



**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS
FACULDADE DE DIREITO**

A legitimidade *sui generis* das confederações sindicais e entidades de classe nas ações de controle abstrato de constitucionalidade

RAFAEL CLEMENTE MARINS

Rio de Janeiro

2022

RAFAEL CLEMENTE MARINS

A legitimidade *sui generis* das confederações sindicais e entidades de classe nas ações de controle abstrato de constitucionalidade.

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação da **Professora Dra. Carolina Cyrillo.**

Rio de Janeiro

2022

CIP - Catalogação na Publicação

C3391 Clemente Marins, Rafael
A legitimidade sui generis das confederações sindicais e entidades de classe nas ações de controle abstrato de constitucionalidade. / Rafael Clemente Marins. -- Rio de Janeiro, 2022.
93 f.

Orientadora: Carolina Cyrillo da Silva.
Coorientadora: Siddharta Legale.
Trabalho de conclusão de curso (graduação) - Universidade Federal do Rio de Janeiro, Faculdade Nacional de Direito, Bacharel em Direito, 2022.

1. A Constitucionalização do Direito e a Jurisdição Constitucional. 2. Controle de Constitucionalidade no Brasil. 3. Legitimação no Controle Concentrado. 4. Estudo de Caso: A Legitimidade sui generis das confederações sindicais e entidades de classe. I. Cyrillo da Silva, Carolina, orient. II. Legale, Siddharta, coorient. III. Título.

RAFAEL CLEMENTE MARINS**A legitimidade *sui generis* das confederações sindicais e entidades de classe nas ações de controle abstrato de constitucionalidade.**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação da Professora **Dra. Carolina Cyrillo**.

Data da Aprovação: __ / __ / ____.

Banca Examinadora:

Orientador

Co-orientador (Opcional)

Membro da Banca

Membro da Banca

RIO DE JANEIRO

2022

 UFRJ	UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas Faculdade Nacional de Direito Coordenação de Monografia
--	--

ATA DE APRESENTAÇÃO DE TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO

DATA DA APRESENTAÇÃO: _____ 12 / 12 / 2022

Na data supramencionada, a **BANCA EXAMINADORA** integrada pelos (as) professores (as)

1. Carolina Rolim Machado Cyrillo da Silva (Orientadora) _____
2. Siddharta Legale _____
3. Danilo Sardinha _____
4. Leonam Lizieiro _____

Reuniu-se para examinar o TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO - TCC do discente:

NOME COMPLETO DO ALUNO: Rafael Clemente Marins,

DRE 118027952,

TÍTULO DA MONOGRAFIA: *A legitimidade sui generis das confederações sindicais e entidades de classe nas ações de controle abstrato de constitucionalidade* _____

APÓS A EXPOSIÇÃO DO TRABALHO DE MONOGRAFIA PELO (A) DISCENTE, ARGUIÇÃO DOS MEMBROS DA BANCA E DELIBERAÇÃO SIGILOSA, FORAM ATRIBUÍDAS AO DISCENTE AS SEGUINTE NOTAS POR EXAMINADOR (A):

	Respeito à Forma (Até 2,0)	Apresentação Oral (Até 2,0)	Conteúdo (Até 5,0)	Atualidade e Relevância (Até 1,0)	TOTAL
Prof. Orientador(a)	2	2	5	1	10
Prof. Membro 01	2	2	5	1	10
Prof. Membro 02	2	2	5	1	10
Prof. Membro 03	2	2	5	1	10
MÉDIA FINAL					10

OBS: Professor Orientador tem prerrogativa de referendar as notas dos membros da BANCA EXAMINADORA assinando por todos.

Assinatura do PROF. ORIENTADOR (A): _____ NOTA: 10 _____

Assinatura PROF. MEMBRO 01: _____ NOTA: 10 _____

Assinatura PROF. MEMBRO 02: _____ NOTA: 10 _____

Assinatura PROF. MEMBRO 03: _____ NOTA: 10 _____

MÉDIA FINAL (Disciplina MONOGRAFIA JURÍDICA III): DEZ

Dedico este trabalho à família e amigos que sempre me apoiaram, em especial, in memoriam de meu avô, Antonio Clemente.

AGRADECIMENTOS

Cursar o bacharelado em Direito nunca foi uma escolha certa, ou mesmo uma paixão de infância. Assim, ao apagar das luzes da educação fundamental, ainda restavam dúvidas em meu subconsciente sobre qual caminho trilhar em meu futuro profissional. Nesse momento, percebe-se a importância de toda a família no direcionamento, nos conselhos, no suporte. Por este motivo, meu primeiro agradecimento vai em especial para minha mãe, Simone Coutinho Clemente, por sempre ser meu farol em um oceano de dúvidas, por lutar mais por mim do que eu mesmo. Obrigado, mãe. Se hoje sou um fiel e apaixonado seguidor da deusa Themis, foi pelo seu integral incentivo.

Não obstante, é imprescindível rememorar todos os que sempre trilharam esse percurso comigo, com apoio moral, financeiro, emocional, me auxiliando para que eu pudesse dar tudo de mim e alcançasse o fim desse ciclo. Em especial, meu pai, Floriano Marins, que esteve sempre do meu lado, apoiando todas minhas escolhas com um amor incondicional, fornecendo todo o apoio possível e impossível para que eu tenha chegado onde estou hoje. Em continuação, minha Avó, Emília Clemente, a qual é minha companhia diária desde o início da graduação, há cinco anos, estando diretamente do meu lado em todos os bons e maus momentos. Minha arquiteta Mariana Meliande, pilar fundamental em meu amadurecimento como pessoa em nossos quase quatro anos de relacionamento.

Da mesma forma, não posso olvidar de prestar meus agradecimentos ao meu padrasto Valmir Brito e madrasta Gabriela Fernandes, que estão comigo desde muito pequeno.

Por fim, no tocante ao seio acadêmico, prestigio minha principal influência intelectual dos últimos três anos, o professor Siddharta Legale, que me auxiliou tanto na vida pessoal como profissional, em estágios, provas da faculdade, monitorias, clínica de direitos humanos, provas de mestrado, dentro muitos outros. Um verdadeiro amigo para a vida.

Aos demais participantes de minha jornada não homenageados aqui, como Marcos e Bruno, por pura falta de espaço, meus mais singelos agradecimentos por tudo, cada um de vocês é responsável por eu ter chegado onde cheguei. Hoje, posso dizer de peito aberto que a

Faculdade Nacional de Direito foi a melhor escolha que eu poderia ter feito, termino mais esse ciclo com um eterno carinho por tudo e por todos. Obrigado pessoal! AVANTE!

“Percebi que combater a ignorância e disseminar uma visão de mundo baseada em fatos às vezes pode ser uma forma frustrante, mas no fim, inspiradora e prazerosa de se passar a vida. Percebi que é útil e relevante aprender sobre como o mundo realmente é. Percebi que é profundamente recompensador tentar levar esse conhecimento a outras pessoas (...) Quando temos uma visão de mundo baseada em fatos, podemos perceber que o mundo não é tão ruim quanto parece - e podemos perceber o que precisamos fazer para continuar deixando-o melhor.”

(Hans Rosling)

RESUMO

A presente monografia tem como principal objetivo analisar, sob o panorama teleológico da supremacia da constituição, a discricionariedade da admissibilidade dos legitimados para a propositura das ações do controle concentrado de constitucionalidade por parte das decisões do Supremo Tribunal Federal ao longo da história. Para tanto, o trabalho aborda, de forma primária, o fenômeno do neoconstitucionalismo e o incremento de poder por meio do judiciário. Esse ramo do poder, inicialmente concebido como o mais fraco, agigantou-se, sendo o responsável hoje por manter a estabilidade do Estado Democrático de Direito. Contudo, sem a devida hermenêutica e freios e contrapesos, é impossível fugir o ativismo judicial. Dessa forma, em uma constituição lastreada em princípios, o controle de constitucionalidade no Brasil tornou-se alvo de decisões políticas, como no tocante ao próprio critério de admissibilidade para sua propositura. Dessa forma, busca-se a difícil tarefa de analisar tais requisitos à luz da hermenêutica constitucional, traçando-se padrões que garantem a estabilidade jurídica de nosso ordenamento. Em digressão, analisou-se a história do controle concentrado de constitucionalidade, seus panoramas atuais e principalmente as ações propostas pelas Entidades de Classe e Confederações Sindicais.

Palavras-chave: Direito; Trabalho; Constitucional; Processo; Controle de Constitucionalidade; Ativismo Judicial

ABSTRACT

The main objective of this monograph is to analyze, under the teleological panorama of the supremacy of the constitution, the standard of the admissibility of the legitimated to bring the actions of concentrated control of constitutionality by the decisions of the Federal Supreme Court throughout history. Therefore, the work primarily addresses the phenomenon of neoconstitutionalism and the increase in power through the judiciary. This branch of power, initially conceived as the weakest, grew and is now responsible for maintaining the stability of the Democratic State of Law. However, without proper hermeneutics and checks and balances, it is impossible to escape judicial activism. Thus, in a constitution based on principles, the control of constitutionality in Brazil has become the target of political decisions, as with regard to the very criterion of admissibility for its proposition. In this way, the difficult task of analyzing such requirements in the light of constitutional hermeneutics is sought, outlining standards that guarantee the legal stability of our system. In digression, the history of the concentrated control of constitutionality was analyzed, its current panoramas and mainly the actions proposed by the Class Entities and Union Organizations.

Keywords: Law; Work; Constitutional; Process; Control of Constitutionality; Judicial activism

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

STF	Supremo Tribunal Federal
ADI	Ação direta de Inconstitucionalidade
ADO	Ação direta de Inconstitucionalidade por Omissão
ADPF	Ação de descumprimento a preceito fundamental
CPC	Código de Processo Civil
CRFB/88	Constituição da República Federativa do Brasil de 1988
CC	Código Civil
N.	Número

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	14
1. A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO E A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL	17
1.1 Neoconstitucionalismo	21
1.2 Hermenêutica constitucional	30
1.3 Ativismo Judicial	39
2. O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL	46
2.1 Considerações gerais	46
2.2 Controle Difuso	48
2.3 Controle Concentrado	54
3. A LEGITIMAÇÃO NO CONTROLE CONCENTRADO	61
3.1 Legitimação Geral	63
3.2 Pertinência temática	66
4. ESTUDO DE CASOS: A Legitimidade sui generis das confederações sindicais e entidades de classe	70
4.1 Organizações sindicais	72
4.2 Entidades de Classe	75
CONCLUSÃO	84
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	87

INTRODUÇÃO

Desde o artigo 78 do Federalismo, escrito por Hamilton em 1787¹, o controle de legalidade por parte do judiciário está em debate nas democracias constitucionais. Tal discussão é ampliada em Estados neoconstitucionalistas, no qual o judiciário detém a prerrogativa de guardião da constituição, uma vez que, recorrentemente, as diferentes possibilidades de decisões e pensamentos geram discricionariedade nas sentenças e acórdãos. Dessa forma, enquanto o poder judiciário é fundamental na estabilidade institucional, suas decisões, sem a adoção criteriosa da metodologia Alexyana da proporcionalidade,² podem acarretar demasiado desbalanceamentos em virtude do ativismo judicial³. Portanto, assim como os extremos são considerados vícios para Aristóteles⁴, deve-se buscar o meio-termo adequado para o judiciário.

O controle de constitucionalidade brasileiro, como instrumento por meio do qual o poder judiciário garante a supremacia constitucional, possui uma série de legitimados específicos para sua deflagração. Tais legitimados foram altamente ampliados por meio da Constituição de 1988 e podem ser observados em seu Art. 103. A ampliação desse rol foi realizada com o objetivo da maior abrangência do controle popular por outros atores além do procurador-geral da república, como previsto nas antigas cartas máximas brasileiras. Dentre os possíveis instauradores desse processo objetivo, há, entre o Supremo Tribunal Federal, a criação de critérios restritivos para que haja a aceitação dos pleitos firmados. Nesse ponto, o critério mais relevante é a pertinência temática, uma vez que alguns daqueles firmados no Art. 103 do CF, como os governadores, entidades de classe ou entidades sindicais, são considerados legitimados especiais. Contudo, nessa jurisprudência defensiva, a análise teleológica da lei (ampliação da participação popular e controle a partir da sociedade civil) foi preterida, principalmente em relação às entidades de classe e confederações sindicais, visto

¹ MADISON, James; HAMILTON, Alexander; JAY, John. *O federalista*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1984.

² ALEXY, Robert. *Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no Estado de Direito Democrático*. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, 1999. Disponível em <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47414/45316>. Acesso em 14/11/2022

³ BACCIN, L. C.; MONTEIRO, K. F. A TEORIA DA PROPORCIONALIDADE DE ROBERT ALEXY COMO SOLUÇÃO PARA COLISÕES DE DIREITOS FUNDAMENTAIS. *Revista Eletrônica Direito e Política, [S. l.]*, v. 13, n. 3, p. 1088–1111, 2018. DOI: 10.14210/rdp.v13n3.p1088-1111. Disponível em: <https://periodicos.univali.br/index.php/rdp/article/view/13711>. Acesso em: 14/11/2022.

⁴ ARISTÓTELES., *Ética à Nicômacos*. Brasília: Editora UnB, 2011. Versão Ebook.

que estas estão submetidas a critérios ainda mais específicos para sua admissibilidade, como será demonstrado no quarto capítulo.

Portanto, o presente trabalho tem como escopo principal analisar a subjetividade do Supremo Tribunal Federal no tocante à admissibilidade de processos deflagrados no controle concentrado de constitucionalidade, principalmente em relação às entidades de classe e confederações sindicais. Tais critérios, ao restringirem a intraoperabilidade da vida constitucionais pelos principais setores da sociedade civil, apresentam uma interferência indevida da corte máxima aos princípios constitucionais republicanos e do acesso à justiça, mitigando a criação de um sentimento constitucional na população brasileira. Para tanto, é necessário analisar de forma prévia a interação do poder judiciário com o ordenamento jurídico, desde suas primeiras discussões e sua intensificação na lógica neoconstitucionalista, perpassando pelos mecanismos no qual os magistrados interpretam a lei em seu extremo, o ativismo judicial.

A partir da análise citada, é possível destrinchar o processo constitucional e o controle de constitucionalidade no sistema brasileiro a partir de suas diferentes vertentes, além do controle judicial concentrado repressivo. Logo, ao abordar a história e principalmente a influência do direito comparado no Brasil, buscou-se demonstrar o início dos institutos citados e suas inspirações. Ato contínuo, explicitaram-se as modalidades do controle, sejam elas da forma difusa ou concentrada. Com tal explanação inicial, foi possível adentrar especificamente no controle concentrado, suas ações, seus processos e principalmente os critérios restritivos do Supremo Tribunal Federal no tocante às entidades de classe ou organizações sindicais.

Frisa-se a importância do processo constitucional para a legitimidade democrática, uma vez que ao servir como elemento de estabilização constitucional, é fundamental para a manutenção do estado republicano de direito e para a conformidade do ordenamento jurídico no qual impera a constituição. Dessa forma, assim como para Durkheim o corpo social pode ser observado como um “corpo biológico” no qual todas as funções em sua exata medida são essenciais para o bom funcionamento do coletivo⁵, é necessário que o judiciário utilize suas prerrogativas com adequação, necessidade e proporcionalidade.

⁵ DURKHEIM, Émile. *Da divisão do trabalho social*. São Paulo: Martins Fontes, 1999. Versão EBook.

Com efeito, para aferir o grau de subjetividade do Supremo Tribunal Federal no tocante às entidades de classe e confederações sindicais, a última parte do presente trabalho promoveu um estudo de casos, apurando as principais decisões do STF acerca do tema. Ou seja, observa-se se há um elevado nível de subjetividade para haver a admissibilidade, ou não, desses legitimados nas ações do controle concentrado. Busca-se, assim, promover a discussão quanto a uma “jurisdição constitucional mais permeável e democrática.”⁶ e fornecer possíveis soluções para a atual problemática.

Portanto, além da revisão bibliográfica em um primeiro momento, a metodologia abordada no último capítulo será o estudo de caso. Como elucidado por Robert K. Yin, “o estudo de caso, como outras estratégias de pesquisa, representa uma maneira de investigar um tópico empírico seguindo-se um conjunto de procedimentos pré-especificados.”⁷ Com isso, atesta o autor pela legitimidade do estudo de caso como uma metodologia válida dentro do ramo jurídico, apta a entender o cenário fático e propor teorias. Assim, a investigação presente tratar-se-á em três etapas distintas: (i) revisão literária acerca do poder do judiciário no constitucionalismo contemporâneo e o controle de constitucionalidade; (ii) busca de jurisprudência dos tribunais superiores acerca do tema, em especial quanto os requisitos impostos para a admissibilidade das entidades de classe e as confederações sindicais; (iii) acareação das decisões emanadas pelo judiciário com o objetivo de compreender acerca da admissibilidade ou não dos legitimados citados dentro do ordenamento brasileiro. Não obstante, o autor destrincha o estudo de caso em três vertentes, sejam elas descritiva; (ii) exploratória; (iii) explanatório. Na mesma linha, o presente trabalho primou pela modalidade exploratória, que, de acordo com Robert K. Yin, auxilia a aumentar o entendimento sobre o fenômeno estudado.

⁶ BRANDÃO, Rodrigo; NUNES, Daniel Capecchi. O STF e as entidades de classe de âmbito nacional: a sociedade civil e seu acesso ao controle concentrado de constitucionalidade. *Revista de Direito da Cidade*, v. 10, n. 1, 2018, p. 192.

⁷ YIN, R. K. *Case study research: design and methods*. Thousand Oaks: SAGE Publications, 2002, p. 35.

1. A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO E A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

A separação dos poderes é oriunda de antigas concepções, tais como de Aristóteles, Locke e Montesquieu. Traçando um paralelo, nota-se que todas buscam limitar o poder para evitar o autoritarismo. Contudo, apenas com o último autor citado a ideia de freios e contrapesos tornou-se uma máxima da democracia. Apesar do próprio Montesquieu possuir dúvidas quanto a aptidão de autogestão popular, sua contribuição para a teoria do estado foi fundamental para a construção do princípio republicano. Tais correntes europeias foram incorporadas no Brasil a partir de suas diferentes constituições, sendo que a de 1988 trouxe diversas inovações quanto ao arranjo institucional, ampliando os principais atores institucionais. Dentro dessa nova linha mestra, o poder popular foi ampliado e a separação de poderes foi ainda mais fragmentada, como, por exemplo, com a ampliação das ações do controle de constitucionalidade e dos legitimados aptos a deflagrá-la.

Nesse ínterim, o primeiro capítulo da presente monografia pretende esmiuçar a mudança de pensamento que originou o novo desenho institucional brasileiro a partir, em um primeiro momento, das teorias que originaram a democracia e a separação de poderes. Nesse ponto, em uma análise histórica, observa-se-a como há a harmonia entre as funções estatais e como o crescimento do executivo, principalmente a partir do *welfare state* e do fenômeno do neoconstitucionalismo, desencadearam o agigantamento do judiciário.

Sob a ótica do equilíbrio, o poder concedido ao judiciário pelo constituinte originário, possui suas contrapartidas. Em contraposição com o regime autoritário vigente de 1964 a 1985, a constituição de 1988 concedeu menos poderes ao executivo, com o medo de autoritarismos e uma nova ditadura militar. Nesse ponto, o desenho democrático brasileiro formulado de forma participativa com a sociedade civil buscou uma maior participação popular nos assuntos sensíveis da política, como o controle de constitucionalidade.

No entanto, sob a premissa do neoconstitucionalismo, filosofia no qual a constituição está no centro do ordenamento jurídico e o judiciário apresenta-se como seu guardião, a corte máxima brasileira, o Supremo Tribunal Federal, acaba por muitas vezes ir de encontro com a interpretação teleológica da própria carta magna. Por exemplo, como foco principal do

presente estudo, sob uma jurisprudência defensiva pautada na eficiência, há a restrição da participação popular prevista pelo constituinte originário, visto que o STF impõe requisitos extraordinários não previstos em lei para a participação dos setores civis, como as entidades de classe e as confederações sindicais.

Logo, a segunda parte do presente capítulo irá destrinchar o fenômeno do neoconstitucionalismo, analisando se este é benéfico ou não para a participação popular dentro do controle de constitucionalidade. Ato contínuo, o segundo subtópico abordará acerca da hermenêutica constitucional. Em outras palavras, será explorado, a partir prioritariamente da metodologia alexyana, se e quando as decisões tomadas pelo judiciário realmente refletem a vontade geral do povo e as ideias trazidas na constituição. Por fim, o último subtópico tem como escopo expor acerca do ativismo judiciário da corte máxima, travando uma discussão sobre seus benefícios e malefícios para a democracia brasileira.

Adentrando no tema, como demonstrado no Art. 2º da Constituição Federal, as diferentes esferas de poder são independentes e harmônicas entre si. Tal artigo consagra a positivação em sede constitucional da separação dos poderes. Nessa linha, em uma breve síntese histórica, Aristóteles em sua obra “A Política” dividia o Estado em três poderes, o Deliberativo, o Executivo e o Judiciário⁸. Por outro lado, o filósofo iluminista Jonh Locke, em “Segundo tratado sobre o Direito Civil”, divide entre Legislativo, Executivo, Federativo e a Discricionária⁹, sendo o Legislativo superior aos demais. Contudo, para o autor, tal poder não pode ser ilimitado. Para isso, propõe alguns freios, como a isonomia das leis, o bem do povo como finalidade, que o consentimento direto ou através dos representantes da população seja fundamental e que aqueles que criam as leis sejam os legítimos depositários da confiança popular.¹⁰ Nesse prisma, observa-se a explicação de Couceiro sobre o tema:

Essa teoria da separação de poderes em corrente tripartite, foi esboçado primeiramente por Aristóteles em sua obra “A Política”, em que admitia existir três órgãos separados a quem cabiam as decisões do Estado. Eram eles o poder Deliberativo, o Poder Executivo e o Poder Judiciário. Posteriormente, Locke em sua obra “Segundo Tratado sobre o Governo Civil”, concebendo o Poder Legislativo

⁸ ARISTÓTELES. *Política*. São Paulo: Martin Claret, 2002. Versão Ebook.

⁹ LOCKE, John. *O segundo tratado do governo civil*. Petrópolis: Vozes, 1994, p.74-75.

¹⁰ COUCEIRO, Julio Cezar. *Separação dos Poderes em corrente tripartite*. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 18 out. 2011, p. 3. <https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/25736/separacao-dos-poderes-em-corrente-tripartite#:~:text=Essa%20teoria%20da%20separa%C3%A7%C3%A3o%20de,Executivo%20e%20o%20Poder%20Judici%C3%A1rio. Acesso em 22/09/2022.>

como sendo superior aos demais, que inclusive estariam subordinados a ele, quais sejam, o Executivo com a incumbência de aplicar as leis e o Federativo que, muito embora, tivesse legitimidade não poderia ser desvinculado do Executivo, cabendo a este cuidar das relações internacionais do governo.¹¹

Como evolução natural dos limites expostos por Locke, Montesquieu cria a ideia de “freios e contrapesos” entre o Executivo, Legislativo e Judiciário. Para ele, apenas o poder pode frear o poder. Assim, a descentralização desse em diferentes esferas com relativa equidade proporciona uma maior estabilidade, evitando assim governos despóticos.¹² No entanto, diferentemente de Rousseau, que defendia a ideia de soberania orbitando o próprio povo e não o monarca,¹³ Montesquieu preocupa-se com a limitação dos poderes, uma vez que possuía dúvidas quanto a aptidão do povo para legislar e se autogovernar. Logo, observa-se aqui que em sua obra, Montesquieu representa a perspectiva aristocrática de governança ao buscar excluir a máxima participação popular da política. Nessa lógica, como será melhor abordado nos próximos capítulos, enquanto a constituição brasileira busca ampliar o poder do povo por meio da incorporação das entidades de classe e as confederações sindicais como legitimados ao controle de constitucionalidade, o STF, nos moldes de Montesquieu, cria requisitos para restringir seu peticionamento e participação político-constitucional.

Retornando as bases teóricas expostas, apenas a constituição norte-americana de 1787 deu efetiva vida prática a tais diretrizes e controle entre os poderes, uma vez que o Art. 1º da Constituição dos Estados Unidos, delimita os limites aos poderes federais e a cada estado-membro. Não obstante, a constituição mencionada influenciou um dos principais marcos normativos internacionais na busca pela participação popular e dos direitos individuais, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão. Em seu Art. 16, a declaração explicita que “A sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição.”¹⁴

Retornando ao Brasil, a tripartição de poderes foi incorporada com outros órgãos independentes, além dos tradicionalmente formulados, como o próprio Ministério Público e

¹¹ COUCEIRO, Julio Cezar. *Separação dos Poderes em corrente tripartite*. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 18 out. 2011. <https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/25736/separacao-dos-poderes-em-corrente-tripartite#:~:text=Essa%20teoria%20da%20separa%C3%A7%C3%A3o%20de,Executivo%20e%20o%20Poder%20Judici%C3%A1rio,p.1>. Acesso em 22/09/2022.

¹² MONTESQUIEU, Charles. *O espírito das leis*. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 167-178.

¹³ ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O contrato social*. São Paulo: Abril Cultural, 1973, p. 38 e ss.

¹⁴ *DECLARAÇÃO DOS DIREITOS DO HOMEM E DO CIDADÃO*, 1789. Universidade de São Paulo: Biblioteca Virtual de Direitos Humanos, 2015.

os Tribunais de Contas. Além disso, as próprias prerrogativas dos poderes começaram a se mesclar. Dessa forma, tanto o Executivo, o Legislativo ou mesmo o Judiciário possuem funções típicas e funções atípicas.

Contudo, dentre todas as funções dispostas, analisa-se que o executivo, principalmente a partir dos direitos positivos de segunda geração, ganhou maior expressão no cenário institucional. Nesse mesmo sentido, Di Pietro afirma que “o grande volume de atribuições do Estado concentrou-se, em sua maioria, em mãos do Poder Executivo”¹⁵. Como consequência desse crescimento, o Judiciário também aumentou sua influência por meio dos Remédios Constitucionais e o Controle de Constitucionalidade. Por isso, assim como expõe Paulo Bonavides, as antigas teorias de repartição do poder não se adéquam mais a realidade, principalmente a brasileira, com suas peculiaridades:

Uma técnica em declínio, sujeita a gradual superação, imposta por requisitos novos de equilíbrio político e acomodação a esquemas constitucionais cujo pensamento não assenta razões preponderantes de formalismos na proteção de direitos individuais, conforme o teor clássico de sua elaboração inicial e finalidade precípua do velho liberalismo. Desde que o constitucionalismo entrou a se volver no sentido do enriquecimento do seu conteúdo, para deixar de ser forma e se converter em substância, abrangendo paulatinamente novas áreas da realidade social, notadamente as de teor econômico, passou aquele princípio a ter interesse secundário, por haver deixado de corresponder ao sentido atual da organização democrática, na qual fatores estranhos, desconhecidos à teoria política do século XVIII, começaram a interferir na estrutura da sociedade, modificada por relações imprevistas, de caráter social e econômico¹⁶

Logo, as teorias clássicas, apesar de fundamentais para a compreensão do momento atual, não se enquadram perfeitamente ao caso brasileiro. Canotilho, por exemplo, entende o constitucionalismo como “técnica específica de limitação do poder”¹⁷. Contudo, no Brasil marcado por um passado autoritário e pela miséria, a efetivação dos padrões e aspirações previstas pelo constituinte originário são muito mais do que uma simples limitação ao poder das instituições. Por este motivo, sob a ideia do constitucionalismo sul-americano¹⁸, deve-se observar o cenário brasileiro a partir das suas peculiaridades geográficas, históricas e sociais, dentro do contexto do subdesenvolvimento e das mazelas sociais presentes no país.

¹⁵ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas*. 9ª ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 12.

¹⁶ BONAVIDES, Paulo. *Do estado liberal ao estado social*. 9ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 64-65.

¹⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Almedina, 2017, p. 51.

¹⁸ SILVA, Carolina Machado Cyrillo. É POSSÍVEL FALAR EM UM CONSTITUCIONALISMO SUL - AMERICANO?. *Empório do Direito*, 05/08/2016. Disponível em <https://emporiiodireito.com.br/leitura/e-possivel-falar-em-um-constitucionalismo-sul-americano>. Acesso em 20/12/2022.

