

**XXIV CONGRESSO NACIONAL DO
CONPEDI - UFMG/FUMEC/DOM
HELDER CÂMARA**

**DIREITOS HUMANOS E EFETIVIDADE:
FUNDAMENTAÇÃO E PROCESSOS
PARTICIPATIVOS**

ALEXANDRE VERONESE

FABIANA DE MENEZES SOARES

VLADMIR OLIVEIRA DA SILVEIRA

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – Conpedi

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes - IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Conselho Fiscal

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG /PUC PR

Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches - UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS (suplente)

Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

Representante Discente - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

Secretarias

Diretor de Informática - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC

Diretor de Relações com a Graduação - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU

Diretor de Relações Internacionais - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC

Diretora de Apoio Institucional - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC

Diretor de Educação Jurídica - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM

Diretoras de Eventos - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA

Diretor de Apoio Interinstitucional - Prof. Dr. Vladimir Oliveira da Silveira – UNINOVE

D598

Direitos humanos e efetividade: fundamentação e processos participativos [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFMG/ FUMEC/Dom Helder Câmara;
coordenadores: Alexandre Veronese, Fabiana de Menezes Soares, Vladimir Oliveira da Silveira – Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-112-8

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: DIREITO E POLÍTICA: da vulnerabilidade à sustentabilidade

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Direitos humanos. I. Congresso Nacional do CONPEDI - UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara (25. : 2015 : Belo Horizonte, MG).

CDU: 34



XXIV CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI - UFMG/FUMEC /DOM HELDER CÂMARA

DIREITOS HUMANOS E EFETIVIDADE: FUNDAMENTAÇÃO E PROCESSOS PARTICIPATIVOS

Apresentação

A obra Direitos Humanos e Efetividade: Fundamentação e Processos Participativos é fruto do intenso debate ocorrido no Grupo de Trabalho (GT) de DIREITOS HUMANOS E EFETIVIDADE: FUNDAMENTAÇÃO E PROCESSOS PARTICIPATIVOS realizado no XXIV Congresso Nacional do Conpedi em Belo Horizonte/MG, entre os dias 11 e 14 de novembro de 2015, o qual focou suas atenções na temática Direito e política: da vulnerabilidade à sustentabilidade. Este tema norteou as análises e os debates realizados no Grupo de Trabalho, cujos artigos, unindo qualidade e pluralidade, são agora publicados para permitir a maior divulgação, difusão e desenvolvimento dos estudos contemporâneos dessa disciplina jurídica. Por uma questão didática, estes artigos estão divididos, conforme a apresentação dos trabalhos no GT:

O trabalho de Saulo de Oliveira Pinto Colho Para uma crítica das críticas ao discurso dos direitos humanos e fundamentais representa uma importante tentativa de ofertar um coerente discurso de fundamentação dos direitos humanos em uma perspectiva crítica.

O trabalho Apatridia e o direito fundamental à nacionalidade, apresentado por Claudia Regina de Oliveira Magalhães da Silva Loureiro, trouxe uma instigante análise em prol da ampliação do conceito de nacionalidade para abarcar situações de migração em massa, em especial aquelas que atingem menores. O debate teórico ganha contornos muito interessantes quando se identifica a dificuldade para compatibilizar um acervo de direitos universais com perspectivas específicas.

Um trabalho sobre a efetividade dos direitos humanos foi apresentado por Mellysa do Nascimento Costa e Régis André Silveira Limana (Mentes em reforma: o silenciamento da Lei Federal n. 10.216/2001) que faz uma interessante análise sobre o problema da reforma psiquiátrica no Brasil e os dilemas que acometem os seus atingidos.

Paulo Cesar Correa Borges e Marcela Dias Barbosa afirmam que é necessário ir além da produção de normas e atingir a almejada sensibilização sócio-cultural em gênero e direitos humanos, em todos os espaços do social quando trabalham especificamente a aplicabilidade da Lei Maria da Penha. Já Saulo De Oliveira Pinto Coelho traz uma reflexão e análise sobre o

fenômeno dos discursos de crítica aos Direitos Humano-Fundamentais como base das sociedades democráticas contemporâneas.

Na sequência, Claudia Regina de Oliveira Magalhães da Silva Loureiro analisa os direitos humanos e os direitos fundamentais demonstrando de que forma tais ramos do direito internacional influenciam o contexto da aquisição da nacionalidade, anunciando a necessidade de se fazer uma releitura e uma revisão dos critérios determinadores da aquisição da nacionalidade com fundamento nos direitos humanos. Enquanto que Mellyssa Do Nascimento Costa e Régis André Silveira Limana discutem a efetiva aplicação da Reforma Psiquiátrica no Brasil e, em específico, no Estado do Piauí, a partir da Lei Federal de nº 10216 /01 considerando o conflito referente aos direitos humanos.

Monica Faria Baptista Faria e Denise Mercedes Nuñez Nascimento Lopes Salles analisam a polêmica questão do denominado infanticídio indígena, sob a óptica do debate acerca do universalismo e do relativismo na contemporaneidade. Já Evandro Borges Arantes perquire o fenômeno da juridicização dos direitos humanos, com ênfase para o direito à educação, indicando que tal processo não tem obtido resultado satisfatório no tocante à efetivação desse direito.

