

1 INTRODUÇÃO

O estudo do Direito Constitucional, modernamente, reclama uma abordagem a partir da visão do principal interessado: o povo. Por “povo” entenda-se os agentes que compõem a sociedade, sendo estes, então, além dos autores da *Constituição Real*¹, os destinatários diretos do ordenamento jurídico.

E como autor, e ao mesmo tempo destinatário do sistema normativo, caberia legitimamente ao povo a interpretação primeira do texto jurídico, para que então possa agir a partir do entendimento que tem acerca da ordem legiferada.

Porém, pergunta-se: num Estado Democrático, onde há um Tribunal Constitucional com a competência do controle concentrado da constitucionalidade dos atos normativos, suas decisões seriam legítimas sem que houvesse a possibilidade da intervenção direta dos legítimos detentores do poder normativo quando do julgamento das ações de controle da constitucionalidade?

O presente trabalho tem por finalidade comprovar que é necessário, como garantia da identidade do Estado Brasileiro, constituído em Democrático de Direito, que o ser social tenha legitimidade para participar diretamente do processo de interpretação das normas junto ao Tribunal Constitucional.

O primeiro capítulo abordará a titularidade do Poder Constituinte, numa releitura de alguns autores clássicos que pontuam o tema de forma autorizada. Já o segundo capítulo tratará da construção do ordenamento jurídico numa visão positivista, já que o Brasil optou por organizar seu sistema jurídico a partir da Constituição, sendo ela a diretriz de validade das demais normas vigentes. O terceiro capítulo foi reservado para a análise da resolução, no Brasil, das antinomias, notadamente as de natureza constitucional, e como é que o Estado brasileiro, hodiernamente, trata essa questão. O espaço do quarto capítulo é destinado a abordagem do controle concentrado da constitucionalidade dos atos normativos no Brasil e a necessidade de se dar legitimidade a tal mecanismo a partir da teoria da sociedade aberta dos intérpretes da Constituição, de Peter Häberle. O trabalho é concluído através de uma reflexão

¹Segundo a tese fundamental desenvolvida por Ferdinand Lassalle, “questões constitucionais não são questões jurídicas, mas sim questões políticas. É que a Constituição de um país expressa as relações de poder nele dominantes: o poder militar, representado pelas Forças Armadas, o poder social, representado pelos latifundiários, o poder econômico, representado pela grande indústria e pelo grande capital, e, finalmente, ainda que não se equipare ao significado dos demais, o poder intelectual, representado pela consciência e pela cultura gerais. As relações fáticas resultantes da conjugação desses fatores constituem a força ativa determinante das leis e das instituições da sociedade, fazendo com que estas expressem, tão-somente, a correlação de forças que resulta dos fatores reais de poder. Esses fatores reais do poder formam a Constituição *real* do país”. (Hesse, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*; tradução de Gilmar Ferreira Mendes. – Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1991, pág. 09).

sobre o quanto se avançou e o quanto ainda há de se avançar para que, de fato, o real titular do poder constitucional, o povo, tenha, verdadeiramente, assento à mesa jurisdicional de onde emanam as decisões constitucionais brasileiras.

2 O PODER CONSTITUINTE E A SUA TITULARIDADE

A investigação do real titular do Poder Constituinte se faz necessária para que, uma vez delimitada tal titularidade, se possa, então, fazer uma análise acerca da legitimidade ou ilegitimidade da participação desse titular de poder na discussão do controle concentrado da constitucionalidade dos atos normativos estatais perante o Tribunal Constitucional, uma vez que o texto constitucional posto, em tese, passa a ser o paradigma da legitimidade das demais normas jurídicas.

O Poder Constituinte ou se revela democraticamente ou através da imposição das armas. No Brasil, tem-se que a Constituição vigente é fruto de uma celebração democrática, construída através da união de forças políticas nacionais que culminou com a convocação de uma Assembleia Nacional Constituinte. De seu trabalho promulgou-se, em 05 de outubro de 1988, a Constituição da República Federativa do Brasil², já modificada até a presente data por 95 emendas.

De certo, uma resposta acertada à indagação em voga seria a de que o titular do Poder Constituinte no Brasil, atualmente, é o povo. Não se pode acatar como legítima a ideia de povo como sendo aquela minoria ativista, organizada ou não, nem tampouco como sendo o colégio eleitoral ou coisa que o valha. Num sentido mais amplo, pode se entender povo, como titular do Poder Constituinte em um Estado Democrático, como sendo segundo Canotilho (1993, p.75):

Uma pluralidade de forças culturais, sociais e políticas tais como partidos, grupos, igrejas, associações personalidades, decisivamente influenciadoras da formação de “opiniões”, “vontades”, “correntes” ou “sensibilidades” políticas nos momentos preconstituíntes e nos procedimentos constituíntes.

Nesse viés, o povo como titular do Poder Constituinte deve ser entendido como povo político e plural, para onde convergem as forças políticas plurais de determinada sociedade em determinado momento histórico. Ainda segundo Canotilho (1993, p.75).

Ao falar-se de povo político como titular do poder constituinte e de povo como ‘grandeza pluralística’ pretende-se também insinuar o abandono de um mito que

² Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm

acompanhou quase sempre a teoria da titularidade do poder constituinte: o mito da subjectividade originária (povo, nação, Estado). Se se quiser encontrar um sujeito para este poder teremos de o localizar naquele complexo de forças políticas plurais – e daí a plurisubjectividade do poder constituinte – capazes de definir, propor e defender idéias, padrões de conduta e modelos organizativos, susceptíveis de servir de base à constituição jurídico-formal.

O grande dilema é saber se, de fato, esse complexo de forças políticas plurais seria ou não capaz de congrega, de fato, esse “todo político” que se pretende denominar povo. Alguns entenderiam “povo” como sendo minorias ativistas, outros como sendo o corpo eleitoral em determinado Estado. Outros, ainda, poderiam chamar de povo determinado bloco de pessoas que formam a maioria em determinada circunstância.

