

# O Resgate da Legitimidade da Jurisdição Constitucional Objetiva pela Valorização do Procedimento

## *The Rescue of the Legitimacy of the Constitutional Jurisdiction Objective by the Valorization of the Procedure*

### **FERNANDO SÉRGIO AMORIM**

Possui Pós-Doutorado em Direito pela Université de Montreal, Centre de Recherches en Droit Public (Laboratoire de Cyberjustice) em 2015 e é Pós-Doutorando em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro PUC-Rio. Possui Doutorado em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco em 2011, Mestrado em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco em 2006, Graduação em Direito pela Fundação Educacional Jayme de Altavilla (Cesmac) em 1991 e Graduação em Jornalismo pela Universidade Federal de Alagoas em 1991. É Professor do curso de Direito do Centro Universitário Cesmac desde 1997, nos cursos de graduação e pós-graduação, e Coordenador do Curso de Direito dessa Instituição desde 2006. É Professor da Faculdade Sete de Setembro (Fasete), em Paulo Afonso/Bahia. Foi Professor substituto da Universidade Federal de Alagoas.

### **JADSON CORREIA DE OLIVEIRA**

Professor da Faculdade Sete de Setembro, Mestre em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco, Doutorando pela PUC-SP.

Data de Submissão: 28.04.2017

Data de Aprovação: 19.06.2017

Data da Comunicação ao Autor: 19.06.2017

**RESUMO:** O presente trabalho tem o escopo de analisar as mudanças sofridas pela atividade jurisdicional com vistas a conferir-lhe maior legitimidade, principalmente diante da pluralização do processo constitucional. O ponto de partida de tal estudo se deve às recentes posturas adotadas pelo Supremo Tribunal Federal — STF em sede de participação democrática em suas decisões, tais como a realização de audiências públicas e a abertura de espaço para a habilitação de *amicus curiae* no curso dos processos objetivos de controle de constitucionalidade das normas. Para alcançar o seu desiderato, realiza estudos acerca de temas delineadores da discussão, quais sejam: a busca pela legitimidade do Direito e a atuação dos intérpretes da Constituição; a necessidade de se realizar o processo constitucional de acordo com a evolução da própria sociedade a respeito dos seus valores (tempo e Constituição), ou seja, a interpretação evolutiva do Texto Constitucional, sem, contudo, poder haver um afastamento do procedimentalismo sob pena de ruptura com a própria legalidade.

**PALAVRAS-CHAVE:** Jurisdição constitucional; legitimidade; democracia deliberativa.

**ABSTRACT:** The present work has the objective to analyze the changes undergone by the judicial activity in order to give it more legitimacy, especially before the pluralization of the constitutional process. The starting point for such study is due to the recent positions held by the Supreme Court based on democratic participation in their decisions, such as holding public hearings and open space for the qualification of an *amicus curiae* in the course of the objective processes of judicial standards control. To achieve its goal, it conducts studies on some topics of discussion, which are: the quest for legitimacy of law and the role of interpreters of the Constitution, the need to carry out the constitutional process in accordance with the evolution of society itself, specially about its values (time and Constitution), the evolutionary interpretation of the Constitution, without, however, a retreat from proceduralism, under penalty of braking paradigms with legality.

**KEYWORDS:** Constitutional jurisdiction; legitimacy. deliberative democracy.

**SUMÁRIO:** Introdução; 1 O surgimento da atividade jurisdicional e a garantia constitucional do acesso à Justiça; 2 Aspectos fundamentais dos modelos de controle de constitucionalidade no Brasil; 3 Da legalidade à legitimidade: o reencontro da moral e da finalidade pública com o texto legal; 4 A garantia do acesso à Justiça e as profundas mutações sofridas pela jurisdição constitucional objetiva: como respeitar o procedimento e continuar buscando a legitimidade?; 4.1 O povo como ator e não mero espectador na interpretação das normas constitucionais; 4.2 As reformas promovidas na atividade jurisdicional: a figura do *amicus curiae* como resposta ao déficit de legitimidade das decisões do STF; 5 O procedimentalismo proposto por Habermas e a legitimidade da jurisdição constitucional: um encontro possível; 6 A soberania popular e a legitimidade da STF para promover o controle de constitucionalidade; Considerações finais; Referências.

## INTRODUÇÃO

As decisões oriundas do STF, conforme resta sedimentado na doutrina e também pelo próprio discurso da sociedade, sofrem de um déficit de legitimidade em virtude, principalmente, de aquela corte adotar uma postura distante da sociedade, desde o momento da escolha de seus membros até a formação da decisão. O que se quer dizer é que a mais alta corte do nosso País, muitas das vezes responsável por dar uma decisão final sobre situações que alcançarão os interesses da sociedade brasileira, não deveria chegar a uma conclusão sem se permitir ouvir a opinião técnica dos que serão alcançados por tal *decisum*.

O presente estudo procura demonstrar, por meio da análise de ideias como a pluralização dos intérpretes da Constituição e do respeito ao procedimento para a realização de tal atividade, é que o controle de constitucionalidade objetivo, em que pese a existência da garantia do acesso à atividade jurisdicional, na verdade, por não possuir partes nem comportar a figura do contraditório, acaba por promover um afastamento da sociedade do Direito. Tal quadro ocasiona o não entendimento das decisões proferidas.

Nesse sentido, a própria Constituição da República de 1988 busca meios de promover esse encontro, ou de pelo menos diminuir essa tensão entre os jurisdicionados e o Direito. Tanto é verdade o que se afirma anteriormente que é

sabido que, inicialmente, o sistema de controle abstrato de constitucionalidade das normas era, no tocante à legitimidade para o seu início, bastante restritivo, recaindo tal atribuição somente ao Procurador-Geral da República. Somente após a Emenda Constitucional nº 3, de 1993, ocorreu uma, ainda tímida, ampliação do rol de legitimados, exigindo-se, também, a demonstração da pertinência temática. O que tal alteração provocou foi uma singela pluralização do debate constitucional e uma certa democratização da jurisdição constitucional objetiva.

Feita a esta digressão, esse artigo realiza, de forma dialética, uma análise do resgate da legitimidade da jurisdição constitucional desenvolvida pelo STF, principalmente após o advento da Lei nº 9.868/1999, que, em seu art. 7º, § 2º, viabilizou a participação do *amicus curiae* e a Emenda ao Regimento Interno do Supremo nº 29/2009, que passou a disciplinar o procedimento para a realização das audiências públicas. Assim, percebe-se que a legitimidade da jurisdição constitucional objetiva pode ser extraída do procedimento para a formação da decisão.

Para alcançar o seu desiderato, a presente investigação se inicia pelo estudo do surgimento da atividade jurisdicional e avança para a valorização da legitimidade por meio do respeito da vontade popular.

O estudo avança valendo-se do método dialético, buscando promover um encontro entre as ideias acerca da pluralização do debate constitucional promovida por Peter Häberle, com as ideias de legitimidade e procedimento trazidas por Habermas, a fim de demonstrar o resgate dessa legitimidade do procedimento por meio da formação de um consenso legitimador trazido pelo discurso jurídico, criado na decisão capaz de convencer a sociedade sobre a sua própria validade.

