação a uma lei, que os imediatamente interessados não quiseram questionar ou não entenderam conveniente fazê-lo. Ou a Constituição, ao ampliar a legitimação ativa dos que podem ajuizar a ação direta, objetivou melhor assegurar a integridade, a incolumidade da ordem constitucional?⁵³

⁵³ ADI 138-8/RJ, Tribunal Pleno, 14 fev. 1990. Voto do Min. Paulo Brossard.

O voto exemplifica, portanto, um questionamento que permeia diversos julgamentos: saber se confederações e entidades de classe são aptas a defender a Constituição ou se a sua legitimação é restrita à defesa dos interesses das categorias por elas representadas.

A esse respeito, deve-se ter em mente que o pedido de um processo objetivo não é a tutela de uma relação jurídica específica, e sim a defesa do interesse verdadeiramente público de assegurar a ordem constitucional. O próprio Supremo Tribunal Federal defende essa posição. Ao analisar a ação direta de inconstitucionalidade por omissão nº 3.682/MT, por exemplo, o STF esclareceu que a ADIn – assim como todos os processos de controle abstrato – se presta à defesa da Constituição, de modo que os legitimados à sua propositura atuam como “Advogados do Interesse Público”:

Tal como a ação direta de inconstitucionalidade (ADI), o processo de controle abstrato da omissão (ADIO) não tem outro escopo senão o da defesa da ordem fundamental contra condutas com ela incompatíveis. Não se destina, pela própria índole, à proteção de situações individuais ou de relações subjetivadas, mas visa precipuamente, à defesa da ordem jurídica. Não se pressupõe, portanto, a configuração de um interesse jurídico específico ou de um interesse de agir. Os órgãos ou entes incumbidos de instaurar esse processo de defesa da ordem jurídica agem não como autores, no sentido estritamente processual, mas como Advogados do Interesse Público ou, para usar a expressão de Kelsen, como advogados da Constituição. O direito de instaurar o processo de controle não lhes foi outorgado tendo em vista a defesa de posições subjetivas. Afigura-se suficiente, portanto, a configuração de um interesse público de controle. Tem-se aqui, pois, para usarmos a denominação usada por Triepel e adotada pela Corte Constitucional alemã, típico processo objetivo.⁵⁴

Diante disso, natural a indagação: se ADIns, ADCs e ADPFs configuram processos objetivos e, enquanto tais, tratam do interesse público de proteção da ordem constitucional; se a Constituição não estabeleceu nenhuma diferenciação entre legitimados; com base em que o STF questiona se confederações e entidades de classe teriam legitimação para defender a Constituição?

⁵⁴ ADI-O 3.682/MT, Tribunal Pleno, 09 mai. 2007. Voto do Min. Gilmar Mendes. Também nesse sentido: “O CONTROLE NORMATIVO ABSTRATO CONSTITUI PROCESSO DE NATUREZA OBJETIVA – A importância de qualificar como processo objetivo – vocacionado, exclusivamente, à defesa, em tese, da harmonia do sistema constitucional – encontra apoio na própria jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que, por mais de uma vez, já enfatizou a objetividade desse instrumento de proteção in abstracto da ordem constitucional. Precedentes.” (ADI 1.254-1/RJ, Tribunal Pleno, 14 ago. 1996. Ementa) e “A ação direta de inconstitucionalidade configura típico processo objetivo, destinado a elidir a insegurança jurídica ou o estado de incerteza sobre a legitimidade de lei ou ato normativo federal. Os eventuais requerentes atuam no interesse de preservação da segurança jurídica e não na defesa de um interesse próprio.” (ADI 2.982-ED/CE, Tribunal Pleno, 02 ago. 2006. Voto do Min. Gilmar Mendes).

Com base na natureza privada dessas associações. Ao longo do julgamento da ADI 305-4/RN, considerada uma das paradigmáticas sobre esse assunto, os ministros alegaram que o caráter privado de confederações e entidades de classe impunha a sua distinção dos demais entes e que, em razão disso, a Constituição só poderia ter conferido legitimação a essas entidades a fim de que elas defendessem os interesses de suas categorias. O voto do Min. Néri da Silveira é ilustrativo dessa concepção, que permeou também as manifestações dos ministros Moreira Alves e Sepúlveda Pertence:

Verifica-se do rol de autoridades, órgãos e entidades legitimados à ação de inconstitucionalidade, que, somente, no inciso IX, do art. 103, da Constituição, figura entidade de direito privado. Nos demais incisos, ou se cuida de autoridade federal ou estadual (Chefia do Poder Executivo, Federal ou Estadual; cúpula do Poder Legislativo, Federal ou Estadual), ou do Conselho Federal da Ordem dos Advogados, que é pessoa jurídica de direito público, ou do Procurador-Geral da República, ou de partido político, com representação no Congresso Nacional. Quanto a todas autoridades ou entidades, penso que não se pode, realmente, invocar relação de pertinência. [...] O certo é que, tanto numa situação como noutra do inciso IX em exame, há de se entender que a Constituição quer dar, a essas entidades de representação das diferentes categorias profissionais, uma via, para que todas essas categorias possam, também, defender seus interesses, diante da lei ou ato normativo inconstitucional, perante o Supremo Tribunal Federal, em ação direta. Penso que não cabe emprestar origem diferente ao dispositivo. Ora, se não se pode conferir sentido diverso, sem dúvida, deve existir vinculação entre o interesse, a destinação da entidade, aquilo que compõe os seus fins e a norma que possa prejudicar esses interesses e fins. Compreendo, pois, que a relação de pertinência há de ser buscada no momento em que se cuida de verificar a legitimidade, ou não, da autora, porque, de contrário, seria de entender que qualquer entidade, qualquer confederação sindical pode impugnar, perante o Supremo Tribunal Federal, lei ou ato normativo federal ou estadual que não tenha nenhuma vinculação, ligação com interesse da categoria profissional representada. Não pode ser esse o sentido da Constituição. Para impugnar, de uma forma geral, qualquer lei estão o Procurador-Geral da República, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados, os partidos políticos e as autoridades referidas nos demais incisos do art. 103.⁵⁵

⁵⁵ ADI 305-4/RN, Tribunal Pleno, 22 mai. 1991. Voto do Min. Néri da Silveira. [grifo nosso]. No julgamento da ADI 305-4/RN, o Min. Moreira Alves, em debate com o Min. Paulo Brossard, defendeu: “Nos países em que só há o controle concentrado de constitucionalidade, só se dá essa legitimidade a autoridades ou entidades públicas. No Brasil, é ela atribuída também a entidades particulares. Isso não ocorre justamente para que ela defenda o interesse da classe? Terá cabimento que se atribua essa legitimidade a uma entidade de classe ou a uma confederação sindical para que arguam a inconstitucionalidade, por exemplo, de dispositivo constitucional estadual que diga respeito exclusivamente à organização política do Estado-membro? Parece-me que temos de fazer distinções, admitindo que alguns dos legitimados para propor ação dessa natureza não estejam sujeitos ao requisito da pertinência, como sucede com o Presidente da República, ao passo que outros o estão, como o Governador de um Estado que só pode argüir a inconstitucionalidade de lei estadual ou federal que tenha pertinência com o seu Estado” [grifo nosso] (ADI 305-4/RN, Tribunal Pleno, 22 mai. 1991. Debate). Também nesse sentido, afirmou o Min. Sepúlveda Pertence: “Creio que o liame a exigir na ação direta entre a argüente e o tema da argüição de inconstitucionalidade pode ser sensivelmente mais flexível que o que há de ligar, por exemplo, as próprias entidades de classe ao objeto do mandado de segurança coletivo que impetrem. O que não

Primeiramente, é necessário atentar para o que foi dito a respeito das possibilidades interpretativas apresentadas ao Supremo Tribunal Federal. O ministro falou, mais de uma vez, que o texto constitucional não teria outro sentido que não a vinculação da legitimação de confederações e entidades de classe à defesa dos interesses de suas categorias. Cabe, então, questionar: Por que não? Por que “não se pode conferir sentido diverso” ao texto constitucional? Por que não há outras leituras possíveis ou por que o sentido da Constituição é o que o Tribunal – ou o que o ministro – entende que seja?

Quando se reconhece que o texto constitucional é incompleto e, portanto, sujeito a múltiplas interpretações plausíveis, e que, conseqüentemente, as constituições devem permanecer abertas à interpretação,⁵⁶ vislumbra-se que a interpretação constitucional não pode se restringir à atividade consciente e intencional de explicitar o sentido da norma, fazendo-se necessária a adoção de uma perspectiva mais ampla do conceito de interpretação. Menelick de Carvalho Netto analisa a hermenêutica constitucional sob esse prisma e esclarece:

Assim, podemos concluir que, sob as exigências da hermenêutica constitucional ínsita ao paradigma do Estado Democrático de Direito, requer-se do aplicador do direito que tenha claro a complexidade de sua tarefa de intérprete de textos e equivalentes a texto, que jamais a veja como algo mecânico, sob pena de se dar curso a uma insensibilidade, a uma cegueira, já não mais compatível com a Constituição que temos e com a doutrina e a jurisprudência constitucionais que a história nos incumbe hoje de produzir.⁵⁷

admito é que haja absoluto alheamento entre a temática da ação direta e a finalidade inconstitucional [sic] da associação que, de certo modo, limita a sua própria personalidade jurídica. Já se disse que a personalidade jurídica, especialmente a de direito privado, é uma técnica de realização de interesses determinados, que tem os limites de sua atuação demarcados por suas finalidades institucionais” [grifo nosso] (ADI 305-4/RN, Tribunal Pleno, 22 mai. 1991. Voto do Min. Sepúlveda Pertence).

⁵⁶ Nesse sentido, esclarece Michel Rosenfeld: “Baseado nas observações precedentes, podemos concluir que a identidade constitucional surge como algo complexo, fragmentado, parcial e incompleto. Sobretudo no contexto de uma constituição viva, de uma *living constitution*, a identidade constitucional é o produto de um processo dinâmico sempre aberto à maior elaboração e à revisão. Do mesmo modo, a matéria constitucional (*the constitutional subject*) – de qualquer modo que seja definida – parece condenada a permanecer incompleta e sempre suscetível de maior definição, de maior precisão” (ROSENFELD, Michel. **A identidade do sujeito constitucional**. Trad. de Menelick de Carvalho Netto. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003. p. 23).

⁵⁷ CARVALHO NETTO, Menelick de. A hermenêutica constitucional sob o paradigma do Estado Democrático de Direito. *In: Notícia do direito brasileiro*. Nova série, nº 6. Brasília: Ed. UnB, 2º semestre de 1998, p. 250. Também nesse sentido, Rafaelle De Giorgi chama de ingênuo a concepção de que o sentido normativo seria claro e evidente: “A idéia segundo a qual o direito é um conjunto de comandos que o legislador dirige aos súditos – a que, hoje, prefere-se chamar cidadãos –, os quais, se compreenderem o conteúdo do comando, podem orientar sensatamente seu agir, é sugestiva, mas, sem dúvida, ingênuo. Da mesma forma, a idéia de que a linguagem transfere um conteúdo de sentido daquele que a emite àquele que a recebe, e que, portanto, basta observar o conteúdo de sentido almejado para aceitar que seja claro e preciso e para elaborar prognósticos sobre a compreensão e o comportamento do receptor, é algo um pouco menos sugestivo e talvez mais ingênuo. Ambas,

Interessante verificar, ademais, que alternativas ao entendimento esposado no voto supracitado haviam sido apresentadas minutos antes, no mesmo julgamento. O voto proferido pelo Min. Paulo Brossard, relator da ADIn, expôs leitura abrangente da Constituição, defendendo a igualdade entre legitimados:

Por que não se pode estabelecer essa relação entre a norma questionada e os objetivos da autora da ação? Porque a Constituição colocou entidade de classe no mesmo patamar que o Presidente da República; que o Procurador-Geral da República, que até ontem era o titular exclusivo da ação; que o Conselho Federal da Ordem dos Advogados; que a Mesa do Senado e da Câmara; que os partidos políticos com representação; que os Governadores de Estado.

[...] A Constituição enumerou autoridades e entidades para dar-lhes alta atribuição, que é bem mais política, de interferir para, com a suposta preocupação de sanear o sistema jurídico, eliminar as inconstitucionalidades, por desventura, existentes. E, colocou no mesmo plano o Presidente da República e uma confederação sindical; o Procurador-Geral da República e uma entidade de classe. Parece que se quis servir de entidades não investidas de autoridade, como são.⁵⁸

A despeito da possibilidade apresentada, foi justo nesse julgamento que o Supremo Tribunal Federal sedimentou o critério da pertinência temática. A partir de então, o STF estabeleceu definitivamente o entendimento anunciado anteriormente em outras decisões: a segregação entre os legitimados para a propositura de ações diretas de inconstitucionalidade. As confederações e entidades de classe passaram a possuir legitimação apenas para a defesa dos interesses de suas categorias, enquanto os demais entes possuem legitimação ampla para proteger a ordem constitucional. Surgiu, então, o que se chama até hoje de “pertinência temática”, ou melhor, a exigência de demonstração de pertinência temática.

Nos exatos termos da ementa do acórdão lavrado na ADI 1.114-6/DF: “A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal erigiu a pertinência, enquanto adequação entre

todavia, são iminentes à auto-representação do direito. Acompanham, pelo que sugere a literatura mais recente, as atuais preocupações das teorias jurídicas”. (DE GIORGI, Raffaele. O Deus com barba e o Deus sem barba. *In: Direito, Tempo e Memória*. Trad. de Guilherme Leite Gonçalves. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 188/189).

⁵⁸ ADI 305-4/RN, Tribunal Pleno, 22 mai. 1991. Voto do Min. Paulo Brossard. No mesmo sentido, em outro julgamento, o Min. Francisco Rezek defendeu: “Estou informado a respeito da tendência que nestes últimos anos assumiu a jurisprudência do Supremo, quanto à necessidade de se aferir o legítimo interesse da instituição promotora da ação direta, na norma que deseja ver proscria por inconstitucionalidade. Tenho dúvida a respeito disso. Custa-me muito admitir que o constituinte de 88 tenha desejado, ao franquear a diversas outras instituições e pessoas o que era até então privativo do Procurador-Geral da República, dar àquelas algo diverso do que pertencera, no passado, ao chefe do Ministério Público Federal” [grifo nosso] (ADI 159-1/PA, Tribunal Pleno, 16 out. 1992. Voto do Min. Francisco Rezek).

finalidades estatutárias e o conteúdo material da norma, como critério objetivo para o conhecimento de ação direta promovida pelas entidades de classe de âmbito nacional”.⁵⁹

A consequência da criação do critério da pertinência temática por parte do Supremo Tribunal Federal é a radical restrição do acesso de entidades representativas da sociedade civil aos debates constitucionais.

No caso da ADIn supracitada, proposta pela Confederação Nacional dos Trabalhadores Metalúrgicos – CNTM, o STF afirmou que a proponente enquadrou-se na hipótese do inciso IX do artigo 103 da Constituição Federal. Todavia, a ADIn não foi conhecida por ilegitimidade ativa *ad causam*. A CNTM foi julgada parte ilegítima porque o Tribunal não considerou atendido o critério da pertinência temática. Ou seja, a confederação atendeu ao requisito estabelecido pela Constituição, mas não teve a sua ação conhecida pelo Supremo Tribunal Federal.

Esse caso é especialmente ilustrativo também quanto ao conteúdo da declaração requerida. A CNTM queria ver declarada a inconstitucionalidade de dispositivos do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil, com o objetivo de que fossem revertidos para si os honorários advocatícios de seus patronos, integrantes do seu quadro de funcionários. Ocorre que, em razão do critério da pertinência temática, as confederações sindicais não possuem legitimação que lhes permita proteger a ordem constitucional, de modo que só podem defender os interesses da sua categoria. Diante disso, a Confederação alegou que suas associadas possuem advogados em seus quadros de funcionários e que, por isso, o pleito seria um interesse da categoria.

O STF entendeu, entretanto, que a matéria envolvida dizia respeito apenas à classe dos advogados com relação de emprego e que o fato de a CNTM contar com um grupo de advogados “acentua um interesse processual de agir que se incompatibiliza com o processo objetivo que envolve a ação direta de inconstitucionalidade. A noção de pertinência, ao

⁵⁹ ADI 1.114-6/DF, Tribunal Pleno, 31 ago. 1994. Ementa. A ementa do acórdão continua: “Tal orientação considerou, fundamentalmente, a natureza especial de tais entidades que, ao contrário das demais pessoas e órgãos legitimados para o controle abstrato de constitucionalidade, são entes privados, embora representem interesses coletivos”. O Min. Celso de Mello explica melhor o que o Tribunal entende por pertinência temática: “Um outro aspecto merece referência e diz respeito ao interesse de agir das entidades de classe, a envolver a necessidade de que demonstrem, objetivamente, a relação de pertinência entre a finalidade institucional que motivou a sua criação e o conteúdo e a natureza da lei ou ato normativo impugnado. A descoincidência entre esses dois elementos referenciais – finalidade da associação e conteúdo material da lei ou ato normativo – descaracterizará o interesse de agir e ensejará a carência da ação direta” [grifo nosso] (ADI 42-0/DF, Tribunal Pleno, 30 ago. 1989. Voto do Min. Celso de Mello).

contrário, fundamenta-se na objetiva coincidência entre os fins estatutários da entidade e o conteúdo material da norma impugnada [...]”.⁶⁰

No julgamento dos embargos de declaração, o Tribunal reiterou esse posicionamento, afirmando que o interesse de agir, de ordem subjetiva, da então embargante, “em sede de controle abstrato de constitucionalidade, não repercute em virtude da própria natureza objetiva desta jurisdição, em que, acima dos interesses individualizados, existe, como objeto, a integridade da ordem jurídica, calcada na supremacia da Constituição”.⁶¹

Assim, o STF estabeleceu que as confederações sindicais, por serem entes de natureza privada, não são aptas a preservar o interesse público, tratam apenas dos interesses subjetivos de suas categorias. Todavia, no mesmo caso, quando a CNTM apresentou um interesse subjetivo, ele não foi reconhecido, sob o argumento de que seria “incompatível com o processo objetivo que envolve a ação direta de inconstitucionalidade”.

Ora, como visto anteriormente, o STF entende que o processo objetivo é incompatível com qualquer interesse que não seja o interesse público. Entretanto, o mesmo Supremo Tribunal Federal criou o requisito da pertinência temática e impôs a defesa de interesses de categorias em sede de processo objetivo. Dessa forma, perde sentido o argumento de que determinado interesse não pode ser defendido em sede de ADIn porque “incompatível com o processo objetivo”. Transparece, portanto, a contradição no discurso do Supremo Tribunal Federal, que, ao exigir a pertinência temática, excepcionou a premissa básica do processo objetivo, e, depois, aplicou essa mesma premissa para afastar determinadas entidades.⁶²

⁶⁰ ADI 1.114-6/DF, Tribunal Pleno, 31 ago. 1994. Voto do Min. Ilmar Galvão.

⁶¹ ADI 1.114-0-ED/DF, Tribunal Pleno, 21 out. 1994. Voto do Min. Ilmar Galvão.

⁶² É possível questionar, inclusive, se o critério da pertinência temática não seria, em sua origem, contraditório com o sistema de controle de constitucionalidade. Gilmar Ferreira Mendes, em seu livro “Jurisdição Constitucional”, adota essa perspectiva: “Mais problemática ainda se figura a exigência de que haja uma *relação de pertinência* entre o objeto da ação e a atividade de representação da entidade de classe ou da confederação sindical. Cuida-se de inequívoca restrição ao direito de propositura, que, em se tratando de processo de natureza objetiva, dificilmente poderia ser formulado até mesmo pelo legislador ordinário. A *relação de pertinência* assemelha-se muito ao estabelecimento de uma condição da ação – análoga, talvez, ao interesse de agir –, que não decorre dos expressos termos da Constituição e parece ser estranha à natureza do processo de controle de normas. Por isso a fixação de tal exigência parece ser defesa até mesmo ao legislador ordinário federal, no uso de sua competência específica. Analise-se que a necessidade de que se desenvolvam critérios que permitam identificar, precisamente, as entidades de classe de âmbito nacional não deve condicionar, todavia, o exercício do direito de propositura da ação por parte das organizações de classe à demonstração de um interesse de proteção específico, nem levar a uma radical adulteração do modelo de controle abstrato de normas. Consideração semelhante já seria defeituosa, porque, em relação à proteção jurídica dessas organizações e à defesa dos interesses de seus membros, a Constituição assegura o mandado de segurança coletivo (art. 5º, LXX, *b*), que pode ser utilizado pelos sindicatos ou organizações de classe ou associações existentes há pelo menos um ano, também no interesse de seus membros. Uma tal restrição ao direito de propositura não se deixa compatibilizar, igualmente, com a natureza do controle abstrato de normas e criaria uma injustificada diferenciação entre os entes ou órgãos autorizados a propor ação, diferenciação essa que não encontra respaldo na Constituição”

Verifica-se, assim, a ausência de parâmetros claros para delinear a participação social. No julgamento em questão, por exemplo, não é possível identificar que tipo de interesse pode ser defendido pela CNTM. Surge, então, o seguinte questionamento: de acordo com o entendimento do Supremo Tribunal Federal, as confederações são legitimadas a defender, em sede de ADIn, o interesse público, os interesses subjetivos de suas respectivas categorias ou nenhum deles?

O exame das manifestações do STF permite identificar que a legitimação de confederações sindicais e entidades de classe foi restringida pelo Tribunal sob o argumento de que a natureza privada dessas associações impôs a interpretação adotada. Ocorre que os partidos políticos são pessoas jurídicas de direito privado e que o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil é uma associação de classe.⁶³ Diante disso, a princípio, essas entidades também estariam sujeitas à pertinência temática e, portanto, também teriam a sua legitimação limitada pela construção jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal. Entretanto, não foi isso o que aconteceu.

Ao analisar a legitimação dos partidos políticos, o STF julgou que o critério da pertinência temática não lhes seria aplicável, de modo que eles teriam legitimação ativa ampla para defender a ordem constitucional. É possível destacar alguns dos argumentos balizadores desse posicionamento na ementa da ADI 1.096-4/RS, cujos principais trechos seguem transcritos:

PARTIDO POLÍTICO E PERTINÊNCIA TEMÁTICA NAS AÇÕES DIRETAS: Os Partidos Políticos com representação no Congresso Nacional acham-se incluídos, para efeito de ativação da jurisdição constitucional concentrada do Supremo Tribunal Federal, no rol daqueles que possuem legitimação ativa universal, gozando, em consequência, da ampla prerrogativa de impugnar qualquer ato normativo do Poder Público, independentemente de seu conteúdo material.

(MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição constitucional**: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 174).

⁶³ Quanto aos partidos políticos, o artigo 17, § 2º, da Constituição Federal estabelece: “Art. 17. § 2º Os partidos políticos, após adquirirem personalidade jurídica, na forma da lei civil, registrarão seus estatutos no Tribunal Superior Eleitoral” [grifo nosso]. Ademais, já em 1995, a Lei nº 9.096 afastou qualquer dúvida relacionada ao tema: “Art. 1º O partido político, pessoa jurídica de direito privado, destina-se a assegurar, no interesse do regime democrático, a autenticidade do sistema representativo e a defender os direitos fundamentais definidos na Constituição Federal” [grifo nosso]. Com relação ao Conselho Federal da OAB, de fato, a previsão normativa não é clara sobre a sua natureza jurídica, prevalece o entendimento de que a OAB seria autarquia especial de polícia administrativa, por fiscalizar a profissão de advogado. Todavia, a despeito dessa polêmica, deve-se ressaltar que, de acordo com o Estatuto da Advocacia e da OAB (Lei nº 8.906, de 04 de julho de 1994), “Art. 54. Compete ao Conselho Federal: II – representar, em juízo ou fora dele, os interesses coletivos ou individuais dos advogados”. Verifica-se, portanto, que o Conselho Federal da OAB é a entidade representativa da classe dos advogados, a exemplo das confederações sindicais e das associações de classe de âmbito nacional.

A posição institucional dos Partidos Políticos no sistema consagrado pela Constituição do Brasil confere-lhes o poder-dever de, mediante instauração do controle abstrato de constitucionalidade perante o STF, zelarem tanto pela preservação da supremacia normativa da Carta Política quanto pela defesa da integridade jurídica do ordenamento consubstanciado na Lei Fundamental da República.

[...] O reconhecimento da legitimidade ativa das agremiações partidárias para a instauração do controle normativo abstrato, sem as restrições decorrentes do vínculo de pertinência temática, constitui natural derivação da própria natureza e dos fins institucionais que justificam a existência, em nosso sistema normativo, dos Partidos Políticos.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal erigiu o vínculo de pertinência temática à condição objetiva de requisito qualificador da própria legitimidade ativa ad causam do Autor, somente naquelas hipóteses de ação direta ajuizada por confederações sindicais, por entidades de classe de âmbito nacional, por Mesas das Assembléias Legislativas estaduais ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal e, finalmente, por Governadores dos Estados-membros e do Distrito Federal. Precedentes.⁶⁴

O Supremo Tribunal Federal deixa claro, portanto, que “todas as entidades ou autoridades públicas de âmbito federal não estão sujeitas ao requisito da pertinência, construção desta Corte com relação às entidades ou autoridades públicas estaduais, bem como às entidades de direito privado, dado o âmbito restrito de atuação destas”.⁶⁵ Novamente, as manifestações olvidam o fato de os partidos políticos serem pessoas jurídicas de direito privado. Por que, então, a restrição direcionada a confederações e entidades de classe não se aplica aos partidos políticos?

As declarações do STF fundamentam a legitimação ampla dos partidos na “posição institucional” que eles ocupam no Estado de Direito⁶⁶. Defendem que esses entes atuam “como **corpos intermediários**, posicionando-se, nessa particular condição, entre a sociedade civil e a sociedade política” e também “como canais institucionalizados de expressão dos anseios políticos e das reivindicações sociais dos diversos estratos e correntes de pensamento que se manifestam no seio da comunhão nacional”.⁶⁷

O entendimento ora exposto tornou-se jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Em 2004, uma década depois da decisão paradigmática analisada, o Tribunal reiterou a legitimação ampla dos partidos políticos com fulcro em razões muito semelhantes. O Min.

⁶⁴ ADI 1.096-4/RS, Tribunal Pleno, 16 mar. 1995. Ementa. [grifo no original]. Conforme disposto no acórdão supracitado, o STF entendeu que o critério da pertinência temática também seria aplicável às Mesas de Assembléias Legislativas e da Câmara Legislativa do Distrito Federal e a Governadores de Estado ou do Distrito Federal quando o ato normativo impugnado for de Estado diverso do do autor. Nesse sentido: ADI 902-8-MC/SP, Tribunal Pleno, 03 mar. 1994.

⁶⁵ ADI 1.096-4/RS, Tribunal Pleno, 16 mar. 1995. Voto do Min. Moreira Alves.

⁶⁶ ADI 1.096-4/RS, Tribunal Pleno, 16 mar. 1995. Voto do Min. Celso de Mello.

⁶⁷ ADI 1.096-4/RS, Tribunal Pleno, 16 mar. 1995. Voto do Min. Celso de Mello.

Carlos Ayres Britto afirmou reverenciar e reforçar a “firme jurisprudência” que afasta dos partidos o reclamo da pertinência temática.⁶⁸

Interessante identificar como a atuação dos partidos é valorizada em razão de eles representarem a sociedade. É no mínimo curioso, entretanto, contrapor esse posicionamento à restrição à legitimação de outros representantes da sociedade, a saber: confederações e entidades de classe. O STF reconhece e privilegia a participação de partidos políticos enquanto “corpos intermediários” e “canais institucionalizados” dos anseios sociais, ao mesmo tempo em que afasta as confederações e entidades de classe – que também são aptas a levar ao Tribunal as opiniões e aspirações dos diferentes setores da sociedade.

O Supremo Tribunal Federal procede, então, à segregação dos entes legitimados pela Constituição – que não estabeleceu qualquer diferença entre eles. Apesar de apontar o caráter privado de alguns deles como razão para limitar a sua legitimação, o STF excepcionou esse entendimento para reconhecer a legitimação ampla dos partidos políticos. O Tribunal o excepcionou, novamente, para reconhecer a legitimação ampla também do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil.

A despeito de o Conselho Federal da OAB ser uma entidade de classe, o Supremo Tribunal Federal decidiu que a restrição advinda da exigência de pertinência temática não se aplica ao ente. A justificativa apresentada para diferenciar o Conselho das outras associações de classe foi o fato de a Constituição o haver destacado dos demais, colocando-o em inciso próprio. É o que dispõe a ementa da ADI 3-9/DF:

[...] em se tratando do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, sua colocação no elenco que se encontra no mencionado artigo, e que a distingue das demais entidades de classe de âmbito nacional, deve ser interpretada como feita para lhe permitir, na defesa da ordem jurídica com o primado da Constituição Federal, a propositura de ação direta de inconstitucionalidade contra qualquer ato normativo que possa ser objeto dessa ação, independe do requisito da pertinência entre o seu conteúdo e o interesse dos advogados como tais de que a Ordem é entidade de classe.⁶⁹

O STF entendeu, portanto, que, ao situar o Conselho em inciso próprio, a Constituição o reconheceu como defensor da ordem jurídica, e não como “mero órgão de

⁶⁸ ADI 3.059-1/RS, Tribunal Pleno, 15 abr. 2004. Voto do Min. Carlos Ayres Britto. Ao fundamentar seu posicionamento, o ministro questiona: “[...] como recusar entranhado interesse pela depuração constitucional da Ordem Jurídica, seja qual for o assunto posto em debate, a quem se constitui na mais acabada expressão institucional desse princípio jurídico estruturante que é o ‘Pluralismo Político’ (inciso V do art. 1º da Constituição Federal)? Pluralismo que se põe como um dos explícitos ‘fundamentos’ da República Federativa do Brasil, exatamente por encarnar o reino-em-si da multilateralidade de concepções quanto aos negócios da polis?”

⁶⁹ ADI 3-9/DF, Tribunal Pleno, 07 fev. 1992. Ementa.

representação dos interesses da categoria profissional”. Nesse sentido, o Min. Sepúlveda Pertence esclarece:

55. A singularidade conferida à Ordem – legitimada independentemente de sua função corporativa –, valeu pelo reconhecimento constitucional, não apenas de seu papel histórico na defesa das liberdades, nos períodos autoritários, mas também da singularidade, de que tanto se orgulha, de ser uma entidade de classe à qual a lei já conferira, desde 1963, a função, nimirmente política de “defender a ordem jurídica e a Constituição da República” (L. 4.215, art. 18, I).⁷⁰

Assim, o ministro menciona que a OAB se destacaria das demais associações de classe em razão também do seu papel histórico na defesa das liberdades. De fato, a OAB destacou-se no processo de redemocratização do país.⁷¹ Entretanto, cabe lembrar que outras entidades também tiveram papel fundamental na luta pela democracia, como, por exemplo, o movimento sindical, a Igreja Católica e parte do empresariado nacional.⁷² Por que, então, essas entidades foram diferenciadas da OAB?

⁷⁰ ADI 42-0/DF, Tribunal Pleno, 20 set. 1989. Voto do Min. Sepúlveda Pertence.

⁷¹ Nesse sentido, Cristiano Paixão e Leonardo Barbosa narram a atuação da OAB nesse processo: “Raymundo Faoro, que assumiu a presidência da Ordem no mesmo dia em que Geisel decretou o recesso do Congresso Nacional para outorgar o Pacote de Abril, de imediato lançou a instituição em uma campanha pela Constituinte. Em agosto de 1977, Goffredo Teles Júnior e vários acadêmicos de peso divulgaram a Carta aos Brasileiros, manifesto que, dando continuidade aos protestos de abril, ‘conclamara a Nação a procurar a única via legítima, com que restaurar as instituições democráticas despedaçadas – a convocação de uma Assembléia Nacional Constituinte’. Em 1981, Faoro lançou o breve texto ‘Assembléia Constituinte: a legitimidade recuperada’, no qual criticava os ‘remendos constitucionais’ propostos pelo governo militar. Naquele ponto, o debate sobre o *modus operandi* e sobre a legitimidade para a convocação da Constituinte começava a desenhar-se. Também em 1981, entre 30 de setembro e 3 de outubro, a OAB realizou, em Porto Alegre, o Congresso Pontes de Miranda, no qual chegou a ser aprovado um ‘anteprojeto de sugestão para uma futura Constituição’. O Congresso foi resultado de mais de um ano de debates na Ordem e o anteprojeto chegou a ser publicado pela seccional gaúcha em parceria com o Instituto dos Advogados do Rio Grande do Sul. Em 1983 a Ordem realizaria o Congresso Nacional de Advogados Pró-Constituinte, entre 1º e 4 de agosto, em São Paulo. Os Anais do evento, posteriormente publicados, registravam, logo em sua abertura, nas palavras do então presidente Mário Sérgio Duarte Garcia: ‘A Ordem dos Advogados do Brasil, desde o ‘pacote de abril’ (abril/1977), vem, intransigentemente, lutando pelo reordenamento constitucional brasileiro, convicta de que, sem uma nova Constituição, fundamentada em princípios democráticos e diretrizes ajustadas à realidade nacional, não é possível a estabilidade da vida político-institucional. Para essa finalidade, torna-se indispensável a convocação de uma Assembléia Nacional Constituinte” (BARBOSA, Leonardo A. de Andrade e Cristiano Paixão. *Cidadania, democracia e constituição: o processo de convocação da Assembléia Nacional Constituinte de 1987-1988*. In: PEREIRA, Flávio Henrique Unes e Maria Tereza Fonseca Dias. **Cidadania e Inclusão Social: Estudos em homenagem à Professora Miracy Barbosa de Sousa Gustin**. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 121/132).

⁷² A esse respeito, Cristiano Paixão e Leonardo Barbosa esclarecem: “Uma das forças populares mais organizadas do cenário político entre fins da década de 70 e meados da década de 80, o movimento sindical, também teve participação relevante na gestação do processo constituinte. O movimento sindical pronunciou-se oficialmente a favor da realização de uma Assembléia Constituinte pela primeira vez durante a Conferência Nacional da Classe Trabalhadora – CONCLAT, realizada entre 21 e 23 de agosto de 1981, em Praia Grande, São Paulo. De acordo com a CONCLAT, era necessário viabilizar ‘a elaboração de uma Constituição que [garantisse] os direitos fundamentais da classe trabalhadora’. A mobilização da Igreja Católica também merece destaque. O envolvimento da Igreja no processo de transição e, mais especificamente, no próprio processo Constituinte é intenso. Uma boa síntese das expectativas da CNBB em relação à elaboração da nova Constituição

Como visto, diversas razões foram apresentadas pelo Supremo Tribunal Federal para afastar de determinadas entidades a necessidade de demonstração da pertinência temática – os partidos políticos ocupariam uma posição institucional diferenciada, enquanto o Conselho da OAB foi previsto em inciso próprio. Além de partidos políticos e do Conselho Federal da OAB, a Associação dos Magistrados Brasileiros – AMB também foi excepcionada, mesmo possuindo natureza privada e não havendo sido destacada pela Constituição em inciso próprio.

No julgamento da ADI 138-8/RJ – proposta pela AMB –, o STF debateu a legitimidade ativa da associação. Apesar de a AMB já haver sido admitida pelo STF como entidade de classe de âmbito nacional, existia dúvida com relação à comprovação da pertinência temática na hipótese em questão. Diante disso, alguns ministros defenderam a necessidade de “dar maior amplitude na aceitação das ações diretas de inconstitucionalidade que visem à defesa da classe que ela representa”, uma vez que a AMB seria a única representante do Poder Judiciário⁷³. Nesse sentido, o Min. Sydney Sanches sustentou que, em

pode ser encontrada no documento intitulado ‘Por uma nova ordem constitucional’, adotado pela XXIV Assembléia Geral da Conferência, realizada em Itaiçara, em abril de 1986. O documento enfatizava a necessidade de adoção de procedimentos que estimulassem a participação popular e, ao mesmo tempo, permitissem a assimilação dos resultados dessa participação no debate constituinte. A idéia central era, com a nova Constituição, ‘inverter a posição tradicional, que dá ao Estado toda a primazia da iniciativa social. A sociedade deverá ganhar a condição de sujeito coletivo da transformação’. Interessava, portanto, romper com uma tradição constitucional tecnocrática, de ‘escassa representatividade popular’. Para tanto, a CNBB apostava no desenvolvimento de instrumentos de exercício da democracia capazes de colocar a ação do Estado a serviço da sociedade. A ampliação do apoio à redemocratização, entretanto, não se restringia aos setores até aqui mencionados. Mesmo parte do empresariado, que apoiara entusiasticamente o golpe em 1964, parecia disposta a respaldar medidas liberalizantes. A mudança de posição de um setor sócio-econômico outrora dócil ao governo era, sem dúvida, um fato relevante. Thomas Skidmore registra que, em 1979, ‘oito eminentes industriais paulistas lançaram um manifesto pedindo rápido retorno à democracia. Entre os subscritores figuravam Severo Gomes, José Mindlin, Antônio Ermírio de Moraes e Laerte Setúbal’. Entre estes, o ex-ministro da Indústria e Comércio do governo Geisel, Severo Gomes, ganharia destaque. Gomes tornou-se, mais tarde, um dos principais nomes do processo de transição, defendendo abertamente a realização da Constituinte enquanto exercia mandato de senador da República por São Paulo, entre 1983 e 1991. A declaração dos industriais sinalizava, antes de tudo, uma divisão nas fileiras do grande empresariado nacional” (BARBOSA, Leonardo A. de Andrade e Cristiano Paixão. *Cidadania, democracia e constituição: o processo de convocação da Assembléia Nacional Constituinte de 1987-1988*. In: PEREIRA, Flávio Henrique Unes e Maria Tereza Fonseca Dias. **Cidadania e Inclusão Social**: Estudos em homenagem à Professora Miracy Barbosa de Sousa Gustin. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 121/132).

⁷³ O Min. Aldir Passarinho defendeu esse posicionamento nos seguintes termos: “Ora, se os órgãos do Executivo e do Legislativo e Conselho Federal da OAB, além de outras entidades, podem, pelas suas cúpulas, oferecer ações diretas de inconstitucionalidade à apreciação do Supremo Tribunal Federal, na verdade, há uma diferença sensível em relação ao Poder Judiciário, que não pode fazê-lo, porque não se inclui nesse elenco do art. 103. Ora, havendo a Associação de Magistrados, que é de âmbito nacional, demonstrando haver interesse dos magistrados pela vinculação de vencimentos, discutida na Ação, e que pode atingi-los de maneira pelo menos indireta, mas sem dúvida presente, parece-me que devemos, em relação a essa Associação, dar maior amplitude na aceitação das ações diretas de inconstitucionalidade que visem à defesa da classe, que ela representa, já que nenhum órgão do Poder Judiciário como se disse, pode propor ação direta de inconstitucionalidade” (ADI 138-8/RJ, Tribunal Pleno, 14 fev. 1990. Voto do Min. Aldir Passarinho). Cabe ressaltar que essa linha de argumentação não foi recebida tranquilamente por todos os ministros. O Min. Paulo Brossard alertou que: “Determinadas autoridades – Presidente da República, Mesa da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, Procuradoria Geral da República

tese, os magistrados teriam interesse na ação, “senão estritamente jurídico, ao menos eminentemente político”:

Penso que essas indagações levam à resposta de que há um interesse político manifesto dos magistrados na propositura da ação como a da espécie.

E como a ação direta de inconstitucionalidade não se rege apenas pelos princípios estritamente jurídico-processuais, mas por outros, mais altos, de notório conteúdo político, dada sua própria natureza e finalidade, como tem acentuado esta Corte, em vários precedentes, a legitimidade ativa e o interesse de agir devem ser aferidos por critérios políticos e não estritamente jurídicos e processuais.

Aliás, não se pode negar a relação de pertinência, entre as finalidades estatutárias da A.M.B. e os objetivos perseguidos com a propositura da presente ação.⁷⁴

Importante atentar para a relação entre direito e política que o voto supracitado deixa transparecer. O ministro diz expressamente que as ADIns não são julgadas apenas por critérios jurídicos, admite, portanto, que argumentos políticos são utilizados inclusive na determinação dos legitimados à propositura de ações diretas. O que mais chama a atenção, todavia, é a afirmação de que os princípios de conteúdo político seriam “mais altos” que os jurídico-processuais, o que indica uma perspectiva de primazia da política sobre o direito.

Entretanto, direito e política são sistemas distintos, não há que se falar em primazia de um sobre o outro. De fato, a constituição é uma estrutura comum aos dois sistemas, ocorre que a sua função é fixar regras capazes de limitar o contato entre esses dois sistemas, assegurando a sua autonomia recíproca.⁷⁵

– falam como autoridades nacionais e não na defesa de tal ou qual interesse, porque têm, de certa forma, responsabilidade na defesa da ordem constitucional, indiferentemente a este ou àquele interesse” (ADI 138-8/RJ, Tribunal Pleno, 14 fev. 1990. Voto do Min. Paulo Brossard).

⁷⁴ ADI 138-8/RJ, Tribunal Pleno, 14 fev. 1990. Voto do Min. Sydney Sanches. [grifo no original].

⁷⁵ Sobre a função da constituição sob uma perspectiva sociológica, ver LUHMANN, Niklas. **A Constituição como Aquisição Evolutiva**. Trad. de Menelick de Carvalho Netto (para fins acadêmicos). In: ZAGREBELSKY, Gustavo, PORTINARO, Pier Paolo, LUTHER, Jörg. *Il Futuro della Costituzione*. Torino: Einaudi, 1996. A esse respeito, Giancarlo Corsi esclarece: “A única tentativa de estudar a constituição do ponto de vista sociológico deu-se da perspectiva da teoria dos sistemas e caminha numa direção completamente oposta à noção de fundamento ou de vínculo último do direito (Luhmann 1990). Resumindo, brevemente: trata-se, aqui, de se considerar a constituição como o ‘acoplamento estrutural de direito e política’, entendendo-se estes como dois diferentes subsistemas da sociedade atual. Com esta formulação – muito abstrata, como ocorre sempre quando se trata da teoria dos sistemas – pretende-se descrever a situação na qual dois sistemas são completamente autônomos e, mediante uma estrutura comum (no caso, a constituição), especificam de modo extremamente circunscrito e seletivo as possibilidades de ‘se irritarem’ reciprocamente. O termo ‘irritação’ é entendido, aqui, como capacidade de reação a situações ou eventos gerados por fatores externos; no nosso caso, basta pensar na legislação como constante fator de irritação do direito por parte da política. Diversamente do que pode parecer à primeira vista, portanto, a invenção da constituição é, sobretudo, uma reação à diferenciação (moderna) entre direito e política e uma tentativa de resolver (ou esconder!) os seus problemas: o problema da soberania política e o problema da positivação (autodeterminação) do direito. Em ambos os casos, o problema manifesta-se como um paradoxo; o paradoxo do soberano que vincula/desvincula a si mesmo através de suas próprias decisões e o paradoxo do direito que se arroga no direito de discriminar de acordo com o direito, produzindo assim a

Nesse sentido, os tribunais – enquanto organizações centrais do sistema jurídico – também precisam manter a autonomia do direito em relação ao sistema político. A esse respeito, Celso Campilongo esclarece que essa exigência aplica-se também ao Supremo Tribunal Federal, que deve decidir com base em critérios jurídicos:

Os tribunais precisam de independência em relação ao sistema político. Em especial quando as questões que lhe são submetidas envolvam o direito público. Como proteger quem espera o cumprimento das normas, quando as grandes violações à lei partem do próprio Estado? Só neutralizando a força da política e estabilizando a autonomia do sistema jurídico. O mundo moderno não comporta uma visão hierárquica das relações entre legislação e jurisdição. O juiz deixou de ser, há muito tempo – se é que algum dia foi – a mecânica boca da lei. Isso gera a ilusão de que, ao afirmar sua autonomia em relação ao sistema político, os tribunais se constituam em novos poderes políticos, livres das limitações que lhe impõem o próprio direito.

Por mais racionais, rigorosos e coerentes que sejam os sistemas normativos – o que se admite apenas para argumentar, em afrontoso descaso para com a realidade – nenhuma limitação jurídica seria tão penetrante ao ponto de suprimir a margem de incerteza inerente à decisão judicial. Restariam sempre as dúvidas do tipo: como interpretar a norma?; como fixar os fatos?; quais as possíveis relações entre os fatos e as normas? Onde essas dúvidas não existem, não há o que decidir. Quando elas ocorrem, não basta o recurso às normas jurídicas. É preciso se valer também de regras que, reconhecendo a margem de incerteza inerente ao direito, viabilizem a decisão. Mas nada disso faz dos tribunais um poder político e muito menos incondicionado. Ao contrário, quanto maiores as dúvidas, conflitos e discrepâncias sobre as normas, maiores também as exigências de que os tribunais operem desconsiderando variáveis do tipo governo/oposição, rico/pobre, autoridade/cidadão. Estabiliza-se, ao mesmo tempo, um tratamento às desilusões de expectativas restrito à variável legal/ilegal. [...]

O sistema jurídico – e, no seu interior, os tribunais – procura despolitizar os problemas. Não no sentido de negar as inevitáveis consequências políticas das decisões judiciais. Mas sim agindo como instância que identifica, distingue e corrige as decisões do sistema político que desafiam ou põem em risco a integridade do sistema jurídico. Caso direito e política desempenhassem a mesma função, como justificar sentenças contrárias ao governo?⁷⁶

diferença entre certo e errado, entre lícito e ilícito, e assim por diante. A constituição não elimina, certamente, estes paradoxos, mas limita-se a transferir o peso de um sistema ao outro: a soberania é transferida, da posição de vértice na hierarquia social para o povo, encontrando sua legitimação no vínculo jurídico constitucional; o direito, por sua vez, remete a legitimação da constituição como texto jurídico ao ato político da assembléia ‘constituente’ e à legislação. Mediante estas formas de externalização (‘povo’ e ‘constituente’) de seus problemas de indecibilidade paradoxal é aberta, em ambos os sistemas do direito e da política, uma nova potencialidade dinâmica e, com esta, horizontes de possibilidades antes impensáveis. Desta perspectiva, a constituição é, mais que um vínculo, um fator de liberdade: o valor político das operações jurídicas e o valor jurídico das operações políticas concentram-se, apenas, na referência à constituição, que estabelece por sua vez os critérios de organização política do poder e os critérios de geração do direito” (CORSI, Giancarlo. **Sociologia da Constituição**. Trad. de Juliana N. Magalhães. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Nº 39. Belo Horizonte: UFMG, janeiro-junho de 2001).

⁷⁶ CAMPILONGO, Celso Fernandes. A função política do Supremo Tribunal Federal. In: **O direito na sociedade complexa**. São Paulo: Max Limonad, 2000, p. 98/99. Nesse sentido, Raffaele De Giorgi afirma: “A seleção é condicionada em virtude do fato de que se produz direito somente com base em direito e se anula

Ademais, é possível verificar também que, a fim de reconhecer a legitimidade ativa da AMB na ADI 138-8/RJ, o Supremo Tribunal Federal afastou a pertinência temática e retomou o discurso de que a ação direta de inconstitucionalidade se prestaria à defesa de interesses mais amplos que os diretamente vinculados a determinada categoria. Cabe perguntar: por que essa inversão com relação à AMB?

Conforme colacionado, o argumento apresentado foi o fato de a AMB representar os interesses do Poder Judiciário. Pode-se indagar, então, se a categoria representada pela AMB – ou melhor, a importância da categoria representada pela AMB –, determinou uma leitura mais flexível do critério da pertinência temática com relação àquela entidade de classe. O Min. Moreira Alves expôs essa situação ao Tribunal e opôs-se a ela:

Ora, a Associação Nacional dos Magistrados, ainda que congregue uma categoria funcional a que cabe a defesa da ordem jurídica do País, tem legitimação ativa, em matéria de ação direta de inconstitucionalidade, não em razão das atribuições da classe que congrega, mas em virtude de ser entidade de classe de âmbito nacional como qualquer outra que reúna uma categoria profissional qualquer que seja as atribuições dela. Por isso não tem a referida associação legitimidade para propor ação direta de inconstitucionalidade contra ato normativo federal ou estadual independentemente do requisito da pertinência entre o disposto na norma e a defesa da classe que ela congrega.⁷⁷

O exame dessas decisões permite vislumbrar que a pertinência temática não é apenas uma construção jurisprudencial restritiva; trata-se de um critério muito mais complexo, na medida em que não tem seus destinatários, tampouco seus limites definidos de forma clara. Pelo contrário, desde a sua concepção, a aplicação do critério é marcada por exceções e atenuações, sob os mais diversos fundamentos.