Não se deve confundir a ideia de povo com essas ideias postas anteriormente. De certo que as minorias ativistas têm o seu papel de importância na sociedade, mas não se pode dizer que elas encerram em seus ideais as opiniões de toda uma coletividade.

De igual modo, é de se criticar a ideia daqueles que confundem povo político como sendo aqueles titulares do direito ao voto. Tal ideia padece de legitimidade quando se imagina, exemplificativamente, um Estado onde se estabelece idade mínima para o exercício do sufrágio. Isso implicaria dizer que a faixa etária excluída do direito de votar estaria de fora da concepção de povo político, impensável à luz do ideal de democracia que perseguem os estados modernos.

Essas críticas alcançam, ainda, a ideia de que a maioria deveria ser considerada o povo político, pois há de se compreender as minorias como parcela importante do contexto social, notadamente pelo fato de que são as minorias, não raras vezes, que assumem o papel importantíssimo de levantar bandeiras no sentido da necessidade de revisão do posicionamento, não só estatal, mas também do indivíduo enquanto ser coletivo que é relacionado a alguns dos interesses sociais³

Friedrich Müller (2003), em sua obra “Quem é o povo?”, estabelece um interessante contraponto à opinião de Canotilho, merecendo destaque no presente estudo.

Müller inicia a sua tese partindo da pergunta “quem seria esse povo que pudesse legitimar democraticamente?”, visto que os estados democráticos se auto-intitulam governo do povo, já que, em última instância, de acordo com tal modo de pensar, seria o povo que estaria no poder.

³Vários são os exemplos que cabem nesse mister, como o GREENPEACE, o MST (Movimento dos Sem Terra) e outros.

Nos dizeres de Müller, a resposta para essa pergunta “Quem é o povo?” deve partir da premissa que o povo que se pretende conceituar é povo jurídico, termo utilizado nos textos das constituições democráticas como fator legitimador de poder do Estado, e conseqüentemente, como fator legitimador do uso da força por parte desse mesmo Estado.

Extrai-se do conjunto da obra que Müller pretende que o povo jurídico seja compreendido como sendo “multiplicidade das pessoas reais quem habitam no território de um Estado, como uma multiplicidade não ‘unitária’ em si, mista, constituída em grupos, mas organizada de forma igualitária e não-discriminada”(MÜLLER, 2003, p.53). A essa corrente é que adere o presente estudo, pois qualquer outra seria argumento reducionista do conceito de povo, o que de certo não pode ser levado em consideração, notadamente quando o que se pretende é estabelecer um conceito jurídico de povo diante de um ideário realmente democrático. E a exclusão de determinados seres sociais do conceito de povo, por essa ou aquela característica que lhes possa faltar ou passar, tenderia a viciar com invalidez democrática qualquer análise avaliativa dos fenômenos jurídicos advindos daquele determinado Estado que se intitula democrático.

A esse povo jurídico é que se deve conferir, no momento pós-constitucional, condições reais de intervenção na discussão da legitimidade da ordem jurídica, notadamente quando o debate se der no âmbito da constitucionalidade das normas, haja vista que o texto constitucional foi formulado a partir de sua iniciativa, além de ter sido elaborado por seus mandatários. E são os mandatários do povo que estabelecerão, no momento pós-constitucional, as normas jurídicas segundo as quais o Estado se organizará, além de estabelecer condutas comissivas e omissivas de abrangência geral e abstrata.

Furtar do povo a possibilidade de intervenção no debate da constitucionalidade das normas seria retirar do mandante a capacidade de controle sobre o exercício do mandato, o que se mostra irracional em termos de Estado Democrático, pois opta-se, no presente estudo, a dar validade à premissa de que o termo democracia pode ser também entendido pela possibilidade de participação do povo na tomada de decisão das políticas públicas estatais.

Já que o Brasil adota um modelo de democracia participativa⁴, as normas jurídicas gerais e abstratas derivadas do processo legislativo⁵ são postas em sua absoluta maioria por representantes do povo, e não diretamente por ele.

⁴ Modelo segundo o qual o povo não se governa diretamente, mas em contrapartida, tem a faculdade de intervir, às vezes, diretamente na elaboração das leis e em outros momentos decisivos do funcionamento dos órgãos estatais, através de alguns institutos, tais como o referendo, plebiscito e iniciativa popular de lei.

⁵ Que de acordo com o artigo 59 e seguintes da Constituição da República Federativa do Brasil são de competência das funções estatais executiva e legislativa.

De se concluir então que não resta outro espaço, senão o Poder Judiciário, para a defesa dos interesses dos titulares do Poder Constituinte – povo jurídico - quando houver um “equivoco” legislativo, e os mandatários legislarem contrariamente aos anseios de seus constituintes.

3 O ORDENAMENTO JURÍDICO COMO SISTEMA HIERARQUIZADO DE NORMAS.

O modelo de ordenamento jurídico adotado pelo presente estudo é aquele defendido por Kelsen (1998). De acordo com ele, o ordenamento jurídico se perfaz em um sistema dinâmico de normas, que justificam a sua validade não isoladamente, mas sim e tão somente pelo fato de pertencerem a um sistema normativo.

Tal sistema normativo é em si mesmo justificador da sua validade. Em tal esquema sistêmico, encontram-se normas jurídicas subdivididas em patamares diversos, separados um dos outros de acordo com o grau de importância dentro do próprio sistema, de acordo com uma teoria denominada construção escalonada do ordenamento jurídico, onde uma norma pressuposta, nominada norma fundamental, seria o pressuposto de validade de todas as normas existentes no sistema, sendo essas todas àquela subjugadas.

