

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

**ÀS PORTAS FECHADAS: A JURISPRUDÊNCIA RESTRITIVA DO SUPREMO
TRIBUNAL FEDERAL E O ACESSO À JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL**

GABRIEL TEIXEIRA GUIA

**Rio de Janeiro
2018/2**

GABRIEL TEIXEIRA GUIA

**ÀS PORTAS FECHADAS: A JURISPRUDÊNCIA RESTRITIVA DO SUPREMO
TRIBUNAL FEDERAL E O ACESSO À JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL**

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 do **Professor Dr. Carlos Alberto Pereira das Neves Bolonha**

**Rio de Janeiro
2018/2**

CIP - Catalogação na Publicação

G943 Guia, Gabriel Teixeira
AS PORTAS FECHADAS: A JURISPRUDÊNCIA RESTRITIVA
DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E O ACESSO À JURISDIÇÃO
CONSTITUCIONAL / Gabriel Teixeira Guia. -- Rio de
Janeiro, 2018.
64 f.

Orientador: Carlos Alberto Pereira das Neves
Bolonha.
Trabalho de conclusão de curso (graduação) -
Universidade Federal do Rio de Janeiro, Faculdade
de Direito, Bacharel em Direito, 2018.

1. Jurisdição Constitucional. 2. Sociedade Civil.
3. Constitucionalismo. I. Pereira das Neves
Bolonha, Carlos Alberto, orient. II. Título.

GABRIEL TEIXEIRA GUIA

**ÀS PORTAS FECHADAS: A JURISPRUDÊNCIA RESTRITIVA DO SUPREMO
TRIBUNAL FEDERAL E O ACESSO À JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL**

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 do
Professor Dr. Carlos Alberto Pereira das Neves Bolonha

Data de aprovação: ___ / ___ / ____.

Banca examinadora:

Orientador

Membro da Banca

Membro da Banca

**Rio de Janeiro
2018/2**

AGRADECIMENTOS

Talvez essa seja a parte efetivamente mais difícil de um trabalho de conclusão de curso, que é conseguir agradecer a todos aqueles que me acompanharam nesta jornada, neste fim de um capítulo da minha vida. De conseguir demonstrar em palavras a eterna gratidão que tenho com aqueles que aguentaram as queixas e as dores, que compartilharam sorrisos e alegrias e me proporcionaram anos incríveis. Em primeiro lugar, um agradecimento especial aos meus pais, Eire e Edison, por todo o apoio durante toda a minha vida, por todo o incentivo à minha paixão pela leitura e pelo amor incondicional que me deram.

Minha irmã, Isabel, pelos momentos de companheirismo e por todo o suporte dado nesses últimos anos, por dividir comigo as coisas mais bonitas da minha vida. Aos meus avós maternos, Marieta e Luiz, e ao meu avô paterno, Geraldo, além da homenagem em memória da minha querida avó, Maria. Um agradecimento à minha família que, sempre presente, me incentivou a seguir pelo Direito.

Um agradecimento ao meu estimado orientador, Carlos Bolonha, cujo amor e dedicação pela pesquisa e pela Faculdade Nacional de Direito me inspiram a participar do Letaci e, posteriormente, para a composição deste trabalho, além da professora Juliana Cesário Alvim que também foi fonte de inspiração para a escolha desse tema que muito me importa.

Aos meus amigos de toda a vida, Caio e Bruno, que levo sempre em meu coração. Aos incríveis e queridos Kaique, Léo, Lorena, Maria Clara, Manuela, Marina, Morgana, Nathalia, Sarah, Thais, Victor e Tammy, que compartilharam comigo os marcantes anos na maior faculdade federal do Brasil e dividiram angústias e esperanças em toda essa trajetória. À Caroline e ao Gabriel, por todo o carinho e por todas as reflexões proporcionadas. Aos maravilhosos Duda, Thiago, Rafa e Joanna, amigos que fiz para a vida. Um obrigado também para a Bia, Bianca, João Miguel, Isabella, Ana Luiza, Marianna, Carolina e Paula que muito me fizeram evoluir nesses anos. Aos amigos de tantos anos, Guilherme, Otávio, Bruno e Nikolas. E ao Zé, meu estimado amigo e mestre.

Aos *italo-brasileiros* Ana Julia, Beatriz, Ana Carolina, Leticia, Camilla, Eduardo, Mariano, Inge, Thiago, Eduardo, Julia, Hannah, Elodie que me proporcionaram uma experiência única no intercâmbio acadêmico que pude realizar. Aos meus amados da Ohana, que viveram comigo a intensidade latino-americana.

E, por fim, este trabalho é uma homenagem a todas as vozes que devem ser ouvidas e potencializadas, que constroem conjuntamente o significado da Constituição, que me fazem ter fé na mudança e na nossa democracia.

Há um momento em que todos os obstáculos são derrubados, todos os conflitos se apartam e à pessoa ocorrem coisas que não tinha sonhado, e então não há na vida nada melhor que escrever. Isso é o que eu chamaria de inspiração.

Gabriel Garcia Márquez

RESUMO

O presente trabalho busca, num primeiro momento, entender as origens históricas da jurisprudência restritiva do Supremo Tribunal Federal quanto ao artigo 103 da Constituição de 1988, formando bases para contestar os argumentos utilizados para a criação e a manutenção dos conceitos criados pelo Tribunal. A pertinência temática e o conceito extremamente restrito de entidade de classe – que incorpora tão somente sujeitos ligados por interesses econômicos e profissionais – acabam por criar uma distorção no papel institucional da Corte que, ao invés de julgar demandas relativas a direitos fundamentais, acaba por tornar-se instância de defesa de interesses corporativos.

O instituto de pertinência temática e do recorte restrito do conceito de entidade de classe são incompatíveis com o *ethos* da Constituição de 1988, posto que prejudicam a sua legitimidade e, ao final, constituem uma porta fechada para as demandas da sociedade civil.

A emancipação da sociedade civil, que pretende ter suas demandas atendidas – ou ao menos ouvidas – no âmbito da jurisdição constitucional é fenômeno importante para a consolidação da democracia e, conseqüentemente, do próprio constitucionalismo brasileiro. Objetiva-se abrir as portas que foram sistematicamente fechadas para a sociedade civil, jogando luz ao debate para que, ao final, seja possível escutar as vozes que sempre foram abafadas.

Palavras-chave: Jurisdição constitucional; Sociedade civil; Constitucionalismo.

RESÚMEN

El presente trabajo tiene por objeto entender los orígenes históricos de la jurisprudencia restrictiva del Tribunal Federal Supremo en cuanto al artículo 103 de la Constitución de 1988, formando bases para contestar los argumentos utilizados para la creación y la manutención de los conceptos creados por el Tribunal. La pertinencia temática y el concepto extremadamente restricto de entidad de clase – que incorpora tan solamente sujetos ligados por intereses económicos y profesionales – acaban por crear una distorsión en el papel institucional de la Corte que, en vez de juzgar demandas relativas a derechos fundamentales, acaba por tornarse en una instancia de intereses corporativos.

La institución de pertinencia temática es de corte restrictivo del concepto de clase es incompatible con el carácter distintivo de la Constitución de 1988, puesto que perjudican su legitimidad y, al final, constituye una puerta cerrada para las demandas de la sociedad civil.

La emancipación de la sociedad civil, que pretende tener sus demandas atendidas – o al menos oídas – en el ámbito de la jurisdicción constitucional es un fenómeno importante para la consolidación de la democracia y, consecuentemente, del propio constitucionalismo brasileiro. Su objetivo es abrir las puertas que fueron cerradas sistemáticamente para la sociedad civil, dando luz al debate para que, al final, sea posible escuchar las voces que siempre fueron ahogadas.

Palabras llaves: Jurisdicción Constitucional; Sociedade civil; Constitucionalismo.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
HISTÓRICO DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE.....	13
1.1. A supremacia da Constituição: um breve contexto	13
1.2. O surgimento do controle de constitucionalidade: um brevíssimo contexto.....	16
1.3. Histórico do controle concentrado de constitucionalidade no Brasil pré-1988.....	20
A NOVA REPÚBLICA: EXPANSÃO DO ACESSO À JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E AS PORTAS FECHADAS	25
2.1. O contexto da promulgação da Constituição da República Federativa em 1988	26
2.2. A quem interessa o controle de constitucionalidade?	31
2.3. A jurisprudência defensiva do Supremo Tribunal Federal em relação ao artigo 103 da Constituição da República.....	35
2.3.1. Críticas quanto ao instituto da pertinência temática e a sua incompatibilidade com a Constituição de 1988.....	36
2.3.2. Críticas quanto ao conceito jurisprudencial de “entidade de classe de âmbito nacional” e a sua inadequação em relação à Constituição de 1988	42
UMA FRESTA DE ESPERANÇA.....	51
3.1. A recente (ainda que tímida) modificação no entendimento do conceito de “entidade de classe de âmbito nacional”: comentários sobre a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.291/DF e a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 527/DF	51
CONCLUSÃO.....	56
REFERÊNCIAS	59

INTRODUÇÃO

A função precípua da Constituição, baseada no constitucionalismo moderno, fundava-se na organização do Estado, ao instituir e fixar competências aos seus órgãos, além de disciplinar as relações e controles existentes entre eles, e na limitação do poder estatal a fim de preservar os direitos e garantias fundamentais do indivíduo. Posteriormente, com a superação do Estado Liberal, alicerçado na atuação negativa do Poder Público, redefiniu-se o conceito material da Constituição, adicionando ao Estado as funções de agente intervencionista e de prestador de serviços.

A Constituição apresenta, ainda, um sentido formal, que tem relação com a positivação das normas jurídicas superiores de um Estado, elaboradas por um processo constituinte específico¹. Desta forma, conclui-se que todos os atos dos Poderes, eleitos ou não, devem estar em conformidade com as normas constitucionais, sob a pena de negar-lhes a sua validade.

Com o fito de preservar a supremacia constitucional, criaram-se mecanismos de controle das normas infraconstitucionais, destacando-se, no Brasil, as ações de controle concentrado de constitucionalidade, cuja competência para processar e julgar, na forma do artigo 102, I, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, é do Supremo Tribunal Federal. A título exemplificativo, tem-se a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade, reguladas pelos artigos 102, I, 'a' e 103 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e pela Lei Federal n.º 9.868/99. Dentre os dispositivos normativos, destaca-se a existência de um rol de legitimados para a proposição das respectivas ações de controle de constitucionalidade.

Em contraponto ao artigo 11, §1º, 'c' da Carta Outorgada de 1967, que limitava a representação das ações de controle abstrato de constitucionalidade ao Procurador-Geral da República, a Constituição Cidadã, ciente da necessidade de conferir maior amplitude ao processo de controle constitucional, trouxe, no bojo do seu artigo 103, um rol com 9 (nove) legitimados para propor este tipo de ação

¹ BRANCO, Paulo Gustavo; MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva, 2014.

Todavia, em dissonância com o projeto expansivo realizado no âmbito da Constituinte de 1987, o Supremo Tribunal Federal, ao julgar as ações de controle concentrado de constitucionalidade, consolidou jurisprudência restritiva no sentido de distinguir os legitimados entre universais, que poderiam propor quaisquer ações questionando as leis ou atos normativos, e não universais, que necessitam da comprovação da existência de pertinência temática. Em outras palavras, a Corte entendeu por bem em criar uma *legitimidade limitada*.

A pertinência temática caracteriza-se como a exigência de que o legitimado demonstre que a decisão declaratória de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo impugnado possua ligação direta com o interesse e com a sua atividade econômica desenvolvida. Dentre os legitimados não universais, destacam-se a Mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal, os Governadores de Estado ou do Distrito Federal, as confederações sindicais e as entidades de classe de âmbito federal.

Em relação às entidades de classe de âmbito federal, nota-se a construção de uma jurisprudência restritiva do conceito de *classe*, a qual denotaria uma congregação de interesses meramente profissionais e econômicos, conforme julgamento da ação direta de inconstitucionalidade nº 42/DF de relatoria do Ministro Paulo Brossard. Neste ponto, importa esclarecer que tal interpretação reducionista era calcada em 2 (dois) argumentos principais: (i) o medo de sobrecarga de trabalho dos Ministros; e (ii) o papel institucional desempenhado pelo Tribunal.

Como se verá adiante, tais argumentos não subsistem a um exame minucioso do desenvolvimento do constitucionalismo brasileiro e da natureza dos processos que chegam ao Supremo. A congregação em um único órgão dos papéis de instância recursal, instância originária e Corte Constitucional acaba por concentrar poderes no âmbito da Corte e, conseqüentemente, aumentam o volume de trabalho. Entretanto, o último papel institucional, que possui relação com o presente trabalho, é o que menos demanda o Tribunal² e é frequentemente utilizado como justificativa para embarreirar as demandas da sociedade civil no âmbito da jurisdição constitucional.

² FALCÃO, CERDEIRA, ARGUELHES, 2011. p. 21.

Ademais, a garantia da supremacia constitucional perpassa pela nulidade das normas contrárias às normas constitucionais, desta forma, as ações de controle abstrato de constitucionalidade possuem como objetivo retirar do ordenamento jurídico as referidas normas incompatíveis com a Constituição e, conseqüentemente, manter a coerência do ordenamento pátrio. A restrição decorrente da necessidade de demonstração de pertinência temática afigura-se verdadeira afronta à Constituição, tendo o Supremo Tribunal Federal agido como verdadeiro legislador positivo.

Conforme se pretende demonstrar no presente trabalho, os entraves criados pelo Supremo Tribunal Federal são incompatíveis com a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, configurando uma restrição excessiva que mitiga o direito à propositura da ação e a conseqüente capacidade desses legitimados de influenciarem no processo de significação constitucional pelas vias processuais, além de enfraquecer a supremacia constitucional ao permitir situações em que normas inconstitucionais permanecem produzindo efeitos.

O controle concentrado, em razão dessa construção jurisprudencial altamente restritiva, tem servido muito mais aos interesses corporativos do que à proteção efetiva dos direitos fundamentais³. Além disso, as demandas da coletividade, em geral, quando são atendidas, o são por via reflexa – não diretamente como proteção a um grupo vulnerável, mas como proteção a uma classe profissional ou econômica com interesses congruentes.

O fortalecimento da Constituição brasileira e da própria democracia perpassa por uma revisão da jurisprudência restritiva do Supremo Tribunal Federal, que criou entraves para o acesso da sociedade civil à jurisdição constitucional. Nesta toada, o presente trabalho visa, ainda, desconstruir alguns argumentos utilizados pela Corte para a criação e a manutenção dos obstáculos hermenêuticos como a pertinência temática e o conceito restrito de entidade de classe.

Por fim, busca-se demonstrar as razões pelas quais o aumento do acesso à jurisdição constitucional é positivo para as instituições brasileiras e para a Constituição da República de 1988, além de se coadunar com a intenção do Constituinte originário de incluir mais agentes no debate constitucional. O objetivo, ao final, é demonstrar que as vozes que jamais foram ouvidas

³ COSTA, BENVINDO, 2014. p. 78.

podem – e devem – ter um papel de protagonismo no processo de significação constitucional e emancipa-las com o fito de salvaguardar direitos e garantias fundamentais e não somente interesses corporativos.

CAPÍTULO 1

HISTÓRICO DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

O presente capítulo será dividido em três partes: (i) inicialmente, aborda-se o desenvolvimento do constitucionalismo moderno e a criação da jurisdição constitucional, tendo como análise a supremacia das normas constitucionais e a necessidade de manutenção da coerência do ordenamento jurídicos; (ii) posteriormente, apresenta-se o panorama histórico do surgimento do controle de constitucionalidade nos Estados Unidos, consubstanciado no caso *Marbury vs. Madison*; e (iii) por fim, passa-se à análise da evolução histórica e a consequente aplicação do modelo de controle concentrado de constitucionalidade no Brasil com o fito de identificar as raízes do problema abordado.

1.1. A supremacia da Constituição: um breve contexto

Fruto do desenvolvimento do direito em compasso com as mudanças sociais ocorridas no final do século XVIII e durante o século XIX, o constitucionalismo moderno ressignificou o termo *Constituição*⁴, afastando-lhe a ideia de que fosse um mero conjunto de normas organizadoras da estrutura do Estado, além de disciplinar as interações e controles recíprocos entre os seus órgãos. As Revoluções Burguesas⁵, que asseguraram protagonismo aos direitos de liberdade e ao conceito de cidadania neste processo, culminaram por auxiliar na expansão do conceito de Constituição, incluindo, além da organização do Estado, também, a limitação do seu poder perante os indivíduos.

⁴ O termo, que remonta o Direito Romano consubstanciado na palavra *Constitutio*, tinha relação apenas com a administração do Estado e não com todo o sistema de proteção das liberdades individuais como se demonstra atualmente. A construção histórica do termo deu-se posteriormente com as ditas Revoluções Burguesas. (MCILWAIN, 2007).

⁵ As revoluções burguesas referem-se aos processos revolucionários ocorridos na Inglaterra, Estados Unidos da América e França nos séculos XVII e XVIII que buscavam a superação do modelo feudalista e a consolidação de um modelo calcado nos direitos de primeira geração, tidos como direitos ligados ao valor de liberdade. A Revolução Inglesa (1640-1688), a Revolução Americana (1776) e a Revolução Francesa (1789), sendo esta última considerada pela maioria dos historiadores como o marco do início da História Contemporânea, apresentaram um rompimento com o paradigma existente ao estabelecer uma nova visão sobre as concepções de direitos fundamentais e cidadania, outorgando-lhes centralidade no processo político. (LIMA, 2016).