Carla Maria Franco Lameira Vitale contextualiza o princípio da busca da felicidade, instituto não positivado no ordenamento jurídico brasileiro, mas que tem sido utilizado para fundamentar importantes decisões. Por sua vez, Maria Hortência Cardoso Lima traça uma abordagem da mediação, como instrumento de pacificação e comunicação eficiente no ambiente ensino-aprendizagem poderá servir para o desenvolvimento de habilidades comunicativas, com vistas à busca de soluções efetivas construídas por todos os que fazem esse ambiente.

Paulo Junio Pereira Vaz verifica a influência do Direito Internacional dos Direitos Humanos na atuação política e jurídica dos Estados com vistas à proteção de grupos vulneráveis. Ana Patrícia Da Costa Silva Carneiro Gama demonstra que apesar do direito à cidadania estar garantido na norma interna dos Estados, bem como nos mais diversos acordos internacionais, efetivamente, muitas pessoas são cerceadas deste direito, a exemplo das vítimas do crime de tráfico humano das pessoas vítimas do crime de tráfico de pessoas.

Deisemara Turatti Langoski e Geralda Magella de Faria Rossetto examinam os fluxos migratórios, indicados sob a denominação de origens e assentamentos seguindo os elementos

de sua formação no contexto contemporâneo. E Camila Leite Vasconcelos investiga as Convenções e Recomendações da OIT e o processo de integração e efetivação das mesmas no plano interno.

Ainda, Valeria Jabur Maluf Mavuchian Lourenço trabalha o caso do massacre de Ituango ocorrido em 1996 e 1997, o qual é um exemplo de complementaridade das tutelas nacionais e regionais dos Direitos Humanos. A autora responde qual é a efetividade das garantias jurídicas e extrajurídicas nas sentenças da CIDH, especialmente quanto à Educação em Direitos Humanos. Enquanto que Edhyla Carolliny Vieira Vasconcelos Aboboreira analisa os instrumentos utilizados pelas organizações não-governamentais de direitos humanos, no processo constitucional abstrato brasileiro.

Leonardo da Rocha de Souza e Deivi Trombka problematizam a emergência do mal banal ambiental nas sociedades complexas contemporâneas a partir do conceito de banalidade do mal desenvolvido por Hannah Arendt na obra "Eichmann em Jerusalém". Thaís Lopes Santana Isaías e Helena Carvalho Coelho traçam linhas gerais sobre o novo Plano Diretor Estratégico de São Paulo e trabalharam dentro desse contexto, a participação e papel dos movimentos sociais.

Graziela de Oliveira Kohler e Leonel Severo Rocha observam, a partir da matriz pragmático-sistêmica, os riscos das inovações tecnológicas sob a ótica dos Direitos Humanos, tendo como pano de fundo o bem comum. Eduardo Pordeus Silva lança reflexões acerca dos direitos humanos em face da necessidade de fomento à tecnologia assistiva no Brasil e verifica se é possível a plena emancipação social das pessoas com deficiência física ou mobilidade reduzida dado o acesso às tecnologias assistivas de que necessitam.

Daniela Silva Fontoura de Barcellos e Paulo Emílio Vauthier Borges De Macedo demonstram a duplicidade de tratamento dos crimes políticos no direito brasileiro, bem como os critérios utilizados para a sua categorização. Sabrina Florêncio Ribeiro aborda a conceituação e as restrições aos direitos de manifestação pública, bem como analisa o conflito dos direitos fundamentais da honra e da manifestação pública centralizado na apelação cível nº 70045236213.

Paula Constantino Chagas Lessa discute a forma de produção da verdade processual penal na sistemática policial e judicial brasileira, para isto apresenta um breve histórico da legislação processual penal atual. João Paulo Allain Teixeira e Ana Paula Da Silva Azevêdo discutem a democracia agonística proposta por Chantal Mouffe a partir da compreensão da crise da democracia representativa com reflexos no esvaziamento do político, e a possibilidade de

recuperação destes espaços por novas formas de manifestações sociais, como o caso do Movimento Ocupe Estelita, de Pernambuco.

Por fim, Rosendo Freitas de Amorim e Carlos Augusto M. de Aguiar Júnior investigam as origens e aspectos históricos do preconceito vivenciado por homossexuais e o processo de reconhecimento dos direitos de igualdade, liberdade e dignidade como forma de afirmação da cidadania homossexual. E Ivonaldo Da Silva Mesquita e Natália Ila Veras Pereira com amparo na legislação constitucional, infraconstitucional e pactos internacionais, sobre o direito à Audiência de Custódia questionam qual o real significado da Audiência de Custódia, sua abrangência, características e amparo normativo.

Boa leitura!

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

PARTICIPATION OF NON-GOVERNMENTAL ORGANIZATIONS ON HUMAN RIGHTS IN FEDERAL COURT SUPREME

Edhyla Carolliny Vieira Vasconcelos Aboboreira

Resumo

No Brasil, a guarda da Constituição é competência do Poder Judiciário, especialmente, ao Supremo Tribunal Federal. Este, após a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e o alargamento das garantias constitucionais, tem sido cada vez mais acionado para se manifestar a respeito do conteúdo e interpretação constitucional de direitos humanos. Diante dessa intensa atuação da Suprema Corte brasileira, organizações não-governamentais de direitos humanos tem desenvolvido, junto ao Supremo Tribunal Federal, o litígio estratégico, trazendo a pauta discursiva da implementação dos direitos humanos para o interior do Poder Judiciário. Assim, este trabalho tem como objetivo analisar os instrumentos utilizados pelas organizações não-governamentais de direitos humanos, no processo constitucional abstrato brasileiro. Os resultados da pesquisa apontam para o fortalecimento da democracia participativa pós-1988, no Brasil e demonstram o crescimento do litígio estratégico entre os defensores de direitos humanos, na Jurisdição Constitucional.

