

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
DEPARTAMENTO DE DIREITO PRIVADO E PROCESSO CIVIL**

Bibiana Gava Toscano de Oliveira

**LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA DAS DECISÕES
DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL:
ALTERNATIVAS PROCESSUAIS**

Porto Alegre

2017

BIBIANA GAVA TOSCANO DE OLIVEIRA

**LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA DAS DECISÕES
DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL:
ALTERNATIVAS PROCESSUAIS**

Monografia apresentada ao Departamento de Direito Privado e Processo Civil da Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito parcial para a obtenção do grau de bacharel em Direito.

Orientador: Professor Doutor Daniel Mitidiero.

Porto Alegre

2017

BIBIANA GAVA TOSCANO DE OLIVEIRA

**LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA DAS DECISÕES
DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL:
ALTERNATIVAS PROCESSUAIS**

Aprovada em _____

BANCA EXAMINADORA:

Orientador: Professor Doutor Daniel Mitidiero

Professor Doutor Sérgio Mattos

Professor Doutor Klaus Koplin

AGRADECIMENTOS

Aos meus pais, pela incansável dedicação;

Às minhas grandes amigas, cuja sensibilidade, força e inteligência foram o motor da minha autoconfiança enquanto mulher, estudante e profissional;

À Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul, pelos inesgotáveis ensinamentos;

Ao Eduardo, pelo afeto atento e contínuo, com todo o meu amor.

RESUMO

O presente trabalho versa sobre a legitimidade democrática das decisões judiciais proferidas pelas jurisdições constitucionais. O tema mereceu a atenção de importantes filósofos e teóricos do direito, que há tempo questionam se as jurisdições constitucionais são compatíveis com o regime democrático, já que são as responsáveis por, eventualmente, invalidar atos normativos que com ela não se harmonizem. No presente estudo, parte-se da perspectiva de que texto normativo e norma não se confundem: a norma é resultado da interpretação realizada nos órgãos jurisdicionais, sendo que essa atividade interpretativa deve estar justificada na decisão judicial. Essa justificação, somada à viabilização de ampla participação social nos processos judiciais, é o que permite que toda e qualquer decisão judicial – inclusive do Supremo Tribunal Federal – seja legítima. São as práticas do STF, e não a sua natureza, que podem, ou não, ser compatíveis com a democracia. Em síntese, a legitimidade democrática das decisões do STF é um problema específico que se situa no seio de um problema mais amplo, qual seja, o da legitimidade das decisões judiciais. O controle da justificação dessas decisões e a participação da sociedade civil em tais processos podem ser viabilizados por instrumentos processuais de inegável relevância, tais como a intervenção do *amicus curiae* e a realização de audiências públicas, capazes de pluralizar e democratizar as práticas do Supremo Tribunal Federal. Essa potência será demonstrada ao longo do trabalho. Uma análise atenta dos autos do Recurso Extraordinário número 841.526/RS, no entanto, demonstra que o Supremo Tribunal Federal ainda precisa evoluir para fazer jus ao *slogan* de abertura que costuma sustentar por conta da admissão de terceiros interventores nos processos.

Palavras-chave: legitimidade democrática. Supremo Tribunal Federal. *Amicus curiae*. Audiências públicas.

ABSTRACT

This paper deals with the democratic legitimacy of the judicial decisions handed down by the constitutional jurisdiction. The subject has attracted important philosophers and law theorist's attention, who have long questioned whether constitutional jurisdictions are compatible with the democratic regime, given that they have the power, eventually, to invalidate normative acts. In the present study, in a different way, one starts from the perspective that normative text and norm are not the same: the norm is the interpretation results, made in the jurisdictional organs, being that this interpretative activity must be justified in the judicial decision. This justification, together with the viability of a broad social participation in judicial proceedings, is what allows any judicial decision – including the Supremo Tribunal Federal decisions – to be legitimate. In short, the democratic legitimacy of STF decisions is a specific problem that lies within a broader problem, that is, the problem of the judicial decisions legitimacy. The decisions justification control and the civil society participation in such processes can be made possible by procedural instruments of undeniable relevance, such as *amicus curiae* and public hearings, capable of pluralizing and democratizing the Supremo Tribunal Federal practices. This power will be demonstrated throughout the work. An attentive analysis of Appeal number 841.526/RS demonstrates, however, that the Supremo Tribunal Federal has yet to evolve to account for the opening slogan that it usually supports due to the admission of third-parts in the procedures.

Key-words: democratic legitimacy. Supremo Tribunal Federal. *Amicus curiae*. Public hearings.

Sumário

1	Introdução.....	1
2	O Problema da Legitimidade Democrática das Decisões Judiciais.....	5
2.1	Da Legislação à Jurisdição	5
2.2	A Racionalidade da Decisão como Elemento de Legitimação Democrática	12
3	O Problema Específico da Legitimidade Democrática das Decisões do Supremo Tribunal Federal	22
4	Caminhos Processuais para solucionar o Problema da Legitimidade Democrática.....	36
4.1	<i>Amicus Curiae</i>	36
4.2	Audiências Públicas.....	41
5	Um Caso Paradigmático: o Recurso Extraordinário número 841.526/RS	47
5.1	O Caso	47
5.2	Os <i>Amici Curiae</i>	49
5.3	O Julgamento do Supremo Tribunal Federal.....	52
5.4	A Crítica	56
6	Conclusão	61

1 Introdução

Quem decide se o Novo Código Florestal é justo? O ensino religioso nas escolas públicas é compatível com o Estado laico? Está de acordo com os valores positivados na Constituição Federal? E o financiamento de campanhas eleitorais? Quem garante que os representantes da população brasileira, democraticamente eleitos, conseguiram fazer justiça no momento de decidir coletivamente essas e outras importantes questões?

Essas perguntas serviram de motivação ao desenvolvimento do presente trabalho. Cidadãos, teóricos e juristas, no Brasil e no mundo, travam importante debate sobre as possíveis soluções para o seguinte problema: o processo legislativo pode, por vezes, resultar em decisões diametralmente opostas às normas constitucionais, ainda que seja composto por três etapas de deliberação e decisão, todas albergadas pela Constituição Federal.

Quando o processo legislativo falha na tarefa de compatibilizar a decisão tomada no âmbito do Poder Legislativo com a Constituição Federal, abrem-se algumas vias ao cidadão: buscar a tutela do direito subjetivo perante os órgãos jurisdicionais, tratando, incidentalmente, da constitucionalidade da norma que lhe foi aplicada; ou, por meio de um dos legitimados ativos elencados no artigo 103 da Constituição Federal, submeter a norma ao exame do Supremo Tribunal Federal, que proferirá decisão atribuindo-lhe determinado sentido ou declarando-a incompatível com a ordem constitucional. As figuras elencadas no artigo 103 da Constituição Federal podem, ainda, ajuizar ações que visem a declarar a constitucionalidade de normas, quando existente relevante controvérsia judicial acerca de sua compatibilidade com a Carta Constitucional; arguir o descumprimento de preceito fundamental; requerer a declaração da inconstitucionalidade de uma omissão do Poder Legislativo.

Nem tudo fica resolvido, contudo. Podem os membros do Supremo Tribunal Federal, que não são eleitos, decidir legitimamente sobre questões de tamanha importância, suprimindo a decisão tomada pelo legislador? E como solucionar o problema democrático que surge com a criação da norma a partir do texto normativo elaborado pelo legislador?

A isso deve-se acrescentar que o problema da legitimidade democrática das jurisdições constitucionais fica mais evidente quando a Corte exerce o controle de constitucionalidade das normas, porque, nesse momento, eventualmente invalida as leis democraticamente criadas pelo legislador. No entanto, o problema da legitimidade democrática não se limita às decisões

proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle de constitucionalidade. No âmbito do Supremo Tribunal Federal, mesmo quando não se está fazendo controle de constitucionalidade, a decisão pode ser ilegítima, tendo em vista que atribui sentido ao texto constitucional, formando precedente judicial, cuja aplicação recai sobre toda a sociedade civil.

O problema da ilegitimidade democrática não se limita nem mesmo às decisões proferidas pela Corte. Isso porque a norma é produto da interpretação do texto normativo, realizada no Poder Judiciário como um todo. Assim, uma decisão judicial que confere sentido a um texto normativo, ainda que proferida em instância ordinária, pode ser ilegítima.

O presente trabalho objetiva analisar o problema da legitimidade democrática das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal. No centro da análise coloca-se a seguinte pergunta: **a legitimidade democrática das decisões judiciais do Supremo Tribunal Federal pode ser maximizada por instrumentos processuais, tais como audiências públicas e *amicus curiae*?**

A resposta passará pela demonstração de que, partindo da concepção teórica que reconhece a norma como produto da interpretação do texto normativo, atividade realizada no âmbito do Poder Judiciário, o problema da legitimidade democrática pode atingir toda e qualquer decisão judicial. É a transparência do trabalho do intérprete, expressa na própria decisão, que irá conferir legitimidade às decisões, desde que a participação social seja viabilizada, permitindo o exercício do controle intersubjetivo do poder estatal.

Assim, o estudo passará pela análise de diferentes correntes teóricas a respeito da criação do direito. Nesse momento, será demonstrado que a norma carece de um sentido preexistente, desde logo atribuído pelo legislador. Ao contrário, diversos sentidos podem ser conferidos aos textos normativos pela atividade interpretativa realizada no âmbito do Poder Judiciário, que será tão mais legítima quanto mais permeada pela participação da sociedade civil.

É possível concluir, diante disso, que o problema da legitimidade das decisões judiciais atinge todo o ordenamento jurídico brasileiro. Toda decisão judicial pode padecer de um problema de legitimidade, caso não apresente os elementos inerentes a uma decisão racional. Vale dizer: carecerá de legitimidade a decisão judicial baseada em atividade interpretativa não justificada, ou em resultado interpretativo incoerente e não universalizável. Para além de tais requisitos, há que se possibilitar o controle intersubjetivo das partes, realizado por meio do exercício de direitos fundamentais processuais consagrados na

Constituição Federal, e, por vezes, de outros mecanismos, capazes de qualificar o debate travado no processo e conferir maior racionalidade à decisão.

A questão da legitimidade das decisões do Supremo Tribunal Federal, portanto, situa-se no seio deste primeiro problema mais amplo, qual seja, o da racionalidade das decisões judiciais. Uma vez que a decisão proferida em sede de controle de constitucionalidade abstrato faz coisa julgada com eficácia *erga omnes*, é necessária uma qualificação dos instrumentos que garantem a racionalidade da decisão. A mesma necessidade se verifica no julgamento de recursos extraordinários cujos efeitos possam transcender os interesses das partes, em razão da formação de precedente judicial.

Para isso, utilizam-se instrumentos como as audiências públicas e o *amicus curiae*.

Assim, o cerne do presente trabalho é analisar como esses instrumentos processuais conferem à sociedade civil poder de influência sobre o julgamento de ações que tramitam perante o Supremo Tribunal Federal, em que se atribuirá sentido a determinado texto normativo e se interpretarão dispositivos constitucionais.

A metodologia de pesquisa adotada para a elaboração deste trabalho de conclusão foi, portanto, qualitativa. O estudo baseou-se em pesquisa bibliográfica e também em análise de julgado emblemático do Supremo Tribunal Federal (Recurso Extraordinário número 841.526/RS), a fim de verificar o poder de influência exercido pelas entidades admitidas como *amici curiae* naquele litígio, em que o Supremo Tribunal entendeu viável a aplicação do artigo 37, §6º, da Constituição Federal à omissão do Estado no dever de preservação da incolumidade física dos indivíduos segregados em casas prisionais.

Pode-se questionar o porquê de analisar tal influência apenas em uma decisão do Supremo, especialmente considerando a admissão do *amicus curiae* enquanto modalidade de intervenção de terceiros em todas as instâncias no Código de Processo Civil (artigo 138). Da mesma forma, a realização de audiências públicas não é exclusividade dos processos que tramitam perante a Corte Suprema, ocorrendo também na solução de alguns litígios coletivos nas instâncias ordinárias e, principalmente, no âmbito administrativo. No entanto, o recorte adotado teve por base importante ensinamento de Umberto Eco: quanto mais se restringe o campo, melhor e com mais segurança se trabalha. Uma tese monográfica é preferível a uma

tese panorâmica. É melhor que a tese se assemelhe a um ensaio do que a uma história ou a uma enciclopédia.¹

Nesse contexto, analisar instrumentos como o *amicus curiae* e as audiências públicas apenas no âmbito do Supremo Tribunal Federal parece mais adequado ao escopo de um trabalho de conclusão, e pode fornecer resultados mais específicos.

O estudo de caso realizado ao final deste trabalho partiu de análise minuciosa dos autos do Recurso Extraordinário número 841.526/RS, oportunidade em que se percebeu que os debates travados no âmbito do Supremo Tribunal Federal ainda precisam passar por maior abertura, viabilizando a participação efetiva da sociedade civil e permitindo que essa participação seja verificável no próprio acórdão.

Em suma, a análise do referido caso trouxe a resposta para a hipótese deste trabalho: com efeito, instrumentos processuais como o *amicus curiae* e as audiências públicas são imprescindíveis para a abertura do debate travado no âmbito da jurisdição constitucional brasileira. A sua mera existência e admissibilidade, contudo, não são capazes de garantir, por si sós, a pluralização e a legitimidade das decisões judiciais do Supremo Tribunal Federal.

O presente estudo consiste, portanto, em uma verificação das condições atuais e futuras para a construção de uma jurisdição constitucional verdadeiramente democrática: não só na essência, mas também na prática. Busca-se verificar o caminho a percorrer para que se construa uma Corte verdadeiramente acessível à sociedade civil, a fim de que tenhamos, ao menos em alguma medida, um Poder Judiciário menos desatento e afastado da realidade social.

¹ ECO, Umberto. *Como se faz uma tese*. Tradução de Gilson Cardoso de Souza. São Paulo: Perspectiva, 2008. 21ª Edição, p. 12.

2 O Problema da Legitimidade Democrática das Decisões Judiciais

2.1 Da Legislação à Jurisdição

Às vezes, duas ou mais coisas levam o mesmo nome. Dito de outro modo, eventualmente um mesmo vocábulo denota objetos distintos e até mesmo desconexos, heterogêneos.² Essa conclusão pode parecer simples, mas é, na realidade, resultado de uma longa evolução.

A passagem do Estado Legislativo para o Estado Constitucional implicou uma série de mudanças no que toca à compreensão do Direito. Essas mudanças podem ser divididas em três eixos distintos: a primeira concerne à teoria das normas; a segunda, à técnica legislativa; a terceira, por fim, diz respeito ao significado da interpretação jurídica e à própria compreensão a respeito da natureza do Direito.³

O desenvolvimento do presente trabalho, que perpassa pelo tema da racionalidade das decisões judiciais, depende, necessariamente, da compreensão da perspectiva teórica inaugurada por esta terceira mudança. Trata-se da perspectiva teórica que vê a norma como fruto da interpretação dos textos normativos.

Nem sempre foi assim, contudo. O presente tópico tem o escopo de demonstrar o caminho percorrido até a conclusão de que a norma só existe enquanto produto da atividade interpretativa. Essa concepção teórica contrapõe-se ao mito da teoria declaratória da jurisdição, amplamente adotada pelo pensamento dos Oitocentos, baseada na ideia de que a legislador – e apenas o legislador – seria capaz de promover a segurança jurídica e a liberdade dos indivíduos.⁴

A propósito, a própria palavra mito – de forma semelhante a tantas outras palavras – pode denotar diferentes valores semânticos. Mito pode significar “fábula”, “invenção”, “ficção”. Nas sociedades arcaicas, ao contrário, designava a ideia de “história verdadeira ou preciosa”. Hoje, pode significar também “tradição sagrada, revelação primordial, modelo

² GUASTINI, Riccardo. *Interpretare e argomentare*. Trattato di Diritto Civile e Commerciale. Milano: Giuffrè Editore, 2011, p. 3.

³ MITIDIERO, Daniel. *A tutela dos Direitos como Fim do Processo Civil no Estado Constitucional*. Revista de Processo, Ano 39, Vol. 229, p. 51-74, março/2014.

⁴ MITIDIERO, Daniel. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. 2ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 25-26.

exemplar".⁵ A riqueza inesgotável de sentido das palavras, à qual não escapa a palavra mito, faz por bem anotar: adota-se, no presente trabalho, o primeiro significado descrito. Falar-se-á, neste tópico, da lenda de que os juízes poderiam declarar uma norma preexistente à interpretação, vale dizer, intrínseca ao próprio texto normativo.

O pensamento oitocentista partia do pressuposto de que a interpretação judicial era meramente declaratória de normas preexistentes: adotava-se, à época, a teoria declaratória da jurisdição, em que os juízes eram considerados oráculos do direito ou seres inanimados, em ambas as experiências inglesa e francesa, respectivamente.⁶ Imaginar o juiz como uma dessas figuras, ainda que em ordenamentos jurídicos tão distintos, revela a adoção de um ponto de partida em comum: trata-se do acolhimento da teoria cognitivista da interpretação, uma das três teorias que disputam espaço no pensamento jurídico moderno.

De acordo com a teoria cognitivista, a interpretação é um ato de conhecimento ou descoberta de um único significado possível, intrínseco ao texto normativo elaborado pelo Parlamento. A atividade interpretativa do juiz não poderia passar de mero exercício de declaração do sentido da lei, determinado pelo próprio legislador. A concepção cognitivista da interpretação se baseia na ideia de que existiriam respostas certas para todo problema interpretativo. Suas principais características são bem sintetizadas por Riccardo Guastini:

La teoria cognitivistica presuppone l'esistenza, in ogni testo normativo, di un senso univoco e suscettibile di conoscenza: il significato deve ritenersi incorporato ai testi normativi e precostituito all'interpretazione, la quale consiste appunto nel portarlo alla luce. Da questo punto di vista, ogni testo normativo è suscettibile di una, ed una sola, interpretazione vera (tutte le altre essendo false), ed ogni questione di diritto è suscettibile, per così dire, di una ed una sola "soluzione corretta".⁷

Conforme marca o autor no trecho transcrito, a adoção da teoria cognitivista implica o desconhecimento e a negação da equivocidade dos textos normativos e da vagueza das normas. Vale dizer: o único e correto sentido do texto normativo seria identificado pelo intérprete, pois esse sentido já se encontraria no próprio texto. A atividade interpretativa não

⁵ ELIADE, Mircea. *Mito e Realidade*. Tradução de Paola Civelli. São Paulo: Editora Perspectiva, 1972, p. 6.

⁶ MITIDIERO, Daniel. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. 2ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 25-26.

⁷ GUASTINI, Riccardo. *Interpretare e argomentare*. Trattato di Diritto Civile e Commerciale. Milano: Giuffrè Editore, 2011, p. 409. "A teoria cognitivista pressupõe a existência, em todo texto normativo, de um sentido unívoco e suscetível de conhecimento: o significado deve ser considerado incorporado aos textos normativos e pré-constituído à interpretação, a qual consiste precisamente em iluminá-lo. A partir desse ponto de vista, todo texto normativo é suscetível de uma, e apenas uma, interpretação verdadeira (sendo falsas todas as outras) e toda questão de direito é suscetível, por assim dizer, de uma e somente uma "solução correta".

seria mais que mera declaração de uma norma preexistente. Esse pensamento, amplamente adotado pelo Brasil, funda-se na teoria de Montesquieu, segundo o qual o juiz não seria mais que a boca da lei. E nem o poderia, tendo em vista que não foi imbuído da legitimidade que apenas a eleição democrática lhe poderia conceder.⁸

A teoria de Montesquieu foi associada à ideia de liberdade, modernidade e jurisdição constitucional pela cultura jurídica dos Oitocentos. O termo liberdade, na obra de Montesquieu, consiste em uma situação individual do cidadão e deriva de uma organização constitucional particular: o único direito de liberdade consiste no direito de obedecer à lei existente. Essa organização constitucional deveria ser garantida pela própria constituição, o que exigiu do filósofo a indicação e individualização dos poderes que compõem o Estado.⁹

O Poder Legislativo, nessa esteira, seria o poder em que se confecciona a lei, cuja validade poderia ter tempo determinado ou indeterminado. Interessante perceber, portanto, que Montesquieu imaginava um Poder Legislativo de onde as normas saíssem prontas. Essa premissa é facilmente identificável a partir da definição dada pelo filósofo ao Poder Judiciário: seria nesse âmbito que os crimes seriam punidos e os conflitos privados solucionados, através de uma atividade puramente intelectual, que não produziria novos direitos.¹⁰

Diante disso, é possível perceber que a teoria de Montesquieu não se encerra em simplesmente descrever a separação dos poderes na modernidade. Trata-se, além disso, de expor como deveria se dar o próprio funcionamento dos poderes, teorização de cunho essencialmente ideológico. Assim concluiu Giovanni Tarello:

L'ideologia política si palesa come ideologia e programma di organizzazione giuridica, il cui fondamento conoscitivo è la credenza che il giudice (prima di dovere, e per poter dovere) *possa* tecnicamente limitarsi a pronunciare le parole della legge, limitarsi a iterare l'espressione della legge.¹¹

⁸ GUASTINI, Riccardo. *Interpretare e argomentare*. Trattato di Diritto Civile e Commerciale. Milano: Giuffrè Editore, 2011, p. 409-410.