Todavia, independentemente das razões apresentadas, verifica-se que a pertinência possibilita a seleção dos entes que têm livre acesso ao Tribunal e dos que não o têm.

A pertinência é uma fórmula ambígua que pode ser utilizada pelo julgador para decidir com fulcro em critérios não-jurídicos, como valores morais, interesses econômicos,

direito somente com base em direito. A normatividade do direito positivo refere-se a si mesma. Isto limita o abuso político do direito através do direito, mas somente porque o condiciona” (DE GIORGI, Raffaele. O Deus com barba e o Deus sem barba. *In: Direito, Tempo e Memória*. Trad. de Guilherme Leite Gonçalves. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 180).

⁷⁷ ADI 138-8/RJ, Tribunal Pleno, 14 fev. 1990. Voto do Min. Moreira Alves.

dentre outros. Com isso, aumenta-se o risco de leituras arbitrárias e autoritárias do dispositivo constitucional que previu a participação social no controle de constitucionalidade.⁷⁸

O voto do Min. Ilmar Galvão na ADIn 1.114-6/DF evidencia algumas das concepções que embasaram a construção jurisprudencial em torno do critério da pertinência temática, especialmente no que diz respeito à determinação dos entes que se submetem ao critério e dos que estão dispensados da restrição. Segue trecho bastante elucidativo:

Na hipótese de confederações sindicais, não há razão para deixar de aplicar-se o critério de pertinência, reconhecido nos precedentes acima indicados, já que, de modo relevante, destaca-se a circunstância de que tais órgãos, assim como as entidades de classe de âmbito nacional, representam interesses nitidamente privados, sem a conotação de uma generalidade que os habilite a uma inserção sem limites no domínio do controle de constitucionalidade.

Em ambas as hipóteses, o fator de coesão relaciona-se diretamente a um interesse particular, que se reflete nos fins estatutários de cada uma destas entidades, sendo possível ter por certo que a própria colocação de ambas num mesmo inciso é sintomática de uma opção predestinada a um tratamento paritário nas questões centrais, mesmo porque, como assinalado, não deixa a confederação de ser uma entidade nacional de classe.

Não se pode olvidar que a Constituição conferiu para os partidos políticos, pessoas jurídicas de direito privado, a legitimidade para igualmente acionar a jurisdição constitucional concreta, mas tais órgãos não atuam precipuamente na esfera dos interesses privados, mas antes exercem atividade política, que presume o interesse público, justificando, assim, que não lhes seja aplicável o critério da pertinência.

Por sua vez, a Ordem dos Advogados do Brasil, embora seja uma entidade de classe, com estas não se confunde para os efeitos de legitimidade em ação direta de inconstitucionalidade, já que a sua própria natureza autárquica revela a importância de sua atuação, transcendendo, portanto, dos limites de mero órgão de representação dos interesses da categoria profissional, para assumir uma missão relevante na administração da Justiça, como é ressaltado pelo art. 133 da Constituição Federal, e, portanto, na própria preservação da ordem jurídica. Bem por isso, é que esta Corte, no julgamento da ADI nº 3, Relator Ministro MOREIRA ALVES, afastou a aplicação do critério da pertinência nas ações promovidas pelo Conselho Federal.

Este quadro evidencia perfeitamente a singularidade da situação das entidades indicadas no inc. IX do art. 103 da Carta Magna que, por sua

⁷⁸ Guilherme Cintra Guimarães, ao analisar a aplicação do princípio da proporcionalidade pelo Supremo Tribunal Federal, deparou-se com riscos semelhantes e alertou: “Tanto o risco de uma leitura moral autoritária da constituição quanto o de uma instrumentalização pragmática dos seus princípios parecem ser significativamente incrementados quando a decisão de um caso é construída com base em critérios de proporcionalidade, razoabilidade, ponderação. Na jurisprudência recente do Supremo Tribunal Federal, o princípio da proporcionalidade tem sido constantemente utilizado não apenas como um princípio constitucional entre outros, mas como uma espécie de ‘princípio dos princípios’, como princípio que serve de critério para a solução de conflitos entre princípios, como um ‘limite dos limites’. Essa utilização constante, automática e, em muitos casos, irrefletida sugere a necessidade de que seja dada uma atenção especial a esse princípio, pois há fortes indícios de que, pela ‘porta da proporcionalidade’, são re-introduzidos no direito diversos argumentos e valores morais, políticos e econômicos que contribuem para incrementar os riscos de autoritarismo e de pragmatismo na jurisdição constitucional brasileira” (GUIMARÃES, Guilherme F. A. Cintra. **O uso criativo dos paradoxos do direito na aplicação de princípios constitucionais**: abertura, pragmatismo e autoritarismo na jurisdição constitucional brasileira. Dissertação de Mestrado em Direito. Universidade de Brasília, 2007).

essencial semelhança no ponto relevante para a questão aqui colocada, autoriza a extensão do critério da pertinência também para as confederações sindicais.⁷⁹

Uma leitura possível da decisão supracitada – e do reiterado entendimento que ela reflete – é a de que o Supremo Tribunal Federal escolhe, dentre os legitimados pela Constituição, quais resguardam a ordem constitucional – ou seja, o interesse público propriamente dito – e quais defendem apenas os interesses de suas respectivas categorias. Para tanto, utiliza a distinção público/privado como premissa para o entendimento de que entes de natureza privada não podem defender interesses públicos.

Necessário atentar para o fato de que o STF parte da premissa de que determinados entes atuam na defesa do interesse público e que outros não são capazes de fazê-lo. Assim, ao invés de analisar as ações em que se estaria defendendo o interesse público – conforme, portanto, às características de um processo objetivo –, o Tribunal estabelece uma distinção *a priori*, a partir do autor da ação. Presume, portanto, que as ações propostas por certos entes defendem o interesse público, enquanto as ações propostas pelos outros defendem apenas interesses de categorias.⁸⁰

As decisões analisadas indicam que o Supremo Tribunal Federal presume que o Estado deteria a prerrogativa de defesa da ordem constitucional. Em razão disso, o critério da pertinência temática não seria aplicável a entidades com vínculos estreitos com o Poder Público, ainda que de natureza privada.

Ocorre que, sob uma outra perspectiva, é possível perceber que o Estado não mais corporifica o interesse público e, por vezes, consubstancia-se em seu violador. Nesses casos, é a própria sociedade plural que deve defender seus interesses e, para tanto, precisa de instrumentos que permitam tais influências. Menelick de Carvalho Netto esclarece que a interpretação constitucional é um dos elementos por meio dos quais a sociedade participa da construção do sentido constitucional:

A comunidade de intérpretes da Constituição, para usar a expressão consagrada por Peter Häberle, é que impede que a Constituição possa ser arbitrariamente considerada como doada a um determinado órgão que, a título de se apresentar como o seu guardião, não guardaria nada mais do que os próprios interesses egoísticos e as visões privadas de seus membros. Os

⁷⁹ ADI 1.114-6/DF, Tribunal Pleno, 31 ago. 1994. Voto do Min. Ilmar Galvão.

⁸⁰ Nesse sentido, afirmou o Min. Moreira Alves: “De outra parte, em se tratando de entidades de classe de âmbito nacional, a necessidade da pertinência do objeto da ação com essa espécie de autora diz respeito aos interesses da classe, e não ao interesse genérico de que os atos normativos, quaisquer que sejam, não ofendam a Constituição Federal” (ADI 591-0-MC/DF, Tribunal Pleno, 25 out. 1991. Voto do Min. Moreira Alves).

princípios estruturantes do constitucionalismo, resgatados não na concepção jusnaturalista mas na idéia de integridade do Direito, é que podem garantir a exigência de que a Constituição se apresente como algo que pertença intersubjetivamente a todos os cidadãos, pois base dessa comunidade de homens livres e iguais que vivem sob a égide das leis que fizeram para autogerem-se em sua vida em comum. Algo que não é passível de ser assenhorado, privatizado, por nenhum dos órgãos estatais, sob pena de se esvaír, de se esvaziar, de não ser nada a não ser a face mais visível da própria descrença nas instituições, da anomia.⁸¹

De fato, a seletividade, tal como estabelecida pelo STF, apresenta distorções, na medida em que se verifica a fragilidade das presunções estabelecidas pela Corte e, ainda, a forma como ela lida com essas fragilidades.

O estudo pormenorizado de algumas ações propostas, por exemplo, pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, indica que, apesar de o STF haver reconhecido a associação como defensora do interesse público e conferido a ela *status* diferenciado das demais entidades de classe, o conteúdo de grande parte das ações de sua autoria referem-se a interesses ligados à categoria dos advogados. Não é clara, portanto, a atuação do Conselho como protetor da ordem constitucional – pelo menos não por meio de ações diretas de inconstitucionalidade.⁸²

Ao mesmo tempo, o Supremo Tribunal Federal decidiu que associações civis com finalidades “altruístas” não são legitimadas, pois não representam classe ou categoria “identificada por algum critério objetivo de diferenciação social”. O voto do Min. Sepúlveda Pertence na ADI 61-6/DF, que culminou no não-conhecimento da ação proposta pela

⁸¹ CARVALHO NETTO, Menelick de. **A contribuição do direito administrativo enfocado da ótica do administrado para uma reflexão acerca dos fundamentos do controle de constitucionalidade das leis no Brasil**. Fórum administrativo. Ano I. nº 1. Belo Horizonte: Fórum, março de 2001.

⁸² Julia Maurmann Ximenes analisou ADIns propostas pelo Conselho Federal da OAB e chegou à conclusão de que em praticamente todas elas a entidade tinha como objetivo defender o interesse da sua categoria, e não interesses verdadeiramente públicos: “No tocante ao conteúdo dos pedidos das ações propostas pelo Conselho verificamos o seguinte: no mesmo período que a frente empírica anterior, 1989-1994, foram propostas 32 ações, destas 27 foram analisadas pois tiveram algum tipo de decisão, liminar ou mérito, até 1994. [...] Salientamos aqui a presença de apenas quatro pedidos de ‘interesse não determinável’, [...]. Poderíamos atribuir um caráter de direito menos ‘particularizado’ a outros três temas [...]. Os demais temas estão nitidamente relacionados ao exercício da advocacia, a interesse relacionado ao interesse da classe. Percebe-se ainda que a única unidade em que os pedidos do Conselho se enquadram como interesse ‘indeterminável’ é o das novas regras e instituições. Entretanto, analisando as seis ações citadas, não encontramos o mencionado interesse indeterminável, [...]” (XIMENES, Julia Maurmann. **O cenário sócio-político do Supremo Tribunal Federal na transição democrática** – dinâmica de interesses. Tese de Doutorado em Sociologia. Universidade de Brasília, 2007, p. 202/203). Esse entendimento, todavia, não é pacífico entre os pesquisadores que se dedicaram ao estudo do conteúdo dessas ações. Luiz Werneck Vianna, por exemplo, afirma que, apesar de a maioria das ações propostas pela OAB referirem-se a “diplomas que regulam a estrutura, a composição e funcionamento dos Tribunais”, é possível identificar certa variedade temática capaz de incluir questionamentos principalmente de caráter econômico e tributário (VIANNA, Luiz Werneck *et al.* **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, setembro de 1999, p. 113).

Associação Brasileira de Defesa do Cidadão – ABRADEC, esclarece o posicionamento do Tribunal:

2. Certo, a jurisprudência da Corte ainda não findou a demarcação precisa do conceito de “*entidade nacional de classe*”, para os fins do art. 103, IX, da Constituição.
3. É patente, no entanto, que a noção de entidade de classe demande, de um lado, a existência de um grupo social diferenciado, que lhe constitua a base, e de outro o que já se chamou, com felicidade, de um “*coeficiente de representatividade, a tornar imprescindível, tanto quanto possível (...), a universalidade de representação da categoria ou do grupo em função das quais foi constituída e organizada*” (do voto do Ministro Celso de Mello, na ADIn 42).
4. A nenhuma dessas exigências conceituais responde a autora da presente arguição de inconstitucionalidade.
5. Cuida-se de uma associação civil, cujo corpo social se constitui pela livre filiação de quaisquer pessoas físicas ou jurídicas, desde que admitidas pela assembléia geral: dos filiados não se requer, pois, que constituam uma classe ou categoria identificada por algum critério objetivo de diferenciação social.
6. De resto, nem se arroga a ABRADEC algum título de representatividade dos seus associados (aliás, só a Câmara dos Deputados pode postular a representação de toda a cidadania ...).
7. A declarada finalidade institucional de associação, ademais, é altruísta, voltando-se à promoção e à defesa de aspirações cívicas de toda a cidadania e não de interesses específicos de um determinado setor da sociedade.⁸³

O STF negou a associações civis a defesa – por meio de ADIn – de interesses “altruístas” referentes a toda a sociedade. Assim, além de presumir que entidades de direito privado só são capazes de defender interesses egoísticos de suas respectivas categorias – com exceção daquelas por ele indicadas expressamente –, o STF, ao deparar-se com casos concretos de entidades criadas especificamente para a defesa de aspirações de toda a sociedade, nega-lhes acesso e ainda afirma que “só a Câmara dos Deputados pode postular a representação de toda a cidadania”.

Fica evidente, portanto, a incoerência da atuação do Supremo Tribunal Federal com relação aos entes legitimados para a propositura de ações diretas. O Tribunal estabeleceu uma diferenciação entre eles não prevista pela Constituição e, como forma de efetivá-la, criou um critério extremamente restritivo direcionado aos atores previstos no inciso IX. Critério esse que, inclusive, afronta a essência do controle abstrato de constitucionalidade, na medida em que exige a identificação de interesses de categorias, o que, em tese, é incompatível com os processos objetivos, caracterizados pela defesa da ordem constitucional em geral, e não por interesses subjetivos.

⁸³ ADI 61-6/DF, Tribunal Pleno, 29 ago. 1990. Voto do Min. Sepúlveda Pertence.

Em diversos votos, um deles já citado neste tópico, o STF afirma que “não se pode conferir sentido diverso” ao comando constitucional que legitima as entidades de classe e as confederações sindicais, como se não houvesse outra opção apresentada ao Tribunal. Porém, como visto anteriormente, em vários momentos outras opções foram expostas ao STF e ele optou pela restrição. Por meio da pertinência temática, é possível escolher os atores que têm acesso ao Tribunal. Dentre as opções apresentadas, o STF determinou, jurisprudencialmente, que confederações e entidades de classe deveriam ser afastadas e, portanto, teriam legitimação restrita para a propositura de ações diretas.⁸⁴

Apesar do discurso de ruptura com a jurisprudência restritiva estabelecida na década de 90, o Supremo Tribunal Federal mantém a exigência de demonstração da pertinência temática, que, dessa forma, continua a ser utilizada como argumento para o Tribunal não conhecer ações propostas por essas associações.⁸⁵

A exigência de pertinência temática pode ser considerada o principal filtro apto a limitar, de forma generalizada, o acesso de entidades de classe e confederações sindicais. Por meio desse critério, o Tribunal contrapõe a legitimação conferida pela Constituição às associações com a conferida aos demais entes e opta por uma leitura mais restrita daquela. De uma forma geral, essa exigência reduz a própria idéia da atuação de confederações sindicais e entidades de classe, sem, entretanto, aprofundar-se nas características próprias de cada uma de suas espécies.

No tópico seguinte, serão examinadas decisões que trataram da participação de segmentos sociais ou de certos tipos de associações e confederações. Procurar-se-á identificar o discurso apresentado pelo STF em julgamentos que efetuaram distinções entre determinadas associações e confederações. Para tanto, será fundamental o conceito de classe delineado pelo Tribunal.

⁸⁴ Como analisado anteriormente, a exigência de pertinência temática também se aplica a autoridades estaduais, entretanto, trata-se de uma limitação espacial, não relacionada à matéria ou conteúdo da sua atuação. As autoridades estaduais podem impugnar quaisquer normas no âmbito de seu Estado, necessitam demonstrar a pertinência temática apenas quando referentes a normas de outros Estados. Por isso, a pertinência temática aplicável a autoridades estaduais é diferente daquela direcionada a confederações sindicais e entidades de classe.

⁸⁵ A informação pode ser conferida na ADI 3.906-7-AgR/DF, julgada em 07 de agosto de 2008, cuja ementa dispõe: “Agravo regimental em ação direta de inconstitucionalidade. Confederação dos Servidores Públicos do Brasil e Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte. Ausência de pertinência temática. 1. Não há pertinência temática entre o objeto social da Confederação Nacional dos Servidores Públicos do Brasil, que se volta à defesa dos interesses dos servidores públicos civis, e os dispositivos impugnados, que versam sobre o regime de arrecadação denominado de ‘Simples Nacional’. 2. Agravo regimental a que se nega provimento” (ADI 3.906-7-AgR/DF, Tribunal Pleno, 07 ago. 2008. Ementa). O critério está sedimentado a tal ponto que a ADIn em questão foi indeferida, em razão da ausência de pertinência temática, por meio de decisão monocrática do Min. Sepúlveda Pertence, de modo que essa ementa refere-se ao agravo regimental interposto pela autora.

1.3 A seleção das entidades e dos setores da sociedade: quem tem acesso aos debates constitucionais.

A previsão constitucional que conferiu às confederações e entidades de classe o direito de propositura de ações diretas o fez de forma aberta e abrangente, de modo que coube ao STF delinear a atuação dessas entidades. Ao desempenhar essa atribuição, o Tribunal desenvolveu entendimentos a partir tanto dos termos adotados pela Constituição – como, por exemplo, o significado do termo “classe” –, quanto de concepções não expressas no texto constitucional – tal como a distinção da legitimação atribuída aos entes segundo o critério da pertinência temática, que não está prevista ou sequer indicada no artigo 103 da Constituição.

A delimitação das espécies de entidades admitidas e dos setores sociais recebidos parte essencialmente da leitura feita pelo STF das palavras adotadas pela Constituição, ou seja, da sua interpretação dos termos utilizados pelo texto constitucional.

O artigo 103, inciso IX, da Constituição dispõe:

Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade:
IX – confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

Com relação à participação das confederações sindicais, o Tribunal deparou-se com o fato de o dispositivo haver se referido a elas de forma específica. O Supremo Tribunal Federal indagou se essa circunstância seria um indicativo de que as confederações seriam as únicas entidades sindicais legitimadas, ou se outros órgãos integrantes da estrutura sindical poderiam ser incluídos na qualidade de entidades de classe de âmbito nacional.

O Min. Moreira Alves apresentou o questionamento da seguinte forma: “Se a Constituição aludiu a confederação sindical e não a órgão sindical, é porque este, por ter âmbito nacional, é que representa, de acordo com o princípio da unidade sindical acolhida pela atual Constituição, a organização sindical com referência a determinada categoria profissional ou econômica”.⁸⁶ Ou seja, federações e sindicatos nacionais podem ser considerados “entidade de classe de âmbito nacional”?

⁸⁶ ADI 209-1-MC/DF, Tribunal Pleno, 02 mai. 1990. Voto do Min. Moreira Alves.

Mais uma vez, o impasse enfrentado pelo Supremo Tribunal Federal é o de adotar uma perspectiva inclusiva da Constituição ou, ao revés, afastar dessas entidades a possibilidade de propositura de ações diretas.

Essa situação foi exposta no julgamento da ADI 209-1-MC/DF. O Min. Sepúlveda Pertence – ao defender que do fato de uma federação nacional ser uma entidade sindical não se deveria negar-lhe o caráter de “entidade nacional de classe” – evidenciou a alternativa posta ao Tribunal e chamou expressamente de “tese restritiva” a opção de não reconhecer a legitimidade de federações e sindicatos. Nas palavras do ministro: “a tese restritiva antepõe obstáculos formais à inspiração substancial de abertura da legitimidade à ação direta, de modo a estendê-la ao maior plexo possível de formações representativas de setores significativos da estrutura plural da sociedade”.⁸⁷

O voto utiliza como fundamento para uma leitura abrangente do dispositivo a “inspiração” da Constituição. Assim, o ministro sugere que uma interpretação restritiva da legitimação para a propositura das ações diretas contrapor-se-ia ao ideal inclusivo que norteou a ampliação do rol de legitimados.

De fato, a Constituição Federal de 1988 é fruto de intensa atuação da sociedade civil e dos cidadãos em geral, que marcou o processo de redemocratização do país. A abertura do processo constituinte à participação é uma das principais inovações da Constituinte de 1987-88. Leonardo Barbosa investiga as bases dessa abertura participativa:

A abertura da Constituinte não foi um acaso nem um arroubo de “generosidade” de representantes bem-intencionados. Ela foi conquistada após um verdadeiro “sítio popular” ao Congresso, que teve seu ápice entre 1984 e 1985, com a votação da “Emenda Dante de Oliveira” e da Emenda Constitucional nº 26, que convocava a Assembléia Nacional Constituinte. Em 1987, a mobilização para pressão sobre o Congresso já era uma prática que havia adquirido certo grau de maturidade e articulação nos movimentos organizados. Dessa forma, além da pressão exercida pelos *lobbies* populares, em especial por meio das caravanas a Brasília, formas *institucionais* de participação foram asseguradas no curso da elaboração do Regimento Interno: a possibilidade de apresentação de sugestões oriundas de entidades representativas de segmentos da sociedade, de audiências públicas perante as

⁸⁷ ADI 209-1-MC/DF, Tribunal Pleno, 02 mai. 1990. Voto do Min. Sepúlveda Pertence. Também nesse sentido, votou o Min. Sydney Sanches: “Não me parece que o constituinte tenha querido permitir que qualquer entidade de classe de âmbito nacional possa propor uma ação direta de inconstitucionalidade e que, apesar disso, um sindicato nacional ou uma federação nacional não tenha possibilidade de fazê-lo. Quando não há uma Confederação Nacional, admito como autor um Sindicato Nacional, como é o caso. Não vejo na literalidade um empecilho maior. Fico mais atento ao espírito da norma que inegavelmente quis ampliar a legitimidade ativa na ação direta de inconstitucionalidade, nela incluindo as entidades sindicais e de classe, de âmbito nacional” [grifo nosso] (ADI 209-1-MC/DF, Tribunal Pleno, 02 mai. 1990. Voto do Min. Sydney Sanches).

Comissões e Subcomissões e, principalmente, de oferecimento de emendas populares.⁸⁸

A investigação da atuação social no processo constituinte evidencia que a concepção adotada foi bastante abrangente. A diversidade de formas de intervenção e mesmo a grande quantidade de participantes demonstram o aspecto amplo e inclusivo da perspectiva constituinte. Nesse sentido, é possível afirmar que “a mais relevante observação que se pode estabelecer, preliminarmente, é a percepção de um fio condutor – a participação popular – como elemento de esclarecimentos e de articulação dos instrumentos, direitos, garantias e conceitos”.⁸⁹

Assim, a leitura restritiva da participação social – tal como adotada pelo Supremo Tribunal Federal – contrapõe-se às concepções vivenciadas pelo país no processo constituinte. É possível identificar, portanto, uma interpretação restritiva do dispositivo constitucional e do contexto participativo no qual a Constituição foi concebida.

⁸⁸ BARBOSA, Leonardo A. de Andrade. **Mudança constitucional, autoritarismo e democracia no Brasil pós-1964**. Tese de Doutorado em Direito. Universidade de Brasília, 2009, p. 195/196. João Coelho e Antônio Carlos de Oliveira narram a efetiva atuação social no processo constituinte: “Pelo Regimento Interno, foram criadas as seguintes oportunidades participativas: - Sugestões: Qualquer entidade associativa, ao lado de organismos institucionais como câmaras de vereadores, assembleias legislativas e tribunais, e dos constituintes, poderia apresentar sugestões iniciais encaminhadas à subcomissão do assunto tratado. Foram recebidas mais de onze mil destas sugestões, a maioria delas, no entanto, dos próprios constituintes. O prazo foi curto para sua apresentação e as entidades preferiram, em geral, fazê-lo diretamente nos depoimentos. - Audiências Públicas: Cada subcomissão deveria realizar certo número de audiências públicas, convidando representações e autoridades e ouvindo as que se apresentassem espontaneamente. Algumas subcomissões viajaram pelo País. A maioria permaneceu em Brasília, mas foi grande o número de depoimentos e eles apresentam o Brasil com muita intensidade, suas contradições e problemas, as aspirações e propostas antagônicas. Talvez nunca antes um foro oficial tenha recebido uma visão tão completa e desnudada do País. - Emendas Populares: A partir do Projeto de 15 de julho de 1987, ao lado das emendas dos constituintes foram admitidas emendas de iniciativa dos cidadãos, assinadas por, no mínimo, trinta mil eleitores e com a responsabilidade de três entidades associativas. Foram apresentadas 122 destas propostas, somando mais de 12 milhões de assinaturas. Algumas não cumpriram as formalidades, como uma que era um manifesto de crianças, com mais de um milhão de assinaturas. Oficialmente, foram admitidas como emendas populares 83 propostas que atenderam às exigências regimentais. Elas abordam os mais diferentes temas, apresentam soluções diferentes e partiram de trabalhadores, movimentos sociais, igrejas, empresários, grupos alternativos, etc. - Defesa das Emendas Populares: Cada uma das 83 propostas pôde ser defendida na tribuna da Comissão de Sistematização por um de seus signatários. Assim, o debate constituinte foi mais uma vez enriquecido pela participação de cidadãos e debatedores não-parlamentares. Além destas modalidades regimentais, todo o processo constituinte foi marcado por intensa atividade de pressão social, embora grande parte da população tenha estado um tanto ausente, desacreditando de tudo após o fracasso de algumas soluções milagrosas (eleições diretas, Tancredo, Plano Cruzado). Aconteceram manifestações populares em várias partes do Brasil, caravanas foram a Brasília, grupos de pressão estiveram no próprio Congresso Nacional, houve lobby profissionalizado” [grifo nosso] (COELHO, João Gilberto Lucas e Antonio Carlos Nantes de Oliveira. **A nova Constituição: avaliação do texto e perfil dos constituintes**. Rio de Janeiro: Revan, 1989). No mesmo sentido: COELHO, João Gilberto Lucas. **A participação popular na Constituinte**. Revista de Cultura Vozes, Petrópolis, v. 82, n. 2, jul./dez. 1988, p. 14/20.

⁸⁹ SOUSA JÚNIOR, José Geraldo de. Soberania e direitos: processos sociais novos? *In*: BASTOS, Vânia L. e Tânia M. Costa. **Constituinte: temas em análise** (Caderno CEAC/UnB, ano 1, n. 1). Brasília: Universidade de Brasília, s/a. p. 10/11.

Outra leitura, todavia, seria a de que a “inspiração” da participação social no controle de constitucionalidade possibilitaria aos debates constitucionais algo semelhante ao vivenciado no período constituinte. Nesse sentido, leituras restritivas do dispositivo acabariam por extirpar a efetivação dessa perspectiva constitucional.

O julgamento supracitado é especialmente interessante porque apresenta alicerces das duas possibilidades analisadas pelo Tribunal – a promoção/restrrição da participação social –, o que destaca a sua contraposição.

Com relação ao discurso restritivo, o Min. Célio Borja expôs a teoria de que o artigo 103 da Constituição consistiria em “prerrogativa”, e não em “direito”⁹⁰. O ministro defendeu que a legitimação para a propositura de ações diretas seria uma faculdade concedida *ut singuli* a determinadas instituições e pessoas: “ao indivíduo que exerce o cargo de Procurador-Geral da República, por exemplo, e não a qualquer outro membro do Ministério Público Federal, à Mesa do Senado, isto é, àqueles indivíduos que, naquele exato momento, exercem as funções de Presidente, Vice-Presidentes e Secretários da Mesa do Senado Federal, e assim por diante”.⁹¹ A partir dessas premissas, aderiu à tese restritiva. A distinção efetuada pelo Min. Célio Borja ressalta que a legitimação conferida pela Constituição seria uma “faculdade”, um “poder puro e simples” direcionado aos escolhidos pela lei.

O que essa distinção deixa transparecer? Segundo o ministro, a Constituição teria conferido a legitimação apenas a um rol de “escolhidos”? Sob essa perspectiva, também o Tribunal escolheria os entes abarcados pelo dispositivo constitucional?

Além dos votos indicados, o discurso restritivo também fica evidente no debate travado entre os ministros Moreira Alves e Sepúlveda Pertence:

O SENHOR MINISTRO MOREIRA ALVES: A meu ver, não se pode dar interpretação extensiva a esse inciso IX, porque ele tem de ser interpretado em face dos anteriores, que mostram a preocupação em só dar legitimação ativa a autoridades ou órgãos com funções representativas de relevantes interesses sociais.

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE: Mas o item IX é que abriu, realmente, o sistema.

O SENHOR MINISTRO MOREIRA ALVES: Abriu em termos.

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE: O outro é uma perspectiva quase conservadora.⁹²

⁹⁰ O ministro explica que “prerrogativa”, segundo a definição clássica, “é uma faculdade, é um poder de agir ou é um poder puro e simples, concedido **ut singuli**, ao contrário do direito, que é uma concessão feita pela lei a todos que se encontram abstratamente em determinada situação fática. A prerrogativa não; ela é dada individualmente ao sujeito que a lei escolhe e destaca dos demais sujeitos de direito” (ADI 209-1-MC/DF, Tribunal Pleno, 02 mai. 1990. Voto do Min. Célio Borja).

⁹¹ ADI 209-1-MC/DF, Tribunal Pleno, 02 mai. 1990. Voto do Min. Célio Borja.

⁹² ADI 209-1-MC/DF, Tribunal Pleno, 02 mai. 1990. Voto do Min. Moreira Alves. [grifo nosso].

Verifica-se, assim, a contraposição entre entendimentos a respeito da perspectiva constitucional. Ao tempo em que o Min. Sepúlveda Pertence reafirma a inspiração inclusiva da Constituição – que seria o fundamento para a legitimação de representantes sociais –, o Min. Moreira Alves adota concepção diversa, pois entende que a legitimação dos representantes sociais deveria se adequar ao que seria a preocupação constitucional: conferir legitimação a autoridades ou órgãos que representassem interesses sociais relevantes.

Apesar de saber que se estava tratando da legitimação de representantes sociais com natureza essencialmente privada, o ministro fez questão de frisar que a preocupação constitucional foi a de legitimar “autoridades” ou “órgãos”, ou seja, os representantes do Estado, e não os dos setores sociais privados.

De fato, a Constituição Federal de 1988 rompeu com o modelo adotado pelas constituições anteriores, na medida em que, pela primeira vez, entes de natureza privada foram legitimados para a atuação no controle de constitucionalidade. Como visto, a Constituição anterior conferia legitimidade apenas ao PGR.⁹³

A leitura adotada pelo Min. Moreira Alves reflete a perspectiva vigente até então de que o controle concentrado de constitucionalidade seria prerrogativa do Estado. Nesse sentido, o ministro destaca os incisos que conferem legitimação a “autoridades ou órgãos com funções representativas de relevantes interesses sociais” e defende que o inciso inovador deveria ser interpretado “em face dos anteriores”. O ministro questiona, portanto, a mudança que o inciso IX representa, ao afirmar que a previsão de integrantes da sociedade civil teria aberto a participação no controle de constitucionalidade apenas “em termos”.

⁹³ José Geraldo de Sousa Júnior apresenta algumas das discussões que permearam a democratização do Judiciário na Constituinte, esclarecendo que essa mudança não foi recebida sem resistência e desconfiança: “**O Judiciário e a Hesitação para constituir-se Poder** O trabalho da Subcomissão presidida pelo deputado Plínio de Arruda Sampaio ao acentuar o problema do controle de constitucionalidade e a vocação de um tribunal constitucional fez desencadear um debate cujo principal desdobramento foi o de situar em tela crítica o papel do Judiciário no sistema tradicional de poderes no quadro da democracia representativa. [...] Entre nós, a polêmica acesa em torno da habilitação do Judiciário poder assumir uma expressão de poder, numa configuração mais precisa de seu papel de controle da constitucionalidade e de jurisdição sobre as garantias da cidadania, associou-se, também, a desconfiança acerca das propostas democratizadoras do Judiciário com a denúncia de soluções visando à amplitude da participação popular também na Justiça. No primeiro caso, a solução de compromisso acalmou o mal-estar que causava uma necessária redefinição do atual Supremo Tribunal Federal diante da idéia de criação de um Tribunal Constitucional. No outro, a acusação de democratismo em certos meios, afirmava que a intenção de romper o elitismo da Justiça tendia a confundir aperfeiçoamento e busca de eficiência no Poder Judiciário com a simples participação popular nas decisões, conduzindo a transformar a Justiça em cenário preferencial de paixões pessoais e políticas. Ora, a popularização da Justiça, se é este o objetivo, sequer colocou sugestões em curso noutros países de criação de tribunais populares ou de eletividade da magistratura. E o receio de assumir a realidade política das leis e da função dos juízes não pode erigir-se em obstáculo às iniciativas de reavaliação do papel do próprio Judiciário na sociedade” (SOUSA JÚNIOR, José Geraldo de. *Triste do Poder que não pode*. In: BASTOS, Vânia L. e Tânia M. Costa. **Constituinte**: temas em análise (Caderno CEAC/UnB, ano 1, n. 1). Brasília: Universidade de Brasília, s/a., p. 27/28).

Apesar de o texto constitucional haver inovado o panorama participativo do controle de constitucionalidade brasileiro, tal inovação não implica em uma mudança automática da mentalidade de seus destinatários. Menelick de Carvalho Netto e Cristiano Paixão analisam a dificuldade que esse tipo de mudança envolve:

Tradições, práticas e atitudes mentais são, a um só tempo, difíceis e fáceis de mudar. Fáceis de serem alteradas porque em uma sociedade moderna, ao contrário do que ocorre nas sociedades tradicionais, a eticidade torna-se reflexiva, ou seja, capaz de voltar-se criticamente sobre si própria. Bons costumes são apenas aqueles capazes de sustentação em um debate público, de serem aceitos por todos os seus potenciais afetados (de aceitabilidade). Todos os dias nós damos continuidade a práticas que passam por esse crivo e descartamos as que de agora em diante serão vistas como abusivas e discriminatórias. Por outro lado são extremamente difíceis de serem modificadas enquanto persistirem não problematizadas, a integrar o pano-de-fundo de silêncio que sustenta e naturaliza o horizonte de significação do nosso agir e falar cotidianos, pois possuem, também no campo da política, uma imensa força de inércia capaz de, sempre silenciosa e sub-repticiamente, continuar a moldar mesmo a leitura das práticas alternativas constitucionalmente requeridas, subvertendo-as do avesso, ao reduzirem a sua novidade a uma forma vazia que permite que se acolha como conteúdo delas as antigas práticas que deveriam obviar, assegurando, assim, o continuísmo. Desse modo é que de forma latente, elas permanecem a nortear o imaginário da sociedade, quer por manifestações naturalizadas de puro irracionalismo, quer pela lembrança de um passado que se revela repentinamente idílico, confortante, feliz.⁹⁴

Esse conflito entre continuidade e ruptura marca a Constituição Federal de 1988 desde a sua origem e influencia leituras a respeito de diversos dispositivos e aspectos constitucionais. A CF/88 rompeu com o regime autoritário que a precedeu ou representa um continuísmo, uma conclusão ideal daquele período?

Durante a apreciação da emenda constitucional que convocou a Assembléia Nacional Constituinte, a forma mais evidente de corporificar a “vontade de ruptura” que marcava os movimentos políticos pela redemocratização e reconstitucionalização do país era a convocação de um órgão autônomo, ou, no jargão que acabou ganhando popularidade, uma “constituente exclusiva”. Por essa razão, as forças políticas que haviam se alinhado historicamente ao regime militar construíram cuidadosamente uma narrativa alternativa, apoiada em duas palavras de ordem: reconciliação e continuidade. Essa narrativa encadeava os eventos associados ao processo de convocação da Constituinte de modo a apresentá-los sempre como uma benesse, nunca como uma conquista. O deputado Walmor Giavarina, por exemplo, autor do

⁹⁴ PAIXÃO, Cristiano e Menelick de Carvalho Netto. **Entre permanência e mudança:** reflexões sobre o conceito de constituição. In: MOLINARO, Carlos Alberto; Mariângela Guerreiro Milhoranza e Sérgio Gilberto Porto (Org.). *Constituição, jurisdição e processo – estudos em homenagem aos 55 anos da Revista Jurídica*. 1 ed. Sapucaia do Sul - RS: Notadez, 2007, v. 1, p. 97/109.

relatório da Comissão Mista que apreciou a proposta de Emenda Constitucional que convocava a Constituinte afirmava em seu voto: “Teremos não uma Assembléia Nacional Constituinte originária, clássica, ao preço de semelhantes crises, mas uma Assembléia Nacional Constituinte instituída, viável, possível, que o bom senso nos impõe a realizar”. E, em seguida: “A ruptura não será o traço desta nova época”.

Durante a conclusão da votação da Emenda, o deputado Pimenta da Veiga, líder do PMDB na Câmara, manifestou assim sua esperança nos trabalhos da Assembléia Constituinte: “Acredito nesta Constituinte porque ela vem como o resultado de uma transição política. Não é fruto de uma ruptura, da qual o país sai traumatizado; vem num tempo de paz, onde não há vencidos nem vencedores”. É emblemático, nesse sentido, que a única voz admitida à instalação da Assembléia Nacional Constituinte, a do ministro Moreira Alves, então presidente do Supremo Tribunal Federal, incumbido de dirigir os trabalhos, se levantasse para proclamar que aquele momento representava “o termo final do período de transição com que, sem ruptura constitucional, e por via de conciliação, se encerra o ciclo revolucionário”.

Essa pregação renitente da continuidade se somava a outros fatores que, em princípio, esmoreciam as esperanças em um processo constituinte capaz de libertar-se da cultura constitucional e institucional que ameaçava confiná-lo. [...] Em 1988, qual era a grande tarefa? O processo de transição “lenta, segura e gradual” não vinha acompanhado de uma resposta, isto é, de um projeto de país. Pelo contrário. A narrativa oficial vislumbrava a nova Constituição como a “conclusão do ciclo revolucionário”, nas palavras do então presidente do STF, ministro Moreira Alves. Ainda nessa perspectiva, a transição não implicava em ruptura e, por conseguinte, representava tão-somente a continuidade de um projeto já construído, quando muito sua reacomodação.

A longa gestação da Constituição de 1988, entretanto, sugere uma conclusão radicalmente diferente. O processo histórico de mobilização em torno da tarefa constituinte no Brasil coincide, em grande parte, com o surgimento de novos atores e demandas sociais, articulados no bojo de um amplo movimento de crítica ao Estado centralista e interventor, marcado pela noção de planejamento e pela monopolização do espaço público.⁹⁵

Como visto acima, o Min. Moreira Alves foi um dos atores responsáveis pela construção do sentido que seria conferido à Constituição de 1988. Nesse contexto, o ministro posicionou-se a respeito – enquanto presidente do Supremo Tribunal Federal à época –,

⁹⁵ BARBOSA, Leonardo A. de Andrade. **Mudança constitucional, autoritarismo e democracia no Brasil pós-1964.** Tese de Doutorado em Direito. Universidade de Brasília, 2009. [grifo nosso]. Leituras conflitantes a respeito do continuísmo ou ruptura da CF/88 permeiam os debates constitucionais atuais. Nesse sentido, Cristiano Paixão e Renato Bigliuzzi afirmam: “No caso brasileiro, vive-se hoje um momento em que essas tensões parecem maximizar-se: de um lado, aqueles teóricos do direito que visualizam na experiência constitucional de 1987-1988 uma etapa crucial na conformação de um ordenamento jurídico comprometido com a democracia, e que procuram compreender a constituição como processo permanente de construção e redefinição de direitos e liberdades. De outro, os defensores de uma ‘lipoaspiração’ na constituição da República de 1988, que apresentam uma ‘historiografia crítica’ do processo constituinte pós-ditadura, qualificando-o como parte de uma seqüência de arranjos políticos, inseridos num padrão que seria constitutivo da história constitucional brasileira. O que está em jogo nesse tipo de contraposição é, em primeiro lugar, o futuro da constituição. Com apoio numa perspectiva voltada ao passado, atores sociais definem suas pautas de atuação. E a constituição é relançada em seu processo histórico” (PAIXÃO, Cristiano e Renato Bigliuzzi. **História constitucional inglesa e norte-americana: do surgimento à estabilização da forma constitucional.** Brasília: Universidade de Brasília: Finatec, 2008, p. 12).

declarando que a CF/88 seria “o termo final do período de transição com que, sem ruptura constitucional, e por via de conciliação, se encerra o ciclo revolucionário”.

É possível que a leitura do ministro acerca da origem da Constituição de 1988 tenha influenciado a sua interpretação de aspectos constitucionais? O entendimento do Min. Moreira Alves, ao afirmar que o inciso IX do art. 103 “abriu em termos” o controle de constitucionalidade à participação da sociedade, teria alguma conexão com as suas percepções a respeito do continuísmo da CF/88?

Além desses aspectos, o discurso também introduz o conceito de “relevância” – que será utilizado pelo Tribunal em diversas outras decisões e analisado oportunamente. Por ora, cabe apenas frisar o entendimento de que a legitimação conferida pela Constituição teria a função de incluir apenas representantes de interesses sociais relevantes. Difícil, entretanto, é identificar com clareza quais seriam os interesses sociais não relevantes.

Na apreciação dessa ADIn, prevaleceu o posicionamento inclusivo, de modo que foi admitida a legitimação de federações nacionais de categorias específicas, ainda que compreendidas em categorias mais amplas de confederações existentes⁹⁶. O julgamento ocorreu em junho de 1990.

Entretanto, em setembro de 1990, o STF não reconheceu a legitimação da Federação Nacional das Empresas de Serviços Técnicos de Informática e Similares – FENAIFO, autora da ADI 360-7/DF. Ao analisarem a ADIn, os ministros Moreira Alves, Marco Aurélio e Celso de Mello apresentaram argumentos contrários à legitimação de federações e sindicatos, levando ao Tribunal – novamente – o entendimento de que as confederações seriam as únicas entidades da estrutura sindical habilitadas à propositura de ações diretas. O seguinte trecho do voto do Min. Celso de Mello exprime o posicionamento então defendido:

Basta-me a circunstância, **relevante**, de que as hipóteses de legitimidade ativa **ad causam**, no exercício da ação direta de inconstitucionalidade, são de direito estrito e, portanto, inextensíveis a outras situações. Não há que confundir confederações, estas, sim, dotadas de qualidade para agir, com Federações, ainda que de âmbito nacional.⁹⁷

⁹⁶ ADI 209-1-MC/DF, Tribunal Pleno, 02 mai. 1990. Ementa.

⁹⁷ ADI 360-7-MC/DF, Tribunal Pleno, 21 set. 1990. Voto do Min. Celso de Mello. [grifo no original]. Também nesse sentido, foram as manifestações dos ministros Moreira Alves e Marco Aurélio, respectivamente: “Continuo convicto de que, tendo o inciso IX do artigo 103 da Constituição distinguido as entidades de classe de âmbito nacional das confederações sindicais (que necessariamente são entidades de classe de âmbito nacional), alijou, da primeira dessas duas espécies, as demais entidades sindicais, como, aliás, decorre, claramente, da distinção feita, no inciso LXX, h, do artigo 5º, entre organização sindical (que abarca as Confederações e as Federações sindicais, bem como os sindicatos) e entidade de classe, a significar expressivamente que a expressão entidade de classe não abarca os órgãos sindicais” [grifo no original] (ADI 360-7-MC/DF, Tribunal Pleno, 21

Também aqui, o que está por detrás do debate é a oposição entre as interpretações restritiva e ampliativa do texto constitucional. O Min. Celso de Mello frisou que a legitimação para a propositura de ações diretas seria “estrita” e, portanto, “inextensível a outras situações”. O Min. Marco Aurélio, no mesmo sentido, defendeu que o Tribunal deveria interpretar as expressões da Constituição com rigor terminológico em razão de o Direito ser uma ciência.

Chama atenção o fato de o ministro haver expressado o entendimento de que o Direito seria uma ciência como justificativa para uma opção restritiva por parte do Tribunal. A menção se fez como explicação de que os termos utilizados pela Constituição deveriam ser interpretados “em sentido próprio” e que, portanto, não seria possível adotar interpretação diversa.

Ocorre que o texto constitucional é sujeito a múltiplas interpretações e é a perspectiva adotada pelo intérprete que determina a escolha por uma das leituras possíveis. A interpretação “técnica” defendida pelo ministro é apenas uma das possibilidades disponíveis. Nesse sentido, Menelick de Carvalho Netto e Cristiano Paixão esclarecem:

A crença de que a literalidade do texto constitucional seja capaz de determinar o sucesso ou fracasso da vida institucional é por demais simplória. Já há muito sabemos que textos constitucionais por si sós nada significam. O problema é o de qual aplicação somos capazes de dar a eles. Os textos constitucionais, sintéticos ou analíticos, são sempre principiológicos tão só por serem constitucionais.⁹⁸

Diante disso, a expressão utilizada pela Constituição pode ser interpretada a partir de uma perspectiva ampliativa ou restritiva. A leitura defendida pelo ministro decorre muito mais de uma perspectiva restritiva da atuação dos órgãos sindicais no controle de

set. 1990. Voto do Min. Moreira Alves) e “Não obstante, de qualquer forma, adianto o meu ponto de vista quanto à amplitude do inciso do artigo 103, no que revela a legitimidade das entidades sindicais para propor demanda direta de inconstitucionalidade. O rol, não há a menor dúvida, é exaustivo e deve ter o alcance perquirido consideradas as expressões utilizadas pelo legislador constituinte. Direito é ciência, todos sabemos, e, portanto, possui vocábulos, expressões, institutos em sentido próprio. Lançou-se, no preceito, o vocábulo ‘confederações’, que deve ser entendido mediante interpretação sistemática, já procedida pelo nobre Relator, da própria Carta. Nesta, temos tratamento diferenciado conforme o nível da entidade sindical. Deu-se a consagração do sistema confederativo e, portanto, não podemos emprestar ao dispositivo interpretação que acabe por esvaziar esse sistema” (ADI 360-7-MC/DF, Tribunal Pleno, 21 set. 1990. Voto do Min. Marco Aurélio).

⁹⁸ PAIXÃO, Cristiano e Menelick de Carvalho Netto. **Entre permanência e mudança:** reflexões sobre o conceito de constituição. In: MOLINARO, Carlos Alberto; Mariângela Guerreiro Milhoranza e Sérgio Gilberto Porto (Org.). Constituição, jurisdição e processo – estudos em homenagem aos 55 anos da Revista Jurídica. 1 ed. Sapucaia do Sul - RS: Notadez, 2007, v. 1, p. 97/109. [grifo nosso].

constitucionalidade do que com a profunda discussão a respeito da cientificidade do direito ou do seu caráter técnico.

Identifica-se, assim, um discurso que atribui a legitimação apenas às entidades previstas expressamente no texto, ao mesmo tempo em que impede que outras sejam abrangidas por conceitos amplos. Na hipótese em questão, a previsão de confederações sindicais foi interpretada como a legitimação exclusiva das entidades denominadas “confederações” e também a de que outros órgãos sindicais não seriam legitimados, ainda que se enquadrassem nos requisitos de entidades de classe de âmbito nacional.

Trata-se, portanto, de leitura restritiva do dispositivo, que prevaleceu no julgamento da ADI 360-7/DF e tornou-se jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, aplicada reiteradamente ainda hoje.⁹⁹

De fato, esse entendimento é uma espécie de restrição ao conceito de “entidade de classe de âmbito nacional”, pois consiste na determinação de que federações e sindicatos nacionais não podem ser considerados entidades de classe de âmbito nacional nos termos previstos pelo artigo 103, inciso IX, da Constituição.