A predita pressuposta norma fundamental não necessariamente deve ser positivada. Mas imediatamente abaixo dela, nesse sistema hierarquizado de normas, sobreviria o texto constitucional, como expressão máxima da legislação positivada em determinado Estado. E é exatamente a partir da positivação do texto constitucional que surgiria a necessidade de todas as normas componentes do sistema estarem de acordo com ele, inclusive como pressuposto de validade, pois a Constituição serviria como uma norma de produção de outras normas, e conseqüentemente estas estariam para aquela como normas de execução, como disposto por Kelsen (1998, p.168).

A derivação das normas de uma ordem jurídica a partir da norma fundamental dessa ordem é executada demonstrando-se que as normas particulares foram criadas em conformidade com a norma fundamental. Para a questão de por que certo ato de coerção (omissis) é um ato de coerção, a resposta é: porque foi prescrito por uma norma individual, uma decisão judicial. Para a questão de por que essa norma individual é válida como parte de uma ordem jurídica definida, a resposta é: porque ela foi criada em conformidade com um estatuto criminal. Esse estatuto, finalmente, recebe sua validade da constituição, já que foi estabelecido pelo órgão competente da maneira que a constituição prescreve.

Nesse prisma, a justificação da validade das normas se dá através de um critério seguro e objetivo, pois a análise a ser feita é no sentido de se saber se o órgão legiferante,

produtor da norma, é ou não autoridade para tal. Daí se pode extrair o princípio da legitimidade, segundo o qual norma legítima é aquela que foi criada formalmente por autoridade competente e se mantém.

Analisando a partir do modelo sistemático de Kelsen, resta evidente que a legitimidade para edição das normas jurídicas no atual Estado Brasileiro, sejam elas constitucionais ou infraconstitucionais, deriva do poder do povo, já que a Assembleia Nacional Constituinte de 1988 congregou em sua composição legítimos representantes do povo, e em seu nome constituiu o Estado Democrático de Direito através da edição da Constituição da República Federativa do Brasil, texto garantidor de que todo o poder do Estado advém do povo, e será exercido por esse mesmo povo, trazendo ainda em seu corpo os limites da produção normativa futura⁶.

E se é verdade que tais limites para a produção normativa futura são frutos do exercício do poder constituinte originário, e servem como baliza para aferição da validade dos atos normativos a serem editados no futuro; e se é verdade, ainda, que a investidura nos cargos dos órgãos produtores de normas gerais e abstratas se dá pelo sufrágio universal e periódico, a premissa de que é o povo que edita as normas jurídicas nacionais, através de seus representantes, é verdadeira, e completamente de acordo com o que preconiza o parágrafo único do artigo 1º da Constituição da República Federativa do Brasil.⁷

Portanto, uma vez estabelecido que as normas jurídicas compõem um todo unívoco e indiviso nominado ordenamento jurídico, e que esse todo é formado através da edição de normas que se organizam em patamares hierárquicos diversos, inclusive servindo uns de pressupostos de validade para os outros (KELSEN, 1998, p.181), é de se ter um mecanismo verificador da legitimidade das normas jurídicas futuras à criação do texto constitucional, já que impensável seria a possibilidade jurídica da validade de normas criadas ao arpejo da vontade constitucional de um povo, já que se encontra positivado no § único do artigo 1º da Constituição da República que é do povo a titularidade do poder do Estado.

Nunca é demais verificar se, de fato, o poder esteja sendo exercido diretamente por ele, o povo, ou quando o seja através de representantes, no real interesse do seu titular. Ainda que, para tanto, se necessite abrir um parêntese à premissa justificadora da legitimidade das normas defendida por Kelsen, o que se faz nessa oportunidade, para tanto sendo necessário citar Pachukanis (1998), para quem o direito só se opera, na realidade, através da relação

⁶ Artigo 59 e seguintes da Constituição da República Federativa do Brasil.

⁷ A íntegra do texto constitucional referido é: “Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”.

estabelecida entre sujeitos, *verbis*: “Antes de mais nada importa notar (e os próprios juristas buscaram suficientemente tal convicção) que o conjunto das normas escritas ou não escritas pertence, em si, mais ao domínio da criação literária” (PACHUKANIS, 1998, p.48)⁸. Tal conjunto de normas adquire uma significação graças somente às relações que são concebidas como derivadas dessas normas e que delas derivam efetivamente. Até o próprio Hans Kelsen, o mais coerente defensor do método puramente normativo, não pôde deixar de reconhecer que era necessário conferir, de uma ou de outra maneira, à ordem normativa ideal, um elemento de vida real, isto é, de conduta humana efetiva.

Ainda nesse mesmo sentido: O método jurídico formal que cuida somente das normas e “o que é conforme ao direito” não pode conservar a sua autonomia a não ser dentro de estreitos limites e, portanto, a não ser enquanto a tensão entre o fato e a norma não ultrapassar um certo máximo (PACHUKANIS, 1998, p.48).

Não se pode olvidar que, nos estados democráticos em que haja um ordenamento positivado, e uma vez que é na relação dos seres sociais que o direito se efetivará, a norma fundamental, se não é, deveria ser algo parecido com a premissa de que o povo deva ser sempre feliz, e o direito deve estar para essa sociedade como um instrumento capaz de fazer a maior parte das pessoas felizes na maior parte do tempo, e para tanto, o exercício do poder não deve nunca furtar esforços. Trata-se do princípio da utilidade disposto por Cavalcanti e Lumen (2005, p.405).

Bentham e Austin, que podem ser considerados fundadores do positivismo jurídico moderno, acreditavam na possibilidade de justificar racionalmente um princípio moral universalmente válido do qual derivam todos os outros juízos valorativos: é o chamado ‘princípio da utilidade’, o qual sustenta, substancialmente, que uma conduta é moralmente correta quando contribui para incrementar a felicidade de um maior número de pessoas.