⁹ TARELLO, Giovanni. *Storia della cultura giuridica moderna*. VI. Le origini francesi dell'illuminismo giuridico. Montesquieu e Voltaire. Bologna: Il Mulino, 1976. P. 285-286.

¹⁰ Ibidem, p. 289.

¹¹ Ibidem, p. 294. "A ideologia política é revelada como ideologia e programa de organização jurídica, cujo fundamento cognitivo é a crença de que o juiz possa tecnicamente se limitar e pronunciar a palavra da lei, limitar-se a declarar a expressão da lei".

A teoria que descreve a separação dos poderes enquanto produto das constituições não é a única ideia elaborada por Montesquieu em sua obra, em suma. Embutida nessa descrição está a definição política de como deveriam funcionar os poderes, e, mais especificamente, de como deveria se dar a atividade interpretativa dos juízes – ou melhor, como essa atividade interpretativa deveria *não* se dar. As duas teorias – descritiva e ideológica – de Montesquieu foram bem sintetizadas por Daniel Mitidiero:

É possível distinguir aí duas teorias distintas. A primeira é uma teoria sobre a separação dos poderes, em que Montesquieu pretende descrever como qualquer Estado se organiza do ponto de vista de seus poderes, isto é, quais são os poderes do Estado. A segunda, no entanto, já não é mais uma teoria sobre quais são os poderes do Estado, mas como esses poderes devem ser distribuídos e como devem funcionar. Se a primeira é uma teoria descritiva, a segunda é uma teoria prescritiva.

Esse ponto é da mais alta importância. Como teoria prescritiva, as ideias de Montesquieu constituem um programa político, uma bandeira ideológica fundada em um mito – o mito oriundo da crença de que o juiz poderia ao interpretar limitar-se a declarar uma norma preexistente, cifrando-se apenas ao texto preciso da lei. Desse modo, imaginando-se que os juízes poderiam ser entendidos como seres inanimados, que seriam simples bocas da lei e que por essa razão exerceriam um poder inexistente, Montesquieu faz uma ligação direta entre segurança jurídica, liberdade e igualdade: a lei é clara, estável e irretroativa e, portanto, segura. Por essa razão, por si só é capaz de assegurar liberdade e igualdade para todas as pessoas, tendo em conta que as decisões judiciais são simples declaração da lei aplicadas de maneira silogística ao caso concreto.¹²

Em outras palavras, o direito nada mais era do que a lei, norma geral e abstrata criada pelo legislador, a qual viria a ser aplicada pelo juiz nos casos concretos. Não se trata apenas de descrever a separação entre os poderes que compõem o Estado, mas de atribuir-lhes funções e posições. A hegemonia do Poder Legislativo, prescrita por Montesquieu, acabou por colocar os Poderes Executivo e Judiciário em posição de subordinação: cabia ao Judiciário a aplicação da lei, sem a realização de atividade interpretativa, tendo em vista que o poder de criação do direito era tarefa única e exclusiva do legislador.¹³ A posição ocupada pelo Poder Judiciário na teoria de Montesquieu fica clara pela conclusão do próprio filósofo: a tarefa de mera aplicação da norma ao caso concreto, atribuída aos juízes, fazia do poder de julgar um poder nulo.¹⁴

¹² MITIDIERO, Daniel. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. 2ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 47.

¹³ MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria Geral do Processo*. 7ª Edição. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 25.

¹⁴ TARELLO, Giovanni. *Storia della cultura giuridica moderna*. VI. Le origini francesi dell'illuminismo giuridico. Montesquieu e Voltaire. Bologna: Il Mulino, 1976, p. 293.

Em que pese pareçam desassociadas da realidade contemporânea, não se pode negar o mérito das teorias desenvolvidas por Montesquieu, voltadas à contenção das arbitrariedades de um corpo de juízes imoral e corrupto.¹⁵ Trata-se de reflexo da repulsa popular contra o abuso da função jurisdicional exercido pelas as altas cortes de justiça no tempo do *ancien régime*. Os juízes estavam de tal maneira identificados com o regime feudal que consideravam inaceitável qualquer inovação liberal, sacramentando comportamentos e decisões extremamente conservadoras.¹⁶

As teorias de Montesquieu foram adotadas no Brasil. Sua teoria descritiva – que prevê a separação entre os poderes do Estado – foi positivada no artigo 2º da Constituição Federal de 1988, que define como poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.¹⁷

A exposição de tais teorias demonstra que, no Estado Legislativo, o próprio significado da interpretação jurídica era diverso daquele experimentado no Estado Constitucional. Passa-se, com a transição do primeiro para o segundo, a entender que o Direito não é meramente descrito ou revelado.¹⁸ A evolução do primeiro para o segundo pressupõe o acolhimento de uma nova concepção teórica, fundada na diferenciação entre texto e norma e das próprias funções típicas da do legislador e dos juízes.¹⁹ Os textos normativos elaborados no âmbito do Poder Legislativo não correspondem às normas, as quais serão fruto da atividade interpretativa do juiz. Cabe transcrever, aqui, passagem da obra de Eros Roberto Grau:

O que neste livro passo a sustentar é inteiramente diverso. Quando refiro a “produção” do direito pelo juiz, refiro-a em sentido diverso daquele veiculado pelo vocábulo “criação”. Pois o que desejo afirmar é que o intérprete autêntico “produz” direito porque necessariamente completa o trabalho do legislador (ou do autor do texto, em função regulamentar ou regimental). O intérprete autêntico completa o trabalho do autor do texto normativo; a finalização desse trabalho, pelo intérprete autêntico, é necessária em razão do próprio caráter da interpretação, que se expressa na produção de um novo texto sobre aquele primeiro texto. (...) Tem que ser assim:

¹⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria Geral do Processo*. 7ª Edição. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 26.

¹⁶ CAPPELETTI, Mauro. *Repudiando Montesquieu? A Expansão e a Legitimidade da "Justiça Constitucional"*. Tradução de Fernando Sá. Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, v. 20, Outubro/2001, p. 268-269. Disponível em: <http://www.seer.ufrgs.br/index.php/revfacdir/article/download/71892/40768>. Acesso em: 19.Mar.2017.

¹⁷ BRASIL. Constituição Federal de 1988. Planalto. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 19.Mar.2017.

¹⁸ MITIDIERO, Daniel. *Cortes Superiores e cortes supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 14-15.

¹⁹ SARLET, Ingo; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 4ª Ed. ampl. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 782.

porque a interpretação é a transformação de uma expressão (o texto) em outra (a norma), sustento que o juiz “produz” o direito.²⁰

O poder do juiz de criar o direito pode ser, em um primeiro momento, visto como algo temerário. Afinal, a Constituição Federal prevê que todo poder emana do povo, e enxergar o povo nas decisões dos juízes pode ser eventualmente difícil, especialmente no Brasil. A resposta para essa problemática, contudo, está no fato de que a atividade interpretativa, em certa medida criativa, demanda valorações e escolhas, e justamente por isso é que não deve prescindir de participação social.²¹ Ao contrário, é através dessa participação que a reconstrução de sentido dos textos normativos será controlada pela sociedade.

A virada teórica descrita inaugurou, com todas as diferenças até aqui apresentadas, um deslocamento da legislação para a jurisdição.²² Esse movimento é marcado por uma transição de poder do âmbito do Poder Legislativo para o âmbito do Poder Judiciário, atribuindo mais funções aos juízes e minimizando a atuação do legislador. A razão para esse fenômeno são as mais amplas: o aumento e a diversificação da legislação e dos ritos processuais; as lacunas, que podem ser preenchidas pelo juiz nos casos concretos; a margem de abertura na linguagem dos textos normativos; a delegação legislativa, que leva à adoção de formas normativas hierarquicamente inferiores, com menor força cogente, entre outras. Em suma, o espaço deixado Poder Legislativo – deliberadamente ou não – cedeu lugar a um aumento da atividade jurisdicional.²³

Trata-se, portanto, de reconhecer que a separação dos poderes, encampada por Montesquieu, não é tão estanque quanto pretendia o filósofo originalmente. Tanto é assim que parte das funções típicas do Poder Judiciário no Brasil – como o controle de constitucionalidade – podem ser exercidas pelo Poder Legislativo – no âmbito da Comissão de Constituição e Justiça (CCJ) – e também no Poder Executivo – por meio do veto jurídico. Segundo Canotilho, “o que importa num Estado Constitucional de Direito não será tanto saber se o legislador, o governo ou o juiz fazem actos legislativos, executivos ou jurisdicionais, mas se o que eles fazem *pode ser feito* e se é feito de *forma legítima*”.²⁴ Os poderes não são, portanto, estáticos.

²⁰ GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito*. São Paulo: Malheiros Editores, 2002, p. 54.

²¹ SILVEIRA, Daniela Gonsalves. *A legitimidade do STF para tutelar direitos fundamentais diante da omissão legislativa*. Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Faculdade de Direito. Salão Nobre da Faculdade de Direito. Dissertação de mestrado defendida em 01 de junho de 2016, p. 1.

²² MITIDIERO, Daniel. *Cortes Superiores e cortes supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 15.

²³ PICARDI, Nicola. *La Vocazione del Nostro Tempo per la Giurisprudizione*. Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile. Milano: Giuffrè Editore, 2004, p. 41-47.

²⁴ CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 199, p. 247 *apud* SILVEIRA, Daniela Gonsalves. *A legitimidade do STF para tutelar direitos fundamentais diante da omissão legislativa*.

A transformação na interpretação do direito, em suma, é parte dessa conclusão. Dito de outro modo, passa-se ao gradativo abandono da ilusão de uma separação dos poderes estática. A equivocidade dos textos normativos, que consiste na pluralidade de interpretações possíveis em relação a uma mesma expressão, abre espaço para a atuação do Poder Judiciário, que passa a exercer importante papel na atribuição de sentidos a tais textos. A formação da norma, portanto, é produto da colaboração entre Poderes Legislativo e Judiciário.²⁵

A atualidade dessa concepção teórica pode ser observada no banco de decisões do Supremo Tribunal Federal. Saber, por exemplo, se a inviolabilidade domiciliar²⁶ protege igualmente o escritório profissional privativo de determinada pessoa é uma questão que depende da outorga de sentido a um termo equívoco: casa. Apenas *depois* de sabermos qual o significado constitucional apropriado do termo casa para efeitos de proteção da pessoa é que poderemos pensar em resolver o problema ligado à extensão da inviolabilidade domiciliar no direito brasileiro.²⁷ Cumpre, nesse interem, citar parte da ementa de importante julgado:

Para os fins da proteção jurídica a que se refere o art. 5º, XI, da CF, o conceito normativo de ‘casa’ revela-se abrangente e, por estender-se a qualquer aposento de habitação coletiva, desde que ocupado (CP, art. 150, § 4º, II), compreende, observada essa específica limitação espacial, os quartos de hotel. Doutrina. Precedentes. Sem que ocorra qualquer das situações excepcionais taxativamente previstas no texto constitucional (art. 5º, XI), nenhum agente público poderá, contra a vontade de quem de direito (invito domino), ingressar, durante o dia, sem mandado judicial, em aposento ocupado de habitação coletiva, sob pena de a prova resultante dessa diligência de busca e apreensão reputar-se inadmissível, porque impregnada de ilicitude originária. Doutrina. Precedentes (STF). (RHC 90.376, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 3-4-2007, Segunda Turma, DJ de 18-5-2007).

Note-se que, no precedente colacionado acima, entende-se por casa *qualquer aposento de habitação coletiva, desde que ocupado*, incluído nessa definição o quarto de hotel. Essa, no entanto, não é a única interpretação possível do termo casa. Tanto é assim que o Tribunal de origem considerou legítima a atuação dos policiais que ingressaram no quarto de hotel onde se encontrava o réu sem autorização judicial, porque o quarto de hotel não era a casa do apelado, tal qual prevê a Constituição Federal.

Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Faculdade de Direito. Salão Nobre da Faculdade de Direito. Dissertação de mestrado defendida em 01 de junho de 2016, p. 1.

²⁵ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio; MITIDIERO, Daniel. *Novo Curso de Processo Civil*, Vol. 1. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 116.

²⁶ BRASIL. Constituição Federal de 1988. Planalto. “A casa é o asilo inviolável do indivíduo”. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 22. Abr.2017.

²⁷ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. Op. cit., p. 422.

Semelhante equivocidade é objeto de discussão nos julgados dos Recursos Extraordinários de número 595676 e 330817, oportunidade em que o Supremo Tribunal Federal decidiu que livros eletrônicos e os suportes próprios para sua leitura são alcançados pela imunidade tributária do artigo 150, inciso VI, alínea “d”, da Constituição Federal. Para os Ministros, tanto a Carta Federal de 1969 quanto a Constituição de 1988, ao considerarem imunes determinado bem, livro, jornal ou periódico, voltam o seu olhar para a finalidade da norma, de modo a potencializar a sua efetividade.²⁸

Nesses julgados, fica claro o exercício da função interpretativa do Supremo Tribunal Federal, que exerce, no Brasil, a função de Tribunal Constitucional. De acordo com José Ramos Tavares, essa é uma das cinco grandes funções da Corte, na medida em que reconstrói o direito, unificando-o.²⁹

Diante disso, extrai-se que as normas não são produzidas exclusivamente pelo Poder Legislativo. Acreditar que essa função é exclusiva de apenas um dos três poderes é ignorar a natureza dinâmica que lhes é inerente, negando aquilo que já ocorre e que de alguma forma sempre ocorreu nos ordenamentos jurídicos mais distintos. A promessa da segurança jurídica, portanto, não pode ser utilizada para sustentar mitos já ultrapassados. Ao contrário, deve-se aceitar a função criativa das Cortes – ao invés de simplesmente temê-la – criando mecanismos capazes de controlar as suas decisões, tornando-as legítimas e garantindo que o direito será cognoscível, calculável e confiável.³⁰

2.2 A Racionalidade da Decisão como Elemento de Legitimação Democrática

Toda decisão tomada pelo Estado tem o condão de impactar um indivíduo ou uma coletividade. Assim o é com relação às decisões tomadas pelo Poder Legislativo, oportunidade em que são criadas as leis, e assim o é no que toca às decisões tomadas pelo Poder Judiciário, oportunidade em que são interpretados os textos normativos e produzidas, ao menos em parte, as normas.

As decisões tomadas no âmbito do Poder Legislativo culminam com a produção de textos normativos. Essas decisões são tomadas por representantes democraticamente eleitos,

²⁸ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. STF decide que livros digitais têm imunidade tributária. 2017. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=337857>.

²⁹ TAVARES, André Ramos. *Teoria da Justiça Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 217-358.

³⁰ AVILA, Humberto. *Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário*. 2ª. Ed. São Paulo: Malheiros Editores: 2012, p. 255-262.

que participam ativamente de complexo processo legislativo, formado por diferentes etapas de deliberação e votação, desenvolvidas em ambas as casas legislativas. Os interesses da sociedade civil, assim, serão encampados pelos seus representantes, eleitos através do voto direto, cuja voz será incorporada ao processo descrito. A participação social nas deliberações coletivas – como, por exemplo, na formação legislativa da norma – é realizada por meio de pessoas eleitas para tanto, e é isso que, ao menos em tese, confere legitimidade à decisão tomada no Poder Legislativo.³¹

No âmbito do Poder Judiciário, diferentemente, a participação social nos atos decisórios não é garantida através de instrumentos de representação. No entanto, reconhecendo-se que a norma é produto da colaboração entre legislador e juiz, pode-se dizer que a sua formação jurisdicional só será legítima se permeada de ampla participação da sociedade civil.³²

Uma decisão judicial que produz direito não pode prescindir de participação social, sob pena de ser ilegítima. A efetivação dessa interferência, contudo, não precisa ser realizada necessariamente por meio de processo eleitoral. Vale dizer: a eleição do intérprete não é a única forma de conferir legitimidade ao *decisum*. Em primeiro lugar, deve-se considerar que a democracia brasileira é representativa e participativa. Ou seja, o regime democrático será garantido quando a população participar direta ou indiretamente do processo deliberativo desenvolvido no Estado, seja no Poder Legislativo, seja no Poder Judiciário. Em segundo lugar, deve-se considerar o fato de que a eleição do representante não assegura a representatividade dos interesses da população de forma inabalável. Essa segunda conclusão, inclusive, decorre de dados empíricos: a grave crise de representação política experimentada pelo Brasil na atualidade demonstra que, em determinadas circunstâncias, até mesmo a capacidade dos partidos políticos de representar interesses e suprir demandas sociais pode acabar em cheque.

A efetivação da participação social nos processos judiciais confere legitimidade à decisão porque a afasta do arbítrio do juiz.³³ Obriga-o, enquanto sujeito do direito ao

³¹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Código de Processo Civil comentado* [livro eletrônico]. 3ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. Seção II. Dos elementos e dos efeitos da sentença.

³² MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. Op. Cit. Seção II. Dos elementos e dos efeitos da sentença.

³³ SILVEIRA, Daniela Gonsalves. *A legitimidade do STF para tutelar direitos fundamentais diante da omissão legislativa*. Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Faculdade de Direito. Salão Nobre da Faculdade de Direito. Dissertação de mestrado defendida em 01 de junho de 2016, p. 165.

contraditório,³⁴ a apresentar fundadas razões jurídicas para interpretar o texto normativo de determinada forma e, conseqüentemente, proferir determinada decisão. Se os argumentos das partes envolvidas no litígio são de fato levados em consideração, é bastante possível que, mesmo discordando do teor da decisão, tenham maior inclinação a obedecê-la de forma voluntária.

Se a participação social é o primeiro ingrediente para a prolação de uma decisão judicial legítima, é inexorável que o produto dessa receita depende também de outras formas de controle do exercício do poder estatal, tal como a fundamentação das decisões.

O artigo 93, IX, da Constituição Federal de 1988 preceitua: todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade.

A passagem da legislação para a jurisdição, que implicou a atribuição de mais funções aos órgãos jurisdicionais, tornou necessária a criação de instrumentos capazes de legitimar as decisões judiciais, sejam elas proferidas pelo juiz de primeiro grau ou mesmo pelo Supremo Tribunal Federal. Isso porque, se for verdade que o juiz também produz direito, porque interpreta o texto e a partir dessa interpretação cria a norma, é imprescindível que essa atividade possa ser controlada e influenciada pela sociedade civil. Do contrário, pouco ou nada adiantaria viver em um regime democrático representativo e participativo. Nesse sentido, Luiz Guilherme Marinoni:

Em uma perspectiva teórica que vê a norma como resultado da interpretação, é imprescindível saber quais são as condições de racionalidade de uma decisão, sob pena de renúncia ao seu adequado controle argumentativo e à adequada reconstrução das suas razões.³⁵

A interpretação e aplicação do direito ocorrem no momento em que a decisão judicial é proferida. O juiz, valorando e examinando os argumentos suscitados pelas partes durante a instrução, interpreta os textos normativos e cria o direito, aplicando-o à controvérsia apresentada em juízo. Desse modo, pode-se dizer que a decisão judicial deve estar apoiada em razões que a justifiquem, ou seja, que demonstrem as valorações e escolhas tomadas pelo

³⁴ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Código de Processo Civil comentado* [livro eletrônico]. 3ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. Seção II. Dos elementos e dos efeitos da sentença.