Nesta esteira, denota-se a existência de 2 (dois) sentidos da Constituição: (i) material⁶ e (ii) formal. Aquele, em suma, tem relação com o conteúdo das normas constitucionais, conforme já explicitado nos parágrafos anteriores, enquanto este possui ligação com a força jurídica superior das normas constitucionais.

Do ponto de vista formal, a característica principal afigura-se na posituação das normas jurídicas superiores do Estado, elaboradas por um processo constituinte específico, que, por esta razão, não podem ser modificadas pelo processo legislativo ordinário, daí decorre a sua característica de *rigidez*. Supõe-se, portanto, que há um escalonamento hierárquico⁷ entre as normas na qual a Constituição ocupa o topo e configura-se como verdadeiro fundamento de validade das normas inferiores⁸.

A rigidez constitucional, em outras palavras, visa dificultar o processo de alteração das suas normas por meio de maiorias eventuais, alçando a Constituição ao topo de hierarquia normativa em detrimento das normas produzidas pelo Poder Legislativo no exercício da sua função legiferante ordinária, portanto, conferindo-lhe um caráter de supremacia perante as demais normas do ordenamento jurídico⁹.

⁶ Conforme explicam Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco: “Fala-se em Constituição no sentido substancial quando o critério definidor se atém ao conteúdo das normas examinadas. A Constituição será, assim, o conjunto de normas que instituem e fixam as competências dos principais órgãos do Estado, estabelecendo como serão dirigidos e por quem, além de disciplinar as interações e controles recíprocos entre tais órgãos. Compõem a Constituição, também, sob esse ponto de vista, as normas que limitam a ação dos órgãos estatais, em benefício da preservação da esfera de autodeterminação dos indivíduos e grupos que se encontram sob a regência desse Estatuto Político. Essas normas garantem às pessoas uma posição fundamental ante o poder público (direitos fundamentais)”. (MENDES, BRANCO, 2015)

⁷ “A ordem jurídica não é um sistema de normas jurídicas ordenadas no mesmo plano, situadas umas ao lado das outras, mas é uma construção escalonada de diferentes camadas ou níveis de normas jurídicas. A sua unidade é produto da conexão de dependência que resulta do fato de a validade de uma norma, que foi produzida de acordo com outra norma, se apoiar sobre essa outra norma, cuja produção, por sua vez, é determinada por outra; e assim por diante, até abicar finalmente na norma fundamental – pressuposta. A norma fundamental – hipotética, nestes termos – é, portanto, o fundamento de validade último que constitui a unidade desta interconexão criadora. Se começarmos levando em conta apenas a ordem jurídica estadual, a Constituição representa o escalão de Direito positivo mais elevado.” (KELSEN, 1998. p. 155).

⁸ MORAES, 2017. p. 518.

⁹ Com o conceito formal anteriormente analisado, o grau de proteção conferido a determinado conjunto de normas passa a ser suficiente para distingui-las das demais normas de dado ordenamento. Isso significa que as normas constitucionais ou estão imunes à alteração (caso das cláusulas imutáveis, de eternidade, pétreas, núcleo intangível da Constituição) ou então requerem um processo de alteração mais dificultoso do que aquele previsto para a alteração das demais normas do sistema. Tal fenômeno é denominado, do ponto de vista da Constituição, rigidez. Essa figura concatena-se com a de Constituição em sentido formal, anteriormente assinalada. Da rigidez atribuída à Constituição decorre, inexoravelmente, a propagada supremacia constitucional. (TAVARES, 2017, p. p. 88).

De todo o exposto, pode-se concluir facilmente que as normas contrárias à Constituição se encontram destituídas de validade, sendo consideradas, assim, normas *inconstitucionais*. Todavia, a fim de garantir força à obrigatoriedade da Constituição e impedir que o conceito de inconstitucionalidade seja vazio, faz-se mister a instituição de uma sanção para expurgar a norma do ordenamento jurídico¹⁰.

Neste cenário, foram desenvolvidos 3 (três) modelos principais: (i) concentrado; (ii) difuso e (iii) misto. O primeiro, também conhecido como modelo *austriaco* em homenagem ao seu idealizador, o jurista Hans Kelsen, tem como foco um controle abstrato, posto que independe da existência concreta de uma celeuma jurídica intersubjetiva. Além disto, no modelo kelseniano difundiu-se a ideia da criação de um órgão jurisdicional superior que pudesse proteger a Constituição, anulando-se os atos com ela incompatíveis a fim de garantir coerência ao ordenamento jurídico e a supremacia das normas constitucionais. Desta forma, o exercício da jurisdição constitucional estaria adstrito a uma Corte Constitucional¹¹.

O segundo modelo, calcado na experiência norte-americana, transcende a análise da norma “em tese”, qual seja, em seu aspecto subjetivo, posto que se dá na resolução de um caso concreto. Ao contrário do modelo austríaco, o modelo norte-americano assegura a qualquer órgão judicial a possibilidade de fazer o juízo de constitucionalidade de determinada norma, afastando a sua aplicação no caso concreto caso a considere incompatível com a ordem constitucional. Este modelo tem suas raízes judiciais no célebre caso *Marbury v. Madison*,

Em igual sentido: A rigidez é atributo que se liga muito proximamente ao princípio da supremacia da Constituição. A supremacia fixa o seu status hierárquico máximo da Constituição no conjunto das normas do ordenamento jurídico. (MENDES, BRANCO, 2015, p.p. 62).

¹⁰ Como bem pontua o jurista austríaco Hans Kelsen, a garantia de anulação dos atos inconstitucionais é *conditio sine qua non* para garantir a força normativa da Constituição: “Una Constitución a la que le falta la garantía de la anulabilidad de los actos inconstitucionales, no es plenamente obligatoria en su sentido técnico. Aunque en general, no se tenga conciencia de ello —porque una teoría jurídica dominada por la política no permite tomar conciencia— una Constitución en la que los actos inconstitucionales y en particular las leyes inconstitucionales se mantienen válidos —no pudiéndose anular su inconstitucionalidad— equivale más o menos, desde el punto de vista estrictamente jurídico, a un deseo sin fuerza obligatoria. Toda ley, todo reglamento, e incluso, todo acto jurídico general realizado por los particulares tiene una fuerza jurídica superior a la de esa Constitución —a la cual estos actos se encuentran, sin embargo, subordinados y de la que todos ellos deriva su validez—. El Derecho positivo vela, no obstante, para que todo acto que esté en contradicción con una norma superior pueda ser anulado, salvo cuando esa norma superior es la propia Constitución.” (KELSEN, 2011. p. 295).

¹¹ *Ibidem*. p. 295.

decidido pela Suprema Corte Norte-Americana em 1803, tendo como voto-condutor a brilhante manifestação do *Chief Justice* John Marshall, que será tratada de forma mais pormenorizada no próximo tópico¹².

Por fim, cabe salientar a existência de um modelo misto, que congrega atributos de ambos os modelos apresentados anteriormente, como é o caso do modelo brasileiro, conciliando-se o poder-dever dos órgãos jurisdicionais de afastar a aplicação de determinada norma em face da Constituição à competência exclusiva do Supremo Tribunal Federal para o julgamento de ações que versem sobre a norma *in abstracto*, tais como a ação direta de inconstitucionalidade ou a ação declaratória de constitucionalidade, previstas no artigo 102 da Constituição Federal.

1.2. O surgimento do controle de constitucionalidade: um brevíssimo contexto

No tópico anterior¹³, foram tecidas breves reflexões acerca do desenvolvimento do constitucionalismo moderno e como tal processo influenciou no surgimento do conceito de controle de constitucionalidade, plasmado na ideia de que jurisdição constitucional tem como função precípua garantir a soberania da Constituição frente às demais normas do ordenamento jurídico.

Isto posto, cabe trazer uma breve ponderação acerca do surgimento da chamada “*judicial review*” consubstanciada no paradigmático caso *Marbury v. Madison*¹⁴, julgado pela Suprema Corte dos Estados Unidos em 1803, a fim de contextualizar o desenvolvimento do instituto no caso brasileiro, que será tratado no próximo tópico¹⁵.

O caso, tido como a inauguração do controle de constitucionalidade no constitucionalismo moderno¹⁶, deu-se num momento político conturbado nos Estados Unidos

¹² Cf. capítulo 1.2.

¹³ Cf. capítulo 1.1, *supra*.

¹⁴ *Marbury v. Madison*. 5 US (1 Cranch), 197, (1803).

¹⁵ Cf. capítulo 1.3.

¹⁶ Apesar do argumento suscitado pelo *Chief Justice* Marshall não ter sido o inaugural da discussão acerca do controle judicial dos agentes políticos, mormente para declarar a inconstitucionalidade de leis ou atos normativos contrários ao bloco de constitucionalidade, haja vista discussões travadas, por exemplo, no âmbito dos *Federalist*

da América de disputa entre os federalistas e os não-federalistas. O contexto remonta a Presidência de John Adams nos Estados Unidos da América, em que se tentou aparelhar o judiciário norte-americano em prol dos interesses federalistas com medidas de politização da atuação de juízes¹⁷.

Logo após as eleições presidenciais de 1800, na qual restou consolidada a vitória do republicano Thomas Jefferson em detrimento do federalista Aaron Burr, o então Presidente Adams, vendo seu candidato derrotado, aprovou o *Judiciary Act* (1801) instituindo algumas reformas no Poder Judiciário¹⁸. O referido estatuto legal, além de diminuir o número de *Justices* da Suprema Corte dos Estados Unidos, criou 18 (dezoito) cargos judiciais – o que ficou conhecido como *juízes da meia-noite* –, nomeando-se aliados políticos do então Presidente Adams¹⁹, sob o argumento de desafogar a autoridade judicial máxima.

Além da nomeação do então Secretário de Estado da Presidência, John Marshall como *Chief Justice*, o aprofundamento do quadro deu-se com o *The Organic Act of District of Columbia* em 27 de fevereiro de 1801, criando-se 42 (quarenta e dois) cargos de juiz de paz, cujas nomeações ocorreram de forma extremamente veloz, conforme ressalta Bruce Ackerman²⁰.

Papers, especificamente no nº 78, a existência do paradigmático caso é visto como o primeiro “*ganhou o mundo e enfrentou com êxito resistências políticas e doutrinárias de matizes diversos*”. (BARROSO, 2012. p. 20-21).

¹⁷ Do original: “However reluctantly, the Federalist justices were using their probationary period to carry out a new, and more stable, role for themselves. During the 1790s they had actively participated in national politics – providing advisory opinions, sitting on executive boards, and taking leave from the Court to serve on important diplomatic missions. When riding circuit, they saw themselves as ‘republican schoolmasters’ lecturing the grand jury (and the crowd of interested bystanders) on their new obligations as citizens of a federal republic. As leading notables of the national community, it was only natural for them to range widely in these discourses – providing the crowd of provincials with guidance on the leading issues of the day (ACKERMAN, 2005. p. 228).

¹⁸ Conforme atesta Bruce Ackerman (2005, *Ibid.* p. 120-122), o Presidente Adams tinha maioria no Congresso e poderia aprovar qualquer lei por meio de uma maioria simples. Assim, ao contrário do que requer o jogo democrático, atuaram de forma a atrapalhar as pretensões do recém-eleito Presidente Jefferson e do Congresso de maioria Republicana ao invés de cooperar na transição, o que criou uma crise institucional, aprofundada em dezembro de 1801 quando o novo Congresso e o novo Presidente tomaram posse e passaram a tentar revogar as decisões tomadas neste interregno posto que as consideravam ilegítimas.

¹⁹ Rodrigo Brandão ressalta que, em razão do tempo exíguo para efetuar todas as nomeações, em decorrência da iminência da posse do Presidente Thomas Jefferson, o critério utilizado foi a viabilidade da aceitação, o que, além de aparelhar o Judiciário, resultou em excessos ainda mais graves, tais como a nomeação de familiares de membros do alto escalão do governo sem nenhuma experiência jurídica (BRANDÃO, 2012. p. p. 32-33).

²⁰ Enquanto tais medidas ocorriam, Marshall foi nomeado, também, para uma segunda empreitada no Distrito de Columbia. A criação das Cortes do Distrito de Columbia por parte dos Federalistas deu-se no último minuto e

Um dos primeiros atos do novo governo foi a revogação das medidas que, feitas no apagar das luzes, eram consideradas ilegítimas, tais como o *Judiciary Act*, o que gerou a extinção dos cargos dos juízes da meia-noite e, por óbvio, um conflito entre a maioria republicana e os federalistas²¹. Em razão do exíguo espaço temporal, algumas investidas não foram sacramentadas, o que levou Thomas Jefferson a não reconhecer as nomeações quando assumiu a Presidência, impedindo o novo Secretário de Estado, James Madison, de entregar os diplomas de investidura.

Dentre os juízes de paz nomeados, cuja investidura foi negada, estava William Marbury, que requereu à Suprema Corte dos Estados Unidos o reconhecimento do seu direito à investidura e, conseqüentemente, a assumir o cargo de juiz de paz. Apesar da inexistência explícita de previsão, a Suprema Corte dos Estados Unidos entendeu que a sua competência para negar a aplicação de leis contrárias à Constituição decorria da lógica intrínseca do sistema constitucional.

Mais pormenorizadamente, no bojo da decisão, o *Chief Justice* Marshall analisou se Marbury teria direito à investidura no caso e que, este tendo direito, deveria possuir algum instrumento jurídico para que este fosse assegurado. Além disso, analisou a viabilidade do *Writ of Mandamus* no caso em discussão. A análise principal e de maior importância para o presente trabalho consistia em saber se a Suprema Corte poderia deixar de aplicar uma lei inconstitucional em razão de uma suposta incompatibilidade com a Constituição.

fazia parte de um projeto maior de organização do novo distrito federal, envolvendo nomeações de posições-chave, como oficiais, chefes de cartório, e juízes de paz. Agindo em nome dos Federalistas locais, Adams respondeu com uma série de nomeações extremamente rápidas, que foram confirmadas pelo Senado no dia 2 de março de 1801 – incluindo quarenta e dois juízes de paz, um número extraordinariamente alto para um distrito tão pequeno. (ACKERMAN, 2005. p. 136 – livre-tradução) – Do original: “While all of this was going on, Marshall was also point man for a second enterprise in patronage in the District of Columbia. The Federalists’ last-minute creation of a DC circuit court was part of a larger Project organizing the government of the new federal circuit, involving the appointment of a host of positions as marshal, register of wills, and justice of the peace. Acting at the behest of local Federalists, Adams responded with a series of rapid-fire nominations, which were confirmed by the Senate on March 2 – including forty-two justices of the peace, an extraordinary large number for such a sparsely settled district” (ACKERMAN, 2005 – p.p. 136).

²¹ A controvérsia entre os dois partidos tinha, também, cunho de divergência quanto à teoria política e ao desenho institucional, conforme aduz Rodrigo Brandão. De um lado os republicanos alegavam o uso fraudulento da Constituição por parte dos federalistas, que tinham sofrido estrondosa derrota nas eleições, reputando as medidas ilegítimas, enquanto os federalistas, por sua vez, arguíam pela supremacia da Constituição em face de *maiorias transitórias*, auferindo que tal medida redundava num governo dos mortos sobre os vivos (BRANDÃO, 2012. Op cit. p. 34).

Neste quesito, o *Chief Justice* Marshall decidiu afirmativamente, fundamentando a decisão com base em 3 (três) argumentos principais: (i) a supremacia da Constituição, que lhe conferia posição privilegiada na hierarquia do ordenamento jurídico; (ii) por decorrência lógica da premissa estabelecida, que toda lei que fosse contrária às normas constitucionais era nula; e, por fim, (iii) que o Poder Judiciário, enquanto competente para interpretar o ordenamento jurídico, seria o intérprete final da Constituição²².

O trecho abaixo é emblemático, veja-se:

É óbvio e incontestável que a Constituição censura qualquer ato legislativo contrário a ela. Se não, o Legislativo pode alterar a Constituição mediante lei ordinária.

Não há meio caminho entre essas alternativas. Ou a Constituição é uma lei superior, direito supremo, imodificável com os meios ordinários, ou se situa no nível dos atos legislativos ordinários e, tal como os demais atos, pode ser modificada se o Legislativo assim o desejar.

Se for correta a primeira resposta, então um ato legislativo que contraria a Constituição não é direito; se a segunda for verdadeira, então as Constituições escritas são tentativas absurdas do povo para limitar um poder de natureza ilimitado.

Certamente todos aqueles que elaboraram Constituições escritas consideravam-na lei fundamental e suprema da nação. Consequentemente a teoria de todos os governos desse tipo deve ser que um ato do Legislativo contrário à Constituição é nulo. (...)