Os princípios da legitimidade e da utilidade devem estar indissociavelmente ligados em um estado democrático de direito, pois só assim a ordem jurídica, de fato, pode alcançar os seus objetivos diante de tal realidade democrática.

Conclui-se, então, que os reais interesses do povo devem estar sempre no foco das instituições jurídicas dos estados democráticos, como fator de legitimação das normas postas, ou pelo regresso das normas inferiores até a sua validação final pela norma fundamental pressuposta (tal como proposto acima), ou pelo citado contraponto à teoria Kelseniana estabelecido por Pachukanis.

⁸ Idem, pág. 48. Pachukanis complementa esse entendimento, em nota de rodapé, da seguinte forma: “É preciso ter em conta que as leis engendram o “Direito”, somente na medida em que se realizem e que as normas saiam “da existência da papelada” para se afirmarem na vida humana como poder (Hold Ferneck. *Die Rechtswidrigkeit*. Iena, 1903, p. 11)”

4 O ATUAL SISTEMA DE CONTROLE DA CONSTITUCIONALIDADE DOS ATOS NORMATIVOS NO BRASIL.

Muito embora a coerência entre as normas jurídicas deva ser uma característica inarredável de todo ordenamento jurídico, não raras vezes o legislador edita atos normativos incompatíveis entre si. A essa incoerência normativa denomina-se antinomia: “Entende-se por antinomia o conflito entre normas pertencentes a um mesmo ordenamento jurídico”. (BOBBIO, 2006, p. 81).

Nesse prisma, uma separação deve ser feita. Essa incoerência pode se dar em dois planos: na órbita constitucional e na órbita infraconstitucional das normas. O foco de abordagem do presente estudo é a incoerência da norma posta após a vigência do texto constitucional, incoerência essa que se constata pela incompatibilidade da norma pós constitucional com o texto vigente da Constituição.

Há de se esclarecer que essa incompatibilidade será doravante denominada inconstitucionalidade, e pode se dar tanto pela forma através da qual a norma foi confeccionada (inconstitucionalidade formal) quanto pela matéria legislada (inconstitucionalidade material).

É que a Constituição, ao atribuir competência legislativa a órgãos por ela mesmo criados, estabelece esses dois tipos básicos de limite para a produção normativa futura: um de ordem procedimental e o outro de ordem de conteúdo. Ambos devem ser respeitados pelo legislador, sob pena de invalidade do texto editado em desconformidade com os ditames constitucionais.

No Brasil, em se tratando de controle jurisdicional de constitucionalidade dos atos normativos⁹ adotou-se o sistema denominado híbrido, uma vez que há a previsão do controle da constitucionalidade dos atos normativos ser exercido em seu modo difuso, ou seja, diante do caso concreto, por provocação de qualquer um do povo feita perante qualquer órgão jurisdicional, bem como também há a hipótese do exercício do controle da constitucionalidade se dar pelo modo concentrado, a ser exercido exclusivamente pelo Supremo Tribunal Federal nos limites de sua competência originária estabelecida pelo artigo 102 da Constituição da República.

⁹ Há de se fazer um parêntese para esclarecer sobre o fato de que o Executivo também exerce controle da constitucionalidade, através do exercício do veto, e o legislativo também o faz através de suas comissões internas, notadamente através das comissões de constituição e justiça. Esses controles são considerados prévios, haja vista que protagonizados antes da norma entrar em vigor.

Como consequência do controle difuso, tem-se que ele gera seus efeitos apenas entre as partes do processo judicial onde foi exercido; já o controle concentrado, por sua vez, gera efeitos *erga omnis*, e via de regra *ex tunc* (retroagindo os efeitos da decisão), alcançando desse modo o seu pronunciamento todas as pessoas físicas e jurídicas, tendo ou não elas sido parte no processo judicial no qual tal controle foi exercido, e atingindo todos os atos jurídicos encampados pela lei cuja constitucionalidade foi debatida em tal procedimento jurisdicional¹⁰.

Outra consequência gerada pelo exercício do controle concentrado da constitucionalidade dos atos normativos é obstacularizar, doravante, o exercício do controle difuso, pois uma vez que o tribunal constitucional haja manifestado o seu entendimento quanto à constitucionalidade ou inconstitucionalidade daquele ato normativo pela via do controle concentrado, tal manifestação impede a rediscussão do tema nas instâncias jurisdicionais inferiores¹¹.

É o que disciplina o parágrafo único do artigo 28 da lei n.º 9.869, de 10 de novembro de 1999, *verbis*

Art. 28. (...) Parágrafo único. A declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, inclusive a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, têm eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal.

É exatamente esse efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário, emprestado à decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle concentrado de constitucionalidade que impede os demais órgãos do Poder Judiciário de inovar no debate, via controle difuso, acerca da (in)compatibilidade da norma em face do texto constitucional, restando portanto inócua a provocação do jurisdicionado nesse sentido.

Já que o controle difuso da constitucionalidade dos atos normativos é passível de ser buscado por qualquer do povo, o que de certo modo se mostra legítimo e necessário a um Estado que se auto-intitula democrático como o Brasil (legitimidade essa que seria aferida se tal consideração for feita a partir do enfoque dado no capítulo II desse trabalho ao significado

¹⁰ A lei n.º 9.868, de 10 de novembro de 1999, disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9868.htm, veio regulamentar o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Dentre as regulamentações trazidas ao ordenamento jurídico pela dita lei, importa aqui ressaltar que por voto de dois terços de seus membros, o Supremo Tribunal Federal pode restringir os efeitos temporais da declaração de inconstitucionalidade de uma norma feita através do controle concentrado, ex vi do que preceitua o artigo 27 da referida norma.