³⁵ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Processo Civil, A Tutela dos Direitos mediante Procedimento Comum*, vol. II, no prelo.

intérprete até a produção de determinada norma, extraída de texto normativo legitimamente criado pela legislatura.³⁶

Em suma, enquanto a legitimidade das decisões tomadas no âmbito do Poder Legislativo é conferida através da eleição dos agentes políticos e da observância ao devido processo legislativo, a legitimidade das decisões tomadas no Poder Judiciário depende da efetiva participação social na sua produção e da racionalidade que as preenche. A decisão deve ser justificada, e essa justificação deve ser capaz de demonstrar que as decisões dos tribunais não resultam de caprichos ou idiosincrasias e predileções subjetivas de juízes ou ministros, apresentando justos motivos para ser observada pela sociedade civil.³⁷

As partes só podem aferir a plena realização do direito ao contraditório quando a decisão é fundamentada. Dessa forma, pode-se dizer que a amplitude e efetividade da participação social serão demonstradas no momento em que o juiz expuser as razões pelas quais decidiu. A justificação da decisão judicial, ao lado da abertura do processo judicial à sociedade civil, é o verdadeiro elemento de diferenciação e legitimação das decisões judiciais. A interpretação é um processo que pode ser concebido enquanto atividade e enquanto produto. Conseqüentemente, a justificação das decisões se desdobra em duas direções, dividindo-se em justificação interna e justificação externa.³⁸

A justificação da atividade interpretativa se subdivide em dois importantes elementos. O processo mental do intérprete deve ser externalizado na decisão judicial, demonstrando uma linha lógica de raciocínio, carente de contradições e incompletudes. Trata-se da justificação interna, ligada ao nexó lógico entre premissas e conclusão, conferindo coerência interna à decisão.³⁹ Segundo Michele Taruffo, é aquela que resulta da conexão entre premissa de direito e premissa de fato, da qual surge logicamente a decisão final.⁴⁰

A justificação externa, por seu turno, está ligada ao campo da argumentação, ou seja, da apresentação de razões que sustentem as individualizações, valorações e escolhas realizadas pelo intérprete para a composição de enunciados jurídicos e proposições fáticas que

³⁶ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Curso de Processo Civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum*, volume II. 2ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 422.

³⁷ CAPPELLETTI, Mauro. *Juizes Legisladores?* Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993. Publicação original *Giudici Legislatori?* 1984, p. 98.

³⁸ MITIDIERO, Daniel. *Cortes Superiores e cortes supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 60.

³⁹ CHIASSONI, Pierlugi. *Tecnica dell'interpretazione giuridica*. Bologna: Il Mulino, 2007, p. 15.

⁴⁰ TARUFFO, Michele. *A Motivação da Sentença Civil*. Tradução de Daniel Mitidiero, Rafael Abreu e Vitor de Paula Ramos. 1ª Ed. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 24.

integram o silogismo judicial.⁴¹ Trata-se, de um lado, dos argumentos com base nos quais o juiz justifica a escolha de uma norma e de uma determinada interpretação como aquelas aplicáveis ao caso, e de outro lado, dos argumentos com base nos quais o juiz apresenta a reconstrução dos fatos relevantes da controvérsia.⁴²

Segundo Michele Taruffo, a motivação da decisão judicial deve assegurar a possibilidade de um controle externo das razões que justificam a decisão. O autor trata, ainda, do princípio da completude da motivação: o controle externo só pode ser realizado quando a justificação da decisão é completa. Nesse sentido, pode-se dizer que as duas direções supracitadas – justificação interna e externa da decisão – consistem em *standards* que devem ser aplicados pelo juiz no momento de decidir.⁴³

Os critérios para verificar a racionalidade de uma decisão foram bem delineados por Luiz Guilherme Marinoni, que também disserta sobre a racionalidade da interpretação enquanto produto:

A atividade interpretativa é racional se é justificada. O resultado interpretativo é racional se é coerente e universalizável. (...) Do ponto de vista do resultado, a racionalidade da interpretação exige coerência e universalidade. O produto da interpretação tem de ser coerente. A interpretação tem de ser capaz de ser reconduzida a “um conjunto, internamente consistente, formal e materialmente, de princípios e regras” amalgamadas por “princípios fundamentais” comuns. Tem de ser ainda universalizável (...). Em outras palavras, a justificação tem que ter condições de ser replicável para os casos futuros idênticos ou semelhantes.⁴⁴

Pode-se dizer, assim, que a racionalidade da decisão pode ser averiguada na atividade interpretativa e também no resultado da interpretação. A atividade será racional se for justificada. O resultado da interpretação será racional se for coerente e universalizável.

O cerne do presente trabalho situa-se no campo da verificação dos instrumentos que viabilizam a participação social no bojo de processos judiciais, mais especificamente naqueles que tramitam perante o Supremo Tribunal Federal. A efetividade desta participação será aferida por meio da justificação das decisões judiciais, externalizada no corpo do *decisum*.

⁴¹ MITIDIERO, Daniel. *Cortes Superiores e cortes supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 60.

⁴² TARUFFO, Michele. *A Motivação da Sentença Civil*. Tradução de Daniel Mitidiero, Rafael Abreu e Vitor de Paula Ramos. 1ª Ed. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 25.

⁴³ TARUFFO, Michele. Id. *Ibid*.

⁴⁴ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Curso de Processo Civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum*, volume II. 2ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. P. 423.

Nesse ponto, ganha relevância o trabalho das partes e, por vezes, da sociedade como um todo: através de instrumentos processuais consagrados na Constituição Federal e no Código de Processo Civil, é possível que se faça um controle intersubjetivo do exercício do poder estatal. Em outras palavras, pode-se dizer que as individualizações, valorações e escolhas realizadas pelo juiz no momento da interpretação devem ser externalizadas na decisão judicial, oportunidade em que deverá ser demonstrada a influência dos argumentos daqueles que têm interesse no deslinde da questão.

A participação social é imprescindível, portanto, para uma efetiva justificação da atividade interpretativa. Por esse motivo, os direitos fundamentais processuais deverão ser observados em todos os processos judiciais, uma vez que asseguram a participação social no feito, viabilizando o controle intersubjetivo do poder estatal pelas partes.

Nesse contexto, pode-se dizer que todo processo judicial, individual ou coletivo, será permeado de participação social. Os sujeitos do processo poderão efetivar essa participação através do exercício de importantes direitos fundamentais processuais, tais como o direito ao contraditório, o direito à publicidade e o direito à fundamentação das decisões, constitucionalmente garantidos (artigo 5º, LV e 93, IX, da Constituição Federal, respectivamente). Em casos específicos, quando o objeto do processo ou até mesmo a produção dos efeitos advindos da decisão judicial exigirem, a participação social no feito poderá ser ainda mais qualificada. É o caso em que se justificam a intervenção de *amici curiae* e a realização de audiências públicas.

Inicialmente, cabe atentar para o direito ao contraditório e à ampla defesa, positivado no artigo 5º, LV, da Constituição Federal.⁴⁵ A redação do dispositivo constitucional é categórica: não há processo sem contraditório, seja administrativo, seja judicial. Ademais, imprescindível reconhecer a atual dimensão de tal direito: se, na cultura do Estado Liberal, consistia em mera bilateralidade da instância, voltada apenas às partes do processo, hoje, consiste em verdadeiro direito de influência, ou seja, de participar do processo e influir nos seus rumos. O juiz se sujeita ao contraditório exercido pelas partes.⁴⁶

⁴⁵ BRASIL. Constituição Federal de 1988. Planalto. LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral, são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 22. Abr.2017.

⁴⁶ SARLET, Ingo; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Curso de Direito Constitucional. 4ª Ed. ampl. São Paulo: Saraiva, 2015. P. 761.

O direito ao contraditório está amplamente ligado à democratização do processo judicial. Nesse sentido, disserta Luiz Guilherme Marinoni:

Consoante observa a doutrina, o processo judicial amplia necessariamente o quadro de análise, constringe ao cotejo de argumentos diversos, atenua o perigo de opiniões pré-concebidas e favorece a formação de uma decisão mais aberta e ponderada. Funciona, pois, como um evidente instrumento de “democratização do processo”. De outro, conspira para reformar a confiança do cidadão no Poder Judiciário, que espera, legitimamente, que a decisão judicial leve em consideração apenas proposições sobre as quais pode exercer o seu direito a conformar o juízo.⁴⁷

Concretiza-se, por meio do contraditório, uma decisão judicial amadurecida, cujos fundamentos devem encontrar correspondência ao debate travado pelas partes no processo. Evidentemente, contribui para a prolação de decisão dotada de racionalidade, e consequentemente para que seja verdadeiramente legítima perante a sociedade.

O controle intersubjetivo pode ser realizado pela sociedade, ademais, por meio de dois outros princípios constitucionais: a publicidade e a motivação das decisões. Em razão disso, a própria Constituição determina que *todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação.*⁴⁸

Tal dispositivo constitucional, qual seja, artigo 93, IX, da Constituição, consagra dois importantes princípios quando o tema é a racionalidade e a legitimidade das decisões judiciais. Com efeito, trata da publicidade e da motivação das decisões judiciais, elementos indispensáveis para a conformação de um processo justo. A importância da norma levou o legislador infraconstitucional a reproduzi-la no Código de Processo Civil, em seu artigo 11.⁴⁹

No processo civil, a regra é a publicidade geral, imediata e mediata. Vale dizer: em princípio, todos podem acessar aquilo que se faz em juízo, seja mediante participação imediata, presenciando diretamente a realização de atos processuais, ou mediata, sendo

⁴⁷ SARLET, Ingo; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 4ª Ed. ampl. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 762.

⁴⁸ BRASIL. Artigo 93, IX, da Constituição Federal de 1988. Planalto. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 22. Abr.2017.

⁴⁹ BRASIL. Código de Processo Civil. Planalto. Art. 11. Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em 23.Abr.2017.

possível a qualquer cidadão o conhecimento daquilo que ocorreu no feito. A exceção à regra descrita ocorre nos casos em que o processo se desenvolve sob sigilo de justiça, conforme disciplina do artigo 11, parágrafo único, do Código de Processo Civil.⁵⁰

A acessibilidade à decisão judicial consiste, portanto, em importante passo para se chegar à legitimidade. No campo da sociologia, por sinal, reconhece-se que a legitimação depende da institucionalização do reconhecimento de decisões como obrigatórias, o que só ocorre quando viabilizada a participação dos “não participantes” – ou seja, daqueles que sequer são partes no sentido técnico do termo. A função do princípio da publicidade no processo judicial consiste na criação de símbolos, na ampliação do procedimento àqueles que não são partes. Trata-se de um conhecimento geral e indefinido de que processos judiciais se realizam continuamente, e que informações mais específicas sobre cada um deles, ressalvadas as exceções legalmente previstas, podem ser acessadas pela população.⁵¹

Além da publicidade, conforme já referido, o artigo 93, IX, da Constituição Federal, positivou o direito fundamental à motivação das decisões. A fundamentação da decisão judicial é, sobretudo, a oportunidade que as partes possuem de averiguar a influência de seus argumentos no resultado do processo. Proferida a decisão, passa a ser possível observar a prova do efetivo exercício do contraditório, que, conforme esclarecido anteriormente, não vincula apenas as partes, mas também o juiz.⁵² Assim, no sistema jurídico brasileiro, todos os atos decisórios do juiz devem ser fundamentados.⁵³

O princípio da motivação das decisões é basilar no processo civil, e ganhou considerável destaque no Código de Processo Civil de 2015. Com efeito, o artigo 489 do diploma legal detalhou o significado da fundamentação das decisões, objetivando inibir vícios adquiridos pelos órgãos jurisdicionais. Nesse contexto, não se considera fundamentada a decisão que se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida; a decisão que empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso; a decisão que invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão; a decisão que não

⁵⁰ OLIVEIRA, Alvaro; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Processo Civil: teoria geral do processo civil e parte geral do direito processual civil*. 2ª Ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 107.

⁵¹ LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo Procedimento*. Tradução de Maria Conceição Corte Real. Brasília. Editora Universidade de Brasília, 1980, p. 70. Disponível em: <http://abdet.com.br/site/wp-content/uploads/2015/02/Legitima%C3%A7%C3%A3o-pelo-procedimento.pdf>. Acesso em 23.Abr.2017.

⁵² SARLET, Ingo; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 4ª Ed. ampl. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 778.

⁵³ OLIVEIRA, Alvaro; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Processo Civil: teoria geral do processo civil e parte geral do direito processual civil*. 2ª Ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 49.

enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador.⁵⁴

Os direitos fundamentais processuais descritos são capazes de garantir, em inúmeros casos, a participação social nas decisões judiciais. Ocorre que, em determinadas situações, o resultado do processo judicial pode impactar a esfera jurídica de sujeitos que não são partes no processo. Nessas hipóteses, admite-se, via de regra, a adoção de instrumentos processuais capazes de pluralizar o debate travado no feito e conferir legitimidade à decisão. É nessa conjuntura que se mostra interessante a participação de entidades na qualidade de *amici curiae* e a realização de audiências públicas, capazes de assegurar o efeito controle intersubjetivo do exercício do poder estatal. Tais instrumentos, por conseguinte, tem a função de conferir racionalidade às decisões judiciais que produzam efeitos para além das partes que compõem a lide.

No ordenamento jurídico argentino, a utilização de tais instrumentos já foi, em parte, regulamentada pela Corte Suprema. Com efeito, tal regulamentação estabelece a possibilidade de que terceiros, comprovando a pertinência temática e interesse inequívoco na questão debatida, possam participar do processo na qualidade de *amicus curiae*. Da mesma forma, a Corte Suprema passou a admitir a realização de audiências públicas no bojo de processos coletivos em que se trave discussão que transcende o interesse das partes. O uso de tais instrumentos contribui para a pluralização do debate e para o aumento da participação social direta nos processos que tratem de assuntos relevantes, de modo que incrementam a legitimidade do Poder Judiciário através de sua aproximação com a sociedade civil.⁵⁵ Trata-se, portanto, de concreta decorrência da democracia participativa.

No processo civil brasileiro, a intervenção do *amicus curiae* ganhou relevância pela introdução do instituto no Código de Processo Civil de 2015. O artigo 138 do referido diploma dispõe que *o juiz ou o relator, considerando a relevância da matéria, a especificidade do tema objeto da demanda ou a repercussão social da controvérsia, poderá, por decisão irrecorrível, de ofício ou a requerimento das partes ou de quem pretenda manifestar-se, solicitar ou admitir a participação de pessoa natural ou jurídica, órgão ou entidade especializada, com representatividade adequada, no prazo de 15 (quinze) dias de*

⁵⁴ BRASIL. Código de Processo Civil. Art. 489, §1º. Planalto. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em 01.Mai.2017.

⁵⁵ VERBIC, Francisco. *Procesos colectivos*. Buenos Aires: Editora Astra. 2007, p. 349-350.

sua intimação.⁵⁶ Assim, pode-se dizer que, no âmbito do processo coletivo, a intervenção de terceiros na qualidade de *amicus curiae* pode ser deferida com base no dispositivo transcrito, cabendo ao juiz ou ao relator, na decisão que solicitar ou admitir a intervenção, definir os poderes do órgão ou entidade, conforme artigo 138, parágrafo 2º, do CPC.

As audiências públicas, por seu turno, são menos prestigiadas pela doutrina e jurisprudência pátrias, embora sejam importantes instrumentos de democratização do Poder Judiciário, já implementadas nos processos coletivos, por exemplo, na Argentina.⁵⁷ No Brasil, são utilizadas de forma extraprocessual, ou seja, recomenda-se que o autor da ação coletiva as realize antes do debate judicial, a fim de que defina com maior grau de proximidade uma orientação compatível com os interesses da comunidade de atingidos.⁵⁸

Além disso, as audiências públicas podem ser realizados no bojo das ações do controle concentrado, conforme determina o artigo 9º, §1º, da Lei 9.868/99 e artigo 6º, §1º, da Lei 9.882/99. A finalidade de tais audiências é informar o juízo sobre questões técnicas atinentes ao caso concreto, como ocorre, por exemplo, no debate travado na ação direta de inconstitucionalidade de número 5527 e na ação de arguição de descumprimento de preceito fundamental de número 403, referentes ao bloqueio judicial do WhatsApp e dispositivos do Marco Civil da Internet.⁵⁹

⁵⁶ BRASIL. Código de Processo Civil. Planalto. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em 01.Mai.2017.

⁵⁷ VERBIC, Francisco. *Procesos colectivos*. Buenos Aires: Editorial Astrea, 2007, p. 349-351.

⁵⁸ APPIO, Eduardo. *Amicus Curiae e audiência pública no processo civil brasileiro – propostas para o fortalecimento da cidadania através das ações coletivas no Brasil*. Revista de Doutrina do TRF4. Disponível em: http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao009/eduardo_appio.htm. Acesso em: 17.Jun.2017.

⁵⁹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Notícias. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=345677&caixaBusca=N>. Acesso em: 17. Jun.2017.

3 O Problema Específico da Legitimidade Democrática das Decisões do Supremo Tribunal Federal

O artigo 102 da Constituição Federal prevê que *compete ao Supremo Tribunal Federal a guarda da Constituição*. Em outras palavras, o STF é o órgão que controla a conformidade – e a desconformidade – de atos dos poderes executivo, legislativo e judiciário do Estado em relação à Constituição Federal. Em um primeiro momento, a redação do artigo 102, *caput*, pode fazer imaginar que a tarefa é simples: basta comparar os atos dos três poderes com os textos normativos positivados na Constituição Federal e observar a existência – ou não – de qualquer desacordo ou violação.

A simplicidade, no entanto, é apenas aparente. Historicamente, o Supremo Tribunal Federal – assim como o Superior Tribunal de Justiça – apresentam um comportamento particularmente semelhante àquele observado nas Cortes de Cassação francesa e italiana: atuam como cortes reativas e de simples controle de juridicidade das decisões recorridas.⁶⁰ Esse modelo de funcionamento está diretamente ligado ao fato de que aos juízes era vedado interpretar a lei, conforme originalmente previsto pelas teorias de Montesquieu. A maior expressão de que essa era a concepção que permeava o funcionamento da Corte de Cassação Francesa é o *refere législatif*, que facultava aos juízes consultar o Poder Legislativo quanto à correta interpretação da norma, dado que a atividade interpretativa não poderia ser realizada pelo Poder Judiciário.⁶¹

A superação do mito da teoria declaratória da jurisdição impôs o reconhecimento de que a atividade interpretativa é inerente à função do Poder Judiciário, frustrando a teoria prospectiva de Montesquieu e, conseqüentemente, exigindo a modificação do comportamento das cortes de vértice brasileiras. Nesse contexto, surgem diversos debates acerca da legitimidade de tais cortes, especialmente no que toca ao controle de constitucionalidade.

Realizar o controle de constitucionalidade concentrado é uma das funções do Supremo Tribunal Federal. Consiste no poder de revisar e averiguar a constitucionalidade da lei. O surgimento dessa matriz remonta à Constituição austríaca de 1920, elaborada por Hans Kelsen. O diploma consagrou o controle concentrado de constitucionalidade, atribuindo a um único órgão a função de averiguar a compatibilidade das leis ordinárias com a Carta

⁶⁰ MITIDIERO, Daniel. *Cortes Superiores e cortes supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 94-95.

⁶¹ MARINONI, Luiz Guilherme. *O STJ enquanto corte de precedentes: recompreensão do sistema processual da corte suprema*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 32-33.

Constitucional, mediante a propositura de ação direta por um rol de legitimados expressamente estabelecidos.⁶²

As jurisdições constitucionais nasceram como instrumento de limitação do próprio poder popular. Funcionam como freio ao impulso majoritário que desrespeite valores inerentes e fundamentais à democracia. A matriz austríaca foi recepcionada e reproduzida na Europa Continental a partir do século XX, na fase do segundo pós-guerra. A lei, ainda que imbuída de alto coeficiente democrático, uma vez que expressão da soberania popular, não era capaz, por si só, de impedir o abuso das decisões políticas. Passou-se a considerar a necessidade de um rígido esquema constitucional, apto a estabelecer freios ao próprio poder popular.⁶³ Esse esquema foi estruturado a partir das jurisdições constitucionais, que realizam um controle negativo de constitucionalidade, ou seja, retirando do ordenamento jurídico, a partir de uma análise concreta ou abstrata, a norma que parecer contrariar aquilo que foi positivado na Constituição.⁶⁴

O problema da legitimidade democrática nasce, portanto, da tensão existente entre a soberania popular e o respeito a direitos fundamentais, uma vez que estes podem vir a ser transgredidos até mesmo pelo próprio povo. O paradoxo inerente ao Estado Democrático de Direito consiste na necessidade de construir uma ordem jurídica a partir de um processo democrático – por leis legitimamente criadas por representantes eleitos, imbuídos da vontade popular – e que assegure, concomitantemente, direitos fundamentais, dos quais não se pode dispor.⁶⁵

Em outras palavras, a jurisdição constitucional foi estruturada para assegurar à sociedade que a soberania popular não se tiranizaria, e que seu impulso majoritário não violaria os direitos fundamentais do indivíduo e das minorias. O recurso da jurisdição constitucional parte da premissa de que democracia não é apenas um tipo de procedimento de tomada de decisão em que prevalece a vontade da maioria. A democracia é, na verdade, um regime que deve conjugar o procedimento majoritário de tomada de decisões e o respeito a direitos fundamentais.

⁶² BINENBOJM, Gustavo. *A Nova Jurisdição Constitucional Brasileira: legitimidade democrática e instrumentos de realização*. Rio de Janeiro, Renovar, 2014, p. 35-38.

⁶³ MENDES, Conrado Hubner. *Controle de Constitucionalidade e democracia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 8.