## **1 O SURGIMENTO DA ATIVIDADE JURISDICIONAL E A GARANTIA CONSTITUCIONAL DO ACESSO À JUSTIÇA**

Com o advento do ideal da separação de poderes, surgiu o conceito de um poder exercido de forma una e indivisível, insuscetível de controle externo, mas com aptidão para promover o controle da atividade dos demais poderes, surgindo assim o conceito de Jurisdição.

A partir do momento em que o Estado avocou para si o poder de solucionar conflitos e de pacificar as relações sociais, criou a jurisdição e vedou, em regra, o uso da autotutela. Mas, além de ter criado um poder, deu luz, também, a um dever, o de resolver as lides e, além disso, o de pacificar as relações sociais.

Se por um lado a jurisdição é um poder que abarca um gama de atribuições e competência, também tem a sua faceta de sujeição, a partir do momento em que o Texto Constitucional veda o seu não exercício ou a criação de obstá-

culos para que ela seja alcançada pela sociedade. Essa é a doutrina do acesso à Justiça.

Mas o conceito de jurisdição ainda permanecia vago e impreciso. Em um primeiro momento, competia ao juiz aplicar o direito posto. Contudo, e se a norma for de encontro aos anseios da sociedade? Se ela não tiver passado por um procedimento legítimo de elaboração e validação? Esse poder-dever continuava comportando uma série de atribuições, mas também não era suficiente para legitimar uma atuação contrária aos interesses sociais.

Em um período mais recente, surge a indagação acerca da possibilidade de a jurisdição abarcar uma atividade jurisprudencial que acaba por promover severas alterações ao enunciado normativo, consubstanciando-se em uma verdadeira usurpação da função legislativa. Uma jurisprudência de valores não romperia com o princípio da reserva legal e com a própria segurança jurídica?

As perguntas anteriores acabaram por promover uma verdadeira mudança na forma como a sociedade enxerga aqueles que exercem a atividade jurisdicional, bem como culminou em uma abertura cognitiva e dialógica dos que antes exerciam tal poder de forma ensimesmada.

Na verdade, surge um período de crise e nesse momento nascem propostas de alteração de paradigmas.

Sobre o tema, merece menção e destaque a obra de Capelletti e Garth (1988), que traz a ideia de que a atividade jurisdicional precisa passar, em uma terceira onda de reformas, por verdadeiras mudanças estruturais do Estado e da forma como esse entende tal poder-dever. (Capelletti; Garth, 1988).

A jurisdição não pode ser exercida com o fim exclusivo de legitimar atuações estatais, nem pode ser analisada apenas sob a ótica formal da mera aplicação das leis. A ideia de Estado democrático anda lado a lado à forma como a jurisdição é exercida nesse mesmo Estado, pois a ideia de jurisdição está atrelada à de poder.

A esse respeito, vale destacar:

[...] Uma coisa é certa: não podemos aceitar como democrático um regime que se sustenta apenas no papel e promove a desigualdade social, porque no fundo não passa de uma farsa dizer que se inspira no princípio do governo do povo, na medida em que a maioria da população é afastada do processo de acesso ao poder; também não podemos aceitar como democrático um governo que promove a igualdade social, e, assim se inspira no princípio do governo para o povo, mas que não alcançou o poder por meio da participação popular. [...]. (Souza, 2008, p. 45)

A participação social no exercício da atividade jurisdicional corrobora com o raciocínio de que a abertura cognitiva procedimental do processo obje-

tivo de constitucionalidade das normas, proposta nesse trabalho, além de promover uma singela aproximação da sociedade ao Direito e, principalmente, ao STF.

É partindo dessas premissas que o legislador criou mecanismos para garantir tal democratização da jurisdição constitucional sem que se desrespeitasse o procedimento estabelecido. Cria-se, então, o espaço para a figura do *amicus curiae* e a realização de audiências públicas, como uma forma de promover a democratização do controle concentrado de constitucionalidade, valorizando, pois, o exercício da cidadania ao permitir que a sociedade participe do processo de formação da decisão.

## 2 ASPECTOS FUNDAMENTAIS DOS MODELOS DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL

Em virtude de o presente trabalho versar sobre a análise do resgate da legitimidade da jurisdição constitucional objetiva desenvolvida pelo STF, nesse capítulo serão realizados estudos a respeito do controle de constitucionalidade que é o exemplo máximo da jurisdição constitucional.

O tema do controle de constitucionalidade tem em seu berço a própria ideia de supremacia da Constituição. Assim, o Estado das leis cede lugar ao modelo de Estado Constitucional, ao raciocínio de que não é qualquer norma que merece ser cumprida apenas por ser cogente, mas sim aquelas que possuem intrínseca relação com conceitos substanciais superiores, como a norma constitucional.

Vale mencionar ainda que o sistema de controle de constitucionalidade tem lugar em constituições rígidas, ou seja, naquelas que não permitem que ato normativo inferior as modifiquem, até porque são decorrentes do próprio Texto Constitucional.

Nos dizeres de Clèmerson Clève,

a compreensão da constituição como Lei Fundamental implica não apenas o reconhecimento de sua supremacia na ordem jurídica, mas, igualmente, a existência de mecanismos suficientes para garantir juridicamente (eis um ponto importante) apontada qualidade. A supremacia, diga-se logo, não exige apenas a compatibilidade formal do direito infraconstitucional com os comandos maiores definidores do modo de produção das normas jurídicas, mas também a observância de sua dimensão material. (2000, p. 25)

O controle de constitucionalidade no Brasil pode ser exercido de forma preventiva, conforme a incorporação das premissas do modelo francês realizado por meio do seu Conseil Constitution, ou de forma repressiva, que pode ser dar de maneira concentrada, pautada no raciocínio kelseniano de uma Corte Constitucional que possui apenas o condão de zelar pelo Texto Constitucional,

ou de maneira difusa, com raízes no constitucionalismo norte-americano surgido ainda quando do célebre julgamento do caso *Marbury vs. Madison*, em que compete a todos os detentores da atividade jurisdicional o dever de zelar por sua higidez (Teixeira, 2008, p. 250-251).

O modelo concentrado é pautado por um rol fechado de legitimados a propor ações de revisão das normas, enquanto que o difuso possui uma base ampla, permitindo o acesso de todos à jurisdição constitucional por intermédio de qualquer órgão jurisdicional; o sistema concentrado não possui partes, nem permite a intervenção de terceiros, e, por conta disso, possui efeitos *erga omnes*, o difuso, por sua vez, por possuir partes, produzirá efeitos apenas entre aqueles que tenham participado da relação processual.

Essa dicotomia no estudo dos modelos de controle de constitucionalidade reside, hodiernamente, apenas no campo doutrinário, uma vez que tais sistemas acabam por absorver as características próprias um do outro. Como exemplo disso tem-se a constante abstrativização do controle difuso de constitucionalidade e a crescente busca pela participação social no processo de formação da decisão, tratado neste trabalho como abertura do processo constitucional objetivo, que promove uma verdadeira subjetivização do controle concentrado de constitucionalidade.