¹¹ O que não acontece quando a manifestação acerca da constitucionalidade é feita em sede de Recurso Extraordinário, pois nesses casos, muito embora haja o posicionamento do Supremo Tribunal Federal acerca da (in)constitucionalidade da norma, tal manifestação, por se dar em sede de competência recursal, e não originária pela via da ação direta, é fruto do controle difuso, e por isso mesmo gera os efeitos consequentes de tal modo de controle.

de povo jurídico), e de outro modo, a provocação do controle concentrado já é restrito a um número reduzido de agentes levando-se ainda em consideração que o resultado de tal controle concentrado seria, dentre outros, a impossibilidade da provocação, pelo povo, do controle da constitucionalidade pela via indireta, há de se perguntar se a ausência da possibilidade de participação do povo no processo de controle concentrado da constitucionalidade dos atos normativos não significaria um fator que poderia levar à ilegitimidade do provimento jurisdicional fruto de tal processo, uma vez que o povo, como já referido anteriormente, deve ser entendido como o autor e, ao mesmo tempo, o destinatário da norma jurídica.

Suprimir ao povo o direito de participar do processo jurisdicional interpretativo da constitucionalidade das normas é fato que merece considerações mais profundas no que diz respeito à legitimidade do provimento jurisdicional fruto de tal prestação estatal em um Estado democrático. Tal (i)legitimidade é o tema de enfrentamento do capítulo seguinte.

5 O CONTROLE CONCENTRADO DA CONSTITUCIONALIDADE DOS ATOS NORMATIVOS NO BRASIL E A INFLUÊNCIA DE PETER HÄBERLE

De acordo com a Constituição da República Federativa do Brasil, o controle concentrado da constitucionalidade dos atos normativos se dá, ou através de ação direta de inconstitucionalidade (de lei ou ato normativo federal ou estadual), ou por via de ação declaratória de constitucionalidade (de lei ou ato normativo federal). Para a propositura de tais ações, o poder constituinte reservou legitimidade apenas para alguns órgãos, saber: o Presidente da República, a Mesa do Senado Federal, a Mesa da Câmara dos Deputados; a Mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; o Governador de 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 a confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional, conforme determina o artigo 103, da Constituição Federal do Brasil.

Da análise do referido artigo, extrai-se extreme de dúvidas que o cidadão foi prescindido do direito de peticionar ao Supremo Tribunal Federal no sentido de provocar o exercício do controle concentrado da constitucionalidade dos atos normativos, pois o estabelecimento do rol dos legitimados à propositura tanto da ação direta de

inconstitucionalidade quanto da ação declaratória de constitucionalidade se deu de forma taxativa¹².

Mas ainda que a possibilidade de participação do povo tenha sido suprimida desse momento processual, qual seja, a propositura da ação, isso por si só não significa que ele, o cidadão, uma vez instaurado o procedimento, não poderia dele participar na qualidade de terceiro interessado no curso da ação.

O instituto jurídico-processual do “terceiro interessado” tem como objetivo possibilitar àqueles que não são parte na demanda, mas de algum modo poderão vir a sofrer os efeitos do provimento jurisdicional, participar do processo, no sentido de levar ao Estado-juiz os seus argumentos, além de possibilitar a defesa de seus eventuais interesses colocados em debate na via judicial.

Para se saber da possibilidade ou não de participação do povo nos processos de controle concentrado da constitucionalidade dos atos normativos, na qualidade de terceiro interessado, já que o provimento jurisdicional advindo de tal procedimento afetará diretamente seus interesses, pois é ele, o cidadão, o titular do poder normativo do Estado, além de destinatário direto das normas postas (o que lhe confere especial interesse no debate constitucional), necessário se faz pesquisar junto à respectiva legislação infraconstitucional regulamentadora tal possibilidade.

Como já mencionado, o ordenamento jurídico brasileiro regula o exercício jurisdicional do controle concentrado da constitucionalidade dos atos normativos através dos termos da lei n.º 9.868, de 10 de novembro de 1999.

Sem maior dificuldade, a resposta negativa sobre a possibilidade de participação do povo, na qualidade de terceiro interessado, no que se refere às ações diretas de inconstitucionalidade, bem como nas ações declaratórias de constitucionalidade é facilmente encontrada nos artigos 7º e 18 da lei 9.868/99, assim redigidos:

Art. 7º Não se admitirá intervenção de terceiros no processo de ação direta de inconstitucionalidade.

Art. 18. Não se admitirá intervenção de terceiros no processo de ação declaratória de constitucionalidade.

Vê-se, portanto, que o controle concentrado da constitucionalidade dos atos normativos no Brasil é possível apenas aos legitimados pelo artigo 103 da Constituição da

¹² Mais restrito ainda é o rol dos legitimados para a propositura da Ação Declaratória de Constitucionalidade, *ex vi* do que disciplina o artigo 13 da lei 9.868/99, que limita apenas ao Presidente da República, às Mesas da Câmara e do Senado Federal e ao Procurador-Geral da República a legitimidade para a sua interposição.

República, sendo que o povo, principal ator no processo legiferante, e por isso mesmo, principal interessado no resultado do julgamento jurídico-constitucional, foi alijado do processo de interpretação constitucional possibilitado pelo controle concentrado, o que evidencia uma excrescência de natureza lógica em se tratando de um estado democrático.

Diante de tal realidade, restaria então ao povo verificar a existência da possibilidade de participar do processo do controle da constitucionalidade pela via indireta, através do modo difuso, levando então ao Poder Judiciário os seus argumentos quando estivesse envolvido em um conflito de interesses ao qual a norma anteriormente controlada na sua constitucionalidade pelo modo concentrado pudesse ser aplicada, pois o fato isolado de ele, povo, não poder tomar assento à mesa jurisdicional de debate instaurada pela via da ação direta, não poderia, em tese, significar que ele, o povo, não pudesse se valer do mecanismo difuso de controle da constitucionalidade em seu favor.