⁶⁴ CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª Ed, 6ª reimp. Coimbra: Almedina, 2000, p. 891.

⁶⁵ BINENBOJM, Gustavo. Op. Cit, p. 47-52.

A jurisdição constitucional nada mais é que o órgão a quem se dá a missão de harmonizar esses dois elementos, identificando os atos parlamentares que consistem em verdadeiras ameaças ou violações à Constituição Federal ou aos direitos nela garantidos.⁶⁶ A função da Corte Suprema, nesse sentido, foi bem sintetizada na obra de Conrado Hubner Mendes:

Para garantir que as decisões políticas majoritárias não desrespeitem um núcleo básico de regras sobre as quais aquela sociedade política se assenta, o Tribunal Constitucional é o órgão que emite, em último grau, julgamentos sobre a compatibilidade da lei (e também dos atos estatais infralegais) com a Constituição. Em outros termos, a ele compete a última palavra nas controvérsias estruturais do sistema político, não ao Parlamento.⁶⁷

O ponto nevrálgico do problema da legitimidade democrática se situa, portanto, na última afirmação tecida por Conrado Hubner Mendes: como poderiam juízes não eleitos dar a última palavra sobre controvérsias estruturais do sistema político? Não seria manifestamente antidemocrático atribuir aos juízes o poder de invalidar ou criar normas que foram elaboradas pelo Poder Legislativo, através dos representantes eleitos pela população? Para o autor, se, em última instância, a Corte decide sobre a regularidade dos atos parlamentares, a soberania popular ficaria enfraquecida. Ao fazê-lo, a Corte acabaria por ameaçar algumas das instituições mais básicas de um regime democrático. Para Conrado, se em uma democracia devemos ter algum papel na tomada de decisões que diretamente nos afetam, seria contraintuitivo que juízes possam revogá-la.⁶⁸

Esses questionamentos e críticas foram objeto de debates importantes travados por juristas e filósofos igualmente importantes, como Samuel Freeman e Jeremy Waldron, cujas linhas fundamentais serão agora traçadas.

O estudo do problema da legitimidade democrática de órgãos como o Supremo Tribunal Federal perpassa, em boa parte dos ensaios e obras sobre o tema, o estudo dos diversos sentidos da palavra democracia.

Jeremy Waldron, por exemplo, é categórico ao expor o conceito de democracia que adota: trata-se da ideia de que governantes são escolhidos pelas pessoas a quem governam.

⁶⁶ MENDES, Conrado Hubner. Controle de Constitucionalidade e democracia. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. Apresentação, XXV.

⁶⁷ Ibidem, p. 3.

⁶⁸ Ibidem, p. 4.

São essas pessoas – as governadas – que determinam o conteúdo amplo das leis, as metas das políticas públicas elaboradas por seus representantes, os princípios que regem a sua associação enquanto povo. Essas escolhas ou determinações são realizadas por meio de atos, votos e deliberações de forma equânime, mediante eleições ou relações construídas entre o povo e seus representantes. O autor enfatiza o fato de que as pessoas discordam, e justamente em razão da dificuldade de se chegar a um consenso é que precisam de procedimentos que culminem em decisões nascidas dessas controvérsias, tomadas com ampla e igual participação dos diversos setores da sociedade.⁶⁹ Waldron argumenta que o *judicial review* realizado pelas jurisdições constitucionais é antidemocrático, pois fragiliza o direito dos cidadãos de participar, em bases iguais, no processo público de tomada de decisões.⁷⁰ Em vários ensaios e obras, defende que a participação da sociedade civil na tomada de decisões precisa se localizar no Parlamento – ou Poder Legislativo – onde o desacordo que lhe é inerente seria melhor trabalhado.⁷¹

Trata-se, portanto, de uma preocupação com a participação da sociedade civil na tomada de decisões no seio do Estado. Uma democracia participativa, na visão de Waldron, não seria compatível com a existência de uma Corte composta por juízes não eleitos, imbuídos do poder de invalidar normas formuladas por representantes eleitos por meio de um processo democrático. Essa posição foi compartilhada por importantes filósofos do direito, como Herbert Lionel Adolphus Hart (1983, p. 125, apud Samuel Freeman, 1990, p. 327),⁷² segundo o qual o fenômeno do *judicial review* estadunidense seria particularmente difícil de ser justificado em uma democracia.

Nem todos os filósofos do direito filiaram-se ao posicionamento de Jeremy Waldron e Herbert Lionel Adolphus Hart. Samuel Freeman, de outro modo, acredita que a existência do *judicial review* pode ser compatível com a democracia em certas circunstâncias. É interessante mencionar que o ensaio de Samuel Freeman não trata de ratificar a atuação da Suprema Corte americana: ao contrário, chega a referir que o *judicial review* vinha sendo exercido de forma incompatível com qualquer interpretação razoável de democracia. O que o

⁶⁹ WALDRON, Jeremy. *Can there be a democratic jurisprudence? Public Law & Legal Theory Research Paper Series. Working paper* nº 08-35. Novembro/2008. Disponível em <http://ssrn.com/abstract=1280923>. Acesso em 25.Jul.2016.

⁷⁰ WALDRON, Jeremy. *Law and disagreement*. Oxford: Oxford University Press, 1999, p. 213-214; 282-291. Disponível em <http://bookzz.org/book/836945/6ec624>. Acesso em: 21.Fev.2017.

⁷¹ WALDRON, Jeremy. *Judicial review and the conditions of democracy*. The Journal of Political Philosophy, Oxford, v. 6, n. 4, p. 335-355, 1998. Disponível em <http://sci-hub.cc/>. Acesso em 21.Fev.2017.

⁷² FREEMAN, Samuel. *Constitutional Democracy and the Legitimacy of Judicial Review*. Law and Philosophy, vol. 9, n. 04, 1990-1991, p. 327. Publicado por Springer. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/3504771>>. Acesso em 30.Jul.2016.

autor afasta, portanto, é o pressuposto de que o *judicial review* é sempre incompatível com o regime democrático, e afirma que o controle de constitucionalidade pode ser interpretado como um pré-compromisso compartilhado por cidadãos livres e iguais para manter as condições de sua soberania.⁷³

Algumas das conclusões de Freeman merecem ser referidas. De início, é pertinente considerar as críticas feitas pelo filósofo às práticas adotadas pela Suprema Corte americana. Freeman não poupa a Corte de críticas, e afirma que sequer pretende rebater os argumentos empíricos de que o *judicial review* serve mais à manutenção do poder das elites do que à adoção de medidas democráticas. Nem por isso, contudo, sustenta posicionamento filosófico contrário à existência da jurisdição constitucional em uma democracia. Ao fim e ao cabo, não confunde as práticas antidemocráticas da Suprema Corte com a natureza antidemocrática que outros autores sustentam lhe ser inerente. Ademais, Freeman conclui que a existência do *judicial review* é interessante em ordens jurídicas nas quais certos requisitos de um regime democrático não possam ser assegurados pelo procedimento legislativo, e torna tal afirmação ainda mais específica: para o filósofo, se configura essa situação quando o senso público de justiça não é suficientemente desenvolvido para influenciar os procedimentos legislativos a fazer as correções necessárias à justiça democrática, ou quando o Poder Legislativo é substancialmente controlado por interesses particulares.⁷⁴

Não parece adequado, ao contrário do que afirma o filósofo de forma abstrata, justificar a existência do controle judicial de constitucionalidade no fato de que o senso público de justiça de determinada sociedade não é aguçado ou suficientemente desenvolvido. Ao contrário, atribuir à Corte a missão de politizar e compensar a falta de senso democrático da população é hipótese bastante paternalista, e possivelmente apenas perpetuaria o problema. Afigura-se mais adequado qualificar o debate político e efetivar a participação da sociedade civil na tomada de decisões, forma mais sustentável e eficaz de aguçar o senso público de justiça. Além disso, especialmente em países cujas democracias são bastante jovens, como no Brasil, não é razoável esperar que o senso público de justiça e democracia seja construído ou reforçado pela existência da jurisdição constitucional.

A segunda conclusão de Freeman, por outro lado, parece ser mais aplicável ao caso brasileiro: considerando o recente enfraquecimento do processo legislativo, que há tempos

⁷³ FREEMAN, Samuel. *Constitutional Democracy and the Legitimacy of Judicial Review*. Law and Philosophy, vol. 9, n. 04, 1990-1991, p. 327-329. Publicado por Springer. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/3504771>>. Acesso em 30.Jul.2016.

⁷⁴ Ibidem, p. 360-361.

está marcado pela preponderância de interesses particulares em detrimento de interesses coletivos, é possível retirar bons frutos da existência de uma jurisdição constitucional, desde que suas práticas estejam efetivamente comprometidas com a democracia participativa.

A preocupação de todos esses autores com a melhor definição de democracia é louvável. Se uma palavra ou expressão pode comportar uma infinidade de valorações semânticas, também é verdade que a maior concretização desse fenômeno linguístico pode ser encontrada na palavra democracia, a qual se transformou inúmeras vezes ao longo da história, adquirindo diversas facetas e definições, a depender da sociedade em que se insere. Em que pese os autores neguem a intenção de adentrar nessa discussão, e até mesmo neguem que a concepção de democracia é o ponto nevrálgico de todos esses debates, os ensaios desses autores não passam pelo tema da legitimidade democrática das jurisdições constitucionais sem antes desenvolver o que é democracia de forma minuciosa, bem como indagar quais são seus pressupostos nas sociedades moderna e contemporânea.

Interessante pontuar, ainda, que o foco dos autores supracitados é a atuação das jurisdições constitucionais enquanto órgãos responsáveis por realizar o controle de constitucionalidade das leis, por vezes invalidando-as.

No entanto, parece que o problema da legitimidade democrática do Supremo Tribunal Federal não se limita aos casos julgados no âmbito do controle de constitucionalidade, tendo em vista que a Corte desempenha função interpretativa, de modo que interpreta dispositivos constitucionais e atribui sentido aos textos normativos, formando precedentes, cuja aplicação recai sobre toda a sociedade civil.

Feitas essas considerações, impende destacar que, no Brasil, a definição de democracia parece estar ao menos delineada na Constituição Federal de 1988. Pode-se dizer que nela foram adotadas as formas de democracia representativa e participativa, na medida em que, já em seu artigo 1º, a Carta Constitucional prevê que *todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente (...)*.⁷⁵ A respeito do tema, disserta José Afonso da Silva:

A democracia representativa pressupõe um conjunto de instituições que disciplinam a participação popular no processo político, que vem a formar os direitos políticos que qualificam a cidadania, tais como eleições, o sistema eleitoral, os partidos

⁷⁵ BRASIL. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1891. Planalto. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 13.Mar.2017.

políticos, etc., como constam dos arts. 14 a 17 da Constituição, que merecerão consideração especial, mais adiante, quando formos tratar dos direitos políticos.

Na democracia representativa a participação popular é indireta, periódica e formal, por via das instituições eleitorais que visam a disciplinar as técnicas de escolha dos *representantes do povo*. A ordem democrática, contudo, não é apenas uma questão de eleições periódicas, em que, por meio do voto, são escolhidas as autoridades governamentais.⁷⁶

Com efeito, a democracia representativa consiste em uma das faces do regime político brasileiro. Ainda que seja comumente associada aos procedimentos eleitorais, por outro lado, neles não se encerra. E isso é uma prescrição do próprio texto constitucional, ao prever expressamente a realização do poder de forma direta. A parte final do artigo 1º da Constituição Federal, portanto, denota a existência da democracia participativa. Nesse sentido, merece ser transcrito outro trecho da obra de José Afonso da Silva:

O princípio participativo caracteriza-se pela participação direta e pessoal da cidadania na formação dos atos de governo.

As primeiras manifestações da democracia participativa consistiram nos institutos de democracia semidireta, que combinam instituições de participação direta com instituições de participação indireta, tais como:

- a iniciativa popular (...);
- o referendo popular (...);
- o plebiscito (...);
- a ação popular (...);⁷⁷

Note-se que, em pelo menos dois dos exemplos citados pelo autor, a participação direta se dá por meio da interação entre a sociedade civil e os poderes Legislativo ou Judiciário. É o que ocorre com a iniciativa popular e com a ação popular, respectivamente.

Pode-se dizer, por conseguinte, que o sistema brasileiro consagra a convivência de duas formas de exercício dos direitos políticos: a primeira, por meio de representantes eleitos, capazes de dar voz aos interesses de diferentes categorias; a segunda, por meio de instrumentos que dispensam a atuação de um representante, permitindo que o cidadão tenha ingerência direta sobre os atos decisórios do Estado. Fortalecer a democracia participativa, portanto, nada mais é que efetivar aquilo que é previsto pela Constituição Federal. Não se

⁷⁶ SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 33ª Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 137.

⁷⁷ *Ibidem*, p. 141-142.

trata, portanto, de pleitear a substituição da democracia representativa pela democracia direta,⁷⁸ mas sim de fortalecer a segunda para que complemente a primeira.

Nesse sentido, a existência de uma jurisdição constitucional no Brasil não parece ofender a democracia. Isso porque nem todos os atos decisórios precisam ser tomados por representantes do povo. O que se exige, diferentemente, é que o povo tenha condições de influenciar e participar de todos os processos decisórios, o que pode ser feito também de forma direta. Parece adequado reenquadrar o problema: o Supremo Tribunal Federal, no Brasil, não possui uma natureza antidemocrática. Isso porque, em alguma medida, já é reflexo das escolhas da população, tendo em vista que os Ministros que o compõem são indicados pelo Presidente da República, representante eleito por meio de processo eleitoral previsto na Carta Constitucional. Em outras palavras, a eventual ilegitimidade das decisões tomadas no âmbito do Supremo Tribunal Federal parece estar mais ligada ao óbice à participação social nos processos que tramitam perante a Corte, e menos ligada à necessidade de eleição de seus componentes.

Em que pese a análise de Samuel Freeman se limitar à atuação da Suprema Corte americana no controle de constitucionalidade,⁷⁹ sua conclusão pode se enquadrar no caso brasileiro: não se pode confundir a suposta natureza antidemocrática da jurisdição constitucional com suas eventuais práticas antidemocráticas perante a sociedade. A existência do Supremo Tribunal Federal não é incompatível com a democracia brasileira; por outro lado, talvez a forma como viabiliza – ou deixa de viabilizar – a participação social nos processos que julga é que seja o verdadeiro problema democrático a ser enfrentado.

Nesse ponto, é interessante dividir a atuação do Supremo Tribunal Federal em dois diferentes eixos: a atuação da Corte na realização do controle de constitucionalidade, e a atuação da Corte quando se manifesta sobre questões constitucionais suscitadas no seio de um processo judicial. Em ambos os casos, demonstrar-se-á que o problema da legitimidade democrática se encontra, sobretudo, na racionalidade das decisões judiciais proferidas pela Corte, e não na sua natureza, como costuma ser discutido pela doutrina internacional.

⁷⁸ Sobre o tema, cf. Norberto Bobbio, *O Futuro da Democracia*. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Paz e Terra, 2000, p. 53: “Parto de uma constatação sobre a qual podemos estar todos de acordo: a exigência, tão frequente nos últimos anos, de maior democracia exprime-se como exigência de que a democracia representativa seja ladeada ou substituída pela democracia direta”.

⁷⁹ FREEMAN, Samuel. *Constitutional Democracy and the Legitimacy of Judicial Review*. Law and Philosophy, vol. 9, n. 04, 1990-1991, p. 327-329. Publicado por Springer. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/3504771>>. Acesso em 10.Jun.2017.

Nesse contexto, merece relevo a base doutrinária que serve de suporte ao controle concentrado de constitucionalidade realizado no Brasil. A doutrina clássica de direito constitucional costuma referir que a representação de inconstitucionalidade, positivada na Constituição de 1967, constituía processo voltado à defesa da ordem fundamental contra atos com ela incompatíveis. Não se destinava, desse modo, à tutela de situações individuais ou de relações subjetivas, tal qual foi estabelecido pela jurisprudência dos tribunais constitucionais por meio dos chamados processos objetivos (*objektives Verfahren*), ou seja, processos sem sujeitos (*Verfassungrechtsbewahrungsverfahren*). Diversas especificidades do procedimento adotado no Brasil corroboravam com esta nomenclatura, como, por exemplo, o artigo 169 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, *in verbis*:⁸⁰

Art. 169. O Procurador-Geral da República poderá submeter ao Tribunal, mediante representação, o exame de lei ou ato normativo federal ou estadual, para que seja declarada a sua inconstitucionalidade. Parágrafo único. Proposta a representação, não se admitirá desistência, ainda que afinal o Procurador-Geral se manifeste pela sua improcedência.

§ 1º Proposta a representação, não se admitirá desistência, ainda que afinal o Procurador-Geral se manifeste pela sua improcedência. (Renumerado pela Emenda Regimental n. 2, de 4 de dezembro de 1985)

§ 2º Não se admitirá assistência a qualquer das partes. (Incluído pela Emenda Regimental n. 2, de 4 de dezembro de 1985)⁸¹

Note-se que a mera provocação da Corte é suficiente para a apreciação da validade da norma, pouco importando os fundamentos apresentados pelo próprio agente que ajuizou a ação. Tratava-se, portanto, de um processo marcadamente objetivo, concebido como um mecanismo processual que prescinde de contraditório.

O procedimento adotado na Constituição de 1967, próprio da representação de inconstitucionalidade, foi incorporado pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal a partir de 1988, configurando o processo das ações do controle concentrado como um processo objetivo, não contraditório, destinado, exclusivamente, à defesa da ordem constitucional.⁸²

Em alguns casos, tal doutrina justificou acertadas decisões, tais como não permitir o fim do processo perante o Supremo Tribunal Federal diante do pedido de desistência do

⁸⁰ MENDES, Gilmar Ferreira. *Moreira Alves e o controle de constitucionalidade no Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 10-11.

⁸¹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Regimento Interno. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoRegimentoInterno/anexo/RISTF_integral.pdf. Acesso em: 10.Jun.2017.

⁸² MENDES, Gilmar Ferreira. *Moreira Alves e o controle de constitucionalidade no Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 12.

Procurador-Geral da República, dada a relevância da matéria apreciada. Com efeito, assim decidiu o Supremo Tribunal Federal na Ação Direta de Inconstitucionalidade de número 1.971:

A autora formulou pedido de desistência da presente ação direta de inconstitucionalidade (fls. 98). Esse pedido, no entanto, não pode ser deferido. Com efeito, o processo de controle normativo abstrato rege-se pelo princípio da indisponibilidade. A questão pertinente à controvérsia constitucional reveste-se de tamanha magnitude, que, uma vez instaurada a fiscalização concentrada de constitucionalidade, torna-se inviável a extinção desse processo objetivo pela só e unilateral manifestação de vontade do autor. O relevo jurídico, político, social ou administrativo do tema submetido ao poder de controle in abstracto do Supremo Tribunal Federal justifica, por si só, a impossibilidade processual de admitir-se a desistência da ação direta. O exercício da jurisdição constitucional concentrada desta Suprema Corte, por isso mesmo, não pode ficar condicionado - e, muito menos, ser frustrado - por razões, que, invocadas pelo autor, nem sempre se identificam com a necessidade, imposta pelo interesse público, de ver excluídas do ordenamento jurídico as normas eivadas de inconstitucionalidade.⁸³

Reconhecer a relevância da matéria para obstar a extinção do processo, no entanto, se contrapõe à ideia de que o processo objetivo não é contraditório. Ora, se as matérias analisadas são de tamanha importância, não parece razoável que a Corte possa desconsiderar os argumentos suscitados pelas partes e pelo terceiros interventores na tomada da decisão. Seria o mesmo que dizer que a sociedade civil não tem o condão de influenciar as decisões tomadas pelo Estado onde vive, o que consiste em flagrante violação à democracia participativa.

O dito processo objetivo, portanto, pressupõe afastar a aplicabilidade dos princípios constitucionais processuais aos casos julgados nas ações de controle concentrado pelo Supremo Tribunal Federal. Em outras palavras, a especificidade do processo objetivo afasta a aplicabilidade do próprio Código de Processo Civil. Decorrencia dessa inaplicabilidade é a corriqueira afirmação de que não se deve utilizar a expressão “partes processuais” com o mesmo significado empregado no processo comum, pois, no processo objetivo, não haveria interesse ou direito subjetivo sendo discutido.⁸⁴

Ora, o próprio conceito de processo objetivo é suficiente para se concluir que as decisões do Supremo Tribunal Federal e de qualquer outra jurisdição constitucional ficariam

⁸³ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.971. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000051540&base=baseMonocraticas>. Acesso em: 10.Jun.2017.