Palavras-chave: Jurisdição constitucional, Atores processuais, Direitos humanos

Abstract/Resumen/Résumé

In Brazil, safeguarding the Constitution is the responsibility of the judiciary, especially the Supreme Court. This Court, after the promulgation of the 1988-Constitution of the Federative Republic of Brazil -and the increase in constitutional guarantees that came with it-, has been more constantly than ever driven to speak out about the content and constitutional interpretation of human rights. Due to this intense performance of the Brazilian Supreme Court, non-governmental human rights organizations have developed, in the heart of the Federal Supreme Court, the strategic litigation, bringing the discursive agenda for the implementation of human rights into the judiciary. This work aims to analyze the instruments used by non-governmental human rights organizations in the Brazilian abstract constitutional process. The survey results point to the strengthening of post-1988 participatory democracy in Brazil and demonstrate the growth of strategic litigation among human rights defenders, when it comes to Constitutional Jurisdiction.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Constitutional jurisdiction, Procedural actors, Human rights

INTRODUÇÃO

A abertura hermenêutica do Supremo Tribunal Federal é acontecimento recente na história institucional da Corte, fruto das conquistas políticas e sociais que acompanharam a redemocratização do País, consolidadas no texto da atual Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 1988. O extenso rol de direitos fundamentais previstos no Título II da referida Carta Magna, que inclui desde direitos individuais e políticos a direitos sociais, é acompanhado de significativo elenco de garantias/instrumentos processuais que o cidadão – individualmente, em grupo ou por meio de atuação do Ministério Público – poderá lançar mão em caso de lesão ou ameaça de lesão aos preceitos constitucionais. Estes compreendem tanto o conteúdo de direitos humanos quanto princípios e funções que dizem respeito à manutenção da ordem republicana e democrática.

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

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

Quanto ao controle abstrato ou concentrado de normas, aquele em que é analisada a (in)constitucionalidade de lei ou ato normativo em tese, o acesso à justiça constitucional é mais restrito. Podem ingressar com as Ações Direta de Inconstitucionalidade, Direta de Constitucionalidade, Direta de Inconstitucionalidade por Omissão e de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental apenas os atores legitimados taxativamente no artigo 103, *caput*, da Constituição de 1988, a saber, o Presidente da República, as Mesas do Senado Federal, da Câmara dos Deputados, de Assembleia Legislativa ou Câmara Legislativa do Distrito Federal, o Governador do Estado ou do Distrito Federal, o Procurador-Geral da República, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, partido político com

representação no Congresso Nacional e, por fim, confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

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

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

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

A participação da sociedade aberta, tão cara ao Estado Democrático Constitucional hodierno, vem sendo implementada mediante incidentes processuais, inaugurados no ordenamento jurídico pátrio com a entrada em vigor das Leis Federais nº 9.868, de 10 de novembro de 1999, e nº 9.882, de 3 de dezembro de 1999, que faculta ao julgador a solicitação de informações a órgãos ou entidades, resultando na realização de audiências públicas e na figura do *amicus curiae* como instrumentos de pluralização do debate constitucional e legitimidade social e política das decisões proferidas.

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

1 INSTRUMENTOS DE PARTICIPAÇÃO CIDADÃ NO CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE

Na concepção restrita de acesso à justiça, este é entendido apenas nos moldes de se oportunizar à sociedade acesso à direitos e a um provimento jurisdicional célere e eficaz, realizado pelo Estado, que promovesse a efetiva resolução dos conflitos postos. Tal noção não é de todo contrária às balizas democráticas, mas peca em não aprofundar o olhar sobre questões sociais e jurídicas que têm influência direta sobre a prestação jurisdicional, como a marginalização crescente de camadas desfavorecidas e a inércia do Poder Judiciário, respectivamente. De acordo com caracterização cunhada por Sousa Jr. (2008, p. 8), o acesso à Justiça deve ser compreendido em concepção alargada, como processo emancipatório da sociedade e seus cidadãos, que objetiva viabilizar aos mesmos a participação ativa nas questões que envolvam o direito e a administração da Justiça, não apenas a resolução de litígios.

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

1.1 AMICUS CURIAE

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

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

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

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

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

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

De acordo com Mialhe (2010, p. 20), a participação das organizações não governamentais, mediante o instrumento do *amicus curiae* nos tribunais internacionais, reforça o posicionamento dos requerentes individuais com suporte externo aos argumentos apresentados, preserva os interesses daqueles que não estão representados no procedimento e atribui visibilidade internacional ao caso, atraindo a atenção da opinião pública. Não é à toa que, quando aplicado ao controle de constitucionalidade, o amigo da corte é sempre abordado

como instrumento de abertura e democratização da Jurisdição Constitucional, favorecendo a pluralização do debate e a formação da sociedade aberta dos intérpretes da Constituição.

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

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

A segunda modalidade diz respeito ao controle incidental ou difuso. O *amicus curiae* poderá ser admitido em processamento de Recursos Extraordinários, Mandados de Segurança e até Habeas Corpus. Com a inclusão do artigo 543-A pela Lei Federal nº 11.418/2006 no Código de Processo Civil, também passara a ser permitida a manifestação de terceiros, subscrita de procurador habilitado, na análise da repercussão geral, requisito de admissibilidade do Recurso Extraordinário no Supremo Tribunal Federal.