Dessa forma, conforme exposto por Paulo Bonavides, o Estado democrático e Estado social deram lugar ao Estado Democrático de Direito, marcado principalmente pela doutrina da máxima efetividade irradiante da Constituição¹⁹ e da democracia pluralista. No entanto, ambas necessitam da maior participação popular possível para serem efetivadas na prática. Nesse prisma, a sociedade civil deve ser incitada e ter meios plausíveis para sua inserção no cenário político e legal do Brasil. Portanto, a participação das entidades de classe e confederações sindicais deveriam ser estimuladas, não restringidas.

Para elucidar tal ponto, o próximo subtópico irá abordar acerca do neoconstitucionalismo, a doutrina da máxima efetividade e suas eventuais críticas. Portanto, para que seja possível entender os padrões atuais, demonstra-se necessário entender sob qual luz tal verdade foi forjada.²⁰

1.1 Neoconstitucionalismo

O subtópico inaugural do primeiro capítulo tem como objetivo abordar acerca do neoconstitucionalismo brasileiro. Por neoconstitucionalismo, pode-se entender a supremacia da constituição e a irradiação de seus princípios para os demais diplomas do ordenamento jurídico, sendo a dignidade da pessoa humana imperativo desse sistema. Logo, todos os ramos do direito são interpretados sob o viés dos direitos fundamentais. Nesse sentido, o prefixo “neo” é utilizado como forma de mudança com o constitucionalismo antigo. Portanto, mais uma vez, o Brasil apresenta suas peculiaridades em relação às teorias europeias, como será demonstrado.

No entanto, a busca pela democracia e efetivação de direitos não é uma concepção puramente contemporânea oriunda da constituição de 1988, mas sim uma construção histórica erguida através das diferentes constituições, desde o império. Logo, a máxima efetividade só pode ser construída a medida que o desenvolvimento social e econômico permitiam recursos para tanto.

¹⁹ BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição Brasileira*. 7. ed. São Paulo: Renovar, 2009. Versão Ebook.

²⁰ FOUCAULT, Michel. *A arqueologia do saber*. 1. ed. Petrópolis/RJ: Vozes, 1972. Versão Ebook.

Com o patamar elevado no qual a constituição foi alçada, o judiciário foi promovido a seu guardião. Em outras palavras, o poder judiciário foi o institucionalmente responsável pelos constituintes originários a promover a defesa dos interesses sensíveis postulados na carta magna, com principal foco às cláusulas pétreas. Ou seja, com uma constituição principiológica e judiciária, a judiciária mais uma vez agigantou-se, trazendo para si supra competências e enormes responsabilidades.

Por este motivo, o presente subtópico analisará o fenômeno do neoconstitucionalismo e como este ampliou as prerrogativas do judiciário, tornando-o, muitas vezes, um legislador ao inovar no ordenamento jurídico. Portanto, apesar dos enormes avanços trazidos por esta corrente na defesa dos direitos humanos e suas efetivações em uma sociedade estagnada, deve-se expor da mesma forma suas mazelas e o contexto no qual elas foram permitidas. Assim, para entender a restrição a participação popular pelo Supremo Tribunal Federal, é necessário entender como o judiciário chegou ao seu estado atual.

Para tanto, é necessário entender a história constitucional brasileira. Desembocada na constituição brasileira de 1988, a assembleia constituinte que a antecederia foi um pacto entre as elites e a sociedade civil organizada com suas 132 emendas populares e mais de quinze milhões de assinaturas. Nessa árvore de natal em que cada grupo pendurou seus interesses²¹, percebe-se a supremacia da constituição e a dignidade da pessoa humana como nortes jurídicos espalhados por todo o ordenamento brasileiro.

Nesse prisma, Gustavo Binjenbojm entende que todo o ordenamento jurídico brasileiro passou por um “Giro Democrático-Constitucional”²². Logo, expõe a Dignidade da Pessoa Humana como centro axiológico dos sistemas jurídicos e fonte de irradiação de direitos humanos. Dessa forma, tal farol carrega em si, três vertentes principais: primeiro, a ideia kantiana de que todo homem é um fim em si mesmo e, portanto, não pode ser empregado como meio para se alcançar quaisquer objetivos. Segundo, a noção de que deve prevalecer a autodeterminação individual de cada pessoa, corroborando para a manutenção do livre arbítrio e da vontade para a persecução da vida boa - assegurado o seu mínimo existencial, e, por fim,

²¹ MELO, Marcus André. Hiperconstitucionalização e Qualidade da Democracia: Mito e Realidade. In.: MELO, Carlos Ranulfo; SÁEZ, Manuel Alcántara. *A Democracia Brasileira: Balanço e Perspectivas para o Século 21*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2007, p. 250.

²² BINENBOJM, Gustavo. *Poder de polícia, ordenação, regulação: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador*. Belo Horizonte: Fórum, 2021, capítulo 3.

em terceiro, a limitação dessa vontade com base em costumes e valores sociais.²³ Logo, a constituição, pela sua eficácia irradiante e a doutrina da efetividade, exala tais princípios para os demais ramos, promovendo uma constitucionalização do direito.

Contudo, em contrapartida, com o controle estatal inicialmente formulado, o neoconstitucionalismo surge como forma de dar a máxima efetividade à constituição, visto que todo o ordenamento jurídico orbita em torno dela. Logo, há um caráter dirigente e programático na Lei Fundamental, permitindo que o Judiciário tome frente em muitas questões. Nesse ponto, Ricardo Martins contextua que:

(...) se, de início, foi erigido em oposição à política da liberdade, os textos constitucionais passaram, principalmente após a Segunda Guerra Mundial, a apresentar um extenso rol de garantias e direitos fundamentais, e tornaram-se um importante instrumento contra o uso abusivo do poder estatal. Hoje, muitas Constituições consagram não apenas direitos individuais e políticos, mas também direitos sociais, o que lhes dá um caráter dirigente. Tornaram-se não apenas uma garantia do povo contra o uso abusivo do poder, mas também uma garantia contra o não exercício do poder, um instrumento impeditivo de retrocessos e garantidor de avanços, um obstáculo contra o uso descomedido do poder estatal e um direcionamento ao uso comedido. Reconheceu-se ao órgão de controle jurisdicional – juízes em geral, no controle difuso, ou o Tribunal Constitucional, no controle concentrado – não apenas a competência para invalidar os atos contrários à Constituição, mas também para invalidar a omissão estatal, o não cumprimento do programa constitucional. É nesse contexto que surge o neoconstitucionalismo.²⁴

Contudo, no tocante à histórica constitucional em conjunto com a efetividade das normas jurídicas, José Vicente Santos de Mendonça e Christian Lynch abordam sobre uma crítica pontual à Doutrina da Efetividade. Em sua essência, a doutrina da efetividade é tornar as normas constitucionais aplicáveis direta e imediatamente, na extensão máxima de sua densidade normativa. Entretanto, para entendermos seu ponto, é necessária uma digressão ao neoconstitucionalismo. Segundo os autores, esse termo começou após 1970, como um sinônimo de pós-positivismo, ao trazer na constituição normas programáticas, ou seja, dispositivos com conceitos indeterminados que buscavam objetivos. No Brasil, autores como Paulo Bonavides entendem a necessidade de romper com o passado para que seja criado um verdadeiro regime de constitucionalidade, já que as constituições do passado não servem

²³ BINENBOJM, Gustavo. *Poder de polícia, ordenação, regulação: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador*. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020. E-book. ISBN 978-65-5518-066-4.

²⁴MARTINS, Ricardo Marcondes. Neoconstitucionalismo. *Enciclopédia jurídica da PUC-SP*. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Direito Administrativo e Constitucional. Vidal Serrano Nunes Jr., Maurício Zockun, Carolina Zancaner Zockun, André Luiz Freire (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/134/edicao-1/neoconstitucionalismo>. Acesso em 22/09/2022.

como exemplo. Logo, diferente da Europa, em que o neoconstitucionalismo surge para questionar o direito contemporâneo, dado sua condição precária, no Brasil ele serve para legitimar o direito do presente, pensando-o como superior ao do passado.²⁵ Portanto, mais uma vez ressalta-se a necessidade de estudar o contexto brasileiro como um regime próprio, *à brasileira*.

Para os autores, os que criticam o passado possuíam uma frustração constitucional oriunda das promessas jamais honradas de nossas instituições políticas, como a falta de efetividade, dois séculos de ilegitimidade, ou seja, uma ilegitimidade ancestral. Assim, pela visão antiga da constituição como uma mera ordenação de programas de ação, as cartas brasileiras forneceram promessas que nunca se consubstanciam na prática.²⁶

Analisando a constituição em si, Ferdinand Lassale entende que ela é formada pelos fatores reais de poder. Logo, as questões constitucionais não são jurídicas, mas sim políticas. Assim, os fatores reais são a constituição, existindo independente do texto escrito, sendo a carta um mero papel.²⁷ Por outro lado, Konrad Hesse traz o conceito da vontade da constituição, um “dever ser”, entendida a constituição em dois aspectos, a Constituição Jurídica e a Constituição Real. Para o autor, ambas as espécies se coordenam e condicionam.²⁸

Entretanto, para José Vicente Santos de Mendonça e Christian Lynch, os autores brasileiros vinculam a ideia do constitucionalismo a uma democracia e efetivação de direitos. Por exemplo, na perspectiva de Raimundo Faoro, o Brasil não teria um pensamento político próprio porque nunca teve uma democracia real, entendendo que o nosso constitucionalismo era apenas um simulacro, um amontoado de ideias fora do lugar. Com isso, entende como única solução a tábua rasa com a história, ou seja, a ruptura com o passado, em nome da razão e da justiça²⁹.

²⁵ LYNCH, Christian Edward Cyril; Jose Vicente Santos de Mendonça. *Por uma história constitucional brasileira: uma crítica pontual à doutrina da efetividade*. Direito & Praxis nº 08, vol. 2, 2017, p. 974-1002.

²⁶ LYNCH, Christian Edward Cyril; Jose Vicente Santos de Mendonça. *Por uma história constitucional brasileira: uma crítica pontual à doutrina da efetividade*. Direito & Praxis nº 08, vol. 2, 2017, p. 974-1002.

²⁷ LASSALLE, Ferdinand. *A Essência da Constituição*. Rio de Janeiro : Liber Juris, 1985. E-book.

²⁸ HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre : S.A. Fabris, 1991. E-book.

²⁹ FAORO, Raimundo. *Os Donos do Poder: formação do patronato político brasileiro*. Porto Alegre: Editora Globo, 1958. Versão Ebook.

Contudo, entendem José Vicente Santos de Mendonça e Christian Lynch que não se pode utilizar da premissa que não haveria uma história constitucional, mas sim uma “pré-história constitucional”, visto que se verifica, na prática, que, na verdade, ocorreram diversos graus de efetividade, sendo todas válidas para seu tempo e fundamentais para desembocar na constituição atual. Da mesma forma, os autores não se coadunam com o outro argumento, da inefetividade ou “insegurança normativa” do cumprimento dos preceitos constitucionais, visto que atribui conceitos anacrônicos a princípios antigos, como liberdade e democracia no século XIX. Logo, afirmam que, na verdade, houve efetividade em certos aspectos ao que eles se destinavam. Assim, não é necessariamente porque o constituinte não queria sua efetivação, mas sim que mesmo sabendo da impossibilidade a curto prazo, apostaram no futuro. Logo, completa que enquanto a Europa foi dos costumes consagrados para a teoria, o Brasil foi da teoria consagrada para a aplicação em nossos costumes. Em outras palavras, em uma analogia das ciências políticas, enquanto o processo de constitucionalização europeu seguiu um padrão conservador, o brasileiro aparentemente seguiu a perspectiva progressista. Como consequência, apesar dessa perspectiva, a tendência foi a maior efetivação de direitos à medida que o país alcançava patamares superiores de desenvolvimento.³⁰

Em seu desfecho, o autor conclui que se a democracia é um processo sempre inacabado, a história é seu reflexo natural. Logo, houve efetividade no passado, mas a constituição de 1988 é uma continuação gradual das antigas constituições, não sendo necessário condenar o passado de injustiças para louvar uma ordem jurídica nova, visto que foi todo esse período que concedeu a constituição atual sua importância.³¹ Por este motivo, Rodrigo Brandão e Daniel Capecchi afirmam que “as constituições são um pacto com o passado e uma promessa para o futuro, cujas potencialidades, como as da própria linguagem, são inesgotáveis”³²

Superada a discordância da importância das antigas constituições brasileiras, frisa-se que o papel da constituição como norma suprema do ordenamento jurídico é um fenômeno

³⁰ LYNCH, Christian Edward Cyril; Jose Vicente Santos de Mendonça. *Por uma história constitucional brasileira: uma crítica pontual à doutrina da efetividade*. Direito & Praxis nº 08, vol. 2, 2017, p. 974-1002.

³¹ LYNCH, Christian Edward Cyril; Jose Vicente Santos de Mendonça. *Por uma história constitucional brasileira: uma crítica pontual à doutrina da efetividade*. Direito & Praxis nº 08, vol. 2, 2017, p. 974-1002.

³² BRANDÃO, Rodrigo; NUNES, Daniel Capecchi. O STF e as entidades de classe de âmbito nacional: a sociedade civil e seu acesso ao controle concentrado de constitucionalidade. *Revista de Direito da Cidade*, v. 10, n. 1, 2018, p. 165.

recente. Tal papel hierárquico, segundo Barroso, só foi alcançado após a Segunda Guerra Mundial. Nesse condão, o antigo “estado legislativo de direito” transforma-se no “estado constitucional de direito”.³³ A partir dessa primazia da constituição como, em simultâneo, um centro de todo ordenamento e um norte a ser seguido, a lei maior teve uma ampliação em seu alcance. Dessa forma, as constituições, que, segundo Kelsen, dão validade para as demais normas do ordenamento jurídico, devem ser interpretadas, para assim, decifrar seu verdadeiro alcance com o intuito de sabermos a abrangência de uma norma infraconstitucional³⁴. Com isso, deve-se estudar todo o ordenamento jurídico sob o prisma da filosofia do direito e do próprio direito constitucional. Nesse sentido, Luiz Alberto David Araujo e Vidal Serrano Nunes júnior afirmam que:

A norma constitucional é auto-legitimante, ou seja, colocando-se no vértice superior da pirâmide, é o polo irradiador de legitimação no interior do sistema jurídico. Se serve de anteparo para as normas infraordenadas, não tem assento em qualquer disposição normativa, pois que sobre si nada encontra³⁵

Como consequência, o Estado democrático de direito possui intrínsecas correlações com o neoconstitucionalismo. Contudo, Paolo Comanducci, de forma pragmática e pioneira, aponta três principais críticas a essa nova vertente: um problema teórico, um ideológico e um metodológico.³⁶ Ricardo Martins Sintetiza da seguinte forma:

a) teórico, caracterizado por uma “Constituição invasora”, em que há um catálogo de direitos fundamentais do qual se extraem regras e princípios, submetidos a uma peculiar interpretação e aplicação, tendo em vista a interpretação e aplicação das leis; b) ideológico, caracterizado pela assunção da garantia dos direitos fundamentais como objetivo principal, sendo que a obediência ao Direito só é justificada na medida em que concretiza os valores associados aos referidos direitos, colocando em segundo plano o objetivo, próprio do constitucionalismo, de limitação do poder; e c) metodológico, caracterizado pela conexão necessária entre o Direito e a moral.³⁷

Aprofundando em algumas das críticas, de fato, percebe-se dentro desse cenário de sistema normativo aberto que a interpretação das normas obteve um lugar central dentro das

³³ BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro : exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. Versão Ebook.

³⁴ LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 25. ed. São Paulo, SaraivaJur, 2021, p. 161.

³⁵ ARAUJO, Luiz Alberto David, JÚNIOR, Vidal Serrano Nunes. *Curso de direito constitucional*. 22. ed. São Paulo, Verbatim, 2018, p. 49.

³⁶ COMANDUCCI, Paolo. Democracia, derechos e interpretación jurídica: ensayos de teoría analítica del derecho, Lima: Ara Editores, 2010.p. 249-257.

³⁷ MARTINS, Ricardo Marcondes. Neoconstitucionalismo. *Enciclopédia jurídica da PUC-SP*. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Direito Administrativo e Constitucional. Vidal Serrano Nunes Jr., Maurício Zockun, Carolina Zancaner Zockun, André Luiz Freire (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/134/edicao-1/neoconstitucionalismo>. Acesso em 22/09/2022.

pesquisas jurídicas devido sua importância na perseguição à efetiva tutela dos direitos fundamentais, reforçando a característica judicialista de nossa constituição, como a classificação já citada acima proposta por Luís Roberto Barroso.

Entretanto, para que a constituição possua um patamar superior, utilizou-se do judiciário como o principal mecanismo de controle dos atos infraconstitucionais, elevando o judiciário a um pedestal de “guardião” da carta maior. Nessa função, de forma difusa, por todos os juízes, ou mesmo de forma concentrada, por meio do Supremo Tribunal Federal, este ramo da organização estatal tem a prerrogativa de afastar a incidência de normas, tanto no caso concreto como também em abstrato. Tal problemática será melhor analisada no último capítulo do presente trabalho.

A validação das normas posteriores tendo a Constituição como paradigma representa, em simultâneo, uma estabilidade e uma insegurança. A estabilidade é representada pela positivação pétrea de cláusulas que a sociedade entende como fundamentais e imutáveis, logo devem estar sempre presente, independente dos clamores momentâneos ou maiorias no poder. Por outro lado, a maioria das causas julgadas não podem ser simplesmente subsumidas a lei. Ou seja, não se consubstancia de um enquadramento perfeito. Nesse sentido, a maior parte dos casos concretos encontram-se em uma zona de penumbra no qual o juiz deve interpretar a lei e aplicá-la da melhor forma possível. No Brasil, majoritariamente, aplica-se a teoria externa da hermenêutica constitucional, a partir da metodologia Alexyana de ponderação: Adequação, Necessidade e Proporcionalidade em sentido estrito³⁸. Entretanto, mesmo com a maior rigorosidade possível, em uma constituição principiológica, não é fácil tal tarefa. Luís Roberto Barroso³⁹, a título de exemplo, expõe um modo relativamente mais fácil de controle de constitucionalidade, o controle formal, em que deve-se entender o enquadramento ou não das determinadas competências legislativas, ou de iniciativas privativas para cada matéria. Por outro lado, aferir a validade de uma norma infraconstitucional ou mesmo o melhor sentido para ela é apresentado como uma tarefa mais árdua, uma vez que, mesmo condicionada, há um certo teor de discricionariedade em tal decisão.

³⁸ ALEXY, Robert. *Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no Estado de Direito Democrático*. Revista de Direito Administrativo: Rio de Janeiro, 1999. Disponível em <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47414/45316>. Acesso em 14/11/2022

³⁹ BARROSO. Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro : exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. Versão Ebook.

Segundo Luiz Roberto Barroso, a jurisdição constitucional pode ser entendida como:

a jurisdição constitucional compreende o poder exercido por juízes e tribunais na aplicação direta da Constituição, no desempenho do controle de constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público em geral e na interpretação do ordenamento infraconstitucional conforme a Constituição.⁴⁰

Nesse prisma, os princípios passíveis de interpretação receberam um papel especial em nosso ordenamento, ponderados e aplicados no caso concreto pelo judiciário. Por ser a primeira constituição no qual os princípios fundamentais receberam tratamento sistemático, Luís Roberto Barroso a considerou a carta magna brasileira como “Principiológica e Judicialista”.⁴¹

Barroso, com isso, expõe que os direitos fundamentais são regulados principalmente por princípios, não por regras. Nesse sentido, pontua J. M. Leoni Lopes de Oliveira:

Basta consultar as obras de Robert Alexy para se verificar que os denominados direitos fundamentais, segundo um critério de concretização positiva, procuram representar os direitos humanos transformados em direito constitucional positivo. Os direitos fundamentais, quer aqueles da primeira, segunda, terceira ou até para os que admitem, da quarta geração, estão subordinados ao princípio da dignidade da pessoa humana (...) Logo, os direitos fundamentais devem se regular por um sistema de princípios e não de regras.⁴²

Por exemplo, o princípio da liberdade de expressão é um claro direito fundamental de primeira geração, se enquadrando como uma abstenção estatal sobre a promoção da censura de sua população. No entanto, tal princípio passou, com o decorrer do tempo, a ter novas vertentes e novos olhares juntos aos direitos sociais, tornando-se ingenuidade o pensamento de que tal princípio pode ser exercido sem limites.

Para isso, há a chamada hermenêutica jurídica na resolução das colisões dessas normas abertas. Ou seja, há a interpretação seguindo certos parâmetros e critérios uniformes. Em outras palavras, a atividade cognitiva do magistrado ao analisar o caso específico fático deve utilizar-se da hermenêutica para descobrir qual é a melhor aplicação dentro do sistema

⁴⁰ BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro : exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. Versão Ebook.

⁴¹ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. E-book.

⁴² OLIVEIRA, J. M. Leoni Lopes de. *Direito civil: parte geral*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 109.

normativo para a questão concreta posta em juízo. Assim afirma Fernando Andreoni Vasconcellos em destaque sobre os estudos de Neil MacCormick :

Segundo MACCORMICK, o Direito (law) deve ser formulado em termos gerais, entretanto, estas formulações são sempre capazes de omitir referências a algum elemento que pode se tornar o fato operativo-chave no caso concreto. Isto ocorre em razão da multiplicidade de condições possíveis que surgem da interação entre diferentes partes do Direito, entre regras explícitas ou reelaborações doutrinárias de regras articuladas com princípios e valores. Seria extremamente difícil (e talvez impossível) tentar formular todas as precondições concebíveis de validade em cada enunciado de cada regra, o que levaria qualquer pretensão de fazê-lo a um efeito desastroso à própria inteligibilidade do Direito. Considerando que as formulações gerais não explicitam muitas condições, MACCORMICK conclui que qualquer pessoa pode se sentir segura, quanto quiser, no contexto de algum arranjo ou vantagem jurídica, mas a segurança última se encontra na efetivação judicial, após enfrentar as alegações de fatos impeditivos, a partir da visão de ônus prova⁴³

Entretanto, para Daniel Sarmiento, no Brasil há uma "carnavalização" dos princípios, uma vez que, por “estarem na moda” devido sua “bonita estética,” são utilizados para tudo de forma desmedida e exagerada, o que diminui a previsibilidade das decisões. Para o autor, princípios e regras são como tipos Weberianos, possuem padrões típicos próprios que não se verificam na prática. Na realidade, princípios e regras se confundem a todo tempo, não havendo uma implicação lógica entre ambos. Nesse sentido, Daniel Sarmiento expõe que:

Os princípios constitucionais, de teor mais vago, acabam servindo para tudo, no contexto de uma cultura jurídica que vê como mais *cult* a sua invocação do que o recurso às regras legais. Com frequência, tais princípios são empregados sem a devida fundamentação. Paga-se por isto um preço caro em termos de segurança jurídica – já que as decisões judiciais se tornam imprevisíveis – e de democracia – pois os cidadãos ficam sujeitos aos gostos e às preferências de magistrados não eleitos. Além disso, no cenário de “cordialidade assimétrica” em que vivemos, o recurso indiscriminado a princípios fluidos pode ser uma forma oblíqua de se legitimar o uso do “jeitinho”, em favor dos amigos e dos mais poderosos. Estes, porém, são problemas da recepção do neoconstitucionalismo em nossas práticas judiciais, e não da teoria neoconstitucional, que não endossa este uso abusivo e pouco fundamentado de princípios abertos.⁴⁴

Dentro desse panorama, torna-se necessária analisar de forma mais aprofundada, ao menos dentro das decisões judiciais, o que está acontecendo e o que deveria acontecer, afinal, a lição de Jorge Júnior pode não estar sendo cumprida integralmente, abrindo brechas para o arbítrio e subjetivismo:

⁴³ VASCONCELLOS, Fernando Andreoni. *O controle da derrotabilidade normativa*. Tese de Mestrado pela Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2009, p.103.

⁴⁴ SARMENTO, Daniel. O STF não é o centro do constitucionalismo. *Os Constitucionalistas*, 2014. Disponível em: <https://www.osconstitucionalistas.com.br/o-stf-nao-e-o-centro-do-constitucionalismo>. Acesso em 14/11/2022.

E para o desiderato ser alcançado adequadamente, determina a Carta Magna o cumprimento do princípio do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, porém ainda que respeitados tais princípios, não teria sentido ser proferida uma decisão judicial sem que o magistrado tivesse explicado, demonstrado como atingiu a conclusão necessária para apontar e determinar o direito correto ao caso concreto, ou seja, sem que tivesse fundamentado, motivado a decisão, pois sem o respeito ao princípio da fundamentação das decisões judiciais, corre-se o risco do arbítrio, do subjetivismo do juiz, o que não se pode permitir.⁴⁵

Retornando ao tema principal da monografia, observa-se que, na prática, o Supremo Tribunal Federal cria requisitos que não estão na constituição para filtrar os legitimados no controle de constitucionalidade, separando-os em diferentes grupos, como os universais, especiais e as entidades de classe e confederações sindicais. Por apresentar requisitos únicos e características singulares, pode-se considerar o último grupo, de maior participação popular, como de legitimidade *suis generis*. Dessa forma, o STF legisla na contra mão da vontade teleológica do constituinte originário de ampliação da participação popular. Nesse sentido, como afirmado no presente tópico, nota-se que suas atitudes são chanceladas pelo desenho institucional, que observa a corte máxima como um tribunal constitucional. Contudo, apesar de formalmente ser viável, materialmente há a ponderação necessária entre os princípios em questão? Da eficiência contra a pluralidade? Não obstante, os requisitos criados pelo Tribunal são aplicados de forma casuística/discricionária ou há o devido rigor metodológico e a paridade entre as decisões? Para alcançar tais respostas, o tópico subsequente elucidará acerca da Hermenêutica Constitucional em espécie.

1.2 Hermenêutica constitucional

Logo, percebe-se que apenas com base em uma proporcionalidade adequada baseada na hermenêutica constitucional é possível compreender como o judiciário interpreta a constituição e, como consequência, realiza o controle de constitucionalidade. Com isso, apesar de não ser o principal foco do estudo, para uma análise crítica dos requisitos de admissibilidade no controle de constitucionalidade, principalmente na aplicação ou não de critérios específicos para determinados legitimados, é importante estudar como ocorre a hermenêutica jurídica.

⁴⁵ JORGE JÚNIOR, Nelson. O princípio da motivação das decisões judiciais. *Revista Eletrônica da Faculdade de Direito da PUC-SP*, São Paulo, v. 1. 2008.

Em um primeiro ponto, frisa-se que inúmeros fatores são considerados na interpretação normativa, como as políticas do estado, a ideologia, a história, as realidades econômicas e sociais, o que o legislador originário queria dizer com aquela lei, entre outros. Assim, o jurista adquire arcabouço para definir o melhor significado do texto normativo. Segundo Canotilho:

A interpretação das normas constitucionais é um conjunto de métodos, desenvolvidos pela doutrina e pela jurisprudência com base em critérios ou premissas(filosóficas, metodológicas, epistemológicas) diferentes mas, em geral, reciprocamente complementares.⁴⁶

Tal atividade cognitiva não é fácil. De modo objetivo, utilizamos a subsunção para regras e a técnica da ponderação para os princípios nos casos de colisões entre direitos. Mais especificamente, a subsunção é o ato de casar o fato com uma norma, um encaixe entre eles, por outro lado, a ponderação é o sopesamento de valores, vantagens e desvantagens, com o fim de solucionar um conflito. Entretanto, a linha entre princípios e regras é muitas vezes tênue, fazendo com que o próprio juízo decida qual utilizar, o que já a torna uma atividade interpretativa, ou seja, em um primeiro aspecto, discricionária.