O Supremo Tribunal Federal estabeleceu outras interpretações que retiraram a legitimação de determinados tipos de entidades de classe. Já em 1992 é possível encontrar decisões que sistematizavam alguns critérios restritivos criados pelo Tribunal:

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – CONTROLE NORMATIVO ABSTRATO – LEGITIMIDADE ATIVA “AD CAUSAM” – ENTIDADE DE CLASSE – NÃO CONFIGURAÇÃO – CARÊNCIA DA AÇÃO.

- O controle jurisdicional “in abstracto” da constitucionalidade das leis e atos normativos federais ou estaduais, perante o Supremo Tribunal Federal, suscita, dentre as múltiplas questões existentes, a análise do tema concernente a quem pode ativar, mediante ação direta, a jurisdição constitucional concentrada desta Corte.

- Entre a legitimidade exclusiva e a legitimidade universal, optou o constituinte pela tese da legitimidade restrita e concorrente, partilhando, entre diversos órgãos, agentes ou instituições, a qualidade para agir em sede jurisdicional concentrada (v. CF/88, art. 103).

⁹⁹ As ADIns 17-9-MC/DF, 488-3-MC/DF e 4.064/DF são exemplos de ações diretas não conhecidas por ilegitimidade ativa em razão de haverem sido propostas por federações ou sindicatos. A esse respeito, cabe destacar a última ADIn, julgada em 1º de abril de 2008 por decisão monocrática do Min. Celso de Mello. O ministro lembrou que a jurisprudência da Corte firmou-se no sentido de não reconhecer a legitimação de sindicatos e federações para a propositura de ações diretas e que “essa orientação tem sido observada, de modo invariável, nesta Suprema Corte, como o registram recentes julgados do Tribunal”. Assim, por considerar o assunto pacificado no STF, o Min. Celso de Mello valeu-se de previsão regimental para negar monocraticamente a legitimação do Sindicato Nacional dos Procuradores da Fazenda Nacional – SINPROFAZ.

Dentre as pessoas ativamente legitimadas “ad causam” para o ajuizamento da ação direta de inconstitucionalidade estão as entidades de classe de âmbito nacional (CF. art. 103, IX).

- O Supremo Tribunal Federal tem salientado, em sucessivos pronunciamentos a propósito do tema, que não se qualificam como entidades de classe aquelas que, congregando pessoas jurídicas, apresentam-se como verdadeiras associações de associações. Em tais hipóteses, tem-se-lhes negado a qualidade reclamada pelo texto constitucional, pois pessoas jurídicas, ainda que coletivamente representativas de categorias profissionais ou econômicas, não formam classe alguma. Precedentes.

A jurisprudência desta Corte tem salientado, ainda, que pessoas jurídicas de direito privado, que reúnam, como membros integrantes, associações de natureza civil e organismos de caráter sindical, desqualificam-se – precisamente em função do hibridismo dessa composição – como instituições de classe, cuja noção conceitual reclama a participação, nelas, dos próprios indivíduos integrantes de determinada categoria, e não apenas das entidades privadas constituídas para representá-los. Precedentes.

- Entidades internacionais, que possuam uma Seção Brasileira domiciliada em território nacional, incumbida de representá-las no Brasil, não se qualificam, para os efeitos do art. 103 da Constituição, como instituições de classe.

- A composição heterogênea de associação que reúna, em função de explícita previsão estatutária, pessoas vinculadas a categorias radicalmente distintas, atua como elemento descaracterizador da sua representatividade.

Não se configuram, em consequência, como entidades de classe aquelas instituições que são integradas por membros vinculados a estratos sociais, profissionais ou econômicos diversificados, cujos objetivos, individualmente considerados, revelam-se contrastantes. Falta a essas entidades, na realidade, a presença de um elemento unificador que, fundado na essencial homogeneidade, comunhão e identidade de valores, constitui o fator necessário de conexão, apto a identificar os associados que as compõem como membros efetivamente pertencentes a uma determinada classe.

- A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem consignado, no que concerne ao requisito da espacialidade, que o caráter nacional da entidade de classe não decorre de mera declaração formal, consubstanciada em seus estatutos ou atos constitutivos. Essa particular característica de índole espacial pressupõe, além da atuação transregional da instituição, a existência de associados ou membros em pelo menos nove Estados da Federação. Trata-se de um critério objetivo, fundado na aplicação analógica da Lei Orgânica dos Partidos Políticos, que supõe, ordinariamente, atividades econômicas ou profissionais amplamente disseminadas no território nacional. Precedente: ADIn 386.¹⁰⁰

A ementa remete a uma construção jurisprudencial que retira o direito de propositura de ações diretas dos seguintes tipos de entidades: “associações de associações” – integradas por pessoas jurídicas –; “híbridas” – integradas por associações de natureza civil e organismos de caráter sindical –; internacionais; “heterogêneas” – integradas por representantes de categorias diversificadas – e entidades com associados em menos de nove Estados da Federação.

¹⁰⁰ ADI 79-9-QO/DF, Tribunal Pleno, 13 abr. 1992. Ementa.

Diante da necessidade de delinear o conceito de “entidade de classe de âmbito nacional”, o Supremo Tribunal Federal fez várias opções restritivas, a exemplo das supracitadas. A esse respeito, o Min. Sepúlveda Pertence chamou a atenção do Tribunal para a postura por ele adotada: “Sem prejuízo de voltar a discutir, quando se faça necessário, alguns dos argumentos que alicerçam, neste e nos precedentes referidos, a linha restritiva que a Corte vem adotando, no caso, dada a conjunção de vários deles, a insistência seria inócua”.¹⁰¹

Verifica-se, assim, que, em meio à construção desses critérios, é possível identificar momentos em que as alternativas – inclusão x restrição – foram expostas ao Tribunal e ele escolheu a restrição.

Ao analisar a exclusão das “associações de associações”, por exemplo, o Min. Celso de Mello reconheceu que o conceito de “entidade de classe” ainda estava em construção e que, com relação à questão específica da participação de pessoas jurídicas, até mesmo uma análise doutrinária possibilitava os dois entendimentos. Nas palavras do ministro:

O conceito de entidade de classe, para o efeito de instauração do controle normativo abstrato, não foi ainda definitivamente assentado por este Tribunal, que, no entanto, vem definindo-o de modo progressivo, a partir de critérios que, verificados caso a caso, têm permitido o reconhecimento, ou não, dessa especial qualidade legitimadora do exercício da ação direta de inconstitucionalidade. Mesmo no plano doutrinário, registra-se certa hesitação quanto à própria conceptualização de entidade de classe. Cabe, assim, referir a posição daqueles, como WALTER CENEVIVA (‘Direito Constitucional Brasileiro’, p. 69, 1989, Saraiva), que admitem, sem prejuízo de sua qualificação e caracterização conceitual, a participação, nas entidades de classe, de pessoas jurídicas. Há, ainda, a corrente dos que parecem sustentar que o perfil jurídico da entidade de classe supõe a sua necessária composição por **indivíduos** ou **pessoas físicas** (MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, ‘Comentários à Constituição Brasileira de 1988’, vol. 1, p. 79, 1990, Saraiva; JOSÉ CRETELLA JÚNIOR, ‘Comentários à Constituição Brasileira de 1988’ vol. II, p. 712, 1989, Forense). Ocorre, no entanto, que o Supremo Tribunal Federal tem salientado, em sucessivos pronunciamentos a propósito do tema, que não se qualificam como entidades de classe aquelas que, congregando pessoas jurídicas, apresentam-se como verdadeiras associações de associações. Em tais hipóteses, tem-se-lhes negado a qualidade reclamada pelo texto constitucional, pois pessoas jurídicas, ainda que coletivamente representativas de categorias profissionais ou econômicas, não formam classe alguma.¹⁰²

¹⁰¹ ADI 433-6-MC/DF, Tribunal Pleno, 13 nov. 1991. Voto do Min. Sepúlveda Pertence. [grifo nosso]. Apesar de acompanhar o relator em decisão restritiva, sob a alegação de que sua orientação era “minoritária no Tribunal”, o ministro fez o alerta supracitado.

¹⁰² ADI 79-9-QO/DF, Tribunal Pleno, 13 abr. 1992. Voto do Min. Celso de Mello. [grifo no original].

Entretanto, a despeito da divergência, o ministro optou pela leitura mais restritiva, de modo que o seu voto negou às “associações de associações” a legitimação para a propositura de ações diretas.

Durante os debates sobre a admissão ou não das “associações de associações”, alguns votos expuseram incoerências que permearam a exclusão desse tipo de entidade. Uma contradição apontada em diversas decisões é o fato de o Tribunal haver negado a legitimidade de entidades de classe formadas por pessoas jurídicas, ao tempo em que a própria Constituição confere legitimidade às confederações sindicais, que nada mais são do que “associações de associações” integradas por sindicatos e federações, ou seja, pessoas jurídicas.¹⁰³

Ocorre que, além de discutível teoricamente, a tese da exclusão das “associações de associações” também é incompatível com a realidade da organização das entidades de classe de âmbito nacional. O voto do Min. Sepúlveda Pertence na ADI 591-0-MC/DF destacou que grande parte dessas associações consiste na reunião de entidades regionais ou estaduais e, de acordo com a jurisprudência do STF, elas não teriam o direito de propositura de ações diretas. Dispõe o voto:

Não elimino, porém, do conceito de entidade nacional de classe, as entidades nacionais de classe que poderíamos chamar de segundo grau, e que são, por compreensível mimetismo com a própria organização federativa do País, a modalidade mais freqüente de organização das entidades nacionais de classe. O raro é existir entidade nacional de classe, cujo integrante individual a ele se possa filiar, imediata e diretamente.¹⁰⁴

A incompatibilidade dessa jurisprudência com a realidade gerou distorções. Um desvirtuamento dela decorrente foi a chamada “correção do estatuto”. Diante do entendimento do STF de que associações integradas por pessoas jurídicas não seriam consideradas “entidades de classe” para os fins do artigo 103, IX, da Constituição, muitas dessas associações alteraram os seus estatutos sociais com o intuito de se adequarem à jurisprudência

¹⁰³ Nesse sentido, afirmou o Min. Sepúlveda Pertence: “[...] A entidade é de classe, da classe reunida nas associações estaduais que lhe são filiadas. O seu objetivo é a defesa da mesma categoria social. E o fato de uma determinada categoria se reunir, por mimetismo com a organização federativa do País, em associações correspondentes a cada Estado, e essas associações se reunirem para, por meio de uma entidade nacional, perseguir o mesmo objetivo institucional de defesa da classe, a meu ver, não descaracteriza a entidade de grau superior como o que ela realmente é: uma entidade de classe. No âmbito sindical isso é indiscutível. As entidades legitimadas à ação direta são as confederações, que, por definição, não têm como associados pessoas físicas, mas, sim, associações delas. Não vejo, então, no âmbito das associações civis comuns não sindicais, como fazer a distinção” [grifo nosso] (ADI 3.153-8-AgR/DF, Tribunal Pleno, 05 mai. 2004. Voto do Min. Sepúlveda Pertence).

¹⁰⁴ ADI 591-0-MC/DF, Tribunal Pleno, 25 out. 1991. Voto do Min. Sepúlveda Pertence.

da Corte – excluíram as pessoas jurídicas ou transformaram em suas integrantes as pessoas físicas que constituíam as pessoas jurídicas. Gerou-se, dessa forma, uma situação “absolutamente artificial”.¹⁰⁵

Ainda no julgamento da ADI 591-0-MC/DF, o Min. Marco Aurélio também se posicionou a favor das “associações de associações” e, em meio ao voto, fez um comentário intrigante:

O inciso IX do artigo 103, a meu ver, não contempla restrição que conduza à necessidade de a associação congregar diretamente os integrantes da classe. Por isso, peço vênia ao eminente Relator – sei muito bem da repercussão desse enfoque quanto aos trabalhos da Corte – para entender que, no caso, realmente estamos diante de uma entidade que representa uma classe e o faz no âmbito nacional, pois o próprio estatuto revela a vinculação das demais associações.¹⁰⁶

O ministro informou que estava ciente de que a adoção de uma postura inclusiva com relação ao tema geraria um aumento da carga de trabalho da Corte. Entretanto, como se posicionou a favor da admissão dessas entidades, pode-se entender que fez a opção de incluí-las, ainda que o Tribunal tivesse de trabalhar mais por isso.

De fato, em um contexto plural, a atuação efetiva da sociedade acarreta crises, contradições e a apresentação de inúmeros e divergentes posicionamentos. Trata-se de um arcabouço que precisa ser trabalhado. As narrativas a respeito do Processo Constituinte – momento em que o país vivenciou intensa participação social e popular – trazem à tona diversas implicações e dificuldades enfrentadas. Esses fatores, ao tempo em que são utilizados para criticar esse momento constitucional, também são destacados como a constatação de que a Constituinte foi um processo efetivamente plural e democrático:

¹⁰⁵ No julgamento da ADI 3.153-8-Agr/DF, já em 2004, os ministros Gilmar Mendes e Sepúlveda Pertence expuseram essa situação: “O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES – [...] Nesse contexto, parece uma negação da própria realidade não reconhecer que essas entidades devam ter, sim, a sua legitimação reconhecida. Por que reconhecer a confederação sindical que, como já foi observado, é tipicamente uma entidade de pessoas jurídicas de terceiro grau e não reconhecer também nesta hipótese, desde que presentes os outros requisitos estabelecidos pela jurisprudência do Tribunal, embora seja compreensível? O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE – Temos duas associações muito próximas, e já há outras. Então, consideraram filiados os sócios das associações estaduais e as mesmas como membros institucionais. O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES – A famosa correção do estatuto. O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE – Absolutamente artificial. Todos sabem que funciona como uma ‘associação de associações’, salvo apenas eleição direta para a Diretoria” (ADI 3.153-8-Agr/DF, Tribunal Pleno, 05 mai. 2004. Voto do Min. Gilmar Mendes). Também no julgamento da ADI 3.472-3-MC/DF verificou-se a alteração de estatuto, dessa vez da Associação Nacional dos Membros do Ministério Público – CONAMP: “2. Ademais, segundo o estatuto da CONAMP – agora Associação Nacional dos Membros do Ministério Público – a qualidade de ‘associados efetivos’ ficou adstrita às pessoas físicas integrantes da categoria, – o que basta a satisfazer a jurisprudência restritiva –, ainda que o estatuto reserve às associações afiliadas papel relevante na gestão da entidade nacional” (ADI 3.472-3-MC/DF, Tribunal Pleno, 28 abr. 2005. Ementa).

¹⁰⁶ ADI 591-0-MC/DF, Tribunal Pleno, 25 out. 1991. Voto do Min. Marco Aurélio. [grifo nosso].

O processo apresentou-se sempre tensionado e em crise. Situações conjunturais e as próprias decisões da Constituinte formaram um quadro de instabilidades, riscos, manobras.

As elites dominantes não conseguiram impor um procedimento rápido e um projeto articulado. Novos atores entraram em cena. Neste caso, a crise é sinal de possibilidades, em face do desarranjo ou limitações no poder constituído e nas classes hegemônicas.

As decisões foram contraditórias. Grandes vitórias da direita, do *status quo*, das forças dominantes em alguns temas. Avanços consideráveis e conteúdos surpreendentes, em outros.¹⁰⁷

Diante disso, é possível pensar a participação da sociedade desvencilhada dessas conseqüências? Quando o Tribunal se nega a enfrentar essas repercussões, não estaria negando a participação em si?

O comentário do ministro é intrigante na medida em que indica a possibilidade de o Supremo Tribunal Federal haver adotado uma postura restritiva – ao menos naquele caso – com a finalidade de efetivamente afastar o maior número possível de entidades e, com isso, reduzir o volume de processos a ele submetido. Nessa hipótese, o fundamento para a restrição não seria doutrinário ou mesmo ideológico, mas sim uma questão de “política judiciária”.¹⁰⁸

A desconfiança sugerida pela observação supracitada foi explicitada anos depois – mais especificamente em 2004 – quando a questão foi rediscutida no STF. A Federação Nacional das Associações dos Produtores de Cachaça de Alambique – FENACA agravou regimentalmente da decisão monocrática que extinguiu a ADIn de sua autoria por carência de legitimidade ativa *ad causam* para a ação.¹⁰⁹

O fundamento da decisão e do voto do Relator – Min. Celso de Mello – foi “a orientação jurisprudencial que a Corte firmou na matéria”.¹¹⁰ Ocorre que o Min. Sepúlveda

¹⁰⁷ COELHO, João Gilberto Lucas e Antonio Carlos Nantes de Oliveira. **A nova Constituição: avaliação do texto e perfil dos constituintes.** Rio de Janeiro: Revan, 1989, p. 21.

¹⁰⁸ O Min. Gilmar Mendes utilizou esse termo no julgamento da ADI 3.153-8-AgR/DF ao tratar de medidas adotadas pelo Tribunal para conter o volume de processos (ADI 3.153-8-AgR/DF, Tribunal Pleno, 05 mai. 2004. Voto do Min. Gilmar Mendes).

¹⁰⁹ A fundamentação do agravo utilizou, em resumo, os seguintes argumentos: “Entidade é termo amplo e, salvo melhor juízo, não pode o intérprete da lei emprestar-lhe definição restrita, principalmente se analisado o vocábulo na inteireza do inciso constitucional, pois sindicato é uma associação de trabalhadores numa base territorial, que não pode ser inferior à área de um município, sendo vedado ao Poder Público exercer intervenções na formação destes, Art. 8º da Constituição da República. Em assim sendo, confederação sindical é associação de associações e, por conseqüência lógica, ‘entidade de classe de âmbito nacional’ pode resultar também da associação de diversas associações de mesma classe ou categoria econômica para formar uma **entidade de classe** de âmbito nacional, como ocorre *in casu*” [grifo no original] (FENACA. AgR na ADI 3.153-8-MC/DF, 15 abr. 2004).

¹¹⁰ A decisão monocrática que extinguiu a ADI 3.153-MC/DF contém a seguinte argumentação: “Entendo, sob tal perspectiva, que falece, à autora, a necessária qualidade para agir em sede de controle normativo abstrato, pois as associações de associações não dispõem de legitimidade ativa para o ajuizamento da ação direta de

Pertence retrucou, afirmando que essa jurisprudência “jamais o convenceu” e que, a seu ver, “nada a justifica”. Depois, seguiu apresentando argumentos para a admissão das “associações de associações”.¹¹¹

Em seguida, o Min. Marco Aurélio fez o seguinte comentário: “Lembraria, Presidente, que, nos últimos tempos, o Tribunal alargou a via de acesso a si próprio, fazendo-o no tocante às reclamações. Aqui, a situação é mais favorável. Diz respeito à legitimidade para figurar na relação processual, no ângulo ativo”.¹¹²

Em resumo, o Min. Sepúlveda Pertence solicitou a rediscussão de entendimento adotado pelo Tribunal com o qual não concordava e o Min. Marco Aurélio utilizou como argumento para a alteração da jurisprudência o fato de o contexto da Corte estar diferente, de ela estar “mais acessível”. O Min. Joaquim Barbosa corroborou com a linha de raciocínio do Min. Marco Aurélio e defendeu a mudança do posicionamento que entendeu estar “inscrita naquela jurisprudência defensiva do início da vigência da Constituição de 88”.¹¹³ O Min. Gilmar Mendes adotou o mesmo enfoque e expôs que a discussão acerca da admissão das “associações de associações” seria uma questão de “política judiciária”:

Sr. Presidente, gostaria de antecipar o meu voto, pois esta questão é há muito discutida na Corte e compreende até mesmo a opção de política judiciária desenvolvida pelo Tribunal naquele momento histórico que traduzia a prática do que chamamos uma jurisprudência defensiva. Era o temor até mesmo de que, pela via da confederação sindical e, especialmente, pelas entidades de classe de âmbito nacional, se transformasse a ação direta numa ação popular de inconstitucionalidade.

inconstitucionalidade. Com efeito, impõe-se registrar, neste ponto, que o Supremo Tribunal Federal tem salientado, em sucessivos pronunciamentos, a propósito do tema ora em exame, que não se qualificam como entidades de classe, para efeito de ajuizamento de ação direta, aquelas organizações, que, congregando pessoas jurídicas (como a de que ora se trata), constituem verdadeiras associações de associações. Em tais hipóteses, tem-se-lhes negado a qualidade reclamada pelo texto constitucional, pois pessoas jurídicas, ainda que coletivamente organizadas como instrumentos de representação de categorias profissionais ou econômicas, não formam classe alguma, falecendo-lhes, em conseqüência, legitimidade ativa para a instauração do processo de fiscalização abstrata de constitucionalidade [...]” [grifo nosso] (ADI 3.153-8-MC/DF, Decisão Monocrática proferida pelo Min. Celso de Mello, 30 mar. 2004). O relatório apresentado a resume da seguinte forma: “O ato decisório objeto do presente recurso de agravo fundamentou-se na circunstância de que a parte ora recorrente é mera associação de associações, o que a desqualifica, nos termos da jurisprudência predominante nesta Suprema Corte, para a instauração do processo objetivo de fiscalização abstrata de constitucionalidade (fls. 34/36)” (ADI 3.153-8-AgR/DF, Tribunal Pleno, 05 mai. 2004. Relatório). No mesmo sentido, o voto do Min. Celso de Mello dispõe: “Não assiste razão à parte ora agravante, eis que a decisão em causa ajusta-se, com integral fidelidade, à orientação jurisprudencial que esta Corte firmou na matéria” (ADI 3.153-8-AgR/DF, Tribunal Pleno, 05 mai. 2004. Voto do Min. Celso de Mello).

¹¹¹ Dentre eles, o de que a Constituição legitimou as confederações sindicais, que são formadas por associações, no caso, por sindicatos, e não por pessoas físicas (ADI 3.153-8-AgR/DF, Tribunal Pleno, 05 mai. 2004. Voto do Min. Sepúlveda Pertence).

¹¹² ADI 3.153-8-AgR/DF, Tribunal Pleno, 05 mai. 2004. Comentário do Min. Marco Aurélio no voto do Min. Sepúlveda Pertence.

¹¹³ ADI 3.153-8-AgR/DF, Tribunal Pleno, 05 mai. 2004. Voto do Min. Joaquim Barbosa.

Por outro lado, também já foi destacado que a opção do Constituinte foi inequívoca no sentido de abrir o texto.

[...] Hoje, de certo modo, já se pode aquilatar o significado dessa jurisprudência, tanto a anterior quanto uma eventual nova orientação, ainda que venha a verificar uma expansão dos legitimados, talvez de forma autônoma, até porque aqueles que eventualmente não conseguem fazer a arguição direta certamente dispõem [sic] de alternativas, podem ir à Ordem dos Advogados do Brasil, podem procurar um partido político; em suma, não há essa economia processual no sentido da provocação, dificilmente um pleito relevante, no modelo do art. 103, não encontra abrigo num partido com um representante, porque o modelo também é extravagante nesse ponto. [...] Portanto, dentro desse quadro, temos quase uma ilusão de ótica ao imaginar-se que se está a fazer uma jurisprudência defensiva.

Por outro lado, a rigor, não parece haver razões substantivas para sustentar essa orientação. [...]

Parece-me não haver mais razão para justificar esse modelo restritivo que partia talvez até de uma premissa equivocada, não percebia que o texto de 1988 tinha mudado a própria convivência entre o sistema difuso e o concentrado.¹¹⁴

Uma análise um pouco mais detida dos julgamentos que trataram da participação das “associações de associações” permite vislumbrar que a decisão a esse respeito pode ter dependido menos de fundamentos jurídicos e primordialmente da postura do Supremo Tribunal Federal sobre a inclusão de representantes da sociedade nos debates constitucionais.

Praticamente não foram apresentados argumentos jurídicos balizadores da exclusão das “associações de associações”; a maioria dos julgamentos limita-se a aplicar a jurisprudência do Tribunal – a exemplo das manifestações supracitadas do Min. Celso de Mello. Ademais, quando o STF rediscutiu o seu entendimento sobre o assunto – ao julgar a ADI 3.153-8-AgR/DF –, o debate pautou-se mais na postura “acessível” ou “restritiva” do Tribunal do que na possibilidade jurídica de uma entidade de classe ser integrada por pessoas jurídicas – como visto, o Min. Gilmar Mendes afirmou não haver razões substantivas capazes de sustentar aquela orientação.

Desde o início da década de 90 o Tribunal vedava o direito de propositura de ações diretas às “associações de associações”, entretanto, diante de argumentos de “política

¹¹⁴ ADI 3.153-8-AgR/DF, Tribunal Pleno, 05 mai. 2004. Voto do Min. Gilmar Mendes. [grifo nosso]. Também sobre a “política judiciária”, votou o Min. Marco Aurélio a favor da participação das “associações de associações”: “Senhor Presidente, sempre procedi à leitura do artigo 103 da Constituição Federal com maior largueza, levando em conta até uma política judiciária de maior envergadura na racionalização dos trabalhos. [...] Concluo acompanhando o ministro Sepúlveda Pertence, e vejo que a tese, sempre sustentada por Sua Excelência, quanto à legitimação mais abrangente para propositura da ação direta de inconstitucionalidade, acaba por prevalecer – já não estaremos mais sozinhos” (ADI 3.153-8-AgR/DF, Tribunal Pleno, 12 ago. 2004. Voto do Min. Marco Aurélio).

judiciária” esse entendimento foi alterado em 2004, durante o julgamento da ADI 3.153-8-AgR/DF.¹¹⁵

O debate que ensejou a revisão corrobora a leitura de que o seu fundamento tenha sido uma questão de postura do STF perante a participação social, uma vez que não houve nenhuma alteração fática ou jurídica com relação à organização das “associações de associações”, tampouco qualquer desses fatores foi indicado na discussão. Os argumentos que mencionaram algum tipo de mudança apta a justificar a alteração jurisprudencial referiram-se ao contexto participativo do Tribunal, que estaria mais acessível à sociedade, de modo que não se justificaria mais a adoção daquele modelo restritivo.¹¹⁶

A revisão de entendimento por parte do Tribunal decorre do caráter dinâmico do texto constitucional, cujo sentido deve ser permanentemente revisto e rediscutido. O direito é estável, e não estático, como esclarece Raffaele De Giorgi:

Na sua dependência direta com o poder político, o direito é uma estrutura da sociedade. A imprevisibilidade do agir encontra, no direito, uma referência estável de sentido. Mas se trata de uma estabilidade dinâmica: estável é o recurso sempre possível àquele sentido, mas sempre aberto a resultados interpretativos diversos e às transformações impostas pelo poder político. Isto se dá até quando se institucionaliza a transformação no direito e a própria determinação do direito se transforma, como disse Luhmann, na manutenção de presentes possibilidades de mudanças.¹¹⁷

Diante da inversão do entendimento adotado pelo Tribunal, a grande parte das decisões manteve a postura de se restringir a seguir a jurisprudência adotada e, assim, acompanhou a mudança. Em setembro de 2003, por exemplo, ao analisar a ADI 2.902/SP, o Min. Carlos Velloso negou seguimento ao pedido formulado pela Associação Brasileira das Prestadoras de Serviços de Telecomunicações Competitivas – TELCOMP sob o argumento da existência de julgados do STF que negavam a legitimidade de “associações de

¹¹⁵ A ementa do acórdão dispõe: “EMENTA: Ação direta de inconstitucionalidade: legitimação ativa: ‘entidade de classe de âmbito nacional’: compreensão da ‘associação de associações’ de classe: revisão da jurisprudência do Supremo Tribunal. 1. O conceito de entidade de classe é dado pelo objetivo institucional classista, pouco importando que a eles diretamente se filiem os membros da respectiva categoria social ou agremiações que os congreguem, com a mesma finalidade, em âmbito territorial mais restrito. 2. É entidade de classe de âmbito nacional – como tal legitimada à propositura da ação direta de inconstitucionalidade (CF, art 103, IX) – aquela na qual se congregam associações regionais correspondentes a cada unidade da Federação, a fim de perseguirem, em todo o País, o mesmo objetivo institucional de defesa dos interesses de uma determinada classe. 3. Nesse sentido, altera o Supremo Tribunal sua jurisprudência, de modo a admitir a legitimação das ‘associações de associações de classe’, de âmbito nacional, para a ação direta de inconstitucionalidade” (ADI 3.153-8-AgR/DF, Tribunal Pleno, 12 ago. 2004. Ementa).

¹¹⁶ ADI 3.153-8-AgR/DF, Tribunal Pleno, 05 mai. 2004. Votos dos ministros Sepúlveda Pertence, Joaquim Barbosa e Gilmar Mendes.

¹¹⁷ DE GIORGI, Raffaele. O Deus com barba e o Deus sem barba. *In: Direito, Tempo e Memória*. Trad. de Guilherme Leite Gonçalves. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 182.

associações”.¹¹⁸ Entretanto, em novembro de 2004, o mesmo ministro reconsiderou a sua decisão em razão de o Tribunal haver “reformulado o seu entendimento a respeito do tema, conferindo legitimidade, para a ação direta de inconstitucionalidade, à associação constituída de associações”.¹¹⁹

Assim, a jurisprudência em torno do tema parece refletir e acompanhar o posicionamento do STF com relação à atuação da sociedade. A análise das ações propostas pela Federação Nacional das Associações de Servidores da Justiça do Trabalho – FENASTRA, por exemplo, reforça esse entendimento. Em 1989, logo no início da vigência da Constituição – período em que ainda havia poucas ADIns e, por isso, o STF provavelmente ainda não se preocupava em contê-las –, a associação teve a sua legitimidade reconhecida.¹²⁰ Entretanto, já em 1991 – período em que se firmava a “jurisprudência restritiva” e os seus vários critérios – a mesma federação foi considerada ilegítima mais de uma vez.¹²¹

Algumas manifestações do Tribunal indicam que tanto a opção de impedir a atuação das “associações de associações” quanto a sua posterior aceitação podem ter se baseado mais em aspectos de política judiciária – como a quantidade de processos submetidos ao STF – do que em argumentos jurídicos. A esse respeito, Celso Campilongo questiona se o

¹¹⁸ A fundamentação apresentada é a seguinte: “No julgamento da ADI 108-QO/DF, Relator o Ministro CELSO DE MELLO, decidiu o Supremo Tribunal Federal ‘que não se qualificam como entidades de classe aquelas que, congregando pessoas jurídicas, apresentam-se como verdadeiras associações de associações. Em tais hipóteses, tem-se-lhes negado a qualidade reclamada pelo texto constitucional, pois pessoas jurídicas, ainda que coletivamente representativas de categorias profissionais ou econômicas, não formam classe alguma’ (‘D.J.’ de 05.06.92). No seu voto, o eminente Ministro CELSO DE MELLO invocou acórdão do Supremo Tribunal, na ADI 511/SP, Rel. Min. PAULO BROSSARD, no qual não se reconheceu legitimidade ativa à FENAFISCO, ‘precisamente por ser associação de associações’ (ADI 2.902/SP, Decisão monocrática do Min. Carlos Velloso, 26 set. 2003).

¹¹⁹ ADI 2.902/SP, Decisão monocrática do Min. Carlos Velloso, 02 nov. 2004. No mesmo sentido, dispõe a ADI 3.472-3-MC/DF: “1. É certo que, na ADInMC 1.402, de 29.2.96, red. p/ acórdão Maurício Corrêa, o Tribunal, na linha da jurisprudência então dominante na Casa, que desqualifica para a iniciativa da ADIn as chamadas ‘associações de associações’, negou à CONAMP a qualificação de ‘entidade de classe de âmbito nacional’; no caso, a discussão seria ociosa, dado que, ao julgar, a ADIn-AgR 3153, 12.08.04, Pertence, o plenário da Corte abandonou o entendimento que exclui as entidades de classe de segundo grau do rol dos legitimados à ação direta” (ADI 3.472-3-MC/DF, Tribunal Pleno, 28 abr. 2005. Ementa).

¹²⁰ ADI 37-3-MC/DF, Tribunal Pleno, 12 abr. 1989. A federação teve a sua legitimidade reconhecida e a medida cautelar ora requerida foi deferida pelo Tribunal.

¹²¹ As ADIs 530-8/DF e 433-6/DF, propostas pela FENASTRA, não foram conhecidas pelo STF por falta de legitimidade ativa. As decisões dispõem sobre a federação, respectivamente: “[...] não tem como associados os integrantes da classe, o que é ínsito ao conceito de entidade de classe, os quais, no caso, são os servidores da Justiça do Trabalho para quem os considera que formam uma classe, mas uma associação de associações, e, portanto, uma associação em que os associados não são os integrantes da classe, mas as associações a que membros dela pertencem. E associação de associações representa estas e não os membros desta, os quais formam a classe” (ADI 530-8-MC/DF, Tribunal Pleno, 20 set. 1991. Voto do Min. Moreira Alves). “[...] não é ela também entidade de classe, pois, ainda que se entendesse que os servidores da Justiça do Trabalho são uma classe profissional, federação de sindicatos e de associações não tem como associados ou integrantes da classe (os servidores), mas é uma associação de associações, e, portanto, representa estas e não os membros desta, os quais formam a classe” (ADI 433-6-MC/DF, Tribunal Pleno, 13 nov. 1991. Ementa). No julgamento da ADI 526-0/DF, o STF também não reconheceu a legitimidade da FENASTRA (ADI 526-0-MC/DF, Tribunal Pleno, 12 dez. 1991).

Tribunal não estaria dando uma “roupagem jurídica” a opções baseadas na lógica do sistema político. Seria o Direito utilizado contra o Direito?

[...] é curioso que o Supremo Tribunal Federal dedique tanto tempo, até mesmo pelo número exagerado de competências que possui, para enfrentar questões quase que majoritariamente de natureza processual. Não se enfrenta, na verdade, matéria de mérito, matéria propriamente constitucional, mas se julga quase tudo com pretexto de natureza processual. O que me faz, de alguma maneira, imaginar a seguinte hipótese: talvez, entre nós, na periferia da modernidade jurídica, ao contrário do que ocorre em outras Cortes Constitucionais ou em centros onde, na verdade, essa separação entre sistema jurídico e sistema político é mais nítida, é mais consolidada, ao invés do Direito ser utilizado para confirmar o Direito, do sistema jurídico funcionar num sistema de *feed-back* positivo, ou seja, aplicar o Direito por meio do Direito para confirmar o Direito, talvez, entre nós, esteja ocorrendo um perverso fenômeno de utilização do Direito para o descumprimento do Direito por meio de pretextos jurídicos. Ou seja, um sistema de *feed-back* negativo e não positivo que, sob uma roupagem jurídica, uma fachada jurídica, na verdade se permite corromper, se permite desvirtuar por uma lógica que, na essência, não é jurídica, mas é a lógica do sistema político. Com isso, criam-se recíprocos bloqueios na comunicação jurídica e política.¹²²

Os entendimentos ora analisados tiveram como foco a interpretação do termo “entidade”: que tipos de entidade ou de composição estariam abrangidos pela concepção de “entidade de classe de âmbito nacional” prevista pelo art. 103, IX, da CF. Passar-se-á agora ao exame de manifestações do Tribunal a respeito da interpretação e delimitação do conceito de “classe” previsto na Constituição: quais segmentos, quais grupos sociais são representados pelas entidades de classe de âmbito nacional? “Que se deve entender por classe?”¹²³

Em um primeiro momento, os ministros reconheceram que o termo não tem um significado rígido pré-estabelecido, pelo contrário, admite diferentes interpretações e sentidos.¹²⁴ Assim, coube ao STF definir a leitura que melhor se adequasse à Constituição. A esse respeito, o voto do Min. Sepúlveda Pertence a seguir transcrito explica como o Tribunal iniciou o processo de interpretação do conceito de classe para fins de propositura de ações diretas:

¹²² CAMPILONGO, Celso. Direitos Fundamentais e Poder Judiciário. In: **O direito na sociedade complexa**. São Paulo: Max Limonad, 2000, p. 108/109. [grifo nosso].

¹²³ Essa questão foi apresentada ao STF nesses termos pelo Min. Paulo Brossard: ADI 42-0/DF, Tribunal Pleno, 30 ago. 1989. Voto do Min. Paulo Brossard.

¹²⁴ O Min. Paulo Brossard, por exemplo, ao tratar do conceito de classe, questionou: “Não é um conceito jurídico e na linguagem da Sociologia se presta a muitos significados?” (ADI 42-0/DF, Tribunal Pleno, 30 ago. 1989. Voto do Min. Paulo Brossard).

63. *Classe*, como notou, em seu voto, o Ministro Paulo Brossard, “não é um conceito jurídico”: Ao menos, digo eu, nos ordenamentos que não trilham a senda da filosofia marxista.

64. E, como já advertia o relator, e pude comprovar, no reencontro desses dias com meus esquecidos manuais, também está longe de obter significado unívoco, no campo da sociologia.

65. De qualquer sorte, não me parece que, no preceito constitucional que nos preocupa, os lindes do conceito de *classe* possa [sic] ser buscados com proveito na teorização dos sociólogos, mas, sim, na linguagem comum, onde a inteligência da expressão “*entidade de classe*” não gera, de regra, maiores dificuldades.

66. De fato. Na grande maioria das vezes, para definir *classe*, quando utilizada para adjetivar instituições sociais organizadas, se pode tomar de empréstimo, da Consolidação das Leis do Trabalho, o conceito legal de categoria profissional ou econômica, atribuído a Oliveira Viana [sic], apenas com o cuidado de desvesti-lo das conotações de artificialismo autoritário, que lhe pudessem ditar sua associação com o instituto, agora superado pela Constituição, do enquadramento sindical compulsório.

67. Assim, valendo-se, *mutatis mutandis*, das definições legais do art. 511, CLT, entidades de classe serão as associações cuja base social e cuja orientação finalística partam, ou (a) da pressuposta “solidariedade de interesses econômicos dos que empreendem atividades idênticas, similares ou conexas” (categoria econômica ou empresarial) ou do reconhecimento dos interesses comuns derivados (b) do exercício da mesma atividade profissional ou de profissões similares ou conexas ou ainda, finalmente, (c) do trabalho em comum, ainda que em profissões diversas, na mesma atividade econômica ou em atividades econômicas similares ou conexas.

68. O que marca, assim, o grupo social básico das entidades de classe, a meu ver, é sempre a identidade ou semelhança da atividade empresarial ou profissional ou do setor econômico em que empregados os seus integrantes.

69. Há quem abra um espaço adicional no conceito de classe para incluir nele a comunidade estudantil: ainda aí, porém, restaria o vínculo básico da identidade da atividade habitual, ainda que despida de sentido econômico ou profissional imediato.¹²⁵

Diante da abertura constitucional, o voto supracitado sugere a adoção do conceito de “categoria profissional ou econômica” advindo da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT. Entretanto, ao tempo em que sugere o “empréstimo” desse conceito, o Min. Sepúlveda Pertence também alerta para que a sua implementação seja efetivada “com o cuidado de desvesti-lo das conotações de artificialismo autoritário”. Isso é possível? É possível desarraigar um conceito do seu contexto? Ainda mais: quais são os riscos envolvidos nesse tipo de manobra?

Quando se compreende a Constituição Federal de 1988 como uma ruptura com o regime autoritário que a precede e, portanto, como a instauração de uma nova realidade democrática e participativa, vislumbra-se a necessidade de adotar referências também

¹²⁵ ADI 42-0/DF, Tribunal Pleno, 20 set. 1989. Voto do Min. Sepúlveda Pertence.

democráticas a fim de consolidar essa nova perspectiva social. Raffaele De Giorgi esclarece a importância das referências na construção de uma nova realidade:

“As últimas unidades”, escreve Luhmann, “são sempre sentidos que um paradoxo oculta quando elas favorecem determinadas diferenças, cuja unidade não pode ser tematizada”. A Referência-Roma (*Referenz-Rom*) é a unidade que se constrói quando a memória não encontra mais passados dos quais possa recordar para construir um presente que, ao contrário, se fluísse em direção àqueles passados, os uniria como sua continuação. Ela exprime o fato de não existirem mais anormalidades que, utilizadas para descrever a velha ordem, parecessem sensatas em relação à nova. Que ordem, se não existe memória que a construa? O império está em decadência: duplicou-se.¹²⁶

De fato, o próprio voto supracitado já deixa transparecer prováveis incompatibilidades entre os pressupostos de um e de outro, no caso, do termo “classe” adotado pela Constituição Federal de 1988 e do conceito legal desenvolvido por Oliveira Vianna durante o governo Vargas. A análise de decisões em que o Supremo Tribunal Federal aplicou essa leitura do conceito de classe pode oferecer mais dados para responder a esses questionamentos.

O entendimento de que o conceito de “classe” da Constituição teria o sentido de “categoria profissional ou econômica” foi muito aplicado pelo STF e acarretou diversas conseqüências. Por exemplo, ao analisar a ADI 894, proposta pela União Nacional dos Estudantes — UNE, o Supremo Tribunal Federal, mais uma vez, deparou-se com o dilema ampliação/restrição da participação social no controle de constitucionalidade. A alternativa foi exposta ao Tribunal nos seguintes termos:

A “*quaestio juris*” que, todavia, aqui se propõe concerne ao enquadramento da UNE entre as entidades de classe de âmbito nacional a que se refere o inciso IX do art. 103, da Constituição, que dispõe sobre legitimação ativa para a ação direta de inconstitucionalidade.

Será, nesse plano, a UNE entidade de classe de âmbito nacional? Se se der à cláusula “entidade de classe” compreensão ampla, a partir da só literalidade da locução, e se se lhe conferir conteúdo meramente social, a resposta deveria ser afirmativa, entendendo-se existente uma “classe estudantil”, como a expressão é correntemente usada nos meios culturais e de comunicação. Nesse sentido, a UNE seria entidade representativa, de âmbito nacional, da classe dos estudantes universitários brasileiros. Assim tem se proposto ser e agido a entidade requerente. Se, entretanto, se emprestar, aos efeitos do inciso IX do art. 103, da Lei Maior, compreensão estritamente de índole profissional à fórmula “entidade de classe”, a resposta à indagação

¹²⁶ DE GIORGI, Raffaele. Roma como memória da evolução. *In: Direito, Tempo e Memória*. Trad. de Guilherme Leite Gonçalves. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 94/95. [grifo nosso].

inicial há de ser negativa. Com efeito, sob o ponto de vista profissional, não tenho como correta a afirmação de que os estudantes constituam uma classe, enquanto ao termo se atribui conteúdo imediatamente dirigido à idéia de profissão, entendendo-se “classe” não como simples classe social, segmento social, mas como categoria profissional.¹²⁷

De fato, não houve qualquer dúvida quanto à representatividade da UNE, todos os votos – inclusive a ementa de acórdão – destacaram a sua atuação na defesa dos interesses estudantis e das liberdades públicas. A divergência na Corte ocorreu especificamente com relação à leitura do conceito de “classe”. Os estudantes seriam uma classe legitimada pela Constituição? O Supremo Tribunal Federal entendeu que não. A decisão não foi unânime.

Como visto no voto supracitado, a leitura restritiva do termo atribuiu-lhe conteúdo meramente profissional ou econômico. Argumentou-se que essa tese estaria “na linha do que se tem decidido” e que, com relação a entidade de classe, “vem o STF emprestando-lhe compreensão sempre a partir de interesses profissionais definidos”.¹²⁸

Além do argumento jurisprudencial, também foi defendida uma seleção “cuidadosa” no reconhecimento da legitimação de determinadas entidades “porque figuram num elenco privilegiado”.¹²⁹ O que a expressão utilizada pelo Min. Paulo Brossard deixa transparecer? Como a idéia de “privilégio” foi utilizada pelo ministro para justificar uma leitura restritiva/cuidadosa do rol de legitimados?

A investigação do significado do termo “privilégio” nos apresenta a idéia de “condição especial de direito, imunidade, prerrogativa, exceção, licença, permissão dada somente a alguém, não a todos”. A palavra tem origem no latim *privilegium*, de *privus*, privado e *lex*, lei.¹³⁰ *Privilegium*, por sua vez, significa “lei excepcional, e concernente a um particular, ou a poucas pessoas”. No mesmo diapasão, *privus* refere-se a “particular, próprio, especial, individual, cada qual, cada um”.¹³¹ Por último, o adjetivo utilizado pelo ministro –

¹²⁷ ADI 894-3-MC/DF, Tribunal Pleno, 25 jun. 1993. Voto do Min. Néri da Silveira. [grifo nosso].

¹²⁸ ADI 894-3-MC/DF, Tribunal Pleno, 25 jun. 1993. Voto do Min. Néri da Silveira.

¹²⁹ Nas palavras do Min. Paulo Brossard: “3. Senhor Presidente, estamos examinando o alcance da expressão entidade de classe no exclusivo aspecto da legitimidade ativa para a ação direta e se vamos interpretá-la restritiva ou ampliativamente. Tenho a impressão que quando o constituinte falou em confederação sindical ele se certificou que tinha falado pouco e por isso acrescentou ou entidade de classe de âmbito nacional, de forma que a expressão ampliou o alcance do inciso, mas o âmbito nacional é comum tanto à confederação sindical como à entidade de classe. 4. Tendo entendido que deveria haver uma seleção, não vou dizer rigorosa, mas cuidadosa, no reconhecimento de determinadas entidades como habilitadas a ajuizar ação direta, porque figuram num elenco privilegiado, ao lado das mais altas autoridades do País e dos Estados, do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, do Procurador-Geral da República, de partidos com representação no Congresso Nacional, de Confederações Sindicais” [grifo no original] (ADI 894-3-MC/DF, Tribunal Pleno, 18 nov. 1993. Voto do Min. Paulo Brossard).

¹³⁰ **Grande Dicionário Etimológico-Prosódico da Língua Portuguesa**, por Francisco da Silveira Bueno. Santos: Editora Brasília Limitada, 1974. v. 6, p. 3196.

¹³¹ **Novíssimo Dicionário Latino-Português**, F. R. dos Santos Saraiva. Rio de Janeiro: Garnier, 2000, p. 950.

“privilegiado” – “diz-se de quem goza de certas prerrogativas, privilégios, imunidades que não são concedidas a todos”.¹³²

Deparamo-nos, portanto, com uma semântica relacionada à exceção, à restrição, à idéia de grupo seletivo e fechado, do qual os demais não podem participar. A partir daí, podemos vislumbrar como essa concepção fundamenta leituras restritivas e excludentes. Se se parte da percepção de que o rol de legitimados à propositura de ações diretas é um grupo seletivo e restrito, ou seja, que a legitimidade ativa é uma prerrogativa concedida apenas a alguns, fica claro porque não adotar uma leitura abrangente e inclusiva da sociedade.

Diante disso, é possível perceber uma tendência do Tribunal em afastar certas entidades de classe, na medida em que as justificativas apresentadas são no sentido de que esta seria a “linha” da Corte e que seria necessário analisar quais entes estariam à altura dos demais legitimados. Percebe-se, mais uma vez, a idéia de que a constituição e a interpretação constitucional seriam prerrogativa de uma “elite”, integrada exclusivamente pelos mais “sábios”.

Em meio a essa discussão, alguns posicionamentos foram desvelados.

O Min. Néri da Silveira – relator do processo e que, portanto, já havia votado – manifestou-se novamente e esclareceu que a leitura de classe como categoria profissional ou econômica atribui ao conceito um conteúdo necessariamente econômico, razão pela qual os estudantes não se enquadrariam na definição. Nas palavras do ministro: “Não é apenas no sentido de segmento social que a Constituição, quando fala em entidade de classe de âmbito nacional, está se referindo, mas exatamente alude a Lei Magna a categorias, em que há sempre um conteúdo econômico em sua definição”.¹³³ Na mesma oportunidade, o ministro indicou que outras classes sociais sem conteúdo econômico também não seriam reconhecidas como aptas a propor ações diretas: “Assim, não consideraria, por igual, por exemplo, se houvesse, uma Associação Nacional dos Idosos, como enquadrada no art. 103, IX, da Constituição”.¹³⁴

Essa interpretação do conceito de classe envolve dois aspectos: um deles é a redução da quantidade de entidades aptas a proporem ações diretas, uma vez que uma leitura mais abrangente naturalmente permite um maior número de participações. O segundo aspecto, por sua vez, possui uma conotação qualitativa, pois se refere ao critério de seleção adotado

¹³² **Grande Dicionário Etimológico-Prosódico da Língua Portuguesa**, por Francisco da Silveira Bueno. Santos: Editora Brasília Limitada, 1974. v. 6, p. 3196.