Medina (2010, p. 100) chama atenção para que seja considerada a peculiaridade de cada sistema/modelo quanto à admissão e a análise dos argumentos apresentados pelo interveniente. No controle concreto, esta participação ganha contornos de tradicional intervenção de terceiros presente no Direito Processual Civil, haja vista que o amigo da corte assume posição partidária, com real interesse no resultado concreto da demanda, almejando

êxito a favor da tese por ele suscitada. Nesse sentido, poderia haver prejuízos aos princípios do contraditório e da ampla defesa, desequilibrando a relação processual. Feitas estas considerações, será dada ênfase na apresentação do instituto em análise na primeira modalidade que enseja a participação social no controle concentrado de constitucionalidade.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Ademais, as entidades e órgãos que integram o processo nesta condição poderão estar sujeitas aos efeitos diretos da decisão proferida no processo constitucional abstrato. É o caso, por exemplo, do Grupo Gay da Bahia, associação civil sem fins lucrativos, que fora admitido como amigo da corte na ADPF 132/RJ, em que se discutia a possibilidade da união civil por pessoas do mesmo sexo. Caso o resultado do julgamento fosse pelo não reconhecimento, o acórdão, com efeito vinculante, contra todos e força de lei, teria repercussões diretas na esfera subjetiva do grupo que estava ali representado por meio da entidade, por tratar o objeto da demanda de declaração de direitos civis.

Em entendimento oposto, Medina (2010, p. 78) assevera que a relação processual que se instaura entre a Corte e seu “amigo” não possui natureza contenciosa, mas instrutória e informacional, o que não lhe assegura o direito a ter seus argumentos expressamente deduzidos e apreciados pelo Tribunal. Soma-se aqui o princípio exequibilidade processual, uma vez que o “[...] reconhecimento da legitimidade recursal do *amicus curiae* poderia

simplesmente inviabilizar o processo”, o que se daria devido ao extenso número de recursos possíveis no mesmo procedimento, pois não há limite numérico de intervenções, contribuindo ainda para o desenvolvimento de jurisprudência restritiva do próprio Supremo Tribunal Federal quanto às futuras admissões destes terceiros à lide.

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

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

1.2 AUDIÊNCIAS PÚBLICAS

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

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

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

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

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

A regulação, dentro do Tribunal, só ocorrera em 2009, com a aprovação da Emenda Regimental nº 29. A primeira audiência pública realizada no Supremo Tribunal Federal foi no bojo da ADI 3510/DF em que se discutida a constitucionalidade da Lei de Biossegurança, no ano de 2006. Fica claro, na decisão de convocação, o objetivo legitimador do processo mediante a ampla participação social no mesmo, mais, inclusive, que a própria necessidade de informações técnicas.

Daqui se deduz que a matéria veiculada nesta ação se orna de saliente importância, por suscitar numerosos questionamentos e múltiplos entendimentos a respeito da tutela do direito à vida. Tudo a justificar a realização de audiência pública, a teor do § 1º do artigo 9º da Lei nº 9.868/99. Audiência, que além de subsidiar os Ministros deste Supremo Tribunal Federal, também possibilitará uma maior participação da sociedade civil no enfrentamento da controvérsia constitucional, o que certamente legitimará ainda mais a decisão a ser tomada pelo Plenário desta nossa colenda Corte. (STF, Ministro Ayres Brito, ADI 3.510-0/DF).

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

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

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

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

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

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

Bobbio (2009) reconhece que a democracia social tem revelado outros centros de poder além do Estado, envolvendo no problema da democracia o problema do pluralismo. É importante destacar que os conceitos de democracia e de pluralismo não se confundem. Nem toda sociedade democrática é pluralista (democracia dos antigos), nem toda sociedade pluralista é democrática (sociedade feudal). Para Bobbio (2009, p. 71), “antes de ser uma teoria, o pluralismo é uma situação objetiva, na qual estamos imersos”. Com isso, ele afirma que a democracia de um Estado moderno nada mais pode ser que uma democracia pluralista. O pluralismo permite explicar a liceidade do dissenso na democracia moderna. Característica que a distingue da democracia dos antigos.

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

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

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

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

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

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

Considerando o Brasil como um País de democracia jovem e turbulenta, com instituições frágeis, intensas desigualdades sociais de regionais, construção da cidadania a

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

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

Com a devida vênia, não há o citado deslocamento das tensões sociais. Estas continuam subjacentes ao tecido social, à esfera privada e à esfera pública. O Poder Legislativo não é desnaturado, o Poder Judiciário não passa a legislar. Ocorre que, se os demais Poderes da República são pressionados para a abertura popular – audiências públicas no Congresso Nacional, Lei de Iniciativa Popular, orçamento participativo na aplicação das finanças públicas pelo Poder Executivo –, porque o Judiciário, que sempre manteve-se afastado dos setores mais populares, desde a sua composição à prestação jurisdicional – deveria estar alheio à esta transformação sob pena de subverter a ordem democrática clássica?

Nesse sentido, toda participação social deverá ser estudada e estimulada de forma a aperfeiçoar os mecanismos de controle do poder pelos governados, para que propostas e mudanças possam ser realizadas com base no diálogo e no repúdio à violência, seja esta simbólica ou de fato.

1.3 AÇÃO DE ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL

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

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

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

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

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

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

A principal inovação que a Lei Federal nº 9.882/1999 pretendia trazer ao processo constitucional concentrado diz respeito aos legitimados *ad causam*. Seguindo a linha das demais Ações Diretas, fora dada autorização legislativa para manejar o instrumento os mesmos órgãos e entidades referidas no artigo 103, *caput*, da Constituição Federal de 1988, já relacionados neste trabalho.