Porém, parágrafo único do artigo 28, da lei 9.868/99, determina a vinculação de todos os órgãos do Poder Judiciário ao provimento exarado através do exercício do controle concentrado de constitucionalidade, atribuindo-lhe ainda eficácia contra todos, impedindo desse modo a rediscussão, em caráter difuso, do tema já decidido em sede de controle concentrado.

Art. 28. Dentro do prazo de dez dias após o trânsito em julgado da decisão, o Supremo Tribunal Federal fará publicar em seção especial do Diário da Justiça e do Diário Oficial da União a parte dispositiva do acórdão.

Parágrafo único. A declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, inclusive a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, têm eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal.

Da análise de tal realidade, extrai-se a conclusão de que, no Brasil, o cidadão não tem mesmo a possibilidade de intervir no debate concentrado da constitucionalidade dos atos normativos, pois o exercício do controle concentrado lhe retira a possibilidade de defesa de seus interesses individuais via controle difuso.

Privar o povo do direito de participar da discussão concentrada acerca da constitucionalidade de uma norma significa uma verdadeira afronta à concepção de democracia perseguida pelo ideal dos estados democráticos modernos.

É que, ainda que num primeiro momento, a norma jurídica alcança repouso no seio da sociedade para a qual foi elaborada. E esse repouso se dá da forma que o povo lhe tenha dado interpretação, e conseqüentemente, obediência a partir de uma interpretação própria. É natural que seja assim, pois a jurisprudência e a doutrina, via de regra, surgirão de forma

tardia à vigência da norma, e portanto, não podem ser consideradas, ainda que nesse primeiro momento, como auxiliares interpretativos da norma posta.

Mais ainda. A realidade social existe. E a vida de verdade, vivida por pessoas de verdade, deve ser levada em consideração em qualquer esfera de interpretação constitucional, pois é em razão da realidade vivida de verdade que a norma existe.

Contudo, muito embora não se admita a participação isolada do cidadão no controle concentrado da constitucionalidade dos atos normativos, o Brasil demonstra certo avanço no sentido de já possibilitar que determinados grupos sociais tomem assento no debate constitucional provocado pela via concentrada.

É que a lei n.º 9.868/99 previu a possibilidade, uma vez entendido que a matéria posta em debate seja relevante (como se houvesse arguição de inconstitucionalidade irrelevante) e que os postulantes guardem certa representatividade, poderá o Ministro relator da ação direta, por despacho irrecorrível, admitir, observado o prazo fixado, a manifestação de outros órgãos ou entidades¹³.

Os denominados *amici curiae*¹⁴ não raras vezes, têm sido admitidos nas ações do controle concentrado de constitucionalidade, e quando o são, se revelam bastante relevantes como efetivos colaboradores do processo de interpretação da Constituição por parte do Supremo Tribunal Federal.

No caso dos *amici curiae*, o Supremo Tribunal Federal já reconheceu o direito desses órgãos ou entidades de fazer sustentação oral nos julgamentos¹⁵, ato processual que até então era privativo do advogado da parte requerente, do advogado-geral da União e do Ministério Público.

Além da possibilidade de participação dos denominados *amici curiae*, a lei n.º 9.868/99, em seu artigo art. 9º, estabelece outro mecanismo de manifestação de forças plurais da sociedade quando do exercício do controle concentrado da constitucionalidade.

Tal disposição legislativa traz permissivo no sentido de possibilitar que o Supremo Tribunal Federal, em caso de necessidade de esclarecimento de matéria ou circunstância de fato, requisite informações adicionais, designe peritos ou comissão de peritos para que emitam parecer sobre a questão constitucional em debate, e realize audiências públicas destinadas a colher o depoimento de pessoas com experiência e autoridade na matéria.

¹³ § 2º do artigo 7º da lei 9.868, de 10 de novembro de 1999, disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9868.htm

¹⁴ Nome atribuído aos sujeitos plurais cuja manifestação é admitida nas ações diretas de inconstitucionalidade nos termos do citado § 2º do artigo 7º da lei 9.868, de 10 de novembro de 1999.

¹⁵ ADI-QO 2.777, Rel. Min. Cezar Peluso, julg. 26.11.2003; art. 131, § 3º, do Regimento Interno do STF

Tais avanços se devem à influência de Peter Häberle, e sua teoria da sociedade aberta dos intérpretes da Constituição, Häberle, (2002, p.12).

Se se considera que uma teoria da interpretação constitucional deve encarar seriamente o tema ‘Constituição e realidade constitucional’ – aqui se pensa as exigências de incorporação das ciências sociais e também nas teorias jurídico-funcionais, bem como nos métodos de interpretação voltados para atendimento do interesse público e do bem-estar geral -, então há de se perguntar, de forma mais decidida, sobre os agentes conformadores da ‘realidade constitucional’.

Häberle defende a ideia de que o modelo de uma sociedade fechada de intérpretes da Constituição é modelo superado, devendo se atentar à necessidade de se buscar cada vez mais garantir a possibilidade de participação dos agentes constitucionais efetivos no processo de interpretação da Constituição. A partir dessa tese desenvolveu-se a teoria da sociedade aberta dos intérpretes da Constituição.

É que o destinatário da norma (povo) se revela como o seu primeiro interprete, na medida em que deve moldar a sua conduta social de acordo com o direito posto. E para tanto, é necessário que estabeleça padrões mínimos de interpretação do texto normativo positivado.

Muito oportuna a concepção de democracia e povo defendida por Häberle quando desenvolve a sua teoria ora em voga, se mostrando evidentemente necessária a sua transcrição, Häberle, (2002, p.36-37).

Democracia desenvolve-se mediante a controvérsia sobre alternativas, sobre possibilidades e sobre necessidades da realidade e também o ‘concerto’ científico sobre questões constitucionais, nas quais não pode haver interrupção e nas quais não existe e nem deve existir dirigente.