O nível de discricionariedade judicial transformou-se em um problema devido ao nosso modelo institucional. O modelo atual é o resultado da transferência de competências típicas do legislativo e executivo para o judiciário, um poder no qual não possui legitimidade democrática e possui inerente grande subjetividade nas questões levadas a ele. Um sistema Judicialista, conforme afirmado por Barroso.⁴⁷

Os principais casos de discricionariedade, segundo Herbert Hart, são aqueles em que a lei possui uma *Open Texture*, ou seja, uma indeterminação linguística, uma imprecisão no conteúdo das leis, omitindo termos essenciais para a boa compreensão⁴⁸. Fábio Corrêa Souza de Oliveira ilustra bem essa problemática onde não funcionam os *standards* :

Ilustra-se. Se o código civil previsse que as mulheres não possuem direito à herança, a agressão ao princípio da isonomia seria cristalina: caso fácil. Se um repórter saca fotos da intimidade sexual de um político com a sua esposa e, não satisfeito, quer,

⁴⁶ CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*, Coimbra: Almedina, 2017, p. 212-213.

⁴⁷ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. E-book.

⁴⁸ HART, Herbert. *O conceito de Direito*. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001. Versão Ebook.

em nome do princípio da liberdade de expressão, publicá-las, a afronta ao princípio da intimidade é flagrante e a disputa em proveito dele termina: caso fácil. Mas, e a alegação da liberdade de culto religioso para matar animais? É constitucional, viola o art. 225, § 1º, VII, da Constituição? A prática compõe o núcleo essencial do direito à liberdade religiosa ou está fora dos seus limites imanentes? É *easy case* ou *hard case*? Contam-se respostas diferentes e opostas. *Brown vs. Board of Education* é *easy* ou *hard case*?⁴⁹

Nesses casos, um *easy case* pode tornar-se um *hard case* de uma hora para a outra. Tais situações põem o juiz, involuntariamente, como um legislador retroativo, que tem como base para o julgamento suas próprias convicções particulares, moralidade e experiências prévias. De forma grave, acaba por substituir o próprio legislador eleito que editou a norma em questão. Tais reflexões políticas e morais no âmbito do judiciário, substituindo os demais poderes nessas questões, é conhecido como judicialização da política e politização da justiça.

No entanto, a discricionariedade trazidas pela lei não é desprovida de limites. Kelsen, por exemplo, traz limites a tamanho poder com sua teoria da Moldura Normativa⁵⁰, em que toda decisão subjetiva está sob o escopo de atuação de uma moldura oriunda de uma norma superior que delinea seu espaço de atuação. Um bom exemplo disso na seara do direito constitucional é o fenômeno da Recepção de leis, que assegura a validade de normas anteriores à constituição quando elas são materialmente compatíveis. Dessa forma, caso não fossem compatíveis, estariam fora da moldura, que é o perímetro no qual o juiz pode fundamentar suas decisões, sendo assim, inconstitucionais.⁵¹ Nesse diapasão, resume Ricardo Martins, trazendo a baila a comparação entre Kelsen e Lionel Adolphus Hart:

(...) para Kelsen a interpretação é sempre um ato político, para Hart a interpretação dos casos obscuros é um ato político e a dos casos simples um ato cognitivo. Ambos, porém, dão ao magistrado um amplo “poder discricionário”, entendido como um espaço de decisão alicerçado numa escolha volitiva do julgador e não na compreensão das normas vigentes, num ato, enfim, volitivo e não cognitivo. Ambos admitem a possibilidade da imputação arbitrária, quer dizer, que a consequência normativa se assente apenas e tão somente na “vontade” do agente competente.⁵²

⁴⁹ OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza de. *Voltando à problemática da tipologia regras e princípios: primeiro ensaio*. Rio de Janeiro: Jurispoiesis, 2010, p. 201-228.

⁵⁰ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 6. ed. Coimbra: Arménio Amado, 1984. Versão Ebook.

⁵¹ OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza de. *Voltando à problemática da tipologia regras e princípios: primeiro ensaio*. Rio de Janeiro: Jurispoiesis, 2010, p. 201-228.

⁵² MARTINS, Ricardo Marcondes. Neoconstitucionalismo. *Enciclopédia jurídica da PUC-SP*. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Direito Administrativo e Constitucional. Vidal Serrano Nunes Jr., Maurício Zockun, Carolina Zancaner Zockun, André Luiz Freire (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/134/edicao-1/neoconstitucionalismo>. Acesso em 22/09/2022.

Nessa esteira, um dos autores que mais combate a discricionariedade é Dworkin, que, apesar de não investir em métodos para tal vinculação, sustenta a natureza normativa dos princípios vinculantes. Para ele, cada decisão judicial é um romance em cadeia escrito por juízes Hércules. Ou seja, em alusão ao Deus grego da força, o juiz é o cidadão ideal, dono de um conhecimento perfeito para a resolução de conflitos, unindo a realidade cotidiana com os ideais do bom direito.⁵³ Além disso, cada decisão judicial é um capítulo escrito, sendo que os juízes devem atuar em conjunto, interpretando os casos semelhantes de maneira similar, unindo diversas ciências. Com isso, todos eles devem chegar à mesma conclusão, à única resposta certa.⁵⁴ Logo, Rodrigo Martins expõe tal diferenciação entre Dworkin e Hart:

Ronald Dworkin propôs, no segundo capítulo de sua obra “Levando o Direito a Sério”, uma teoria contraposta à doutrina de Hart.⁵⁵ Afirmou, primeiro, que as normas jurídicas não são identificadas pelo seu pedigree, ou seja, a partir de uma regra de reconhecimento. Segundo, negou que o magistrado, no exercício da função jurisdicional, atue discricionariamente e escolha, por sua vontade, a interpretação a ser acolhida. Terceiro, negou que o direito seja formado apenas por regras, em que uma consequência é imputada a uma hipótese e aplicadas por subsunção. Propôs, então, uma diferenciação que representou verdadeiro divisor de águas na história do direito: as normas dividem-se em regras, aplicáveis por subsunção, e princípios, “razões para decisões”, que, ao contrário das regras, possuem diferentes pesos. Segundo ele, diferentemente das regras, que ou são aplicadas, porque vigentes e válidas, ou não aplicadas, porque revogadas ou inválidas, os princípios devem ser sopesados à luz do caso concreto.

A tese da única resposta certa expõe que, mesmo nos casos em que aparentemente há discricionariedade, essa não se justifica. Em outras palavras, nos raros casos de empate, há apenas uma única resposta final, a melhor possível, então todo juízo é vinculado. Afinal, caso haja mais de uma correta e todas sejam tão boas quanto as outras, em um cenário que não há como se saber qual é melhor, todas são possíveis e corretas, ou seja, vinculadas. Caso uma sobreponha às demais, essa é a correta, vinculando da mesma forma, não havendo poder discricionário. Ou seja, a própria legislação define interpretações certas ou erradas.⁵⁵

De forma sucinta, Fábio Oliveira, no mesmo ensaio já citado, explica a tese central de Dworkin:

Para não restar dúvida: os princípios, em Dworkin, somente admitem a discricionariedade compreendida como a pertinente aos juízos de empate, isto é, quando, após todos os exames apropriados, após a leitura moral da Constituição,

⁵³ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. por Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

⁵⁴ OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza de. *Voltando à problemática da tipologia regras e princípios: primeiro ensaio*. Rio de Janeiro: Jurispoiesis, 2010, p. 201-228.

⁵⁵ OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza de. *Voltando à problemática da tipologia regras e princípios: primeiro ensaio*. Rio de Janeiro: Jurispoiesis, 2010, p. 201-228.

depois de assimilado o Direito como integridade, ainda não é possível determinar qual a solução acertada (a melhor e, por isto, a exclusiva). E o autor põe em dúvida a existência destas hipóteses, as quais, se é que se confirmam, são extremamente raras, exóticas. Nesta esteira, a tese da única resposta certa⁵⁶

Apesar disso, majoritariamente, o Brasil apoia-se no método para a diminuição da discricionariedade, recorrendo a critérios principais como hierárquicos, teleológicos, cronológicos e de especialidade e a ponderação para a resolução de antinomias.

Ao ponderar, de fato há o risco da subjetividade extrema. Para evitar esse mal e minimizar esse aspecto negativo, é necessário clareza e precisão na fundamentação, ou seja, ônus de motivação, promovendo assim o bem geral ao evitar que a ponderação seja outro nome para o decisionismo calcado em convicções pessoais. A fundamentação não se dá para o contexto de descoberta, se dá para o de justificação, um controle de filtro para a subjetividade, utilizando-se dos precedentes, os parâmetros gerais e específicos do direito para colisões que tendem a se repetir.

Alexy, de forma metódica, fez um esforço para a racionalização da ponderação, inclusive com fórmulas matemáticas para isso. Segundo o autor, é necessário perceber o grau de importância dos bens jurídicos em jogo e o grau que eles são restringidos ou promovidos junto com a margem de ação epistêmica.⁵⁷

Em 2016, o jusfilósofo alemão, em evento no Fórum Trabalhista da Barra Funda, em São Paulo, promovido pela Associação dos Magistrados da Justiça do Trabalho da 2ª Região, elucida como o processo metodológico é utilizado para a legalização da maconha: Os bens jurídicos oponíveis em jogo são a saúde e a liberdade, que possuem igual grau de importância, uma vez que a droga citada faz mal, mas nem tanto, sendo “média”. Em relação à liberdade, para quem gosta da maconha é bom, entretanto ninguém morreria sem, sendo “médio” o grau de importância também.⁵⁸

⁵⁶ OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza de. *Voltando à problemática da tipologia regras e princípios: primeiro ensaio*. Rio de Janeiro: Jurispoiesis, 2010, p. 201-228.

⁵⁷ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008. E-book.

⁵⁸ MARTINES, Fernando. Robert Alexy explica seu método para resolver conflito entre princípios. *Conjur*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-jul-02/robert-alexey-explica-metodo-resolver-conflito-entre-principios>. Acesso em 14/11/2022.

Nessa hora, entra a margem de ação epistêmica em que o legislador decide, porque é difícil ver a real intensidade que isso afeta a sociedade. Entretanto, não há a certeza se criminalizar a maconha é tão melhor para a saúde, isso desequilibra a balança em favor da liberdade, uma vez que com certeza liberar a droga será melhor para o livre arbítrio.

O juízo deve adotar preponderantemente o critério da Proporcionalidade como base da tomada dessas decisões, segundo o autor. Tal critério se divide em três máximas: Adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. A adequação busca amparo no ordenamento jurídico ao buscar a perseguição legítima dos fins e se os meios empregados para tal contribuem para tal atingimento. Ou seja, se são idôneos e adequados para alcançar determinado fim. A exigibilidade/necessidade é a de que dentre as medidas possíveis que atinjam com a mesma intensidade o objetivo, deve-se optar pela mais branda. A proporcionalidade *strictu sensu* é a já explicada ponderação, no qual busca comparar as vantagens proporcionadas pelo ato na perspectiva dos bens jurídicos tutelados e as desvantagens dos direitos restringidos. Nessa perspectiva, Ricardo Martins resume a contribuição de Alexy a teoria de Dworkin:

A partir da teoria de Dworkin, Robert Alexy desenvolveu sua aclamada “Teoria dos Direitos Fundamentais”, diferenciando, no capítulo terceiro, as regras, determinações no âmbito das circunstâncias fáticas e jurídicas, aplicáveis por subsunção, dos princípios, mandados de otimização realizáveis de acordo com as circunstâncias fáticas ou jurídicas, aplicáveis por ponderação.³⁶ Alexy elucida o caráter obscuro da “regra do tudo ou nada” proposta por Dworkin, segundo a qual ou os critérios de aplicação de uma regra estão presentes e ela deve ser aplicada (tudo) ou não estão e ela não deve ser aplicada (nada).³⁷ Como bem observa o aclamado constitucionalista alemão, como toda regra concretiza um princípio, a colisão deste com um princípio oposto pode exigir a enunciação de uma exceção implícita à respectiva regra.³⁸ Nas palavras de Alexy: “sempre é possível que o caso dê ensejo à inclusão de uma nova exceção na forma de uma característica negativa no antecedente da regra”.³⁹ As discussões sobre a regra do “tudo ou nada” são apenas um exemplo do quanto a teoria dos princípios de Dworkin e de Alexy é envolta em controvérsias. Em praticamente nenhum aspecto a teoria obteve consenso. Sem embargo, é certo que o modelo “neoconstitucional” nasceu das propostas teóricas desses dois juristas. Todos que adotam o rótulo aceitam que, dentre os neoconstitucionalistas, encontram-se, paradigmaticamente, Dworkin e Alexy.⁵⁹

Nesse sentido, pode-se afirmar também que a própria interpretação realizada sob a perspectiva da supremacia constitucional consubstancia uma forma de controle. Ou seja, há

⁵⁹ MARTINS, Ricardo Marcondes. Neoconstitucionalismo. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Direito Administrativo e Constitucional. Vidal Serrano Nunes Jr., Maurício Zockun, Carolina Zancaner Zockun, André Luiz Freire (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/134/edicao-1/neoconstitucionalismo>. Acesso em 22/09/2022.

um amplo controle de constitucionalidade das leis infraconstitucionais a partir da hermenêutica constitucional realizada pelos juizes. Assim, apesar de não se falar em hierarquia entre as normas da constituição brasileira, algumas normas da própria constituição não podem nem mesmo ser alteradas por outras Emendas Constitucionais. Tal imutabilidade está presente no âmbito das cláusulas pétreas presentes no Art. 60 §4 da CRFB/88:

Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:
 § 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:
 I - a forma federativa de Estado;
 II - o voto direto, secreto, universal e periódico;
 III - a separação dos Poderes;
 IV - os direitos e garantias individuais.

De acordo com Rodrigo Brandão, o atual rol pétreo é o maior dentre todas as constituições, tendo como maior diferença a positivação dos direitos e garantias individuais como cláusulas pétreas. Entretanto, observando-se a dicotomia do Constitucionalismo e da Democracia, as cláusulas pétreas apresentam-se como um paradoxo, visto que o próprio povo (democracia), é limitado pelo direito que foi criado há gerações atrás (constitucionalismo), por meio de cláusulas imutáveis. Com tal rigidez constitucional sendo mantida pelo judiciário através do controle de constitucionalidade, houve a vinculação da vontade política atual ao conteúdo das ações tomadas em 1988, criando um “governo dos mortos sobre os vivos”. Como consequência, é criado um déficit de legitimidade, principalmente pelo fato de juizes não eleitos tomarem decisões de invalidar decisões tomadas pelos representantes do povo atual.⁶⁰

Dessa forma, o autor expõe o debate acerca da compatibilidade entre o controle de emendas constitucionais e a democracia, afinal, por que o constituinte originário tem mais poder que o constituinte derivado? Ou há um pré-compromisso constitucional, como Ulisses amarrado na ilha das sereias, como Daniel Sarmiento realiza uma analogia?⁶¹ Para Rodrigo Brandão, as cláusulas pétreas, por si só, não representam o governo dos mortos sobre os vivos, tendo um importante papel na democracia brasileira, visto que as cláusulas pétreas

⁶⁰ PESSANHA, R. B. V. Direitos fundamentais, cláusulas pétreas e democracia: Uma proposta de justificação e de aplicação do art. 60, § 4º, IV da CF/88. *Revista Brasileira de Direitos Fundamentais & Justiça*, [S. l.], v. 3, n. 7, p. 126–166, 2009. DOI: 10.30899/dfj.v3i7.489. Disponível em: <https://dfj.emnuvens.com.br/dfj/article/view/489>. Acesso em: 15 set. 2022.

⁶¹ SARMENTO, Daniel. Crise Democrática e Cultura Constitucional: o absurdo da tese de que não há crise “porque as instituições estão funcionando”. In: MELLO, Patricia Perrone Campos; BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Democracia e Resiliência no Brasil: a disputa em torno da Constituição de 88*. Bosch Editor, 2022, p. 77-99.

somente consistem em mais um dos fatores que aumentam o grau de rigidez de um sistema, não se revelando, de forma taxativa, não compatíveis com a democracia.⁶²

Contudo, para Rodrigo Brandão, somente as cláusulas de direito material fundamentais se consubstanciam como cláusulas pétreas, uma vez que para o autor, não se deve inflacionar os direitos fundamentais. Nesse prisma, fornece a proposta que o judiciário se restrinja ao controle previsto no Art. 60, §4 da CRFB/88 apenas para possíveis emendas que atentem contra os pressupostos atinentes à democracia.⁶³

Na perspectiva sobre o controle judicial, percebe-se que, segundo Barroso, o papel do juiz constitucional no Brasil é o de “empurrar a história”⁶⁴. Contudo, sobre as atividades mencionadas, apesar do recente ativismo judicial, não é papel precípua desse poder formalizar as políticas públicas. Nessa lógica, as decisões judiciais nem mesmo as leis em abstratos podem garantir a efetividade da norma. Entretanto, deve-se frisar que o judiciário tem seu importante papel, mas não pode ser considerado o salvador. Em linhas gerais, para fugir do ativismo e da pouca eficiência, o judiciário, na verdade, tem como principal função desencadear o debate no seio social. Não obstante os remédios constitucionais, como os mandados de injunção, ou as ações de controle concentrado, a ADO, as decisões judiciais, em geral, beneficiam pequenas parcelas da população, por tratarem majoritariamente de decisões individuais. Nessa perspectiva, observa Ana Paula Barcellos que as decisões judiciais são úteis quando se trata do fornecimento de bens privados, como no pleito de medicamentos, mas são irrisórias em ações coletivas, como na implementação de políticas públicas, dado sua morosidade.⁶⁵

Portanto, o judiciário possui como função principal a promoção da estabilidade. Contudo, na prática, muitas vezes, há uma típica legislação por parte dele. A título de

⁶² PESSANHA, R. B. V. Direitos fundamentais, cláusulas pétreas e democracia: Uma proposta de justificação e de aplicação do art. 60, § 4º, IV da CF/88. *Revista Brasileira de Direitos Fundamentais & Justiça*, [S. l.], v. 3, n. 7, p. 126–166, 2009. DOI: 10.30899/dfj.v3i7.489. Disponível em: <https://dfj.emnuvens.com.br/dfj/article/view/489>. Acesso em: 15 set. 2022.

⁶³ PESSANHA, R. B. V. Direitos fundamentais, cláusulas pétreas e democracia: Uma proposta de justificação e de aplicação do art. 60, § 4º, IV da CF/88. *Revista Brasileira de Direitos Fundamentais & Justiça*, [S. l.], v. 3, n. 7, p. 126–166, 2009. DOI: 10.30899/dfj.v3i7.489. Disponível em: <https://dfj.emnuvens.com.br/dfj/article/view/489>. Acesso em: 15 set. 2022.

⁶⁴ LYNCH, Christian Edward Cyril; Jose Vicente Santos de Mendonça. *Por uma história constitucional brasileira: uma crítica pontual à doutrina da efetividade*. *Direito & Praxis* nº 08, vol. 2, 2017, p. 974-1002.

⁶⁵ BARCELLOS, Ana Paula de. Políticas públicas e o dever de monitoramento: levando os direitos a sério. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, 2018, , p. 251-165.

exemplo, que será abordado com maior especificidade no último capítulo deste trabalho, pode-se ilustrar tal situação com os critérios não previstos constitucionalmente que são recorrentemente aplicados para a admissibilidade dos legitimados para deflagrar as ações do controle concentrado.

O Supremo Tribunal Federal, sob a égide de uma jurisprudência defensiva, cria requisitos de admissibilidade, preterindo o princípio republicano. Logo, para evitar que muitos processos cheguem a corte e diminuam a eficiência desta devido ao exagerado número de lides para serem decididas, há o contingenciamento dos casos em sua fase inicial, a admissibilidade. Contudo, partindo-se da metologia Alexyana da ponderação, a eficiência e o princípio republicano, nesse caso concreto, não estão em pé de igualdade, devendo prevalecer o segundo. Logo, para que o princípio republicano, em todas suas vertentes constitucionais, como da soberania popular, do acesso à justiça, da cidadania, do pluralismo político e a dignidade da pessoa humana, seja respeitado, deve haver a maior participação popular possível na vida constitucional, visando criar um verdadeiro sentimento constitucional na população. Com efeito, a atual dinâmica vai na contramão, tanto a partir de uma análise teleológica da constituição como quando observada sob a perspectiva da ponderação. Assim, não se pode olvidar que o STF, há mais de 50 anos, com Moreira Alves como seu principal expoente, utiliza-se largamente da proporcionalidade na tomada das decisões. Nas palavras de Siddharta Legale e Eric Baracho:

Outro tema importante nesse estágio foi o manejo de algumas técnicas de interpretação constitucional, que são a interpretação conforme e a proporcionalidade, cujos precedentes passamos a resumir a seguir. Na Representação n. 948, decidiu-se um caso sobre a Constituição do Estado de Sergipe que acrescentou algumas restrições à concessão de subsídio mensal vitalício, depois de cessada a investidura no cargo de governador do Estado, não previstas no art. 184 da EC n. 1, de 1969. No caso, a Constituição estadual exigia que para ter o referido subsídio seria necessário permanecer por período equivalente a no mínimo metade do mandato e não sofrer suspensão de direitos políticos. O Ministro Moreira Alves conferiu ao artigo da Constituição estadual uma interpretação que considera que a restrição efetuada encontra-se dentro do espírito do texto constitucional federal. Como se pode facilmente perceber, isso não passa de uma interpretação conforme à Constituição. Como dito acima, outra técnica difundida no período foi o uso da proporcionalidade ou razoabilidade. Na Representação n. 1.077/RJ, por exemplo, julgou-se que um percentual excessivo para a taxa judiciária representaria um obstáculo para a obtenção da prestação jurisdicional, o que seria inconstitucional por violar a garantia do acesso à justiça. O Ministro Moreira Alves destacou em seu voto que a taxa judiciária, embora alguns tenham chegado a defender que teria a natureza de imposto, possui não só o nome, mas também a natureza jurídica de taxa. Como tal, deve guardar uma equivalência razoável entre a alíquota e o serviço prestado pelo Judiciário. Ainda que esse limite seja variável e relativo, deve haver alguma proporção com a contraprestação. Por essa razão, uma alíquota com custo invariável

para causas acima de determinado valor revela-se inconstitucional, seja pelo excesso de valores dessa cobrança, seja por transformá-la em um imposto.

Em outras palavras, apesar do legislador constituinte originário não promover nenhum critério para a admissibilidade ou não dos legitimados que estão presentes no Art. 103 da CRFB/88⁶⁶, o Supremo Tribunal Federal criou regras próprias para tanto, impondo uma segregação em classes: os universais, os especiais e os *suis generis*. O último grupo, ao tratar das entidades de classe e confederações sindicais, afunila mais tal raciocínio, uma vez que foram criados novos requisitos, aplicados de forma casuística, consoante o caso concreto, como se observará melhor no último capítulo. Dessa forma, no tocante ao poder do judiciário de legislar, torna-se imprescindível abordar acerca do ativismo judicial.

Não obstante, a hermenêutica constitucional, a partir de uma interpretação sistemática, teleológica e conforme a constituição, deve empregar o conceito de confederação sindical e de entidade de classe da forma mais ampla possível. Nesse raciocínio, aduzem Rodrigo Brandão e Daniel Capecchi:

Do ponto de vista hermenêutico, trata-se de empreender uma interpretação mais coerente com o regime democrático propugnado pela Constituinte e, simultaneamente, mais condizente com um tribunal que goza de grande apoio difuso da sociedade brasileira⁶⁷

1.3 Ativismo Judicial

O último subtópico do primeiro capítulo analisará de forma pormenorizada o ativismo judicial. Para isso, cabe destrinchar como o judiciário transformou-se em um poder capaz de legislar, afastando-se de suas prerrogativas originárias de gerenciador de conflitos, de simples “arbitro”. Para isso, além de analisar autores como Hamilton, Hart Ely, Bickel, Dworkin e Rawls, a presente subdivisão buscará demonstrar o contrassenso na limitação da participação popular por meio das entidades de classe e confederações sindicais em uma constituição

⁶⁶CRFB/88. Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade:

I - o Presidente da República; II - a Mesa do Senado Federal; III - a Mesa da Câmara dos Deputados; IV - a Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; V - o Governador de Estado ou do Distrito Federal; VI - o Procurador-Geral da República; VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; VIII - partido político com representação no Congresso Nacional; IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

⁶⁷ BRANDÃO, Rodrigo; NUNES, Daniel Capecchi. O STF e as entidades de classe de âmbito nacional: a sociedade civil e seu acesso ao controle concentrado de constitucionalidade. Revista de Direito da Cidade, v. 10, n. 1, 2018, p. 184.

impregnada de valores morais que prega pela pluralidade. Portanto, o neoconstitucionalismo forneceu poderes ao judiciário que, ao não serem utilizados desprovidos de eficiente metodologia hermenêutica, trazem um ativismo judicial negativo a concretização dos direitos fundamentais.

De acordo com Siddharta Legale Eric Fernandes, “sob a vigência da Constituição de 1988, o Poder Judiciário passou de coadjuvante a protagonista no cenário político brasileiro, decidindo com independência questões relevantes não só do ponto de vista jurídico, mas também político.”⁶⁸ No entanto, a discussão sobre o poder do judiciário, além de antiga, extrapola o âmbito nacional.

Assim, sobre a interferência judicial em causas sociais e democráticas, no Artigo Federalista 78, Hamilton⁶⁹ entendia que o judiciário era o poder mais fraco dos poderes, logo seria o mais viável a promover a defesa das leis. Assim, expõe Arnaldo Godoy:

No *Artigo Federalista* número 78, atribuído a Alexander Hamilton, que assina o texto com o pseudônimo de *Publius*, aponta-se o Poder Judiciário como *o mais fraco dos poderes*; isto é, a magistratura, erroneamente previa Hamilton, não detinha força ou vontade, espada ou cofre... É que, insistia Hamilton, o Judiciário dependeria da boa vontade do Executivo, inclusive para o cumprimento das decisões da magistratura. É esse o núcleo da discussão em torno do ativismo judicial nos Estados Unidos da América.⁷⁰

Com isso, Ronaldo Poletti aborda sobre a supremacia da constituição na visão norte-americana e a posição de Hamilton sobre o papel do judiciário:

A Constituição americana de 1787, por outro lado, trouxe ínsita a idéia de superioridade em relação às demais normas ordinárias, Hamilton já sustentava, em *The Federalist*, a competência judiciária para a interpretação das leis, bem como que a Constituição deveria ser vista pelos juizes como uma Lei Fundamental, em grau de superioridade em relação à lei ordinária.⁷¹

⁶⁸ FERREIRA, S. L; FERNANDES, E. B. D. O STF nas “cortes” Victor Nunes Leal, Moreira Alves e Gilmar Mendes. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 9, n. 1, p. 23-46, 2013.

⁶⁹ MADISON, James; HAMILTON, Alexander; JAY, John. *O federalista*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1984. Versão Ebook.

⁷⁰ GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. Alexander Bickel e a metáfora do Judiciário como o mais fraco dos poderes. *Conjur*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2014-ago-03/embargos-culturais-alexander-bickel-metaphora-judiciario-fraco-poderes>. Acesso em 14/11/2022.

⁷¹ POLETTI, Ronaldo. *Controle da constitucionalidade das leis*. Rio de Janeiro: Forense, 1985, p.37.

Entretanto, Alexander Bickel, apesar de concordar que o judiciário era o ramo mais fraco, expõe uma crítica quanto aos elementos sociais de judicialização da política. Para o autor, ao possuir um papel contramajoritário, o judiciário desequilibrava o jogo democrático, visto que seus atos deveriam diferir da decisão política, e não contaminados por esta, pois ainda que tome uma decisão, esta não vai se sustentar por muito tempo, pois carece de legitimidade democrática. Logo, há a necessidade de se ter “virtudes passivas” para o debate público amadurecer.⁷² Nesse sentido, Néviton Guedes elucida:

Em sua obra seminal, “The Least Dangerous Branch”, Alexander Bickel, em tese mundialmente conhecida, alertava para dois aspectos do “judicial review” (a doutrina segundo a qual o Poder Judiciário deve ter a prerrogativa de anular os atos dos outros Poderes): (1) de um lado, o fato de que esse poder (supostamente “menos perigoso” que os demais) seria exercido sempre sob o influxo e ameaça daquilo que Bickel designou como “dificuldade contramajoritária” (the countermajoritarian difficulty), que consistiria na considerável oposição, suposta em qualquer Democracia, à possibilidade de o Judiciário ter a prerrogativa de anular atos dos demais Poderes (Executivo e Legislativo), que têm legitimidade democrática, sobretudo, na medida em que ele mesmo, Poder Judiciário, não se submete ao regime de Accountability, isto é, os membros do Poder Judiciário não submetem seus cargos ao crivo das eleições; e (2) de outro lado, para compensar ou enfrentar essa dificuldade contramajoritária, Bickel defendeu o que chamou de “virtudes passivas” (passive virtues) na atuação do Poder Judiciário, de ordem a evitar, especialmente, quando se cuidasse de anular atos dos outros Poderes soberanos, desnecessárias decisões com fundamentos e substância constitucional (normalmente, de característica política).⁷³

Dialogando com os demais autores, Hart Ely, em *Democracia e Desconfiança*⁷⁴, ao abordar sobre a nota de rodapé número 4 do caso *United States v. Carolene Products Co.* (1938) entende que cabe às constituições tão somente o delineamento dos alicerces do Estado. Além disso, o autor define alguns parâmetros para a atuação judicial nas políticas públicas a partir de uma democracia procedimentalista, sendo elas:

Em primeiro lugar, o Juiz é árbitro e não player, logo deve ter como dever as regras do jogo, com deferência às ordens democráticas.