¹³³ ADI 894-3-MC/DF, Tribunal Pleno, 18 nov. 1993. Voto do Min. Néri da Silveira.

¹³⁴ ADI 894-3-MC/DF, Tribunal Pleno, 18 nov. 1993. Voto do Min. Néri da Silveira.

pelo STF para determinar a inclusão/exclusão de representantes da sociedade civil, quais setores sociais foram incluídos e quais foram excluídos.

Essa situação foi exposta ao STF naquela ocasião, o Min. Sepúlveda Pertence alertou o Tribunal tanto para a postura restritiva que estava sendo adotada, quanto para o afastamento de vários setores sociais. O ministro afirmou:

De outro lado – considerando que a legitimação para a ação direta de inconstitucionalidade das “entidades de classe de âmbito nacional” é a abertura mais significativa do acesso da sociedade civil ao controle abstrato de normas – sou dos que ainda resistem à tendência de reduzir o alcance da inovação ao âmbito puramente corporativo das classes profissionais ou econômicas, a rigor, já contemplado, no mesmo inciso IX do art. 103 da Constituição, com a legitimação das confederações sindicais.¹³⁵

As decisões apresentadas explicitam uma situação intrigante: o critério utilizado pelo STF para selecionar os setores sociais aptos a participarem dos debates constitucionais foi um critério econômico, de modo que apenas as classes com repercussão econômica são aceitas pelo Tribunal¹³⁶. Ademais, esse critério apresenta uma agravante – apontada pelo Min. Sepúlveda Pertence – ele recebe classes/categorias que a princípio já seriam incluídas de outras formas – como, por exemplo, pela legitimação de confederações sindicais –, ao tempo em que exclui setores sociais que teriam na propositura de ações diretas a sua principal via de acesso aos debates constitucionais.

A esse respeito, deve-se ter em mente que a participação em debates constitucionais não se restringe à propositura de ações diretas ou à prestação formal de informações em processos. Há outras formas de atuação.

É possível apresentar o seu ponto de vista por meio da mídia, por exemplo. No julgamento do RE 153.531-8/SC, em que o Supremo Tribunal Federal debateu a constitucionalidade da “farra do boi”, o Min. Marco Aurélio citou em seu voto reportagem do Jornal da Globo, em que havia visto um animal ferido em razão daquela prática.¹³⁷ No

¹³⁵ ADI 894-3-MC/DF, Tribunal Pleno, 25 jun. 1993. Voto do Min. Sepúlveda Pertence.

¹³⁶ O Min. Francisco Rezek também questiona o critério econômico, nos seguintes termos: “Mas o fato de se cuidar de algo provisório e, ao mesmo tempo não remunerado, não me parece idôneo para desclassificar estudantes. Se a questão da classe devesse entender-se à luz da idéia de trabalho remunerado, eu teria muito mais dificuldade em aceitar como porta-voz de classe uma entidade representativa de pessoas que ganham não pelo trabalho, mas pelo capital. E já admitimos várias...” [grifo no original] (ADI 894-3-MC/DF, Tribunal Pleno, 25 jun. 1993. Voto do Min. Francisco Rezek). A respeito da relação entre o sistema do direito e os interesses e necessidades econômicas, ver LUHMANN, Niklas. **El derecho de la sociedad**. Trad. de Javier Torres Nafarrate. México: Herder e Universidad Iberoamericana, 2006, p. 324/336.

¹³⁷ O Min. Marco Aurélio manifestou-se nos seguintes termos: “Admitida a chamada ‘farra do boi’, em que uma turba ensandecida vai atrás do animal para procedimentos que estarrecem, como vimos, não há poder de polícia que consiga coibir esse procedimento. Não vejo como chegar-se à posição intermediária. A distorção alcançou

juízo da ADI 3.510/DF, por sua vez, o Min. Carlos Britto citou informações constantes do jornal *Correio Braziliense* e da revista *Veja*. A respeito dessa utilização, o ministro justificou: “Como o juiz não deve se resignar em ser uma traça ou ácaro de processo, mas um ser do mundo, abro as minhas vistas para o cotidiano existencial do País e o que se me depara?”¹³⁸

Já no julgamento do HC 82.424-2/RS, o Min. Moreira Alves afirmou que o voto vencedor, proferido pelo Min. Maurício Corrêa, “segue de perto um dos pareceres que acompanham um memorial onde se diz que foi apresentado em atenção a um honroso convite – que não partiu de mim – para funcionar como *amicus curiae* neste *habeas corpus* em que ele atua, de certa forma, como assistente de acusação.”¹³⁹ Trata-se de um parecer de autoria do Professor Celso Lafer, juntado ao processo e indicado como determinante para o entendimento do Tribunal. Neste caso, também chama a atenção a alegação de que o memorial seria fruto de um convite do Tribunal.

Outra forma bastante comum de apresentação de entendimentos e interesses ao Tribunal é a audiência com ministros. Algumas agendas, especialmente a do presidente, são disponibilizadas ao público, o que permite acompanhar – ainda que de forma precária – os setores sociais que utilizam esse instrumento. É possível identificar a regular recepção de políticos – deputados, senadores, governadores –, de membros do Poder Judiciário e de associações relacionadas com esse poder, como a Associação Nacional dos Desembargadores – ANDES, a Associação Nacional dos Procuradores da República – ANPR, a Associação dos Magistrados Brasileiros – AMB, o Sindicato dos Procuradores da Fazenda Nacional – SINPROFAZ e a Ordem dos Advogados do Brasil – OAB.¹⁴⁰

tal ponto que somente uma medida que obstaculizar terminantemente a prática pode evitar o que verificamos neste ano de 1997. O Jornal da Globo mostrou um animal ensangüentado e cortado invadindo uma residência e provocando ferimento em quem se encontrava no seu interior” [grifo nosso] (RE 153.531-8/SC, Tribunal Pleno, 03 jun. 1997. Voto do Min. Marco Aurélio).

¹³⁸ O ministro afirma se deparar com as histórias de Isabel Fillardis (*Correio Braziliense*) e Diogo Mainardi (*Veja*), cujos filhos apresentam, respectivamente, síndrome neurológica e paralisia cerebral (ADI 3.510/DF, Tribunal Pleno, 05 mar. 2008. Voto do Min. Carlos Britto).

¹³⁹ HC 82.424-2/RS, Tribunal Pleno, 09 abr. 2003. Voto do Min. Moreira Alves.

¹⁴⁰ A leitura das agendas dos ministros disponibilizadas no sítio do Supremo Tribunal Federal – www.stf.jus.br – permite identificar alguns exemplos das pessoas recebidas. No dia 30 de outubro de 2008 foi divulgado que o Min. César Peluso receberia o Des. Luiz Eduardo Guimarães Rabello – Presidente da Associação Nacional dos Desembargadores – ANDES, o Des. Bartolomeu Bueno – Vice-Presidente do TJ/PE, o Cons. Francisco Motta Macedo, o Des. Amaral e Silva – TJ/SC e o Des. João de Jesus Simões – Vice-Presidente do TJ/AM. No dia 02 de setembro de 2008, o Min. Gilmar Mendes receberia o conselheiro do Conselho Nacional de Justiça José Adonis Callou e o presidente da Associação Nacional dos Procuradores da República – ANPR, Antônio Carlos Bigonha e no dia 01 de julho de 2008, o juiz Mozart Valadares Pires, presidente da Associação dos Magistrados Brasileiros – AMB. No dia 18 de novembro de 2008, a Min. Cármen Lúcia receberia o Dr. João Carlos Souto (Presidente do SINPROFAZ - Sindicato dos Procuradores da Fazenda Nacional) e a Dr^a Estefânia Viveiros (Presidente da Ordem dos Advogados do Brasil – Seccional do Distrito Federal).

Ocorre que essas vias são efetivamente utilizadas apenas por determinados setores sociais, possivelmente aqueles com influência política, econômica ou com alguma relação que os permita aproximarem-se do Tribunal. Esses setores têm a seu dispor várias possibilidades de participação. Entretanto, outros não conseguem exercer esse tipo de influência. É justamente para esses grupos sociais que a previsão do direito de propositura de ações diretas é tão importante e é por isso que a sua exclusão gera conseqüências mais graves, pois essa pode ser a sua única via participativa. Esses grupos seriam, assim, sistematicamente excluídos.¹⁴¹

A favor de uma leitura abrangente de “classe”, foram apresentados argumentos de que a Constituição não restringiria a legitimação das entidades de classe¹⁴² e de que a doutrina também classificaria a comunidade estudantil como classe.¹⁴³ Entretanto, a despeito da divergência, prevaleceu no Tribunal a interpretação restritiva do conceito.¹⁴⁴

¹⁴¹ Giancarlo Corsi, ao analisar a inclusão/exclusão na sociedade moderna, explica que uma de suas características é o fato de que a exclusão em um determinado sistema pode acarretar a exclusão em outros, de modo que determinados indivíduos seriam cada vez mais excluídos: “Em comparação com a sociedade precedente, a modernidade muda os critérios de inclusão sobretudo em um aspecto: estar excluído de um sistema não significa estar incluído em outro. [...] A forma moderna de inclusão comporta então um forte retrocesso na integração social, já que a inclusão em um subsistema não diz nada sobre a inclusão em outros. O fenômeno contrário se registra do lado da exclusão, onde a exclusão de um sistema gera um tipo de cadeia que leva o indivíduo a ser irrelevante como pessoa. Se se perde o trabalho se torna difícil manter a casa, e isto pode acarretar problemas para obter a assistência médica e garantir a educação dos filhos. Esta forte integração da exclusão pode conduzir os indivíduos a serem cada vez menos considerados como possíveis interlocutores; em situações extremas, como nos subúrbios miseráveis nas grandes cidades, se pode chegar a ver os indivíduos mais como corpos que como pessoas, para os quais contam com condições completamente diferentes (sobrevivência, violência, enfermidades, etc.)” [grifo nosso] (CORSI, Giancarlo. “Inclusión/exclusión”. In: CORSI, Giancarlo; Elena Esposito e Claudio Baraldi. **GLU: Glosario sobre la teoría social de Niklas Luhmann**. Trad. de Miguel Romero Pérez e Carlos Villalobos. Guadalajara: Universidad Iberoamericana, 1996, p. 94). Também nesse sentido: LUHMANN, Niklas. **El derecho de la sociedad**. Trad. de Javier Torres Nafarrate. México: Herder e Universidad Iberoamericana, 2006, p. 426/428.

¹⁴² A esse respeito, o Min. Francisco Rezek defendeu: “Devemos fazer um juízo técnico para ver se a Constituição, quando aponta primeiro as confederações sindicais como idôneas para ajuizar a ação direta, para depois, com uma conjunção alternativa, dizer que além daquelas também o podem as entidades de classe de âmbito nacional, revela acaso uma intenção restritiva do alcance do vocábulo ‘classe’. Refletindo a esse propósito tenho extrema dificuldade em encontrar um argumento de solidez bastante para me convencer de que a classe estudantil se descaracteriza por algum dos fatores até agora mencionados” (ADI 894-3-MC/DF, Tribunal Pleno, 25 jun. 1993. Voto do Min. Francisco Rezek).

¹⁴³ Nesse sentido, o Min. Sepúlveda Pertence citou Bobbio, nos seguintes termos: “De minha parte, não tenho dúvida, na trilha de Bobbio (vb Classe em Dicionário de Política, UnB, 1986, p. 174), em divisar, na categoria social dos universitários, não apenas a um plexo de características objetivas comuns aos seus membros, mas também o sentimento de comunidade e solidariedade, que os faz identificarem-se como iguais entre si e diferentes dos que a integram” (ADI 894-3-MC/DF, Tribunal Pleno, 25 jun. 1993. Voto do Min. Sepúlveda Pertence).

¹⁴⁴ A ementa da ADI 894-3/DF dispõe: “3. Enquanto se empresta à cláusula constitucional em exame, ao lado da cláusula ‘confederação sindical’, constante da primeira parte do dispositivo maior em referência, conteúdo imediatamente dirigido à idéia de ‘profissão’ – entendendo-se ‘classe’ no sentido não de simples segmento social, de ‘classe social’, mas de ‘categoria profissional’, – não cabe reconhecer à UNE enquadramento na regra constitucional aludida” (ADI 894-3-MC/DF, Tribunal Pleno, 18 nov. 1993. Ementa).

Ocorre que a vinculação de “classe” à presença de um conteúdo econômico não foi a única leitura excludente do Supremo Tribunal Federal a partir desse conceito. O Tribunal também não reconheceu a legitimação de representantes de classes ditas “muito amplas”; segundo esse entendimento, não são legitimadas as entidades que congregam categorias diversificadas. O Min. Celso de Mello explica o posicionamento:

As entidades de classe devem ser compreendidas, na perspectiva do exercício do poder de ativação da jurisdição constitucional de controle, como organismos personificados e estáveis, de natureza civil, cujo substrato, permanentemente decorrente de um vínculo social básico ou derivado da identidade de interesses corporativo-profissionais, das pessoas físicas que as integram, repousa na solidariedade, comunhão e homogeneidade, tanto de situações jurídicas ou econômico-sociais, quanto dos próprios interesses daqueles que as compõem. Essa relação-base, de caráter matricial, situa-se na gênese das entidades de classe, cuja existência é somente concebível em função dos objetivos institucionais que lhes inerem e que dão transindividualidade e transcendência à pluralidade dos interesses singulares das pessoas naturais que as compõem.

Isso significa que não se configuram como entidades de classe aquelas instituições – como a de que ora se trata – que são integradas por membros vinculados a estratos sociais, profissionais ou econômicos diversificados, cujos objetivos, individualmente considerados, se revelam, ainda que em tese, contrastantes. Falta a essas unidades, na realidade, a presença de um elemento unificador que, fundado na essencial homogeneidade, comunhão e identidade de valores, institui o necessário fator de conexão, apto a identificar os associados que as compõem como membros efetivamente pertencentes a uma determinada classe ou integrantes de uma categoria homogênea.¹⁴⁵

No voto supracitado, o Min. Celso de Mello defendeu que o fato de uma instituição ser integrada por estratos sociais diversificados impediria a presença de um

¹⁴⁵ ADI 79-9-QO/DF, Tribunal Pleno, 13 abr. 1992. Voto do Min. Celso de Mello. [grifo nosso]. A esse respeito, o ministro continua: “Não fora assim, e não se teria como aferir – enquanto elemento imprescindível à exteriorização da idéia de entidade de classe – a fórmula da ‘adequacy of representation’. O que se revela essencial no tema, sob esse aspecto, é a questão concernente àquilo que a doutrina denomina, nos processos coletivos, de ‘representatividade adequada’, que constitui, consoante observa ADA PELLEGRINI GRINOVER (‘Novas Tendências do Direito Processual’, p. 152, 1990, Forense Universitária), com fundamento no magistério, por ela própria invocado, 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 V. VIGORITI (‘Interessi collettivi e processo’, p. 245, 1979, Milano), ‘importantíssimo dado para a escolha dos legitimados às ações coletivas’. É preciso acentuar que o legislador constituinte, ao ampliar a esfera subjetiva do poder de ação no plano do controle concentrado de constitucionalidade, pretendeu, com a atribuição às entidades de classe na qualidade para agir, concretizar aquilo que PIERO CALAMANDREI (apud Nicolo Trocker, ‘Processo Civile e Costituzione’, p. 206, 1974, Milano, Giuffrè Edit.) denominava, em relação a determinados núcleos sociais ou profissionais, ‘legitimazione per categoria’. Uma entidade – como a Associação Brasileira de Produtores Independentes – que congregue membros pertencentes a categorias tão díspares, como aquelas que representam as diversas classes que atuam, em posições contrastantes, no domínio econômico e social – e que mantêm, entre si, por isso mesmo, relações de claro antagonismo – não pode qualificar-se como instituição de classe” (ADI 79-9-QO/DF, Tribunal Pleno, 13 abr. 1992. Voto do Min. Celso de Mello).

elemento unificador entre eles capaz de constituir uma entidade de classe nos moldes previstos pela Constituição.

Essa leitura foi utilizada pelo Tribunal para, entre outras, negar a legitimidade da classe dos aposentados. De acordo com o Supremo Tribunal Federal, a Confederação Brasileira de Aposentados e Pensionistas – COBRAP não seria uma confederação sindical, tampouco uma entidade de classe, “uma vez que é constituída por pessoas jurídicas que congregam aposentados e pensionistas de diversas categorias sem similaridade ou conexão, e por até algumas de todas as categorias cuja aposentadoria e pensão é devida pela Previdência Social, e não por integrantes de uma categoria profissional ou econômica”.¹⁴⁶

Assim, o Supremo Tribunal Federal desqualificou os aposentados como classe para os fins do disposto no art. 103, IX, da CF, sob o argumento de que não haveria conexão ou similaridade entre as categorias envolvidas. Diante disso, cabe questionar se uma entidade representativa de aposentados e pensionistas teria a função de representar as categorias das quais cada um dos aposentados faz parte ou se a sua função seria a de representar os interesses comuns aos aposentados e pensionistas, independentemente da categoria a que pertençam originalmente. Não há conexão ou similaridade de interesses entre os aposentados? O STF não se manifestou expressamente a esse respeito, mas a consequência do seu entendimento foi justamente a de negar a essa classe o direito e a legitimidade de levar ao Tribunal os seus interesses comuns.

Ocorre que, se a classe dos aposentados é ampla e diversificada demais para ser reconhecida como entidade de classe de âmbito nacional, o que dizer da classe dos ex-combatentes? O Supremo Tribunal Federal também não reconheceu os ex-combatentes como classe. Ao analisar ADIn proposta pela Associação de Ex-Combatentes do Brasil – ADI 974-5/RJ – o Min. Néri da Silveira o disse expressamente: “Não é possível admitir como entidade de classe de âmbito nacional a requerente. [...] precisamente, porque não será possível entender que os ex-combatentes constituam uma classe, aos efeitos da incidência da regra maior aludida”.¹⁴⁷

Nesse julgamento, o Tribunal limitou-se a afirmar que os ex-combatentes não constituem uma classe, não foi apresentado nenhum argumento para embasar tal afirmação.

¹⁴⁶ ADI 501-4-QO/DF, Tribunal Pleno, 15 mai. 1991. Voto do Min. Moreira Alves. A mesma argumentação foi adotada para negar a legitimidade da Confederação Brasileira de Aposentados e Pensionistas nas seguintes ações: ADI 1.636-9/DF, Tribunal Pleno, 6 ago. 1997 e ADI 1.637-7/DF, Tribunal Pleno, 6 ago. 1997.

¹⁴⁷ ADI 974-5/RJ, Tribunal Pleno, 01 fev. 1994. Voto do Min. Néri da Silveira. O mesmo entendimento foi reiterado no julgamento da ADI 1.090-5/DF, em que foi negada a legitimidade da Associação dos Ex-Combatentes de Ribeirão Preto e Região (ADI 1.090-5/RJ, Tribunal Pleno, 05 ago. 1994).

Entretanto, os votos divergentes – proferidos pelos ministros Marco Aurélio e Sepúlveda Pertence – destacaram o conteúdo restritivo da decisão.¹⁴⁸

A discussão em torno da homogeneidade de classes também foi levantada durante o debate acerca da legitimidade das centrais sindicais para proporem ações diretas. Ao analisar a ADI 271-6/DF, proposta pela Central Única dos Trabalhadores – CUT, o Supremo Tribunal Federal decidiu:

EMENTA: - Ação direta de inconstitucionalidade. Central Única dos Trabalhadores (CUT). Falta de legitimação ativa.
 - Sendo a autora constituída por pessoas jurídicas de natureza vária, e que representam categorias profissionais diversas, não se enquadra ela na expressão “entidade de classe de âmbito nacional”, a que alude o artigo 103 da Constituição, contrapondo-se às confederações sindicais, porquanto não é uma entidade que congregue os integrantes de uma determinada atividade ou categoria profissional ou econômica, e que, portanto, represente, em âmbito nacional, uma classe.¹⁴⁹

A ementa supracitada – assim como outras manifestações do Tribunal – apontou como um dos fundamentos para afastar as centrais o fato de serem representantes da classe dos trabalhadores. Segundo o entendimento do Tribunal, “trabalhadores” não constituem classe para os fins do disposto no art. 103, IX, da CF, uma vez que congrega várias categorias profissionais e o conceito de classe se restringiria a uma única categoria profissional.

De fato, “classe” não pode ser formada por mais de uma categoria profissional? Não é possível haver interesses comuns ou homogêneos em mais de uma categoria? A decisão adotada era a única leitura possível do dispositivo constitucional ou a exclusão das centrais sindicais decorreu de uma opção restritiva do Tribunal?

Esses questionamentos permearam o julgamento da ADI 271-6/DF. Alguns votos expuseram outras leituras possíveis, assim como o caráter restritivo e excludente da decisão que estava para ser adotada pelo Tribunal. Em seu voto, o Min. Sepúlveda Pertence defendeu que os trabalhadores constituiriam uma classe e que outro entendimento contrariaria a inspiração constitucional. Segue trecho do voto:

¹⁴⁸ Nas palavras do Min. Sepúlveda Pertence: “Com todas as vênias, afigura-se-me restringir demais o alcance do art. 103, IX, da Constituição negar-lhes, para este efeito, uma identidade de classe bastante para se credenciar à ação direta” (ADI 974-5/RJ, Tribunal Pleno, 01 fev. 1994. Voto do Min. Sepúlveda Pertence).

¹⁴⁹ A ementa continua: “- Por outro lado, não é a autora – e nem ela própria se enquadra nesta qualificação – uma confederação sindical, tipo de associação sindical de grau superior devidamente previsto em lei (C.L.T. artigos 533 e 535), o qual ocupa o cimo da hierarquia de nossa estrutura sindical e ao qual inequivocamente alude a primeira parte do inciso IX do artigo 103 da Constituição. Ação direta de inconstitucionalidade que não se conhece por falta de legitimação da autora” [grifo nosso] (ADI 271-6/DF, Tribunal Pleno, 24 set. 1992. Ementa).

37. Que o sistema sindical brasileiro se desdobre compulsoriamente pelos diversos subsistemas confederativos, setorizando, cada um deles, à base de um determinado compartimento social, demarcado por categoria ou grupo de categorias profissionais ou econômicas similares ou conexas, é um fato. Isso, porém, *data venia*, não apaga a evidência de que, sobre tais subdivisões, sobrepõe a *summa divisio* determinada pelo sistema de produção capitalista, isto é, a repartição fundamental dos agentes econômicos entre os trabalhadores, de um lado – ou seja, todos os que vivem, mediante relação de emprego ou não, da colocação profissional de sua força de trabalho a serviço de outrem –, e, do lado oposto, os que, remunerando-o, se beneficiam do trabalho alheio, posto à disposição dos seus fins, econômicos ou não.

38. Não me convenço, *data venia*, de que, na sociedade capitalista, aos trabalhadores em geral se possa negar a qualificação de classe, a maior delas.

39. A própria CLT, aliás, ao distinguir as categorias econômicas das categorias profissionais, deixou clara a homogeneidade básica que, independentemente dos diferentes setores de atividade a que se dediquem, reúne e identifica, de um lado, os empregadores, de outro, os trabalhadores.

40. Portanto, o caráter de classe que se atribui, sem contestação, às diferentes categorias econômicas ou profissionais específicas, parte, embora não se esgote, da pertinência de cada uma delas a uma categoria maior, oriunda da divisão básica de toda a sociedade, em função do papel de cada um no processo produtivo, e que é, à evidência, a mais elementar das diferenciações de classe: o atributo classista das partes, as categorias, lhe advém fundamentalmente do todo de que participam.

[...] 42. Reputo irrelevante, de sua vez, que as entidades sindicais filiadas à CUT o sejam paralelamente – diretamente as federações, indiretamente os sindicatos –, a confederações nacionais: ao argumento, que, em substância, já viera à tona na ADIN nº 42-0, relativa à ABRASCA, opus, naquele precedente, as razões – aplicáveis, *mutatis mutandis*, à espécie – da minha convicção, que segue inabalada: que, para ser fiel às inspirações pluralistas e participacionistas do art. 103, IX, da Constituição, ao conceito de “entidade de classe de âmbito nacional” é preciso emprestar toda a abrangência que ele comporte sem violência, de modo a estender a legitimação ao maior plexo possível de associações representativas de estrutura plural da sociedade.

43. Nesse quadro, não creio se possa fazer abstração da realidade e da representatividade das centrais sindicais.¹⁵⁰

O voto supracitado também destaca um aspecto importante discutido pelo Tribunal: a realidade. A CUT já representaria efetivamente os trabalhadores?

¹⁵⁰ ADI 271-6/DF, Tribunal Pleno, 5 fev. 1992. Voto do Min. Sepúlveda Pertence. [grifo nosso]. Também nesse sentido, o Min. Marco Aurélio proferiu o seguinte voto: “Senhor Presidente, não vejo, neste caso, uma premissa suficiente a excluir a legitimação da Central Única dos Trabalhadores para ajuizar ação direta de inconstitucionalidade em prol dos trabalhadores. Penso que não se deve, realmente, dar, ao que se contém no inciso IX do artigo 103, uma interpretação elástica, a ponto de pulverizar a legitimação para a ação direta de inconstitucionalidade. Contudo, não há como, em determinados casos, como este que estamos apreciando, em que vem à balha [sic] o envolvimento de uma entidade de classe reconhecida por vários preceitos legais como representante dos trabalhadores, chegar simplesmente à exclusão, adotando-se, portanto, uma interpretação rígida ou uma definição toda própria, singular quanto ao que se entende como entidade de classe de âmbito nacional. A realidade salta aos olhos” (ADI 271-6/DF, Tribunal Pleno, 24 set. 1992. Voto do Min. Marco Aurélio).

Conforme ocorrido no julgamento da legitimidade da UNE, as centrais sindicais também foram reconhecidas pelo seu papel atuante e representativo. Diversos pronunciamentos destacaram que a CUT representaria efetivamente os interesses dos trabalhadores. A esse respeito, entretanto, o Min. Néri da Silveira esclareceu o entendimento adotado pelo Supremo Tribunal Federal: “não é a extensão de representatividade da entidade que se há de levar em conta, de acordo com a jurisprudência que se firmou. [...] não obstante reconheça nas centrais de trabalhadores uma significação muito grande no que respeita à representação sindical, não atendem essas centrais nem à primeira parte nem à segunda parte do inciso IX em foco”.¹⁵¹

Interessante observar que nesse caso – assim como no da UNE – o Tribunal reconheceu a representatividade da entidade, porém, prevaleceram as regras por ele estabelecidas, de modo que a CUT não foi admitida. Conforme essa orientação, a Confederação Geral dos Trabalhadores – CGT também foi declarada ilegítima em 1993, porque, de acordo com o STF: “não congrega apenas os integrantes de uma determinada atividade ou categoria profissional ou econômica. É, sim, uma Central Geral de Trabalhadores, ou seja, de todas as categorias de trabalhadores”.¹⁵²

Naquela ocasião, algumas manifestações reiteraram o alerta de que a postura adotada pelo Tribunal era extremamente restritiva e excludente. O Min. Sepúlveda Pertence afirmou: “essa orientação, que agora se firma, sobre as centrais sindicais, é uma das mais preocupantes na construção progressiva do raio de legitimação de entidades da sociedade civil ativa para ação direta de inconstitucionalidade”.¹⁵³ No mesmo sentido, o voto do Min. Marco Aurélio contém o seguinte destaque:

Senhor Presidente, mesmo que estivesse – penso que terei que admitir isso, em face dos posicionamentos do Plenário – diante de uma situação ambígua, quanto à configuração da associação prevista constitucionalmente, teria que caminhar para a postura que viabilizasse o exercício do direito da ação. Continuo convencido que as restrições à legitimação para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade estão contidas na própria Carta e não alcançam as Centrais que tenho como representantes dos trabalhadores. Vejo, no âmbito dos trabalhadores, na presença dos trabalhadores, a existência de uma verdadeira classe.¹⁵⁴

¹⁵¹ ADI 271-6/DF, Tribunal Pleno, 24 set. 1992. Voto do Min. Néri da Silveira. [grifo nosso].

¹⁵² ADI 928-1/DF, Tribunal Pleno, 01 set. 1993. Ementa.

¹⁵³ ADI 928-1/DF, Tribunal Pleno, 01 set. 1993. Voto do Min. Sepúlveda Pertence. [grifo nosso].

¹⁵⁴ ADI 928-1/DF, Tribunal Pleno, 01 set. 1993. Voto do Min. Marco Aurélio.

Dessa forma, a opção restritiva do Tribunal foi exposta e mantida. A despeito da recente intensificação do seu discurso de defesa da participação social, o Supremo Tribunal Federal manteve a exclusão das centrais sindicais. Em 1996, o tema foi reapresentado ao STF. O Min. Marco Aurélio afirmou que, uma vez que a composição do Tribunal estava diferente da época em que aquele entendimento foi estabelecido, haveria a possibilidade de mudança. Todavia, isso não ocorreu. A CUT não foi admitida naquela ocasião, tampouco em 2007, quando a composição do Tribunal também era bastante diferente.¹⁵⁵

Assim, o Supremo Tribunal Federal entendeu que as classes de aposentados e trabalhadores seriam muito amplas e diversificadas, o que impediria o seu reconhecimento como classe para os fins do disposto no art. 103, IX, da CF. Ocorre que em outros casos o Tribunal decidiu que determinadas classes seriam apenas sub-classes ou sub-categorias, de modo que também não configurariam “classe” para os fins de legitimação para a propositura de ações diretas. A esse respeito, o Min. Francisco Rezek atesta: “O Tribunal, na interpretação da Carta, tem sido levado, por vezes, a recusar legitimidade a instituições que, a nosso ver unânime ou majoritário, ora são menos que uma classe, ora são mais que uma classe”.¹⁵⁶

Ao tempo em que o STF considerou “aposentados” e “trabalhadores” categorias excessivamente amplas para serem reconhecidas como classes, também considerou as carreiras do serviço público específicas demais para serem consideradas classes. Esse entendimento culminou no não-reconhecimento das várias carreiras integrantes dessa categoria.

Os Auditores Fiscais do Tesouro Nacional – UNAFISCO NACIONAL, por exemplo, não tiveram a sua legitimidade reconhecida pelo Tribunal, sob o argumento de que “não constituem uma classe, mas são uma ínfima parcela de servidores públicos que integram uma das diversas carreiras existentes no Poder Executivo Federal”.¹⁵⁷ Nesse sentido, o Min. Moreira Alves argumentou porque não seria possível a admissão das categorias integrantes do serviço público, nos seguintes termos:

¹⁵⁵ Dispõem os julgamentos das ações diretas de inconstitucionalidade, respectivamente: “AUSÊNCIA DE LEGITIMIDADE ATIVA DE CENTRAL SINDICAL (CUT) – [...] FALTA DE LEGITIMIDADE ATIVA DAS CENTRAIS SINDICAIS PARA O AJUIZAMENTO DE AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. – No plano da organização sindical brasileira, somente as confederações sindicais dispõem de legitimidade ativa “*ad causam*” para o ajuizamento da ação direta de inconstitucionalidade (CF, art. 103, IX), falecendo às centrais sindicais, em consequência, o poder para fazer instaurar, perante o Supremo Tribunal Federal, o concernente processo de fiscalização normativa abstrata. Precedentes” [grifo no original] (ADI 1.442-1/DF, Tribunal Pleno, 03 nov. 2004. Ementa). “Já a quarta requerente, a Central Única dos Trabalhadores (CUT), carece de legitimação ativa para o ajuizamento da presente ação, conforme entendimento desta Corte na ADI 1.442, Rel. Min. Celso de Mello. No mesmo sentido: ADI 271-MC, Rel. Min. Moreira Alves” (ADI 1.969-4/DF, Tribunal Pleno, 28 jun. 2007. Voto do Min. Ricardo Lewandowski).

¹⁵⁶ ADI 809-9/DF, Tribunal Pleno, 03 dez. 1992. Voto do Min. Francisco Rezek.

¹⁵⁷ ADI 591-0/DF, Tribunal Pleno, 25 out. 1991. Ementa.

A se admitir esse fracionamento da classe dos servidores públicos federais para a constituição de outras classes tantas quanto forem as inúmeras carreiras em que se distribuem esses servidores, ter-se-á, também, por coerência, de se admitir que cada nível dessas carreiras formará uma classe cujos interesses podem ser conflitantes com os de outro nível da mesma carreira.¹⁵⁸

Verifica-se que o ministro tratou da diversidade de interesses envolvidos na classe dos servidores públicos federais, indicando as inúmeras carreiras e níveis de carreiras que integram o serviço público. A partir de uma perspectiva plural, a concepção participativa seria a de admitir que os diferentes grupos de interesse tivessem acesso à construção do sentido constitucional. Nesse caso, entretanto, o ministro utilizou a diversidade como argumento para negar a atuação dessas categorias.

De fato, o Supremo Tribunal Federal considera haver criado “critérios objetivos” para reconhecer – ou não – a qualidade de certas associações para atuar em sede de ações diretas. Um deles seria o “entendimento de que uma instituição, porque integrada por servidores públicos que constituem mera fração de determinada categoria funcional, desqualifica-se como entidade de classe, para efeito de instauração do controle normativo abstrato”.¹⁵⁹

Entretanto, apesar de haver criado jurisprudencialmente um critério em que estabelece que as carreiras do serviço público não têm legitimidade para a propositura de ações diretas, o Supremo Tribunal Federal excepcionou essa regra para determinadas carreiras, admitindo aquelas “expressamente previstas na Constituição”.¹⁶⁰ O fato de a CF/88 mencionar algumas categorias seria razão para distingui-las ao ponto de conferir-lhes a legitimidade não conferida às demais? Seria esse um critério criado para excepcionar outro critério?

Ao julgar a ADI 159-1/PA, proposta pela Associação Nacional dos Procuradores do Estado – ANAPE, o Supremo Tribunal Federal esclareceu admitir a legitimidade da

¹⁵⁸ ADI 591-0/DF, Tribunal Pleno, 25 out. 1991. Voto do Min. Moreira Alves.

¹⁵⁹ ADI 846-3/MS, Tribunal Pleno, 08 set. 1993. Voto do Min. Celso de Mello. Essa justificativa foi utilizada para negar a legitimidade da Associação do Ministério Público junto aos Tribunais de Contas – autora da ADI supracitada –, considerando que “não chegam eles a constituir uma categoria funcional autônoma”. Também nesse sentido, a Associação dos Servidores Ocupantes de Cargos de Nível Superior do Ministério das Relações Exteriores – ANS não teve a sua legitimidade reconhecida pelo STF na ADI 1.297-5/DF, Tribunal Pleno, 27 set. 1995.

¹⁶⁰ A esse respeito, o Min. Néri da Silveira esclarece: “O Tribunal tem admitido a legitimidade de associações nacionais referentes a ocupantes de determinadas carreiras expressamente previstas na Constituição, com inequívoca especificidade, e, quanto a essas, tem admitido a legitimidade de seus órgãos de classe para ajuizarem ação direta de inconstitucionalidade. Não é, entretanto, a situação dos auditores fiscais” (ADI 809-9/DF, Tribunal Pleno, 03 dez. 1992. Voto do Min. Néri da Silveira).

Associação dos Magistrados Brasileiros – AMB, da Associação Nacional dos Delegados de Polícia – ADEPOL, da Associação Nacional do Ministério Público e da Associação Nacional dos Procuradores do Estado – ANAPE em razão de a importância de suas funções haver merecido tratamento específico na Constituição. Essa excepcionalidade foi explicada nos seguintes termos: “O só exame da natureza das funções dos Procuradores de Estado demonstra, desde logo, que não se trata de meros serviços do Estado, mas, ao contrário, possuem atribuições e prerrogativas intimamente vinculadas à defesa dos interesses do Estado e de sua ordem jurídica”.¹⁶¹

Mais uma vez, é possível perceber um caráter “elitista” em declarações do Supremo Tribunal Federal relacionadas aos legitimados para a propositura de ações diretas. Além de excepcionar o critério desenvolvido pelo próprio Tribunal, o STF destaca que a legitimação das entidades mencionadas decorreria da “importância das respectivas funções”, que não se confundiriam com a prestação de “meros serviços do Estado”.

A “relevância” em questão parece estar relacionada ao desempenho de atividades jurídicas. Seria esse um indício de que o Supremo Tribunal Federal consideraria as carreiras que desempenham atividades jurídicas mais “autorizadas” a participarem dos debates constitucionais? Seriam os seus integrantes os “mais sábios”?

O Tribunal lidou com situação semelhante no julgamento da ADI 146-9-ML/RS. Ao analisar a legitimação da ADEPOL, muito foi dito no sentido de que somente os delegados – cúpula da Polícia Civil – seriam legitimados.¹⁶² O Min. Carlos Velloso, entretanto, apresentou outra leitura:

¹⁶¹ ADI 159-1/PA, Tribunal Pleno, 16 out. 1992. Voto do Min. Néri da Silveira. [grifo nosso]. O ministro continua: “Natural é, assim, que a Associação Nacional que os congrega não se pode equiparar a uma simples entidade de servidores, mas pelos próprios objetivos estatutários, se destina a velar, também, tal qual seus associados o fazem funcionalmente, pela higidez e aperfeiçoamento da ordem jurídica. Se os Procuradores de Estado, inclusive o Procurador-Geral de Estado não se enquadram no elenco do art. 103, conforme se dá com o Procurador-Geral da República e o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (CF, art. 103, VI e VII), não tenho como possível deixar de reconhecer à Associação Nacional de Procuradores de Estado enquadramento no inciso IX do art. 103, da Constituição Federal, assim como se admitiram legitimadas, ativamente, a Associação dos Magistrados Brasileiros e a Associação Nacional dos Delegados de Polícia (ADIN nº 146) e a Associação Nacional do Ministério Público. São entidades que possuem como sócios as pessoas dos exercentes da magistratura federal e estadual, do Ministério Público e os titulares de cargos de delegados de polícia, cuja importância das respectivas funções mereceu tratamento específico na Constituição. Por igual, isso sucede com os Procuradores de Estado (C.F. art. 132). Conveniente, de outra parte, se faz, ademais, admitir que entidade da natureza da autora tenha legitimidade ativa à ação direta de inconstitucionalidade, em tudo o que guarde pertinência com a carreira de Procurador de Estado, a fim de não persistirem vigentes na ordem jurídica normas inválidas, que respeitem a esse setor a que a Constituição reserva tão relevante tarefa na defesa dos interesses do Estado”. Uma década depois, o mesmo entendimento foi aplicado pelo STF para reconhecer a legitimação da Associação Nacional dos Advogados da União – ANAUNI, sob o argumento de se tratar de uma “categoria cujas atribuições receberam um tratamento constitucional específico, elevadas à qualidade de essenciais à justiça” (ADI 2.713-1/DF, Tribunal Pleno, 18 dez. 2002. Ementa).

¹⁶² A esse respeito, ver: ADI 146-9-ML/RS, Tribunal Pleno, 24 set. 1990. Voto do Min. Paulo Brossard.

Sempre que uma determinada carreira profissional, ou uma certa atividade profissional, apresenta características próprias, certas peculiaridades, ela pode agrupar-se numa entidade de classe dela representativa, que propugnará pela defesa dos interesses da classe e assim realizar uma maior participação do grupo nas benesses do regime democrático. É sobretudo nesse sentido que as entidades representativas de classes sociais concorrem para a realização do ideal democrático.

Tenho para mim, Senhor Presidente, que os delegados de carreira, profissionais policiais que ingressam no serviço policial através de concurso público e que assumem a cúpula da polícia civil, já que são autoridades-processantes, constituem uma classe. Como tal, podem fundar uma entidade dela representativa. É o que ocorre, no caso.

Mencionaram, nos debates, que, sendo assim, também os taquígrafos poderiam fundar uma associação. Penso que sim. Os taquígrafos constituem, também, uma atividade profissional com características próprias. Podem, ao que me parece, constituir uma entidade representativa da classe, que poderá ter âmbito nacional. Assim ocorre, também, com os magistrados, que têm a sua associação nacional, com o Ministério Público, com os Procuradores da República, etc. É que, toda vez que uma atividade profissional apresenta características ou peculiaridades próprias, é possível que os integrantes dessa atividade profissional organizem uma entidade representativa de sua classe, de seus interesses e aspirações.¹⁶³

Assim, o STF deparou-se com o seguinte questionamento: Por que apenas os delegados teriam legitimidade? Por que não também os escrivães, taquígrafos e demais carreiras?

Em meio a esse processo de construção do sentido constitucional, entendimentos foram revistos. No julgamento da ADI 146-9-ML/RS, o STF reconheceu a legitimidade da ADEPOL. Entretanto, ao analisar a ADI 1.869-1-MC/PE, o Tribunal negou a legitimidade da associação.

O Tribunal entendeu que a alteração do artigo 241 da Constituição retirou a legitimação da classe dos delegados, uma vez que esse dispositivo fazia menção expressa à classe e, com a sua alteração, “não mais há apoio constitucional para que essa categoria de servidores públicos possa ser considerada classe para o efeito referido”.¹⁶⁴ Ocorre que o artigo não alterou em nada a atividade desempenhada pelos delegados, tampouco os seus interesses ou a sua forma de organização. De fato, o dispositivo referia-se apenas a isonomia de vencimentos.

De acordo com o posicionamento do Tribunal, os delegados foram reconhecidos como classe apenas porque o texto constitucional mencionava-os, ainda que de forma indireta, ao tratar de vencimentos. E, diante da modificação do texto, os delegados perderam a sua

¹⁶³ ADI 146-9-ML/RS, Tribunal Pleno, 24 set. 1990. Voto do Min. Carlos Velloso. [grifo nosso].

¹⁶⁴ ADI 1.869-1-MC/PE, Tribunal Pleno, 02 set. 1998. Ementa.

legitimidade. A mudança do entendimento do STF foi recebida com perplexidade mesmo entre ministros do Tribunal.¹⁶⁵ Ela foi suscitada pela modificação do texto ou por uma postura restritiva que reduz progressivamente o número de entidades aptas a proporem ações diretas?

O critério jurisprudencial de que sub-classes ou sub-categorias não seriam consideradas “classe” para os fins do art. 103, IX, da Constituição também vem sendo utilizado para negar a legitimidade de diversos setores econômicos.¹⁶⁶

É possível perceber que o conceito de classe adotado pela Constituição é um dos mais ricos e complexos relacionados à interpretação do inciso IX do artigo 103, pois permite ao Tribunal delineá-lo de diferentes formas, ao tempo em que esse delineamento diz muito a respeito da leitura do STF quanto à participação social no controle de constitucionalidade. Nesse contexto, outro conceito também contribui para a investigação: o conceito de âmbito nacional.

Uma das principais discussões a respeito da interpretação de “âmbito nacional” por parte do Supremo Tribunal Federal ocorreu no bojo da ADI 386-1-ML/SP. A ação foi proposta pela Associação Brasileira das Indústrias de Sucos Cítricos – ABRASSUCOS, Associação Brasileira dos Exportadores de Cítricos – ABECITRUS, Associação Nacional das Indústrias Cítricas – ANIC e Associação das Indústrias de Açúcar e de Álcool do Estado de São Paulo.

O Min. Sydney Sanches entendeu que a representatividade da ABRASSUCOS não era suficiente para caracterizá-la como uma entidade de classe de âmbito nacional, uma vez que a associação teria filiados “apenas em sete cidades, situadas apenas em quatro Estados diferentes” e lançou a seguinte indagação: “se entidades de classe só se formam em

¹⁶⁵ Nas palavras do ministro: “Sr. Presidente, apesar do terrorismo argumento do absurdo, se há alusão a uma carreira diferenciada, com identidade constitucional própria e identidade social indiscutível, no art. 144, é que – embora desaparecida a temática constitucional da isonomia de vencimentos, que a explicava, da menção aos Delegados de Polícia no art. 241 da Disposições Constitucionais Gerais – continua entendendo que prevalecem as razões que levaram, na ADIn 146, a declarar a qualificação da ADEPOL. Mas já me vejo vencido. E vou registrando apenas essa tendência do Tribunal para restringir cada vez mais a legitimação para as ações diretas de inconstitucionalidade. Como se as devêssemos reduzir ao mínimo e nos dedicarmos aos agravos protelatórios vindos da Justiça do Trabalho” [grifo nosso] (ADI 1.869-1-MC/PE, Tribunal Pleno, 02 set. 1998. Voto do Min. Sepúlveda Pertence). Esse voto também apresenta indícios de um possível preconceito do Supremo Tribunal Federal a respeito da Justiça do Trabalho. De fato, para destacar a relevância do controle abstrato de normas, o Min. Sepúlveda Pertence desmereceu o que chamou de “agravos protelatórios”. O que chama a atenção nesse caso, entretanto, é a associação de tais agravos à Justiça do Trabalho. Vislumbra-se, portanto, uma possível associação da Justiça do Trabalho à idéia de protelação indiscriminada, como se a utilização daqueles instrumentos processuais fosse exclusividade desse ramo da Justiça.

¹⁶⁶ Nesse sentido, não foram reconhecidas como associações de classe: Associação Brasileira das Empresas Locadoras de Auto-Veículos – ABLA (ADI 1.365-3/MG, Tribunal Pleno, 06 dez. 1995), Associação Brasileira dos Jornais do Interior – ABRAJORI (ADI 1.486-2-ML/DF, Tribunal Pleno, 12 set. 1996), Associação Técnica Brasileira das Indústrias Automáticas de Vidro (ADI 90-0/DF, Tribunal Pleno, 02 out. 1997), Associação Brasileira da Indústria Gráfica – ABIGRAF Nacional (ADI 4.057/DF, Decisão monocrática do Min. Ricardo Lewandowski, 26 mar. 2008).

dois Estados, por exemplo, porque só no território respectivo têm atuação econômica, e, depois, se reúnem sob o rótulo de ‘Associação Brasileira’, ou ‘Associação Nacional’, estará só por isso caracterizada uma entidade de classe de âmbito nacional, com legitimidade ativa para a ação direta de inconstitucionalidade? Terá sido esse o propósito do legislador constituinte?”¹⁶⁷

Iniciou-se, assim, o debate acerca da amplitude que as atividades profissionais ou econômicas deveriam ter a fim de poderem compor “associações de âmbito nacional”. O Tribunal ficou dividido a esse respeito e a decisão precisou ser protelada para que o Min. Moreira Alves proferisse voto de desempate. Os defensores da legitimação da ABRASSUCOS entendiam, em resumo, que o caráter nacional das entidades decorreria da potencialidade e viabilidade de congregarem interessados de todo o território nacional e não da efetiva representação em todo o território. Entretanto, o entendimento que prevaleceu foi o seguinte:

Não basta que uma associação tenha associados em alguns poucos Estados para que se configure como associação de âmbito nacional. Se se considera de âmbito nacional associação que congregue associados de quatro Estados – como ocorre com uma das litisconsortes ativas na presente ação –, por que não se considerará da mesma natureza associação com associados em três ou apenas dois Estados? Para não ir ao exagero oposto – a exigência de associados em todos os Estados brasileiros –, parece-me razoável o critério legal existente com relação aos Partidos Políticos a que se confere atuação de âmbito nacional quando tenham realizado convenção em, pelo menos, 9 (nove) Estados da Federação. A não se adotar analogicamente critério como esse – e, note-se, que os Partidos Políticos também são legitimados para propor ação direta de inconstitucionalidade, com a exigência ainda de terem representação no Congresso Nacional, o que mostra a preocupação do texto constitucional com a representatividade nacional dos legitimados ativos que atuam em mais de um Estado –, a não se adotar analogicamente critério como esse, repito, cair-se-á na incerteza do indefinido, ou no radicalismo dos extremos (representação em dois Estados, ou em todos os Estados).¹⁶⁸

O Tribunal adotou, portanto, analogicamente, critério previsto em lei para a definição do caráter nacional dos partidos políticos. Importante examinar, entretanto, como alguns dos votos, especialmente os vencidos, já exprimiam a consciência de que o julgamento tratava exatamente da interpretação da Corte acerca da promoção ou limitação da participação social no controle de constitucionalidade. O Min. Celso de Mello, vencido, o diz expressamente:

¹⁶⁷ ADI 386-1-ML/SP, Tribunal Pleno, 07 nov. 1990. Voto do Min. Sydney Sanches.