### **3 DA LEGALIDADE À LEGITIMIDADE: O REENCONTRO DA MORAL E DA FINALIDADE PÚBLICA COM O TEXTO LEGAL**

O princípio da legalidade marca o surgimento do conceito de Estado de Direito em substituição ao antigo Estado de Polícia ou Estado Absoluto. Naquele modelo estatal temos que o princípio susodito inaugurou o período das leis, recaindo, assim, sobre a figura dos que integram a *longa manus* do Estado agir de acordo com o exato comando normativo.

Juntamente com o conceito de legalidade, deve-se observar, em nosso ordenamento jurídico, como regime de governo, o princípio democrático, que é assim conceituado por Moreira Neto (2005, p. 79):

Este princípio se refere à forma de governo adotada por um Estado, seja republicano ou monárquico, que reconheça a origem do poder no povo, entendido como a parcela dos membros da sociedade aptos a manifestar a vontade política geral, e, em razão disso, estabeleça a igualdade de todos perante a lei, inclusive para proceder à escolha dos seus representantes, aqueles que deverão aplicar o poder do Estado de acordo com essa vontade popular [...].

Assim, em sociedades nas quais a Constituição produz mais do que um efeito programático, isto é, um efeito concretizador dos direitos ali insculpidos, não se pode falar em legalidade sem a procura pelo respaldo dado a sua atuação pelos próprios destinatários. Surge assim a busca pela legitimidade.

No ponto, para demonstrar a distância que há entre a legalidade e a legitimidade, é interessante destacar o estudo realizado por Jorge Miranda acerca do princípio da legalidade no constitucionalismo soviético, quando apresenta que, na extinta União Soviética, a aceitação das normas se dava pelo simples fato de serem de natureza socialista (Miranda, 2002, p. 117).

Então, diante do natural amadurecimento social e constitucional pelo qual passou a sociedade, principalmente no período posterior à Segunda Guerra Mundial, o conceito de legalidade passou a abarcar os princípios da moralidade e da finalidade pública. Não mais se concebia o atuar estatal como um mero cumprimento da norma. Espera-se, desde então, um atuar estatal com o escopo de garantir as premissas contidas no Texto Constitucional, aguarda-se do Estado o cumprimento de normas que sejam pautadas pela proporcionalidade e pela razoabilidade.

A bem da verdade, hoje, encontramos a necessidade de que as atividades estatais, aí incluída a jurisdicional, sejam exercidas tendo como paradigma de validade a exata resposta social diante da adoção de tal postura. Por essa razão, em sentido oposto, não se deve olvidar que decisões que não guardam correlação com a realidade tendem a não ser adimplidas e acabam por fazer a sociedade e o Direito se afastar. O processo, aí incluído o processo constitucional, deve ser legal, isto é, baseado no cumprimento das regras preestabelecidas, mas também devido, ou seja, adequado à necessidade real, concreta.

O tema citado foi objeto de estudo elaborado por Kelsen no sentido de ratificar a validade de se entender o Judiciário como o guardião da Constituição, posto que, muito embora seja uma função política, esta última expressão deve ser entendida como exercício de poder, o que autorizaria a atuação jurisdicional (Kelsen, 2003).

Indissociável das linhas anteriormente escritas há o surgimento do movimento pós-positivista, ou do neoconstitucionalismo, pensamento que vai além da premissa de que a Constituição ocupa o centro do universo jurídico e atua como uma moldura, perante a qual todos os demais ramos do Direito precisam se adequar. A ideia que agora se passa a alinhar diz respeito ao Texto Constitucional ser um papel permeado de ideais e premissas que vivem em constante conflito dialético, mas que podem conviver harmoniosamente em virtude da sua constante adaptabilidade às necessidades dos jurisdicionados concretamente deduzidas.

Novamente, o Direito retoma a sua preocupação da procura pela legitimidade, as leis devem buscar se adequar ao contexto fático e social no qual são aplicadas, devendo o intérprete promover tal adequação do conteúdo do texto com a realidade. O mero enunciado normativo não é mais suficiente para se dizer se tal dispositivo fere a Carta Magna, deve-se, a partir de então, flexibilizar

esse texto para que, materialmente, a Constituição possa comportar outras situações que, em tese, formalmente, seriam inconstitucionais.

A obra de Häberle sobre a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição não deixa de ser uma vertente do movimento neoconstitucionalista, pois prega a análise dos valores envolvidos na interpretação e, além disso, promove uma desconstrução teórica do rol taxativo de intérpretes jurídicos (sociedade fechada) do Texto Constitucional, partindo da premissa de que todos que vivem a norma constitucional são seus intérpretes em potencial.

#### **4 A GARANTIA DO ACESSO À JUSTIÇA E AS PROFUNDAS MUTAÇÕES SOFRIDAS PELA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL OBJETIVA: COMO RESPEITAR O PROCEDIMENTO E CONTINUAR BUSCANDO A LEGITIMIDADE?**

A partir do momento em que a sociedade brasileira passou a viver o espírito constitucional, passou, também, a querer entender, participar e influenciar as decisões proferidas pela Corte a quem recai o ônus de zelar pelo cumprimento da Carta Magna.

Para além de uma mera técnica processual, a abertura do processo constitucional objetivo ou, aproveitando o termo criado pela doutrina, a subjetivação do controle abstrato de constitucionalidade das normas, mostra-se como uma postura crescente nas decisões proferidas pelo STF. Quanto mais o Texto Constitucional se preocupa com a pluralização do debate de suas próprias normas, maior é a aproximação da sociedade.

O presente trabalho preocupa-se com o estudo da legitimidade da jurisdição constitucional por meio da abertura do processo constitucional objetivo, sem desrespeitar o procedimento ou enfraquecer o próprio modelo de controle concentrado, abertura do processo constitucional, mas não se pode deixar de observar, sob a ótica da legitimidade para a propositura de ADI, exemplo máximo do controle abstrato de constitucionalidade, que, a partir do momento em que foi superado o antigo modelo que trazia como único legitimado o Procurador-Geral da República, possibilitou-se uma pluralização do debate constitucional. Hodiernamente, as confederações sindicais, órgão entre os legitimados constitucionalmente que mais se aproxima da sociedade, até mesmo pelas suas constantes aparições em debates políticos, são quem mais propuseram ADIs.

Em verdade, busca-se demonstrar que, quanto mais se amplia o debate constitucional, maior é a tendência de participação social e de aproximação dos diálogos proferidos pela sociedade e pelo Direito. Mas, indo além do mero rol de legitimados pela Constituição, a abertura que se defende nas linhas desse estudo é aquela não apenas para dar início ao processo constitucional, mas sim uma capaz de viabilizar a participação antes da tomada da decisão; ou seja, independentemente de quem tenha dado azo ao desenvolvimento da atividade

jurisdicional constitucional, o que se defende é a possibilidade de participação popular na tomada de decisão por meio da realização de audiências públicas e da habilitação de *amicus curiae* como formas de garantir a sua legitimidade democrática.