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

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

Referidos argumentos não se sustentam diante da análise mais acurada, uma vez que restara comprovado que a sobrecarga que acomete o Tribunal Excelso brasileiro não advém da sua competência constitucional, sendo órgãos ligados ao Poder Executivo os responsáveis por mais de ... da proposição de ações e interposição de recursos. De igual sorte, a questão da

representação não prevalece diante da concepção alargada do acesso à Justiça e da moderna concepção de democracia participativa inaugurada com a própria Constituição atual.

O ensaio em conceder ao cidadão o direito de postulação direta na Corte, em virtude do veto presidencial, também não fora reconhecido pelo Tribunal, conforme se depreende do ementário da ADPF nº 75/SP, da qual é Relator o Ministro Ricardo Lewandowski:

EMENTA: ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. ILEGITIMIDADE ATIVA AD CAUSAM. IDÊNTICOS LEGITIMADOS PARA A PROPOSITURA DE AÇÃO DIRETA. ROL EXAUSTIVO. DICÇÃO DO ART. 2º, I, DA LEI 9.882/99 C/C O ART. 103 DA CF. NÃO-CONHECIMENTO. INTERPOSIÇÃO DE AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO NÃO PROVIDO. I - Os legitimados para propor argüição de descumprimento de preceito fundamental se encontram definidos, em numerus clausus, no art. 103 da Constituição da República, nos termos do disposto no art. 2º, I, da Lei nº 9.882/99. II - Impossibilidade de ampliação do rol exaustivo inscrito na Constituição Federal. III - Idoneidade da decisão de não-conhecimento da ADPF. IV - Recurso de agravo improvido.

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

Por conseguinte, e sob o novo paradigma jurídico-político sobre o qual se ergueu a Carta Magna de 1988 – a democracia participativa, o legislador ordinário não fez nada mais do que referendar, simultaneamente, os princípios da Soberania Popular, Dignidade da Pessoa Humana, e Democrático de Direito; bem como privilegiar o direito de cidadania, trazendo também o sujeito para a condição de partícipe ativo na Jurisdição Constitucional Concentrada. Para Rothenburg (apud Moraes, 2008, p. 266), “[...] o veto que excluiu a legitimação ativa popular amputou, na prática, uma das virtudes e talvez o maior sentido da argüição [...]”. Igualmente, assevera Cunha Jr. (2006, p. 262) que “o veto presidencial, porém, longe de justificar-se, infirma o postulado democrático de abertura do processo constitucional ao cidadão e do acesso à justiça de todos [...]”.

Ressalte-se, ainda, o caráter peculiar da hipótese de cabimento em que o cidadão poderá reclamar diretamente ao Supremo Tribunal Federal: casos de lesão ou ameaça de lesão a preceitos fundamentais por ato do Poder Público. O fundamento de tal possibilidade é simples, a condição de vulnerabilidade do jurisdicionado frente ao grande Leviatã, comandado por forças das majorias dominantes, preocupadas com a realização de seus

próprios interesses. Isto só vem a corroborar, mesmo ao arrepio dos procedimentalistas, o papel institucional da Corte como mecanismo contramajoritário na preservação dos princípios constitucionais, dentre eles, o Princípio da Igualdade no acesso à jurisdição.

O princípio e direito humano da igualdade está elencado nos Princípios de Bangalore de Conduta Judicial, em que se afirma ser essencial à devida execução do ofício judicial, “assegurar a igualdade de tratamento de todos perante as Cortes”. Prescreve o artigo 14 do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, ratificado internamente pelo Decreto nº 592, de 06 de julho de 1992, que “todas as pessoas são iguais perante tribunais e cortes de justiça”, consagrando, segundo Comparato (2010, p. 322), “o princípio do livre acesso aos órgãos judiciários”.

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

Em uma sociedade pluralista, Härberle (1997, p. 13) afirma que, sob a influência da teoria democrática, “é impensável uma interpretação da Constituição sem o cidadão ativo”, bem como não é possível estabelecer um elenco cerrado de intérpretes da Carta Política. Quanto mais plural se revelar o espaço social, mais abertos deverão ser os critérios para a interpretação constitucional. Logo, de acordo com Cruz (2005, p. 12), “o constitucionalismo contemporâneo exige o direito de igual participação do cidadão em todas as práticas estatais, sejam elas oriundas de quaisquer Poderes Constituídos”. Contudo, mesmo com todo o esforço do Poder Legislativo em aprofundar a abertura democrática do sistema constitucional, a referida inovação ainda encontra resistência no âmbito do próprio Estado com o veto do Executivo e a complacência e silêncio do Judiciário, haja vista os longos anos de espera do julgamento da ADIn 2231.

A ADIn 2231, da relatoria do Ministro Néri da Silveira, promovida pelo Conselho Federal da Ordem dos advogados do Brasil, tramita no Supremo Tribunal Federal desde 2000 e ainda aguarda julgamento final. No processo, a Ação movida pela OAB alega suposta inconstitucionalidade integral da Lei Federal nº 9.882/1999, especialmente o artigo 1º, parágrafo único; o artigo 5º, § 3º; o artigo 10, caput e § 3º e o artigo 11. O veto presidencial ao artigo 2º, II, do marco legal em comento também é questionado mediante a Petição nº

59998/2004 em que a associação civil sem fins lucrativos, Conectas Direitos Humanos solicita o ingresso no feito enquanto *amicus curiae*.