‘Povo’ não é apenas um referencial quantitativo que se manifesta no dia da eleição e que, enquanto tal, confere legitimidade democrática ao processo de decisão. Povo é também um elemento pluralista para a interpretação que se faz presente de forma legitimadora no processo constitucional: como partido político, como opinião científica, como grupo de interesse, como cidadão.”

Nesse sentido, torna-se nitidamente necessário e legítimo que se garantam mecanismos que permitam a participação das forças sociais no processo jurisdicional concentrado de interpretação constitucional: seja porque são essas forças sociais que de fato ‘sofrem’ os efeitos da prestação jurisdicional; seja porque essa interpretação já acontece no seio da sociedade; seja porque a constituição material acontece independentemente da manifestação jurisdicional contrária ou favorável¹⁶; seja porque as liberdades fundamentais

¹⁶ Nesse particular, a decisão judicial contrária aos fatores reais de poder pode, de igual forma ao que desenha Lassalle como possível destino para a constituição formal, se transformar em mera folha de papel, acentuando um desgaste institucional indesejado e desnecessário. Nos dizeres do citado autor, “de nada servirá o

devem prevalecer no campo social, bem como nortear de maneira limítrofe as atitudes institucionais do Estado.

O Supremo Tribunal Federal vem utilizando tais mecanismos de participação da sociedade organizada, o que já demonstra uma quebra significativa de paradigma, numa passagem da sociedade fechada para o início da verificação de uma abertura da sociedade dos intérpretes da Constituição.

Como exemplo, é de citar a ação direta de inconstitucionalidade 3.510-DF¹⁷, onde se discutiu a constitucionalidade da pesquisa científica com células-tronco embrionárias.

Em tal precedente jurisprudencial, determinou-se a realização de audiência pública, que foi realizada em 20 de abril de 2007 e contou com a participação de vários segmentos da sociedade, tais como pesquisadores, acadêmicos e médicos, além de diversas entidades da sociedade civil organizada, e produziu uma impressionante gama de informações e dados.

Esse mecanismo de coleta de informações permitiu ao Supremo Tribunal Federal, no julgamento definitivo da ação, que ocorreu em 29 de maio de 2008, realizar um efetivo controle e revisão de fatos relacionados ao tema, além de apreciá-lo em suas diversas conotações científicas, éticas, sociais, antropológicas, políticas e jurídicas. Prova disso é a ementa do julgado, que abriga um número incomum de conceitos e situações fático-jurídicas relacionadas ao objeto da ação¹⁸.

Como resultado, a ADIn 3.510/DF obteve a declaração de constitucionalidade do artigo 5º da Lei n.º 11.105/2005 (texto impugnado), porém pelo escore mínimo: seis votos contra cinco.

Destaca-se (como se pode verificar de maneira extratificada na ementa referida na nota n. 55) a diversidade argumentativa dos votos, diversidade essa fundada em diferentes aspectos dessa complexa questão constitucional.¹⁹

Tal fato pode ser tributado, ainda que numa análise primária, à coleta da manifestação dos diversificados pontos de vista sobre a matéria posta em debate na ADIn 3.510-DF, pontos de vista esses trazidos aos autos tanto através da predita audiência pública

que se escrever numa folha de papel, se não se justifica pelos fatos reais e efetivos de poder.) Lassalle, Ferdinand. A Essência da Constituição. 6ª ed. Rio de Janeiro, Lumen Juris, pág. 37.

¹⁷ STF, Pleno, ADI n.º 3.510/DF, Rel. Min. Carlos Britto, julg. 29.5.2008.

¹⁸ A ementa da ADIn 3510/DF se encontra disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28Biosseguran%27a%29%283510%2E%2E%2E+OU+3510%2EACMS%2E%29%28PLENO%2ESESS%2E%29&base=baseAcordaos>

¹⁹ O inteiro teor dos votos dos Ministros do Supremo Tribunal Federal está disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=611723&tipo=AC&descricao=Inteiro%20Teor%20AD I%20%203510>.

quanto da participação de vários *amici curiae*, como noticiado na proclamação do resultado do julgamento (vide nota 57).

O que ficou marcado nesse julgamento, de toda forma, foi a ampla participação de múltiplos segmentos da sociedade, transformando o Supremo Tribunal Federal num verdadeiro espaço público de argumentação e de reflexão, o que levou inclusive a uma dificuldade na proclamação do resultado do julgamento, no sentido de se aferir um voto médio²⁰.

²⁰ Decisão: Após os votos do Senhor Ministro Carlos Britto (relator) e da Senhora Ministra Ellen Gracie (Presidente), julgando improcedente a ação direta, pediu vista dos autos o Senhor Ministro Menezes Direito. Falaram: pelo Ministério Público Federal, o Procurador-Geral da República, Dr. Antônio Fernando Barros e Silva de Souza; pelo amicus curiae Conferência Nacional dos Bispos do Brasil - CNBB, o Professor Ives Gandra da Silva Martins; pela Advocacia-Geral da União, o Ministro José Antônio Dias Toffoli; pelo requerido, Congresso Nacional, o Dr. Leonardo Mundim; pelos amici curiae Conectas Direitos Humanos e Centro de Direitos Humanos - CDH, o Dr. Oscar Vilhena Vieira e, pelos amici curiae Movimento em Prol da Vida - MOVITAE e ANIS - Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero, o Professor Luís Roberto Barroso. Plenário, 05.03.2008. Decisão: Após os votos dos Senhores Ministros Menezes Direito e Ricardo Lewandowski, julgando parcialmente procedente a ação direta; dos votos da Senhora Ministra Cármen Lúcia e do Senhor Ministro Joaquim Barbosa, julgando-a improcedente; e dos votos dos Senhores Ministros Eros Grau e Cezar Peluso, julgando-a improcedente, com ressalvas, nos termos de seus votos, o julgamento foi suspenso. Presidência do Senhor Ministro Gilmar Mendes. Plenário, 28.05.2008. Decisão: Prosseguindo no julgamento, o Tribunal, por maioria e nos termos do voto do relator, julgou improcedente a ação direta, vencidos, parcialmente, em diferentes extensões, os Senhores Ministros Menezes Direito, Ricardo Lewandowski, Eros Grau, Cezar Peluso e o Presidente, Ministro Gilmar Mendes. Plenário, 29.05.2008

5 CONCLUSÃO

Restou demonstrado que para a legitimação, em um Estado democrático, da prestação jurisdicional no âmbito do controle concentrado da constitucionalidade dos atos normativos é imprescindível que haja uma abertura da sociedade de intérpretes da Constituição.