Constitui enfaticamente tarefa e dever do Poder Judiciário dizer o que é o direito. Aqueles que aplicam a norma aos casos concretos devem necessariamente expor e interpretar a norma. Se duas leis entram em conflito entre elas, as Cortes devem decidir sobre a aplicabilidade de cada uma. Se uma lei contraria a Constituição, e tanto a lei como a Constituição forem aplicáveis no caso concreto, então a Corte deve decidir o caso conforme a lei, desconsiderando a Constituição, ou conforme a Constituição, desconsiderando a lei. A Corte deve determinar qual entre as normas conflitantes regula o caso. Essa é a verdadeira essência do ofício do juiz. (*Marbury v. Madison*. 5 US (1 Cranch) 177-178 – livre tradução)²³.

²² BARROSO, 2012. p. 22.

²³ Do original: “It is a proposition too plain to be contested, that the constitution controls any legislative act repugnant to it; or, that the legislature may alter the constitution by an ordinary act. Between these alternatives there is no middle ground. The constitution is either a superior, paramount law, unchangeable by ordinary means, or it is on a level with ordinary legislative acts, and like other acts, is alterable when the legislature shall please to alter it. If the former part of the alternative be true, then a legislative act contrary to the constitution is not law:

As breves linhas traçadas para explicar o caso *Marbury v. Madison*²⁴ mostram-se essenciais para a compreensão do desenvolvimento do controle de constitucionalidade no âmbito do constitucionalismo moderno, tendo tal instituto ganhado importância no Brasil e, para contextualizar a atuação do Supremo Tribunal Federal no que tange à jurisdição constitucional, faz-se mister analisar o seu desenvolvimento no território nacional.

1.3. Histórico do controle concentrado de constitucionalidade no Brasil pré-1988

Em razão da influência europeia, a Constituição Imperial de 1824 não contemplava qualquer instrumento do controle de constitucionalidade dos atos públicos por parte do Poder Judiciário. Tal concepção era fruto da ideia de que a competência para a guarda da Constituição era do Poder Legislativo, além da existência do Poder Moderador, cuja função basilar era manter a independência e harmonia entre os Poderes de Estado²⁵.

O controle de constitucionalidade no Brasil remonta, assim, ao início do período republicano, com a promulgação da Constituição de 1891, influenciado pelo modelo norte-americano. Neste caminho, o advento da República cessou o predomínio da influência do constitucionalismo europeu, que foi substituído pela influência jurídica dos Estados Unidos da

if the latter part be true, then written constitutions are absurd attempts, on the part of the people, to limit a power, in its own nature illimitable. Certainly all those who have framed written constitutions contemplate them as forming the fundamental and paramount law of the nation, and consequently the theory of every such government must be, that an act of the legislature, repugnant to the constitution, is void. (...) It is emphatically the province and duty of the judicial department to say what the law is. Those who apply the rule to particular cases, must of necessity expound and interpret that rule. If two laws conflict with each other, the courts must decide on the operation of each. So if a law be in opposition to the constitution; if both the law and the constitution apply to a particular case to that the court must either decide that case conformably to the law, disregarding the constitution; or conformably to the constitution, disregarding the law; the court must determine which of these conflicting rules governs the case. This is of the very essence of judicial duty.” (Marbury v. Madison. 5 US (1 Cranch), 177-178, (1803).)

²⁴ Importantes juristas buscam a reinterpretação do entendimento de *Marbury v. Madison* enquanto caso paradigmático na construção do controle de constitucionalidade na modernidade. Um exemplo é a atuação do Chief Justice Marshall no caso *Stuart v. Laird*, em que alegou o seu impedimento por ter atuado na nomeação dos juízes da meia-noite, o que não foi alegado no caso *Marbury v. Madison*. Bruce Ackerman, por exemplo, traz uma releitura sobre o caso fundado nas relações institucionais existentes à época, dizendo que a combinação dos casos emblemáticos denota, na verdade, uma forte influência política no processo decisório da Suprema Corte. Apesar do assunto ser extremamente pertinente, afigura-se fora do escopo de análise do presente trabalho. Para ver mais: ACKERMAN, 2005; BRANDÃO, 2012.

²⁵ BARBI, 1967. p. 50.

América. Tal fenômeno, conseqüentemente, culminou na introdução de métodos de jurisdição constitucional que atribuíam ao Poder Judiciário o poder de examinar a constitucionalidade das leis e dos atos normativos do Poder Público²⁶.

A onda liberal advinda com a Proclamação da República, que implantou o modelo de controle de constitucionalidade abstrato no Brasil – muito por mérito do eminente jurista Rui Barbosa – foi freada pela Revolução de 1930 e a ascensão de Getúlio Vargas ao poder. A Constituição de 1934 manteve o modelo da constituição anterior, trazendo-lhe inovações importantes. Neste mesmo período vê-se a introdução de um modelo de controle concentrado consubstanciado na representação interventiva²⁷.

A instauração do Estado Novo varguista, todavia, freou as pretensões de expansão do controle de constitucionalidade exercido pelo Poder Judiciário no país, criando um modelo extremamente centralizador no Poder Executivo por meio da Carta de 1937. Apesar da manutenção da possibilidade de o Poder Judiciário declarar inconstitucionais as leis ou os atos normativos contrários às normas constitucionais, o novo modelo trazia grande incerteza, posto que se condicionava à confirmação pelo Parlamento caso o Presidente entendesse que a lei fosse “*necessário ao bem-estar do povo, à promoção ou defesa do interesse nacional de alta monta*”²⁸.

Em razão da inércia do Parlamento, que sequer funcionava no contexto do Estado Novo, o “veto” ao controle de constitucionalidade terminava por ser de competência do Presidente da República. Tal contexto enfraquecia o Supremo Tribunal Federal e retirava-lhe o poder sobre a

²⁶ Com o término do Império e o advento da República, cessou o predomínio da influência do constitucionalismo europeu, substituído que foi pelas novas ideias, provindas dos Estados Unidos da América do Norte. Como consequência, os ideólogos do novo direito constitucional brasileiro procuraram, desde logo, introduzir o sistema de controle de constitucionalidade das leis pelo Poder Judiciário, na forma adotada por aquela Nação, isto é, o controle por via de “exceção”, destacando-se nesse trabalho Rui Barbosa, que contribuiu decisivamente para a implantação do instituto. Assim, na denominada Constituição Provisória de 1890, artigo 58, § 1º, alíneas “a” e “b”, ao ser regulada a competência do Supremo Tribunal Federal, admitiu-se a possibilidade de ser examinada a constitucionalidade de leis e atos do Poder Público. (BARBI, *Ibid.*; p. p. 50).

²⁷ BARROSO, 2012, op cit. p. 47.

²⁸ Artigo 96, parágrafo único, Constituição de 1937. Acesso em 01/10/2018 a http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao37.htm.

última palavra da Constituição²⁹. Posteriormente, com o fim do Estado Novo e a reabertura democrática, renovou-se a onda de liberalismo brasileiro, o que ensejou o advento da Constituição de 1946 que recuperou o controle judicial dos atos dos outros Poderes no âmbito das instituições brasileiras.

Todavia, conforme ressalta Rodrigo Brandão, o caráter compromissório da Constituição de 1946 não logrou êxito em conciliar os antagonismos entre os mais diversos setores da sociedade, o que comprometeu a estabilidade democrática perseguida. Portanto, os entraves políticos existentes dificultaram a expansão significativa do papel do Poder Judiciário³⁰.

Com a implantação do regime militar (1964-1985), marcada formalmente pelo Ato Institucional nº 01, o controle de constitucionalidade não encontrou substanciais modificações. Ainda sob a égide da Constituição de 1946, a Emenda Constitucional nº 16 instituiu, ao lado da já existente representação interventiva, o controle abstrato de normas estaduais e federais, tendo como único legitimado para a sua proposição o Procurador-Geral da República.

A transformação de uma ditadura “envergonhada” para uma ditadura “escancarada”, nas palavras do historiador Elio Gaspari³¹, ligada intimamente ao Ato Institucional nº 04, que conferiu ao Congresso Nacional o poder ilimitado e soberano para aprovar a outorga da Constituição de 1967³², e ao Ato Institucional nº 05, que fechou o Congresso Nacional e afastou qualquer possibilidade de revisão judicial dos atos institucionais ou das ações deles decorrentes, houve por enfraquecer os Poderes Legislativo e Judiciário em face do Executivo³³.

²⁹ DEL RIO, 2015. p. 311.

³⁰ BRANDÃO, 2012. p. 109.

³¹ “Escancarada, a ditadura firmou-se. A tortura foi o seu instrumento extremo de coerção e o extermínio, o último recurso da repressão política que o Ato Institucional nº 5 libertou das amarras da legalidade. A ditadura envergonhada foi substituída por um regime a um só tempo anárquico nos quartéis e violento nas prisões. Foram os Anos de Chumbo.” (GASPARI, 2002. p. 12).

³²Do texto original: “art. 1º - É convocado o Congresso Nacional para se reunir extraordinariamente, de 12 de dezembro de 1966 a 24 de janeiro de 1967. §1º - O objeto da convocação extraordinária é a discussão, votação e promulgação do projeto de Constituição apresentado pelo Presidente da República.” Acesso em 10/10/2018 em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/AIT/ait-04-66.htm.

³³ SOUZA NETO; SARMENTO; 2012. p. 119.

Durante os 4 (quatro) primeiros anos da ditadura militar, os conflitos entre os Poderes Executivo e Judiciário foram agravados a ponto de ensejar, por parte daquele, reformas para minar a posição do Supremo. A solução adotada foi a modificação do direito positivo para que a Corte se tornasse mero espectador do sistema político³⁴. Neste contexto, a aparente legalidade do regime ditatorial seria embasada pela existência formal do Poder Judiciário, “*pseudo capaz de julgar demandas desde que não contrariasse aquele*”³⁵.

Neste contexto, afigura-se clara a impossibilidade de garantir um controle de constitucionalidade dos atos e leis com base na supremacia judicial. O Supremo Tribunal Federal, antes de 1988, não era um bastião dos direitos fundamentais no âmbito do controle concentrado de constitucionalidade pelos motivos expostos alhures e, somado a isso, pela exclusividade do Procurador-Geral da República como legitimado para a proposição das ações de controle abstrato.

Ao contrário do papel de vanguarda iluminista, o Supremo Tribunal Federal configurava-se como instância mediadora de conflitos institucionais em detrimento da proteção dos cidadãos em face do arbítrio estatal³⁶. Importa asseverar, ainda, que, não obstante o Procurador-Geral da República ser o único legitimado para a propositura de representação de inconstitucionalidade, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal demonstrava tal incumbência não era um dever, mas um poder.

Tal entendimento deu-se quando o Movimento Democrático Brasileiro – “MDB” requereu ao Procurador-Geral da República a instauração do controle abstrato de

³⁴ Isso ocorreu durante os quatro primeiros anos da Revolução e os conflitos entre o Executivo-Revolucionário e o Supremo Tribunal Federal, se agravaram a tal ponto, em face da inarredável posição do Judiciário de decidir em respeito ao direito escrito, que a solução óbvia, depois de várias outras tentativas infrutíferas, como aumentar ou diminuir o número de juízes do Supremo Tribunal Federal, era modificar o direito positivo deixando a nossa Suprema Corte, como mero contemplativo na vida do sistema político brasileiro.

Desde então, sobretudo com a edição dos Atos nºs 5 e 6, cessaram os conflitos, e o Poder Executivo-Revolucionário passou a ter no Supremo um órgão administrativamente saudável, tecnicamente ágil, sobretudo com a reforma que se pretende implantar, mas politicamente morto. (VALE, 1976. p. 162. – Grifou-se).

³⁵ Ibid. p. 176.

³⁶ “(...) o STF distanciava-se do modelo liberal de um órgão jurisdicional, inspirado na Suprema Corte, com o objetivo precípua de defesa dos direitos declarados na Constituição face a atos arbitrários do poder público. Aproximava-se de um órgão de coordenação dos poderes políticos, da União e dos estados e do governo e dos cidadãos. Seria encarregado de realizar uma arbitragem “prudencial” das suas relações e de seus conflitos” (KOERNER, 2010. p. 308).

constitucionalidade em face da norma que instituía a censura prévia de produção artística ou jornalística. Este, todavia, alegou que tal medida se apresentava como uma prerrogativa facultativa e não um poder-dever como alegara o MDB, o que ensejou a instauração da Reclamação nº 849, de relatoria do Ministro Adalício Nogueira.

O entendimento exarado pela Corte acompanhou o entendimento do Procurador-Geral da República e rejeitou a Reclamação proposta pelo MDB, conforme fica claro no voto-condutor do Ministro Relator:

Já se vê, pois, que a iniciativa do Procurador-Geral da República para encaminhar a representação de inconstitucionalidade ao Supremo Tribunal Federal é insubstituível pela ação de terceiros. É uma atribuição sua, específica, de que ele é órgão executivo. Seria inconcebível que outrem se lhe sobrepusesse nesse procedimento, maiormente quando, como no caso vertente, se pretende declarada a inconstitucionalidade de uma lei, em tese (Reclamação nº 849, Rel. Ministro Adalício Nogueira, RTJ, 59 (2) / 333).³⁷

Com o advento da Constituição Cidadã, promulgada em 05 de outubro de 1988, já sob a égide do governo civil, o sangrento período de autoritarismo dava espaço para da concretização de uma sociedade inclusiva, plural e democrática. E, com o fito de garantir a fé na Constituição, que encontra uma de suas raízes na capacidade dos cidadãos comuns de auxiliarem no seu processo interpretativo³⁸, uma das principais medidas foi a expansão do rol de legitimados no artigo 103 da Lei Fundamental para que mais agentes, tanto pertencentes à Administração Pública quanto à sociedade civil, pudessem propor ações de controle abstrato de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal.

O próximo capítulo³⁹ destina-se a analisar o contexto da Constituinte originária, as inovações trazidas no que tange ao controle concentrado de constitucionalidade e as implicações jurisprudenciais da manutenção da composição do Supremo Tribunal Federal pós-

³⁷ Reclamação nº 849, Rel. Ministro Adalício Nogueira, RTJ, 59 (2)/333.

³⁸ Como afirmam Robert Post e Reva Siegel (2007, p. 383): a possibilidade recorrente de auxiliar na construção do significado constitucional auxiliar a explicar porque os Norte-Americanos continuam com fé na sua Constituição mesmo quando a sua interpretação não prevalece. Do original: “*The ongoing possibility of shaping constitutional meaning helps explain why Americans remain faithful to their Constitution even when their constitutional views do not prevail.*”.

³⁹ Cf. Capítulo 2.1.

1988, tecendo críticas à quanto divergência entre a vontade do legislador e o decidido pela Corte.

CAPÍTULO 2

A NOVA REPÚBLICA: EXPANSÃO DO ACESSO À JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E AS PORTAS FECHADAS

No presente capítulo, será analisada, num primeiro momento, a conjuntura de promulgação da Constituição da República Federativa em 1988, tais quais as inovações trazidas no âmbito do seu projeto plural e inclusivo em relação ao controle abstrato de constitucionalidade.

Ver-se-á que a pretensão de expansão do rol de legitimados no bojo do artigo 103 da Constituição de 1988 não logrou em concretizar o projeto da forma abrangente como pretendia o Constituinte. A contenção de demandas popular por meio do controle concentrado de constitucionalidade deu-se em razão da atuação restritiva do Supremo Tribunal Federal, que, para tanto, criou critérios inexistentes no texto constitucional. Uma das causas aventadas no presente trabalho é a de que o Supremo Tribunal Federal, no início do processo de redemocratização, não se livrou da mentalidade de mero conciliador, muito em razão da manutenção dos Ministros que atuaram durante o regime militar.

Num segundo momento, pretende-se averiguar a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que se consolidou no sentido de criar restrições a determinados legitimados, dividindo-os em (i) universais e (ii) não-universais, o que denota uma atuação de cunho legislativo em detrimento do pensamento do Constituinte originário.

E, por fim, num terceiro momento, proceder-se-á à investigação do processo de hermenêutica constitucional praticado pelo Supremo Tribunal Federal, que restou por restringir o acesso das entidades de classe de âmbito nacional por meio da conceitualização extremamente restritiva do conceito de “entidade de classe”, conferindo-lhe contornos meramente econômico-profissionais.

As críticas tecidas à referida jurisprudência restritiva do Supremo Tribunal Federal têm como propósito o fornecimento de contornos teóricos necessários à superação do entendimento

vigorante, a fim de que os legitimados existentes possam ser atores do processo de construção do sentido constitucional e, assim, consolidar a força da Constituição.

2.1. O contexto da promulgação da Constituição da República Federativa em 1988

Neste tópico será abordado o contexto político-institucional do Brasil no período de transição democrática e quais os seus efeitos na atuação do Supremo Tribunal Federal enquanto guardião da Constituição nascente.

Inicialmente, cabe asseverar que a transição democrática brasileira foi um processo lento e gradual, tendo transcorridos cerca de 16 (dezesesseis) anos entre o anúncio do General Ernesto Geisel de que o projeto de distensão política seria feito de forma “lenta, segura e gradual” e a eleição por voto popular de Fernando Collor de Mello em 1989. A especificidade do processo brasileiro resultou num modelo de transição sem a ruptura com o antigo regime, o que implicou num complexo feixe de interesses representados na nova ordem jurídica⁴⁰.

