

**UNIVERSIDADE FEDERAL DA PARAÍBA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM CIÊNCIAS JURÍDICAS**

EDHYLA CAROLLINY VIEIRA VASCONCELOS ABOBOREIRA

**JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E CIDADANIA: A ATUAÇÃO DAS
ORGANIZAÇÕES NÃO-GOVERNAMENTAIS DE DIREITOS
HUMANOS NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

**JOÃO PESSOA-PB
2013**

EDHYLA CAROLLINY VIEIRA VASCONCELOS ABOBOREIRA

**JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E CIDADANIA: A ATUAÇÃO DAS
ORGANIZAÇÕES NÃO-GOVERNAMENTAIS DE DIREITOS
HUMANOS NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas, do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba, como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Ciências Jurídicas.

Área de Concentração: Direitos Humanos.

Orientador: Prof. Dr. Fredys Orlando Sorto

**JOÃO PESSOA-PB
2013**

EDHYLA CAROLLINY VIEIRA VASCONCELOS ABOBOREIRA

**JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E CIDADANIA: A ATUAÇÃO DAS
ORGANIZAÇÕES NÃO-GOVERNAMENTAIS DE DIREITOS
HUMANOS NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Fredys Orlando Sorto
Orientador

Prof. Dr. Bruno César Machado Torres Galindo
Membro Externo (UFPE – CCJ)

Prof^ª. Dr^ª. Renata Ribeiro Rolim
Membro Interno (UFPB – CCJ)

Prof. Dr. Gustavo Barbosa de Mesquita Batista
Membro Interno (UFPB – CCJ)

*Ao meu amado,
Pablo Raoni;
Aos meus pais, minha base,
Edenilson Aboboreira e Lucyene Aboboreira.*

AGRADECIMENTOS

Chegar à conclusão de um ciclo acadêmico não significa apenas produção intelectual acompanhada de mais um título acrescido ao currículo. Concluir o Mestrado, ao longo destes dois anos, representa crescimento da alma e do espírito, permeado pelas profundas leituras oportunizadas por excelentes Docentes e pelos maravilhosos colegas e amigos angariados nesse caminho, cujo relacionamento construtivo e dialógico possibilitou a *aquisição* de conhecimento e sabedoria. Sendo assim, muito há pelo que ser grata.

Agradeço a Deus, por ter me fortalecido nos momentos difíceis, sendo meu repouso e meu castelo forte.

Ao meu amado, incentivador e sempre presente, Pablo Raoni Vasconcelos. Seu amor, sua ternura, suas palavras e o seu braço são grandes responsáveis pelo meu êxito como pesquisadora, profissional do Direito e mulher.

Aos meus queridos pais, Edenilson Aboboreira e Lucyene Aboboreira, e ao meu irmão, Édipo Aboboreira, por me ensinarem em família, desde cedo, o quão valorosa é a busca pelo conhecimento e a infinitude de bênçãos que ele pode trazer para quem o adquire de forma serena e com humildade. Obrigada por, mesmo longe, se fazerem presentes em todas as minhas conquistas.

Ao meu prezado orientador, Prof. Dr. Fredys Orlando Sorto, com quem pude, além do aprendizado acadêmico, obter lições sobre a vida. Sua vocação para o ensino é de notória percepção, pois, como os grandes e verdadeiros mestres, leciona com palavras e atitudes, sendo exemplo a ser seguido por uma nova geração tão carente de bons referenciais.

Aos meus tão caros amigos e amigas de jornada, especialmente, Johama Cristina Almeida, Monique Ximenes, Terlúcia Silva e Gilmara Joane, verdadeiras pérolas que guardarei entre os meus mais notáveis tesouros.

Não posso deixar de agradecer ao Professor José Barreto, que contribuiu de forma substancial para este trabalho, sendo ele o responsável por toda a correção do uso escorreito da língua materna.

A todos os familiares, amigos e amigas, baianos e paraibanos, que acompanham a minha trajetória, o meu agradecimento por torcerem pelo meu sucesso pessoal e profissional.

Por fim, agradeço ao Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba, a todo o seu corpo docente e aos seus funcionários, desde as secretárias aos auxiliares de serviços gerais. Muito obrigada!

RESUMO

A Jurisdição Constitucional ou controle de constitucionalidade das normas é modelo especial de atuação jurisdicional do Poder Público, desenvolvida a partir da noção de Estado Democrático de Direito. No Brasil, a guarda da Constituição é competência do Poder Judiciário, especialmente, ao Supremo Tribunal Federal. Este, após a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e o alargamento das garantias constitucionais, tem sido cada vez mais acionado para se manifestar a respeito do conteúdo e interpretação constitucional de direitos humanos. Diante dessa intensa atuação da Suprema Corte brasileira, organizações não-governamentais de direitos humanos tem desenvolvido, junto ao Supremo Tribunal Federal, o litígio estratégico, trazendo a pauta discursiva da implementação dos direitos humanos para o interior do Poder Judiciário. Assim, este trabalho tem como objetivo diagnosticar as implicações que a participação das organizações não-governamentais de direitos humanos, no processo constitucional brasileiro, gera na construção jurisprudencial do conteúdo de direitos humanos fundamentais e sua proteção no âmbito da cidadania democrática. A fim de atingir tal escopo, são estudados os casos presentes na ADI nº. 3.510/DF, na ADPF nº. 54/DF, na ADI nº. 4.277/DF e na ADPF nº. 132/DF, em cuja análise são utilizados os métodos dialético e hermenêutico. Estuda-se a construção do paradigma hermenêutico da sociedade aberta dos intérpretes da Constituição na Jurisdição Constitucional brasileira. Examina-se como se dá a participação das organizações não-governamentais de direitos humanos no Supremo Tribunal Federal e, por fim, verifica-se em que medida a atuação judicial dessas entidades interfere na interpretação e proteção contramajoritária dos direitos fundamentais. Os resultados da pesquisa apontam para o fortalecimento da democracia participativa pós-1988, no Brasil; demonstram o momento de transição por que passam a hermenêutica constitucional e a técnica da decisão judicial no País; ao passo que evidenciam uma maior interface entre o ordenamento jurídico local e o Direito Internacional Público dos Direitos Humanos.

Palavras-chave: Jurisdição constitucional. Hermenêutica. Direitos humanos.

ABSTRACT

The Constitutional Jurisdiction or constitutional control of legislation is a special type of court action from the Government, developed from the notion of a democratic state. In Brazil, safeguarding the Constitution is the responsibility of the Judiciary, especially the Supreme Court, which, after the promulgation of the Constitution of the Federative Republic of Brazil in 1988 and the extension of constitutional guarantees, has been increasingly put in action to speak out regarding the content and the constitutional interpretation of human rights. Given this intense performance of the Brazilian Supreme Court, human rights non-governmental organizations have developed, along with the Supreme Court, the strategic litigation, bringing the discursive agenda of implementation of human rights into the judiciary. Thus, this study aims at diagnosing the implications that the participation of human rights non-governmental organizations, in the context of Brazilian constitutional process, generates regarding the jurisprudential construction of the content of fundamental human rights and their protection under democratic citizenship. In order to achieve such a scope, there have conducted studies on the cases which are present in the Direct Action of Unconstitutionality (referred to in Portuguese as ADI) no. 3.510/DF, in the Allegation of Disobedience of Fundamental Precept (referred to in Portuguese as ADPF) no. 54/DF, in ADI no. 4.277/DF and ADPF no. 132/DF, by means of dialectical and hermeneutical methods so as to analyze them. The focus is on the construction of the hermeneutic paradigm of open community of constitution interpreters in the Brazilian Constitutional Jurisdiction. This work examines how the participation of human rights non-governmental organizations in the Supreme Court takes place and, finally, the extent to which judicial action in these entities interferes with both counter-majoritarian interpretation and protection of fundamental rights. The results obtained in this research indicate the strengthening of participatory democracy post-1988 in Brazil; demonstrate the transition moment experienced by the constitutional hermeneutics and the technique of ruling in the country; whilst show a greater interface between the local legal system and the Public International Law of Human Rights.

Keywords: Constitutional Jurisdiction. Hermeneutics. Human rights.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ABGLT – Associação Brasileira de Gays, Lésbicas e Transexuais.

ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade.

ADPF – Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental.

ANIS – Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero.

ART – Artigo.

CDH – Centro de Direitos Humanos.

CNBB – Confederação Nacional dos Bispos do Brasil.

CNTS – Confederação Nacional dos Trabalhadores da Saúde.

CORSA – Cidadania, Orgulho. Respeito, Solidariedade e Amor.

DUDH – Declaração Universal dos Direitos Humanos.

ECOSOC – Conselho Econômico e Social.

EDH – Escritório de Direitos Humanos.

GGB – Grupo Gay da Bahia.

IBDFAM – Instituto Brasileiro de Direito de Família.

LGBTT – Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais.

MOVITAE – Movimento em Prol da Vida.

OEA – Organização dos Estados Americanos.

OMS – Organização Mundial de Saúde.

ONU – Organização das Nações Unidas.

OSCIP – Organização da Sociedade Civil de Interesse Público.

STF – Supremo Tribunal Federal.

SUMÁRIO

RESUMO	vi
ABSTRACT	vii
LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS	viii
INTRODUÇÃO	10
1 Hermenêutica Constitucional e Paradigma do Pluralismo no Estado Democrático de Direito	15
1.1. Positivismo jurídico e criação do Direito pelos Tribunais Constitucionais.....	21
1.1.1. Ativismo judicial e proteção de direitos humanos fundamentais.....	26
1.2. Virada ontológica da hermenêutica e paradigma da sociedade aberta.....	33
1.2.1. Hermenêutica filosófica gadameriana.....	38
1.2.2. Karl Popper e sociedade aberta.....	43
1.3. Peter Häberle e sociedade aberta dos intérpretes da constituição.....	47
1.4. Da jurisdição constitucional positivista ao modelo procedimentalista/discursivo: é possível encontrar soluções corretas/adequadas em Direito?.....	55
2 Participação das Organizações Não-Governamentais de Direitos Humanos no Supremo Tribunal Federal	64
2.1. Controle judicial de constitucionalidade no Brasil.....	69
2.1.1. Controle difuso.....	72
2.1.2. Controle concentrado.....	75
2.2. Instrumentos de participação cidadã no controle concentrado de constitucionalidade.....	80
2.2.1. <i>Amicus curiae</i>	81
2.2.2. Audiências públicas.....	87
2.2.3. Ação de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental.....	91
2.3. Esferas públicas e cidadania: litigação estratégica como pauta de atuação da sociedade civil organizada.....	97
2.4. Conectas Direitos Humanos e Programa de Justiça Artigo 1º.....	102
3 Construção Hermenêutica dos Direitos Humanos: entre Direito, Democracia e Sociedade	112
3.1. Recepção dos argumentos da Conectas Direitos Humanos nas decisões do Supremo Tribunal Federal: um estudo de caso.....	114
3.1.1. Direito à vida.....	116
3.1.2. Direito à livre orientação sexual e à união civil entre casais do mesmo sexo.....	126
3.2. Fortalecimento da democracia participativa a partir da representação das minorias no processo constitucional.....	136
3.3. Novo olhar sobre o Direito: paradigma da linguagem e técnica da decisão jurídica.....	143

3.4. Sociedade aberta e proteção dos direitos humanos: entre o local e o global.....	151
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	158
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	163
REFERÊNCIAS ELETRÔNICAS.....	169
ANEXO.....	171

INTRODUÇÃO

A Jurisdição Constitucional é espécie diferenciada das demais funções judiciais exercidas pelo Estado nas democracias hodiernas. Fortalecida pelo fenômeno do constitucionalismo dirigente pós-1945, essa competência especial tem como pedra angular a Constituição, documento jurídico, dotado de força normativa, cujo conteúdo extrapola os limites do próprio Direito, considerando este como corpo normativo, incorporando o político e também o social no mesmo documento.

Nesse sentido, a Constituição é reflexo do momento histórico em que é elaborada. Resultado disso tem-se as constituições liberais promulgadas sob a égide do Estado Liberal ou as constituições de cunho mais social, formuladas sob a influência do *welfare state*. Constituições mais rígidas ou mais flexíveis, constituições analíticas ou sintéticas, democráticas ou impostas.

No Brasil, a Constituição Federal da República de 1988, atual Carta Política do País, foi promulgada como marco referênciade do período de redemocratização após a superação política dos chamados “anos de chumbo”, impostos pela ditadura militar a partir do golpe de 1964. Com a abertura democrática e a necessidade de documentar direitos fundamentais e estabelecer suas garantias, a nova Constituição ficou pronta com 250 artigos que normatizaram desde a organização política à ordem social do Estado brasileiro. Sua guarda foi conferida, precipuamente, ao Supremo Tribunal Federal, mas, em homenagem ao cumprimento máximo do direito de acesso à Justiça, ao princípio democrático e da cidadania, o rol de atores legitimados a provocar a Corte foi sobremaneira ampliado em caso de descumprimento das normas constitucionais, de forma que mais grupos pudessem deflagrar a Jurisdição Constitucional.

Essa ampliação contemplou setores específicos da sociedade civil, o que relativizou o ideal democrático pretendido, uma vez que restringiu o acesso à Jurisdição de organizações sociais outras que não ligadas a entidades de classes profissionais e econômicas. O viés formal e patrimonialista, que esteve presente durante toda a formação do Direito brasileiro e de seus bacharéis, continuou presente mesmo após a promulgação da chamada Constituição Cidadã. Todavia, sob a direta e perceptível influência das ideias do constitucionalista alemão Peter Häberle e a teoria da sociedade aberta dos intérpretes da Constituição, a Jurisdição Constitucional no Brasil tem aprimorado seus mecanismos de controle e de participação

cidadã com a criação dos institutos do *amicus curiae* e das audiências públicas. Há, também, a intenção legislativa em conceder ao cidadão titulação direta para promover, perante o Supremo Tribunal Federal, a Ação de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, uma das Ações Diretas do controle concentrado de constitucionalidade das leis.

A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição consiste em teoria hermenêutica com ingerências diretas nas concepções que envolvem as teorias da decisão judicial no Brasil, o que traz a lume o entendimento do Direito como de ordem complexa e ligada ao campo da compreensão e da linguagem, não mais visto como simples técnica de subsunção e operação legislativa. Sob este novo paradigma, a relação jurídica processual se pluraliza e o debate estritamente técnico e jurídico ganha, além desses, contornos outros que envolvem desde a política à ordem da práxis dos que tem acesso ao processo para trazer seus argumentos e contribuir para a construção interpretativa do conceito de diversos direitos fundamentais, continuamente abalizados no processo constitucional.

É nesse contexto institucional que tem se destacado a atuação das Organizações Não-Governamentais de Direitos Humanos no Supremo Tribunal Federal. Inaugurando, no processo constitucional brasileiro, a tendência estadunidense do litígio estratégico, essas entidades militam no Poder Judiciário com foco na promoção e defesa de direitos humanos consagrados constitucionalmente no plano interno e incorporados pelo ordenamento jurídico do País mediante a ratificação e a adesão de tratados internacionais. Assim, a presente pesquisa tem como objetivo diagnosticar quais as implicações que a participação dessas organizações, no processo constitucional abstrato, gera na construção jurisprudencial e valorativa do conteúdo de direitos fundamentais e sua proteção no âmbito da cidadania democrática.

Ao questionamento indicado sugestiona-se a hipótese de que o fomento constituinte, legislativo e jurisprudencial à presença da sociedade civil organizada no processo constitucional, impulse a pluralização do procedimento hermenêutico, introduzindo argumentos de diversos matizes. Estes vão desde aspectos da realidade, no que diz respeito a não concretização de direitos fundamentais vivenciados na práxis, à incorporação do discurso internacional de proteção e defesa dos direitos humanos pela Corte Suprema nacional.

Considerando os dois sistemas de controle de constitucionalidade em vigência no Brasil, o sistema difuso ou concreto e o sistema concentrado ou abstrato, o universo da pesquisa insere-se neste último devido à importância política e jurídica das decisões, assim como à abrangência nacional e irrestrita dos seus efeitos. Acresce-se a isso a novidade quanto à atuação das organizações sociais estudadas no processo concentrado, já que o acesso ao

sistema difuso, devido à sua própria natureza, sempre foi franqueado a qualquer espécie de postulante nas instâncias inferiores do Poder Judiciário brasileiro.

A metodologia a ser utilizada para construção do trabalho científico pautar-se-á, preferencialmente, pelo método de abordagem dedutivo, partindo da análise geral e teórica ao exame de casos particulares. Procedimentalmente será utilizado o método monográfico ou estudo de caso, que se justifica a partir da necessidade de verificação empírica da pesquisa, de forma a possibilitar a confrontação da teoria com dados fornecidos pela práxis.

Os métodos hermenêutico e dialético serão utilizados com o escopo de analisar os dados colhidos através do exame das argumentações apresentadas pela Conectas Direitos Humanos e sua recepção/assimilação nos votos dos Ministros da Corte. Desta forma, será permitido diagnosticar as aplicações e implicações jurídicas, teóricas e sociais da situação-problema investigada mediante o confronto da proposta teórica com a prática real, levada a efeito nos processos investigados.

De cunho essencialmente documental e bibliográfico, a pesquisa será lastreada nas técnicas da documentação indireta e observação sistemática, através da análise de conteúdo das jurisprudências, pareceres, petições e votos proferidos nos processos do Supremo Tribunal Federal que se referem aos casos estudados, bem como da leitura orientada de publicações científicas nacionais e estrangeiras.

São selecionados três casos concretos, consubstanciados em processos já julgados no âmbito do processo constitucional abstrato, em que foi franqueada ampla participação às entidades da sociedade civil, mediante apresentação de memoriais e sustentações orais, da associação civil sem fins lucrativos Conectas Direitos Humanos. A escolha dessa entidade se dá por opção metodológica de delimitação do universo a ser investigado, justificada por ser a Conectas Direitos Humanos pioneira em projetos sociais de litigação estratégica e contar com maior participação dentre seus pares no processo de controle concentrado de constitucionalidade no Supremo Tribunal Federal, através do Programa de Justiça Artigo 1º.

Os casos, em que será estudada a atuação judicial da referida organização, compreendem o debate constitucional sobre o direito à vida, ADI n. 3510/DF e ADPF n. 54/DF. A primeira consiste no julgamento sobre a constitucionalidade da Lei de Biossegurança e a consequente liberação das pesquisas utilizando células-tronco embrionárias no Brasil; a segunda diz respeito à possibilidade da antecipação terapêutica do parto em gestantes de fetos anencefálicos. O terceiro caso se refere ao direito à livre orientação sexual e à união civil entre casais do mesmo sexo, discutidos na ADI n. 4277/DF e na ADPF n. 132/DF, julgadas conjuntamente por possuírem o mesmo objeto.

A dissertação está dividida em três partes. A primeira (*1 – Hermenêutica constitucional e paradigma do pluralismo no Estado Democrático de Direito*), de matriz teórica, é dedicada à análise da construção filosófica e jurisprudencial do paradigma da sociedade aberta dos intérpretes da Constituição no Brasil e sua influência direta na abertura e pluralização do processo constitucional brasileiro. Nela, é estudada a transformação da hermenêutica constitucional, sob a perspectiva do pluralismo democrático, desde os juspositivismos exegético e kelseniano até as modernas percepções acerca da forma e da função exercida pela Jurisdição Constitucional, nas democracias ocidentais, após o final da Segunda Guerra Mundial. Nesse momento da pesquisa, a transição paradigmática da filosofia da consciência para a filosofia da linguagem é tomada como marco das novas noções da compreensão e da interpretação da norma, atividades que deixam de ser mera operação cognitiva do intérprete para alcançar a seara das relações inter-subjetivas. Estas passam a envolver o texto, o sujeito e o contexto fático no processo de construção do Direito, propondo formas de (re)pensar a própria técnica da decisão judicial.

A segunda parte (*2 – Participação das organizações não-governamentais de direitos humanos no Supremo Tribunal Federal*) destina-se ao exame da participação das organizações não-governamentais de direitos humanos no controle concentrado de constitucionalidade de normas, tendo em vista os pressupostos que norteiam a sua atuação, como ela ocorre e quais os instrumentos que a possibilitam atualmente. São elencados os principais instrumentos por meio dos quais as entidades referidas podem ingressar no controle de constitucionalidade abstrato de normas e apresentar argumentos ao Supremo Tribunal Federal, nos processos que têm interesse. Nesse sentido, além do *amicus curiae* e das audiências públicas, é abordada a Ação de Arguição de Descumprimento Fundamental, por esta ampliar o objeto das demandas constitucionais submetidas à apreciação da Corte Suprema brasileira e trazer, em seu projeto original, a possibilidade de legitimação do cidadão para sua propositura.

Ainda nesta segunda parte, discute-se a formação de novas esferas públicas no Estado Democrático de Direito, sendo a Jurisdição Constitucional considerada como espaço da ação e do discurso, legítimo *locus* de atuação cidadã e luta pela efetividade de direitos. Após, é apresentada a organização não-governamental Conectas Direitos Humanos e seus programas de litígio estratégico no Supremo Tribunal Federal.

A terceira e última parte (*3 – Construção hermenêutica dos direitos humanos: entre direito, democracia e sociedade*) corresponde à apresentação da pesquisa empírica e seus

resultados, em que se verifica de que forma a presença das referidas entidades no Supremo Tribunal Federal interfere na interpretação e proteção contramajoritária de direitos fundamentais. Busca-se, então, responder ao questionamento proposto pela investigação, ao objetivo geral e aos objetivos específicos. São, primeiramente, estudados os casos referentes ao direito à vida e ao direito à livre orientação sexual e à união civil entre casais do mesmo sexo, apresentando toda a construção dialógica das vozes presentes nos processos constitucionais selecionados: os requerentes das Ações Diretas, a participação da Conectas Direitos Humanos e o conteúdo dos votos proferidos pelos Ministros da Corte nacional. Ao final, a partir da leitura atenta e sistemática dos julgados examinados, aprofunda-se o exame dos resultados obtidos, abordando-os, dialeticamente, entre a teoria e a práxis.

1 HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL E PARADIGMA DO PLURALISMO NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

As bases do ordenamento jurídico brasileiro foram estabelecidas de acordo com o parâmetro português atrelado às mazelas do colonialismo exploratório, particularidade ímpar da construção jurídica do Estado de Direito implementado ao longo dos anos no Brasil, bem como marca histórica da formação dos bacharéis nacionais. No País, o Direito, a sua compreensão/interpretação e aplicação de normas se desenvolveram historicamente entre o pressuposto prático exegético, incorporado desde o pronunciamento das Ordenações no Brasil Colonial, e o paradigma positivista, introduzido a partir da consolidação do ideal republicano nas primeiras Constituições e leis ordinárias da República.

O juspositivismo e toda ideia dominante de legitimação e validade do Direito, sob o ponto de vista meramente formal, passaram a ser questionados com maior veemência a partir do fim da Segunda Guerra Mundial, do horror do holocausto promovido contra judeus e a consequente necessidade de reconhecimento e concretização dos direitos humanos em escala global. Foi necessária a reinvenção da teoria do Direito praticada até então, movida pela revisão de paradigmas ocorridos no interior da própria Filosofia que, a essa altura, buscava novas maneiras de ver, compreender e interpretar o mundo.

A virada ontológica da hermenêutica representa a superação da chamada filosofia da consciência e a introdução do referencial da linguagem aos métodos de abordagem do conhecimento. Referido marco rompe com as bases do cientificismo iluminista moderno para aferir nova forma de racionalidade. Esta substitui a noção de dogma e verdade pela ideia do razoável e do possível. Substitui a *episteme* (ciência) pela *doxa* (opinião), sem abandonar o reconhecimento da importância da produção científica, evitando os perigos de um relativismo infinito e impróprio. É o que se verifica na proposta da sociedade aberta idealizada por Karl Popper (1998).

No campo do Direito, este novo paradigma produz o questionamento do juiz como a boca da lei, do método da subsunção do fato à norma, (re)incorpora o valor da justiça, ao mesmo tempo em que preserva a preocupação com a segurança e o fortalecimento das instituições no Estado Democrático.

A questão do pluralismo tornou-se elemento de destaque a permear os meandros desta discussão, uma vez que se enfrenta o paradoxo de alcançar a idealização e a concretização do direito humano e igualitário com a devida observação às particularidades de variadas culturas,

modos de ser e ver o mundo que, muitas vezes, formam um amálgama componente de um só Estado, como é o caso brasileiro.

Nesse contexto, pensar a hermenêutica constitucional concretizadora, hodiernamente, é um desafio à mente dos juristas, filósofos e cientistas políticos. A Constituição, documento máximo que incorpora o sentido do Estado de Direito e os direitos e garantias fundamentais das pessoas que pertençam, residam ou estejam de passagem pelo território da sua jurisdição, é constantemente solicitada para assegurar a estabilidade democrática e a efetividade de direitos humanos, em face de violações perpetradas pelo próprio Poder Público, no exercício de seus Poderes.

A Jurisdição Constitucional, por sua vez, não exerce o monopólio das normas constitutivas fundamentais. Estas estão presentes na esfera da vida pública e privada de cada cidadão que, de uma forma ou de outra, adquire consciência de seus direitos ao passo que os compreende e interpreta. De outro lado, a técnica jurídica que elege o Tribunal Constitucional como última instância de decisão, guarda máximo da Constituição, se dá em decorrência da necessidade do Direito oferecer soluções e respostas aos conflitos sociais e políticos, de cuja atuação depende a segurança e a estabilidade da própria democracia.

A imprescindibilidade de uma interpretação “final” confronta a questão de como fazê-la de forma idônea, democrática e efetiva. Seria possível a proposição de soluções corretas¹ em Direito através dos Tribunais Constitucionais?

O problema encerra, essencialmente, uma questão hermenêutica, pois a aplicação correta/adequada do Direito – no caso, da Constituição – cujo escopo se dá em concretizar direitos humanos fundamentais, sobretudo no campo do controle de constitucionalidade das leis, decorre do procedimento de compreensão e interpretação da norma constitucional que perpassa todo o processo em que se desenvolve e se exerce a técnica da decisão.

¹ A noção do que venha a ser a resposta correta é abordada com profundidade, na hermenêutica jurídica brasileira, por Streck (2007), a partir do confronto com das teses de Habermas e Ronald Dworkin. Nessa perspectiva, a resposta correta não diz respeito a dogma jurídico-hermenêutico, mas à resposta adequada ao regramento constitucional vigente. “Penso, assim, que, mais do que possível, é necessário buscarmos respostas hermeneuticamente adequadas (corretas). Em outras palavras, o intérprete não pode, por exemplo, atribuir sentidos despistadores da função social da propriedade, do direito dos trabalhadores à participação nos lucros da empresa, ou ignorar um texto jurídico substituindo-se ao legislador (claro que, se o texto for inconstitucional, assim deve ser declarado). O que é evidente é que não se pode dizer qualquer coisa sobre qualquer coisa”. (STRECK, 2007, p. 290). Em outra obra, o Autor se refere à resposta correta como direito fundamental do cidadão, como forma de garantir a aplicação do direito o mais próxima da configuração constitucional dos direitos e garantias fundamentais: “Com efeito, há sempre um significado do texto (e texto é sempre um evento) que não advém tão somente do ‘próprio texto’, mas, sim, de uma análise de decisões anteriores, da aplicação coerente de tais decisões e da compatibilidade do texto com a Constituição. O grau de exigência de fundamentação/justificação da interpretação alcançada aumentará na medida em que essa significação atribuída ao texto se afasta dos ‘aspectos linguísticos’. Trata-se de convencimento e de estabelecer amplas possibilidades de controle da decisão. Esse é o espaço para a resposta correta (adequada à Constituição). Trata-se, pois, de um direito fundamental do cidadão!”. (STRECK, 2011, p. 396).

A hermenêutica, palavra cujo significado é remetido à mitologia grega reveladora do talento de Hermes em desvendar, fazer compreensível e transmitir a mensagem dos deuses, pode ser entendida como face da Filosofia que se destina à interpretação dos fenômenos humanos. Anota Camargo (2003, p. 24) que, em sua origem, hermenêutica “[...] significava trazer algo desconhecido e ininteligível para a linguagem humana”, amparada em três tarefas específicas: dizer, explicar e traduzir².

A partir da virada hermenêutica de meados do Século XX, o exercício de interpretar apóia-se, fundamentalmente, na atividade da compreensão, levada a efeito pelo ser dotado de consciência, situado historicamente e que está e se relaciona no mundo. Tal paradigma veio a substituir a noção do conhecimento estabelecido sobre a relação sujeito-objeto pela relação sujeito-sujeito, cujo marco se dá com a transição da filosofia da consciência para a consolidação do paradigma da linguagem.

Nesse sentido, o raciocínio científico-demonstrativo, expoente da busca pelo conhecimento objetivo e imparcial, deixa de ser aplicado à hermenêutica, que passa a ser “ciência”, apta a produzir possibilidades teóricas e práticas, tendo em vista o exercício de cognição do *ser no mundo* e não dogmas estabelecidos de forma atemporal e ahistórica. Hodiernamente, esse novo referencial marca o desenvolvimento da doutrina hermenêutica aplicada à Ciência do Direito.

Para Ferraz Jr. (2010, p. 221), “A determinação do sentido das normas, o correto entendimento do significado dos seus textos e intenções, tendo em vista a decidibilidade de conflitos constitui a tarefa da dogmática hermenêutica”. Camargo (2003), por sua vez, concebe a hermenêutica jurídica através de viés prático, orientado para efetivação e concretude da lei. Entende a interpretação do Direito como sendo muito mais que apenas a utilização de técnicas e subsunção do fato à norma, pois o encara como um sistema complexo que envolve fatos, normas, valores e situações históricas. Assim, a interpretação do Direito encontra o campo da compreensão. “A hermenêutica jurídica refere-se, assim, a todo um processo de interpretação e aplicação da lei que implica a compreensão total do fenômeno que requer solução”. (CAMARGO, 2003, p. 15).

Para Camargo (2003, p. 17), “[...] o direito apresenta-se jungido à própria hermenêutica, uma vez que a sua existência, enquanto significação, depende da concretização ou da aplicação da lei em cada caso julgado”. Desta forma, entende “[...] a existência do

² Dizer, explicar e traduzir são tarefas específicas da hermenêutica entendida enquanto mediação do que é inteligível no âmbito da compreensão. Este entendimento está presente em Richard Palmer. (1986 *apud* Camargo, 2003, p. 24).

direito, enquanto norma individual e concreta, correspondente à sua compreensão, para a qual se abrem várias possibilidades interpretativas”. (CAMARGO, 2003, p. 19).

A interpretação é compreendida como “[...] a ação mediadora que procura compreender aquilo que foi dito ou escrito por outrem”. Por sua vez, compreender é “[...] indagar sobre as possibilidades do significado de um acontecer próprio das relações humanas”. Esse processo de compreensão/interpretação concretiza-se através da argumentação, retirando a compreensão do âmbito da racionalidade demonstrativa para o campo da verossimilhança, entendendo que “A argumentação, por sua vez, é a técnica que visa ao acordo sobre a escolha do significado que pareça mais adequado às partes discursivas; acordo este fundamentado em provas concretas e opiniões amplamente aceitas”. (CAMARGO, 2003, p. 22).

Em Direito, a compreensão ocorre entre duas esferas: compreensão do fato e compreensão da norma. Essa integração é viabilizada a partir do método tópico-hermenêutico. “[...] o direito consiste na realização de uma prática que envolve o método hermenêutico da compreensão e a técnica argumentativa”. (CAMARGO, 2003, p. 22).

A Teoria do Direito ofereceu série de alternativas relacionadas à utilização de métodos e técnicas de interpretação para determinar o sentido e o alcance das expressões jurídicas, como os métodos gramatical, sistemático, histórico, teleológico etc. Conforme Maximiliano (1997), a aplicação do Direito consiste no perfeito enquadramento do caso concreto à norma mais adequada. A interpretação é explicitada como atividade que almeja o significado das palavras e a reprodução do pensamento, sendo a hermenêutica, por sua vez, o conhecimento a respeito dos métodos e técnicas para a correta atividade interpretativa³.

Todavia, apenas essa hermenêutica jurídica clássica não dá conta de servir de base à interpretação constitucional hoje, devido à complexidade que encerra o próprio conceito de Constituição e à imperiosa posição que vem ocupando a democracia participativa, atrelada ao pressuposto da legitimidade como marco obrigatório no exercício das funções das esferas de poder no atual Estado de Direito⁴.

³ Maximiliano (1997), sob clara influência da Escola da Exegese, compara o intérprete do Direito ao exegeta, cuja difícil tarefa consiste em examinar “[...] o texto em si, o seu sentido, o significado de cada vocábulo. Faz depois obra de conjunto; compara-o com outros dispositivos da mesma lei, e com os de leis diversas, do país ou de fora. Inquire qual o fim da inclusão da regra no texto, e examina este tendo em vista o objetivo da lei toda e do Direito em geral. Determina por este processo o *alcance* da norma jurídica, e, assim, realiza, de modo completo, a obra moderna do hermeneuta”. (MAXIMILIANO, 1997, p. 10).

⁴ “A nova interpretação constitucional assenta-se no exato oposto de tal proposição: as cláusulas constitucionais, por seu conteúdo aberto, principiológico e extremamente dependente da realidade subjacente, não se prestam ao sentido unívoco e objetivo que certa tradição exegética lhes pretende dar. O relato da norma, muitas vezes, demarca apenas uma moldura dentro da qual se desenham diferentes possibilidades interpretativas. À vista dos elementos do caso concreto, dos princípios a serem preservados e dos fins a serem realizados é que será

Essa é uma das principais premissas da nova hermenêutica constitucional que, segundo Barroso e Barcellos (2003), não despreza nem abandona o método clássico e seus elementos tradicionais, mas acrescenta-lhes novos matizes com escopo de conferir função concretizadora à vontade de Constituição.

A compreensão acerca da Constituição compõe parte basilar desse novo processo hermenêutico. Entendida como ordem jurídica fundamental, material e aberta de uma comunidade, a Carta Política deve, em sua forma jurídica, corresponder à Constituição real. Esta consiste na reunião dos fatores reais de poder que operam e influenciam a dinâmica social e política de dada comunidade. (LASSALLE, 2001).

No entanto, a sobrevalorização da dinâmica constitucional e real dos fatores de poder coloca em risco todo o fundamento que envolve o próprio Direito Constitucional em si, uma vez que “[...] a idéia de um efeito determinante exclusivo da Constituição real não significa outra coisa senão a própria negação da Constituição jurídica”. (HESSE, 1991, p. 11).

Nesse sentido, há que se reconhecer a força normativa da Constituição jurídica, que se dará em razão da *vontade de constituição*, presente nos destinatários e operadores da Carta Magna, buscando a efetivação destas normas em composição – e não oposição – com as forças de poder existentes no meio social e suas tensões. É essa concepção que o Supremo Tribunal Federal, órgão ao qual compete a guarda da Constituição no Brasil, vem adotando em seus julgados.

Nesse lume, a Constituição jurídica não deve ser reduzida tão somente a folha de papel reprodutora dos fatores reais de poder, pois é nela que estão consubstanciadas as bases políticas e sociais do Estado, postas por setores tanto minoritários quanto majoritários da sociedade, reunidos em Assembléia Constituinte. Destarte, é forçoso concordar com Hesse (1991) quanto à necessidade de se imprimir força normativa à Lei Fundamental, sendo necessário para tal a *vontade de constituição*.

Para Bonavides (2008, p. 373), na “[...] base da legitimidade do poder, uma Constituição respeitada será idônea para debelar crises e tolher comoções desestabilizadoras do sistema democrático de poder”. Nesse pensamento, apenas a vontade de constituição não é o bastante para que se garanta a completa harmonização entre Constituição real e Constituição jurídica. Acrescente-se, ainda, a legitimidade do processo e o respeito à Carta Política para que tal alvo seja alcançado.

determinado o sentido da norma, com vistas à produção da solução constitucionalmente adequada para o problema a ser resolvido”. (BARROSO e BARCELLOS, 2003, p. 308).

A partir desses fundamentos, não há como pensar a interpretação da Constituição apenas como manejo adequado de técnicas e métodos jurídicos, pois os componentes sociais e políticos de determinada comunidade sempre estarão em jogo no operar do processo em si e, posteriormente, da decisão emanada. Entender de outro modo consiste em reduzir o fenômeno hermenêutico, que abarca em si não apenas a análise do fato e da norma, mas, principalmente, a compreensão e a vontade do intérprete, bem como a análise dos seus horizontes, tendo em vista o contexto histórico e filosófico no qual se insere.

Todo este processo ganha ainda mais complexidade quando pensado em sociedades cada vez mais plurais. O pluralismo democrático é entendido, conforme Cittadino (2004, p. 78), como “[...] a multiplicidade de valores culturais, visões religiosas de mundo, compromissos morais, concepções sobre a vida digna”, capazes de conviver no ambiente heterogêneo e conflituoso. A relação entre os diferentes passa longe da constituição harmoniosa, mas guarda possibilidades de convergências para o consenso na democracia, fator que legitima a norma e sua aplicação pelo Estado. Foi pensando em oferecer respostas a estes problemas que Peter Häberle (1997) elaborou a teoria da sociedade aberta dos intérpretes da Constituição.

Häberle, em *Pluralismo e Constitución*, propõe nova forma de refletir o Estado. Essa se daria a partir da própria Constituição Política, cujos intérpretes correspondem a todos os entes que compõem a tessitura sociopolítica: o cidadão, o jurista, os grupos sociais, as instituições do próprio Estado. Este amplo rol de atores permite a possibilidade de releituras contextualizadas do texto constitucional, gerando maior compreensão e “pré-compreensão cultural”.

A proposta da hermenêutica pluralista consiste na exegese constitucional em sentido amplo, ou seja, abrange tanto a interpretação realizada pelos Tribunais (saber técnico dos juristas) como a participação dos cidadãos, de forma ativa e passiva, neste processo. Referido procedimento interpretativo abrange os direitos fundamentais de todos em uma democracia reconhecidamente plural, tanto na teoria quanto na prática.

Destarte, é possível afirmar que a interpretação da Constituição não se restringe, simplesmente, ao ato de vontade do juiz. Pensar em formas democráticas de conceber e pluralizar o debate constitucional institucionalizado é essencial para evitar os decisionismos, combater o ativismo judicial de espécie arbitrária⁵ e garantir o espaço público para

⁵ Com base na classificação proposta por Coelho (2011), compreende-se como ativismo judicial de espécie arbitrária aquele em que o juiz atua para além da função judicante, invadindo a competência legislativa. A criação judicial do direito, por sua vez, se refere à atividade legítima do julgador que, ao interpretar e aplicar a lei

concretização de direitos humanos no País. Referida análise vincula-se ao princípio democrático e aos demais fundamentos da República Federativa do Brasil, expostos no artigo 1º, da Constituição Federal Brasileira de 1988.

Assim, é estudado, nessa parte do trabalho, o marco teórico da teoria hermenêutica da sociedade aberta dos intérpretes da Constituição, situando o problema proposto entre a crise paradigmática do positivismo na filosofia e prática jurídicas no Brasil, cuja influência direta se registra na interpretação e técnica da decisão judicial de Tribunais Constitucionais, que se abrem cada vez mais para manifestação popular no processo de controle de constitucionalidade.

1.1 Positivismo Jurídico e Criação do Direito pelos Tribunais Constitucionais: situando o problema.

O pilar de toda a construção moderna do Direito assenta-se no tripé justiça, certeza e segurança. A justiça formal, igualdade de todos perante a lei, foi pensada para evitar arbítrios e direcionar a produção normativa segundo estes critérios. Destarte, toda a construção do pensamento jurídico moderno se dá do ponto de vista da formalização das garantias, fundamento do Estado de Direito.

Há duas formulações correntes e distintas do positivismo: o positivismo jurídico (estritamente relacionado com o Direito natural, elaborado em contraposição a este) e o positivismo filosófico (impulsionado por Auguste Comte, em França, no Século XIX).

Desde a Grécia Antiga, as distinções entre Direito Positivo e Direito Natural foram sendo delineadas. Entendido a partir de um juízo apodítico de valor universal e imutável, este último encontrara seu fundamento na ordem divina e, posteriormente, na razão. O primeiro, por sua vez, foi compreendido pelo caráter de aplicação restrita e dinâmica, com normas oriundas da atuação dos seres humanos e fruto da declaração de vontade destes – a vontade da comunidade, a vontade do rei, a vontade do legislador, a vontade do Estado. (BOBBIO, 1995, p. 22).

A identificação do Direito positivo enquanto Direito posto por uma ordem política vigente ganhou guarida a partir do pensamento dos jusnaturalistas dos Séculos XVII e XVIII,

ao caso concreto, também cria norma jurídica. O conceito de ativismo judicial e sua relação com a proteção de direitos humanos fundamentais será melhor analisado no item 1.1.1 deste trabalho.

notadamente com Hugo Grócio, que caracterizava o Direito Natural como aquele derivado diretamente da razão e o Direito Positivo como o direito civil posto pelo Estado. Aqui, formase o embrião do juspositivismo.

A passagem das concepções jusnaturalistas para as juspositivistas está ligada à formação do Estado Moderno. De acordo com Bobbio (1995, p. 26), o exercício do monopólio do Direito e da força, pelo Estado, levou ao não reconhecimento da categoria de norma a qualquer comando que não fosse emanado diretamente do poder político central. O Direito Natural deixa de ser considerado Direito e ganha corpo a doutrina que influenciará de forma marcante os dois grandes sistemas de Direito ocidentais: o *civil law* e a *common law*⁶.

Antes do juspositivismo, o juiz estava legitimado a decidir de acordo com outras regras, como costumes e critérios equitativos. Era o que ocorria, por exemplo, na Idade Média, em que não havia um corpo solidificado de normas e o poder político era disperso. Todavia, afirma Bobbio (1995, p. 28) que, com o advento do Estado Moderno, o juiz passa a ser órgão do Estado e não mais da sociedade.

De acordo com Carvalho (2003, p. 36), “[...] os juristas, sobretudo os de tradição romana, preocupavam-se mais com a justificação do poder real e com a montagem do arcabouço legal dos novos Estados”. Referida assertiva pode ser verificada na própria construção histórica do Direito no Brasil. Os primeiros juízes enviados ao País eram formados em Portugal no momento em que este vivia a fase áurea do Estado absolutista. Sua chegada ao Brasil Colonial deveu-se à necessidade de manutenção e aplicação da ordem pré-determinada, de forma a possibilitar o total controle pela Metrópole portuguesa. Fato que não favorecera a formação do ordenamento jurídico pátrio a partir de bases locais e impediu a proliferação de teses opostas aptas a permitir alternativas à nascente vertente positivista em solo sul-americano. Portugal, como primeiro País europeu a passar pela centralização política, necessitava do aparato burocratizado do Judiciário para manter o poder na Europa e nos solos colonizados.

A homogeneidade ideológica e o treinamento foram características marcantes da elite política portuguesa, criatura e criadora do Estado absolutista. Uma das políticas dessa elite foi reproduzir na colônia uma outra elite feita à sua imagem e semelhança. A elite brasileira, sobretudo da primeira metade do século XIX, teve treinamento em Coimbra, concentrado na formação jurídica, e tornou-se, em sua grande maioria, parte do funcionalismo público, sobretudo da magistratura e do Exército. (CARVALHO, 2003, p. 37).

⁶ “Por obra do positivismo jurídico ocorre a redução de todo o direito a direito positivo, e o direito natural é excluído da categoria do direito: o direito positivo é direito, o direito natural não é direito. A partir deste momento o acréscimo do adjetivo ‘positivo’ ao termo ‘direito’ torna-se um pleonasmo [...]”. (BOBBIO, 1995, p. 26).

Bobbio (1995) elenca como características fundamentais do positivismo jurídico o reconhecimento do Direito enquanto fato/fenômeno social, desprovido de valor; o apego à formalidade (teoria do formalismo jurídico); definição do Direito a partir do elemento da coação; a lei como primeira e principal fonte do Direito, em detrimento, inclusive, dos costumes; a norma vista como comando (teoria da norma jurídica); as teses da coerência e completude do ordenamento jurídico, afastando quaisquer antinomias ou lacunas; o método ou interpretação mecanicista; e a tese da obediência à lei como obrigação moral referida aos desdobramentos do chamando positivismo ético.

Para Viehweg (1997), atualmente, não há grandes teorias juspositivistas, sendo a última delas elaborada por Hans Kelsen, no início do século XX. A teoria de Kelsen não é positivista em sua fundamentação, mas sim na sua elaboração e utilização posterior. Embora muitos juristas cite Kelsen, não fazem uso da sua teoria em sentido estrito. É o que Viehweg (1997) chama de *positivismo prático*⁷. Os juristas buscam evitar toda espécie de pensamento *transpositivo*, ou seja, afirmam, em seus discursos, estarem amarrados à lei positiva, não podendo ultrapassá-la ou sobrepô-la, sendo suas reflexões puramente dogmáticas.

Os argumentos contrários a este posicionamento, embora já existissem, ganharam força com o fim da Segunda Guerra Mundial e o massacre ocorrido, sobretudo nos campos de concentração, ambos legitimados pelo conteúdo e aplicação da legislação positiva. Segundo Viehweg (1997), embora os juristas tentem dissociar o momento legislativo do momento de aplicação positiva da norma, estes culminam no mesmo processo de construção jurídica.

[...] se confía en la Ley Fundamental, que contiene y protege una teoría material del derecho. Pero, en última instancia, el texto constitucional es solo un texto o hasta un texto parcial que, por cualquier motivo, remite a contextos más amplios, es decir, transpositivos, los cuales, por lo pronto, se presentan sin interpretación y son interpretables de muy diferente manera. (VIEHWEG, 1997, p. 57).

Viehweg (1997) cita duas teorias antipositivistas que corroboram sua afirmação: o tomismo-aristotélico e o marxismo-leninismo; “[...] ambas doutrinas coincidem em afirmar que, por razones lógicas, el positivismo jurídico-práctico aqui descrito no puede satisfacer la función social de una dogmática jurídica.” (VIEHWEG, 1997, p. 58). Ainda sustenta que o positivismo prático contém ceticismo frente a interpretações e legitimações mais amplas. Contudo, a linguagem é um dos principais obstáculos às pretensões do positivismo prático de

⁷ O estudo do direito é visivelmente afetado pelo positivismo através do não reconhecimento da importância de disciplinas como filosofia, sociologia, ciência política etc., pois estas não estão diretamente relacionadas à dogmática jurídica. Contudo, aponta o Viehweg (1997) que, ao sair do positivismo jurídico, pode-se cair, facilmente, no positivismo filosófico presentes nestas matérias.

querer atribuir sentidos unívocos às normas. Ao mesmo tempo, não há como sustentar a aplicação positiva da legitimação sem refletir sobre ela.

El positivismo práctico – que, irreflexivamente, supone que, en el curso de la legitimación, uno podría sin más detenerse en un punto fijado previamente – roza un problema sumamente complicado, sin ofrecer una propuesta de solución. (VIEHWEG, 1997, p. 61).

A necessidade de legitimação é dinâmica, por isso não pode restar atrelada à norma estática, positivada. O que se pretende mostrar é que mesmo a interpretação positivista, atrelada ao exame formal de validade e legitimidade da norma, não está isenta de interferências potenciais do julgador e do contexto histórico e social. Afirmação, inclusive, realizada pelo próprio Kelsen, na Teoria Pura do Direito (1984). O Autor aborda o tema da interpretação das normas jurídicas, cuja essência se encontra na necessidade de concretização do próprio Direito, momento em que é imperioso fixar o sentido das disposições anteriormente formuladas.

De acordo com Kelsen (1984, p. 465), “[...] a interpretação é, portanto, uma aplicação mental que acompanha o processo de aplicação do Direito no seu progredir de um escalão superior para um escalão inferior”. São relacionadas três formas distintas de interpretação do texto jurídico: a levada a efeito pelo aplicador/operador do Direito, a realizada pelo cidadão ao direcionar sua conduta de acordo com o que é e com o que não é lícito e a hermenêutica no âmbito da Ciência do Direito.

Sustenta-se, como premissa, o reconhecimento de relativa indeterminação das normas jurídicas, que pode ser intencional ou não. A indeterminação não intencional justifica-se pela pluralidade ou ambiguidade significativa das próprias palavras em si. Também poderá haver normas contraditórias. Nesse sentido, não há como o aplicador da norma discernir a real vontade do legislador.

Então, como o operador deverá aplicar/interpretar o Direito? Para responder a esta pergunta, Kelsen (1984, p. 467) cria a figura da moldura. O ordenamento jurídico forma uma moldura que encerra diversas possibilidades de aplicação da lei ao caso concreto. Assim, a interpretação da lei não deve necessariamente conduzir a uma única solução correta, mas a várias soluções de igual valor.

O Direito a aplicar forma, em todas estas hipóteses, uma moldura dentro da qual existem várias possibilidades de aplicação, pelo que é conforme ao Direito todo o acto que se mantenha dentro deste quadro ou moldura, que preencha esta moldura em qualquer sentido possível. (KELSEN, 1984, p. 466).

Os diversos métodos de interpretação conduzem apenas a soluções possíveis e isso advém da própria atividade hermenêutica, “[...] a necessidade de uma interpretação resulta justamente do facto de a norma a aplicar ou o sistema das normas deixarem várias possibilidades em aberto [...]”. (KELSEN, 1984, p. 469).

Para Kelsen (1984, p. 470), a interpretação não é apenas uma atividade de conhecimento, cognoscitiva, pois consiste também em um ato de vontade. E aqui é possível encontrar o elemento sujeito na doutrina kelseniana. Afirma-se que a escolha de aplicação de apenas uma possibilidade como correta, em detrimento de todas as outras, é ato de vontade do intérprete, não sendo, portanto, um problema de Teoria do Direito, mas de política do Direito. Assim, aborda o juiz e a própria atividade judicante como exercício criativo. Neste processo, podem incidir outras normas que não são propriamente jurídicas, mas também morais e valores ínsitos à sociedade.

Na aplicação do Direito por um órgão jurídico, a interpretação cognoscitiva (obtida por uma operação de conhecimento) do Direito a aplicar combina-se com um acto de vontade em que o órgão aplicador do Direito efectua uma escolha entre as possibilidades reveladas através daquela mesma interpretação cognoscitiva. (KELSEN, 1984, p. 470).

A interpretação que cria o Direito é chamada de interpretação autêntica, cuja eficácia pode se dar tanto *erga omnes* como em determinado caso concreto. Admite-se, ainda, que essa atividade criadora possa resultar em Direito novo⁸. Por sua vez, a interpretação feita pelo cientista do Direito não é autêntica e se constitui em mera “[...] determinação cognoscitiva do sentido das normas jurídicas”. Seu único objetivo é apenas “estabelecer as possíveis significações de uma norma jurídica”. (KELSEN, 1984, p. 472).

Para Camargo (2003, p. 112), a teoria de normativista, propugnada por Kelsen, “[...] não tem um alcance hermenêutico que explique o movimento de compreensão, interpretação e concretização do Direito. Basta-lhe a subsunção do fato à norma válida como mecanismo de extração de uma sentença, ainda que não seja a única possível”. Todavia, não há como concordar que a interpretação, para Kelsen (1987), seja meramente ato de subsunção do fato à moldura normativa proposta. Antes, toda interpretação do Direito consiste em ato de vontade do intérprete que possui como pressuposto o ordenamento jurídico. Por isso, ele situa a hermenêutica no campo da política do Direito. Até mesmo Camargo (2003, p. 115) afirma que é possível reconhecer, em Kelsen, “[...] a incidência de valores de ordem política e moral no direito”.

⁸ “É facto bem conhecido que, pela via de uma interpretação autêntica deste tipo, é muitas vezes criado Direito novo – especialmente pelos tribunais de última instância”. (Kelsen, 1984, p. 471).

Nesse sentido, Streck (2010) classifica o juspositivismo em positivismo exegético e positivismo semântico ou normativista. O primeiro abrange a vertente tradicional, que expurga da interpretação da norma qualquer atividade criativa do seu operador, devendo ser o juiz unicamente reproduzidor literal do comando jurídico e manter-se adstrito aos limites impostos por um ordenamento em que lacunas e antinomias são consideradas inexistentes. O segundo, por sua vez, tem seu desenvolvimento a partir da constatação, levada a efeito por Kelsen (1987), de que “[...] o problema da interpretação do direito é mais semântico do que sintático”. (STRECK, 2010).