Ainda, o relatório de atividades do STF, a respeito do tema audiências públicas, traz os seguintes dizeres:

Desde a realização da primeira, em 2007, a audiência pública tem sido importante instrumento que, além de subsidiar os Ministros no julgamento de determinadas ações, também possibilita a participação da sociedade civil – pelos seus setores organizados – no enfrentamento da controvérsia constitucional. (2011, p. 53)

Então, a partir do momento em que o constituinte erigiu o acesso ao controle jurisdicional como garantia constitucional, o processo deve dar a exata resposta esperada pelas partes, sendo o minimamente interventivo. Em sendo assim, deve-se buscar ouvir os anseios da sociedade, razão pela qual se passou a implementar a subjetivação do controle concentrado de constitucionalidade. A partir de então, o processo constitucional em abstrato passou por um giro interpretativo procedimental.

Nesse sentido, de acordo com Kelsen, houve um “estilhaçamento pluralista” da unidade do Estado, no tocante ao controle concentrado de constitucionalidade (Kelsen, 2003).

Desta forma, independentemente de quem tenha dado início ao processo constitucional objetivo, o presente trabalho busca demonstrar que a realização de audiências públicas e a permissão para que *amici curiae* se habilitem nos processos de controle de constitucionalidade reforçam o argumento de que a garantia do acesso à Jurisdição traz para o Poder Judiciário muito mais do que uma guarida contra as possíveis investidas despóticas dos demais Poderes, incorpora o conceito de democracia e legitimidade de suas decisões. O Judiciário, sobremaneira o STF, não pode ser recluso em si mesmo, confiante na infalibilidade de suas decisões, nem achar que a mera aplicação do estrito Direito, sem levar em consideração todo um conjunto de fatores sociais, é suficiente para que se traga uma decisão que possa ser aceita e adimplida pela sociedade.

#### **4.1 O POVO COMO ATOR E NÃO MERO ESPECTADOR NA INTERPRETAÇÃO DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS**

A todo momento foi dito no presente trabalho que as decisões jurisdicionais devem respeito aos anseios sociais, mas então indaga-se, qual o significado da expressão “povo”?

Na tentativa de conceituar a expressão anteriormente mencionada, Friedrich Müller analisa quatro significações possíveis:

O povo como instância de atribuição está restrito aos titulares da nacionalidade, de forma mais ou menos clara nos Textos Constitucionais; o povo ativo está definido ainda mais estreitamente pelo direito positivo (textos de normas sobre o direito a eleições e votações, inclusive a possibilidade de ser eleito para diversos cargos públicos). Por fim ninguém está legitimamente excluído do povo-destinatário; também não *e.g.* os menores, os doentes mentais ou as pessoas que perdem – temporariamente – os direitos civis. Também eles possuem uma pretensão normal ao respeito dos seus direitos fundamentais e humanos [...]. (2003, p. 79-80)

A importância da definição do povo repercute na preocupação com a legitimidade das decisões, uma vez que não se pode permitir a ditadura de uma maioria como sendo sinônimo de democracia, por isso a adoção da postura contramajoritária em algumas decisões jurisdicionais, mas, ao mesmo tempo, deve ser respeitado o procedimento que rege as relações processuais.

Afinal de contas, o povo é intérprete em potencial do Texto Constitucional, mas, quando permanece alheio ao exercício do poder, nada mais se torna além de uma figura oprimida pelo próprio poder.

Sobre o tema do protagonismo social, Emerson Borges de Oliveira assim se manifesta (2015, p. 40):

No Brasil, por exemplo, bem ou mal, foi a partir de um clamor público, já esgotado de tantos escândalos políticos, que conduziu à pressão popular a motivar a edição da Lei da Ficha Limpa e, igualmente, na sua aceitação pelo Supremo Tribunal Federal como constitucional.

É bem sabido que a atividade jurisdicional não sofre controle externo, as decisões oriundas do exercício desse poder só são passíveis de controle por esse mesmo poder. Mas não se pode olvidar que a opinião pública interfere na realização da interpretação das normas constitucionais.

O que se pretende demonstrar no presente trabalho é a noção de que o Direito busca respeitar alguns conceitos metajurídicos que habitam no seio da sociedade. Contudo, isso não implica dizer que deve haver uma sujeição das normas aos valores sociais, um total desapego à criação legislativa do Direito por uma sobrevalência da interpretação substancial dessas mesmas normas.

Corroborando com o quanto afirmado:

O Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, na redação dada pela Emenda Regimental nº 29/2009, prevê para o presidente ou relator, em relação aos processos de sua competência, atribuição de convocar audiência pública para ouvir o depoimento de pessoas com experiência e autoridade em determinada matéria, sempre que entender necessário o esclarecimento de questões ou circunstâncias de fato, com repercussão geral e de interesse público relevante, debatidas no âmbito do tribunal (RISTF, arts. 13, XVII e XVIII, e 21, XVII e XVIII). (Mendes, 2012, p. 1.302)

Na verdade, o que deve existir é um necessário diálogo entre sociedade e jurisdição constitucional que só se viabiliza por meio da implementação da garantia do acesso à atividade jurisdicional prevista constitucionalmente.

O direito à participação representa uma das dimensões da cidadania, bastante valorizada, por exemplo, no constitucionalismo estadunidense, berço do modelo difuso de controle de constitucionalidade que é pautado, entre outras premissas, pela pulverização do legitimados (Miranda, 2002).

#### **4.2 AS REFORMAS PROMOVIDAS NA ATIVIDADE JURISDICIONAL: A FIGURA DO *AMICUS CURIAE* COMO RESPOSTA AO DÉFICIT DE LEGITIMIDADE DAS DECISÕES DO STF**

A Constituição da República, em seu art. 5º, inciso XXXV, garante o acesso à atividade jurisdicional estatal a todas as pessoas, obstando, assim, a criação de barreiras, empecilhos, para que a sociedade alcance o Poder Judiciário.

Também é sabido que a atividade jurisdicional é permeada por técnicas e mecanismos que, por vezes, acabam por promover um fechamento procedimental do seu acesso, como é o caso dos legitimados para a propositura de ações constitucionais que visem à declaração direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal. Nesse momento, vale lembrar que, inicialmente, o Procurador-Geral da República era o único legitimado a propor ADIn, no entanto, com o advento da Emenda Constitucional nº 3, esse rol foi ampliado, comportando as pessoas que agora integram o art. 103 da CR/1988. Porém, mesmo diante de tal ampliação, ainda criou-se um mecanismo para evitar o enfraquecimento do processo constitucional objetivo, a chamada repercussão geral.

Assim, nem todos os componentes do rol do artigo *supra* possuem legitimidade para promover o manejo de ação direta de inconstitucionalidade contra norma que viola o Texto Constitucional, devendo, pois, demonstrar a sua pertinência temática.

Sobre o tema, vale transcrever o seguinte excerto:

Cuida-se de inequívoca restrição ao direito de propositura, que, em se tratando de processo de natureza objetiva, dificilmente poderia ser formulada até mesmo pelo legislador ordinário. A relação de pertinência assemelha-se muito ao estabelecimento de uma condição da ação – análoga, talvez, ao interesse de agir –, que não decorre dos expressos termos da Constituição e parece ser estranha à natureza do sistema de fiscalização abstrata de normas. (Mendes; Coelho; Gonet Branco, 2009, p. 1.108).