Nesta conjuntura, a Constituição acabou por extrapolar os temas propriamente constitucionais e disciplinou um amplo campo das relações sociais, econômicas e públicas no que se convencionou chamar de *compromisso maximizador*⁴¹, na qual cada setor da sociedade ou do Estado logrou constitucionalizar os seus interesses. A multiplicidade de interesses representados no âmbito constitucional criou uma Constituição ubíqua⁴², nas palavras do professor Daniel Sarmento, que tornou o Supremo Tribunal Federal – alçado ao posto de

⁴⁰ “Como de resto tem ocorrido em outros momentos de nossa história, a democratização que se iniciou com a restauração do governo civil não foi o produto de uma ruptura com a antiga ordem. Isto implica que a reconstrução do sistema político deu-se através de acomodações e do entrelaçamento de práticas e estruturas novas e antigas, combinação esta que estruturou as opções e estratégias seguidas pelos principais atores do processo político.” (KINZO, 2001. p. 9).

⁴¹ “Constituiu-se a partir de um compromisso entre os diversos setores da sociedade e do Estado que detinham poder naquele momento. Porém, ao invés de um compromisso em torno de regras fundamentais sobre os parâmetros sob os quais se deveria desenvolver o sistema político, deu-se um compromisso maximizador, no qual cada setor organizado da sociedade, através de um largo processo de barganha, alcançou a constitucionalização de interesses e demandas substantivas. Assim, ao lado de uma atualizadíssima carta de direitos e de uma ambígua distribuição vertical e horizontal dos poderes, o legislador de 1988 constitucionalizou diversos temas que não pertenciam tradicionalmente aos corpos constitucionais, mesmo que se tenha em mente constituições de Estados sociais.” (VILHENA, 1997. p. 59).

⁴² SARMENTO, 2006, p. 1.

guardião da Constituição por meio do seu artigo 102 – na principal arena de disputa política das questões constitucionais⁴³.

A decorrência do processo de constitucionalização do Direito⁴⁴ foi que alguns agentes da sociedade civil, alavancados ao posto de legitimados para a propositura de ação de controle concentrado de constitucionalidade em razão da inclusão do artigo 103, IX, insculpido no texto constitucional, teriam participação efetiva no processo decisório do Supremo e, assim, seriam coparticipes do processo moldador do sentido da Constituição.

O artigo 103 da Constituição de 1988 manteve o Procurador-Geral da República como legitimado, mas adicionou mais 9 (nove), quais sejam: (i) Presidente da República; (ii) Mesa do Senado Federal; (iii) Mesa da Câmara dos Deputados; (iv) Mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; (v) Governador de Estado ou do Distrito Federal⁴⁵; (vi) Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; (vii) partido político com representação no Congresso Nacional; (viii) confederação sindical; e, por fim, (ix) entidade de classe de âmbito nacional.

O rompimento com o monopólio do Procurador-Geral da República para a proposição de ações de controle de constitucionalidade representava um largo passo de democratização do acesso à jurisdição constitucional, conforme aduzem Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmiento⁴⁶: O referido processo de democratização do acesso à jurisdição constitucional, associado ao processo de expansão da autoridade e de competências do Supremo Tribunal

⁴³ VILHENA, 2008. p. 448.

⁴⁴ Para críticas quanto ao aumento exacerbado do fenômeno de constitucionalização do Direito, ver: SARMENTO, 2006.

⁴⁵ Quanto a Câmara Legislativa do Distrito Federal e o Governador do Distrito Federal, estes somente foram adicionados com o advento da Emenda Constitucional nº 45/2004, conhecida como Emenda da Reforma do Judiciário.

⁴⁶ “(...) a democratização da jurisdição constitucional teria superado a dificuldade contramajoritária. Aduz-se, nesta linha, que a jurisdição constitucional brasileira se abriu à participação democrática da sociedade civil, com a ampliação do elenco dos legitimados ativos para propositura de ações diretas, bem como com a posterior incorporação ao nosso processo constitucional da figura do *amicus curiae*. Tais medidas democratizaram o acesso ao controle de constitucionalidade, e pluralizaram as vozes presentes nos debates constitucionais travados no Judiciário, o que, de acordo com alguns, teria tornado a nossa jurisdição constitucional uma instância de “representação argumentativa” da sociedade brasileira, supostamente superior à própria representação político-eleitoral.” (SOUZA NETO, SARMENTO; 2012, p. 25)

Federal, pretendeu transmutar o papel de mero conciliador para uma efetiva Corte Constitucional de resguarda dos direitos fundamentais.

Neste contexto, o Constituinte buscou a salvaguarda da Constituição de 1988 por meio da atribuição de amplos poderes ao Supremo Tribunal Federal, outorgando-lhe funções tipicamente de Corte Constitucional, última instância recursal e foro especializado⁴⁷. No presente trabalho, o foco será o papel de Corte Constitucional, mas é importante destacar o desenho institucional do Supremo, haja vista que um dos argumentos contrários à expansão do acesso à jurisdição constitucional tem como justificativa o excesso de trabalho por parte dos Ministros⁴⁸.

As mudanças do desenho institucional trouxeram 2 (duas) consequências primordiais no cenário político-judicial brasileiro: (i) concederam posição de destaque ao Supremo enquanto instância político-jurídica, associado ao fato de constitucionalização do direito e judicialização da política⁴⁹; e (ii) aumentou a demanda da Corte, obrigando-a a conciliar os seus supracitados papéis⁵⁰.

Todavia, mesmo com a atribuição ao Supremo Tribunal Federal de amplos poderes, este realizou construções jurisprudenciais que limitaram o alcance do seu poder, pelo menos num

⁴⁷ “A Constituição de 1988, mais uma vez preocupada em preservar a sua obra contra os ataques do corpo político, conferiu ao Supremo Tribunal Federal amplos poderes de guardião constitucional. Ao Supremo Tribunal Federal foram atribuídas funções que, na maioria das democracias contemporâneas, estão divididas em pelo menos três tipos de instituições: tribunais constitucionais, foros judiciais especializados (ou simplesmente competências difusas pelo sistema judiciário) e tribunais de recursos de última instância.” (VILHENA, op. cit. p. 447, 2008).

⁴⁸ “Por outro lado, durante muito tempo, havia uma preocupação dos agentes políticos e do Tribunal com a redução de sua carga de trabalho para números razoáveis. Deve-se lembrar que, sob uma perspectiva oficial, essa foi a grande justificativa para a criação da representação de inconstitucionalidade” (BRANDÃO, NUNES, 2018, p. 173).

⁴⁹ KOERNER, 2013, p. 74.

⁵⁰ “O resultado último dessas transformações foi dúbio. Por um lado, colocou o STF em uma posição de absoluto destaque na política nacional, transformando-o em um órgão que passou, pouco a pouco, a agir declaradamente como uma das mais importantes instâncias políticas da nação. Por outro lado, soterrou essa mesma corte debaixo de uma avalanche de processos, obrigando-a a conciliar esse seu papel político, de instância de revisão e segundo turno da política representativa, com um papel bem mais “rotineiro” de prestador de serviços forenses, de “terceira instância” na estrutura judiciária tradicional de solução de disputas individuais. E assim é que, um ano antes de ser promulgada a atual Carta Constitucional, em 1987, computavam-se nas estatísticas de julgamento do órgão 20.122 casos resolvidos em doze meses. Vinte anos depois, ou seja, em 2007, essas mesmas estatísticas registravam 159.522 casos para o mesmo período de tempo” (VERÍSSIMO, 2008. p. 410).

primeiro momento, com vistas a privar-se de competências constitucionais.⁵¹ E, diante dessa autopreservação do Tribunal, a esperança de maior participação da sociedade civil no referido processo viu um quase intransponível obstáculo na participação do processo de significação do texto constitucional.

Destaca-se, neste contexto, a atuação restritiva do Supremo Tribunal Federal no sentido de distinguir os legitimados entre legitimados e não-universais (ou especiais), em que aqueles poderiam propor as ações de controle concentrado de constitucionalidade sobre qualquer tema, enquanto estes deveriam comprovar a existência de relação de pertinência temática, ou seja, só poderiam propor as referidas ações sobre temas ligados à sua esfera de atuação.

Dentre os legitimados universais, têm-se o Presidente da República, as mesas do Legislativo federal, o Procurador-Geral da República, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil e o partido político com representação no Congresso Nacional. Como bem ressaltam Brandão e Nunes (2018, p. 175), a jurisprudência do Supremo privilegiou os agentes vinculados à estrutura estatal.

À sociedade civil, representada pelas confederações sindicais e pelas entidades de classe de âmbito nacional, além do Legislativo e do Executivo estaduais, foi conferida posição subalterna nesse processo, posto que estavam inseridas no rol de legitimados não-universais ou especiais. Além disso, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal buscou criar requisitos não exigidos pelo constituinte originário para que as entidades de classe pudessem invocar para si a legitimação do artigo 103, fato destacado por Diego Werneck Arguelhes⁵².

Como se verá adiante, o Supremo Tribunal Federal restringiu em demasia o conceito de “entidade de classe” a fim de retirar-lhe o significado social, fornecendo-lhe uma interpretação relativa à classe enquanto classe econômico-profissional. Como amplificador deste efeito

⁵¹ ARGUELHES, 2014, p. 30.

⁵² (...) o STF construiu uma série de requisitos para que uma associação que se apresente como “entidade de classe de âmbito nacional” possa invocar para si a legitimação ativa prevista no art. 103, IX: primeiro, todos os filiados à entidade precisam exercer a mesma atividade econômica ou profissional; segundo, não podem propor ADI as entidades cujos membros sejam pessoas jurídicas (as chamadas “associações de associações”); por fim, a entidade deve possuir membros em, no mínimo, nove Estados. Essas construções – que, vale insistir, foram feitas independentemente de base textual expressa na Constituição – resultaram em uma relativa restrição do grau de representatividade e abertura do controle abstrato de constitucionalidade no Brasil. (Ibid. p. 31).

autorrestritivo, tem-se a manutenção da composição da Corte no processo de transição democrática, com os mesmos Ministros indicados pelo regime anterior. Portanto, a mudança para um regime democrático e a atribuição de maiores competências ao Supremo Tribunal Federal, consubstanciada nova ótica sobre o seu papel institucional-democrático, não foi acompanhada da mudança do entendimento do Ministros sobre a concepção do novo papel da Corte⁵³.

Fica claro, pelas considerações acima, que, apesar da ausência de previsão constitucional por parte do constituinte originário acerca da diferenciação entre o rol de legitimados no bojo do artigo 103 da Constituição da República, o Supremo Tribunal Federal atuou de forma legiferante ao criar obstáculos hermenêuticos para o acesso à jurisdição constitucional.

Por conseguinte, ocorria um contraste entre a vontade de ampliação dos poderes do Supremo e um temor quanto ao excesso de carga de trabalho que poderia ser provocado pela expansão do rol de legitimados para a proposição de ações de controle abstrato de constitucionalidade⁵⁴, Tem-se, assim, que a pretensão inclusiva e expansiva do Constituinte encontrou entraves no Supremo Tribunal Federal, restringindo o acesso da sociedade civil à jurisdição constitucional por meio da criação de institutos incompatíveis com a ordem constitucional vigente.

⁵³ “O fato de o STF ter se mantido praticamente intacto em sua composição durante a democratização, ainda que com competências ampliadas, pode ser relevante para se explicar esse resultado descrito nas seções anteriores. Tendo em vista que a transição de um regime autoritário para um regime democrático e a elaboração e implementação de uma nova constituição ocorreram à sombra de um tribunal cujos membros foram indicados pelo regime anterior, a presença de certos entendimentos mais tímidos em relação ao papel do STF talvez não seja tão surpreendente.

É plausível que Ministros da transição tivessem crenças sinceras sobre qual o papel adequado de uma Corte Suprema em um regime democrático. 43 Como observado na seção anterior, em vários pontos essas crenças não correspondiam ao desenho institucional aprovado na Constituinte, em especial no que se refere à expansão dos mecanismos de controle abstrato e concentrado de constitucionalidade” (ARGUELHES, 2014, p. 35).

⁵⁴ “Portanto, na contramão das tendências de transformar a Corte em um tribunal constitucional, havia um grupo político (composto por agentes oriundos dos diversos Poderes) que resistia à possibilidade de ampliação dos legitimados ativos para ações abstratas, sob o argumento de que isso geraria uma carga de trabalho inaceitável. Esse mesmo setor não apoiava, tampouco, a transformação do Supremo em uma corte constitucional. Em outras palavras, havia um paradoxo: pretendia-se manter as competências vastíssimas no Tribunal, mas temia-se que a ampliação dos legitimados gerasse um congestionamento por ações de controle de constitucionalidade.” (BRANDÃO, NUNES, 2018, p. 173-174).

Nos próximos tópicos⁵⁵, discutir-se-á alguns argumentos trazidos para essa limitação, buscando rebatê-los a fim de consolidar a viabilidade prática do acesso à jurisdição constitucional, maximizando o seu potencial democratizante, e demonstrar o descompasso entre a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e a pretensão inclusiva do Constituinte.

2.2. A quem interessa o controle de constitucionalidade?

Um dos argumentos majoritários na defesa da limitação do acesso à jurisdição constitucional é relativo à carga de trabalho, posto que a permeabilidade da Corte em relação às demandas constitucionais acarretaria na sobrecarga dos Ministros do Supremo Tribunal Federal pelo ingresso de um grande volume de processos.

É importante conceber que não se pretende negar a existência de excessiva carga de trabalho imposta aos Ministros do Supremo. A análise dos dados é, inclusive, preocupante: no ano anterior à promulgação da Constituição Cidadã, foram realizados 20.122 julgamentos no âmbito da Corte, enquanto, em 2007, este número quase sextuplicou – foram 159.522 casos julgados no período de 12 (doze) meses⁵⁶. Em números mais alarmantes, tem-se que, até 2009, ingressaram mais de 1,2 milhão de processos no Supremo Tribunal Federal, o que dá uma média de aproximadamente 109.000 (cento e nove mil) processos que já passaram sob relatoria de cada Ministro⁵⁷.

A preocupação dos Ministros do Supremo foi expressada já nos primeiros anos de vigência da nova Constituição, conforme marcante fala do Ministro Paulo Brossard no julgamento da medida cautelar na ação direta de inconstitucionalidade nº 305-4/91 – RN⁵⁸:

“Sou o primeiro a reconhecer que, pelo número de ações ajuizadas, caminhamos para um rumo inquietante e noto que os partidos políticos com representação no Congresso ainda não descobriram a via”

⁵⁵ Cf. capítulos 2.2 e 2.3.

⁵⁶ VERÍSSIMO, 2008. p. 410.

⁵⁷ FALCÃO, CERDEIRA, ARGUELHES, 2011. p. 16.

⁵⁸ Ação Direta de Inconstitucionalidade – Medida Cautelar n.º 305-4/91 – RN; Rel.: Min. Paulo Brossard; J: 22/05/91; DJe: 28/05/91.

O que se pretende demonstrar, contudo, é que o referido argumento encontra dissonância na prática jurisprudencial da Corte por 2 (duas) razões: (i) a jurisprudência dominante hoje possui dois pesos e duas medidas, posto que, enquanto mantém a rigidez dos requisitos para o acesso de novas entidades de classe, expande os casos em que as já legitimadas podem atuar; e (ii) o número de processos relativos ao seu papel como Corte Constitucional é ínfimo quando comparado com a demanda relativa às outras competências do Supremo.

Relativamente ao primeiro argumento, a crítica contundente que se faz é em relação à *seletividade* da Corte quanto aos legitimados: à medida que restringe o acesso de determinados grupos à jurisdição constitucional, alarga o alcance de outros quanto às questões que podem ser tratadas via ações concentradas de controle de constitucionalidade. Enquanto abre cada vez mais as portas para as entidades que já superaram o obstáculo jurisprudencial criado, o Supremo fecha outras tantas para entidades que visem propor ações abstratas, mormente relativas à proteção de direitos fundamentais. Tal cenário mostra-se, assim, contraditório⁵⁹.

Em artigo homônimo ao título deste capítulo, Alexandre Costa e Juliano Zaiden Benvindo realizaram um extenso levantamento de dados das ações que tramitam no Supremo Tribunal Federal e concluíram que a ampliação do rol de legitimados não teve como consequência a atuação do Tribunal como defensor dos direitos fundamentais, mas a entrada de entidades corporativas que atuam na defesa dos seus próprios interesses⁶⁰:

Tudo isso indica que deve ser repensada a narrativa comum que atribui um grande mérito à Constituição de 1988 por ela ter ampliado substancialmente o rol de

⁵⁹ “Da mesma maneira contraditória que se defendia a restrição dos legitimados a propor ações abstratas como medida para evitar sua sobrecarga, enquanto se opunha à criação do STJ e à redução das competências do STF, a atual jurisprudência do STF tem reduzido o número de agentes que têm acesso à Corte, mas aumentado as hipóteses nos quais os agentes autorizados podem propor ações abstratas. Afinal, como foi apontado anteriormente, existe uma tendência, cada vez maior, para que as restrições relativas à pertinência temática e ao âmbito nacional das entidades de classe sejam relativizadas. Ao mesmo tempo, os critérios rígidos que restringem as entidades a grupos econômicos e profissionais permanecem inalterados.