¹⁶⁸ ADI 386-1-ML/SP, Tribunal Pleno, 04 abr. 1991. Voto do Min. Moreira Alves. [grifo nosso].

Justifico o meu voto, ainda, Senhor Presidente, pelo receio que tenho de uma interpretação restritiva da locução constitucional em análise possa limitar o exercício, pelo Supremo Tribunal Federal, no instante mesmo em que se busca tornar efetivo e real o princípio da universalidade da tutela jurisdicional, da mais expressiva, fundamental e relevante competência que lhe outorgou a Assembléia Nacional Constituinte: a guarda e defesa da Constituição.

A posição jurídico-institucional desta Corte, no plano da organização política do Estado brasileiro, acentua-lhe, de um lado, o caráter de instância suprema de todas as questões constitucionais – verdadeiro “**organo de chiusura**” –, e, de outro, confere-lhe a condição de órgão delegado do poder constituinte, incumbido de velar pela supremacia de sua vontade objetiva formalmente positivada no texto da Constituição.¹⁶⁹

A este argumento, o Min. Moreira Alves responde não haver restrição à participação no controle de constitucionalidade, diante da existência de outros legitimados e da manutenção do controle difuso.¹⁷⁰ Dessa forma, o ministro utiliza a amplitude do rol de legitimados e o controle difuso como argumento para defender a manutenção da possibilidade de acesso ao Tribunal, apesar da interpretação restritiva por ele adotada. De fato, trata-se de prática utilizada reiteradamente, como indicam os exemplos a seguir.

Como visto, ao analisar a legitimação da UNE, o STF a negou. Entretanto, ficou estabelecido que, apesar de a UNE não haver sido considerada legitimada, o seu pleito naquela ADIn seria apensado ao de outra ação direta de inconstitucionalidade, proposta pelo PGR, com objeto semelhante, “a fim de o ilustre Procurador-Geral da República poder conhecer e considerar, como entender de direito, o conteúdo da inicial do presente feito”. O Relator inclusive ressalta que, apesar de o objeto da ADIn proposta pelo PGR ser mais restrito que o da de autoria da UNE, aquele pediu adiamento do julgamento “para examinar a possibilidade de ampliar o objeto do pleito”¹⁷¹.

Também nesse sentido foi o encaminhamento apresentado à Associação de Ex-Combatentes do Brasil após não ter a sua legitimação reconhecida pelo STF: “Poderão as pretensões da requerente ser presentes ao Dr. Procurador-Geral da República, que, se as tiver

¹⁶⁹ ADI 386-1-ML/SP, Tribunal Pleno, 07 nov. 1990. Voto do Min. Celso de Mello. [grifo nosso].

¹⁷⁰ Nas palavras do Min. Moreira Alves: “A fixação do entendimento do que venha a ser âmbito nacional não restringe, evidentemente, o exercício da ação direta de inconstitucionalidade, pondo em risco a relevante competência desta Corte referente à guarda da Constituição. Com efeito, o rol dos legitimados a propor tal ação em nossa Constituição Federal é o mais amplo que conheço, mesmo levando em conta os países que só adotam o controle jurisdicional concentrado de constitucionalidade, nos quais, aliás, essa legitimação é bastante reduzida, certo como é que resta sempre a qualquer do povo obter o controle de constitucionalidade da norma infraconstitucional por via do caso concreto submetido à apreciação do Poder Judiciário. E isso também no Brasil é possível, amplamente, através do controle difuso, por meio do qual a questão constitucional terá acesso a esta Corte, originariamente ou pela via do recurso extraordinário” [grifo nosso] (ADI 386-1-ML/SP, Tribunal Pleno, 04 abr. 1991. Voto do Min. Moreira Alves).

¹⁷¹ ADI 894-3-MC/DF, Tribunal Pleno, 25 jun. 1993. Voto do Min. Néri da Silveira.

por precedentes, decerto aforará, nesta Corte, pela legitimidade ativa *ad causam* que possui, a ação de inconstitucionalidade da Lei nº 8.059/1990”.¹⁷²

As decisões supracitadas confiaram ao Procurador-Geral da República o papel de levar ao STF as inconstitucionalidades suscitadas pelas entidades que não tiveram sua legitimação reconhecida. É possível vislumbrar a tentativa de indicar que, se a própria classe não podia ser recebida no Tribunal, ao menos o seu pleito ainda poderia ser recebido – desde, é claro, que o PGR concordasse. Aparentemente, o intuito era o de declarar a possibilidade de os interesses do grupo serem levados aos debates constitucionais e, assim, sustentar o discurso de que o Tribunal permanecia acessível à sociedade. Esse argumento foi utilizado no julgamento que estendeu às confederações sindicais um dos critérios mais restritivos à legitimação das entidades representativas da sociedade:

Tal orientação não diminui em nada a virtualidade e a vitalidade que o constituinte desejou para o controle abstrato, ao abrir o elenco dos legitimados, com a ruptura do monopólio do Procurador-Geral da República. Com efeito, não se pode afirmar que a restrição a uma atuação de confederações sindicais ou das entidades de classe de âmbito nacional, com base na pertinência objetiva entre os fins estatutários e o objeto material da norma, possa nem sequer criar situação de sustentação de uma lei inconstitucional, acaso a entidade diretamente envolvida, que seria a legitimada, omitisse a iniciativa de provocar a jurisdição constitucional. É que, como evidente, tal limitação em nada afeta o poder, no caso, amplo, para provocação do controle concentrado por qualquer dos demais legitimados.¹⁷³

O Min. Ilmar Galvão disse expressamente, portanto, o que outras decisões apenas sugeriram: que a restrição jurisprudencial ao acesso de associações e confederações não afeta “em nada” o cunho democrático refletido pelo dispositivo constitucional, uma vez que os outros legitimados continuariam a poder acessar o Tribunal. Ou seja, bastaria que essas entidades procurassem um legitimado que aceitasse apresentar a sua pretensão.

Agora, pedir a outro legitimado é o mesmo que ter legitimação? A sociedade tem acesso ao STF da mesma forma, independentemente de o fazer por meio de suas próprias entidades ou por meio de porta-vozes estatais? Se a utilização de mediadores equivale à legitimação própria, por que não manter o PGR como único porta-voz dos debates constitucionais em abstrato, como o era antes da CF/88? Servir-se de porta-vozes ou trilhar a via do controle difuso equivale a utilizar a voz dada pela Constituição? A guarda da Constituição não sofre nenhuma alteração diante dessa perspectiva?

¹⁷² ADI 974-5/RJ, Tribunal Pleno, 1º abr. 1994. Voto do Min. Néri da Silveira.

¹⁷³ ADI 1.114-6/DF, Tribunal Pleno, 31 ago. 1994. Voto do Min. Ilmar Galvão. [grifo nosso].

É possível vislumbrar a partir das manifestações supracitadas que o Tribunal, ao impedir a participação de entidades da sociedade civil, sugere o retorno à antiga fórmula de participação: a utilização da intermediação de outros entes, que poderão levar seus questionamentos ao Tribunal se, quando e nos termos que entenderem pertinentes.

A análise do modelo anterior de legitimação para a propositura de ações diretas pode auxiliar a compreensão dessa discussão.

O Procurador-Geral da República possuía o monopólio de suscitar a inconstitucionalidade de leis perante o Supremo Tribunal Federal desde 1934, quando a Constituição previu, em seu artigo 12, hipótese de intervenção federal decorrente de declaração de inconstitucionalidade de lei estadual – a declaração do Supremo Tribunal Federal somente poderia ocorrer mediante provocação do PGR.¹⁷⁴ Depois, em 1964, a Emenda Constitucional n° 16 ampliou essa atribuição, inserindo a alínea “k” ao art. 101, I, da Constituição então vigente, a partir da qual competiria ao Supremo Tribunal Federal julgar “a representação de inconstitucionalidade de lei ou ato de natureza normativa federal ou estadual, encaminhada pelo Procurador-Geral da República”.¹⁷⁵

Naquele período, muito foi discutido a respeito da iniciativa para a propositura da representação de inconstitucionalidade ser restrita ao PGR. Durante o julgamento da Reclamação n° 849/DF, em 1971, foram expostos alguns aspectos daquela legitimação. Nas palavras do então Procurador-Geral da República, Xavier Albuquerque, a reclamação trataria

¹⁷⁴ A esse respeito, Celso Agrícola Barbi esclarece: “Outra inovação importantíssima trazida pela Constituição de 1934, em seu art. 12, § 1º, foi a seguinte: pelo art. 7º, item I, aos Estados da Federação competia elaborar sua Constituição e leis, mas observados vários princípios ali enumerados, como, *v. g.*, a forma republicana representativa, a independência e coordenação de poderes, a temporariedade das funções eletivas, autonomia dos municípios etc. A inobservância desses princípios por um Estado possibilitaria a intervenção federal, para fazê-los valer, nos termos do art. 12, § 2º, de haver o Procurador-Geral da República provocado manifestação do Supremo Tribunal Federal e de este haver declarado a inconstitucionalidade da lei estadual que justificara a intervenção. Essa hipótese, como se percebe, contém um processo de controle de constitucionalidade que difere alguma coisa do sistema de declaração por via de ‘exceção’, mas sem constituir também, tipicamente, uma declaração por via de ‘ação’. Não é por via de ação, porque lhe faltam algumas características desta: a declaração da Suprema Corte não anula a lei, a ação não tem como objeto anular a lei. Mas difere a declaração por via de exceção, porque não surge no curso de uma demanda judicial qualquer, nem é simples fundamento do pedido: o pedido é a própria declaração de inconstitucionalidade, e não a intervenção, pois esta não compete ao Supremo Tribunal, e nenhuma relação jurídica surge como objeto da demanda, como é o normal nas ações comuns” (BARBI, Celso Agrícola. **Evolução do controle da constitucionalidade das leis no Brasil**. *In*: Revista de Direito da Procuradoria Geral, Estado da Guanabara, n° 18, 1968, p. 7/8).

¹⁷⁵ O Parecer n° 25, de 1965, da Comissão Mista para opinar sobre o então Projeto de Emenda à Constituição tratou do acréscimo da alínea “k”, nos seguintes termos: “A letra *k* propondo a representação a cargo da Procuradoria Geral da República, contra a inconstitucionalidade em tese da lei, constitui uma ampliação da faculdade consignada no parágrafo único do art. 8º, para tornar igualmente vulneráveis as leis federais por essa medida. Ao anotar-se a conveniência da modificação alvitada na espécie, que assegurará, com a rapidez dos julgamentos sumários, uma maior inspeção jurisdicional da constitucionalidade das leis, não será inútil configurar o impróprio de uma redação que devia conferir à representação a idéia nítida de *oposição* à inconstitucionalidade e o impreciso de uma referência a atos de ‘natureza normativa’ de que o nosso sistema de poderes indelegáveis (art. 36, §§ 1º e 2º), conhece apenas uma exceção no § 2º do art. 123 da Constituição”.

do “poder do Procurador-Geral da República de, segundo sua discricção, acolher, ou não, a provocação de quem quer que seja para intentar a representação ao Supremo Tribunal Federal por inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual”.¹⁷⁶ A esse respeito, o PGR esclareceu:

13. Eis, pois, a que chegam as possibilidades de comportamento do Procurador-Geral da República ante qualquer pedido que, sobre o assunto, lhe dirija algum interessado:

1º) acolher a fundamentação do pedido e propor a representação;

2º) não acolher a fundamentação do pedido e arquivá-lo;

3º) não acolher a fundamentação do pedido mas, à sua inteira discricção, propor a representação e oferecer parecer em contrário.

14. Mencionei anteriormente, para demonstrar a inadmissibilidade da reclamação, que, se o Procurador-Geral estivesse obrigado a representar ao Supremo Tribunal sempre que o provocasse qualquer interessado, a sua negativa ofenderia direito subjetivo do interessado e essa ofensa encontraria nos meios processuais próprios o instrumento adequado à devida correção. A verdade, porém, é que não lhe corre tal obrigação, razão de a ninguém assistir qualquer direito subjetivo à instauração de controle abstrato de inconstitucionalidade.¹⁷⁷

Além de destacar não haver direito subjetivo à instauração do controle abstrato de constitucionalidade, o então PGR também defendeu a “privatividade e a discricionariedade” da sua iniciativa.¹⁷⁸ É possível perceber uma perspectiva privada e estatal do controle de constitucionalidade, corroborada pelos ministros do Supremo Tribunal Federal. O Min. Adalício Nogueira afirmou em seu voto que o PGR “é o canal único, através do qual se conduzem tais argüições” e continuou, entendendo que esta seria a lição de juristas e também “a manifestação conspícua de votos proferidos em julgados, nos quais se patenteia o direito privativo da Procuradoria-Geral da República, de oferecer ou encaminhar as representações, de que se cogita”.¹⁷⁹

Essa percepção privada e restrita do controle de constitucionalidade retira dos grupos sociais a possibilidade de atuar nos debates constitucionais travados no STF, na medida em que submete os seus entendimentos e interesses ao crivo privado de um órgão estatal. A reclamação supracitada também é um bom exemplo das conseqüências desse modelo.

A Rec. 849/DF foi proposta pelo Movimento Democrático Brasileiro – MDB contra o despacho do Procurador-Geral da República que mandou arquivar petição em que

¹⁷⁶ Rec. 849/DF, Tribunal Pleno, 10 mar. 1971. Relatório.

¹⁷⁷ Rec. 849/DF, Tribunal Pleno, 10 mar. 1971. Relatório. [grifo nosso].

¹⁷⁸ Rec. 849/DF, Tribunal Pleno, 10 mar. 1971. Relatório.

¹⁷⁹ Rec. 849/DF, Tribunal Pleno, 10 mar. 1971. Voto do Min. Adalício Nogueira.

aquele formulava argüição de inconstitucionalidade em tese do Decreto-lei 1.077, de 26 de janeiro de 1970. Nos termos do relatório: “O Dr. Procurador-Geral da República determinou o arquivamento da mesma representação [...] sustentando a tese de que não estava ungido a encampá-la e levá-la à barra do Pretório Excelso, visto ser privativa a sua competência, para em casos, como o presente, oferecê-la ao Tribunal Maior”.¹⁸⁰

Verifica-se que o STF não analisou ou questionou a fundamentação da análise do PGR, pelo contrário, entendeu que a apresentação dos questionamentos a respeito da constitucionalidade de leis seria um critério privado do Procurador-Geral da República.¹⁸¹ Esse entendimento se mostra especialmente representativo quando considerado que o decreto questionado pelo MDB foi a norma que instituiu a censura prévia na divulgação de livros e periódicos, que, mesmo assim, o PGR optou por não apresentar a representação de inconstitucionalidade ao STF e, em vista da reclamação proposta pelo MDB, o Tribunal entendeu que a representação seria um juízo privado do PGR.

Diante disso, defender que não haveria prejuízo democrático na perda da possibilidade de participação direta é negar os ganhos promovidos pela inovação constitucional ao conferir legitimação aos entes da sociedade civil.

A despeito da discussão, foi firmado o entendimento de que só seriam reconhecidas como entidades de âmbito nacional aquelas que congregassem associados em pelo menos nove Estados da Federação. Foi estabelecida, entretanto, uma exceção a esse critério. O critério “cederá nos casos em que haja comprovação de que a categoria dos associados só existe em menos de nove Estados”.¹⁸²

Ocorre que a ABRASSUCOS alegou congregar associados em todos os Estados em que a atividade econômica por ela representada era desempenhada:

A ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DAS INDÚSTRIAS DE SUCOS CÍTRICOS – ABRASSUCOS, conforme demonstra a relação anexa, tem a representação de empresas instaladas, além do Estado de São Paulo, em todos os outros Estados brasileiros onde ocorre a atividade econômica de industrialização de produtos cítricos, quais sejam: Santa Catarina, Rio Grande do Sul e Bahia. Dos Estados onde não ocorre essa atividade econômica, por óbvio, não há associados, o que, seja-nos permitido destacar,

¹⁸⁰ Rec. 849/DF, Tribunal Pleno, 10 mar. 1971. Relatório.

¹⁸¹ Nesse sentido, a ementa da reclamação dispôs: “EMENTA: Reclamação. Desprezada a preliminar do seu não conhecimento, por maioria de votos, deu-se, no mérito, pela sua improcedência, ainda por maioria, visto caber ao Dr. Procurador-Geral da República, a iniciativa de encaminhar ao Supremo Tribunal Federal a representação de inconstitucionalidade. Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que se harmoniza com esse entendimento” (Rec. 849/DF, Tribunal Pleno, 10 mar. 1971. Ementa).

¹⁸² ADI 386-1-ML/SP, Tribunal Pleno, 04 abr. 1991. Voto do Min. Moreira Alves.

não lhe retira a sua condição de “entidade de classe de âmbito nacional”, de que fala o artigo 103, IX da Constituição Federal.¹⁸³

Entretanto, o Min. Sydney Sanches refutou essa alegação nos seguintes termos: “Mas não é de se presumir a inexistência de exploração industrial de frutos cítricos em todos os demais Estados da Federação, sabendo-se, como se sabe, que em muitos outros há também produção de tais frutos e naturalmente há de haver a respectiva industrialização”.¹⁸⁴

Verifica-se que o ministro presumiu que a informação prestada pelas autoras não seria verdadeira porque “sabia” que outros Estados produzem os frutos e que seria “natural” que houvesse a respectiva atividade industrial. Assim, o ministro utilizou presunções para afastar a alegação da associação e com isso justificar o não-conhecimento da ação por ela proposta. De fato, esse entendimento prevaleceu no Tribunal, que não admitiu nenhuma das autoras.¹⁸⁵

Todavia, ao julgar a ADI 2.866-9-MC/RN, o Supremo Tribunal Federal entendeu “inaplicável” ao caso o critério estabelecido pelo próprio Tribunal para a definição do conceito de “âmbito nacional”. O STF, por unanimidade, reconheceu a legitimidade da Associação Brasileira dos Extratores e Refinadores de Sal – ABERSAL, nos seguintes termos: “2. Legitimidade ativa. 3. Inaplicabilidade, no caso, do critério adotado para a definição do caráter nacional dos partidos políticos (Lei nº 9.096, de 19.9.1995: art. 7º), haja vista a relevância nacional da atividade dos associados da ABERSAL, não obstante a produção de sal ocorrer em poucas unidades da federação”.¹⁸⁶

Chama atenção, no caso – mais do que a excepcionalização do critério – a razão indicada pelo STF para admitir como de âmbito nacional uma associação com representatividade em apenas quatro Estados da Federação: a relevância da atividade econômica desempenhada pela associação.¹⁸⁷ O voto do Min. Gilmar Mendes reitera: “Além de a produção de sal ocorrer em apenas alguns estados da Federação, resta evidente que

¹⁸³ ADI 386-1-ML/SP, Petição, 31 out. 1990. fl. 82. [grifo nosso].

¹⁸⁴ ADI 386-1-ML/SP, Tribunal Pleno, 07 nov. 1990. Voto do Min. Sydney Sanches. [grifo nosso].

¹⁸⁵ Entendimento semelhante foi aplicado para negar a legitimidade da Associação Brasileira de Teleprodutores Independentes e Outro – ABTI, nos seguintes termos: “Uma vez que a ABTI não possui associados – essencialmente pessoas jurídicas – em mais do que cinco Estados, concentrando-se, de modo significativamente expressivo, o maior número deles no Estado do Rio de Janeiro, e pouquíssimos em apenas quatro outras unidades da Federação, e sendo certo, ainda, que a atividade de teleprodução se encontra disseminada, econômica e profissionalmente, por todo o País, não há como atribuir **âmbito nacional** à sua atuação, consoante reclama e impõe o art. 103, IX, da Constituição Federal, para efeito de plena satisfação da exigência de representatividade adequada” [grifo no original] (ADI 79-9-QO/DF e ADI 108-6-QO/DF, Tribunal Pleno, 13 abr. 1992, Voto do Min. Celso de Mello).

¹⁸⁶ ADI 2.866-9-MC/RN, Tribunal Pleno, 25 set. 2003. Ementa. [grifo nosso].

¹⁸⁷ A ABERSAL congregava – naquele momento – integrantes dos seguintes Estados: Rio Grande do Norte, Rio de Janeiro, Paraná e Rio Grande do Sul (ADI 2.866-9-MC/RN, Tribunal Pleno, 25 set. 2003. Relatório).

cuida-se de um atividade econômica de relevância nacional, haja vista ser notório que o consumo de sal ocorre em todas as unidades da federação”.¹⁸⁸

Neste caso, verifica-se que o Tribunal utilizou, mais uma vez, concepções que considera “evidentes” ou “notórias”. No julgamento da ABRASSUCOS e da ABTI, o STF presumiu que as suas respectivas atividades eram desempenhadas em outros Estados além daqueles por elas indicados. Nessas hipóteses, a presunção foi utilizada para afastar essas entidades. Todavia, no julgamento ora em análise, o mesmo Tribunal presumiu a relevância nacional da atividade, utilizando-a para excepcionar o critério jurisprudencial e, com isso, admiti-la.

Mais uma vez, o Supremo Tribunal Federal fez uso de fórmulas ambíguas para selecionar os entes que terão acesso ao Tribunal. Conforme já alertado na análise do critério da pertinência temática, esse tipo de ambigüidade incrementa os riscos de leituras pragmáticas, arbitrárias e autoritárias a respeito da participação social no controle de constitucionalidade, na medida em que favorece a tomada de decisões com fulcro em critérios outros que não os jurídicos.

Buscou-se, por meio dessa breve análise, traçar um panorama das percepções do Supremo Tribunal Federal que envolvem a propositura de ações diretas por parte de entidades da sociedade civil. Apesar do caráter democrático da previsão constitucional e da pluralidade de interpretações apresentadas ao Tribunal, a partir desse estudo, vislumbra-se uma postura restritiva por parte do STF que resulta no afastamento de diversas entidades e segmentos sociais.

A investigação dos números envolvidos nesse processo indica que a restrição promovida pelo Supremo Tribunal Federal reduziu drasticamente o rol de legitimados à propositura de ações diretas. Dados apresentados por Gilmar Mendes em seu livro “Jurisdição Constitucional” indicam que até agosto de 2004 apenas 25 entidades de classe e confederações sindicais tiveram sua legitimação reconhecida pelo STF. No mesmo período, das 830 ações diretas propostas por confederações sindicais ou entidades de classe, 134 foram extintas por ilegitimidade ativa do requerente.¹⁸⁹

¹⁸⁸ ADI 2.866-9-MC/RN, Tribunal Pleno, 25 set. 2003. Voto do Min. Gilmar Mendes.

¹⁸⁹ MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição constitucional**: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 166/177. O autor indica os nomes das entidades de classe e confederações sindicais que satisfizeram as exigências estabelecidas pelo Tribunal quanto à legitimidade *ad causam*: Ass. Brasileira da Indústria de Artigos e Equipamentos Médicos, Odontológicos, Hospitalares e de Laboratórios; Ass. Brasileira de Shopping Centers – ABRASCE; Ass. dos Magistrados Brasileiros – AMB; Ass. dos Membros dos Tribunais de Contas do Brasil – ATRICON; Ass. dos Notários e Registradores do Brasil – ANOREG/BR; Ass. Nacional dos Procuradores do Estado; Conf. Brasileira de Trabalhadores Policiais – COBRAPOL; Conf. das Associações de Microempresas do Brasil; Conf. Nacional da Agricultura – CNA; Conf.

Apesar da prática restritiva direcionada pelo Supremo Tribunal Federal às entidades da sociedade civil, os legitimados pelo inciso IX do art. 103 da Constituição ainda são muito ativos no controle de constitucionalidade brasileiro, como indicam dados apresentados pelo próprio Tribunal.

Ações Diretas de Inconstitucionalidade por Legitimado – 1988 a 2008*

Legitimados	Quant.	%
Presidente da República	6	0,1%
Mesa do Senado Federal	1	0,0%
Mesa da Câmara dos Deputados	0	0,0%
Mesa da Assembléia Legislativa ou Câmara Legislativa do Distrito Federal	45	1,1%
Governador de Estado ou do Distrito Federal	1.056	25,3%
Procurador-Geral da República	899	21,5%
Conselho Federal da OAB	170	4,1%
Partido Político com representação no Congresso Nacional	748	17,9%
Confederação Sindical ou Entidade de Classe de Âmbito Nacional	907	21,7%
Mais de 1 legitimado **	3	0,1%
Outros (Ilegitimados)	339	8,1%
Total	4.174	100,0%

Ações Diretas de Inconstitucionalidade por Omissão – por Legitimado – 2008*

LEGITIMADOS	QUANT.	%
Presidente da República	-	0,0%
Mesa do Senado Federal	-	0,0%
Mesa da Câmara dos Deputados	-	0,0%
Mesa da Assembléia Legislativa ou Câmara Legislativa do Distrito Federal	-	0,0%
Governador de Estado ou do Distrito Federal	1	20,0%
Procurador-Geral da República	-	0,0%
Conselho Federal da OAB	-	0,0%
Partido Político com representação no Congresso Nacional	1	20,0%
Confederação Sindical e Entidade de Classe de Âmbito Nacional	3	60,0%
Mais de 1 legitimado **	-	0,0%
Outros (Ilegitimados)	-	0,0%
TOTAL	5	100,0%

Nacional da Indústria – CNI; Conf. Nacional das Profissões Liberais – CNPL; Conf. Nacional de Saúde – Hospitais, Estabelecimentos e Serviços – CNS; Conf. Nacional do Comércio – CNC; Conf. Nacional do Transporte – CNT; Conf. Nacional dos Estabelecimentos de Ensino – CONFENEN; Conf. Nacional dos Trabalhadores em Empresas de Crédito – CONTEC; Conf. Nacional dos Trabalhadores Metalúrgicos – CNTM; Conf. Nacional dos Trabalhadores na Agricultura – CONTAG; Conf. Nacional dos Trabalhadores na Indústria – CNTI; Conf. Nacional dos Trabalhadores na Saúde – CNTS; Conf. Nacional dos Trabalhadores no Comércio; Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; União Democrática Ruralista Nacional – UDR; Ass. Nacional dos Procuradores de Estado – ANAPAE; Ass. Nacional dos Membros do Ministério Público – CONAMP.

Ações Declaratórias de Constitucionalidade por Legitimado – 1993 a 2008*

LEGITIMADOS	QUANT.	%
Presidente da República	5	23,8%
Mesa do Senado Federal	-	0,0%
Mesa da Câmara dos Deputados	-	0,0%
Mesa da Assembléia Legislativa ou Câmara Legislativa do Distrito Federal	-	0,0%
Governador de Estado ou do Distrito Federal	4	19,0%
Procurador-Geral da República	2	9,5%
Conselho Federal da OAB	-	0,0%
Partido Político com representação no Congresso Nacional	-	0,0%
Confederação Sindical e Entidade de Classe de Âmbito Nacional	6	28,6%
Mais de 1 legitimado **	2	9,5%
Outros (Ilegitimados)	2	9,5%
TOTAL	21	100,0%

Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental Distribuídas por Legitimado – 1993 a 2008*

Legitimados	Quant.	Porcent.
Presidente da República	4	2,5%
Mesa do Senado Federal	0	0,0%
Mesa da Câmara dos Deputados	0	0,0%
Mesa da Assembléia Legislativa ou Câmara Legislativa do Distrito Federal	2	1,3%
Governador de Estado ou do Distrito Federal	26	16,6%
Procurador-Geral da República	0	0,0%
Conselho Federal da OAB	5	3,2%
Partido Político com representação no Congresso Nacional	40	25,5%
Confederação Sindical e Entidade de Classe de Âmbito Nacional	47	29,9%
Outros (Ilegitimados)	33	21,0%
Total	157	100,0%

* Dados de 2009 atualizados até janeiro.

** Confederação Sindical ou Entidade de Classe e Partido Político

Fonte: Portal de Informações Gerenciais do STF.¹⁹⁰

Verifica-se, portanto, que as entidades da sociedade civil insistem em participar do controle de constitucionalidade, conforme reconhecido pela CF/88.

Ocorre que a propositura de ações diretas não é a única forma de essas entidades participarem dos debates constitucionais. Assim, faz-se necessário investigar o discurso do Supremo Tribunal Federal diante de outras possibilidades participativas, como será analisado no capítulo seguinte.

¹⁹⁰ Os dados acima se referem ao total de ações distribuídas. **Estatísticas do STF**. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=adi> Acesso em 12 fev. 2009.

2 Manifestação em Processos: a sociedade não precisa ser “parte” para participar

Eu acredito, presidente, que essa Corte precisa, urgentemente, cuidar da sua própria sobrevivência.
(Min. Ellen Gracie)

A propositura de ações diretas, analisada no capítulo anterior, é uma forma de as entidades da sociedade civil levarem ao Supremo Tribunal Federal questionamentos a respeito da constitucionalidade ou inconstitucionalidade de normas, atuando como parte no processo e instando o Tribunal a se manifestar sobre o assunto.

É possível, também, participar do controle de constitucionalidade mesmo quando não se é parte nos processos. As Leis nº 9.868/99 e 9.882/99 – que regulamentam o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade, ação declaratória de constitucionalidade e ação de descumprimento de preceito fundamental – prevêem expressamente a possibilidade de o julgador admitir e solicitar informações de órgãos públicos, entidades privadas, tribunais, peritos e pessoas com experiência na matéria em discussão, a fim de subsidiar a sua decisão. Dispõem as leis:

Lei nº 9.868/99

Art. 7º [...]

§ 1º – [VETADO]

§ 2º O relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, poderá, por despacho irrecorrível, admitir, observado o prazo fixado no parágrafo anterior, a manifestação de outros órgãos ou entidades.

Art. 8º Decorrido o prazo das informações, serão ouvidos, sucessivamente, o Advogado-Geral da União e o Procurador-Geral da República, que deverão manifestar-se, cada qual, no prazo de quinze dias.

Art. 9º [...]

§ 1º Em caso de necessidade de esclarecimento de matéria ou circunstância de fato ou de notória insuficiência das informações existentes nos autos, poderá o relator requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou fixar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e autoridade na matéria.

§ 2º O relator poderá, ainda, solicitar informações aos Tribunais Superiores, aos Tribunais federais e aos Tribunais estaduais acerca da aplicação da norma impugnada no âmbito de sua jurisdição.

Cabe destacar que a implementação dessas possibilidades participativas é recente na história constitucional brasileira, razão pela qual o seu delineamento apenas começa a ser construído.¹⁹¹ Assim como o texto constitucional, a previsão legal também admite diferentes sentidos e interpretações. Não se pode dizer que a forma de implementação desses institutos é clara e muito menos evidente. A sua interpretação adequada apresenta-se, portanto, como um desafio.

Em meio a esse processo, também aqui serão determinantes as percepções do STF a respeito da participação social no controle de constitucionalidade. A opção entre uma atuação ampla e efetiva ou restrita e limitada norteará a aplicação das possibilidades previstas.

Verifica-se que as leis disponibilizam diferentes possibilidades de prestação formal de informações ao Tribunal. Entre elas, a atuação como *amicus curiae* e a realização de audiências públicas se mostram especialmente importantes para esta pesquisa, na medida em que podem caracterizar vias para que grupos sociais levem ao STF as suas várias perspectivas, pontos de vista e interesses, o que pode contribuir para a democratização de decisões no contexto de uma sociedade cada vez mais plural.

Nesse sentido, o Min. Gilmar Mendes – ao defender um modelo viabilizador da interferência de uma pluralidade de sujeitos, argumentos e visões no sistema de controle de constitucionalidade de normas – afirma que uma de suas vias seria a utilização do *amicus curiae* e das audiências públicas de forma mais ampla que a mera apresentação de elementos técnicos ao Tribunal. Nas palavras do ministro:

Esse modelo pressupõe não só a possibilidade de o Tribunal se valer de todos os elementos técnicos disponíveis para a apreciação da legitimidade do ato questionado, mas também um amplo direito de participação por parte de terceiros (des)interessados.

[...] Em consonância com esse modelo ora proposto, Peter Häberle defende a necessidade de que os instrumentos de informação dos juízes constitucionais sejam ampliados, especialmente no que se refere às audiências públicas e às “intervenções de eventuais interessados”, assegurando-se novas formas de

¹⁹¹ Alguns autores questionam a adequação das leis à tradição constitucional brasileira. Nesse sentido, Menelick de Carvalho Netto defende a inconstitucionalidade da Lei nº 9.868/99, nos seguintes termos: “Diante de nossas mais que seculares tradições constitucionais republicanas, impõe-se que se reconheça a inconstitucionalidade da Lei Federal nº 9.868, de 10/11/99, contrária a toda a distribuição de competências judiciais prefigurada na Constituição e aos supostos mais enraizados e internalizados de nossa ambiência constitucional” (CARVALHO NETTO, Menelick de. **A contribuição do direito administrativo enfocado da ótica do administrado para uma reflexão acerca dos fundamentos do controle de constitucionalidade das leis no Brasil**. Fórum administrativo. Ano I. nº 1. Belo Horizonte: Fórum, março de 2001). Também sobre a inconstitucionalidade da Lei nº 9.868/99: Cf. CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. **Uma justificação democrático-radical da jurisdição constitucional brasileira e a inconstitucionalidade da lei federal nº 9.868/99**. Belo Horizonte, 2001 [manuscrito] e CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. **Direito Constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

participação das potências públicas pluralistas enquanto intérpretes em sentido amplo da Constituição.¹⁹²

Diante disso, passa-se à análise de decisões que permitem identificar o discurso do STF acerca da implementação desses institutos e da sua relação com a participação social no controle de constitucionalidade.

Esse recorte, todavia, não afasta a circunstância de que existem outras vias participativas além das previstas na Constituição e na legislação em vigor. Como visto, a mídia, a apresentação de memoriais e a audiência com ministros são algumas possibilidades freqüentemente utilizadas por setores da sociedade civil.

2.1 *Amicus Curiae: só os “amigos da Corte” participam*

A figura do *amicus curiae* foi prevista no artigo 7º, § 2º, da Lei nº 9.868/99. A possibilidade de o Supremo Tribunal Federal receber manifestações de órgãos ou entidades consubstanciou-se na implementação desse instituto no direito brasileiro.¹⁹³

Apesar da ausência de figuras similares na tradição constitucional brasileira, diversos grupos sociais direcionaram pedidos de intervenção ao STF, como esclarece a pesquisa desenvolvida por Damares Medina:

A grande maioria dos pedidos de *amicus curiae* é feita por associações, o que confirma o perfil diferenciado no Supremo Tribunal Federal, em comparação com a Suprema Corte dos EUA, onde o *amicus* surge como forma de viabilizar a participação do Estado e demais entes federativos nas disputas individuais que surtiriam imediato reflexo no sistema federativo. No Supremo Tribunal Federal, os entes públicos (em especial a União, por intermédio do Presidente da República, e os Estados), sempre estiveram presentes na jurisdição constitucional, como legitimados para agitar o controle concentrado de constitucionalidade. As evidências empíricas indicam que os atores originalmente excluídos da jurisdição constitucional são os que buscam o ingresso na forma de amigos da corte, haja vista a

¹⁹² ADI 2.548-1/PR, Decisão monocrática do Min. Gilmar Mendes, 18 out. 2005.

¹⁹³ A expressão “amicus curiae” pode ser traduzida como “amigo da corte”, “amigo da cúria” ou “amigo da justiça”. O Min. Gilmar Mendes já a traduziu como “amigos da Corte” (ADI 2.548-1/PR, Decisão monocrática do Min. Gilmar Mendes, 18 out. 2005), assim como o Min. Carlos Britto (ADI 3.510/DF, Tribunal Pleno, 05 mar. 2008, Relatório). Sobre a sua utilização no direito brasileiro, especialmente no direito processual civil, Cf. BUENO, Cassio Scarpinella. **Amicus curiae no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático**. São Paulo: Saraiva, 2006.

vedação expressa de intervenção de terceiros nos processos tipicamente objetivos de controle de constitucionalidade.¹⁹⁴

Diante dos pedidos de intervenção de setores da sociedade, o STF se deparou com a necessidade de delinear a forma de atuação desses entes. Nesse sentido, as decisões do Tribunal refletem algumas das concepções que permearam a construção do *amicus curiae*.

No julgamento da ADI 2.321-7-MC/DF, por exemplo – relatada pelo Min. Celso de Mello –, o Supremo Tribunal Federal esclareceu alguns aspectos importantes para a implementação do *amicus curiae*:

PROCESSO OBJETIVO DE CONTROLE NORMATIVO ABSTRATO – POSSIBILIDADE DE INTERVENÇÃO DO “AMICUS CURIAE”: UM FATOR DE PLURALIZAÇÃO E DE LEGITIMAÇÃO DO DEBATE CONSTITUCIONAL.

- O ordenamento positivo brasileiro **processualizou**, na regra inscrita no **art. 7º, § 2º**, da Lei nº 9.868/99, a **figura** do “amicus curiae”, **permitindo**, em consequência, que **terceiros**, desde que investidos de representatividade adequada, **sejam admitidos** na relação processual, **para efeito** de manifestação sobre a questão de direito subjacente à própria controvérsia constitucional.

A **intervenção** do “amicus curiae”, para legitimar-se, **deve apoiar-se** em razões **que tornem desejável e útil** a sua atuação processual na causa, **em ordem a proporcionar** meios que viabilizem uma adequada resolução do litígio constitucional.

- A **idéia nuclear** que anima os propósitos teleológicos **que motivaram** a formulação da norma legal em causa, **viabilizadora** da intervenção do “amicus curiae” no processo de fiscalização normativa abstrata, **tem por objetivo essencial pluralizar o debate constitucional**, permitindo, desse modo, que o Supremo Tribunal Federal **venha** a dispor de **todos** os elementos informativos possíveis e necessários à resolução da controvérsia, **visando-se**, ainda, com tal abertura procedimental, **superar** a grave questão **pertinente à legitimidade democrática** das decisões emanadas desta Suprema Corte, **quando** no desempenho de seu **extraordinário** poder de efetuar, **em abstrato**, o controle concentrado de constitucionalidade.¹⁹⁵

A decisão supracitada compreende o *amicus curiae* como um instituto pluralizador dos debates constitucionais e legitimador das suas decisões.

Com relação à legitimação de decisões, o Min. Celso de Mello afirmou que haveria “uma grave questão pertinente à legitimidade das decisões emanadas desta Corte” e que a intervenção do *amicus curiae* se justificaria especialmente nos processos de controle abstrato de constitucionalidade “cujas implicações políticas, sociais, econômicas, jurídicas e

¹⁹⁴ MEDINA, Damares. **Amigo da Corte ou amigo da parte? Amicus curiae** no Supremo Tribunal Federal. Dissertação de Mestrado em Direito. Instituto Brasiliense de Direito Público, 2008, p. 126/127.

¹⁹⁵ ADI 2.321-7-MC/DF, Tribunal Pleno, 25 out. 2000. Ementa. [grifo no original].

culturais são de irrecusável importância, de indiscutível magnitude e de inquestionável significação para a vida do País e a de seus cidadãos”.¹⁹⁶ Assim, o ministro defenderia a necessidade de legitimar as decisões de maior repercussão e, para tanto, veria no *amicus curiae* uma possibilidade de contribuição nesse sentido.

Como o *amicus curiae* legitimaria as decisões do Tribunal? Que tipo de informação poderia tornar as decisões mais legítimas? É pouco provável que a mera prestação de informações técnicas seja capaz de cumprir esse papel. A legitimação das decisões parece aproximar-se de uma concepção do *amicus curiae* como elemento apto a levar diferentes perspectivas sociais ao STF e, talvez, com isso, viabilizar uma efetiva participação social naqueles processos.¹⁹⁷

Na mesma linha de exaltação, o voto também contém a defesa do alargamento dos poderes processuais do *amicus curiae* como forma de incrementar a efetivação do instituto. Nesse caso, o ministro defendeu a possibilidade de sustentação oral por parte dos interessados, todavia, a questão só foi resolvida anos depois, como será visto posteriormente.¹⁹⁸

Verifica-se, portanto, um discurso que reconhece a contribuição do *amicus curiae* nos processos de controle de constitucionalidade e defende a sua utilização por parte do STF. Entretanto, na mesma decisão, identifica-se que, segundo o Tribunal, a presença desses partícipes teria caráter “excepcional” e que o texto legal apenas “abrandou o sentido absoluto da vedação pertinente à intervenção assistencial”.¹⁹⁹ Falou-se, também, que se trataria de uma intervenção “extraordinária”. Ademais, a admissão do *amicus curiae* só se justificaria quando concretizadas razões que tornassem “desejável e útil” a atuação processual.

¹⁹⁶ ADI 2.321-7-MC/DF, Tribunal Pleno, 25 out. 2000. Voto do Min. Celso de Mello.

¹⁹⁷ O Min. Carlos Britto parece adotar perspectiva semelhante a respeito da legitimação de decisões promovida pela figura do *amicus curiae* no RE 416.827-8-QO/SC, Cf: RE 416.827-8-QO/SC, Tribunal Pleno, 21 set. 2005. Voto do Min. Carlos Britto.

¹⁹⁸ Nas palavras do Min. Celso de Mello: “Presente esse contexto, e consideradas as razões expostas, entendo que a atuação processual do ‘amicus curiae’ não deve limitar-se à mera apresentação de memoriais ou à prestação eventual de informações que lhe venham a ser solicitadas. Essa visão do problema – que restringisse a extensão dos poderes processuais do ‘colaborador do Tribunal’ – culminaria por fazer prevalecer, na matéria, uma incompreensível perspectiva reducionista, que não pode (nem deve) ser aceita por esta Corte, sob pena de total frustração dos altos objetivos políticos, sociais e jurídicos visados pelo legislador na positivação da cláusula que, agora, admite o formal ingresso do ‘amicus curiae’ no processo de fiscalização concentrada de constitucionalidade. Cumpre permitir, desse modo, ao ‘amicus curiae’, em extensão maior, o exercício de determinados poderes processuais, como aquele consistente no direito de proceder à sustentação oral das razões que justificaram a sua admissão formal na causa” (ADI 2.321-7-MC/DF, Tribunal Pleno, 25 out. 2000. Voto do Min. Celso de Mello).

¹⁹⁹ ADI 2.321-7-MC/DF, Tribunal Pleno, 25 out. 2000. Voto do Min. Celso de Mello.

É possível identificar uma diversidade de perspectivas na mesma decisão, pois, ao tempo em que há um discurso que afirma a importância do *amicus curiae*, também há outro que afirma a sua excepcionalidade.

O Min. Gilmar Mendes também situou a figura do *amicus curiae* em um contexto de pluralismo social. De acordo com o ministro, o *amicus curiae* permitiria que a sociedade levasse ao Tribunal as diferentes “perspectivas disponíveis para a apreciação da legitimidade de um determinado ato questionado”, por meio da apresentação de subsídios técnicos, implicações político-jurídicas e elementos de repercussão econômica. “Essa inovação institucional, além de contribuir para a qualidade da prestação jurisdicional, garante novas possibilidades de legitimação dos julgamentos do Tribunal no âmbito de sua tarefa precípua de guarda da Constituição”.²⁰⁰

Percebe-se que a discussão acerca do papel do *amicus curiae* envolve as percepções do STF sobre a sociedade e as funções de um tribunal constitucional. A previsão de um instrumento capaz de levar ao Tribunal alguns dos diferentes pontos de vista que compõem a sociedade pressupõe uma perspectiva que reconhece o pluralismo social e a conseqüente impossibilidade de identificar uma única visão correta ou representativa de toda a sociedade. Trata-se de uma concepção semelhante à que originou a ampliação do rol de legitimados à propositura de ações diretas.²⁰¹

As manifestações de diversos outros ministros corroboram aquele discurso, indicando que outros membros do STF compartilhariam a perspectiva adotada pelo ministro. Nos julgamentos de questões de ordem nas ADIns 2.675/PE e 2.777/SP, o Tribunal rediscutiu o papel dos *amici curiae* nos processos de controle de constitucionalidade e, reconhecendo a sua importância, passou a admitir a ampliação dos seus poderes.²⁰²

Diante da lacuna legal, o STF entendeu que poderia interpretar ampliativamente a intervenção e, assim, optou por admitir a sustentação oral por parte de *amicus curiae*. Os

²⁰⁰ ADI 2.548-1/PR, Decisão monocrática do Min. Gilmar Mendes, 18 out. 2005. Também nesse sentido: ADI 3.599/DF, Decisão monocrática do Min. Gilmar Mendes, 08 nov. 2005 e ADI 3.494/GO, Decisão monocrática do Min. Gilmar Mendes, 22 fev. 2006.

²⁰¹ Para uma perspectiva plural da sociedade, Cf. MOUFFE, Chantal. **Pensando a democracia moderna com e contra Carl Schmitt**. Trad. de Menelick de Carvalho Netto. Caderno da Escola Legislativa, Belo Horizonte, 1(2): 9-20, Jul/Dez. 1994 e HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro**. Trad. de George Sperber. 2ª Ed. São Paulo: Edições Loyola, 2004.

²⁰² A decisão da questão de ordem na ADI 2.777/SP dispõe: “Decisão: O Tribunal, por maioria, resolvendo questão de ordem, entendeu permitir a sustentação oral na ação direta de inconstitucionalidade dos *amici curiae*, vencidos a Senhora Ministra Ellen Gracie e o Senhor Ministro Carlos Velloso. Votou o Presidente, o Senhor Ministro Maurício Corrêa. Em seguida, o julgamento foi adiado em virtude do adiantado da hora. Ausente, justificadamente, neste julgamento, o Senhor Ministro Nelson Jobim. Plenário, 26.11.2003” (ADI 2.777-QO/SP, Tribunal Pleno, 26 nov. 2003).

julgamentos foram permeados por manifestações favoráveis à figura do *amicus curiae*, como relata o *site* do Supremo Tribunal Federal:

Em seu voto, o ministro Celso de Mello acompanhou os ministros Carlos Ayres Britto e Marco Aurélio, ao admitir a manifestação do “amicus curiae”, para “assegurar a possibilidade de sustentar perante o Supremo Tribunal Federal, em processo de fiscalização abstrata, as razões que levaram o relator da causa a admitir o seu ingresso formal no processo”, disse o ministro Celso.

“Já me convencera da possibilidade dessa intervenção do “amicus curiae”, inclusive para o efeito de sustentar oralmente perante esta Corte as suas razões. Já expusera no dia 18 de outubro de 2001 essas razões salientando exatamente determinados valores básicos, como o princípio democrático, de um lado, e de outro, esta perspectiva pluralística, que objetiva conferir legitimidade às decisões do Supremo Tribunal Federal, notadamente em sede de fiscalização abstrata”, afirmou o ministro Celso de Mello.

Os ministros Cezar Peluso e Joaquim Barbosa votaram a favor de ser admitida a manifestação oral. “(...) Eu acho que a intervenção do “amicus curiae” é, sim, uma expressão da sociedade aberta, dos intérpretes da Constituição”, observou o ministro Barbosa.

O ministro Sepúlveda Pertence votou no sentido de admitir a sustentação requerida “para provocar o Tribunal”. Disse entender que o STF deve instituir uma solução regimental para a questão “que, sem comprometer a viabilidade do funcionamento do Tribunal, nesta que é a sua função mais nobre, que é o julgamento dos processos objetivos de controle de constitucionalidade, nós possamos realmente ouvir o que me parece extremamente relevante, o “amicus curiae”. Desejaria muito que se aproximassem mais das organizações civis legitimadas ou quase legitimadas para a Ação Direta do que de contribuintes, individualizados”, observou Pertence.