⁷² BICKEL, Alexander. *The Last Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*. N. York: Vail-Ballou Press, 1986. Versão Ebook.

⁷³ GUEDES, Néviton. Alexander Bickel e o ano do Supremo Tribunal Federal. *Conjur*. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2012-dez-25/constituicao-poder-alexander-bickel-ano-supremo-tribunal-federal>. Acesso em 14/11/2022.

⁷⁴ ELY, John Hart. *Democracia e desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade*. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes: 2010. Versão Ebook.

Em segundo lugar, é possível que as minorias não estejam incluídas nesse cenário. Logo, os canais para a participação popular podem estar obstruídos. Se o canal está obstruído, isso justifica que o judiciário seja mais ativo para desobstruir e garantir a participação das minorias na esfera pública, porque a democracia não é só um voto, mas é garantir a participação de direitos, que seria o ativismo judicial.

Em terceiro lugar, a decisão judicial pode valer-se para classificações suspeitas, como na aplicação de políticas públicas, etc, mas não para questões macroeconômicas, no qual cabe ao executivo ver a melhor forma de alocação de recursos.⁷⁵

Alguns autores, como Dworkin, ao possuírem a ideia de democracia qualitativa, realizam críticas às ideias de Hart Ely, principalmente quanto a ampliação do segundo ponto citado, argumentando que democracia deve ser mais que procedimental, mas material, formal, introdução de direitos, mínimo existencial para cada um, redistribuição de desigualdades.⁷⁶ Por este motivo, Dworkin vê o judiciário como um tribunal de princípios, visto que o próprio juiz Hércules bebe na ideia de que o tribunal deve atuar a partir da razão pública.⁷⁷ Ao mesmo tempo, Rawls vê o judiciário como o foro da razão pública, uma vez que os juízes devem decidir sem invocar sua própria moralidade, mas a entendimentos gerais e razoáveis da concepção pública e seus valores de justiça.

Além disso, para Rawls, um contratualista seguindo o legado kantiano de razão pública com princípios universais que levam aos homens, pela razão, a uma sociedade livre e igual, vê que todos na posição original devem se sujeitar ao véu da ignorância, ou seja, retiram suas pré-concepções para tomar as decisões. Dessa forma, o autor prestigia o princípio da igual liberdade, o princípio da diferença e o princípio da igualdade de oportunidades⁷⁸. Conforme aponta Vinicius Silva e Flávio Pedron:

Em sua primeira grande obra, *A theory of justice* (RAWLS, 1971), o autor elabora sua teoria para que seja aplicada às instituições públicas e à sociedade em geral. O objetivo é permitir acesso aos bens primários e a igual oportunidade, e não a intervenção ou determinação de qual é o melhor modo de vida para as pessoas; com isso, preservar-se-ia o pluralismo de concepções e de projetos de vida boa, que é

⁷⁵ ELY, John Hart. *Democracia e desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade*. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes: 2010. Versão Ebook.

⁷⁶ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002. Versão Ebook.

⁷⁷ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2003. Versão Ebook.

⁷⁸ RAWLS, John. *A theory of justice*. Cambridge: Harvard University Press, 1971. Versão Ebook.

inerente a uma concepção democrática de sociedade. As instituições, antes de serem eficientes, devem ser justas e ter como primeira virtude a justiça. A instituição que assim não for deve ser transformada para que se torne justa. A tensão entre o justo e o injusto só acaba mesmo com a transformação e a reformulação das instituições – ou das leis que são consideradas injustas. A justiça como imparcialidade⁸ configura a estrutura de base da sociedade, de tal modo que as principais instituições sociais distribuam os direitos e os deveres fundamentais e determinem a divisão das vantagens decorrentes da cooperação social.⁷⁹

No tocante às cortes máxima, Rawls, em conjunto com Bruce Ackerman, entende que elas devem estar eivadas de neutralidade política. Com tal imparcialidade, apesar de exercerem um papel contramajoritário, elas se distanciam da possibilidade de serem antidemocráticas, visto que a vontade geral do povo, positivada por meio da constituição, delega esses poderes as cortes, autorizando as intervenções pelo controle de constitucionalidade, ou até mesmo as intervenções concretistas, como no Mandado de Injunção n. 708, no qual Gilmar mendes propôs uma “solução "normativa concretizadora" em prol de direitos constitucionalmente assegurados.”⁸⁰. Dessa forma, além de “ constatar a inconstitucionalidade da omissão e a determinar que o legislador tomasse as providências requeridas”⁸¹, o Supremo Tribunal Federal ganhou um perfil mais ativo, para que assim se assegure a constituição e o próprio povo de maiorias transitórias ou interesses particulares.⁸² De acordo com Nelson Matos:

A posição de Bruce Ackerman se aproxima da posição interpretativista ou autorrestritiva da suprema corte. Considera, tal como os monistas de maneira geral, que a suprema corte não tem legitimidade para decidir contra a decisão do povo, mesmo quando para proteger direitos morais contra a maioria. No entanto, não considera que o governo (os representantes eleitos pelo povo) seja o povo, tampouco considera que o mero controle popular durante as eleições expresse a vontade popular e, mais, não considera que maiorias esporádicas ou apertadas possam ser traduzidas em vontade de todo o povo. Assim, Ackerman se distancia ao mesmo tempo da posição de Dworkin e da posição de Ely. Ackerman partiu de uma premissa duvidosa: a de que a constituição, particularmente a constituição dos Estados Unidos, foi ungida pelo povo, ou melhor, por uma maioria consagrada, quase unânime do povo, após um amplo, demorado e profundo debate sobre as suas disposições. No entanto, considerando que a premissa de Ackerman seja válida, o jurista norte-americano considera que somente o povo novamente poderia ser intérprete criativo da constituição; nega, portanto, o ativismo judicial e o ativismo legislativo. Aos representantes do povo cabe governar dentro dos limites impostos pela constituição (ou seja, pelo povo) e ao poder judiciário, particularmente à

⁷⁹ BONFIM, Vinícius Silva; PEDRON, Flávio Quinaud. A razão pública conforme John Rawls e a construção legítima do provimento jurisdicional no STF. *RIL Brasília* a. 54 n. 214 abr./jun, 2017, p. 203-223. Disponível em https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/54/214/ril_v54_n214_p203.pdf. Acesso em 14/11/2022.

⁸⁰ FERREIRA, S. L.; FERNANDES, E. B. D. O STF nas “cortes” Victor Nunes Leal, Moreira Alves e Gilmar Mendes. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 9, n. 1, p. 23-46, 2013.

⁸¹ FERREIRA, S. L.; FERNANDES, E. B. D. O STF nas “cortes” Victor Nunes Leal, Moreira Alves e Gilmar Mendes. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 9, n. 1, p. 23-46, 2013.

⁸² ACKERMAN, Bruce. *Nós, o povo soberano: fundamentos de direito constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. Versão Ebook.

suprema corte, cabe fiscalizar os outros órgãos para que a constituição seja cumprida, assim, a função da suprema corte é de obstruir, de invalidar, as ações em desconformidade com a constituição, ou melhor, em desconformidade com o sentido original da constituição. Quem desejar alterar o sentido da constituição, asseverou Ackerman, deve recorrer ao árduo procedimento de mudança da constituição, ou seja, um procedimento de emenda constitucional. Alerta-se que o procedimento para reforma constitucional nos Estados Unidos é bem mais rígido que no Brasil, exigindo não apenas a aprovação pelo congresso, como também a aprovação pela maioria qualificada dos órgãos legislativos estaduais.⁸³

No Brasil, a própria constituição, impregnada de valores morais, torna fundamental o papel do judiciário, não devendo esta atuação ser considerada sempre um “ativismo”, mas sim a efetivação dos valores e normas contidas na carta máxima. Contudo, esta é uma característica recente, visto que por muitos anos o STF agiu somente como legislador negativo. Essa é a visão de Siddharta Legale e Eric Barracho sobre o que intitulam de “corte Moreira Alves”:

Um tema em especial no período demonstra a forma comedida com a qual o Supremo da época via os limites da atuação do Judiciário diante da separação de poderes: o controle das omissões inconstitucionais. A impossibilidade de a Corte atuar como legislador positivo, devendo se circunscrever o controle a uma categoria que passou a habitar o STF desde então, a do "legislador negativo" foi uma marca registrada da Corte Moreira Alves

Entretanto, os autores afirmam que “O cenário atual é outro: maior ativismo e maior judicialização da política e da vida.”⁸⁴. Nessa toada, a norma ou a própria constituição em si, sem sua efetividade prática, como já afirma Ferdinand Lassalle, é uma mera “Folha de papel”.⁸⁵ Logo, para Ana Paula Barcellos, a concretização dos objetivos da norma é o que consegue transformar o mundo real. Nota-se isso pelo descompasso entre a realidade e a utopia prometida pelas normas, visto que, em geral, o objetivo da norma não se opera por si só, de forma independente. Tal concretização depende da expansão da eficácia jurídica dessas normas.⁸⁶ Por isso, afirmam Siddharta Legale e Eric Baracho acerca da atual “Corte Gilmar Mendes”:

⁸³MATOS, Nelson Juliano Cardoso. O estado constitucional contra a democracia: aspectos da crise paradigmática no direito e no estado. *Revista Eletrônica Direito e Política*, Programa de Pós Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.7, n.3, 3º quadrimestre de 2012. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

⁸⁴ FERREIRA, S. L.; FERNANDES, E. B. D. O STF nas “cortes” Victor Nunes Leal, Moreira Alves e Gilmar Mendes. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 9, n. 1, p. 23-46, 2013.

⁸⁵ LASSALLE, F. *A essência da Constituição*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000. Versão Ebook.

⁸⁶ BARCELLOS, Ana Paula de. *Políticas públicas e o dever de monitoramento: levando os direitos a sério*. Revista Brasileira de Políticas Públicas, 2018, p. 251-165.

a "Corte Gilmar Mendes" evidenciou um terceiro momento histórico, a partir do qual o Judiciário definitivamente foi alçado à condição de protagonista no cenário político brasileiro, proferindo decisões que ousaram ir um pouco além das tendências autocontidas da "Corte Moreira Alves" e consolidando-se como importante instância contramajoritária, na qual acabam sendo discutidos os maiores dilemas institucionais da nação. Já consolidadas as técnicas de interpretação e aspectos processuais mais relevantes dos instrumentos de controle concentrado, o Supremo passa a agir de forma mais ativista, como, por exemplo, no caso da inconstitucionalidade por omissão, tema em relação ao qual a mudança de entendimento foi considerável em relação ao momento anterior.⁸⁷

Portanto, o ativismo em si, como paradigma da efetivação de direitos pelo judiciário, pode ser considerado positivo pelo desenho institucional criado em 1988. Nessa toada, cita-se, a título de ilustração, os importantes avanços trazidos a partir do judiciário, como as uniões homoafetivas⁸⁸ ou a possibilidade de aborto na hipótese do feto anencéfalo.⁸⁹ Contudo, conceber o ativismo como a criação de normas não previstas na constituição é mais amplo que a simples efetivação de direito.

Portanto, o neoconstitucionalismo forneceu poderes ao judiciário que, ao não serem utilizados desprovidos de eficiente metodologia hermenêutica, trazem um ativismo judicial negativo a concretização dos direitos fundamentais. Em outras palavras, a doutrina da máxima efetividade é utilizada sob diferentes enfoques. Retomando a ideia apresentada no final do subtópico anterior, partindo da perspectiva que a Constituição Brasileira de 1988 pregou pela pluralidade de ideias e da inclusão de grupos historicamente marginalizados, como os trabalhadores, demonstra-se como um contrassenso, a partir da metodologia da ponderação de Alexy, limitar ao máximo a atuação das entidades de classe e confederações sindicais dentro do controle concentrado de legalidade. Portanto, tal restrição desprovida de respaldo demonstram-se como arbítrio, um ativismo negativo contra a efetivação máxima do princípio da soberania popular.

⁸⁷ FERREIRA, S. L.; FERNANDES, E. B. D. O STF nas "cortes" Víctor Nunes Leal, Moreira Alves e Gilmar Mendes. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 9, n. 1, p. 23-46, 2013.

⁸⁸ BARROSO, Luís Roberto. Uniões homoafetivas: reconhecimento jurídico das uniões estáveis entre parceiros do mesmo sexo. In: BARROSO, Luís Roberto. *O novo Direito Constitucional brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional brasileira*. Belo Horizonte: Fórum, 2013. Versão Ebook.

⁸⁹ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. 5a ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2015, p. 27-32.

2. O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL

Superada a discussão material acerca da ponderação e do arbítrio do Supremo Tribunal Federal ao agir de forma casuística no tocante a admissibilidade dos legitimados do Art. 103 da CRFB/88, o segundo tópico da presente monografia busca adentrar no controle de constitucionalidade no Brasil. Ou seja, a partir da lógica formal e processual, o presente tópico destrinchará a história do controle de constitucionalidade de forma internacional e como isso foi incorporado ao longo das décadas no sistema jurídico brasileiro. Ato contínuo, a incorporação, apesar da inspiração nas correntes austríacas e americana, incorporou o controle difuso e concentrado de forma singular, moldando-os para as peculiaridades do Brasil. Dessa forma, para compreender a restrição promovida pelo STF, estuda-se o constitucionalismo à brasileira de forma própria, com seus procedimentos e compatibilidades. Para tanto, dividiu-se o tópico entre as considerações gerais, o controle difuso e o controle concentrado.

2.1 Considerações gerais

O processo constitucional tem como objetivo promover a supremacia da constituição. Entretanto, para a constituição possuir um papel de destaque, é necessário que esta esteja conforme os valores impregnados no seio da sociedade. Com tal adequação, em conjunto como o sentimento constitucional, é possível que uma constituição seja resiliente e se protraia no tempo. Logo, a medida que a vontade da constituição seja maior, sua força normativa torna-se conseqüentemente superior a uma mera folha de papel e menos é necessário o controle de constitucionalidade. Assim, o presente subtópico esclarece o funcionamento da cultura constitucional em correlação com o controle de constitucionalidade.

Nesse prisma, a solução apresentada por Daniel Sarmento para isso seria a adoção de uma cultura constitucional com a força normativa e a resiliência da constituição.⁹⁰ Na mesma toada, Konrad Hesse entende que não deve predominar a vontade do poder, mas sim a vontade da constituição.⁹¹ Nessa toada, Iacyr Vieira afirma que:

⁹⁰ SARMENTO, Daniel. Crise Democrática e Cultura Constitucional: o absurdo da tese de que não há crise “porque as instituições estão funcionando”. In: MELLO, Patricia Perrone Campos; BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Democracia e Resiliência no Brasil: a disputa em torno da Constituição de 88*. Bosch Editor, 2022, p. 77-99.

⁹¹ LASSALLE, Ferdinand. *A essência da Constituição*. Prefácio de Aurélio Wander Bastos. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1985. Versão Ebook.

Hesse assevera que a Constituição, para ser aceita, para ter eficácia, para ser legítima, deve incorporar tais elementos, “não devendo assentar-se numa estrutura unilateral, se quiser preservar a sua força normativa num mundo em processo de permanente mudança político-social”, condicionando, no entanto, a relação entre Constituição e realidade ao efetivo cumprimento das disposições constitucionais (...) Quanto à preservação da Constituição, Hesse reforça o seu pensamento citando Walter Burckhardt (1931), para quem a vontade da Constituição “deve ser honestamente preservada, mesmo que, para isso, tenhamos de renunciar a alguns benefícios, ou até a algumas vantagens justas. Quem se mostra disposto a sacrificar um interesse em favor da preservação de um princípio constitucional fortalece o respeito à Constituição e garante um bem da vida indispensável à essência do Estado, mormente ao Estado democrático” (...) Atribui-se ao Direito Constitucional a tarefa de concretização da força normativa da Constituição, sobretudo porque esta não está assegurada de plano, “configurando missão que, somente em determinadas condições poderá ser realizada de forma excelente”. Conforme Hesse “a Ciência do Direito Constitucional cumpre seu mister quando envida esforços para evitar que as questões constitucionais se convertam em questões de poder”⁹²

Para Karl Loewenstein, isso é chamado de sentimento constitucional.⁹³ Ato contínuo, para Sarmento, a constituição serve para além da regulação de conflitos, ou mesmo de organizar e limitar o poder estatal. Ela serve para assegurar direitos fundamentais e, por seu aspecto dirigente, alcançar a ampla transformação social. Para isso, é fundamental que ela tenha resiliência funcional, que pode ser entendida como a capacidade da constituição de sobreviver no tempo às mudanças, pressões e intempéries políticas e sociais, eventualmente se ajustando às novas demandas, mas sem se descurar. A constituição resiliente é aquela que se ajusta sem se desvirtuar, e com isso não quebra. Tampouco perde a eficácia social, para se converter em proclamação retórica irrelevante, à qual ninguém mais presta atenção.⁹⁴

Dessa forma, para os autores citados, com a devida vontade da constituição instaurada no âmbito social, há uma menor necessidade do controle de constitucionalidade, visto que tal controle está consubstanciado no âmbito legislativo e popular. Entretanto, o Brasil, com todo seu passado autoritário, ainda não alcançou tal patamar com os pouco mais de trinta anos da constituição promulgada em 1988. Por este motivo, “o mergulho no passado, aqui, terá o

⁹² VIEIRA, Iacyr de Aguiar. A Essência da Constituição no Pensamento de Lassalle e de Konrad Hesse. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília-DF, v. 35, n. 139, p. 71-81, jul./set. 1998. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/388/r139-05.pdf>. Acesso em 14/11/2022.

⁹³ LOEWENSTEIN, Karl. *Teoria de la Constitución*. Barcelona: Ariel, 1976. Versão Ebook.

⁹⁴ SARMENTO, Daniel. Crise Democrática e Cultura Constitucional: o absurdo da tese de que não há crise “porque as instituições estão funcionando”. In: MELLO, Patricia Perrone Campos; BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Democracia e Resiliência no Brasil: a disputa em torno da Constituição de 88*. Bosch Editor, 2022, p. 77-99.

condão de revelar as potencialidades do futuro e as debilidades do presente”⁹⁵. Assim, o controle de constitucionalidade possui imensa importância em nosso ordenamento, devendo ser realizado de forma difusa e concentrada, da forma mais ampla possível, diferentemente do atualmente realizado. Dessa forma, da teoria consolidada à prática, de forma progressista, será possível alcançar uma cultura constitucional com base na supremacia da constituição.

2.2 Controle Difuso

O segundo subtópico busca destrinchar o controle de neoconstitucionalidade difuso, oriundo da jurisprudência norte-americana do *judicial review* e da inglesa, com suas *stare decisis*. Após sua origem e influência internacional, será exposto quando e como tal controle foi incorporado ao sistema jurídico brasileiro, notadamente a artimanha jurídica brasileira que visou promover compatibilidade entre o sistema da *Civil law* com o da *Common Law*. Por fim, serão expostos, de forma sucinta e didática, algumas características procedimentais e processuais dessa modalidade de controle, exercida por todos os juízes no caso concreto.

Em sua origem, compreende-se a emblemática decisão do caso *Marbury vs. Madison* nos Estados Unidos de 1803 como o marco inicial da *Judicial Review*. Contudo, muitos autores consideram-no mais um dentro das mudanças de paradigmas e fortalecimento do poder judiciário. Nessa linha, observa Marcelo Casseb a necessidade de entender a jurisprudência citada como o fruto de um contexto:

não se estudar Marbury apenas como um caso isolado ou fundacional, mas dentro de um contexto específico em que se favorecia a tomada de decisões pelo Poder Judiciário em desfavor do Legislativo e de suas leis, mas sempre em nome da Constituição e da soberania do povo⁹⁶

Contudo, é inegável a amplitude do caso para a história constitucional norte-americana e, conseqüentemente, para o mundo. Logo, em contrapartida com o direito europeu continental *lato sensu*, que possuíam dificuldades em aceitar a atuação ativa do judiciário, sob pena de ferir e desgastar a separação de poderes, os Estados Unidos, desde o século XIX, já o aplicava.

⁹⁵ BRANDÃO, Rodrigo; NUNES, Daniel Capecchi. O STF e as entidades de classe de âmbito nacional: a sociedade civil e seu acesso ao controle concentrado de constitucionalidade. *Revista de Direito da Cidade*, v. 10, n. 1, 2018, p. 167.

⁹⁶ CONTINENTINO, Marcelo Casseb. A História do judicial review O mito de Marbury. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 53 n. 209 jan./mar. 2016, p. 115-132.

Retornando ao Caso *Marbury vs. Madison*⁹⁷, este foi situado logo após a guerra de independência e a própria carta magna norte-americana. Nesse panorama, uma disputa sobre a reforma organizacional do judiciário, oriunda do “*Judiciary Act of 1801*”, tópico em disputa pelos federalistas e antifederalistas, teve como consequência a defesa da constituição pelo controle de constitucionalidade da suprema corte. Por fim, o juiz John Marshall concluiu que:

Marshall ampliou que um mandado de segurança (writ of mandamus) era a maneira correta de buscar um remédio, mas concluiu que a Corte não poderia expedir-lo. Marshall argumentou que o Judiciary Act conflitava com a Constituição. O Congresso não tinha poder para modificar a Constituição por meio de legislação ordinária porque a Cláusula de Supremacia coloca a Constituição antes das leis. Com isso, Marshall estabeleceu o princípio da judicial review, ou seja, o poder de declarar uma lei inconstitucional.⁹⁸

Observa-se, então, que o Judiciário adotou a tese defendida por Hamilton, abordada no capítulo anterior, ao promover o controle difuso de constitucionalidade a partir da supremacia da constituição, sendo possível o judiciário, por meio do *Judicial Review*, ser o guardião da Lei Fundamental:

O neoconstitucionalismo desenvolve-se a partir de um elemento-chave do modelo constitucionalista: a supremacia constitucional. A ideia foi pioneiramente apresentada por Alexander Hamilton: a Constituição é uma Lei Fundamental, superior a todas as demais normas.¹² A partir dessa premissa, Hamilton propõe a judicial review, assentada num silogismo: se a Constituição é uma lei suprema, e cabe ao Judiciário interpretar as leis e resolver conflitos entre uma lei superior e outra inferior, cabe ao Judiciário invalidar as normas contrárias à Constituição. John Marshall acolheu essa teoria no voto proferido no caso *Marbury versus Madison*, em 1803, consagrando o chamado modelo difuso de controle de constitucionalidade, em que cada juiz é competente para invalidar uma norma contrária à Constituição.⁹⁹

No mesmo século, outro país da tradição da *common law*, fixou em definitivo a tese dos precedentes vinculantes, pela *stare decisis et non quita movere*, simplificada como *Stare Decisis*, brocardo latino que impõe a vinculação do Tribunal por suas decisões pregressas e

⁹⁷ MARBURY v. MADISON, 5 U.S. 137 (1803). Disponível em: <https://www.oyez.org/cases/1789-1850/5us137>. Acesso em 19/09/2022.

⁹⁸ MARBURY v. MADISON, 5 U.S. 137 (1803). Disponível em: <https://www.oyez.org/cases/1789-1850/5us137>. Acesso em 14 fev. 2021.

⁹⁹ MARTINS, Ricardo Marcondes. Neoconstitucionalismo. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Direito Administrativo e Constitucional. Vidal Serrano Nunes Jr., Maurício Zockun, Carolina Zancaner Zockun, André Luiz Freire (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/134/edicao-1/neoconstitucionalismo>. Acesso em 22/09/2022.

das instâncias inferiores, a partir do caso *London Trainways Company v. London County Council*, datado de 1895.

Logo, os precedentes, também entendidos por Fredie Didier como “a decisão judicial tomada à luz de um caso concreto, cujo núcleo essencial pode servir como diretriz para o julgamento posterior de casos análogos”¹⁰⁰ possuíam cada vez mais lugar como fonte primária do direito. Contudo, de forma diferente dos países de matriz anglo-saxã, países de *Civil Law* oriundas do sistema românico germânico, como o Brasil, de forma histórica, notam os precedentes como fontes secundárias do direito, sendo a fonte primária, via de regra, a lei. Por esse motivo, por muito tempo, pelas doutrinas positivistas, confundiu-se o direito com a própria lei.

Como consequência, mesclar ambas as culturas jurídicas trazem um grande problema, uma vez que no *stare decisis*, ao invés de uma lei, há uma decisão judicial. Com isso, a capacidade de uma decisão judicial criar um direito era impensável, visto carecer de legitimidade popular para tanto. Por este motivo, deve-se analisar o controle de constitucionalidade *à brasileira* de forma separada daqueles os quais os juristas brasileiros tomaram suas inspirações, uma vez que em território nacional, o controle citado ganhou contornos próprios, transformando-se em uma categoria autônoma genuinamente brasileira.

No Brasil, a Constituição Imperial de 1824 via o Legislativo como o poder que deveria “Velar na guarda da Constituição, e promover o bem geral da Nação.”¹⁰¹ Não obstante, o Imperador com seu poder moderador era “a chave de toda a organização Política, (...) para que incessantemente vele sobre a manutenção da Independência, equilíbrio, e harmonia dos mais Poderes Políticos.”¹⁰² Como consequência dessas perspectivas acerca dos quatro poderes, não haveria como o judiciário ser concebido com maiores prerrogativas sobre os demais.¹⁰³ Nesse sentido, Clémerson Merlin Clève aponta que:

Não foi apenas o dogma da soberania do Parlamento que impediu a emergência da fiscalização jurisdicional da constitucionalidade no período monárquico. O

¹⁰⁰ DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, teoria do precedente, decisão judicial, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*, Salvador: JusPodium, 2009, p. 381.

¹⁰¹ Constituição brasileira de 1824, Art. 15, IX.

¹⁰² Constituição brasileira de 1824. Art. 98.

¹⁰³ NOGUEIRA, Octaciano *1824*. 3. ed. Brasília : Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2012.

Imperador, enquanto detentor do Poder Moderador, exercia uma função de coordenação; por isso competia a ele (art. 98) manter a ‘independência, o equilíbrio e a harmonia entre os demais poderes’. Ora, o papel constitucional atribuído ao Poder Moderador, ‘chave de toda a organização política’ nos termos da Constituição, praticamente inviabilizava o exercício da função de fiscalização constitucional pelo Judiciário. Sim, porque, nos termos da Constituição de 1824, ao Imperador cumpria resolver os conflitos envolvendo Poderes, e não ao Judiciário.¹⁰⁴

Na sequência, a primeira constituição a promover um sistema de precedentes foi a Constituição de 1891, que, por grande influência de Ruy Barbosa, repetiu o modelo adotado na Constituição Provisória de 1890 (Decreto n. 510), adotando o sistema difuso de precedentes de matriz norte-americana,¹⁰⁵ em seu Art. 58.¹⁰⁶ Com isso, elucida Aliomar Baleeiro:

E os juízes e Tribunais poderiam declarar a inconstitucionalidade de leis e decretos, mas só em caso concreto, isto é, dizer que a lei era inaplicável naquela causa por ser contrária à Constituição. Qualquer outra pessoa na mesma situação teria que propor ação para o mesmo fim. A Justiça não revogava a lei inconstitucional nem a declarava tal em tese erga omnes, como pode fazer hoje.¹⁰⁷

Frisa-se que tais decisões em sede da Constituição de 1891 poderiam ser feita de forma difusa por todos os juízes no caso concreto. Entretanto, nenhuma delas tinha efeito vinculante ou *stare decisis*, uma vez que pela tradição da *Civil Law*, não poderia haver uma decisão judicial criando direito para além das partes. Com isso, quando aplicado tal artigo, os efeitos eram somente *inter partes*.