Dessa forma, não há uma ligação necessária entre restringir o tipo de autor que pode acessar o controle abstrato e o número de ações que serão propostas e, eventualmente, julgadas no mérito. Afinal, mesmo autorizando um número restrito de agentes – como, por exemplo, entidades ligadas exclusivamente a interesses profissionais ou econômicos –, caso se permita que as ações sejam ajuizadas em variadas hipóteses, a chance de sobrecarga da Corte continuará existindo. Na hipótese haverá um grande número de ações propostas por um número restrito de autores.” (BRANDÃO, NUNES, 2018. op. cit. p. 186).

⁶⁰ COSTA, BENVINDO, 2014. p. 78.

legitimados para propor ações de controle concentrado. De fato, o rol foi ampliado, mas basicamente com a introdução de entidades que atuam na defesa dos seus interesses corporativos e que são muito abertas à serem cooptadas por interesses de grupos de pressão. Além disso, devemos ter em mente que a jurisprudência defensiva do STF, com a afirmação e ampliação dos requisitos de pertinência temática, limitou sensivelmente a possibilidade de que as entidades corporativas pudessem adotar uma atuação que ultrapassasse a defesa corporativa dos seus próprios interesses. (COSTA; BENVINDO; 2014. p. 78).

E, num segundo momento, cabe ressaltar que apenas 6.199 (seis mil, cento e noventa e nove) processos – o que perfaz a ínfima percentagem de 0,51% dos processos que tramitaram no Supremo Tribunal Federal até 2009 – tem relação com o papel de Corte Constitucional desempenhado pelo Tribunal⁶¹. A maioria dos processos, portanto, tem relação com o acúmulo de competências do Supremo Tribunal Federal e não com o exercício da jurisdição constitucional⁶².

O gráfico 1 abaixo, produzido no Supremo em Números, ilustra muito bem a situação⁶³:

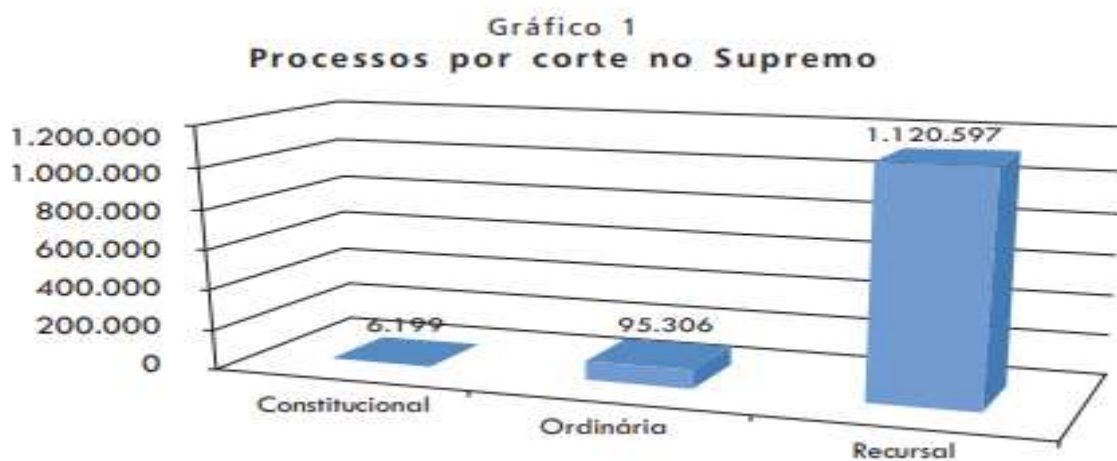


Gráfico 1

⁶¹ FALCÃO, CERDEIRA, ARGUELHES, 2011. op. cit. p. 21.

⁶² “Nesse sentido, resulta claro que a sobrecarga de trabalho está muito mais relacionada com a excessiva abrangência das competências da Corte e com a dificuldade em utilizar-se de maneira efetiva dos institutos de restrição do acesso.” (BRANDÃO; NUNES. 2018. p. 187).

⁶³ FALCÃO, CERDEIRA, ARGUELHES, 2011. op. cit. p. 21.

A desproporção apresentada, além de afastar o argumento de que a restrição do acesso à jurisdição constitucional tem o condão de barrar o aumento da demanda na Corte, ressalta um outro grande problema, relacionado ao questionamento do papel exercido pelo Supremo. Infere-se, portanto, que a atuação da principal Corte do país como guardião da Constituição encontra-se descaracterizada, já que majoritariamente voltada para a resolução de controvérsias relativas à sua competência como Corte Recursal⁶⁴.

Assim, reforçando que o controle de constitucionalidade tem como escopo garantir a coerência do ordenamento jurídico, adequando-o às normas constitucionais e, ao mesmo tempo, assegurar a efetividade dos direitos fundamentais. Todavia, o que se apresenta como triste realidade hoje é que as demandas constitucionais se voltam muito mais à defesa dos interesses corporativos e da resolução de litígios relacionados à estrutura do Estado e ao conflito federativo do que à proteção e à defesa dos direitos e garantias fundamentais⁶⁵.

A título exemplificativo, nota-se uma atuação muito mais ativa por parte de grupos patronais em detrimento do atendimento das demandas dos trabalhadores. As entidades patronais possuem maior facilidade de ultrapassar a barreira da pertinência temática e do conceito econômico-profissional de classe para ver seus interesses tutelados no âmbito do Supremo Tribunal Federal⁶⁶.

⁶⁴ “É desnecessário dizer que esses números passaram a colocar em questão o próprio papel institucional do Supremo Tribunal Federal. Seu desenho institucional corresponde ao de um órgão encarregado da “guarda da Constituição”. Isso significa que sua missão não é, em princípio, a de solução de controvérsias, mas sim a de estabilização da interpretação constitucional em um regime de controle misto, no qual a importância do controle difuso exercido pelos mais diversos órgãos judiciários do País, é significativa. Tal tarefa se exerce tanto por meio do controle concentrado de constitucionalidade, que é sua competência originária, quanto do controle difuso, que corresponde a uma de suas mais importantes competências recursais. Essas competências recursais, todavia, deveriam ter o mesmo escopo de uniformização da interpretação constitucional, e não serem usadas como mecanismos ordinários de solução de casos particulares.” (VERÍSSIMO, 2008. p. 414)

⁶⁵ “Essas constatações conduzem a corroborar a hipótese de que, na atuação concentrada, o STF realiza basicamente um controle da própria estrutura do Estado, voltada à preservação da competência da União e à limitação da autonomia dos estados de buscarem desenhos institucionais diversos daqueles que a Constituição da República atribui à esfera federal. Além disso, nas poucas decisões em que o STF anula normas com base na aplicação dos direitos fundamentais, existe uma preponderância de interesses corporativos. (COSTA; BENVINDO, 2014. op. cit. p. 78).

⁶⁶ Um dado também relevante é o de que as entidades patronais têm uma atuação mais ativa que as dos trabalhadores, sendo digno de nota que a única decisão que estas entidades obtiveram com base na aplicação de direitos fundamentais foi na defesa dos benefícios fiscais das entidades, e não dos interesses dos próprios trabalhadores. Em contraposição, tiveram uma participação constante e exitosa nas ADIs as entidades patronais e aquelas que defendem os interesses de servidores públicos, especialmente daqueles ligados ao sistema de justiça e à segurança pública (como juízes, delegados, defensores, membros do MP, advogados e policiais). Associações

A mudança na ótica da Corte, consubstanciada numa ampliação da participação dos legitimados no processo de construção do significado da Constituição, tem o condão de fortalecê-la por meio do desenvolvimento de uma cultura constitucional⁶⁷ e direcionar a atuação da Corte no sentido de tutelar os direitos e as garantias fundamentais em detrimento da mera proteção de direitos corporativos.

2.3. A jurisprudência defensiva do Supremo Tribunal Federal em relação ao artigo 103 da Constituição da República

Neste capítulo, abordar-se-á de forma mais pormenorizada a questão da pertinência temática e da limitação conceitual da abrangência das entidades de classe, abordando alguns casos importantes que demonstram a atuação defensiva do Supremo Tribunal Federal neste sentido.

Num primeiro momento⁶⁸, será analisada a criação do instituto da pertinência temática para, posteriormente, apresentar argumentos que refutem o entendimento consolidado pelo Supremo Tribunal Federal. Posteriormente⁶⁹, o foco será na interpretação dada pelo Supremo

ligadas a outras profissões tiveram baixo índice de participação e índice nulo de procedência, o que indica que as classes envolvidas mais diretamente ligadas à aplicação do direito souberam aproveitar-se de modo mais eficaz dos processos de judicialização da política e que o STF foi bastante sensível às suas postulações. O perfil geral das decisões e dos atores mostra que a combinação do perfil político dos legitimados com a jurisprudência restritiva do STF em termos de legitimidade conduziu a um modelo de controle concentrado que privilegia a garantia dos interesses institucionais ou corporativos. Apesar dos discursos de legitimação do controle concentrado normalmente se justificarem na necessidade de oferecer proteção adequada aos direitos dos cidadãos, o que se observa na prática é uma garantia relativamente efetiva dos interesses corporativos e não do interesse público. E mesmo quando o interesse público é efetivamente garantido por decisões em ADI baseadas na aplicação de direitos fundamentais, quase sempre peço MP ou pelos governadores, a maior parte das intervenções é no sentido de anular benefícios concedidos de forma indevida, e não de garantir direitos individuais, coletivos e difusos, que têm uma participação minoritária.” (COSTA; BENVINDO, 2014. op. cit. p. 77).

⁶⁷ A observância efetiva da Constituição depende da adesão do povo para o qual a Constituição se destina; pressupõe o reconhecimento que lhe é conferido pela comunidade política; demanda, fundamentalmente, a disseminação de uma cultura constitucional, e o respeito pelas instituições políticas básicas do Estado Democrático de Direito. Se a Constituição não é levada a sério pela sociedade, de pouco adiantará um sistema judiciário robusto e uma jurisdição constitucional atuante. A Constituição será desrespeitada e violada no cotidiano, seja pelo cidadão, seja pelos agentes públicos e lideranças políticas. Para que a ordem constitucional se estabilize e se efetive, é necessário que na sociedade não predomine a “vontade de poder”, mas a “vontade de constituição”. (...) **O florescimento da cultura constitucional na sociedade contribui decisivamente para a garantia da Constituição.** (SOUZA NETO; SARMENTO, 2012; op. cit. p. 26-27 – grifou-se).

⁶⁸ Cf. capítulo 3.2.1.

⁶⁹ Cf. capítulo 3.2.2.

quanto ao conceito de entidade de classe e a problemática envolvida, tecendo críticas ao modelo adotado e sugerindo uma abordagem mais inclusiva que possibilite a participação de um maior número de agentes na construção do significado constitucional.

2.3.1. Críticas quanto ao instituto da pertinência temática e a sua incompatibilidade com a Constituição de 1988

O movimento de inclusão de legitimados no controle concentrado de constitucionalidade, rompendo com o monopólio do Procurador-Geral da República e associado à uma premente necessidade de ampliar a participação da sociedade civil no processo decisório constitucional, ensejou a criação do artigo 103 na Constituição Cidadã.

O referido artigo adicionou mais 9 (nove) legitimados, quais sejam: (i) Presidente da República; (ii) Mesa do Senado Federal; (iii) Mesa da Câmara dos Deputados; (iv) Mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; (v) Governador de Estado ou do Distrito Federal⁷⁰; (vi) Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; (vii) partido político com representação no Congresso Nacional; (viii) confederação sindical; e as (ix) entidades de classe de âmbito nacional, além, é claro, da manutenção do Procurador-Geral da República.

Todavia, conforme foi exposto anteriormente⁷¹, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal buscou a utilização de ferramentas para inviabilizar determinados pleitos no âmbito da sua própria jurisdição, dentre elas, tem-se a criação do instituto da *pertinência temática*. Assim, a Corte efetuou verdadeiro esforço argumentativo para separar os legitimados entre legitimados e não-universais (ou especiais), em que aqueles poderiam propor as ações de controle concentrado de constitucionalidade sobre qualquer tema, enquanto estes deveriam comprovar a existência de relação de pertinência temática, ou seja, só poderiam propor as referidas ações sobre temas ligados à sua esfera de atuação.

⁷⁰ Quanto a Câmara Legislativa do Distrito Federal e o Governador do Distrito Federal, estes somente foram adicionados com o advento da Emenda Constitucional nº 45/2004, conhecida como Emenda da Reforma do Judiciário.

⁷¹ Cf. Capítulo 2.1.

Dentre os legitimados universais, destacam-se o Presidente da República, as mesas do Legislativo federal, o Procurador-Geral da República, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil e o partido político com representação no Congresso Nacional. Como bem ressaltam Brandão e Nunes (2018, p. 175), a jurisprudência do Supremo privilegiou os agentes vinculados à estrutura estatal.

E à sociedade civil, representada pelas confederações sindicais e pelas entidades de classe de âmbito nacional, além do Legislativo e do Executivo estaduais, foi conferida posição subalterna nesse processo, posto que estavam inseridas no rol de legitimados não-universais ou especiais. Na prática, tal criação jurisprudencial limitou a participação de organizações sociais que o constituinte havia expressamente incluído no acesso à jurisdição constitucional⁷².

A pertinência temática, como bem esclarece o Ministro Luís Roberto Barroso, não está prevista no texto constitucional e possui forte ligação com o conceito processual do interesse de agir. Seria necessária, nesta ordem, a comprovação da existência de uma relação lógica entre a questão versada na lei ou o ato normativo a ser impugnado e os objetivos sociais da entidade requerente. Em outras palavras, *a norma contestada deverá repercutir direta ou indiretamente sobre a atividade profissional ou econômica da classe envolvida, ainda que só parte dela seja atingida*⁷³.

Uma das primeiras manifestações do Supremo foi no âmbito da medida cautelar na ação direta de inconstitucionalidade nº 138, sob relatoria do Ministro Sydney Sanches⁷⁴, que, ao analisar a demanda da Associação dos Magistrados Brasileiros – “AMB”, reconheceu a existência de correlação entre o objetivo estatutário da entidade e a preocupação política de defesa do tratamento relativo aos vencimentos da magistratura.

Outra importante manifestação do Supremo neste quesito ocorreu na análise da supracitada medida cautelar no âmbito da ação direta de inconstitucionalidade nº 305-4/91 –

⁷² ARGUELHES; RIBEIRO, 2016. p. 421.

⁷³ BARROSO, 2012; p. 132.

⁷⁴ Ação Direta de Inconstitucionalidade – Medida Cautelar n.º 138-8/90 – RJ; Rel.: Min. Sydney Sanches; J: 14/02/90; DJ: 16/11/90.

RN⁷⁵, sob relatoria do Ministro Paulo Brossard. Na ocasião, novamente a AMB visava a declaração de inconstitucionalidade de normas, desta vez da Constituição do Rio Grande do Norte por suposta afronta à vedação de vinculação e equiparação de vencimentos para efeito de remuneração de pessoal do serviço público.

Após amplo debate, o Ministro Moreira Alves acentuou que, historicamente, no controle concentrado de constitucionalidade, a legitimidade era exclusiva de autoridades ou entidades públicas e que a abertura às entidades privadas teria ocorrido para que ela pudesse defender o seu interesse de classe. Desta forma, conclui que seriam necessárias distinções acerca do alcance de cada legitimado relativamente ao objeto da demanda.

Tal entendimento foi encampado pela Corte, que, preliminarmente, reconheceu a legitimidade da AMB para a propositura da referida ação. Cabe salientar, todavia, que o Ministro Relator, Paulo Brossard, consagrou importante posição no Tribunal que, conforme exposto no presente trabalho, restou derrotada na construção jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal, veja-se:

“Senhor Presidente, esse é o problema e esta é a minha posição. Vencido no que diz respeito ao seu âmbito, a entidade de classe fica no mesmo plano de igualdade que o Procurador-Geral, que a Ordem dos Advogados, que o Presidente da República ou que a Mesa do Senado. Entendo que não há necessidade de pertinência entre a norma arguida e os objetivos sociais da entidade de classe, para legitimá-la nas ações diretas, embora reconheça que razões em contrário, de utilidade e conveniência são abundantes”⁷⁶

Em semelhante contexto, o julgamento da medida cautelar na ação direta de inconstitucionalidade nº 1.157/94 – DF, sob relatoria do Ministro Celso de Mello⁷⁷, tem importância na robustez do posicionamento da Corte. A Confederação dos Servidores Públicos

⁷⁵ Ação Direta de Inconstitucionalidade – Medida Cautelar n.º 305-4/91 – RN; Rel.: Min. Paulo Brossard; J: 22/05/91; DJ: 28/05/91.

⁷⁶ Manifestação do Ministro Paulo Brossard na Ação Direta de Inconstitucionalidade – Medida Cautelar n.º 305-4/91 – RN; Rel.: Min. Paulo Brossard; J: 22/05/91; DJ: 28/05/91.

⁷⁷ Ação Direta de Inconstitucionalidade – Medida Cautelar n.º 1.157/94 – DF; Rel.: Min. Celso de Mello; J: 01/12/94; DJ: 17/11/06.

do Brasil – “CSPB” ajuizou a referida ação com o fito de obter a declaração de inconstitucionalidade da Lei Estadual nº 11.623/94 de Minas Gerais.

O Ministro Relator, Celso de Mello, arguiu pela ilegitimidade da entidade em razão da ausência de pertinência temática nos seguintes termos:

“As finalidades institucionais da Confederação dos Servidores Públicos do Brasil encontram-se definidas no art. 3º de seu estatuto (fls. 65/67).