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

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

Por outro lado, a dificuldade em implementar direitos subjetivos para grupos minoritários no âmbito do Direito Público não é novidade no Brasil, cuja formação jurídica se deu sobre as bases do patrimonialismo e da lógica da exclusão. De acordo com Wolkmer (2002, p. 116), o Direito Público no Brasil fora marcado “[...] ideologicamente por uma doutrina de nítido perfil liberal-conservador, alçada numa lógica de ação atravessada por temas muito relevantes para as elites hegemônicas, tais como a conciliação e conformismo”. Desse modo, evidencia-se que as instâncias pátrias de Direito Público, ao longo de todo o processo histórico, jamais resultaram do fortalecimento de uma sociedade democrática e de uma cidadania participativa, mas sua evolução se deu de forma “fragmentária, ambígua e individualista, além de permanecerem sujeitas a constantes rupturas, escamoteamentos e desvios institucionais” (WOLKMER, 2003, p. 116).

Nesse contexto, com o Direito, que sempre serviu de fundamento legitimador para as ações estatais lastreadas em interesses de oligarquias dominantes, não foi diferente. Assim, quanto à cultura do pensamento jusfilosófico nacional, não é possível afirmar que a mesma nasceu de ideologias originadas e fomentadas em solo tupiniquim, visando uma emancipação

social através do Direito e, conseqüentemente, formação e consolidação de um sistema político-jurídico democrático.

Mesmo com todo ranço histórico que permeia as instituições nacionais, a Constituição Federal de 1988 foi, inegavelmente, um marco, trazendo à baila a Democracia Participativa como um direito de quarta geração a ser zelado e preservado não só pelo Poder Público, mas pelos seus destinatários. Da mesma forma, prevendo um grande rol de instrumentos processuais para se garantir este grande salto perpetrado, deu um novo sentido ao direito de cidadania, abrindo novas possibilidades de seu exercício pelo cidadão, tanto individualmente quanto em grupo.

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

É preciso reconhecer o sujeito enquanto ser no mundo, dono de si, portador da condição humana de agir na busca por seus direitos, exercer a cidadania e contribuir para consolidação da Democracia, seja como participante da ordem política, seja através do pleno acesso à Justiça. Com efeito, conforme assevera Bobbio (2004, p. 60), “uma coisa é falar dos direitos do homem, direitos sempre novos e cada vez mais extensos, e justificá-los com argumentos convincentes; outra coisa é garantir-lhes uma proteção efetiva”. Repensar as bases processuais da Jurisdição Constitucional sob novos paradigmas é essencial para a busca de respostas aos problemas postos pela pós-modernidade, que nem o Estado Liberal e o Estado Social conseguiram resolver no âmbito da proteção, luta e efetividade de direitos.

2 ESFERAS PÚBLICAS E CIDADANIA: A LITIGAÇÃO ESTRATÉGICA COMO PAUTA DE ATUAÇÃO DA SOCIEDADE CIVIL ORGANIZADA

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

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

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

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

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

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

O mundo corresponde, em Arendt (2009), a todas as coisas criadas pelo homem e que são capazes de se interpor nas suas relações. A esfera pública, compreendida a partir da noção

daquilo que é comum, evita a colisão dos seres humanos uns com os outros, tendo em vista que as pessoas que habitam o mundo ocupam lugares distintos dentro dele. Isto significa que os seres humanos, ainda que componentes da comunidade em que se situam espacial e historicamente, não deixam de possuir identidade própria, mas reconhecem objetivos comuns na diversidade mediante uma relação intersubjetiva, que se traduz em ser visto e ouvido por outros a partir de ângulos diferentes.

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

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

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

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

Assim, as normas constitucionais passam a ser fundadas em modelo de sociedade civil homogeneizada – a sociedade burguesa – que não corresponde à realidade da tessitura pluralista do social. Crítica semelhante pode ser encontrada em Marx (2010) no que diz respeito aos direitos humanos. Segundo o qual a previsão formal destes direitos contribui para a estabilização das expectativas e escamoteia as verdadeiras desigualdades, bem como prejudica o exercício pleno da liberdade.

De fato, o espaço público – aqui reconhecido como sítio político da ação e do discurso

– sofrera profunda mutação com o liberalismo burguês que buscava se utilizar do poder do Estado para preservar a vida privada. Todavia, Arendt (2009) afirma que a ascensão do social desnaturara tanto a esfera pública quanto a esfera privada, de forma que a sociedade civil aberta de que se fala em Häberle (1997) não há que ser confundida com a sociedade civil burguesa objeto da crítica de Habermas (2003), alheia às forças sociais que constituem e estão sob o império da própria Constituição. O reino da necessidade – transmutado na forma jurídica dos direitos sociais – passou a público e fora institucionalizado com a crescente expansão do princípio democrático. Vianna (1999) aponta que a emergência destes novos direitos deveu-se, sobretudo, ao fortalecimento dos movimentos sociais, notadamente do movimento operário, na promoção da agenda igualitária, a partir da segunda metade do Século XIX, provocando uma revisão de toda ordem liberal que cercava as concepções de Poder, de Estado e de Direito.

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

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

A partir de então, Vianna (1999) destaca duas teses das teorias social, democrática e do direito que analisam o presente fenômeno em frentes antagônicas. É o conhecido debate procedimentalistas *versus* substancialistas já destacado na abordagem acerca dos modelos de Jurisdição Constitucional. As questões que se cruzam nesta discussão levam em conta o potencial transformador da sociedade e dos cidadãos que estaria sob a tutela judiciária e não no campo da ação política, ou seja, poderia a judicialização da política aniquilar a ação e o discurso próprios da esfera pública arendtiana?