Destacou, ainda, que “a lei pode impor sustentações orais em determinados momentos nos quais considere essencial, mas deixa sempre em aberto aquilo que não regulou para que o Tribunal admita ou não”.²⁰³

Por vezes, determinados votos e manifestações contém declarações de que o aumento da participação estaria situado em um “movimento mundial” de aproximação dos tribunais constitucionais da sociedade,²⁰⁴ ou mesmo que seria uma tendência da “moderna doutrina constitucional”.²⁰⁵

²⁰³ **Supremo aprova manifestação de “amicus curiae” em julgamento de ADI.** Supremo Tribunal Federal, Brasília, 26 nov. 2003, Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=61765&caixaBusca=N> Acesso em 10 jan. 2009.

²⁰⁴ Nesse sentido, o Min. Joaquim Barbosa declarou: “A maior participação social não é restrita ao STF. É um movimento mundial, uma tendência do nosso tempo. São as Cortes Supremas participando das soluções de questões que dividem a sociedade, nas quais os parlamentos têm dificuldade natural de tratar” (BARBOSA, Joaquim. STF amplia participação no debate público. **Folha de S.Paulo**, São Paulo, 10 ago. 2008. Disponível em <http://www1.folha.uol.com.br/fsp/brasil/fc1008200812.htm> Acesso em 28 ago. 2008).

²⁰⁵ Nas palavras do Min. Gilmar Mendes: “Em verdade, a moderna doutrina constitucional defende abertamente não só a ampliação do direito de manifestação de diferentes órgãos ou entidades no processo de controle de normas, mas também a ampla investigação probatória, quando necessária, reconhecendo, assim, que ‘o círculo

O discurso de aproximação parece se refletir na sociedade. Há traços dessa repercussão, por exemplo, em petições apresentadas ao STF. O pedido de intervenção na qualidade de *amicus curiae* apresentado pela FEBRABAN no curso da ADPF 77 teve como fundamento a “tendência que já se fazia presente no Supremo Tribunal Federal no sentido de pluralização do debate constitucional, como forma de dar maior legitimação às decisões da Corte Constitucional”.²⁰⁶ Os meios de comunicação também o reproduzem. Um jornal de grande circulação entrevistou ministros do Supremo Tribunal Federal, questionando diversos aspectos relacionados ao desempenho do Tribunal:

STF amplia participação no debate público

O STF (Supremo Tribunal Federal) vem mudando seu perfil e adota posição mais ativa na apreciação de questões políticas de ampla repercussão, antes rechaçadas sob o argumento de interferência na autonomia entre os Poderes. Lacunas da legislação não resolvidas pelo Congresso vêm sendo assumidas pela Corte suprema.

Seis dos 11 ministros que compõem o Supremo e que concederam entrevista à **Folha** sobre as mudanças no STF na última década também são unânimes em dizer que hoje existe um Supremo mais sintonizado com os temas que mobilizam a opinião pública. Eles chegam à Corte principalmente via Adin (Ação Direta de Inconstitucionalidade) e ADPF (Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental).

Antes da Constituição de 1988, apenas o procurador-geral da República podia submeter esse tipo de apreciação à Corte. Depois dela, partidos políticos, Congresso e organizações da sociedade civil ganharam esse poder. [...] Hoje o STF recebe cerca de 1.200 processos por ano-volume que, para ser apreciado por 11 ministros, praticamente inviabiliza o aprofundamento nas questões de interesse público. O julgamento das células-tronco levou à primeira convocação de uma audiência pública na história do STF para discutir um tema. A segunda foi em 27 de junho, sobre a importação de pneus usados.

“Acho que teremos espaço para lidar com os processos de uma maneira diferenciada. A tendência agora é assumirmos uma postura de humildade e

de interessados e de intérpretes’ do Direito Constitucional é mais pluralista do que aquele de outras codificações (Der Interessenter- und Interpretenkreis des Verfassungsrechts ist pluralistischer als derjenige anderer Kodifikationen)” (ADI 2.982-ED/CE, Tribunal Pleno, 02 ago. 2006. Voto do Min. Gilmar Mendes). Na doutrina constitucional, um dos nomes de maior destaque em defesa do reconhecimento de novos atores sociais como intérpretes da constituição é Peter Häberle, cuja principal obra a esse respeito é: HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional:** a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição. Trad. de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1997. O autor defende, resumidamente, que: “Todo aquele que vive no contexto regulado por uma norma e que vive com este contexto é, indireta ou, até mesmo diretamente, um intérprete dessa norma. O destinatário da norma é participante ativo, muito mais ativo do que se pode supor tradicionalmente, do processo hermenêutico. Como não são apenas os intérpretes jurídicos da Constituição que vivem a norma, não detêm eles o monopólio da interpretação da Constituição” (HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional:** a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição. Trad. de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1997, p. 15).

²⁰⁶ Pet. 141.415, FEBRABAN, 02 dez. 2005. ADPF 77-7/DF.

buscarmos mais subsídios das audiências públicas, dos peritos”, disse o presidente da Corte, ministro Gilmar Mendes.²⁰⁷

A reportagem tem o propósito de retratar justamente uma mudança de perfil do Supremo Tribunal Federal e a sua relação com a sociedade é apresentada como um dos aspectos em mutação. O Min. Gilmar Mendes também parece adotar uma postura esperançosa quanto ao tema, afirmando que o Tribunal terá espaço para aproximar-se da sociedade, especialmente por meio da busca de subsídios para decisões.

Assim, identificamos pronunciamentos em que ministros do STF e setores diversos da sociedade comemoram a nova postura do Tribunal, mais favorável à atuação social nos debates constitucionais.

Entretanto, o discurso de ampliação da atuação dos *amici curiae* não foi unânime no Supremo Tribunal Federal. Frisou-se, novamente, a excepcionalidade da intervenção.²⁰⁸ Ademais, alguns ministros manifestaram a sua desconfiança relativamente a uma participação mais efetiva dos interessados, alertando que tal circunstância colocaria em risco o funcionamento do Tribunal, já assoberbado de trabalho. Nesse sentido, a Min. Ellen Gracie negou a atuação de *amicus curiae* naquele julgamento – acompanhada pelo Min. Carlos Velloso –, sob o seguinte fundamento:

Eu acredito, presidente, que essa Corte precisa, urgentemente, cuidar da sua própria sobrevivência. Nós não temos condições, isso é bom frisar, sequer de julgar as Ações Diretas que já estão em pauta. Até o final do ano nós vamos ficar devendo um passivo de processos já preparados pelos relatores que não poderão vir ao Plenário.²⁰⁹

²⁰⁷ STF amplia participação no debate público. **Folha de S.Paulo**, São Paulo, 10 ago. 2008. Disponível em <http://www1.folha.uol.com.br/fsp/brasil/fc1008200812.htm> Acesso em 28 ago. 2008. [grifo nosso].

²⁰⁸ Notícia publicada no *site* do STF inicia-se com a seguinte afirmação: “Hoje (26/11), o Supremo Tribunal Federal (STF) decidiu aprovar a participação excepcional de ‘amicus curiae’ no julgamento das Ações Diretas de Inconstitucionalidade 2777 e 2765” (**Supremo aprova manifestação de “amicus curiae” em julgamento de ADI**. Supremo Tribunal Federal, Brasília, 26 nov. 2003, Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=61765&caixaBusca=N> Acesso em 10 jan. 2009). No mesmo sentido, o Min. Gilmar Mendes referiu-se a essa decisão nesses termos: “Em recente julgamento, porém, o Supremo Tribunal Federal, por maioria, resolveu questão de ordem no julgamento das ADIns n°s 2.675/PE (Rel. Min. Carlos Velloso) e 2.777/SP (Rel. Min. Cezar Peluso), ambas julgadas em 27.11.2003, para reconhecer excepcionalmente, a possibilidade de realização de sustentação oral por terceiros admitidos no processo de fiscalização abstrata de normas, sob a condição de *amicus curiae*” [grifo nosso] (RE 416.827-8-QO/SC, Tribunal Pleno, 21 set. 2005. Voto do Min. Gilmar Mendes).

²⁰⁹ **Supremo aprova manifestação de “amicus curiae” em julgamento de ADI**. Supremo Tribunal Federal, Brasília, 26 nov. 2003, Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=61765&caixaBusca=N> Acesso em 10 jan. 2009. [grifo nosso].

Verifica-se o retorno do argumento da quantidade de trabalho do STF como justificativa para negar a participação de entidades da sociedade civil no controle de constitucionalidade.

A quantidade de trabalho é argumento válido para afastar os grupos sociais dos debates constitucionais? Ou se trata da utilização de outra lógica, que não a jurídica, para restringir a participação? Entender a atuação social apenas como um incremento de “trabalho” para a Corte é negar o seu caráter democratizante. Trata-se de uma leitura restritiva e autoritária do instituto.

A exemplo do identificado com relação à propositura de ações diretas, a atuação da sociedade por meio da figura do *amicus curiae* também gera temor no Tribunal. A esse respeito, cabe lembrar o discurso de que a interpretação restritiva do art. 103, IX, da CF seria fruto de uma política judiciária já superada e que a atual postura do Supremo Tribunal Federal seria no sentido de aproximar-se da sociedade. Identifica-se a recorrência dos mesmos argumentos restritivos utilizados anteriormente. Percebemos, também aqui, que a importância da atuação do *amicus curiae* não é afastada expressamente, o que é negado por alguns ministros é a implementação dessa atuação, a partir de uma leitura restritiva do instituto.

O Supremo Tribunal Federal deparou-se novamente com o dilema de efetivar a participação da sociedade ao analisar a possibilidade de intervenção de *amicus curiae* em processos de controle difuso de constitucionalidade. Várias manifestações exaltaram os benefícios dos *amici curiae* e corroboraram a percepção do instituto como viabilizador da apresentação ao STF de algumas das diversas visões que permeiam a sociedade plural.

Nesse sentido, o Min. Gilmar Mendes defendeu que “o instrumento de admissão de *amici curiae* confere ao processo de fiscalização de constitucionalidade um colorido diferenciado, emprestando-lhe caráter pluralista e aberto que, a meu ver, não pode ficar restrito ao controle concentrado”.²¹⁰ Entendimento semelhante foi sustentado pelo Min. Carlos Britto, que afirmou: “o instituto do **amicus curie** [sic] homenageia o princípio que é constitucional do pluralismo, e isso, sem dúvida, ampliando a participação de setores da sociedade nos nossos processos decisórios, legitima ainda mais as decisões emanadas nesta Corte”.²¹¹

O Min. Eros Grau, por sua vez, também afirmou “simpatizar” com as “questões de caráter social”. Todavia, expressou o seu temor diante de uma efetiva atuação social no

²¹⁰ RE 416.827-8-QO/SC, Tribunal Pleno, 21 set. 2005. Voto do Min. Gilmar Mendes.

²¹¹ RE 416.827-8-QO/SC, Tribunal Pleno, 21 set. 2005. Voto do Min. Carlos Britto.

Tribunal.²¹² Fica claro, neste caso, a distinção entre a defesa de um valor de aproximação da sociedade e a hesitação diante da implementação desse valor.

Identificamos, portanto, um discurso do Supremo Tribunal Federal que lê o papel do *amicus curiae* sob uma perspectiva compatível com a pluralidade reconhecida e assegurada pela Constituição Federal de 1988. Como visto, trata-se de uma interpretação democratizante do instituto, que – ao invés de restringi-lo à função de prestar (apenas) informações técnicas – o compreende também como um meio de levar ao Tribunal diferentes pontos de vista que integram a sociedade.

Novamente, cabe lembrar o alertado por Celso Campilongo, “o problema dos Direitos Fundamentais reside na sua implementação, não na eleição dos valores. A eleição dos valores serve, na verdade, para mascarar a dificuldade que vai aparecer no momento da implementação”.²¹³ A esse respeito, percebe-se que o Min. Eros Grau e a Min. Ellen Gracie posicionaram-se contrariamente a uma aplicação abrangente do instituto, considerando-a prejudicial ao Tribunal.

Diante do entendimento do Min. Eros Grau, o Min. Sepúlveda Pertence apresentou outra leitura da implementação do *amicus curiae*. Enquanto aqueles ministros perceberam a atuação da sociedade como um obstáculo ao funcionamento do STF, o Min. Sepúlveda Pertence destacou os benefícios gerados pela participação:

Lembro que a nossa experiência em casos tais, sobretudo em questões tributárias, é a de que, admitidos ou não, os **amici curiae**, somos felizmente submergidos por toneladas de memoriais e pareceres, alguns deles notáveis, e que efetivamente trazem auxílio ao Tribunal. Não vejo como fincar pé nos deslindes do processo subjetivo, em casos como o de hoje, apenas para evitar uma sustentação oral.²¹⁴

A divergência ora apresentada assemelha-se àquela enfrentada durante o processo constituinte. A intensa participação popular e social ocorrida naquele período também foi interpretada de diferentes formas. Ao tempo em que determinados setores apresentaram – e ainda apresentam – as contradições e impasses ocorridos como crítica àquele processo, outra

²¹² Nas palavras do ministro: “Sra. Presidente, preocupam-me os precedentes, porque – para usar de um vocábulo, talvez, bem adequado – cada caso de repercussão, em matéria tributária de qualquer ordem vai ensejar a sustentação. Isso me preocupa. Embora eu tenha a mais absoluta simpatia pelas questões de caráter social, temo muito pelo que virá a seguir” [grifo nosso] (RE 416.827-8-QO/SC, Tribunal Pleno, 21 set. 2005. Voto do Min. Eros Grau).

²¹³ CAMPILONGO, Celso. Direitos Fundamentais e Poder Judiciário. In: **O direito na sociedade complexa**. São Paulo: Max Limonad, 2000, p. 113.

²¹⁴ RE 416.827-8-QO/SC, Tribunal Pleno, 21 set. 2005. Voto do Min. Sepúlveda Pertence.

leitura permite compreender as mesmas contradições e impasses como evidências do caráter democrático e plural das discussões. João Gilberto Lucas Coelho esclarece:

As pessoas, mesmo quando ativistas têm dificuldade em conscientizar que o interesse do poder constituído e do *status quo* das elites, seria um processo rápido, tecnicamente eficiente, tão fechado quanto possível. E se tivemos crises, indefinições, adiamentos e dificuldades em decidir, é também porque entraram outros atores em cena, os atores populares. O jogo “certinho” entrou em pane e novos espaços abriram-se ou alteraram-se algumas correlações. Há surpresa quanto se lembra o fato de que “o impasse é nosso”, isto é, ele possibilita aumentar o grau de participação e, ainda, evita que uma solução de cima passe como um rolo compressor.

Infelizmente, a ausência deste tipo de compreensão levou o brasileiro da base, o cidadão em geral, a reproduzir a mensagem ideológica de grandes meios de comunicação e a tratar as crises da elaboração constitucional como meras degenerações técnicas, pouca vontade de trabalhar dos representantes e uma coisa distante da realidade do dia-a-dia, perdendo a oportunidade de avançar no conflito.²¹⁵

No mesmo sentido, 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 uma e homogênea. Assim, as crises e “tumultos” são resultado da recepção dessa sociedade pelo Tribunal, cujas decisões devem refletir a dinâmica social.

A despeito da divergência, o Tribunal admitiu a participação dos diversos *amici curiae* no Recurso Extraordinário 416.827-8/SC.

Uma peculiaridade também chama a atenção nessas intervenções: o recurso foi interposto pelo Instituto Nacional do Seguro Social – INSS contra uma pessoa física – pensionista – e as entidades admitidas como *amicus curiae* intervieram para agregar argumentos em favor da posição defendida pela pensionista.²¹⁶ É possível vislumbrar que nesse caso as intervenções também podem ter se prestado a equilibrar as partes, na medida em que a pessoa física poderia ser considerada mais vulnerável em uma contenda contra um órgão estatal.

²¹⁵ COELHO, João Gilberto Lucas. **A participação popular na Constituinte**. Revista de Cultura Vozes, Petrópolis, v. 82, n. 2, jul./dez. 1988, p. 14/15. [grifo nosso].

²¹⁶ As seguintes entidades foram admitidas como *amicus curiae*: Confederação Brasileira de Aposentados, Pensionistas e Idosos – COBAP, União dos Ferroviários do Brasil, Associação dos Ferroviários do Nordeste, Associação dos Aposentados e Pensionistas de Brasília, Federação das Associações e Departamentos Sindicais de Aposentadorias e Pensionistas e Inativos em Geral do Distrito Federal – FAP/DF, Associação Brasileira de Revisão de Aposentadoria e Pensão – ASBRAPE e Associação dos Aposentados e Pensionistas da Companhia Energética de Brasília – ASAPEC (RE 416.827-QO/SC, Tribunal Pleno, 21 set. 2005).

Dessa forma, os grupos sociais envolvidos poderiam auxiliar os seus integrantes, participando da discussão no STF. A esse respeito, todavia, cabe ressaltar que se trata de uma via de mão dupla, ou seja, nem sempre os setores da sociedade compartilham seus interesses com a parte dita “vulnerável”. Deve-se ter em mente que a sociedade é plural, contraditória e até mesmo incontrolável.

Ao analisar os pedidos de atuação como *amicus curiae* no RE 565.714-1/SP – para citar um exemplo semelhante ao anterior – a Min. Cármen Lúcia adotou uma interpretação abrangente do instituto para admitir como *amicus curiae* a Confederação Nacional da Indústria – CNI.²¹⁷ Ocorre que o recurso havia sido interposto por pessoas físicas contra o Estado de São Paulo e a ministra – no mesmo dia –, além de admitir a intervenção da CNI em prol da posição defendida pelo Estado de São Paulo, negou o pedido formulado por uma advogada para atuar como *amicus curiae* em prol da posição defendida pelos particulares.²¹⁸

Em sua pesquisa a respeito da influência dos *amici curiae* nos processos constitucionais, Dameres Medina deparou-se com o que chamou de “desequilíbrio informacional” e apresentou problemas dele decorrentes:

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 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 ao juiz, a parte e seus *amici*, em vantagem informacional, aumentam as suas chances de êxito, na medida em que aumentam a

²¹⁷ A ministra afirmou: “A exigência de repercussão geral da questão constitucional tornou definitiva a objetivação do juízo do recurso extraordinário e dos efeitos dele decorrentes, de modo que a tese jurídica a ser firmada pelo Supremo Tribunal Federal seja aplicada a todos os casos cuja identidade de matérias já tenha sido reconhecida pelo Supremo Tribunal (art. 328 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal) ou pelos juízes e tribunais de origem (art. 543-B do Código de Processo Civil), ainda que a conclusão de julgamento seja diversa em cada caso. Essa nova característica torna mais do que legítima a presença de *amicus curiae*, ainda que não se tenha disposição legal expressa [...]” [grifo no original] (RE 565.714-1/SP, Decisão monocrática da Min. Cármen Lúcia, 23 abr. 2008).

²¹⁸ O indeferimento do pedido fundamentou-se no fato de “o argumento da Requerente estar baseado em mero interesse pessoal na causa”, enquanto a admissão baseou-se na “pertinência entre o tema a ser julgado pelo Supremo Tribunal Federal e as atribuições institucionais da Requerente” (RE 565.714-1/SP, Decisão monocrática da Min. Cármen Lúcia, 23 abr. 2008).

probabilidade de apresentar um argumento que vá ao encontro das preferências interpretativas do julgador.²¹⁹

Entretanto, quando se parte de uma perspectiva plural, se percebe que a atuação social é sempre permeada por contradições e assimetrias, o que não precisa ser interpretado como um fator negativo, e sim como o reflexo da própria sociedade.

A mesma interpretação ampliativa não foi adotada pelo Supremo Tribunal Federal em *habeas corpus*, mandado de segurança e suspensão de segurança. O Tribunal entendeu que tais processos teriam “caráter meramente subjetivo” e que, por isso, não seria possível aplicar legislação relativa a processos de índole objetiva. A esse respeito, a Min. Ellen Gracie afirmou que o *amicus curiae* seria “norma excepcional que não deve ser, indiscriminadamente, utilizada por analogia, em todos os procedimentos judiciais, ainda mais em processos que não têm caráter objetivo, hipótese dos presentes autos”.²²⁰

Verifica-se, mais uma vez, a idéia de que a atuação de *amicus curiae* seria excepcional. No julgamento da ADI 3.620/DF, o Min. Marco Aurélio utilizou o mesmo argumento para negar a participação da Associação Nacional dos Advogados da União – ANAUNI, nos seguintes termos: “No mais, deve-se ressaltar que a regra é a ausência de participação de terceiros, correndo a exceção à conta de situações concretas em que se torna conveniente o pronunciamento”.²²¹

É possível vislumbrar que para o Min. Marco Aurélio a conveniência da atuação de terceiros nos processos constitucionais seria uma exceção? Cabe lembrar que foi o mesmo ministro quem afirmou que “nos últimos tempos o Tribunal alargou a via de acesso a si próprio” e que comemorou o fato de o STF haver adotado interpretação mais abrangente da legitimação para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade.²²² Chama a atenção o fato de as duas leituras se referirem à participação social no controle de constitucionalidade,

²¹⁹ MEDINA, Damares. **Amigo da Corte ou amigo da parte? *Amicus curiae*** no Supremo Tribunal Federal. Dissertação de Mestrado em Direito. Instituto Brasiliense de Direito Público, 2008, p. 180/181.

²²⁰ SS 3.273-AgR-segundo/RJ, Tribunal Pleno, 16 abr. 2008. Voto da Min. Ellen Gracie. Também nesse sentido, decisão monocrática do Min. Celso de Mello dispõe: “DECISÃO: Indefiro o pedido de ingresso, na presente causa, como ‘amicus curiae’, da Ordem dos Advogados do Brasil – 5ª Subseção de Volta Redonda – Estado do Rio de Janeiro (fls. 31/43), eis que a legislação invocada (Lei nº 9.868/99) – por se referir a processos de índole eminentemente objetiva, como o são os processos de controle normativo abstrato (RTJ 113/22, Rel. Min. NÉRI DA SILVEIRA – RTJ 131/1001, Rel. Min. CELSO DE MELLO – RTJ 136/467, Rel. Min. CELSO DE MELLO – RTJ 164/506-507, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.) – não se aplica aos processos de caráter meramente subjetivo, como o processo mandamental” (MS 26.552-AgR, Decisão monocrática do Min. Celso de Mello, 16 mai. 2007). Ainda nesse sentido: HC 82.959/SP e MS 27.242/DF.

²²¹ ADI 3.620/DF, Decisão monocrática do Min. Marco Aurélio, 12 jun. 2007.

²²² ADI 3.153-8-AgR/DF, Tribunal Pleno, 05 mai. 2004. Comentário do Min. Marco Aurélio e 12 ago. 2004. Voto do Min. Marco Aurélio, respectivamente.

no entanto, ao tempo que exalta a uma possível abertura do Tribunal, o mesmo ministro considera excepcional a utilidade da atuação da sociedade nos processos do STF.

O ministro afirmou, portanto, que a intervenção do *amicus curiae* só seria possível nas situações concretas em que “se torna conveniente o pronunciamento”. O que o STF entende que seria uma intervenção “conveniente”? Essa análise pode auxiliar na compreensão do que o Supremo Tribunal Federal considera ser o papel dessa via de participação.

A Lei nº 9.868/99 – em seu art. 7º, § 2º – estabeleceu que o relator deveria considerar a “relevância da matéria” e a “representatividade dos postulantes” ao julgar os pedidos de admissão de *amicus curiae*. Assim, o texto legal deixou a cargo do relator avaliar a efetivação desses requisitos no caso concreto.

Diante disso, a solução adotada pelo Tribunal foi a de concentrar nas mãos do relator a apreciação da utilidade de cada uma das manifestações, bem como a forma como deveriam ocorrer. A Corte entendeu não existir direito à participação como *amicus curiae*, de modo que o oferecimento de informações no processo, por parte dos interessados, depende do convencimento do relator.

Como visto, o Min. Marco Aurélio nomeou essa avaliação como uma análise da “conveniência” da atuação do *amicus curiae*. No mesmo sentido, o Min. Celso de Mello 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”.²²³

Ocorre que esses conceitos são por demais vagos, possibilitando aplicações autoritárias e arbitrárias do instituto.

No curso da ADPF 54/DF, por exemplo, o Min. Marco Aurélio decidiu:

[...] a admissão de terceiros não implica o reconhecimento de direito subjetivo a tanto. Fica a critério do relator, caso entenda oportuno. Eis a inteligência do artigo 7º, § 2º, da Lei nº 9.868/99, sob pena de tumulto processual. Tanto é assim que o ato do relator, situado no campo da prática de ofício, não é suscetível de impugnação na via recursal.
3- Indefiro o pedido.²²⁴

Como consequência do entendimento supracitado, o ministro indeferiu todos os pedidos de intervenção como *amicus curiae*. Foram formulados pedidos por parte de entidades como a Conferência Nacional dos Bispos do Brasil – CNBB, a Associação Nacional

²²³ ADI 2.321-7-MC/DF, Tribunal Pleno, 25 out. 2000. Voto do Min. Celso de Mello.

²²⁴ ADPF 54/DF, Decisão monocrática do Min. Marco Aurélio, 24 jun. 2004.

Pró-Vida e Pró-Família – Pró-Vida-Família, a Associação Univida e a Associação de Desenvolvimento da Família – ADEF. Cabe destacar, ainda, que a CNBB formulou pedido de reconsideração da decisão que não a admitiu como *amicus curiae*. A esse pedido, obteve a seguinte resposta: “Nada a reconsiderar no caso. A atuação de terceiro pressupõe convencimento do relator sobre a conveniência e necessidade da intervenção”.²²⁵

Assim, as fórmulas chamadas de “convencimento” e “conveniência” foram utilizadas para ocultar a fundamentação das decisões supracitadas. De fato, o ministro não disse porque não se convencera da utilidade das intervenções, e, ao utilizar a “inteligência” do art. 7º, § 2º, da Lei nº 9.868/99 para dizer que ficaria a “critério do relator” a admissão de *amicus curiae*, não analisou os requisitos previstos no mesmo dispositivo normativo.

Necessário perceber como o ministro interpretou o § 2º do art. 7º. Ao explicar o que chama de “chave de leitura”, Carlo Ginzburg alerta para a importância de compreender como os textos são lidos, e não apenas o que está escrito:

Mais do que o texto, portanto, parece-nos importante a chave de sua leitura, a rede que Menocchio de maneira inconsciente interpunha entre ele e a página impressa – um filtro que fazia enfatizar certas passagens enquanto ocultava outras, que exagerava o significado de uma palavra, isolando-a do contexto, que agia sobre a memória de Menocchio deformando a sua leitura. Essa rede, essa chave de leitura, remete continuamente a uma cultura diversa da registrada na página impressa: uma cultura oral.²²⁶

O ministro enfatizou a expressão “a critério do relator” e ocultou a exigência legal de que considerasse em sua decisão os requisitos ora previstos. Dessa forma, a intervenção foi interpretada de uma forma restritiva e excepcional.

O § 2º estabelece que o relator deverá considerar a “relevância da matéria” e a “representatividade dos postulantes”. A ADPF 54/DF tem como objeto a análise da constitucionalidade da interrupção de gravidez de feto anencefálico, matéria de inegável relevância. Com relação à representatividade dos postulantes, o ministro também não se manifestou a respeito. Cabe lembrar que naquele rol figuravam entidades reconhecidas socialmente, como a CNBB.

A partir da análise de decisões que deferiram ou indeferiram pedidos de intervenção como *amicus curiae*, é possível identificar que o Supremo Tribunal Federal tem interpretado a expressão “a critério do relator” como uma permissão para que o Tribunal

²²⁵ ADPF 54/DF, Decisão monocrática do Min. Marco Aurélio, 03 ago. 2004.

²²⁶ GINZBURG, Carlo. **O queijo e os vermes**: o cotidiano e as idéias de um moleiro perseguido pela Inquisição. Trad. de Maria Betânia Amoroso. São Paulo: Companhia das Letras, 2006, p. 72.

decida sem a apresentação de fundamentos ou critérios – ao arrepio do disposto no art. 93, IX, da CF, que determina: “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação”. Assim, cada ministro decide da forma que lhe convém e não é possível identificar uma lógica que norteie o entendimento do Tribunal.

No julgamento da ADPF 77/DF – relativa ao Plano Real –, por exemplo, foram apresentados diversos pedidos de intervenção. O Min. Sepúlveda Pertence deferiu os pedidos da MULTIPLIC Ltda. – que à época era o Banco Multiplic S/A –, da Federação Brasileira de Bancos – FEBRABAN e do Banco Central do Brasil – BACEN. Os despachos que deferiram esses pedidos não apresentaram qualquer fundamentação. Já os pedidos apresentados pelo Banco Safra S/A, Icatu Holding S/A e Picchioni Belgo Mineira Distribuidora de Títulos e Valores Mobiliários S/A – PBM foram indeferidos. As fundamentações dos despachos foram, respectivamente, as seguintes: “não se encontram novidades ou maiores informações daquelas que já constam nos autos da ADPF”, “não há qualquer documento ou estudo referente ao tema do processo objetivo no qual se pretende ingressar” e “não possui mais do que um interesse particular no deslinde da presente ADPF”.²²⁷

No curso do RE 565.714-1/SP, por sua vez, a postura adotada foi diferente. A Min. Cármen Lúcia fundamentou a admissão da CNI na “pertinência entre o tema a ser julgado pelo Supremo Tribunal Federal e as atribuições institucionais da Requerente”. Já a negativa direcionada a uma pessoa física foi a de “o argumento da Requerente estar baseado em mero interesse pessoal na causa”.²²⁸

Na ADI 3.421/PR – que trata de imunidade tributária –, o Min. Marco Aurélio manteve a postura de negar os pedidos de intervenção. No caso, formulados pelo Hospital São Paulo, Sempre Editora Ltda. e Daniel Araújo Lima. Este último justificou o pedido: “por 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”.²²⁹

A esse respeito, cabe lembrar a afirmação do Min. Moreira Alves de que o voto proferido pelo Min. Maurício Corrêa no HC 82.424-2/RS seguiu de perto parecer de autoria

²²⁷ ADPF 77-7/DF, Despacho do Min. Sepúlveda Pertence, 30 set. 2005 e Decisão monocrática do Min. Menezes Direito, 28 abr. 2008.

²²⁸ RE 565.714-1/SP, Decisão monocrática da Min. Cármen Lúcia, 23 abr. 2008.

²²⁹ ADI 3421/PR, Decisão monocrática do Min. Marco Aurélio, 27 set. 2005.

do Prof. Celso Lafer apresentado ao Tribunal “em atenção a um honroso convite” para atuar como *amicus curiae* naquele *habeas corpus*.²³⁰ Percebemos uma diferença de postura com relação ao *amicus curiae* entre os dois casos. Enquanto no primeiro, o Tribunal afastou a oferta de contribuição de um acadêmico, no segundo a contribuição foi resultado de um convite.

Uma das negativas proferidas no curso da ADIn supracitada teve como fundamento a idéia de que a adoção de uma “visão flexível acabaria por tumultuar a tramitação do processo”.²³¹ Mais uma vez, constata-se a percepção da participação social como um inconveniente no Tribunal, e não como uma contribuição democratizante.

Identifica-se, assim, que a implementação do *amicus curiae* é permeada por fórmulas vagas e ambíguas e uma das conseqüências desse panorama é a ausência de exposição da postura adotada pelo STF. O que se percebe é uma pluralidade de posturas e entendimentos, de modo que não há uma jurisprudência capaz de nortear o entendimento do Tribunal.

Esse tipo de fórmula passou a ser utilizada pelo STF até mesmo em critérios ditos “objetivos”. O Supremo Tribunal Federal entende que o prazo para a admissão de *amicus curiae* é o mesmo prazo para a prestação de informações por parte das autoridades das quais emanou a lei ou o ato normativo impugnado. Todavia, no curso da ADPF 33-5/PA, o Tribunal admitiu a intervenção fora desse prazo, “tendo em vista as razões apresentadas e as circunstâncias do caso”.²³²

O Min. Gilmar Mendes defendeu que essa construção jurisprudencial seria um avanço na promoção da participação social no controle de constitucionalidade, na medida em que viabilizaria intervenções anteriormente vedadas. Ocorre que não se trata de uma mudança do entendimento do STF acerca do prazo para a admissão de *amicus curiae*, e sim de uma possibilidade de excepcionar essa regra casuisticamente por meio do “reconhecimento de circunstâncias especiais do caso”, conforme o mesmo ministro esclarece:

²³⁰ HC 82.424-2/RS, Tribunal Pleno, 09 abr. 2003. Voto do Min. Moreira Alves.

²³¹ ADI 3.421/PR, Decisão monocrática do Min. Marco Aurélio, 14 out. 2005.

²³² ADPF 33-5/PA, Decisão monocrática do Min. Gilmar Mendes, 24 ago. 2004. O Min. Gilmar Mendes relatou a decisão nos seguintes termos: “Posteriormente ao julgamento da cautelar, vieram aos autos Afonso Silva Mendes e outros, postulando o ingresso no feito na condição *amici curiae* e apresentando razões em desfavor da tese do reclamante. Inicialmente indeferi tal pleito. Em face de provocação fundamentada, reconsiderei aquela primeira decisão e admiti o ingresso daqueles interessados no presente feito na condição de *amici curiae* (fl. 287). Referidos interessados são autores de ações movidas contra o extinto IDESP, tendo como fundamento justamente a previsão do art. 34 do ato ora impugnado” (ADPF 33-5/PA, Tribunal Pleno, 07 dez. 2005. Relatório do Min. Gilmar Mendes).

Portanto, em princípio, a manifestação dos *amici curiae* há de se fazer no prazo das informações. É certo que o Tribunal tem evoluído para admitir exceções a essa regra, conforme as circunstâncias especiais do caso. Assim, especialmente diante da relevância do caso ou, ainda, em face da notória contribuição que a manifestação possa trazer para o julgamento da causa, é possível cogitar de hipóteses de admissão de *amicus curiae*, ainda que fora desse prazo.

Essa construção jurisprudencial sugere a adoção de um modelo procedimental que ofereça alternativas e condições para permitir, de modo cada vez mais intenso, a interferência de uma pluralidade de sujeitos, argumentos e visões no processo constitucional. Essa nova realidade pressupõe, além de amplo acesso e participação de sujeitos interessados no sistema de controle de constitucionalidade de normas, a possibilidade efetiva de o Tribunal contemplar as diversas perspectivas na apreciação da legitimidade de um determinado ato questionado.

No presente caso, porém, não há como deixar de considerar que, estando o processo em fase de embargos de declaração e apresentado o feito para julgamento definitivo, a extemporaneidade do pleito não configura, no caso, hipótese excepcional à incidência da regra do § 2º do art. 7º da Lei nº 9.868/99.²³³

Essa prática acaba por reinserir elementos vazios na construção do instituto do *amicus curiae*, uma vez que o cumprimento desse critério só pode ser excepcionado se o Tribunal reconhecer a “especialidade” das circunstâncias do caso. Dessa forma, o que o ministro considera uma “evolução” em prol da participação social é na verdade mais uma possibilidade de escolha daqueles que “interessam”, independentemente de critérios, regras ou fundamentações. Neste caso, a situação se mostra ainda mais delicada, na medida em que são escolhidos – por meio de fórmulas vagas – aqueles que não se submeterão às regras impostas a todos os demais.

O Supremo Tribunal Federal interpreta o *amicus curiae* como um instituto a ser utilizado única e exclusivamente quando for “conveniente” ou “oportuno”. A partir dessa leitura, os ministros aceitam e negam deliberadamente as intervenções, utilizando, quando muito, conceitos vazios como justificativa. Ocorre que essas expressões que nada dizem se prestam a ocultar as razões que orientam as escolhas do Tribunal.

A opção de quem é apto a contribuir para os debates constitucionais diz muito a respeito da relação do tribunal constitucional com a sociedade. Entretanto, quando esse Tribunal se furta a expor os critérios dessa seletividade, aumentam os riscos de que a seleção seja promovida de forma autoritária e arbitrária.

Lênio Luiz Streck nos auxilia a compreender porque essa prática é incompatível com os pressupostos do Estado Democrático de Direito:

²³³ ADI 2.791-3-ED/PR, Decisão monocrática do Min. Gilmar Mendes, 1º fev. 2008. [grifo nosso].

Se nos colocamos de acordo com a tese de que a hermenêutica a ser praticada no Estado Democrático de Direito não pode deslegitimar o texto jurídico-constitucional produzido democraticamente – e tudo isso assentado em um forte controle acerca da compatibilidade até mesmo das reformas feitas à Constituição –, parece evidente que esse Estado (e, portanto, a sociedade) “não é indiferente às razões pelas quais um juiz ou um tribunal toma suas decisões. O direito, sob o paradigma do Estado Democrático de Direito, cobra reflexão acerca dos paradigmas que informam e conformam a própria decisão jurisdicional”. Há, pois, uma forte responsabilidade política dos juízes e tribunais, e tal circunstância foi albergada no texto da Constituição do Brasil, na especificidade do art. 93, IX. O dispositivo determina que o juiz explicita as condições pelas quais compreendeu. No Estado Democrático de Direito, mais do que fundamentar uma decisão, é necessário justificar (explicitar) o que foi fundamentado. Fundamentar a fundamentação, eis o elemento hermenêutico pelo qual se manifesta a compreensão do fenômeno jurídico. Não há princípio constitucional que resista à falta de fundamentação; não há embargo declaratório que possa, posteriormente à decisão, restabelecer aquilo que é a sua condição de possibilidade: o fundamento do compreendido. O dever de fundamentar as decisões (e não somente a decisão final, mas todas as do *iter*) está assentado em um novo patamar de participação das partes no processo decisório. A fundamentação está ligada ao controle das decisões, e o controle depende dessa alteração paradigmática no papel das partes da relação jurídico-processual. [...] Por isso, decisões de caráter “cognitivista”, de ofício ou que, serodidamente, ainda buscam a “verdade real”, pretendem-se “imunes” ao controle intersubjetivo e, por tais razões, são incompatíveis com o paradigma do Estado Democrático de Direito.²³⁴

Esse tipo de postura promove a participação social como exaltado no discurso do Tribunal? A interpretação de que a atuação da sociedade por meio do *amicus curiae* ocorre “excepcionalmente” apenas nos casos em que o Tribunal entende oportuno e que as suas razões para essa seleção não precisam ser expostas é uma leitura extremamente restritiva dessa via participativa.

O Supremo Tribunal Federal interpretou a expressão “a critério do relator” como uma autorização legal que o permitisse escolher deliberadamente os atores sociais com permissão para participar do controle de constitucionalidade.

Os textos são sujeitos a diferentes interpretações e leituras, todavia, devem ser interpretados conforme o contexto democrático. Nesse sentido, Menelick de Carvalho Netto esclarece o incremento das exigências relativas à postura do julgador:

²³⁴ STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica, constituição e processo, ou de “como discricionariedade não combina com democracia”: o contraponto da resposta correta. In: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade e Felipe Daniel Amorim Machado (coord.). **Constituição e processo: a contribuição do processo ao constitucionalismo democrático brasileiro**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 17/18. [grifo nosso].

Ora, é claro que uma concepção distinta e respectivamente adequada acerca da atividade hermenêutica ou interpretativa do juiz integra cada um desses paradigmas, a configurar distintos entendimentos, por exemplo, do princípio da separação dos poderes, o que nos permite detectar, também aqui, uma grande e significativa transformação na visão dessa atividade, bem como um incremento correspondente de exigências quanto à postura do juiz não somente em face dos textos jurídicos dos quais este hauriria a norma, mas inclusive diante do caso concreto, dos elementos fáticos que são igualmente interpretados e que, na realidade, integram necessariamente o processo de densificação normativa ou de aplicação do Direito, [...].

Assim, a partir deste rápido esboço, podemos ver como se verificou um incremento das exigências relativas à postura do aplicador da lei e do responsável pela tutela jurisdicional que se assenta em uma crescente capacidade de sofisticação da doutrina e da jurisprudência para fazer face aos desafios decorrentes do processo de contínuo aumento da complexidade da sociedade moderna.²³⁵

Uma leitura que privatiza o instituto do *amicus curiae*, transformando-o em uma via a ser utilizada exclusivamente pelos “amigos da corte” e em que a seleção promovida pelo Tribunal aproxima-se da arbitrariedade não pode ser considerada democrática. Trata-se de uma leitura restritiva do conceito de participação social.

Essa implementação do *amicus curiae* não se presta a promover o pluralismo e a legitimar as decisões do Supremo Tribunal Federal, conforme defendido em várias decisões. Receber os pontos de vista da sociedade de forma seccionada, eventual e opaca não efetiva uma participação social plural e legítima.

2.2 *Audiência Pública: uma possibilidade recém-descoberta*

O instituto da audiência pública consubstancia-se em outra inovação da Lei nº 9.868/99 que pode ser utilizada para ampliar a participação social nos debates constitucionais. O artigo 9º, § 1º, da Lei possibilita ao relator do processo “fixar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e autoridade na matéria”. Esses depoimentos podem propiciar à sociedade levar ao Tribunal seus pontos de vista, perspectivas e interesses a respeito das questões em debate na Corte. Por isso, o instituto se mostra importante para esta pesquisa, na medida em que a sua forma de implementação pelo STF

²³⁵ CARVALHO NETTO, Menelick de. A hermenêutica constitucional sob o paradigma do Estado Democrático de Direito. In: **Notícia do direito brasileiro**. Nova série, nº 6. Brasília: Ed. UnB, 2º semestre de 1998, p. 9/10.

pode desvelar algumas percepções do Tribunal a respeito da participação social no controle de constitucionalidade.

Desse modo, um aspecto das audiências públicas se mostra especialmente interessante para a pesquisa: por se tratar de um instituto inédito no sistema de controle de constitucionalidade brasileiro, o seu delineamento começou a ser construído recentemente. Apesar de previsto desde 1999, o STF começou a discutir formas de implementá-lo em 2004 e a primeira audiência pública foi realizada, efetivamente, apenas em 2007.

As primeiras discussões a respeito da realização de uma audiência pública pelo STF iniciaram-se no curso do processo da ADPF 54/DF. Surpreendentemente, essa ação foi tratada durante a análise do instituto do *amicus curiae* como exemplo de processo em que inúmeras entidades solicitaram participação no debate e o relator – no caso, o Min. Marco Aurélio – não admitiu os pedidos. Essa circunstância indicava que o ministro não reconhecia a importância de a sociedade atuar naquele processo.

No entanto, o ministro convocou, pela primeira vez, uma audiência pública para ouvir entidades representativas da sociedade a respeito do tema em debate. Cabe, então, questionar o que teria levado o ministro a ouvi-las. A decisão em que a audiência foi convocada pode oferecer indícios dessa aparente mudança de postura com relação à participação social. Segue a decisão:

DECISÃO

AUDIÊNCIA PÚBLICA – INTERRUÇÃO DA GRAVIDEZ – ANENCEFALIA.

[...] Em peça protocolizada em 23 de junho de 2004, a Conferência Nacional dos Bispos do Brasil – CNBB, reportando-se ao § 1º do artigo 6º da Lei nº 9.882/99, solicitou fosse admitida no processo como *amicus curiae*, o que foi indeferido por meio da decisão de folha 156.

[...] A Conferência Nacional dos Bispos do Brasil, ainda durante as férias coletivas de julho, requereu a reconsideração do ato mediante o qual não foi admitida como *amicus curiae*, havendo despachado o Presidente no sentido de se submeter tal requerimento ao relator (folha 169). Com a decisão de folhas 171 e 172, foi mantido o indeferimento. A CNBB solicitou a juntada de cópia do respectivo estatuto civil (folha 174).

Católicas pelo Direito de Decidir pleiteou também a integração ao processo (folha 177 a 182). Seguiu-se a decisão de folha 202, a resultar no indeferimento do pedido. Teve idêntico desfecho pretensão semelhante externada pela Associação Nacional Pró-vida e Pró-família (folha 204) e pela Associação do Desenvolvimento da Família (folha 231).

[...] 2. A matéria em análise deságua em questionamentos múltiplos. A repercussão do que decidido sob o ângulo precário e efêmero da medida liminar redundou na emissão de entendimentos diversos, atuando a própria sociedade. Daí a conveniência de acionar-se o disposto no artigo 6º, § 1º, da Lei nº 9.882, de 3 de dezembro de 1999:

Art. 6º (...)

§ 1º Se entender necessário, poderá o relator ouvir as partes nos processos que ensejaram a arguição, requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou ainda, fixar data para declarações, em audiência pública, de pessoas com experiência e autoridade na matéria.

Então, tenho como oportuno ouvir, em audiência pública, não só as entidades que requereram a admissão no processo como *amicus curiae*, a saber: Conferência Nacional dos Bispos do Brasil, Católica pelo Direito de Decidir, Associação Nacional Pró-vida e Pró-família e Associação de Desenvolvimento da Família, como também as seguintes entidades: Federação Brasileira de Ginecologia e Obstetrícia, Sociedade Brasileira de Genética Clínica, Sociedade Brasileira de Medicina Fetal, Conselho Federal de Medicina, Rede Nacional Feminista de Saúde, Direitos Sociais e Direitos Representativos, Escola de Gente, Igreja Universal, Instituto de Biotécnica, Direitos Humanos e Gênero bem como o hoje deputado federal José Aristodemo Pinotti, este último em razão da especialização em pediatria, ginecologia, cirurgia e obstetrícia e na qualidade de ex-Reitor da Unicamp, onde fundou e presidiu o Centro de Pesquisas Materno-Infantis de Campinas – CEMICAMP.

Cumpre, antes dessa providência, elucidar a pertinência da medida intentada, em face da provocação do Procurador-Geral da República. O princípio da economia e celeridade processuais direciona ao máximo de eficácia da lei com o mínimo de atuação judicante.²³⁶

O ministro apresentou, portanto, as negativas direcionadas aos pedidos de intervenção como *amicus curiae* e afirmou que a “conveniência” de convocar a audiência pública decorreu da “repercussão” do que decidido em sede de liminar, consubstanciada na atuação de segmentos sociais. Esse pronunciamento apontou que a mudança de posicionamento do ministro – que culminou na convocação da audiência – decorreu da repercussão social em torno do tema.

No julgamento da questão de ordem na ADPF 54/DF, muito foi dito a respeito da pressão exercida sobre o Tribunal. O Min. Marco Aurélio aprofundou-se nessa análise e citou exemplos da atuação.²³⁷ Ocorre que a discussão não se limitou ao seu reconhecimento como a questão que “movimentou, como não aconteceu jamais com qualquer tema submetido ao

²³⁶ ADPF 54/DF, Decisão monocrática do Min. Marco Aurélio, 28 set. 2004. [grifo nosso].

²³⁷ Nas palavras do ministro: “[...] Eis questão que, a partir de 1º de julho do corrente ano, data em que implementada a medida acauteladora neste processo, movimentou, como não aconteceu jamais com qualquer tema submetido ao Judiciário, os mais diversos segmentos da sociedade brasileira. Muitos foram os artigos publicados, prós e contra o pedido formulado na inicial desta ação, variando as opiniões de acordo com as concepções técnicas, religiosas e morais. Tal como nas cortes constitucionais estrangeiras, o tema alusivo à vida, seja qual for o ângulo – o da pena capital, o do aborto, o da eutanásia e o da interrupção da gravidez, ante a deformidade inafastável inviabilizadora da própria vida –, vem sendo alvo, no Brasil, de enorme expectativa. Os olhos da nação voltam-se ao Supremo Tribunal Federal e este há de se pronunciar quer em um sentido ou noutro, evitando, com isso, a insegurança jurídica, a grande perplexidade que advém de teses díspares sobre a matéria. A Corte está sendo convocada e deve atuar, cumprindo o seu dever de guardião maior da Carta da República. Vale lembrar que a História é impiedosa, não poupando posturas reveladoras de atos omissivos” (ADPF 54-QO/DF, Tribunal Pleno, 20 out. 2004. Voto do Min. Marco Aurélio).

Judiciário, os mais diversos segmentos da sociedade brasileira”, o argumento da pressão social foi utilizado como aspecto motivador das decisões do Tribunal naquele processo.