O que se percebe é que, com o advento da EC 3, procurou-se promover uma abertura cognitiva procedimental da jurisdição constitucional desenvolvida pelo STF, não podendo o legislador, por conta da garantia constitucional do

alcance à atividade jurisdicional, estabelecer qualquer empecilho; todavia, por meio de uma construção jurisprudencial, o próprio STF acabou por criar novos requisitos a serem observados quando da propositura de ADIn.

Em momento posterior, com o advento da Lei nº 9.868/1999, que trata da ADIn, em seu art. 7º, § 2º, o STF passou a admitir a manifestação de outros órgãos e entidades diversos daqueles que integram o rol do art. 103 da CR/1988. Tem-se aí o permissivo legal para o *amicus curiae* participar do processo constitucional concentrado.

Diante dos múltiplos aspectos que envolvem a própria argumentação relacionada com os fundamentos da inconstitucionalidade, sustentamos a razoabilidade, se não a obrigatoriedade, de que se reconhecesse a todos aqueles que participam de demandas semelhantes no âmbito do primeiro grau o direito de participação no julgamento a ser levado a efeito pelo Pleno ou pelo órgão especial do tribunal. Idêntica participação deveria ser deferida ao Ministério Público e à pessoa jurídica de direito público responsável pela edição do ato normativo. (Mendes, 2012, p. 1.301)

Na verdade, deve-se salientar que o amigo da cúria já possuía previsão legal desde o advento da Lei Federal nº 6.385/1976, que, em seu art. 31, trouxe a determinação da intervenção da Comissão de Valores Mobiliários – CVM nos processos que versem sobre matérias afetas às atribuições da Autarquia. No mesmo sentido, a antiga Lei Federal nº 8.884/1994, que disciplina o Conselho Administrativo de Defesa Econômica, em seu art. 89, hoje reproduzido na novel legislação 12.529/2011, em seu art. 118, previa a participação obrigatória do Cade nos processos que envolvam temas atinentes ao Direito da Concorrência (Didier Jr., 2012).

Nesse momento vale dizer que as primeiras previsões legais de intervenção do *amicus curiae* traziam o raciocínio de uma intervenção obrigatória e por intermédio de uma pessoa que já era de conhecimento prévio, CVM ou Cade, fazendo com que tal conceito se aproximasse bastante da figura do *custus legis*. Porém, diante do atual cenário, resta claro que o amigo da cúria pode ser qualquer órgão ou entidade, conforme literal previsão do § 2º, *in fine*, do art. 7º da Lei nº 9.868/1999, bem como pode ocorrer de forma não provocada e sequer é obrigatória.

Novamente, a participação do *amicus curiae* revela a preocupação do STF com os efeitos da sua decisão perante a sociedade, pois não basta dizer que as decisões judiciais devem ser cumpridas, deve-se explicar e permitir que a sociedade entenda e, até mesmo, participe do processo de tomada da decisão.

[...] A relevância social de alguns tipos de causa é fator para uma adequação objetiva da tutela jurisdicional, que deve ter suas peculiaridades procedimentais modificadas de acordo com as características do objeto do processo. A ouvida/manifestação do *amicus curiae* é uma das manifestações desta adequação; so-

bretudo uma especialização procedimental, que não se confunde com qualquer espécie de fenômeno interventivo. (Didier Jr., 2012, p. 419)

Por ser pautada no intuito de conferir legitimidade às decisões prolatadas pelo STF, a participação do amigo da cúria não se limita apenas à apresentação de memoriais, mas, na verdade, comporta amplos poderes, como já restou decidido pelo Supremo quando da apreciação da ADIn 2.130-SC, ainda no ano 2000. Assim, por se tratar a intervenção do *amicus curiae* de um ponto benéfico ao exercício da atividade jurisdicional concentrada, não se pode limitar a sua participação à mera apresentação de memoriais, pelo contrário, deve-se viabilizar, entre outros poderes processuais, por exemplo, a realização de sustentações orais, uma vez que são destinadas a promover o esclarecimento de alguns pontos aos magistrados (Brasil, STF, 2000).

Ao mesmo tempo em que a participação do *friend of court* conduz ao raciocínio de que a atividade jurisdicional deve respeitar os anseios da sociedade, o procedimento deve também ser respeitado. Assim sendo, como a própria Lei nº 9.868/1999 prevê, a participação daquela figura será facultativa, decidida por meio de despacho irrecorrível do relator, isso tudo em respeito ao princípio da celeridade das decisões jurisdicionais e, sobretudo, para que não se dilua e enfraqueça o processo objetivo em virtude da sua pluralização, que acabará por trazer ao processo situações distintas do mérito.

## **5 O PROCEDIMENTALISMO PROPOSTO POR HABERMAS E A LEGITIMIDADE DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL: UM ENCONTRO POSSÍVEL**

Desde o início desse estudo foi defendida a ideia de que o fechamento procedimental da jurisdição constitucional, por meio do estabelecimento de um procedimento excessivamente formal e excludente, culmina por promover um verdadeiro déficit de legitimidade das decisões. Um poder, afinal de contas, a jurisdição é não apenas um dever, uma garantia à sociedade, mas também uma prerrogativa, que se afasta do povo e serve muito mais para oprimi-lo do que para defendê-lo.

A jurisdição possui uma gama de atribuições tão forte que um dos primeiros comportamentos de um estado tirânico é criar obstáculos ao acesso ao controle jurisdicional, já que ele tem o condão de promover a nulidade dos atos exarados pelo Executivo e controlar a constitucionalidade dos atos legislativos.

Diante das ponderações feitas, percebe-se que a imposição de qualquer tipo de restrição ao acesso à Jurisdição deve ser combatido. Por conta disso é que a figura do *amicus curiae* assume essa característica de funcionar com um instrumento de democratização do processo constitucional objetivo.

Contudo, surge a seguinte indagação: A partir do momento em que o *caput* do art. 7º da Lei nº 9.868/1999 estabeleceu não ser possível a intervenção de terceiros no procedimento que rege a ADIn, trata-se, verdadeiramente, o amigo da *cúria* de uma forma de democratizar as decisões oriundas da jurisdição constitucional ou configura-se em um mero elemento de retórica legislativa sob o pseudo argumento da legitimação das decisões?

Tal indagação tem lugar a partir do momento em que o processo constitucional, assim como qualquer outro processo, deve ser pautado pela observância dos procedimentos que o regem e, em momento algum, o legislador se preocupou em conceituar de uma forma mais objetiva como se dá a atuação do *amicus curiae*, limitando-se a falar a respeito da possibilidade da sua participação. Em outras palavras, o legislador não falou como se efetiva a participação dos amigos da *cúria*, se por meio da apresentação de memoriais ou por meio da realização de sustentação oral, a respeito da possibilidade do manejo de algum meio de impugnação às decisões judiciais, entre outros poderes processuais conferidos às partes.

É bem verdade que o STF já se manifestou, no julgamento da ADI 2.130-SC, no sentido de dizer que são amplos os poderes processuais conferidos ao *friend of court*, mas ele mesmo também não disse até onde vai essa amplitude. Isso cria uma insegurança jurídica e a possibilidade de uma atuação pautada, unicamente, em uma jurisprudência de valores (Brasil, STF, 2000).