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

Isto demonstra como a análise em torno da problemática suscitada não poder ser realizada apenas no campo teórico, mas deve-se levar em consideração a experiência/tradição política e constitucional da realidade em que se insere o arranjo de forças estudado. O que vem acontecendo no País com a ampliação das vias de acesso à Justiça não representa, em visão simplista, apenas a regulação jurídica da agenda política e a consequente violação ao princípio da separação de poderes. Sociedade civil, agentes públicos e atores políticos têm utilizado as Ações Constitucionais como expressão da cidadania, ao passo que inserem a processualística constitucional no interior do conceito de esfera pública, promovendo necessidade de revisão profunda na hermenêutica jurídica e na teoria da decisão judicial. Considerando o processo constitucional abstrato, o Direito deixa de ser intocável e leva a lei mesma a ser questionada e discutida por todos aqueles interessados na produção dos efeitos.

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

Mesmo Arendt (2009), que defende a autonomia total da política, reconhece a importância da crescente formação de espaços de cidadania para que os cidadãos possam promover a transformação do poder sem a utilização da violência. Frateschi (2010) relaciona os movimentos que lutaram pelos direitos civis nos Estados Unidos como exemplo presente em Arendt para demonstrar a importância da associação enquanto mecanismo de proteção e inclusão de minorias e garantia de direitos. Dessarte, segundo Lafer (2006, p. 166), também na esteira do pensamento de Arendt, a afirmação dos direitos humanos reclama um espaço público, uma vez que os mesmos só poderão ser exigidos “através do acesso pleno à ordem jurídica que apenas a cidadania oferece”.

A importância dos movimentos sociais e das entidades da sociedade civil organizadas ganhara destaque ao ponto de se criar, na área jurídica, a categoria do sujeito coletivo, fruto veemente da mudança estrutural que a esfera pública, englobando o Estado e o próprio

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

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

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

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

A diferença entre o litígio estratégico e outras ações de projeção social é sua ênfase na utilização do direito como instrumento transformador da realidade social e normativa mediante o debate institucionalizado sobre temas de ampla repercussão. Na América Latina, as Organizações Não-Governamentais são as pioneiras na formatação desta nova agenda, destacando-se o Centro de Estudios Legales y Sociales na Argentina, o Instituto Latinoamericano para una Sociedad y un Derecho Alternativos na Colômbia e a Comissão Andina de Juristas do Peru, que atuam na defesa dos direitos humanos tanto ao nível judicial local quanto perante o Sistema Interamericano de Direitos Humanos.

El litigio estratégico se convierte para dichas organizaciones en uno de sus

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

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

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

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

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

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

É o princípio que rege a jurisdição internacional dos Sistemas de Proteção aos Direitos Humanos, cujo acesso é aberto tanto a órgãos estatais quanto a associações privadas e ao próprio cidadão comum¹. As sentenças oriundas destes julgamentos não geram repercussão direta sobre o ordenamento jurídico do Estado condenado, mas suas recomendações têm o condão de trazer à pauta pública situações de violação a direitos humanos, que aliadas à militância local, promovem reparações indenizatórias e políticas públicas inovadoras – como a recente criação da Comissão da Verdade para apuração de crimes e torturas cometidas no período da Ditadura Militar brasileira e a elaboração da Lei Maria Penha no combate à violência doméstica contra a mulher – provocando repercussões no Direito, pois muitas destas conquistas são transformadas em marcos legais.

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

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

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Vários foram os modelos de Jurisdição Constitucional propostos e estudados ao longo da história do constitucionalismo ocidental. Verifica-se que, no Brasil, não há modelo definido adotado pelo Supremo Tribunal Federal, cujos membros alternam entre posicionamentos juspositivistas e argumentos que visitam as modernas teorias discursivas. No entanto, é notório, sobretudo na análise dos casos concretos, que a Corte brasileira e a

¹ No caso do cidadão como legitimado para agir processualmente, é permitido apenas no Sistema Interamericano de Direitos Humanos, no âmbito da OEA.

produção científica voltada para o estudo da hermenêutica constitucional vêm explorando, cada vez mais, a tese da sociedade aberta dos intérpretes da Constituição.

Com base nessa construção teórica, os instrumentos atuais de participação da sociedade civil, no processo abstrato de controle de constitucionalidade de normas, *o amicus curiae* e as audiências públicas, foram incorporados à legislação processual brasileira e estão sendo utilizados com frequência crescente pelas organizações não-governamentais de direitos humanos. Esses mecanismos são garantias processuais ainda recentes no ordenamento jurídico nacional, motivo pelo qual ainda merecem ser aperfeiçoados. O *amicus curiae*, muitas vezes, não cumpre sua função informativa, antes demonstra o campo de forças existente nos polos que defendem posições jurídicas diversas. As audiências públicas, ainda que tragam em si a ideia de promoção de debate público, ainda são realizadas por meio de estruturas que escamoteiam o instituto como forma de democratização do processo judicial.

A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, por sua vez, não cumpre sua principal função de acesso à Justiça e à cidadania, uma vez que a legitimidade do cidadão para postular diretamente ao Supremo Tribunal Federal foi vetada pelo Poder Executivo.