⁸⁴ TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. In: *Jurisdição Constitucional e Processo Constitucional Objetivo*. 7ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 239-258.

extremamente afastadas da realidade social. Isso porque não há partes em sentido material, e também não é respeitado o direito ao contraditório, haja vista que, de acordo com a doutrina, seriam inaplicáveis os princípios processuais habitualmente observados no processo comum. Nesse contexto, permitir a intervenção de terceiros, seja na qualidade de *amicus curiae*, seja na qualidade de participante de audiência pública, não representaria efetiva abertura do processo, e nem mesmo se prestaria à pluralização das discussões necessárias ao deslinde da questão. Isso porque, em um processo em que não há direito ao contraditório, sequer há como averiguar a real influência dos argumentos suscitados pela sociedade civil no debate travado na Corte.

Ademais, em que pese não haja direito subjetivo a ser tutelado quando o Supremo Tribunal Federal julga ações do controle concentrado, não há como negar que a decisão tomada pela Corte tem o condão de afetar a esfera jurídica individual dos cidadãos brasileiros. Isso porque é inafastável a função interpretativa da Corte, conforme já demonstrado, de modo que, mesmo quando não há direitos subjetivos diretamente discutidos no processo, o julgamento proferido no Supremo Tribunal Federal certamente os atingirá.

A amplitude dos efeitos das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal não se encerra nas ações do controle concentrado, contudo. Pensar que as decisões proferidas pelo Tribunal em recursos extraordinários ou mandados de segurança⁸⁵, por exemplo, não têm impacto sobre a sociedade civil é um equívoco que decorre do desconhecimento das funções da Corte, equívoco este em parte justificado por conta do comportamento que apresenta habitualmente.

O Supremo Tribunal Federal foi projetado à luz da *Supreme Court* estadunidense. No entanto, a atuação do Tribunal assemelhou-se, durante a história, às Cortes de Cassação francesa e italiana, ou seja, a Cortes reativas e de simples controle da juridicidade das decisões. Nesses casos, a função interpretativa das Cortes é afastada, de modo que funcionam como tribunais de terceira instância, voltados à solução de casos concretos. A despeito dessa realidade, considerando que a norma é a reconstrução do sentido do texto normativo, é necessário ver o Supremo Tribunal Federal como corte proativa, que presta a adequada

⁸⁵ Importante considerar que a jurisprudência assentou o entendimento de que descabe a intervenção do *amicus curiae* no bojo do mandado de segurança. No caso do AgRg no MS 26.552, por exemplo, o Ministro Relator Celso de Mello referiu que o pedido de intervenção da OAB na qualidade de *amicus curiae*, não poderia ser deferido no caso, eis que a Lei 9.868/99 só é aplicável aos processos de índole objetiva, e não aos processos de índole subjetiva, como o processo mandamental. Sobre o tema, cf. NEGRI, Marcelo Soares e WINKLER, Camila Gentil, *Amicus Curiae no Brasil: um terceiro necessário*. Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional, vol. 10/2015, p. 889-707, Ago/2015. Disponível em: <http://revistadostribunais.com.br>. Acesso em: 17.Jun.2017.

interpretação da Constituição. Nos casos em que se posiciona sobre questões constitucionais, o STF utiliza a decisão recorrida como ponto de partida para o desenvolvimento de sua função de unificar o direito, determinando o sentido dos textos normativos e interpretando dispositivos constitucionais.⁸⁶

Limitar o debate sobre a legitimidade das decisões judiciais do Supremo Tribunal Federal aos julgados proferidos no bojo de ações de controle de constitucionalidade é o mesmo que desconsiderar o impacto que aqueles outros julgados têm na vida dos cidadãos brasileiros, mesmo quando os efeitos diretos da decisão só fazem coisa julgada *inter partes*. Ainda nesses casos, é inafastável a eficácia vinculante da decisão proferida pelo Supremo,⁸⁷ de modo que a própria formação do precedente é suficiente para autorizar a ampliação do debate e a abertura do processo à sociedade civil.

Nesse ponto, volta-se à contribuição prestada pelo artigo 138 do Código de Processo Civil, que viabilizou a intervenção do *amicus curiae* em todos os tipos de processo. Desde então, nada impede que o *amicus curiae* seja ouvido também quando o STF realiza o controle difuso de constitucionalidade ou quando simplesmente se manifesta sobre questão constitucional, superando eventuais restrições a este tipo de intervenção, desde que respeitados requisitos mínimos inerentes ao instituto: o amigo da corte não pode ter interesse no deslinde da demanda, sob pena de essa intervenção transformar-se em uma assistência escamoteada; deve, além disso, comprovar a representatividade adequada.⁸⁸

O mesmo raciocínio deveria ser aplicável às audiências públicas, instrumento que pode ser utilizado no bojo das ações do controle concentrado, mas que não encontra o mesmo respaldo que o *amicus curiae* no Código de Processo Civil. Pela mesma razão antes exposta – o fato de que a coisa julgada será vinculante, ainda que o processo trate de direitos subjetivos, e o fato de que a decisão proferida pelo Supremo formará precedente judicial – é que se sustenta essa viabilidade.

No Brasil, contudo, as audiências públicas não encontram lugar de relevo nem mesmo na doutrina, sendo muito mais frequentes no âmbito do direito administrativo, ambiental e

⁸⁶ MITIDIERO, Daniel. *Cortes Superiores e cortes supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 94.

⁸⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. *Coisa Julgada Erga Omnes e Eficácia Vinculante*, p. 31 Disponível em: https://processoemdebate.files.wordpress.com/2010/09/coisa-julgada_erga_omnes_vinculante_marinoni.pdf Acesso em: 15.Jun.2017.

⁸⁸ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Código de Processo Civil comentado [livro eletrônico]*. 3ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. Seção II. Dos elementos e dos efeitos da sentença.

regulatório, como forma de democratizar o processo decisório estatal. No âmbito dos Poderes Legislativo e Executivo, as audiências públicas têm a função de colher impressões e demandas da comunidade envolvida com a temática, a qual será objeto de decisão administrativa, fazendo com que esta esteja mais afinada com as necessidades sociais.⁸⁹ Em alguns procedimentos típicos dos demais poderes, chega a ser considerada obrigatória, como ocorre, por exemplo, em caso específico do processo licitatório, previsto no artigo 39 da Lei 8.666/93 (grifou-se):⁹⁰

Art. 39 - Sempre que o valor estimado para uma licitação ou para um conjunto de licitações simultâneas ou sucessivas for superior a 100 (cem) vezes o limite previsto no art. 23, inciso 'I', alínea 'c' desta Lei, **o processo licitatório será iniciado, obrigatoriamente, com uma audiência pública concedida pela autoridade responsável** com antecedência mínima de quinze dias úteis da data prevista para a publicação do edital, e divulgada, com antecedência mínima de dez dias úteis de sua realização, pelos mesmos meios previstos para a publicidade da licitação, à qual terão acesso e direito a todas as informações pertinentes e a se manifestar todos os interessados.⁹¹

Interessa, neste ponto, a análise crítica de Flavia Martins Carvalho quanto à realização de tais audiências no âmbito de cada um dos poderes. Com efeito, a legitimidade democrática das autoridades do Poder Executivo e Legislativo decorre do exercício do direito de voto, próprio da democracia representativa. É curioso, nesse contexto, que sejam mais realizadas nesses poderes, onde os atos decisórios do Estado estariam *a priori* legitimados. Considerando que é no Poder Judiciário, e mais especificamente no Supremo Tribunal Federal, que a legitimidade democrática das decisões é questão mais delicada, era de se esperar que esse instrumento fosse ainda mais desenvolvido e utilizado, o que não ocorre.⁹²

A exemplo do que acontece com os processos administrativos no âmbito dos Poderes Legislativo e Executivo, portanto, as audiências públicas deveriam ser mais utilizadas no âmbito do Poder Judiciário. Isso porque se trata de instrumento capaz de permear o debate

⁸⁹ BIM, Eduardo Fortunato. *Audiências Públicas* [livro eletrônico]. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. Capítulo III. A finalidade, a não vinculação e o caráter subsidiário e não plebiscitário das audiências públicas.

⁹⁰ CARVALHO, Flavia Martins. *Audiências Públicas no Supremo Tribunal Federal: Uma Alternativa Democrática?* Dissertação de mestrado apresentada no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro em 02 de março de 2011, p. 47. Disponível em: <http://www.direito.ufrj.br/ppgd/index.php/dissertacoes/20-autora-flavia-martins-de-carvalho>. Acesso em: 18.Jun.2017.

⁹¹ BRASIL. Lei 8.666/93, artigo 39. Planalto. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666cons.htm. Acesso em 18.Jun.2017.

⁹² CARVALHO, Flavia Martins. Op Cit, p. 47-48. Disponível em: <http://www.direito.ufrj.br/ppgd/index.php/dissertacoes/20-autora-flavia-martins-de-carvalho>. Acesso em: 18.Jun.2017.

travado no processo judicial com experiências comunitárias, aproximando o Estado da população. Apesar disso, a realização de audiências públicas no curso de processos judiciais encontra regulamentação apenas nas Leis 9.868/99 e 9.882/99 e no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, diplomas legais que serão abordados no próximo capítulo deste trabalho.

4 Caminhos processuais para solucionar o problema da legitimação democrática

4.1 Amicus curiae

A participação social nas decisões do Supremo Tribunal Federal foi, ao menos em tese, possibilitada pela positivação da figura do *amicus curiae*, conforme artigo 7º, §2º, da Lei 9.868/99. De acordo com tal dispositivo legal, *o relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, poderá, por despacho irrecorrível, admitir, observado o prazo fixado no parágrafo anterior, a manifestação de outros órgãos ou entidades.*⁹³

Essa possibilidade de manifestação já era consagrada no ordenamento jurídico brasileiro desde 1976, mais especificamente na Lei 6.385/1976, que admite a intervenção da Comissão de Valores Mobiliários em processos em que se discutam questões de direito societário, desde que sujeitas à competência dessa entidade autárquica. Nos Estados Unidos a figura do *amicus curiae* também era admitida quando a Suprema Corte discutia questões constitucionais do interesse de toda a sociedade. A manifestação de terceiros na qualidade de *amicus curiae*, portanto, voltava-se à pluralização do debate, que, no sistema norte-americano, se dá apenas entre as partes, haja vista que o controle de constitucionalidade é do tipo difuso.⁹⁴

Nesse contexto, é imperioso reconhecer que a existência da figura do *amicus curiae* funciona como forma de legitimação das decisões judiciais, no Brasil e também em outros ordenamentos jurídicos. No paradigma do Estado Democrático de Direito e tendo em vista a consagração de uma democracia representativa e participativa, a intervenção do *amicus curiae* possui potencial pluralizador do debate constitucional.⁹⁵

Vale dizer: o procedimento também pode ser fonte de legitimação das decisões judiciais, tanto quanto ou mais do que seria a eleição dos julgadores. Sobre o tema, disserta Niklas Luhmann:

⁹³ BRASIL. Lei 9.868/99, artigo 7º, parágrafo 2º. Planalto. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9868.htm>. Acesso em: 21.Mar.2017.

⁹⁴ BINENBOJM, Gustavo. *A Nova Jurisdição Constitucional Brasileira: legitimidade democrática e instrumentos de realização*. Rio de Janeiro, Renovar, 2014, p. 163.

⁹⁵ MEDINA, Damares. *Amigo da Corte ou Amigo da Parte?* Dissertação de mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito Constitucional, do Instituto Brasiliense de Direito Público. Brasília, 2008, p. 12.

Podemos agora perguntar de forma mais precisa se, em que sentido, através de que mecanismos psíquicos e sociais, e dentro de que limites, a participação num processo jurídico, expirando como sistema, fortalece a disposição dos cidadãos para aceitarem decisões como obrigatórias – não necessárias, porém certas – independentemente de seu conteúdo e fundamento. É difícil admitir que seja suficiente que o povo e os participantes com interesse tomem parte como *espectadores* passivos nos esforços sinceros em prol dos funcionários administrativos e juízes.⁹⁶

Como bem ressalta o autor, não basta, para se alcançar a legitimidade democrática das decisões judiciais, colocar a sociedade civil como mera espectadora passiva do processo. A legitimidade das decisões, e, por consequência, a aceitação destas, depende de uma participação social ativa, em que os atores sociais possam de fato influenciar o debate e observar essa influência no resultado da ação. Se assim não fosse, a publicidade das decisões, por si só, seria suficiente para torná-las legítimas e racionais.

O problema da legitimidade das decisões do Supremo Tribunal Federal é um problema específico, que não se situa fora da órbita de um problema mais amplo, qual seja, o problema da racionalidade das decisões judiciais como um todo. É a participação social, somada à justificação da atividade interpretativa, que confere legitimidade às decisões. No caso específico do Supremo Tribunal Federal, faz-se necessária apenas uma participação ainda mais qualificada, tendo em vista que o controle de constitucionalidade, seja na modalidade difusa, seja na modalidade concentrada, trata de temas que transcendem o interesse das partes.

No sistema de controle de constitucionalidade difuso, qualquer juiz ou tribunal pode apreciar a alegação de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, tendo em vista que tal questão é suscitada dentro de um processo subjetivo, conforme costuma nomear a doutrina clássica⁹⁷, onde há colisão de interesses individuais. A sentença proferida será declaratória e fará coisa julgada no caso e entre as partes.⁹⁸

Uma leitura rápida e acrítica de tais características poderia fazer pensar que não há interesse que transcenda a pessoa das partes no controle difuso. No entanto, é certo que outros elementos podem de pronto desconstruir essa ideia. Em primeiro lugar, deve-se lembrar do artigo 52, X, da Constituição Federal, o qual determina que o Supremo Tribunal Federal,

⁹⁶ LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo Procedimento*. Tradução de Maria Conceição Corte Real. Brasília. Editora Universidade de Brasília, 1980, p. 70. Disponível em: <http://abdet.com.br/site/wp-content/uploads/2015/02/Legitima%C3%A7%C3%A3o-pelo-procedimento.pdf>. Acesso em: 21.Mar.2017.

⁹⁷ MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional. O controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. 5. ed. São Paulo: Saraiva. 2007; CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 6. ed. edição revista. Coimbra (Portugal): Livraria Almedina, 1993.

⁹⁸ SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 33ª Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 54.

declarando a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo no bojo de controle difuso de constitucionalidade, deve comunicar a decisão ao Senado Federal. A Casa Legislativa, entendendo pertinente, poderá suspender a execução da norma declarada inconstitucional por meio de resolução.⁹⁹

Ademais, não se pode desconsiderar que o Supremo Tribunal Federal é Corte Suprema, e possui a função precípua de interpretar textos normativos. Diante disso, suas decisões formam precedentes, e possuem eficácia para além das partes envolvidas no caso concreto.¹⁰⁰ Vale dizer: o Direito não passa de uma expectativa ilusória se não encontrar interpretação isonômica e segura pelos juízes. A equivocidade dos textos normativos, portanto, é paulatinamente precisada pelo Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional, e isso não ocorre apenas nos casos decididos mediante o controle concentrado de constitucionalidade.¹⁰¹ Sobre o tema, cabe transcrever os ensinamentos de Luiz Guilherme Marinoni:

(...) em princípio, uma simples decisão tomada pelo STF não pode deixar de vincular o próprio Tribunal e os demais tribunais e juízes. Não há razão lógica para se exigirem decisões reiteradas, a menos que se suponha que o STF não se importa com a força de cada uma das suas decisões e não possui responsabilidade perante os casos futuros.

Desse modo, parece perfeitamente adequado o entendimento de que o *amicus curiae* deve ser permitido e até mesmo incentivado nas ações de controle de constitucionalidade difuso. Assim passou a decidir o Supremo Tribunal Federal desde o julgamento dos Recursos Extraordinários 415.454 e 416.827.

O Recurso Extraordinário 415.454 foi julgado no ano de 2007. Discutia-se, na hipótese, a revisão de benefício de pensão por morte com efeitos financeiros correspondentes à integralidade do salário de benefícios da previdência geral, a partir da Lei 9.032/1995. Iniciado o julgamento, foi requerida a análise de questão de ordem, consistente no pedido apresentado por diversas associações no sentido de que fossem admitidas intervenções nos autos na qualidade de *amici curiae*.

⁹⁹ SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 33ª Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 54.

¹⁰⁰ MITIDIERO, Daniel. *Cortes Superiores e cortes supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 71.

¹⁰¹ *Ibidem*, p. 102.

Nesse contexto, é interessante transcrever trecho da petição apresentada pela Confederação Brasileira dos Aposentados, Pensionistas e Idosos (COBAP):

Tendo em vista a enorme relevância da matéria posta em discussão no julgamento referido, que deverá atingir milhares de ações judiciais em curso, pleiteando a integralização das pensões, entende a Confederação Brasileira dos Aposentados, Pensionistas e Idosos que há evidente utilidade em subsidiar o julgamento a ser proferido pelo Plenário desta Augusta Corte Suprema.

Conforme já assentado na jurisprudência do Plenário desta Corte Suprema, a *intervenção do amicus curiae no processo de fiscalização normativa abstrata tem por objetivo essencial pluralizar o debate constitucional, permitindo, desse modo, que o Supremo Tribunal Federal venha a dispor de todos os elementos informativos possíveis e necessários à resolução da controvérsia, visando-se, ainda, com tal abertura procedimental, superar a grave questão pertinente à legitimidade democrática das decisões emanadas desta Suprema Corte, quando no desempenho de seu extraordinário poder de efetuar, em abstrato, o controle concentrado de constitucionalidade.*

Se tais razões prestam-se a legitimar a intervenção do *amicus curiae* em sede de controle concentrado, não é razoável imaginar que não sirvam, também, para legitimar idêntica intervenção quando se está em sede de controle difuso, mas formando *leading case*, que terá efeitos práticos não muito diversos do que os alcançados naquele controle.¹⁰²

A acertada argumentação tecida pela Confederação faz cair por terra a ideia de que no bojo de ações do controle abstrato de constitucionalidade não se discutem questões que transcendem o interesse das partes. Nesse caso, como em todos os outros em que há decisão do Plenário do Supremo Tribunal Federal, a necessidade de intervenção de *amici curiae* se dá em razão da formação do precedente. A interpretação da Corte teria efeitos sobre todos os outros casos, ainda que se trate de um recurso extraordinário, ou seja, de controle de constitucionalidade difuso. Nessa linha, o controle intersubjetivo deve ser realizado não só pelas partes, mas também pela sociedade civil, que precisa participar do debate porque é fundamentalmente atingida por ele.

Os argumentos suscitados pela entidade foram acolhidos pelo Supremo Tribunal Federal. Os fundamentos da decisão, contudo, não estão ligados à formação do precedente judicial. Em primeiro lugar, os Ministros consideraram que o recurso extraordinário de que trata o artigo 14 da Lei 10.259/2001 se afastava da perspectiva estritamente subjetiva, observada pela Corte em outros casos. Sustentaram, na hipótese, que a singular conformação do processo regido pela Lei dos Juizados Especiais poderia justificar a participação do *amici*

¹⁰² SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, RE 415.454/SC, Tribunal Pleno, julgado em 08.02.2007, Relator Ministro Gilmar Mendes, p. 1012.

curiae no debate judicial. Ademais, entenderam que a natureza da questão discutida naqueles autos era *objetiva*, o que permitiria a intervenção do *amici*.

Em que pese se concorde com a decisão tomada nos autos, no sentido de deferir o pedido de participação do *amici curiae*, a fundamentação utilizada pela Corte não parece adequada. Ambos os fundamentos estão ligados à diferenciação entre processo subjetivo e objetivo, já abordada no presente trabalho. Em primeiro lugar, discorda-se da ideia de que o processo subjetivo seja impermeável ao interesse da sociedade. Esse e tantos outros casos demonstram que os interesses das partes podem ser extrapolados mesmo quando são direitos subjetivos que estão sendo tutelados. Em segundo lugar, a intervenção do *amici curiae*, na hipótese, não se dá em razão da objetividade do processo. A ideia de que o processo objetivo não conta com partes em sentido material e dispensa a observância do princípio do contraditório não encontra identidade na própria prática do Supremo Tribunal Federal. Essa discussão, ligada ao conceito de processo objetivo, aparece em outros problemas que circundam a admissão do *amici curiae* nos processos julgados pelo Supremo.

Há quem diga que a intervenção do *amicus curiae* nas ações de controle incidental poderia comprometer o princípio do contraditório e o equilíbrio processual, o que não ocorreria nas ações do controle concentrado, tendo em vista que o último não contaria com partes em sentido estrito.¹⁰³ Tal crítica, contudo, não parece guardar correspondência com a realidade.