Assim, não é possível predeterminar a atividade judicante, senão no que tange à possível moldura em que está inserida. Esta assertiva encerra, para Streck (2010), o problema paradigmático que enfrenta a hermenêutica jurídica hoje no Brasil. A ideia tradicional do positivismo exegético já foi superada, mas o positivismo semântico, amparado ainda no paradigma sujeito-objeto, permanece enraizado e sobreposto em argumentações aplicadas a referenciais distintos.

A coerência e coesão, tanto buscadas no texto jurídico, se perdem no momento de sua aplicação na hermenêutica relativista que dá ensejo à série de decisionismos, levando, inclusive, a análises anacrônicas do chamado ativismo judicial, que será abordado a seguir.

Em estreita correlação a essa temática, nos campos da Filosofia do Direito e da Filosofia Política, tem emergido acirrado debate acadêmico sobre os fundamentos da base democrática que irão justificar ou não maior protagonismo do juiz e/ou maior participação popular nas Cortes Constitucionais. Assim posto, o debate acerca da matéria, seja sobre quaisquer das bases estabelecidas, visa a contribuir, substancialmente, para o desenvolvimento da democracia brasileira e suas instituições, tendo a Filosofia do Direito papel crucial no pensar do legislador, do gestor público, do operador jurídico, e dos destinatários de normas e políticas públicas, sejam integrantes ou não das forças que articulam os fatores reais de poder na sociedade.

1.1.1 Ativismo Judicial e Proteção de Direitos Humanos Fundamentais

O conceito de ativismo judicial não é unívoco. Pode ser usado para designar a atividade intensa do Poder Judiciário, a ingerência deste em casos políticos, o forte alcance das decisões judiciais ou, até mesmo, destacar o papel central do juiz no que tange à

administração do processo. As várias atribuições de sentido ao termo revelam a falta de densidade doutrinária que o acompanha desde sua primeira publicação.

Branco (2011, p. 389) informa que o *judicial activism*, cunhado por Arthur Schlesinger, na Revista *Fortune*, em 1947, foi pela primeira vez empregado em texto não-técnico, sem compromissos com rigores metodológicos ou acuidade doutrinária. Buscando verificar os distintos perfis ideológicos dos nove membros da Suprema Corte dos Estados Unidos à época, “[...] o autor separava os juízes em dois grupos diferenciados pelos rótulos de ‘ativistas judiciais’ e de ‘campeões da auto-contenção’ (*self-restraint*). A nenhuma das etiquetas era devotada alguma reflexão conceitual ou metodológica”. (BRANCO, 2011, p. 389).

A superficialidade despropositada na elaboração do conceito, não impediu sua rápida propagação na Teoria do Direito em voga a partir da segunda metade do século XX. E não poderia ser de outra maneira. Com o advento do constitucionalismo dirigente e o reforço das bases do Estado Democrático de Direito, o Poder Judiciário passou a ocupar papel central de garantidor dos direitos fundamentais, bem como da preservação das prerrogativas institucionais de si mesmo e dos demais Poderes políticos.

Não é à toa que um dos principais focos de debates que envolvem o ativismo judicial corresponde ao campo do controle de constitucionalidade de normas, processo desenvolvido no âmbito do Tribunal Constitucional, instituição cuja força determinante marca o constitucionalismo ocidental como pilar do Estado, da democracia e dos direitos e garantias fundamentais dos seres humanos considerados como cidadãos, indivíduos ou grupos sociais, sejam estes nacionais ou não.

Coelho (2011) diferencia ativismo judicial de criação judicial do Direito. O primeiro estaria relacionado à atuação positiva dos juízes/tribunais que extrapolam os delineamentos institucionais da sua função, invadindo a competência constitucional do Poder Legislativo e do Poder Executivo. O segundo se constitui em atividade legítima empreendida pelo operador jurídico e ínsita ao exercício hermenêutico de cunho criativo.

Diversamente do ativismo judicial, que desrespeitaria esses limites, a criação judicial do Direito seria o exercício regular do poder-dever, que incumbe aos juízes, de transformar o direito legislado em direito interpretado/aplicado, caminhando do geral e abstrato da lei ao singular e concreto da prestação jurisdicional, a fim de realizar a justiça em sentido material [...]. (COELHO, 2011, p. 482).

Observa-se que o Autor parte do pressuposto hermenêutico kelseniano, conhecido como positivismo semântico ou normativista. Contudo, não entende a aplicação do Direito como ato de vontade do intérprete. Assinala que a liberdade deste há de ser “liberdade

responsável e auto-controlada”, uma vez que não lhe é dado aproveitar-se da abertura semântica dos textos para definir-lhes conteúdos incompatíveis com os enunciados normativos.

Para Coelho (2011, p. 485), não há como sustentar apenas a exegese pura da lei e reduzir a faculdade de interpretação do juiz, obstruindo o “desenvolvimento aberto do direito”. Nesse sentido, ele justifica a diferenciação conceitual proposta, pois não há como condenar completamente o ativismo judicial como atividade nociva à ordem democrática de separação dos poderes, sem fechar os olhos à criação jurídica da norma pelo operador do Direito, no instante em que esta é aplicada no caso concreto.

Assim, propõe que juízes e legisladores caminhem de mãos dadas, reconhecendo, como indispensável, a participação ativa do Judiciário na construção e no avanço do Direito, não vendo na sua atuação criativa usurpação à esfera funcional e política do Poder Legislativo.

No Brasil, conforme anota Martins (2010, p. 460), não há consenso doutrinário a respeito do crescente protagonismo judicial, bem como sobre seus efeitos na ordem democrática, “[...] por uns saudado tendo em vista omissões dos poderes legislativo e executivo; por outros é visto com no mínimo ceticismo ou como intromissão indevida senão inconstitucional na esfera de competência das instâncias eminentemente políticas [...]”. (MARTINS, 2010, p. 460).

O pano de fundo desse debate, no que concerne ao controle judicial de constitucionalidade abstrato das normas, é a busca por fundamento de legitimidade democrática das decisões proferidas pelo colegiado do Supremo Tribunal Federal em referência à suspensão de validade e eficácia de leis elaboradas e votadas pelos representantes diretos do povo no Legislativo.

Sabe-se que a Corte Constitucional brasileira tem alargado cada vez mais os seus poderes no controle do Poder Público com escopo na salvaguarda da Constituição, o que tem levado ao Tribunal questões de luta política que deveriam ser solucionadas no âmbito do Poder Legislativo e da Administração Pública, como, por exemplo, a demarcação de terras indígenas, a chamada “Lei da Ficha Limpa”, a possibilidade de aborto dos fetos anencéfalos, o controle judicial de políticas públicas, os direitos civis dos homossexuais. Alguns desses casos, será objeto de exame na terceira parte deste trabalho.

O Supremo Tribunal Federal nem sempre ocupou lugar de destaque no arcabouço institucional do País. Em 1968, Aliomar Baleeiro publicou o livro “O Supremo Tribunal Federal, esse outro desconhecido”, em referência ao *habeas corpus*, impetrado por Rui

Barbosa, para garantir o direito à liberdade de locomoção da sua família durante as eleições que aconteciam à época. O caso deu destaque público e midiático ao Tribunal, no momento histórico em que é situado.

Ao passar da História, o Supremo Tribunal foi ganhando maior visibilidade não apenas perante as instituições e as Universidades, mas também perante os cidadãos que passaram a perceber que importantes questões do seu dia-a-dia, envolvendo tanto aspectos procedimentais quanto culturais e valorativos, estavam postas em xeque, acompanhando os julgamentos da Corte e manifestando opiniões através dos diversos meios de comunicação, dentre eles as redes sociais.

Vieira (2008) aponta este fenômeno como “[...] de avanço do direito em detrimento da política e conseqüente ampliação da esfera de autoridade dos tribunais em detrimento dos parlamentos”. Nessa esteira, o avanço da autoridade dos Tribunais Constitucionais está ligado ao déficit de representatividade dos demais poderes.

Introduz-se, aqui, adendo para discordar desta visão. O Supremo Tribunal Federal, quando chamado a atuar como Tribunal Constitucional, é provocado para julgar casos que envolvem direitos fundamentais de minorias, investido da prerrogativa de atuação contramajoritária que dispõe e não puramente para corrigir deficiências do Poder Legislativo.

Lembre-se que o Legislativo é eleito mediante sistema majoritário, representando, ao menos no plano teórico, a vontade geral alcançada através da maioria que acompanha o exercício do mandato. Esses representantes, ainda que respaldados pela eleição democrática, tem o dever de respeitar a Constituição, seguir suas diretrizes e dar ensejo à produção normativa que se coadune com seus princípios. Se assim não ocorre, se a composição representativa da maioria do eleitorado fere direitos e princípios fundamentais, faz parte da ordem democrática que o Judiciário seja chamado a corrigir essas distorções e preserve o *status* constitucional daqueles que, embora não se façam representar, são considerados sujeitos de direitos como todos os demais⁹.

Contudo, não se pode ignorar completamente essa questão, tendo em vista o crescente número dos julgamentos que envolvem omissões constitucionais, quando se trata do julgamento de Mandados de Injunção ou de Ação Declaratória de Inconstitucionalidade por

⁹ Todavia, não se pode desconsiderar a postura ativa dos juízes, contrariando o mero positivismo exegético, quando em acordo com a ordem majoritária e em desfavor das minorias. Como exemplo, Rigaux (2003) cita a jurisprudência alemã durante o regime nazista. Assevera o Autor: “Mais do que por uma doutrina jurídica, o positivismo, que deixara de ser a unanimidade, explica-se a adesão das ‘elites’ à ditadura pela tradição do Estado autoritário, o *Obrigkeitsstaat*. Após a guerra, um aresto das Câmaras reunidas da Corte Federal de Justiça minimiza as violações do direito cometidas pelos nacionais-socialistas durante os anos que se seguiram à tomada de poder e chega a considerar que o dever dos funcionários públicos de seguir as diretrizes do partido era justificado pelo respeito devido a uma decisão majoritária da nação”. (RIGAUX, 2003, p. 129).

Omissão. Além do mais, é forçoso reconhecer que a elaboração de Constituições, cada vez mais analíticas, revela a desconfiança contemporânea no legislador ordinário.

Diferentemente das constituições liberais, que estabeleciam poucos direitos e privilegiavam o desenho de instituições políticas voltadas a permitir que cada geração pudesse fazer suas próprias escolhas substantivas, intermédio da lei e de políticas públicas, muitas constituições contemporâneas são desconfiadas do legislador, optando por sobre tudo decidir e deixando ao legislativo e ao executivo apenas a função de implementação da vontade constituinte, enquanto ao judiciário fica entregue a função última de guardião da constituição. (VIEIRA, 2008, p. 443).

Vieira (2008, p. 444) desenvolve, nessa esteira, o conceito de “supremocracia”, abordado em dois sentidos. O primeiro destaca a preeminência e a autoridade do Supremo Tribunal Federal no que tange aos demais órgãos do próprio Poder Judiciário. O segundo põe em relevo a autoridade que as decisões do Tribunal têm ganhado frente aos demais Poderes da República.

Para o Autor, embora o fortalecimento das Cortes Constitucionais seja um evento passível de verificação em quase todo o mundo político-democrático pós-1945, o caso brasileiro é particular devido à “ambição constitucional” do constituinte originário e à concentração de diversas competências no STF (Tribunal Constitucional, foro especializado e tribunal de recursos de última instância).

A constatação desse fato pode revelar que o forte protagonismo jurídico, político e social do Supremo Tribunal Federal, atualmente, tenha sido desejado pelo constituinte originário, embora suas consequências não fossem, ao tempo da formação da nova Constituição, devidamente debatidas.

Outrossim, a ideia de um Poder que possa controlar os demais e assegurar o pacto legal selado politicamente é de forte marca histórica no País. A previsão de controle de constitucionalidade por aqui, ao contrário do que reproduzem os manuais pátrios de Direito Constitucional, não foi puramente importada dos modelos europeu ou americano, já que foi implementada, pela primeira vez, na Constituição de 1891. Lima (1997) relata que a deputação brasileira presente na Assembleia de Lisboa, em 1821, já havia pensado a referida proposta de controle para a nova Constituição Portuguesa que viesse a estabelecer e regular as instituições políticas no Brasil.

Além dos três poderes – executivo, legislativo e judiciário – haveria um quarto, que não era o moderador, e sim constituído por um corpo de censores que, eleitos do mesmo modo que os deputados e fazendo vezes de poder verificador destes representantes, agiriam como fiscais com relação à invasão de um dos poderes nas atribuições de outro, levando qualquer ato inconstitucional perante um ‘grão-jurado nacional’, por eles próprio nomeado e formado em partes iguais de deputados, membros do tribunal supremo de justiça e conselheiros de Estado, estes escolhidos

pelas juntas eleitorais das províncias, à razão de um pelo menos por província, obrando a requerimento das Cortes. (LIMA, 1997, p. 155).

Atualmente, o próprio Tribunal reconhece a importância e o caráter político das suas decisões. De acordo com Branco (2011, p. 397), a própria teoria dominante dos direitos fundamentais no Brasil propicia o ativismo judicial. O artigo 5º, § 1º, da Constituição Federal de 1988, afirma que todas as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais possuem aplicação imediata. Muitos desses direitos englobam normas programáticas que impõe agir positivo ao Estado. Se este não as realiza/efetiva também age em desacordo com a Constituição – o que se conhece como omissão inconstitucional.

Acrescido a isto, têm-se as previsões normativas contidas nos tratados de direitos humanos dos quais o Brasil é signatário. Ou seja, a tarefa da guarda da Constituição confunde-se com a necessidade de preservar-lhe a eficácia, a partir da concretização dos direitos e preservação das garantias nela estabelecidos.

Tal tarefa é reputada por necessária frente à instabilidade histórica da democracia brasileira. Esta tem experimentado seu maior período de permanência e relativo equilíbrio após a redemocratização firmada com a promulgação da Constituição Federal de 1988 que, além de aumentar sobremaneira a competência do Supremo Tribunal Federal, alargou também o rol de atores legitimados a provocá-lo.

Referida assertiva não leva diretamente à conclusão de que o Poder Judiciário ganhou *status* superior aos demais Poderes na formatação atual do Estado brasileiro. O fato é que o País, recém saído de uma experiência ditatorial traumática, necessitava buscar, em todos os modos, preservar as conquistas alcançadas no plano normativo, razão pela qual também o Ministério Público, como fiscal da lei, ganhou destaque na atual Carta Política.

A questão, todavia, está em como controlar o Poder Judiciário para que este não exorbite de sua competência constitucional. Se a criação judicial fiscaliza e fomenta a concretização de direitos e políticas públicas, como controlar o controle? Como definir seus limites de acordo com a teoria democrática? Como impedir que o Poder Constituinte seja pouco a pouco substituído pela ditadura dos juízes?

A necessária preocupação com o equilíbrio funcional do governo na República Federativa do Brasil encontra guarida na própria Constituição de 1988, quando esta consagra a clássica tríade proposta por Montesquieu (1997), mediante o sistema de freios e contrapesos, como poderes harmônicos e independentes entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

Sorto (2004, p. 85) assevera que “A pretensão de Montesquieu é, antes de tudo, evitar o exercício arbitrário do poder”. Salienta, ainda, que esse poderio exercido pelo Estado é uno,

suas principais funções que são divididas de forma a evitar a concentração. Montesquieu (1997, p. 202), de fato, aponta para o perigo do mesmo “homem” ou “corpo” reunir todas as três atribuições do Poder. “Esses três ‘poderes’ – que em rigor não são poderes, porque o poder não comporta divisões, são na realidade funções do Estado – jamais devem estar concentrados num só corpo individual ou coletivo [...]”. (SORTO, 2004, p. 87).

Na Teoria Constitucional brasileira, podem ser encontrados, atualmente, dois caminhos convergentes que visam a evitar o acúmulo indevido das funções estatais no Poder Judiciário: o controle hermenêutico e a abertura do processo constitucional para a participação de outros atores sociais. A abertura/pluralização do debate constitucional, em nível decisório, permite que Tribunal, sociedade e seus representantes se alinhem argumentativamente em uma ágora capaz de contemplar os diversos discursos e de possibilitar rupturas históricas ou apenas pontuais mudanças no direito e na política, sem a utilização da violência.

Em suma, na medida em que devem veicular as suas pretensões em conformidade com as regras do jogo, mesmo pugnando entre si e agindo sob a lógica da conclusão desejada, são os participantes do debate judicial que, de fato, viabilizam esse jogo e concorrem para o seu desfecho jurídico, que outro não é o ato decisório pelo qual – em nome de toda a sociedade –, o julgador não apenas soluciona como também termina os conflitos, impedindo que eles prossigam ou se renovem. (COELHO, 2011, p. 498).

O juspositivismo, embora ainda resistente no Direito brasileiro, tem sucumbido ante o crescente reconhecimento dos fenômenos da judicialização da política e politização do Direito – cuja apreensão, mesmo não sendo novidade perante as teorias críticas dos positivismos, leva ao questionamento da tese da pureza da norma e da própria Ciência Jurídica – e à expansão do paradigma da linguagem para além da Filosofia. Essa mudança de paradigmas no interior da ciência jurídica tira o foco da hermenêutica solipsista e concentra suas atenções na forma de compreender/interpretar a partir de outros olhares, como o do contexto/horizonte do intérprete e dos sujeitos que estão envolvidos neste processo.

Essa noção é compreendida pela hermenêutica filosófica de Gadamer (2011), situada paradigmaticamente no referencial da linguagem, adotado em contraposição à filosofia da consciência, aplicada à esfera do conhecimento. Nesse sentido, é possível identificar um elo entre a virada ontológica da hermenêutica, a sociedade aberta teorizada por Popper (1998) e a nova proposta para interpretação constitucional de Häberle (1997), formando o arcabouço teórico apto a compreender a construção jurisprudencial que vem admitindo cada vez mais a participação das organizações não-governamentais de direitos humanos no Supremo Tribunal Federal.

1.2 Virada Ontológica da Hermenêutica e Paradigma da Sociedade Aberta

Não é possível compreender a crescente participação da sociedade civil no Supremo Tribunal Federal e, por conseguinte, a abertura da hermenêutica constitucional, especificamente no que tange à proteção de direitos humanos, sem situá-la em relação à crise paradigmática que marca o Direito Constitucional brasileiro na atualidade, a saber, a falência dos positivismos quanto ao modo de interpretar/aplicar o ordenamento jurídico e as discussões que envolvem o tema do ativismo judicial, acompanhado do fenômeno da judicialização da política e do acentuado papel desenvolvido pelos Tribunais Constitucionais na sua atividade judicante.

Investigar esse fenômeno passa pela busca de novos delineamentos para o exercício hermenêutico, que envolvam a técnica da decisão judicial, capazes de justificar ou, até mesmo, legitimar, o processo criativo de construção normativa dos direitos humanos presentes na Constituição Federal de 1988, a partir da composição dialógica das diversas vozes interessadas e/ou diretamente atingidas pelo procedimento¹⁰.

Tal tarefa pode ser reputada de viés extremamente complexo frente ao visível momento de transição por que passa a própria Teoria Constitucional e a Filosofia do Direito. Sobretudo no Estado brasileiro, esse momento de mudança caminha na linha tênue que revisita criticamente, por um lado, a teoria política clássica e, por outro, propõe revisão da ordem democrática de forma que reste assegurado, cada vez mais, através da atividade judicante, o respeito às garantias fundamentais.

Tendo em vista essas razões, é imperioso o delineamento do marco central de que procede a análise, de forma que esta reste situada não apenas no plano factual, mas também filosófico. Assim, prossegue-se compreendendo o exercício interpretativo levado a efeito na Jurisdição Constitucional, sob o aspecto do novel paradigma hermenêutico, proposto por Hans-Georg Gadamer (2011), e presente em Peter Häberle (1997), com a elaboração da teoria da sociedade aberta dos intérpretes da Constituição, em contraposição às formas de compreensão e produção do Direito estabelecidas ainda sobre o paradigma da filosofia da consciência e reproduzidas hodiernamente.

¹⁰ A esse respeito, Neves (2011, p. 84) informa o novo ponto de vista que tem repercutido sobre a interpretação constitucional e a concretização das normas fundamentais, em que “[...] o texto e a realidade constitucionais encontram-se em permanente relação através da normatividade constitucional obtida no decurso do processo de concretização”.

Ao que se chama filosofia da consciência é atribuído o pensamento filosófico iluminista que introduz a teoria do conhecimento e o culto à razão, inaugurados por Bacon e Descartes entre os Séculos XVI e XVII. Aqui, a busca do conhecimento verdadeiro e puro é dada unicamente por meio da apreensão intelectual (razão) metodologicamente estruturada, de forma a afastar todos os erros apreendidos via conhecimento sensível – sensação, percepção, memória, linguagem. (CHAUÍ, 2000, p.145).

Neutralidade e afastamento do sujeito que analisa o objeto, rigor metodológico, objetividade, investigação científica com escopo técnico e validade universal são características da teoria do conhecimento que influenciaram o processo de estruturação do Direito enquanto ciência e formaram a base das escolas juspositivistas¹¹.

Juntamente com o colapso por que passou o positivismo, a hermenêutica do Direito, dele derivada, também sofreu transformações, encontrando-se no momento de transição catalisada pela (re)descoberta da linguagem também no fenômeno jurídico. Nesse sentido, Camargo (2003) relata como a interpretação do Direito desenvolveu-se ao longo da história, ao passo que demonstra a intensa relação entre a compreensão do complexo normativo e sua efetividade, através da prática decisória.

Em Roma, a interpretação do Direito consolidou-se a partir da prática pretoriana. É importante ressaltar que, nessa época, ainda não havia direito codificado e estruturado enquanto sistema. Isto mostra como a interpretação jurídica, em seus primórdios, apresenta-se intimamente ligada ao contexto de aplicação.

O método escolástico, por sua vez, introduziu o argumento de autoridade absoluta em relação a determinados textos, como o que ocorrera com a Bíblia e o *Corpus Juris Civilis*. A hermenêutica teológica, contudo, ganha destaque com a Reforma Protestante e a defesa da livre interpretação da Bíblia por qualquer ser humano. Neste momento, a interpretação alegórica das Sagradas Escrituras, levada a cabo pela hermenêutica patrística, cede lugar à interpretação literal proposta pelos reformistas, ligada ao método objetivo de apuração do conhecimento.

Referida forma de interpretar não era novidade para o Direito. No desenvolvimento da hermenêutica jurídica foi fundamental a tarefa dos glosadores na Universidade de Bolonha, nos Séculos XI e XII. A partir da atividade intelectual dos professores "[...] aparecem as

¹¹ Oliveira (2011, p. 41) anota que “[...] a ideia da construção racional de um sistema jurídico – perfeitamente formulado em termos lógicos objetivos – foi uma manifestação teórico cultural, inaugurada com o humanismo renascentista, no interior da qual se buscava afirmar, num espaço discursivo situado dentro de um universo humano-racional, um modelo de pensamento que conseguisse captar as formas jurídicas naturais que a Razão poderia demonstrar a partir da lógica”.

glosas, palavra por palavra, linha por linha, para logo alcançar todo o sistema, visto como um todo harmônico, a reunir as partes, conforme princípios de ordem geral”. (CAMARGO, 2003, p. 26).

A atividade dos glosadores influenciou a formação da Escola da Exegese pelos franceses séculos mais tarde. Restringindo o Direito unicamente à lei, sem confrontá-lo com o contexto no qual esta se insere (ou é inserida), os exegetas abordam a ciência jurídica como “[...] uma mera análise metódica dos textos em seu aspecto gramatical, lógico e sistemático, sem maiores questionamentos sobre a validade mesma desses textos, ou sua adequação às condições sociais”. (MARQUES NETO, 2011, p. 100).

É neste contexto que se inicia o pensamento jusfilosófico moderno e surge o apelo à vontade do legislador, como maneira de integração do ordenamento em caso de lacuna. Não era permitido ao intérprete criar sobre a norma, mas tão somente lhe era autorizada a atividade da subsunção do fato ao comando legal.

Como contraponto, surge na Alemanha do Século XIX a Escola Histórica do Direito sob forte influência do historicismo e do romantismo alemão. Esta nova corrente propunha o resgate da tradição histórica e costumeira aliada à atividade racional sobre o real como verdadeira fonte de interpretação do Direito. A racionalidade deixa de ser abstrata e passa a estar situada no tempo e no espaço.

A hermenêutica, nesta fase, constituía-se com base no que ficou consignado como “espírito do povo”, sendo este a única fonte onde a história poderia resgatar seu sentido e seu valor. De acordo com Bauman (2007, p. 22), isso fundamentava a ideia de nação [sic.], já que a Alemanha era bastante fragmentada, consistindo esta numa forma romântica de um povo buscar sua unidade. Todavia, a comunidade era vista tendo como paradigma o indivíduo e não a própria coletividade.

A hermenêutica do Século XIX nasce, portanto, baseada nesse paradigma sustentado pela historiografia da época, através do caráter espiritual e nacional de uma nação em busca de Estado e da visão romântica da obra criativa.

No Direito, este movimento, aliado à influência historicista, propõe o desprendimento da hermenêutica do caráter puramente literal e exegetico “[...] na medida em que é reconhecida a necessidade de se interpretarem tanto as circunstâncias históricas que ensejaram a criação de um texto quanto as circunstâncias que determinam a sua posterior utilização”.

(CAMARGO, 2003, p. 28). Contudo, foi com o Iluminismo que a hermenêutica passa a se comportar como ciência, ganhar técnicas e métodos próprios¹².

A fenomenologia presente em Husserl (1990) e em Heidegger (1988) promove nova mudança na hermenêutica, que passa a ser identificada com a compreensão. Entendida esta como “consciência do próprio ser”. Em Heidegger, “compreender não significa mais um comportamento do pensamento humano dentre outros que se pode disciplinar metodologicamente, [...] mas perfaz a mobilidade de fundo da existência humana”. (GADAMER, 2011, p. 125).

Heidegger escreve no momento de desagregação da Filosofia. Enquanto “[...] observa a fenomenologia (Husserl) percebe que está diante da possibilidade do recomeço da filosofia, a qual se afasta da metafísica aprisionada ao esquema sujeito-objeto e visa a situação concreta do homem”. (NASCIMENTO, 2009, p. 152).

É com o este novo entendimento, que retoma a questão do ser, abordando a própria existência como dimensão do compreender e do interpretar, que ocorre a chamada virada ontológica na hermenêutica, cuja influência é notória em Hans-Georg Gadamer, principal expoente da Filosofia hermenêutica do Século XX, levando-o a escrever “Verdade e Método” ou “Verdade contra o Método”.

Sem preocupações em formular um tratado sobre como se interpretar, Gadamer (2011) investiga as relações entre o ser, a tradição, a linguagem e a compreensão como fundamento do que denomina “hermenêutica filosófica”, em contraposição à filosofia hermenêutica. Não se coloca contra o método, mas desmente sua pretensa função reveladora da verdade única e absoluta que escamoteia a presença do sujeito como existência no momento em que interpreta e compreende o mundo à sua volta. Isso ocorre tanto nas ciências naturais como nas chamadas “ciências do espírito”.

À medida que a hermenêutica supera a ingenuidade positivista presente no conceito do dado (*Gegebenes*), através da reflexão sobre os condicionamentos da compreensão (compreensão prévia, prioridade da pergunta, história da motivação de cada enunciado), ela faz também uma crítica da reflexão metodológica positivista. (GADAMER, 2011, p. 133).

A Filosofia do Direito e a Hermenêutica Jurídica não se mantiveram imunes a essas novidades. Ao contrário, para Gadamer (2011, p. 129), essa questão traz nova vida à tradição

¹² Gadamer (2011, p. 113) assevera, no entanto, que o uso moderno da palavra “hermenêutica” nasce juntamente com a tradição científica da modernidade. “Quando hoje falamos de “hermenêutica”, encontramos-nos situados, bem ao contrário, na tradição científica da modernidade. O uso moderno da palavra “hermenêutica” principia exatamente aí, quer dizer, com o surgimento do conceito moderno de método e de ciência. No seu uso aparece sempre implícita uma espécie de consciência metodológica. Não apenas possuímos a arte da interpretação como também podemos justificá-la teoricamente”.

da interpretação no Direito, pois, neste sistema, a hermenêutica ganha disciplina normativa e função dogmática, à medida que está nitidamente atrelada ao contexto de aplicação da norma interpretada. A interpretação, por meio da compreensão, possibilitada pela linguagem, ganha viés prático ao passo que é voltada para solucionar questões concretas.

Nessa esteira, Camargo (2003) entende a hermenêutica jurídica através do caráter prático, factual, orientado para aplicação e concretude da lei, que, nesse caso, é a lei posta. Entende a interpretação do Direito como sendo muito mais que apenas a atividade de aplicação de técnicas e utilização da subsunção do fato à norma, pois o encara como sistema complexo que envolve fatos, normas, valores e situações históricas. Assim, a interpretação do Direito encontra o campo da compreensão¹³.

A interpretação, desta forma, é examinada como “[...] a ação mediadora que procura compreender aquilo que foi dito ou escrito por outrem”. Por sua vez, compreender é “indagar sobre as possibilidades do significado de um acontecer próprio das relações humanas”. (CAMARGO, 2003, p. 20). Esse processo de compreensão/interpretação se concretiza através da argumentação, retirando a compreensão do âmbito da racionalidade demonstrativa para o campo da verossimilhança.

Igualmente, Pound (2004), um dos principais jusfilósofos do pragmatismo jurídico, nega o formalismo determinista proposto pelo positivismo, asseverando que tudo quanto proposto em matéria jurídica, se encontra condicionado por diversos fatores históricos e sociais. Assim, o Autor defende uma interpretação ativa, que examine as instituições e normas jurídicas como dados sujeitos a contínua transformações ao longo de tempo¹⁴.

Para Nascimento (2009, p. 152), a introdução do Direito no domínio das ciências da compreensão possibilita a recuperação da sua função social e democrática. Pode-se dizer que mais do que isso. Entender o complexo jurídico que rege determinada sociedade e como ele atua, através da função judicante, por meio da virada ontológica da hermenêutica e das proposições da hermenêutica filosófica gadameriana, permite encarar o problema da técnica da decisão judicial, sua integração ao valor justiça e sua legitimidade, sem escamoteamentos.

¹³ Para Camargo (2003, p. 17), “[...] o direito apresenta-se jungido à própria hermenêutica, uma vez que a sua existência, enquanto significação, depende da concretização ou da aplicação da lei em cada caso julgado”. Desta forma, entende “[...] a existência do direito, enquanto norma individual e concreta, correspondente à sua compreensão, para a qual se abrem várias possibilidades interpretativas”. (CAMARGO, 2003, p. 19).

¹⁴ Nesse sentido, Pound (2004) ainda questiona a ideia do Direito como ciência pura, devendo este ser entendido como ciência da engenharia social. “Séanos permitido, por un momento, pensar en la jurisprudência como una ciencia de ingeniería social cuya competencia corresponde a aquella parte de todo el campo social en el que puede lograrse la ordenación de relaciones humanas a través de la acción de la sociedad políticamente organizada”. (POUND, 2004, p. 178).

Pensar que o método não é capaz, por si só, de conferir validade absoluta e universal a determinada interpretação, torna, sem dúvida, o caminho para a teoria da decisão judicial atrelado ao estudo da hermenêutica jurídica muito mais complexo, mas ajuda a lidar de forma teoricamente madura com suas contradições e suas convergências.

1.2.1 Hermenêutica filosófica gadameriana

Gadamer (2011) não possuía intenção prática em escrever “Verdade e Método”, mas filosófica. Contudo, não nega a importância da utilização do método nas ciências do espírito. Busca responder à pergunta: como é possível a compreensão? E, através disso, transforma o problema da Filosofia em questão a ser debatida em todas as ciências, sejam elas as naturais, sejam as do “espírito”.

Em suas próprias palavras, no Prefácio à 2ª. edição, afirma procurar demonstrar algo identificável em todas as formas de compreender e “[...] mostrar que a compreensão jamais é um comportamento subjetivo frente a um ‘objeto’ dado, mas pertence à história efetual, e isto significa, pertence ao ser daquilo que é compreendido”. (GADAMER, 2011, p. 18).

A partir do destaque dado à tradição, ressalta a insustentabilidade do conhecimento universalmente válido. No entanto, defende o caráter universal da hermenêutica como manifestação da linguagem na compreensão comum a toda comunicação entre os seres humanos, seja de forma oral, seja escrita ou através da arte.

Não há, em Gadamer, a proposição de metodologia na aferição da verdade absolutamente válida, uma vez que a busca desta direciona a compreensão para a idealização de conhecimento jamais concretizável, tendo em vista o papel que a experiência, aliada à construção dos significados lingüísticos, exerce sobre o compreender.

O Autor traz a lume a consciência histórica como situação hermenêutica que, no momento de realização da compreensão, delimita o horizonte do intérprete. A tradição exerce papel crucial aqui. Anota Camargo (2003, p. 32) que “[...] todo ser histórico encontra-se inserido na tradição e ocupa determinada posição que lhe delimita horizontes. O ser humano, devido à sua condição histórica é, por isso, um ser limitado”.

O conceito de tradição, em Gadamer (2011), está ligado à experiência histórica do intérprete. Sua análise diferencia-se do historicismo hegeliano, pois não se trata do caráter

puramente determinante da história sobre a consciência, mas do reconhecimento da sua influência na forma do sujeito compreender a si mesmo e o mundo a sua volta.

[...] na compreensão não se trata seguramente de um ‘entendimento histórico que reconstruiria exatamente o que retrata o texto. Ao contrário, pensamos *compreender o próprio texto*. Mas isso significa que, no redespertar o sentido do texto já se encontram sempre implicados os pensamentos próprios do intérprete. Nesse sentido o próprio horizonte do intérprete é determinante, mas também ele não como um ponto de vista próprio que se mantém ou se impõe, mas como uma opinião e possibilidade que se ocasiona e coloca em jogo e que ajuda a apropriar-se verdadeiramente do que se diz no texto. (GADAMER, 2011, p. 503).

Esta ideia relaciona-se com o movimento dialético em que o horizonte composto pela situação hermenêutica do presente se alia à situação histórica. Ou seja, a experiência histórica, que também pode ser considerada como pré-compreensão do intérprete, é contraposta ao conteúdo do texto e a interpretação resultante ocorre mediada pela linguagem¹⁵ transposta sob a forma de diálogo.

Bonfim (2010, p. 80) aponta, em Gadamer, três formas de compreender. A primeira diz respeito à atitude do eu em uma análise solipsista e individual da compreensão. A segunda, embora reconheça o outro e sua posição como importantes, considera-o apenas como objeto/instrumento da sua observação. A terceira forma de compreensão tem como referência a formação do eu histórico que dialoga com a tradição. É nesta que situa a hermenêutica filosófica gadameriana¹⁶, trabalhando com a noção de auto-conhecimento ou autocrítica – no sentido do intérprete conhecer os próprios pré-conceitos – e/ou a ideia de pré-compreensão. Trata-se da integração do saber apreendido com a experiência pessoal do sujeito a ocorrer de forma dialógica, em uma relação intersubjetiva.

A hermenêutica implica, antes, que toda compreensão de algo ou de um outro vem precedida de uma auto-crítica. Aquele que compreende não postula uma posição superior. Confessa, antes, a necessidade de colocar à prova a verdade que supõe própria. É o que está implícito em todo compreender, e por isso todo compreender contribui para o aperfeiçoamento da consciência histórica dos efeitos. (GADAMER, 2011, p. 141).

A dialética proposta por Gadamer (2011), nesse sentido, aponta para a convergência de compreensões, a qual ele denomina “fusão de horizontes”, estruturada num sistema de

¹⁵ “[...] a linguagem passa a ser vista, após a virada lingüística, como meio para compreensão do indivíduo no mundo, de forma a ser observada como processo de aprendizagem intersubjetivo”. (BONFIM, 2010, p. 77)

¹⁶ “A conversação é um processo de acordo. Toda verdadeira conversação implica nossa reação frente ao outro, implica deixar realmente espaço para seus pontos de vista e colocar-se no seu lugar, não no sentido de querer compreendê-lo com essa individualidade mas compreender aquilo que ele diz. Importa respeitar o direito objetivo da sua opinião, a fim de podermos chegar a um acordo em relação ao assunto em questão”. (GADAMER, 2011, p. 499).

perguntas e respostas¹⁷. “Essa é a razão por que todo compreender é sempre algo mais que a mera reprodução de uma opinião alheia. Quando se pergunta, abrem-se possibilidades de sentido, e com isso aquilo que possui sentido passa para a opinião pessoal”. (GADAMER, 2011, p. 489).

Assim, a interpretação do texto começa pela descoberta de qual pergunta ele faz e quais seus desdobramentos na aferição da resposta. Todo esse processo permite que o caminho da compreensão até a “descoberta” da verdade contida ali esteja aberto às possibilidades do conhecimento, sendo a hermenêutica esse exercício de busca, mediado pela linguagem, em que compreender o outro passa por compreender a si mesmo.

Esse diálogo do intérprete e a tradição com a obra enseja, por meio da fusão de horizontes, o encontro das opiniões do sujeito que investiga com as “opiniões” da obra investigada, o que demonstra claramente a presença do paradigma sujeito-sujeito e não mais sujeito-objeto na relação do conhecimento¹⁸.

Bonfim afirma que “[...] a dialética da experiência tem a sua consumação não em um saber concludente, mas pelo contrário, na abertura à experiência que é posta em funcionamento pela própria experiência”. (BONFIM, 2010, p. 79).

Saber é ir ao encontro dos opostos, é saber pensar as possibilidades como possibilidades, entender que o saber é fundamentalmente dialético. De acordo com Gadamer, todo perguntar e todo querer pressupõem um saber que não se sabe. O que conduz uma pergunta determinada é um saber não determinado. (BONFIM, 2010, p. 81).

Através desta dialética, os horizontes do intérprete estão em constante formação, bem como a compressão na e sobre a tradição que o acompanha. Assim, é possível alargar as concepções e apreender a atividade cognitiva como produtora de “verdades” dinâmicas, mas não por isso inválidas cientificamente.

Esta concepção pode ser encontrada em Karl Popper (1987), quando este disserta contra os totalitarismos presentes nas teorias do conhecimento desde Platão a Karl Marx. Embora o universo explorado na obra “A Sociedade Aberta e seus Inimigos” seja o político de feição liberal, sendo a preocupação com a democracia o foco central, Popper (1987) reage com veemência à dogmatização do conhecimento, sobretudo aquele de viés historicista, que retira do ser humano a capacidade transformadora da própria realidade e da própria história.

¹⁷ Para Gadamer, “[...] a dialética se concretiza na forma de pergunta e resposta, pois todo conhecimento tem de passar pela pergunta. Pergunta quer dizer colocar em aberto”. (BONFIM, 2010, p. 81).

¹⁸ É a partir desta característica da hermenêutica filosófica que Gadamer entenderá que esta pressupõe elemento que ultrapassa a mera retórica, pois “inclui sempre um encontro com as opiniões do outro, que vêm, por sua vez, à fala”. (GADAMER, 2011, p. 140).

No que se refere à hermenêutica jurídica, a principal contribuição da hermenêutica filosófica se dá na ligação prática entre o compreender e a aplicação do conhecimento¹⁹. No momento em que o juiz interpreta a lei, fundem-se os horizontes da norma e do próprio operador do Direito – inserido no contexto da tradição – e, ao final de todo o processo de compreensão, o resultado transformar-se-á em sentença, que valerá com força de lei.

Nessa esteira, Gadamer salienta que esta decisão não poderá ser arbitrária, mas justa, devendo “[...] pautar-se, portanto, em uma interpretação ‘correta’ e isso implica necessariamente que a compreensão faça a mediação entre a história e a atualidade”. (GADAMER, 2011, p. 19).

É importante ressaltar que Gadamer (2011) não sugere uma teoria da decisão. Seus escritos, jungidos à pergunta que envolve o problema da compreensão em geral, apenas demonstram como a virada ontológica da hermenêutica se estende ao Direito, estando este também inserido no *medium* da linguagem.

Assim, sob este novel paradigma, questionam-se os marcos juspositivistas da interpretação da lei, pois não mais poderá ser realizada de forma literal, sistemática e teleológica, voltadas para a “descoberta” da vontade do legislador, ou, no positivismo semântico, como ato político de vontade do operador do Direito. Assim, de igual sorte, questiona-se também a interpretação baseada apenas na jurisprudência dos conceitos e na análise histórica, que desconhecem a pré-compreensão do intérprete (e o diálogo que este estabelece com a tradição e o texto normativo, sendo parte integrante de todo o processo).

No outro extremo, põe em debate a hermenêutica jurídica que leva em consideração a jurisprudência dos interesses e, posteriormente, a jurisprudência de valores, uma vez que a interpretação da lei está ligada a determinado contexto de aplicação, não podendo sua atividade ser restrita ao exercício hermenêutico arbitrário e solipsista do juiz²⁰.

¹⁹ “[...] compreender o que alguém diz é pôr-se de acordo na linguagem e não transferir-se para o outro e reproduzir suas vivências. Destacamos que a experiência de sentido, que assim ocorre na compreensão, implica sempre um momento de aplicação. Percebemos agora que *todo esse processo é um processo de linguagem*”. (GADAMER, 2011, p. 497).

²⁰ A jurisprudência dos conceitos, a jurisprudência dos interesses e a jurisprudência dos valores correspondem a momentos distintos por que passaram a metodologia e interpretação do Direito, analisadas com profundidade por Larenz (1991). A jurisprudência dos conceitos, aplicada no Século XIX, deita suas raízes no Direito Natural e no historicismo hegeliano. Almejava, conforme Larenz (1991, p. 25), propor uma genealogia dos conceitos aplicada ao Direito, dando ênfase na teoria “objectivista” da interpretação. A jurisprudência dos interesses, nascida em seguida, sob nítida influência da sociologia, considerava a produção legislativa como produção de interesses e o Direito como o sistema de tutela desses. A jurisprudência dos valores, por sua vez, buscará identificar os interesses de acordo com suposta ordem de valoração existente na atividade legislativa. De acordo com Larenz (1991, p. 165), dessa concepção, cujo conteúdo integra a metodologia jurídica atual, surgem diversos problemas, como o consubstanciado no questionamento proposto pelo próprio Autor: “É aqui o juiz remetido para a sua intuição valorativa, para a sua capacidade de julgar, sedimentada no exercício da sua actividade (o seu ‘recto

De acordo com Richard Palmer (1986, *apud* Camargo, 2003, p. 38), em Gadamer, “[...] as chaves para a compreensão não são a manipulação e o controle, mas sim a participação e a abertura, não é o conhecimento, mas a experiência, não é a metodologia, mas sim a dialética”. Sem dúvida, Gadamer (2011) tem em vista a complexidade que envolve o caráter criativo e normativo da interpretação da lei, cuja compreensão, embora reconhecidamente dinâmica devido aos contornos da dialética proposta, deve estar comprometida com o pronunciamento da resposta correta à pergunta, com implicação direta no mundo fático.

Emílio Betti foi um dos principais críticos de Gadamer. Segundo ele, a ausência de método e técnicas próprias põe em risco o quesito objetividade. Todavia, Gadamer (2011) não defende uma posição relativista, mas uma consciência reflexiva.

O foco no compreender pela linguagem e entender a interpretação como processo dialógico, que também envolve o intérprete e a tradição numa fusão de horizontes, não induz à conclusão da relatividade do conhecimento, mas sim, na sua devida e constante abertura para o novo e conseqüente transformação à medida que novas investigações avançam resgatando ou não situações históricas.

O fato é que, desde a segunda metade do Século XX, vive-se um momento de crise e transição dos diversos marcos que fundamentaram a ciência – a busca pela verdade – durante mais de trezentos anos. Esse momento de instabilidade não põe em cheque a validade do conhecimento e a necessidade de se produzir respostas aos problemas propostos, mas questiona a infalibilidade do rigor metodológico e objetivo até então capaz de produzir verdades universais. O que fazer a partir desta constatação serão as cenas dos próximos capítulos da ciência, que progride no momento que se abre às diversas possibilidades que a compreensão oferta ao conhecimento.

Com isso, não demorou muito para que teóricos da Política e do Direito, como Karl Popper e Peter Häberle, respectivamente, norteassem suas investigações segundo esses novos parâmetros, com o fim de obter respostas satisfatórias e capazes de contribuir para o fortalecimento da Democracia nos Estados Constitucionais do Ocidente. Embora não faça referência a Gadamer, Popper desenvolve a crítica ao historicismo como forma totalizante da política e do conhecimento, propondo a abertura da Política e do conhecimento científico numa concepção objetiva, mas não absoluta.

juízo’), o seu ‘parecer’, ou existem valores e critérios de valoração extra ou supraleais a que ele possa ou deva arrimar-se?”.

1.2.2 Karl Popper e Sociedade Aberta

Karl Popper (1902-1994) ocupa o rol dos principais filósofos liberais do Século XX, sendo “A Sociedade Aberta e seus Inimigos”, publicada originalmente em 1945, uma das suas mais significativas obras. Nesta, Popper (1997) delinea o conceito de sociedade aberta, expõe sua visão a respeito da Democracia e das instituições, ao passo que critica, ferozmente, filósofos clássicos da teoria política que, no seu entender, marcam diferentes formas de totalitarismos, desde a idade antiga à era moderna. Esses, reconhecidos desde o essencialismo presente em Platão e Aristóteles, passando pelos historicismos de Hegel e Marx.

Para Popper (1987, p. 188), a sociedade aberta ou democrática, concebida em contraposição à sociedade fechada, tribal ou coletivista, tem como principais características a liberdade, a igualdade, o individualismo, o humanitarismo, a razão humana. Causa pela qual o ex-adepto das teses marxistas jaz, atualmente, sob a etiqueta de defensor incurável do liberalismo, sendo a sociedade aberta idealização do modelo de sociedade liberal. Referido rótulo não será contestado. No entanto, mister se faz esclarecer de qual, dentre os liberalismos, fala o Autor.

O liberalismo presente em Popper não corresponde ao liberalismo econômico derivado do modo de produção capitalista iniciado a partir das Grandes Navegações que inauguram a Era Moderna. Não obstante reconheça a importância do comércio na transição da sociedade fechada para a sociedade aberta, anota que esta ganhara seus primeiros contornos na Grécia de Péricles, Demócrito, Heródoto, Protágoras e Sócrates.

Formularam eles a doutrina de que as instituições humanas do idioma, dos costumes e da lei não tem o caráter mágico de tabus, mas são de autoria humana, não naturais, mas convencionais, e insistiram ao mesmo tempo em que somos responsáveis por essas instituições. (POPPER, 1987, p. 201).

Sócrates, por sua vez, contribuiu para a sociedade aberta ao pregar a fé na razão humana, ao mesmo passo em que ensinara a desconfiança no dogmatismo, “[...] na teoria e na razão, quando da atitude mágica daqueles que fazem da sabedoria um ídolo; que ensinou, em outras palavras, ser a crítica o espírito da ciência”. (POPPER, 1987, p. 201).

A liberdade em Popper (1987), defensor do pensamento crítico, é de caráter político e diz respeito à possibilidade de livre manifestação do indivíduo. Este, considerado como ser uno e co-participante na vida em sociedade, é exaltado não no sentido psicológico do ser humano ensimesmado que persegue os próprios objetivos em detrimento do outro, mas

enquanto pessoa que guarda em si potencial transformador da realidade em que vive e não é refém do coletivismo, da tradição e dos mitos. Em outras palavras, a sociedade como coletividade não tem sua importância diminuída na sociedade aberta, mas ela jamais poderá ser superior àqueles que a compõe.

No tribalismo, primeira forma totalitária de organização social, cada ser humano desempenhava papel e ocupava lugar/classe predeterminado pelo que acreditava ser obra natural e não humana. Contestar a ordem não deveria ser aceito, principalmente pela sensação de insegurança, causada diante da instabilidade perante todo aquele sistema em tese superior ao próprio indivíduo.

Nesse sentido, o humanitarismo e a igualdade aparecem como princípios basilares da sociedade aberta, pois presentes para garantir a liberdade de crítica consubstanciada no livre pensar e na livre expressão. O próprio valor de justiça se desprende da fórmula “dar a cada um o que é seu” e passa a ser marcado pelo ideal igualitário que apregoa a ascensão de todos os indivíduos enquanto seres humanos que integram a sociedade, reconhecendo a necessária guarida aos oprimidos.

Assim, em Popper (1987, p. 131), a liberdade não deve ser ilimitada, devendo o Estado restringi-la de forma que a liberdade de cada um esteja protegida pela lei. Isto também se aplica à liberdade econômica, uma vez que a proteção dos economicamente fracos contra os economicamente fortes resta assegurada por instituições sociais controladas pelo poder do Estado, ancorado no Direito.

[...] quando formos capazes de garantir pela lei um modo de vida condigno a todos os que queiram trabalhar [...] então estará perto de ser completa a proteção da liberdade do cidadão contra o medo econômico e a intimidação econômica. (POPPER, 1987, p. 132).

O papel do Estado, entendido como organização política, é assegurar as liberdades de cada cidadão, não apenas respeitando-a, mas também atuando de forma positiva. A democracia, por conseguinte, consiste em mecanismo de controle do exercício do poder pelos governados, realizado através das instituições.

As instituições democráticas devem ser fortalecidas ao passo que o planejamento intervencionista do Estado é levado adiante. Popper (1987, p. 136) considera o Estado e seu poder perigosos, mas necessários, na medida em que aquele deterá o poder da coerção para manter a liberdade. Contudo, para que se evite a forma totalitária, é importante fortalecer a democracia como instrumento de controle do poder e regulação das formas de liberdade.

[...] por democracia não entendo algo tão vago como “governo do povo” ou “governo da maioria”, mas um conjunto de instituições [...] que permitam o controle público dos governantes e sua mudança pelos governados, e que torne possível para os governados obter reformas sem usar de violência, mesmo contra a vontade dos governantes. (POPPER, 1987, p. 158).

Com o foco no fortalecimento das instituições, Popper (1987, p. 140) propõe que a pergunta “quem serão os governantes?” deve ser superada pela “como poderei domá-los?”. Nesse ponto, percebe-se como o Direito, ainda que não seja objeto das observações do Autor, ganha destaque no projeto de sociedade aberta que se segue ao advento do Estado Moderno e a superação deste pelo Estado Democrático. A lei é considerada uma das principais garantias dos cidadãos. No entanto, Popper (1987) não enfrenta a questão de como concretizá-la, senão por meio de instituições consolidadas²¹. Um forte exemplo destas, nas democracias constitucionais atuais, é a Jurisdição Constitucional.

Criado para exercer controle contramajoritário, o Tribunal Constitucional, cuja função precípua é a guarda da Constituição política de determinado País, atua de forma a restringir e corrigir a atuação do Poder Público, tanto na execução quanto na elaboração das leis.

Aqui, chega-se ao ponto do problema hermenêutico. Entender como esta instância de poder interpreta a Constituição e quem pode participar deste processo permite discernir se a Jurisdição Constitucional, notadamente o caso brasileiro, tem caminhado em direção à abertura democrática ou permanece fechada sob os auspícios do discurso “humanitarista” pregado em sua própria jurisprudência.

Com o escopo de situar a atual interpretação do Direito Constitucional no marco da virada ontológica da hermenêutica, é possível reconhecer estreitas relações entre as teses de Gadamer e Popper, atentando, obviamente, que o primeiro, em “Verdade e Método”, trabalha com problemas predominantemente de ordem filosófica, enquanto o segundo, em “A Sociedade Aberta e seus Inimigos”, enfrenta muito mais questões de ordem política. Todavia, ambos combatem a ideia de dogmatização do conhecimento, voltado para o estabelecimento de verdades absolutas e universais, sendo ambos críticos do positivismo nas ciências.

Enquanto Gadamer (2011, p. 25) segue defendendo que “[...] a unilateralidade do universalismo hermenêutico tem a seu favor a verdade do corretivo”, não caindo bem ao filósofo o papel de profeta, admoestador ou pregador em virtude da não infalibilidade das suas conclusões, Popper (1987, p. 232) assevera que se deve ter por racionalismo, o racionalismo crítico, cuja principal característica está na disponibilidade para ouvir argumentos e aprender da experiência.

²¹ O respeito às regras é importante, para Popper (1987), por ser a democracia o único regime político em que é possível haver reformas sem o recurso à violência.

A principal crítica de Popper (1987) às teses de Karl Marx, por exemplo, não é propriamente quanto ao método com que este analisa a realidade, mas pelo tom profético das suas conclusões que levam a humanidade à inevitabilidade histórica, tornando seu argumento inquestionável diante da forma como o teórico compreende e narra os fatos. Para Popper (1987, p. 234), “a razão, como a ciência, cresce por meio da crítica mútua”, assim como “a interpretação é um ponto de vista, cujo valor reside em sua fertilidade, em sua força de lançar luz sobre o material histórico, para levar-nos a encontrar novo material e para ajudar-nos a racionalizá-lo e unificá-lo”. (POPPER, 1987, p. 186).

É possível inferir, no pensamento popperiano, as circunstâncias do diálogo (linguagem) por meio do exercício crítico do conhecimento e da tradição (experiência). Em Gadamer (2011, p. 20), para que a tarefa hermenêutica – a atividade do compreender pela linguagem – possa se desenvolver é necessário que a tradição apropriada pela consciência possa ser questionada, o que, em Popper (1987) infere-se ser o princípio inicial para a sociedade aberta.

As teses desses autores, insta novamente ressaltar, embora elaboradas a partir de olhares voltados para problemas distintos, encontram-se na virada ontológica que não apenas a hermenêutica filosófica sofre no Século XX, mas também a teoria do conhecimento como um todo. A descoberta da linguagem – ainda que não abordada por Popper (1987) – possui assaz influência sobre a emergência dos novos paradigmas, sobretudo na Teoria Constitucional, cuja dinâmica encontra-se estreitamente ligada com a movimentação das forças políticas ou com o que Lassalle (2001) já chamou de “fatores reais de poder”.

O conceito de sociedade aberta tem influenciado sobremaneira a Hermenêutica Constitucional através dos pensamentos de Peter Häberle – a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição – cuja fonte popperiana é frequentemente citada. É sob esse que Häberle inaugura, na Hermenêutica Constitucional, o questionamento acerca dos participantes da interpretação. No entanto, o que é, como se delinea e de que forma a compreensão constitucional, pelos cidadãos, pode ser levada a efeito para que o conteúdo da norma se concretize de forma democrática – e não resulte de simples ato de vontade do juiz – deve ser visto a partir da mudança ontológica que envolve a própria hermenêutica.

1.3 Peter Häberle e Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição

Peter Häberle é reconhecido como um dos autores de referência do pós-positivismo de vertente pragmática – movimento identificado como aquele de reação ao legalismo presente nas teorias juspositivistas –, fundamentando sua teoria na práxis. Confere ao exame da realidade, da interpretação e concretude da norma prevalência sobre a ordem de valores possivelmente arraigada nos comandos legais, segundo moral, costumes, argumentação ou consenso. Suas teses estão inseridas no campo da Teoria Constitucional, cujos aportes vão desde a hermenêutica jurídica à nova formulação do Estado Constitucional Cooperativo, e têm encontrado crescente guarida no cenário da Teoria Constitucional brasileira, notadamente em referência ao processo de controle de constitucionalidade das leis.

O principal paradigma teórico que centraliza as incursões doutrinárias do Autor está na democracia liberal de feição plural, aberta e participativa. Sustenta a Teoria Constitucional como derivada diretamente da cultura, o que lhe confere feição dinâmica e dialógica permanente. Assertiva que não é suficiente para enquadrá-lo entre os autores relativistas, em decorrência da utilização dos princípios da dignidade da pessoa humana e democrático como premissas essenciais da formulação do seu pensamento²².

Identificando o pluralismo como principal pressuposto jusfilosófico da democracia constitucional, propõe nova forma de refletir sobre o Estado Social, a partir da sua própria Constituição, considerando como intérpretes desta tanto o cidadão quanto o jurista, de forma a possibilitar releituras contextualizadas do texto constitucional capaz de gerar maior compreensão e “pré-compreensão cultural”. (MIKUNDA-FRANCO, 2002)

Para tal, deve-se entender o pluralismo como valor fundamental da Constituição Democrática, bem como considerar o valor do “constitucionalismo democrático” aliado ao federalismo como fórmula política, tomando como exemplo a Alemanha. Os direitos fundamentais contidos em toda Constituição democrática, por conseguinte, ostentam dupla projeção que legitimam entender toda interpretação constitucional como processo público que abarca o conceito mais amplo de pluralismo.

Ao escrever sobre hermenêutica constitucional, Häberle (1997) propõe que esse tema seja discutido tendo em vista a questão dos participantes do processo de interpretação, de

²² Embora Häberle (2001, p. 169) apresente a teoria constitucional associada ao contexto cultural da formação da Constituição, ele aborda a dignidade da pessoa humana como premissa antropológico-cultural do Estado Constitucional e a democracia como consequência organizativa. Caminha mais no sentido de contextualização da norma e não sua relatividade.

forma a não restringir a Teoria Constitucional ao debate dos objetivos ou métodos de interpretação. Parte da tese de que o processo hermenêutico da constituição vincula, em potencial, todo o Estado e suas instituições, bem como todos os cidadãos e grupos, “[...] não sendo possível estabelecer-se um elenco cerrado ou fixado com *numerus clausus* de intérpretes da Constituição”. (HÄBERLE, 1997, p. 13).

O Autor trabalha com o conceito pragmático de interpretação, de forma que todo aquele que possui vivência da norma (experiência) a interpreta ou co-interpreta em seu cotidiano. Assim, apresenta os intérpretes da Constituição em sentido estrito e em sentido lato. Os primeiros seriam aqueles “autorizados” e legalmente competentes para integrar e decidir nos procedimentos interpretativos institucionais. Os segundos, por sua vez, correspondem a todos aqueles que se encontram à margem deste rol, mas nem por isso deixam de exercer a atividade hermenêutica.

Os participantes da interpretação constitucional são apresentados, sistematicamente, como: 1) os que desenvolvem funções estatais: a decisão vinculante da Corte Constitucional e dos demais órgãos que compõem a estrutura de poder do Estado; 2) aqueles que participam do processo de decisão, mas não são, necessariamente, órgãos estatais: partes atuantes nos processos (na condição de autor/réu, terceiros interessados, pareceristas, peritos, experts, grupos de pressão organizados); 3) a opinião pública de forma geral (imprensa, cidadãos, associações, partidos, organizações comunitárias etc.).

Häberle (1997, p. 30) entende a interpretação como processo aberto, capaz de conhecer possibilidades e alternativas múltiplas, contrariando a “ideologia da subsunção”. Desta forma, a ampliação do círculo de intérpretes seria mera consequência da necessidade de integração da realidade no procedimento hermenêutico. De forma contrária ao paradigma restritivo que norteia o acesso dos cidadãos aos Tribunais Constitucionais nas atuais Constituições dogmáticas, como a Constituição Federal Brasileira, de 1988, Häberle (2002, p. 86) afirma que a interpretação da Constituição deve ser entendida como processo público.

La exégesis constitucional requiere teóricamente por tanto ser ampliada y profundizada tras añadirle la ‘dimensión de lo público’, toda vez que su objeto no es otro que la propia constitución sobre la que se basa la mismísima *res publica* y porque en sus procedimientos se hallan implicadas personalmente, además de otros muchos factores, todas las fuerzas públicas. (HÄBERLE, 2002, p. 87).

A Constituição corresponde ao ordenamento jurídico básico da sociedade e do Estado, abrangendo tudo aquilo que constitui a sociedade positivamente estabelecida, isto é, compreende as estruturas básicas de qualquer sociedade pluralista, como, inclusive, as relações de grupos sociais entre si e com a cidadania, estabelecidas sobre a base da tolerância.

A tarefa de se entender a interpretação da Constituição como processo público é exigência da sociedade aberta dos intérpretes da Constituição.

A interpretação constitucional pluralista é a exegese constitucional entendida em sentido amplo, ou seja, abrange tanto a interpretação realizada pelos Tribunais (saber técnico dos juristas) como a participação dos cidadãos de forma ativa e passiva neste processo. Referido procedimento interpretativo abrange os direitos fundamentais de todos em uma democracia reconhecidamente plural, tanto na teoria como na prática.

Häberle (2002, p. 90) explica que “[...] intérpretes constitucionales en el sentido más amplio son aquellos que legitiman básica, teórica y democráticamente la democracia ciudadana incluso a nivel puramente doctrinal”. O público, desta forma, é entendido como algo derivado de todo o amplo rol de interesses que o constroem, sejam eles organizados ou não. Desta perspectiva, surge uma nova forma de compreensão e prática do processo constitucional, capaz de articular interesses de grupos minoritários “para lograr una interpretación constitucional de cuño plural y hacerla efectiva, es decir, conseguir un proceso público a través de la interpretación constitucional.” (HÄBERLE, 2002, p. 95).

Todo este raciocínio é construído, em Häberle (2002), a partir da chamada tríade cognitiva, ancorada nos pensamentos possibilista, realista e necessário. O Autor considera essas três categorias de pensamento (tríade cognitiva) como indispensáveis ao Estado de Direito/Estado Constitucional. O ideário de pessoas e grupos concretos e da doutrina constitucional de textos sociais, incluindo suas funções e procedimentos, são orientadas em forma de possibilidades, necessidades e realidades. Elas servem como mediadoras entre a teoria e a práxis.

O pensamento possibilista, também denominado “possibilismo filosófico” ou “pluralista alternativo”, toma as Constituições liberais como marco referencial e material, razão pela qual se afigura normativo, embora abarque o conceito de “abertura de espírito” de Popper (1987), ou seja, mantém-se sempre aberto às transformações cotidianas que envolvam o marco legal da Constituição. Significa pensar mediante alternativas, mostrando-se mais importante quanto mais aberta, plural e política revele-se a ordem constitucional. Nesta, abre-se um leque de possibilidades de institucionalização e garantias de direitos, bem como é fornecido espaço amplo para tomada de decisões. Esse espaço “[...] presuponen una comunicación lo más libre de cohibiciones posible”. (HÄBERLE, 2002, p. 65).

Embora esta passagem sugira certa aproximação da teoria de Häberle com os escritos de Jürgen Habermas, não é possível estabelecer conexões mais estreitas. Enquanto o agir comunicativo, em Habermas, pressupõe a ausência de coerção mediante a livre apresentação

dos espíritos para o consenso, em Häberle esse consenso é favorecido pela garantia institucional do processo participativo, que pressupõe em si mesmo o conflito de ideias e opiniões.

O possibilismo filosófico e a alternativa plural (pluralismo) não são apresentados como fins em si mesmo, mas como meios para conservar e recriar, de forma contínua, condições de liberdade para todos os cidadãos, visando a consecução de justo e racional equilíbrio de interesses, a salvaguarda da Constituição, através dos tempos, e o desenvolvimento dos bens públicos de todo ser humano em benefício deste e da comunidade.

Assim, agrega-se o pensamento realista e necessário ao possibilista, de forma a evitar a pura utopia. O elenco das alternativas/possibilidades deve se dar com base em necessidades (re)colocadas pela própria realidade social e institucional. Nesse sentido, o papel do possibilismo é resgatar todo o potencial inovador das normas jurídicas.

Devido à obrigatória proteção que devem ter as minorias no Estado de Direito, é no regime das liberdades públicas que a alternatividade possibilista permanece ligada à realidade e ao campo da necessidade. Häberle (2002) afirma que sua postura não é revolucionária, mas evolutiva. O pensamento alternativo possibilista une o racionalismo crítico ao postulado da falseabilidade popperiana a respeito de conjecturas e refutações, uma vez que aborda a Constituição como processo público em permanente construção.

En todo caso esta forma de filosofía alternativo-posibilista presupone un modelo de Constitución siempre abierto, como también abierto debe ser el modelo de Estado, el de sociedad y el de pensamiento o de filosofar, a la par que crea por sí misma dicho aperturismo, es decir, su propia condición intrínseca de apertura. (HÄBERLE, 2002, p. 75).

Os limites do pensamento possibilista, segundo Häberle (2002), se identificam com os da tolerância que ostentam as Constituições liberais. As ideias jurídicas são livres e representam uma gama de possibilidades puramente teóricas que passam a ser consideradas como realidades pré-constitutivas do possível. Passadas pelo crivo do realismo e da necessidade, as possibilidades propostas pela ideia, agora transformada em norma jurídica (legitimada) ganha uma espécie de potencial efetividade prévia que deve ser vista com cuidado, através da ponderação racional das possibilidades realizada por meio da interpretação.

Todo pensamiento, toda Idea de alternatividade, sempre deberá permanecer inmanente a su propio sistema, entendiendo por sistema todos los requisitos necesariamente constitutivos tanto de apertura como de pluralismo científicos, tanto a nivel teórico como simultáneamente a nivel sociopolítico práctico del Estado constitucional. [...].

Por ello, la realidad sustancial de toda <<Constitución libertaria>> estriba en el hecho de presentarse como una oferta abierta tal y como resulta de la Ley Fundamental, donde sus propias exigencias son las marcas que señalan los límites de la propia filosofía posibilista entendida como categoría jurídica. (HÄBERLE, 2002, p. 77-78)

A tríade pensamento possibilista-realista-necessário sempre atua em conjunto no processo de produção ou criação normativa. Analisando a partir de uma perspectiva procedimental, poder-se-ia dizer que ela atua de forma consecutiva: 1) análise prévia da realidade (realismo); 2) investigação das possíveis alternativas (possibilismo); 3) ponderação e avaliação das possibilidades a partir das necessidades inerentes que possuam (pensamento necessário). Contudo, este processo nem sempre se dará de forma linear, podendo a utilização desses três elementos dar-se de forma diferente, a depender da função que se questione. Essas três formas de pensar auto-limitam-se mutuamente. Assim, o realismo protege a dogmática jurídica de qualquer pretensão de hegemonia procedente do correspondente *status quo*, o que também pode ser feito pelas ideologias transformacionistas.

A composição da tríade do pensamento proposta por Häberle na produção e exegese normativa efetua-se mediante seleção de objetivos, a partir dos três processos cognitivos, considerando aqueles que são mais relevantes. Tal procedimento deve permanecer aberto e flexível, de modo que, deste “cúmulo de possibilidades”, deverão ser escolhidas apenas aquelas capazes de proporcionar o desenvolvimento da própria realidade existente, impedir sua deterioração/involução, realimentando o sistema a partir do acréscimo dos correspondentes *inputs* normativos.

Todo este raciocínio encontra guarida na interpretação pluralista da Constituição em que a ampliação dos intérpretes e das informações trocadas entre eles é capaz de possibilitar tomadas de decisão mais seguras, legitimando, perante a ordem democrática, a própria interpretação. Nessa esteira, a legitimação da hermenêutica constitucional aberta e plural está ancorada não apenas na chamada “legitimação pelo procedimento”, mas também na “legitimação mediante participação no procedimento”, ou seja, mediante a qualidade e conteúdo da atuação dos participantes perante a própria decisão dos Tribunais, não se tratando “[...] de um aprendizado dos participantes, mas de um aprendizado por parte dos Tribunais em face dos diversos participantes”. (HÄBERLE, 1997, p. 32).

Já a legitimação dos participantes no processo hermenêutico decorre da própria estrutura da Constituição que incorpora tanto aspectos políticos quanto sociais, abarca tanto a esfera pública quanto a esfera privada. Desta forma, não há como tratar as forças sociais

apenas como objetos da interpretação levada a efeito pelas instituições formais. Deve haver integração com aquelas, de forma que sejam trazidas para o procedimento como sujeitos.

Häberle (1997, p. 36) critica a noção de “povo” presente na teoria democrática clássica, na qual este delega aos representantes estatais a responsabilidade formal, inclusive a condição de intérprete formalmente competente da Constituição ao Tribunal Constitucional. De acordo com esse Autor, “[...] povo é também um elemento pluralista para a interpretação que se faz presente de forma legitimadora no processo constitucional: como partido político, como opinião científica, como grupo de interesse, como cidadão”. (HÄBERLE, 1997, p. 37).

Salienta que a competência objetiva do cidadão no processo de interpretação da Constituição consiste em direito de cidadania. Este deriva do entendimento de ser a democracia desenvolvida por meio da controvérsia sobre possibilidades, alternativas e necessidades da realidade, bem como através do acordo a respeito das questões constitucionais, com relação ao qual não pode haver interrupção ou dirigente. (HÄBERLE, 1997, p. 37).

Häberle (1997, p. 41) aponta como consequências da abertura proposta a relativização da hermenêutica constitucional, uma vez que o monopólio da interpretação não mais pertence ao Estado-Juiz, em decorrência da ampliação do círculo de intérpretes. Os participantes do processo, os entendidos tanto em sentido lato quanto em sentido estrito, conformam uma esfera pública pluralista de força normatizadora, capaz de vincular a Corte Constitucional em suas decisões, devendo esta “interpretar a Constituição em correspondência com sua atualização pública”.

Nesse sentido, afirma que a Constituição material não está adstrita à interpretação levada a efeito nos Tribunais. Tanto cidadãos quanto grupos sociais, órgãos do Estado não ligados às instâncias decisórias, práticas relacionadas à esfera privada, realizam e interpretam a Constituição, tomando decisões que a contemplam sem que haja instaurado processo constitucional formal. Este, conforme Häberle (1997, p. 42), deve ser ampliado para além dos procedimentos concretos, devendo a hermenêutica constitucional jurídica traduzir “[...] a pluralidade da esfera pública e da realidade, as necessidades e as possibilidades da comunidade”, que estão para além do que está escrito no próprio texto, antes o antecedem e estão constantemente subjacentes a eles.

Referida ampliação é realizada quando estes participantes são trazidos para dentro do procedimento formal. Os princípios e os métodos de interpretação, por conseguinte, passam a exercer a função de “filtros” mediadores das diversas vozes que estão a se fazer presentes no

processo hermenêutico, gerando consequências diretas na forma como a Corte Constitucional analisará a legitimação legislativa e como guiará a fundamentação da suas decisões.

Quando Häberle (1997) fala de “legitimação legislativa” refere-se ao processo como a norma contestada em face da Constituição fora concebida pelo legislador, o que é correspondente, no Direito Constitucional brasileiro, à análise da constitucionalidade formal. De acordo com o Autor, “[...] a Corte Constitucional deveria levar em conta a peculiar legitimação democrática que as orna, decorrente da participação de inúmeros segmentos no processo democrático de interpretação constitucional”. (HÄBERLE, 1997, p. 45).

A função do Tribunal também é destacada no que tange aos interessados que não participaram ou se fizeram representar na interpretação constitucional legiferante. Esta assertiva corresponde claramente ao caráter contramajoritário dos julgamentos da Corte, que visam a controlar as decisões guiadas pelo critério da maioria do Parlamento, de acordo a sua conformação ou não com os princípios democráticos e institucionais, bem como quanto aos direitos e garantias fundamentais reconhecidos a todos indistintamente na Constituição.

No direito processual constitucional, a abertura hermenêutica verifica-se na ampliação e no aperfeiçoamento dos instrumentos de informação dos juízes, o que se traduz em novas formas de participação dentro do processo formal, transformando, destarte, o direito processual constitucional como integrante do direito de participação democrática.

Diante desta proposta, Häberle (1997) aponta duas indagações que surgem para esta nova forma de pensar a interpretação constitucional. A primeira pergunta questiona a possibilidade de consensos dentro deste novo modelo. Há que se compreender o processo constitucional enquanto operar “direito de conflito” e compromisso com a Constituição democrática. Assim, o consenso não vem diretamente do persuadir, convencer ou harmonização dos pontos de vista, antes, “resulta de conflitos e compromissos entre participantes que sustentam diferentes opiniões e defendem os próprios interesses”. (HÄBERLE, 1997, p. 51).

A segunda indagação traz a questão da função da Teoria Constitucional em fornecer interpretação correta. Isso seria possível a partir da integração com a Teoria da Legislação. Como não há mais o monopólio hermenêutico da Constituição, centrar a análise doutrinária apenas na Jurisdição consiste em restringir a própria ideia de sociedade aberta.

No entanto, ao abordar a crítica sobre possível descaracterização da própria Teoria da Decisão e insegurança jurídica, em virtude do fato que agora todos podem interpretar a Constituição, Häberle (1997) afirma que a palavra final deverá pertencer ao Tribunal Constitucional competente. E o que legitima esta decisão final não está na origem

institucional que determina a competência em questão, mas justamente no procedimento democrático que inclui as mais diversas vozes da sociedade e do Estado no processo decisório que compreende, interpreta e, por isso mesmo, cria norma jurídica constitucional.

A Jurisdição Constitucional brasileira tem caminhado sob crescente, mas ainda tímida, influência da Teoria da sociedade aberta dos intérpretes da Constituição, notadamente, após a promulgação da Constituição Federal Brasileira de 1988, que trouxe significativas inovações no controle de constitucionalidade nacional no que tange aos atores legitimados a participar do processo no Supremo Tribunal Federal. Até 1988, apenas o Procurador Geral da República poderia acionar diretamente o Tribunal brasileiro²³.

É inegável o avanço democrático, o respeito ao direito fundamental de acesso à justiça e a busca pela concretização do princípio da tutela judicial efetiva, com a significativa ampliação do rol de legitimados para propositura das ações diretas. No entanto, a abertura, iniciada pós-1988, voltou-se muito mais para órgãos que compõem a estrutura de Poder do Estado ou que estejam intimamente ligados com este, restando às forças sociais apenas a participação das confederações sindicais e entidades representativas de classe econômica ou profissional.

Além do mais, a legitimidade ativa para propositura de ações no campo do controle judicial concentrado de constitucionalidade brasileiro tem recebido interpretação restrita por parte do Poder Público. Por esta razão, movimentos sociais e outras minorias organizadas não possuem acesso direto à Corte Máxima, órgão do Poder Judiciário que hoje tem sido a última instância de decisões a respeito de validade de normas, cuja vigência pode ser crucial para o desenvolvimento institucional do País e para a sociedade brasileira.

A tentativa de incluir o cidadão legitimado veio anos depois com a Lei Federal n. 9.882, de 3 de dezembro de 1999, criada para regular a Ação de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, prevista no art. 102, § 1º, da Constituição de 1988. No entanto, o dispositivo da lei fora vetado pelo Presidente da República à época, sob os argumentos de incapacidade técnica e instrumental do Supremo Tribunal Federal absorver a demanda processual que daí surgiria e por ser o Procurador-Geral da República legítimo “tutor” dos cidadãos e da sociedade. A constitucionalidade desse veto é objeto da ADI 2231/DF, questionada pela Organização Conectas Direitos Humanos.

²³ Com a nova Carta Política, podem manejar as chamadas ações constitucionais diretas do controle concentrado de constitucionalidade o Presidente da República, as Mesas do Senado Federal, da Câmara dos Deputados e de Assembleia Legislativa ou Câmara Legislativa do Distrito Federal, o Governador de Estado ou do Distrito Federal, o Conselho federal da Ordem dos Advogados do Brasil, partido político com representação no Congresso Nacional e confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

De outra sorte, a Lei Federal n. 9.868, de 10 de novembro de 1999, introduziu no processo constitucional, sob clara influência da teoria constitucional de Peter Häberle, a figura do *amicus curiae*²⁴ e a possibilidade de realização de audiências públicas. É comum encontrar remissões à sociedade aberta dos intérpretes da Constituição em vários julgados do Supremo Tribunal Federal.

A propósito, Peter Häberle defende a necessidade de que os instrumentos de informação dos juízes constitucionais sejam ampliados, especialmente no que se refere às audiências públicas e às “intervenções de eventuais interessados”, assegurando-se novas formas de participação das potências públicas pluralistas na qualidade de intérprete em sentido amplo da Constituição. (STF, RE 582891/SP, Rel. Min. Rosa Weber, julgamento em 15/05/2012).

É através destes mecanismos que movimentos sociais e entidades da sociedade civil organizada, como as organizações não-governamentais de direitos humanos, têm atuado na Corte, podendo apresentar memoriais e fazer sustentações orais, trazendo importantes contribuições em julgamentos que interpretam e definem o conteúdo e a aplicação de direitos humanos fundamentais.

Não obstante a previsão de todos esses mecanismos de participação no processo constitucional abstrato, cujos delineamentos legais serão devidamente aprofundados na segunda parte desse trabalho, a última palavra, consubstanciada no voto vencedor, ao fim do procedimento em Plenário, continua a pertencer ao Supremo Tribunal Federal. Dessa forma, é necessário pensar o modelo de jurisdição constitucional compatível com a tese da sociedade aberta dos intérpretes da Constituição e com o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade.

1.4 Da Jurisdição Constitucional Positivista ao Modelo Prodimentalista/Discursivo: é possível encontrar soluções corretas em Direito?

Discutir a ampliação do acesso ao Supremo Tribunal Federal a entidades organizadas da sociedade civil, ou até mesmo ao cidadão legitimado, está diretamente relacionado ao debate sobre a função a ser exercida pela Corte na ordem democrática local, bem como a

²⁴ *Amicus curiae* ou *amici curiae* são expressões latinas que significam amigo ou amigos da Corte, respectivamente. Correspondem à categoria jurídica de terceiro interveniente, que é admitido no processo constitucional para prestar informações ao Tribunal Constitucional e, assim, contribuir para a formação do convencimento da Corte e, conseqüentemente, para o deslinde e resultado final do julgamento.

respeito da forma de tomada das suas decisões no processo constitucional. Conforme referido supra (1.1), o problema que envolve essas questões é, essencialmente, hermenêutico, pois ligado à formação da compreensão dos juízes acerca da norma, dos conflitos sociais subjacentes a ela no caso concreto e da histórica – tradição – política do País.

A interpretação no Direito traduz-se em não apenas compreender o comando normativo frente a todas as complexidades que o circundam, mas também em aplicar o produto da compreensão a preceitos válidos, cuja eficácia impõe-se perante todos – sejam as partes envolvidas, sejam as demais instâncias de Poder – no controle de constitucionalidade abstrato das leis. Garantir a maior participação da sociedade civil organizada e ampliar o rol de intérpretes autorizados à integrar a Jurisdição Constitucional podem ser tidos como instrumentos idôneos para legitimar o procedimento, mas não são suficientes para assegurar a legitimidade e a adequação da decisão proferida pelo Tribunal.

Atualmente, coexistem na Teoria do Direito diversos modelos de jurisdição em torno dos quais se estruturam referenciais teóricos acerca da natureza, forma, validade e legitimidade das decisões dessas Cortes. No Brasil, o estudo do tema ainda é restrito e pouco explorado uma vez que grande parte das publicações editoriais nacionais são voltadas à explicitação dos julgados proferidos no Supremo Tribunal Federal, em análise mecanicista do ordenamento jurídico enquanto sistema fechado.

A compreensão e apresentação, ainda que breve, desses modelos, auxiliam na integração do fenômeno jurídico ao social, ou seja, ao realizar a abertura do processo para além das instituições jurídicas e formais de poder, é necessário (re)pensar a estrutura do próprio Direito como criação judicial ou se tratará de colocar vinho novo em odres velhos.

A Jurisdição Constitucional Positivista, primeiro modelo desenvolvido a partir da formação e fortalecimento de parte dos Estados europeus, é marcada por diversos matizes ao longo do seu desenvolvimento histórico. Inicialmente, a Teoria da Decisão Judicial ligava-se aos moldes da hermenêutica clássica, tendo como pressupostos os postulados da Escola da Exegese, da Escola Histórica do Direito e, posteriormente, da Jurisprudência dos Conceitos. A primeira nasce da necessidade de implementação do Código Civil Francês, de 1804, mediante a atividade de comentaristas ao código. A atuação do Poder Judiciário deveria ser guiada pelo apego excessivo às palavras e sentido literal da lei. Utilizava o método de interpretação gramatical e sistemático, tendo como guia a vontade do legislador.

A Escola Histórica, por sua vez, desenvolveu-se na Alemanha em contraposição ao movimento iluminista que estava em voga na Europa. Criticava a excessiva abstrativização do conhecimento e, por conseguinte, do Direito, concebendo este unicamente como fruto da

razão. O historicismo, por sua vez, tira essa razão do campo abstrato e desenvolve a razão histórica, condicionada por fatos historicamente determinados. Neste movimento, verifica-se uma mudança significativa no pensamento jurídico-filosófico. Em substituição ao método de interpretação que se debruçava em descobrir a “vontade do legislador”, é possível afirmar que essa Escola originou o método histórico-evolutivo, mediante a utilização de técnicas gramatical, lógico-sistemática e histórica. Todavia, de acordo com Camargo (2003, p. 79), esse pensamento se desenvolveria de forma tão abstrata quanto o racionalismo que criticava.

Com a Jurisprudência dos Conceitos – reelaboração, pelos pandectistas alemães, das antigas instituições de Direito Romano para transformá-las em conceito gerais e abstratos de forma que pudessem ser universalizadas, ou seja, aplicadas em qualquer época ou lugar – afasta-se, sensivelmente, a primeira ideia proposta pelo historicismo.

Utiliza o método lógico-sistemático e trabalha com a noção de Direito como sistema fechado em si mesmo e de cunho “racional-universal”. Almejava o desenvolvimento de conceitos jurídicos capazes de fornecer segurança por meio da ausência de ambigüidade e vagueza. Para a Jurisprudência dos Conceitos, “[...] o papel da ciência jurídica é o de verificar como suas proposições encontram-se reciprocamente condicionadas, por meio de um processo de derivação que remonta à genealogia de cada uma”. (Camargo, 2003, p. 84).

Esta fase marca o momento em que a prática jurídica fora reduzida exclusivamente ao positivismo legalista, sendo a interpretação clara e exata da norma possível a partir da aplicação de conceitos unívocos e purificados pela Ciência do Direito. De acordo com Cruz (2004), fora sob a égide do positivismo científico que o controle de constitucionalidade das leis surgiu enquanto instituição na América²⁵.

Ainda neste formato de Jurisdição, apresenta-se a outra face do juspositivismo, o positivismo semântico ou normativista introduzido por Kelsen. Essa concepção, já citada anteriormente (1.1), introduz o elemento da vontade na prática decisória, fato que transforma, segundo Cruz (2004), a Jurisdição Constitucional em mecanismo especial de legislação, uma vez que, segundo ela, o juiz cria o Direito. Esta assertiva já era encontrada no chamado positivismo sociológico com a produção da jurisprudência dos interesses por Von Ihering, no Realismo Jurídico norte-americano e no posterior desenvolvimento da jurisprudência de valores.

²⁵ “Por conseguinte, o formalismo do devido processo legal adjetivo, a decisão do controle circunscrita à condição de um ato cognitivo de subsunção de textos legais de hierarquia distinta, o reconhecimento da natureza declaratória do controle, a doutrina do self restraint da Suprema Corte dentro de uma concepção de divisão dos Poderes, tudo isso somado é indicativo de que o instituto nasceu na América sob a égide do positivismo científico”. (CRUZ, 2004, p. 89).

O final do século XIX e todo o século XX foram de intensas mudanças nas Ciências, em virtude da crise do racionalismo. No Direito, ocorrera a superação do juspositivismo, ao menos no plano teórico, devido à introdução do referencial da linguagem e da perspectiva do pluralismo. Com a ascensão das Cortes Constitucionais como instituições fortes de preservação da ordem democrática e dos direitos e garantias fundamentais dos cidadãos, fez-se necessária uma redefinição no papel destes Tribunais para atender as crescentes demandas em torno do atual regime, bem como a inserção do Direito e da Teoria da Decisão nestes novos paradigmas.

Nesse sentido, Cittadino (2004) aborda três modelos de Jurisdição Constitucional que apresentam interpretações da Constituição, alternativas para as sociedades democráticas contemporâneas: a proposta liberal, com a hermenêutica constitucional orientada por princípios, o comunitarismo e a interpretação orientada por valores e, por fim, o modelo procedimental idealizado por Habermas.

No paradigma liberal, a jurisdição constitucional, seguindo a clássica divisão dos poderes, disciplina e controla a ingerência do Estado na vida dos indivíduos e a proteção das liberdades individuais. Com o advento do Estado Social, ela passa a também controlar/fiscalizar o agir positivo do Estado. Isso permite “crescimento de poder para a justiça e uma ampliação do espaço de decisão judicial, que ameaça desequilibrar a estrutura de normas do Estado clássico de Direito, à custa da autonomia dos cidadãos.” (HABERMAS, 2003, p. 306).

A partir das concepções de John Rawls e Ronald Dworkin, Cittadino (2004) explica que, para os liberais, a principal preocupação consiste na preservação e garantia dos direitos fundamentais dos cidadãos, através do protagonismo da Constituição. O chamado constitucionalismo dirigente marca a preeminência da Carta política diante do ordenamento jurídico e também da conjuntura institucional e política do Estado. Desta forma, as funções atribuídas à Corte Constitucional são a atuação contramajoritária e pedagógica.

A função contramajoritária não se dá em desacordo com o princípio democrático, pois decorre da necessidade de preservar o sistema jurídico de proteção das liberdades, ainda que contra a maioria, e é autorizada constitucionalmente pelo próprio povo²⁶. O papel pedagógico da Jurisdição Constitucional está no uso e explicitação dos valores políticos enquanto razão pública nos julgamentos proferidos.

²⁶ “Isto não significa, segundo Rawls, que a Suprema Corte atua de forma antidemocrática, pois não se pode supor que o instituto do judicial review é incompatível com o ideal democrático. Ao contrário, o poder que a Suprema Corte tem de declarar a inconstitucionalidade de leis ordinárias decorre da autoridade do próprio povo enquanto autor da Constituição”. (CITTADINO, 2004, p. 184).

Com Dworkin, a hermenêutica constitucional liberal desenvolve-se mediante a concepção do Direito como integridade e o referencial dos princípios, pressupondo um “[...] procedimento de interpretação construtivista que não apenas justifique o direito positivo à luz de princípios morais, mas, ao mesmo tempo, assegure o grau de certeza exigido pelo direito”. (CITTADINO, 2004, p. 187).

A principiologia moral de Dworkin corresponde à moralidade subjetiva dos juízes. Estes, no ato de julgar, não utilizam apenas as normas positivas, mas recorrem aos princípios – que passam também a compor o conceito de Direito – para justificá-las. Assim, a interpretação jurídica deixa de ser considerada como ato de vontade do magistrado, devendo este buscar a norma adequada ao caso concreto através da integração da lei com os princípios, sendo, assim, possível o oferecimento da resposta correta.

Ao conferir um sentido de validade deontológico aos princípios jurídicos, Dworkin se volta contra a tese da função discricional dos juízes formulada pelo positivismo jurídico, segundo a qual, na ausência de normas claramente aplicáveis, as decisões judiciais são caracterizadas pela discricionariedade. (CITTADINO, 2004, p. 189).

A teoria de Dworkin cria a figura do “juiz Hércules” duramente criticada pela vertente comunitarista. Esta não reconhece como legítimo o instituto do *judicial review* na ordem democrática, pois o tem como incompatível “[...] com uma política de reconhecimento igualitário capaz de assegurar a sobrevivências das distintas identidades culturais. (CITTADINO, 2004, p. 194).

Para os comunitários, o juiz deve captar os valores da comunidade local de forma a aplicá-los no momento da decisão sob pena do Direito suplantando a própria história cultural de determinada sociedade. A atividade decisória correta consistirá naquela capaz de refletir os juízos éticos, morais e políticos da organização social comum e não proteção a interesses ou concepções individuais de vida digna.

O modelo procedimental de interpretação constitucional é proposto por Habermas (2003). A pergunta proposta ao abordar o papel e a legitimidade da jurisdição constitucional é como operar a hermenêutica construtiva de forma que o judiciário “não lance mão de competências legisladoras”. Assim como Cittadino (2004), Habermas (2003) analisa três aspectos/discussões a respeito do lugar/papel da jurisdição constitucional e suas críticas modernas: a) a interpretação liberal da divisão de poderes, b) a jurisprudência de valores, c) a proteção do procedimento democrático da legislação.

Tendo em vista a questão de cunho metodológico surgida mediante a análise de como os juízes compreendem a sua própria atividade, é estabelecida a crítica à chamada

jurisprudência de valores, em que os magistrados passam a nortear suas decisões através de critérios valorativos, que são arbitrários, em detrimento dos normativos, que gozam de coerência e racionalidade. Habermas (2003, p. 321) afirma que “[...] ao deixar-se conduzir pela ideia da realização de valores materiais, dados preliminarmente no direito constitucional, o tribunal constitucional transformar-se em instância autoritária”, pois não guarda compromisso com a norma (princípios), mas com juízos inconstantes, divergentes e de validade relativizada.

A preocupação central é com o procedimento democrático garantido a partir de um sistema de normas e decisões racionais, capazes de ofertar a única solução correta para cada tipo de conflito, seja entre litigantes seja entre as próprias normas. Nesse sentido, o Direito só pode ser considerado legítimo a partir da configuração das “condições processuais da gênese democrática das leis”, devendo o tribunal constitucional zelar, de acordo com Habermas (2003, p. 326), pelo “sistema de direitos que possibilita a autonomia privada e pública dos cidadãos”, mas afastando uma posição paternalista cujo escopo seria sanar a “irracionalidade” do legislador.

O paradigma procedimentalista aproxima-se muito do paradigma republicano à medida que reconhece o cidadão como inserido em uma comunidade de livres e iguais, cuja natureza do processo político opera-se com base no consenso obtido a partir de processos que favorecem o direito de autodeterminação. Desta forma, o republicanismo “[...] liga a legitimidade das leis ao processo democrático de sua gênese, conservando, assim, o nexo interno da prática de autodeterminação do povo e do domínio impessoal das leis”. (HABERMAS, 2003, p. 336).

Habermas (2003, p. 343) assevera, ainda, que o republicanismo vê o papel do tribunal constitucional como guardião da democracia deliberativa, mas ainda “[...] é a favor de um ativismo constitucional, porque a jurisprudência constitucional deve compensar o desnível existente entre o ideal republicano e a realidade constitucional”. Nesse sentido, o Autor critica o caráter paternalista de que, ainda assim, se reveste a atuação do tribunal constitucional, bem como os autores comunitários que atribuem a validade do direito à recuperação de discursos éticos presentes na comunidade enquanto substância do discurso político deliberativo.

[...] uma interpretação apoiada numa teoria do discurso insiste em afirmar que a formação democrática da vontade não tira sua força legitimadora da convergência preliminar de convicções éticas consuetudinárias, e sim de pressupostos comunicativos e procedimentos, os quais permitem que, durante o processo deliberativo, venham à tona os melhores argumentos. (HABERMAS, 2003, p. 345).

A concepção procedimentalista chega a admitir determinada forma de ativismo judicial, mas desde que ele se destine a preservar o procedimento político, democrático e deliberativo de formação da opinião e da vontade. Diferentemente do que apregoam os comunitaristas, a validade das leis deve superar não apenas os interesses dos cidadãos inseridos numa dada coletividade (formação do discurso ético), mas adquirir pretensão universalizante, à proporção que será capaz de ganhar o assentimento de todos os possíveis atingidos por ela, propiciando, assim, resultados racionais.

Por outro enfoque, Streck (2011) apresenta o atual debate sobre a função do Direito e dos Tribunais Constitucionais, nas democracias contemporâneas, por meio de dois aportes teóricos: o procedimentalismo habermasiano e o substancialismo. As posturas substancialistas relacionam-se intimamente com o modelo liberal, reconhecendo o papel concretizador do Judiciário, vendo-o “[...] como um *locus* privilegiado para a garantia do fortalecimento institucional das democracias contemporâneas”. (STRECK, 2011, p. 52).

De acordo com Streck (2011), o Brasil ainda não passou totalmente pela transição do Estado Liberal para o Estado Social, cuja intervenção na sociedade tem agravado ainda mais as desigualdades sociais; os direitos fundamentais mínimos, tanto individuais quanto sociais, não foram devidamente efetivados; o Poder Legislativo nacional sofre crise de representatividade e descrédito perante a população, além de funcionar sob mecânica que prejudica o voto de minorias parlamentares; o acesso à justiça resta prejudicado e o controle concentrado de constitucionalidade das leis padece de déficit de eficácia. Por todos estes fatores, este Autor sustenta a inaplicabilidade das teses procedimentalistas à realidade constitucional brasileira, “[...] as quais, por sua especificidade formal, longe estão de estabelecer as condições de possibilidades para a elaboração de um projeto apto à construção de uma concepção substancial de democracia [...] e o resgate das promessas da modernidade”. (STRECK, 2011, p. 62).

O modelo de interpretação constitucional procedimentalista, por sua vez, contempla o conceito de “comunidade de intérpretes da Constituição” presente em Häberle, conforme expõe Cittadino (2004). Tal assertiva pode ser formulada ao examinar os postulados procedimentalistas da norma válida – aquela que encontra assentimento em todos os possíveis atingidos – a cidadania ativa, as práticas comunicativas de auto-determinação e o processo democrático de produção do Direito como fonte de legitimidade normativa.

Sem dúvida, em Habermas (2003) ocorre mudança na concepção do ser humano como cidadão inserido no Estado Democrático de Direito. Se a pessoa deixara de ser concebida

como objeto e passou ao *status* de sujeito de direito, agora ela é considerada co-autora da ordem jurídica no paradigma da democracia.

A co-originariedade da autonomia privada e pública somente se mostra, quando conseguimos decifrar o modelo da autolegislação através da teoria do discurso, que ensina serem os destinatários simultaneamente os autores dos seus direitos. (HABERMAS, 2003, p. 139).

No entanto, Häberle (1997) parte da premissa que aduz à concepção liberal acerca do papel da Jurisdição Constitucional como controle contramajoritário e corretivo de distorções sociais, políticas e jurídicas que se insurgem contra a Constituição. Esse controle também é utilizado como fundamento teórico de justificação de inúmeros votos em julgamentos no Supremo Tribunal Federal.

A própria ideia de “sociedade aberta” refere-se à sociedade liberal popperiana, considerada sob seu aspecto plural, que robustece o cidadão frente ao fortalecimento das competências estatais – e até mesmo dos próprios partidos políticos – através dos mecanismos de participação e controle do poder.

A abertura do Tribunal Constitucional diz respeito ao grau de representatividade social que acompanha a escolha ou eleição dos juízes que o compõe e de como a “sociedade aberta” ou “sociedade civil” faz-se presente no âmbito das competências da Corte, mediante o acesso à sua jurisdição. Desta forma, Häberle (2010, p. 135) transforma o direito processual constitucional em meio de garantia do pluralismo e da participação. Igualmente, atribui à Jurisdição o papel de atualizar a Constituição como contrato social, preservar a estabilidade democrática e constitucional, governando a sociedade através dela mesma segundo o princípio do pluralismo.

A Jurisdição Constitucional, nestes moldes, surge como forma de submeter o poder político do Estado ao Direito, não ao Poder Judiciário. Daí porque não há que se falar em ofensa ao princípio da separação de poderes. No Brasil, embora a tese da sociedade aberta dos intérpretes da Constituição esteja sendo adotada largamente pelo Supremo Tribunal Federal, é preciso avaliar essa situação com cuidado, devido às particularidades do processo constitucional pátrio e da história democrática do País.

Tendo em vista o novo paradigma hermenêutico em que se situa a compreensão da Constituição, a teoria da sociedade aberta dos intérpretes da Carta Política e o papel/modelo a ser exercido pela Jurisdição Constitucional hodierna, a segunda parte da presente dissertação abordará a participação das organizações não-governamentais de direitos humanos no Supremo Tribunal Federal, almejando responder às perguntas de como e por que ela ocorre.

Faz-se imperioso ressaltar os principais instrumentos da participação cidadã em processos constitucionais abstratos, de forma a subsidiar a análise dessa atuação nos estudos de caso a serem empreendidos na terceira parte do trabalho. Igualmente, é necessário compreender como, diante da ordem democrática e do histórico distanciamento do Judiciário brasileiro no que diz respeito às lutas políticas das minorias, esse Poder tem passado a compor a agenda política das referidas entidades.

2 PARTICIPAÇÃO DAS ORGANIZAÇÕES NÃO-GOVERNAMENTAIS DE DIREITOS HUMANOS NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

A abertura hermenêutica do Supremo Tribunal Federal é acontecimento recente na história institucional da Corte, fruto das conquistas políticas e sociais que acompanharam a redemocratização do País, consolidadas no texto da atual Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 1988.

O extenso rol de direitos fundamentais previstos no Título II da Carta Magna, que inclui desde direitos individuais e políticos a direitos sociais, é acompanhado de significativo elenco de garantias/instrumentos processuais que o cidadão – individualmente, em grupo ou por meio de atuação do Ministério Público – poderá lançar mão em caso de lesão ou ameaça de lesão aos preceitos constitucionais.

A definição de preceito constitucional compreende tanto o conteúdo de direitos humanos quanto os princípios e funções que dizem respeito à manutenção da ordem republicana e democrática²⁷. Essa nova terminologia, capaz de abarcar regras, princípios e garantias favoreceu, a partir de 1988, a ampliação do objeto dos instrumentos processuais que, aliado à extensão do rol de legitimados para propor Ações Diretas e à previsão de mecanismos de participação da sociedade no Supremo Tribunal Federal, tem contribuído para a adoção crescente da tese da sociedade aberta dos intérpretes da Constituição na prática judiciária constitucional brasileira.

Para entender como este novel paradigma vem sendo aplicado pela Corte Suprema e, a partir daí, tendo pressuposto a atuação das organizações não-governamentais de direitos humanos no processo constitucional, diagnosticar sua funcionalidade no que se refere à construção da hermenêutica plural de direitos humanos fundamentais, é necessário, antes, examinar como age institucionalmente o referido Tribunal, *locus* dessa investigação, e como funciona os instrumentos tidos como democratizadores do processo no bojo das ações constitucionais.

²⁷ “Assim é que a ideia de ‘preceito’, como se depreende de ambos os significados apresentados, está acirradamente ligada àquilo que regula a conduta (esta está referida expressamente nos dois conteúdos desenvolvidos para o verbete). Ora, a regulamentação da conduta dá-se por meio de normas, em especial de *regras*, mas também pelos *princípios*, tomadas essas últimas expressões na sua significação restritiva aqui adotada. A definição acaba por misturar ambos (princípios e regras, no estrito sentido jurídico aqui adotado), porque na realidade o enfoque a preocupação está em acentuar que se trata de vocábulo preso à ideia de prescrição de algo. Neste sentido, ‘preceito’ estaria praticamente equiparado a ‘norma’, no sentido de conjunto de regras e princípios”. (TAVARES, 2001, p. 116).

As chamadas Ações Constitucionais estão presentes no artigo 5º da Constituição de 1988 e diluídas entre as competências do Poder Judiciário, no qual, sem dúvida, destaca-se a função do Supremo Tribunal Federal como guardião da Carta Magna e responsável pelo controle concentrado de constitucionalidade.

As Ações de Mandado de Segurança Individual e Coletivo, *Habeas Data*, *Habeas Corpus*, Ação Popular e Mandado de Injunção destinam-se, precipuamente, à defesa direta de direitos fundamentais violados em destaque pelo próprio Poder Público ou autoridade investida na sua função. Podem ser manejadas por qualquer do povo em qualquer grau de jurisdição. Assim também o é com a provocação do chamado controle difuso de constitucionalidade das leis, podendo ser realizado no interior de qualquer querela que envolva questão constitucional, assegurado Recurso Extraordinário ao Supremo Tribunal Federal, desde que satisfeitos os critérios da exigência de repercussão geral.

Quanto ao controle abstrato ou concentrado de normas, aquele em que é analisada a (in)constitucionalidade de lei ou ato normativo em tese, o acesso à justiça constitucional é mais restrito. Podem ingressar com as Ações Direta de Inconstitucionalidade, Direta de Constitucionalidade, Direta de Inconstitucionalidade por Omissão e de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental apenas os atores legitimados taxativamente no artigo 103, *caput*, da Constituição de 1988²⁸.

O Supremo Tribunal Federal atua em três frentes: 1) processos constitucionais; 2) processos recursais; 3) processos ordinários. Como Corte Constitucional, o funcionamento da Jurisdição fora inexpressivo, menos de 3% dos processos julgados, considerando os dados obtidos de 1988 até 2009. De acordo com o I Relatório Supremo em Números, oriundo de pesquisa na Fundação Getúlio Vargas, é possível perceber, neste período, duas “ondas constitucionais” correspondentes ao aumento do número de processos relacionados a esta competência.

A primeira é destacada logo nos primeiros anos de vigência da atual Constituição e justificada com base na promoção do acesso ao Tribunal com a ampliação das ações constitucionais e do rol de legitimados a peticioná-las, o que antes era monopólio do Procurador-Geral da República. Devido à abertura promovida pelos legisladores constituintes e ordinários, a queda dos processos constitucionais, no início dos anos 90, deveu-se à

²⁸ O Presidente da República, as Mesas do Senado Federal, da Câmara dos Deputados, de Assembleia Legislativa ou Câmara Legislativa do Distrito Federal, o Governador do Estado ou do Distrito Federal, o Procurador-Geral da República, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, partido político com representação no Congresso Nacional e, por fim, confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

interpretação restritiva da própria Corte, com escopo em evitar número excessivo de processos, além de série de mecanismos processuais ainda sem regulamentação infra-constitucional, como as Ações Diretas do controle concentrado.

Mediante o uso da hermenêutica constitucional como mecanismo de autorregulação, o Supremo Tribunal Federal, à revelia do Poder Constituinte, do Congresso Nacional e da própria Constituição, restringiu o acesso ao procedimento constitucional. Desta forma, modificando “[...] as regras de acesso ao controle de constitucionalidade o STF não apenas limita ou amplia o número de processos sob sua responsabilidade, mas também, e principalmente, modifica seu perfil institucional”. (FALCÃO; CERDEIRA; ARGUELHES, 2011, p. 40).

A segunda onda constitucional ocorre a partir de 2008, fruto, mais uma vez, da capacidade de autorregulação processual da Corte Suprema, que ampliou a sua competência relativa ao processo constitucional mediante mudança interpretativa acerca do Mandado de Injunção.

Com essa mudança jurisprudencial em 2007, o súbito crescimento do número de mandados de injunção levou a uma progressiva ampliação quantitativa do papel “constitucional” do STF. Contribuiu, com certeza, para uma mudança comportamental visível nos últimos anos: a de um Supremo mais proativo em relação ao Congresso Nacional. [...] O Supremo ocupa, a partir de então, um vácuo normativo e atende a uma demanda da sociedade. E o resultado imediato é a utilização deste novo mecanismo pelos cidadãos, com crescimento vertiginoso do número de MIs. (FALCÃO; CERDEIRA; ARGUELHES, 2011, p. 44).

A Corte Ordinária manteve-se relativamente estável quanto ao número de processos recebidos e apreciados a partir de 1988, também se destacando duas ondas: em 1988/89 e em 2007, conforme análise da Fundação Getúlio Vargas. A primeira onda corresponde ao alto número das Ações de Arguição de Relevância – originárias do regime constitucional anterior e não recepcionadas pela atual Constituição – e a segunda possui como fatores apontados o aumento vertiginoso do número de *Habeas Corpus* impetrados perante o Tribunal, o instituto processual da Reclamação Constitucional em face de decisões contrárias às Súmulas Vinculantes criadas pela Emenda Constitucional n. 45/2004 e o impacto do Conselho Nacional de Justiça.

Contudo, o maior crescimento processual e o maior responsável pela sobrecarga de trabalho no Supremo Tribunal Federal, de acordo com a pesquisa descrita, é reputado à competência desta Jurisdição como Corte Recursal. O volume de recursos diariamente interpostos fora tamanho no período estudado que, para dar conta de todos eles, “[...] cada um

dos 11 ministros teria de julgar mais de 10 mil recursos por ano, ou aproximadamente um recurso a cada 10 minutos”. (FALCÃO; CERDEIRA; ARGUELHES, 2011, p. 59).

Grande parte dos processos que integram a competência recursal do Tribunal chega à Corte como expressão do sistema difuso de controle de constitucionalidade, mediante Recurso Extraordinário. O controle difuso ou concreto é aquele provocado por qualquer pessoa, em qualquer grau de jurisdição, sob situação concreta em que haja celeuma a respeito da aplicação de norma constitucional. Primeiro modelo de Justiça Constitucional implementado no Brasil, em referência ao modelo semelhante que já era desenvolvido nos Estados Unidos, é pode ser considerado como forma mais democrática de acesso à hermenêutica constitucional.

Ocorre que, em virtude da instrumentalização anacrônica do processo no País, resultado de burocracia voltada à preservação do Estado e não dos direitos e garantias fundamentais dos cidadãos, o controle concreto tem sua desembocadura no Supremo Tribunal Federal – instituição que supostamente detém o monopólio da interpretação constitucional – que, ao ver sua competência assaz ampliada pela Constituição da República de 1988, passou a objetivar o processo, até então subjetivo, por meio da criação legislativa das Súmulas Vinculantes, da Repercussão Geral em Recurso Extraordinário e mediante sua própria jurisprudência.

Assim, além de vincular a decisão dos Tribunais e juízes posicionados hierarquicamente abaixo da sua jurisdição, a Corte Máxima apenas recebe recursos que atendam aos requisitos de relevância jurídica, política, social e econômica. Conceitos cujo conteúdo é determinado subjetivamente pela interpretação que os Ministros, individualmente, fazem sobre cada caso concreto submetido à apreciação.

Com a chamada objetivação do controle concreto, estaria a Suprema Corte brasileira se transformando aos poucos, efetivamente, em Tribunal Constitucional. Mendes (2008, p. 1094) afirma que “[...] a amplitude conferida pela Constituição de 1988 ao controle abstrato de normas contribuiu para tornar visíveis as inadequações ou insuficiências do modelo difuso de controle de constitucionalidade”, gerando, assim, a contínua demanda pelo aperfeiçoamento do processo constitucional concentrado. Para Coelho (2009, p. 82), esse fenômeno culmina com o desafogamento do sistema recursal, proporcionando ao Tribunal a otimização do seu trabalho na guarda da Constituição e de todo ordenamento jurídico²⁹.

²⁹ “Tratando apenas das questões efetivamente relevantes, esses Tribunais são capazes de assegurar uma melhor e mais célere distribuição da justiça, garantindo uma efetiva proteção dos direitos fundamentais e da cidadania, assim como o desenvolvimento do Estado Democrático de Direito”. (COELHO, 2009, p. 82).

Essa mudança tem contribuído para reduzir o número de demandas da Corte Recursal, mas não se reverteu em benefícios para o cidadão e na concretização do direito à tutela judicial efetiva. A pesquisa aponta para o fato de ter aumentado o número de etapas do procedimento, pois o feito que antes encontrava termo no Supremo Tribunal Federal, agora aguarda decisão deste para retornar ao Tribunal de origem, para realização do julgamento final³⁰.

Falcão, Cerdeira e Arguelhes (2011, p. 67) também apontam que o maior usuário da Corte Recursal é o próprio Poder Público, sobretudo o Executivo Federal, que concentra mais de 75% dos processos no Supremo Tribunal Federal.

A conclusão a que se chega é clara: os processos recursais dominam o STF com larga vantagem – representam quase 92% dos casos –, mas são responsáveis por pouquíssimos atores – apenas 10 partes respondem por quase 65% desses processos. E, desses 10 maiores litigantes, nove são diretamente ligados ao Poder Executivo. (FALCÃO; CERDEIRA; ARGUELHES, 2011, p. 71).

Percebe-se, desta forma, que a Jurisdição Constitucional no Brasil não conseguiu a abertura pretendida com a Constituição de 1988. Ao contrário, a sobrecarga de trabalho que acomete o Supremo Tribunal Federal, devido à ampliação das suas competências, prejudica a prestação da tutela judicial efetiva e afasta a sociedade aberta como legitimada direta a atuar perante o processo constitucional concentrado.

Ainda assim, de acordo com estatísticas disponibilizadas em sítio virtual do próprio Tribunal, confederações sindicais e entidades de classe representam o maior percentual entre os legitimados que provocaram o controle concentrado, desde 1988, em, praticamente, todas as Ações Diretas, exceto na Ação de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, ficando atrás somente dos partidos políticos. Isto mostra a demanda da esfera privada, não integrante do setor público que maneja diretamente o aparelhamento estatal, em obter respostas frente a possíveis desvios constitucionais oriundos da conduta legislativa e/ou administrativa do próprio Estado. Todavia, referidas entidades ainda não são suficientes para destacar a chamada Jurisdição Constitucional Pluralista, pois representativas de parcela social delimitada a setores profissionais e econômicos.

A participação da sociedade aberta, tão cara ao Estado Democrático Constitucional hodierno, vem sendo implementada mediante incidentes processuais, inaugurados no ordenamento jurídico pátrio com a entrada em vigor das Leis Federais n. 9.868, de 10 de

³⁰ Todavia, a FGV (2011, p. 63) ressalta que “estas interferências, porém, não podem ser afirmadas categoricamente, já que para essa análise não bastam apenas os dados do Supremo. Dependemos também de informações dos próprios tribunais”.

novembro de 1999, e n. 9.882, de 3 de dezembro de 1999, que facultam ao julgador a solicitação de informações a órgãos ou entidades, resultando na realização de audiências públicas e na figura do *amicus curiae* como instrumentos de pluralização do debate constitucional e legitimidade social e política das decisões proferidas.

É a partir desses tipos de intervenção que as organizações não-governamentais de direitos humanos têm conseguido fazer com que cheguem os argumentos das minorias desprovidas de representação no processo constitucional abstrato, cuja natureza exorbita do caráter meramente jurídico para alcançar tanto a esfera pública quanto a esfera privada do cidadão comum, quando se trata de regular e estabelecer significados para direitos humanos fundamentais.

Antes de adentrar, propriamente, na apresentação e análise dos instrumentos de participação no Supremo Tribunal Federal das entidades civis mencionadas, faz-se mister examinar, ainda que de forma breve, o processo constitucional brasileiro. O exame do controle judicial de constitucionalidade das leis e atos normativos no País, em referência ao estabelecimento do seu panorama atual, é necessário. Para esse conjunto de procedimentos estão direcionadas as atenções da opinião pública, do sistema jurídico e são pautados os programas de atuação das organizações que trabalham voltadas para o acesso à justiça e ao Judiciário.

2.1 Controle Judicial de Constitucionalidade no Brasil

As origens da Jurisdição Constitucional no Brasil não coincidem com o início da história constitucional do País, mas sua evolução tem acompanhado esta em todos os seus matizes. Na primeira Constituição do País, a Carta de 1824, não havia qualquer previsão acerca da existência e formação de uma Jurisdição Constitucional.

Conforme leciona Mendes (2008, p. 1035), a referida Carta, influenciada pelo legado jurídico francês da Revolução Burguesa, conferia somente ao Poder Legislativo a atribuição de velar pela observância das normas constitucionais, sob o pressuposto de que só é dado o poder de revisão e interpretação das leis ao órgão que as criou. De igual sorte, segundo Cruz (2004, p. 270), o Superior Tribunal de Justiça, antecedente do Supremo Tribunal Federal, no Império, “[...] estava longe de ser o órgão máximo de um dos poderes soberanos do Estado

brasileiro. [...] Todavia, de sua história também constam passagens de coragem e independência, abrindo, ulteriormente, espaço para o efetivo controle de constitucionalidade”.

Já na Constituição de 1891, surge, pela primeira vez, modelo de controle judicial de constitucionalidade no Brasil, o modelo norte-americano incidental ou difuso, sob a nítida influência da experiência constitucional dos Estados Unidos nas obras de Rui Barbosa³¹. Nela se estabelecia, conforme assevera Mendes (2008, p. 1037), a competência do já então Supremo Tribunal Federal para julgar, em grau de recurso, as sentenças oriundas das Justiças Estaduais, quando questionadas a validade ou a aplicação de tratados, leis federais ou demais atos executivos ou legislativos em face da Constituição.

É importante salientar que não havia o julgamento de lei em tese. Ainda se reconhecia que a validade ou não de uma lei não deveria ser objeto de controle judicial. Estava submetido a este apenas o julgamento de casos concretos que desobedecessem aos preceitos constitucionais. Para Rui Barbosa (1962 *apud* Mendes, 2008, p. 1038), autor intelectual da Constituição de 1891, “o *judicial review* era um poder de hermenêutica e não de legislação”.

Com o advento da Constituição de 1934, foram introduzidas modificações no sistema de controle judicial de constitucionalidade, inicialmente proposto pela Constituição de 1891, dentre as quais se destaca a competência do Senado para suspender, com efeito *erga omnes*, execução de lei ou ato, deliberação ou regulamento, declarados incompatíveis com a Constituição pelo Supremo Tribunal Federal.

Houve também a previsão da subordinação da eficácia de lei interventiva à declaração de sua constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal, o que, ressalte-se, terminou por ser o embrião da Ação Direta de Inconstitucionalidade. Segundo Mendes (2008, p. 1040), aqui “[...] foi apresentado projeto de instituição de uma Corte Constitucional inspirada no modelo austríaco”.

A Constituição de 1937, também conhecida como *polaca*, de orientação fascista, não trouxe nenhuma novidade quanto ao tema. Ao contrário, resultou em inequívoco retrocesso ao controle judicial de constitucionalidade, ao permitir que a lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal fosse reapreciada pelo Poder Legislativo e, caso confirmada por 2/3 dos votos em cada Câmara, teria resgatada sua validade, inobstante a declaração de inconstitucionalidade pronunciada pelo Tribunal.

³¹ Barroso (2012, p. 75) afirma que a introdução do controle de constitucionalidade no Brasil não foi precedida pelo intenso debate doutrinário e ideológico que acompanharam a sua implantação nos Estados Unidos e na Europa. Em razão disso, o Autor considera o tema da legitimidade democrática da jurisdição constitucional ainda pouco explorado pelos estudiosos do Direito no Brasil.

Segundo Cruz (2004, p. 285), o controle de constitucionalidade, nessa fase constitucional, era compreendido pelo então Ministro da Justiça, Francisco Campos, “[...] como técnica de preservação das elites brasileiras em face da preservação do *status quo* que a mesma promovia devendo, pois, o Judiciário submeter-se ao controle do Poder Legislativo”.

Já a Carta Política de 1946 restaurou o controle judicial de constitucionalidade tal qual vinha se delineando nos moldes das Constituições anteriores, disciplinando a competência do Supremo Tribunal Federal para apreciar, além dos recursos ordinários, os recursos extraordinários. Além do mais, manteve a atribuição do Senado Federal em suspender execução de lei declarada inconstitucional pelo Tribunal Pleno e importante mudança ocorreu quanto à representação interventiva, a ser proposta pelo Procurador-Geral da República, que agora estaria subordinada à declaração de inconstitucionalidade, pelo Supremo Tribunal Federal, do ato ou norma objeto da intervenção. Surge então a arguição de constitucionalidade direta que, segundo Mendes (2008, p. 1043), “[...] teve ampla utilização no regime constitucional instituído”. Delineavam-se os contornos do controle abstrato de normas no Direito Constitucional pátrio.

No entanto, fora com a Emenda n. 16, de 1965, que o controle em tese de normas estaduais e federais restou instituído, com a previsão do instituto da representação de inconstitucionalidade, com legitimidade pertencente somente ao Procurador-Geral da República. A Constituição de 1967/69, por ter feito parte de momento histórico de falência das instituições democráticas do País, não trouxe relevantes modificações, mantendo os sistemas de controle difuso e controle abstrato de normas.

Dessarte, com o advento da Constituição Cidadã, em 1988, grandes inovações foram trazidas ao controle judicial de constitucionalidade no ordenamento jurídico brasileiro, tendo como paradigma a instauração do Estado Democrático de Direito. Para Mendes (2008, p. 1053), “[...] a Constituição de 1988 amplia significativamente os mecanismos de proteção judicial, e assim também o controle de constitucionalidade das leis”.

Nesse sentido, a nova Carta Magna ampliou a competência do Supremo Tribunal Federal; consagrou os remédios constitucionais – *habeas corpus*, *habeas data*, mandado de segurança, mandado de injunção – como ações de garantia dos direitos fundamentais. Trouxe mudanças substanciais no controle judicial abstrato de normas, com a criação da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, Ação Direta de Inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual; Ação Direta de Constitucionalidade e, por fim, a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental.

Outro marco foi a ampliação da legitimidade de propositura das Ações Diretas perante o Pretório Excelso, iniciando um projeto de abertura democrática do processo constitucional e de fortalecimento do controle concentrado em detrimento do difuso. Pode-se afirmar que a Jurisdição Constitucional no Brasil, atualmente, adota um modelo misto de controle de constitucionalidade das leis, em que convivem o controle difuso, de inspiração estadunidense, e o controle concentrado, de influência marcadamente européia.

Nesse lume, acompanhando a tendência mundial de mitigação dos dois grandes sistemas de controle judicial de constitucionalidade, o mesmo vem acontecendo no País, com a desnaturação progressiva da via difusa e a tentativa, ainda incipiente, de se reconhecer julgamento subjetivo na via concentrada. De acordo com Mendes (2008, p. 1009), “o desenvolvimento destes dois modelos básicos aponta em direção a uma aproximação ou convergência a partir de referenciais procedimentais ou pragmáticos”.

Com efeito, tendo em vista as recentes normatizações do instituto da repercussão geral para o Recurso Extraordinário, e das Súmulas Vinculantes, a liberdade dos juízes em decidir questões constitucionais restou assaz vinculada aos posicionamentos do Supremo Tribunal Federal. Ademais, com a possibilidade do ajuizamento da ADPF, por qualquer pessoa lesada ou ameaçada por ato do Poder Público, sua utilização como incidente de inconstitucionalidade, o instituto da Reclamação Constitucional, dentre outros, reconheceram-se instrumentos específicos para defesa de posições subjetivas perante a Jurisdição Constitucional concentrada.

Atualmente, a Constituição Federal de 1988 e o Direito Processual brasileiro adotam sistema misto de controle judicial de constitucionalidade das leis e atos normativos. Coexistem, nesse cenário, o controle concentrado ou abstrato de constitucionalidade, aquele destinado à análise primeira e direta de questões constitucionais, realizada pelos Ministros no Supremo Tribunal Federal, e o controle difuso ou concreto. Este representa o procedimento incidental sobre controvérsia ou lesão a direito envolvendo a Constituição, que pode ser suscitado em qualquer grau de jurisdição por qualquer órgão, cidadão ou associação civil.

2.1.1 Controle Difuso

O controle difuso de constitucionalidade das leis, ou modelo estadunidense, tem suas origens no julgamento do célebre caso *Marbury v. Madison*, sendo adotado aqui no Brasil a

partir da Constituição Brasileira de 1981. Também chamado de concreto ou incidental, o controle difuso é exercido no bojo de decisão jurídica proferida a respeito de demanda levada a Juízo, podendo a inconstitucionalidade de lei ou de ato do Poder Público ser suscitada por qualquer das partes litigantes, perante o caso objeto do processo.

Além das partes, têm legitimidade para provocar o controle de constitucionalidade incidental terceiros intervenientes no processo; o Ministério Público, oficiando do feito; e o juiz ou tribunal, inclusive, de ofício, excetuando-se o Supremo Tribunal Federal, haja vista a necessidade do pré-questionamento no recurso extraordinário.

Destarte, a declaração de inconstitucionalidade em sede de controle difuso há de ser proferida, necessariamente, em processo *inter partes*, podendo por elas requeridas, seja autor ou réu, como fundamento de sua causa de pedir, em qualquer espécie de ação. Nessa esteira, a questão constitucional suscitada ostenta natureza de questão prejudicial, da qual depende o julgamento principal da causa, por isso só pode ser argüida incidentalmente, como prejudicial de mérito da pretensão deduzida.

Outro caminho utilizado para a provocação da via difusa na Jurisdição Constitucional é a utilização das chamadas ações constitucionais de garantia, ou os chamados remédios constitucionais, em virtude do seu rito especial, que confere maior celeridade ao processo.

Esses remédios constitucionais são movidos, ora individualmente, por quem supostamente titulariza um direito fundamental, ora coletivamente, por entidades ou órgãos legitimados para atuarem na condição de substitutos processuais em favor de interesses ou direitos subjetivos assegurados aos personagens substituídos. Entre os remédios constitucionais mais utilizados no controle incidental, sobretudo no controle concreto das omissões do poder público, figuram a *ação popular*, o *mandado de segurança*, a *ação civil pública* e o *mandado de injunção*. (CUNHA JR., 2006, p. 101-102).

O controle difuso de constitucionalidade pode ser realizado por qualquer juiz ou tribunal, seja por meio de uma ação subjetiva ou de um recurso, provocado por meio de exceção. Quanto ao seu exercício pelo Superior Tribunal de Justiça, cumpre salientar que o mesmo deve ser feito no âmbito de sua competência originária ou em sede de recurso ordinário, uma vez que o recurso especial destina-se apenas ao enfrentamento de questões infraconstitucionais, sob pena de usurpação da competência constitucional do Pretório Excelso.

Com relação aos efeitos das decisões em sede de controle incidental, a regra, *a priori*, é que eles se dêem apenas entre as partes e com transcendência *ex tunc*, ou seja, retroativos à publicação da lei ou à realização do ato violador da norma constitucional.

A Constituição de 1988 prevê, contudo, que tais julgados tenham eficácia contra todos no caso de o Senado, em sede de competência privativa, “suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal” (artigo 52, X, CF/88), via resolução, passando a valer a partir da publicação desta no Diário Oficial. No entanto, ao arripio do constituinte originário, tal dispositivo tem se tornado obsoleto, de acordo com orientação da própria Corte Suprema.

O Ministro Gilmar Mendes, na Reclamação n. 4335/AC, da qual é relator, afirma que “[...] as decisões do Supremo Tribunal Federal, a respeito da inconstitucionalidade de lei, mesmo proferidas em controle difuso de normas, já são dotadas de eficácia geral, cabendo ao Senado Federal a prerrogativa discricionária de apenas conferir publicidade a elas”. Referido entendimento, dado a partir do que a Corte chamou em sua decisão de “mutação constitucional”, termina por equiparar os efeitos do controle difuso com o controle concentrado, redundando no que se chama de abstrativização do controle difuso. Tal entendimento gera um grave problema para o sistema de direitos e garantias fundamentais.

[...] atribuir eficácia *erga omnes* e efeito vinculante às decisões do STF em sede de controle difuso de constitucionalidade é ferir os princípios constitucionais do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório (art. 5º, LIV e LV, da Constituição da República), pois assim se pretende atingir aqueles que não tiverem garantido o seu direito constitucional de participação nos processos de tomada de decisão que os afetará. (STRECK, OLIVEIRA E LIMA, 2007, p. 7).

Nesta leva de esvaziamento da via difusa, podemos ainda citar a edição das Súmulas Vinculantes, que subordinam cada vez mais a decisão dos juízes e demais instâncias inferiores ao Supremo Tribunal Federal, além, *a contrario sensu*, da negativa de provimento a ser dada em recurso cuja decisão atacada esteja harmonizada com súmula ou jurisprudência dominante do respectivo tribunal, Supremo Tribunal Federal ou Tribunal Superior (artigo 557, § 1º-A, do CPC).

Tudo isso, aliado à recente regulamentação do instituto da repercussão geral como requisito de admissibilidade do recurso extraordinário, relativiza o efeito *inter partes*, desnaturando uma das principais características do controle difuso de constitucionalidade.

Além do mais, com a utilização da teoria da modulação dos efeitos da decisão, o Supremo Tribunal Federal tem a prerrogativa de decidir se os efeitos se operarão, observada a particularidade do caso, *ex nunc* ou *ex tunc*.

Com as progressivas restrições à via difusa e a objetivação do processo até então entendido como subjetivo, fica cada vez mais difícil ao cidadão acessar a Justiça Constitucional, deixando-se de lado a particularidade dos casos, tão cara de ser analisada em

País de grandes dimensões territoriais e realidades sociais distintas, como o Brasil. Em razão disso e da crescente visibilidade midiática do Supremo Tribunal Federal em julgamentos importantes envolvendo direitos fundamentais, o controle concentrado ou abstrato de constitucionalidade tem ganhado destaque na Jurisdição Constitucional pátria e também passado por transformações institucionais importantes.

2.1.2 Controle Concentrado

O controle de constitucionalidade concentrado de normas corresponde ao chamado modelo austríaco, idealizado por Hans Kelsen. Por ele, um Tribunal Constitucional analisa a (in)constitucionalidade de lei ou ato normativo em face da Constituição sem a presença de partes ou contraditório.

Kelsen (2007), em clássico debate com Carl Schmitt sobre “quem deve ser o guardião da Constituição”, não tinha dúvida sobre a legitimidade da jurisdição para figurar, por meio de tribunal específico, como guarda da Carta Política do Estado, devendo a preocupação recair apenas sobre os limites do exercício deste ofício. Todavia, não negava o principal traço distintivo do Tribunal Constitucional com relação às demais funções judicantes, sua intensa aproximação da política.

Do ponto de vista teórico, a diferença entre um tribunal constitucional com competência para cassar leis e um tribunal civil, criminal ou administrativo normal é que, embora sendo ambos aplicadores e produtores do direito, o segundo produz apenas normas individuais, enquanto o primeiro, ao aplicar a Constituição a um suporte fático de produção legislativa, obtendo assim uma anulação da leinconstitucional, não produz, mas elimina uma norma geral, instituindo assim o *actus contrarius* correspondente à produção jurídica, ou seja, atuando – como formulei anteriormente – como *legislador negativo*. (KELSEN, 2007, p. 263).

O modelo austríaco de controle de constitucionalidade se consolidou no Brasil com a Emenda Constitucional n. 16, de 26 de novembro de 1965, reservando a sua competência como exclusiva do Supremo Tribunal Federal.

A Constituição de 1988 ampliou e aperfeiçoou significativamente o sistema do controle concentrado, aduzindo parte da doutrina que tal atitude do constituinte sobrelevou esse modelo em relação ao sistema difuso, tradicionalmente adotado no País desde a Carta Política de 1981.

A Constituição de 1988 reduziu o significado do controle de constitucionalidade incidental ou difuso ao ampliar, de forma marcante, a legitimação para propositura da ação direta de inconstitucionalidade (art. 103), permitindo que, praticamente, todas as controvérsias constitucionais relevantes sejam submetidas ao Supremo Tribunal Federal mediante processo de controle abstrato de normas. (MENDES, 2008, p. 1056).

Não resta dúvida que a chamada Constituição Cidadã trouxe significativas inovações ao prever novas Ações Diretas perante a Corte Máxima, como a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Acenou, ainda, para a possibilidade de adoção de efeitos vinculantes nas decisões proferidas no âmbito dessas ações, além de ampliar o rol de legitimados para propositura das mesmas, antes restrito ao Procurador-Geral da República. Nesse contexto de mudanças, também fora deferido aos Estados Membros instituírem em suas Constituições um sistema de controle concentrado de normas em face das leis ou atos normativos estaduais e/ou municipais, conferindo a competência para seus julgamentos aos Tribunais de Justiça Estaduais e vedando sua legitimação a um único órgão.

As Ações Diretas do controle abstrato destinam-se à provocação do Supremo Tribunal Federal para aferir a incompatibilidade ou não de determinada lei ou ato normativo em face da Constituição Federal. Assim, a questão constitucional a ser enfrentada guarda natureza de questão principal, uma vez que diz respeito ao próprio objeto do processo, diferentemente do que ocorre no controle difuso. Nesse caso, “o Supremo Tribunal Federal se limita a examinar abstratamente o confronto entre as normas em tela, como medida a assegurar, objetivamente, a supremacia da Constituição” (CUNHA JR., 2006, p. 152).

As ações que gozam de previsão constitucional na Carta Política de 1988 são: a) Ação Direta de Inconstitucionalidade (artigo 102, I, “a”); b) Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (artigo 103, § 2º); c) Ação Direta de Inconstitucionalidade Interventiva (artigo 36, III); d) Ação Declaratória de Constitucionalidade (artigo 102, I, “a”) e e) Ação de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (artigo 102, § 1º).

A Ação Declaratória de Inconstitucionalidade, também chamada de ADI genérica, tem por objeto a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual. Já a Ação Declaratória de Constitucionalidade visa afirmar, em face da Constituição, conteúdo de lei ou ato normativo federal que seja objeto de controvérsia judicial relevante, da qual resulte elevado número de ações. Ambas são reguladas pela Lei Federal n. 9.868, de 10 de novembro de 1999.

O rol de legitimados ativos encontra-se previsto no artigo 103, *caput*, da atual Constituição da República. Até 1988, apenas o Procurador-Geral da República poderia

provocar a jurisdição do Supremo Tribunal Federal, de forma que é forçoso afirmar o avanço e a importância que a Nova Constituição do País representou no intuito de pluralizar o acesso à Corte e ao debate constitucional. No entanto, a ampliação levada a efeito ainda não foi satisfatória para a sociedade civil, seja por legitimar apenas determinados tipos de entidades de classe seja pela jurisprudência restritiva do próprio Tribunal.

A sociedade civil ainda encontra grandes óbices para acessar a Justiça Constitucional na via concentrada, tendo em vista a necessidade de comprovação de pertinência temática exigida pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Nessa esteira, Mendes (2008, p. 1111) entende que esta restrição “[...] criaria uma injustificada diferenciação entre os entes ou órgãos autorizados a propor a ação”, fato que encontra respaldo na Constituição e é incompatível com a própria natureza do controle abstrato.

Além mais, só são reconhecidas, pela Corte Máxima, como entidades de classe de âmbito nacional, aquelas que representam categoria econômica ou profissional, com abrangência de, no mínimo, um terço dos Estados Membros. Desta forma, ficam excluídas, por exemplo, entidades de defesa dos direitos humanos e a esmagadora maioria dos movimentos sociais.

Salienta-se ainda o reconhecimento diferenciado de postulação plena entre os legitimados elencados no dispositivo constitucional, ou seja, a prerrogativa de se provocar a jurisdição sem o intermédio de advogado legalmente constituído e, por conseguinte, realizar atos processuais, apenas aos atores constantes nos incisos I a VII, artigo 103, da Constituição Federal de 1988.

ACÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. QUESTÃO DE ORDEM. GOVERNADOR DE ESTADO. CAPACIDADE POSTULATORIA RECONHECIDA. MEDIDA CAUTELAR. DEFERIMENTO PARCIAL. 1. O governador do estado e as demais autoridades e entidades referidas no art. 103, incisos i a vii, da constituição federal, além de ativamente legitimados a instauração do controle concentrado de constitucionalidade das leis e atos normativos, federais e estaduais, mediante ajuizamento da ação direta perante o supremo tribunal federal, possuem capacidade processual plena e dispõem, ex vi da própria norma constitucional, de capacidade postulatória. Podem, em conseqüência, enquanto ostentarem aquela condição, praticar, no processo de ação direta de inconstitucionalidade, quaisquer atos ordinariamente privativos de advogado. 2. A suspensão liminar da eficácia e execução de leis e atos normativos, inclusive de preceitos consubstanciados em textos constitucionais estaduais, traduz medida cautelar cuja concretização deriva do grave exercício de um poder jurídico que a constituição da republica deferiu ao supremo tribunal federal. A excepcionalidade dessa providencia cautelar impõem, por isso mesmo, a constatação, hic et nunc, da cumulativa satisfação de determinados requisitos: a plausibilidade jurídica da tese exposta e a situação configuradora do periculum in mora. Precedente: adin n. 96-9 - ro (medida liminar, dj de 10/11/89).

A dispensa de advogado encontra guarida no argumento que entende a capacidade postulatória dos legitimados às ações diretas como decorrente da própria Constituição. No entanto, tal justificativa é insatisfatória para explicar o porquê de se conferir tratamento processual desigual aos partidos políticos, confederações sindicais e entidades de classe. Ademais, a exigência de advogado e pertinência temática para postulação pelas entidades de classe e confederações sindicais é mais um fator a respaldar a tese da necessidade da abertura democrática da Jurisdição Constitucional.

Todavia, a ampliação irrestrita do número de postulantes perante a Suprema Corte brasileira encontra óbices no funcionamento operacional da própria instituição. O principal desses está na desproporcionalidade entre o número de Ministros que atuam no Tribunal e o elevado número de processos que são autuados e conclusos para julgamento cotidianamente. Do ano de 2005 até junho de 2012 foram distribuídos 517.945 processos e julgados 868.825 por apenas 11 magistrados³². A sobrecarga de trabalho é fruto das distintas competências que a Corte tem acumulado ao longo da sua história institucional, sobretudo sob o advento da nova Carta Política.

O mesmo rol de legitimados supracitado também é previsto para a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão e para a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Quanto a esta última houve e ainda há a tentativa de se incluir como legitimado qualquer pessoa lesada ou ameaçada por ato do Poder Público, fato que será analisado no decorrer deste trabalho.

Essas Ações ainda se diferenciam quanto ao objetivo, uma vez que a primeira visa conceder plena eficácia às normas constitucionais, que dependessem de complementação infraconstitucional; e a segunda, a proteção a preceitos fundamentais decorrentes da Constituição.

Por fim, a Ação Direta de Inconstitucionalidade Interventiva, cuja legitimidade ativa pertence apenas ao Procurador-Geral da República, visa atacar lei ou ato normativo estadual contrários aos princípios sensíveis da Constituição, previstos no artigo 34, VII, da Constituição Federal de 1988.

Cumprase asseverar que as referidas ações ostentam natureza jurídica de ação objetiva de caráter dúplice, tendo em vista que instauram processos objetivos em que, teoricamente, não existem partes, nem conflitos de interesse. O caráter dúplice se justifica na medida em

³² STF. Movimento processual. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=movimentoProcessual>>. Acesso em: 15 jul. 2012.

que, reconhecida a (in)constitucionalidade invocada no pedido, o STF terá que declarar a constitucionalidade ou inconstitucionalidade do ato normativo em questão.

Ressalte-se que, em decorrência da objetividade do processo constitucional abstrato, embora o Supremo Tribunal Federal esteja adstrito a analisar o pedido principal, seu julgamento não se encontra vinculado à causa de pedir, podendo fazê-lo com base na Lei Maior, pois o escopo principal é garantir a supremacia da Constituição em face do ordenamento jurídico pátrio.

Os efeitos da decisão no controle concentrado de constitucionalidade são *erga omnes*, possuindo, portanto, eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e da administração pública federal, estadual, municipal e distrital.

Quanto à nulidade das leis ou atos normativos tidos por inconstitucionais, é tradicionalmente aceita no Direito Constitucional Brasileiro a teoria da nulidade, em que a inconstitucionalidade de determinada norma pode ensejar declaração de nulidade total, declaração de nulidade parcial ou declaração de nulidade sem redução do texto.

A nulidade no controle concentrado será total, quando expurgar, por completo, a lei do ordenamento jurídico; parcial, quando se declarar a inconstitucionalidade e, conseqüente, nulidade, de apenas parte dela; e parcial sem redução do texto, quando não é a lei em si declarada inconstitucional, mas apenas uma determinada aplicação ou interpretação dela.

Em virtude da lei ou ato normativo inconstitucional se tratar de ato nulo, os efeitos da decisão que constata a sua contrariedade com a Lei Maior se operam *ex tunc*, ou seja, de forma retroativa. Contudo, o artigo 27, da Lei n. 9.868, de 10 de novembro de 1999, veio consagrar a teoria da modulação dos efeitos da decisão, em que o Supremo Tribunal Federal poderá apenas restringir os efeitos de sua decisão ou simplesmente decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado, ou de outro momento que venha a ser fixado.

Por fim, cumpre asseverar que, com a exigência jurisprudencial da pertinência temática para, principalmente, sindicatos e entidades de classe, a previsão do *amicus curiae* e da Reclamação Constitucional, o aumento na realização de audiências públicas, a ADPF incidental, dentre outros, o caráter objetivo do controle concentrado tem sido mitigado.

O modelo concentrado (austríaco ou europeu) adota as ações individuais para a defesa das posições subjetivas e cria mecanismos específicos para a defesa dessas posições, como a atribuição de eficácia *ex tunc* da decisão para o caso concreto que ensejou a declaração de inconstitucionalidade do sistema austríaco. [...]

Em verdade, tal sistema tornou o juiz ou tribunal um ativo participante do controle de constitucionalidade, pelo menos na condição de órgão incumbido da provocação. Tal aspecto acaba por mitigar a separação entre os dois sistemas básicos de controle. (MENDES, 2008, p. 1009).

Com efeito, ainda que se coloque a inexistência de partes e conflitos de interesses no referido modelo, a crise de representatividade do Poder Legislativo, a relevância de determinadas questões e os interesses contrastantes entre sociedade civil e Poder Público, têm transformado o plenário do STF em palco de verdadeiras e importantes lides nacionais.

Cite-se, como exemplo, o caso da reserva Raposa Serra do Sol, em Roraima. Embora o objeto principal da ação fosse um ato normativo em tese sobre demarcação contínua de terras indígenas, estava presente no processo, de um lado, a população indígena, e de outro, os donos de enormes plantações de arroz, ambos buscando a satisfação de uma pretensão resistida. Decisão que, mesmo proferida em controle concentrado de normas, poria fim jurídico ao conflito existente.

Outra não é a situação com as ações sobre o direito de greve dos servidores públicos, o questionamento da política de quotas para afrodescendentes e indígenas nas universidades, dentre outras. Em decorrência disso, urge a continuidade no processo de abertura democrática da Jurisdição Constitucional, iniciada pela Constituição Federal de 1988, mas ainda incipiente para a população em geral.

Com o progressivo esvaziamento da via difusa e conseqüente fortalecimento da concentrada, o cidadão, seja individualmente, seja em grupo por meio das associações civis, estará cada vez mais privado do princípio da proteção judicial efetiva quanto aos direitos e garantias fundamentais violados pelas arbitrariedades do Poder Público. Além do mais, seus direitos restam entregues à morosidade e ao patrimonialismo que, há séculos, assombram a Justiça Ordinária brasileira.

Tendo em vista esse fato, a legislação ordinária pós-1988 tem inovado no processo constitucional, prevendo e regulamentando mecanismos de participação do cidadão, seja individualmente, seja organizado em forma de associações civis, no controle concentrado de constitucionalidade. É através desses mecanismos, estudados a seguir, que as organizações não-governamentais de direitos humanos têm atuado no Supremo Tribunal Federal.

2.2 Instrumentos de Participação Cidadã no Controle Concentrado de Constitucionalidade

O acesso ao processo constitucional deve ser estudado como espécie direito de acesso à Justiça. Na concepção restrita, o acesso à justiça é entendido apenas nos moldes de se

oportunizar à sociedade o pleno gozo dos direitos e o provimento jurisdicional célere e eficaz, realizado pelo Estado, que promovesse a efetiva resolução dos conflitos postos. Tal noção não é de todo contrária às balizas democráticas, mas peca em não aprofundar o olhar sobre questões sociais e jurídicas que têm influência direta sobre a prestação jurisdicional, como a marginalização crescente de camadas desfavorecidas e a inércia do Poder Judiciário, respectivamente.

De acordo com caracterização cunhada por Sousa Jr. (2008, p. 8), o acesso à Justiça deve ser compreendido, em concepção alargada, como processo emancipatório da sociedade e seus cidadãos, que objetiva viabilizar aos mesmos a participação ativa nas questões que envolvam o Direito e a administração da Justiça, não apenas a resolução de litígios.

Nesse sentido, a previsão de instrumentos que permitam ao cidadão sentir-se parte do debate constitucional, com oportunidade de ter, reconhecidamente, voz do processo judicial constitucional, além de configurar aplicação imediata do direito de acesso à justiça do princípio fundamental da cidadania, privilegia o entendimento que considera a Constituição como processo público. (HÄBERLE, 2002).

A Constituição Federal de 1988 colocou à disposição do cidadão diversos mecanismos aptos a propiciar o exercício da cidadania, notadamente quanto à defesa de direitos fundamentais. No que se refere ao controle concentrado de constitucionalidade, a participação popular, conforme anotado, ainda é restrita, mas pode ser realizada mediante três importantes instrumentos processuais: o *amicus curiae*, as audiências públicas e a Ação de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF), os quais passarão a ser examinados nesse tópico, respectivamente.

2.2.1 *Amicus Curiae*

O *amicus curiae*, expressão latina traduzida como “amigo da corte”, refere-se à forma de intervenção de terceiro interessado no processo judicial com o escopo de trazer informações adicionais sobre o objeto do procedimento, de forma a corroborar com a formação do livre convencimento motivado do órgão julgador. Suas origens remontam à Roma Antiga, desenvolvendo-se, posteriormente, sob o estandarte inglês do *common law*. A principal distinção entre a concepção romana e a inglesa está na espontaneidade. Em Roma, este terceiro só comporia o procedimento se fosse convocado pelo juiz. Na Inglaterra, o

amicus curiae desdobrou-se a partir da modalidade interventiva espontânea, ficando restrito inicialmente, na Europa, ao direito inglês.

Mas fora nos Estados Unidos da América que o instituto ganhou maior destaque e desenvolvimento. Conforme anota Rabazoni (2009, p. 19), no direito estadunidense o *amicus curiae* transformou-se, gradativamente, de terceiro interveniente, que vem ao processo prestar informações de forma neutra e espontânea, para agentes que solicitam o ingresso na lide para atuar no interesse de uma das partes ou em proveito próprio, quando determinado desfecho judicial lhe interessa no caso concreto.

Nesse sentido, o Amigo da Corte deixa de ser entidade, órgão ou instituição cujo objetivo, processualmente, é prestar informações técnicas ao Tribunal e passa a ser, em expressão cunhada por Medina (2010), verdadeiro amigo da parte, uma vez que aumenta as chances de êxito do pólo, na relação processual, que abrange a sua tese, sendo esse, dessa forma, beneficiado com as informações e argumentos adicionais.

Se, no início, esse instrumento era utilizado como um verdadeiro amigo da corte, que informava erros evidentes, bem como apresentava fatos e argumento que não eram do conhecimento das partes e da corte, a partir do final do século XIX em diante o *amicus curiae* passou a ser utilizado como um verdadeiro instrumento de estratégia judicial, em defesa de um dos lados específicos envolvido na disputa. [...] Foi a partir desse perfil que se distanciou da amizade neutra e passou a ser uma advocacia interessada, que começaram a surgir os principais problemas enfrentados pela Suprema Corte, como o excessivo número de memoriais e o *lobby* judicial. (MEDINA, 2010, p. 55).

No âmbito da jurisdição internacional, o *amicus curiae* também tem atuação destacada, sobretudo nos Sistemas de Proteção aos Direitos Humanos. A Convenção Europeia de Direitos Humanos admite, no artigo 36, o direito de formular observações por escrito ou de participar das audiências a Alta Parte Contratante, ainda que não seja parte no processo, ou qualquer pessoa interessada que não o autor da petição.

A Corte Internacional de Justiça, embora só aceite os Estados como partes nos casos da Corte, poderá solicitar informações a organizações internacionais públicas ou recebê-las quando forem enviadas de forma espontânea, conforme prevê o artigo 34 do seu Estatuto. A Corte Interamericana de Direitos Humanos, por sua vez, mesmo sem possuir dispositivo específico, admite amplamente a participação de terceiros nos procedimentos desde o primeiro caso, *Velásquez Rodríguez versus Honduras*.

De acordo com Mialhe (2010, p. 20), a participação das organizações não governamentais, mediante o instrumento do *amicus curiae* nos tribunais internacionais, reforça o posicionamento dos requerentes individuais com suporte externo aos argumentos

apresentados, preserva os interesses daqueles que não estão representados no procedimento e atribui visibilidade internacional ao caso, atraindo a atenção da opinião pública.

Não é à toa que, quando aplicado ao controle de constitucionalidade, o amicus da corte é sempre abordado como instrumento de abertura e democratização da Jurisdição Constitucional, favorecendo a pluralização do debate e a formação da sociedade aberta dos intérpretes da Constituição³³.

No Brasil, embora tenha se tornado notório após a promulgação da Constituição Federal de 1988 e dos marcos normativos reguladores das Ações Diretas, pode-se encontrar referências ao *amicus curiae*, desde 1978, em lei que trata da competência para processo judicial da Comissão de Valores Mobiliários. Razaboni (2009, p. 54) também aponta a previsão do *amicus curiae* na Lei Federal n. 8.884/94, que possibilita a manifestação do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) em litígios que a tenham como objeto. Todavia, é no controle de constitucionalidade, seja o difuso seja o concentrado, que esta forma peculiar de intervenção de terceiro ganhou destaque no ordenamento jurídico do País e vem sendo utilizada como modelo estratégico de atuação judicial das organizações não-governamentais de direitos humanos e demais entidades da sociedade civil.

Há duas modalidades de intervenção do *amicus curiae* no processo constitucional. A primeira desenvolve-se no controle abstrato de constitucionalidade em processo relativo à apreciação das Ações Diretas. Em que pese este sistema vedar a chamada “intervenção de terceiros”, o artigo 7º, § 2º, da Lei Federal n. 9.868/1999, dispõe que poderá o relator, via despacho irrecorrível, admitir a manifestação de outros órgãos e entidades. Assevera, ainda, o artigo 20 do mesmo marco legal, que o relator poderá, em caso de necessidade de esclarecimento de matéria ou circunstância de fato ou de notória insuficiência das informações existentes nos autos, requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão ou fixar data para realização de audiência pública. Disposição semelhante poderá ser encontrada no artigo 6º da Lei Federal n. 9.882/1999, que regula a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental.

A segunda modalidade diz respeito ao controle incidental ou difuso. O *amicus curiae* poderá ser admitido em processamento de Recursos Extraordinários, Mandados de Segurança e até *Habeas Corpus*. Com a inclusão do artigo 543-A, pela Lei Federal n. 11.418/2006, no

³³ “Não se pode perder de perspectiva que a intervenção processual do ‘amicus curiae’ tem por objetivo essencial pluralizar o debate constitucional, permitindo que o Supremo Tribunal Federal venha a dispor de todos os elementos informativos possíveis e necessários à resolução da controvérsia, visando-se, ainda, com tal abertura procedimental, superar a grave questão pertinente à legitimidade democrática das decisões emanadas desta Corte, quando no desempenho de seu extraordinário poder de efetuar, em abstrato, o controle concentrado de constitucionalidade [...]”. (STF, Ministro Celso de Melo, ADPF 187/DF).

Código de Processo Civil, também passou a ser permitida a manifestação de terceiros, subscrita de procurador habilitado, na análise da repercussão geral, requisito de admissibilidade do Recurso Extraordinário no Supremo Tribunal Federal.

Medina (2010, p. 100) chama atenção para que seja considerada a peculiaridade de cada sistema/modelo quanto à admissão e à análise dos argumentos apresentados pelo interveniente. No controle concreto, esta participação ganha contornos de tradicional intervenção de terceiros presente no Direito Processual Civil, haja vista que o amigo da corte assume posição partidária, com real interesse no resultado concreto da demanda, almejando êxito a favor da tese por ele suscitada. Nesse sentido, poderia haver prejuízos aos princípios do contraditório e da ampla defesa, desequilibrando a relação processual. Feitas estas considerações, será dada ênfase na apresentação do instituto em análise na primeira modalidade que enseja a participação social no controle concentrado de constitucionalidade.

No site do Supremo Tribunal Federal, pode-se encontrar a definição do *amicus curiae* como “intervenção assistencial em processos de controle de constitucionalidade por parte de entidades que tenham representatividade adequada para se manifestar nos autos sobre questão de direito pertinente à controvérsia constitucional”. Salienta, ainda, que o interessado atua na causa nesta qualidade, jamais sendo equiparado à parte.

Assim, em voto proferido na ocasião do julgamento da ADPF n. 187/DF, o Ministro Celso de Melo afirmou que não possui o *amicus curiae* prerrogativas inerentes à parte, como a delimitação temática do objeto da demanda. No entanto, poderá fazer sustentações orais, solicitar realização de exames periciais, propor requisição de informações complementares, pedir convocação de audiências públicas e, em caso de decisões negatórias do seu pedido de ingresso formal no processo, o direito de recorrer. Este é restrito apenas a esta situação, não assistindo ao mesmo direito quanto às demais decisões tomadas ao longo do procedimento, ainda que estas se debrucem sobre questões de mérito.

A principal função do instituto é delineada como a pluralização do debate constitucional com vista a sanar problemas de legitimidade democrática das decisões proferidas no âmbito do Tribunal.

[...] a admissão do terceiro, na condição de “amicus curiae”, no processo objetivo de controle normativo abstrato, qualifica-se como fator de legitimação social das decisões do Tribunal Constitucional, viabilizando, em obséquio ao postulado democrático, a abertura do processo de fiscalização concentrada de constitucionalidade, em ordem a permitir que nele se realize a possibilidade de participação de entidades e de instituições que efetivamente expressem os valores essenciais e relevantes de grupos, classes e extratos sociais. (STF, Ministro Celso de Melo, ADPF n. 187/DF).

As decisões sobre sua admissão no Supremo Tribunal Federal são sempre fundamentadas com amparo teórico na sociedade aberta dos intérpretes da Constituição de Peter Häberle. Contudo, assevera Medina (2010) que o amigo da corte pluraliza o debate constitucional, mas não o democratiza.

Ocorre que o terceiro interveniente não atua como conselheiro da Corte, prestando informações técnicas e multidisciplinares para fundamentação correta da decisão, mas integra o processo como “amigo da parte”, agindo e trazendo argumentos ao lado da tese encampada por ele e defendida processualmente.

Desta forma, o desequilíbrio de atores que sustentam argumentos opostos no processo pode contribuir para teses nem sempre democráticas ou legitimadas socialmente sob o amparo da opinião pública. Não se pode esquecer que não são apenas entidades representantes da sociedade civil organizada ou minorias sociais que atuam como *amicus curiae*.

Podem solicitar a intervenção todos os órgãos e entidades legitimados para o peticionamento das Ações Diretas, elencados no artigo 103, *caput*, da Constituição Federal de 1988 e todos os demais entes ou associações, públicas ou privadas, que assim solicitarem, desde que ofereçam notícias pertinentes ao deslinde da demanda, observadas a representatividade dos postulantes e a relevância da matéria.

A análise de tais requisitos é feita pelo Ministro Relator do processo, de acordo com parâmetros legais abertos. Não há direito subjetivo ao ingresso no pleito, o que, aliado à impossibilidade de recurso das decisões de mérito, faz surgir novamente o questionamento sobre o caráter democrático do instituto.

Para Binenbojm (2005, p. 18), em posicionamento contrário à construção jurisprudencial da Corte, o direito ao recurso do *amicus curiae* está inscrito sob a égide do princípio democrático e se coaduna com a dicção do artigo 499, do Código de Processo Civil Brasileiro. Segundo o referido dispositivo, o recurso poderá ser interposto pela parte vencida, pelo terceiro prejudicado e pelo Ministério Público. Tendo-se a natureza jurídica do interveniente como terceiro especial, “[...] não há como se lhe negar a legitimidade recursal para manifestar sua insurgência contra as decisões que não acolherem seus argumentos”. (BINENBOJM, 2005, p. 18).

Ademais, as entidades e órgãos que integram o processo nesta condição poderão estar sujeitas aos efeitos diretos da decisão proferida no processo constitucional abstrato. É o caso, por exemplo, do Grupo Gay da Bahia, associação civil sem fins lucrativos, que fora admitido como amigo da corte na ADPF 132/RJ, em que se discutia a possibilidade da união civil por pessoas do mesmo sexo. Caso o resultado do julgamento fosse pelo não reconhecimento, o

acórdão, com efeito vinculante contra todos e força de lei, teria repercussões diretas na esfera subjetiva do grupo que estava ali representado por meio da entidade, por tratar o objeto da demanda de declaração de direitos civis.

Em entendimento oposto, Medina (2010, p. 78) assevera que a relação processual que se instaura entre a Corte e seu “amigo” não possui natureza contenciosa, mas instrutória e informacional, o que não lhe assegura o direito a ter seus argumentos expressamente deduzidos e apreciados pelo Tribunal. Soma-se aqui o princípio da exequibilidade processual, uma vez que o “[...] reconhecimento da legitimidade recursal do *amicus curiae* poderia simplesmente inviabilizar o processo”, o que se daria devido ao extenso número de recursos possíveis no mesmo procedimento, pois não há limite numérico de intervenções, contribuindo ainda para o desenvolvimento de jurisprudência restritiva do próprio Supremo Tribunal Federal quanto às futuras admissões destes terceiros à lide.

Cabe ainda indagar sobre a influência da argumentação dos *amici curiae* nos julgamentos do Supremo Tribunal Federal. Conforme Medina (2010), o ingresso do amigo da corte no processo constitucional, além de aumentar as chances para que seja conhecida a ação no controle concentrado de constitucionalidade, contribui para o seu êxito na medida em que “a tese da imparcialidade não encontra respaldo na experiência do STF”. (MEDINA, 2010, p. 133).

Nesse lume, volta-se a sustentar o “desequilíbrio informacional” presente no processo, estando a parte, que não se faz acompanhada do *amicus curiae*, compondo o feito em franca desvantagem. Todavia, as conclusões referentes aos efeitos da participação deste terceiro especial no processo constitucional são sempre positivas, pois apontam para abertura do procedimento a outras vozes originalmente excluídas do mesmo. É através deste instituto que as organizações não-governamentais de direitos humanos vêm encontrando amplo espaço no STF, acompanhando seus feitos e movendo a opinião pública para série de questões antes restritas aos debates jurídicos.

Outro instrumento de participação, que tem ganhado destaque no controle concentrado de constitucionalidade, é a convocação das audiências públicas. Estas, já realizadas em procedimentos administrativos, passaram a integrar o processo judicial constitucional como mecanismos de maior informação do julgador a respeito dos meandros técnicos e sociais do objeto da causa. Aplicadas juntamente com o instituto do *amicus curiae*, contribuem para o fomento à pluralização da hermenêutica constitucional na Corte Suprema brasileira.

2.2.2 Audiências Públicas

As audiências públicas também derivam diretamente da ideia de pluralização e abertura da Jurisdição Constitucional no Brasil e conforme Mendes (2009) são resultado direto, juntamente com o *amicus curiae* e o pensamento de possibilidades, da incorporação da teoria de Peter Häberle na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

Previstas no artigo 20, § 1º, da Lei Federal n. 9.868/99 e no artigo 6º, § 1º, da Lei Federal n. 9.882/99, as audiências públicas, no controle concentrado de constitucionalidade, são requisitadas pelo Ministro Relator do processo com o fito de ouvir depoimentos de pessoas com autoridade e experiência na matéria a ser apreciada pelo Tribunal.

A parte e terceiros especiais também poderão requerer a realização das audiências, cujo (in)deferimento será dado em decisão irrecorrível. Aqui, ressalta-se a discricionariedade do julgador, que só convocará o feito se entender necessário para o esclarecimento de questões ou circunstâncias de fato, com repercussão geral ou de interesse público relevante, conforme dispõe o artigo 21, XVII, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

O arbítrio do Tribunal em convocar a audiência pública, assim como ocorre na admissão dos *amici curiae*, é alvo de crítica e tido como impasse diante da abertura democrática do STF. No entanto, embora se exalte a pluralização do debate para fins de legitimidade democrática das decisões, não há como obrigar a Corte a convocar a sociedade em todos os julgamentos. Isto inviabilizaria o funcionamento da mesma, haja vista que nem todas as demandas reclamam a mobilização de tamanha estrutura para conhecimento do tema. Também não há como determinar em lei rol de situações que vinculariam tal procedimento, uma vez que a dinâmica social, dentro do espaço-tempo da cultura, tem o condão de mudar concepções, prioridades e paradigmas.

A previsão de convocação de audiências públicas é fato novo no sistema abstrato de análise da constitucionalidade de normas. Referida convocação, desde a promulgação da Constituição Federal de 1988, não é novidade na Administração Pública, na discussão de Projetos de Lei no Poder Legislativo, assim como no Judiciário de 1º instância com a emergência da tutela dos direitos difusos e coletivos.

A regulação, dentro do Tribunal, só ocorreu em 2009, com a aprovação da Emenda Regimental n. 29. A primeira audiência pública realizada no Supremo Tribunal Federal foi no bojo da ADI 3510/DF, em que se discutia a constitucionalidade da Lei de Biossegurança, no ano de 2006. Fica claro, na decisão de convocação, o objetivo legitimador do processo

mediante a ampla participação social no mesmo, mais, inclusive, que a própria necessidade de informações técnicas.

Daqui se deduz que a matéria veiculada nesta ação se orna de saliente importância, por suscitar numerosos questionamentos e múltiplos entendimentos a respeito da tutela do direito à vida. Tudo a justificar a realização de audiência pública, a teor do § 1º do artigo 9º da Lei n. 9.868/99. Audiência, que além de subsidiar os Ministros deste Supremo Tribunal Federal, também possibilitará uma 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. (STF, Ministro Ayres Brito, ADI 3.510/DF).

Não se nega que, devido ao pouco tempo de regulamentação e utilização das audiências públicas, muito ainda há que ser discutido e melhorado. Outrossim, mesmo diante da discricionariedade relativa à decisão sobre sua convocação, a possibilidade de ser requisitada por terceiro, franquear a ampla participação de diversos setores da sociedade que tem interesse na causa – desde setores médicos, como na audiência sobre saúde, a movimentos sociais e associações civis das mais diversas – e a transmissão ao vivo pela TV Justiça e Rádio Justiça, sem dúvida, transformam o STF em observatório da sociedade, dando visibilidade aos seus julgamentos nunca antes desfrutada em sua história institucional.

Após a aprovação da mencionada Emenda Regimental n. 29/2009, a possibilidade de convocar audiências públicas no Supremo Tribunal Federal deixou de ser prerrogativa do processo constitucional abstrato e se estendeu aos demais feitos da Corte, o que culminou com a audiência realizada nos dias 27, 28 e 29 de abril, e 4, 6 e 7 de maio de 2009, em que foi discutida, sob a égide da Constituição de 1988, a gestão do Sistema Único de Saúde e a efetivação do direito social à saúde, objeto de inúmeras ações do controle difuso de constitucionalidade.

Na ocasião da abertura dos trabalhos, o Ministro Gilmar Mendes ressaltou a importância simbólica do esforço conjunto para compreensão e integração do sistema normativo com as demandas sociais e de operacionalização técnica e institucional.

É fundamental que ouçamos todos os pontos de vista, que nos coloquemos no lugar dos usuários do SUS, dos médicos, dos gestores, dos defensores, dos promotores de Justiça e dos demais magistrados. Busquemos o diálogo e a ação conjunta. (STF, Ministro Gilmar Mendes, Audiência Pública n. 04, 2009, Abertura).

A lista de especialistas habilitados para falar em Plenário buscou contemplar todos os envolvidos e diretamente afetados pelos julgamentos. Aos que não foram habilitados, facultou-se a apresentação de documentos e memoriais que estão disponíveis no site da Corte como “Contribuições da sociedade civil para a Audiência Pública”.

Além de surgir imbuída da teoria da sociedade aberta dos intérpretes da constituição, as audiências públicas converteram-se em corolário da democracia participativa enquanto fator plural, levando o debate público do centro do poder estatal para o corpo social. O processo de democratização atual caminha para a democratização não apenas dos espaços políticos, mas também dos espaços sociais, ainda tendo como paradigma as duas formas clássicas de democracia (representativa e direta).

Bobbio (2009) reconhece que a democracia social tem revelado outros centros de poder além do Estado, envolvendo na discussão sobre a democracia a questão do pluralismo. É importante destacar que os conceitos de democracia e de pluralismo não se confundem. Nem toda sociedade democrática é pluralista (democracia dos antigos), nem toda sociedade pluralista é democrática (sociedade feudal). Para Bobbio (2009, p. 71), “[...] antes de ser uma teoria, o pluralismo é uma situação objetiva, na qual estamos imersos”. Com isso, ele afirma que a democracia de um Estado moderno nada mais pode ser que uma democracia pluralista. O pluralismo permite explicar a liceidade do dissenso na democracia moderna. Característica que a distingue da democracia dos antigos.

A liberdade de dissentir necessita de uma sociedade pluralista, uma sociedade pluralista permite uma maior distribuição do poder, uma maior distribuição do poder abre as portas para a democratização da sociedade civil e finalmente a democratização da sociedade civil alarga e integra a democracia política. (BOBBIO, 2009 p. 76).

Tendo em vista que os instrumentos da democracia direta não podem, por si só, funcionar no Estado Moderno, e a democracia representativa, forma clássica deste, já não encontra fundamento de legitimidade no corpo de atores políticos, verifica-se uma tendência em cumular a representação com formas de atuação direta do indivíduo-cidadão na política.

A democracia perdura como regime político que garante o exercício das liberdades do indivíduo e, por conseguinte, dos principais direitos que compõe o conteúdo do princípio da dignidade da pessoa humana. Pensar em formas de reaproximar o cidadão do poder permite reintegrá-lo ao corpo político de tomada de decisões, retomando seu papel de soberano, e resgatar a legitimidade há muito abalada por um sistema de representação de interesses, manutenção de oligarquias e omissões do Estado.

Esta necessidade de cada vez mais controlar o Estado, para que ele não exorbite do seu mandato delegado pelo instituto da representação, encontra apoio no exercício democrático de participação dos cidadãos nas tomadas de decisão das instituições públicas, de forma a restaurar a soberania popular através de meios que possam ser operacionalizados na contemporaneidade.

Todavia, no que diz respeito à eficácia democrática das audiências públicas, Vestena (2010) aponta que “o caráter secundário da participação social [...] levam a considerar que o impacto produzido por estes procedimentos no sentido de uma ‘democratização’ das práticas no interior do Supremo é irrelevante”, uma vez que o impacto da argumentação produzida na sessão proposta não é verificado nos votos dos Ministros, no instante em que proferem o seu convencimento sobre a matéria explorada.

A estrutura montada em torno da audiência pública terminaria por privilegiar o caráter institucional excessivamente formalista tão caro à história jurídica brasileira e prejudicial ao livre acesso aos Tribunais. Indicadores como a seleção técnica dos participantes, filtros administrativos de como se portar e se vestir dentro do Tribunal, capacidade de assentos no mesmo, duração das sessões, detalhes sobre as entidades participantes, presença dos Ministros, número e perfil social dos participantes, contribuem para o escamoteamento do instituto como sendo meio de democratização da Jurisdição Constitucional.

Considerando o Brasil como um País de democracia jovem e turbulenta, com instituições frágeis, intensas desigualdades sociais e regionais, construção da cidadania a partir dos direitos sociais ao invés dos direitos civis e políticos, não é possível dizer que com os atuais mecanismos de participação cidadã chegamos ao ápice democrático, mas não se pode negar o avanço promovido pela Constituição Federal de 1988, não enquanto mecanismo jurídico, mas enquanto resultado de pressões sociais. A atual Carta de Direitos Fundamentais presente no Título II do referido marco legal e político representa conquista democrática do povo que está mais consciente das suas garantias e aprendendo a manejar os instrumentos adequados a preservá-las.

Barbosa e Pamplona (2009, p. 79) veem as audiências públicas como ilustração do fenômeno da judicialização da política em que, de um lado, verifica-se movimentos da sociedade em luta por maior democratização do Poder Judiciário, e de outro lado, restam enfraquecidas as funções típicas dos Poderes Legislativo e Executivo, com o que elas chamam de deslocamento das tensões sociais para o contexto jurídico.

Ao contrário, não há o citado deslocamento das tensões sociais. Estas continuam subjacentes ao tecido social, à esfera privada e à esfera pública. O Poder Legislativo não é desnaturado, o Poder Judiciário não passa a legislar. Ocorre que, se os demais Poderes da República são pressionados para a abertura popular – audiências públicas no Congresso Nacional, Lei de Iniciativa Popular, orçamento participativo na aplicação das finanças públicas pelo Poder Executivo –, por que o Judiciário, que sempre se manteve afastado dos

setores mais populares, desde a sua composição à prestação jurisdicional – deveria estar alheio à essa transformação, sob pena de subverter a ordem democrática clássica?

Toda participação social deverá ser estudada e estimulada de forma a aperfeiçoar os mecanismos de controle do poder pelos governados, para que propostas e mudanças possam ser realizadas com base no diálogo e no repúdio à violência, seja esta simbólica ou de fato. Nesse sentido, a Arguição de Preceito Fundamental, Ação Direta que compõe o controle concentrado de constitucionalidade, além de permitir, em seu procedimento, a admissão dos *amici curiae* e a convocação das audiências públicas, previa a legitimação do cidadão para propositura da Ação, no Supremo Tribunal Federal, em projeto de lei original que a regulamentava.

Esse dispositivo foi objeto de veto quando da análise para promulgação e publicação da lei pelo Presidente da República, mas ainda há proposta legislativa em trâmite, no Congresso Nacional, visando restabelecer o artigo vetado. Isso, dentre outras peculiaridades do instituto, faz da ADPF outro importante instrumento de cidadania e acesso à Jurisdição Constitucional.

2.2.3 Ação de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental

A Ação de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental foi introduzida no ordenamento jurídico brasileiro pela Constituição Federal da República de 1988, não possuindo institutos análogos precedentes na história jurídica do País. Prevista no artigo 102, § 2º, da Carta Política, é regulada pela Lei Federal n. 9.882, de 3 de dezembro de 1999, e destinada à proteção dos preceitos fundamentais.

O conteúdo do que venha a ser “preceito fundamental” ainda não compõe conceito definido. Para Cruz (2004, p. 442), por gozar a ADPF de ampla parametricidade, deve ser considerado como fundamental “[...] todo e qualquer dispositivo da Constituição Federal”. Mendes (2008, p. 1170) defende a abrangência conceitual de todas as normas básicas contidas no texto constitucional, ampliando para disposições – ainda que não contidas diretamente no bojo da Constituição – que guardem densidade normativa compatível com o significado específico de determinado preceito. Cunha Jr. (2006, p. 153), por sua vez, conceitua preceito fundamental como toda norma constitucional – regra ou princípio – consistente em fundamento basilar de preservação da ordem jurídica e política do Estado.

Há, ainda, correntes que apregoam uma concepção mais restrita, salientando que não se enquadram como objeto da ADPF e, por conseguinte, na definição de preceito fundamental, qualquer dispositivo que esteja contido na Lei Maior. Inobstante, essa linha de pesquisa identifica “preceito” como norma jurídica em sentido amplo, englobando tanto a noção de princípios – que se caracterizam por possuir alto grau de abstração e exigir verdadeira atividade integrativa do operador do Direito para lhes assegurar a aplicabilidade – quanto de regras, sendo estas voltadas diretamente para o mundo concreto, gozando, por sua vez, de aplicabilidade imediata.

Nessa esteira, Tavares (2001, p. 140) identifica como preceitos fundamentais apenas aquelas normas que guardam ligação direta com o que chama de “valores essenciais do sistema constitucional”, como os insculpidos nos artigos 1º a 4º da Carta Magna, as chamadas cláusulas pétreas e os princípios sensíveis da Constituição. No que tange às regras, estas “serão fundamentais quando estatuírem categorias particulares de direitos humanos, ou quando revelarem a estrutura do poder e os órgãos constitucionais” (TAVARES, 2001, p. 153).

Ainda que sem equivalente no Direito Comparado, a ADPF guarda semelhança com alguns institutos estrangeiros: o *writ of certiorari*, do direito norte-americano; o *Verfassungsbeschwerd*, do direito alemão; o recurso de amparo, do direito espanhol. Dentre eles, a ação alemã se destaca mediante a influência direta sobre a Comissão Legislativa, encarregada da elaboração do ante-projeto do que viria a ser a Lei Federal n. 9.882/1999, conforme é relatado por Mendes (2008). O *Verfassungsbeschwerd*, ou também conhecido como recurso constitucional alemão, trata-se de um instrumento constitucional de defesa e garantia concreta de direitos fundamentais, podendo ser interposto diretamente por qualquer cidadão perante o Tribunal Constitucional Alemão.

A ADPF, embora componha o rol de ações que integram o sistema do controle abstrato de constitucionalidade, é cabível sempre que houver controvérsia judicial relevante sobre lei ou ato normativo, incluindo os anteriores à Constituição de 1988, podendo ser proposta em face de lei, ato normativo ou mesmo ato administrativo que viole ou represente potencial lesão a preceito fundamental. A decisão final proferida pelo Supremo Tribunal Federal gozará, ainda, de efeito vinculante e eficácia contra todos.

A principal inovação que a Lei Federal n. 9.882/1999 pretendia trazer ao processo constitucional concentrado diz respeito aos legitimados *ad causam*. Seguindo a linha das demais Ações Diretas, foi dada autorização legislativa para manejar o instrumento os mesmos

órgãos e entidades referidas no artigo 103, *caput*, da Constituição Federal de 1988, já relacionados neste trabalho.

Ocorre que o novel instrumento-garantia também legitimava o cidadão a atuar diretamente perante o Supremo Tribunal Federal, por meio da ADPF, em casos de lesão ou ameaça de lesão a preceito fundamental. Esta última disposição não resistiu ante a apreciação do Executivo que vetou a proposta. Caso viesse a lume no ordenamento jurídico, a novidade transformaria a Arguição de Descumprimento em importante ação de cidadania e cumpriria a finalidade constitucional para qual foi criada, considerando as diretrizes do litígio estratégico e o acesso restrito à sociedade civil imposto pela lei e pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal pós-1988.

As razões do veto³⁴ supramencionado guardam caráter nitidamente prático, revelando preocupação do Executivo com a salvaguarda do sistema processual constitucional já excludente e caótico, desprestigiando a garantia do princípio democrático e do direito de acesso à Justiça. Alegou-se não ser o acesso individual compatível com o controle de constitucionalidade concentrado de normas a imperiosa sobrecarga de trabalho que acometeria o Supremo Tribunal Federal, devido ao crescimento excessivo da demanda jurisdicional ser o amplo rol de entes legitimados para as Ações Diretas “verdadeiros agentes de representação social e de assistência à cidadania” e, por fim, a já exercida atribuição do Procurador-Geral da República como responsável pela formalização das questões constitucionais carentes de decisão ou socialmente relevantes.

Referidos argumentos não se sustentam diante da análise mais acurada, uma vez que restou comprovado que a sobrecarga que acomete o Tribunal Excelso brasileiro não advém da sua competência constitucional, sendo órgãos ligados ao Poder Executivo os responsáveis por mais de 70% da proposição de ações e interposição de recursos. De igual sorte, a questão da representação não prevalece diante da concepção alargada do acesso à Justiça e da moderna noção de democracia participativa inaugurada com a própria Constituição atual.

O ensaio em conceder ao cidadão o direito de postulação direta na Corte, em virtude do veto presidencial, também não fora reconhecido pelo Tribunal, conforme se depreende do ementário da ADPF n. 75/SP, da qual é Relator o Ministro Ricardo Lewandowski:

EMENTA: ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. ILEGITIMIDADE ATIVA AD CAUSAM. IDÊNTICOS LEGITIMADOS PARA A PROPOSITURA DE AÇÃO DIRETA. ROL EXAUSTIVO. DICÇÃO DO ART. 2º, I, DA LEI 9.882/99 C/C O ART. 103 DA CF. NÃO-CONHECIMENTO. INTERPOSIÇÃO DE AGRAVO REGIMENTAL.

³⁴ Mensagem n. 1.807, de 1999.

RECURSO NÃO PROVIDO. I - Os legitimados para propor argüição de descumprimento de preceito fundamental se encontram definidos, em *numerus clausus*, no art. 103 da Constituição da República, nos termos do disposto no art. 2º, I, da Lei n. 9.882/99. II - Impossibilidade de ampliação do rol exaustivo inscrito na Constituição Federal. III - Idoneidade da decisão de não-conhecimento da ADPF. IV - Recurso de agravo improvido.

Em que pese posicionamentos contrários, há amparo constitucional para tamanho salto normativo, que confere à lei liberdade para regular a novel Ação em todas as suas interfaces procedimentais, seja no campo das hipóteses de cabimento, seja no da composição dos legitimados ativos. A única disposição constitucional fixa quanto à ADPF refere-se à sua competência e ao seu objeto: os preceitos fundamentais, que se constituem em normas que a própria Constituição buscou conferir proteção especial.

Por conseguinte, e sob o novo paradigma jurídico-político sobre o qual se ergueu a Carta Magna de 1988 – a democracia participativa, o legislador ordinário não fez nada mais do que referendar, simultaneamente, os princípios da Soberania Popular, Dignidade da Pessoa Humana e Democrático de Direito, bem como privilegiar o direito de cidadania, trazendo também o sujeito para a condição de partícipe ativo na Jurisdição Constitucional Concentrada.

Para Moraes (2008, p. 266), “[...] o veto que excluiu a legitimação ativa popular amputou, na prática, uma das virtudes e talvez o maior sentido da argüição [...]”. Igualmente, assevera Cunha Jr. (2006, p. 262) que “o veto presidencial, porém, longe de justificar-se, infirma o postulado democrático de abertura do processo constitucional ao cidadão e do acesso à justiça de todos [...]”.

Ressalte-se, ainda, o caráter peculiar da hipótese de cabimento em que o cidadão poderá reclamar diretamente ao Supremo Tribunal Federal: casos de lesão ou ameaça de lesão a preceitos fundamentais por ato do Poder Público. O fundamento de tal possibilidade é a condição de vulnerabilidade do jurisdicionado frente ao grande Leviatã, comandado por forças das maiorias dominantes, preocupadas com a realização de seus próprios interesses. Isto só vem a corroborar, mesmo ao arrepio dos procedimentalistas, o papel institucional da Corte como mecanismo contramajoritário na preservação dos princípios constitucionais, dentre eles, o Princípio da Igualdade no acesso à jurisdição.

O princípio e direito humano da igualdade está elencado nos Princípios de Bangalore de Conduta Judicial, em que se afirma ser essencial à devida execução do ofício judicial, “assegurar a igualdade de tratamento de todos perante as Cortes”. Prescreve o artigo 14 do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, ratificado internamente pelo Decreto n. 592, de 06 de julho de 1992, que “todas as pessoas são iguais perante tribunais e cortes de

justiça”, consagrando, segundo Comparato (2010, p. 322), “o princípio do livre acesso aos órgãos judiciários”.

Sob esse prisma, o acesso individual à Jurisdição Constitucional concentrada, em que pese o caráter abstrato desta, já foi reconhecido, inclusive, pela Corte Européia de Direitos Humanos, no julgamento *Ruiz-Mateos vs Espanha*. Conforme informa Ramos (2005, p. 13), “[...] os votos majoritários da Corte Européia consideraram aplicável a esse tipo de controle concentrado de constitucionalidade, o *artigo 6.1* da Convenção (direito de ser ouvido por júízo imparcial)”.

Na sociedade pluralista, Härberle (1997, p. 13) afirma que, sob a influência da teoria democrática, “é impensável uma interpretação da Constituição sem o cidadão ativo”, bem como não é possível estabelecer um elenco cerrado de intérpretes da Carta Política. Quanto mais plural se revelar o espaço social, mais abertos deverão ser os critérios para a interpretação constitucional. Logo, de acordo com Cruz (2005, p. 12), “o constitucionalismo contemporâneo exige o direito de igual participação do cidadão em todas as práticas estatais, sejam elas oriundas de quaisquer Poderes Constituídos”.

Contudo, mesmo com todo o esforço do Poder Legislativo em aprofundar a abertura democrática do sistema constitucional, a referida inovação ainda encontra resistência no âmbito do próprio Estado, com o veto do Executivo e a complacência e silêncio do Judiciário, haja vista os longos anos de espera do julgamento da ADI 2231/DF.

A ADI 2231/DF, da relatoria do Ministro Néri da Silveira, promovida pelo Conselho Federal da Ordem dos advogados do Brasil, tramita no Supremo Tribunal Federal desde 2000 e ainda aguarda julgamento final. No processo, a Ação movida pela OAB alega suposta inconstitucionalidade integral da Lei Federal n. 9.882/1999, especialmente o artigo 1º, parágrafo único; o artigo 5º, § 3º; o artigo 10, *caput* e § 3º e o artigo 11. O veto presidencial ao artigo 2º, II, do marco legal em comento também é questionado mediante a Petição n. 59998/2004 em que a associação civil sem fins lucrativos, Conectas Direitos Humanos solicita o ingresso no feito como *amicus curiae*.

De outra sorte, a legitimação do cidadão para atuar no controle concentrado de constitucionalidade ainda encontra guarida no Legislativo. Está em curso o Projeto de Lei n. 6.543, de 2006, que visa restabelecer o dispositivo vetado na lei supramencionada. Já aprovado em primeiro turno na Câmara dos Deputados e com parecer favorável da Comissão de Constituição de Justiça, o projeto condiciona o recebimento da ADPF, neste caso, à comprovação dos requisitos de repercussão geral, já exigidos em Recurso Extraordinário no controle difuso de constitucionalidade.

Enquanto não se delinea o futuro acerca da ADPF como instrumento, literalmente, de cidadania, ela não pode ser desconsiderada como facilitadora da participação social e fomentação da sociedade aberta. Seu caráter supletivo, a noção ampla sobre os preceitos fundamentais, assim com a maleabilidade das hipóteses de cabimento – que vai da suscitação de inconstitucionalidade, até mesmo de norma anterior à Constituição, à comprovação de controvérsia judicial relevante – contribuem para que temas que envolvam diretamente lesão a direitos fundamentais cheguem mais rapidamente ao conhecimento do Supremo Tribunal Federal, como na ADPF nº. 54/DF, com a discussão sobre a permissão ou não do aborto de fetos anencefálicos. Nesse nível, o debate é pluralizado pela via incidental do *amicus curiae* e das audiências públicas.

Por outro lado, a dificuldade em implementar direitos subjetivos para grupos minoritários no âmbito do Direito Público não é novidade no Brasil, cuja formação jurídica se deu sobre as bases do patrimonialismo e da lógica da exclusão. De acordo com Wolkmer (2002, p. 116), o Direito Público no Brasil foi marcado “[...] ideologicamente por uma doutrina de nítido perfil liberal-conservador, alçada numa lógica de ação atravessada por temas muito relevantes para as elites hegemônicas, tais como a conciliação e conformismo”.

Desse modo, evidencia-se que as instâncias pátrias de Direito Público, ao longo de todo o processo histórico, jamais resultaram do fortalecimento de uma sociedade democrática e de uma cidadania participativa, mas sua evolução se deu de forma “fragmentária, ambígua e individualista, além de permanecerem sujeitas a constantes rupturas, escamoteamentos e desvios institucionais” (WOLKMER, 2002, p. 116).

Nesse contexto, com o Direito, que sempre serviu de fundamento legitimador para as ações estatais lastreadas em interesses de oligarquias dominantes, não foi diferente. Assim, quanto à cultura do pensamento jusfilosófico nacional, não é possível afirmar que ela nasceu de ideologias originadas e fomentadas em solo tupiniquim, visando emancipação social através do Direito e, conseqüentemente, formação e consolidação de sistema político-jurídico democrático.

Mesmo com todo ranço histórico que permeia as instituições nacionais, a Constituição Federal de 1988 foi, inegavelmente, um marco, trazendo à baila a Democracia Participativa como direito de quarta geração a ser zelado e preservado não só pelo Poder Público, mas pelos seus destinatários.

Da mesma forma, prevendo extenso rol de instrumentos processuais para se garantir esse grande salto perpetrado, deu novo sentido ao direito de cidadania, abrindo novas possibilidades de seu exercício pelo cidadão, tanto individualmente quanto em grupo.

Referidas medidas, reconhecidas oficialmente pelo Estado e tidas como cláusulas pétreas constitucionais, já são grande passo na caminhada rumo à exclusão em todas as suas feições – social, econômica, jurídica etc. – e efetividade de direitos, mas ainda não basta para apagar anos de práticas patrimonialistas e retirar classes e ideologias retrógradas do jogo político-jurídico.

É preciso reconhecer o sujeito como ser no mundo, dono de si, portador da condição humana de agir na busca por seus direitos, exercer a cidadania e contribuir para consolidação da Democracia, seja como participante da ordem política, seja através do pleno acesso à Justiça.

Com efeito, conforme assevera Bobbio (2004, p. 60), “[...] uma coisa é falar dos direitos do homem, direitos sempre novos e cada vez mais extensos, e justificá-los com argumentos convincentes; outra coisa é garantir-lhes uma proteção efetiva”. Repensar as bases processuais da Jurisdição Constitucional sob novos paradigmas é essencial para a busca de respostas aos problemas postos pela pós-modernidade, que nem o Estado Liberal e o Estado Social conseguiram resolver no âmbito da proteção, luta e efetividade de direitos.

Assim, permite-se, na seara do Estado Democrático de Direito, a construção de novas esferas públicas aptas a absorver a efetiva participação da sociedade para além da arena política. Essa expansão envolve a luta pelo Direito e o acesso ao Judiciário, através de mecanismos capazes de impulsionar o exercício da cidadania. É nesse diapasão que se desenvolve o conceito de litígio estratégico. Ideia hodierna, explicitada a seguir, que norteia a atuação das organizações não-governamentais de direitos humanos nos processos judiciais.

2.3 Esferas Públicas e Cidadania: litigação estratégica como pauta de atuação da sociedade civil organizada

O processo hermenêutico que envolve a aplicação das normas constitucionais pelo Tribunal competente deve integrar a Jurisdição Constitucional Pluralista, mediante a compreensão da Constituição como espaço público apto a absorver a participação da sociedade aberta e, no interior desta, as organizações não-governamentais de direitos humanos.

Para Arednt (2009), espaço público ou esfera pública são ambientes de livre manifestação da ação e do discurso. Estes sempre caminharam lado a lado. Contudo, com a

experiência da polis, o discurso passou a sobressair-se sobre a ação, ganhando relevância quanto ao seu caráter persuasivo. Por um erro na tradução latina, o homem como animal político virou sinônimo do homem como animal social. No entanto, tais expressões, não se equivalem, uma vez que o ser social em si, ao tempo de Aristóteles e da polis grega, não era capaz de distinguir os homens dos demais animais. O que opera essa distinção é a prerrogativa da ação e do discurso externados pela capacidade de fala e persuasão dos seres humanos.

Assim como a essência humana encontrada em Aristóteles, o significado do político passara por transformações entre a compreensão antiga e a moderna. Na polis havia, reconhecidamente, um abismo entre as esferas pública e privada (família). A primeira cuidava do âmbito da liberdade e a segunda da necessidade. O homem necessitava transpor a necessidade para, enfim, ser livre e participar como cidadão na esfera pública. Não era papel da política, do Estado, tratar/preocupar-se com coisas ligadas, primariamente, à sobrevivência humana. Isto mudou na Idade Moderna. A ascensão do social fez com que a esfera pública se tornasse palco também das necessidades humanas e estas componentes da política.

O social, cuja principal característica se dá a partir da realização mútua de expectativas comportamentais pelos homens entre si, era, anteriormente, componente da esfera privada. Na era moderna, a promoção do social iniciou a substituição da ação pelo comportamento e, posteriormente, do governo pessoal pela burocracia. Houve o acesso do labor à esfera pública, sendo esse transformado em uma divisão social do trabalho. Dessa forma, a sociedade passa a ser “[...] a forma na qual o fato da dependência mútua em prol da subsistência, e de nada mais, adquire importância pública, e na qual as atividades que dizem respeito à mera sobrevivência são admitidas em praça pública” (ARENDDT, 2009, p. 56).

O termo público, por sua vez, pode ser compreendido em duas acepções: como fenômeno da publicização³⁵ e da ideia de comunidade³⁶. A realidade dos homens é constituída pela aparência. Esta corresponde a tudo aquilo que vemos e ouvimos. Segundo Arendt (2009, p. 60), “[...] a presença de outros que vêem o que vemos e ouvem o que ouvimos garante-nos a realidade do mundo e de nós mesmos”. Com isso, a percepção humana da realidade deriva totalmente da aparência que, por sua vez, depende da existência de uma esfera pública. Esta admite em sua órbita apenas aquilo que seja qualificado como “relevante” para habitar o espaço público. Existem determinadas coisas, como o amor, que, mesmo sendo compartilhado

³⁵ “[...] tudo que vem a público pode ser visto e ouvido por todos e tem maior divulgação possível” (ARENDDT, 2009, p. 59).

³⁶ “[...] o termo ‘público’ significa o próprio mundo, na medida em que é comum a todos nós e diferente do lugar que nos cabe dentro dele” (ARENDDT, 2009, p. 62).

por uma ampla coletividade, não adentra na esfera pública.

O mundo corresponde, em Arendt (2009), a todas as coisas criadas pelo homem e que são capazes de se interpor nas suas relações. A esfera pública, compreendida a partir da noção daquilo que é comum, evita a colisão dos seres humanos uns com os outros, tendo em vista que as pessoas que habitam o mundo ocupam lugares distintos dentro dele. Isto significa que os seres humanos, ainda que componentes da comunidade em que se situam espacial e historicamente, não deixam de possuir identidade própria, mas reconhecem objetivos comuns na diversidade, mediante uma relação intersubjetiva, que se traduz em ser visto e ouvido por outros a partir de ângulos diferentes.

Nas condições do mundo comum, a realidade não é garantida pela ‘natureza comum’ de todos os homens que o constituem, mas sobretudo pelo fato de que, a despeito de diferenças e da resultante variedade de expectativas, todos estão sempre interessados no mesmo objeto. (ARENDR, 2009, p. 67).

Ao analisar a esfera pública a partir das mudanças introduzidas pelas concepções/ideologias da sociedade burguesa, Habermas (2003, p. 31) assevera que a mesma, no sentido moderno, confunde-se com a expressão esfera do poder público, sendo o “público” sinônimo do que é estatal. Suas funções podem ser encontradas na Constituição quando esta é tida como lei basilar do ordenamento jurídico do Estado.

Habermas (2003, p. 103) distingue, assim, três grupos de direitos fundamentais que irão regular tanto o público quanto o privado: os que prevêm as liberdades de manifestação, bem como a sua função política através do voto ou direito de petição; os que garantem a liberdade no que tange à esfera íntima do indivíduo e, por fim, os que se referem à proteção da propriedade privada. Disso decorre que a esfera pública transformou-se em parâmetro organizatório do próprio Estado, estruturado sob a âncora da publicidade.

Todavia, o Estado de Direito idealizado ao modo burguês assume para si a responsabilidade de operar, no plano das garantias formais, um paradoxo, na medida em que “[...] pretende, à base da esfera pública em funcionamento, uma organização do poder público tal que garanta a sua subordinação às exigências de uma esfera privada que se pretende neutralizada quanto ao poder e emancipada quanto à dominação”. (HABERMAS, 2003, p. 104).

Assim, as normas constitucionais passam a ser fundadas em modelo de sociedade civil homogeneizada – a sociedade burguesa – que não corresponde à realidade da tessitura pluralista do social. Crítica semelhante pode ser encontrada em Marx (2010), no que diz respeito aos direitos humanos, para quem, a previsão formal destes direitos contribui para a

estabilização das expectativas e escamoteia as verdadeiras desigualdades, bem como prejudica o exercício pleno da liberdade.

De fato, o espaço público – aqui reconhecido como sítio político da ação e do discurso – sofrera profunda mutação com o liberalismo burguês que buscava se utilizar do poder do Estado para preservar a vida privada. Todavia, Arendt (2009) afirma que a ascensão do social desnaturou tanto a esfera pública quanto a esfera privada, de forma que a sociedade civil aberta, de que se fala em Häberle (1997), não há que ser confundida com a sociedade civil burguesa objeto da crítica de Habermas (2003), alheia às forças sociais que constituem e estão sob o império da própria Constituição.

O reino da necessidade – transmudado na forma jurídica dos direitos sociais – passou a público e foi institucionalizado com a crescente expansão do princípio democrático. Vianna (1999) aponta que a emergência destes novos direitos deveu-se, sobretudo, ao fortalecimento dos movimentos sociais, notadamente do movimento operário, na promoção da agenda igualitária, a partir da segunda metade do Século XIX, provocando uma revisão de toda ordem liberal que cercava as concepções de Poder, de Estado e de Direito.

Diferentemente dos direitos civis e políticos, Marshall (1967, p. 88) aponta que a incorporação dos direitos sociais ao *status* de cidadania teve como fim último a promoção da igualdade reclamada em face do Estado garantidor. Com isso, o Poder Público, cuja atuação negativa era fulcral para preservação dos direitos civis dos cidadãos, passara a se obrigar positivamente através da agenda política, ou seja, deveria agir de tal forma que promovesse a concretização real de direitos.

Sob o império do Direito, políticas públicas oriundas da Administração materializavam-se em leis. Regras estas que necessitariam, posteriormente, serem interpretadas e aplicadas seja pelo gestor público seja pelos juízes. Tendo em consideração esse dado, Vianna (1999) assevera que dele deriva novos delineamentos em torno das funções dos três Poderes, assim como aponta para a transmudação da ação social ocorrida no âmbito dos partidos e das instituições políticas propriamente ditas para o Poder Judiciário. Este “[...] surge como uma alternativa para a resolução de conflitos coletivos, para a agregação do tecido social e mesmo para a adjudicação de cidadania, tema dominante na pauta da facilitação do acesso à Justiça”. (VIANNA, 1999, p. 22).

A partir de então, Vianna (1999) destaca duas teses das teorias social, democrática e do direito que analisam o presente fenômeno em frentes antagônicas. É o conhecido debate procedimentalistas *versus* substancialistas já destacado na abordagem acerca dos modelos de Jurisdição Constitucional (item 1.4). As questões que se cruzam nesta discussão levam em

conta o potencial transformador da sociedade e dos cidadãos que estaria sob a tutela judiciária e não no campo da ação política, ou seja, poderia a judicialização da política aniquilar a ação e o discurso próprios da esfera pública arendtiana?

No Brasil, à luz do Direito Processual Constitucional inaugurado com a Constituição Federal de 1988, esse fenômeno vem permitindo, *a contrario sensu*, maior participação cidadã no controle do Poder à medida que a sociedade civil passa a conhecer e manejar os instrumentos processuais postos à sua disposição pela referida Carta Política. Assim, é possível perceber “[...] uma conexão entre a democracia representativa e a participativa, para o que concorrem as ações públicas, em que a cidadania se encontra legitimada para deflagrar o processo judicial contras as instâncias de poder”. (VIANNA, 1999, p. 43).

Isso demonstra como a análise em torno da problemática suscitada não pode ser realizada apenas no campo teórico, mas deve-se levar em consideração a experiência/tradição política e constitucional da realidade em que se insere o arranjo de forças estudado. O que vem acontecendo no País com a ampliação das vias de acesso à Justiça não representa, em visão simplista, apenas a regulação jurídica da agenda política e a conseqüente violação ao princípio da separação de poderes.

Sociedade civil, agentes públicos e atores políticos têm utilizado as Ações Constitucionais como expressão da cidadania, ao passo que inserem a processualística constitucional no interior do conceito de esfera pública, promovendo necessidade de revisão profunda na hermenêutica jurídica e na teoria da decisão judicial. Considerando o processo constitucional abstrato, o Direito deixa de ser intocável e leva a lei mesma a ser questionada e discutida por todos aqueles interessados na produção dos efeitos.

Contudo, a mobilização de uma sociedade para a defesa dos seus interesses e direitos, em um contexto institucional em que as maiorias efetivas da população são reduzidas, por uma estranha alquimia eleitoral, em minorias parlamentares, não pode desconhecer os recursos que lhes são disponíveis a fim de conquistar uma democracia de cidadãos. (VIANNA, 1999, p. 43).

Mesmo Arendt (2009), que defende a autonomia total da política, reconhece a importância da crescente formação de espaços de cidadania para que os cidadãos possam promover a transformação do poder sem a utilização da violência. Frateschi (2010) relaciona os movimentos que lutaram pelos direitos civis nos Estados Unidos como exemplo presente em Arendt para demonstrar a importância da associação como mecanismo de proteção e inclusão de minorias e garantia de direitos. Dessarte, segundo Lafer (2006, p. 166), também na esteira do pensamento de Arendt, a afirmação dos direitos humanos reclama um espaço

público, uma vez que os mesmos só poderão ser exigidos “através do acesso pleno à ordem jurídica que apenas a cidadania oferece”.

A importância dos movimentos sociais e das entidades da sociedade civil organizada ganhou destaque ao ponto de se criar, na área jurídica, a categoria do sujeito coletivo, fruto veemente da mudança estrutural que a esfera pública, englobando o Estado e o próprio Direito, vem passando desde o último século.

De acordo com Sousa Jr. (2002, p. 259), “[...] a emergência do sujeito coletivo opera num processo pelo qual a carência social é percebida como negação de um direito que provoca uma luta para conquistá-lo”. Ou seja, constituídos a partir da ausência do Poder Público e da negação à aplicação e fruição efetiva de direitos por estes, estas organizações sociais emergem de uma identidade cultural e processos de exclusão e vulnerabilidade progressiva comuns que ganham força política como ser coletivo na luta pela concretização das normas fundamentais, o que envolve a participação no contexto geral de hermenêutica e aplicação do Direito.

A análise da experiência da ação coletiva dos novos sujeitos sociais, que se exprime no exercício da cidadania ativa, designa uma prática social que autoriza estabelecer, em perspectiva jurídica, estas novas configurações, tais como a determinação de espaços sociais a partir dos quais se enunciam direitos novos, a constituição de novos processos sociais e de novos direitos e a afirmação teórica do sujeito coletivo de direito. (SOUSA JR., 2002, p. 262).

É nesse diapasão que se desenvolve o conceito de litígio estratégico. Como forma alternativa de utilizar o Direito. Consiste na estratégia de levar a efeito, no Poder Judiciário, determinados litígios acerca de casos que envolvam o debate e a concretização de direitos humanos fundamentais, dando-lhes visibilidade no espaço público de forma a fomentar a discussão entre órgãos do Estado, representantes políticos e sociedade civil, influenciando, assim, a própria atividade legislativa e de elaboração de políticas públicas.

De acordo com Coral-Díaz (2010), o litígio estratégico em direitos humanos tem como ponto de partida o conceito de *impact litigation* do direito anglo-saxão e pode ser encontrado em diferentes perspectivas: quanto à defesa judicial dos direitos humanos e do interesse público, centrado nos resultados de alto impacto do litígio estratégico, com foco no momento de intervenção (litígio preventivo e/ou corretivo) e, por fim, concebido segundo os direitos humanos que protegem.

A diferença entre o litígio estratégico e outras ações de projeção social é sua ênfase na utilização do Direito como instrumento transformador da realidade social e normativa mediante o debate institucionalizado sobre temas de ampla repercussão. Na América Latina,

as Organizações Não-Governamentais são as pioneiras na formatação desta nova agenda, destacando-se o Centro de Estudios Legales y Sociales, na Argentina, o Instituto Latinoamericano para una Sociedad y un Derecho Alternativos, na Colômbia, e a Comissão Andina de Juristas do Peru, que atuam na defesa dos direitos humanos tanto ao nível judicial local quanto perante o Sistema Interamericano de Direitos Humanos.

El litigio estratégico se convierte para dichas organizaciones en uno de sus principales instrumentos, y para muchas de ellas el escenario regional de justicia, a través del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, es una oportunidad de impulsar casos de graves vulneraciones a derechos humanos, frente a las cuales la justicia interna de los países no tiene respuestas, salvo la impunidad. (CORAL-DÍAZ, 2010, p. 55).

Coral-Díaz (2010) também faz referências às clínicas jurídicas latino-americanas, ou movimento clínico latino-americano, oriundas da experiência de uma nova proposta pedagógica de ensino do Direito nas universidades que destacam temas como meio ambiente sadio, a luta contra pobreza, os direitos dos povos indígenas, os direitos dos imigrantes e das pessoas com deficiência, direitos coletivos e a proteção constitucional das minorias.

A primeira fase deste processo se dá a partir da influência das clínicas norte-americanas, mediante financiamento, formação intelectual dos “professores clínicos” que atuam na América Latina e “[...] a través de la figura del *amicus curiae* ante los tribunales constitucionales y ante el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, que han permitido fortalecer el acceso y los resultados exitosos del trabajo de las clínicas latinoamericanas”. (CORAL-DÍAZ, 2010, p. 57).

A partir de 2000, já na sua segunda fase, o litígio estratégico passa a ser compreendido segundo conceito mais aberto, não restringindo as atividades das clínicas apenas ao âmbito dos tribunais, mas ampliando-as de forma a abarcar todas as ferramentas de participação possíveis dispostas à sociedade civil, seja na efetivação de políticas públicas seja em projetos legislativos.

O objetivo do litígio estratégico compreende a construção e preservação do Estado Democrático de Direito e, conforme assevera Villareal (2007, p. 29), não almeja puramente o ganho de causa. Fato controverso a princípio. Ocorre que o escopo principal perseguido pelas entidades e associações de Direitos Humanos, ao deflagrar o processo judicial a respeito de casos sociais emblemáticos envolvendo a temática normativa, não é obter a solução para aquele conflito específico. A intenção estratégica que move a atuação dessa parcela da sociedade civil organizada é promover o debate institucional sobre o tema na própria instância de Poder, levando-o à proeminência na esfera pública da ação e do discurso.

Não se trata, portanto, de reversão ou crise da ordem democrática clássica, em que minorias vilipendiadas e desprovidas de representação vêem o Poder Judiciário como seu bem-feitor e entendem o processo judicial como arena política. Ao contrário, essas entidades fazem uso dos instrumentos postos à sua disposição no Estado Democrático de Direito para pressionar/controlar o Poder e promover transformações em ações políticas e legislativas sem lançar mão da violência.

É o princípio que rege a jurisdição internacional dos Sistemas de Proteção aos Direitos Humanos, cujo acesso é aberto tanto a órgãos estatais quanto a associações privadas e ao próprio cidadão comum³⁷. As sentenças oriundas destes julgamentos não geram repercussão direta sobre o ordenamento jurídico do Estado condenado, mas suas recomendações têm o condão de trazer à pauta pública situações de violação a direitos humanos, que aliadas à militância local, promovem reparações indenizatórias e políticas públicas inovadoras – como a recente criação da Comissão da Verdade, para apuração de crimes e torturas cometidas no período da Ditadura Militar brasileira, e a elaboração da Lei Maria Penha, no combate à violência doméstica contra a mulher – provocando repercussões no Direito, pois muitas destas conquistas são transformadas em marcos legais.

No Brasil, o litígio estratégico ainda é incipiente, mas encontra-se em franco crescimento, principalmente, com a expansão da advocacia popular. Também tem sido bastante utilizado no controle concentrado de constitucionalidade, facilitado pela natureza deste processo que o constitui em foro privilegiado de debates que envolvem não simplesmente a resolução de conflitos, mas o debate político-constitucional sobre leis e atos normativos que supostamente vão de encontro aos direitos humanos positivados.

Nesse sentido, o acesso à Justiça vem a se configurar como verdadeiro direito de cidadania, uma vez que não há que se falar em cidadania, no âmbito jurídico, tão somente como direito de participação política (sentido estrito) ou participação na formação do discurso público (sentido amplo), mas também como o direito a ter direitos, incluindo assim a prerrogativa do cidadão de ter acesso a todos os demais direitos e garantias elencados na Constituição Federal, tanto pela via política quanto pela jurisdicional, englobando o acesso à justiça e aos mecanismos de participação no processo decisório travado no âmbito do Poder Judiciário.

É no esteio desse pensamento que a Conectas Direitos Humanos, associação civil sem fins lucrativos, criada com o objetivo de promover e defender direitos humanos fundamentais

³⁷ No caso do cidadão como legitimado para agir processualmente, é permitido apenas no Sistema Interamericano de Direitos Humanos, no âmbito da OEA.

nacional e internacionalmente, foi idealizada e, hoje, dez anos depois de sua fundação, é a organização não-governamental pioneira em litigação estratégica junto ao Supremo Tribunal Federal.

2.4 Conectas Direitos Humanos e Programa de Justiça Artigo 1º

Idealizada por Oscar Vilhena de Vieira e Malak Poppovic, a Conectas Direitos Humanos foi constituída, em 11 de setembro de 2001, por André Raichelis Degenszajn, Paula Ligia Martins, Daniel Strauss, Oscar Vilhena de Vieira, Tulio Kahn e Carlos Pagano Botana Portugal Gouvêa, sob a denominação legal de “Associação Direitos Humanos em Rede”. Associação civil sem fins lucrativos, foi criada legalmente sob a forma de Organização Civil de Interesse Público (OSCIP), nos moldes da Lei Federal n.º 9.790/1999.

Com sede na cidade de São Paulo/SP, a Conectas Direitos Humanos tem por finalidade promover, apoiar, monitorar e avaliar projetos em direitos humanos, em nível nacional e internacional, notadamente na defesa dos direitos humanos no âmbito judicial. O Estatuto Constitutivo da referida organização prevê, como instrumento para realização de seus objetivos institucionais, a prerrogativa de promover ações judiciais visando à efetivação dos direitos humanos, dentre outras ações.

De acordo com Poppovic e Nader (2011, p. 164), “O nome ‘Conectas’ foi escolhido para transmitir a idéia de criar ligações, de reunir pessoas e organizações; e para logotipo foi selecionada uma bússola apontando para o Sul”. A organização nasceu com a ideia de levar a efeito nova proposta de atuação para as organizações civis que militam na proteção e defesa dos direitos humanos no Sul, integrando entidades da América Latina, África e Ásia.

Para alcançar seu intento, a Conectas Direitos Humanos desenvolve suas atividades através de dois principais programas: o Programa Sul Global e o Programa de Justiça. O primeiro é integrado pelos projetos referentes ao Colóquio Internacional de Direitos Humanos, ao Política Externa e Direitos Humanos, à editoração e publicação da Revista Sur e ao Programa de Intercâmbio em Direitos Humanos para a África Lusófona. O segundo compreende os projetos “Litígio Estratégico e *advocacy*: justiça criminal e sistema prisional” e “Supremo Tribunal Federal: participação no debate constitucional”.

O Programa Sul-Global tem como objetivo fortalecer nova geração de defensores de direitos humanos e seu principal projeto consiste na realização anual do Colóquio

Internacional de Direitos Humanos. Este evento é responsável por reunir, em São Paulo, ativistas de direitos humanos e acadêmicos para trocar experiências e discutir novas possibilidades para proteção e defesa dos direitos humanos em nível local e global.

O programa do Colóquio inclui, a cada ano, palestras sobre os principais instrumentos regionais e internacionais de direitos humanos, assim como painéis sobre temas atuais da agenda internacional. O ensino de técnicas úteis para o trabalho cotidiano dos ativistas – tais como a captação de recursos ou elaboração de relatórios sobre violações – também faz parte do programa. Acadêmicos e especialistas de todos os continentes, assim como funcionários da ONU e de sistemas regionais de direitos humanos, contribuem voluntariamente para o programa de capacitação. (POPPOVIC e NADER, 2011, p. 164).

O Projeto de Política Externa e Direitos Humanos conta com diversas atividades. Dentre elas destacam-se a permanente cobrança para que o Brasil preste contas internamente sobre sua política externa em direitos humanos; a capacitação de organizações do Sul para compreender e atuar nos órgãos multilaterais de defesa e monitoramento.

Em janeiro de 2006, a Conectas Direitos Humanos passou a ter *status* consultivo junto à Organização das Nações Unidas e, em maio de 2009, constar, como observadora, da Comissão Africana de Direitos Humanos e dos Povos. De acordo com informações da própria Conectas, disponibilizadas em seu sítio virtual e Relatórios Anuais, a organização ainda possui representação permanente em Genebra (Suíça), em parceria com o Centro de Estudios Legales e Sociales, da Argentina, e com a Corporación Humanas, do Chile.

A Revista Sur (Revista Internacional de Direitos Humanos) consiste em produção acadêmica semestral promovida pela organização estudada, publicada em português, espanhol e inglês. Foi criada com o escopo de fomentar e discutir criticamente temas referentes às pesquisas em direitos humanos empreendidas no Sul Global.

O Programa de Justiça possui como metodologia o desenvolvimento do litígio estratégico e *advocacy*, em níveis nacional e internacional, a influência no debate constitucional brasileiro na qualidade de *Amicus Curiae*, o monitoramento do Poder Executivo e do Poder Legislativo local, no que diz respeito à prática de justiça criminal e, por fim, a participação em debates públicos com o objetivo de influenciar a elaboração de políticas públicas e leis que assegurem a promoção e a proteção dos direitos humanos.

De acordo com o Relatório Anual (2011) da organização, “Desde 2003, a Conectas entrou com 65 ações de indenização referentes a casos de tortura ou morte em unidade do sistema prisional juvenil brasileiro, tendo alcançado grandes vitórias [...]”. Acrescenta que, desde 2004, a entidade já enviou 42 *amici curiae* ao Supremo Tribunal Federal, almejando a participação no processo concentrado de controle de constitucionalidade das leis.

Dentre estas ações, elencadas na Tabela constante no Anexo III, destacam-se a ADI nº. 3510/DF, que discutiu a liberação das pesquisas científicas com células-tronco embrionárias no Brasil; a ADPF nº. 54/DF, que excluiu do entendimento de crime a prática do aborto em caso de fetos anencéfalos; a ADI nº. 4277/DF e a ADPF nº. 132/DF, que trataram do reconhecimento constitucional da união estável entre casais do mesmo sexo, e a ADPF nº. 101, que enfrentou a constitucionalidade da importação de pneus usados.

Essas Ações já tiveram seus processos finalizados com inegável avanço no debate constitucional sobre direitos humanos fundamentais no Brasil, contando com ampla participação e manifestações da sociedade civil, seja através da intervenção judicial no processo, seja por meio dos demais instrumentos de pressão social. Em decorrência desses fatores, a ADI nº. 3510/DF, a ADPF nº. 54/DF, a ADI nº. 4277/DF e a ADPF nº. 132/DF foram eleitas para constituir o objeto empírico a ser analisado nesta pesquisa, na parte final.

Outra Ação Direta de Inconstitucionalidade, em que a Conectas Direitos Humanos também atua na qualidade de *amicus curiae*, é a ADI 2231/DF. Nesta, se questiona a constitucionalidade de dispositivos da Lei Federal nº. 9.882/1999, que regulamenta a Ação de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF).

A ADPF surgiu como nova ação do controle de constitucionalidade abstrato de normas e, em seu projeto de lei final, submetido à apreciação e sanção do Presidente da República, havia previsão do cidadão como ente legítimo a postular diretamente no Supremo Tribunal Federal. No entanto, esse dispositivo foi vetado pelo Poder Executivo e é justamente o conteúdo desse veto, não questionado pelo Requerente da ADI 2231/DF na peça inicial, que a Conectas traz a lume no debate constitucional da matéria.

Nesse caso, exsurge a visão da advocacia estratégica. Processualmente, o *amicus curiae* ou amigo da corte não possui a prerrogativa de inovar nos argumentos ou ampliar o objeto da demanda proposto pelo Requerente principal. Contudo, mesmo que rejeitada no plano formal, a petição do interveniente permanece acostada aos autos do processo, o que permite sua contribuição na formação do convencimento do magistrado que, ao lê-la, pode encontrar argumentos que resultem determinantes para desenvolvimento da sua decisão.

De acordo com Vieira e Almeida (2011, p. 188), a advocacia estratégica em direitos humanos no Brasil tem se desenvolvido a partir de três fatores que envolvem: a atuação dos setores liberais, católicos e de esquerda na luta pela consolidação e proteção de direitos ao longo da história institucional do País; a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, como paradigma da transição democrática e marco na institucionalização de direitos e

garantias fundamentais; e o desenvolvimento do discurso global envolvendo direitos e sustentabilidade.

Vieira e Almeida (2011, p. 189) destacam, ainda, três ondas que marcaram a trajetória dessa espécie de litigação no Brasil. A primeira ocorreu entre os anos de 1850 e 1950, tendo como principal foco a abolição da escravatura. A segunda é marcada pela atuação de Ruy Barbosa na Suprema Corte brasileira e, juntamente com seus contemporâneos, na luta pelos direitos civis e políticos. A terceira e última onda liberal ocorreu no período do Regime Militar, composto por setores de esquerda da Igreja Católica e, por outro lado, advogados vinculados a sindicatos e aos movimentos camponeses.

Em 1973, foi fundada a Comissão de Justiça e Paz de São Paulo sob os auspícios de Dom Paulo Evaristo Arns, arcebispo de São Paulo. A Comissão de Justiça e Paz formou naqueles anos uma rede de advogados para defender os direitos de presos políticos e seus familiares (CANCIAN, 2005). Esses advogados atuavam especialmente junto à Justiça Militar, onde ficaram concentrados os processos relativos aos perseguidos pelo regime. (VIEIRA E ALMEIDA, 2011, p. 189).

Com a promulgação da Constituição de 1988, a advocacia de interesse público voltou-se para a implementação dos direitos previstos na referida Carta. E não poderia ser diferente. A Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 5 de outubro de 1988, é inegável avanço nas garantias propostas para preservação, proteção e implementação dos direitos fundamentais nela previstos.

Além da criação de novas ações para o controle concentrado de constitucionalidade, a ampliação do objeto e rol de legitimados para propositura perante o Supremo Tribunal Federal, o Texto Magno de 1988 elencou série de outras ações constitucionais que vão desde o tradicional *habeas corpus* à Ação de Impugnação de Mandado Eletivo.

Outro fator que contribuiu para o fomento da advocacia estratégica nacional, conforme anotam Vieira e Almeida (2011, p. 193), surgiu com a aceitação pelo governo brasileiro da jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

O Sistema Interamericano de Direitos Humanos, diferente da técnica adotada pelo Sistema da Organização das Nações Unidas, por intermédio de seus órgãos consultivos e contenciosos, a Comissão e a Corte Interamericanas de Direitos Humanos, conferem legitimidade à pessoa individual e também às organizações não governamentais para acionar internacionalmente o Estado-membro violador de direitos humanos.

Dessa forma, a proteção institucional aos direitos fundamentais ampliou-se para além do ordenamento jurídico e do Poder Judiciário Nacional, alcançando instâncias internacionais,

cujos relatórios e julgamentos, ainda que não possuam coação direta sobre o Estado-membro, exercem pressão política suficiente para suscitar o debate institucional interno.

Por vezes, o acesso ao Sistema Internacional de proteção de direitos humanos influencia a própria forma de interpretar tais regras e princípios atinentes ao tema em solo pátrio, o que é capaz de provocar mudanças na legislação, no entendimento jurisprudencial dos Tribunais e na formulação de políticas públicas.

É o que pode ser constatado com a aprovação da Lei Federal nº. 11.340/2006 (Lei Maria da Penha), o reconhecimento da impossibilidade da prisão civil por dívida e a formação da Comissão da Verdade, resposta do governo brasileiro à pressão internacional para conhecimento e punição dos crimes cometidos durante a Ditadura Militar no País.

No entanto, mesmo com todos esses mecanismos à disposição, “[...] pouquíssimas organizações da sociedade civil têm se dedicado a litigar em direitos humanos”. (VIEIRA E ALMEIDA, 2011, p. 194).

Diante dessa realidade, a Conectas Direitos Humanos elaborou, em 2003, o Programa Artigo 1º, levando este nome em homenagem ao artigo 1º da Declaração Universal dos Direitos Humanos³⁸. O projeto inicial se dispunha a atuar em duas frentes: advocacia intensiva estratégica e advocacia constitucional estratégica. O principal objetivo consiste na ampliação do conjunto de direitos constitucionais, uma vez que a maioria destes, mesmo assegurados, ainda carecem de implementação junto a grupos vulneráveis e marginalizados da população sujeita à jurisdição brasileira.

A opção por ampliar o espectro de direitos está baseada no fato de que, apesar de a Constituição Federal de 1988 representar um grande avanço, há direitos que deixaram de ser reconhecidos, acarretando exclusões injustificáveis de grupos vulneráveis a um eficaz sistema de proteção. (VIEIRA E ALMEIDA, 2011, p. 201).

Assim, foi eleito o Supremo Tribunal Federal como *locus* dessa atuação. Para Vieira e Almeida (2011, p. 201), “[...] nos últimos 18 anos, o Supremo Tribunal Federal tornou-se um dos principais fóruns nacionais na definição dos direitos fundamentais”. Isso fez com que a Conectas Direitos Humanos fosse pioneira no litígio estratégico tecnicamente voltado para a Suprema Corte do País, já apontado resultados satisfatórios ao longo dos últimos 10 anos.

A partir de um pedido do Artigo 1º - Conectas, os ministros do Supremo Tribunal Federal debateram quais seriam os critérios que o Tribunal deveria utilizar para admitir *amici curiae* apresentados por organizações da sociedade civil e decidiram que uma organização como esta, com a missão ampla de promover os direitos humanos, seria competente para se manifestar em todos os casos em que forem

³⁸ “Todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotadas de razão e consciência e devem agir em relação umas às outras com espírito de fraternidade”.

discutidas questões relacionadas com direitos fundamentais. (VIEIRA E ALMEIDA, 2011, p. 202).

A busca pela ampliação de direitos humanos fundamentais obteve sua principal conquista com o reconhecimento da união estável homoafetiva, no julgamento da ADI nº. 4277/DF e a ADPF nº. 132/DF. Ali, o Supremo Tribunal Federal estendeu o reconhecimento do *status* de família a núcleos formados por casais do mesmo sexo, algo inédito na legislação constitucional e ordinária brasileiras.

Contudo, Vieira e Almeida (2011) elencam serie de obstáculos e de desafios a serem enfrentados. As constantes violações de direitos humanos no Brasil, o não comprometimento do sistema de justiça com a defesa de grupos vulneráveis, a dificuldade dos juízes decidirem em casos de maior complexidade, a “fragilidade da cultura de precedentes” e a morosidade do Poder Judiciário são elementos que cooperam negativamente para o desenrolar efetivo do litígio estratégico em direitos humanos.

A falta de autoridade do precedente favorece indivíduos e advogados bem posicionados a alcançarem seus objetivos singulares, sem que isto altere a lógica do sistema. Nesse sentido, eventuais vitórias no campo dos direitos humanos não se transformam necessariamente em jurisprudência dominante e menos ainda em reversão de práticas violadoras. (Vieira e Almeida, 2011, p. 205).

Há também o destaque para os desafios internos: formação e manutenção de equipe de advogados, questões financeiras e psicológicas; relacionamento interno entre equipes jurídicas e políticas e as dificuldades que a Ordem dos Advogados do Brasil tem imposto à advocacia *pro bono*.

Não obstante a necessidade de superação desses obstáculos e desafios para atuação mais efetiva, o balanço final da organização, em dez anos de atividades, é positivo, haja vista servir de exemplo para outras entidades e tornar necessário o exame de novas realidades sociais e na técnica jurídica pelo Supremo Tribunal Federal.

A atuação da Conectas no Supremo Tribunal Federal tem sido muito positiva não apenas por aduzir um viés de direitos humanos nas ações pendentes no Tribunal, mas sobretudo por ter sido capaz de inspirar inúmeras outras organizações a também buscarem apresentar suas perspectivas à Corte. Essa ampliação da participação social na Corte certamente impôs aos ministros a necessidade de tomar mais a sério a gramática dos direitos humanos. (VIEIRA E ALMEIDA, 2011, p. 208).

Todo esse movimento só foi possível graças à abertura que vem sofrendo o processo constitucional brasileiro e a hermenêutica a ele aplicada, no sentido de incorporar o paradigma da sociedade aberta dos intérpretes da Constituição, de Peter Häberle, ancorada em novas possibilidades de compreender as normas constitucionais para além dos positivismo exegético e semântico (item 1.1).

Ao se observar o problema proposto de dentro do Direito, o surgimento de novas esferas públicas para discussões até então restritas apenas à arena política, a previsão de instrumentos de cidadania e democracia participativa inseridos no interior do processo judicial, permitem o exame de como a Ciência e a Prática Jurídica pode se transformar diante dessas novas realidades postas ao sistema.

Assim, a próxima parte do presente trabalho segue, na próxima seção, com o objetivo de diagnosticar as implicações que a participação da Conectas Direitos Humanos, nos casos propostos, gera na construção jurisprudencial e valorativa do conteúdo de direitos fundamentais e sua proteção no âmbito da cidadania democrática.

3 CONSTRUÇÃO HERMENÊUTICA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: ENTRE DIREITO, DEMOCRACIA E SOCIEDADE

O Supremo Tribunal Federal é a Corte máxima do Poder Judiciário brasileiro, cuja principal função é a guarda da Constituição Federal do País. As normas constitucionais possuem intrínseca relação com a política, pois delas se depreendem não apenas direitos individuais, mas direitos de cidadania e regras que permitem a garantia do funcionamento e independência das instituições democráticas. Estas compõem o Estado e são capazes de gerar empoderamento para a sociedade civil, através de políticas públicas que permitam o acesso participativo do povo na configuração e gestão dos espaços públicos.

No âmbito do Poder Judiciário, podem-se citar as ações constitucionais como instrumentos, franqueados pelo Legislador Constituinte aos cidadãos brasileiros, que propiciam a busca da tutela judicial efetiva pelos próprios jurisdicionados, bem como maior efetividade de direitos fundamentais, quando a implementação é oriunda de decisões judiciais.

O Supremo Tribunal segue o princípio da inércia da jurisdição, só podendo atuar quando provocado. Essa provocação se dá no chamado processo de controle de constitucionalidade das leis que pode ter como objeto tanto a própria legislação em tese, como a aplicação desta em determinado caso concreto. A Constituição Federal de 1988 ampliou não apenas o rol de atores legitimados a deflagrar o controle abstrato da norma, mas prevê diversas ações capazes de provocar o STF por forma oblíqua ou direta pelo próprio cidadão, como é o caso do recurso extraordinário, aplicável às mais diversas vias processuais comuns que envolvam lides a respeito de normas constitucionais.

Nesse sentido, a tensão política entre Estado e sociedade civil a respeito da demanda por direitos não concretizados alcança como nunca o Judiciário nestas duas últimas décadas, chamando-o a se manifestar nos mais diversos conflitos de interesses, envolvendo em um dos pólos da relação jurídica, geralmente, setores marginalizados da população em busca de solução para situações antes restritas à agenda política. É nesse contexto que se inserem temas como a judicialização da política e o litígio estratégico, através da necessidade de conferir eficácia plena aos direitos civis, políticos e sociais previstos na Constituição Federal de 1988, consubstanciados tanto em obrigações negativas quanto em obrigações positivas do Poder Público.

A análise da construção jurisprudencial desses direitos no Supremo Tribunal Federal, tendo em vista o processo constitucional de natureza abstrata, é importante quando a temática

passa a ser examinada sob o enfoque jurídico do processo. Ou seja, quando a questão passa a ser não como a atuação das forças sociais organizadas podem alterar a realidade fática e a agenda política, mas como ela pode transformar o Direito em si e seu complexo sistema de princípios e garantias. Ou mais, como o Direito pode autotransformar-se de forma a referendar essa nova realidade participativa.

A maioria das questões trazidas à baila no processo judicial é resolvida através da técnica da decisão, mediante operação cognitiva do sujeito-juiz, consoante procedimento hermenêutico. Dessa forma, pode-se afirmar que a decisão, cujo resultado consiste em criação de norma jurídica, é gestada segundo procedimentos de compreensão e interpretação do ordenamento jurídico, da realidade social e política circundante e dos valores ínsitos aos sujeitos presentes ao processo e aos fatos considerados.

No intuito de pensar a Teoria do Direito e a Hermenêutica Jurídica Constitucional a partir das transformações do constitucionalismo pós-1945, Häberle (1997), ancorado em postulado máximo de Popper (1998), elaborou a Teoria hermenêutica da sociedade aberta dos intérpretes da Constituição. Referido postulado, construído a partir do referencial político da democracia participativa e do paradigma ontológico da linguagem, marca a doutrina constitucional contemporânea por servir de base à introdução de vozes alheias ao aparato burocrático-estatal no momento de interpretação/aplicação da Constituição.

É sob esse marco da hermenêutica constitucional atual que o Legislador Constituinte brasileiro e o Supremo Tribunal Federal têm caminhado no sentido de pluralizar o debate intra-processual, seja ampliando o objeto das Ações Diretas e aumentando o rol de legitimados a provocar a Corte Máxima, seja criando instrumentos de participação e informação nos julgamentos, com a realização das audiências públicas e a admissão do *amicus curiae*.

No entanto, alguns estudos realizados, como o Relatório Supremo em Números, elaborado pela Fundação Getúlio Vargas, apontaram para a ineficácia das recentes mudanças, especificamente do plano jurídico, quando se trata da real democratização do Poder Judiciário, cumprimento efetivo do acesso à Justiça e pluralização do processo.

Ainda assim, é atual o interesse das organizações não-governamentais de direitos humanos pelo litígio estratégico nas diversas esferas de Jurisdição do País. Esse se justifica a partir de atuação peculiar que extrapola o mero interesse judicial no deslinde da causa empreendida judicialmente.

O Judiciário transformou-se em mais uma frente de combate. Tal assertiva é explicada pela própria história institucional de formação e fortalecimento da maioria das democracias

ocidentais em torno de Constituições consubstanciadas em documento jurídico posto acima do próprio governo e das próprias leis. O Direito, ligado ao seu passado histórico em que era visto como instrumento de resolução de litígios privados, passa a ser público e utilizado pelo cidadão contra o próprio Estado, violador dos direitos e garantias fundamentais assegurados tanto no âmbito nacional como internacionalmente.

Com os direitos sociais incluídos no rol dos direitos humanos fundamentais, o Judiciário passa a julgar os demais Poderes (Legislativo e Executivo) frente à sua omissão diante da agenda positiva que lhe é imposta pela própria Constituição. Assim, os juízes ganham papel de destaque na democracia contemporânea, como protagonistas na concretização de direitos mediante os comandos judiciais.

Assim, o presente trabalho busca investigar, através do exame do conteúdo dos votos e decisões colegiadas do Supremo Tribunal Federal, as implicações/consequências que a participação das organizações não-governamentais de direitos humanos geram no procedimento hermenêutico-constitucional que cria e define o conteúdo de direitos fundamentais.

Com o escopo de delimitar o objeto estudado, optou-se pelo exame da participação jurídica de apenas uma organização, a Conectas Direitos Humanos, por ser pioneira no Brasil com projeto voltado exclusivamente para realização de litigação estratégica no Supremo Tribunal Federal, o Programa de Justiça Artigo 1º e o STF em Foco.

Assim, será verificado, agora, em que medida a participação das organizações não-governamentais de direitos humanos interfere na interpretação e proteção contramajoritária dos direitos fundamentais no âmbito do Supremo Tribunal Federal, mediante a análise da recepção dos argumentos apresentados pela Conectas Direitos Humanos à Corte Constitucional brasileira, nos casos estudados.

3.1 Recepção dos argumentos da Conectas Direitos Humanos nas decisões do Supremo Tribunal Federal: um estudo de caso

O exame dos argumentos apresentados pela Conectas Direitos Humanos e sua recepção na fundamentação dos votos dos Ministros da Suprema Corte brasileira nos casos a serem estudados será empreendido mediante a utilização dos métodos hermenêutico e dialético, sendo esses procedimentos adequados à realização da presente pesquisa qualitativa.

Segundo DENZIN e LINCOLN (2006, p. 23), “[...] os pesquisadores qualitativos ressaltam a natureza socialmente construída da realidade, a íntima relação entre o pesquisador e o que é estudado, e as limitações situacionais que influenciam a investigação”. Essas características fazem com que as pesquisas qualitativas sejam vistas com desconfiança quando avaliadas sob a perspectiva do postulado científico da neutralidade e certeza cartesiana.

No entanto, esse tipo de investigação mostra-se adequado para análise de problemas propostos no campo das Ciências Humanas, sobretudo na Ciência Jurídica, ao tratar-se do estudo de decisões judiciais e suas implicações no discurso e na Teoria do Direito.

A palavra *qualitativa* implica uma ênfase sobre as qualidades das entidades e sobre os processos e os significados que não são examinados ou medidos experimentalmente (se é que são medidos de alguma forma) em termos de quantidade, volume, intensidade ou frequência (DENZIN e LINCOLN, 2006, p. 23).

No mesmo sentido, Minayo (1996) afirma que a opção pela pesquisa qualitativa não pode ser reduzida a uma visão simplista que a indica como opção pessoal do pesquisador ou cientista. A autora assevera que “A questão, a nosso ver, aponta para o problema fundamental que é o próprio caráter específico do objeto de conhecimento: o ser humano e a sociedade”. (MINAYO, 1996, p. 36).

Os métodos hermenêutico e dialético ou, de acordo com Minayo (1996), a “hermenêutica-dialética”, permitem que o pesquisador, também intérprete dos dados colhidos na pesquisa, “[...] busque entender o texto, a fala, o depoimento como resultado de um processo social (trabalho e dominação) e processo de conhecimento (expresso em linguagem) ambos frutos de múltiplas determinações, mas com significados específicos”. (MINAYO, 1996, p. 227).

Os casos escolhidos, ADI/DF nº 3.510, ADPF/DF nº. 54, ADI/DF nº. 4.277 e ADPF/DF nº. 132, discutiram no Supremo Tribunal Federal o direito à vida, sendo a ADI/DF nº 3.510 sobre a liberação da pesquisa científica com células-tronco embrionárias e a ADPF/DF nº. 54 sobre a possibilidade de antecipação terapêutica do parto de fetos anencefálicos; e o direito à livre orientação sexual, em que foi debatido o reconhecimento constitucional da união estável entre casais do mesmo sexo, consta da ADI/DF nº. 4.277 e da ADPF/DF nº 132.

Os processos citados foram eleitos com escopo em delimitar o universo da pesquisa na análise de ações cujo objeto fosse de ampla repercussão midiática e social e abordasse direitos fundamentais reivindicados por minorias ou grupos vulneráveis. Outro fator considerado foi a

conclusão total do julgamento e a participação da Conectas Direitos Humanos como *amicus curiae* e com a realização de sustentações orais e audiências públicas.

Assim, primeiramente serão apresentados, em cada caso, os argumentos e informações trazidos ao processo pela Conectas Direitos Humanos e o conteúdo e abordagem realizados pelos Ministros em seus votos. Após, examinar-se-á, uma a uma, as principais implicações, retiradas da análise dos procedimentos constitucionais mencionados, que a participação das organizações não-governamentais de direitos humanos gera na construção judicial do conteúdo de direitos fundamentais.

3.1.1 Direito à vida

O direito à vida está consagrado no art. 5º da Constituição Federal de 1988 como direito fundamental, assegurada a sua inviolabilidade aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1949, afirma que “Toda pessoa tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal”. O Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, no art. 6º, § 1º, estabelece que “O direito à vida é inerente à pessoa humana. Este direito deverá ser protegido pelas leis. Ninguém poderá ser arbitrariamente privado da sua vida”. A seu turno, a Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) assevera, no art. 4º, que “Toda pessoa tem direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente”.

Não há dúvida de que o direito à vida, desde a Declaração de Direitos de Virgínia³⁹ (1787), foi alçado, juntamente com a liberdade, segurança e propriedade, à categoria de direito inato e fundamental da pessoa humana.

Como toda declaração de tom universalizante, o simples reconhecimento do direito a partir das grandes Cartas e Convenções internacionais, bem como sua presença nas Constituições internas, não trouxeram maiores problemas, sendo estes revelados a partir da

³⁹ “Declaração de Direitos feita pelos representantes do bom povo da Virgínia, reunido em Convenção plena e livre; direitos esses que pertencem a ele e à sua posteridade, como base e fundamento do governo.

1. Todos os seres humanos são, pela sua natureza, igualmente livres e independentes, e possuem certos direitos inatos, dos quais, ao entrarem no estado de sociedade, não podem, por nenhum tipo de pacto, privar ou despojar sua posteridade; nomeadamente, a fruição da vida e da liberdade, com os meios de adquirir e possuir a propriedade de bens, bem como de procurar e obter a felicidade e a segurança”. (COMPARATO, 2010, p. 130).

sua aplicação nos diversos contextos culturais. Ou seja, embora declarado, o real sentido e/ou conteúdo da norma declarada passa a ser preenchido tendo em vista as concepções locais de vida.

No Brasil, antes da promulgação da Constituição Federal de 1988, a Constituição de 1934 já afirmava, no art. 115, a necessidade de se assegurar uma existência digna. Foi a Constituição de 1946 que, pela primeira vez, elencou o direito à vida como pertencente ao capítulo dos direitos e garantias fundamentais. Igualmente repetiu-se na Constituição de 1967, mantido na Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969.

A proteção da vida no ordenamento jurídico brasileiro também é regulada nas esferas cível e penal. O Direito Civil preocupa-se com a questão patrimonial da pessoa vivente já dotada de personalidade jurídica e daquela que está por nascer. O Direito Penal protege a própria vida em si, criminalizando desde as condutas de homicídio ao aborto.

De acordo com Novellino (2010, p. 25), o direito à vida, na Constituição de 1988, “[...] deve ser compreendido em uma dupla acepção: I) o direito de permanecer vivo; e, II) o direito a uma existência digna (CF, art. 170)”. Para Cunha Jr. (2008, p. 635), “O direito à vida é o direito legítimo de proteger a própria existência e de existir com dignidade, a salvo de qualquer violação, tortura ou tratamento desumano ou degradante”.

De fato, o direito à vida não compreende apenas o estar vivo, mas viver com dignidade. É o que se depreende a partir de uma leitura sistemática da Constituição, interpretando os direitos fundamentais à luz das garantias e obrigações estatais positivas preconizadas no Título da Ordem Econômica e Social.

A Constituição de 1988 declara o direito à vida, mas não determina seu conteúdo, como, por exemplo, em que momento esta se inicia e se torna passível de proteção jurídica. Em vista dessa indeterminação, questionou-se no Supremo Tribunal Federal a constitucionalidade da Lei de Biossegurança que autorizava pesquisas científicas com células-tronco embrionárias (ADI nº. 3.510/DF) e a possibilidade de autorização judicial para realização de aborto em gestantes de fetos anencefálicos (ADPF nº. 54/DF)⁴⁰.

A ADI nº 3510/DF teve como objeto a análise da constitucionalidade do artigo 5º, da Lei Federal nº 11.105, de 24 de março de 2005, que regula a utilização de células-tronco embrionárias para fins de pesquisas e terapia. O Procurador-Geral da República propôs a Ação, pedindo a declaração de inconstitucionalidade do referido dispositivo legal. Alegou

⁴⁰ Afora toda essa discussão, que envolveu diretamente a participação da sociedade civil, há uma Proposta de Emenda Constitucional, a PEC nº 164/2012, que propõe nova redação ao *caput* do art. 5º da Constituição Brasileira de 1988, de forma a estabelecer a inviolabilidade do direito à vida desde a concepção.

como fundamento que a vida tem início na fecundação, sendo, em razão disso, a autorização legislativa para utilização de células-tronco embrionárias, em pesquisas e terapias, contrária ao direito à vida e à dignidade da pessoa humana, princípios constantes na Constituição Federal de 1988.

A Advocacia-Geral da União defendeu a constitucionalidade da norma. Participaram como “amigos da corte”, a Conectas Direitos Humanos, o Centro de Direitos Humanos – CDH, o Movimento em prol da vida – MOVITAE, o Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero – ANIS e a Confederação Nacional dos Bispos do Brasil – CNBB.

Para o Relator do processo, Ministro Ayres Britto, a participação dessas entidades constitui-se em fator legitimador da decisão tomada de forma colegiada pelo Supremo Tribunal Federal. Avaliada como “[...] subjetivação dos princípios constitucionais, do pluralismo genericamente cultural (preâmbulo da Constituição), e especificamente político (inciso V do art. 1º da nossa Lei Maior)”.

Foi determinada a realização de audiência pública, apresentada no Relatório do Acórdão como “notável mecanismo constitucional de democracia direta ou participativa”. A audiência, ocorrida no dia 20 de abril de 2007, contou com a participação de 17 especialistas, entre cientistas e pesquisadores das áreas médica, social e jurídica⁴¹.

A participação da Conectas Direitos Humanos na ADI nº. 3.510/DF, como *amicus curiae*, deu-se por meio da Petição nº 85.257/2005, em que esta trouxe argumentos em favor da constitucionalidade do referido dispositivo, em posicionamento contrário ao Procurador-Geral da República. Apresentou argumentos de natureza técnica e científica, centralizando a discussão na órbita jurídica nacional e internacional.

Inicialmente, a Conectas trouxe a lume a situação das pesquisas com células-tronco embrionárias no Brasil, anteriores à publicação da Lei nº. 11.105/2005. Após, analisou a constitucionalidade da referida legislação em relação ao direito à vida e à dignidade da pessoa humana.

Ao reconhecer as diversas concepções existentes sobre o início da vida, a organização aduz que o Estado, não obstante reconheça e preserve a liberdade de crença, deve agir de forma secular, a interpretação constitucional há de ser a mais objetiva possível, devendo “[...] procurar manter a argumentação sobre o início da proteção constitucional do direito à vida de

⁴¹ “Daqui se deduz que a matéria veiculada nesta ação se orna de saliente importância, por suscitar numerosos questionamentos e múltiplos entendimentos a respeito da tutela do direito à vida. Tudo a justificar a realização de audiência pública, a teor do § 1º do artigo 9º da Lei nº. 9.868/99. Audiência, que, além de subsidiar os Ministros deste Supremo Tribunal Federal, também possibilitará uma 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”. (STF, Rel. Ministro Ayres Britto, ADI nº. 3.510/DF).

acordo com a lógica trazida pela Constituição Federal e pelo ordenamento jurídico brasileiro”. (STF, Petição Conectas Direitos Humanos, ADI nº. 3.510/DF).

De acordo com a Conectas, apoiada na própria jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, os direitos e garantias fundamentais não são revestidos de caráter absoluto. Com relação ao direito à vida, o próprio legislador ordinário, no Código Penal, teria feito uma espécie de gradação no que diz respeito à sua proteção jurídica. Assim, a proteção da forma de vida presente nas células-tronco embrionárias, por ser essa extra-uterina, deveria ser inferior às demais formas intra-uterinas.

Ocorre que os embriões, objetos das pesquisas científicas em comento, sequer possuem expectativa de vida, por ser fruto do descarte de procedimentos de reprodução assistida. A Lei de Biossegurança estaria plenamente de acordo com a ordem constitucional por relativizar a proteção jurídica da vida embrionária, ao mesmo tempo em que fornece condições procedimentais e elementos de fiscalização aptos a favorecer o controle efetivo das pesquisas científicas.

A Conectas Direitos Humanos ainda afirmou que a liberação das pesquisas com células-tronco embrionárias, nos moldes propostos pela Lei 11.105/2005, relativiza o direito à vida de embriões que seriam descartados pelas clínicas de fertilização, para que esses sejam usados na busca da cura, tratamento e terapia de outros seres humanos, conferindo-lhes saúde e dignidade.

Julgada a Ação no dia 29 de maio de 2008, o Plenário do Supremo Tribunal Federal decidiu pela improcedência da Ação Direta de Inconstitucionalidade movida pelo Procurador-Geral da República, declarando a constitucionalidade da Lei de Biossegurança nº. 11.105/2005, sob os seguintes fundamentos: a legitimidade das pesquisas com células-tronco embrionárias, ancorada no constitucionalismo fraternal⁴², a gradação da proteção constitucional do direito à vida em cada etapa do processo biológico de concepção e desenvolvimento do ser humano, a não caracterização do aborto, os direitos fundamentais à autonomia da vontade, ao planejamento familiar e à maternidade, o direito à saúde como direito fundamental e o direito constitucional à liberdade de expressão científica, consubstanciado na própria Lei de Biossegurança.

⁴² “[...] Isto no âmbito de um ordenamento constitucional que desde o seu preâmbulo qualifica ‘a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça’ como valores supremos de uma sociedade mais do que tudo ‘fraterna’. O que já significa incorporar o advento do constitucionalismo fraternal às relações humanas, a traduzir verdadeira comunhão de vida ou vida social em clima de transbordante solidariedade em benefício da saúde e contra eventuais tramas do acaso e até dos golpes da própria natureza”. (STF, Rel. Ministro Ayres Britto, ADI nº. 3.510/DF).

Do exame desses fundamentos, percebe-se a presença dos principais argumentos apresentados pela Conectas Direitos Humanos como *amicus curiae*, em manifestação na audiência pública e na sustentação oral feita em Plenário por ocasião do julgamento.

O voto do Relator, Ministro Carlos Ayres Brito, fez análise objetiva do tratamento constitucional dado ao direito à vida, buscando expurgar todo e qualquer exame religioso ou mítico sobre a questão, asseverando que a Constituição Federal de 1988 não estabeleceu marco para o início da vida, protegendo esta de forma diferente em seus diversos estágios.

É como dizer: a inviolabilidade de que trata o art. 5º é exclusivamente reportante a um já personalizado indivíduo (o inviolável é, para o Direito, o que o sagrado é para a religião). E como se trata de uma Constituição que sobre o início da vida humana é de um **silêncio de morte** (permito-me o trocadilho), a questão não reside exatamente em se determinar o início da vida do *homo sapiens*, mas em saber que momentos ou aspectos dessa vida estão validamente protegidos pelo Direito infraconstitucional e em que medida. (STF, Relator Ministro Ayres Brito, ADI nº. 3.510/DF).

Assevera, ainda, que a decisão por descendência ou filiação exprime um tipo de autonomia da vontade individual, de forma que o processo de fertilização *in vitro* não gera para o casal o dever jurídico de aproveitamento reprodutivo de todos os embriões.

Outra questão suscitada diz respeito ao momento da morte atestada para fins de transplante de órgãos. Se a morte encefálica é tida como termo da vida e personalidade humana, não se deve cogitar que embriões *in vitro* sejam pessoas com vida de necessária proteção jurídica. Sobretudo, quando confrontado com o direito constitucional à saúde das inúmeras pessoas que seriam beneficiadas com a terapia e o resultado das pesquisas científicas com células-tronco embrionárias.

O Ministro Menezes Direito julgou a Ação procedente, declarando a inconstitucionalidade parcial sem redução do texto, em voto longuíssimo, com argumentações veementemente técnico-científicas imbricadas com incursões filosóficas e preocupações morais e éticas.

Os votos da Ministra Carmem Lúcia e do Ministro Ricardo Lewandovski suscitaram a adesão do Brasil à Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), destacando a inviolabilidade do direito à vida garantida desde a concepção, no artigo 4º do citado diploma internacional. Fato normativo que alcançaria o embrião objeto da querela constitucional.

O Ministro Cezar Peluzo, em seu voto, apresentou como principais teses: a ausência de vida dos embriões humanos congelados, em que cita o *amicus curiae* *Movitae*, no que diz respeito à definição de “embrião”; e fato de que os embriões humanos ostentam dignidade constitucional, embora em grau diverso daquele conferido à vida das pessoas humanas.

Todavia, no conteúdo da decisão pronunciada pelo referido Ministro, chama atenção a sua documentada preocupação com a repercussão do seu voto na mídia, revelando a inquietação do julgador com a opinião pública.

Eu li – entre envergonhado e, de certo modo, entristecido –, nos jornais da minha terra, dos quais sou assinante há muitos anos, notícias sobre o julgamento e, em particular, sobre o meu voto, as quais me justificaram fundado temor de haverem induzido a opinião pública e erro grave. Decerto, nenhuma de ambas as notícias foi inspirada por propósito menos nobre – porque evidentemente não o posso supor a nenhum jornalista – mas, sem dúvida alguma, decorreu de equívoco – eu diria – quase inescusável. Os que fizeram referências ao teor do meu voto ou não me ouviram ou, se me ouviram, não me entenderam. (STF, Ministro Cezar Peluzo, ADI nº. 3.510/DF).

Por sua vez, o Ministro Marco Aurélio citou a importância de o Supremo Tribunal Federal considerar, em seu julgamento, a opinião pública, devendo a Corte ter o necessário cuidado para não atuar como legislador positivo⁴³.

Outra importante Ação Constitucional em que se confrontou o conteúdo do direito humano fundamental à vida foi a ADPF/DF nº. 54. Nesta, discutiu-se a possibilidade de tornar constitucional a antecipação terapêutica do parto em gestantes de fetos anencefálicos. A Ação foi proposta perante o Supremo Tribunal Federal pela Confederação Nacional dos Trabalhadores da Saúde – CNTS, tendo a Conectas Direitos Humanos ingressado no feito e apresentado razões como *amicus curiae*.

De acordo com a Conectas, com a participação da sociedade civil no controle concentrado de constitucionalidade, “[...] busca-se a representação da pluralidade e diversidade sociais nas razões e argumentos a serem considerados por este Egrégio Supremo Tribunal Federal, conferindo, inegavelmente, maior qualidade nas decisões”.

Em seu petítório, a organização de direitos humanos apresenta a questão do aborto no mundo, com dados da Organização Mundial de Saúde. Registra que a maioria das mortes de mulheres que tem causa no aborto provocado se concentra em países em que essa prática é criminalizada. Também traz números sobre a situação brasileira, em que o aborto é a quarta causa de morte materna no País. Os dados apresentados são da Organização Pan-americana de Saúde/Organização Mundial de Saúde no Brasil, de 1998.

Quanto às informações técnico-científicas sobre a anencefalia, informa que “Os nascidos vivos morrem logo após o parto e não há relatos de sobrevivência de recém-nascidos com este tipo de má-formação”. De acordo com as pesquisas apontadas pela Conectas Direitos Humanos, em mais de 90% dos casos, em que foram pedidos alvarás judiciais com

⁴³ “No Brasil, pesquisa efetuada em janeiro último pelo Instituto Ibope revelou o pensamento da população – e este deve ser sopesado neste julgamento”. (STF, Ministro Marco Aurélio, ADI nº. 3.510/DF)

autorização para interrupção da gravidez de fetos com anomalias graves, as sentenças foram favoráveis.

No caso da anencefalia, a autorização do aborto é justificada com fundamento na Lei 9.434/97, que adota o conceito de morte cerebral ou encefálica, para autorizar a retirada dos tecidos, partes e órgãos do corpo humano, destinados a transplante ou tratamento. “Desse modo, o feto anencefálico não irá morrer com a antecipação do parto; ele já está morto. É um morto cerebral que só está à espera do nascimento para morrer biologicamente”.

Assim, a referida organização salienta que não há crime de aborto, apresentando, em seguida, o embate entre o direito à vida do feto e o direito a viver com dignidade e de receber tratamento que preserve a integridade moral e a intimidade da mulher.

Não se pretende a completa desconsideração do direito à vida que o feto possui, mas sim a sua relativização frente a outros direitos, a dignidade e a intimidade da mãe, que não pode sofrer o constrangimento de levar a cabo uma gestação de um filho sem cérebro, que não sobreviverá aos minutos seguintes ao parto. Ou seja, gestar um feto anencefálico é uma razão suficientemente forte para se colocar de lado o suposto direito à vida intra-uterina deste feto, em atenção à dignidade e à intimidade da mulher. (STF, Petição Conectas, ADPF nº. 54/DF)

A Ação de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº. 54 foi protocolada no Supremo Tribunal Federal em 2004. Contudo, seu julgamento definitivo só veio ocorrer no ano de 2012, acompanhado intensamente por organizações da sociedade civil. Em Plenário, foi declarada a inconstitucionalidade da interpretação que considera a interrupção da gravidez de feto anencefálico como conduta criminosa, tipificada nos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, todos do Código Penal Brasileiro.

O Ministro Marco Aurélio Melo, Relator, em seu voto, citou dados da Organização Mundial de Saúde, contidos na petição da Conectas Direitos Humanos. Deixou claro, desde logo, que não seria posta em discussão a descriminalização do aborto e que não havia colisão real de direitos fundamentais, mas sim conflito aparente.

O Relator desenvolve o raciocínio a partir do confronto da tipificação penal da interrupção da gravidez de fetos anencefálicos com o Estado laico, a dignidade da pessoa humana, o direito à vida e a proteção da autonomia, da liberdade, da privacidade e da saúde.

Adotou o argumento de que o feto anencéfalo é um natimorto, não devendo considerar a hipótese como espécie de aborto eugênico. Rejeitou, ademais, o argumento de que a gestação deveria ser levada adiante com a finalidade de se aproveitar os demais órgãos do feto anencéfalo para doação, sob o fundamento de que a mulher, enquanto ser humano, deve ser considerada como fim em si mesmo e jamais como meio para se alcançar qualquer objetivo.

Inclusive, a doação de órgãos no Brasil é ato voluntário e jamais imposto pela legislação ordinária.

Prosseguiu negando a titularidade do direito à vida ao feto anencefálico, haja vista este não possuir possibilidade ou expectativa de vida. “Em rigor, no outro lado da balança, em contraposição aos direitos da mulher, não se encontra o direito à vida ou à dignidade humana de quem está por vir, justamente porque não há ninguém por vir, não há viabilidade de vida”.

Não apenas a fecundação ocorrida com a penetração do espermatozóide no óvulo, momento da concepção, é suficiente para dar ao feto direito subjetivo à vida, mas há que ser analisada também a sua viabilidade.

Nesse sentido, o direito à vida não possui caráter absoluto, haja vista a previsão de pena de morte da Constituição Federal e a possibilidade de aborto ético ou humanitário. “Além de o direito à vida não ser absoluto, a proteção a ele conferida comporta diferentes graduações consoante enfatizou o Supremo no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.510”.

O Ministro Marco Aurélio, em voto vencedor, utilizou-se sobremaneira dos argumentos e dos dados científicos apresentados na audiência pública, bem como dos depoimentos de mulheres que enfrentaram diretamente a problemática suscitada pelo processo constitucional. Em relatório, também citou os argumentos trazidos pelos setores sociais, técnico-científicos e religiosos ao procedimento, tanto aqueles em prol quanto os contra.

Buscou deixar claro que o Poder Judiciário não está determinando a antecipação terapêutica de partos cuja gestação seja diagnosticada como sendo de feto anencefálico, mas declarando que a decisão da interrupção da gravidez, somente nesse caso específico, pertence à mulher/mãe e sua opção não configura o delito de aborto. O voto apontou que, de acordo com entendimento do Comitê de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas, em novembro de 2005, no “Caso K.L. contra Peru”, é equiparado à tortura o ato estatal de obrigar a mulher a levar adiante a gestação do feto anencéfalo.

Franquear a decisão à mulher é medida necessária ante o texto da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, também conhecida como “Convenção de Belém do Pará”, ratificada pelo Estado brasileiro em 27 de novembro de 1995, cujo artigo 4º inclui como direitos humanos das mulheres o direito à integridade física, mental e moral, à liberdade, à dignidade e a não ser submetida a tortura. Define como violência qualquer ato ou conduta baseada no gênero, que cause morte, dano ou sofrimento físico, sexual ou psicológico à mulher, tanto na esfera pública como na esfera privada. (STF, Ministro Marco Aurélio, ADPF nº. 54/DF)

O Ministro Luiz Fux utilizou, basicamente, argumentos científicos para subsidiar seu voto, ressaltando a constitucionalização do Direito Penal como premissa fundamental da tese

proferida pelo Relator. Analisou o confronto do princípio da dignidade humana e do direito à saúde psíquica da mulher com o “suposto” direito à vida do feto, mas não adentrou propriamente no conteúdo e/ou definição do direito à vida.

Por sua vez, o Ministro Celso de Melo, o julgador mais antigo da Corte, fundamentou seu voto em favor da Requerente a partir da perspectiva emancipatória dos direitos humanos. Ressaltou o avanço das conquistas dos direitos das mulheres e as lutas feministas ao redor do mundo. Nesse sentido, preocupado em alinhar a jurisprudência nacional com a jurisdição internacional pública e com os tratados internacionais de que o Brasil é signatário, destacou a importância do Estado laico e constitucional como premissa basilar de preservação dos direitos, liberdades e garantias fundamentais.

Parte da argumentação usada pelo Ministro para justificar seu voto na ADPF/DF nº. 54, debruçou-se sobre o que ele chamou de “relevantíssimo papel que incumbe ao Supremo Tribunal Federal desempenhar no plano da jurisdição das liberdades”. De acordo com o Ministro, o juiz funciona como instrumento da Constituição, como órgão incumbido de concretizar as liberdades e garantias fundamentais.

O papel contramajoritário da Corte e seu dever de atuação positiva na proteção ao direito das minorias foram veementemente destacados, ainda que em oposição às forças políticas existentes no Poder Legislativo⁴⁴. Nesse lume, Celso de Melo ainda citou a manifestação do Grupo Arco-íris de Conscientização Homossexual na ADI 4277/DF, relativizando o princípio da soberania popular e enfatizando a necessidade do Supremo Tribunal atuar em prol de minorias e grupos vulneráveis vilipendiadas em seus direitos por decisões majoritárias.

É evidente que o princípio majoritário desempenha importante papel no processo decisório que se desenvolve no âmbito das instâncias governamentais, mas não pode legitimar, na perspectiva de uma concepção material de democracia constitucional, a supressão, a frustração e a aniquilação de direitos fundamentais, com o livre exercício da igualdade, da intimidade, da autodeterminação pessoal, da liberdade e dos direitos sexuais e reprodutivos, sob pena de descaracterização da própria

⁴⁴ “Esse aspecto da questão talvez explique a resistência que as correntes majoritárias de opinião, representadas no Congresso Nacional por expressivas bancadas confessionais, opõem às propostas de incorporação, ao sistema de direito positivo, de inovações fundadas tanto nas transformações por que passa a sociedade contemporânea quanto nos compromissos que o Estado brasileiro assumiu no plano internacional. O Poder Legislativo, certamente influenciado por valores e sentimentos prevaletentes na sociedade brasileira, tem se mostrado infenso, no que se refere ao tema ora em exame, à necessidade de adequação do ordenamento nacional a essa realidade emergente das práticas e costumes sociais. Tal situação culmina por gerar um quadro de submissão de grupos vulneráveis à vontade hegemônica da maioria, o que compromete, gravemente, por reduzi-lo, o próprio coeficiente de legitimidade democrática da instituição parlamentar, pois, ninguém o ignora, o regime democrático não tolera nem admite a opressão, por grupos majoritários, da minoria, definida tal expressão à luz do critério da vulnerabilidade das mulheres, que pode ser social, econômica e jurídica”. (STF, Ministro Celso de Melo, ADPF nº. 54/DF).

essência que qualifica o Estado democrático de direito. (STF, Ministro Celso de Melo, ADPF nº. 54/DF).

Em posicionamento contrário, o Ministro Ricardo Lewandowski negou provimento à Ação, fundamentando seu voto na preocupação da feição política e institucional da decisão a ser proferida pelo Supremo Tribunal Federal no caso em comento. Para o Ministro, a legislação penal é clara quanto à tipificação do crime de aborto e quanto às específicas hipóteses em que ele é admitido pelo legislador. Assim, com fulcro na máxima *in claris cessat interpretatio*, não há outra interpretação constitucional a ser declarada aos referidos dispositivos⁴⁵.

Interessante notar a divergência dos julgadores da Suprema Corte brasileira quanto à utilização dos postulados hermenêuticos. Enquanto o Ministro Ricardo Lewandowski, na ADPF nº. 54/DF, ressalta a exegese como forma necessária de interpretação apta a coibir que o Judiciário exorbite da sua função ao exercer o seu mister⁴⁶, o Ministro Eros Grau, no julgamento da ADIN nº. 3.510/DF, ressaltou a importância de o julgador compreender, ao interpretar, não apenas o texto normativo em si, mas a realidade consubstanciada em seus aspectos sociais, políticos, econômicos e históricos⁴⁷.

Tanto no julgamento da ADI 3.510/DF quanto no da ADPF 54/DF, os votos apoiaram a maioria da sua fundamentação em argumentos técnico-científicos apresentados em audiência pública pelos expertos. A referência à sociedade civil se deu de forma mais difusa, com uma citação ou outra a respeito de alguma organização em específico.

A Conectas Direitos Humanos, que participou dos feitos como *amicus curiae* e com sustentações orais na audiência pública e no julgamento em Plenário, não foi diretamente citada nos votos. No entanto, é possível verificar que as teses vencedoras, a declaração de constitucionalidade da Lei de Biossegurança e, conseqüentemente, a liberação definitiva das

⁴⁵ “Nessa linha de raciocínio, a tão criticada – de há muito superada – Escola da Exegese, que pontificou na França no século XIX, na esteira da edição do Código Civil Napoleônico, legou-nos uma assertiva de difícil, senão impossível, contestação: *In claris cessat interpretatio*. Ou seja, quando a lei é clara não há espaço para a interpretação”. (STF, Ministro Ricardo Lewandowski, ADPF nº. 54/DF).

⁴⁶ “Esse debate, como não poderia deixar de ser, também alcançou o nosso Parlamento, o qual se encontra profundamente dividido, refletindo, aliás, a abissal cisão da própria sociedade brasileira em torno da matéria. Os congressistas, favoráveis e contrários ao aborto, têm entretido apaixonadas polêmicas, sendo certo que os representantes do povo até o momento, não chegaram ainda a uma solução de consenso. Por essa razão continua em vigor o texto da legislação penal que, como visto, não admite, dada a clareza de seu enunciado, a ampliação das hipóteses do chamado aborto terapêutico pela via da exegese”. (STF, Ministro Ricardo Lewandowski, ADPF nº. 54/DF).

⁴⁷ “Tenho reiteradamente insistido em que o intérprete do direito não se limita a compreender textos que participam do mundo do dever ser; há de interpretar também a realidade, os movimentos dos fatores reais de poder, compreender o momento histórico no qual as normas da Constituição e as demais, infraconstitucionais, são produzidas, vale dizer, o momento da passagem da dimensão textual para a dimensão normativa”. (STF, Min. Eros Grau, ADI nº. 3.510/DF).

pesquisas com células-tronco embrionárias no Brasil e a permissão constitucional da antecipação terapêutica do parto de fetos anencefálicos, adotaram como fundamento e motivação os principais argumentos apresentados pela organização não-governamental estudada em suas manifestações perante o Supremo Tribunal Federal.

3.1.2 Direito à livre orientação sexual e à união civil entre casais do mesmo sexo

A Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277/DF, movida pelo Governador do Estado do Rio de Janeiro perante o Supremo Tribunal Federal, requereu que a Corte conferisse interpretação conforme a Constituição ao dispositivo do art. 1.723 do Código Civil, de forma a reconhecer como entidade familiar a união estável entre pessoas do mesmo sexo e, a partir daí, todos os seus efeitos jurídicos.

O art. 1723 do Código Civil e o art. 226, § 3º, da Constituição Brasileira de 1988 reconhecem a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar. A interpretação dada a esses dispositivos pelos juízes e tribunais pátrios, até bem pouco tempo atrás, era assaz restritiva, uma vez que afirmava estar albergada pelo direito apenas as relações afetivas ocorridas entre heterossexuais.

Ao negar-se o *status* legal de família às uniões entre homossexuais, por conseguinte, eram negados todos os demais direitos decorrentes dessa relação, como a colocação do companheiro ou companheira como dependente para benefícios de plano de saúde, previdenciários, questões sucessórias etc.

A partir desta situação fática, a Procuradoria-Geral da República e o Governador do Estado do Rio de Janeiro ingressaram, cada um, com as Ações de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 178 e nº 132, respectivamente, no Supremo Tribunal Federal. As duas ações foram julgadas conjuntamente, sendo a primeira convertida na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 4.277.

Participaram como *amicus curiae*, Congresso Nacional, Conectas Direitos Humanos, Associação Brasileira de Gays, Lésbicas e Transgêneros – ABGLT, Associação de Incentivo à Educação e Saúde de São Paulo, Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM, Associação Eduardo Banks e Conferência Nacional dos Bispos do Brasil.

O Ministério Público Federal, na ADI nº. 4.277/DF, requereu que fosse declarado obrigatório o reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar

no Brasil, desde que atendidos os requisitos exigidos para a constituição da união estável entre homem e mulher e que os mesmos direitos se estendessem a ambos os companheiros na relação homoafetiva.

A Procuradoria-Geral da República adotou como premissa geral a constatação de que, embora existam desde há muito, as relações entre pessoas no mesmo sexo passaram a fazer parte da realidade social a partir do último século em contínuo crescente, tornando o seu reconhecimento perante a sociedade e o Direito necessário ante a luta de ativistas e movimentos sociais em prol da causa e a urgência de regulamentar essas relações.

Os fundamentos para que a união estável homossexual seja reconhecida no ordenamento jurídico pátrio deverão ser extraídos da própria Constituição, por meio da aplicação dos princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade, da vedação de discriminações odiosas, da liberdade e da proteção à segurança jurídica.

A provocação da Corte Suprema é justificada por não haver regulamentação infraconstitucional para o caso, cuja ausência impede o real gozo de direitos fundamentais por parte dessa minoria. Ademais, o Ministério Público ressaltou a imprescindível proteção das minorias diante da maioria legislativa.

Sem embargo, em um Estado Democrático de Direito, a efetivação de direitos fundamentais não pode ficar à mercê ou da inércia das maiorias legislativas, sobretudo quando se tratar de direitos pertencentes a minorias estigmatizadas pelo preconceito – como os homossexuais – que não devidamente protegidas nas instâncias políticas majoritárias. Afinal, uma das funções básicas do constitucionalismo é a proteção dos direitos das minorias diante do arbítrio ou do descaso das maiorias. (STF, Procurador-Geral da República, ADI nº. 4.277/DF).

Na ADPF nº. 132/DF, o Governador do Estado do Rio de Janeiro requereu que fosse dada interpretação conforme a Constituição ao art. 19, II e V e ao art. 33, I a X e parágrafo único, ambos do Decreto-lei nº. 220/1975 (Estatuto dos Servidores Cíveis do Estado do Rio de Janeiro)⁴⁸, com escopo de evitar a sua aplicação discriminatória em relação aos homossexuais, e que fosse declarado que as decisões judiciais do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de

⁴⁸ Art. 19 – Conceder-se-á licença: (...) II - por motivo de doença em pessoa da família, com vencimento e vantagens integrais nos primeiros 12 (doze) meses; e, com dois terços, por outros 12 (doze) meses, no máximo; (...) V - sem vencimento, para acompanhar o cônjuge eleito para o Congresso Nacional ou mandado servir em outras localidades se militar, servidor público ou com vínculo empregatício em empresa estadual ou particular; Art. 33 – O Poder Executivo disciplinará a previdência e a assistência ao funcionário e à sua família, compreendendo: I - salário-família; II - auxílio-doença; III - assistência médica, farmacêutica, dentária e hospitalar; IV - financiamento imobiliário; V - auxílio-moradia; VI - auxílio para a educação dos dependentes; VII - tratamento por acidente em serviço, doença profissional ou internação compulsória para tratamento psiquiátrico; VIII - auxílio-funeral, com base no vencimento, remuneração ou provento; IX - pensão em caso de morte por acidente em serviço ou doença profissional; X - plano de seguro compulsório para complementação de proventos e pensões. Parágrafo único – A família do funcionário constitui-se dos dependentes que, necessária e comprovadamente, vivam a suas expensas.

Janeiro, que negam a equiparação jurídica entre uniões hetero e homoafetivas, são atos públicos violadores de preceitos fundamentais.

De acordo com a Petição do Governador do Rio de Janeiro, os preceitos fundamentais violados em decorrência da interpretação discriminatória são o direito à igualdade, o direito à liberdade, a autonomia da vontade, a dignidade da pessoa humana e o princípio da segurança jurídica.

A Conectas Direitos Humanos juntou petição, na qualidade de *amicus curiae*, nas duas Ações, na ADI nº. 4.277/DF e na ADPF nº. 132/DF. Em ambas, não apresentou razões sozinho, atuando junto com outras organizações sociais de proteção dos direitos humanos, a saber, Escritório de Direitos Humanos do Estado de Minas Gerais – EDH, Grupo Gay da Bahia – GGB, Associação Brasileira de Gays, Lésbicas, Bissexuais, Travestis e Transexuais – ABGLT e Cidadania, Orgulho, Respeito, Solidariedade e Amor – CORSA.

Na ADPF/DF nº. 132, a Conectas sustenta que a discriminação e, conseqüente, lesão a direitos dos casais homossexuais não está na lei, mas sim na interpretação que os tribunais e órgãos da Administração Pública conferem a ela, uma vez que “[...] a Constituição não permite qualquer tipo de discriminação e, portanto, supressão do gozo de direitos, que tome por critério a orientação sexual dos indivíduos”. (STF, Petição Conectas Direitos Humanos, ADPF nº. 132/DF).

Os principais fundamentos da tese defendida são apontados na própria Constituição Federal de 1988, sobretudo o valor do pluralismo, consubstanciado no direito fundamental à diferença. Assim, conforme assevera a organização, não há argumento jurídico-constitucional razoável para justificar a discriminação entre as relações homoafetivas e as relações heterossexuais.

De outra parte, a ausência de reconhecimento das uniões homossexuais e a prática jurídica discriminatória contribuem sobremaneira com as violências cotidianamente sofridas por gays, lésbicas, bissexuais, travestis e transexuais, o que os inscrevem em situação de permanente vulnerabilidade no cenário nacional e internacional.

Dados do Ministério da Justiça e do Grupo Gay da Bahia, trazidos ao processo pela Conectas Direitos Humanos, mostram os números dessas agressões, que vão desde ameaças e ofensas verbais a informações alarmantes de homicídios cometidos em virtude da orientação sexual da vítima.

Internacionalmente, o reconhecimento de direitos a essa minoria também vem caminhando a passos curtos, mas tem ganhado destaque o papel do constitucionalismo e dos

Tribunais Constitucionais na busca pela redução da discriminação e efetividade de direitos fundamentais, ao menos no plano judicial.

De acordo com a Conectas Direitos Humanos, o Tribunal Constitucional da África do Sul foi fundamental no reconhecimento do matrimônio entre pessoas do mesmo sexo, em dezembro de 2005, dando prazo de um ano para que o Parlamento local modificasse a legislação vigente. O principal fundamento desta decisão adveio do fato de que a Constituição da África do Sul, tal como a Constituição Brasileira de 1988, veda a discriminação por orientação sexual.

Na ADI nº. 4.277/DF, a Conectas iniciou abordando as violações de direitos humanos no Brasil em virtude da discriminação por orientação sexual. Destacou os números da homofobia segundo a Fundação Perseu Abramo, em 2009, com a pesquisa “Diversidade Sexual e Homofobia no Brasil: intolerância e respeito às diferenças sexuais”, a Pesquisa “Preconceito e Discriminação no Ambiente Escolar, realizada pela Fundação Instituto de Pesquisas Econômicas” e, mais uma vez, os dados do Ministério da Justiça.

Ressaltou os valores da liberdade, da igualdade e do pluralismo, asseverando que o reconhecimento judicial da união homoafetiva é imperioso como forma de evitar outras violações a direitos fundamentais.

Como novidade, apresentou ao Supremo Tribunal Federal, os “Princípios de Yogyakarta sobre a Aplicação do Direito Internacional dos Direitos Humanos em Relação à Orientação Sexual e à Identidade de Gênero”. Esses princípios não constituem, em si, tratado internacional. Consistem em documento formulado por acadêmicos e entidades protetoras dos direitos humanos.

De acordo com a Conectas, não existe documento internacional específico sobre os direitos dos gays, lésbicas, bissexuais, travestis e transexuais, mas a vedação da legislação e prática discriminatória pode ser subsumida dos principais instrumentos internacionais normativos dos direitos humanos, como a Declaração Universal dos Direitos Humanos, o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, assim como série de comentários gerais e recomendações dos Conselhos da ONU.

Semelhantemente ao caso africano apresentado na ADPF n.º. 132/DF, na ADI nº. 4.277/DF, a Conectas Direitos Humanos trouxe ao Supremo Tribunal Federal mais um caso internacional de atuação fundamental do Tribunal Constitucional para o reconhecimento das uniões homoafetivas. Desta vez foi a Suprema Corte da Colômbia, que julgou duas ações

promovidas por diversas entidades da sociedade civil, dentre as quais, a Conectas Direitos Humanos também participou, na condição de *amicus curiae*.

A Corte entendeu que a negação desses direitos decorria de uma discriminação motivada pela orientação sexual e, portanto, implicava numa discriminação em razão da livre opção de vida de cada um, prejudicando o princípio da dignidade. A decisão se baseou no princípio da igualdade e na obrigação do Estado de garantir o livre desenvolvimento da personalidade dos colombianos. (STF, Petição Conectas Direitos Humanos, ADI nº. 4.277/DF).

A partir da linha argumentativa trilhada pelas organizações da sociedade civil, depreende-se que o ordenamento jurídico pátrio não conseguiu acompanhar a dinâmica das interações socioculturais da sociedade e, em decorrência disso, necessitou ser adequado.

No Estado Democrático de Direito, como é o caso do Brasil, as relações políticas, sociais, individuais e institucionais ganham regulação através de todo o arcabouço legal, cuja estrutura de legitimação encontra guarida na clássica distinção de atribuições entre os três Poderes. Já que cabe ao Judiciário aplicar as leis e ao Executivo executá-las, seria precípua função do Legislativo editá-las e revisá-las, de acordo com o princípio democrático representativo.

Ocorre que, não de agora, vislumbra-se o Congresso Nacional brasileiro de formação conservadora. O fato é que, a minoria LGBTTT tem sofrido seguidas “derrotas” no Poder Legislativo nacional, tendo em vista série de questões. Estas não serão comentadas aqui, pois não constituem objeto deste trabalho.

Ante a inércia do legislador pátrio, o Supremo Tribunal Federal foi chamado a atuar de forma elástica, positiva e de encontro à disposição literal da própria Constituição Federal de 1988. A preocupação com a legitimidade da decisão da Corte Constitucional brasileira, advinda a partir deste julgamento, foi a tônica dos votos de alguns Ministros, como Ricardo Lewandowski, Joaquim Barbosa, Gilmar Mendes e Cézár Peluso.

Todavia, é importante destacar que, no julgamento da ADI nº. 4.277/DF, o Supremo Tribunal Federal solicitou informações à Câmara dos Deputados e ao Senado Federal, consultando, desta forma, o Poder Legislativo sobre o objeto da ação. A Câmara dos Deputados, em resposta ao Ofício, informou não ter nada a declarar. Já o Senado Federal, demonstrando ter conhecimento da situação social apresentada e da discriminação administrativa e judicial perpetrada contra casais homossexuais, em virtude de interpretação restritiva da lei e ausência de regulação específica sobre a matéria, afirmou ser contra a resolução da questão por simples atividade hermenêutica do Pretório Excelso.

Assim, a normatização da situação jurídica no que diz respeito às uniões homoafetivas deve ficar a cargo do legislador que, a seu tempo, se manifestará a respeito do reconhecimento desses relacionamentos como entidade própria, distinta das nominadas na Constituição Federal de 1988 e no Código Civil de 2002.

Em conclusão, não há inconstitucionalidade no art. 1723 do Código Civil ao estabelecer como entidade familiar a união estável entre homem e mulher, conceito recolhido do § 3º do art. 223 da própria Constituição que, quando se trata de dispositivos originais, não derivados, não pode legislar contra si mesmo para ofender princípios constitucionais amplos, devendo a união homoafetiva, enquanto não dispuser o legislador a fixá-la como entidade própria, distinta da familiar, ainda que objeto de igual proteção do Estado, continuar recebendo tratamento analógico aplicável a cada caso concreto, até onde exista identidade de matéria, com a união estável homossexual. (STF, Parecer Senado Federal, ADI nº. 4.277/DF).

Mesmo diante do teor do Parecer emitido pelo Senado, o Supremo Tribunal Federal julgou a Ação procedente, por unanimidade, para dar interpretação conforme a Constituição ao art. 1.723 do Código Civil, excluindo qualquer significado impeditivo do reconhecimento da união estável entre casais do mesmo sexo como entidade familiar e todos os efeitos jurídicos daí decorrentes.

Os principais fundamentos utilizados pela Suprema Corte, constante no Ementário do julgamento, foram a proibição de discriminação das pessoas em razão do sexo, tratando as relações homossexuais como relações de gênero; o constitucionalismo fraternal como fator proibitivo do preconceito; o valor do pluralismo e liberdades fundamentais como cláusulas pétreas e a interpretação do conceito de família como categoria sócio-cultural.

Dessa forma, ao se construir a fundamentação que justifique a fuga interpretativa da literalidade do texto constitucional (“entre o homem e a mulher”), a decisão da Corte demonstra o apego do julgador aos valores como orientadores da aplicação sistemática dos principais princípios trazidos pela Carta Magna de 1988, como a dignidade da pessoa humana, a igualdade, o pluralismo e a não-discriminação.

Buscando estabelecer a legitimidade da atuação da Corte no caso em comento, o Ministro Gilmar Mendes salientou que, “[...] se o sistema, de alguma forma, falha na composição desta proposta e se o Judiciário é chamado, de alguma forma, a substituir ao próprio sistema político, óbvio que a resposta só poderá ser esta de caráter positivo”. Ou seja, uma vez que todo o procedimento democrático regular falha, o Judiciário, sendo chamado a se manifestar, deverá fazê-lo de forma positiva, notadamente, quando se tratar da fruição de direitos fundamentais pelo cidadão.

O Relator, Ministro Ayres Brito, classificou seu voto como “homenagem ao pluralismo como valor sócio-político-cultural”, salientando como premissa o afeto como valor

necessário contido no conceito e conteúdo das relações chamadas homoafetivas e da apreensão do significado do que vem a ser família no texto constitucional.

Daqui se destaca a nítida compreensão de que a família é, por natureza ou no plano dos fatos, vocacionalmente amorosa, parental e protetora dos respectivos membros, constituindo-se, no espaço ideal das mais duradouras, afetivas, solidárias ou espiritualizadas relações humanas de índole privada. O que a credencia como base da sociedade, pois também a sociedade se deseja assim estável, afetiva, solidária e espiritualmente estruturada. (STF, Relator Ministro Ayres Britto, ADI nº. 4.277/DF).

No voto, proferido e acompanhado pelos seus pares, o Relator considerou que a Constituição permite a liberdade de orientação sexual, na medida em que não proíbe tal conduta e utiliza o binômio homem/mulher apenas apoiado em critérios biológicos definidos pela genitália e não da expressão da sexualidade.

O conceito de família abordado pela Constituição Federal de 1988 possui sentido coloquial, ligado à comunidade/núcleo afetivo, e não técnico-jurídico, o que confere a possibilidade de interpretações outras que vão além da mera literalidade do texto. Para o Ministro Joaquim Barbosa, a fundamentação da decisão colegiada deve guiar-se por uma “pallette axiológica” erigida pelo Constituinte de 1988, cujo principal valor é a igualdade.

O Ministro Luiz Fux abordou a homossexualidade como fato da vida, citando a manifestação e dados apresentados pelos *amici curiae*. Ressaltou que o homossexual não escolhe ser diferente, sendo incorreto, portanto, falar em opção sexual, devendo-se dizer orientação sexual. Para o referido Ministro, na fundamentação do seu voto, a homossexualidade não é ideologia ou crença, sendo parte da vida do indivíduo que tem dignidade e direito de autodeterminar sua sexualidade. Assim, não há nenhuma inconstitucionalidade ou ilegalidade nas relações homoafetivas. Ao contrário, seu reconhecimento é imperioso ante o regramento constitucional dos direitos fundamentais.

No mesmo sentido, a Ministra Carmem Lúcia asseverou que a interpretação correta da constituição é aquela que homenageia a consagração das liberdades fundamentais e autonomia do indivíduo. O princípio constitucional do pluralismo deve ser entendido, então, para além do plano político, interpretado juntamente com todas as normas presentes no corpo da Constituição.

O Ministro Ricardo Lewandowski, em seu voto-decisão, desenvolveu o conceito jurídico-constitucional de família, abrindo a divergência argumentativa para dizer que não há como equiparar a relação entre pessoas do mesmo sexo, seja como casamento seja como união estável, às uniões estáveis ou entidades familiares compostas por casais heterossexuais.

Para fundamentar essa assertiva, o Ministro recorreu à vontade do legislador, analisando os anais da Assembleia Constituinte de 1988, em que demonstrou estar registrado, expressamente, a não configuração da possibilidade constitucional de união estável entre pessoas do mesmo sexo. Ressaltou, ainda, que, assim como os principais princípios sustentados para permitir a equiparação pleiteada, a separação de poderes também constitui cláusula pétrea constitucional.

Em outras palavras, embora os juízes possam e devam valer-se das mais variadas técnicas hermenêuticas para extrair da lei o sentido que melhor se aproxime da vontade original do legislador, combinando-a com o *Zeitgeist* vigente à época da subsunção desta aos fatos, a interpretação jurídica não pode desbordar dos lindes objetivamente delineados nos parâmetros normativos, porquanto, como ensinavam os antigos, *in claris cessat interpretatio*. (STF, Min. Ricardo Lewandowski, ADI nº. 4.277/DF).

No entanto, em verdadeiro giro argumentativo, o Ministro Ricardo Lewandowski aponta para a possibilidade do reconhecimento não da união estável homossexual, mas da união homossexual estável, por meio de interpretação analógica, julgando, ao fim, procedente a ação.

O voto do Ministro Gilmar Mendes, por sua vez, ilustra a preocupação da Corte Constitucional com os limites da interpretação conforme a Constituição. Na fundamentação faz referência às sustentações dos *amici curiae*. Buscou apresentar a justificativa política e social da decisão, aduzindo que o reconhecimento da união homoafetiva pelo Supremo Tribunal Federal assume a feição de afirmação de direitos das minorias.

Para o Ministro Gilmar Mendes (2012), a interpretação conforme a Constituição no caso concreto é possível a partir do pensamento do possível, ancorado nas teses de Zagrebelsky (1999) e Häberle (1980). Segundo esse posicionamento, a aplicação atual e correta/adequada da Constituição, em sociedades cada vez mais plurais, só pode ser levada a efeito tendo em vista todo o leque de possibilidades da aplicação da lei fundamental.

Seguindo na fundamentação constante do inteiro teor do acórdão da ADI/DF nº. 4.277, o Ministro Marco Aurélio destacou os números da homofobia e o preconceito histórico contra os homossexuais no País. De acordo com o Ministro, as mudanças do Direito de Família, a partir do marco regulamentar da Constituição Federal de 1988, bem como o fenômeno da constitucionalização do Direito Civil, amparam legitimamente a decisão em favor do reconhecimento da união estável entre casais do mesmo sexo.

O Ministro Marco Aurélio também afirmou o caráter “tipicamente” contramajoritário dos direitos fundamentais⁴⁹, destacando a atuação do Supremo Tribunal Federal em resguardar os direitos das minorias, conferindo-lhes efetividade, em virtude de ser o guardião da Constituição.

O Ministro Celso de Melo, mais uma vez, apontou para a importância da participação da sociedade civil e das próprias minorias como fator de legitimação da decisão proferida pela Corte Constitucional, uma vez que, de acordo com o Ministro, esses grupos minoritários forneceram alternativas à interpretação do direito fundamental objeto do processo abstrato de constitucionalidade⁵⁰.

O referido Ministro é categórico ao afirmar, amparado na manifestação do *amicus curiae* Grupo Arco-Íris de Conscientização Sexual, que a proteção das minorias é dever do Supremo Tribunal Federal. Também firmou entendimento favorável à procedência da ação, fundamentando o seu voto nos princípios fundamentais da dignidade da pessoa humana, da liberdade, da autodeterminação, da igualdade, do pluralismo, da intimidade e da busca da felicidade.

Tal qual o Relator, o Ministro Celso de Melo abordou o afeto como valor jurídico e o direito à felicidade como princípio implícito da Constituição de 1988. Ele foi o único dos Ministros da Corte a citar os Princípios de Yogyakarta, notadamente, o direito de constituir família, independentemente de orientação sexual ou identidade de gênero.

Os Princípios de Yogyakarta, apresentados à Suprema Corte pela Conectas Direitos Humanos na petição de *amicus curiae*, estão consubstanciados em Carta formulada pela Coordenação da Comissão Internacional de Juristas e do Serviço Internacional de Direitos Humanos, na Indonésia, em 2006.

Ao final, o Ministro Celso de Melo enfrentou a questão do papel do Supremo Tribunal Federal e sua atuação positiva frente às omissões legislativas no que diz respeito à tutela e à efetividade de direitos e garantias fundamentais de minorias e/ou grupos vulneráveis. De

⁴⁹ “De nada serviria a positivação de direitos na Constituição, se eles fossem lidos em conformidade com a opinião pública dominante. ao assentar a prevalência de direitos, mesmo contra a visão da maioria, o Supremo afirma o papel crucial de guardião da Carta da República, como o fez no julgamento do Recurso Extraordinário nº. 633.703, relatado pelo Ministro Gilmar Mendes, quando declarou a inconstitucionalidade da aplicação da “Lei da Ficha Limpa” às eleições de 2010, por desarmonia como o disposto no artigo 16 da Carta Federal. (STF, Ministro Marco Aurélio, ADI nº. 4.277/DF).

⁵⁰ “É, portanto, nesse papel de intermediário entre as diferentes forças que se antagonizam na presente causa que o Supremo tribunal Federal atua neste julgamento, considerando, de um lado, a transcendência da questão constitucional suscitada neste processo (bem assim os valores essenciais e relevantes ora em exame), e tendo em vista, de outro, o sentido legitimador da intervenção de representantes da sociedade civil, a quem ensajou, com especial destaque para grupos minoritários, a possibilidade de, eles próprios, oferecerem alternativas para a interpretação constitucional no que se refere aos pontos em torno dos quais se instaurou a controvérsia jurídica”. (STF, Ministro Celso de Melo, ADI nº. 4.277/DF).

acordo com o Ministro, a autoridade da Constituição, diante de lacunas, autoriza o protagonismo da Corte Constitucional. Assim, não há que se falar em ativismo judicial.

Não se alegue, finalmente, no caso ora em exame, a ocorrência de eventual ativismo judicial exercido pelo Supremo Tribunal Federal, especialmente porque, dentre as inúmeras causas que justificam esse comportamento afirmativo do Poder Judiciário, de que resulta uma positiva criação jurisprudencial do direito, inclui-se a necessidade de fazer prevalecer a primazia da Constituição da República, muitas vezes transgredida e desrespeitada, como na espécie, por pura e simples omissão dos poderes públicos. (STF, Ministro Celso de Melo, ADI nº. 4.277/DF).

A ADI nº. 4.277/DF é, sem dúvida, um dos processos constitucionais, em sede de controle abstrato de constitucionalidade, mais emblemáticos ocorridos no Supremo Tribunal Federal, seja pela reconhecida atuação contrária ao Legislador e protetora de determinada minoria, seja pela particular participação das organizações civis.

A Conectas Direitos Humanos, assim como outras entidades que solicitaram ingresso no feito para apresentar argumentos em favor dos requerimentos realizados pelo Procurador-Geral da República e pelo Governador do Estado do Rio de Janeiro, pediu claramente que o julgador constitucional, em clara função positiva, atuasse diante da mora do Poder Legislativo nacional em regular a matéria.

O mesmo ocorreu na ADI nº. 3.510/DF e na ADPF nº. 54/DF, em que a Conectas Direitos Humanos e as entidades que com ela assinaram o petição do *amicus curiae* tiveram seus principais argumentos referendados na motivação dos votos de cada Ministro que julgou a ação procedente quanto ao pedido de reconhecimento jurídico às uniões estáveis homoafetivas.

Na tentativa de justificar a decisão que dispunha, inicialmente, contra dispositivo de quase reprodução literal da Constituição Federal de 1988 e indo de encontro a Parecer do próprio Senado Federal anexado aos autos do processo, a Corte Constitucional brasileira amparou-se na participação da sociedade civil como fato legitimador da sua atividade pró-ativa em conferir direitos, antes inexistentes, para determinada parcela da população. Nas três ações estudadas, a Corte autoafirmou-se como guardiã máxima da Constituição e protetora institucional das minorias marginalizadas e oprimidas pela representação majoritária, conservadora, morosa e sexista presente no Congresso Nacional.

Da análise dos três casos examinados, emerge série de questionamentos e reflexões pontuais que permitem perceber quais as implicações que a participação das organizações não-governamentais de direitos humanos geram no processo constitucional de construção hermenêutica de direitos e garantias fundamentais.

Tendo em vista que, em todas as ações, os argumentos apresentados pela Conectas Direitos Humanos foram encampados pelos julgadores, embora não citassem a organização diretamente, destacam-se, nos feitos, o fortalecimento da democracia participativa; a influência que o paradigma da linguagem e as novas teorias hermenêuticas e da argumentação têm exercido na técnica da decisão jurídica e a formação, ainda embrionária, da noção de sociedade aberta para proteção de direitos humanos, no âmbito do processo constitucional local e na ordem internacional. A seguir, esses três pontos serão analisados um a um, respectivamente.

3.2 Fortalecimento da democracia participativa a partir da representação das minorias no processo constitucional

A crescente participação das organizações não-governamentais de direitos humanos e também de outros setores organizados da sociedade civil no Supremo Tribunal Federal tem como primeira implicação o fortalecimento da democracia participativa, no âmbito do Estado Democrático de Direito, reforçado no Brasil com a Constituição Federal de 1988. Outrossim, não é possível compreender essa afirmação sem antes entender como a democracia direta e a democracia representativa não responderam, satisfatoriamente, aos problemas políticos da modernidade.

A democracia é objeto de longas e intensas discussões na história das ideias políticas, passando por diferentes espécies de abordagem e diversos estágios de desenvolvimento político e social. Bobbio (2000) traça o perfil da democracia moderna comparando-a à dos antigos, trazendo importante contributo para a compreensão da ordem democrática atual, permitindo-se, inclusive, traçar prospecções futuras.

Conforme explica o autor, democracia para os antigos é a democracia direta. Sua ideia está associada às praças e assembleias onde os próprios cidadãos eram chamados a tomar as decisões políticas. Nem sempre os conceitos de democracia e eleição se encontraram interligados. Segundo Bobbio (2000, p. 373), para os antigos, a democracia não poderia ser reduzida ao processo eleitoral, sendo que este também poderia ocorrer na monarquia e aristocracia.

Mas a eleição era considerada uma necessária e útil correção do poder direto do povo, não como ocorre hoje nas democracias modernas, para as quais a eleição

constitui uma verdadeira alternativa em relação à participação direta, salvo pela introdução, em casos específicos expressamente declarados, do referendo popular. (BOBBIO, 2000, p. 374).

A primeira diferença entre a democracia moderna e a antiga diz respeito à alteração das condições históricas (substituição da Cidade-Estado para os grandes Estados Territoriais); já a segunda, relaciona-se à mudança da concepção moral e política de mundo, que passou de orgânica à liberal-individualista.

A Cidade-Estado era de tamanho e complexidade em muito inferior aos grandes Estados Territoriais que se seguiram à Era Moderna, o que facilitava a organização e deliberações políticas por uma assembleia de cidadãos entendidos não como indivíduos, mas como corpo político (povo).

A partir da formação e expansão dos Estados Modernos, tornou-se cada vez mais difícil transplantar para a modernidade a democracia na sua forma direta, por meio da assembleia de cidadãos e do *referendum*. Já não havia como reunir todos os cidadãos da nova composição política a decidirem, sempre que fosse necessário deliberar sobre a destinação do público e a promulgação de leis. A saída encontrada pelos modernos – e com a primeira experiência bem sucedida nos Estados Unidos da América, a partir da Constituição Americana de 1787 – foi a democracia representativa⁵¹.

A democracia moderna nasceu sobre a égide de consagração das liberdades, como forma de imprimir-lhes garantias, marcando a nova concepção moral de mundo, que não mais reconhecia o povo como titular de soberania, mas o indivíduo. Aqui, a diferença entre democracia e aristocracia não se sustenta mais somente sob o argumento de que a primeira é composta por muitos e a segunda por poucos; na verdade, muitos ou poucos, são os indivíduos e não mais o corpo político soberano que são chamados a decidirem.

Se ainda desejarmos falar, em relação à democracia moderna, fundada no princípio de poder ascendente, de soberania, entendida como poder originário, princípio, fonte, medida de toda forma de poder, a soberania não é do povo, mas de cada um dos indivíduos, enquanto cidadãos. (...) Na democracia moderna, o soberano não é o povo, mas são todos os cidadãos. O povo é uma abstração, cômoda, mas também, como já dissemos, falaciosa; os indivíduos, com seus defeitos e seus interesses, são uma realidade.” (BOBBIO, 2010, p. 379-380).

Para Bobbio (2000, p. 378), “(...) o juízo positivo sobre a democracia dos modernos depende essencialmente do reconhecimento desses direitos do homem”. O autor se refere à

⁵¹ De acordo com Sorto (1996), na análise das principais teses de “O Federalista”, é possível verificar a ideia de democracia representativa sublinhada no conceito de república. “No décimo quarto artigo, ele afirma que em uma democracia o povo constitui e exerce pessoalmente o governo (democracia direta); na república, o povo se reúne e administra mediante os seus representantes (democracia representativa). Note-se que a solução encontrada por Madison para superar a tese de Montesquieu, que condena a república a um território pequeno, é a democracia representativa (ou república, como afirma Madison)”. (SORTO, 1996, p. 149).

mudança na concepção filosófica a respeito do ser humano e dos direitos civis e políticos reconhecidos como fundamentais à sua dignidade. Para os antigos, segundo paradigma aristotélico, o homem é considerado em si um animal político. Para os modernos, esta concepção já repousa em um ideal de fraternidade que considera todos os seres humanos como irmãos e iguais, detentores dos mesmos direitos inatos.

A distinção não é tanto entre ser um animal político e seres humanos com os mesmos direitos, mas entre ser membro “orgânico” de um corpo social que é maior do que as suas partes, e ser um indivíduo com direitos naturais que, através do contrato, se junta a outros indivíduos que não deixam de ser considerados singularmente, embora juntos componham a sociedade política.

Porém, é preciso fazer uma distinção entre dois tipos de individualismo: a concepção individualista, tratada por Bobbio (2000, p. 381), corresponde ao individualismo da tradição democrática, que é diferente do individualismo de tradição liberal-libertária. Aquela considera a sociedade como uma associação de indivíduos livres capazes de tomar por si só, ou por seus representantes, decisões coletivas; esta desvincula o indivíduo do seu papel social, tornando-o protagonista absoluto na ordem econômico-social.

Baseado nesta importante premissa filosófica, Bobbio (2009, p. 30) define democracia como “[...] caracterizada por um conjunto de regras (primárias ou fundamentais) que estabelecem quem está autorizado a tomar as decisões coletivas e com quais procedimentos”. As condições a serem observadas para uma definição mínima de democracia consistem em ter em conta que a decisão tomada por indivíduos, para se tornar coletiva, precisa ser feita com base em regras.

A regra fundamental da democracia, tendo em vista as modalidades de decisão, é a regra da maioria, e “[...] é preciso que aqueles que são chamados a decidir ou a eleger os que deverão decidir sejam colocados diante de alternativas reais e postos em condição de poder escolher entre uma e outra”. (BOBBIO, 2009, p. 32).

Essa última condição tornou-se possível mediante a consagração dos chamados direitos de liberdade. Para Bobbio (2009, p. 32), “as normas constitucionais que atribuem estes direitos não são exatamente regras do jogo: são regras preliminares que permitem o desenrolar do jogo”. Ele aponta a relação intrínseca que existe entre o Estado Liberal e o Estado Democrático. Não é possível democracia sem a garantia do livre exercício das liberdades individuais, assim como, para o autor, as liberdades fundamentais encontram sua plena realização no Estado democrático.

Contudo, a democracia representativa moderna, nascida a partir da concepção liberal-individualista do homem, não logrou cumprir suas promessas, das quais Bobbio (2009) elenca seis, que permitem distinguir a democracia ideal, aquela que buscava se realizar, da democracia real, a que, efetivamente, se cumpriu.

A primeira diz respeito à idealização de um corpo político coeso composto por cidadãos livres. Ao contrário do que estimava o ideal liberal-democrático, ao contrário de indivíduos soberanos, “são os grupos os protagonistas da vida política numa sociedade democrática”. (BOBBIO, 2009, p. 35).

Não há mais o povo como uma unidade ideal ou indivíduos-cidadãos convocados a exercer a chamada soberania popular, mas diversos grupos que se contrapõem e concorrem mutuamente. Não há apenas um centro de poder (o povo soberano), mas muitos. Por isso, a sociedade real dos governos democráticos não é monista, mas pluralista.

A segunda promessa não cumprida corresponde à vedação de mandados imperativos e a representação dos interesses. O representante, uma vez eleito, não deveria exercer um mandato vinculado aos interesses daqueles que o elegeram, mas vinculado aos interesses gerais referendados na sociedade política. Não é o que ocorre na democracia “real” em que os mandatos encontram-se, senão vinculados a interesses de grupos sociais, a interesses dos partidos políticos.

A persistência das oligarquias é a terceira promessa não cumprida do ideal democrático. A quarta promessa corresponde à limitação do espaço democrático ao ambiente da política. Para Bobbio (2009, p. 40), “a democracia moderna nasceu como método de legitimação e de controle das decisões políticas em sentido estrito [...], no qual o indivíduo é considerado em seu papel geral de cidadão”. Ela não é capaz de ocupar todos os espaços “nos quais se exerce um poder que toma decisões vinculatórias para um inteiro grupo social”. Contudo, o que ocorreu foi a formação de novos espaços democráticos que marcam a passagem da democracia política para a democracia social. O espaço democrático não ficou apenas adstrito ao espaço político em sentido estrito, mas ganhou outras esferas de participação do ser humano na sua convivência em sociedade.

O poder invisível está relacionado à quinta promessa frustrada, a promessa da publicização dos atos de governo e de poder. A democracia moderna real não eliminou o poder invisível. O poder invisível está relacionado à ideia de poder paralelo ao Estado, subjacente. Sua principal encruzilhada resume-se do seguinte questionamento: se o poder é invisível, como controlá-lo? A sexta e última promessa não cumprida corresponde à

frustração do projeto de uma educação para a cidadania que pudesse permitir a escolha dos representantes e os votos conscientes dos cidadãos.

Para Bobbio (2009), a maioria destas promessas não poderia ser cumprida, pois a democracia dos modernos fora idealizada para uma sociedade muito menos complexa do que a atual. Continuando sua análise, o autor informa a ocorrência de três obstáculos (transformações na sociedade civil) que impediram a execução do “plano” inicial: 1) Tecnocracia, oportunizada pelas transformações econômicas; 2) Crescimento do aparato burocrático de cima para baixo, em movimento contrário ao proposto pelo ideal democrático; 3) Baixo rendimento do regime democrático, pois o sistema político do Estado não consegue dar conta da quantidade e rapidez das demandas surgidas no seio da sociedade civil.

No entanto, as promessas não cumpridas e os obstáculos citados não foram capazes de transformar Estados democráticos em Estados autocráticos, e estes ainda não podem ser confundidos com os Estados totalitários. Isso demonstra que a democracia, embora não tendo cumprido todas as suas promessas, continua, atualmente, com a conotação positiva dada pelos modernos. As regras do jogo democrático são justamente o produto de grandes ideais, construídos ao longo da história, que solidificaram as bases da ordem democrática.

Esses valores, dentre os quais Bobbio (2009, p. 51-52) lista a tolerância, a não violência, a transformação da sociedade pela liberdade de opinião e o ideal de fraternidade, transformam a democracia em muito mais do que um simples conjunto de procedimentos para o exercício do poder político, mas possibilitam vislumbrar um futuro para ela.

Entre os temas levantados por Bobbio, focalizar-se-á sobre a relação entre democracia representativa e direta: o futuro da democracia poderia ser um possível retorno à democracia direta? Para Bobbio (2009), nem toda crítica à democracia representativa leva à democracia direta. Por isso, precisamos, com Bobbio, definir melhor os dois conceitos.

Dois temas de intenso debate a respeito da representação política versam sobre os poderes do representante e o conteúdo da representação. Há duas espécies de representantes, o representante delegado – representação dos interesses particulares – e o representante fiduciário – representação dos interesses gerais.

Na representação política moderna, o representante caracteriza-se como um fiduciário, em virtude da proibição do mandato imperativo. Assim, nas democracias representativas, os representantes não são eleitos para representarem os interesses daqueles que os elegeram, não podendo seu mandato ser revogado por estes. Surgem, a partir daí, os chamados políticos de profissão, que não vivem somente “para” a política, mas “da” própria política: nasce, assim,

uma “classe política” perigosamente próxima das “elites” políticas de que falavam Mosca (1992), Pareto (1999) e Michels (1989).

O tema da relação entre democracia representativa e direta se torna, assim, o tema da relação entre classe política e soberania popular. Como garantir o exercício da soberania popular na presença de uma classe de políticos profissionais que dominam a política? Para superar esta questão, Bobbio (2009) propõe a introdução na democracia representativa de instrumentos de democracia participativa ou direta.

A questão da representação dos interesses, ou representação orgânica, coloca em cheque a legitimidade da própria democracia representativa. Com isso, fala-se, inclusive, na previsão de representante com mandatos revogáveis, que Bobbio (2009) situa entre a democracia representativa e a direta.

A democracia representativa e a democracia direta não são dois sistemas alternativos (no sentido de que onde existe uma não pode existir a outra), mas são dois sistemas que se podem integrar reciprocamente. Com uma fórmula sintética, pode-se dizer que num sistema de democracia integral as duas formas de democracia são ambas necessárias, mas não são, consideradas em si mesmas, suficientes. (BOBBIO, 2009, p. 65).

Outro aspecto importante que Bobbio sublinha é que o processo de democratização atual caminha para a democratização não apenas dos espaços políticos, mas também dos espaços sociais, ainda tendo como paradigma as duas formas clássicas de democracia (representativa e direta). No entanto, segundo Bobbio (2009), a grande empresa e a administração pública ainda não foram tocadas pelo processo de democratização.

O Autor reconhece que a democracia social tem revelado outros centros de poder além do Estado, envolvendo no problema da democracia o problema do pluralismo. É importante destacar que os conceitos de democracia e de pluralismo não se confundem. Nem toda sociedade democrática é pluralista (democracia dos antigos), nem toda sociedade pluralista é democrática (sociedade feudal).

Para Bobbio (2009, p. 71), “antes de ser uma teoria, o pluralismo é uma situação objetiva, na qual estamos imersos”. Com isso, ele afirma que a democracia de um Estado moderno nada mais pode ser que uma democracia pluralista.

O pluralismo permite explicar a liceidade do dissenso na democracia moderna. Característica que a distingue da democracia dos antigos.

A liberdade de dissentir necessita de uma sociedade pluralista, uma sociedade pluralista permite uma maior distribuição do poder, uma maior distribuição do poder abre as portas para a democratização da sociedade civil e finalmente a democratização da sociedade civil alarga e integra a democracia política. (BOBBIO, 2009 p. 76).

Tendo em vista que os instrumentos da democracia direta não podem, por si só, funcionar no Estado Moderno, e a democracia representativa, forma clássica deste, já não encontra fundamento de legitimidade no corpo de atores políticos, verifica-se uma tendência em cumular a representação com formas de atuação direta do indivíduo-cidadão na política. Isto vem a se chamar democracia participativa.

A democracia perdura como a forma de governo que garante o exercício das liberdades do indivíduo e, por conseguinte, dos principais direitos que compõe o conteúdo do princípio da dignidade da pessoa humana. Pensar em formas de reaproximar o cidadão do poder permite reintegrá-lo ao corpo político de tomada de decisões, retomando seu papel de soberano, e resgatar a legitimidade há muito abalada por um sistema de representação de interesses, manutenção de oligarquias e omissões do Estado.

Nesse sentido, aponta Popper (1998, p. 133) ser a democracia “o único instrumento conhecido por meio do qual podemos tentar protegernos contra o mau uso do poder político, é o controle dos governantes pelos governados”. Corresponde também ao controle do poder econômico pelos governados. “Sem controle democrático, não há qualquer razão terrena para que qualquer governo não use seu poder político e econômico para fins muito diferentes da proteção à liberdade de seus cidadãos”. (POPPER, 1998, p. 134)

Essa necessidade de cada vez mais controlar o Estado, para que ele não exorbite do seu mandato delegado pelo instituto da representação, encontra apoio no exercício democrático de participação dos cidadãos nas tomadas de decisão das instituições públicas, de forma a restaurar a soberania popular através de meios que possam ser operacionalizados na contemporaneidade.

Bobbio (2009) mostra, assim, que a democracia, para continuar viva, precisa associar a representação (indireta) com a participação (direta) dos cidadãos. Nessa esteira, verifica-se que o controle de constitucionalidade abstrato de normas, uma vez aberto à participação e aos argumentos das organizações não-governamentais de direitos humanos, entendendo o processo constitucional como processo público, contribui para o fortalecimento da democracia participativa no Brasil.

A análise de Bobbio (2009) sobre as transformações sofridas pela ordem democrática nos últimos tempos coaduna-se, perfeitamente, com os estudos hodiernos sobre judicialização da política e protagonismo judicial no que diz respeito à busca pela efetividade de direitos fundamentais.

Nas ações estudadas, ADI nº. 3.510/DF, ADPF nº. 54/DF e ADI nº. 4.277/DF, ficou claro, pelos requerimentos iniciais, nas petições dos *amici curiae*, e nos votos dos Ministros, que o Supremo Tribunal Federal foi chamado a agir diante da inércia e entraves político-ideológicos no Congresso Nacional, Casa esta que é apresentada como de legítima representação do povo soberano que, por meio do voto, elegeu seus representantes.

No Brasil, são constatadas as promessas não cumpridas pela democracia representativa, principalmente no que tange à representação dos interesses, persistência das oligarquias e a existência do pluralismo social ao invés de um corpo político coeso. Nesse diapasão, não aparece como novidade o processo de marginalização de grupos vulneráveis com a conseqüente negativa de implementação de direitos fundamentais mínimos.

Assim, como principal Tribunal do País e exercendo a competência de guardião da Constituição, conferida pela própria Carta Magna, o Supremo Tribunal Federal, por meio do processo constitucional aberto, tem se transformado em uma das principais vias de discussão e acesso a direitos, provocadas pela atuação de organizações da sociedade civil que lutam dia-a-dia contra a realidade social excludente.

No entanto, embora esse seja notável avanço institucional para democracia brasileira e para as diversas organizações civis, que hoje utilizam o litígio estratégico como parte da sua agenda política, é ainda necessário refletir sobre seus limites, sobretudo pela histórica formação do Direito, dos juristas e dos tribunais nacionais.

3.3 Novo olhar sobre o Direito: paradigma da linguagem e técnica da decisão jurídica

A noção de sociedade aberta dos intérpretes da Constituição, a ideia do controle de constitucionalidade das leis como processo aberto e público, o papel contramajoritário do Supremo Tribunal Federal e a participação crescente das organizações não-governamentais de direitos humanos na Corte Constitucional brasileira favorecem o desenvolvimento da democracia participativa e seu exercício para a sociedade civil organizada, na esfera pública judicial.

No entanto, há que se levar em conta que toda essa participação ocorre no interior do sistema jurídico que, há bem menos de um século atrás, autodenominava-se sistema fechado, puro, neutro, autônomo e livre de arbítrios.

Bourdieu (1989) ressalta essa faceta do Direito, como pretensão universalizante, ideal normalizador e de pretensa neutralidade, de nítida eficácia simbólica. Sistema que, para se autodesenvolver, guia-se de forma alheia aos fatos sociais, alimenta-se de si próprio e gera falsa ideia de força legítima, quando, na verdade, manifesta e opera interesses dominantes daqueles que monopolizam a instrumentalização das suas formas. Assim, o Direito pode ser facilmente identificado como instrumento de dominação.

Em Bourdieu (1989), a “ciência” jurídica, tal qual vista pelos juristas e historiadores do Direito, é identificada como sistema fechado e autônomo, com fundamento próprio e alheio às forças e pressões sociais. Ao contrário, assevera o autor que, no Direito e na jurisprudência, estão presentes as relações de força existentes, relações de interesses e econômicas.

Diferentemente da hermenêutica literária e filosófica, Bourdieu (1989, p. 213) afirma que “[...] a prática teórica de interpretação de textos jurídicos não tem nela própria a sua finalidade; diretamente orientada para fins práticos, ela mantém a sua eficácia à custa de uma restrição da sua autonomia”. Os intérpretes seriam apenas aqueles “autorizados”, cujas divergências são abstratamente limitadas, assim como não se considera a possibilidade de normas concorrentes entre si.

É isto que explica a fraca inclinação do *habitus* jurídico para as posturas proféticas e, pelo contrário, a propensão, visível sobretudo nos juízes, para o papel de *lector*, de intérprete que se refugia na aparência ao menos de uma simples aplicação da lei e que, quando faz obra de criação jurídica, tende a dissimulá-la. (BOURDIEU, 1989, p. 219).

Para Bourdieu (1989, p. 221), a hermenêutica levada a efeito pelo intérprete da norma, de cunho eminentemente exegetico, “[...] tem por fim racionalizar o direito positivo por meio de trabalho de controle lógico necessário para garantir a coerência do corpo jurídico e para deduzir dos textos e das suas combinações consequências não previstas”. Dessa forma, estariam preenchidas as possíveis lacunas existentes no ordenamento.

De toda essa aparência formulada pela lógica do positivismo jurídico e a ideia de dar coerência a um composto de normas de aplicação genérica e normalizadora, Bourdieu (1989, p. 224) assevera que a aplicação da lei opera como “[...] resultado de uma luta simbólica entre profissionais dotados de competências técnicas e sociais desiguais, portanto, capazes de mobilizar, embora de modo desigual, os meios ou recursos jurídicos disponíveis [...]”. Ou seja, o postulado de universalidade da norma e seu alcance geral, aponta para a eficácia simbólica da decisão judicial, fruto das indeterminações, dos interesses dominantes e da

subjetividade presente em cada operador do direito, que, a partir de realidades distintas, tentam aplicar o mesmo texto de forma semelhante aos mais diversos casos.

Assim, é gerado o mito da neutralidade que, aliado à universalização do discurso, faz tomar corpo a noção de legitimidade do Direito, cujo fundamento maior é a ausência de arbítrios, tanto no momento da elaboração da lei quanto no momento da aplicação dela. Isso, em regra, acaba por perpetuar, simbolicamente, práticas de exclusão e conservadorismo que mantêm o sistema fechado em si mesmo e alheio às transformações e demandas sociais.

A legitimidade que se acha praticamente conferida ao direito e aos agentes jurídicos pela rotina dos usos que dela se fazem, não pode ser compreendida nem como efeito do reconhecimento universalmente concedido pelos 'justiciáveis' a uma jurisdição que, como quer a ideologia profissional do corpo dos juristas, seria o enunciado de valores universais e eternos, portanto, transcendentais aos interesses particulares, nem, pelo contrário, como efeito da adesão inevitavelmente obtida por aquilo que não passaria de um registro do estado dos costumes, das relações de força ou, mais precisamente, dos interesses dos dominantes. (BOURDIEU, ano, p. 240).

Para Bourdieu (1989), a forma jurídica, consubstanciada no discurso aparentemente legítimo, só é possível diante da fórmula que mantém desconhecido o que há de arbitrário na elaboração legislativa e na decisão judicial. Aqui, destaca-se a retórica jurídica como retórica da autonomia, da neutralidade e da universalização, premissas que conferem, simbolicamente, racionalidade ao sistema.

É a partir de críticas como essa que a Teoria do Direito, sobretudo a hermenêutica jurídica, tem se transformado ao longo das últimas décadas, com a crise do positivismo e o questionamento do ideal da ciência jurídica "pura", que tira seu fundamento do interior de si mesma.

Nesse sentido, Camargo (2003), aponta o uso da tópica, de Theodor Viehweg; a contribuição da lógica do razoável, de Recaséns Siches; a analogia como método do Direito, presente em Castanheira Neves e a Nova Retórica, de Chäin Perelman, como discussões metodológicas atuais nessa quadra da história do Direito, após a virada ontológica da hermenêutica, sob o novel paradigma da linguagem. Dentre esses, é interessante destacar o pensamento de Perelman (2004) e a lógica do razoável como novo fundamento de racionalidade do direito.

A Nova Retórica propõe o resgate do discurso e da opinião para o campo da razão. Não se trata do estudo de manipulação discursiva, mas de explicar a racionalidade dos argumentos a partir do paradigma da linguagem e de como esta razão produz um conhecimento aberto e dialógico próprio de toda filosofia que se debruça sobre o ser humano, que convive com realidades plurais e é contextual, ou seja, localizado historicamente.

[...] a razão não *obriga* à unidade e ao consenso, nem a falta de acordo é sinônimo de irracionalidade. Se a pluralidade torna possível a divergência, nem por isso ela é menos a condição de possibilidade de convergências possíveis. E é, afinal, neste jogo em que pluralismo e liberdade se vêem confrontados com a responsabilidade de uma constante prova dialógica, que se atesta a presença de um outro tipo de racionalidade [...]. (GRÁCIO, 1993, p. 22)

A íntima relação entre retórica, linguagem e direito é explicada, em Ballweg (1991, p. 176), a partir da confiança entre os sujeitos, surgida através da língua. A retórica estrutura-se sob os signos da linguagem que irá ampliar esse espaço de confiança para o direito e outras séries de relações que envolvam a interação lingüística, como relações de poder, amor etc. Nesse sentido, a retórica é apresentada como meio de expressão da linguagem entre os sujeitos, podendo ser identificada sob três categorias distintas: retórica material, retórica prática e retórica analítica.

A retórica material liga-se aos meios retóricos utilizados na linguagem empregada às “funções básicas da vida em comum”, capaz de criar mitos e abstrações que referenciam a vida cotidiana, como o direito, a religião e a moral. A retórica prática já apresenta meios que visam persuadir e/ou convencer a respeito de opiniões revestidas de dogmatismo. Diferentemente, a retórica analítica examina as possibilidades e os princípios que envolvem a utilização dos próprios instrumentos retóricos.

Para Ballweg (199, p. 183), “a confiança na retórica tem seus fundamentos nas relações democráticas”, justificada pelo condicionamento mútuo entre o surgimento dos meios retóricos e a democracia. Esta não deixa de ser uma premissa verossímil, mas, embora seja necessário concordar com a citada justificativa, é possível afirmar que a desconfiança na democracia é oriunda da desconfiança na própria retórica e da necessidade da transformação da opinião em verdade como estratégia de dominação incidente nas diversas formas de totalitarismos.

A destituição da racionalidade da atividade argumentativa é o principal argumento que introduz o paradigma positivista no direito, transformando o marco regulador do Estado em obra estática emanada de um poder alheio aos próprios sujeitos que o operam e que a ele se subordinam. A desconfiança da opinião gera o paradoxo hermenêutico do juiz como a boca da lei, anulando toda a abertura do sistema com a restrição da atividade do intérprete em nome do princípio da segurança jurídica. O mesmo se dá na esfera política, em que a voz de comando, detentora do monopólio da força, subsume a opinião em anarquia e transforma em coluna de governo a verdade da lei, supostamente elaborada e aplicada a partir da vontade geral. A democracia, então, só é aferida quanto aos pressupostos, mas dissolve-se quando a

questão está em livrar-se de arbítrios e valores constantes da própria realidade plural que tanto ameaçam a concentração e a universalização do poder.

A Nova Retórica chama a atenção para o fato de não ser possível ignorar os valores. Ela os apreende imprimindo-lhes nova forma de racionalidade, voltada para sua conformação e apresentando como principal paradigma o processo dialógico no qual interagem sujeitos situados historicamente. Assim, ganha relevo, no discurso, tanto o interlocutor quanto o auditor, inserindo na retórica a perspectiva pluralista, orientadora de toda forma de governo genuinamente democrática.

O Estado Democrático de Direito tem como pedra angular o marco legal, expondo-o em sua própria terminologia. O império do direito ganhou força sobre os Estados com o surgimento do Estado Liberal, momento em que foi necessário consolidar as conquistas burguesas mediante instrumentos escritos, dotados de validade e legitimidade para controlar o exercício do poder e garantir o respeito aos direitos e liberdades individuais.

Não obstante todas as transformações políticas por que passou o Estado Liberal até aqui (como a passagem para o Estado Social, por exemplo), o Direito continua sendo sinônimo de segurança das instituições e manutenção das regras do jogo democrático, tendo alcançado seu ponto máximo com o movimento constitucionalista dirigente, após 1945.

Não apenas as liberdades civis e políticas, mas a própria democracia passa a ser protegida pelo arcabouço legal que limita e legitima a atuação dos Poderes do Estado, das instituições que lhe dão sustentação e dos cidadãos.

Aqui, a teoria da argumentação, juntamente com a Nova Retórica, contribui propondo nova forma de operar e pensar o Direito por meio da lógica jurídica ou lógica do razoável, buscando romper com o paradigma positivista da lógica formal em que Direito e lei se confundem por meio de uma verdade universal e irrefutável, que restringe a interpretação da norma pelo operador jurídico, transformando-o em mero exegeta.

A ideia do juiz como simplesmente a boca da lei é uma ficção criada pelo próprio sistema positivo, visando revestir a decisão jurídica do caráter de certeza, o que dificilmente se verifica na prática. Para Sobota (1996), “o discurso legal depende de uma técnica que torna possível criar a ilusão de certeza em uma esfera de incerteza”. Diante do arcabouço normativo positivo a que o juiz está subordinado para motivar suas decisões, acaba por fazê-lo perante o caso concreto apoiado “no uso de premissas ocultas que se movimentam na esfera de aplicação”. Isto revela a falibilidade do discurso da lógica formal oculto em supostos silogismos aparentes dos quais se revestem as decisões judiciais.

A substituição da lógica formal pela lógica do razoável confere maior poder ao juiz, que, no exercício da ponderação de valores e análise de argumentos opostos elencados pelas partes, interpreta o direito positivo de forma a conferir-lhe razoabilidade diante do caso concreto e alcançar a adesão do seu auditório.

Como se trata de deixar as decisões de justiça aceitáveis, o recurso às técnicas argumentativas torna-se indispensável. Como, por outro lado, trata-se de motivar as decisões, mostrando sua conformidade com o direito em vigor, a argumentação será específica, pois terá por missão mostrar de que modo a melhor interpretação da lei se concilia com a melhor solução dos casos particulares. (PERELMAN, 2004 p. 185).

A argumentação jurídica, além de razoável, deve ser aceitável socialmente por meio da motivação sólida que possa restabelecer a paz judicial. De acordo com Perelman (2004, p. 203), “o juiz possui, a este respeito, um poder complementar indispensável que lhe permitirá adaptar a lei aos casos específicos”. Nesse sentido, a tarefa do julgador passa de mero aplicador da norma para a realização da adequação desta à realidade atual e às expectativas sociais geradas em torno do conflito estabelecido.

Camargo (2003, p. 233) critica Perelman por limitar a atividade argumentativa, na esfera jurídica, à figura do juiz, salientando a importância da atuação das partes, mais precisamente, dos advogados, para a construção do raciocínio jurídico. Contudo, acredita-se ser esta uma opção metodológica utilizada pelo próprio Perelman (2004), em virtude de ser o juiz aquele que detém o poder de dizer o direito ao final do processo⁵². Não significa que ele exclua os demais atores, pois o mesmo reconhece o auditório como fator determinante na argumentação da tese proposta pelo orador, no caso, aquele que julga o conflito de interesses.

Assim, uma vez reconhecido o papel determinante do auditório na argumentação, bem como a proposição de uma interpretação jurídica baseada não no direito imutável – consubstanciado seja no divino seja na lei – mas no direito razoável e aceitável socialmente, percebe-se o quanto a Nova Retórica tem a contribuir para o atual debate democrático travado na perspectiva do pluralismo, ou seja, na convergência política de opiniões localizadas nos mais diferentes contextos culturais, étnicos etc.

Em vez de procurar uma verdade primeira, necessária e evidente, da qual dependeria todo o nosso saber, organizemos a nossa filosofia em função de uma visão na qual são os homens e as sociedades em interação os únicos responsáveis pela sua cultura, pelas suas instituições e pelo seu futuro, os quais se esforçam por organizar sistemas razoáveis, imperfeitos, mas aperfeiçoáveis. (Perelman, 1993, p. 171).

⁵² “O raciocínio jurídico manifesta-se, por excelência, no processo judiciário. De fato, o papel específico dos juízes é dizer o direito – e não o criar – embora frequentemente a obrigação de julgar, imposta ao juiz, leve-o a completar a lei, a reinterpretá-la e a torná-la mais flexível”. (PERELMAN, 2004, p. 209).

Ao introduzir a racionalidade argumentativa no pensamento filosófico, a teoria da argumentação confere à análise da história das ideias políticas perspectivas que privilegiam a tolerância, destacando a necessidade de composição entre os sujeitos que integram o discurso para que se dê a perfeita aceitação deste, ainda que continue presente o dissenso.

O pluralismo democrático poderá, com esta nova concepção de razão, estruturar as bases para a busca de um acordo igualmente plural e verossímil, capaz de trabalhar as diferenças, de forma que estas se transformem em convergência de opiniões e não verdades políticas dogmatizadas.

Nesse sentido, é possível aproximar a hermenêutica filosófica gadameriana da Nova Retórica, de Perelman. Enquanto a primeira fala da relação do intérprete com o texto e consigo mesmo, a segunda propõe ao Direito nova forma de racionalidade que advém da relação subjetiva entre esses intérpretes, mais especificamente, entre reitor e auditório.

A hermenêutica jurídica não é mais apresentada como ato isolado do juiz, supostamente legitimada apenas pelo teor universalizante e o ideal de neutralidade. O intérprete da norma, aquele que efetivamente decide e aplica o Direito, é agora considerado um ser no mundo, dotado de pré-compreensão, cuja atividade cognitiva pressupõe a fusão de horizontes entre a realidade em que se encontra imerso e a tradição, presente nas circunstâncias sociais, econômicas, políticas e históricas.

Mas, ainda assim, como evitar que a decisão judicial seja uma livre composição de arbítrios? Ou seja, como evitar que o juiz julgue, que o operador do Direito atue apenas de acordo com sua experiência sensível, perpetuando os interesses dominantes, o conservadorismo e, por fim, desconsiderando a realidade e a dinâmica social?

É no oferecimento da resposta a esse questionamento que se destaca a racionalidade argumentativa, baseada na lógica do razoável, e a teoria da sociedade aberta dos intérpretes da Constituição. Esta acrescenta ao processo dialógico e argumentativo da criação judicial do direito, a participação dos próprios jurisdicionados, cidadãos, em sua maior parte, sujeitos diretamente à produção de efeitos da decisão.

A racionalidade argumentativa aponta para o processo judicial como procedimento dialógico, em que a noção de auditório aparece como importante no sentido de se considerar o argumento e a visão de mundo do outro, ou seja, de todos aqueles que compõem o processo de construção jurisprudencial de direitos fundamentais.

A teoria da sociedade aberta dos intérpretes da Constituição surge para subsidiar destacados instrumentos que trazem este outro, no caso, grupos vulneráveis, representantes de minorias, organizações não-governamentais de direitos humanos, para o processo

constitucional, dando-lhes a possibilidade de apresentar argumentos e informações ao Supremo Tribunal Federal.

Isso não deixa de ser uma espécie de cooptação das forças sociais pelo sistema jurídico, senão pelo fato de que esses mesmos grupos organizados, hoje, recorrem ao Direito e aos Tribunais para terem suas demandas atendidas ou, ainda, para darem visibilidade à negação e inefetividade de direitos previstos na Constituição, decorrentes da omissão estatal ou atuação inconstitucional do Poder Público.

Os casos estudados (item 3.1.1 e item 3.1.2) mostram que, em todos eles, a participação da sociedade civil, os argumentos por ela utilizados, bem como a pressão social extramuros do Direito foram fundamentais no deslinde das demandas propostas. No entanto, no processo judicial, o julgador é ainda o sujeito que dá a palavra final, motivado de acordo com o seu livre convencimento motivado.

É notório que, atualmente, esse convencimento não é tão livre assim, haja vista que demandas com grandes repercussões na mídia e na opinião pública tem sido cada vez mais objeto de intensos debates no Supremo Tribunal Federal, acrescidos à transmissão ao vivo dos julgamentos. Ademais, nos próprios votos, alguns Ministros demonstraram preocupação com a repercussão das suas decisões, como o Ministro Cezar Peluzo que, no julgamento da ADI nº. 3.510/DF, passou a re-explicar seu voto na segunda sessão de julgamento, conforme restou registrado no inteiro teor do acórdão examinado.

Essa análise é possível tendo em vista, como universo da pesquisa, apenas o processo de controle abstrato de constitucionalidade. Não há com estender esse diagnóstico aos demais tribunais e Juízos de primeiro grau do País. Não obstante, esta é uma importante e lenta transformação por que vem passando a técnica da decisão judicial no Brasil e a discussão de seus métodos.

Em todo caso, é preciso ainda examinar o fenômeno do litígio estratégico pelas organizações de direitos humanos, sua atuação no Supremo Tribunal Federal e a utilização da participação da sociedade civil como fundamento de legitimidade das decisões da Corte, com cautela.

Isso porque, caso a utilização do processo constitucional como nova esfera pública, acessada pelas organizações sociais na luta pela efetividade de direitos, não seja capaz de causar, ainda que lentamente, alterações na concepção e compreensão da própria ordem jurídica, no seu funcionamento como sistema, não se estará mais do que reproduzindo a eficácia simbólica do Direito, apontada por Bourdieu (1989). Nessa situação, a Constituição e o controle de constitucionalidade das leis não poderão ser considerados como processo aberto

e público, pois estariam incorporando o discurso social para transformá-lo em linguagem jurídica supostamente legítima, genérica e universalizante.

A seu turno, a atuação das organizações não-governamentais de direitos humanos é cada vez mais verificada em Cortes Constitucionais pelo mundo, principalmente daqueles países signatários de tratados internacionais de direitos humanos, também sujeitos aos sistemas de proteção internacional. Dessa forma, o terceiro diagnóstico permite afirmar que a pluralização de atores no processo constitucional permite maior interface entre a ordem jurídica nacional e a internacional, favorecendo a consolidação da sociedade aberta como sociedade que não aniquila o poder, mas busca controlá-lo por meio das instituições, sejam essas internas ou externas aos limites do Estado.

3.4 Sociedade Aberta e Proteção dos Direitos Humanos: entre o local e o global

Além do fortalecimento da democracia participativa e da influência direta sobre o momento de transição por que passa a técnica da decisão judicial e a hermenêutica constitucional no Brasil, a participação das organizações não-governamentais de direitos humanos são responsáveis por trazer ao processo constitucional diversas normas internacionais de direitos humanos, bem como casos semelhantes do Direito Comparado e do Direito Internacional.

Para entender como essas normas elaboradas para além das fronteiras jurídicas dos Estados passaram a ganhar destaque e pretender eficácia dentro do ordenamento nacional, é necessário, antes, entender o que são os direitos humanos, qual a diferença destes para os direitos fundamentais positivados nas Constituições Políticas e como funciona o Sistema Internacional de Proteção e Monitoramento desses direitos.

O conceito de direitos humanos não surgiu de forma explícita juntamente com a prescrição de seu conteúdo. Tendo sido várias as suas denominações ao longo da história (direitos do homem, direitos públicos subjetivos, liberdades públicas, direitos da pessoa humana etc.), a atual nomenclatura foi usada pela primeira vez no caso *Johnson v. Zerbst*, em 1938, pela Suprema Corte dos Estados Unidos da América. A partir daí, o novo termo ganhou inserção em importantes instrumentos internacionais, como a Carta da ONU, de 1945 e a posterior Declaração Universal dos Direitos Humanos.

A expressão *direitos humanos* é entendida, majoritariamente, como correspondente de direitos que são inerentes à pessoa humana, sem nenhuma distinção, sobretudo a de gênero. De acentuado caráter naturalista, são direitos que a ordem jurídica apenas reconhece e consagra, uma vez que preexistem a ela, pois decorrem da própria natureza da pessoa. Possui como principais características o reconhecimento da dignidade da pessoa humana, universalidade, inalienabilidade, indivisibilidade.

Piovesan (2009) refere-se aos direitos humanos como dado construído historicamente, contextualizando essa noção a partir de tensões atuais, situadas internacionalmente. A concepção contemporânea dos direitos humanos, noção de onde parte a autora, surgiu com a Declaração Universal dos Direitos Humanos – DUDH, de 1948, sendo resultado de um movimento de internacionalização dos direitos que ganhou força com a queda dos regimes totalitários europeus e o fim da Segunda Guerra Mundial. A DUDH introduziu novidades como: a relativização da soberania estatal e a ideia do indivíduo como sujeito de direito internacional. Seu perfil caracteriza-se por agregar critérios de universalidade, indivisibilidade e interdependência aos direitos humanos, tendo como fim a realização do valor da dignidade da pessoa humana.

A lógica e principiologia próprias dessa concepção traduzem uma atuação integrada entre os sistemas global e regional de direitos humanos de forma a conferir uma proteção mais efetiva a estes.

O Direito Internacional dos Direitos Humanos desenvolveu-se sobremaneira a partir da Declaração Universal dos Direitos Humanos – DUDH, de 1948. De acordo com Sorto (2008), a Carta da ONU, de 1945, precursora da DUDH, foi o marco da efetiva universalização da proteção desses direitos.

Não se pode dizer, pois, que a sociedade internacional sempre reconheceria o ser humano como detentor de direitos e obrigações. Reconhece-o como tal somente depois das tragédias bélicas do século XX. Aparece desta sorte a primeira declaração de Direitos da Humanidade, que é a Declaração Universal dos Direitos Humanos, só depois da II Guerra Mundial. Assim, a assertiva de que o *'homem'* tem direitos é mesmo anterior à formação da sociedade estatal, mas a asserção de que a pessoa humana tem direitos e obrigações reconhecidos universalmente é bem posterior. (SORTO, 2008, p. 11).

Indo de encontro a esta visão naturalista/universalista dos direitos humanos, Flores (2009) conceitua estes como produtos culturais, ou melhor, como processos necessários ao acesso dos bens da vida pelos indivíduos e não, simplesmente, como direito a ter direitos. Na perspectiva de uma teoria crítica proposta por Flores (2009), os direitos humanos não se confundem com os direitos positivados. Significam, por sua vez, processos de lutas e práticas

sociais que visam ao acesso de bens necessários à vida, sejam estes materiais ou imateriais, antecedendo, portanto, à criação e posterior normatização de direitos. Tais processos se justificam não apenas pela necessidade em se conseguir os bens ligados à sobrevivência, mas, sobretudo, pelo seu acesso dar-se em contexto de luta por direitos, injustiça e desigualdades.

Com isso, o objetivo a que se destinam os direitos humanos não é outro senão a dignidade humana, expressa como fim material capaz de concretizar a assunção igualitária e generalizada de bens.

Os direitos humanos passam a ser entendidos, portanto, como produtos culturais que devem seguir particularidades específicas de cada sociedade em que se desenvolvem e dos seres humanos que a compõe em concreto, sob de pena de se transformarem em processo discursivo, legitimador de determinado sistema de relações hegemônicas, como vem fazendo o Ocidente, desde o século XVI, sob o signo da universalidade.

No âmbito interno dos Estados, o reconhecimento dos direitos humanos ganhou impulso com o constitucionalismo. Assim, direitos antes proclamados em Cartas e Declarações internacionais passaram a integrar a Constituição Política de alguns países, dentre eles o Brasil. Aqui, as Constituições de 1824 até a atual Carta de 1988, asseguraram e reconheceram direitos, sobretudo no campo das liberdades individuais, colocando-se em posição garantista frente às suas prescrições humanistas.

Assim, cunhou-se a nomenclatura “direitos fundamentais” para denominar os direitos humanos abrigados nas Constituições Políticas. Referida diferenciação recebe a crítica de sugerir que os direitos humanos ganham o status de fundamentais apenas quando positivados em uma Constituição. Contudo, eles são em si fundamentais, anteriores ao próprio Estado, e vinculam o poder seja no âmbito interno ou externo de seu ordenamento jurídico. Fala-se, então, em direitos humanos fundamentais como condição de possibilidade e realização da dignidade da pessoa humana.

Conforme aponta Ramos (2005, p. 52), “[...] há mais de 140 tratados e protocolos adicionais que impõem obrigações jurídicas aos Estados”, em matéria de direitos humanos. O Brasil é signatário de diversos documentos internacionais sobre a matéria, entre declarações e tratados, dentre os quais se podem citar: Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento (1986), Declaração e Programa de Ação de Viena (1993), Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (1948), Convenção para Prevenção e a Repressão do Crime de Genocídio (1948), Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação Racial (1965), Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (1966), Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e

Culturais (1966), Convenção sobre os Direitos da Criança (1989), Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica (1969).

A emergência do Direito Internacional dos Direitos Humanos deu-se no contexto do pós-guerra, desenvolvendo-se a partir da criação de sistemas universais e regionais de proteção dos direitos humanos e da produção de uma legislação própria.

Baseando-se na ideia da existência de direitos que são inatos à pessoa humana, como a dignidade e a igualdade, o Direito Internacional dos Direitos Humanos tem exercido significativo impacto na doutrina da soberania nacional. A partir do reconhecimento destes direitos, é possível uma lei exterior ao ordenamento jurídico do Estado se sobrepor à legislação interna e, ainda mais, à Constituição?

A discussão em torno desta questão tem sido deveras acirrada, mas toda norma internacional sobre direitos humanos, antes de obrigar determinado País, é pactuada entre este e seus pares, sendo o respeito e a busca pela efetividade dos direitos em pauta, assumidas em compromisso escrito, denominado tratado ou convenção.

Assim, uma vez tendo aderido e ratificado tratado que verse sobre reconhecimento e proteção de direitos humanos, o Estado, soberano em suas decisões, obriga-se por livre vontade a realizar o conteúdo do referido documento internacional, submetendo-se, por conseguinte, aos mecanismos de monitoramento ligados ao sistema que esteja a conduzir o contrato internacional.

Atualmente, existem dois grandes sistemas internacionais de proteção dos direitos humanos de que o Brasil faz parte, o Sistema Global ou Sistema ONU e o Sistema Interamericano de Direitos humanos.

A Organização das Nações Unidas (ONU) é uma reformulação da antiga Liga das Nações que compõe o Sistema Global de Direitos Humanos, criada a partir da Carta das Nações Unidas, após a Segunda Guerra Mundial, em 1945. Seus principais documentos são a Declaração Universal de Direitos Humanos, o Pacto de Direitos Civis e Políticos e o Pacto de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.

A ONU tem como objetivos a manutenção da paz e segurança internacionais por meios pacíficos e em conformidade com os princípios de justiça e do direito internacional e a cooperação internacional para questões internacionais, sobre os mais variados temas, que tenham alcance global e/ou versem sobre direitos humanos. Possui importantes órgãos de monitoramento de seus tratados, como o Comitê de Direitos Humanos e o Comitê de Direitos, Econômicos, Sociais e Culturais, também conhecido pela sigla ECOSOC.

O Sistema Interamericano de Direitos Humanos, por sua vez, se desenvolveu e é administrado pela Organização dos Estados Americanos (OEA), a partir da assinatura da Carta da OEA e da Declaração Americana de Direitos Humanos, em 1948. Seu principal documento é a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, também conhecida por Pacto de São José da Costa Rica, assinada em 1969 e ratificada pelo Brasil em 1992.

Os principais órgãos são a Comissão Interamericana de Direitos Humanos e a Corte Interamericana de Direitos Humanos. Ambas, juntamente com os Comitês de convenções específicas, são responsáveis pelo monitoramento e interpretação das normas dos tratados pactuados no âmbito da OEA.

A natureza jurídica dos instrumentos internacionais de direitos humanos ainda é controversa no direito interno, sobretudo nas interpretações que os mais altos Tribunais do País conferem a ela.

Existe divergência entre as jurisprudências do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça. Para o primeiro, as normas internacionais de direitos humanos têm natureza de supralegalidade, ou seja, estão sujeitas à Constituição Brasileira de 1988, mas ocupam lugar superior na hierarquia das demais normas de direito interno, estando acima de leis ordinárias e complementares, por exemplo. Já para o segundo, os instrumentos internacionais possuem natureza jurídica de Emenda Constitucional em decorrência do artigo 5º, § 3º, da Constituição Federal, introduzido com a Emenda Constitucional nº 45, de dezembro de 2004.

Uma vez reconhecida aos instrumentos de direitos humanos a natureza jurídica de emendas à Constituição, a celeuma passa a versar sobre os tratados ratificados e assinados pelo Brasil anteriores à EC nº 45/2004.

O Supremo Tribunal Federal tem revisto seu posicionamento, sobretudo com o julgamento, em 2008, na questão do depositário infiel, em que sobrelevou a Convenção Americana de Direitos Humanos, que proíbe a prisão por dívidas, acima do dispositivo da Carta Magna brasileira que autorizava essa situação de cárcere.

Por sua vez, a interpretação dos direitos humanos deve ser feita de forma ampla, objetiva e dinâmica, de forma a atualizar o direcionamento normativo de acordo com o tempo e o espaço. Os intérpretes aplicadores diretos da norma, geralmente Cortes Internacionais e o Poder Judiciário, no caso do Brasil, devem levar em consideração o caráter evolutivo do direito que caminha junto com o desenrolar do sistema de relações, desenvolvidas na teia social.

Deverá, ainda, ter como paradigma o princípio da máxima efetividade dos direitos humanos e o princípio da norma mais favorável. Estes princípios exigem uma interpretação finalista ou teleológica dos tratados, o que descarta a mera atividade exegética de subsunção dos fatos à norma.

Ramos (2005, p. 95) destaca, ainda, “[...] outros princípios vetores da interpretação dos textos internacionais relativos à proteção de direitos humanos”. São eles o princípio da interpretação *pro homine*, o da primazia da norma mais favorável ao indivíduo e o princípio da proporcionalidade.

Mesmo com todo o marco regulatório dos direitos humanos e a atuação das instituições internacionais de monitoramento, relevantes documentos internacionais ainda carecem de eficácia do Brasil, seja por desconhecimento dos operadores do Direito pátrio seja por alegações de conflitos de normas.

Ainda assim, as organizações não-governamentais de proteção dos direitos humanos vêm constantemente, através do litígio estratégico, instando o Poder Judiciário brasileiro a se manifestar sobre essas normas, nas mais diversas lides que envolvam violações a direitos fundamentais. E assim o faz apresentando documentos que protejam os direitos em xeque, tendo o Brasil aderido e/ou ratificado ou não as suas determinações. É o caso dos Princípios de Yogyakarta sobre a Aplicação do Direito Internacional dos Direitos Humanos em Relação à Orientação Sexual e à Identidade de Gênero, trazidos à apreciação do Supremo Tribunal Federal no processo da ADI/DF nº. 4.277 pela Conectas Direitos Humanos, que restaram apreciados no voto do Ministro Celso de Melo no julgamento da ação.

Vê-se, portanto, que o litígio estratégico das organizações não-governamentais de direitos humanos, assim como de demais organizações da sociedade civil, contribui para formar e integrar uma rede de proteção aos direitos das pessoas humanas capaz de fomentar o diálogo entre as ordens interna e internacional. Isso acaba por facilitar a incorporação de direitos reconhecidos para além do ordenamento jurídico do País, promovendo um tipo de hermenêutica que se relaciona não apenas com a realidade local, mas também com a global. Trata-se, seguindo a reflexão da hermenêutica filosófica gadameriana, de múltipla fusão de horizontes a ser realizada pelo intérprete no momento em que compreende o fato, a norma e aplica o direito ao caso concreto.

Toda essa interface argumentativa, que tem *locus* na Suprema Corte brasileira, contribui para a formação da sociedade aberta, embora essa ainda deva ser vista e acompanhada com cautela, diante da história institucional e democrática do País.

Um dos principais postulados da sociedade aberta, preconizada por Popper (1998) e utilizada como premissa da hermenêutica constitucional e pluralista de Häberle (1997), está no controle e fortalecimento das instituições democráticas. Para que se evite a forma totalitária, é importante fortalecer a democracia como instrumento de controle do poder e regulação das formas de liberdade.

O Estado e o governo devem propiciar a participação e fiscalização constante dos governados, mantendo as instituições representantes de seus três Poderes permanentemente abertas ao diálogo, de forma que restem possibilitadas as mudanças, sem utilização da força ou violência.

Assim, com a participação das organizações não-governamentais de direitos humanos no processo de controle de constitucionalidade abstrato de normas, que tramita no Supremo Tribunal Federal, é possível perceber o desenvolvimento embrionário da tese política da sociedade aberta, no interior do próprio Direito Processual Constitucional produzido e realizado no Brasil.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O paradigma do pluralismo, no atual Estado Democrático de Direito, tem influenciado a Hermenêutica Constitucional como produção científica e como interpretação e aplicação da normatividade posta à realidade fática, inserta na ordem democrática, que tem no constitucionalismo a pedra angular do funcionamento institucional e jurídico do Estado.

Nesse sentido, o juspositivismo, seja o exegético seja o semântico/normativista, não mais corresponde à doutrina jusfilosófica apta a servir de base à teoria e à técnica da decisão judicial predominantes no Brasil. Isso porque a atual interpretação do Direito, realizada na prática jurisprudencial, não corresponde à ideia do juiz como a boca da lei, orientado pela eterna busca da vontade do legislador, nem trata o problema da decisão como simples questão de política do Direito, não podendo o juiz simplesmente adequar o caso a qualquer espécie de moldura, desconsiderando outros fatores para além do jurídico, como o econômico e o social.

Junto a esse momento de transição paradigmática no campo teórico, a prática judicial, ampliada com a nova regulamentação das garantias constitucionais e a crise institucional que atinge o Poder Legislativo brasileiro nas últimas décadas, passou a ganhar cada vez mais destaque com a postura ativa de órgãos do Poder Judiciário, interferindo diretamente em decisões e/ou omissões legislativas, bem como na implementação e efetividade de políticas públicas para população.

Nesse contexto, observa-se que o Supremo Tribunal Federal se tornou destaque e referência na interpretação da Constituição, no momento em que compreende, aplica e torna efetivo o direito, antes negado nas outras esferas do Poder Público. Dessa forma, é possível afirmar que o protagonismo da Corte em questões de relevância social e política, aliado à maior visibilidade que os julgamentos em Plenário vêm ganhando com a transmissão ao vivo pelas mídias televisivas e virtuais, transforma, paulatinamente, o processo constitucional abstrato em espaço público da ação e do discurso.

Ressalte-se que essa conclusão aponta para um processo de mudança que não envolve especificamente o campo jurídico. Esse novel espaço de debate em torno do conteúdo e implementação de direitos fundamentais, suscitados a partir da publicização dos julgamentos, desperta o interesse da sociedade civil que, por meio de entidades legalmente instituídas, passam a organizar sua pauta de atividades incluindo a litigação estratégica.

Sob esses novos acontecimentos, em que o juspositivismo também deixa de oferecer resposta ao questionamento da legitimidade da atuação dos juízes e das suas decisões, vê-se

que a Teoria do Direito e a Hermenêutica Constitucional estão construindo novas pontes com outras áreas do conhecimento, de forma a estabelecer bases sólidas para a crescente participação das organizações civis no processo constitucional.

A virada ontológica da hermenêutica, momento que marca a ruptura das ciências do espírito com a filosofia da consciência e introduzem essas no referencial da linguagem, corroborou para o surgimento da hermenêutica filosófica gadameriana, que une compreensão, interpretação e aplicação em um só momento cognitivo da atividade do intérprete.

Nesse lume, a interpretação não se dá deslocada do sujeito e sobre o objeto, mas numa relação intersubjetiva entre ambos, que permite o encontro do texto com o próprio ser que o compreende, a partir da fusão de horizontes, representados pelas pré-compreensões daquele que interpreta e das plurais significações do objeto interpretado.

Esse raciocínio, quando aplicado à Teoria do Direito e à hermenêutica jurídica, não permite pensar a lei e a decisão judiciais como dogmas postos sobre a realidade, considerada a estes subjacentes. A hermenêutica filosófica e o seu referencial da linguagem, marcado pelo diálogo de saberes, favorece, no plano político, a formação da sociedade aberta popperiana, na medida em que mantém o sistema permanentemente aberto, do ponto de vista dialógico, ao passo que não o relativiza, pois permite o controle do governo pelos governados, ou da jurisdição pelos jurisdicionados, mediante a participação da própria sociedade nas instituições.

Assim, a Teoria da Hermenêutica Constitucional Pluralista ou Teoria da Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição, ao abordar a Constituição como processo público, aponta o cidadão ativo e o mundo das necessidades como essenciais na configuração de sentido à letra da norma constitucional. Essa visão, ainda que de difícil concretização prática plena, é de extrema importância por representar a valorização de vozes até então alheias ao mundo jurídico do processo.

Todavia, se a todos é dado o direito de manifestar opinião sobre a concretização da norma constitucional, a partir da atividade cognitiva aplicada ao caso concreto, alguém ainda precisa decidir a conclusão ao final e, no processo judicial, esse alguém é o juiz, ou, no presente trabalho, o Plenário do Supremo Tribunal Federal.

Vários foram os modelos de Jurisdição Constitucional propostos e estudados ao longo da história do constitucionalismo ocidental. Verifica-se que, no Brasil, não há modelo definido adotado pelo Supremo Tribunal Federal, cujos membros alternam entre posicionamentos juspositivistas e argumentos que visitam as modernas teorias discursivas. No entanto, é notório, sobretudo na análise dos casos concretos, que a Corte brasileira e a

produção científica voltada para o estudo da hermenêutica constitucional vêm explorando, cada vez mais, a tese da sociedade aberta dos intérpretes da Constituição.

Com base nessa construção teórica, os instrumentos atuais de participação da sociedade civil, no processo abstrato de controle de constitucionalidade de normas, o *amicus curiae* e as audiências públicas, foram incorporados à legislação processual brasileira e estão sendo utilizados com frequência crescente pelas organizações não-governamentais de direitos humanos. Esses mecanismos são garantias processuais ainda recentes no ordenamento jurídico nacional, motivo pelo qual ainda merecem ser aperfeiçoados. O *amicus curiae*, muitas vezes, não cumpre sua função informativa, antes demonstra o campo de forças existente nos polos que defendem posições jurídicas diversas. As audiências públicas, ainda que tragam em si a ideia de promoção de debate público, ainda são realizadas por meio de estruturas que escamoteiam o instituto como forma de democratização do processo judicial.

A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, por sua vez, não cumpre sua principal função de acesso à Justiça e à cidadania, uma vez que a legitimidade do cidadão para postular diretamente ao Supremo Tribunal Federal foi vetada pelo Poder Executivo.

Ainda assim, conclui-se que o litígio estratégico, no Supremo Tribunal Federal, está crescendo entre as organizações não-governamentais de direitos humanos, o que revela que, diante de todas as dificuldades ainda existentes, esses instrumentos tem contribuído para maior pluralização do debate constitucional. Com a intensa proposição de demandas nos Tribunais, verifica-se que as referidas organizações civis veem o Poder Judiciário como integrante da esfera pública discursiva, na luta pela efetivação de direitos, devendo ser utilizados todos os instrumentos e garantias que a Constituição Brasileira de 1988 pôs à disposição do cidadão.

Nas quatro Ações examinadas neste trabalho, em que a Conectas Direitos Humanos participou como *amicus curiae*, fez sustentações orais e apresentou razões em audiência pública, averigua-se que os argumentos apresentados pela referida organização, em conjunto com outras entidades, foram absorvidos na fundamentação dos votos de alguns Ministros, sendo vencedoras todas as teses defendidas pela organização nos processos.

Mesmo não havendo nenhuma citação direta referente aos pareceres da Conectas Direitos Humanos, a participação da sociedade civil foi exaltada em todos os casos, principalmente, como fator de legitimação da decisão proferida pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal.

Nesse ponto, é necessário entender a participação das organizações de direitos humanos na Corte com cautela, não apenas por tratar-se de realização recente na história

constitucional do País, mas, sobretudo, porque o Direito brasileiro, hoje, atravessa momento de transição paradigmática, em que os fundamentos da atividade interpretativa da norma, bem como os da função decisória do juiz, vêm sendo permanentemente questionados à luz das teorias hermenêuticas contemporâneas, como a Teoria da sociedade aberta dos intérpretes da Constituição.

Assim é que, sem entrar no mérito que entende a decisão legítima e correta/adequada por simplesmente constar a participação das organizações não-governamentais de direitos humanos no processo constitucional, conclui-se que a atuação das referidas entidades contribui para o fortalecimento da democracia participativa, uma vez que possibilita o enfrentamento direto das demandas por direitos, pela própria sociedade, no interior do Supremo Tribunal Federal.

Essa mudança no procedimento de controle abstrato de constitucionalidade, que antes era operado apenas pelos Ministros da Corte Máxima e o Procurador-Geral da República, coopera para a revisão de postulados na hermenêutica constitucional brasileira e para a introdução do referencial da linguagem no saber jurídico, assim como promove intensos debates jusfilosóficos sobre a técnica da decisão judicial e o fundamento de legitimidade do Tribunal Constitucional no Brasil.

Por fim, constata-se que as manifestações crescentes das organizações não-governamentais de direitos humanos nos processos constitucionais, tem levado à apreciação da Corte diversos documentos jurídicos internacionais, desde tratados a declarações de direitos, favorecendo a paulatina construção da interface entre o Direito Constitucional brasileiro e o Direito Internacional dos Direitos Humanos.

Dessa forma, a questão, que se desdobra entre o político, o social e o Direito, se transforma também em problema hermenêutico, quando integrada à esfera da decisão judicial. Nesse sentido, é perceptível a importância da reflexão que parte da Hermenêutica Constitucional, pois não adianta determinar o controle legislativo das leis e das instituições, se não há como minimamente vincular a interpretação, ou seja, delimitar a atividade do intérprete dessas mesmas normas, quando aplicadas à realidade da dinâmica dos conflitos na sociedade.

Assim, restou confirmada a hipótese sugerida no início deste trabalho, pois, de fato, após o exame dos casos concretos, verificou-se que a participação das entidades mencionadas, no Supremo Tribunal Federal, favorece a pluralização do debate constitucional e a formação, ainda embrionária, da sociedade aberta dos intérpretes da Constituição, sem interferir na

ordem democrática estabelecida como princípio fundamental da República Federativa do Brasil, na Carta de 1988.

É importante ressaltar que essa assertiva não leva diretamente à conclusão de que o atual sistema implantado, no processo constitucional concentrado, com a previsão de mecanismos como o *amicus curiae* e as audiências públicas, é o ideal na conjuntura política e institucional do País, perfeitamente inclusivo e aniquila toda a ideia do Direito como instrumento de dominação. No entanto, ele aponta para série de questões que deverão ser revisitadas pela Teoria do Direito e pela Hermenêutica Constitucional, inclusive para sugerir que a crescente judicialização da política não seja a potencialização das atribuições do Poder Judiciário, mas a ampliação dos próprios espaços políticos, a partir da formação de novas esferas públicas de diálogo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARENDT, Hannah. *A condição humana*. Trad. Roberto Raposo. 10. ed. São Paulo: Forense Universitária, 2009.

BALLWEG, Ottmar. Retórica analítica e direito. Trad. João Maurício Adeodato. *Revista brasileira de filosofia*, v. 39, n.163. p.175-84. jul./set. 1991.

BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da história: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. *Revista de direito processual geral*, Rio de Janeiro, n. 57, p. 305-344, 2003.

_____. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BAUMAN, Zygmunt. *La hermenéutica y las ciencias sociales*. Trad. Victor Magno Boyé. Buenos Aires: Nueva Visión, 2007.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 2004.

_____. *Estado, governo, sociedade: para uma teoria geral da política*. 15. ed. Trad. Daniela Beccaccia Versiani. São Paulo: Paz e Terra, 2009.

_____. *O futuro da democracia*. Trad. Marco Aurélio Nogueira. 11. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2009.

_____. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. Trad. Mauro Pugliesi. São Paulo: Ícone, 1995.

_____. *Teoria geral da política: a filosofia política e as lições dos clássicos*. Rio de Janeiro: Campus, 2000.

BONAVIDES, Paulo. *Teoria constitucional da democracia participativa: por um direito constitucional de luta e resistência, por uma nova hermenêutica, por uma repolitização da legitimidade*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

BOURDIEU, Pierre. *O poder simbólico*. Trad. Fernando Tomaz. Rio de Janeiro: Bertrand, 1989.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Em busca de um conceito figidio – o ativismo judicial. In: FELET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo. (Orgs.). *As novas faces do ativismo judicial*. Salvador: JusPodivn, 2011. p. 387-401.

CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. *Hermenêutica e argumentação: uma contribuição ao estudo do direito*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

CARVALHO, José Murilo de. *A construção da ordem: teatro das sombras*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

CHAUÍ, Marilena. *Convite à filosofia*. São Paulo: Ática, 2000.

CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, direito e justiça distributiva: elementos da filosofia constitucional contemporânea*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

COELHO, Gláucia Mara. *Repercussão geral: da questão constitucional no processo civil brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2009.

COELHO, Inocêncio Mártires. *ativismo judicial ou criação judicial do direito?* In: FELET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo. (Orgs.). *As novas faces do ativismo judicial*. Salvador: JusPodivn, 2011. p. 475-498.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

CRUZ, Álvaro R. S. *Jurisdição constitucional democrática*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

_____. *O direito à diferença: as ações afirmativas como mecanismo de inclusão social de mulheres, negros, homossexuais e pessoas portadoras de deficiência*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

CUNHA JR. Dirley da. *Controle de constitucionalidade: teoria e prática*. Salvador: JusPODIVM, 2006.

DENZIN, Norman K.; LINCOLN, Yvonna S. *O planejamento da pesquisa qualitativa: teorias e abordagens*. Trad. Sandra Regina Netz. 2. ed. Porto Alegre: Artmed, 2006.

FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

FLORES, Joaquim Herrera. *De que falamos quando tratamos de direitos humanos: os direitos humanos como processo*. In: _____. *A (re)invenção dos direitos humanos*. Florianópolis: Fundação Boiteux-IDHID, 2009.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. 11. ed. Trad. Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 2011.

_____. *Verdade e método II: complementos e índice*. 6. ed. Trad. Enio Paulo Giachini. Petrópolis: Vozes, 2011.

GRÁCIO, Rui Alexandre. *Racionalidade argumentativa*. Rio Tinto: Asa, 1993.

HÄBERLE, Peter. *A jurisdição constitucional na sociedade aberta*. In: TAVARES, André Ramos; LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang. (Orgs.). *Estado constitucional e organização do poder*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 123-141.

HÄBERLE, Peter. *Die Verfassung des Pluralismus*. Königstein/TS, 1980.

_____. *El estado constitucional*. Trad. Héctor Fix-Fierro. México: Universidad Nacional Autónoma, 2001.

_____. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997.

_____. *Pluralismo y constitución: estudios de teoría constitucional de la sociedad abierta*. Trad. Emilio Mikunda-Franco. Madrid: Tecnos, 2002.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. v. 1. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

_____. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. 2. ed. v. 2. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

_____. *Mudança estrutural da esfera pública*. Trad. Flávio R. Kothe. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*. Parte I. Trad. Márcia de Sá Cavalcante. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 1998.

HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

HUSSERL, Edmund. *A ideia da fenomenologia*. Trad. Artur Morão. Lisboa: Edições 70, 1990.

KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional*. Trad. Alexandre Krug. São Paulo: Martins Fontes, p. 2007.

_____. *Teoria pura do direito*. Trad. João Baptista Machado. 6. ed. Coimbra: Armênio Amado, 1984.

LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. 6. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

LASSALLE, Ferdinand. *A essência da constituição*. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Trad. José Lamago. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Guebenkian, 1991.

LIMA, Manuel de Oliveira. *O movimento da independência, 1821-1822*. 6 ed. Rio de Janeiro: Topbooks, 1997.

MARSHALL, T. H. *Cidadania, classe social e status*. Trad. Meton Porto Gadelha. Rio de Janeiro: Zahar, 1967.

MARX, Karl. *Sobre a questão judaica*. Trad. de Nélio Schneider. São Paulo: Boitempo, 2010.

MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. *A ciência do direito: conceito, objeto, método*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

MARTINS, Leonardo. Igualdade e liberdade na justiça constitucional: cortes constitucionais entre *self-restraint* e vínculo ao direito constitucional positivo. In: TAVARES, André Ramos; LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang. (Orgs.). *Estado constitucional e organização do poder*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 459-478.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

MEDINA, Damares. *Amicus curiae: amigo da corte ou amigo da parte?* São Paulo: Saraiva, 2010.

MENDES, Gilmar. F.; COELHO, Inocêncio. M.; BRANCO, G. G. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MIALHE, Jorge Luís. As ONGs no ECOSOC-ONU e sua importância como *amici curiae* nos tribunais internacionais: breves anotações. In: CECATO, Maria Aurea Baroni et alii. *Estado, jurisdição e novos atores sociais*. São Paulo: Conceito, 2010.

MIKUNDA-FRANCO, Emilio. Estudio preliminar. In: _____. *Pluralismo y constitución: estudios de teoría constitucional de la sociedad abierta*. Madrid: Tecnos, 2002. p. 17-58.

MINAYO, Maria Cecília de Souza. *O desafio do conhecimento*. 4. ed. São Paulo: Hucitec, 1996.

MICHELS, Robert. *Potere e oligarchie*. Antologia (1900-1910). Milano: Guiffre, 1999.

MONTESQUIEU. *Do espírito das leis*. v. 1. São Paulo: Nova Cultural, 1997, 384 p. (Coleção Os Pensadores).

MORAES, Guilherme P. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. Niterói: Impetus, 2008.

MOSCA, Gaetano. *La classe politica*. Roma-Bari: Laterza, 1994.

NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

NOVELINO, Marcelo; CUNHA JR., Dirley da. *Constituição da República Federativa do Brasil para concursos*. Salvador: JusPODIVM, 2010.

OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. Hermenêutica e ciência jurídica. In: STEIN, Ernildo; STRECK, Lênio. (Orgs.). *Hermenêutica e epistemologia: 50 anos de verdade e consenso*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 41-57.

PARETO, Vilfredo. *Transformazione della democrazia*. Roma: Riuniti, 1999.

PERELMAN, Chäin. *Império retórico*. Trad. Fernando Trindade; Rui Alexandre Grácio. Porto: Asa, 1993.

_____. *Lógica jurídica*. Trad. Vergínia K. Pupi. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos: desafios da ordem internacional contemporânea. In: _____. (Coord.). *Direitos humanos*. v. 1. Curitiba: Juruá, 2009. p. 15-37.

POPPER, Karl. *A sociedade aberta e seus inimigos*. Trad. Milton Amado. 2. v. 3. ed. São Paulo: Itatiaia, 1998.

POUND, Roscoe. *Las grandes tendencias del pensamiento jurídico*. Trad. José Puig Brutau. Granada: Comares, 2004.

RAMOS, André de Carvalho. *Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

RAZABONI, Olívia Ferreira. *Amicus curiae: democratização da jurisdição constitucional*. Dissertação de mestrado. Universidade de São Paulo, 2009.

RIGAUX, François. *A lei dos juízes*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

SOBOTA, Katharina. Don't mention the norm. *International journal of the semiotics of law*, v. 4, n. 10, p. 45-60, 1991.

SORTO, Fredys Orlando. A Declaração Universal dos Direitos Humanos no seu sexagésimo aniversário. *Verba Juris: anuário da pós-graduação em Direito*. v. 7, n. 7, jan./dez. p. 9-34, 2008.

_____. Montesquieu: o espírito geral das leis e o mito da separação de poderes. *Verba Juris: anuário da pós-graduação em Direito*. v. 3, n. 3, jan./dez. p. 73-91, 2004.

_____. O federalista e a constituição dos Estados Unidos. *Revista brasileira de estudos políticos*, Belo Horizonte (UFMG), n. 82, p. 133-158, jan. 1996.

SOUSA JUNIOR, José Geraldo de. Movimentos sociais – Emergência de novos sujeitos: o sujeito coletivo de direito. In: SOUTO, Cláudio; FALCÃO, Joaquim. *Sociologia e direito: textos básicos para a disciplina sociologia jurídica*. 2. ed. São Paulo: Pioneira, 1999.

STRECK, Lênio. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

_____. *Verdade e cosenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

TAVARES, André R. *Tratado da argüição de preceito fundamental: lei n. 9.868/99 e lei n. 9.882/99*. São Paulo: Saraiva, 2001.

VESTENA, Carolina Alves. *Participação ou formalismo?: o impacto das audiências públicas no Supremo Tribunal Federal brasileiro*. Dissertação (Mestrado em Direito), Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 2010.

VIANNA, Luiz Werneck; CARVALHO, Maria Alice Rezende de; MELO, Manuel Palacios Cunha; BURGOS, Marcelo Baumann. *Judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Renavan, 1999.

VIEHWEG, Theodor. Qué significa positivismo jurídico? In: *Tópica y filosofía del derecho*. 2. ed. Barcelona: Gedisa, 1997. p. 52-65.

WOLKMER, Antonio Carlos. *História do direito no Brasil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil: ley, derechos, justicia*. Trad. De Marina Gascón. 3. ed. Madrid: Trotta, 1999.

REFERÊNCIAS ELETRÔNICAS

BARBOSA, Claudia Maria; PAMPLONA, Danielle Anne. A judicialização da política e as audiências públicas no Supremo Tribunal Federal. *Revista Paradigma*, Ribeirão Preto, n. 18, p. 71-80, 2009. Disponível em: <<http://www.unaerp.br/revistas/index.php/paradigma/article/view/43/50>>. Acesso em: 10 jun. 2012.

BINENBOJM, Gustavo. A dimensão do amicus curiae no processo constitucional brasileiro: requisitos, poderes processuais e aplicabilidade no âmbito estadual. *Revista eletrônica Direito do Estado*. n. 1., jan-fev-mar, Salvador, 2005. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-1-JANEIRO-2005-GUSTAVO%20BINENBOJM.pdf>>. Acesso em: 8 jul. 2012.

BONFIM, Vinícius Silva. Gadamer e a experiência hermenêutica. *Revista CEJ*, Brasília, ano XIV, n. 49, p. 76-82, abr/jun, 2010. Disponível em <<http://www2.cjf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/view/1152/1341>>. Acesso em: 15 maio 2012.

CONECTAS DIREITOS HUMANOS. Relatório anual 2011. Disponível em: <http://www.conectas.org/arquivos/Conectas_RelAnual2011_Portugu%C3%AAs.pdf>. Acesso em: 23 nov. 2012.

CORAL-DÍAZ, Ana Milena; LONDOÑO-TORO, Beatriz; MUÑOZ-ÁVILA, Lina Marcela. El concepto de litigio estratégico en América Latina: 1990-2010. *Universitas*, Bogotá, n. 121, jul/dici, p. 49-75, 2010. Disponível em: <<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/vniver/cont/121/cnt/cnt3.pdf>>. Acesso em: 28 maio 2012.

FALCÃO, Joaquim; CERDEIRA, Pablo de Camargo; ARGUELHES, Diego Werneck. I relatório Supremo em números: o múltiplo Supremo. FGV DIREITO RIO, 2011. Disponível em: <<http://www.supremoemnumeros.com.br/wp-content/uploads/2011/05/IRelat%C3%B3rio-Supremo-em-N%C3%BAmeros.pdf>>. Acesso em: 12 mar. 2012.

FRATESCHI, Yara. Participação e liberdade política em Hannah Arendt. São Paulo, *Cadernos de Filosofia Alemã*, n. 10, jul/dez, p. 83-100, 2007. Disponível em: <http://www.fflch.usp.br/df/site/publicacoes/filalema/filalema_10/yara_05.pdf>. Acesso em: 3 jun. 2012.

MENDES, Gilmar; VALE, André Rufino do. O pensamento de Peter Häberle na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. *Observatório da jurisdição constitucional*, Brasília, ano 2, 2008/2009. Disponível em <<http://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/index.php/observatorio/article/viewFile/205/173>>. Acesso em: 15 maio 2012.

NASCIMENTO, Valéria Ribas do. A filosofia hermenêutica para uma jurisdição constitucional democrática: fundamentação/aplicação da norma jurídica na contemporaneidade. *Revista Direito GV*, v. 5, n. 1, p. 147-168, São Paulo, jan/jun, 2009.

Disponível em <http://direitogv.fgv.br/sites/direitogv.fgv.br/files/9_-_a_filosofia_hermeneutica_-_valeria_ribas_do_nascimento.pdf>. Acesso em: 30 abr. 2012.

POPPOVIC, Malak El-Chichini; NADER, Lucia. Conectas direitos humanos: a construção de uma organização internacional do/no Sul. *Revista Sur*, v. 8, n. 15, p. 161-185, dez., 2011. Disponível em: <<http://www.surjournal.org/conteudos/pdf/15/09.pdf>>. Acesso em: 13 dez. 2012.

STRECK, Lênio. Aplicar a “letra da lei” é uma atitude positivista? *Revista NEJ – Eletrônica*. v. 15, n. 1, p. 158-173, jan/abr. 2010. Disponível em: <<http://www6.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/2308/1623>>. Acesso: 18 jun. 2012.

_____; OLIVEIRA, Marcelo A. C.; LIMA, Martonio M. B. *Mutações na corte: A nova perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o controle difuso*. Disponível em: <http://www.ihj.org.br/pdfs/artigo_lenio07.pdf>. Acesso: 30 ago. 2010.

VIEIRA, Oscar Vilhena; ALMEIDA, Eloísa Machado. Advocacia estratégica em direitos humanos: a experiência da Conectas. *Revista Sur*, v. 8, n. 15, p. 187-213, dez., 2011. Disponível em: <http://www.surjournal.org/conteudos/pdf/15/10.pdf>.

_____. Supremocracia. *Revista Direito GV*, v. 4, n. 2, p. 441-463, São Paulo, jul/dez, 2008. Disponível em <<http://www.scielo.br/pdf/rdgv/v4n2/a05v4n2.pdf>>. Acesso: 5 jul. 2012.

VILARREAL, Marta. El litigio estratégico como herramienta del Derecho de Interés Público. In: MATUS, Fabián Sánchez. *El litigio estratégico en México: la aplicación de los derechos humanos a nivel práctico, experiencias de la sociedad civil*. México: Alto Comisionado de las Naciones Unidas, 2007. Disponível em: <<http://www.hchr.org.mx/files/doctos/Libros/litigioestrategico.pdf>>. Acesso: 22 jul. 2012.

ANEXO

Ações Constitucionais em que a Conectas Direitos Humanos atua como *amicus curiae* no Supremo Tribunal Federal.

ADI 2231/DF	Questiona dispositivos da Lei Federal nº. 9.882/1999, que dispõe sobre o procedimento da Ação de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Requerente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil.
ADI 2858/RJ	Questiona dispositivos das Leis do Estado do Rio de Janeiro nº. 3.524/2000, nº. 3.708/2001 e nº 4.061/2003, que dispõem sobre reserva de vagas nas universidades públicas estaduais para população negra e parda e portadores de deficiência. Requerente: Governador do Estado do Rio de Janeiro.
ADI 2197/RJ	Questiona a Lei Estadual do Rio de Janeiro nº 4.151/2003, que dispõe sobre a instituição do “sistema de cotas” ou “reserva de vagas” no referido Estado. Requerente: Confederação Nacional dos Estabelecimentos de Ensino – CONFENEN.
ADI 3330/DF	Questiona a Medida Provisória nº 213/2004, que institui o Programa Universidade Para Todos – PROUNI. Requerente: Confederação Nacional dos Estabelecimentos de Ensino – CONFENEN.
ADPF 186/DF	Questiona a ata da Reunião Extraordinária do Conselho de Ensino, Pesquisa e Extensão da Universidade de Brasília e a Resolução nº. 038/2000 da referida instituição de ensino que dispõe sobre o Plano de Metas para Integração Social, Étnica e Racial da Universidade de Brasília – UNB. Requerente: Democratas – DEM.
ADI 3082/DF	Questiona a Instrução Normativa nº. 007 do Tribunal Superior do Trabalho, que regulamenta a inscrição em concurso público das pessoas portadoras de deficiência. Requerente: Procurador-Geral da República.
ADI 3112/DF, ADI 3137/DF, ADI 3198/DF.	Questionam a Lei Federal nº. 10.826/2003,

ADI 3263	que dispõe sobre registro, posse e comercialização de armas de fogo e munição, sobre o Sistema Nacional de Armas – Sinarm, define crimes e dá outras providências. Requerentes: Partido Trabalhista Brasileiro – PTB, Partido Democrático Trabalhista – PDT, Associação Nacional de Proprietários e Comerciantes de Armas – ANPCA, Associação dos Delegados de Polícia do Brasil – ADEPOL, respectivamente.
ADI 3239/DF	Questiona o Decreto nº. 4.887/2003 que regulamenta o procedimento para identificação, reconhecimento, delimitação, demarcação e titulação das terras ocupadas por remanescentes dos quilombos. Requerente: Partido da Frente Liberal – PFL.
ADI 3268/RJ	Questiona dispositivos da Lei Estadual do Rio de Janeiro nº. 3.459/200, que regulamente o ensino religioso no Estado. Requerente: Confederação Nacional dos Trabalhadores em Educação – CNTE.
ADI 3478/RJ	Questiona dispositivo da Constituição do Estado do Rio de Janeiro que designa pastor evangélico para desempenhar a função de orientador religioso em quartéis, hospitais e presídios. Requerente: Associação dos Ativos, Inativos e Pensionistas das Polícias Militares do Brasil – ASSINAP.
ADI 3714/SP	Questiona dispositivos da Lei do Estadual de São Paulo nº. 12.142/2005, que estabelece diretrizes sobre a realização de concursos públicos e exames vestibulares do Estado e permite dispensa ao aluno em período de guarda religiosa. Requerente: Confederação Nacional dos Estabelecimentos de Ensino – CONFENEN.
ADI 3901/PA	Questiona dispositivo da Lei Estadual do Pará nº. 6.140/1998, que permite aos alunos dispensa das atividades acadêmicas em virtude de comprovação de crença religiosa. Requerente: Procurador-Geral da República.
ADI 3347/DF	Questiona a Portaria nº 540/2005, do Ministério do Trabalho e Emprego, que institui, no âmbito do referido Ministério, o Cadastro de Empregadores que tenham mantido trabalhadores em condições análogas à de escravo. Requerente: Confederação da Agricultura e

	Pecúária do Brasil.
ADI 3446/DF e ADI 3859/DF	Questiona dispositivos da Lei Federal nº. 8.069/1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente). Requerentes: Partido Social Liberal – PSL, Associação dos Delegados de Polícia do Brasil – ADEPOL, respectivamente.
ADI 3486/DF	Questiona a instituição do Índice de Deslocamento de Competência em caso de violações de direitos humanos pela Emenda Constitucional nº 45/2004. Requerente: Associação dos Magistrados Brasileiros.
ADI 3510/DF	Questiona dispositivos da Lei Federal nº 11.105/2005, que autoriza a pesquisa científica com células-tronco embrionárias no Brasil. Requerente: Procurador-Geral da República.
ADI 3729/SP	Questiona dispositivo da Lei do Estado de São Paulo nº. 11.260/2002, que dispõe sobre a suspensão do fornecimento de energia elétrica, água e gás canalizado por falta de pagamento das tarifas. Requerente: Governador do Estado de São Paulo.
ADI 3824/MS	Questiona dispositivo da Lei do Estado do Mato Grosso do Sul nº. 2.042/1999, que dispõe sobre a suspensão do fornecimento de energia elétrica, água e serviço de telefonia por falta de pagamento das tarifas. Requerente: Associação Brasileira dos Distribuidores de Energia Elétrica - ABRADDEE.
ADI 3801/RS	Questiona as Leis Estaduais nº. 12.114/2004 e nº. 12.182/2004, ambas do Estado do Rio Grande do Sul, que proíbem a comercialização de pneus usados importados no Estado. Requerente: Procurador-Geral da República.
ADI 3947/PR	Questiona o art. 4º e anexo da Resolução nº 23/1996 do Conselho Nacional do Meio Ambiente – CONAMA, que dispõe sobre restrições à importação de pneumáticos. Requerente: Governador do Estado do Paraná.
ADPF 101/DF	Requer a suspensão dos efeitos das decisões judiciais que autorizaram a impoção de pneus usados. Requerente: Presidente da República.
ADI 3874/RJ	Questiona a Lei do Estado do Rio de Janeiro

	<p>nº. 4.675/2005, que proíbe a cobrança por prova de segunda chamada, finais ou equivalentes pelos estabelecimentos de ensino no Estado do Rio de Janeiro.</p> <p>Requerente: Confederação Nacional dos Estabelecimentos de Ensino – CONFENEN.</p>
ADI 3892/SC	<p>Questiona a Constituição do Estado de Santa Catarina e a Lei Complementar Estadual nº. 155/1997, que institui a Defensoria Pública no referido Estado como sendo aquela exercida pela Defensoria Dativa e a Assistência Judiciária Gratuita.</p> <p>Requerente: Associação Nacional dos Defensores Públicos da União.</p>
ADI 4056/MA	<p>Questiona dispositivo da Lei do Estado do Maranhão nº. 8.559/2006, que institui a Defensoria Pública Estadual como órgão do Poder Executivo do Estado.</p> <p>Requerente: Procurador-Geral da República.</p>
ADI 4163/SP	<p>Questiona dispositivo da Constituição do Estado de São Paulo e a Lei Complementar Estadual nº 988/2006, que institui e regulamenta, respectivamente, a Defensoria Pública Estadual.</p> <p>Requerente: Procurador-Geral da República</p>
ADI 3944/DF	<p>Questiona dispositivos do Decreto nº. 5.820/2006, que dispõe sobre a implantação do SBTVD-T, estabelece diretrizes para a transição do sistema de transmissão analógica para o sistema de transmissão digital do serviço de radiodifusão de sons e imagens e do serviço de radiodifusão de sons e imagens e do serviço de retransmissão de televisão.</p> <p>Requerente: Partido Socialismo e Liberdade – PSOL.</p>
ADPF 54/DF	<p>Requer seja dada interpretação conforme a Constituição para excluir da tipificação penal o aborto de fetos anencefálicos.</p> <p>Requerente: Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde – CNTS.</p>
ADPF 71/DF	<p>Questiona decretos do Poder Executivo Federal que estabelecem os cálculos das verbas do FUNDEF por aluno.</p> <p>Requerente: Confederação Nacional dos Trabalhadores em Educação – CNTE.</p>
ADPF 73/DF	<p>Questiona dispositivo da Lei Federal nº. 10.934/2004, que dispõe sobre aplicação orçamentária das verbas destinadas à saúde.</p> <p>Requerente: Partido da Social Democracia</p>

	Brasileira – PSDB.
ADPF 132/DF e ADI 4277/DF	Questiona o reconhecimento constitucional da união civil entre casais do mesmo sexo para fins previdenciários. Requerente:
ADI 4234/DF	Questiona dispositivos da Lei Federal nº. 9.279/1996, que estabelece e regulamenta os direitos e obrigações relativos à propriedade industrial. Requerente: Procurador-Geral da República.
ADI 2404/DF	Questiona dispositivo da Lei Federal nº. 8.069/1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), que dispõe sobre o necessário aviso prévio da classificação indicativa em programas de rádio e TV. Requerente: Partido Trabalhista Brasileiro.
ADI 4439/SP	Questiona a Lei do Estado de São Paulo nº. 9.394/1996, que estabelece diretrizes para o ensino religioso em escolas públicas de ensino fundamental.
ADI 4608/DF	Questiona dispositivos da Lei Complementar nº. 132/2009, que dispõe sobre a instituição da Ouvidoria-Geral da Defensoria Pública do Distrito Federal. Requerente: Partido Social Liberal – PSL.