Ato contínuo, a Constituição de 1934 buscou aproximar os mecanismos do Brasil com os da origem do controle difuso ao positivar que se o STF decidisse pela inconstitucionalidade de uma lei, ela seria encaminhada para o Senado federal e este órgão decidia se ela era inconstitucional ou não. Para isso, a cúpula legislativa deveria editar uma resolução suspendendo a lei em todo ou em parte. Entretanto, frisa-se que o Senado só suspendia se ele entendesse de fato que a lei era inconstitucional, não sendo obrigado pelo STF para tanto. Nessa perspectiva, Ronaldo Poletti observa tal mudança:

¹⁰⁴ CLÈVE, Clémerson Merlin. *A Fiscalização Abstrata de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000 p.81.

¹⁰⁵ BALEEIRO, Aliomar. *1891*. 3. ed. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2012, p. 31.

¹⁰⁶ Constituição de 1891. Art. 58. Ao Supremo Tribunal Federal compete: III. Rever processos findos, nos termos do art 78. a) quando se questionar sobre a validade, ou a aplicabilidade de tratados e leis federais, e a decisão do tribunal do Estado for contra ela; b) quando se contestar a validade de leis ou atos dos governos dos Estados em face da Constituição, ou das leis federais e a decisão do tribunal do Estado considerar válidos os atos, ou leis impugnados.

¹⁰⁷ BALEEIRO, Aliomar. *1891*. 3. ed. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2012, p. 32.

Mas, a mais importante inovação estava na citada competência do Senado. Era a maneira de solucionar um dos mais graves problemas do controle da constitucionalidade. **A ausência da regra do stare decisis** implica que os juizes não estão obrigados a deixar de aplicar a lei, declarada inconstitucional pelo Supremo. A solução da Constituição permitia dar efeitos erga omnes a uma decisão num caso concreto. Além disso, atenuava-se o problema da quebra de harmonia e equilíbrio entre os poderes pois remetia a um órgão do Poder Legislativo a atribuição de suspender a execução da lei declarada inconstitucional.¹⁰⁸

Não obstante, deve-se elencar outras mudanças trazidas pela nova constituição no tocante ao controle de constitucionalidade das leis. Por exemplo, foi estabelecido o recurso extraordinário em seu Art. 76, III, quando fosse questionada a vigência ou validade das leis federais em face da carta máxima. Outra importante contribuição está presente no Art. 179, que afirmava que por pelo menos a maioria absoluta dos votos, os tribunais poderiam declarar inconstitucionais as leis ou atos normativos exaradas pelo legislativo.

Por fim, além do próprio mandado de segurança como um direito individual, foi criada a Ação direta de inconstitucionalidade interventiva no art. 12 § 2º da Constituição de 1934, uma precursora do controle concentrado, para quando houvesse o desrespeito dos Estados-membros a determinados princípios. Entretanto, o único legitimado para acioná-la era o Procurador-Geral da República em âmbito federal e o Procurador-Geral de Justiça no âmbito estadual. Como pode-se depreender acerca da possibilidade do controle em âmbito estadual, foi criada a Representação de Inconstitucionalidade ou a Ação direta de inconstitucionalidade federal. Nessa toada, Celso Agrícola Barbi em 1968 afirmava que:

difere da declaração por via de exceção, porque não surge no curso de uma demanda judicial qualquer, nem é simples fundamento do pedido; o pedido é a própria declaração de inconstitucionalidade, e não a intervenção, pois esta não compete ao Supremo Tribunal Federal, e nenhuma relação jurídica surge como objeto da demanda, como é normal nas ações comuns¹⁰⁹

As constituições seguintes seguiram o mesmo panorama, até que a constituição de 1988 rompeu os paradigmas antes estabelecidos. Apesar de já haver o controle concentrado de constitucionalidade na ditadura militar a partir da ADIN interventiva, apenas na CF de 1988, o controle difuso passou a conviver realmente com outro “sistema”, do controle concentrado de constitucionalidade, que foi muito aperfeiçoado na mesma constituição e será abordado no

¹⁰⁸ POLETTI, Ronaldo. 1934. 3. ed. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2012, p. 38.

¹⁰⁹ BARBI, Celso Agrícola. Evolução do Controle da Constitucionalidade das Leis no Brasil. *Revista de Direito Público*, São Paulo, v. 1, n. 4, p.34-43, 1 abr. 1968.

tópico subsequente. Em linhas gerais, o controle se adapta ao direito constitucional contemporâneo, com uma constituição mais dirigente e principiológica, com leis estaduais, municipais e federais, além de uma sociedade no qual a população cada vez mais judicializa as questões, como abordado anteriormente.

Superando a fase histórica, deve-se frisar desde já que atualmente, o Conselho Nacional de Justiça, que está no art. 103-B, §4 da CRFB/88 tem uma função administrativa e financeira. Como consequência, o mencionado órgão não possui função jurisdicional, apesar de encontrar-se no rol do Art. 92 da CRFB, logo, não profere decisões judiciais, como sentenças e acórdãos.

Além disso, diferente do controle concentrado, o controle difuso é um processo subjetivo. Entende-se por subjetivo o processo com partes, autor e réu. Não obstante, tal controle pode ser realizado em qualquer fase do desenvolvimento, tanto de um processo individual, como de um processo coletivo, ou mesmo por uma associação, dentre outras possibilidades.

Outro ponto interessante de se ressaltar é que o controle difuso é tratado por meio de um incidente processual. Logo, entende-se que a inconstitucionalidade não é o pedido principal da ação, não sendo nem mesmo a causa principal de pedir. Pelo contrário, é um incidente que precisa ser resolvido antes mesmo de analisar o mérito da decisão.

Como apontado, tal tipo de controle é alegado no caso concreto pelas partes envolvidas. Ou seja, tanto pelo autor, como pelo réu, pelo Ministério Público, quando esse atual como *custos legis* e mesmo em pelos terceiros no caso das hipóteses aventadas como intervenção de terceiros, como em uma denúncia da lide. Por fim, o próprio Juiz, de ofício ou provocado, pode suscitar esse incidente. Como consequência lógica, tal decisão terá efeito apenas entre as partes envolvidas, sendo ele *ex-tunc*.

2.3 Controle Concentrado

Da mesma forma como foi abordado acerca do controle difuso, será explorado o controle concentrado. No entanto, o presente controle possui maior relevância para o tema em questão, visto que os legitimados do art. 103 da CRFB/88 são especialmente para esse tipo de controle. Nesse contexto, irá se abordar a origem austríaca do controle concentrado e seu principal expoente, Hans Kelsen. Ato contínuo, por fim, analisar-se-á como e quando tal controle foi incorporado em no ordenamento jurídico brasileiro e os legitimados para tanto.

Para Hans Kelsen, em sua obra *Teoria Pura do direito*, todas as soluções para dúvidas dentro do ordenamento retiram sua validade e são solucionadas dentro do próprio direito. Para o autor positivista, não há plausibilidade em um ordenamento no qual uma das fontes primárias do direito fossem as decisões judiciais. No entanto, o autor vislumbrava a hipótese em que houvesse um tribunal, com sua legitimidade fornecida pela constituição, para apurar a validade das demais normas infraconstitucionais do ordenamento. Nessa perspectiva, mencionado tribunal teria a função exclusiva de analisar em tese a constitucionalidade daquelas leis, com um ordenamento jurídico escalonado.¹¹⁰

Um precursor dessa ideia foi o tribunal austríaco da década de 1920, possuindo a única finalidade de defender a constituição ao realizar a análise da lei em tese, ou seja, analisar a lei de forma desvinculada do caso concreto frente a constituição. Contudo, visando conceder segurança jurídica, o tribunal constitucional não poderia legislar de forma alguma, deveria ater-se ao papel de legislador negativo, sendo a eficácia de suas decisões somente aplicáveis para o futuro, ou seja, ex-nunc.

Nesse sentido, Ricardo Martins Aponta acerca das influências de Kelsen para o sistema de controle concentrado brasileiro:

Por influência de Hans Kelsen, vários Estados da Europa Ocidental adotaram o modelo de controle concentrado de constitucionalidade, em que a competência para invalidação de uma norma contrária à Constituição é atribuída a um único órgão jurisdicional. Ao lado desses dois modelos fundamentais – o difuso e o concentrado – surgiram outros, como o modelo político-preventivo, vigente na França, e

¹¹⁰ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 6. ed. Coimbra: Arménio Amado, 1984. Versão Ebook.

modelos mistos, que incorporam o controle difuso e técnicas de controle concentrado, como o sistema brasileiro.¹¹¹

A primeira constituição a aplicar o controle concentrado de constitucionalidade foi a constituição de 1946, a partir da alteração realizada pela emenda constitucional 16 de 1965. À época, duas explicações foram fornecidas para tanto. A primeira e oficial foi para reduzir a sobrecarga do STF, visto que o número de processos que chegavam a corte eram superiores à estrutura organizacional do tribunal. De fato, de acordo com Baleeiro, 8930 novos processos alcançaram a corte no ano anterior a emenda, sem contar os que já tramitavam na cada, sendo este um número espantoso para 1964.¹¹² Dessa forma, seria possível que os ministros fornecessem decisões mais céleres e densas.¹¹³

Entretanto, a segunda explicação, analisa o contexto histórico. Rodrigo Brandão associa a medida ao AI-2 e o *court packing*, ao limitar a independência funcional do poder judiciário, uma vez que aposentou alguns ministros e aumentou o número total das cadeiras da corte¹¹⁴. Não obstante, a EC 16/65, além de criar o controle concentrado, forneceu a discricionariedade aos ministérios de disporem dos seus funcionários em razão do interesse público¹¹⁵. Portanto, Rodrigo Brandão e Daniel Capecchi elucidam que “o surgimento do instituto se dá, portanto, em um evidente clima de instabilidade institucional e de domínio dos demais Poderes pelo Executivo, em um regime de exceção.”¹¹⁶ Com efeito, Osvaldo Vale conclui que “o Poder Executivo-Revolucionário passou a ter no Supremo um órgão administrativamente saudável, tecnicamente ágil, (...), mas politicamente morto”¹¹⁷

¹¹¹ MARTINS, Ricardo Marcondes. Neoconstitucionalismo. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Direito Administrativo e Constitucional. Vidal Serrano Nunes Jr., Maurício Zockun, Carolina Zancaner Zockun, André Luiz Freire (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/134/edicao-1/neoconstitucionalismo>. Acesso em 22/09/2022.

¹¹² BALEEIRO, Aliomar. *O Supremo Tribunal Federal, Esse Outro Desconhecido*. 1a ed. Rio de Janeiro: Forense, 1968, p. 121-124.

¹¹³ BRANDÃO, Rodrigo; NUNES, Daniel Capecchi. O STF e as entidades de classe de âmbito nacional: a sociedade civil e seu acesso ao controle concentrado de constitucionalidade. *Revista de Direito da Cidade*, v. 10, n. 1, 2018, p. 167.

¹¹⁴ BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia Judicial Versus Diálogos Constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 112-115.

¹¹⁵ VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremo Tribunal Federal: jurisprudência política*. 2a ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002, p. 123.

¹¹⁶ BRANDÃO, Rodrigo; NUNES, Daniel Capecchi. O STF e as entidades de classe de âmbito nacional: a sociedade civil e seu acesso ao controle concentrado de constitucionalidade. *Revista de Direito da Cidade*, v. 10, n. 1, 2018, p. 167

¹¹⁷ VALE, Osvaldo Trigueiro do. *O Supremo Tribunal Federal e a instabilidade político-institucional*. 1a ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1976, p. 166.

A partir de então, foi inserido o controle concentrado no âmbito do STF e dos tribunais de justiça. Logo, um dos mais importantes instrumentos de estabilidade constitucional foi entabulado durante um regime ditatorial, dando “maior eficiência à justiça do país e, simultaneamente, conferia-se um verniz de legalidade para os atos do regime – o que, a longo prazo, teria efeitos desastrosos na redemocratização.”¹¹⁸ Nessa linha, resume Siddharta Legale e Eric Baracho das etapas iniciais do controle de constitucionalidade, principalmente a partir de 1975 com a Corte Moreira Alves:

Como se pode observar pela jurisprudência do período entre 1975 e 2003, o Supremo Tribunal Federal, em geral, e o Ministro Moreira Alves, em particular, foram experimentando as bases do que veio a ser o controle de constitucionalidade no Brasil, sob o formato de um processo objetivo, compreendido tradicionalmente como um processo sem partes ou interesses subjetivos. E verdade que essa ideia hoje poderia ser problematizada a partir da categoria "representação argumentativa" (ALEXY, 2007, p. 53) ou pela necessidade de a Corte contemplar procedimental e argumentativamente os múltiplos interesses, presentes em uma sociedade democrática e plural. Ainda é preciso amadurecer esse debate para saber até que ponto é possível estender o conceito de partes não com uma referibilidade individual, mas a partir desse grupo. Certo é, porém, que a construção do controle como processo objetivo está nas raízes de sua construção. Ainda que nada seja para sempre, a jurisprudência da Corte Moreira Alves ainda se mostra presente na jurisdição constitucional no Brasil ou, pelo menos, no que ela pode ou não vir a ser. Muito do que foi decidido se transformou em dispositivo legal, súmula ou jurisprudência dominante. Havia alguns dispositivos constitucionais com diretrizes para o controle, mas a legislação a esse respeito só veio em 1999 com as Leis n. 9.868 e n. 9882 e, em relação à ADI por omissão, apenas em 2009 com a Lei n. 12.063 que alterou a redação da Lei n. 9.868/99.

Ato contínuo, o controle concentrado é atualmente considerado um processo objetivo. Frisa-se que essa classificação, conforme Siddharta Legale e Eric Baracho, foi uma das muitas contribuições de Moreira Alves para o controle de constitucionalidade no Brasil:

O Ministro José Carlos Moreira Alves foi um dos precursores de temas centrais do controle de constitucionalidade no Brasil. Justamente por isso, começamos com o destaque de sua contribuição para a formação de uma lógica de um processo objetivo, a aplicação dos princípios da interpretação conforme e do princípio da proporcionalidade. São três elementos estruturantes de modo a desempenhar a análise da compatibilidade entre a lei com a Constituição que superam a tradicional lógica do controle do caso concreto de interesses particulares, como teremos a oportunidade de conferir. (...) Um último caso essencial para definição da representação de inconstitucionalidade como um processo objetivo refere-se, de forma explícita, à Representação n. 1.405/ AC. Nela, questionava-se um dispositivo da Constituição do Acre que permitia ao Procurador-Geral do Estado representar ao Tribunal competente sobre a inconstitucionalidade. A dúvida era a possibilidade de impugnar a constitucionalidade de leis estaduais ou municipais por meio de um

¹¹⁸ BRANDÃO, Rodrigo; NUNES, Daniel Capecchi. O STF e as entidades de classe de âmbito nacional: a sociedade civil e seu acesso ao controle concentrado de constitucionalidade. *Revista de Direito da Cidade*, v. 10, n. 1, 2018, p. 168.

controle instituído pelo poder constituinte do Estado-membro. Entendeu-se que tal previsão era inconstitucional, porque a legitimidade para propor a representação de inconstitucionalidade pertencia exclusivamente ao Procurador-Geral da República, Chefe do Ministério Público Federal e, ainda que o Estado pudesse instituí-lo, segundo o Supremo, deveria ser respeitada a titularidade desse processo de cunho objetivo. Em seu voto, o Ministro Moreira Alves manifestava-se explicitamente no sentido de diferenciar a intervenção federal da representação de inconstitucionalidade, que se apresenta como "processo objetivo, e, portanto, sem partes, autêntico meio de controle político da Constituição que é deferido em caráter excepcionalíssimo a esta Corte".¹¹⁹

Não obstante, os atuais artigos 27 da Lei n. 9.868/99¹²⁰ e 927, § 3º do CPC/15 preveem a possibilidade da modulação dos efeitos das ações do controle concentrado. Da mesma forma, tais possibilidades são relevantes contribuições do Ministro Moreira Alves. Assim, afirma Siddharta e Eric:

efeitos da decisão no controle de constitucionalidade, três temas podem ser considerados as contribuições centrais do Ministro Moreira Alves: (i) a eficácia erga omnes, ou seja, oponível contra todos; (ii) o efeito em regra ex tunc da decisão ou seja, retroativos; e (iii) a possibilidade de cautelar em ADI com efeitos, em regra, desse momento para frente, ex nunc. (...) Essa questão representa um passo muito importante na jurisdição constitucional, conferindo força à ação direito de inconstitucionalidade no sentido de poder derrubar efetivamente as leis aprovadas pelo Parlamento.

Entretanto, retomando a criação do controle de constitucionalidade em 1965, nota-se que a única ação criada em sede do Supremo Tribunal federal foi a ação direta de inconstitucionalidade (ADIN). No Âmbito do tribunal de justiça, houve a criação da representação de inconstitucionalidade. Contudo, frisa-se que o rol de legitimados para tanto era ínfimo até 1988, contando apenas com a legitimidade do PGR e o PGJ, que podiam propô-la, na medida de suas atribuições estaduais e federais.¹²¹

Frisa-se aqui que a ADIN foi a marca inicial da Ditadura Militar iniciada em 1964. Nesse sentido, de modo dispare a criação da supremacia da constituição ou mesmo da vontade constitucional, a ação mencionada possuía o escopo autoritário de controlar o ordenamento jurídico brasileiro, cerceando assim a liberdade política e o pluralismo de

¹¹⁹ FERREIRA, S. L; FERNANDES, E. B. D. O STF nas "cortes" Victor Nunes Leal, Moreira Alves e Gilmar Mendes. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 9, n. 1, p. 23-46, 2013.

¹²⁰ Lei n. 9.868/99. Art. 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

¹²¹ KOERNER, Andrei. Uma Análise Política do Processo de Representação de Inconstitucionalidade Pós-64. *Revista da Emarf*, Cadernos Temáticos, p. 299-328, 2010.

ideias. Por este motivo os legitimados eram restritos aos chefes do Ministério Público Estadual e Federal, uma vez que estes eram escolhidos pelo presidente da república e pelo governador, a partir da livre nomeação e exoneração. Com isso, nota-se a concentração de poderes nas mãos do Executivo. Nesse ponto, Siddharta Legale e Eric Baracho consideravam o momento como de “extrema fragilidade das instituições democráticas e hipertrofia do Poder Executivo”¹²². Assim, Rodrigo Brandão e Daniel Capecchi concluem que:

Dessa maneira, estaria garantida ao regime de exceção a impossibilidade de ajuizamento de qualquer ação que pudesse colocar em cheque a sua legitimidade ou legalidade. A bem da verdade, o instituto serviria muito mais como uma forma de, pela via jurisdicional, manter os estados-membros e o Legislativo sob controle¹²³

Entretanto, atualmente, com o objetivo de promover a ampla participação popular nas questões políticas, ampliando de forma efetiva a democracia direta, mais legitimados para deflagrar as mencionadas ações foram inseridos no âmbito constitucional pós 1988. Portanto, além de um rol com nove incisos¹²⁴, diferentes tipos de ações foram positivadas, como a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI); Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC); Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF); Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) e a Ação Direta de Inconstitucionalidade Interventiva (ADI-I).

Dessa forma, deve-se analisar o controle de constitucionalidade concentrado pela “corte Gilmar Mendes”, marcada, didaticamente, pelas “(i) ADI; (i) ADC; (iii) ADPF; (iv) ADI por omissão e mandado e injunção; (v) recurso extraordinário, repercussão geral e revisão de tese; (vi) súmula vinculante; e (vii) audiências públicas.”¹²⁵ Nessa linha, estão presentes diversas manifestações da corte, em congruência com o subcapítulo da

¹²² FERREIRA, S. L.; FERNANDES, E. B. D. O STF nas “cortes” Victor Nunes Leal, Moreira Alves e Gilmar Mendes. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 9, n. 1, p. 23-46, 2013.

¹²³ BRANDÃO, Rodrigo; NUNES, Daniel Capecchi. *O STF e as entidades de classe de âmbito nacional: a sociedade civil e seu acesso ao controle concentrado de constitucionalidade*. Revista de Direito da Cidade, v. 10, n. 1, 2018, p. 169.

¹²⁴ CRFB/88. Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade: I - o Presidente da República; II - a Mesa do Senado Federal; III - a Mesa da Câmara dos Deputados; IV - a Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; V - o Governador de Estado ou do Distrito Federal; VI - o Procurador-Geral da República; VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; VIII - partido político com representação no Congresso Nacional; IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

¹²⁵ FERREIRA, S. L.; FERNANDES, E. B. D. O STF nas “cortes” Victor Nunes Leal, Moreira Alves e Gilmar Mendes. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 9, n. 1, p. 23-46, 2013.

hermenêutica constitucional, observa-se a afirmação de que “a melhor postura hermenêutica é compreender a interpretação constitucional como uma obra complexa e inacabada, cuja construção decorre do trabalho de diversas mãos”¹²⁶, ou mesmo que “participação de diferentes grupos em processos judiciais de grande significado para toda a sociedade cumpre uma função de integração extremamente relevante no Estado de Direito”¹²⁷

Com efeito, os autores afirmam que ocorreu uma significativa alteração na percepção constitucional, como abordado no primeiro capítulo da presente monografia com o neoconstitucionalismo e o ativismo judicial. Assim, afirmam que “a Constituição dotada força normativa, a corte constitucional como espaço aberto à sociedade civil em audiências públicas e o Judiciário como uma importante instituição contramajoritária.”¹²⁸ Nesse linha, Sepúlveda Pertence compreende a legitimidade das entidades de classe e confederações sindicais como uma “abertura mais significativa do acesso da sociedade civil ao controle abstrato de normas”¹²⁹. Nas palavras do Ministro:

De outro lado – considerando que a legitimação para a ação direta de inconstitucionalidade das ‘entidades de classe de âmbito nacional’ é a abertura mais significativa do acesso da sociedade civil ao controle abstrato de normas – sou dos que ainda resistem à tendência de reduzir o alcance da inovação ao âmbito puramente corporativo das classes profissionais ou econômicas, a rigor, já contemplado, no mesmo inciso IX do art. 103 da Constituição, com a legitimação das confederações sindicais¹³⁰

Contudo, apesar da maior inclusão popular, a “pretensão de construir uma sociedade aberta dos intérpretes da Constituição” está longe de ser alcançada em sua plenitude. Pode-se aduzir tal constatação pelo fato do STF, desde a corte Moreira Alves, perpassando pela Corte Gilmar Mendes, promoverem limitações de forma discricionária acerca da legitimidade das entidades de classe e as confederações sindicais. Dessa forma, alçando as categorias de maior engajamento social a um patamar *suis generis* altamente limitado por critérios arbitrários que variam consoante o caso concreto, fere-se o princípio republicano, o pluralismo e o acesso à justiça. Nota-se então um enfraquecimento das potencialidades da

¹²⁶ STF. Decisão monocrática no MS 29494, Rel. Min. Roberto Barroso, julg. 11.04.2018.

¹²⁷ Decisão monocrática na ADI 4832, Rel.: Min. Rosa Weber, julg. 28.01.2013.

¹²⁸ FERREIRA, S. L.; FERNANDES, E. B. D. O STF nas “cortes” Victor Nunes Leal, Moreira Alves e Gilmar Mendes. *Revista Direito GV, São Paulo*, v. 9, n. 1, p. 23-46, 2013.

¹²⁹ STF, ADI 894-MC/DF, Rel. Min. Néri da Silveira, Pleno, julg. 19.11.1993.

¹³⁰ STF, ADI 894-MC/DF, Rel. Min. Néri da Silveira, Pleno, julg. 19.11.1993.

chamada atuação contramajoritária da Corte.¹³¹ Com isso, além de dificultar a consolidação do sentimento constitucional, afasta-se do ideal de Peter Häberle da sociedade aberta dos intérpretes.¹³² Nesse sentido, conclui Juliana Gomes:

longe de ser democrática e igualitária, a permeabilidade social do STF opera de maneira seletiva ao impedir o acesso de certos grupos ao à jurisdição constitucional ao mesmo tempo em que a franqueia a outros, em violação às ideias de acesso à justiça, igualdade, democracia e, no limite, do próprio Estado de Direito.¹³³

¹³¹ BRANDÃO, Rodrigo; NUNES, Daniel Capecchi. O STF e as entidades de classe de âmbito nacional: a sociedade civil e seu acesso ao controle concentrado de constitucionalidade. *Revista de Direito da Cidade*, v. 10, n. 1, 2018, p. 166

¹³² HABERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: constituição para e procedimental da constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1997. Versão Ebook.

¹³³ GOMES, J. C. A. CANCELAS INVISÍVEIS: “EMBARGOS AURICULARES”, LEGITIMIDADE ATIVA E A PERMEABILIDADE SOCIAL SELETIVA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. REI - *REVISTA ESTUDOS INSTITUCIONAIS*, [S. l.], v. 6, n. 1, p. 55–82, 2020. DOI: 10.21783/rei.v6i1.460. Disponível em: <https://estudosinstitucionais.com/REI/article/view/460>. Acesso em: 21 dez. 2022.

3. A LEGITIMAÇÃO NO CONTROLE CONCENTRADO

Conforme afirmado no segundo capítulo da presente monografia, a constituição de 1988 inovou no ordenamento jurídico brasileiro ao incluir uma série de novos legitimados além dos chefes do Ministério Públicos, escolhidos pelos Chefes do Executivo. Tal escolha foi fruto de intensos debates na assembleia constituinte, havendo partidários contra e a favor da medida. Por exemplo, Paulo Brossard, ministro da justiça à época, antes de ser empossado como ministro do Supremo Tribunal federal, era contra tal ampliação. Nessa linha, elucidam Rodrigo Brandão e Daniel Capecchi:

Mesmo na Assembleia Nacional Constituinte essa perspectiva foi trazida à tona. Basta lembrar que, o então ministro da justiça e futuro juiz do STF, Paulo Brossard, provocado por uma pergunta do Ministro Sidney Sanches, opôs-se frontalmente à possibilidade de ampliar o número de legitimados ativos, afirmando haver risco de sobrecarga do Tribunal (BRASIL, 1987, p. 157). Além disso, houve a manifestação explícita de ministros da Corte, em matéria jornalística, contra a possibilidade de expandir o controle, sob o argumento de que a expansão seria demasiada (ARGUELHES, 2015, p. 221).¹³⁴

No entanto, Ernani Carvalho considera que em seus estágios finais, a constituinte já havia se pacificado quanto a ampliação dos legitimados, restando saber quantos e quais os atores iriam figurar nesse rol. De acordo com o autor:

a questão não era mais se deveria ou não aumentar: isso era uma questão resolvida tanto do ponto de vista jurídico como do ponto de vista político. A grande era quantos deveriam ser os legitimados. A proposta vencedora coaduna-se com a ideia e o desenho geral da Constituição – ou seja, a ideia predominante era de abertura política, o e o desenho era de participação de vários setores da sociedade.¹³⁵

Dentro dessa disputa de poderes, apesar da ampliação dos legitimados e a conseqüente participação popular a partir das entidades de classe e confederações sindicais ter se consagrado vencedora, muitos debates foram deixados para o futuro. Em outras palavras, “a

¹³⁴ BRANDÃO, Rodrigo; NUNES, Daniel Capecchi. O STF e as entidades de classe de âmbito nacional: a sociedade civil e seu acesso ao controle concentrado de constitucionalidade. *Revista de Direito da Cidade*, v. 10, n. 1, 2018, p. 173.

¹³⁵ CARVALHO, Ernani. Política Constitucional no Brasil: a ampliação dos legitimados ativos na Constituinte de 1988. *Revista da Emarf*, Cadernos Temáticos, p. 97-118, 2010, p. 117.