O Min. Marco Aurélio acusou que a revisão da liminar teria sido motivada pela pressão de segmentos sociais e defendeu que o STF não poderia ser coagido daquela forma. O ministro, inclusive, questionou: “Talvez Sua Excelência esteja sensibilizado pela pressão havida, mas o artigo publicado ontem em jornal de grande circulação na minha cidade de origem, a cidade maravilhosa do Rio de Janeiro, não diz da excomunhão de Sua Excelência, mas da excomunhão do relator”.²³⁸ Entretanto, o mesmo ministro argumentou a favor do referendo da liminar “até mesmo para que não haja a perplexidade geral, o descrédito quanto à prestação jurisdicional provisória”.²³⁹

A mobilização da sociedade em torno de determinados temas tem gerado expectativas que não podem ser satisfeitas pelo Supremo Tribunal Federal. De fato, alguns ministros têm apresentado pronunciamentos em que parecem confundir-se a respeito das suas atribuições. O Min. Gilmar Mendes declarou: “É preciso se ter em mente que o STF ocupa, e ocupará cada vez mais, a condição de uma verdadeira terceira Câmara no Brasil, ao lado da Câmara dos Deputados e do Senado Federal”.²⁴⁰ O voto do ministro na ADI 3.510/DF reforça essa perspectiva de aproximação das atividades desempenhadas pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Poder Legislativo:

O Supremo Tribunal Federal demonstra, com este julgamento, que pode, sim, ser uma Casa do povo, tal qual o parlamento. Um lugar onde os diversos anseios sociais e o pluralismo político, ético e religioso encontram guarida nos debates procedimental e argumentativamente organizados em normas previamente estabelecidas. As audiências públicas, nas quais são ouvidos os expertos sobre a matéria em debate, a intervenção dos amici curiae, com suas contribuições jurídica e socialmente relevantes, assim como a intervenção do Ministério Público, como representante de toda a sociedade perante o Tribunal, e das advocacias pública e privada, na defesa de seus interesses, fazem desta Corte também um espaço democrático. Um espaço aberto à reflexão e à argumentação jurídica e moral, com ampla repercussão na coletividade e nas instituições democráticas.

²³⁸ ADPF 54-MC/DF, Tribunal Pleno, 20 out. 2004. Voto do Min. Marco Aurélio. Nesse sentido, o ministro afirmou: “Precisamos ter presente a realidade. Sei que há pressões morais, e a pressão religiosa é enorme. Eu próprio recebi um documento assinado pelos cardeais brasileiros, condenando a liminar deferida. Tenho recebido em meu gabinete, em seus diversos endereços, via internet, inúmeros e-mails, alguns deles até mesmo agressivos, mas há de se caminhar para a postura consentânea com o convencimento sobre a matéria. Aí, costume dizer que a síntese de todas as virtudes do homem é a coragem, a coragem de fazer o que se deve fazer, pouco importando o barulho que façam os veículos de comunicação e a própria turba” (ADPF 54-MC/DF, Tribunal Pleno, 20 out. 2004. Voto do Min. Marco Aurélio).

²³⁹ ADPF 54-MC/DF, Tribunal Pleno, 20 out. 2004. Voto do Min. Marco Aurélio.

²⁴⁰ E agora, STF? Supremo ocupa espaço político e se torna mais vulnerável às críticas da sociedade. **Isto é**, Edição 2.023, 11 ago. 2008. Disponível em <http://www.terra.com.br/istoe/edicoes/2023/artigo98374-1.htm> Acesso em 13 jan. 2009.

[...] O debate democrático produzido no Congresso Nacional por ocasião da votação e aprovação da Lei nº 11.105/2005, especificamente de seu artigo 5º, não se encerrou naquela casa parlamentar. Renovado por provocação do Ministério Público, o debate sobre a utilização de células-tronco para fins de pesquisa científica reproduziu-se nesta Corte com intensidade ainda maior, com a nota distintiva da racionalidade argumentativa e procedimental própria de uma Jurisdição Constitucional.

Não há como negar, portanto, a legitimidade democrática da decisão que aqui tomamos hoje.²⁴¹

O discurso supracitado suscita um aspecto controverso a respeito da aproximação entre o tribunal constitucional e a sociedade. A participação social no Supremo Tribunal Federal tem a função democrática de levar ao Tribunal as perspectivas de diferentes setores que compõem a sociedade plural e, com isso, permitir que ele conheça essas várias visões no momento da tomada de decisão.

²⁴¹ ADI 3.510/DF, Tribunal Pleno, 29 mai. 2008. Voto do Min. Gilmar Mendes. [grifo nosso]. Impende destacar outro aspecto importante que transpareceu nesse julgamento, a idéia de que o Supremo Tribunal Federal decidiria questões importantes para a sociedade “melhor” que o Poder Legislativo. Nesse sentido, o Min. Gilmar Mendes afirmou: “Em nossa realidade, o Supremo Tribunal Federal vem decidindo questões importantes, como a recente afirmação do valor da fidelidade partidária (MS nº 26.602, 26.603 e 26.604), sem que se possa cogitar de que tais questões teriam sido melhor decididas por instituições majoritárias, e que assim teriam maior legitimidade democrática. Certamente, a alternativa da atitude passiva de *self restraint* – ou, em certos casos, de *greater restraint*, utilizando a expressão de García de Enterría teriam sido mais prejudiciais ou menos benéficas para a nossa democracia. [...] Ressalto, neste ponto, que, tal como nos ensina Robert Alexy, *‘o parlamento representa o cidadão politicamente, o tribunal constitucional argumentativamente’* [grifo nosso] (ADI 3.510/DF, Tribunal Pleno, 29 mai. 2008. Voto do Min. Gilmar Mendes). Marcelo Cattoni alerta para os riscos envolvidos nesse tipo de leitura, especialmente a partir do pensamento de Robert Alexy: “Todavia, resta sempre a seguinte questão, em razão das conclusões a que chega Alexy no trecho transcrito: se a Corte Constitucional seria, nessas condições, quem melhor poderia captar o sentido dos valores supostamente subjacentes à Constituição, *para quê processo legislativo, para quê política?* Bastaria, assim, uma atitude ‘racional’ por parte da jurisdição constitucional no sentido de uma suposta realização progressiva, ótima, desses valores... Mais uma vez, o que Alexy confunde é a perspectiva da jurisdição e dos discursos de aplicação adequada a casos concretos com a perspectiva da legislação e da argumentação de justificação da validade das normas. Como já tive oportunidade de dizer alhures, com base em Günther e Habermas, trata-se de uma confusão que sempre corre o risco de desdenhar da política e, em última análise, da própria dinâmica democrática (CATTONI DE OLIVEIRA, 2007a, p.121-125). Afinal, corre-se, assim, sempre o risco de se atribuir ao Judiciário o papel de tutor da política, um superpoder quase constituinte e permanente, como pretensa e única forma de garantia de uma democracia materializada e de massa, sem, contudo, considerar os riscos a que expõe o pluralismo cultural, social e político próprios a um Estado Democrático de Direito: seria a Corte Constitucional quem deveria zelar pela dignidade da política e sua orientação a uma ordem concreta de valores, paradoxalmente a única possibilidade de exercício de ‘direitos’ e de realização da democracia. Assim, o caso brasileiro, tal jurisprudência de valores tardia pode fazer do Supremo Tribunal Federal ‘guardião da moral e dos bons costumes’ uma espécie de sucessor do Poder Moderador, ou, quem sabe, do Santo Ofício, a ditar um *codex* e um *índex* de boas maneiras para o Legislativo e para o Executivo. Ao final, uma postura que pode mascarar uma intolerância extrema e preconceituosa para com os processos políticos e seu tempo, ao defender uma concepção elitista e autoritária de *democracia possível*, para a qual quem perde, mais uma vez, é a cidadania. (CATTONI DE OLIVEIRA, 2007a, p.121-125)” [grifo nosso] (CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. A súmula vinculante n. 4 do STF e o “desvio” hermenêutico do TST: notas programáticas sobre a chamada “nova configuração” da jurisdição constitucional brasileira nos vinte anos da Constituição da República. In: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade e Felipe Daniel Amorim Machado (coord.). **Constituição e processo:** a contribuição do processo ao constitucionalismo democrático brasileiro. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 51/52). A respeito da função do tribunal constitucional no Estado Democrático de Direito, ver também: HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia:** Entre facticidade e validade. Trad. de Flávio Beno Siebeneichler. v. I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

Ocorre que essa prática não pode ser confundida com a pretensão de que o Supremo Tribunal Federal passe a decidir conforme os anseios sociais ou que deva ceder à pressão de grupos sociais. O papel do tribunal constitucional difere do papel do Poder Legislativo, as questões que lhe são apresentadas são outras e o Tribunal não pode pretender obter consenso ou atender à maioria democrática. Celso Campilongo auxilia a compreensão desse contexto:

Para garantir expectativas que não se ajustam às desilusões, compete aos tribunais exercer o papel de afirmar o direito, não confirmar o poder. Para isso, devem estar protegidos contra pressões que procuram enfraquecer suas estruturas ou que tentam processar questões que não se amoldam à técnica jurídica. Não é atribuição dos tribunais decidir se o Brasil deve ou não permanecer no Mercosul, se o eleitor deve votar em “A” ou “B”, se determinada lei deve ser reformada ou não. Isto porque sua competência é dizer se um tratado, uma eleição ou uma lei são compatíveis com o ordenamento jurídico. A função política dos tribunais, se quisermos, é a de processar essas questões em termos jurídicos. Não se trata de função política, visto que operacionalizada, nas democracias, de modo predominantemente técnico.

[...] Para o desempenho de sua função os tribunais se socorrem de fortes mecanismos de proteção. O principal é a lei, que seleciona, organiza e transforma variadas questões em problemas passíveis de tratamento judicial. O sistema político depende de um mínimo de consenso. Por isso pode decidir, adiar a decisão ou não decidir. Os tribunais não gozam dessa flexibilidade. São obrigados a decidir. Inclusive nos casos em que o consenso não está assegurado. Por isso, o respeito ao contraditório, a ampla defesa probatória, o dever de fundamentar a decisão, enfim, as garantias do procedimento são tão caras aos juristas. Por isso, igualmente, os tribunais não podem depender do clamor popular. E muito menos dos apelos do governo. Dito de outro modo: dessa perspectiva – e só dessa perspectiva – convém que os tribunais sejam insensíveis ao consenso e se diferenciem do sistema político.²⁴²

Assim, o Supremo Tribunal Federal não pode ceder às pressões da sociedade. Entretanto, o extremo oposto também não se mostra adequado. O Tribunal não deve se isolar em sua função jurisdicional por temer impregnar-se de argumentos não-jurídicos. O fato de os grupos sociais não se limitarem a levar argumentos jurídicos não significa que o tribunal constitucional não deva buscar informações na sociedade a fim de embasar a sua decisão.

A vinculação judicial à lei e a independência pessoal e funcional dos juízes não podem escamotear o fato de que o juiz interpreta a Constituição na esfera pública e na realidade [...]. Seria errôneo reconhecer as influências, as expectativas, as obrigações sociais a que estão submetidos os juízes apenas

²⁴² CAMPILONGO, Celso Fernandes. A função política do Supremo Tribunal Federal. In: **O direito na sociedade complexa**. São Paulo: Max Limonad, 2000, p. 98/100. [grifo nosso].

sob o aspecto de uma ameaça a sua independência. Essas influências contêm também uma parte de legitimação e evitam o livre arbítrio da interpretação judicial.²⁴³

O tribunal constitucional deve ser capaz de receber setores da sociedade, conhecer as suas perspectivas e argumentos e decidir de acordo com o sistema jurídico. Os fatos oferecidos ao tribunal devem ser submetidos a princípios seletivos, de modo que apenas os argumentos jurídicos sejam considerados na decisão.²⁴⁴

Diante do acima exposto, a afirmação do Min. Marco Aurélio de que teria convocado uma audiência pública em razão da repercussão social do tema não deve ser recebida sem a devida reflexão. De fato, a participação social, nesse caso, não foi conseqüência de uma perspectiva que reconheceu o seu caráter democrático, a sua contribuição jurídica, e sim resultado de uma coação por parte de grupos sociais.

Outra postura parece ter sido adotada pelo Min. Carlos Britto no curso da ADI 3.510/DF. O tema da ação – a constitucionalidade da Lei de Biossegurança – também envolveu diversos setores da sociedade e foram apresentados vários pedidos de intervenção como *amicus curiae*. Todavia, o ministro-relator admitiu interessados, o que parece refletir uma perspectiva de aproximação da sociedade.²⁴⁵ O teor da decisão que determinou a realização de uma audiência pública nesse processo também indica a adoção dessa perspectiva.

O ministro reconheceu a importância da matéria e os numerosos questionamentos e entendimentos àquele respeito. Em face disso, entendeu que a realização de uma audiência

²⁴³ HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional**: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição. Trad. de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1997, p. 31/32.

²⁴⁴ Nesse sentido, Dieter Grimm esclarece: “A função dos diferentes órgãos também determina os seus equipamentos. Sob a pressão dos numerosos e complexos problemas, o processo legislativo exige um sistema altamente diferenciado e cooperativo para igualmente identificar problemas e oferecer soluções úteis e adequadas [...] As cortes não têm instrumentos equivalentes à disposição para satisfazer tal função. Elas carecem da riqueza de informação e de conhecimento especializado reunido pelos outros ramos de Poder. Fatos empíricos não estão de modo algum excluídos. Muito pelo contrário, os chamados fatos legislativos desempenham um papel importante na jurisdição constitucional, mas os fatos seguem um princípio seletivo o qual é guiado pelas normas que a corte aplica. Os aspectos sobre efetividade, custos, conseqüências sociais da decisão são considerados no processo de tomada de decisão apenas do ponto de vista normativo. Os prognósticos legislativos que têm desempenhado um papel crescente nos processos legislativos dos estados de bem-estar social não podem ficar a cargo das cortes. Enquanto pode ser verdade que em alguns casos as cortes decidiram baseadas em maiores informações do que o Legislativo, isso não pode afastar as restrições que devem operar sob cada Direito, num campo de diferenciação que cada vez aumenta mais” [grifo nosso] (GRIMM, Dieter. **Jurisdição constitucional e democracia**. In: RDE – Revista de Direito do Estado. Ano 1, n.º4. out/dez 2006, Trad. de Bianca S. Fernandes, p. 19).

²⁴⁵ Foram admitidas como *amicus curiae* as seguintes entidades: Conectas Direitos Humanos; Centro de Direitos Humanos – CDH; Movimento em Prol da Vida – MOVITAE; Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero – ANIS e Confederação Nacional dos Bispos do Brasil – CNBB (ADI 3.510/DF, Tribunal Pleno, 05 mar. 2008. Relatório do Min. Carlos Britto).

pública, “além de subsidiar os Ministros deste Supremo Tribunal Federal, também possibilitará u’a maior participação da sociedade civil no enfrentamento da controvérsia constitucional, o que certamente legitimará ainda mais a decisão a ser tomada pelo Plenário desta nossa Colenda Corte”.²⁴⁶

A audiência ocorreu no dia 20 de abril de 2007 e consubstanciou-se na primeira audiência pública do Supremo Tribunal Federal. A sua realização pode ser considerada um dos momentos que concentraram tanto o discurso de aproximação do Supremo Tribunal Federal com a sociedade quanto a divulgação dessa aproximação.

Os comentários do Min. Carlos Britto a respeito da importância da audiência refletem percepções da participação social no Supremo Tribunal Federal, como pode ser aferido por meio da notícia veiculada no *site* do Tribunal:

“Um grande passo foi dado na história do Supremo Tribunal Federal (STF)”, considerou o ministro Carlos Ayres Britto, de quem partiu a iniciativa para a realização da audiência. Ele é o relator da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 3510, que contesta o uso de células tronco em pesquisas científicas, com base na Lei de Biossegurança (Lei nº 11.105/05).

O ministro afirmou que, do ponto de vista técnico, não existe na Constituição um conceito claro de quando começa a vida. Por isso, segundo ele, a partir do subsídio oferecido pela comunidade científica, Ayres Britto afirmou que os ministros do STF poderão formular “um conceito operacional de vida, do início da vida, da própria dignidade da pessoa humana para tornar a Constituição eficaz”.

Do ponto de vista democrático, o relator da ADI lembrou que a audiência é um passo pioneiro dado pelo Supremo. Com as palestras de hoje, o ministro afirmou que o Tribunal “prestigia a sociedade civil mais de perto por meio desse setor organizado da comunidade médico-biológica”.

“Democracia é isso. É tirar o povo da platéia e colocá-lo no palco das decisões que lhe digam respeito. É fazer do mero espectador um ator ou um autor do seu próprio destino”, ressaltou. O ministro informou aos jornalistas que está fazendo anotações detalhadas sobre o tema. “Vou receber um material minucioso e espero até pelo menos o final de junho já elaborar o meu relatório”, revelou.

*No final da entrevista, o ministro Carlos Ayres Britto concluiu dizendo que “esse é um tema multidisciplinar e todas essas contribuições obtidas a partir de explicações tão claras, tão precedidas de apurado estudo, todas elas valerão, sim, para a elaboração do relatório e a formulação do voto”.*²⁴⁷

Verifica-se um discurso que reconhece o caráter democrático da participação social e afirma a audiência pública como uma forma de viabilizar essa atuação. Ademais, o

²⁴⁶ ADI 3.510/DF, Decisão monocrática do Min. Carlos Britto, 19 dez. 2006.

²⁴⁷ **Ministro Carlos Ayres Britto concede entrevista a jornalistas após primeira rodada de palestras.** Supremo Tribunal Federal, Brasília, 20 abr. 2007. Disponível em <<http://www.stf.gov.br/noticias/imprensa/ultimas/1er.asp?CODIGO=229726&tip=UN¶m=biosseguranca>> Acesso em 20 abr. 2007.

ministro assegurou que a contribuição das entidades sociais seria considerada na tomada de decisão, circunstância que amplia a influência da sociedade no controle de constitucionalidade.

Apesar do que foi dito sobre a importância da participação social nos debates constitucionais, o delineamento da audiência pública realizada no curso da ADI 3.510/DF foi restritivo. A restrição consistiu no fato de o Supremo Tribunal Federal haver pretendido dialogar apenas com “cientistas” ou, como supracitado, com um “setor organizado da comunidade médico-biológica”.

Como dito pelo próprio ministro, tratou-se de “causa cujo desfecho é de interesse de toda a humanidade”²⁴⁸ e que “a Lei nº 9.868/99 [Lei das ADIs] possibilita esse tipo de convocação diante de um tema tão complexo, tecnicamente, quanto relevante, social e politicamente”.²⁴⁹ Ocorre que, apesar de o ministro reconhecer a relevância social do tema, a sociedade somente foi chamada a atuar “tecnicamente”. Nesse sentido, a princípio, a audiência pública não se prestou a levar ao Tribunal as perspectivas que permeiam os diferentes setores sociais.

A segunda audiência pública do Supremo Tribunal Federal foi realizada no curso da ADPF 101/DF – que trata da possibilidade de importação de pneus usados. Foram apresentados ao Tribunal vários pedidos de intervenção como *amicus curiae* e a Min. Cármen Lúcia – relatora da arguição – deferiu grande parte dos pedidos.²⁵⁰

A ministra interpretou a quantidade de requerimentos como demonstrativo da “repercussão social, econômica e jurídica” da matéria em discussão e entendeu necessário examinar as razões e fundamentos que envolviam os diretamente interessados. Também apontou a incidência de questões técnicas no caso e a necessidade de ouvir especialistas “para maior compreensão das questões postas”. A partir desses fundamentos, determinou a realização de uma audiência pública.²⁵¹

Os comentários a respeito da audiência, mais uma vez, giram em torno das percepções do Tribunal a respeito da participação social no controle de constitucionalidade e

²⁴⁸ ADI 3.510/DF, Tribunal Pleno, 05 mar. 2008. Voto do Min. Carlos Britto.

²⁴⁹ **TV Justiça exibe programa Fórum sobre a Lei de Biossegurança.** Supremo Tribunal Federal, Brasília, 17 abr. 2007. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=69626&caixaBusca=N> Acesso em 14 jan. 2009.

²⁵⁰ Foram admitidas como *amicus curiae*, por exemplo, as seguintes entidades: Associação Brasileira do Segmento de Reforma de Pneus – ABR; Conectas Direitos Humanos; Justiça Global; Associação de Proteção ao Meio Ambiente de Cianorte – APROMAC; Pneus Hauer do Brasil Ltda.; Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis – IBAMA; BS Colway Pneus Ltda.; Associação Nacional da Indústria de Pneumáticos – ANIP; Pneuback Indústria e Comércio de Pneus Ltda.

²⁵¹ ADPF 101/DF, Decisão monocrática da Min. Cármen Lúcia, 09 jun. 2008.

consideram a medida uma aproximação com a sociedade. A ministra afirmou que a audiência pública teria a função de democratizar os processos judiciais: “É nessa tentativa de dar cumprimento ao que está previsto na Constituição, que se convida a sociedade e os especialistas para trazerem informações, conhecimentos e argumentos que subsidiem os ministros do Supremo no julgamento desse caso”.²⁵² O Min. Carlos Britto também destacou a audiência pública como instrumento apto a levar ao Tribunal as diferentes perspectivas de uma sociedade plural.²⁵³

Verifica-se que o discurso sobre a audiência foi marcado pela exaltação da atuação social, ao tempo em que também foram constantes as afirmações de que participariam apenas “especialistas” para elucidar dúvidas técnicas sobre a questão. Todavia, é possível vislumbrar uma perspectiva mais plural, na medida em que representantes de diferentes setores sociais participaram.

Além de os participantes haverem sido indicados por diferentes órgãos estatais e entidades representativas da sociedade civil²⁵⁴, também as suas especialidades são diversificadas – houve especialistas em meio-ambiente, relações internacionais, comércio exterior, saúde e economia – o que parece haver possibilitado uma participação social mais plural.

A audiência pública da ADPF 54/DF – a terceira do Supremo Tribunal Federal – só foi realizada em 2008. Além das discussões que a precederam – tratadas anteriormente – a forma de sua efetivação também merece atenção. Nesse caso, os convidados foram, essencialmente, as entidades da sociedade civil, e não apenas especialistas ou técnicos. Ademais, participaram diferentes setores sociais, como o religioso, médico, científico, parlamentar, biológico, de direitos humanos, de questões de gênero, dentre outros.

Percebe-se que também foi oportunizada a apresentação de diferentes pontos de vista de um mesmo setor social – por exemplo, perspectivas de segmentos religiosos obtiveram espaço, foram convidadas a Conferência Nacional dos Bispos do Brasil – CNBB,

²⁵² ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **Ministra reconhece importância da discussão sobre importação dos pneus pela sociedade**. Supremo Tribunal Federal, Brasília, 27 jun. 2008. Disponível em <http://www.stf.gov.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=92399> Acesso em 02 set. 2008.

²⁵³ **Ministro Ayres Britto defende a realização de audiência pública no Judiciário**. Supremo Tribunal Federal, Brasília, 27 jun. 2008. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=92427&caixaBusca=N> Acesso em 14 jan. 2009.

²⁵⁴ Participaram da audiência especialistas indicados pelo Presidente da República, Procuradoria Federal Especializada do IBAMA, Associação Brasileira das Indústrias de Pneus Remoldados – ABIP, Associação Brasileira do Segmento de Reforma de Pneus – ABR, BS Colway Pneus Ltda., Conectas Direitos Humanos, Justiça Global, Associação de Proteção ao Meio Ambiente de Cianorte – APROMAC, Pneuback Indústria e Comércio de Pneus Ltda., Pneus Hauer do Brasil Ltda. e Tal Remoldagem de Pneus Ltda.

Católicas pelo Direito de Decidir, Igreja Universal e Associação Médico-Espírita do Brasil – AME. Os convites direcionados a entidades religiosas geraram questionamentos em razão do caráter laico do Estado brasileiro, aos quais o Min. Marco Aurélio respondeu: “Mas nós precisamos perceber que vivemos em sociedade. E os anseios da sociedade não podem ser simplesmente colocados em segundo plano. Eles são considerados. A visão do juiz é uma visão global, uma visão do conjunto”.²⁵⁵

Essa discussão diz respeito à relação do Supremo Tribunal Federal com a sociedade. Novamente, questiona-se o fato de o Tribunal ouvir entidades da sociedade civil. Ocorre que, conforme esclarecido pelo ministro, o tribunal constitucional não pode decidir isolado, deve ser capaz de compreender os argumentos que permeiam a sociedade. Michel Rosenfeld analisa essa situação da seguinte forma:

[...] a identidade constitucional é problemática porque além de permanecer distinta e oposta a outras identidades relevantes, é inevitavelmente forçada a incorporá-las parcialmente para que possa adquirir sentido suficientemente determinado ou determinável. Ainda que os constituintes tivessem podido escrupulosamente evitar se referir a essas outras identidades ao elaborarem um texto constitucional amplamente fundado, traços das identidades deixadas de fora indubitavelmente se esgueirariam de volta ao *corpus* constitucional, como um subproduto da interpretação e da elaboração das normas constitucionais. Os intérpretes constitucionais não podem se despir completamente de sua identidade nacional ou cultural. Assim é que a questão-chave passa a ser a de como a identidade constitucional pode se distanciar o suficiente das outras identidades relevantes contra as quais ela precisa forjar sua própria imagem, enquanto, ao mesmo tempo, incorpora elementos suficientes dessas identidades para continuar viável no interior de seu próprio ambiente sociopolítico.²⁵⁶

Assim, a prática adotada na realização dessa audiência parece proporcionar aos grupos sociais uma via mais efetiva para a apresentação dos seus pontos de vista e percepções sobre o assunto. De fato, a restrição da sua participação a informações e conhecimentos técnicos limita as possibilidades de pluralização do debate.

Entretanto, o rol de participantes foi limitado pelo Tribunal também nesta audiência. O Min. Marco Aurélio indeferiu as indicações do Ministério Público, assim como diversos outros pedidos de entidades e indivíduos. Verifica-se, novamente, a utilização de

²⁵⁵ **Ministro Marco Aurélio prevê que ADPF sobre anencefalia deve ser julgada até novembro.** Supremo Tribunal Federal, Brasília, 26 ago. 2008. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=94998&caixaBusca=N> Acesso em 14 jan. 2009.

²⁵⁶ ROSENFELD, Michel. **A identidade do sujeito constitucional.** Trad. de Menelick de Carvalho Netto. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003, p. 22/23. [grifo nosso].

conceitos vagos como fundamentação para a negativa. O indeferimento do pedido do Ministério Público, por exemplo, foi apresentado nos seguintes termos: “[...] indefiro o pedido. Faço-o tendo em conta o que viabilizado em termos de conveniência pela lei regedora da arguição de descumprimento de preceito fundamental. Vale frisar, por oportuno, que a relação de entidades mencionadas já revela a audição sob os diversos ângulos envolvidos na espécie”.²⁵⁷

Identificamos, assim, um discurso do Supremo Tribunal Federal que reconhece a importância da participação social no controle de constitucionalidade e o seu papel enquanto viabilizador das possibilidades participativas. Todavia, mesmo quando o STF promove a participação, o faz conforme lhe convém, considerando-a um instrumento passível de uso pelo Tribunal, e não um direito legítimo da sociedade.

A aplicação dos institutos do *amicus curiae* e da audiência pública desvela essa contradição. Eles não foram reconhecidos como direitos. Apesar de celebrados como capazes de conferir um cunho democrático às decisões e permitir o acesso ao Supremo Tribunal Federal das perspectivas sociais, a sua implementação depende da conveniência do relator da causa, que muitas vezes nem mesmo explica o porquê da negativa.²⁵⁸

Até o momento, buscamos identificar traços de algumas concepções do Supremo Tribunal Federal por meio da análise de suas decisões e pronunciamentos. Faz-se necessário, por fim, vislumbrar – ainda que de forma essencialmente precária e limitada – o que estaria por detrás dos indícios identificados, qual a realidade que eles indicam.

²⁵⁷ ADPF 54/DF, Decisão monocrática do Min. Marco Aurélio, 31 jul. 2008. [grifo nosso].

²⁵⁸ A esse respeito, Aline Lisbôa, Guilherme Guimarães, Paulo Maia e Tahinah Albuquerque afirmam: “Os critérios utilizados pelo STF para limitar a participação da sociedade civil organizada acabam por deixar transparecer, ao fim e ao cabo, o quanto é contraditória a sua pretensão de arrogar exclusivamente para si o juízo de constitucionalidade. Ao mesmo tempo em que defensores da concentração do controle de constitucionalidade afirmam que o *amicus curiae* é a prova viva de que o STF possui certa ‘abertura procedimental’, os mesmos juristas vêem com naturalidade a limitação drástica que a jurisprudência do mesmo Tribunal faz da participação de tais atores. Na hora de justificar a concentração do controle, o *amicus curiae* serve; mas quando é para fazer valer a ‘abertura procedimental’, aí ele é uma ameaça à segurança jurídica. A contradição é mais que evidente” (LISBÔA, Aline; Guilherme C. Guimarães; Paulo Maia e Tahinah Albuquerque. **Jurisdição constitucional e concentração do acesso à justiça**: “a voz que vem de cima”. In: Dossiê Justiça – uma proposta de observação da relação entre Constituição e Democracia no Brasil. Universidade de Brasília e Universidade Federal do Rio de Janeiro. Projeto “Pensando o Direito” da Secretaria de Assuntos Legislativos. Brasília, 2008).

Considerações Finais

[...] não sofre dúvidas de que um sistema de justiça constitucional deliberadamente desenhado para reduzir ao mínimo a possibilidade de contestação de actos inconstitucionais tarde ou cedo sofrerá os efeitos do correspondente défice de legitimação.

(Vital Moreira)

A inclusão de entidades da sociedade civil no controle de constitucionalidade foi uma mudança promovida pela Constituição Federal de 1988. Ao legitimar confederações sindicais e entidades de classe para a propositura de ações diretas, a Constituição levou a sociedade civil para os debates constitucionais em abstrato, espaço antes restrito ao Poder Público. As Leis nº 9.868/99 e 9.882/99 potencializaram essa inclusão, na medida em que disponibilizaram mais vias de participação, para além da atuação como parte processual.

A abertura do controle de constitucionalidade à participação da esfera pública interessada representa uma nova concepção do processo e da interpretação constitucionais. A interpretação e a efetivação de direitos são compreendidas como resultado do trabalho conjunto, não apenas de especialistas em direito, mas também de cidadãos e políticos.²⁵⁹

A atuação de outros atores no processo de interpretação da Constituição contribui para a construção do sentido constitucional na sociedade. Trata-se de uma mudança em relação à realidade anterior, em que apenas o PGR era legitimado para suscitar a inconstitucionalidade de atos normativos e o sentido constitucional era resultado apenas do entendimento do Supremo Tribunal Federal. O tribunal constitucional não é mais concebido como o responsável por impor à sociedade uma ordem concreta de valores.²⁶⁰

A partir de uma visão plural, percebe-se que não existe uma vontade una e homogênea do povo, capaz de ser identificada pelo Tribunal, e sim diferentes interesses disseminados em diversos setores da sociedade, de modo que somente por meio do debate e da participação é possível conferir a devida legitimidade aos processos de interpretação constitucional. A aproximação dos grupos sociais dos debates constitucionais reflete, portanto, uma nova percepção da relação entre Constituição, Estado e sociedade.

²⁵⁹ HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro**. Trad. de George Sperber. 2ª Ed. São Paulo: Edições Loyola, 2004, p. 388.

²⁶⁰ CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. Devido processo legislativo e controle jurisdicional de constitucionalidade no Brasil. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (org.). **Jurisdição constitucional e direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 169/170.

O Estado democrático de direito, fundado na soberania, na cidadania e na dignidade da pessoa humana, tem no Brasil marco histórico inquestionável com o advento da Constituição de 1988. É fundamental imunizar, em toda sua extensão, a proclamação constitucional, emanada do povo, por meio de seus representantes, para que seja possível, no respeito ao pluralismo e ao processo histórico e político, construir uma sociedade justa e solidária.

[...] Ser guardião da Constituição significa que a Corte Constitucional é guardião do Estado democrático de direito, assegurando a existência e o desenvolvimento de pessoas e instituições capazes de manter o processo democrático em funcionamento, sem retrocesso. Não há verdadeira democracia sem respeito aos direitos fundamentais e a defesa da democracia deve ser papel primordial das Cortes Constitucionais.²⁶¹

Ao conferir voz a entidades da sociedade civil, a Constituição Federal de 1988 estabeleceu um mecanismo capaz de viabilizar a participação de grupos sociais nos debates públicos e, assim, a apresentação dos seus interesses e pontos de vista. Não se trata mais de o Estado personificar o interesse público e substituir a vontade social. Nesse sentido, Menelick de Carvalho Netto esclarece: “A complexidade social chegou a um ponto tal que vai ser preciso que organizações da sociedade civil defendam interesses públicos contra o Estado privatizado, o Estado tornado empresário, o Estado inadimplente e omissivo. [...] A sociedade civil é, precisamente, aquela instância capaz de lutar por esses direitos e de zelar pela eficácia deles”.²⁶²

Durante a pesquisa, encontramos pronunciamentos em que os ministros do Supremo Tribunal Federal afirmam compartilhar a nova perspectiva constitucional, defendendo a importância da participação de entidades da sociedade civil no controle de constitucionalidade. Eles destacam que a atuação social confere “maior efetividade” e atribui “maior legitimidade às suas decisões”, assim como valoriza, “sob uma perspectiva eminentemente pluralística, o sentido essencialmente democrático dessa participação processual”.²⁶³

Entretanto, como alerta Celso Campilongo: “O problema reside na forma de implementação dos valores e, aqui, a situação se complica e se complica barbaramente”.²⁶⁴

O estudo das decisões e pronunciamentos do Supremo Tribunal Federal evidenciou o papel central do Tribunal na construção do sentido da participação social no

²⁶¹ FACHIN, Luiz Edson. Defesa da Constituição, Cortes Supremas e Estado Social democrático. *In: Constituição e Democracia*. Brasília, nº 7, ano I, setembro de 2006. [grifo nosso].

²⁶² CARVALHO NETTO, Menelick de. *A contribuição do direito administrativo enfocado da ótica do administrado para uma reflexão acerca dos fundamentos do controle de constitucionalidade das leis no Brasil*. Fórum administrativo. Ano I. nº 1. Belo Horizonte: Fórum, março de 2001.

²⁶³ ADI 2.321-7-MC/DF, Tribunal Pleno, 25 out. 2000. Voto do Min. Celso de Mello.

²⁶⁴ CAMPILONGO, Celso. Direitos Fundamentais e Poder Judiciário. *In: O direito na sociedade complexa*. São Paulo: Max Limonad, 2000, p. 112.

controle de constitucionalidade, especialmente ao delimitar e selecionar o universo de participantes, bem como delinear as formas de sua atuação. Também percebemos que o acesso dos grupos sociais ainda está em implementação, em permanente construção e reconstrução de sentido. Em meio a esse processo, diferentes possibilidades interpretativas foram e são apresentadas ao Tribunal.

Identificamos, por exemplo, a opção entre conferir às entidades privadas a mesma legitimação já atribuída às entidades públicas ou considerar a sua situação diferente. Com relação ao conceito de “classe”, apresentou-se a alternativa entre considerá-la um segmento da sociedade ou restringi-la a categorias profissionais ou econômicas. Quanto à “entidade de classe”, foram apresentadas posições a favor de uma leitura que abrangesse órgãos sindicais, pessoas jurídicas, segmentos diversificados e, por outro lado, defendidas leituras que considerassem tais entidades integradas apenas por pessoas físicas de categorias definidas. O conceito de “âmbito nacional” também foi questionado: seria uma entidade de classe de âmbito nacional a entidade que admite potencialmente a inclusão de integrantes de quaisquer Estados da Federação ou seria necessário que já possuísse integrantes situados em vários Estados?

A partir da exposição de diferentes possibilidades, apresentou-se ao STF o dilema entre interpretar a participação social sob uma perspectiva ampliativa ou restritiva. Ao longo do trabalho, destacamos opções restritivas, como a criação do critério da pertinência temática, o entendimento de que sindicatos, federações e centrais sindicais não podem ser considerados entidades de classe e a atribuição de caráter econômico ao conceito de classe. Essas opções restringiram as entidades com acesso ao Tribunal e limitaram as suas possibilidades de atuação.

Ademais, determinadas interpretações afastaram dos debates constitucionais setores sociais já excluídos de outros espaços de discussão, como a mídia e os debates políticos. A conotação econômica conferida ao conceito de classe é um exemplo. Essa interpretação impediu o acesso dos segmentos sociais que o Tribunal considerou não possuírem “conteúdo econômico”.²⁶⁵ Como visto, um dos segmentos excluídos por esse motivo foi o dos estudantes. A UNE não pode propor ações diretas porque a definição de estudante “não possui conteúdo econômico”.²⁶⁶

²⁶⁵ ADI 894-3-MC/DF, Tribunal Pleno, 18 nov. 1993. Voto do Min. Néri da Silveira.

²⁶⁶ O Min. Francisco Rezek posicionou-se contra esse entendimento e denunciou que a exclusão teria decorrido do fato de não se tratar de um trabalho remunerado: “Aqueles que têm por profissão, em determinada fase de sua vida adulta – porque aqui tratamos de uma entidade que reúne os universitários –, essa profissão de estudante, declarada nos formulários que preenchem e estampa nos documentos que portam, certamente não pretendem

Assim, o fato de não auferir renda ou lucro acarreta a exclusão dos debates constitucionais, ao tempo em que a relevância econômica possibilita a interlocução com o Tribunal de outras formas, como a mobilização da mídia ou mesmo a audiência com ministros. As indústrias de recauchutagem de pneus, por exemplo, mobilizaram parlamentares e conseguiram uma audiência com a Min. Ellen Gracie – então presidente do STF. No caso, reivindicaram uma audiência pública sobre a importação de pneus usados – que se consubstanciou na segunda audiência pública do Tribunal.²⁶⁷

Por isso, essas interpretações excludentes mostram-se especialmente gravosas aos grupos que já enfrentam dificuldade de inserção em outros âmbitos de debates públicos, pois restringem ainda mais as suas possibilidades de participação. Como esclarece Niklas Luhmann: “o âmbito de exclusão funciona de uma maneira *altamente integrada*. A integração negativa da sociedade é praticamente perfeita. [...] A exclusão de um âmbito funcional impede a inclusão em outros”.²⁶⁸ Diante disso, observamos que a prática ora identificada reforça a exclusão promovida por outros sistemas da sociedade.

Analisamos, portanto, critérios criados pelo Supremo Tribunal Federal para selecionar as entidades com acesso aos debates constitucionais. Entre as diferentes possibilidades disponíveis, encontramos muitas decisões em que foi feita a opção pela leitura mais excludente, mais limitada do acesso das entidades da sociedade civil ao Tribunal. Essa postura resultou no radical estreitamento do universo de entidades que efetivamente participam do controle de constitucionalidade.

carregá-la ao longo de sua trajetória biográfica. Mas o fato de se cuidar de algo provisório e, ao mesmo tempo não remunerado, não me parece idôneo para desclassificar estudantes. Se a questão da classe devesse entender-se à luz da idéia de trabalho remunerado, eu teria muito mais dificuldade em aceitar como porta-voz de classe uma entidade representativa de pessoas que ganham não pelo trabalho, mas pelo capital. E já admitimos várias...” [grifo no original] (ADI 894-3-MC/DF, Tribunal Pleno, 25 jun.1993. Voto Min. Francisco Rezek).

²⁶⁷ A notícia veiculada no *site* do Supremo Tribunal Federal dispõe: “Uma comitiva de parlamentares compareceu nesta tarde (23) ao Supremo Tribunal Federal (STF) para audiência com a presidente da Corte, ministra Ellen Gracie, para discutir a importação de resíduos sólidos de pneus. O deputado federal Nelson Marquezelli (PTB-SP), presidente da Comissão de Trabalho, Administração e Serviço Público da Câmara dos Deputados, afirmou que o grupo veio até o Supremo reivindicar prazo para solicitar uma audiência pública sobre importações de pneus usados para o Brasil. Segundo o deputado, ‘é preciso conter essa avalanche de medidas’ que inviabilizam as indústrias de recauchutagem de pneus, em especial para preservar cerca de 100 mil empregos no país. Além dos parlamentares, estavam presentes no encontro representantes das indústrias de pneus, entre eles o presidente da Associação Brasileira de Indústrias de Pneus Remoldados (ABIP), Francisco Rodrigues Simeão, também presidente da BS Colway Pneus” (**Parlamentares discutem importação de pneus recauchutados com a presidente do Supremo**. Supremo Tribunal Federal, Brasília, 23 out. 2007. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=75107&caixaBusca=N> Acesso em 20 jan 2009).

²⁶⁸ LUHMANN, Niklas. **El derecho de la sociedad**. Trad. de Javier Torres Nafarrate. México: Herder e Universidad Iberoamericana, 2006, p. 426. Sobre a integração da exclusão na sociedade moderna, ver também: CORSI, Giancarlo. “Inclusión/exclusión”. In: CORSI, Giancarlo, ESPOSITO, Elena, BARALDI, Claudio. **GLU: Glosario sobre la teoría social de Niklas Luhmann**. Trad. de Miguel Romero Pérez e Carlos Villalobos. Guadalajara: Universidad Iberoamericana, 1996.

Além de a seleção identificada ser extremamente restritiva, também verificamos que ela não é transparente. A recorrente utilização de fórmulas vazias como critério seletivo resulta no encobrimento dos fundamentos que sustentam a seleção dos participantes.

“Fórmulas vazias” são conceitos como “conveniência”, “relevância”, “utilidade”, entre outros, que – uma vez apresentados para admitir ou impedir a atuação de entes – nada esclarecem a respeito do fundamento da seleção.

Percebemos a utilização dessas fórmulas, por exemplo, para excepcionar determinados entes da incidência de critérios restritivos que, se aplicados, impediriam o seu acesso ao Tribunal. No julgamento da ADI 2.866-9-MC/RN, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a legitimidade da Associação Brasileira dos Extratores e Refinadores de Sal – ABERSAL porque entendeu “inaplicável” o critério estabelecido pelo próprio Tribunal para a definição do conceito de “âmbito nacional”. A razão apresentada para excepcionar a associação foi a “relevância nacional da atividade dos associados da ABERSAL”.²⁶⁹ Ocorre que – no julgamento da ADI 386-1-ML/SP – o STF negou a legitimidade da Associação Brasileira das Indústrias de Sucos Cítricos – ABRASSUCOS em razão do entendimento atribuído à expressão “âmbito nacional”. O que o conceito de “relevância” da atividade esclarece sobre o fundamento da decisão?

No curso da ADPF 33-5/PA, o STF admitiu a intervenção de *amicus curiae* fora do prazo fixado, “tendo em vista as razões apresentadas e as circunstâncias do caso”.²⁷⁰ Entretanto, na ADI 2.791-3-ED/PR, o Min. Gilmar Mendes negou a intervenção extemporânea e esclareceu que “o Tribunal tem evoluído para admitir exceções a essa regra, conforme as circunstâncias especiais do caso. Assim, especialmente diante da relevância do caso ou, ainda, em face da notória contribuição que a manifestação possa trazer para o julgamento da causa, é possível cogitar de hipóteses de admissão de *amicus curiae*, ainda que fora desse prazo”.²⁷¹ Essas decisões não esclarecem o fundamento utilizado para inadmitir um pedido de intervenção como *amicus curiae* por extemporaneidade, uma vez que se limitam a utilizar expressões como “circunstâncias especiais” e “notória contribuição”.

Também identificamos a admissão ou o afastamento de determinadas entidades apenas por meio da apresentação dessas fórmulas. Tais situações ocorreram especialmente no que se refere à intervenção de *amicus curiae* e à participação em audiências públicas. No julgamento da ADI 2.321-7-MC/DF, o STF afirmou que a “intervenção do ‘amicus curiae’,

²⁶⁹ ADI 2.866-9-MC/RN, Tribunal Pleno, 25 set. 2003. Ementa.

²⁷⁰ ADPF 33-5/PA, Decisão monocrática do Min. Gilmar Mendes, 24 ago. 2004.

²⁷¹ ADI 2.791-3-ED/PR, Decisão monocrática do Min. Gilmar Mendes, 1º fev. 2008. [grifo nosso].

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”.²⁷² Já no curso da ADPF 54/DF, o Min. Marco Aurélio negou 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”.²⁷³ No mesmo processo, o ministro negou pedido de reconsideração e afirmou: “Nada a reconsiderar no caso. A atuação de terceiro pressupõe convencimento do relator sobre a conveniência e necessidade da intervenção”.²⁷⁴

Essas decisões refletem uma perspectiva a partir da qual a admissão de integrantes da sociedade só pode ocorrer quando o relator entender “desejável e útil”, “oportuno”, “conveniente” ou “necessário”. Ocorre que a apresentação dessas fórmulas não esclarece os fundamentos da seletividade adotada pelo julgador, pelo contrário, oculta-os. E qual o problema de não fundamentar as decisões?

São vários, entre eles, cabe destacar o fato de que a ocultação dos fundamentos da seleção impede o seu controle e, com isso, aumenta o risco de que a seleção fundamente-se em critérios não-jurídicos ou que seja arbitrária. Não há como saber se a admissão ou restrição de determinado ente foi democrática ou arbitrária, uma vez que não conhecemos as razões a partir das quais o julgador decidiu.

É possível vislumbrar uma relação entre a utilização das “fórmulas vagas” e a disparidade de posturas e decisões identificada em alguns momentos. Por exemplo, a apreciação dos pedidos de intervenção de *amicus curiae* no curso da ADPF 54/DF e da ADI 3.510/DF foi bastante diversa. Apesar de ambas as ações tratarem do direito à vida, o Min. Marco Aurélio – relator da ADPF 54/DF – negou monocraticamente grande parte dos pedidos de intervenção, ao tempo em que o Min. Carlos Britto – relator da ADI 3.510/DF – admitiu a maioria deles. A CNBB, por exemplo, foi admitida em uma ação e negada na outra. Também chama a atenção o fato de a audiência pública realizada no curso da ADI 3.510/DF haver convidado apenas o setor científico, enquanto a audiência da ADPF 54/DF adotou outra perspectiva e ouviu pontos de vista de diferentes setores da sociedade, como o religioso.

Em nenhum desses casos foram esclarecidos os motivos das opções efetivadas, muito menos as razões da disparidade. Aparentemente, as questões discutidas e os setores envolvidos são muito próximos, o que causa perplexidade diante da divergência.

²⁷² ADI 2.321-7-MC/DF, Tribunal Pleno, 25 out. 2000. Ementa. [grifo nosso].

²⁷³ ADPF 54/DF, Decisão monocrática do Min. Marco Aurélio, 24 jun. 2004. [grifo nosso].

²⁷⁴ ADPF 54/DF, Decisão monocrática do Min. Marco Aurélio, 03 ago. 2004. [grifo nosso].

Uma leitura cabível é a de que a ausência de uma seletividade transparente favoreça que cada julgador decida acerca da participação social conforme as suas convicções pessoais, o que pode acarretar um panorama decisório baseado em casuísmos e arbitrariedades.

De fato, a atividade hermenêutica é fluida, na medida em que o texto não tem um sentido único e pré-determinado, são várias as possibilidades. Entretanto, não se pode confundir essa complexidade com uma criatividade arbitrária e opaca. O julgador não pode escolher aleatoriamente um sentido. A construção do sentido constitucional deve ser transparente, pública, debatida.

A solução não parece estar na eleição de critérios rígidos e estáticos, pois a realidade e os desafios apresentados são dinâmicos e incapazes de serem contidos por esse tipo de fórmula. O que se defende é a exposição dos fundamentos que motivam a seleção em cada um dos momentos em que ela ocorre, é fundamental a apresentação das referências adotadas para a construção do sentido constitucional. Sem a exteriorização dos fundamentos da decisão, mais esse aspecto da seletividade da atuação social no controle de constitucionalidade fica prejudicado. A esse respeito, Lenio Luiz Streck esclarece:

Mais ainda, a fundamentação (justificação) da decisão, em face da mediação entre o geral e o particular (o todo e a parte e a parte e o todo) na tomada de decisões práticas (aqui reside a questão da moral, porque a Constituição agasalha em seu texto princípios que traduzem deontologicamente a promessa de uma vida boa, uma sociedade solidária, o resgate das promessas da modernidade etc.) faz com que nela – na fundamentação do compreendido – o intérprete (juiz) não possa impor um conteúdo moral atemporal ou a-histórico, porque o caso concreto representa a síntese do fenômeno hermenêutico-interpretativo. Em outras palavras, o espaço da adjudicação de “valores” a partir de discursos com pretensões corretivas já foi “ocupado” pelo legislador democrático, valendo, nesse particular, por todos, o acerto da tese habermasiana em demonstrar a co-originariedade entre direito e moral.