Essa abertura deve possibilitar que o povo, assim entendido como a força política do Estado democrático, possa tomar assento junto à mesa de debate constitucional, já que é ele, o povo jurídico, autor e ao mesmo tempo destinatário da norma, o que lhe confere o *status* de principal interessado na garantia da manutenção da ordem jurídico-constitucional, ainda mais pelo fato de que é ele, o povo, o primeiro intérprete da norma posta, o que faz através de seu comportamento em sociedade.

Só assim, com a garantia da possibilidade de participação do povo na discussão judicial concentrada acerca da constitucionalidade das normas é que, de fato, se poderá aferir a legitimidade do provimento jurisdicional resultante, uma vez que, se é verdade que é do povo que o poder emana, não se pode legitimamente suprimir-lhe o direito de participar da construção de decisões estatais que refletirão inegavelmente em seu modo de vida.

Se é verdade que a Constituição, para usar célebre brocardo do Direito norte-americano, é o que a Suprema Corte diz que ela é; e sendo a Constituição democrática o resultado máximo da vontade do povo assim entendido como titular do Poder Constituinte, não há de se conferir legitimidade a qualquer interpretação constitucional advinda de um processo em que o titular do poder figure na qualidade de segregado.

Reconhece-se que o Brasil avançou consideravelmente no que se refere à abertura da sociedade dos intérpretes da Constituição, com a possibilidade de participação da sociedade organizada através de audiências públicas, consultas técnico-científicas e até mesmo na admissão do *amici curiae* quando do exercício do controle concentrado da constitucionalidade dos atos normativos.

Mas a realização plena de uma verdadeira teoria da democracia, nesse aspecto, só será alcançada quando forem derrubadas todas as barreiras que ainda impedem que o cidadão tome o seu lugar na mesa de debate das questões constitucionais junto ao Supremo Tribunal Federal em sede de controle concentrado da constitucionalidade dos atos normativos. Ainda mais pelo fato de que, como visto, o exercício de tal controle concentrado retira dele, o cidadão, a possibilidade de exercer o seu direito de ação diante do caso concreto em que queira buscar o controle difuso da constitucionalidade do mesmo ato normativo antes objeto do controle concentrado, o que lhe furta, por consequência, o direito de fazer conhecer ao

Estado-Juiz o seu posicionamento sobre o tema, tanto na qualidade de autor do texto normativo, quanto na qualidade de ser vivente da norma.

REFERÊNCIAS

BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**, tradução de Maria Celeste C. J. Santos. 10ª ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999 (Reimpressão 2006);

BRASIL, República Federativa do. **Constituição da República Federativa do Brasil de 05 de outubro de 1988**. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao>. Acesso em: 05 de Abr. 2017.

BRASIL, República Federativa do. **Constituição da República Federativa do Brasil de 05 de outubro de 1988**. Lei n.º 9.868, de 10 de novembro de 1999. disponível em

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9868.htm>. Acesso em 10 de Abr 2017.

BRASIL, **Supremo Tribunal Federal**, Ementa da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3510/DF, disponível em

<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28Biosseguran%E7a%29%283510%2ENUME%2E+OU+3510%2EACMS%2E%29%28PLENO%2ESESS%2E%29&base=baseAcordaos>. Acesso em 01 de Mar de 2017.

BRASIL, **Supremo Tribunal Federal**. Inteiro teor dos votos dos Ministros do Supremo Tribunal Federal proferidos na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3510/DF, disponível em

<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=611723&tipo=AC&descricao=Inteiro%20Teor%20ADI%20/%203510> Acesso em 12 de Mar de 2017

BRASIL, **Supremo Tribunal Federal**. Proclamação do Resultado do Julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3510/DF, disponível em

<http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADIN&s1=3510&processo=3510> Acesso em 13 de Mar de 2017.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**, 7ª Edição. Livraria Almedina, Coimbra, Portugal, 1993;

KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do estado**; tradução de Luís Carlos Borges. – 3ª ed. – São Paulo: Martins Fontes, 1998;

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional**. A Sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental da constituição; tradução de Gilmar Ferreira Mendes. – Porto Alegre. Sérgio Antônio Fabris Editor, 1997. Reimpressão 2002;

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre a factividade e validade**. vol. I (tradução de Flávio Beno Siebeneichler) 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003;

HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**; tradução de Gilmar Ferreira Mendes. – Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1991;

LASSALLE, Ferdinand. **A Essência da Constituição**. 6ª ed. Rio de Janeiro, Lumen Juris;
MÜLLER, Friedrich. *Quem é o povo?*, tradução de Peter Naumann, 3ª ed. - Max Limonad, São Paulo, 2003;

PACHUKANIS, E.B. **Teoria Geral do Direito e Marxismo**, tradução de Silvio Donizete Chagas. Editora Acadêmica, São Paulo, 1988;

SGARBI, Adrian. **O Referendo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

STRUCHINER, Noel. Algumas Proposições Fulcrais acerca do Direito: O Debate Jusnaturalismo vs. Juspositivismo, in **Perspectivas Atuais da Filosofia do Direito** – organizado por Antônio Cavalcanti Maia *et al.* Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2005.