Carta adotou a forma de um compromisso dilatatório, deixando para o futuro as disputas que no momento de sua promulgação não encontraram solução”¹³⁶

Dessa forma, em uma análise teleológica, o constituinte originário, ao mesmo tempo que buscou fugir da subserviência do judiciário ao executivo, promoveu a ampliação da participação de outros setores da sociedade jurídica e civil, para evitar arbitrariedades como no passado recente. Com isso, terceiro capítulo objetiva, em linhas gerais, abordar acerca dos legitimados a partir das diferentes categorias que o STF os enquadra.

Segundo o artigo 103¹³⁷ da constituição federal brasileira (CF/88), dentre o rol de legitimados para propor a ação direta e ação declaratória (ADC) de inconstitucionalidade (ADI), situam-se no inciso IX as confederações sindicais e entidades de classe nas ações de controle abstrato de constitucionalidade. Ou seja, apesar de se tratar de um processo objetivo, em que não existem partes, apenas tal rol possui legitimidade ativa para instaurar um processo de ADI ou ADC.

Entretanto, apesar de se tratar de um rol taxativo, o supremo tribunal federal (STF) realiza uma interpretação ainda mais restritiva desse dispositivo, indo além do previsto constitucionalmente, para se blindar de possíveis exageros ou mesmo para não receber “enxurrada de ações”. Ou seja, há uma jurisprudência defensiva da corte, dividindo os legitimados em três grupos. A doutrina tradicional divide apenas em dois grupos, sendo aqueles que não precisam demonstrar pertinência temática, ou seja, os legitimados universais e aqueles que precisam demonstrar pertinência temática, os legitimados especiais. Contudo, o presente trabalho propõe a divisão em três diferentes categorias, os universais, os especiais e

¹³⁶ BRANDÃO, Rodrigo; NUNES, Daniel Capecchi. O STF e as entidades de classe de âmbito nacional: a sociedade civil e seu acesso ao controle concentrado de constitucionalidade. *Revista de Direito da Cidade*, v. 10, n. 1, 2018, p. 170.

¹³⁷ CRFB/88. Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade:

- I - o Presidente da República;
- II - a Mesa do Senado Federal;
- III - a Mesa da Câmara dos Deputados;
- IV - a Mesa de Assembléia Legislativa;
- IV - a Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal;
- V - o Governador de Estado;
- V - o Governador de Estado ou do Distrito Federal;
- VI - o Procurador-Geral da República;
- VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil;
- VIII - partido político com representação no Congresso Nacional;
- IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.**

os *suis generis*. Nessa terceira e nova classificação, estão as entidades de classe e as confederações sindicais, legitimados que possuem uma série de requisitos rigorosos que são aplicados de forma discricionária para limitar sua atuação no controle de constitucionalidade. Portanto, enquanto as duas primeiras classificações serão tratadas nesse capítulo, a legitimidade *suis generis*, por ser o ponto fulcral em questão, será trabalhada em capítulo a parte, para sua melhor elucidação. Dessa forma, Daniel Capecchi e Rodrigo Brandão expõem que o compromisso dilatatório deixado pela constituição a partir das disputas originadas na assembleia constituinte foram alvo de interpretação pelo Supremo Tribunal Federal, fazendo com que os agentes que acabaram por perder na arena política se consagraram através do judiciário:

Após a promulgação do novo texto, a transformação do conteúdo daquela decisão do constituinte em norma dependia da atividade interpretativa da Corte. Utilizando-se desse poder e, embebido por essa situação contraditória, o Tribunal restringiu, pela via jurisdicional, a interpretação que se daria ao art. 103 da nova Carta ¹³⁸

Nota-se, desde já, que a mesma corte no qual busca “a possibilidade efetiva de o Tribunal Constitucional contemplar as diversas perspectivas na apreciação da legitimidade de um determinado ato questionado”¹³⁹, além do “amplo acesso e participação de sujeitos interessados”¹⁴⁰, cria, de forma aparentemente neutra, subgrupos e restringe a participação da sociedade civil.

3.1 Legitimação Geral

O presente subtópico abordará acerca dos legitimados universais, demonstrando suas principais características de acordo com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

O primeiro presente na lista é o Presidente da República, sendo este uma expressão direta do sistema de freios e contrapesos presente em nossa democracia. Logo, é de titularidade exclusiva do chefe do executivo, não podendo ser representado nem mesmo pelo Advogado Geral da União, conforme expõe o STF no RE 1068600:

¹³⁸ BRANDÃO, Rodrigo; NUNES, Daniel Capecchi. O STF e as entidades de classe de âmbito nacional: a sociedade civil e seu acesso ao controle concentrado de constitucionalidade. *Revista de Direito da Cidade*, v. 10, n. 1, 2018, p. 174.

¹³⁹ STF. Decisão monocrática na ADI 3842, Rel. Min. Gilma Mendes, julg. 03.12.2009.

¹⁴⁰ STF. Decisão monocrática na ADI 3842, Rel. Min. Gilma Mendes, julg. 03.12.2009.

A Constituição Federal, no art. 103, prevê a legitimidade ativa do Chefe do Poder Executivo para propositura de ação de controle concentrado de constitucionalidade. (...) Com base nessa norma, o SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL tem jurisprudência no sentido de que os procuradores públicos, ou os advogados contratados pelo ente público, não possuem capacidade para ajuizar ação direta de inconstitucionalidade, nem para interpor recursos, sem a subscrição da pessoa legitimada pela Constituição. (RE 1068600 AgR-ED-EDV, Relator(a): ALEXANDRE DE MORAES, Tribunal Pleno, julgado em 04/06/2020)

Em segundo lugar, encontra-se a mesa do senado federal e a mesa da câmara dos deputados. Frisa-se, nesse ponto, que a mesa do congresso nacional, conforme previsão do Art. 57, §5 da CRFB/88, não possui legitimidade para o controle concentrado, sendo este restrito às respectivas mesas da câmara e do senado.

Em terceiro lugar, observa-se o Procurador Geral da República, uma prerrogativa prevista constitucionalmente pelos arts. 127, caput e 129, IV:

Art. 127. O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

IV - promover a ação de inconstitucionalidade ou representação para fins de intervenção da União e dos Estados, nos casos previstos nesta Constituição;

Em quarto lugar, está presente o Conselho Federal da OAB. Da mesma forma como exposto nas mesas do senado e deputado, apenas o Conselho Federal tem legitimidade, não sendo realizado uma análise ampliativa quanto as seccionais da OAB. De fato, a legitimação da OAB encontra respaldo em uma análise teleológica conforme a constituição, visto que a advocacia é uma função essencial da justiça, conforme o Art. 133 da CRFB/88:

Art. 133. O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei.

Em quinto lugar, encontram-se os Partidos políticos. Diferentemente das organizações sindicais e entidades de classe, os partidos políticos possuem uma restrição constitucional, um limite imposto pela própria carta magna, sendo este a necessidade da existência de representação no congresso nacional. Conforme o STF na ADI 1396:

Os partidos políticos têm legitimidade para o ajuizamento de ação direta de inconstitucionalidade, independentemente da matéria versada, na norma atacada, não se aplicando, em consequência, as restrições decorrentes da pertinência temática

(ADI 1396 MC, Relator(a): MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 07/02/1996).

Logo, é o Diretório Nacional do partido possui a competência para deflagrar o controle concentrado:

Ilegitimidade ativa ad causam de Diretório Regional ou Executiva Regional. Firmou a jurisprudência desta Corte o entendimento de que o Partido Político, para ajuizar ação direta de inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal, deve estar representado por seu Diretório Nacional, ainda que o ato impugnado tenha sua amplitude normativa limitada ao Estado ou Município do qual se originou. Precedentes: ADI no 610, Rel. Min. NÉRI DA SILVEIRA, DJ 07.02.92 e ADI no 2.547, Rel. Min. CELSO DE MELLO, DJ 01.02.2002. (ADI 1528 QO, Relator(a): ELLEN GRACIE, Tribunal Pleno, julgado em 01/08/2002).

Não obstante, a legitimidade é aferida somente no momento de propositura da ação. Nesse sentido, na hipótese da ação já ter sido ajuizada e nesse ínterim haver a perda de representação no congresso, não havendo a superveniente ilegitimidade passiva. Contudo, nem sempre o Supremo Tribunal Federal entendeu dessa forma, como pode-se observar nos antigos julgados colacionados abaixo:

Perda superveniente da representação parlamentar no Congresso Nacional antes de iniciar-se o julgamento da ação. Hipótese em que o partido político deixa de ter legitimidade ativa para prosseguir na ação direta de inconstitucionalidade (CF, artigo 103, VIII). Extinção do processo sem julgamento do mérito. (ADI 2613 AgR, Relator(a): MAURÍCIO CORREA, Tribunal Pleno, julgado em 19/03/2003).

A perda superveniente da bancada legislativa no Congresso Nacional descaracteriza a legitimidade ativa do partido político para prosseguir no processo de controle abstrato de constitucionalidade, eis que, para esse efeito, não basta a mera existência jurídica da agremiação partidária, sobre quem incide o ônus de manter, ao longo da causa, representação parlamentar em qualquer das Câmaras que integram o Poder Legislativo da União (ADI 2723 AgR, Relator(a): CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 27/02/2003).

Entretanto, conforme já mencionado, hoje, o STF entende que a legitimidade é aferida somente no momento da propositura da ação, desde que haja ao menos um representante do partido político em uma das casas:

Agravo Regimental em Ação Direta de Inconstitucionalidade. 2. Partido político. 3. Legitimidade ativa. Aferição no momento da sua propositura. 4. Perda superveniente de representação parlamentar. Não desqualificação para permanecer no pólo ativo da relação processual. 5. Objetividade e indisponibilidade da ação. 6. Agravo provido (ADI 2618 AgR-AgR, Relator(a): CARLOS VELLOSO, Relator(a) p/ Acórdão: GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 12/08/2004).

Preliminar de ilegitimidade ativa ante a superveniente perda da representação

parlamentar. Afastamento. Aferição no momento da propositura da ação. Precedente. (ADI 2266, Relator(a): ROSA WEBER, Tribunal Pleno, julgado em 27/09/2019).

Com isso, exaurem-se os legitimados universais. No próximo subtópico, além de explorar mais acerca das características da legitimação especial, o presente trabalho irá destrinchar as características dos legitimados que fazem parte desse conjunto, com exceção das entidades de classe e confederações sindicais, que ficarão para o último capítulo.

3.2 Pertinência temática

Nessa toada, a primeira divisão que ocorre é entre os legitimados universais e os legitimados especiais. Enquanto o primeiro grupo, os legitimados universais (Presidente da república, mesa do senado federal e mesa da câmara dos deputados, procurador-geral da república (PGR), conselho federal da OAB e partido político com representação no congresso nacional) não precisam demonstrar a pertinência temática, ou seja, o interesse institucional para o sujeito requerente na matéria que será julgada no controle abstrato de constitucionalidade, o segundo grupo, de legitimados especiais, precisa apresentar uma pertinência temática, ou seja, uma afinidade entre os objetivos institucionais do autor e da norma impugnada em sede processual. Luis Roberto Barroso aduz que deve haver “uma relação lógica entre a questão versada na lei ou ato normativo a ser impugnado e os objetivos sociais da entidade requerente”¹⁴¹ Com efeito, os legitimados universais não precisam demonstrar pertinência temática, ao passo que os especiais devem demonstrá-la.

Frisa-se, no tocante aos legitimados especiais, que a jurisprudência majoritária do STF ainda exige que a pertinência temática deve ser direta. Desse modo, a matéria tratada na norma impugnada não deve afetar apenas de forma reflexa o objetivo institucional da entidade requerente, conforme ADI 5858, ADI 5742, ADI 5589.

Assim, a ADI 5858, que expõe acerca da existência de correlação entre o objeto da declaração de inconstitucionalidade e o escopo institucional associativo:

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. CLÁUSULA DÉCIMA TERCEIRA DO

¹⁴¹ BARROSO, Luís Roberto. *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. 3a ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 159.

CONVÊNIO ICMS 52/2017. ASSOCIAÇÃO DE CLASSE. ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE SUPERMERCADOS (ABRAS). **PERTINÊNCIA TEMÁTICA. AUSÊNCIA.** LIAME INDIRETO. INSUFICIÊNCIA DE MERO INTERESSE GERAL DE CARÁTER ECONÔMICO-FINANCEIRO. ILEGITIMIDADE ATIVA AD CAUSAM. AGRAVO REGIMENTAL CONHECIDO E DESPROVIDO. 1. A jurisprudência do STF exige, para a caracterização da legitimidade ativa das entidades de classe e confederações sindicais nas ações de controle concentrado de constitucionalidade, a existência de correlação entre o objeto da declaração de inconstitucionalidade e o escopo institucional associativo. 2. Não há, no caso presente, relação de pertinência temática entre a norma impugnada e o objetivo institucional da Autora, ora Agravante, de representação dos interesses gerais da categoria econômica dos supermercados e das atividades e serviços por essa abrangidos. O liame, que se apresenta indireto, não atende o requisito da pertinência temática. Precedentes.¹⁴²

Em linha idêntica, a ADI 5742:

AGRAVO REGIMENTAL EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. SUBITEM 14.05 DA LISTA DE SERVIÇOS ANEXA À LEI COMPLEMENTAR 116/2003. REDAÇÃO DADA PELA LEI COMPLEMENTAR 157/2016. INCIDÊNCIA DO IMPOSTO SOBRE SERVIÇOS DE QUALQUER NATUREZA (ISS). SERVIÇOS DE COSTURA E ACABAMENTO. CONFEDERAÇÃO NACIONAL DA INDÚSTRIA (CNI). **PERTINÊNCIA TEMÁTICA. AUSÊNCIA.** ILEGITIMIDADE ATIVA AD CAUSAM. AGRAVO REGIMENTAL CONHECIDO E DESPROVIDO. 1. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal exige, para a caracterização da legitimidade ativa das entidades de classe e confederações sindicais nas ações de controle concentrado de constitucionalidade, a existência de correlação entre o objeto da declaração de inconstitucionalidade e o específico escopo institucional associativo. 2. Não há, no caso presente, relação de referibilidade direta entre os dispositivos impugnados e o objetivo institucional específico da Autora, ora Agravante, de representação dos interesses gerais da categoria econômica das instituições financeiras e assemelhadas, das empresas de capitalização e previdência, e, mais especificamente, das empresas seguradoras, desatendido o requisito da pertinência temática. Precedentes. 3. Agravo Regimental conhecido e desprovido.¹⁴³

Por fim, a ADI 5.589 segue o mesmo padrão, apresentando, além da fungibilidade recursal entre os embargos de declaração e o agravo interno, a necessidade de correlação objetiva, visto que o mero liame mediato, indireto, não satisfaz o requisito da pertinência temática.

Ementa: **CONSTITUCIONAL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI 18.573/2015 DO ESTADO DO PARANÁ. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO RECEBIDOS COMO AGRAVO REGIMENTAL. ASSOCIAÇÃO DOS FABRICANTES DE REFRIGERANTES DO BRASIL – AFREBRAS. PERTINÊNCIA TEMÁTICA. AUSÊNCIA. REPRESENTAÇÃO DE PARTE DE CATEGORIA PROFISSIONAL. ILEGITIMIDADE ATIVA AD CAUSAM . AGRAVO REGIMENTAL NÃO**

¹⁴² STF. ADI 5.858 A GR, Rel. MIN. ALEXANDRE DE MORAES, DJ de 09/05/2018. Disponível em <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=314290586&ext=.pdf>. Acesso em 08/11/2022

¹⁴³ STF. ADI 5.742 A GR, Rel. MIN. ALEXANDRE DE MORAES, DJ de 09/05/2018. Disponível em <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=314290585&ext=.pdf>. Acesso em 08/11/2022.

PROVIDO. 1. A jurisprudência do STF exige, para a caracterização da legitimidade ativa das entidades de classe e das confederações sindicais em ações de controle concentrado, a existência de correlação direta entre o objeto do pedido de declaração de inconstitucionalidade e os objetivos institucionais da associação. 2. No caso, não há pertinência temática entre a norma que instituiu o Fundo Estadual de Combate à Pobreza no Paraná, e os objetivos institucionais perseguidos pela Requerente (AFREBRAS), voltados, genericamente, à proteção dos interesses do setor de refrigerantes nacional. O liame mediato, indireto, não satisfaz o requisito da pertinência temática. Precedentes: ADI 5.023-AgR, Rel. Min. ROSA WEBER, Pleno, DJe 6/11/2014; ADI 4.722, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, Pleno, DJe de 14/2/2017. 3. Também não poderá a Agravante questionar a fonte de financiamento do referido Fundo por percentual de ICMS aplicável não apenas para o setor de refrigerantes, mas para contribuintes de outros produtos, alguns deles inclusive do segmento de bebidas, o qual não é integralmente representado pela Agravante. É jurisprudência consolidada desta CORTE o não reconhecimento da legitimidade ativa à associação que representa somente uma fração de categoria profissional (ADI 5.448, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, DJe de 1/3/2017; ADI 5320, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Pleno, DJe de 7/12/2015; ADI 4.600, Rel. Min. LUIZ FUX, Pleno, DJe de 26/3/2015; ADI 4.358 AgR, Rel. Min. CELSO DE MELLO, DJe de 8/9/2014; ADPF 254 AgR, Rel. Min. LUIZ FUX, DJe de 18/5/2016). 4. Embargos de declaração conhecidos como agravo regimental, a que se nega provimento¹⁴⁴

No entanto, tal requisito não é uma questão pacífica, sendo possível encontrar precedentes admitindo o oposto, como na própria ADI 3336, no qual não há uma pertinência direta da entidade com os assuntos envolvidos, já que a corte entendeu pela correlação de interesses entre os recursos hídricos e a confederação nacional da indústria, como se observa abaixo:

Ação direta de inconstitucionalidade. Lei nº 4.247, de 16 de dezembro de 2003, do Estado do Rio de Janeiro, a qual dispõe sobre a cobrança pela utilização dos recursos hídricos de domínio do Estado e organiza o sistema administrativo de gestão e execução da referida atividade. Conhecimento parcial da ação direta, a qual, quanto à parte de que se conhece, é julgada improcedente. **1. Pertinência temática e legitimidade ativa da requerente. Relação de pertinência temática entre o objeto da ação e as finalidades institucionais perseguidas pela entidade sindical autora, na medida que o vício da legislação, se existente, atingiria necessariamente o setor econômico representado pela Confederação Nacional da Indústria (CNI), já que os industriais figuram como sujeitos passivos da cobrança pelo uso da água, insumo utilizado em sua atividade produtiva.** 2. Existência de conflito de índole constitucional. A apreciação da compatibilidade entre a legislação geral federal e as normas estaduais editadas sob o pálio da competência concorrente reflete nítida situação de conflito legislativo de índole constitucional, ensejando a análise eventual ofensa direta às regras constitucionais de repartição da competência legislativa. 3. Prejudicialidade parcial da ação. Tendo em vista a alteração substancial realizada pela Lei estadual nº 5.234/08, resta prejudicada a ação no tocante aos arts. 11, incisos I, III, IV e V; e 24 da Lei nº 4.247, de 2003.

¹⁴⁴ STF. ADI 3.336, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, DJ, DJE 06/03/2020. Disponível em <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2253438>. Acesso em 08/11/2022.

Nesse ponto, a prática interpretativa restritiva, indo além do que o legislador originário previu, tem o condão de causar espanto aos desavisados, visto que coíbe a efetivação plena da constituição. Nesse diapasão, parte da doutrina critica a necessidade da pertinência temática, como Gilmar Mendes:

A relação de pertinência envolve inequívoca restrição ao direito de propositura, que, tratando-se de processo de natureza objetiva, dificilmente poderia ser formulada até mesmo pelo legislador ordinário.¹⁴⁵

Dentro dos legitimados em espécie, o primeiro legitimado especial deste conjunto é a Mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal. Não obstante, o segundo é o Governador Estadual ou do Distrito Federal. Nesse caso, deve-se ser demonstrado uma pertinência aos interesses diretos do Estado, mesmo que tal interesse não esteja dentro da circunscrição territorial do dele:

Em se tratando de impugnação a diploma normativo a envolver outras Unidades da Federação, o Governador ha de demonstrar a pertinencia temática, ou seja, a repercussão do ato considerados os interesses do Estado" (ADI 2747, Relator(a): MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 16/05/2007). ADI 2896, Rel. Min. Ellen Gracie, decisão monocrática, 04/08/2003.

Expõe-se aqui, uma primeira crítica quanto a disparidade dos legitimados, que será melhor abordada no tocante às entidades de classe e confederações sindicais no próximo capítulo, visto que “ a jurisprudência do STF privilegiou os agentes vinculados, de alguma forma, à estrutura estatal”¹⁴⁶. As Mesas dos deputados e dos senadores, além do Presidente da República, são legitimados universais. Entretanto, o tratamento dado a esfera federal não é simétrico ao estadual, visto que os governadores e as mesas das assembleias legislativas possuem tratamento dispare ao figurarem como legitimados especiais.

¹⁴⁵ Gilmar Ferreira Mendes. *Curso de Direito Constitucional*. 6ª ed. São Paulo. Saraiva, 2011. p. 1185

¹⁴⁶ BRANDÃO, Rodrigo; NUNES, Daniel Capecchi. O STF e as entidades de classe de âmbito nacional: a sociedade civil e seu acesso ao controle concentrado de constitucionalidade. *Revista de Direito da Cidade*, v. 10, n. 1, 2018, p. 175.

4. ESTUDO DE CASOS: A Legitimidade *sui generis* das confederações sindicais e entidades de classe

Superando a discussão acerca da pertinência temática, o STF ainda possui outras exigências e requisitos para a legitimidade das confederações sindicais e entidades de classe nas ações de controle abstrato de constitucionalidade, consideradas, assim, *suis generis* em relação aos demais. Dessa maneira, em tais legitimados, o objeto social constante do estatuto deve correlaciona-se com a norma impugnada. Com efeito, além da pertinência temática já explicada, serão destrinchados nos próximos parágrafos, de forma crítica, os demais requisitos cumulativos exigidos pelo STF.

Com isso, percebe-se que enquanto alguns legitimados, mesmo que especiais, possuem acesso facilitado para a corte máxima, outros são represados em requisitos extraordinariamente criados pelo tribunal. Não obstante, tais requisitos são aplicados de forma casuística, como se abordará no próximo subtópico.¹⁴⁷ Tal discrepância é demonstrado em estudo elaborado por Alexandre Costa e Juliano Benvindo, ao expor que “atores corporativos com forte influência política e econômica costumam ter franqueado o acesso às vias institucionais de acesso à jurisdição constitucional para fazer valer seus interesses”¹⁴⁸. Dessa forma, constata-se que os direitos fundamentais são preteridos pelos interesses institucionais, sendo a sociedade civil posta em um subgrupo dentre os legitimados para deflagrar o controle. Com isso, acrescentam Daniel Capecchi e Rodrigo Brandão, com base nas pesquisas de Juliano Zaiden e Alexandre Araújo Costa¹⁴⁹, que há “predominância quase que total de agentes estatais e econômicos e a reduzida relevância de entidades de defesa de direitos fundamentais.”¹⁵⁰. De acordo com os autores:

¹⁴⁷ COSTA, Alexandre Araújo da. BENVINDO, Juliano Zaiden. (Coord.) A quem interessa o controle de constitucionalidade: O Descompasso entre Teoria e Prática na Defesa dos Direitos Fundamentais. Relatório de Pesquisa da Universidade de Brasília, 2013. Versão Ebook.

¹⁴⁸ GOMES, J. C. A. CANCELAS INVISÍVEIS: “EMBARGOS AURICULARES”, LEGITIMIDADE ATIVA E A PERMEABILIDADE SOCIAL SELETIVA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *REI - REVISTA ESTUDOS INSTITUCIONAIS*, [S. l.], v. 6, n. 1, p. 55–82, 2020. DOI: 10.21783/rei.v6i1.460. Disponível em: <https://estudosinstitucionais.com/REI/article/view/460>. Acesso em: 21 dez. 2022.

¹⁴⁹ COSTA, Alexandre Araújo da. BENVINDO, Juliano Zaiden. (Coord.) A quem interessa o controle de constitucionalidade: O Descompasso entre Teoria e Prática na Defesa dos Direitos Fundamentais. Relatório de Pesquisa da Universidade de Brasília, 2013. Versão Ebook.

¹⁵⁰ BRANDÃO, Rodrigo; NUNES, Daniel Capecchi. O STF e as entidades de classe de âmbito nacional: a sociedade civil e seu acesso ao controle concentrado de constitucionalidade. *Revista de Direito da Cidade*, v. 10, n. 1, 2018, p. 182.

recentes estudos têm apontado como, quantitativamente, o Tribunal tem atuação limitada no julgamento de demandas por direitos oriundas da sociedade civil. Os dados levantados por tais estudos (COSTA e BENVINDO, 2014; FALCÃO, CERDEIRA e ARGUELHES, 2014) revelam que, na realidade, a atuação do STF na defesa de grupos minoritários ou da manutenção das regras do jogo democrático é apenas uma pequena fração do total do que é decidido pelo Tribunal. Em regra, tais estudos relevam que a maior parte do que é decidido pela Corte se dá em função de interesses do próprio Estado ou de elites econômicas e políticas. Desse modo, novos elementos para reflexão são adicionados ao debate, tornando a questão ainda mais complicada.¹⁵¹

Não obstante, a problemática também pode ser visualizada a partir de estudo realizado pela pesquisadora Carolina Cutrupi Ferreira, no qual ao destrinchar os critérios de legitimidade utilizados pelo STF entre 1988 e 2008¹⁵², chegou a conclusão que houve uma restrição absoluta ao acesso à justiça das entidades de classe na luta por direitos fundamentais. Em contraposição, as entidades correlacionadas aos interesses institucionais de cunho econômico possuíram êxito diametralmente oposto. Segundo a autora, é nítida tal diferença quando “dentre as entidades classificadas como de defesa de interesses difusos e coletivos, nenhuma teve ações julgadas no mérito. Todas as associações ou foram julgadas como partes ilegítimas para propósito de ação (...) ou tiveram suas ações prejudicadas”¹⁵³

Como já afirmado, percebe-se a seletividade do Supremo Tribunal federal. Em outras palavras, a discrepância entre os setores da sociedade civil e aqueles ligados ao aparato estatal. Tal discussão, vencida pela vontade popular na assembleia constituinte, foi restringida a partir da interpretação jurisprudência da corte que devia privilegiar o princípio do acesso à justiça. Dessa maneira, Diego Werneck Arguelhes dispõe que apesar “de não ter sido bem-sucedido em obter da ANC o seu arranjo ideal em termos das regras para o acesso ao controle abstrato e concentrado, o STF conseguiu, pela via da jurisprudência, aproximar de suas preferências derrotadas o desenho institucional”¹⁵⁴.

¹⁵¹ BRANDÃO, Rodrigo; NUNES, Daniel Capecchi. O STF e as entidades de classe de âmbito nacional: a sociedade civil e seu acesso ao controle concentrado de constitucionalidade. *Revista de Direito da Cidade*, v. 10, n. 1, 2018, p. 181.

¹⁵² FERREIRA, Carolina Cutrupi. Os Critérios de Legitimidade Reconhecidos pelo STF para Propositura de Ação Direta de Inconstitucionalidade. In.: COUTINHO, Diogo R.; VOJVODIC, Adriana (org.) *Jurisprudência Constitucional: como decide o STF?* São Paulo: Malheiros Editores, 2008. p. 219-234

¹⁵³ FERREIRA, Carolina Cutrupi. Os Critérios de Legitimidade Reconhecidos pelo STF para Propositura de Ação Direta de Inconstitucionalidade. In.: COUTINHO, Diogo R.; VOJVODIC, Adriana (org.) *Jurisprudência Constitucional: como decide o STF?* São Paulo: Malheiros Editores, 2008. p. 225.

¹⁵⁴ ARGUELHES, Diego Werneck. Poder não é querer: preferências restritivas e redesenho institucional no Supremo Tribunal Federal pós-democratização. In.: SARMENTO, Daniel (org.) *Jurisdição Constitucional e Política*. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 221.