Em primeiro lugar, porque é a qualidade dos argumentos das partes e o poder de influência que exercem sobre o Juízo que concretizam o direito ao contraditório. Em outras palavras, o exercício do direito ao contraditório efetiva-se por uma participação qualitativa no processo, de modo que a quantidade de sujeitos é menos importante que a qualidade dos argumentos. Em segundo lugar, conforme já exposto anteriormente, a dimensão objetiva das ações do controle concentrado, insistentemente sustenta pela doutrina,¹⁰⁴ deve ser cuidadosamente utilizada, haja vista que as próprias decisões do Supremo Tribunal Federal não adotam o conceito de partes em sentido estrito na literalidade. Tanto é assim que, em alguns casos, exige-se a comprovação da pertinência temática entre o autor e o objeto da causa, o que revela uma espécie de exigência de interesse de agir.

¹⁰³ MEDINA, Damares. *Amigo da Corte ou Amigo da Parte?* Dissertação de mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito Constitucional, do Instituto Brasiliense de Direito Público. Brasília, 2008, p. 99.

¹⁰⁴ MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional. O controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007; CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 6. ed. edição revista. Coimbra (Portugal): Livraria Almedina, 1993.

Nessa esteira, é plenamente justificável que haja a intervenção do *amicus curiae* nas ações do controle concentrado. Sua participação é possível nas ações diretas de inconstitucionalidade (ADI), nas ações declaratórias de constitucionalidade (ADC), nas ações declaratórias de inconstitucionalidade por omissão (ADO) e nas arguições de descumprimento de preceito fundamental (ADPF), conforme artigos 7º, §2º, 18 e 20 da Lei 9.868/99 e artigo 6º da Lei 9.882/99, respectivamente.¹⁰⁵

Nos termos do artigo 102, §2º, da Constituição Federal, as decisões definitivas de mérito proferidas no bojo das ações diretas de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual produzirão coisa julgada com eficácia *erga omnes* – ou eficácia geral obrigatória¹⁰⁶ – e efeito vinculante relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública. Há, portanto, formação de coisa julgada material, que vincula as autoridades aplicadoras da lei.¹⁰⁷

Ademais, o efeito vinculante da decisão proferida no bojo das ações do controle concentrado também ocorre pelo fato de que tais decisões consistem em precedentes judiciais, que devem ser observados pelos órgãos jurisdicionais e pela Administração, a fim de que não se desmantele sua capacidade de orientar a conduta da sociedade civil. Nesse contexto, o mesmo ocorre nos incidentes de resolução de demandas repetitivas, em que também poderá haver a formação de precedente, nos termos do artigo 138, §3º, do Código de Processo Civil.

A intervenção do *amicus curiae*, desse modo, é possível em todas as ações do controle concentrado de constitucionalidade, conforme se denota dos artigos 7º, §2º, 18 e 20 da Lei 9.868/99, bem como do artigo 6º da Lei 9.882/99. Representa, por conseguinte, potencial abertura dos debates travados pela Corte no bojo dessas ações, marcadas pela doutrina do processo objetivo, que, conforme demonstrado no Capítulo 3 do presente trabalho, contribui de forma significativa para um afastamento entre a sociedade civil e a jurisdição constitucional.

4.2 Audiências Públicas

As audiências públicas no Poder Judiciário foram previstas, inicialmente, pelas Leis 9.868/99 e 9.882/99, que disciplinam processo e julgamento das ações diretas de

¹⁰⁵ MEDINA, Damares. *Amigo da Corte ou Amigo da Parte?* Dissertação de mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito Constitucional, do Instituto Brasiliense de Direito Público. Brasília, 2008, p. 97-98.

¹⁰⁶ Expressão utilizada por Luiz Guilherme Marinoni. In: SARLET, Ingo; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 4ª Ed. ampl. São Paulo: Saraiva, 2015. P. 1005.

¹⁰⁷ SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 33ª Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 55.

inconstitucionalidade, ações declaratórias de constitucionalidade e arguições de descumprimento de preceito fundamental. No âmbito do Supremo Tribunal Federal, as audiências públicas foram regulamentadas pela Emenda Regimental 29/2009, que atribuiu competência ao Presidente ou ao Relator, nos termos dos arts. 13, XVII, e 21, XVII, do Regimento Interno, para *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 Tribunal*. O procedimento a ser observado consta do art. 154, parágrafo único, do Regimento Interno.¹⁰⁸

Diferentemente do que ocorre com o *amicus curiae* – que objetiva viabilizar a tomada de conhecimento, por parte dos ministros, de todas as questões sociais envolvidas na controvérsia – as audiências públicas objetivam enfrentar outro déficit da jurisdição constitucional, qual seja, o de expertise técnica. Em outras palavras, as audiências públicas têm a finalidade de impedir que os ministros decidam sobre fatos desconsiderando conhecimentos técnicos, que dizem respeito à ciência.¹⁰⁹ Nesse sentido, cabe transcrever os dois dispositivos legais que fundamentam a realização dessas audiências:

Art. 9º Vencidos os prazos do artigo anterior, o relator lançará o relatório, com cópia a todos os Ministros, e pedirá dia para julgamento.

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

Art. 6º Apreciado o pedido de liminar, o relator solicitará as informações às autoridades responsáveis pela prática do ato questionado, no prazo de dez dias.

§ 1º Se entender necessário, poderá o relator ouvir as partes nos processos que ensejaram a arguição, requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou ainda, fixar data para declarações, em audiência pública, de pessoas com experiência e autoridade na matéria.

Os artigos 9º, §1º e 6º, §1º, das Leis 9.868/99 e 9.882/99, não deixam dúvidas quanto à finalidade primordial das audiências públicas. Trata-se de instrumento voltado a informar o Juízo acerca das questões técnicas que envolvem a matéria discutida na Corte. Depreende-se da redação dos mesmos que, para o STF, a função das audiências públicas está mais ligada à

¹⁰⁸ Site do Supremo Tribunal Federal. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/audienciaPublica/audienciaPublicaPrincipal.asp>>. Acesso em: 21.Mar.2017.

¹⁰⁹ LEAL, Fernando. *Para que servem as audiências Públicas no STF?* Disponível em: <https://jota.info/artigos/para-que-servem-as-audiencias-publicas-no-stf-16062015>. Acesso em: 18.Jun.2017.

consulta à comunidade científica do que propriamente à consulta popular. Pode-se dizer que esta é a primeira diferença crucial entre o instituto do *amicus curiae* e das audiências públicas, haja vista que, no caso do primeiro, a finalidade é dar voz a diferentes segmentos sociais que possuem representatividade para tratar do tema, sem que, para isso, seja necessário conhecimento técnico ou científico.¹¹⁰

Uma segunda importante diferença diz respeito à forma de realização desses instrumentos. O ingresso de interventor na qualidade de *amicus curiae* se dá por iniciativa da própria entidade representativa, ao passo que a realização de uma audiência pública depende de escolha do ministro relator do caso *sub oculis*. Trata-se de poder discricionário do relator, portanto, de modo que não incumbe à sociedade civil requerer a realização de uma audiência pública quando julgar que a controvérsia a exige.¹¹¹

Foi o que ocorreu, por exemplo, quando do julgamento da ADPF 153, proposta pela Ordem dos Advogados do Brasil, em que se questionava a constitucionalidade da Lei da Anistia. Na ocasião, a realização de audiência pública foi requerida pela parte autora, mas o pedido foi indeferido pelo Ministro Relator Eros Grau. Na hipótese, o Ministro asseverou que o grande lapso temporal entre a data do ajuizamento da ação e a solicitação da OAB obstaculizava a realização da audiência, e justificou, ainda, que o processo já se encontrava suficientemente instruído, o que redundaria “em inútil demora no julgamento de feito”.¹¹²

Em que pese o silêncio da doutrina seja bastante prejudicial ao desenvolvimento de tal instrumento, o funcionamento das audiências públicas no âmbito do Supremo Tribunal Federal pode ser conhecido pela leitura do Regimento Interno do Tribunal.¹¹³ Com efeito, o procedimento é previsto de forma relativamente detalhada em seus artigos 154 e 155.

¹¹⁰ CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. *As Audiências Públicas no Supremo Tribunal Federal Brasileiro: ADPF 54*. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=01d8bae291b1e472>. Acesso em: 18.Jun.2017, p. 7.

¹¹¹ *Ibidem*, p. 8.

¹¹² CARVALHO, Flavia Martins. *Audiências Públicas no Supremo Tribunal Federal: Uma Alternativa Democrática?* Dissertação de mestrado apresentada no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro em 02 de março de 2011, p. 51. Disponível em: <http://www.direito.ufrj.br/ppgd/index.php/dissertacoes/20-autora-flavia-martins-de-carvalho>. Acesso em: 18.Jun.2017. Cf: Ministro Eros Grau negou pedido para de realização de audiência pública para discutir a Lei de Anistia. Supremo Tribunal Federal. 28 de abril de 2010. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=125336&caixaBusca=N> Acesso em: 18.Jun.2017.

¹¹³ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Regimento Interno. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoRegimentoInterno/anexo/RISTF_integral.pdf. Acesso em: 18.Jun.2017.

De acordo com o artigo 154 do Regimento Interno, a audiência pública, prevista nos artigos 13 e 21 do Regimento, será iniciada com a prolação do despacho de convocação, o qual deverá ser amplamente divulgado e fixará prazo para a indicação das pessoas a serem ouvidas. Denota-se, neste ponto, a preocupação com a publicização da audiência, a fim de que as mais diversas correntes possam ser ouvidas e consideradas. Essa abertura é reforçada pela previsão subsequente, que estipula a oitiva de diversas correntes de opinião sobre o tema, especificamente quando houver defensores e opositores da matéria.

Caberá ao Ministro que presidir a audiência pública selecionar as pessoas que serão ouvidas, bem como divulgar a lista dos habilitados, determinando a ordem dos trabalhos e fixando o tempo que cada um disporá para se manifestar. Exige-se, ainda, que o depoente limite-se ao tema ou questão em debate.

Como forma de garantir a publicidade não só da realização da audiência, mas também de seu conteúdo, o Regimento Interno prevê a sua transmissão na TV Justiça e na Rádio Justiça, bem como o registro e a juntada dos trabalhos nos autos do processo.

Em que pese os artigos supracitados demonstrem certa preocupação com a abertura do Supremo Tribunal Federal para a opinião pública, a verdade é que a discricionariedade da convocação das audiências públicas pode ser apontada como um dos grandes obstáculos à efetiva participação social nos debates travados na Corte. Se a realização da audiência é decisão que compete ao relator do caso analisado pelo Supremo, a verdade é que a manifestação da sociedade civil não é um direito, mas um poder discricionário daqueles que compõem a Corte. Em outras palavras, não é a população que decide quando deve ser ouvida pelo Tribunal, mas o Tribunal que determina quando a população deve influenciar no processo de tomada de decisão.¹¹⁴

Note-se que, ainda quando permeado de questões essencialmente jurídicas, a oitiva da sociedade civil é salutar. Isso porque, mesmo nesses casos, a esfera jurídica dos cidadãos pode ser abalada pela decisão do Supremo Tribunal Federal, que deveria permitir ao menos o direito de manifestação dos atingidos.

Merece atenção, ademais, o fato de que as audiências públicas são iniciadas com a apresentação da titulação acadêmica daquele que exercerá o direito de manifestação,

¹¹⁴ CARVALHO, Flavia Martins. *Audiências Públicas no Supremo Tribunal Federal: Uma Alternativa Democrática?* Dissertação de mestrado apresentada no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro em 02 de março de 2011, p. 51. Disponível em: <http://www.direito.ufrj.br/ppgd/index.php/dissertacoes/20-autora-flavia-martins-de-carvalho>. Acesso em: 18.Jun.2017.

conforme se observa da segunda audiência pública realizada nos autos da ADPF de número 54,¹¹⁵ que discutia a possibilidade do aborto de fetos anencéfalos. Em que pese se reconheça a relevância dos argumentos técnicos levados a conhecimento dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, a exigência da tecnicidade pode representar, sim, uma espécie de exclusão. Isso porque, em que pese os artigos 6º e 9º tratem de *insuficiência das informações existentes nos autos*, é certo que a experiência não é vivenciada só por técnicos. Vale dizer: uma mãe que experimentou o parto de um feto anencéfalo poderia levar à Corte fatos demonstrativos do sofrimento vivenciado na hipótese.¹¹⁶

No caso em análise, houve apenas dois pequenos depoimentos de mulheres que vivenciaram essa situação, o que foi viabilizado por uma das expositoras, Elizabeth Kipman.¹¹⁷ A plenitude dos argumentos levados à Corte, no entanto, não levavam em conta a realidade verdadeiramente experimentada pela sociedade civil.

Atualmente, há outros casos que ensejam a realização de audiências públicas no âmbito do Supremo Tribunal Federal, tais como o direito ao esquecimento na esfera civil, o bloqueio do Whatsapp e o Marco Civil da Internet, coleta de material genético de condenados criminalmente, entre outros temas relevantes.

Diante disso, conclui-se que o instituto das audiências públicas deve passar por uma ampliação quantitativa e qualitativa no âmbito do Supremo Tribunal Federal. Com efeito, a oitiva da sociedade civil deve ser preconizada em todos os casos que houver relevante controvérsia entre os diversos segmentos da sociedade, objetivando o fortalecimento da democracia participativa. Assim, recomenda-se que o instrumento seja utilizado com mais frequência, fazendo com que as decisões sejam cada vez menos impermeáveis às demais áreas da ciência. A aproximação da Corte às demandas sociais, por outro lado, exige uma mudança qualitativa do procedimento previsto para as audiências públicas. Com efeito, deve-se ampliar o conceito de *experiência*, previsto nos artigos 6º e 9º das Leis 9.868/99 e 9.882/99, permitindo que as audiências públicas levem em consideração as opiniões e argumentos da sociedade civil na resolução do caso.

Apenas com essas modificações estruturais pode-se dizer que a realização das audiências públicas levarão ao Supremo Tribunal Federal novas perspectivas de análise dos

¹¹⁵ Audiência Pública Anencéfalo. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=jpRNFzuBCHc>. Acesso em: 18.Jun.2017.

¹¹⁶ Sobre a experiência, cf. Uma Vida Severina. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=65Ab38kWFhE>. Acesso em: 18.Jun.2017.

¹¹⁷ Dra Elizabeth Kipman - aborto de anencéfalos - ADPF 54 - STF (áudio melhorado). Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=XpvOrbwTzW0>. Acesso em: 18.Jun.2017.

casos, edificando o exercício da cidadania e aumentando a legitimidade do Poder Judiciário por meio de sua aproximação com a comunidade.¹¹⁸

¹¹⁸ VERBIC, Franciso. *Procesos colectivos*. Buenos Aires: Editorial Astrea, 2007. P. 351.

5 Um Caso Paradigmático: o Recurso Extraordinário de número 841.526/RS

5.1 O Caso

Em 14 de dezembro de 1999, Vandrey Jardim Quevedo e Simone Jardim ajuizaram ação de indenização por danos materiais e morais em face do Estado do Rio Grande do Sul. Relataram que Vanderlei Antunes Quevedo foi preso preventivamente por suposta participação em crime previsto no artigo 157 do Código Penal, razão pela qual foi segregado no Presídio Central de Porto Alegre. Após, foi transferido para a Penitenciária Estadual do Jacuí, localizada no Município de Charqueadas, onde veio a falecer em consequência de enforcamento. Postularam a procedência da ação e a condenação do ente estadual ao pagamento de indenização por danos morais no montante de 750 (setecentos e cinquenta) salários-mínimos e pagamento de pensão alimentícia em valor correspondente a $\frac{3}{4}$ da remuneração do *de cujus*.

O Juízo da 1ª Vara da Fazenda Pública do Foro Central da Comarca de Porto Alegre julgou parcialmente procedentes os pedidos dos autores da ação, condenando o Estado do Rio Grande do Sul a indenizá-los pela morte do detento Vanderlei Antunes Quevedo. Determinou o pagamento de pensão no valor de $\frac{3}{4}$ de um salário-mínimo – R\$ 380,00 (trezentos e oitenta reais, à época) –, sendo o valor dividido entre a companheira Simone e seu filho Vandrey. Quando o autor Vandrey viesse a completar 21 anos, a pensão deveria ser destinada integralmente à companheira do *de cujus*, Simone. O pagamento de indenização por danos morais foi igualmente concedido, arbitrado no montante de 300 (trezentos) salários-mínimos, tendo em vista a inegável dor experimentada pelos autores da ação diante da morte de Vanderlei.

Os autores interpuseram recurso de apelação, sustentando que o Magistrado não esclareceu por que arbitrou o valor da pensão com base em um salário-mínimo. Postularam, assim, a majoração do valor da pensão, bem como da indenização por danos morais, requerendo o seu arbitramento em 750 salários-mínimos, e não 300, como constou no *decisum*. Impugnaram, por fim, os juros legais aplicados na sentença.

Irresignado, o Estado do Rio Grande do Sul também apresentou recurso de apelação. Aduziu que a responsabilidade do Estado pelo fato danoso seria subjetiva, e não objetiva, como foi aplicado pelo Juízo de origem. Sustentou, ainda, que não havia fato específico a

ensejar conduta específica de cautela com o apenado, tendo em vista que *já havia sido "aceito" pelos companheiros de galeria. Não havia "quadrilhas" ou "comandos" rivais no Presídio. Nenhuma movimentação anormal fora detectada na semana e no dia anterior ao crime*. Assim, asseverou não haver falha na vigilância e segurança do *de cujus*, o que afastaria a aplicabilidade do artigo 37, §6º, da Constituição Federal.

No que toca ao pedido de pagamento de pensão alimentícia, o ente estadual afirmou não haver prova de que o apenado exercia atividade laboral. Desse modo, não haveria dano material a ser indenizado, motivo pelo qual postulou a reforma da sentença proferida na primeira instância.

O Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul proferiu decisão colegiada dando parcial provimento aos recursos do Estado do Rio Grande do Sul e dos apelantes Vandrey e Simone. Reduziu o *quantum* indenizatório a título de danos morais para 100 (cem) salários-mínimos, ou seja, R\$ 38.000,00 (trinta e oito mil reais) para cada autor, acrescidos de juros e correção monetária. No que toca à pensão alimentícia, manteve o valor fixado na sentença. Por fim, fixou a verba honorária em 20% do valor da condenação.

O Estado do Rio Grande do Sul interpôs recurso extraordinário contra o acórdão do Tribunal de Justiça. Aduziu que o caso concreto – morte de preso por suicídio – afastaria o liame etiológico do artigo 37, §6º, da Constituição Federal. Diante disso, e considerando que o fundamento legal da decisão do Tribunal *a quo* foi tal dispositivo constitucional, asseverou ser cabível a interposição do recurso extraordinário. Outrossim, demonstrou a existência de repercussão geral, tendo em vista que a questão de fundo versada nos autos transcendia os limites do processo, pois muitos outros casos idênticos existiam, de modo que a decisão poderia também eclodir nesses outros.

No mérito, sustentou estar ausente o nexo causal entre a omissão estatal e o fato danoso, tendo em vista que não havia certeza acerca da ocorrência de suicídio ou homicídio. Nesse contexto, e considerando que não havia histórico anterior de distúrbios comportamentais, capazes de indicar a possibilidade de suicídio, não haveria como impor ao Estado responsabilidade pelo fato danoso, já que este só teria ocorrido por ato exclusivo da vítima. Entendimento contrário, segundo o recorrente, estaria adotando a teoria do risco integral, a qual abarcaria toda e qualquer situação semelhante à dos autos, e que havia sido abandonada pela doutrina e jurisprudência há tempos.

Alegou, ainda, a inaplicabilidade do artigo 37, §6º, da Constituição Federal às hipóteses de omissão da Administração Pública, caso em que não haveria responsabilidade objetiva do Estado, mas sim subjetiva, com aplicação do artigo 159 do Código Civil de 1916.¹¹⁹

Requeru, portanto, o conhecimento do recurso extraordinário e o seu provimento integral, a fim de reformar o acórdão recorrido e julgar improcedente a ação, afastando a responsabilidade do Estado e absolvendo-o da condenação imposta pelo Juízo de primeiro grau, mantida pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul.

A Terceira Vice-Presidência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul negou seguimento ao recurso, sob o fundamento de que o acórdão recorrido não destoava do entendimento já sedimentado pelo Supremo Tribunal Federal, o que demonstrou colacionando ementa do Agravo Interno de número 589104, de relatoria do Ministro Joaquim Barbosa.

Irresignado, o Estado interpôs agravo de instrumento, requerendo que o recurso extraordinário fosse conhecido e provido.

O Supremo Tribunal Federal reconheceu a existência de repercussão geral por maioria, pois o tema constitucional debatido nos autos era questão relevante do ponto de vista econômico, político, social e jurídico, e ultrapassava os interesses subjetivos da causa.

5.2 Os *amici curiae*

Na linha daquilo que manifestou o Supremo Tribunal Federal quando do reconhecimento da repercussão geral do tema, o caso em análise era de inegável relevância para a sociedade brasileira. Com efeito, a importância do tema ensejou o ingresso de terceiros interventores na qualidade de *amici curiae*: a União e a Defensoria Pública da União.