Tenho para mim que não se mostra configurado, na espécie, o necessário vínculo de pertinência temática, como o revela o cotejo entre as finalidades estatutárias que definem a atividade institucional da Confederação dos Servidores Públicos do Brasil e o conteúdo material – e respectivo âmbito de incidência normativa – do diploma legislativo impugnado, que versa tema de natureza tributária.

Com efeito, a simples leitura dos referidos objetivos institucionais evidencia, de maneira inquestionável, que a matéria versada na presente ação direta revela-se totalmente estranha ao âmbito de atuação da Confederação dos Servidores Públicos do Brasil. (...)

É importante rememorar, neste ponto, que o requisito de pertinência temática – que se traduz na relação de congruência que necessariamente deve existir entre os objetivos estatutários ou as finalidades institucionais da entidade autora e o conteúdo material da norma questionada em sede de controle abstrato – foi erigido à condição de pressuposto qualificador da própria legitimidade ativa “*ad causam*” para efeito de instauração do processo objetivo de fiscalização concentrada de constitucionalidade.”

Um caso mais recente, desta vez no âmbito da ação direta de inconstitucionalidade nº 3.702/ES de relatoria do Dias Toffoli⁷⁸, analisou-se a legitimidade da Associação Brasileira da Indústria de Máquinas e Equipamentos – “ABIMAQ” para requerer, pela via eleita, a inconstitucionalidade de decreto estadual em matéria tributária por incompatibilidade com o texto da Constituição de 1988.

Naquela circunstância, o Supremo avaliou que a exigência de pertinência temática estava cumprida pela existência de correlação entre o objeto do pedido de declaração de inconstitucionalidade e os objetivos institucionais da associação. Fica evidente, neste diapasão, que nos primeiros anos sob a nova Constituição muito se debateu no Supremo Tribunal Federal

⁷⁸ Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.702/ES; Rel.: Min. Dias Toffoli; J: 01/06/11; DJe: 30/08/11.

sobre o alcance do artigo 103. Uma das principais preocupações tem relação com a extrapolação da moldura hermenêutica fornecida pelo Constituinte originário.

Tal preocupação fica muito clara na manifestação do Ministro Sydney Sanches no âmbito do julgamento da medida cautelar na ação direta de inconstitucionalidade nº 138-8/90 – RJ⁷⁹:

“A Constituição Federal, ao conferir legitimidade a entidade de classe de âmbito nacional, para propositura de ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual (arts. 103, IX, e 102, I, “a”), não limitou expressamente o campo dessa atuação.

Não esclareceu, por exemplo, que tal propositura só seria possível, quando a lei ou o ato normativo, estadual ou federal, envolvesse interesse direto da classe representada pela entidade nacional.

Não me parece, pois, em princípio, que o intérprete da Constituição deva, necessariamente, restringir tal legitimidade ativa, quando ela não a limitou.

Até porque o que pretendeu foi ampliar o elenco de legitimados à defesa da Constituição Federal, estendendo a vários órgãos de atuação política a titularidade da ação direta de inconstitucionalidade (...).” (Grifou-se).

De igual maneira, o Ministro Paulo Brossard expressou tal preocupação no julgamento da medida cautelar na ação direta de inconstitucionalidade nº 305-4/91⁸⁰:

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

Entretanto, conforme exposto, não foi essa a ponderação que prevaleceu, tendo a Corte firmado a jurisprudência em reconhecer a necessidade de comprovação da pertinência temática para atestar a legitimidade ativa do requerente nos casos de controle concentrado de constitucionalidade.

⁷⁹ Ação Direta de Inconstitucionalidade – Medida Cautelar n.º 138-8/90 – RJ; Rel.: Min. Sydney Sanches; J: 14/02/90; DJ: 16/11/90.

⁸⁰ Ação Direta de Inconstitucionalidade – Medida Cautelar n.º 305-4/91 – RN; Rel.: Min. Paulo Brossard; J: 22/05/91; DJe: 28/05/91.

Na esteira do que será tratado adiante, a criação do instituto da pertinência temática por parte do Supremo cinge-se de manifesta inconformidade em relação ao ordenamento constitucional pátrio, posto que denota a sua atuação como legislador positivo em detrimento do decidido pelo Constituinte e, também, a incompatibilidade com o modelo do controle abstrato de constitucionalidade.

Conforme salientado, uma das inovações trazidas pela nova Constituição foi a realização de um processo maior de abertura para a participação de mais entes, tanto estatais quanto da sociedade civil, no processo de interpretação constitucional por meio da sua inclusão no rol de legitimados para a propositura de ações de controle abstrato. Tal processo, todavia, foi acompanhado por um comportamento jurisprudencial restritivo e extremamente seletivo, que ensejou a criação do instituto da pertinência temática para que lhes fosse mitigado o direito de propositura de ações voltadas à defesa do interesse coletivo⁸¹.

O Supremo Tribunal Federal, ao exigir a comprovação de que a norma contestada deveria ter repercussão direta ou indireta sobre a atividade profissional ou econômica da classe envolvida, ainda que só parte dela seja atingida, é incompatível com o modelo de controle abstrato de constitucionalidade. A proposta de congregar características alheias ao controle concentrado é incompatível, visto que este *“pode se dar a partir de situações concretas e o controle abstrato pode ser movido por processos de índole subjetiva, ligados preponderantemente à defesa judicial dos interesses dos atores legitimados”* (COSTA; CARVALHO; FARIAS; 2016. p. 183).

No brilhante magistério do Ministro Gilmar Ferreira Mendes e do professor Lenio Luiz Streck, a relação de pertinência temática representa inequívoca restrição ao direito de propositura da ação posto que configura o estabelecimento de uma condição de ação que não é decorrente da Constituição e estranha à natureza do sistema de fiscalização abstrata das normas.⁸²:

⁸¹ COSTA; CARVALHO; e FARIAS; 2016. p. 172.

⁸² STRECK; MENDES; CANOTILHO; SARLET; 2014; p. 1.415.

Um argumento utilizado pelo Supremo encontra-se no voto do Ministro Sepúlveda Pertence no âmbito da supracitada ADI-MC nº 305-4/91 – RN, consubstanciado na alegação de que as entidades privadas teriam como finalidade a defesa dos seus próprios interesses e não da defesa da supremacia constitucional.

Em uma análise mais distraída, o referido argumento pode parecer mais convincente do que efetivamente o é. Por isso é importante ressaltar que o próprio Constituinte trouxe remédios constitucionais com a finalidade específica de conceder proteção jurídica e defender o interesse dos seus membros, como o mandado de segurança coletivo, presente no artigo 5º, LXX, “b” da Constituição da República.

Além disso, o fortalecimento e a manutenção da supremacia constitucional têm como fonte a possibilidade de que normas contrárias à Constituição sejam retiradas do ordenamento jurídico, a fim de garantir-lhe coerência. Neste ínterim, como todas as pessoas estão sob a égide da Constituição, é de interesse geral e coletivo que uma norma inconstitucional seja retirada do ordenamento jurídico. Neste sentido, o jurista Peter Häberle:

(...) no processo de interpretação constitucional estão potencialmente vinculados todos os órgãos estatais, todas as potências públicas, todos os cidadãos e grupos (HÄBERLE, 2014).

Diante deste cenário, fica clara a extrapolação dos limites hermenêuticos por parte do Supremo Tribunal Federal, que atuou como legislador positivo em detrimento do positivado pelo Constituinte que, como foi abordado anteriormente⁸³, teve como fim a expansão do acesso à jurisdição constitucional para possibilitar uma maior participação da sociedade civil neste processo.

2.3.2. Críticas quanto ao conceito jurisprudencial de “entidade de classe de âmbito nacional” e a sua inadequação em relação à Constituição de 1988

Outra questão de suma importância relaciona-se com a legitimidade das entidades de classe de âmbito nacional. As discussões gravitam em torno da jurisprudência restritiva no

⁸³ Cf. capítulo 2.1.

âmbito do Supremo, destacando-se três pontos: (i) caracterização de entidade de âmbito nacional; (ii) composição das entidades; e, por fim, (iii) a noção de classe.

Sobre a caracterização do seu âmbito nacional, o Supremo atuou, novamente, de forma restritiva e buscou fixar os requisitos para a definição da sua abrangência, utilizando-se de peculiar analogia com a Lei nº 9.096/95 – Lei Orgânica dos Partidos Políticos. No âmbito da medida cautelar na ação direta de inconstitucionalidade nº 386/91 – SP⁸⁴, de relatoria do Ministro Sydney Sanches, a Corte reconheceu a ilegitimidade ativa das associações requerentes porque, ou reuniam apenas indústrias sedidas no Estado de São Paulo ou em apenas 4 (quatro) Unidades Federativas.

A argumentação formal para o estabelecimento do critério teve como objetivo acentuar o necessário coeficiente de representatividade possível para que a entidade de classe pudesse exercer o seu direito constitucional. Em seu voto de minerva, o Ministro Moreira Alves auxiliou no desenho dos contornos para afastar a mera declaração formal ou a manifestação de intenção presente nos seus atos constitutivos como critério balizador de legitimidade e endossou o entendimento do Ministro relator de que o caráter nacional envolvia a presença em 9 (nove) Estados da Federação, por aplicação analógica da Lei Orgânica dos Partidos Políticos.

O Ministro Carlos Velloso teceu, em seu voto, crítica quanto à analogia estabelecida, posto que tal limitação não foi obra do legislador:

O Sr. Ministro ALDIR PASSARINHO dizia que o partido político, pela lei, precisa de filiais em nove Estados da Federação. Não poderíamos fugir disso, estaríamos sujeitos à norma de direito positivo que faz exigência no que toca aos partidos políticos. Todavia, se a lei não faz essa exigência no que tange à entidade de classe para considerá-la de âmbito nacional, quer-me parecer que não poderíamos fazer essa exigência.

⁸⁴ Ação Direta de Inconstitucionalidade-Medida Cautelar nº 386/91 – SP; Rel.: Min. Sydney Sanches; J: 04/04/91; DJ: 28/06/91.

Na análise de questão de ordem na ação direta de inconstitucionalidade nº 108/89 – DF⁸⁵, sob relatoria do Ministro Celso de Mello, o entendimento foi reiterado, restando assim ementado:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - CONTROLE NORMATIVO ABSTRATO - LEGITIMIDADE ATIVA "AD CAUSAM" - ENTIDADE DE CLASSE - NÃO CONFIGURAÇÃO - CARÊNCIA DA AÇÃO. (...) A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem consignado, no que concerne ao requisito da espacialidade, que o caráter nacional da entidade de classe não decorre de mera declaração formal, consubstanciada em seus estatutos ou atos constitutivos. **Essa particular característica de índole espacial pressupõe, além da atuação transregional da instituição, a existência de associados ou membros em pelo menos nove Estados da Federação. Trata-se de critério objetivo, fundado na aplicação analógica da Lei Orgânica dos Partidos Políticos, que supõe, ordinariamente atividades econômicas ou profissionais amplamente disseminadas no território nacional.** (Grifou-se).

Assim, como depreende-se da análise dos casos acima, foram fixadas duas condições para o reconhecimento do seu caráter nacional, quais sejam: (i) a atuação transregional e (ii) a presença em ao menos 1/3 (um terço) dos Estados da Federação. Como ressaltam STRECK e MENDES, a fixação destes critérios encontra-se fora do escopo hermenêutico do Supremo Tribunal Federal, posto que seria tarefa do legislador⁸⁶.

Outro critério de menor relevância para o presente trabalho, visto que a Corte tem revisto o seu posicionamento, é o da composição das entidades, em que a jurisprudência dominante vinha no sentido de exigir que a entidade tivesse como membros os próprios integrantes da classe de forma direta, sem representação, o que vedava a legitimidade das *associações das associações*.

⁸⁵ Ação Direta de Inconstitucionalidade-Questão de Ordem nº 108/DF; Rel.: Min. Celso de Mello; J: 13/04/92; DJ: 05/06/92.

⁸⁶ “Ainda que se possa reclamar a fixação de um critério preciso sobre tais noções – ‘entidade de classe de âmbito nacional’ e ‘confederação sindical’ –, não há dúvida de que eles devem ser fixados pelo legislador, e não pelo Tribunal, no exercício de sua atividade jurisdicional. O recurso à analogia, aqui, é de duvidosa exatidão.” (STRECK; MENDES; CANOTILHO; SARLET, 2014. p. 1.414).

Cabe asseverar que muitas atividades só podem ser realizadas por pessoas jurídicas, o que permite concluir que o critério era extremamente restritivo e esvaziava o sentido da norma constitucional. O Ministro Sepúlveda Pertence, em magistral voto que inaugurou a divergência na ação direta de inconstitucionalidade nº 3.153⁸⁷, auxiliou na mudança de posicionamento histórico da Corte:

A entidade é de classe, da classe reunida nas associações estaduais que lhe são filiadas. O seu objetivo é a defesa da mesma categoria social. E o fato de uma determinada categoria se reunir, por mimetismo com a organização federativa do País, em associações correspondentes a cada Estado, e essas associações se reunirem para, por meio de uma entidade nacional, perseguir o mesmo objetivo institucional de defesa de classe, a meu ver, não descaracteriza a entidade de grau superior como o que ela realmente é: uma entidade de classe.

Após ampla análise de acórdãos no âmbito do Supremo Tribunal Federal, Nelson Diz e Marina Gaensly (DIZ; GAESNLY apud BARROSO, 2012. P. 180) consignaram que:

A jurisprudência do STF não exclui a possibilidade de as entidades de classe serem formadas por pessoas jurídicas, embora negue legitimação àqueles entes híbridos, que não representam especificamente uma determinada categoria. O que se veda é a representação indireta da atividade profissional ou econômica, vale dizer, que a entidade tenha como membros outros entes que, por si mesmos, já são representativos da categoria, formando o que se costumou denominar de ‘associação de associações’ (DIZ; GAENSLY apud BARROSO, 2012. p. 180).

Por fim, cabem tecer algumas considerações sobre último critério perquirido pela Corte para a avaliação da legitimidade ativa das entidades de classe de âmbito nacional para a propositura de ações de controle concentrado de constitucionalidade, qual seja a delimitação do conceito de classe. O Supremo Tribunal Federal, em decisão pioneira, proferida em 05 de abril de 1989, propôs-se a delimitar o conceito de entidade de classe. Na ocasião do julgamento da medida cautelar na ação direta de inconstitucionalidade nº 34/DF⁸⁸, de relatoria do Ministro

⁸⁷ Agravo Regimental na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.153-8/DF; Rel.: Min. Sepúlveda Pertence; J: 12/08/04; DJ: 09/09/05.

⁸⁸ Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 34/DF; Rel.: Min. Octavio Gallotti; J: 05/04/89; DJ: 28/04/89.

Octavio Gallotti, a Associação dos Empregados da CAEEB – “ASEC” pretendia sustar os efeitos do Decreto nº 97.455/1989⁸⁹ pela existência de um vício formal.

O Ministro relator advertiu que a autora não poderia ser enquadrada no conceito de *classe* porque não representaria “*uma categoria propriamente dita de pessoas, intrinsecamente distinta das demais, mas somente uma coletividade, congregada pelo interesse contingente de estarem associados a serviço de determinado empregador*”. A Corte, desta forma, julgou, por unanimidade, o processo como extinto por ilegitimidade ativa da autora.

No esforço hermenêutico em delimitar o referido conceito, o Supremo teve conduta semelhante no âmbito da ação direta de inconstitucionalidade nº 42/DF⁹⁰, sob relatoria do Ministro Paulo Brossard. A Associação Brasileira das Companhias Abertas – “Abrasca” visava a declaração de inconstitucionalidade de alguns artigos da Lei Federal nº 7.689/88 por afronta ao artigo 195 da Constituição da República.

O Ministro Celso de Mello, em seu voto divergente, enumerou algumas exigências que deveriam ser atendidas para que se pudesse identificar uma entidade de classe de âmbito nacional. Inicialmente, propôs uma exigência formal, consubstanciada na existência de uma *entidade devidamente personificada, à qual se filiem pessoas ou grupos de pessoas integrantes de idêntica categoria profissional ou econômica, ainda não representada por organismos sindicais*⁹¹. Uma segunda exigência, com ligação umbilical com a primeira, era relativa à finalidade da entidade e, por fim, a exigência de índole espacial – posto que o seu caráter deveria ser transregional.

O Ministro Sepúlveda Pertence acompanhou o voto do relator, o Ministro Paulo Brossard, para declarar a carência de ação e extinguir liminarmente o processo. Apesar do voto possuir

⁸⁹ O Decreto nº 97.455/1989, emanado pelo Presidente da República, dispunha sobre a alienação, total ou parcial, das ações representativas da União no capital de diversas empresas, dentre elas a Companhia Auxiliar de Empresas Elétricas Brasileiras – “CAEEB”. Estabeleceu-se, ainda, que caso a alienação não ocorresse no prazo de 90 (noventa) dias, as referidas sociedades seriam declaradas extintas.

⁹⁰ Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 42/DF; Rel.: Min. Paulo Brossard; J: 24/09/92; DJ: 02/04/93.