4.1 Organizações sindicais

Em suma, sobre as organizações sindicais, desde 1991, com a ADI 505-7, é exigido o encargo de ser uma confederação sindical, com registro no ministério do trabalho. Logo, pode-se conceituar a confederação como “uma associação de terceiro grau de trabalhadores constituída por no mínimo três federações sindicais que representem uma mesma categoria econômica ou profissional.”¹⁵⁵. Dessa forma, a ADI 505-7 diferencia a confederação sindical das demais entidades trabalhistas:

EMENTA: _ Ação direta de inconstitucionalidade. Legitimação para propô-la. Firmou esta Corte o entendimento de que, das entidades sindicais, apenas as Confederações sindicais (art. 103, IX, da Constituição Federal) têm legitimação para propor ação direta de inconstitucionalidade. Por outro lado, foi recebido pela Carta Magna vigente o artigo 535 da C.L.T. que dispõe sobre a estrutura das Confederações sindicais, exigindo, inclusive, que organizem com um mínimo de três federações. Ação direta de inconstitucionalidade que não se conhece por faltar a autora legitimação para propô-la.¹⁵⁶

Antes de tudo, referindo-se exclusivamente às confederações sindicais, consoante a ADI 4750 e ADI 6234, somente as confederações sindicais que dispõem de registro no ministério do trabalho estão devidamente legitimadas:

EMENTA: SEGUNDOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. REITERAÇÃO DAS MESMAS ALEGAÇÕES JÁ APRECIADAS PELA CORTE NO JULGAMENTO DOS PRIMEIROS EMBARGOS. INEXISTÊNCIA DE VÍCIOS DE FUNDAMENTAÇÃO NO ACÓRDÃO EMBARGADO QUE EXAMINOU OS PRIMEIROS EMBARGOS. NÃO CONHECIMENTO. DETERMINAÇÃO DE ARQUIVAMENTO IMEDIATO DOS AUTOS. 1. Os segundos embargos de declaração devem dirigir-se ao acórdão que examinou os primeiros embargos. 2. À falta de fundamentação minimamente adequada, os segundos embargos não merecem ser conhecidos. 3. Recurso manifestamente incabível não produz o efeito interruptivo, de modo que o prazo para impugnações ao julgado atacado seguiu fluindo até seu termo final. 4. Embargos de declaração não conhecidos. Certificação do trânsito em julgado e determinação de imediato arquivamento dos autos¹⁵⁷

¹⁵⁵ CONFEDERAÇÃO SINDICAL: SIGNIFICADO. *Direito Legal*. Disponível em <https://direito.legal/dicionario-juridico/confederacao-sindical-significado/>. Acesso em 23/12/22.

¹⁵⁶ STF. ADI 505-7, Rel. Min. Moreira Alves, DJ 02/07/91. Disponível em <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266390>. Acesso em 09/11/2022

¹⁵⁷ STF. ADI 6234, Rel. Min. Alexandre de Moraes, Dje 22/09/2020.

Não obstante, estas devem congregam pelo menos 3 federações representativas da categoria atingida pela norma impugnada (Art. 535 da CLT). Por fim, devem representar toda a categoria, não apenas uma fração dela. Assim se observa pela mencionada ADI 4.750:

EMENTA : AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. IMPUGNAÇÃO DE LEI DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO QUE CRIOU A CORREGEDORIA-GERAL UNIFICADA. FEDERAÇÃO NACIONAL DE ENTIDADES DE OFICIAIS MILITARES ESTADUAIS (FENEME). ENTIDADE QUE REPRESENTA MERO SEGMENTO DA CARREIRA DOS MILITARES, CONSTITUÍDA NÃO SÓ PELOS OFICIAIS, MAS TAMBÉM PELOS PRAÇAS MILITARES. AÇÃO PROPOSTA POR FEDERAÇÃO SINDICAL. ILEGITIMIDADE ATIVA AD CAUSAM PARA PROVOCAR A FISCALIZAÇÃO ABSTRATA DE CONSTITUCIONALIDADE. ART. 103, IX, CRFB. PRECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. **1. As associações que congregam mera fração ou parcela de categoria profissional em cujo interesse vêm a juízo não possuem legitimidade ativa para provocar a fiscalização abstrata de constitucionalidade. Precedentes: ADI 4.372, redator para o acórdão Min. Luiz Fux, Pleno, DJe de 26/09/2014; ADPF 154-AgR, Rel. Min. Cármen Lúcia, Pleno, DJe de 28/11/2014; ADI 3.617-AgR, Rel. Min. Cezar Peluso, Pleno, DJe de 1/7/2011. 2. Ademais, a jurisprudência desta Corte, em interpretação ao disposto no art. 103, IX, da CRFB/88, tem restringido a legitimidade ativa para a propositura das ações do controle concentrado de constitucionalidade às confederações sindicais, entidades constituídas por, no mínimo, três federações sindicais, nos termos da legislação regente da matéria. 3. In casu, a ação foi proposta por entidade que, além de ser Federação, não representa a totalidade dos membros da categoria profissional dos militares estaduais. 4. A Federação Nacional de Entidades de Oficiais Militares Estaduais - FENEME não ostenta legitimidade ativa para a propositura de Ação Direta de Inconstitucionalidade ou qualquer outra ação do controle concentrado de constitucionalidade. Precedente: ADI 4.733, Rel. Min. Dias Toffoli, Plenário, DJe de 31/07/2012. 5. Agravo regimental a que se nega provimento.**

Destrinchando a história das organizações sindicais atuais, no qual 5 sindicatos formam um federação e três federações formam uma confederação, nota-se que sua estrutura verticalizada remonta do cooperativismo do Estado Novo, filha da hierarquia autoritária do período. Remanescente da época ditatorial, tal verticalização, em seu início, foi uma tentativa do estado de controlar as classes, dado a facilidade da manutenção de todos os empregados na mesma categoria para exercer controle do estado. Não obstante, além de retrógrado, o conceito positivado constitucionalmente exclui da abrangência as centrais sindicais, importante centro de defesa dos direitos dos trabalhadores de âmbito nacional que reúne diversas categorias.¹⁵⁸ De acordo com o Sindijus, as centrais sindicais são:

entidades que fazem parte da estrutura sindical brasileira, de representação geral dos trabalhadores e de abrangência nacional. Surgem a partir da compreensão de que a luta dos trabalhadores não deve se limitar à pauta corporativista dos sindicatos.

¹⁵⁸SILVA, Sayonara Grillo Coutinho Leonardo da. Mudanças normativas e sindicalismo: transformações recentes. *Revista Ltr: legislação do trabalho*, São Paulo, v. 75, n. 9, p. 1041-1052, set. 2011.

Funciona como um espaço que reúne entidades sindicais representativas de diversas categorias para disputar as pautas políticas gerais frente à classe patronal dominante. Como associações supracategoriais, as centrais se constituem – do ponto de vista social, político e ideológico – como entidades líderes do movimento sindical, que atuam na organização e orientação de toda a pirâmide sindical do país: nos sindicatos, federações e confederações.¹⁵⁹

Além dos requisitos elencados pela jurisprudência, há de se elucidar sobre o ponto da capacidade postulatória das confederações sindicais e entidades de classe, visto que estas diferem dos demais legitimados nesse ponto. Nessa perspectiva, a ADI 2.585 é clara ao elencar que os legitimados previstos nos incisos 1 a 7 tem capacidade postulatória especial, ou seja, não precisam de advogados. Dessa forma, os demais, o que inclui os partidos políticos, as confederações sindicais e as entidades de classe de âmbito nacional, necessitam ser representados e apresentar documento de mandado (uma procuração com poderes especiais) para entrarem com uma ação ADC ou ADI:

Art. 3º. (...) Parágrafo único. A petição inicial, acompanhada de instrumento de procuração, quando subscrita por advogado, será apresentada em duas vias, devendo conter cópias da lei ou do ato normativo impugnado e dos documentos necessários para comprovar a impugnação.

(STF, ADI 2.585/SC, Rel. Min. Ellen Gracie, DJ 06.06.2003.)

No tocante as confederações sindicais, pelo levantamento realizado, diferentemente das entidades de classe analisadas a seguir, não há grande discricionariedade na aplicação dos requisitos extraconstitucionais criados pelo STF. Contudo, a estrutura sindical positivada remonta a uma época autoritária que não encontra abrigo pós 1988. Dessa forma, assim como se proporá, em consonância com outros autores, uma redação mais abrangente para entidade de classe no próximo subtópico, o mesmo deve se realizado aqui. Dessa forma, a primeira parte do Art. 103, IX da CRFB/88 poderia ser reformulada para incluir as centrais sindicais, da seguinte forma: *Organização sindical de âmbito nacional, pessoa jurídica de direito privado com registro no ministério do trabalho, abarcando uma ou mais categorias*

¹⁵⁹ Central Sindical. *Sindijus*. Disponível em <http://www.sindijus.org.br/central-sindical.html>. Acesso em 23/12/2022.

profissionais, de forma singular ou conjunta, que se enquadrem nos requisitos do Art. 2º da Lei n. 11.648/08¹⁶⁰ ou no Art. 535 da CLT.¹⁶¹

4.2 Entidades de Classe

Por outro lado, sobre as entidades de classe de âmbito nacional, depreende-se da jurisprudência que os requisitos são: a necessidade de que as associações sejam compostas de pessoas físicas apenas, a exigência de que todos os associados componham uma categoria econômica ou profissional homogênea, a condição que a associação represente toda a categoria e a imposição de que haja associados em pelo menos nove dos Estados da federação.

Congregando quase todos os requisitos elencados para as entidades de classe, não se olvidando também da necessidade da composição por pessoas físicas, a ADI 6112 apresenta tais requisitos de forma compactada:

A Constituição de 1988 ampliou consideravelmente a legitimidade ativa para provocar o controle normativo abstrato, reforçando a jurisdição constitucional por meio da democratização das suas vias de acesso. No caso de entidades de classe de âmbito nacional, a legitimidade deve observar três condicionantes procedimentais: a) homogeneidade entre os Supremo Tribunal Federal b) representatividade da categoria em sua totalidade e comprovação do caráter nacional da entidade, pela presença efetiva de associados em, pelo menos, nove estados-membros (ADI 386, Rel. Min. Sydney Sanches, Plenário, DJ de 28/6/1991; e ADI 1.486-MC, Rel. Min. Moreira Alves, Plenário, DJ de 13/12/1996); e c) pertinência temática entre os objetivos institucionais da entidade postulante e a norma objeto da impugnação (ADI 1.873, Rel. Min. Marco Aurélio, Plenário, DJ de 19/9/2003).¹⁶²

¹⁶⁰ Lei n. 11.648/08, Art. 2º Para o exercício das atribuições e prerrogativas a que se refere o inciso II do caput do art. 1º desta Lei, a central sindical deverá cumprir os seguintes requisitos: I - filiação de, no mínimo, 100 (cem) sindicatos distribuídos nas 5 (cinco) regiões do País; II - filiação em pelo menos 3 (três) regiões do País de, no mínimo, 20 (vinte) sindicatos em cada uma; III - filiação de sindicatos em, no mínimo, 5 (cinco) setores de atividade econômica; e IV - filiação de sindicatos que representem, no mínimo, 7% (sete por cento) do total de empregados sindicalizados em âmbito nacional. Parágrafo único. O índice previsto no inciso IV do caput deste artigo será de 5% (cinco por cento) do total de empregados sindicalizados em âmbito nacional no período de 24 (vinte e quatro) meses a contar da publicação desta Lei.

¹⁶¹ Decreto-Lei n. 5.452/43.

Art. 533 - Constituem associações sindicais de grau superior às federações e confederações organizadas nos termos desta Lei.

Art. 534 - É facultado aos Sindicatos, quando em número não inferior a 5 (cinco), desde que representem a maioria absoluta de um grupo de atividades ou profissões idênticas, similares ou conexas, organizarem-se em federação.

Art. 535 - As Confederações organizar-se-ão com o mínimo de 3 (três) federações e terão sede na Capital da República.

¹⁶² STF. ADI 6112, Rel. Min. Dje. Disponível em <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15342702502&ext=.pdf> Acesso em 14.02.2022

Em primeiro lugar, observa-se a pertinência temática, como já bem delineado nos tópicos anteriores.

Em segundo lugar, no tocante às entidades de classe em âmbito nacional, a associação deve ser apenas de pessoas físicas. Dessa forma, não se admite, via de regra, a “associação de associações” como legitimado ativo para controle abstrato, uma vez que há a necessidade de manutenção da unidade de desígnios, que só podem surgir a partir de pessoas físicas como associados. Como exposto, tal requisito é a regra, podendo, entretanto, ser afastado no caso concreto. Por ilustração, um exemplo de exceção em que a corte entendeu que não cabia a aplicação desse entendimento padrão no caso concreto é a ADI 2.797. Nessa decisão, aparentemente de forma casuística, o plenário do STF aceitou as associações de associações no rol dos legitimados à ação direta, visto que o padrão que se encontra é da ilegitimidade:

Ao julgar, a ADIn 3153-AgR, 12.08.04, Pertence, Inf STF 356, plenário do Supremo Tribunal abandonou o entendimento que excluía as entidades de classe de segundo grau - as chamadas "associações de associações" - do rol dos legitimados à ação direta" (ADI 2797, Relator(a): SEPÚLVEDA PERTENCE, Tribunal Pleno, julgado em 15/09/2005)

Em terceiro plano, todos os associados devem ser integrantes de uma categoria ou classe econômica, ou profissional, de forma homogênea. Com isso, o objetivo da associação necessita ser econômico ou profissional, não para a satisfação de interesses e necessidades, por exemplo. Na mesma esteira, conforme podemos retirar da ADI 5062, “devem congregar associados homogêneos, assim compreendidos os sujeitos de direito integrantes de uma mesma categoria profissional ou econômica”. Tal interpretação exclui algumas entidades, como a UNE, por exemplo, na ADI 894, visto que a mesma não possui objetivos econômicos, muito menos profissional:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEGITIMIDADE ATIVA "AD CAUSAM". UNIÃO NACIONAL DOS ESTUDANTES - UNE. CONSTITUIÇÃO, ART. 103, IX.

2. A UNIÃO NACIONAL DOS ESTUDANTES, COMO ENTIDADE ASSOCIATIVA DOS ESTUDANTES UNIVERSITÁRIOS BRASILEIROS, TEM PARTICIPADO, ATIVAMENTE, AO LONGO DO TEMPO, DE MOVIMENTOS CÍVICOS NACIONAIS NA DEFESA AS LIBERDADES PÚBLICAS, AO LADO DE OUTRAS ORGANIZAÇÕES DA SOCIEDADE; E INSUSCETÍVEL DE DÚVIDA SUA POSIÇÃO DE ENTIDADE DE ÂMBITO NACIONAL NA DEFESA DE INTERESSES ESTUDANTIS, E MAIS PARTICULARMENTE, DA JUVENTUDE UNIVERSITÁRIA. NÃO SE REVESTE, ENTRETANTO, DA CONDIÇÃO DE "ENTIDADE DE CLASSE

DE ÂMBITO NACIONAL", PARA OS FINS PREVISTOS NO INCISO IX, SEGUNDA PARTE, DO ART. 103, DA CONSTITUIÇÃO.

3. ENQUANTO SE EMPRESTA A CLÁUSULA CONSTITUCIONAL EM EXAME, AO LADO DA CLÁUSULA "CONFEDERAÇÃO SINDICAL", CONSTANTE DA PRIMEIRA PARTE DO DISPOSITIVO MAIOR EM REFERÊNCIA, CONTEÚDO IMEDIATAMENTE DIRIGIDO A IDÉIA DE "PROFISSÃO", - ENTENDENDO-SE "CLASSE" NO SENTIDO NÃO DE SIMPLES SEGMENTO SOCIAL, DE "CLASSE SOCIAL", MAS DE "CATEGORIA PROFISSIONAL", - NÃO CABE RECONHECER A UNE ENQUADRAMENTO NA REGRA CONSTITUCIONAL ALUDIDA. AS "CONFEDERAÇÕES SINDICAIS" SÃO ENTIDADES DO NÍVEL MAIS ELEVADO NA HIERARQUIA DOS ENTES SINDICAIS, ASSIM COMO DEFINIDA NA CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS DO TRABALHO, SEMPRE DE ÂMBITO NACIONAL E COM REPRESENTAÇÃO MÁXIMA DAS CATEGORIAS ECONÔMICAS OU PROFISSIONAIS QUE LHE CORRESPONDEM. NO QUE CONCERNE AS "ENTIDADES DE CLASSE DE ÂMBITO NACIONAL" (2. PARTE DO INCISO IX DO ART. 103 DA CONSTITUIÇÃO), VEM O STF CONFERINDO-LHES COMPREENSÃO SEMPRE A PARTIR DA REPRESENTAÇÃO NACIONAL EFETIVA DE INTERESSES PROFISSIONAIS DEFINIDOS. ORA, OS MEMBROS DA DENOMINADA "CLASSE ESTUDANTIL" OU, MAIS LIMITADAMENTE, DA "CLASSE ESTUDANTIL UNIVERSITÁRIA", FREQUENTANDO OS ESTABELECIMENTOS DE ENSINO PÚBLICO OU PRIVADO, NA BUSCA DO APRIMORAMENTO DE SUA EDUCAÇÃO NA ESCOLA, VISAM, SEM DÚVIDA, TANTO AO PLENO DESENVOLVIMENTO DA PESSOA, AO PREPARO PARA O EXERCÍCIO DA CIDADANIA, COMO A QUALIFICAÇÃO PARA O TRABALHO. NÃO SE CUIDA, ENTRETANTO, NESSA SITUAÇÃO, DO EXERCÍCIO DE UMA PROFISSÃO, NO SENTIDO DO ART. 5., XIII, DA LEI FUNDAMENTAL DE 1988.

4. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE NÃO CONHECIDA, POR ILEGITIMIDADE ATIVA DA AUTORA, DEVENDO OS AUTOS, ENTRETANTO, SER APENSADOS AOS DA ADIN N. 818-8/600.

Tal entendimento já foi aplicado para declarar a ilegitimidade ativa de outras associações, como a Confederação brasileira de atletismo, entidade de administração de desporto, integrante do sistema nacional do desporto na ADPF 406, a Associação Brasileira de Advogados Públicos (Abrap) na ADI 5524, o Fórum Nacional Permanente de Carreiras Típicas de Estado (FONACATE) na ADI 5419. Observa-se assim a Confederação Nacional de Municípios (CNM) na ADI 6103:

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI FEDERAL 13.708/2018. PISO SALARIAL PARA OS AGENTES COMUNITÁRIOS DE SAÚDE E AGENTES DE COMBATE ÀS ENDEMIAS. CONFEDERAÇÃO NACIONAL DE MUNICÍPIOS (CNM). ILEGITIMIDADE ATIVA. NÃO ENQUADRAMENTO COMO CONFEDERAÇÃO SINDICAL OU ENTIDADE DE CLASSE DE ÂMBITO NACIONAL. AGRAVO REGIMENTAL CONHECIDO E NÃO PROVIDO. 1. A jurisprudência do STF exige, para a caracterização da legitimidade ativa das entidades de classe e confederações sindicais nas ações de controle concentrado de constitucionalidade, a representatividade de categoria empresarial ou profissional. 2. Sob esse enfoque, a Confederação Nacional de Municípios – CNM, carece de legitimidade ativa, na medida em que os seus associados consagram-se como pessoas jurídicas de direito público (municípios), dotadas de capacidade de auto-organização, autogoverno e autoadministração, cuja atuação primordial está

voltada para a satisfação de interesses e necessidades – não econômicos nem profissionais – da municipalidade. Precedentes. 3. Agravo Regimental conhecido e desprovido

Por fim, a ADI 67, que apesar de antiga, ainda reflete o entendimento atual:

Qualquer que seja o mais elástico conceito de entidade de classe que se pretenda adotar, nele não se inclui associação que reúne, como associado, órgãos públicos, que não tem personalidade jurídica, e **diferentes categorias de servidores públicos, uns integrando aquele órgão** (Conselheiros e Auditores), outros integrando o Ministério Público que atua junto a eles (Procuradores) (ADI 67. Relator: Min. Moreira Alves, Tribunal Pleno, Julgado em 18/04/1990.)

Por outro lado, em alguns casos, o STF já reconheceu a legitimidade de associações que não representam uma categoria profissional propriamente dita, como a ANDIFES (Associação Nacional dos Dirigentes das Instituições de Ensino Superior) na ADI 4406, em que se entendeu pela ampliação do conceito de entidade de classe. Nessa mesma toada, demonstrando novamente casuísmo nas decisões, as recentes ADPF 527 e ADI 5291 reconheceram, respectivamente, a legitimidade de ativa, em decisão cautelar, da Associação Brasileira de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais – ABGLT¹⁶³ e do Instituto Nacional de Defesa do Consumidor – IDECON:

2. Versando o tema de fundo da ação direta de inconstitucionalidade questão alusiva à atuação do requerente, afetando as finalidades institucionais que se propõe a cumprir, surge a **conveniência** do acolhimento da pretensão.¹⁶⁴

Da mesma forma, entendeu a decisão Monocrática da ADI 5291, sobre a legitimidade do IDECON (Instituto Nacional de Defesa do Consumidor)¹⁶⁵. Nesse sentido, sobre a ADPF 709, Barroso ampliou o sentido usual do tribunal para as entidades de classe, englobando também as entidades que lutam pela defesa de interesses de segmentos vulneráveis da sociedade, com o objetivo de maximizar a defesa dos direitos fundamentais. Fernanda Bragato e Marcelo Azambuja expõem nesse sentido:

Em suas razões, Barroso reconheceu o padrão histórico interpretativo do STF que restringia a legitimidade ativa para o controle concentrado de constitucionalidade, avaliando que se devia ao temor institucional de aumento do volume desmedido de casos. Entretanto, sustentou que **essa interpretação reduziu as oportunidades de atuação do STF na proteção de direitos fundamentais**, eis que não reconheceu legitimidade às associações defensoras de direitos. Nesse sentido, **ampliou o**

¹⁶³ STF. ADPF 527. Decisão Monocrática Rel. Min. Luís Roberto Barroso, DJe. 29/06/2018

¹⁶⁴ STF. ADI 5291. Decisão Monocrática, Rel. Min. André Mendonça, DJe 16/05/2018.

¹⁶⁵ STF. ADI 5291. Decisão Monocrática, Rel. Min. Marco Aurélio, DJe 11/05/2015

sentido atribuído à expressão entidades de classe, nos termos da Constituição Federal, artigo 103, inciso IX, compreendendo-as como o conjunto de “pessoas ligadas por uma mesma atividade econômica, profissional ou, ainda, pela defesa de interesses de grupos vulneráveis e/ou minoritários cujos membros as integrem”.¹⁶⁶

Frisa-se que a visão da entidade de classe como uma categoria profissional ou econômica homogênea não se coaduna com uma interpretação sistemática da constituição. Tal ponto restringe o acesso à justiça de outros importantes e expressivos grupos sociais, visto que “desconsidera importantes formas contemporâneas de manifestação coletiva voltadas para a defesa de direitos fundamentais e relacionadas a diversas ordens de identidades e interesses”¹⁶⁷ De acordo com Juliana Gomes:

Dessa forma, tais estratos sociais são impedidos de protagonizar suas causas em sede de jurisdição constitucional e de veicular abertamente seus entendimentos constitucionais. Na melhor das hipóteses, se valem de intermediários para mascarar sua atuação constitucional.¹⁶⁸

Na mesma toada, posicionaram-se Daniel Capecchi e Rodrigo Brandão acerca da origem desse requisito como uma continuidade dos preceitos anteriores à redemocratização, momento no qual a corte máxima não era vista em sua perspectiva concretista, mas simplesmente pacificadora da jurisprudência. Em suas palavras:

Como já se viu, no momento histórico de sua criação, a concepção dominante era a de que ações diretas deveriam ser um instrumento que pouco deveria se relacionar com a afirmação da cidadania, visto que o próprio STF não era visto como um espaço de afirmação de direitos, mas como um “tribunal da federação”. Essa percepção, somada ao já mencionado medo de sobrecarga de trabalho, levou o Tribunal a afirmar, na ADI no 61 de 1990, que: “não constitui entidade de classe para legitimar-se à ação direta de inconstitucionalidade (CF, art. 103, IX), associação civil [...] voltada à finalidade altruística de promoção e defesa de aspirações cívicas de toda cidadania”.¹⁶⁹

¹⁶⁶ BRAGATO, Fernanda Frizzo; AZAMBUJA, Marcelo Andrade de O STF RECONHECEU A LEGITIMIDADE DA APIB PARA PROPOR UMA ADPF: POR QUE ISSO É TÃO IMPORTANTE? *Empório Do Direito*. Disponível em <https://emporiiodireito.com.br/leitura/o-stf-reconheceu-a-legitimidade-da-apib-para-propor-uma-adpf-por-que-is-so-e-tao-importante> Acesso em 14.02.2022

¹⁶⁷ GOMES, J. C. A. CANCELAS INVISÍVEIS: “EMBARGOS AURICULARES”, LEGITIMIDADE ATIVA E A PERMEABILIDADE SOCIAL SELETIVA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. REI - *REVISTA ESTUDOS INSTITUCIONAIS*, [S. l.], v. 6, n. 1, p. 55–82, 2020. DOI: 10.21783/rei.v6i1.460. Disponível em: <https://estudosinstitucionais.com/REI/article/view/460>. Acesso em: 21 dez. 2022.

¹⁶⁸ GOMES, J. C. A. CANCELAS INVISÍVEIS: “EMBARGOS AURICULARES”, LEGITIMIDADE ATIVA E A PERMEABILIDADE SOCIAL SELETIVA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. REI - *REVISTA ESTUDOS INSTITUCIONAIS*, [S. l.], v. 6, n. 1, p. 55–82, 2020. DOI: 10.21783/rei.v6i1.460. Disponível em: <https://estudosinstitucionais.com/REI/article/view/460>. Acesso em: 21 dez. 2022.

¹⁶⁹ BRANDÃO, Rodrigo; NUNES, Daniel Capecchi. O STF e as entidades de classe de âmbito nacional: a sociedade civil e seu acesso ao controle concentrado de constitucionalidade. *Revista de Direito da Cidade*, v. 10, n. 1, 2018, p. 177.

O quarto requisito é que as associações devem representar toda a categoria, e não apenas uma parte. Ou seja, a representação não pode ser tão ampla a ponto de congregar mais de uma categoria, nem mesmo parcelas diferentes, nem tão pequena a ponto de possuir uma representatividade parcial da categoria, contemplando simples parcela do segmento. Nessa linha, a ADPF 814 aduz que não se reconhece legitimidade às associações que não representam a categoria em sua totalidade:

Agravo regimental em arguição de descumprimento de preceito fundamental. 2. **Ilegitimidade ativa. A jurisprudência do STF não reconhece legitimidade às associações que não representam a categoria em sua totalidade.** 3. Associação Brasileira dos Membros do Ministério Público de Meio Ambiente - ABRAMPA. 4. Decreto Federal 10.143/2019 e da Portaria MMA 575/2020, que alteraram a composição do Comitê Gestor do Fundo nacional sobre Mudança do Clima (“Fundo Clima”) e o seu procedimento deliberativo. 5. **Processo extinto sem julgamento do mérito.** 6. Agravo regimental desprovido¹⁷⁰

Da mesma forma, a ADI 4372 explicita que “a associação... deve representar toda a respectiva categoria para ostentar legitimidade”. Nesse sentido, a ementa da mencionada ADI:

EMENTA: DIREITO CONSTITUCIONAL. FISCALIZAÇÃO ABSTRATA DE CONSTITUCIONALIDADE. LEGITIMIDADE ATIVA AD CAUSAM PARA A INSTAURAÇÃO DO PROCESSO PERANTE O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. INTELIGÊNCIA DO ART. 103, IX, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. ENTIDADE DE CLASSE DE ÂMBITO NACIONAL. INVIABILIDADE DE REPRESENTAÇÃO APENAS PARCIAL DA CATEGORIA. PRECEDENTES DA CORTE. ILEGITIMIDADE ATIVA CONFIGURADA. EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO. 1. A associação classista de âmbito nacional deve representar toda a respectiva categoria para que ostente a legitimidade ativa ad causam para provocar a jurisdição constitucional abstrata (CRFB, art. 103, IX) perante o Supremo Tribunal Federal. Precedentes da Corte: ADI nº 591, Rel. Min. Moreira Alves, DJ de 22.11.1991; ADI nº 353-QO, Rel. Min. Celso de Mello, DJ de 16.04.1993; ADI nº 1.297-MC, Rel. Min. Moreira Alves, DJ de 17.11.1995; ADI nº 1.771, Rel. Min. Moreira Alves, DJ de 03.04.1998; ADI nº 1.574-QO, Rel. Min. Octávio Gallotti, DJ de 27.04.2001; ADI nº 846, Rel. Min. Moreira Alves, DJ de 17.12.1993; ADI nº 809, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ de 16.04.1993 2. In casu, a ação proposta pela Associação Nacional dos Magistrados Estaduais (ANAMAGES) impugna a Emenda Constitucional nº 62, de 9 de dezembro de 2009, que modificou o regime jurídico dos precatórios devidos pela Fazenda Pública, alterando o art. 100 da Constituição e inserindo o art. 97 no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT). Sem embargo, a ANAMAGES representa tão-só o corpo dos magistrados estaduais, ao passo que a norma aqui impugnada afeta todos os órgãos do Poder Judiciário, independentemente da Justiça ou ramo estrutural a que pertençam. 3. Ilegitimidade ativa ad causam configurada. Extinção do processo sem resolução do mérito.¹⁷¹

¹⁷⁰ STF. ADPF 814, Min. Gilmar Mendes, DJ 17/05/2021.

¹⁷¹ STF. ADI 4372, Min. Ayres Brito, DJ 25/09/2014.

Por exemplo, a ADI 6465 entendeu que a Federação Nacional do Fisco Estadual e Distrital (FENAFISCO) carece de legitimidade, uma vez que não abrange os auditores fiscais federais e municipais. Nessa perspectiva, a Associação Nacional dos Médicos Peritos da Previdência Social - ANMP também não possui legitimidade por “não representar os médicos peritos servidores dos demais órgãos públicos nem os médicos peritos particulares”, como pode-se observar abaixo:

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI COMPLEMENTAR 173/2020, ART. 8º. PROGRAMA FEDERATIVO DE ENFRENTAMENTO AO CORONAVÍRUS - SARS-COV-2 (COVID-19). FEDERACAO NACIONAL DO FISCO ESTADUAL E DISTRITAL (FENAFISCO). ILEGITIMIDADE ATIVA. REPRESENTAÇÃO DE PARTE DE CATEGORIA PROFISSIONAL. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. 1. A jurisprudência do STF exige, para a caracterização da legitimidade ativa das entidades de classe e confederações sindicais nas ações de controle concentrado de constitucionalidade, que a entidade represente toda a respectiva categoria, e não apenas fração dela. 2. Sob esse enfoque, a Federação Nacional do Fisco Estadual e Distrital - FENAFISCO carece de legitimidade para a propositura da presente ação direta, na medida em que **constitui entidade representativa de apenas parte de categoria profissional**, já que não abrange os auditores fiscais federais e municipais. 3. Agravo Regimental conhecido e desprovido.

Todavia, o mesmo entendimento não foi aplicado ao caso do IBAMA, que apesar de não congrega os outros servidores ambientais, foi entendido como legitimado. Esse foi o entendimento do STF no ADI 4029, demonstrando a discricionariedade frente ao requisito.

Como último requisito, tem-se que, com a petição inicial, a Associação deve provar que possui caráter nacional, contando com associados em pelo menos 9 estados da federação, por aplicação analógica do art. 7º, § 1º, da Lei 9.096/1995 (Lei Orgânica dos Partidos Políticos – LOPP). Conforme ADI 4751:

A jurisprudência desta corte é firme no sentido de que o reconhecimento da legitimidade atividade das entidades de classe para incoar o controle concentrado de constitucionalidade demanda a comprovação de seu **caráter nacional**, o qual não se configura com mera declaração formal em seu estatuto¹⁷²

Nessa toada, saltasse aos olhos a discricionariedade e casuísmo do STF no tocante a casos similares com respostas diferentes, sem o devido *distinguish* entre eles. Logo, ao criar requisitos que não estão presentes na constituição, em uma jurisprudência defensiva que deseja ao máximo represar os processos que chegam a corte, observa-se que o Supremo

¹⁷² STF. ADI 4751, relator min. EDSON FACHIN, DJE 20/09/2019.

Tribunal Federal realiza um ativismo judicial maléfico, visto que como exposto nos capítulos anteriores, as ações do controle concentrado buscam tornar efetiva a constituição. Assim, apenas com a supremacia constitucional é possível alcançar a vontade da constituição, enrustindo seu sentimento em toda a sociedade. Nessa linha, conforme antes mencionado, aponta Gilmar Mendes que os critérios criados pelo supremo tribunal federal representam uma “inequívoca restrição ao direito de propositura”¹⁷³ por parte do judiciário.

Na mesma linha, Sepúlveda Pertence, em seu voto no ADI 42, já afirmava em 1992 que a definição de entidade de classe deveria ser a mais ampla possível:

a interpretação mais adequada àquela regra será a que dê ao conceito de ‘entidade de classe de âmbito nacional’ toda abrangência que ela comporte, sem violência, de modo a estender a legitimação ao maior plexo possível de associações representativas de setores significativos da estrutura plural da sociedade¹⁷⁴

Assim, ao promover requisitos de admissibilidade arbitrários, nota-se que o Supremo “escolhe quem ouvir e quando ouvir”¹⁷⁵, restringindo o acesso à justiça nos moldes previstos na constituição e no diploma processual civil. Portanto, a igualdade material é frontalmente atacada, visto que os setores da sociedade civil são desproporcionalmente afetados.

Logo, em função da discricionariedade do tribunal no tocante aos requisitos de admissibilidade, a premissa da sobrecarga de trabalho, aduzida inicialmente na Emenda Constitucional de 1965, ventilada na assembleia constituinte que desembocou na constituição de 1988 e consagrada a partir da jurisprudência do Supremo, não possui lastro jurídico para consolidar-se. Com efeito, Daniel Capecchi e Rodrigo Brandão chegam ao raciocínio de que “o intuito de evitar a sobrecarga de trabalho é esvaziado pela relativização da pertinência temática”.¹⁷⁶

¹⁷³ MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva: 2011, p. 1185.

¹⁷⁴ Voto do Min. Sepúlveda Pertence em STF, ADI 42/DF, Pleno, Rel. Min. Paulo Brossard, julg. 24.9.1992, parágrafo 3.

¹⁷⁵ LEAL, Fernando. O mito da sociedade aberta de intérpretes da Constituição. FALCÃO, Joaquim et. al. (Orgs.) *O Supremo e o Processo Eleitoral*. Belo Horizonte: Letramento; Casa do Direito; FGV Direito Rio; Supra; Jota, 2019, p. 41-45.

¹⁷⁶ BRANDÃO, Rodrigo; NUNES, Daniel Capecchi. O STF e as entidades de classe de âmbito nacional: a sociedade civil e seu acesso ao controle concentrado de constitucionalidade. *Revista de Direito da Cidade*, v. 10, n. 1, 2018, p. 178

Para superar essa problemática, Daniel Capecchi e Rodrigo Brandão, de forma muito ponderada, propõem, no tocante as entidades de classe, um novo conceito, alterando principalmente a restrição quanto aos grupos econômicos e profissionais e positivando alguns dos demais requisitos criados pelo tribunal, com o objetivo de diminuir sua discricionariedade. Segundo os autores, a segunda parte da atual redação do Art. 103, IX da CRFB/88 deveria ser alterada para:

entidade composta por pessoas naturais ou físicas, de composição homogênea, que sejam representativas de grupo sociais, políticos, econômicos ou profissionais, respeitada a pertinência temática entre a questão que o grupo está demandando e seu objeto social, além do requisito inicial da existência de membros em, ao menos, nove estados da federação.¹⁷⁷

Sob esse prisma, apesar de não exaurir toda a discricionariedade e a criação de novos requisitos pelo Supremo Tribunal Federal, a positivação de tal conceito fornece, a princípio, uma saída para a utilização casuística dos requisitos criados de forma jurisprudencial, fornecendo, de fato, maior segurança jurídica ao ordenamento brasileiro e maior permeabilidade de diversos setores da sociedade civil na vida constitucional.

¹⁷⁷ BRANDÃO, Rodrigo; NUNES, Daniel Capecchi. O STF e as entidades de classe de âmbito nacional: a sociedade civil e seu acesso ao controle concentrado de constitucionalidade. *Revista de Direito da Cidade*, v. 10, n. 1, 2018, p. 189.

CONCLUSÃO

A presente monografia buscou, como objetivo fulcral, analisar, sob o panorama teleológico da supremacia da constituição, a discricionariedade da admissibilidade dos legitimados para a propositura das ações do controle concentrado de constitucionalidade por parte das decisões do Supremo Tribunal Federal ao longo da história.

Para isso, o primeiro capítulo abordou o fenômeno do neoconstitucionalismo e o incremento de poder por meio do judiciário. Esse ramo do poder, inicialmente concebido como o mais fraco, agigantou-se, sendo o responsável hoje por manter a estabilidade do Estado Democrático de Direito. Contudo, sem a devida hermenêutica e freios e contrapesos, é impossível fugir do ativismo judicial desmedido. Dessa forma, em uma Constituição lastreada em princípios, o controle de constitucionalidade no Brasil tornou-se alvo de decisões políticas, como no tocante ao próprio critério de admissibilidade para sua propositura.

Contudo, para compreender como funciona o controle de constitucionalidade no Brasil atual, buscou-se analisar suas origens. Nesse sentido, o segundo capítulo aborda, em digressão, a história do controle de constitucionalidade, tanto do difuso, oriundo dos Estados Unidos, como do concentrado, oriundo da Áustria. Entretanto, ambos apresentam meras diretrizes, visto que tal mecanismo em solo nacional adquiriu contornos próprios, tornando-se efetivamente Brasileiro.

Com isso, após entender a verdade pelos panoramas no qual ela foi forjada, analisaram-se, no terceiro capítulo, seus aspectos atuais. Ou seja, como funciona o Controle de *Constitucionalidade à Brasileira*, com suas devidas especificidades.

Ato contínuo, o último capítulo consagrou o ponto fulcral da monografia, visto que se apresentaram as inconsistências dos critérios utilizados pelo Judiciário para admitir ou não os constitucionalmente legitimados para deflagrar essa espécie de controle. Em outras palavras, buscou-se, de forma infrutífera, a difícil tarefa de analisar tais requisitos à luz da

hermenêutica constitucional, traçando-se padrões que garantem a estabilidade jurídica de nosso ordenamento. Dessa forma, em especial quanto as Entidades de Classe e Confederações sindicais, legitimados que possuem os critérios mais restritivos, percebe-se que apesar de haver um padrão, este não proporciona segurança jurídica, uma vez que se altera relativamente rápido, mudando casuisticamente conforme o caso concreto.

Demonstra-se evidente, portanto, que em razão justamente da construção jurisprudencial do STF, as confederações sindicais e entidades de classe possuem um espectro de atuação muito inferior e dispare no tocante aos demais legitimados. Entretanto, tais requisitos criados, além de se apresentarem como uma inovação legal pelo judiciário, coíbem a efetivação plena da constituição ao limitar a participação popular na vida constitucional do país. Nesse sentido, abrem brechas para a discricionariedade dos magistrados, visto que os parâmetros se apresentam como subjetivos, sendo aplicados a casos similares de forma diversa, sem o devido *distinguishing* entre as situações.

Como forma de sanar tal problemática casuística, deve-se fugir, em um primeiro plano, da interpretação literal ou gramatical da constituição. Dessa forma, mesmo que se tragam argumentos originalistas, a própria constituinte de 1987 e 1988 possuía como objetivo ampliar e não restringir o âmbito de atuação da sociedade civil. Com isso, o termo “classe”, esculpido de forma literal da CRFB/88, não pode ser nunca observado como restritivo aos âmbitos econômicos e/ou profissionais, como o STF vem realizando.

Ato contínuo, apesar de válido, o abarrotamento do STF não pode ser utilizado como válvula de escape para mitigar o acesso à justiça. A aplicação discricionária e arbitrária dos critérios criados pela corte, em flagrante inovação legislativa, são utilizados de forma meramente casuística. Portanto, ao ofender o princípio da igualdade formal e da isonomia, o tribunal prejudica de forma desproporcional a participação dos setores da sociedade civil na vida constitucional.

Como forma de proposição de mudança para os legitimados do inciso IX do Art. 103 da CRFB/88, foi proposta duas alterações legislativas. No tocante a confederação sindical, entende-se que, buscando uma menor discricionariedade do STF e uma maior abrangência para a classe trabalhadora, deve-se alterar para: *Organização sindical de âmbito nacional,*

peessoa jurídica de direito privado com registro no ministério do trabalho, abarcando uma ou mais categorias profissionais, de forma singular ou conjunta, que se enquadrem nos requisitos do Art. 2º da Lei n. 11.648/08¹⁷⁸ ou no Art. 535 da CLT. Para as entidades de classe, um bom começo seria a redação proposta por Rodrigo Brandão e Daniel Capecchi, sendo ela: entidade composta por pessoas naturais ou físicas, de composição homogênea, que sejam representativas de grupo sociais, políticos, econômicos ou profissionais, respeitada a pertinência temática entre a questão que o grupo está demandando e seu objeto social, além do requisito inicial da existência de membros em, ao menos, nove estados da federação.

Com isso, o Supremo Tribunal federal deve atuar em consonância ao seu papel “contramajoritário” de proteger os direitos fundamentais e a democracia, com especial foco aos grupos minoritários. Nesse sentido, não se pode continuar com a atual interpretação restritiva que vai contra o desenho institucional da corte máxima.

¹⁷⁸ Lei n. 11.648/08. Art. 2º Para o exercício das atribuições e prerrogativas a que se refere o inciso II do caput do art. 1º desta Lei, a central sindical deverá cumprir os seguintes requisitos: I - filiação de, no mínimo, 100 (cem) sindicatos distribuídos nas 5 (cinco) regiões do País; II - filiação em pelo menos 3 (três) regiões do País de, no mínimo, 20 (vinte) sindicatos em cada uma; III - filiação de sindicatos em, no mínimo, 5 (cinco) setores de atividade econômica; e IV - filiação de sindicatos que representem, no mínimo, 7% (sete por cento) do total de empregados sindicalizados em âmbito nacional. Parágrafo único. O índice previsto no inciso IV do caput deste artigo será de 5% (cinco por cento) do total de empregados sindicalizados em âmbito nacional no período de 24 (vinte e quatro) meses a contar da publicação desta Lei.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ACKERMAN, Bruce. *Nós, o povo soberano: fundamentos de direito constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.
- ALEXY, Robert. *Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no Estado de Direito Democrático*. Revista de Direito Administrativo: Rio de Janeiro, 1999. Disponível em <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47414/45316>. Acesso em 14/11/2022.
- ARAÚJO, Luiz Alberto David, JÚNIOR, Vidal Serrano Nunes. *Curso de direito constitucional*. 22. ed. São Paulo, Verbatim, 2018.
- ARISTÓTELES. *Ética à Nicômacos*. Brasília: Editora UnB, 2011.
- ARISTÓTELES. *Política*. São Paulo: Martin Claret, 2002
- ARGUELHES, Diego Werneck. Poder não é querer: preferências restritivas e redesenho institucional no Supremo Tribunal Federal pós-democratização. In.: SARMENTO, Daniel (org.) *Jurisdição Constitucional e Política*. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 221.
- BACCIN, L. C.; MONTEIRO, K. F. *A TEORIA DA PROPORCIONALIDADE DE ROBERT ALEXY COMO SOLUÇÃO PARA COLISÕES DE DIREITOS FUNDAMENTAIS*. Revista Eletrônica Direito e Política, [S. l.], v. 13, n. 3, p. 1088–1111, 2018. DOI: 10.14210/rdp.v13n3.p1088-1111. Disponível em: <https://periodicos.univali.br/index.php/rdp/article/view/13711>. Acesso em: 14/11/2022.
- BALEEIRO, Aliomar. *1891*. 3. ed. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2012.
- BALEEIRO, Aliomar. *O Supremo Tribunal Federal, Esse Outro Desconhecido*. 1a ed. Rio de Janeiro: Forense, 1968.
- BARBI, Celso Agrícola. Evolução do Controle da Constitucionalidade das Leis no Brasil. *Revista de Direito Público*, São Paulo, v. 1, n. 4, p.34-43, 1 abr. 1968.
- BARCELLOS, Ana Paula de. Políticas públicas e o dever de monitoramento: levando os direitos a sério. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, 2018.
- BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição Brasileira*. 7. ed. São Paulo: Renovar, 2009.

- BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro : exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.
- BARROSO, Luís Roberto. Uniões homoafetivas: reconhecimento jurídico das uniões estáveis entre parceiros do mesmo sexo. In: BARROSO, Luís Roberto. *O novo Direito Constitucional brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional brasileira*. Belo Horizonte: Fórum, 2013.
- BICKEL, Alexander. *The Last Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*. N. York: Vail-Ballou Press, 1986.
- BINENBOJM, Gustavo. *Poder de polícia, ordenação, regulação: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador.* Belo Horizonte: Fórum, 2021.
- BONAVIDES, Paulo. *Do estado liberal ao estado social*. 9ª ed. São Paulo: Malheiros Editores.
- BONFIM, Vinícius Silva; PEDRON, Flávio Quinaud. A razão pública conforme John Rawls e a construção legítima do provimento jurisdicional no STF. *RIL Brasília* a. 54 n. 214 abr./jun, 2017, p. 203-223. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/54/214/ril_v54_n214_p203.pdf. Acesso em 14/11/2022.
- BRAGATO, Fernanda Frizzo; AZAMBUJA, Marcelo Andrade de O STF RECONHECEU A LEGITIMIDADE DA APIB PARA PROPOR UMA ADPF: POR QUE ISSO É TÃO IMPORTANTE? *Empório Do Direito*. Disponível em <https://emporiiododireito.com.br/leitura/o-stf-reconheceu-a-legitimidade-da-apib-para-propor-uma-adpf-por-que-isso-e-tao-importante> Acesso em 14.02.2022.
- BRANDÃO, Rodrigo; NUNES, Daniel Capecchi. O STF e as entidades de classe de âmbito nacional: a sociedade civil e seu acesso ao controle concentrado de constitucionalidade. *Revista de Direito da Cidade*, v. 10, n. 1, 2018.
- BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia Judicial Versus Diálogos Constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*, Coimbra: Almedina, 2017.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Almedina, 2017.
- CARVALHO, Ernani. Política Constitucional no Brasil: a ampliação dos legitimados ativos na Constituinte de 1988. *Revista da Emarf, Cadernos Temáticos*, p. 97-118, 2010, p. 117.
- CLÈVE, Clémerson Merlin. *A Fiscalização Abstrata de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

- COMANDUCCI, Paolo. *Democracia, derechos e interpretación jurídica: ensayos de teoría analítica del derecho*, Lima: Ara Editores, 2010.
- CONTINENTINO, Marcelo Casseb. A História do judicial review O mito de Marbury. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 53 n. 209 jan./mar. 2016.
- COSTA, Alexandre Araújo da. BENVINDO, Juliano Zaiden. (Coord.) A quem interessa o controle de constitucionalidade: O Descompasso entre Teoria e Prática na Defesa dos Direitos Fundamentais. Relatório de Pesquisa da Universidade de Brasília, 2013. Versão Ebook.
- COUCEIRO, Julio Cezar. *Separação dos Poderes em corrente tripartite*. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 18 out. 2011. <https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/25736/separacao-dos-poderes-em-corrente-tripartite#:~:text=Essa%20teoria%20da%20separa%C3%A7%C3%A3o%20de,Executivo%20e%20o%20Poder%20Judici%C3%A1rio>. Acesso em 22/09/2022.
- CONFEDERAÇÃO SINDICAL: SIGNIFICADO. *Direito Legal*. Disponível em <https://direito.legal/dicionario-juridico/confederacao-sindical-significado/>. Acesso em 23/12/22.
- Central Sindical. *Sindijus*. Disponível em <http://www.sindijus.org.br/central-sindical.html>. Acesso em 23/12/2022.
- DECLARAÇÃO DOS DIREITOS DO HOMEM E DO CIDADÃO*, 1789. Universidade de São Paulo: Biblioteca Virtual de Direitos Humanos, 2015.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas*. 9ª. ed. São Paulo: Atlas. 2012.
- DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, teoria do precedente, decisão judicial, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*, Salvador: JusPodium, 2009.
- DURKHEIM, Émile. *Da divisão do trabalho social*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- ELY, John Hart. *Democracia e desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade*. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes: 2010.
- FAORO, Raimundo. *Os Donos do Poder: formação do patronato político brasileiro*. Porto Alegre: Editora Globo, 1958.

- FERREIRA, S. L.; FERNANDES, E. B. D. O STF nas “cortes” Victor Nunes Leal, Moreira Alves e Gilmar Mendes. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 9, n. 1, p. 23-46, 2013.
- FERREIRA, Carolina Cutrupi. Os Critérios de Legitimidade Reconhecidos pelo STF para Propositura de Ação Direta de Inconstitucionalidade. In.: COUTINHO, Diogo R.; VOJVODIC, Adriana (org.) *Jurisprudência Constitucional: como decide o STF?* São Paulo: Malheiros Editores, 2008.
- FOUCAULT, Michel. *A arqueologia do saber*. 1. ed. Petrópolis/RJ: Vozes, 1972.
- GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. Alexander Bickel e a metáfora do Judiciário como o mais fraco dos poderes. *Conjur*. Disponível em : <https://www.conjur.com.br/2014-ago-03/embargos-culturais-alexander-bickel-metaphora-judiciario-fraco-poderes>. Acesso em 14/11/2022.
- GOMES, J. C. A. CANCELAS INVISÍVEIS: “EMBARGOS AURICULARES”, LEGITIMIDADE ATIVA E A PERMEABILIDADE SOCIAL SELETIVA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. REI - *REVISTA ESTUDOS INSTITUCIONAIS*, [S. l.], v. 6, n. 1, p. 55–82, 2020. DOI: 10.21783/rei.v6i1.460. Disponível em: <https://estudosinstitucionais.com/REI/article/view/460>. Acesso em: 21 dez. 2022.
- GUEDES, Néviton. Alexander Bickel e o ano do Supremo Tribunal Federal. *Conjur*. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2012-dez-25/constituicao-poder-alexander-bickel-ano-supremo-tribunal-federal>. Acesso em 14/11/2022.
- HABERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: constituição para e procedimental da constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1997.
- HART, Herbert. *O conceito de Direito*. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.
- HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: S.A. Fabris, 1991.
- JORGE JÚNIOR, Nelson. O princípio da motivação das decisões judiciais. *Revista Eletrônica da Faculdade de Direito da PUC-SP*, São Paulo, v. 1. 2008.
- KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 6. ed. Coimbra: Arménio Amado, 1984.
- KOERNER, Andrei. Uma Análise Política do Processo de Representação de Inconstitucionalidade Pós-64. *Revista da Emarf*, Cadernos Temáticos, p. 299-328, 2010.
- LASSALLE, F. *A essência da Constituição*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.
- LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 25. ed. São Paulo, SaraivaJur, 2021.

- LEAL, Fernando. O mito da sociedade aberta de intérpretes da Constituição. FALCÃO, Joaquim et. al. (Orgs.) *O Supremo e o Processo Eleitoral*. Belo Horizonte: Letramento; Casa do Direito; FGV Direito Rio; Supra; Jota, 2019.
- LOCKE, John. *O segundo tratado do governo civil*. Petrópolis: Vozes, 1994.
- LOEWENSTEIN, Karl. *Teoria de la Constitución*. Barcelona: Ariel, 1976.
- LYNCH, Christian Edward Cyril; Jose Vicente Santos de Mendonça. *Por uma história constitucional brasileira: uma crítica pontual à doutrina da efetividade*. Direito & Praxis n° 08, vol. 2, 2017.
- MADISON, James; HAMILTON, Alexander; JAY, John. *O federalista*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1984.
- MARBURY v. MADISON, 5 U.S. 137 (1803). Disponível em: <https://www.oyez.org/cases/1789-1850/5us137>. Acesso em 19/09/2022.
- MARTINES, Fernando. Robert Alexy explica seu método para resolver conflito entre princípios. *Conjur*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-jul-02/robert-alexey-explica-metodo-resolver-conflito-e-ntre-principios>. Acesso em 14/11/2022.
- MARTINS, Ricardo Marcondes. Neoconstitucionalismo. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: *Direito Administrativo e Constitucional*. Vidal Serrano Nunes Jr., Maurício Zockun, Carolina Zancaner Zockun, André Luiz Freire (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/134/edicao-1/neoconstitucionalismo>. Acesso em 22/09/2022.
- MATOS, Nelson Juliano Cardoso. O estado constitucional contra a democracia: aspectos da crise paradigmática no direito e no estado. *Revista Eletrônica Direito e Política*, Programa de Pós Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.7, n.3, 3º quadrimestre de 2012. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.
- MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva: 2011.
- MELO, Marcus André. Hiperconstitucionalização e Qualidade da Democracia: Mito e Realidade. In.: MELO, Carlos Ranulfo; SÁEZ, Manuel Alcántara. *A Democracia Brasileira: Balanço e Perspectivas para o Século 21*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2007.
- MONTESQUIEU, Charles. *O espírito das leis*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- NOGUEIRA, Octaciano *1824*. 3. ed. Brasília : Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2012.

- OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza de. *Voltando à problemática da tipologia regras e princípios: primeiro ensaio*. Rio de Janeiro: Jurispoiesis, 2010.
- OLIVEIRA, J. M. Leoni Lopes de. *Direito civil: parte geral*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.
- PESSANHA, R. B. V. Direitos fundamentais, cláusulas pétreas e democracia: Uma proposta de justificação e de aplicação do art. 60, § 4º, IV da CF/88. *Revista Brasileira de Direitos Fundamentais & Justiça*, [S. l.], v. 3, n. 7, p. 126–166, 2009. DOI: 10.30899/dfj.v3i7.489. Disponível em: <https://dfj.emnuvens.com.br/dfj/article/view/489>. Acesso em: 15 set. 2022.
- POLETTI, Ronaldo. *Controle da constitucionalidade das leis*. Rio de Janeiro: Forense, 1985.
- RAWLS, John. *A theory of justice*. Cambridge: Harvard University Press, 1971.
- ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O contrato social*. São Paulo: Abril Cultural, 1973.
- SARMENTO, Daniel. Crise Democrática e Cultura Constitucional: o absurdo da tese de que não há crise “porque as instituições estão funcionando”. In: MELLO, Patricia Perrone Campos; BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Democracia e Resiliência no Brasil: a disputa em torno da Constituição de 88*. Bosch Editor, 2022.
- SARMENTO, Daniel. O STF não é o centro do constitucionalismo. *Os Constitucionalistas*, 2014. Disponível em: <https://www.osconstitucionalistas.com.br/o-stf-nao-e-o-centro-do-constitucionalismo>. Acesso em 14/11/2022.
- SILVA, Carolina Machado Cyrillo. É POSSÍVEL FALAR EM UM CONSTITUCIONALISMO SUL - AMERICANO?. *Empório do Direito*, 05/08/2016. Disponível em <https://emporiოდodireito.com.br/leitura/e-possivel-falar-em-um-constitucionalismo-sul-americano>. Acesso em 20/12/2022.
- SILVA, Sayonara Grillo Coutinho Leonardo da. Mudanças normativas e sindicalismo: transformações recentes. *Revista Ltr: legislação do trabalho*, São Paulo, v. 75, n. 9, p. 1041-1052, set. 2011.
- VALE, Osvaldo Trigueiro do. *O Supremo Tribunal Federal e a instabilidade político-institucional*. 1a ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1976.
- VASCONCELLOS, Fernando Andreoni. *O controle da derrotabilidade normativa*. Tese de Mestrado pela Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2009.
- VIEIRA, Iacyr de Aguiar. A Essência da Constituição no Pensamento de Lassalle e de Konrad Hesse. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília-DF, v. 35, n. 139, p. 71-81, jul./set. 1998. Disponível em:

<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/388/r139-05.pdf>. Acesso em 14/11/2022.

VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremo Tribunal Federal: jurisprudência política*. 2a ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

YIN, R. K. *Case study research: design and methods*. Thousand Oaks: SAGE Publications, 2002.