Ainda assim, conclui-se que o litígio estratégico, no Supremo Tribunal Federal, está crescendo entre as organizações não-governamentais de direitos humanos, o que revela que, diante de todas as dificuldades ainda existentes, esses instrumentos tem contribuído para maior pluralização do debate constitucional. Com a intensa proposição de demandas nos Tribunais, verifica-se que as referidas organizações civis veem o Poder Judiciário como integrante da esfera pública discursiva, na luta pela efetivação de direitos, devendo ser utilizados todos os instrumentos e garantias que a Constituição Brasileira de 1988 pôs à disposição do cidadão.

REFERÊNCIAS:

ARENDDT, Hannah. *A condição humana*. Tradução de Roberto Raposo. 10. ed. São Paulo: Forense Universitária, 2009.

BARBOSA, Cláudia Maria; PAMPLONA, Danielle Anne. A judicialização da política e as audiências públicas no Supremo Tribunal Federal. *Revista Paradigma*, Ribeirão Preto, n. 18, 2009, p. 71-80.

BOBBIO, Norberto. *Estado, governo, sociedade: para uma teoria geral da política*. 15 ed. São Paulo: Paz e Terra, 2009.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

CORAL-DÍAZ, Ana Milena; LONDOÑO-TORO, Beatriz; MUÑOZ-ÁVILA, Lina Marcela. El concepto de litigio estratégico en América Latina: 1990-2010. *Universitas*, Bogotá, n. 121, julio-diciembre, 2010, p. 49-75.

CRUZ, Álvaro R. S. *Jurisdição constitucional democrática*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

_____. *O direito à diferença: as ações afirmativas como mecanismo de inclusão social de mulheres, negros, homossexuais e pessoas portadoras de deficiência*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

CUNHA JR. Dirley da. *Controle de constitucionalidade: teoria e prática*. Salvador: JusPODIVM, 2006.

FALCÃO, Joaquim; CERDEIRA, Pablo de Camargo; ARGUELHES, Diego Werneck. *I relatório Supremo em números: o múltiplo Supremo*. FGV DIREITO RIO, 2011. Disponível em: <<http://www.supremoemnumeros.com.br/wp-content/uploads/2011/05/I-Relat%C3%B3rio-Supremo-em-N%C3%BAmeros.pdf>>. Acesso em: maio 2012.

FRATESCHI, Yara. Participação e liberdade política em Hannah Arendt. São Paulo, *Cadernos de Filosofia Alemã*, n. 10, jul-dez, 2007, p. 83-100.

BINENBOJM, Gustavo. A dimensão do amicus curiae no processo constitucional brasileiro: requisitos, poderes processuais e aplicabilidade no âmbito estadual. *Revista eletrônica Direito do Estado*. n. 1., jan-fev-mar, Salvador, 2005. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-1-JANEIRO-2005-GUSTAVO%20BINENBOJM.pdf>. Acesso em: jul. 2012.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição*. Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. v. 1. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

_____. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. 2. ed. v. 2. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

_____. *Mudança estrutural da esfera pública*. Tradução de Flávio R. Kothe. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. 6. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

Marx, Karl. *Sobre a questão judaica*. Trad. de Nélio Schneider. São Paulo: Boitempo, 2010.

MARSHALL, T. H. *Cidadania, classe social e status*. Tradução de Meton Porto Gadelha. Rio de Janeiro: Zahar, 1967.

MEDINA, Damares. *Amicus curiae: amigo da corte ou amigo da parte?* São Paulo: Saraiva, 2010.

MENDES, Gilmar. F.; COELHO, Inocêncio. M.; BRANCO, G. G. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MIALHE, Jorge Luís. As ONGs no ECOSOC-ONU e sua importância como amici curiae nos tribunais internacionais: breves anotações. In: CECATO, Maria Aurea Baroni; MISAILIDIS, Mirta Larena; LEAL, Mônia Clarissa Hannig; MEZZARROBA, Orides. *Estado, jurisdição e novos atores sociais*. São Paulo: Conceito, 2010.

MORAES, Guilherme P. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. Niterói: Impetus, 2008.

RAMOS, André de Carvalho. *Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

RAZABONI, Olívia Ferreira. *Amicus curiae: democratização da jurisdição constitucional*. Dissertação de mestrado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2009.

SOUSA JUNIOR, José Geraldo de. *Movimentos sociais – Emergência de novos sujeitos: o sujeito coletivo de direito*. In: SOUTO, Cláudio; FALCÃO, Joaquim. *Sociologia e direito: textos básicos para a disciplina sociologia jurídica*. 2º ed. São Paulo: Pioneira, 1999.

TAVARES, André R. *Tratado da argüição de preceito fundamental: lei nº 9.868/99 e lei nº 9.882/99*. São Paulo: Saraiva, 2001.

VESTENA, Carolina Alves. *Participação ou formalismo?: o impacto das audiências públicas no Supremo Tribunal Federal brasileiro*. Dissertação de mestrado apresentada à Escola de Direito do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2010.

VIANNA, Luiz Werneck; CARVALHO, Maria Alice Rezende de; MELO, Manuel Palacios Cunha; BURGOS, Marcelo Baumann. *Judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Renavan, 1999.

VILARREAL, Marta. El litigio estratégico como herramienta del Derecho de Interés Público. In: MATUS, Fabián Sánchez. *El litigio estratégico en México: la aplicación de los derechos humanos a nivel práctico, experiencias de la sociedad civil*. México: Alto Comisionado de las Naciones Unidas, 2007.

WOLKMER, Antonio Carlos. *História do direito no Brasil*. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.