Por este princípio, é possível discutir a aplicação do direito a partir da historicidade de cada ato hermenêutico-interpretativo, isso porque o dever de fundamentar significa uma blindagem contra historicismos e a-historicidades. Com efeito, a historicidade da compreensão se apresenta como elemento fundamental do dever de fundamentação das decisões e, ao mesmo tempo, como pressuposto do princípio do direito fundamental a uma resposta constitucionalmente adequada. Afinal, é impossível estabelecer um “grau zero” a partir de onde se desencadeará o processo hermenêutico-compreensivo. Os sentidos que compreendemos e articulamos não são escolhidos arbitrariamente por nós mesmos. De alguma forma, sempre prestamos tributo à autoridade de algo que nos antecede e que, ao mesmo tempo, possibilita nossos projetos de sentido, permitindo, assim, que nos compreendamos uns aos outros e que compreendamos os textos que nos foram legados pela tradição. Esse, portanto, o sentido daquilo que *Gadamer*

descreve como consciência histórica efetual (*Wirkungsgeschichtliches Bewußtsein*).

Portanto, a historicidade da compreensão gera, para o intérprete-juiz, uma série de compromissos a serem cumpridos na fundamentação de sua decisão. Como o julgador não se apresenta como uma mônada isolada dos demais participantes de uma comunidade política e tampouco como um observador privilegiado capaz de acessar os significados universais – por mais difícil que seja a admissão dessa limitação hermenêutica –, é necessário que sua decisão explicita os vínculos que necessariamente ela mantém com a tradição ou, de outro modo, com a história da qual ela se compreende como efeito. Ao explicitar tais vínculos – que deverão manifestar a compreensão de um contexto composto de textos doutrinários, de precedentes, de leis e da compatibilidade destes para com a Constituição – aparecerão também os choques ou rupturas que a nova interpretação estabelecerá com relação à história que a possibilitou.²⁷⁵

Percebemos, portanto, que o processo de atribuição de sentido ao texto constitucional é resultado dos vínculos estabelecidos com determinadas perspectivas constitucionais. A análise das referências utilizadas para construir o conceito de “participação social no controle de constitucionalidade” é especialmente importante, pois a atuação das entidades representativas da sociedade nesses debates é uma inovação promovida pela Constituição Federal de 1988, altera a tradição então vigente de monopólio dos debates constitucionais em abstrato por parte do Poder Público.

Nesse contexto, é apresentado ao intérprete o dilema entre manter a tradição de restringir os debates ao Poder Público ou implementar a mudança prevista pela Constituição e receber as entidades da sociedade civil como legítimas intérpretes. Por isso é tão importante o acesso às referências utilizadas pelos julgadores durante a construção do sentido da participação social no controle de constitucionalidade.

Como visto, a prática decisória de utilização de “fórmulas vagas” como razão para a admissão ou não de contribuições da sociedade acaba por ocultar os fundamentos da seleção, o que impede a investigação das referências adotadas pelos julgadores naqueles casos. Entretanto, podemos vislumbrar vínculos dos quais decorreram alguns dos critérios seletivos analisados durante a dissertação.

Quando analisamos decisões relacionadas à interpretação e delimitação do conceito de “classe” previsto no art. 103, IX, da CF/88, verificamos que – no julgamento da ADI 42-0/DF – os ministros destacaram a sua pluralidade de significados e buscaram como referência

²⁷⁵ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica, constituição e processo, ou de “como discricionariedade não combina com democracia”*: o contraponto da resposta correta. In: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade e Felipe Daniel Amorim Machado (coord.). **Constituição e processo**: a contribuição do processo ao constitucionalismo democrático brasileiro. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 19/20. [grifo nosso].

o conceito adotado pela CLT. Nos termos do voto do Min. Sepúlveda Pertence, o Tribunal “tomou de empréstimo” as definições da CLT:

66. De fato. Na grande maioria das vezes, para definir *classe*, quando utilizada para adjetivar instituições sociais organizadas, se pode tomar de empréstimo, da Consolidação das Leis do Trabalho, o conceito legal de categoria profissional ou econômica, atribuído a Oliveira Viana [sic], apenas com o cuidado de desvesti-lo das conotações de artificialismo autoritário, que lhe pudessem ditar sua associação com o instituto, agora superado pela Constituição, do enquadramento sindical compulsório.

67. Assim, valendo-se, *mutatis mutandis*, das definições legais do art. 511, CLT, entidades de classe serão as associações cuja base social e cuja orientação finalística partam, ou (a) da pressuposta “solidariedade de interesses econômicos dos que empreendem atividades idênticas, similares ou conexas” (categoria econômica ou empresarial) ou do reconhecimento dos interesses comuns derivados (b) do exercício da mesma atividade profissional ou de profissões similares ou conexas ou ainda, finalmente, (c) do trabalho em comum, ainda que em profissões diversas, na mesma atividade econômica ou em atividades econômicas similares ou conexas.²⁷⁶

O conceito importado conferiu a “classe” o sentido de “categoria profissional ou econômica”. A partir dessa perspectiva, o STF – na ADI 894-3-MC/DF – não reconheceu a UNE como entidade de classe, pois os estudantes não representariam uma categoria profissional ou econômica, nos termos do entendimento adotado pelo Tribunal.

O Min. Néri da Silveira esclareceu que a interpretação de “classe” é restritiva, porque “não é apenas no sentido de segmento social que a Constituição, quando fala em entidade de classe de âmbito nacional, está se referindo, mas exatamente alude a Lei Magna a categorias, em que há sempre um conteúdo econômico em sua definição”.²⁷⁷ Ocorre que a Constituição não fez menção a “categorias”, tampouco a conteúdo econômico, foi a interpretação adotada que buscou o sentido de “classe” na CLT e atribuiu-lhe a concepção de categoria.

De fato, essa não foi a única vez em que a CLT foi mencionada para afastar a legitimidade de determinada entidade. No julgamento da ADI 433-6/DF, por exemplo, o STF negou a legitimidade da Federação Nacional das Associações de Servidores da Justiça do Trabalho e da Confederação Democrática dos Trabalhadores no Serviço Público Federal “porque não está organizada com a observância dos requisitos estabelecidos pela C.L.T.”.²⁷⁸

No julgamento da ADI 271-6/DF, o STF negou a legitimidade da Central Única dos Trabalhadores – CUT e, como fundamentação, foram apresentadas duas concepções

²⁷⁶ ADI 42-0/DF, Tribunal Pleno, 20 set. 1989. Voto do Min. Sepúlveda Pertence.

²⁷⁷ ADI 894-3-MC/DF, Tribunal Pleno, 18 nov. 1993. Voto do Min. Néri da Silveira.

²⁷⁸ ADI 433-6-MC/DF, Tribunal Pleno, 13 nov. 1991. Ementa.

extraídas da CLT: a CUT não foi considerada entidade de classe de âmbito nacional porque representaria “categorias profissionais diversas”, tampouco foi admitida como confederação sindical porque não se enquadraria nos requisitos estabelecidos nos artigos 533 e 535 da CLT.²⁷⁹

Na mesma oportunidade, o Min. Sepúlveda Pertence desvelou o conflito de referências que permeava a discussão. O ministro mostrou que aquele entendimento aplicava às entidades de classe – no caso, à CUT – regra de unicidade sindical, que deveria restringir-se a órgãos sindicais, uma vez que as associações civis seriam regidas pelo princípio da liberdade plena. Nesse sentido, o ministro defendeu outra perspectiva hermenêutica: a fidelidade às inspirações pluralistas e participacionistas do art. 103, IX, da Constituição.²⁸⁰

É possível identificar, portanto, o conflito entre referências à rígida estrutura sindical e, em contrapartida, à inspiração plural da Constituição.

De fato, o voto do Min. Sepúlveda Pertence – ao utilizar o conceito de classe atribuído a Oliveira Vianna – alertou para a necessidade de “desvesti-lo” de conotações autoritárias. Todavia, esse mesmo entendimento acerca da conceituação de classe resultou no afastamento de diversos setores sociais.

Durante o processo de atribuição de sentido ao conceito de “âmbito nacional”, o STF se deparou com o dilema entre admitir as entidades aptas a congregar integrantes de todos os Estados ou restringir a admissão às entidades que congregassem determinados integrantes previamente. No julgamento da ADI 386-1-ML/SP, o Tribunal optou por aplicar

²⁷⁹ A ementa dispõe: “EMENTA: - Ação direta de inconstitucionalidade. Central Única dos Trabalhadores (CUT). Falta de legitimação ativa. - Sendo a autora constituída por pessoas jurídicas de natureza vária, e que representam categorias profissionais diversas, não se enquadra ela na expressão ‘entidade de classe de âmbito nacional’, a que alude o artigo 103 da Constituição, contrapondo-se às confederações sindicais, porquanto não é uma entidade que congregue os integrantes de uma determinada atividade ou categoria profissional ou econômica, e que, portanto, represente, em âmbito nacional, uma classe. - Por outro lado, não é a autora – e nem ela própria se enquadra nesta qualificação – uma confederação sindical, tipo de associação sindical de grau superior devidamente previsto em lei (C.L.T. artigos 533 e 535), o qual ocupa o cimo da hierarquia de nossa estrutura sindical e ao qual inequivocamente alude a primeira parte do inciso IX do artigo 103 da Constituição. Ação direta de inconstitucionalidade que não se conhece por falta de legitimação da autora” (ADI 271-6/DF, Tribunal Pleno, 24 set. 1992. Ementa).

²⁸⁰ Nas palavras do ministro: “41. Não importa a existência de outras centrais sindicais, igualmente de âmbito nacional: a unicidade, que se impõe às entidades sindicais, por força de restrição constitucional explícita, não se pode estender às chamadas centrais sindicais, que são associações civis, de formação dominada pelo princípio, também constitucional, de liberdade plena. 42. Reputo irrelevante, de sua vez, que as entidades sindicais filiadas à CUT o sejam paralelamente – diretamente as federações, indiretamente os sindicatos –, a confederações nacionais: ao argumento, que, em substância, já viera à tona na ADIN nº 42-0, relativa à ABRASCA, opus, naquele precedente, as razões – aplicáveis, *mutatis mutandis*, à espécie – da minha convicção, que segue inabalada: que, para ser fiel às inspirações pluralistas e participacionistas do art. 103, IX, da Constituição, ao conceito de ‘entidade de classe de âmbito nacional’ é preciso emprestar toda a abrangência que ele comporte sem violência, de modo a estender a legitimação ao maior plexo possível de associações representativas de estrutura plural da sociedade. 43. Nesse quadro, não creio se possa fazer abstração da realidade e da representatividade das centrais sindicais” [grifo nosso] (ADI 271-6/DF, Tribunal Pleno, 5 fev. 1992. Voto do Min. Sepúlveda Pertence).

analogicamente às entidades de classe o critério de definição de “caráter nacional” previsto para os partidos políticos, de acordo com o qual o caráter nacional decorreria da quantidade de Estados em que a entidade possuísse integrantes.

A redação da Lei Orgânica dos Partidos Políticos de 1971 – Lei nº 5.681/71 – já previa como requisito para a organização do partido político que ele contasse inicialmente com eleitores distribuídos em um número mínimo de Estados.²⁸¹ Chama atenção, nesse caso, o fato de a referência haver sido importada para fundamentar uma interpretação mais restritiva da participação social no controle de constitucionalidade. A esse respeito, Gilmar Mendes questiona inclusive a juridicidade da “importação”, defendendo que apenas o legislador poderia fixar esse tipo de restrição:

O esforço que o Tribunal desenvolve para restringir o direito de propositura dessas entidades não o isenta de dificuldades, [...]

Relativamente à legitimação das “entidades de classe de âmbito nacional” e das “confederações sindicais”, é difícil admitir a juridicidade da exigência quanto à representação da entidade em pelo menos nove Estados da Federação, como resultado da aplicação analógica da Lei Orgânica dos Partidos Políticos.

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

Na ausência de disciplina constitucional ou legal expressa acerca dos critérios definidores do caráter nacional das entidades de classe, o STF optou por fixar idêntico parâmetro ao estabelecido na Lei dos Partidos Políticos no pertinente à legitimidade para a propositura de ADIn.²⁸²

Como visto, foi levantada a possibilidade de o Tribunal adotar uma leitura abrangente do conceito de entidade de classe de âmbito nacional, no entanto, o STF buscou na Lei Orgânica dos Partidos Políticos um critério mais restritivo. O Supremo Tribunal Federal aplicou às entidades de classe um requisito da organização dos partidos políticos.

Ocorre que se trata de entidades diferentes, com natureza diferente. As entidades de classe são regidas pela liberdade de organização, enquanto os partidos possuem uma lei que compila o seu regramento. Não se pode olvidar o anacronismo dessa importação, que acaba por impor às entidades de classe regras que não lhe são compatíveis.

²⁸¹ Dispõe o artigo 7º da Lei nº 5.681/71: “Art. 7º Só poderá pleitear sua organização, o Partido Político que conte, inicialmente, com 5% (cinco por cento) do eleitorado que haja votado na última eleição geral para a Câmara dos Deputados, distribuídos em 7 (sete) ou mais Estados, com o mínimo de 7% (sete por cento) em cada um deles”.

²⁸² MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição constitucional**: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 173.

Como esclarece Habermas, a sociedade atual está vinculada à idéia de liberdade, e não ao Estado ou à economia:

O atual significado da expressão “sociedade civil” não coincide com o da “sociedade burguesa”, da tradição liberal, que Hegel chegara a tematizar como “sistema de necessidades”, isto é, como sistema do trabalho social e do comércio de mercadorias numa economia de mercado. Hoje em dia, o termo “sociedade civil” não inclui mais a economia constituída através do direito privado e dirigida através do trabalho, do capital e dos mercados de bens, como ainda acontecia na época de Marx e do marxismo. O seu núcleo institucional é formado por associações e organizações livres, não estatais e não econômicas, as quais ancoram as estruturas de comunicação da esfera pública nos componentes sociais do mundo da vida. A sociedade civil compõe-se de movimentos, organizações e associações, os quais captam os ecos dos problemas sociais que ressoam nas esferas privadas, condensam-nos e os transmitem, a seguir, para a esfera pública política. O núcleo da sociedade civil forma uma espécie de associação que institucionaliza os discursos capazes de solucionar problemas, transformando-os em questões de interesse geral no quadro de esferas públicas.²⁸³

A aplicação de requisitos de organização de sindicatos, partidos políticos, etc., às entidades de classe não contraria a liberdade de organização da sociedade civil? Essas decisões não acabam por interferir nessa liberdade?

É possível vislumbrar que a construção do sentido da participação social nos debates constitucionais – mais especificamente da “sociedade” apta a participar – estabelece vínculos com uma realidade da qual se pretende afastar. Ao invés de privilegiar uma sociedade livre, plural, independente, permite a atuação apenas de entidades estatais ou econômicas, para utilizar os termos supracitados.

Esses questionamentos dizem respeito à importância das referências utilizadas na construção do sentido constitucional. Ao tempo em que “prestam homenagem às influências” do intérprete, as referências também estabelecem vínculos com a realidade que se pretende construir. Em um contexto de mudança, é importante refletir acerca das referências adotadas:

O presente não é outra coisa que não a distinção passado/futuro. Não é uma etapa temporal independente, mas tão somente aquele tempo de operação necessário para observar as distinções – seja qual for a sua perspectiva fática – nos horizontes do tempo do passado e do futuro. Se a memória só pode exercer a sua função no operar atual (ou seja, unicamente no presente), isso quer dizer que tem a ver com a distinção passado/futuro: que administra dita distinção e que de nenhuma maneira opera unilateralmente com referência ao passado. Por isso pode-se dizer também: a memória controla a resistência das operações do sistema contra as operações do sistema. Com suas provas de consistência, fixa o que ao sistema lhe parece como “realidade” (no

²⁸³ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: Entre facticidade e validade*. Trad. de Flávio Beno Siebeneichler. Vol. II. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 99. [grifo nosso].

sentido de “res”) depois de haver processado essa resistência interna auto-organizada. O qual, por sua vez, quer dizer: controlar a partir de qual realidade o sistema olha para o futuro. Pode-se imaginar isto de maneira mais precisa?²⁸⁴

As referências dizem respeito às bases sobre as quais se pretende construir o futuro, elas estão relacionadas à construção da realidade. Assim, se o contexto é de mudança, se se pretende construir uma nova realidade, também é preciso adotar novas referências.

Como a participação social no controle de constitucionalidade é fruto de uma inovação promovida pela Constituição Federal de 1988, a adoção de referências advindas de um outro contexto, autoritário e pouco participativo, acaba por embasar leituras também autoritárias e pouco participativas. Como visto, essas referências fundamentaram interpretações restritivas e excludentes.

Esses vínculos com o passado influenciam a leitura do novo e, com isso, retiram-lhe a “novidade”. Em meio a esse processo, a ruptura é subvertida em continuísmo e a mudança se perde.

Percebemos a dualidade de leituras da novidade da participação social no controle de constitucionalidade no seguinte debate travado no Supremo Tribunal Federal:

O SENHOR MINISTRO MOREIRA ALVES: A meu ver, não se pode dar interpretação extensiva a esse inciso IX, porque ele tem de ser interpretado em face dos anteriores, que mostram a preocupação em só dar legitimação ativa a autoridades ou órgãos com funções representativas de relevantes interesses sociais.

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE: Mas o item IX é que abriu, realmente, o sistema.

O SENHOR MINISTRO MOREIRA ALVES: Abriu em termos.

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE: O outro é uma perspectiva quase conservadora.²⁸⁵

Enquanto o Min. Sepúlveda Pertence destacou a inovação trazida pela Constituição Federal de 1988, o Min. Moreira Alves negou essa mudança, reconheceu-a apenas como uma abertura “em termos” e reafirmou a perspectiva antiga, de que somente autoridades e órgãos poderiam atuar nos debates constitucionais em abstrato. Trata-se de vínculos com realidades diferentes: uma inovadora e abrangente, outra continuísta e restritiva.

De fato, a perspectiva adotada pelo Min. Moreira Alves não se destina apenas à participação social no controle de constitucionalidade, e sim parece refletir a sua concepção acerca da própria Constituição Federal de 1988. Como visto, o ministro – então Presidente do

²⁸⁴ LUHMANN, Niklas. **La sociedad de la sociedad**. Trad. de Javier Torres Nafarrate. México: Herder e Universidad Iberoamericana, 2007, p. 459. [grifo nosso].

²⁸⁵ ADI 209-1-MC/DF, Tribunal Pleno, 02 mai. 1990. Voto do Min. Moreira Alves.

Supremo Tribunal Federal – ao pronunciar-se a respeito da convocação da Assembléia Nacional Constituinte, afirmou que aquele momento representava “o termo final do período de transição com que, sem ruptura constitucional, e por via de conciliação, se encerra o ciclo revolucionário”.²⁸⁶

Rupturas como a inclusão de novos atores nos debates constitucionais são permeadas de riscos e desafios para a sua implementação, “a Constituição é algo como uma possibilidade, uma porta aberta ou fechada. Ela não esgota uma luta, nem resolve cabalmente uma situação. Dá-nos ou não instrumentos para a mudança e o avanço. Temos a consagração no texto de formas participativas para o futuro. Várias jornadas estão apenas começando”.²⁸⁷

Menelick de Carvalho Netto e Cristiano Paixão alertam para os riscos enfrentados por essas mudanças. Os autores destacam que a falta de problematização e a aplicação irrefletida das antigas práticas sustentam o continuísmo do qual se pretendia afastar. “Desse modo é que de forma latente, elas [as antigas práticas] permanecem a nortear o imaginário da sociedade, quer por manifestações naturalizadas de puro irracionalismo, quer pela lembrança de um passado que se revela repentinamente idílico, confortante, feliz”.²⁸⁸

Foi possível perceber, ao longo do trabalho, traços das duas formas de continuísmo indicadas acima. Identificamos negativas à participação de entidades da sociedade justificadas apenas por “fórmulas vagas” de conveniência ou utilidade, também encontramos pronunciamentos que consideraram a atuação da sociedade “excepcional”, e não um direito. Trata-se de leituras que não reconhecem a mudança democrática promovida pela Constituição e consideram natural a sua minimização.

Grande parte dos critérios restritivos criados pelo Tribunal não apresentaram referências claras, a seletividade parece mais próxima de escolhas aleatórias. Porém, mesmo assim pudemos encontrar rastros que indicam referências importadas de antigos contextos, diferentes da democracia participativa instaurada com a Constituição Federal de 1988.

A “importação” de referências características de contextos autoritários – marcados especialmente pela idéia de que a Constituição se presta a atender o Estado, existe em prol do Estado –, além de indicar um “saudosismo” com aquela realidade, também aproximou a

²⁸⁶ BARBOSA, Leonardo A. de Andrade. **Mudança constitucional, autoritarismo e democracia no Brasil pós-1964**. Tese de Doutorado em Direito. Universidade de Brasília, 2009.

²⁸⁷ COELHO, João Gilberto Lucas. **A participação popular na Constituinte**. Revista de Cultura Vozes, Petrópolis, v. 82, n. 2, jul./dez. 1988, p. 19/20.

²⁸⁸ PAIXÃO, Cristiano e Menelick de Carvalho Netto. **Entre permanência e mudança: reflexões sobre o conceito de constituição**. In: MOLINARO, Carlos Alberto; Mariângela Guerreiro Milhoranza e Sérgio Gilberto Porto (Org.). *Constituição, jurisdição e processo – estudos em homenagem aos 55 anos da Revista Jurídica*. 1 ed. Sapucaia do Sul - RS: Notadez, 2007, v. 1, p. 97/109.

prática participativa daquele contexto com o qual a CF/88 se propôs a romper. À medida que as decisões buscam suas referências na realidade anterior – autoritária, pouco participativa, uníssona – e, a partir delas, impedem uma participação social ativa e plural, a mudança constitucional não se efetiva e prevalece o continuísmo das tomadas de decisão isoladas e do Poder Público como único intérprete constitucional.

O continuísmo parece ser o fio de narrativa por detrás dos indícios identificados pela pesquisa. A dificuldade – intencional ou não – em romper com o modelo anterior, com os seus pressupostos e fundamentos, perpassa os discursos restritivos investigados.

O sentido da participação social no controle de constitucionalidade ainda está em construção ou, para utilizar uma expressão de Marcelo Cattoni: “ainda está por ser escrito”.

[...] o Direito Constitucional, como Direito moderno, refoge às tentativas últimas de colonização e de corrupção do seu código, revelando exatamente aquilo que se pretende encobrir e relegar ao esquecimento: o Direito, a Constituição é garantia e não um mero instrumento de dominação; como tal, é “inapropriável”, não pode ser ocupado definitivamente por quem quer que seja, havendo sempre um limite intrínseco ao uso simbólico da Constituição e do constitucionalismo democrático como um mero simulacro.

[...] E essa é, com certeza, uma questão que perpassa, profunda e longitudinalmente, a construção permanente da nossa identidade constitucional, para a qual a teoria jurídica reflexiva e criticamente vinculada à práxis institucional deve contribuir para cidadania em geral, mobilizando a sociedade aberta de intérpretes da Constituição, quer por meio do público especializado ou não: afinal, quem somos nós? Qual é a representação que temos de nós mesmos enquanto povo de cidadãos?²⁸⁹

Para efetivar a mudança promovida pela Constituição e conferir à participação social no controle de constitucionalidade um sentido democrático, é preciso que as referências adotadas nesse processo sejam condizentes com a realidade que se pretende implementar: devem ser outras referências, outros vínculos, para que se construa outra realidade.

²⁸⁹ CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. A súmula vinculante n. 4 do STF e o “desvio” hermenêutico do TST: notas programáticas sobre a chamada “nova configuração” da jurisdição constitucional brasileira nos vinte anos da Constituição da República. In: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade e Felipe Daniel Amorim Machado (coord.). **Constituição e processo:** a contribuição do processo ao constitucionalismo democrático brasileiro. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 46. [grifo nosso].

Referências

- AGUIAR, Roberto A. R. de. Notícias-Constituintes: avaliação de um instrumento transformador. *In: CONFEDERAÇÃO NACIONAL DOS BISPOS DO BRASIL. **Participação popular e cidadania: a Igreja no processo constituinte.** São Paulo: Ed. Paulinas, 1990;*
- ALMINO, João. **O povo inventando o povo?** Revista Humanidades, Brasília, ano III, nov./jan. 1986/1987;
- BARBI, Celso Agrícola. **Evolução do controle da constitucionalidade das leis no Brasil.** *In: Revista de Direito da Procuradoria Geral, Estado da Guanabara, n° 18, 1968;*
- BARBOSA, Joaquim. STF amplia participação no debate público. **Folha de S.Paulo**, São Paulo, 10 ago. 2008. Disponível em <http://www1.folha.uol.com.br/fsp/brasil/fc1008200812.htm> Acesso em 28 ago. 2008;
- BARBOSA, Leonardo A. de Andrade. **Mudança constitucional, autoritarismo e democracia no Brasil pós-1964.** Tese de Doutorado em Direito. Universidade de Brasília, 2009;
- BARBOSA, Leonardo A. de Andrade e Cristiano Paixão. Cidadania, democracia e constituição: o processo de convocação da Assembléia Nacional Constituinte de 1987-1988. *In: PEREIRA, Flávio Henrique Unes e Maria Tereza Fonseca Dias. **Cidadania e Inclusão Social:** Estudos em homenagem à Professora Miracy Barbosa de Sousa Gustin.* Belo Horizonte: Fórum, 2008;
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional.** São Paulo: Malheiros, 2002;
- BRASIL. **Assembléia Nacional Constituinte.** Diário. Ano I – n° 146. Brasília: Senado Federal, 1987;

BRASIL. **Assembléia Nacional Constituinte**. Comissão de Sistematização. Destaque nº 2621-87 – Emenda nº 1P-19743-1, do Sr. Nelton Friedrich;

BRASIL. **Assembléia Nacional Constituinte**. Comissão de Sistematização. Destaque nº 1616-87 – Emenda nº ES-31652, do Sr. Aluízio Campos;

BRITTO, Carlos Ayres. Ministro Carlos Ayres Britto concede entrevista a jornalistas após primeira rodada de palestras. **Supremo Tribunal Federal**, Brasília, 20 abr. 2007. Disponível em <http://www.stf.gov.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=69682&caixaBusca=N>> Acesso em 28 ago. 2008.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Amicus curiae no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático**. São Paulo: Saraiva, 2006;

CAMPILONGO, Celso Fernandes. A função política do Supremo Tribunal Federal. *In: O direito na sociedade complexa*. São Paulo: Max Limonad, 2000;

CAMPILONGO, Celso. “Aos que não vêem que não vêem aquilo que não vêem”: sobre fantasmas vivos e a observação do direito como sistema diferenciado” *In: DE GIORGI, Raffale. Direito, Tempo e Memória*. Trad. de Guilherme Leite Gonçalves. São Paulo: Quartier Latin, 2006;

CAMPILONGO, Celso. Direitos Fundamentais e Poder Judiciário. *In: O direito na sociedade complexa*. São Paulo: Max Limonad, 2000;

CANOTILHO, J. J. Gomes. Jurisdição constitucional e intranquilidade discursiva. *In: MIRANDA, Jorge (Org.). Perspectivas constitucionais: nos 20 anos da Constituição de 1976*. Coimbra: Coimbra Editora, 1996. v. I;

CARVALHO NETTO, Menelick de. Apresentação. *In: ROSENFELD, Michel. A identidade do sujeito constitucional*. Trad. de Menelick de Carvalho Netto. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003;

CARVALHO NETTO, Menelick de. **A contribuição do direito administrativo enfocada da ótica do administrado para uma reflexão acerca dos fundamentos do controle de constitucionalidade das leis no Brasil.** Fórum administrativo. Ano I. n° 1. Belo Horizonte: Fórum, março de 2001;

CARVALHO NETTO, Menelick de. A hermenêutica constitucional sob o paradigma do Estado Democrático de Direito. *In: Notícia do direito brasileiro.* Nova série, n° 6. Brasília: Ed. UnB, 2° semestre de 1998;

CASTRO, Marcus Faro de. **O Supremo Tribunal Federal e a judicialização da política.** Revista Brasileira de Ciências Sociais, v. 12, n° 34, junho/1997;

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. A súmula vinculante n. 4 do STF e o “desvio” hermenêutico do TST: notas programáticas sobre a chamada “nova configuração” da jurisdição constitucional brasileira nos vinte anos da Constituição da República. *In: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade e Felipe Daniel Amorim Machado (coord.). Constituição e processo: a contribuição do processo ao constitucionalismo democrático brasileiro.* Belo Horizonte: Del Rey, 2009;

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. **Devido processo legislativo:** uma justificação democrática do controle jurisdicional de constitucionalidade das leis e do processo legislativo. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000;

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. Devido processo legislativo e controle jurisdicional de constitucionalidade no Brasil. *In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Org.). Jurisdição constitucional e direitos fundamentais.* Belo Horizonte: Del Rey, 2003;

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. **Direito Constitucional.** Belo Horizonte: Mandamentos, 2002;

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. **Uma justificação democrático-radical da jurisdição constitucional brasileira e a inconstitucionalidade da lei federal n° 9.868/99.** Belo Horizonte, 2001 [manuscrito];

COELHO, João Gilberto Lucas. **A participação popular na Constituinte**. Revista de Cultura Vozes, Petrópolis, v. 82, n. 2, jul./dez. 1988;

COELHO, João Gilberto Lucas e Antonio Carlos Nantes de Oliveira. **A nova Constituição: avaliação do texto e perfil dos constituintes**. Rio de Janeiro: Revan, 1989;

COMPARATO, Fábio Konder. **Muda Brasil!** Uma Constituição para o desenvolvimento democrático. São Paulo: Brasiliense, 1986;

CORSI, Giancarlo. Inclusión/exclusión. *In*: CORSI, Giancarlo; Elena Esposito e Claudio Baraldi. **GLU: Glosario sobre la teoría social de Niklas Luhmann**. Trad. de Miguel Romero Pérez e Carlos Villalobos. Guadalajara: Universidad Iberoamericana, 1996;

CORSI, Giancarlo. **Sociologia da Constituição**. Trad. de Juliana N. Magalhães. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Nº 39. Belo Horizonte: UFMG, janeiro-junho de 2001;

DE GIORGI, Raffaele. O Deus com barba e o Deus sem barba. *In*: **Direito, Tempo e Memória**. Trad. de Guilherme Leite Gonçalves. São Paulo: Quartier Latin, 2006;

DE GIORGI, Raffaele. Roma como memória da evolução. *In*: **Direito, Tempo e Memória**. Trad. de Guilherme Leite Gonçalves. São Paulo: Quartier Latin, 2006;

DIAZ BORDENAVE, Juan E. **O que é participação**. 8ª ed. São Paulo: Brasiliense, 1994 – (Coleção primeiros passos; 95);

E agora, STF? Supremo ocupa espaço político e se torna mais vulnerável às críticas da sociedade. **Isto é**, Edição 2.023, 11 ago. 2008. Disponível em <http://www.terra.com.br/istoe/edicoes/2023/artigo98374-1.htm> Acesso em 13 jan. 2009;

Estatísticas do STF. Disponível em

<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=adi>

Acesso em 12 fev. 2009;

FACHIN, Luiz Edson. Defesa da Constituição, Cortes Supremas e Estado Social democrático.

In: Constituição e Democracia. Brasília, nº 7, ano I, setembro de 2006;

FAUSTO, Boris. **O pensamento nacionalista autoritário (1920-1940)**. Rio de Janeiro: Jorge

Zahar Editor, 2001;

GINZBURG, Carlo. Estranhamento: Pré-história de um procedimento literário. *In: Olhos de*

madeira: nove reflexões sobre a distância. Trad. de Eduardo Brandão. São Paulo: Companhia das Letras, 2001;

GINZBURG, Carlo. Prefácio à Edição Italiana. *In: O queijo e os vermes*: o cotidiano e as

idéias de um moleiro perseguido pela Inquisição. Trad. de Maria Betânia Amoroso. São Paulo: Companhia das Letras, 2006;

GINZBURG, Carlo. Sinais: raízes de um paradigma indiciário. *In: Mitos, emblemas, sinais*:

morfologia e história. Trad. de Federico Carotti. São Paulo: Companhia das Letras, 1989;

GINZBURG, Carlo. Tolerância e Comércio – Auerbach lê Voltaire. *In: O fio e os rastros*:

verdadeiro, falso, fictício. Trad. de Rosa Freire d’Aguiar e Eduardo Brandão. São Paulo: Companhia das Letras, 2007;

Grande Dicionário Etimológico-Prosódico da Língua Portuguesa, por Francisco da Silveira Bueno. Santos: Editora Brasília Limitada, 1974. v. 6;

GRIMM, Dieter. **Jurisdição constitucional e democracia**. *In: RDE – Revista de Direito do*

Estado. Ano 1, nº 4. out/dez 2006, Trad. de Bianca S. Fernandes;

GUIMARÃES, Guilherme F. A. Cintra. **O uso criativo dos paradoxos do direito na**

aplicação de princípios constitucionais: abertura, pragmatismo e autoritarismo na jurisdição constitucional brasileira. Dissertação de Mestrado em Direito. Universidade de Brasília, 2007;

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional**: a sociedade aberta dos intérpretes da

Constituição. Trad. de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1997;

HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro**. Trad. de George Sperber. 2ª Ed. São Paulo: Edições Loyola, 2004;

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**: Entre facticidade e validade. Trad. de Flávio Beno Siebeneichler. v. I e II. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997;

LISBÔA, Aline; Guilherme C. Guimarães; Paulo Maia e Tahinah Albuquerque. **Jurisdição constitucional e concentração do acesso à justiça**: “a voz que vem de cima”. In: Dossiê Justiça – uma proposta de observação da relação entre Constituição e Democracia no Brasil. Universidade de Brasília e Universidade Federal do Rio de Janeiro. Projeto Pensando o Direito da Secretaria de Assuntos Legislativos. Brasília, 2008;

LUHMANN, Niklas. A Constituição como Aquisição Evolutiva. Trad. de Menelick de Carvalho Netto (para fins acadêmicos). In: ZAGREBELSKY, Gustavo, PORTINARO, Píer Paolo, LUTHER, Jörg. **Il Futuro della Costituzione**. Torino: Einaudi, 1996;

LUHMANN, Niklas. **El derecho de la sociedad**. Trad. de Javier Torres Nafarrate. México: Herder e Universidad Iberoamericana, 2006;

LUHMANN, Niklas. **La sociedad de la sociedad**. Trad. de Javier Torres Nafarrate. México: Herder e Universidad Iberoamericana, 2007;

LUHMANN, Niklas. Participación y legitimación: ideas y experiencias. In: SANJUÁN, Teresa Freixes *et al.* **La participación** – Anuari de la Facultat de Dret. Universidad de Barcelona;

MEDINA, Damares. **Amigo da Corte ou amigo da parte?** *Amicus curiae* no Supremo Tribunal Federal. Dissertação de Mestrado em Direito. Instituto Brasiliense de Direito Público, 2008;

MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição constitucional**: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha. São Paulo: Saraiva, 2005;

Ministra reconhece importância da discussão sobre importação dos pneus pela sociedade. Supremo Tribunal Federal, Brasília, 27 jun. 2008. Disponível em

<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=92399&caixaBusca=N>

Acesso em 14 jan. 2009;

Ministro Ayres Britto defende a realização de audiência pública no Judiciário. Supremo Tribunal Federal, Brasília, 27 jun. 2008. Disponível em

<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=92427&caixaBusca=N>

Acesso em 14 jan. 2009;

Ministro Carlos Ayres Britto concede entrevista a jornalistas após primeira rodada de palestras. Supremo Tribunal Federal, Brasília, 20 abr. 2007. Disponível em

<<http://www.stf.gov.br/noticias/imprensa/ultimas/ler.asp?CODIGO=229726&tip=UN¶m=biosseguranca>> Acesso em 20 abr. 2007;

Ministro Marco Aurélio prevê que ADPF sobre anencefalia deve ser julgada até novembro. Supremo Tribunal Federal, Brasília, 26 ago. 2008. Disponível em

<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=94998&caixaBusca=N>

Acesso em 14 jan. 2009;

MOUFFE, Chantal. **Pensando a democracia moderna com e contra Carl Schmitt.** Trad. de Menelick de Carvalho Netto. Caderno da Escola Legislativa, Belo Horizonte, 1(2): 9-20, Jul/Dez. 1994;

Novíssimo Dicionário Latino-Português, por F. R. dos Santos Saraiva. Rio de Janeiro: Garnier, 2000;

OLIVEIRA, Mariana Siqueira de Carvalho. **Por uma construção democrática do direito à saúde:** a Constituição Federal, os instrumentos de participação social e a experiência do Conselho Nacional de Saúde. Dissertação de Mestrado em Direito. Universidade de Brasília, 2005;

PAIXÃO, Cristiano e Menelick de Carvalho Netto. **Entre permanência e mudança:** reflexões sobre o conceito de constituição. *In:* MOLINARO, Carlos Alberto; Mariângela

Guerreiro Milhoranza e Sérgio Gilberto Porto (Org.). Constituição, jurisdição e processo – estudos em homenagem aos 55 anos da Revista Jurídica. 1 ed. Sapucaia do Sul - RS: Notadez, 2007, v. 1;

PAIXÃO, Cristiano e Renato Bigliuzzi. **História constitucional inglesa e norte-americana: do surgimento à estabilização da forma constitucional.** Brasília: Universidade de Brasília, Finatec, 2008;

Parlamentares discutem importação de pneus recauchutados com a presidente do Supremo. Supremo Tribunal Federal, Brasília, 23 out. 2007. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=75107&caixaBusca=N>
Acesso em 20 jan. 2009;

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Ministra reconhece importância da discussão sobre importação dos pneus pela sociedade. **Supremo Tribunal Federal**, Brasília, 27 jun. 2008. Disponível em <http://www.stf.gov.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=92399>
Acesso em 02 set. 2008;

ROSENFELD, Michel. **A identidade do sujeito constitucional.** Trad. de Menelick de Carvalho Netto. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003;

SADEK, Maria Tereza (Org.). **Acesso à justiça.** São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, 2001. Série Pesquisas nº 23;

SOUSA JÚNIOR, José Geraldo de. **Ser constituinte.** Revista Humanidades, Brasília, ano III, nov./jan. 1986/1987;

SOUSA JÚNIOR, José Geraldo de. Soberania e direitos: processos sociais novos? *In:* BASTOS, Vânia L. e Tânia M. Costa. **Constituinte:** temas em análise (Caderno CEAC/UnB, ano 1, n. 1). Brasília: Universidade de Brasília, s/a;

SOUSA JÚNIOR, José Geraldo de. Triste do Poder que não pode. *In*: BASTOS, Vânia L. e Tânia M. Costa. **Constituinte: temas em análise** (Caderno CEAC/UnB, ano 1, n. 1). Brasília: Universidade de Brasília, s/a;

STF amplia participação no debate público. Folha de S.Paulo, São Paulo, 10 ago. 2008. Disponível em <http://www1.folha.uol.com.br/fsp/brasil/fc1008200812.htm>
Acesso em 28 ago. 2008;

STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica, constituição e processo, ou de “como discricionariedade não combina com democracia”: o contraponto da resposta correta. *In*: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade e Felipe Daniel Amorim Machado (coord.). **Constituição e processo: a contribuição do processo ao constitucionalismo democrático brasileiro.** Belo Horizonte: Del Rey, 2009;

Supremo aprova manifestação de “amicus curiae” em julgamento de ADI. Supremo Tribunal Federal, Brasília, 26 nov. 2003, Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=61765&caixaBusca=N>
Acesso em 10 jan. 2009;

TV Justiça exhibe programa Fórum sobre a Lei de Biossegurança. Supremo Tribunal Federal, Brasília, 17 abr. 2007. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=69626&caixaBusca=N>
Acesso em 14 jan. 2009;

VIANNA, Luiz Werneck *et al.* **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil.** Rio de Janeiro: Revan, setembro de 1999;

XIMENES, Julia Maurmann. **O cenário sócio-político do Supremo Tribunal Federal na transição democrática** – dinâmica de interesses. Tese de Doutorado em Sociologia. Universidade de Brasília, 2007.

Decisões do Supremo Tribunal Federal e petições relacionadas

ABRASSUCOS, Petição de 31 out. 1990. ADI 386-1-ML/SP;

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 3-9/DF, Tribunal Pleno, 07 fev. 1992;

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 17-9-MC/DF, Tribunal Pleno, 11 mar. 1991;

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 37-3-MC/DF, Tribunal Pleno, 12 abr. 1989;

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 42-0/DF, Tribunal Pleno, 30 ago. 1989 e 20 set. 1989;

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 61-6, Tribunal Pleno, 29 ago. 1990;

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 79-9-QO/DF, Tribunal Pleno, 13 abr. 1992;

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 90-0/DF, Tribunal Pleno, 02 out. 1997;

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 108-6-QO/DF, Tribunal Pleno, 13 abr. 1992;

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 138-8/RJ, Tribunal Pleno, 14 fev. 1990;

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 146-9-ML/RS, Tribunal Pleno, 24 set. 1990;

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 159-1/PA, Tribunal Pleno, 16 out. 1992;

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 209-1-MC/DF, Tribunal Pleno, 02 mai. 1990;

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 271-6/DF, Tribunal Pleno, 05 fev. 1992 e 24 set. 1992;

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 305-4/RN, Tribunal Pleno, 22 mai. 1991;

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 360-7-MC/DF, Tribunal Pleno, 21 set. 1990;

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 386-1-ML/SP, Tribunal Pleno, 07 nov. 1990 e 04 abr. 1991;

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 433-6-MC/DF, Tribunal Pleno, 13 nov. 1991;

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 488-3-MC/DF, Tribunal Pleno, 26 abr. 1991;

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 501-4-QO/DF, Tribunal Pleno, 15 mai. 1991;

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 526-0-MC/DF, Tribunal Pleno, 12 dez. 1991;

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 530-8-MC/DF, Tribunal Pleno, 20 set. 1991;

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 591-0-MC/DF, Tribunal Pleno, 25 out. 1991;

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 809-9/DF, Tribunal Pleno, 03 dez. 1992;

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 846-3/MS, Tribunal Pleno, 08 set. 1993;

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 894-3-MC/DF, Tribunal Pleno, 25 jun. 1993 e 18 nov. 1993;

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 902-8-MC/SP, Tribunal Pleno, 03 mar. 1994;

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 928-1/DF, Tribunal Pleno, 1º set. 1993;

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 974-5/RJ, Tribunal Pleno, 1º fev. 1994 e 1º abr. 1994;

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 1.090-5/DF, Tribunal Pleno, 05 ago. 1994;

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 1.096-4/RS, Tribunal Pleno, 16 mar. 1995;

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 1.114-6/DF, Tribunal Pleno, 31 ago. 1994;

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 1.114-0-ED/DF, Tribunal Pleno, 21 out. 1994;

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 1.254-1/RJ, Tribunal Pleno, 14 ago. 1996;

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 1.297-5/DF, Tribunal Pleno, 27 set. 1995;

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 1.365-3/MG, Tribunal Pleno, 06 dez. 1995;

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 1.442-1/DF, Tribunal Pleno, 03 nov. 2004;

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 1.486-2-ML/DF, Tribunal Pleno, 12 set. 1996;

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 1.636-9/DF, Tribunal Pleno, 06 ago. 1997;

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 1.637-7/DF, Tribunal Pleno, 06 ago. 1997;

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 1.869-1-MC/PE, Tribunal Pleno, 02 set. 1998;

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 1.969-4/DF, Tribunal Pleno, 28 jun. 2007;

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 2.321-7-MC/DF, Tribunal Pleno, 25 out. 2000;

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 2.548-1/PR, Decisão monocrática do Min. Gilmar Mendes, 18 out. 2005;

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 2.713-1/DF, Tribunal Pleno, 18 dez. 2002;

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 2.777-QO/SP, Tribunal Pleno, 26 nov. 2003;

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 2.791-3-ED/PR, Decisão monocrática do Min. Gilmar Mendes, 1º fev. 2008;

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 2.866-9-MC/RN, Tribunal Pleno, 25 set. 2003;

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 2.902/SP, Decisão monocrática do Min. Carlos Veloso, 26 set. 2003 e 02 nov. 2004;

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 2.982-ED/CE, Tribunal Pleno, 02 ago. 2006;

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 3.059-1/RS, Tribunal Pleno, 15 abr. 2004;

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 3.153-MC/DF, Decisão monocrática do Min. Celso de Mello, 30 mar. 2004;

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 3.153-8-AgR/DF, Tribunal Pleno, 05 mai. 2004 e 12 ago. 2004;

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 3.421/PR, Decisão monocrática do Min. Marco Aurélio, 27 set. 2005 e 14 out. 2005;

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 3.472-3-MC/DF, Tribunal Pleno, 28 abr. 2005;

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 3.494/GO, Decisão monocrática do Min. Gilmar Mendes, 22 fev. 2006;

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 3.510/DF, Decisão monocrática do Min. Carlos Britto, 19 dez. 2006;

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 3.510/DF, Tribunal Pleno, 05 mar. 2008 e 29 mai. 2008;

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 3.599/DF, Decisão monocrática do Min. Gilmar Mendes, 08 nov. 2005;

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 3.620/DF, Decisão monocrática do Min. Marco Aurélio, 12 jun. 2007;

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI-O 3.682/MT, Tribunal Pleno, 09 mai. 2007;

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 3.906-7-AgR/DF, Tribunal Pleno, 07 ago. 2008;

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 4.057/DF, Decisão monocrática do Min. Ricardo Lewandowski, 26 mar. 2008;

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 4.064/DF. Decisão monocrática do Min. Celso de Mello, 02 abr. 2008;

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 33-5/PA, Decisão monocrática do Min. Gilmar Mendes, 24 ago. 2004;

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 33-5/PA, Tribunal Pleno, 07 dez. 2005;

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 54/DF, Decisão monocrática do Min. Marco Aurélio, 24 jun. 2004, 03 ago. 2004, 28 set. 2004 e 31 jul. 2008;

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 54-MC/DF, Tribunal Pleno, 20 out. 2004;

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 54-QO/DF, Tribunal Pleno, 20 out. 2004 e 27 abr. 2005;

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 77-7, Despacho do Min. Sepúlveda Pertence, 30 set. 2005 e Decisão monocrática do Min. Menezes Direito, 28 abr. 2008;

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 101/DF, Decisão monocrática da Min. Cármen Lúcia, 09 jun. 2008;

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 82.424-2/RS, Tribunal Pleno, 09 abr. 2003;

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 82.959/SP, Decisão monocrática do Min. Marco Aurélio, 04 mar. 2006;

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MS 26.552-AgR/DF, Decisão monocrática Min. Celso de Mello, 16 mai. 2007;

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MS 27.242/DF, Decisão monocrática do Min. Carlos Britto, 02 mai. 2008;

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Rec. 849/DF, Tribunal Pleno, 10 mar. 1971;

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 153.531-8/SC, Tribunal Pleno, 03 jun. 1997;

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 416.827-8/SC, Tribunal Pleno, 08 fev. 2002;

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 416.827-8-QO/SC, Tribunal Pleno, 21 set. 2005;

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 565.714-1/SP, Decisão monocrática da Min. Cármen Lúcia, 23 abr. 2008;

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. SS 3.273-AgR-segundo/RJ, Tribunal Pleno, 16 abr. 2008;

FEBRABAN. Pet. 141.415, FEBRABAN, 02 dez. 2005. ADPF 77-7/DF;

FENACA. AgR na ADI 3.153-8-MC/DF, 15 abr. 2004.