A União postulou o seu ingresso no feito na qualidade de *amicus curiae*, retomando, de início, a argumentação tecida pelo Estado do Rio Grande do Sul no recurso extraordinário: aduziu que não haveria nexo de causalidade entre a omissão do Estado e o fato danoso, tendo em vista que o detento teria se suicidado. Sustentou, ainda, fato exclusivo da vítima, bem

¹¹⁹ BRASIL. Código Civil de 1916. Planalto. Art. 159. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm. Acesso em: 02.Jul.2017.

como a impossibilidade de atribuir responsabilidade objetiva ao Estado por conta de omissão. Considerando a relevância da controvérsia para a definição dos limites da responsabilização extracontratual do Estado em matéria de segurança pública, afirmou que traria argumentos e elementos de informação que poderiam contribuir para o debate da matéria.

A manifestação da União, após apresentação de breve relatório, foi iniciada com *a justificativa para intervenção no feito*. Nessa oportunidade, asseverou estarem presentes dois requisitos indispensáveis ao deferimento da intervenção do *amicus curiae*: relevância da matéria e representatividade adequada.

Quanto ao primeiro requisito, salientou que o tema envolvia os limites da responsabilização estatal por falhas ocorridas na administração do sistema penitenciário, serviço que também era prestado pela União, a qual, à época, administrava cinco estabelecimentos prisionais federais. A decisão do Supremo Tribunal Federal, portanto, produziria consequências diretas para a União, motivo pelo qual entendeu ser razoável o seu ingresso no feito.

No que toca ao segundo requisito, afirmou que a representatividade da União era evidente e decorria do fato de ser ela a responsável pela inspeção e fiscalização periódica dos estabelecimentos e serviços penais em âmbito nacional.

No mérito, teceu longa argumentação no sentido de que não estaria comprovado o nexo causal entre a omissão do Estado do Rio Grande do Sul e o fato danoso. Isso porque considerou que a participação do Estado do Rio Grande do Sul na cadeia causal em questão era remota, indireta e secundária, visto que a morte do detento não restou esclarecida, não se sabendo ao certo se cometeu suicídio ou mesmo se era hipótese de homicídio.

Ademais, aduziu que o evento morte estava fora da linha de previsibilidade objetiva do Estado, considerando que o ente atuou segundo as normas regentes do acautelamento de detentos em estabelecimentos prisionais.

Alegou, ainda, que a responsabilidade civil do Estado por omissão ou falha na prestação de serviço é subjetiva.

Somado aos argumentos já apresentados, que, em alguma medida, parecem mera reprodução daquilo que já havia sido aduzido pelo Estado do Rio Grande do Sul em seu recurso extraordinário, a União afirmou que (grifou-se) *a expansão da responsabilidade estatal pelos danos causados por morte e/ou suicídio de detentos não deve ser viabilizada pela aferição do nexo causal em casos concretos, mas por uma decisão legislativa que siga o rito natural do processo político democrático*. Segundo o interventor, a integralização da

responsabilidade estatal por fatos sociais indesejáveis implica a formação de uma rede de proteção social, viabilizada pela coletivização dos custos das mazelas existenciais de cada cidadão, o que só poderia ser realizado no processo legislativo.

Nesse contexto, citou a existência do Programa Nacional de Direitos Humanos, o suporte a Centros de Apoio às Vítimas de Crimes, por exemplo, bem como projetos de lei voltados à temática.

Por essas razões, entendeu que a via do processo político majoritário seria a mais adequada ao enfrentamento do fenômeno social discutido nos autos. Assim, requereu a admissão da União no feito, bem como o provimento do recurso extraordinário.

Em síntese, pode-se dizer que a União, na qualidade de *amicus curiae*, traz quatro importantes argumentos para a solução do caso concreto: (i) a inexistência de nexo causal entre a omissão do Estado e o fato danoso, por não se saber se a morte se deu por suicídio ou homicídio; (ii) sendo hipótese de suicídio, a impossibilidade de responsabilizar o ente estadual, pois se trataria de fato exclusivo da vítima, o que também excluiria o nexo de causalidade; (iii) a impossibilidade de aplicar o artigo 37, §6º, da Constituição Federal, às omissões e falhas do Poder Público, cuja responsabilidade, nesse caso, deveria ser subjetiva; (iv) a maior adequabilidade do processo legislativo para determinar a responsabilidade do Estado por casos como o discutido nos autos.

O ingresso da União na qualidade de *amicus curiae* foi admitido pelo Supremo Tribunal Federal, por meio de decisão monocrática do Ministro Luiz Fux, Relator do recurso.

A Defensoria Pública da União também requereu a sua admissão como *amicus curiae*. Aduziu, na hipótese, ter representatividade para ingressar no feito, considerando sua atuação na seara criminal, notadamente na defesa de uma ampla massa carcerária formada por pessoas carentes, em sua imensa maioria, bem como sua condição de órgão da execução penal, conforme disposto no artigo 61, inciso VIII, da Lei 7.210/1984.

Sustentou, ainda, atuar em caso semelhante, patrocinando os interesses de ex-detento, o qual postulava o pagamento de indenização em decorrência da superpopulação carcerária da casa prisional onde cumpriu pena. Afirmou, assim, (grifou-se) *que estará em posição antagônica ao Estado recorrente, bem como à União. Tal circunstância torna ainda mais importante a participação da DPU, levando à Suprema Corte a voz dos mais frágeis.*

Ademais, considerando que o advogado da parte autora não faria sustentação oral no julgamento do recurso, conforme petição apresentada nos autos, e tendo em vista o

entendimento de que o *amicus curiae* poderia ingressar no feito mesmo após o processo ser colocado em pauta para julgamento, requereu a admissão do seu ingresso nessa qualidade.

O Relator ponderou, em decisão proferida após a apresentação da petição da DPU, que o ingresso na qualidade de *amicus curiae* não seria viável após o processo ser colocado em pauta para julgamento. No entanto, considerou que a sensibilidade da matéria que seria submetida a julgamento e a ausência de sustentação oral pelo procurador do autor eram elementos que tornavam recomendável a admissão da requerente como *amicus curiae*, apenas para proferir sustentação oral, de modo a contribuir para o debate.

Ademais, o Relator considerou que (grifou-se) *a intervenção da requerente no julgamento é justificada, ainda, na busca de garantir a paridade de armas e um equilíbrio ao debate em Plenário*, na medida em que a União já se encontrava habilitada no processo como *amicus curiae*.

Diante disso, admitiu a intervenção da DPU na qualidade de *amicus curiae*, apenas para permitir a sustentação oral em plenário.

Pelo exposto, conclui-se que a Defensoria Pública da União apenas manifestou as razões pelas quais deveria ser admitida no feito na qualidade de *amicus curiae*, sem, no entanto, apresentar manifestação escrita quanto às razões pelas quais o recurso deveria ser desprovido.

Após, sobreveio pedido de ingresso de Fernanda Vicentina da Silva e Fernando Vicentino da Silva na qualidade de *amicus curiae*, tendo em vista que eram autores em ação declaratória indenizatória por dano moral por conta do homicídio de seu genitor no extinto presídio Carandiru, a qual tramitava na 13ª Vara da Fazenda Pública do Foro Central de São Paulo. Apesar dos argumentos suscitados pelos requerentes, o pedido de ingresso foi indeferido, por ter sido realizado quase três meses depois do julgamento da ação pelo Supremo Tribunal Federal.

5.3 O Julgamento do Supremo Tribunal Federal

Aos 30 dias de março de 2016, o Supremo Tribunal Federal julgou o recurso extraordinário de número 841.526, interposto pelo Estado do Rio Grande do Sul, com

fundamento no artigo 102, III, “a”, da Constituição Federal, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul.¹²⁰

O Supremo Tribunal Federal inicia o julgado fazendo longa exposição sobre a história da responsabilidade civil do Estado, mencionando as teorias adotadas nas sete constituições que já regeram o país. Explica que, desde a Constituição Federal de 1946, foi adotada a teoria do risco administrativo, positivada no artigo 37, §6º, da Constituição Federal de 1988. Afirma ser possível a descaracterização da responsabilidade diante de certas excludentes, como a culpa exclusiva da vítima ou o fato de terceiro.

No que toca à omissão estatal, reconhece a controvérsia que orbita sobre o tema, mas colaciona julgados que demonstram a adoção da teoria do risco administrativo mesmo quando o Estado tiver praticado conduta omissiva. Tece ampla fundamentação sobre a interpretação do artigo 37, §6º, e ressalta que o dispositivo constitucional não faz distinção entre a ação e omissão do Estado, prevendo a responsabilidade objetiva pelos danos que este causar a terceiros. Faz a ressalva de que (grifou-se) *o nexo de causalidade entre essas omissões e os danos sofridos pelos particulares só restará caracterizado quando o Poder Público ostentar o dever legal específico de agir para impedir o evento danoso, não se desincumbindo dessa obrigação legal.*

Estabelecidos tais conceitos, o Relator passa a expor o longo trajeto da doutrina nacional e internacional na proteção dos direitos fundamentais de detentos no Brasil, citando importantes autores e juristas como Beccaria, Zaffaroni, Kafka, entre outros. Menciona a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais, positivada no artigo 5º, §1º, da Constituição Federal. Ademais, cita o artigo 5º, incisos III, XLVI e XLVII, da Constituição Federal, disposições expressas no sentido de assegurar aos detentos, entre outros direitos, os de não serem submetidos à tortura ou a tratamento desumano ou degradante, de terem a sua pena individualizada e de não sofrerem penas de morte, cruéis ou perpétuas.

O voto confere especial atenção ao artigo 5º, XLIX, da Constituição Federal, na medida em que estabelece que o Estado deve garantir aos presos o respeito à integridade física e moral. Não se trata, portanto, de norma programática, mas sim de norma constitucional de aplicação imediata, cujo conteúdo deve ser efetivamente realizado. Tal direito, de acordo com o Supremo Tribunal Federal, possui uma dimensão objetiva – no sentido de obrigar o Estado a

¹²⁰ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Recurso Extraordinário 841.526 – Estado do Rio Grande do Sul. Relator: Ministro Luiz Fux. Tribunal Pleno, julgado em 30 de março de 2016. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11428494>. Acesso em: 25.Jun.2017.

tomar medidas efetivas para possibilitar a sua concretização – e uma dimensão subjetiva – que atribui ao apenado a posição jurídica de exigir que essa prestação estatal lhe seja outorgada. Colaciona julgados em que o Supremo Tribunal Federal reconheceu a responsabilidade civil objetiva do Estado pela morte de detentos.

Muito embora os precedentes da Corte já tenham consolidado o entendimento de que o estado é responsável pela morte de detentos em casas prisionais, e que a averiguação dessa responsabilidade prescinde de culpa ou dolo, nos termos do artigo 37, §6º, da Constituição Federal, o Relator faz uma ressalva no sentido de que (grifou-se) *a pura e simples inobservância do mandamento constitucional de que evite a morte do preso sob sua custódia não é suficiente para a responsabilização*. Faz-se necessário, também, que o Poder Público tenha a efetiva possibilidade de agir nesse sentido.

Diante disso, o Relator faz uma exposição das causas excludentes da responsabilidade civil do Estado pela morte de detentos. Menciona, por exemplo, casos de suicídio, quando o evento é imprevisível, casos de morte natural, quando nenhum tratamento médico foi negligenciado ou negado ao detento, e mortes por acidentes, quando, mesmo provendo todas as condições de segurança, o Poder Público não consegue evitar o evento danoso, seja por fato imputável ao próprio preso, ou por fato absolutamente imprevisível. Até mesmo em casos de homicídio o Relator considera possível o afastamento da responsabilidade do ente estatal, como, por exemplo, quando é o detento falecido que age de modo contrário à lei, forçando outro detento a atuar em legítima defesa. Em todos esses casos, pode-se dizer que a morte do detento não poderia ser evitada pelo Estado, de modo que ocorreu o rompimento do nexo de causalidade entre o resultado morte e a omissão estatal.

O Relator entende, no caso concreto, ausentes provas suficientes da ocorrência de suicídio, de modo que o ente estatal recorrente não logrou comprovar o rompimento do nexo de causalidade entre a conduta omissiva e o resultado danoso. O conjunto probatório fora assim interpretado no Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, que condenou o ente estadual ao pagamento de indenização pelos danos sofridos pelo detento e, conseqüentemente, pela sua família. Vota, assim, o Relator pelo desprovimento do recurso interposto pelo Estado do Rio Grande do Sul.

Os Ministros introduzem discussão sobre o ônus da prova no caso em análise. Os Ministros Ricardo Lewandowski, Presidente, e Luiz Fux, Relator, concordam que o ônus da prova, no caso, incumbe ao Estado. Ou seja, entendem que o Estado deveria ter demonstrado

que não concorreu para a produção do resultado danoso discutido no caso, o que não pode ser comprovado com a mera alegação de que o detento poderia ter se suicidado.

O Ministro Edson Fachin se manifesta pelo desprovimento do recurso, na linha do voto proferido pelo Ministro Relator. Salienta, apenas, que a conduta omissiva do Estado do Rio Grande do Sul consiste em ilícito omissivo próprio. Reafirma a tese do Relator ao dizer que (grifou-se) *o art. 5º, XLIX, CRFB, estabelece um especial dever de proteção da integridade física e moral daquele em situação de encarceramento*. No entanto, faz ressalva que merece ser transcrita no presente trabalho, porque evidencia de forma precisa a atividade interpretativa realizada pelo Supremo:

De outro canto, tormentosas são as águas que deve a Corte Suprema navegar para, reduzindo a equivocidade do texto normativo, chegar à orla da Segurança Jurídica. Ressalte-se que esta é estruturante do Estado de Direito e ressignificada no Estado Constitucional como dimensão da própria dignidade humana.

Note-se que o Ministro Edson Fachin reconhece, acertadamente, que a Corte exerce importante papel na interpretação de dispositivos constitucionais, e que essa interpretação deve promover a segurança jurídica no ordenamento jurídico brasileiro.

O Ministro segue a exposição abordando o conceito de ilícito omissivo próprio, hipótese caracterizada pelos casos em que o dano foi causado pela infração a um dever jurídico. Valendo-se de relevante doutrina, manifesta-se pelo desprovimento do recurso e pela inserção do referido conceito no *decisum*.

O Voto do Relator é acompanhado pelo Ministro Luís Roberto Barroso.

O saudoso Ministro Teori Zavascki manifesta interessante preocupação com o alcance da tese firmada pelo Supremo Tribunal Federal, e intervém para sugerir a adoção de uma tese minimalista. Os Ministros concordam, ao final, em adotar a tese de que (grifou-se) *a morte de detento gera responsabilidade civil do Estado por inobservância de seu dever específico de proteção previsto no artigo 5º, inciso XLIX, da Constituição Federal*. O entendimento deixa de ser aplicado quando verificadas excludentes do nexo de causalidade.

A Ministra Carmen Lúcia faz interessante exposição sobre a função do Procurador do Estado em casos como o *sub oculi*. Manifesta-se pelo desprovimento do recurso, acompanhando o voto do Relator, bem como as alterações sugeridas pelo Ministro Teori Zavascki.

No Voto, a Ministra salienta que o recurso esbarra em óbice de natureza fático-probatória para a desconfiguração da responsabilidade objetiva do Estado, haja vista não ter sido descartada, no âmbito do Tribunal de Justiça do Estado, a hipótese de suicídio. No entanto, o conjunto probatório levou o Magistrado a entender pela responsabilidade objetiva do Estado pela morte do detento, de modo que seria inadmissível o reexame fático na instância extraordinária, conforme Súmula 279 do Supremo Tribunal Federal. Afasta, ainda, a aplicabilidade do julgado proferido nos autos do Recurso Extraordinário número 121.130, em que a morte do detento se deu por culpa exclusiva da vítima.

O Ministro Marco Aurélio também acompanha o Voto do Relator, bem como o Ministro Ricardo Lewandowski.

Ao final, ficou assentada a tese no Supremo (grifou-se): *Em caso de não observância do seu dever específico de proteção, previsto no art. 5º, inciso XLIX, o Estado é responsável pela morte de detento, admitindo-se a comprovação, pelo Poder Público, de causa excludente do nexo de causalidade entre a sua omissão e o dano sofrido pela vítima, exonerando-a do dever de reparação.*

5.4. A Crítica

A importância do precedente formado com a decisão proferida no bojo do Recurso Extraordinário número 841.526/RS é inegável. Trata-se de resposta à inércia do Estado brasileiro frente às recorrentes e graves violações aos direitos humanos de pessoas segregadas em casas prisionais, situação que se mostra desarmônica com o Estado de Direito e que consiste no verdadeiro pulmão da violência e da crise de segurança pública experimentada em todos os estados da Federação.¹²¹

Em que pese se concorde de modo absoluto com o mérito da decisão do Supremo Tribunal Federal – qual seja, de aplicar o artigo 37, §6º, da Constituição Federal à hipótese –, mostra-se necessário avaliar se os argumentos suscitados pelos terceiros interventores foram considerados, a fim de verificar se a sociedade civil estava de fato representada e foi de fato ouvida pelos Ministros que compõem a Corte no momento de decidir.

¹²¹ Sobre o tema, cf. Novo Diagnóstico de Pessoas Presas no Brasil, que estabelece um panorama da realidade do cárcere no Brasil em comparação com outros países, tais como Estados Unidos, China, Brasil, Rússia, Índia, Tailândia, entre outros.

Disponível em: http://www.cnj.jus.br/images/imprensa/pessoas_presas_no_brasil_final.pdf. Acesso em: 24.Jun.2017.

De início, cumpre considerar que a União apresentou quatro importantes argumentos em sua manifestação escrita, mas nem todos eles foram enfrentados na decisão do Supremo Tribunal Federal. Com efeito, pelo menos três deles reproduziam aquilo que já havia sido suscitado pelo Estado do Rio Grande do Sul em seu recurso extraordinário, de modo que, neste ponto, a fundamentação tecida pelos Ministros foi suficiente para possibilitar a verificação do controle intersubjetivo do poder estatal. Aqui cabe uma crítica à atuação da União como *amicus curiae*: espera-se do interventor a apresentação de informações relevantes e novas, capazes de aumentar a qualidade do julgamento da Corte, sendo que a mera reprodução dos argumentos já suscitados pela própria parte é inócua, e se distancia daquilo que se espera de um *amicus curiae*.

Não se pode desconsiderar, ainda assim, que um dos argumentos suscitados pela União não foi analisado na decisão: não há menção ao argumento de que controvérsias como esta deveriam ser discutidas e solucionadas no âmbito do Poder Legislativo. Em que pese seja evidente que o caso concreto exigia uma resposta por parte da Corte, a criação de uma tese a respeito do tema reforça a aplicabilidade universal da decisão a casos semelhantes, tendo em vista que a Corte interpretou o artigo 37, §6º à luz do contexto fático narrado pelas partes, exercendo sua função interpretativa e formando importante precedente judicial.

Nesse contexto, à luz daquilo que diz a doutrina de direito processual sobre o tema, se poderia imaginar que a omissão da Corte quanto a um dos argumentos suscitados pelo *amicus curiae* não representaria falha na motivação do *decisum*. Isso porque o terceiro interventor, nessa modalidade, tem a função de informar o Juízo, não assumindo, portanto, posição subjetiva de parte. Adotando esse entendimento de forma literal, poder-se-ia crer que o *amicus curiae* não é sujeito do contraditório, razão pela qual as informações por ele prestadas poderiam ser desconsideradas pelo Supremo, sem que isso configurasse violação ao dever de motivação. Desde logo, no entanto, refuta-se que este seja o melhor entendimento sobre o tema.

Com efeito, as informações prestadas pelos *amici curiae* têm o intuito de *informar* o Juízo, tornando-o apto a proferir decisão mais aperfeiçoada, baseada em argumentos profundos e relevantes ao deslinde da causa. Ocorre que se trata, em alguma medida, do direito de influência que a sociedade civil exerce sobre a Corte, fazendo com que as mais amplas visões e os mais diversos argumentos cheguem aos Ministros, que decidirão com maior segurança e com mais legitimidade. Assim, pode-se dizer que a demonstração de que

esse direito de influência foi efetivamente observado é dever da Corte, sob pena de sustentar um *slogan* de abertura incondizente com as suas próprias práticas.