⁹¹ O Ministro Celso de Mello, no quesito formal, também salientou a possibilidade de afastar o *reduccionismo ao modelo corporativo-sindical* para verificar a existência de um vínculo jurídico ou de uma relação-base que congregue as pessoas ou o grupo de pessoas e lhes imprimissem caráter unitário na ação social pretendida, mas sua posição restou vencida no âmbito do caso analisado.

forte ligação com o caso concreto da Abrasca, foram delineadas linhas para a configuração do conceito de entidade de classe. Nas palavras do Ministro Sepúlveda Pertence, o traço primordial que marca o grupo social pertencente à entidade de classe *é sempre a identidade ou semelhança da atividade empresarial ou profissional ou do setor econômico em que empregados os seus integrantes*.

Nota-se que, muito embora os Ministros divergiram quanto ao cumprimento dos requisitos pela Abrasca, havia um consenso quanto à necessidade de adequação do conceito a um teor meramente profissional e econômico. A atuação da Corte teve grande importância para reinterpretar a Constituição no sentido de impingir uma legitimidade limitada às entidades ligadas à sociedade civil.

É nesta esteira que a jurisprudência restritiva do Supremo Tribunal Federal acabou por afastar a mais importante entidade de representação dos estudantes universitários da jurisdição constitucional, privando-a da possibilidade de interpor ações de controle concentrado de constitucionalidade. A ação direta de inconstitucionalidade nº 894/DF⁹², ajuizada pela União Nacional dos Estudantes – “UNE”, visava a declaração de inconstitucionalidade do artigo 4º da Lei Federal nº 8.170/91 é um exemplo desta limitação.

Ao julgar a medida cautelar, o Ministro relator, Néri da Silveira, rememorou o entendimento da Corte quando ao estreitamento do conceito de entidade de classe, afastando a possibilidade da existência de uma “classe estudantil” que justificasse a adequação ao conceito econômico-profissional fixado. Veja-se:

Não há, efetivamente, no que se denomina “classe estudantil” ou, mais limitadamente, “classe estudantil universitária”, o caráter de profissão, mas, tão-só, uma situação em que jovens ou adultos se preparam para o exercício de uma determinada profissão ou para o aperfeiçoamento de sua formação cultural. (...) Os membros da denominada classe estudantil, frequentando os estabelecimentos de ensino público ou privado, no aprimoramento de sua educação na escola, dos diversos níveis, visam, sem dúvida, tanto ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania, como sua qualificação para o trabalho. **Não é, entretanto, em si mesma, uma**

⁹² Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 894/DF; Rel.: Min. Néri da Silveira; J: 18/11/93; DJ: 20/04/95.

profissional em conformidade com a noção resultante do art. 5º, XIII, da Lei Fundamental de 1988, ao estipular. (Grifou-se).

Todavia, a construção jurisprudencial do artigo 103, mormente no que tange à definição do conceito de entidade de classe de âmbito nacional, demonstra o descompasso entre a pretensão inclusiva do acesso à jurisdição constitucional e a atuação da Corte. Interessante consignar, ainda, que tal fenômeno importou no fechamento de portas para a defesa de direitos fundamentais⁹³.

As consequências imediatas da jurisprudência restritiva são as de, numa ótica quantitativa, reduzir a quantidade de entidades aptas a proporem tais ações de controle abstrato, e, qualitativamente, de excluir representantes da sociedade civil neste processo. Mediamente, as demandas estatais e de pequenos grupos econômicos eram privilegiadas em detrimento das demandas de minorias e a defesa de direitos fundamentais⁹⁴. Como bem salientou o Ministro Marco Aurélio em decisão monocrática proferida no âmbito da ação direta de inconstitucionalidade nº 5.291/DF, a jurisprudência construída acabou por possibilitar a proteção de direitos ou de interesses coletivos tão somente quando fossem mero reflexo da promoção dos direitos corporativos dos associados⁹⁵.

Uma primeira crítica assenta-se na atuação do Tribunal como legislador positivo, criando condições inexistentes na ótica do Constituinte. Numa interpretação teleológica, com a abertura do rol de legitimados, configurando uma verdadeira pretensão de tornar a sociedade civil copartícipe no processo de construção constitucional, buscava-se o fortalecimento tanto da legitimidade democrática quanto da Lei Fundamental.

⁹³ FERREIRA apud BRANDÃO; NUNES; 2018. p. 181.

⁹⁴ GUIMARÃES; 2009.

⁹⁵ “Somada ao requisito da pertinência temática, a ser observado quando envolvidos os denominados legitimados especiais, a definição bastante estreita da categoria “entidades de classe” acabou revelando que estas apenas podem defender interesses exclusivos dos associados, profissionais e econômicos. Não lhes seria permitido, por falta de pertinência temática, buscar a garantia de direitos e interesses coletivos, direitos fundamentais e da cidadania que aproveitem a toda a sociedade ou a grupos particulares, salvo se como mero reflexo da promoção dos direitos corporativos dos associados.” (Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.291/DF; Rel.: Min. Marco Aurélio; Decisão: 06/05/15; DJe: 11/05/15).

A utilização da hermenêutica constitucional para limitar o acesso desses grupos – em geral marginalizados – afigura-se verdadeira afronta ao propósito inclusivo e plural pensado pelo Constituinte. Com o fito de resguardar-se, a Corte extrapolou suas competências e exerceu verdadeiro papel de legislador.

A segunda crítica, nesta mesma linha, possui ligação com as consequências práticas da jurisprudência restritiva. Conforme exposto anteriormente, o arcabouço jurisprudencial moldado pela Corte tem como consequência imediata a exclusão de representantes da sociedade civil, mormente ligados à defesa da coletividade e dos direitos fundamentais, no processo de interpretação constitucional e, de forma mediata, o privilégio de demandas não relacionadas aos direitos fundamentais e à proteção de minorias.

Nesta ótica, grupos marginalizados encontram entraves institucionais para obter acesso à jurisdição constitucional⁹⁶, o que danifica a legitimidade de todo o sistema constitucional, posto que esta decorre da possibilidade de participar deste processo de significação⁹⁷. Diante da expansão do Poder Judiciário, especialmente do fenômeno de “judicialização da política”⁹⁸, as demandas judiciais apresentam grande importância⁹⁹. Um processo de abertura dialógica, em

⁹⁶ “Além disso, tantas outras entidades deixaram de acionar o controle abstrato de constitucionalidade, ainda que tivessem plena identificação com a causa em questão e representatividade social. Nesse movimento, o STF fechou suas portas para a sociedade e, sobretudo, para seus grupos mais vulneráveis, frequentemente representados por movimentos sociais, os quais não preenchem os requisitos fixados pelo Tribunal. (...) Os atores corporativos com forte influência política e econômica costumam ter franqueado o acesso às vias institucionais à jurisdição constitucional para fazer valer seus interesses, na medida em que conseguem cooptar certos legitimados para que os representem (...) Por outro lado, as minorias e os grupos socialmente vulneráveis e marginalizados são excluídos das vias de acesso à jurisdição constitucional tanto formal quanto informal e veem-se diante de muitos obstáculos para comunicar suas interpretações constitucionais” (GOMES. 2016. p. 155-156).

⁹⁷ “*But there is no reason why every single participant cannot or should not perceive it differently and describe it differently and thereby accommodate the pull each reasonable participant will feel, for good reason, toward finding it respect-worthy.*” (MICHELMAN, 2003. p. 365).

⁹⁸ TATE; TORBJÖRN; 1995.

⁹⁹ Segundo Matthew M. Taylor (2007, p. 249), é “preciso reconhecer a importância dessa função política judicial e mais, sua inevitabilidade. Embora o conceito da separação dos poderes conduza a três instituições claramente distintas, as funções judiciais, legislativas e executivas dessas instituições não são caprichosamente separadas em nítidas caixas institucionais como às vezes supomos. Existe uma sobreposição das funções das três instituições (...) diante da qual não é de surpreender que o Judiciário tenha algum efeito no processo de formação de políticas públicas.”

contraponto ao modelo que vem sendo construído, tem o condão de fortalecer a cultura constitucional dos indivíduos, garantindo maior força e fé em relação à Lei Fundamental¹⁰⁰.

Nisto, entidades embarceiradas pelo Supremo Tribunal Federal devem buscar meios alternativos para que tenham suas demandas ouvidas pela Corte no âmbito do controle concentrado. Em todos os casos, há riscos e dificuldades para a real efetivação do acesso à jurisdição constitucional, mesmo que indiretamente¹⁰¹, haja vista que a superação dos obstáculos formais requer um esforço hermenêutico por parte dos requerentes para não serem barrados na questão da pertinência temática.

A atuação restritiva do Supremo Tribunal Federal, ao delimitar alguns conceitos com o propósito de universalizar determinado entendimento, acaba por impactar desproporcionalmente alguns grupos, mormente minorias e grupos sub-representados, que só poderiam ter suas demandas ouvidas no âmbito do Poder Judiciário, dado que não possuem trânsito na seara majoritária, ao contrarário de certas entidades privilegiadas por este entendimento restrito ao âmbito econômico-profissional que já possuem força dentro do Poder Legislativo.

O Tribunal enquanto instância contramajoritária, de verdadeira salvaguarda das minorias e dos seus direitos fundamentais, deve atuar com vistas a expandir a atuação de diversos setores e grupos no âmbito da interpretação constitucional. O compromisso individual com o

¹⁰⁰ A crítica pública pode antes exprimir a vitalidade da cultura constitucional; pode significar que a sociedade se importa com a Constituição e que a gramática constitucional está também presente nos embates políticos e sociais, o que deve ser comemorado e não lamentado. A relação que deve existir entre a interpretação judicial da Constituição e a opinião pública tem sutilezas: por um lado, o Poder Judiciário não pode ser indiferente às percepções sociais existentes sobre os valores constitucionais, mas, por outro, “tampouco se espera que eles [os juizes] decidam pensando nas manchetes do dia seguinte ou reagindo às do dia anterior, o que os transformaria em oficiais de justiça das redações dos jornais (SOUZA NETO, SARMENTO; 2012. p. 360).

¹⁰¹ Para Daniel Cardinali (2018 p. 145), os pleitos e as demandas formulados por movimentos sociais são “terceirizadas”, posto que ou buscam encontrar fundamentar uma relação de pertinência temática, buscando o enquadramento como entidade de classe de âmbito nacional enquanto conceito econômico-profissional, ou recorrem à chancela de um dos legitimados universais. Um exemplo importante é no âmbito da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54/DF – relativa ao aborto de fetos anencefálicos – em restou decidido pela possibilidade de interromper a gravidez nestes casos como forma de prestigiar a liberdade sexual e reprodutiva, a saúde, a dignidade e a autodeterminação destas mulheres. Todavia, a formulação do pedido deu-se por meio da Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde – “CNTS”, em que a relação de pertinência temática restou configurada como forma de proteger os profissionais da saúde que atuassem neste tipo de procedimento das medidas penais. A proteção dos direitos das mulheres, desta forma, deu-se por via reflexa dos interesses dos profissionais médicos.

constitucionalismo, somado à possibilidade dos cidadãos de serem parte da mudança, aceitando as decisões mesmo que não lhe sejam favoráveis em razão da certeza de que, em outro momento, se restar vitorioso, terá sua decisão respeitada, confere maior legitimidade à Constituição¹⁰².

Portanto, afigura-se necessária uma releitura da jurisprudência do Supremo com o fito de promover uma verdadeira revolução na participação popular no âmbito da jurisdição constitucional, trazendo novas demandas e novos pleitos que busquem maximizar o potencial plural da Constituição da República de 1988.

As portas fechadas do Supremo Tribunal Federal, todavia, apresentam uma fresta de esperança com as recentes decisões proferidas pelo Ministro Marco Aurélio e pelo Ministro Luís Roberto Barroso no âmbito da ação direta de inconstitucionalidade nº 5.291/DF e da ação de descumprimento de preceito fundamental nº 527/DF, respectivamente, que buscam a convergência da sua jurisprudência com a pretensão aberta do rol de legitimados para propor ações de controle concentrado de constitucionalidade.

CAPÍTULO 3

UMA FRESTA DE ESPERANÇA

3.1. A recente (ainda que tímida) modificação no entendimento do conceito de “entidade de classe de âmbito nacional”: comentários sobre a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.291/DF e a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 527/DF

As portas fechadas do Supremo Tribunal Federal, todavia, tem se permitido abrir aos poucos, garantido à sociedade civil maior possibilidade de atuação no processo de construção de significado da Constituição. Analisar-se-á, neste capítulo, algumas decisões monocráticas proferidas no âmbito do controle concentrado de constitucionalidade que, apesar de ainda se mostrarem como minoritárias, mostram uma preocupação maior da Corte em ampliar a sua permeabilidade.

¹⁰² POST, SIEGEL; 2007.

A ação direta de inconstitucionalidade nº 5.291/DF¹⁰³, de relatoria do Ministro Marco Aurélio, foi ajuizada pelo Instituto de Defesa do Consumidor – “Idecon” com o fito de obter a declaração de inconstitucionalidade do artigo 101 da Lei n.º 13.043/14¹⁰⁴. A entidade alegou ostentar legitimidade para a proposição da ação posto que defendia os direitos e os interesses dos consumidores em âmbito nacional, além da existência de pertinência temática entre as suas finalidades estatutárias e a matéria versada no preceito legal questionado.

Em decisão monocrática, o Ministro Marco Aurélio rememorou a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e destacou o seu caráter restritivo na proteção dos direitos fundamentais e dos interesses coletivos, ressaltando que, nesta ótica, tal salvaguarda somente seria possível caso o interesse da coletividade se visse como mero reflexo da promoção dos direitos corporativos dos associados.

Em decisão histórica, o Ministro relator decidiu pela legitimidade ativa do Idecon para pleitear a defesa dos interesses da coletividade e propugnou pela superação da ideia de legitimidade limitada sedimentada pela Corte ao longo dos anos com o fito de adequá-la à vontade do Constituinte:

Estou convencido, a mais não poder ser a hora de o Tribunal evoluir na interpretação do artigo 103, inciso IX, da Carta da República, vindo a concretizar o propósito nuclear do constituinte originário – a ampla participação social, no âmbito do Supremo, voltada à defesa e à realização dos direitos fundamentais.

A jurisprudência, até aqui muito restritiva, limitou o acesso da sociedade à jurisdição constitucional e à dinâmica de proteção dos direitos fundamentais da nova ordem constitucional. Em vez da participação democrática e inclusiva de diferentes grupos sociais e setores da sociedade civil, as decisões do Supremo produziram acesso seletivo. As portas estão sempre abertas aos debates sobre interesses federativos, estatais, corporativos e econômicos, mas fechadas às

¹⁰³ Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.291/DF; Rel.: Min. Marco Aurélio; Decisão: 06/05/15; DJe: 11/05/15.

¹⁰⁴ A Lei n.º 13.043/14 decorreu da conversão da Medida Provisória n.º 651/14, que dispunha sobre os fundos de índice de renda fixa, sobre a responsabilidade tributária na integralização de cotas de fundos ou clubes de investimento por meio da entrega de ativos financeiros, sobre a tributação das operações de empréstimos de ativos financeiros e sobre a isenção de imposto sobre a renda na alienação de ações de empresas pequenas e médias e outras medidas. O artigo 101, especificamente, tratava do Decreto-Lei n.º 911/69 e o modificava o procedimento da busca e apreensão de veículos automotores com alienação fiduciária.

entidades que representam segmentos sociais historicamente empenhados na defesa das liberdades públicas e da cidadania. (...)

Acreditando que restringir o conceito de entidade de classe implica, ao reduzir a potencialidade de interação entre o Supremo e a sociedade civil, amesquinhar o caráter democrático da jurisdição constitucional, em desfavor da própria Carta de 1988, reconheço a legitimidade ativa do Instituto Nacional de Defesa do Consumidor – IDECON. (Grifou-se).

Apesar do processo ainda estar pendente de julgamento do mérito¹⁰⁵, tal compromisso com a expansão do acesso à jurisdição constitucional denota uma evolução – mesmo que tímida – no pensamento da Corte. Outro exemplo interessante é a decisão monocrática do Ministro Luís Roberto Barroso na ação de descumprimento de preceito fundamental nº 527/DF¹⁰⁶ em que a Associação Brasileira de Gays, Lésbicas e Transgêneros – “ALGBT” questionava os artigos 3º, §§1º e 2º, e 4, *caput*, parágrafo único da Resolução Conjunta da Presidência da República e do Conselho de Combate à Discriminação nº 01/14¹⁰⁷.

Na análise preliminar, o Ministro relator reconheceu a existência do caráter nacional e da pertinência temática. Todavia, de acordo com a jurisprudência da Corte, a entidade não se enquadraria no conceito de *classe* delineado historicamente, visto que sua finalidade seria da *busca pela não discriminação com base na orientação sexual ou na identidade de gênero*, daí que estaria fora do âmbito profissional ou econômico.

A argumentação do Ministro Luís Roberto Barroso calcou-se em 3 (três) argumentos principais: (i) a superação das justificativas que levaram o Supremo Tribunal Federal a construir a sua jurisprudência restritiva; (ii) a violação sistemática à teleologia e ao sistema constitucional, impedindo que a Corte cumprisse o seu papel de protetora dos direitos fundamentais; e, por fim, (iii) o impacto desigual que esta interpretação causa em grupos minoritários.

¹⁰⁵ O processo, segundo o site do Supremo Tribunal Federal, está concluso ao relator desde 20/09/2018. <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4747791> Acesso em 20/11/2018.

¹⁰⁶ Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 527/DF; Rel.: Min. Luís Roberto Barroso; Decisão: 29/06/18; DJe: 01/08/18.

¹⁰⁷ A ALGBT alegou violação a preceito fundamental em razão da aplicação e da interpretação dada aos dispositivos legais supracitados, posto que gerariam violação à comunidade LGBT.

Sobre o primeiro argumento, as justificativas para a referida criação jurisprudencial, conforme já visto no presente trabalho, tinham relação com o temor de sobrecarga do Tribunal e à manutenção do seu quadro após o processo de redemocratização, o que implicou na continuidade do papel mediador da Corte por alguns anos. A democracia brasileira que, nas palavras do Ministro Luís Roberto Barroso, “*ultrapassou dois impeachments, investigações e instaurações de diversas ações penais contra altas autoridades*”, se consolidou ao longo do tempo e superou a parcimônia que acreditava ser necessária no período de transição.

Sobre o volume de trabalho, nota-se que a sobrecarga não possui ligação com o papel de Corte Constitucional, já que esse tipo de ação de controle abstrato corresponde a menos de 1% (um por cento) dos processos que tramitam no Supremo Tribunal Federal.¹⁰⁸ Por fim, o papel institucional da Corte teria fundamento na proteção dos direitos e garantias fundamentais, além da salvaguarda do pleno funcionamento democrático¹⁰⁹.

No que tange ao segundo argumento, fundado na teleologia constitucional, o Ministro Luís Roberto Barroso argumentou que o *ethos* da Constituição tem umbilical conexão com a proteção dos direitos fundamentais, sobretudo de minorias e grupos vulneráveis, fomentando interlocuções diretas entre a sociedade civil e o Poder Público. Desta forma, a interpretação restritiva dado ao conceito de entidade de classe para o ajuizamento de ações de controle concentrado de constitucionalidade afasta o debate sobre questões constitucionais sensíveis – como a afirmação da dignidade da pessoa humana, da autonomia e da liberdade.

Apesar da existência de outros meios a que se chegar à jurisdição do Supremo, como os Recursos Extraordinários, a celeridade e a efetividade do controle concentrado o torna via essencial de proteção dos grupos minoritários sem que eles dependam de terceiros para tenham as portas abertas à jurisdição constitucional.

Por fim, outro argumento para a superação do entendimento consolidado do Supremo Tribunal Federal é o impacto desproporcional sobre grupos vulneráveis e/ou minoritários. Ao invocar a teoria do impacto desproporcional, consubstanciada na premissa de que a aplicação indistinta de certos conceitos implica em uma maior oneração de determinados grupos, o

¹⁰⁸ COSTA, BENVINDO, 2014.

¹⁰⁹ BARROSO, 2017. p. 29.

Ministro relator reconhece que tal entendimento – pretensamente neutro – produz um impacto muito maior sobre os grupos vulneráveis, o que não se compatibiliza com o ideal de igualdade defendido pela Carta de 1988. Em brilhante síntese, o Ministro Luís Roberto Barroso, superando o entendimento histórico do Supremo, trouxe novos contornos ao conceito de entidade de classe para englobar grupos cujo vínculo seja a defesa de direitos de grupos minoritários, reconhecendo-se, assim, a ALGBT legítima para a proposição da referida ação de controle concentrado de constitucionalidade:

“A limitação do conceito de classe à categoria econômica e social onera de forma desproporcional as entidades de defesa de grupos minoritários e vulneráveis, ligados entre si pela defesa de valores existenciais indiscutivelmente amparados pela Constituição. Trata-se de ônus desproporcional porque a conceituação em tais termos mantém o acesso de entidades que têm trânsito na seara majoritária e que poderiam defender seus interesses nesse ambiente, ao passo em que sacrifica o acesso de grupos que só logram adquirir voz e acolhida no Judiciário. (...)”

Essas são as razões que me levam a superar a jurisprudência anterior do Supremo Tribunal Federal, para assentar como entidade de classe de âmbito nacional, aquelas que, tendo comprovado seu caráter nacional, reúnam membros unidos por vínculo de natureza econômica, profissional ou pela defesa de direitos de grupos minoritários e vulneráveis de que façam parte.”

Apesar do processo ainda não ter ido para julgamento em plenário¹¹⁰, a superação – ainda que tímida – do entendimento histórico do Supremo Tribunal Federal demonstra uma vontade de criar pontes entre o Judiciário e a sociedade civil, a fim de fortalecer o constitucionalismo brasileiro e adequar-se ao *ethos* do Constituinte originário de ampliar a participação de mais agentes no processo de significação constitucional.

¹¹⁰ Segundo o sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal, o processo encontra-se em vista para a Procuradoria-Geral da República desde 23 de agosto de 2018. <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5496473> Acesso em 22/11/2018.

CONCLUSÃO

Após a Segunda Guerra Mundial, um dos debates mais notórios deu-se na seara da importância de um Poder Judiciário forte e independente como elemento crucial da salvaguarda da democracia. A proteção dos direitos fundamentais e, por conseguinte, dos grupos minoritários, viu no aspecto contramajoritário das Cortes um escudo contra a possibilidade de tirania da maioria¹¹¹.

A despeito do fortalecimento das instituições democráticas e da participação popular na tomada de decisões, a judicialização da vida pública¹¹² envolveu, também, o aprofundamento da crise de representatividade e da funcionalidade dos Poderes eleitos¹¹³, que viam nas Cortes uma via mais efetiva para o reconhecimento de suas demandas. De igual maneira, os atores políticos passaram a buscar a resolução de dilemas morais e de controvérsias políticas – a judicialização da política incluiu uma transferência massiva de questões democráticas sensíveis para o âmbito dos Tribunais¹¹⁴.

Num momento inicial, a conduta do Supremo Tribunal Federal de limitar os seus próprios poderes, fazendo-o, inclusive, por meio da criação de uma jurisprudência restritiva quanto ao acesso à jurisdição constitucional de alguns legitimados constitucionais, teria certa racionalidade¹¹⁵. Em períodos de transição é comum que, inicialmente, as Cortes realizem uma

¹¹¹ BARROSO, 2017. p. 7.

¹¹² Judicialização significa que questões relevantes do ponto de vista político, social ou moral estão sendo decididas, em caráter final, pelo Poder Judiciário. Trata-se, como intuitivo, de uma transferência de poder para as instituições judiciais, em detrimento das instâncias políticas tradicionais, que são o Legislativo e o Executivo. Essa expansão da jurisdição e do discurso jurídico, embora mais comum em países como os Estados Unidos, constitui uma mudança drástica no modo de se pensar e de se praticar o Direito no mundo romano-germânico. Fruto da conjugação de circunstâncias diversas, o fenômeno é mundial, alcançando até mesmo países que tradicionalmente seguiram o modelo inglês – a chamada democracia ao estilo de Westminster –, com soberania parlamentar e ausência de controle de constitucionalidade. Na América Latina o fenômeno também é acentuado. (BARROSO, 2017. p. 8)

¹¹³ *Ibidem*, p. 7.

¹¹⁴ HIRSCHL, 2009. p. 140.

¹¹⁵ ARGUELHES, 2014, p. 42.

autocontenção dado à instabilidade do momento para, posteriormente, expandir o seu escopo de atuação e o alcance dos seus poderes¹¹⁶.

O premente protagonismo que o Supremo Tribunal Federal desenvolveu na vida pública brasileira requer uma maior permeabilidade quanto às demandas da sociedade civil no âmbito da jurisdição constitucional, principalmente como ponto de fortalecimento das instituições democráticas e do constitucionalismo brasileiro, o que é incompatível com a jurisprudência restritiva aplicada às entidades de classe de âmbito nacional no que tange à propositura de ações de controle concentrado de constitucionalidade.

Sob um ponto de vista mais formal, as barreiras hermenêuticas esculpidas pelo Supremo são um obstáculo para a própria supremacia constitucional, haja vista que é de interesse geral a coerência do ordenamento jurídico. Como o Poder Judiciário só deve atuar quando provocado, a inconstitucionalidade de uma norma poderia ficar ao jugo dos legitimados universais. As portas que o Supremo fechou para a sociedade civil na época da transição para a democracia continuam fechadas, mas novos olhares e novas análises jogam luz ao tema, propiciando uma mudança de postura – ainda que embrionária – no âmbito do Tribunal, conforme relatado no Capítulo 3.1.

A construção de uma sociedade plural e inclusiva perpassa pela participação popular nos processos decisórios. Caso contrário, o fechamento das instituições para as demandas da sociedade civil tem o efeito contrário de minar a credibilidade do próprio sistema democrático¹¹⁷.

Em brilhante análise de Juliana Cesário Alvim Gomes (2016, p. 157), *para que o projeto constitucional brasileiro se aperfeiçoe no sentido de uma leitura emancipatória e voltada para a proteção dos direitos fundamentais, é necessário que o processo de definição do significado de nossa Constituição esteja aberto às pessoas comuns, suas experiências concretas e visões de mundo – sobretudo as minoritárias, cuja participação garante um sentido de Constituição abrangente, plural e inclusivo.*

¹¹⁶ GINSBURG, 2003. p. 95.

¹¹⁷ POST, SIEGEL, 2007; p. 378.

Desta forma, a jurisprudência restritiva do Supremo Tribunal Federal de separação dos legitimados entre universais e não-universais e o conceito extremamente restrito de entidade de classe de âmbito nacional são entraves para a consolidação do projeto constitucional inclusivo e plural que permeou o debate da Constituinte. A superação do conceito meramente econômico-profissional como requisito para a legitimidade ativa das entidades de classe é parte essencial desse processo de abertura da jurisdição constitucional.

A revolução na abertura das portas do Supremo Tribunal Federal tem o condão de potencializar as vozes que historicamente foram abafadas, de dar protagonismo aos que jamais foram escutados. A ampliação da participação da sociedade civil na jurisdição constitucional e no processo de significação da Constituição é uma fresta de esperança que ilumina os caminhos do constitucionalismo brasileiro, fortalecendo a nossa fé nas nossas instituições e, por conseguinte, na própria democracia.

REFERÊNCIAS

ACKERMAN, Bruce. **The Failure of the Founding Fathers: Jefferson, Marshall, and the Rise of Presidential Democracy**. Harvard University Press, 2007. p. p. 116-198.

ARGUELHES, Diego Werneck. **Poder não é querer: preferências restritivas e redesenho institucional no Supremo Tribunal Federal pós-democratização**. Brasília: Universitas Jus, v. 25, nº 1, 2014.

_____ ; RIBEIRO, Leandro Molhano. **Criatura e/ou Criador: transformações do Supremo Tribunal Federal sob a Constituição de 1988**. São Paulo: Revista de Direito GV, v. 12, n. 2, 2016. p. p. 405-440.

BARBI, Celso Agrícola. **Evolução do controle da constitucionalidade das leis no Brasil**. Revista da Faculdade de Direito. UFMG, 1967. p.p. 50.

BARROSO. Luís Roberto. **Controle de Constitucionalidade no direito brasileiro – exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência**. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. **Contramajoritário, Representativo e Iluminista: Os papéis dos tribunais constitucionais nas democracias contemporâneas**. Revista Direito e Práxis, Ahead of print, Rio de Janeiro, 2017. Disponível em: link para o artigo. acesso em 21/11/2018. DOI: 10.1590/2179-8966/2017/30806.

BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia Judicial versus Diálogos Constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?**. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2012.

_____. 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, UERJ, v. 10, nº 1, 2018.

CARDINALLI, Daniel Carvalho. **(Im)possibilidades de acesso à jurisdição constitucional do STF por movimentos sociais: alguns fatores de limitação**. Rio de Janeiro: Revista Publicum, v. 4, n. 1, 2018. p. p. 126-177.

COSTA, Alexandre; BENVINDO, Juliano. **A Quem Interessa o Controle Concentrado De Constitucionalidade? - O Descompasso entre Teoria e Prática na Defesa dos Direitos Fundamentais**. 2014. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2509541> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2509541>.

_____ ; CARVALHO; Douglas Zaidan de Carvalho; FARIAS; Felipe Justino de. **Controle de Constitucionalidade no Brasil: eficácia das políticas de concentração e seletividade**. São Paulo: Revista de Direito GV; v. 12, n. 1, p. p. 155-187.

FALCÃO, Joaquim; CERDEIRA, Pablo de Camargo; ARGUELHES, Diego Werneck. **I Relatório Supremo em Números: O Múltiplo Supremo**. Disponível em: <http://www.fgv.br/supremoemnumeros/publicacoes.html>.

GASPARI, Elio. **A ditadura escancarada**. São Paulo: Companhia das Letras, 2002. p. p. 12.

GOMES, Juliana Cesário Alvim. **Por um constitucionalismo difuso: cidadãos, movimentos sociais e o significado da Constituição**. Salvador: JusPODIVM, 2016. 224 f.

GUIMARÃES, Aline Lisbôa Naves. **Participação social no controle de constitucionalidade: o desvelamento da restrição nas decisões do Supremo Tribunal Federal**. 160 f. Dissertação (Mestrado em Direito)-Universidade de Brasília, Brasília, 2009.

GINSBURG, Tom. **Judicial Review in New Democracies: Constitutional Courts in Asian Cases**. Cambridge University Press: Cambridge, 2003.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional – A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: Contribuição para Interpretação Pluralista e “Procedimental” da Constituição**. Brasília: Revista de Direito Público, ano XI, nº 60, 2014. p. p. 25-50.

HIRSCHL, Ran. **O novo constitucionalismo e a judicialização da política pura no mundo.** Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 251, p. 139-178, mai. 2009. ISSN 2238-5177.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito.** Tradução: João Baptista Machado. 6ª ed. – São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. p. 271.

_____. **La garantía jurisdiccional de la Constitución: La Justicia Constitucional.** Anuário Iberoamericano de Justicia Constitucional. nº 15; Madrid, 2011. p. p. 295.

KINZO, Maria D'Alva G. **A democratização brasileira: um balanço do processo político desde a transição.** São Paulo: São Paulo em Perspec., v. 15, n. 4. 2001. p. p. 9.

KOERNER, Andrei. **Uma análise política do processo de representação de inconstitucionalidade pós-64.** Rio de Janeiro: Revista da EMARF, Cadernos Temáticos, 2010. p. p. 308.

_____. **Ativismo Judicial? Jurisprudência constitucional e política no STF pós-88.** Novos estud. - CEBRAP [online], nº 96, 2013. p. p.69-85.

LIMA, Carolina Alves de Souza. **Revoluções Burguesas: contribuições para a conquista da cidadania e dos direitos fundamentais.** Revista Jurídica da Universidade do Sul de Santa Catarina; v. 7, nº 12, 2016. p.p. 95-114.

MCILWAIN, Charles Howard. **Constitutionalism: ancient and modern.** Indianapolis: Liberty Fund, 2007. p. p. 22-24.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional.** 10 ed. rev. e atual.; São Paulo: Saraiva, 2015. p. p. 55-56.

MICHELMAN, Frank. **Ida's way: Constructing the Respect-Worthy Governmental System.** 72, Fordham L. Rev. 345, 2003. p. p. 345-365.

MORAES; Alexandre de. **Direito Constitucional**. 33. ed. rev. e atual. até a EC nº 95, de 15 de dezembro de 2016 – São Paulo: Atlas, 2017.

POST, Robert C.; SIEGEL, Reva B., **Roe Rage: Democratic Constitutionalism and Backlash**. Faculty Scholarship Series. Paper 169, 2007. p. p. 368

RÍO, Andrés del. **La era Vargas y la trayectoria del Supremo Tribunal Federal de Brasil: un análisis histórico institucional 1930-1945**. Revista Internacional de História Política e Cultura Jurídica. Rio de Janeiro: vol. 7, nº 2, maio-agosto, 2015. p. p. 311.

SARMENTO, Daniel. **Ubiquidade Constitucional: os dois lados da mesma moeda**. Rio de Janeiro: Revista de Direito do Estado, v. 2, 2006.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. SARMENTO, Daniel. **Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 119.

STRECK, Lenio L. Comentário ao artigo 103. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; _____ (Coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almeidina, 2013. p. p. 1.409-1.424

TATE, C. Neal; TORBJÖRN, Vallinder. **The global expansion of judicial power**. Nova York: Nova York University Press, 1995.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 15. ed. rev. e atual.; São Paulo: Saraiva, 2017. p. p. 88.

TAYLOR, Matthew M.; **O Judiciário e as Políticas Públicas no Brasil**. Rio de Janeiro: Revista de Ciências Sociais, vol. 50, nº 2, 2007. p. p. 229-257.

VALE, Osvaldo Trigueiro. **O Supremo Tribunal Federal e a Instabilidade Político-Institucional**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1976. p. p. 162.

VERÍSSIMO, Marcos Paulo. **A Constituição de 1988, Vinte Anos Depois: Suprema Corte e Ativismo Judicial “à Brasileira”**. São Paulo: Revisto Direito GV, nº 4 (2), 2008. p. p. 407-440.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **A constituição como reserva de justiça**. São Paulo: Lua Nova, nº 42, 1997. p. 53-97.

_____. **Supremocracia**. São Paulo: Revista de Direito GV, v. 4(2), 2008. p. p. 441-464