Devido a essas situações, o procedimentalismo habermasiano merece espaço nas presentes linhas e ganha relevância no desenvolvimento desse trabalho.

De logo vale a ressalva de que a ideia proposta por Habermas não o afasta do conceito de legitimidade pela prevalência do procedimento como sendo um fim em si mesmo, pelo contrário, a sua tese aborda o conceito de justificação, pois esse é o tema central de uma democracia.

Cumprе mencionar a perspectiva de Habermas acerca do princípio da democracia:

O princípio da democracia resulta da interligação [*Verschränkung*] que existe entre o princípio do discurso e a forma jurídica. Eu vejo esse entrelaçamento [*Verschränkung*] como uma gênese lógica de direitos, a qual pode ser construída passo a passo. Ela começa com a aplicação [*Anwendung*] do princípio do discurso ao direito a liberdades subjetivas de ação em geral – constitutivo para a forma jurídica enquanto tal – e termina quando acontece a institucionalização jurídica de condições para um exercício discursivo da autonomia política, a qual pode equiparar, retroativamente, a autonomia privada, inicialmente abstrata, com a forma jurídica. Por isso, o princípio da democracia só pode aparecer como núcleo de um sistema de direitos. A gênese lógica desses direitos forma um processo circular, no qual o código do direito e o mecanismo para a produção de direito

legítimo, portanto o princípio da democracia, se constituem de modo co-origiário. (Volpato Dutra, 2005, p. 280)

Para Habermas, a legitimidade do Direito surge a partir do instante em que há o processo jurídico responsável pela normatização do discurso por meio da participação de todas as pessoas aptas.

No mesmo sentido, Häberle (2013) afirma ser o dever da maioria ter que justificar as suas decisões.

Nessa linha surge uma situação bem interessante dentro do próprio raciocínio habermasiano atinente à questão da legitimidade. Para esse autor, não basta apenas a positivação do discurso para que uma norma alcance o patamar da legitimidade, na verdade, deve haver uma aceitabilidade racional.

A esse respeito, leia-se a seguir a transcrição do doutrinador supracitado:

O princípio da democracia estatui que o consenso que dá legitimidade ao direito deve resultar do acordo de todos. Não é difícil apontar para a problematicidade de tornar operacionalizável uma tal exigência, devido ao seu alto conteúdo idealizador. Para tornar mais realista a democracia, ela passa por um duplo processo de limitação, o qual preenche, ainda, certamente, as condições de um procedimento democrático, mas de modo aproximado. O primeiro processo de limitação é aquele pelo qual a soberania do povo, enquanto vontade democrática, se exerce de forma representativa ou delegada; o segundo dá-se pela introdução da regra da maioria como forma de decisão nos órgãos colegiados, nos parlamentos e nos pleitos em geral. (Volpato Dutra, 2005, p. 289)

Portanto, diante de tudo o quanto restou demonstrado, reitere-se que o *punctum saliens* da teoria de Habermas acerca da legitimidade reside na questão da justificação. A vontade da maioria deve ser respeitada e prevalecer dentro de uma arena própria para a realização desse debate que irá evoluir para uma democracia. Todavia, a minoria, segundo o próprio autor, só dá o seu consentimento se houver a possibilidade de tais decisões virem a ser revistas com o passar do tempo, de acordo com os constantes influxos sociais.

O que se percebe, nesse momento, é a mesma preocupação quando nos deparamos com decisões judiciais que asseveram que a participação de *amici curiae* e a realização de audiências públicas aproximam a Corte, seja ela Suprema ou Tribunal Constitucional, da sociedade, promovendo, dessa forma, a pluralização do debate ou a democratização, por meio do próprio princípio da democracia, nos moldes como proposto por Habermas, da jurisdição, já que a tomada da decisão compete à Corte, não havendo necessidade, em tese, da oitiva de terceiros técnicos, não interessados, no julgamento da causa (Habermas, 1997).

Assim, é bastante válida a preocupação do Judiciário de fazer valer a vontade legislativa pela criação de tais formas de pluralização do debate.

No entanto, convém indagar o seguinte: Se o legislador estava tão preocupado em promover essa minoração do déficit de legitimidade das decisões judiciais, que possui membros não escolhidos pelo povo, no caso do Brasil, por que não se preocupou em estabelecer ao menos parâmetros mínimos para a efetivação de tais instrumentos? Em outras palavras, por que foi tão tímido ao ponto de sequer utilizar a expressão *amicus curiae*, ou amigo da cúria em tradução livre, na Lei nº 9.868/1999?

O cenário anteriormente descrito acaba por exigir uma atuação mais contundente do Judiciário, cobrando-lhe a aplicação da juridicidade e não apenas da legalidade. Sobre o tema, seguem a seguir valiosas palavras de Gilmar Mendes acerca da aplicação da lei e do Direito:

Isso significa que até mesmo a simples aplicação do direito ordinário pelos tribunais pode ocasionar lesão aos direitos fundamentais, tanto no caso de inobservância completa de determinada regra do direito fundamental (*Defizit; Fehleinschätzung*) quanto na hipótese de a decisão assentar-se em considerações insustentáveis e arbitrárias do prisma objetivo (*unhaltbare und deshalb willkürliche Entscheidung*) ou em construção que ultrapassa os limites constitucionais do direito jurisprudencial (*Überschreitung der verfassungsrechtlichen Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung*). (Mendes, 2012, p. 201)

Resta evidenciado que tal silêncio eloquente, bem como a utilização da expressão “poderá”, no intuito de caracterizar a facultatividade da intervenção do *friend of court*, denotam um apego exacerbado ao formalismo e traços de uma postura estatal de soberania absoluta e surda perante a sociedade.

## **6 A SOBERANIA POPULAR E A LEGITIMIDADE DA STF PARA PROMOVER O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE**

A partir das linhas anteriores resta clara a proposta do presente trabalho em demonstrar a necessidade da oitiva da vontade popular a fim de que sejam tomadas decisões jurisdicionais legítimas e efetivas.

Tão importante quanto a premissa *supra* é o raciocínio que se cria no sentido de se questionar a legitimidade do Judiciário, órgão composto por membros não eleitos pela vontade popular e, para muitos, um ente desconhecido, para se manifestar acerca da constitucionalidade ou não das normas propostas pelo Legislativo, esse sim um Poder que representa a sociedade e que tem seus membros escolhidos por meio da vontade popular.

Por óbvio, é fácil constatar que o controle de constitucionalidade sob o prisma formal da norma não enceta dúvidas quanto à legitimidade do Poder Ju-

diciário para a sua realização. No entanto, o problema reside quando uma norma é considerada substancialmente ou materialmente contrária à Constituição.

A análise dessa afronta deve ser realizada por uma corte composta por onze ministros, não escolhidos pela população e que não têm a obrigação formal de ouvir a sociedade, mas apenas o permissivo legal para a realização de tal oitiva?

Essa é a premissa basilar que dá sustentação à teoria da objeção democrática à atividade do Judiciário de se manifestar sobre as normas no seu âmbito material.

Nesse sentido, Comella, em tradução livre, diz que<sup>1</sup>

a objeção democrática é mais séria, sem dúvida, quando os motivos de invalidação de uma lei não estão associados ao federalismo, mas sim a princípios substantivos reconhecidos na Constituição, como os direitos fundamentais. Por que as opiniões dos juízes devem prevalecer sobre as opiniões das maiorias legislativas sobre a matéria? (2010, p. 357-358)

Diante do tema que ora se apresenta, deve-se realizar a seguinte constatação: O Poder Judiciário, ao exercer a jurisdição constitucional, afirma estar defendendo a Constituição contra possíveis influxos contrários às suas normas, principalmente no tocante à edição de atos normativos ou equivalentes. Ao mesmo tempo, no anseio de garantir a sua legitimidade para atuar, o mesmo Judiciário afirma ser o defensor das minorias por meio da adoção de uma postura contramajoritária em alguns momentos.

O grande problema que se apresenta no momento é que o procedimento para a elaboração das normas é disciplinada pela regra do parlamento, e não das cortes.

Deve-se distinguir a competência para construir o direito da competência para criá-lo:

[...] é tênue a linha divisória entre a construção do direito que é competência do Judiciário e a criação do mesmo que é competência do Legislativo. Na medida em que o Judiciário adentrar na província do Legislativo, ele ferirá a separação de poderes do Estado de direito. Nessa perspectiva, o controle de constitucionalidade, visto este concernir primariamente a princípios, se torna um ponto central na análise da relação problemática entre Judiciário e Legislativo [...]. (Volpato Dutra, 2005, p. 290)

---

1 No original: "La objeción democrática es más seria, sin embargo, cuando los motivos de invalidación de una ley no están asociados al federalismo, sino a principios sustantivos recogidos en la Constitución, como los derechos fundamentales. ¿ Por qué las opiniones de los jueces deben prevalecer sobre las opiniones de las mayorías legislativas en esta materia?"

É bem verdade que a vontade da maioria deve prevalecer, mas essa vontade não pode atentar contra o próprio procedimento capaz de tornar legal a atuação dessa maioria. Assim, compete ao Poder Judiciário promover esse controle quanto à legalidade de tais atos.

Mas, daí a se dizer que garantir a vontade da minoria é o mesmo que atribuir legitimidade às suas decisões é um passo enorme, pois, conforme dito antes, a regra da maioria encontra a limitação prática de ser inviável, sendo implementada, então, pela regra da representação. Mesmo quem defende a ideia de que o Direito se legitima por sua autoridade, chegando até a dispensar a ideia de consenso social, ratifica o raciocínio esposado nessas linhas quando traz à lume o raciocínio de que é legislador dotado de autoridade “capaz de reconhecer as aspirações sociais e o interesse social” (Grau, 2005, p. 89).

O objeto de estudo centra-se na ideia de que as decisões oriundas de um modelo concentrado de controle de constitucionalidade, para que sejam legítimas, precisam abarcar os conceitos de moral e finalidade pública de um texto legal, para tanto, deve permitir a participação dos que serão alcançados pela decisão judicial no procedimento de sua formação. Nesse sentido, o uso da democracia deliberativa nas decisões proferidas pelo STF, em sede de controle concentrado de constitucionalidade, assegura uma vitória do consenso. Esse ponto nevrálgico foi objeto de estudo dos doutrinadores da teoria política contemporânea, e recebeu a nomenclatura de modelo deliberativo de democracia.

Assim, indaga-se: O princípio democrático é sinônimo de vontade da maioria? É bem verdade que este trabalho não se destina a resumir as principais ideias acerca do conceito de democracia. Porém, para que se possa discutir a validade da abertura do procedimento a fim de que se ouça a sociedade, pela via do *amicus curiae* ou mediante a realização de audiências públicas, devem ser estabelecidos alguns marcos a respeito do tema para demonstrar a sua importância.

Então, de um antigo modelo de democracia como o existente em Atenas, onde todos os cidadãos discutiam livremente, sem intermediários, os temas de relevante interesse social, passa-se a um modelo de democracia representativa. E, como não poderia deixar de ser, tal modelo sofre críticas, principalmente no tocante à representação da vontade geral que, muitas das vezes, é substituída pelo interesse particular do representante. Assim, a legitimidade do representante não reside no aspecto de ser ele a voz da maioria, mas sim em sua eleição por um procedimento institucionalizado.

Nesta senda, deve-se entender que o modelo susodito estabeleceu uma tensão entre representação e participação. Então, surgem duas modalidades de democracia, a democracia participativa ou direta, e a democracia representativa ou indireta. E, quando se enfatiza o processo de formação das decisões,

admite-se, também, dois outros modelos de democracia, a saber: i) o modelo agregativo e, ii) o modelo deliberativo (Vidal, 2009).

Sobre o tema, vale transcrever excerto explicativo:

No modelo agregativo, a democracia é vista simplesmente como um processo pelo qual os cidadãos, em virtude de suas preferências comuns, são levados a se agregarem para a escolha de candidatos e políticas públicas, na defesa de seus interesses. Daí afirmar-se que o modelo agregativo traduz um tipo de democracia centrada puramente em interesses, isto é, os diversos partidos buscam a adesão de um maior número de cidadãos às suas propostas para, dessa forma, poderem determinar as ações dos responsáveis pela elaboração das leis e dos negócios públicos em geral. Dá-se, nesse modelo, uma espécie de competição entre grupos, na qual cada partido está mais preocupado com a satisfação de seus próprios interesses.

[...]

O modelo deliberativo, por sua vez, concebe a democracia como um processo no qual os indivíduos se associam publicamente para tratar de ideias, objetivos e metas, relativos a problemas de ordem pública.

[...]

O modelo de democracia deliberativa liga-se, portanto, ao ideal republicano de que as pessoas governam-se a si próprias através da ação política e das leis que elas próprias elaboram. (Vidal, 2009, p. 70-72)

Destaque-se que a deliberação reside no processo de tomada da decisão. Assim, nada mais legítimo e democrático do que permitir a participação da sociedade como protagonista no processo de formação do convencimento e da decisão jurisdicional que irá repercutir, diretamente, sobre todos.

Esse é o principal pilar para que se viabilize a realização de audiências públicas e que se permita a habilitação do *amicus curiae* na relação processual. Nada mais faz o Judiciário do que conferir legitimidade democrática às suas decisões a partir do momento em que realiza uma abertura cognitiva do sistema jurídico para abarcar expectativas e frustrações quanto à sua futura decisão.

Habermas não traz um conceito de legitimidade pautado apenas pela legalidade, mas sim no fato de o procedimento corresponder com a prática discursiva, ou seja, não basta o procedimento, mas, tão importante quanto ele é a sua justificação (Mariano, 2010).

Trazendo para a jurisdição constitucional concentrada, o procedimento para a sua realização foi construído no Legislativo e lá mesmo já houve a previsão para a sua abertura cognitiva com a realização de audiências públicas e a permissão da participação do *amicus curiae*, isso com vistas a justificar, social-

mente, uma decisão trazida por onze pessoas, ministros do STF, que deverá ser cumprida por toda a sociedade.

Assim, de nada adiantaria a permissão da participação popular no processo de tomada da decisão se não houvesse a sua efetiva capacidade de influenciar os julgadores, da mesma forma, a decisão jurisdicional que observa os anseios da sociedade pode até não ser bem recebida por ela, mas, uma vez que tenha sido justificada, será compreendida e, naturalmente, adimplida.

Nessa mesma esteira de raciocínio, cabe fazer alusão ao fato de que o procedimento *per si* não é mais suficiente para conferir legitimidade a um poder ou decisão, em sendo assim, o STF, ao mesmo tempo em que adota um procedimento democrático de formação de decisão, também cria para si mesmo um dever de resposta à sociedade, em uma espécie de modelo de processo cooperativo

Esse, pode-se afirmar, foi o resgate da legitimidade de suas decisões promovidas pelo STF.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho teve como ponto nodal a investigação acerca da pluralidade que se deve conferir à jurisdição constitucional objetiva no intuito de conferir-lhe a legitimidade que se aguarda das decisões judiciais.

Assim, não mais se pode falar, simplesmente, em um império de lei, mas sim em uma nova ordem jurídico-normativa constitucional. A busca pela legitimidade permite que o Direito se aproxime da sociedade e de seus anseios, fazendo com que as suas decisões sejam respaldadas e adimplidas. O conceito de legitimidade guarda indissociável relação com o movimento neoconstitucionalista que tomou força no período do segundo pós-guerra.

Em verdade, a questão do déficit de legitimidade das decisões jurisdicionais vai além daquelas oriundas do STF, mas tem nesse o seu principal exemplo.

O escopo da investigação realizada foi trazer à baila temas inquietantes como a questão da vontade da maioria e a forma de procedimentalizar a manutenção de tal vontade sem que isso se mostre como um elemento decorrente do uso da força. A força, ou o argumento de autoridade que visa esconder o uso do meio coercitivo, não é suficiente para conferir legitimidade a um ordenamento jurídico, bem como não pode o Judiciário assumir a posição de local apto para a formação de textos normativos.

A tensão existente entre o discurso da legitimidade do direito e a manutenção da separação dos Poderes está longe de ser solucionada, pois ela vive em uma balança que pende para cada lado em resposta ao comportamento social.

Em outras palavras, tomando como exemplo o Brasil, é de fácil percepção que o Poder Judiciário, sobremaneira o STF, vem sendo visto como a tábua de salvação dos interesses sociais perante a inércia, ou até mesmo a atuação direcionada à consecução de um fim escuso, do Legislativo. Por conta dessa legitimidade social conferida ao STF é que se consegue explicar a adoção de posturas ativistas, tais como aquela revelada no julgamento da ADPF 132, que tratou do reconhecimento jurídico das uniões homoafetivas e a forma como o mandado de injunção evoluiu da mera declaração da mora legislativa à adoção de uma postura concretista pelo Supremo.

Diante dessas ponderações, cada vez mais se mostra como sendo um critério a ser respeitado aquele que diz que o procedimento deve ser seguido a fim de que se evite a criação de uma jurisprudência de valores que possa culminar em uma ditadura da toga ou na chamada supremocracia.

A criação de um procedimento organiza a forma como deverá ser ouvida a sociedade e garante a sua legitimidade por meio da participação e consequente aceitação racional. Então o estudo foi pautado pela tentativa de promover esse encontro entre a teoria que trata da pluralização do debate constitucional promovida por Peter Häberle com as ideias de legitimidade e procedimento trazidas por Habermas.

Assim, esse trabalho abordou a questão da forma como o povo deve ser visto pelo Direito, bem como a maneira como ele enxerga o próprio Direito, o respeito à vontade do povo e a problemática que envolve a atuação do Judiciário em detrimento do Legislativo, causando o que se vê com grande fluxo horodiernamente, constantes mudanças devido ao sobrevalor conferido à já referida jurisprudência de valores.

Não se está a defender o estabelecimento de amarras ao Judiciário, longe disso, até porque ele representa a observância de todos os Poderes à legalidade, mas sim, ele mesmo, Judiciário, respeitar essa mesma legalidade, todo o procedimento que deve reger a forma como a atividade jurisdicional é exercida, já que o processo é o veículo da jurisdição.

Por fim, resta entendido que a temática aqui abordada ainda encontra alguma resistência, principalmente quando analisada perante os princípios da segurança jurídica e da legalidade, mas que, mesmo assim, vem sendo a tônica adotada em matéria de processo constitucional.

## REFERÊNCIAS

- BORGES DE OLIVEIRA, Emerson Ademir. *Ativismo judicial e controle de constitucionalidade – Impactos e efeitos na evolução da democracia*. Curitiba: Juruá, 2015.
- BRASIL. STF. ADIn 2.130. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=363431>. Acesso em: 27 jul. 2012.

\_\_\_\_\_. ADI por legitimado. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=adiLegitimado>. Acesso em: 27 jul. 2012.

\_\_\_\_\_. Relatório de atividades do ano de 2010. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/sobreStfConhecaStfRelatorio/anexo/Relatorio2010.pdf>. Acesso em: 27 jul. 2012.

\_\_\_\_\_. Estatística de ADIs por legitimados. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=adiLegitimado>. Acesso em: 27 jul. 2012.

CAPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1988.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: RT, 2000.

COMELLA, Víctor Ferreres. *El control judicial de la constitucionalidad de la ley*. El problema de su legitimidade democrática in *El canon neoconstitucional*. Madrid: Trotta, 2010, p. 356-380.

DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*. Introdução ao direito processual civil e processo de conhecimento. 14. ed. Salvador: JusPodivm, v. 1, 2012.

GRAU, Eros Roberto. *Direito posto e o direito pressuposto*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

HABERLE, Peter. *Pluralismo y constitución*. Estudios de teoría constitucional de la sociedad abierta. Espanha: Tecnos, 2013.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Trad. F. B. Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, v. 1, 1997.

KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

MARIANO, Cynara Monteiro. *Legitimidade do direito e do Poder Judiciário: neoconstitucionalismo ou poder constituinte permanente?* Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; GONET BRANCO, Paulo Gustavo. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MIRANDA, Jorge. *Teoria do estado e da constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

MÜLLER, Friedrich. *Quem é o povo? A questão fundamental da democracia*. Trad. Peter Naumann. Rev. Paulo Bonavides. 3. ed. São Paulo: Max Limonad, 2003.

SOUZA, Wilson Alves de. *Sentença civil imotivada*. Caracterização da sentença civil imotivada no direito brasileiro. Salvador: JusPodivm, 2008.

TEIXEIRA, João Paulo Allain. O controle de constitucionalidade no Brasil. *Revista da Esmape*, Recife, v. 13, n. 27, p. 249-264, jan./jun. 2008.

VIDAL, Jânio Nunes. *Elementos da teoria constitucional contemporânea*. Estudos sobre as constantes tensões entre política e jurisdição. Salvador: JusPodivm, 2009.

VOLPATO DUTRA, Delamar José. A dedução do princípio da democracia em Habermas. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, n. 51. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 278-294, abr./jun. 2005.