Imprescindível mencionar, neste ponto, que a lógica individualista do processo civil brasileiro consiste em óbice a um procedimento verdadeiramente plural no âmbito do Supremo Tribunal Federal. Com efeito, demandas que versem sobre temas que transcendem os interesses das partes não cabem na moldura do processo bipolar. O despreparo do processo civil brasileiro poderia ser superado por meio de uma redefinição da noção de contraditório, uma vez que este consiste no direito de influir no convencimento do juiz. Nos casos em que a decisão exige a participação da coletividade, mostra-se necessária a ampliação desse conceito, absorvendo todos os argumentos relevantes levados aos autos, os quais, em grande medida, podem ser suscitados em audiências públicas ou por meio de *amici curiae*.¹²²

Interessante observar a manifestação do Ministro Luiz Fux, Relator do caso em análise, quanto à participação dos *amici curiae*: entre outros motivos, admite a participação da Defensoria Pública da União a fim de (grifou-se) *garantir a paridade de armas e um equilíbrio ao debate em Plenário, na medida em que a União já se encontra habilitada neste processo como amicus curiae*. E segue, afirmando que *com a admissão da requerente, ampliar-se-á a discussão para além da ótica do Estado, trazendo-se para o Plenário também a perspectiva dos encarcerados*.¹²³

Note-se que, do trecho transcrito, é possível extrair a ilação de que o Supremo Tribunal Federal preconiza certo equilíbrio entre os terceiros interventores, ainda que a sua função seja a de simplesmente informar o Juízo. Desse modo, não há como verificar a observância deste equilíbrio se os argumentos e informações sequer constam no voto.

A ausência de qualquer menção a um dos argumentos validamente suscitados pela União como *amicus curiae* consiste, *data venia*, em falha da Corte. Isso porque, conforme mencionado anteriormente, casos de tal relevância exigem um redimensionamento do direito ao contraditório, a fim de que a coletividade possa verificar o grau de influência que exerceu sobre os Ministros por meio dos argumentos que lhes foram apresentados.

¹²² ARENHART, Sérgio Cruz. *Processos estruturais no direito brasileiro: reflexões a partir do caso da ACP do carvão*, p. 7-9. Disponível em: <http://revistadeprocessocomparado.com.br/wp-content/uploads/2016/01/ARENHART-Sergio-Artigo-Deciso-es-estruturais.pdf>. Acesso em: 26.Jun.2017.

¹²³ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Despacho. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4645403>. Acesso em: 26.Jun.2017.

Ademais, se é verdade que a Corte objetiva certo equilíbrio entre os interventores, esse equilíbrio somente poderá ser verificado se o acórdão enfrentar expressamente as questões por eles suscitadas.

É igualmente preocupante a ausência, no acórdão, de menção aos argumentos suscitados pela Defensoria Pública da União em sua sustentação oral. Com efeito, a manifestação escrita apresentada pela Instituição contém apenas as razões que fundamentam o seu ingresso no feito na qualidade de *amicus curiae*, sem adentrar no mérito da causa. Muito embora se presuma que os argumentos da Instituição foram acolhidos no caso concreto, a inexistência de menção àquilo que fora sustentado perante a Corte inviabiliza o controle do direito de influência da sociedade civil sobre a decisão, bem como a averiguação do equilíbrio mencionado pelo próprio Ministro ao deferir o ingresso desta no feito.

Não se pode olvidar, ainda, que a publicização dos trabalhos realizados por instituições e entidades na qualidade de *amicus curiae* consiste em forma de possibilitar o controle social do exercício de suas próprias funções institucionais, o que é direito do cidadão.

Por fim, cabe avaliar como acertada a decisão do Relator de indeferir a participação de Vicentina da Silva e Fernando Vicentino da Silva, tendo em vista que o exercício do direito de influência, naquele momento, já não era mais viável.

Vale observar que o simples deferimento da participação de interventores não demonstra, por si só, a abertura da Corte, sendo mais importante, salvo melhor juízo, demonstrar que as razões apresentadas pela sociedade civil foram efetivamente consideradas no momento de decidir.

Em vista do exposto, e ainda que se considere a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal bem fundamentada, considerados os argumentos suscitados pelas partes, pode-se dizer que as práticas do Tribunal ainda não refletem o *slogan* de aproximação entre a Corte e a sociedade.¹²⁴

Deixar de consignar no acórdão as informações prestadas por um dos interventores, bem como manter-se silente quanto a um dos argumentos suscitados pelo outro, demonstra que a abertura e pluralização dos debates travados no órgão ainda precisam passar por maior qualificação.

¹²⁴ Cf. site do Supremo Tribunal Federal, em notícia sobre a realização de audiência pública para debater a proibição de dirigir veículo automotor após ingerir bebida alcoólica. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=206729&caixaBusca=N>. Acesso em: 02.Jul.2017.

O mesmo ocorre com as audiências públicas, que podem consistir numa alternativa democrática aos dilemas e impasses da jurisdição constitucional, na medida em que seja possível verificar até que ponto os argumentos apresentados em audiências públicas são enfrentados nas decisões do Supremo Tribunal Federal.¹²⁵

Por conseguinte, a situação verificada no caso concreto parece se enquadrar nas conclusões de Samuel Freeman¹²⁶: a jurisdição constitucional não é sempre incompatível com a democracia; o que pode ser incompatível com a democracia são as práticas do Tribunal. Nesse sentido, a jurisdição constitucional brasileira é mais antidemocrática em suas práticas do que em sua natureza. A legitimidade de seu papel institucional, portanto, poderá exigir uma maior abertura de seus debates e de seu procedimento, o que poderá ser demonstrado por meio da fundamentação de suas decisões judiciais.

¹²⁵ CARVALHO, Flavia Martins. *Audiências Públicas no Supremo Tribunal Federal: Uma Alternativa Democrática?* Dissertação de mestrado apresentada no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro em 02 de março de 2011, p. 51. Disponível em: <http://www.direito.ufrj.br/ppgd/index.php/dissertacoes/20-autora-flavia-martins-de-carvalho>. Acesso em: 18.Jun.2017.

¹²⁶ Ver Capítulo 3 deste trabalho.

6 Conclusão

O problema da legitimidade democrática das decisões do Supremo Tribunal Federal consiste em uma pequena amostra de um todo mais amplo. Em uma perspectiva teórica que vê a norma como resultado da interpretação dos textos normativos, a ilegitimidade das decisões agrava consideravelmente o afastamento existente entre o Poder Judiciário brasileiro e a realidade social. Tratar deste problema é, portanto, tratar do próprio exercício da cidadania, e refletir sobre aquilo que está positivado no artigo 1º, parágrafo único, da Constituição Federal: será que hoje, no Brasil, todo poder emana do povo?

Há teóricos respeitáveis que consideram a simples existência da jurisdição constitucional incompatível com a democracia, porque a participação social nas decisões da jurisdição constitucional seria bastante reduzida comparada ao processo político realizado no bojo do Poder Legislativo. Ao longo deste trabalho, contudo, concluiu-se que a jurisdição constitucional não parece incompatível com o regime democrático brasileiro. Trata-se, na verdade, de órgão voltado à proteção de importantes direitos constitucionais, cuja função interpretativa é inafastável e de suma importância para o funcionamento do ordenamento jurídico pátrio.

Nesse contexto, e considerando que os Ministros do Supremo Tribunal Federal não são eleitos, passou-se a uma breve análise de todos os instrumentos e técnicas processuais disponíveis aos cidadãos, capazes de garantir que o poder decisório dos Ministros e também dos juízes das instâncias ordinárias, que atuam na qualidade de intérpretes dos textos normativos, possa ser controlado por aqueles que se submetem às suas decisões. Ao fim e ao cabo, o presente trabalho passou pela análise de importantes instrumentos de exercício do poder popular de forma direta, tal qual preconiza o parágrafo único do artigo 1º da Constituição Federal.

Se é verdade que o problema da legitimidade democrática afeta todas as decisões judiciais – na medida em que é a justificação da atividade interpretativa e a participação social que conferem racionalidade ao julgado –, também é verdade que no âmbito do Supremo Tribunal Federal o risco da ilegitimidade é ainda mais grave. Isso porque suas decisões implicam formação de precedentes judiciais, que vinculam toda a Administração Pública e também a coletividade. Nesse sentido, mostram-se necessários outros instrumentos capazes de viabilizar a participação social nos processos judiciais que tramitam perante a Corte, participação essa que precisa constar na motivação do *decisum*.

O recorte metodológico realizado deslocou a análise da legitimidade democrática – que em regra é examinada no âmbito do controle da constitucionalidade realizado pelas jurisdições constitucionais – ao âmbito das decisões do Supremo Tribunal Federal, que interpreta a Constituição e forma precedentes judiciais, mesmo quando não está analisando a compatibilidade de atos normativos com a Constituição.

A legitimidade democrática das decisões judiciais do Supremo Tribunal Federal pode ser aperfeiçoada, portanto, por meio de importantes instrumentos processuais, como o *amicus curiae* e as audiências públicas, previstos nas Leis 9.868/99 e 9.882/99, que disciplinam o procedimento especial das ações do controle concentrado. O primeiro instrumento, aliás, vem adquirindo papel relevante também no procedimento comum, razão pela qual foi inserido no Código de Processo Civil de 2015, em seu artigo 138.

Em que pese a inserção do *amicus curie* no CPC não seja objeto do presente trabalho, pode-se dizer que a sua inclusão como modo de intervenção de terceiros no processo revela que o Poder Judiciário, por meio da doutrina, passou a notar que a sociedade civil pode necessitar de representação em outros processos, e não só nas ações do controle concentrado. Mesmo quando o processo não versa sobre questões constitucionais em abstrato, é possível que a própria formação do precedente exija uma maior abertura do debate travado no seio do Poder Judiciário, tendo em vista que muitas decisões, versando sobre direitos subjetivos, acabam por definir questões que importam também à sociedade civil como um todo.

Observou-se, ainda, que as audiências públicas consistem em importante instituto positivado nas Leis 9.868/99 e 9.882/99, muito embora não tenha recebido o mesmo prestígio que o instituto do *amicus curiae* em outros ramos do processo civil. A própria doutrina, infelizmente, permanece silente quanto a este importante instrumento, capaz de qualificar o debate realizado pelo Judiciário e incrementar a legitimidade e a racionalidade das decisões judiciais. A despeito do pouco uso no âmbito do Poder Judiciário, foi possível verificar que o Poder Executivo já faz uso desse tipo de instrumento, quando há a necessidade de incluir a sociedade civil na tomada de importantes decisões que incumbem ao Estado.

A pesquisa bibliográfica realizada para o desenvolvimento deste estudo foi capaz de demonstrar que os institutos do *amicus curiae* e das audiências públicas contam com uma louvável potência de pluralizar e democratizar o Supremo Tribunal Federal. Para verificar, por outro lado, se esta potência vem sendo realmente concretizada, analisou-se o julgamento do Recurso Extraordinário número 841.526, proferido pelo STF na data de 30 de março de 2016, e que acabou por concretizar importante direito garantido na Constituição Federal: na

hipótese, desproveu o recurso do Estado do Rio Grande do Sul, reconhecendo a sua responsabilidade pela morte de detento em estabelecimento prisional, por aplicação do artigo 37, §6º, da CF.

Em que pese o julgado enfrente as razões apresentadas pelas partes – Estado do Rio Grande do Sul, Simone (ex-companheira do *de cuius*) e Vandrey (filho do *de cuius*) – foi possível verificar que as informações e argumentos dos *amici curiae* que participaram do julgamento não foram suficientemente considerados.

De início, foi possível perceber que a União, que ingressou no feito na qualidade de *amicus curiae*, se limitou, em grande medida, a reproduzir os argumentos suscitados pelo Estado do Rio Grande do Sul em seu recurso extraordinário. Falhou, portanto, na função primordial deste terceiro interventor, que é levar ao Juízo informações relevantes sobre a temática, importantes para a sociedade civil. Ainda assim, o único argumento que não guardava identidade com aquilo que já havia sido suscitado pelo recorrente deixou de ser analisado pelo Supremo Tribunal Federal, que sequer mencionou a necessidade de solucionar o caso concreto e a tomada de decisão no seio do Poder Judiciário.

Ora, é evidente que a Corte não poderia deixar de dar resposta ao caso concreto pelo simples fato de que o tema, abstratamente considerado, pode e deve ser objeto de discussões no âmbito do Poder Legislativo. Ainda assim, merecia atenção a alegação da União, tendo em vista que, atualmente, muito se questiona sobre “fazer política” no seio dos órgãos jurisdicionais.

Ademais, observou-se que a sustentação oral realizada pela Defensoria Pública da União também não foi abordada no julgado, constando apenas elogios às posições sustentadas pelo Defensor Público-Geral perante a Corte. Note-se que, neste caso, sequer foi possível verificar a influência das informações levadas ao Supremo pela Instituição, que possui larga atuação junto à população carcerária brasileira. Ora, se não há documento que transcreva as informações prestadas pela Instituição no momento da sustentação oral, e se nem mesmo os argumentos foram mencionados no voto, pode-se dizer que não há como averiguar se a Defensoria Pública da União, enquanto representante de parte da sociedade civil, de fato influenciou a tomada desta decisão pelo Supremo Tribunal Federal.

Diante de tais observações, pode-se dizer que a abertura dos processos judiciais que tramitam perante o Supremo Tribunal Federal é mais um *slogan* que uma realidade. Com

efeito, parece que esta abertura, por meio dos institutos do *amicus curiae* e das audiências públicas, serve mais para amenizar a suposta objetividade do procedimento que rege as ações do controle concentrado do que propriamente para pluralizar os debates travados na Corte. Crê-se que essa intenção de amenizar a objetividade do procedimento explica por que também em outros processos esses instrumentos não viabilizam uma abertura efetiva.

A pesquisa bibliográfica demonstrou, portanto, que ainda há muito a fazer pela efetiva abertura da jurisdição constitucional brasileira, conclusão que foi corroborada pelo julgado analisado no Capítulo 5 deste trabalho. Os instrumentos estão disponíveis, mas precisam passar por uma ampliação qualitativa e quantitativa: as informações prestadas pela sociedade civil precisam ser efetivamente consideradas na decisão judicial, e os instrumentos processuais aptos a promover uma abertura da Corte precisam ser mais utilizados.

O problema da legitimidade democrática das decisões judiciais do Supremo Tribunal Federal é, em alguma medida, um problema do próprio exercício do poder popular. Resta almejar, ao final deste trabalho, por um uso mais sério e frequente dos instrumentos processuais disponíveis à sua efetivação, como forma de, ao fim e ao cabo, aproximar o Poder Judiciário da realidade social brasileira.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARENHART, Sérgio Cruz. **Processos estruturais no direito brasileiro: reflexões a partir do caso da ACP do carvão**. Disponível em: <http://revistadeprocessocomparado.com.br/wp-content/uploads/2016/01/ARENHART-Sergio-Artigo-Deciso-es-estruturais.pdf>. Acesso em: 26.Jun.2017.

AVILA, Humberto. **Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário**. 2ª. Ed. São Paulo: Malheiros Editores: 2012.

BINENBOJM, Gustavo. **A Nova Jurisdição Constitucional Brasileira: legitimidade democrática e instrumentos de realização**. Rio de Janeiro, Renovar, 2014.

BOBBIO, Norberto. **O Futuro da Democracia**. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Paz e Terra, 2000.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª Ed, 6ª reimp. Coimbra: Almedina, 2000.

CAPPELETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. Tradução de Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre, Fabris, 1984.

CAPPELETTI, Mauro. **Repudiando Montesquieu? A Expansão e a Legitimidade da Justiça Constitucional**. Tradução de Fernando Sá. Revista da Faculdade de Direito da UFRGS. V. 20, 2011. Disponível em: <<http://www.seer.ufrgs.br/index.php/revfacdir/article/download/71892/40768>>. Acesso em: 19.Mar.2017.

CHIASSONI, Pierlugi. *Tecnica dell'interpretazione giuridica*. Bologna: Il Mulino, 2007.

GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito**. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

FREEMAN, Samuel. *Constitutional Democracy and the Legitimacy of Judicial Review*. *Law and Philosophy*, vol. 9, n. 04, 1990-1991, pp. 327-370. Publicado por Springer. Disponível em: < <http://www.jstor.org/stable/3504771>>. Acesso em 30/07/2016.

GUASTINI, Riccardo. *Interpretare e argomentare*. Trattato di Diritto Civile e Commerciale. Milano: Giuffré Editore, 2011.

KELSEN, HANS. **Teoria Pura do Direito**. Tradução de João Baptista Machado. 8ª Ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

LUHMANN, Niklas. **Legitimação pelo Procedimento**. Tradução de Maria Conceição Corte Real. Brasília. Editora Universidade de Brasília, 1980, p. 70. Disponível em: <<http://abdet.com.br/site/wp-content/uploads/2015/02/Legitima%C3%A7%C3%A3o-pelo-procedimento.pdf>>. Acesso em: 21.Mar.2017.

MARBURY X MADISON, 5 U.S. (1 Cranch) 137 (1803); Disponível em <<http://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/5/137.html>>. Acesso em 05/07/2016.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria Geral do Processo**. 7ª Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Código de Processo Civil comentado [livro eletrônico]**. 3ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

MARSHALL, John. **Decisões constitucionais de Marshall: (presidente do supremo tribunal dos Estados da America do Norte)**. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1903.

MEDINA, Damares. **Amigo da Corte ou Amigo da Parte?** Dissertação de mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito Constitucional, do Instituto Brasiliense de Direito Público. Brasília, 2008. Disponível em: <http://www.idp.org.br/component/docman/doc_download/174-amigo-da-corte-ou-amigo-da-parte>. Acesso em: 21.Mar.2017.

MENDES, Conrado Hubner. **Controle de Constitucionalidade e democracia**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

MITIDIERO, Daniel. **A tutela dos Direitos como Fim do Processo Civil no Estado Constitucional**. Revista de Processo, Ano 39, Vol. 229, p. 51-74, março, 2014.

MITIDIERO, Daniel. **Cortes Superiores e cortes supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

MITIDIERO, Daniel. **Precedentes: da persuasão à vinculação**. 2ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

PICARDI, Nicola. **La Vocazione del Nostro Tempo per la Giurisdizione**. Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile. Milano: Giuffré Editore, 2004.

SARLET, Ingo; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 4ª Ed. ampl. São Paulo: Saraiva, 2015.

SILVEIRA, Daniela Gonsalves. **A legitimidade do STF para tutelar direitos fundamentais diante da omissão legislativa**. Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Faculdade de Direito. Salão Nobre da Faculdade de Direito. Dissertação de mestrado defendida em 01 de junho de 2016.

TARELLO, Giovanni. *Storia della cultura giuridica moderna*. VI. *Le origini francesi dell'illuminismo giuridico. Montesquieu e Voltaire*. Bologna: Il Mulino, 1976.

TARUFFO, Michele. **A Motivação da Sentença Civil**. Tradução de Daniel Mitidiero, Rafael Abreu e Vitor de Paula Ramos. 1ª Ed. São Paulo: Marcial Pons, 2015.

TAVARES, André Ramos. **Teoria da Justiça Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2005.

VELLOSO, Carlos Mário da Silva. **Da jurisdição constitucional ou do controle de constitucionalidade**. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira; NASCIMENTO, Carlos Valder. *Tratado de Direito Constitucional*. V. 1. São Paulo: Saraiva, 2010.

VERBIC, Francisco. *Procesos colectivos*. Buenos Aires: Editora Astra. 2007.

WALDRON, Jeremy. *Can there be a democratic jurisprudence? Public Law & Legal Theory Research Paper Series. Working paper n° 08-35*. Novembro/2008. Disponível em <<http://ssrn.com/abstract=1280923>>. Acesso em 25/07/2016.

WALDRON, Jeremy. *Freemans' Defense of Judicial Review*. Law and Philosophy. Paper n° 13:27-41. 1994. Disponível em: <<http://docslide.us/documents/freemans-defense-of-judicial-review.html>>. Acesso em 28/07/2016.

WALDRON, Jeremy.. *Law and disagreement*. Oxford: Oxford University Press, 1999, p. 217-219. Disponível em <http://bookzz.org/book/836945/6ec624>. Acesso em: 21.Fev.2017.

WALDRON, Jeremy.. *Judicial review and the conditions of democracy*. The Journal of Political Philosophy, Oxford, v. 6, n. 4, p. 335-355, 1998. Disponível em <http://sci-hub.cc/>. Acesso em 21/02/2017.7

REFERÊNCIAS LEGISLATIVAS

BRASIL. Constituição Política do Império do Brazil de 1824. **Planalto**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm.

BRASIL. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1891. **Planalto**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao91.htm.

BRASIL. Código de Processo Civil. **Planalto**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm.

BRASIL. Lei 9.868/1999. **Planalto**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9868.htm.

BRASIL. Lei 9.882/1999. **Planalto**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19882.htm.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Regimento Interno. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoRegimentoInterno/anexo/RISTF_integral.pdf.

BRASIL. Lei 8.666/1993. **Planalto**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666cons.htm.

BRASIL. Código Civil de 1916. **Planalto**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm