

PARA ALÉM DOS MECANISMOS TRADICIONAIS DE PARTICIPAÇÕES SOCIAIS NO CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE BRASILEIRO

BEYOND THE TRADITIONAL MECHANISMS OF SOCIAL PARTICIPATION IN THE BRAZILIAN JUDICIAL REVIEW

WAGNER VINÍCIUS DE OLIVEIRA¹

RESUMO

A partir do diagnóstico de que os espaços destinados para as participações sociais no controle concentrado de constitucionalidade brasileiro se restringem majoritariamente às intervenções dos *amici curiae* e às audiências públicas procura-se fundamentar a necessidade de mecanismos para além das cercanias do tradicional. A preocupação central repousa mais em justificar essa perspectiva do que necessariamente apresentar “novos mecanismos”. O método de pesquisa possui natureza predominantemente bibliográfica. Para tanto, o artigo se estrutura em quatro seções que buscam (i) descrever os espaços participatórios dos mecanismos tradicionais, (ii) identificar suas evidências documentais, (iii) apontar seus impactos e (iv) alguns de seus participantes. Os resultados confirmaram a hipótese inicial e sugerem a continuidade das pesquisas para sugerir mecanismos e atores sociais para além dos tradicionais. Por fim, apresentam-se as conclusões.

PALAVRAS-CHAVE: *Amicus curiae*. Audiências públicas. Controle judicial de constitucionalidade. Participação social.

ABSTRACT

Based on the diagnosis that the spaces designated for social participation in the Brazilian judicial review are mostly restricted to interventions by *amici curiae* and public hearings, seek to substantiate the need for mechanisms that go beyond the traditional boundaries. The central concern lies more in justifying this perspective than necessarily presenting “new mechanisms”. The research method is predominantly bibliographic in nature. To this end, the paper is structured into four sections that seek to (i) describe the participatory spaces of traditional mechanisms, (ii) identify their documentary evidence, (iii) point out their impacts and (iv) some of their participants. The results confirmed the initial hypothesis and suggest that research should continue to suggest mechanisms and social actors beyond the traditional ones. Finally, the conclusions are presented.

KEYWORDS: *Amicus curiae*. Public hearings. Judicial review. Social participation.

SUMÁRIO: 1 - Introdução. 2 - Espaços participatórios criados pelos *amici curiae* e pelas audiências públicas. 2.1 - *Amicus curiae*. 2.2 - Audiências públicas. 3 - Evidências sobre os mecanismos tradicionais de participações sociais. 4 - Impactos em perspectiva dos mecanismos tradicionais. 5 - Sobre as participações sociais e seus participantes. 6 Conclusão. Referências.

¹ Doutor em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ). Professor da Universidade Federal do Tocantins (UFT). E-mail: oliveirawagnervinicius@gmail.com. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-2018-8034>.

1. INTRODUÇÃO

Seria possível restringir as participações sociais no controle concentrado de constitucionalidade brasileiro às intervenções dos *amici curiae* e às audiências públicas? Nesse artigo, procura-se fundamentar a necessidade de mecanismos para além das cercanias tradicionais. Para tanto, busca-se especificar alguns dos sentidos possíveis para a locução “participações sociais” no controle concentrado de constitucionalidade realizado com exclusividade pelo Supremo Tribunal Federal - STF.

A tarefa inicial e também a primeira dificuldade que se desponta no horizonte teórico a ser analisado consiste em delimitar conceitualmente termos plurissignificativos como participação e exclusão, por exemplo. Pretende-se iniciar os diálogos sobre a necessidade de criar outros espaços para acomodar as participações sociais em detrimento de apontar “saídas peremptórias” propriamente ditas.

Para especificar aquilo que se entende por controle concentrado de constitucionalidade brasileiro vale recuperar alguns antecedentes históricos. Essa locução deriva, em parte, do *judicial review* estadunidense que, por sua vez, deita raízes na tradição anglo-saxã datada desde 1706 com a existência de uma “cláusula de suspensão”, que “requer a aprovação real de certas classes de legislação colonial; mais tarde vista como a antecipação da ‘revisão judicial’”.²

Na maioria das vezes, atribui-se ao caso *Marbury vs. Madison* e à perspicácia do Juiz Marshall na “decisão inaugural” que conferiu em 1803 a possibilidade de o Judiciário estadunidense revisar os atos normativos do Executivo com base na superioridade hierárquica da constituição federal. Todavia, Marshall fez aquela construção temerária e afirmou a inconstitucionalidade para não fazer o enfrentamento ao governo Jefferson.³ Essa primeira afirmação procede parcialmente, porque na experiência constitucional dos Estados Unidos da América, desde o ano de 1780, “os tribunais estaduais já haviam se recusado a fazer cumprir a legislação por motivos constitucionais”⁴ ou até mesmo um pouco depois.⁵

2 No original: “‘Suspending clause’ requires royal approval of certain classes of colonial legislation; later seen as anticipation of ‘judicial review.’” HAMILTON; JAY; MADISON, 2005, p. XXVII [A brief chronology].

3 Cf. ação direta de inconstitucionalidade n. 2.797/DF. Relator Sepúlveda Pertence, 15 set. 2005.

4 Cf. Chronologically, they are *Holmes v. Walton* (N.J., 1780); *Commonwealth v. Caton*, (Vir., 1782); *Rutgers v. Waddington* (N.Y., 1784), which is not a clear precedent; and most clearly, *Trevett v. Weedon* (R.I., 1786) and *Bayard v. Singleton* (N.C., 1787). HAMILTON; JAY; MADISON, 2005, p. 417 [Paper n. 78, A view of the constitution of the Judicial Department, in relation to the tenure of good behavior, note about Lines 180-183].

5 Os primeiros casos são datados de julho de 1793, julho de 1795 e julho de 1798. GODOY, 2015, p. 50-51.

Em referência ao controle concentrado de constitucionalidade de matriz austríaca interessa pontuar que sua existência ocorre em razão da “desconfiança quanto à figura do juiz, ainda presente na Europa, que se atribuiu a um tribunal fora da estrutura judiciária o poder de controle da constitucionalidade dos atos normativos”.⁶ Controvérsias à parte, atualmente se sabe que o controle judicial de constitucionalidade se apresenta enquanto gênero que comporta outras três espécies, a saber: (i) o controle difuso ou concreto; (ii) o controle concentrado ou abstrato; (iii) o controle misto ou dual.⁷

O objeto pesquisado nesse artigo consiste na espécie do controle concentrado de constitucionalidade que ingressou no ordenamento jurídico brasileiro por intermédio da emenda constitucional n. 16 de 1965, sob a denominação de “representação interventiva”. A constituição de 1934, outorgou a legitimidade ativa da representação interventiva apenas ao Procurador Geral da República, inaugurando assim as primeiras ideias sobre o controle concentrado de constitucionalidade brasileiro. Desse modo, somava-se ao controle difuso-concreto existente no Brasil desde os idos de 1894.⁸

De lá para cá, esse quadro normativo sofreu alterações, inclusive as funções atribuídas ao controle concentrado de constitucionalidade receberam influências do movimento de “expansão global do Judiciário”.⁹ Pelo advento da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e emendas constitucionais posteriores ocorreram modificações significativas, em especial no rol de legitimados ativos para abarcar autoridades políticas e sociais.

Atualmente, essa modalidade de controle de constitucionalidade forma um conjunto de cinco ações judiciais específicas, quais sejam: a ação direta de inconstitucionalidade (ADI), a ação declaratória de constitucionalidade (ADC), a ação declaratória de inconstitucionalidade por omissão (ADO), a arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF) e a ação direta interventiva (ADII). Existe até mesmo quem atribua a possibilidade de figurar enquanto “instrumento de proteção de direitos fundamentais”.¹⁰

Especificamente quanto a ação direta de inconstitucionalidade assume uma modalidade genérica, outra por omissão e outra interventiva,¹¹ cada qual possui uma finalidade distinta e regramentos próprios constantes em diferentes seções da Lei n. 9.868/1999¹² e suas alterações posteriores. Aliás, o sobredito di-

6 TAVARES, 2012, p. 371.

7 Também conhecido como híbrido ou combinado, isso é, a coexistência dentro de um mesmo sistema de controle de constitucionalidade das modalidades judiciais difusa e concentrada.

8 Com o advento da Lei n. 221/1894, o controle difuso de constitucionalidade foi instituído na ordem jurídica brasileira.

9 Cf. TATE; VALLINDER, 1995, p. 515-528.

10 ALBUQUERQUE, 2013, p. 451.

11 TAVARES, 2012, p. 56.

12 Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação

ploma legal promete realizar uma espécie de “abertura procedimental” no controle concentrado de constitucionalidade brasileiro e resolver as divergências sobre sua legitimidade democrática, por intermédio da intervenção dos *amici curiae* e pela realização de audiências públicas.

Contudo, vale retomar a pergunta inicial e colocar sob suspeita a limitação da participação social apenas nesses dois exemplos de mecanismos tradicionais. Elege-se o método de pesquisa de natureza predominantemente bibliográfica para realizar essa investigação teórica, cuja principal justificativa consiste em fornecer os aportes iniciais para a futura formulação de “novos mecanismos”. Trata-se, portanto, de uma pesquisa exploratória, fundamentada essencialmente na revisão sistemática de literatura sobre a temática pesquisada.

Assim, o percurso investigativo passará por quatro pontos específicos, quais sejam: (i) destacar os espaços participatórios criados pelos *amici curiae* e pelas audiências públicas no controle concentrado de constitucionalidade brasileiro, (ii) demonstrar algumas de suas evidências, (iii) descrever alguns impactos dos mecanismos tradicionais, (iv) apresentar considerações sobre as participações sociais e seus participantes. Ao final, será apresentada a conclusão e a lista de referências.

2. ESPAÇOS PARTICIPATÓRIOS CRIADOS PELOS AMICI CURIAE E PELAS AUDIÊNCIAS PÚBLICAS

No Estado democrático de direito não é apenas possível que a sociedade civil participe dos debates públicos, mas a interação entre o “povo” e suas instituições se torna necessária. Nessa primeira seção, cuida-se de compreender os supostos espaços democráticos criados com a contribuição da sociedade civil tradicionalmente organizada pelas categorias da intervenção processual de terceiros interessados (*amicus curiae*) e pelas audiências públicas realizadas no controle concentrado de constitucionalidade brasileiro.

Trata-se de uma questão que repousa sobre a “forma como o Supremo Tribunal Federal tem utilizado as audiências públicas e os *amici curiae* para abrir-se à sociedade”.¹³ Além de ser uma afirmação recorrente, possui ligação direta com a investigação que se propõe a compreender a função da sociedade civil nesse ambiente, porém não se trata de mais uma defesa para fundamentar a utilização desses mecanismos tradicionais de participações sociais. De outra sorte, a proposta assumida envereda entre o reconhecimento e a crítica no sentido de identificar suas fragilidades e limitações ao mesmo tempo em que se conhece seus avanços.

declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal.

13 GODOY, 2015, p. 16.

Esse diagnóstico oferece duas contribuições. A primeira busca aproximar-se do entendimento atualizado sobre as participações sociais no ambiente testado; a segunda, propõe algumas estratégias alternativas em face dos obstáculos enfrentados para as participações sociais na interpretação constitucional. E assim, ampliar os espaços para a atuação da sociedade civil e possivelmente cooperar para tornar as reflexões sobre os sentidos e os alcances da constituição um ambiente aberto e potencialmente mais democrático.

Nesse sentido, a contribuição crítica que se oferece consiste em aperfeiçoar essas propostas, sobretudo ao considerar o protagonismo judicial nas decisões sobre questões que afetam diretamente a vida em sociedade. Primeiro, realiza-se uma espécie de relatório descritivo sobre algumas atuações dos *amici* para, na sequência, prosseguir com as experiências das audiências públicas no controle concentrado de constitucionalidade brasileiro.

2.1 AMICUS CURIAE

Não é de hoje que se conhece o instituto dos *amicus curiae* e suas participações no direito brasileiro e particularmente no controle concentrado de constitucionalidade. Conforme se sabe, “devem ser órgãos ou entidades de representação que exibam não apenas interesse, mas também conhecimento sobre a matéria objeto da ação”.¹⁴ Em termos de classificação processual, trata-se de uma modalidade de intervenção de terceiros que ultrapassa os limites subjetivos da relação jurídico-processual com o propósito de ampliar o conhecimento da matéria debatida na fase de cognição judicial.

Embora não seja propriamente uma novidade trazida pela Lei n. 13.105/2015,¹⁵ o artigo 138 ao positivar a figura processual do *amicus curiae* decidiu sobre sua natureza jurídica (intervenção de terceiros), mas deixou algumas questões em aberto. Principalmente em virtude da indeterminação de locuções tais como: “relevância da matéria”, “especificidade do tema”, “repercussão social”, “órgão ou entidade especializada” e “representatividade adequada” ampliando assim a discricionariedade judicial. Com apenas um artigo assegurou, em tese, a possibilidade de intervenção de “pessoa natural ou jurídica, órgão ou entidade especializada”¹⁶ nos procedimentos em tramitação no juízo singular ou em tribunal, sempre condicionados à decisão irrecorrível da juíza ou do juiz ou da relatora ou do relator.

Na experiência do controle concentrado de constitucionalidade brasileiro as funções e limites atribuídos aos *amici* são definidos pela Ministra relatora ou pelo Ministro relator do processo judicial, mediante decisão monocrática que admita ou não a intervenção pleiteada. Conquanto apresente relativa variação,

14 GODOY, 2015, p. 174.

15 Código de processo civil.

16 BRASIL, 2015.

o entendimento majoritário aponta para a impossibilidade de interposição de agravo regimental a ser analisado pelo tribunal pleno para reverter a decisão unipessoal na hipótese de inadmissão. O momento de admissão das intervenções geralmente acontece até o pedido de inserção na pauta de julgamento, isso em virtude das características instrumentais e procedimentais para ampliar e aprofundar o conhecimento sobre a matéria constitucional.

Via de regra, a estratégia utilizada pelos *amici* consiste na distribuição de memoriais, documentos escritos que fornecem argumentos, dados e informações com posicionamentos sobre a constitucionalidade ou não de determinada lei ou ato normativo infraconstitucional questionado, até mesmo realizando interpretações sobre os sentidos e os alcances da norma constitucional. Em geral, a entrega desses memoriais acontece simultaneamente aos pedidos de admissão na relação processual, outras vezes, são impressos e encaminhados diretamente para os gabinetes da Ministra e dos Ministros do STF.

Existe a possibilidade de a relatora ou de o relator do processo convocar determinadas pessoas com as mesmas finalidades instrutórias. A exceção de embargos de declaração para sanar obscuridade, contradição, omissão ou erro material, não sendo admissível qualquer tipo de interposição recursal por parte dos *amici curiae* no controle concentrado de constitucionalidade. Reitera-se o espaço ampliado de atuação da Ministra relatora ou do Ministro relator nesse ponto existem dificuldades para conceber o tribunal enquanto espaço institucional para a atuação da sociedade civil. Decisões de admissão, inadmissão e convocação são apresentadas sob a forma de “representatividade adequada”, “relevância” ou “experiência e autoridade na matéria” quando na verdade podem camuflar múltiplos interesses.

Assim, surge espaço para a expansão e a influência judicial, mais precisamente para o desenvolvimento da “jurisdição monocrática”,¹⁷ quer dizer, a “jurisprudência” passa a ser concebida em termos de posicionamento individual (decisão unipessoal ou monocrática) e reduz o “posicionamento institucional do STF” ao entendimento pessoal da relatora ou do relator sobre o tema. Isso não deslegitima, por completo, nem o espaço nem suas protagonistas ou seus protagonistas, porém permite compreender fração das complexidades que circundam esse ambiente. Sob certas circunstâncias é possível inferir até mesmo uma função performativa em relação a esses mecanismos tradicionais de participações sociais à proporção que a relatoria do processo poderá condicionar os rumos da decisão judicial.

Além disso, não há qualquer tipo de vinculação procedimental ou argumentativa para a análise dos argumentos oferecidos. Um espaço que transita entre a persuasão e a performatividade atravessado pelo viés na admissão ou

17 VIEIRA, 2018, p. 25.

na convocação de seus participantes, sem a possibilidade de manejo recursal ou de obrigatoriedade de enfrentamento das razões apresentadas pelos *amici curiae* quando da prolação da decisão judicial. Sem considerar a possibilidade concreta de criação de uma espécie de “bem-estar participativo”,¹⁸ desta forma a participação social pode assumir diferentes acepções.

2.2 AUDIÊNCIAS PÚBLICAS

A experiência brasileira das audiências públicas no controle concentrado de constitucionalidade é mais recente se comparada com os *amici curiae*, porém busca atender finalidades instrutórias semelhantes. Ambos os mecanismos não possuem previsão constitucional expressa para atuação no Judiciário. Mas, o “auxílio de agentes detentores de conhecimentos específicos em áreas técnicas e científicas, no intuito de elevar o nível de certeza das decisões do STF, quando se tratar de matérias onde haja uma limitação das informações nos autos do processo”.¹⁹

As audiências públicas possuem previsão infraconstitucional desde 1999 sem que fossem aplicadas pelas Ministras e pelos Ministros do STF, quando “de repente, em um intervalo de sete anos foram promovidas quatorze audiências públicas, sendo que sete delas no último ano de 2013”.²⁰ O primeiro registro de audiência pública nesse tipo de ação judicial ocorreu no ano de 2007, por iniciativa do Ministro relator Ayres Britto no bojo da ADI n. 3.510/DE, em analogia ao Regimento Interno da Câmara dos Deputados (RICD).

Sob a presidência do Ministro Gilmar Mendes o Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal (RISTF) incorporou formalmente a prática das audiências públicas mediante Emenda Regimental n. 29 de 18 de fevereiro de 2009. Acrescentou alguns dispositivos para inserir dentre as atribuições da Ministra ou do Ministro que temporariamente exerce a Presidência do STF ou está na relatoria do processo judicial a possibilidade de convocação de audiência pública.

Porém, se trata de modificação “excessivamente pontual” ao permitir apenas a realização desse procedimento. Não dispondo a respeito das regras procedimentais sobre “o tempo dedicado a cada participante, a possibilidade ou não de perguntas depois das exposições, o critério de escolha dos participantes, a distinção entre ser ouvido na condição de terceiro interessado admitido como *amicus curiae* ou apenas como participante, dentre outras”²¹ questões que provavelmente diminuiriam a discricionariedade judicial.

18 OLIVEIRA, 2018a, p. 133.

19 LACOMBE; LEGALE; JOHANN, 2014, p. 188.

20 LACOMBE; LEGALE; JOHANN, 2014, p. 182.

21 CARVALHO, 2011, p. 49.

Ambas as hipóteses de convocação precisam passar pelo entendimento pessoal da Presidenta ou do Presidente do STF ou da relatora ou relator do processo para elucidar as “questões ou circunstâncias de fato” que de alguma maneira afetem o “interesse público relevante”. O objetivo central do ato convocatório consiste em realizar a oitiva de “pessoas com experiência e autoridade em determinada matéria”. Outra possibilidade de convocação diz respeito as matérias capazes de provocar impactos negativos na ordem jurídica, social, econômica, política etc., comprometendo a segurança jurídica das decisões judiciais.

Desde 2013 já se sustentava que o “tribunal tem se convertido num laboratório de precedentes no qual a comunidade científica é chamada a sair dos seus laboratórios e a comparecer nos tribunais para colaborar para um olhar menos ensimesmado do direito”.²² Essa afirmação pressupõe relativa “autonomia científica” contrastada pelos filtros ideológicos aos quais estão submetidos os processos de convocação, de admissão de participantes e de realização. Na prática, observa-se que as audiências “trazem ao STF especialistas, militantes e acadêmicos que não se reportam ao Tribunal em termos necessariamente jurídicos, mas sim técnico-políticos, agregando uma enorme quantidade de argumentos consequencialistas ao processo decisório da corte”.²³

Sobre esse fenômeno, quando se considera a literalidade do dispositivo regimental que permite a realização de audiências públicas, percebe-se que sua previsão normativa buscou oferecer subsídios técnico-científicos para a tomada de decisão judicial potencialmente adequada. Em princípio, não caberia esse instrumento para sanar divergências políticas ou morais, apenas para explicações técnicas e científicas. Desse último ponto de vista, conhecer ou reconhecer as situações fáticas existente contribui para robustecer a fundamentação do ato decisório e transversalmente essa oxigenação do Tribunal contribui para uma decisão revestida de maior legitimidade democrática.

Embora as audiências públicas sejam realizadas em maior frequência numérica nas ações de controle concentrado de constitucionalidade - até dezembro de 2024 foram realizadas quarenta e três audiências públicas pelas Ministras e pelos Ministros do STF - também são desenvolvidas em outros tipos ações judiciais.²⁴

22 LACOMBE; LEGALE; JOHANN, 2014, p. 205.

23 VIEIRA, 2018, p. 135.

24 A título de exemplo: 01) Suspensão de Liminar n. 47, Suspensão de Liminar n. 64, Suspensão de Tutela Antecipada n. 36, Suspensão de Tutela Antecipada n. 185, Suspensão de Tutela Antecipada n. 211, Suspensão de Tutela Antecipada n. 278, Suspensão de Segurança n. 2361, Suspensão de Segurança n. 2944, Suspensão de Segurança n. 3345 e Suspensão de Segurança n. 3355, maio 2009, judicialização do direito à saúde; 02) Recurso Extraordinário n. 627189/SP, mar. 2013, campo eletromagnético de linhas de transmissão de energia; 03) Recurso Extraordinário n. 586224/SP, abr. 2013, queimadas em canaviais; 04) Recurso Extraordinário

Ao que tudo indica, o espaço ocupado pelas audiências públicas encontra-se partilhado pela Ministra e pelos Ministros do STF e pelas especialistas e pelos especialistas encontrando pouca aderência à ideia de “democratização” pelas participações sociais. Todavia, cogita-se a insuficiência das audiências públicas enquanto espaço público para a deliberação constitucional e, portanto, um mecanismo tradicional para as participações que, por si só, seria incapaz de conferir ou de majorar a legitimidade democrática nas ações de controle concentrado de constitucionalidade.

Confirmar ou refutar essa hipótese demandaria investigar se e “em que medida essa prática é capaz de ampliar a representação argumentativa e a legitimidade democrática daquele Tribunal”.²⁵ Mediante a conjugação de objetivos formais e materiais verificar os critérios adotados nos atos preparatórios para a realização da audiência pública (fase pré-decisional) e identificar “a) de que maneira os argumentos apresentados em audiência pública foram considerados nos votos proferidos; e b) de que elementos se compõem as decisões”²⁶ (fase pós-decisional), respectivamente.

Em meio a esses objetivos e na “contramão” dos entendimentos majoritários sobre o tema sustenta-se que as “audiências públicas podem se constituir um entrave à participação da sociedade no Supremo Tribunal Federal, ao invés de uma alternativa democrática”.²⁷ Apesar da interação procedimental entre as funções Legislativa e Executiva e, em certo sentido, com setores específicos da sociedade civil parece exagerado ou no mínimo demasiadamente otimista supor a legitimidade democrática alcançada apenas pela realização de audiência pública nesse ambiente institucional.

Basicamente, duas são as conclusões possíveis. Primeiro, as audiências públicas realizadas pelo STF estão longe de representarem uma sociedade aberta das intérpretes e dos intérpretes da constituição;²⁸ antes pelo contrário, trata-se de configurar uma espécie “de portas abertas somente para convidados”.²⁹ Segundo, consiste num espaço restrito para a atuação até mesmo das especialistas e dos especialistas convidados, pois nesse “momento processual” as “data

n. 641320/RS, maio 2013, regime prisional; 05) Recurso Extraordinário n. 581488/RS, maio 2014, internação hospitalar com diferença de classe no SUS; 06) Recurso Extraordinário n. 973837/MG, maio 2017, armazenamento de perfis genéticos de condenados por crimes violentos ou hediondos; 07) Recurso Extraordinário n. 1010606/RJ, jun. 2017, aplicabilidade do direito ao esquecimento na esfera civil, em especial quando esse for invocado pela própria vítima ou por seus familiares; 08) Ação Civil Originária n. 2.333/MG, jun. 2019, conflitos federativos sobre questões fiscais dos estados e da união; 09) Recurso Extraordinário n. 1238853/RJ, dez. 2019, candidatura avulsa.

25 CARVALHO, 2011, p. 11.

26 CARVALHO, 2011, p. 20.

27 CARVALHO, 2011, p. 20.

28 Cf. HÄBERLE, 2013.

29 CARVALHO, 2011, p. 53-54.

e hora são previamente definidos pelo relator no ato da convocação, ou seja, só haverá um momento processual para solicitar a participação em audiência pública e para participar da audiência propriamente dita”.³⁰ Parece inclusive haver dificuldades para sustentar a existência de espaços democratizantes para aquelas e aqueles poucos escolhidos.

Por certo, tais afirmações precisam vir acompanhadas de algum lastro documental. Desse modo, na próxima seção realiza-se a demonstração desses argumentos ancorados nos números e nas práticas jurisdicionais. Em primeiro lugar apresenta-se os resultados em relação aos *amici curiae* seguidos dos dados das audiências públicas, ambos realizados no controle concentrado de constitucionalidade.

3. EVIDÊNCIAS SOBRE OS MECANISMOS TRADICIONAIS DE PARTICIPAÇÕES SOCIAIS

Realizadas as primeiras aproximações teóricas busca-se estabelecer algum lastro documental capaz de analisar os espaços de atuação dos mecanismos tradicionais de participações sociais. É recorrente, porém, controverso, atribuir a esses mecanismos a função de democratizar ou de legitimar democraticamente a atuação do controle concentrado de constitucionalidade brasileiro. Apesar de todas as dificuldades, reconhece-se que ouvir parcela da sociedade civil ainda é preferível a encerrar a hermenêutica constitucional às atrizes e aos atores estatais.

Mesmo assim, cabe lançar algumas dúvidas sobre a atuação dos mecanismos tradicionais de participações sociais. A ideia que se adota enquanto ponto de partida considera os *amici curiae* enquanto um fator de pluralidade, do ponto de vista quantitativo, sem, contudo, inserir os diversos seguimentos sociais.³¹ Portanto, pluraliza numericamente as atrizes e os atores partícipes da interpretação constitucional, mas dentro de setores específicos da sociedade civil organizada.

A relação de admissão dos *amici* por relatora ou por relator no período de 1990 até 2017 fornece algumas pistas ilustrativas sobre o cenário de crescimento numérico desse mecanismo de participações sociais antecipado nas seções antecedentes, conforme disposto no quadro infra:

30 CARVALHO, 2011, p. 56.

31 OLIVEIRA, 2018b, p. 158.

Quadro 01 - Relação de admissão dos *amici* por relatora ou relator (1990-2017)

N.	AMICI ADMITIDOS	%	MIN. RELATOR(A)	DATA DE INGRESSO NO STF
01	17	12%	Luiz Fux	03/03/2011
02	15	11%	Marco Aurélio	13/06/1990
03	15	11%	Gilmar Mendes	20/06/2002
04	10	7%	Cármem Lúcia	21/06/2006
05	9	7%	Rosa Weber	19/12/2011
06	8	6%	Roberto Barroso	26/06/2013
07	8	6%	Ricardo Levandowski	16/03/2006
08	7	5%	Edson Fachin	16/06/2015
09	6	4%	Dias Toffoli	23/10/2009
10	5	4%	Celso de Mello	17/08/1989
11	3	2%	Alexandre de Moraes	22/03/2017

Fonte: OLIVEIRA, 2018b, p. 164.

Apesar de a admissão dos *amici* depender majoritariamente do entendimento pessoal da relatora ou do relator do processo existem variáveis endógenas e exógenas que precisam ser levadas em consideração durante a análise dos dados, tais como a data de ingresso das Ministras ou dos Ministros no STF e as especificidades da matéria debatida, o grau de repercussão social, entre outros fatores capazes de influenciar nos resultados obtidos.³² No entanto, quando se interroga quantos e quais foram os *amici* admitidos chega-se a outros entendimentos; isso porque participaram das 138 (cento e trinta e oito) ADI's analisadas o número de 483 (quatrocentos e oitenta e três) *amici*, precisamente 177 (36,65%) destes possuem origem social e pelo menos 306 (63,35%) “não possuem origem social”.³³

Alguns pontos sobre os critérios utilizados para a classificação da origem social precisam ser explicitados. Destarte, um *amicus* será agrupado na categoria social quando reunir cumulativamente quatro requisitos essenciais, a saber: a) personalidade jurídica de direito privado; b) ausência de pertencimento, direto ou indireto, aos quadros estatais; c) sem finalidade lucrativa; d) indicação do contexto de atuação social.³⁴ No entanto, essa taxionomia abstrata quando contrastada com a prática institucional depara-se com algumas dificuldades.

Em princípio, os sindicatos e confederações possuem origem social, ressalvado o sindicato patronal ou de determinados servidores públicos, a exemplo

32 OLIVEIRA, 2018b, p. 164.

33 OLIVEIRA, 2018b, p. 165.

34 OLIVEIRA, 2018b, p. 162.

do Sindicato dos Delegados de Polícia Civil (ADI n. 1.470/ES) ou do Sindicato dos Notários e Registradores (ADI n. 3.773/RR). No mesmo sentido, as associações privadas possuem origem social, excetuadas a Associação do Ministério Público de Contas (ADI n. 3.736/DF), das Companhias de Energia Elétrica (ADI n. 4.902/DF), dos *Shopping Centers* (ADI n. 4.862/PR), dos Defensores Públicos (ADI n. 4.163/SP), dos Magistrados Brasileiros (ADI n. 3.889/RO), entre outros exemplos possíveis.³⁵

Mesmo diante do crescimento numérico das participações dos *amici* no controle concentrado de constitucionalidade essas tarefas são majoritariamente desempenhadas por segmentos estatais e corporativos.³⁶ Frente a esse desequilíbrio institucional algumas práticas sociais esparsas não teria o condão de fornecer concretude suficiente para subsidiar uma teoria que pretende inserir o “povo” enquanto interlocutor necessário na interpretação constitucional. Diante deste motivo, encontram-se dificuldades conceituais e operativas para as participações sociais que ultrapassem as formas que essas participações tradicionais assumem.

Com propósitos semelhantes busca-se verificar se a prática das audiências públicas seria capaz de fundamentar divergências teóricas em relação aquilo que se chamou de mecanismos tradicionais de participações sociais. Para tanto, exemplifica-se com os resultados das análises de quatro ações judiciais no controle concentrado de constitucionalidade, quais sejam: a ADI n. 3510/DF, a ADPF n. 101/DF, a ADPF n. 54/DF e a ADPF n. 186/DF, que serão apresentados nessa ordem.

A audiência pública que inaugurou essa prática no controle concentrado de constitucionalidade brasileiro foi realizada no bojo da ADI n. 3510/DF, nesse ato “foram ouvidos 11 (50%) especialistas a favor das pesquisas com células-tronco e 11 (50%) contra, quanto ao gênero estavam representados por 11 homens e 11 mulheres”. No entanto, registrou-se a tradicional exclusão da região Norte do país, a tradicional sub-representação das regiões Centro-Oeste e Nordeste e a tradicional sobre representação da região Sudeste, isso evidencia que a ideia de participação levada a cabo por essa audiência pública é determinada ou influenciada por aspectos geográficos e preferências pessoais.

Numericamente, “77% dos especialistas pertenciam ao Sudeste, seguido de 14% do Centro-Oeste, 5% do Sul e 5% do Nordeste. Não houve representantes da região Norte”, acrescenta-se que, “na distribuição por estados é possível verificar que dos 23 entes da Federação, apenas 5 estavam representados, o que corresponde a 22% de todo o território nacional”.³⁷

35 OLIVEIRA, 2018b, p. 165.

36 OLIVEIRA, 2018b, p. 170.

37 CARVALHO, 2011, p. 59.

Cabe ressaltar a existência de desequilíbrio dentro da própria sobre representação, isso é, há uma hiper-representação na sobre representação, pois “59% dos participantes possuíam vínculo identificado com alguma Instituição de Ensino Superior (IES), enquanto a quase totalidade era de especialistas da área biomédica, indicando um predomínio técnico-científico sobre outras áreas do saber”.³⁸ Pondera-se, no entanto, que as especificidades da matéria analisada exigiam um reforço nessa área do conhecimento, mas não ao ponto de confundir privilégio com exclusão.

Outro fato a ser observado consiste na “fragilidade da Corte ante à exposição da mídia, ampliada significativamente com o procedimento das audiências públicas, parece ter sido percebida (e sentida) por alguns ministros”.³⁹ Sem dúvidas, a realização de audiência pública aumenta a visibilidade tanto da questão analisada, quanto da Ministra e dos Ministros do STF e de suas participantes e de seus participantes. Disto, não decorre necessariamente, “que através das audiências públicas, ampliam o debate argumentativo, e torna-se, tal como o Parlamento, uma verdadeira ‘Casa do povo’”,⁴⁰ tal qual sustentou o relator.

Na ADPF n. 101/DF, mais uma vez “o caráter da matéria, eminentemente técnico, foi fator determinante para que a Ministra Carmen Lúcia, relatora, proferisse decisão no sentido de realizar audiência pública”.⁴¹ Isso provocará contrastes com a ADPF n. 186/DF a menos que se confira maior elasticidade ao elemento político para abranger toda e qualquer participação externa ao Tribunal, mas não é esse o ponto central retratado, conforme já se disse, o objetivo consiste em identificar aquelas e aqueles que participaram dessa audiência pública.

Vale acrescentar que no momento de realização do ato convocatório “o Regimento Interno do STF ainda não contemplava norma específica a regulamentar a realização de audiências públicas, tendo a relatora estabelecido como norma procedimental”⁴² um conjunto formado por seis regras: a) permissão para que os *amici* admitidos no processo indiquem especialistas para participar do procedimento; b) nesse ato, a instituição deveria consignar a tese a ser defendida; c) a indicação das especialistas ou dos especialistas que seriam ouvidos em audiência;⁴³ d) a audiência pública se inicia com a o arguente pelo prazo de vinte minutos; e) na sequência, obedecida a ordem sorteada, falariam as expositoras e os expositores alternando conforme a tese defendida; e por fim, f) encerrada a

38 CARVALHO, 2011, p. 59.

39 CARVALHO, 2011, p. 63.

40 CARVALHO, 2011, p. 69.

41 CARVALHO, 2011, p. 72.

42 CARVALHO, 2011, p. 72.

43 Na hipótese de não se chegar ao consenso seriam sorteados quatro representantes para cada grupo (pró e contra a ADPF). CARVALHO, 2011, p. 73.

apresentação, pronuncia-se o Procurador-Geral pelo prazo de vinte minutos.⁴⁴ A liberdade conferida à relatora ou ao relator do processo revela-se particularmente problemática, porque, na prática, trata-se de uma força que poderá significar tanto uma atuação “progressista”, quanto “conservadora”.

Identificada não apenas nos procedimentos de realização das audiências públicas, mas igualmente em termos de seleção das expositoras e dos expositores porque dentro desse conjunto não se encontrava qualquer “associação ou instituição que contemple dentre seus objetivos a proteção de interesses da coletividade. Ao contrário, eram importantes empresas da iniciativa privada atuantes no ramo dos pneus, com interesses individuais a serem defendidos”.⁴⁵ Além disso, há divergências sobre a teleologia das audiências públicas já que nessa ocasião entendeu-se que “não se presta ao contraditório”, menos ainda a participação prévia e efetiva, “mas sim à busca dos melhores argumentos”.⁴⁶

Subsiste ainda duas dimensões distintas para a incorporação dos argumentos apresentados durante esse ato instrutório. Identifica-se um esforço positivo no sentido de realizar a “análise dos argumentos não jurídicos” acompanhados da tradução “para a linguagem jurídica, revestida de caráter jurídico, possibilitando a conclusão racional de que só há uma resposta jurídica cabível e conforme a Constituição Federal”⁴⁷ de 1988. Por outro lado, a reiteração dos “argumentos postos em audiência” pública “em outros momentos processuais, prejudicando, em alguma medida, a identificação do quanto os argumentos apresentados especificamente em audiência pública foram considerados, uma vez que também constaram de outros instrumentos”.⁴⁸

Na ADPF n. 54/DF, “o rito não possibilitou qualquer tipo de intervenção ao longo das exposições, impõe-se o questionamento quanto ao valor agregado pelas audiências públicas onde não é possível o debate ou a abertura para perguntas por parte dos ministros”.⁴⁹ Essa postura reforça o caráter instrumental e expositivo conferido as audiências públicas até agora, mas não parece estar na ordem de prioridades tendo em vista que o Procurador-Geral da República solicitou sua realização em maio de 2005, “não obstante a importância do tema, somente em julho de 2008, o Ministro Marco Aurélio exarou despacho convocatório determinando, em definitivo, a realização de audiência pública”.⁵⁰

Registra-se que a discricionariedade judicial ocorre em variados momentos no *iter* processual, nesse caso antes e durante a realização da audiência ten-

44 CARVALHO, 2011, p. 72-73.

45 CARVALHO, 2011, p. 74.

46 CARVALHO, 2011, p. 74.

47 CARVALHO, 2011, p. 78.

48 CARVALHO, 2011, p. 78.

49 CARVALHO, 2011, p. 82.

50 CARVALHO, 2011, p. 86.

do em vista que primeiro o “Ministro relacionou aquelas entidades no rol dos que deveriam ser ouvidos”⁵¹ e depois mediante sua solicitação, “que presidia a audiência, foi ouvida a Sra. Michelle Almeida, que não estava previamente inscrita, embora alguns de seus relatos constassem da apresentação conduzida pela antropóloga Lia Machado”.⁵²

Houve também uma relativa concentração entre determinadas áreas e conhecimento, isso porque as “Ciências Biomédicas, 18 (62,1%); Ciências Humanas, 8 (27,6%); Ciências Exatas, 1 (3,4%); não declarado, 2 (6,8%). O predomínio técnico-científico que se verifica entre os participantes talvez derive da natureza da questão”.⁵³ Essa desproporção não é registrada apenas em relação aos conhecimentos científicos, mas também na oportunidade de manifestação dentro desse espaço privilegiado de atuação, cujo “objetivo da audiência pública não era o debate, evitando o contraditório. Ainda assim, tamanha desproporção entre o espaço conferido a cada uma das teses merece reflexão quanto à maneira como a audiência foi conduzida”.⁵⁴

Por fim, a audiência pública realizada na ADPF n. 186/DF destoa em parte do quadro narrado até agora, pois inova ao realizar a abertura para os interessados na temática ao mesmo tempo em que convoca sete instituições e autoridades estatais além do Presidente da Ordem dos Advogados do Brasil, quer dizer, “foi aberta a possibilidade de participação a qualquer interessado com experiência e autoridade na matéria, mediante inscrição prévia” e expedida convocação para o Presidente do Congresso Nacional, o Procurador-Geral da República, o Advogado-Geral da União, o Ministério da Educação, a Secretaria Especial de Políticas de Promoção da Igualdade Racial, a Secretaria Especial de Direitos Humanos e o Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada”.⁵⁵

Essa audiência pública marcou a tentativa ou o “início do contraditório entre os defensores da tese de constitucionalidade e os defensores da tese de inconstitucionalidade das políticas de reserva de vaga como ação afirmativa de acesso ao ensino superior (5 defensores para cada uma das teses)”.⁵⁶ Com isso, esse mecanismo passa a ocupar também um espaço político dentro do Tribunal não apenas restrito ao conhecimento técnico e científico. Cabe considerar que a base teórica das audiências públicas “é aplicada de forma seletiva também na escolha dos atores legitimados a participar do procedimento, uma vez que a escolha se dá por critérios subjetivos, que não permitem assegurar a igualdade entre os participantes”.⁵⁷

51 CARVALHO, 2011, p. 86.

52 CARVALHO, 2011, p. 89.

53 CARVALHO, 2011, p. 89.

54 CARVALHO, 2011, p. 90.

55 CARVALHO, 2011, p. 103.

56 CARVALHO, 2011, p. 105.

57 CARVALHO, 2011, p. 107.

Há, sem dúvidas, um potencial democrático latente que sucumbe diante do baixo índice de institucionalidade no STF, ou seja, a flexibilidade e a variabilidade dos procedimentos internos das audiências públicas buscam oportunizar adequação a multiplicidade de questões analisadas, mas, na prática, esse mecanismo é colocado à mercê das opiniões pessoais da relatora ou do relator do processo judicial. Longe de representarem a “panaceia” ou o “elixir” para sanar todas as dúvidas que recaem sobre o controle concentrado de constitucionalidade as “audiências públicas e admissão de *amici curiae* como instrumentos para sua abertura à sociedade” em potência representam o prelúdio de “práticas dialógicas jurisdicionais”.⁵⁸

Nessa tônica, além das evidências fornecidas pelos registros documentais das participações sociais nesse ambiente cabe colocar em questão alguns de seus impactos, proposta que busca criticar essas atuações e as excessivas esperanças creditadas em sua conta, sem, no entanto, desconsiderar ou romper com suas contribuições. Essas ideias serão desenvolvidas na próxima seção.

4. IMPACTOS EM PERSPECTIVA DOS MECANISMOS TRADICIONAIS

As dúvidas que se levantam nessa seção são endereçadas não apenas aos impactos provocados pelas atuações dos mecanismos tradicionais das participações sociais na atuação das Ministras e dos Ministros do STF, mas colocá-los em perspectiva proporciona a identificação não apenas das insuficiências dos resultados apresentados. Pelas evidências reunidas anteriormente se infere que até mesmo nos mecanismos tradicionais não há identidade entre aquelas e aqueles que participam do controle concentrado de constitucionalidade brasileiro.

Por isso, não há como sustentar um posicionamento estratégico em relação a um determinado grupo em detrimento dos demais, mas pelas circunstâncias que compõem cada matéria constitucional levada à apreciação da Ministra e dos Ministros existem indícios de que as pessoas naturais e jurídicas que integram esses mecanismos atendem aos interesses imediatos da relatora ou do relator do processo judicial. Aquilo que se compreende por interesses imediatos não necessariamente possui um valor negativo intrínseco ou contrário às finalidades republicanas, mas esses interesses privilegiam a necessidade e as interpretações pessoais em detrimento das finalidades informacionais e democráticas.

Igualmente existem dificuldades de interpretá-los enquanto ato objetivo, tendo em vista que não há unidade programática entre aquelas e aqueles que participam. Para mensurar os significados empregados pela institucionali-

58 Cf. especificamente o terceiro capítulo: “Práticas dialógicas jurisdicionais e político-democráticas: limites e possibilidades” GODOY, 2015, p. 187-230.

zação das participações sociais seria necessário identificar os padrões decisórios adotados pelo STF, tarefa de difícil realização tendo em vista a variedade de comportamentos pessoais que compõem o repertório. Fenômeno explicado, em parte, pela existência de espaços ampliados para a atuação individual de sua Ministra e de seus Ministros, mas também em razão dos baixos níveis de participação nos estágios que compõem o itinerário decisório.

Isso revela algumas contradições. Em certo sentido, ao lado da expansão do Judiciário registrou-se também o aumento das participações de determinadas parcelas da sociedade civil nesse ambiente. Além disso, no processo de redemocratização ou de transição da ditadura civil-militar brasileira para o atual regime as participações sociais e a atuação judicial foram articuladas de modo desigual. O desenho constitucional de 1988 ao optar por um extenso rol de direitos e de garantias fundamentais apresentados sob a forma de direitos sociais, políticos, econômicos, ambientais, entre outros, prescreveu a tutela judicial para assegurar esses direitos no caso de ameaça ou lesão. Esse estímulo se verifica também na frequência e nos tipos de demandas apreciadas nas ações do controle concentrado de constitucionalidade.

Ampliar o espaço das participações sociais envolve romper com a “cultura jurídica” que endossa determinadas posturas e práticas judiciais, implica repensar os processos para a tomada de decisões e seus reflexos institucionais. Realocar a interpretação constitucional enquanto atividade coletiva permeada pelas participações da sociedade civil para dimensionar seus sentidos e alcances revela-se um intento pouco promissor para os mecanismos tradicionais que no controle concentrado de constitucionalidade brasileiro que se encontram subordinados ao interesse ou ao convencimento pessoal da relatora ou relator.

Existem diferenciações entre as expectativas alimentadas em torno das participações sociais e a forma como estão materializadas nas práticas judiciais. Apesar de a distinção entre ambas ser uma tarefa complexa parece ser uma das ferramentas disponíveis para destacar as preferências envolvidas de antemão. Com a apresentação do lastro documental procurou demonstrar como a Ministra e os Ministros do STF operam na prática o direito à participação, isso é, consiste em entender como a intervenção dita social reage no controle de constitucionalidade brasileiro.

Assim, identificar algumas limitações de cunho formal ou procedimental que os mecanismos tradicionais estão inseridos. Parcela expressiva das dificuldades estruturais identificadas nos tradicionais mecanismos de participações sociais se deve ao fato de que as admissões e as convocações realizadas são seletivas e setorizadas, os espaços de argumentação são restritos e submetidos à rigidez dos procedimentos institucionalizados que não levam em conta a multiplicidade da sociedade civil brasileira. Dentro dessa ordem de ideias afirmar que os *amici curiae* e as “audiências públicas não são capazes de aumentar a partici-

pação social e representar um campo deliberativo eficaz como se pretende, mas somente de mascarar a reprodução de poder e de injustiça”.⁵⁹

Por estes mecanismos estarem circunscritos as relações de poder desigualmente distribuídas (re)produzem essas mesmas relações propagando assimetricamente as oportunidades de participação para aquelas e aqueles que são direta ou indiretamente afetados pela norma constitucional. Compromete não apenas as participações sociais efetivas - à proporção que se escolhe sem maiores interferências quem e de qual maneira participam desses mecanismos tradicionais - mas também impedem a “transparência e legitimidade das decisões” judiciais por intermédio do “*accountability* social”.⁶⁰ Revela-se contraditório, para dizer o mínimo, cogitar uma responsabilização social e apoiar-se apenas e tão somente nos mecanismos tradicionais de participação social.

Embora seja possível sustentar até certo ponto uma espécie de “deferência” em relação às participações da sociedade civil seja pela admissão dos *amici*, seja pela realização de audiência pública possuem um grau reduzido de influência nas decisões do controle concentrado de constitucionalidade brasileiro. O poder de selecionar as participantes e os participantes, de prescrever os trâmites processuais, a inviabilidade prática do manejo de recurso judicial contra decisões da relatora ou do relator, enfim o poder de “escolher e selecionar aquelas que se farão ouvir. Esse poder do Ministro Relator pode, por outro lado, também impossibilitar, restringir e até mesmo enviesar o debate”.⁶¹

Ao que tudo indica, o aumento da legitimidade democrática do STF não remete direta e primordialmente às intervenções dos *amici* ou das participações em audiências públicas, mas resta saber se o “povo” se insere nesses mecanismos tradicionais. Principalmente, porque se trata de “um diálogo no qual os atores são eminentemente agentes públicos (juízes e legisladores)”,⁶² cuja legitimação ocorre por vias procedimentais ou de representação com todas as problemáticas que isso envolve. Logo, as perspectivas que impactam os mecanismos tradicionais de participações sociais são aquelas que remetem a “interdisciplinarização das decisões do tribunal, informando os juízes de assuntos que fogem da seara jurídica do que como forma de deliberação política”.⁶³

Uma das consequências que se extrai reforça as práticas desses mecanismos tradicionais perpassa por uma reforma regimental ou até mesmo “legislativa no sentido de dispor sobre parâmetros mínimos”⁶⁴ capazes de diminuir os espaços de discricionariedade judicial. Dobrar as apostas nesses mecanismos

59 BORGES; CORREA; PINHÃO, 2019, p. 46.

60 GODOY, 2012, p. 235-238.

61 GODOY, 2015, p. 203.

62 GODOY, 2015, p. 184.

63 BORGES; CORREA; PINHÃO, 2019, p. 42.

64 BORGES; CORREA; PINHÃO, 2019, p. 38.

sem antes realizar alguma tentativa de correção parece contribuir mais para o problema do que para a solução, à medida que aumentam a frequência numérica desses mecanismos majora-se a “supremacia judicial” inviabilizando por completo qualquer possibilidade de participação mais pluralista.

No mesmo sentido, uma “argumentação coletiva”⁶⁵ ancorada na transparência horizontal e no controle democrático do exercício do poder encontra-se “ligada à própria ideia de Estado de direito: não deve haver decisão de autoridade alguma que não seja racionalmente motivada”. Daí recuperar a hipótese apresentada, ou seja, “outros meios de participação direta do cidadão na jurisdição”⁶⁶ constitucional. Tais construções, no entanto, possuem significado ambíguo ao permitirem tanto as participações diretas de um maior número de pessoas no processo decisório, como também trazerem para o STF maior quantidade de conflitos a serem examinados. Potencialmente aumentam-se as chances de que uma parcela expressiva da população se sinta contemplada pelo conteúdo da decisão judicial.⁶⁷

5. SOBRE AS PARTICIPAÇÕES SOCIAIS E SEUS PARTICIPANTES

As intervenções dos *amici* encontram lugar na “relevância da matéria” e também na “representatividade dos postulantes” para “a manifestação de outros órgãos ou entidades” no processo judicial, sempre a critério da relatora ou do relator que se manifesta “por despacho irrecorrível”.⁶⁸ Já, as audiências públicas buscam elucidar “matéria ou circunstância de fato” sobre as quais recaiam “notória insuficiência das informações existentes nos autos”, convocada a critério da relatora ou do relator do processo⁶⁹ e atualmente também pela Presidenta ou pelo Presidente do STF,⁷⁰ tendo em vista que “ordenar e dirigir o processo”⁷¹ insere-se dentre as atribuições da relatora ou do relator.

Volta e meia aparece o argumento de que o “Judiciário deve tomar suas decisões em diálogo com a esfera pública”⁷² e, para tanto, sugerem as propostas das participações sociais realizadas pelos *amici curiae* e pelas audiências públicas. No entanto, “os *amici curiae* estariam mais afetos a defesa de seus interesses jurídicos, os demais participantes de audiência pública estariam mais próximos do autêntico ‘amigo da Corte’ [*sic*], atuando como meros informantes do juízo”.⁷³ Cabe considerar os espaços construídos pelos *amici* e pelas audiências

65 RODRIGUEZ, 2013, p. 89.

66 RODRIGUEZ, 2013, p. 92.

67 RODRIGUEZ, 2013, p. 98.

68 Cf. art. 7º, Lei n. 9.868/1999.

69 Cf. art. 9º, Lei n. 9.868/1999.

70 Cf. art. 13, XVII e XVIII, Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

71 Cf. art. 21, I, Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

72 SOUZA NETO, 2012, p. 383.

73 CARVALHO, 2011, p. 56.

públicas no controle concentrado de constitucionalidade brasileiro enquanto mecanismos tradicionais de participações sociais não necessariamente em virtude de sua antiguidade, mas devido à recorrência com que esses mecanismos aparecem nesse ambiente. Destarte, o tradicional remete mais à resposta oferecida para a ilegitimidade do exercício do controle judicial de constitucionalidade do que aos *amici* ou às audiências públicas.

Isso direciona as visões para os reconhecimentos teóricos e normativos sobre as participações sociais dentro dos recortes metodológicos propostos; na sequência, exige apontar algumas evidências, perspectivas e impactos desses mecanismos tradicionais na atuação da Ministra e dos Ministros do STF. Desse ponto em diante, será possível identificar a justificativa da hipótese apresentada que pretende se distanciar das respostas que restringem os espaços das participações da sociedade civil no controle concentrado de constitucionalidade aos mecanismos tradicionais.

Insistir em tais propostas nada mais é senão reforçar os obstáculos para as participações sociais na hermenêutica constitucional. Logo, restringir as participações sociais aos ditos mecanismos tradicionais implica renunciar às possibilidades de que a democracia se desenvolva de forma pluralista e abrir mão das condições de possibilidade para a construção ou para o surgimento de diversas e diversos “sujeitos constitucionais” partícipes das atividades interpretativas. A primeira restrição refere-se ao modelo de democracia dualista que consiste na distinção entre duas diferentes decisões realizadas numa democracia.

A primeira decisão, diz respeito as opções realizadas pelo povo; a segunda, por seus governantes,⁷⁴ consequentemente, tem-se uma constituição dualista tanto em termos de definição do *design* institucional, quanto em termos de legitimidade democrática dos procedimentos de tomada de decisão, a depender de como o povo se insere nesse contexto. De certa forma, essas ideias também se fazem presentes na concepção de direito constitucional enquanto um direito político capaz de sustentar possibilidades para que as pessoas atuem politicamente. Assim, a constituição possui o condão de expressar aquilo que “somos enquanto nação”,⁷⁵ cuja interação democrática baseia-se em distintos modelos de conversações entre o Judiciário, o Executivo, o Legislativo e o povo⁷⁶ ou mais precisamente na “interação entre os poderes, instituições e povo”.⁷⁷

A segunda forma de limitação provocada pelos mecanismos tradicionais de participações sociais remete às dificuldades de construção da “identidade do sujeito constitucional”. Nas discussões acerca da participação social existe a possibilidade de “reinventar a tradição por meio da interpretação constitucio-

74 ACKERMAN, 1991, p. 06.

75 No original: “[the] Constitution expresses who we are as a nation.” TUSHNET, 2006, p. 996.

76 TUSHNET, 2006, p. 998.

77 GODOY, 2015, p. 240.

nal”,⁷⁸ dessa forma, a tônica reside na possibilidade de construção das sujeitas e dos sujeitos com a formação de um *ethos* que contemple uma espécie de identidade constitucional de pelo menos três modos diferentes.

Enquanto constituinte (*constitution-maker* ou *pouvoir constituant*) é formado pelo conjunto de pessoas que possuem força e vitalidade suficiente para instaurar uma ordem constitucional, rompendo ou superando a ordem pretérita. Ao passo que a “coletividade fundante da constituição” assume o papel de destinatária e fonte que emana a soberania popular. Por último, o sujeito constitucional exerce também a função de “intérprete, elaborador e guardião da constituição”,⁷⁹ essa última proposta teórica carece, no entanto, de mecanismos para implementar a atuação social conjunta com as instituições jurídico-políticas.

Não basta referenciar o “núcleo institucional” da sociedade civil, ou seja, a existência de um conjunto “formado por associações e organizações livres, não estatais e não econômicas, as quais ancoram as estruturas de comunicação da esfera pública nos componentes sociais do mundo da vida”.⁸⁰ Embora forneça uma compreensão geral sobre o tema das participações sociais revela-se insuficiente para atender as exigências ético-jurídicas do exercício do controle concentrado de constitucionalidade brasileiro.

Enquanto não se conhecer as atrizes e os atores sociais e os espaços destinados as participações o argumento de legitimidade democrática conferida pela via procedimental ao controle concentrado de constitucionalidade assume função meramente performativa, quer dizer, compõe apenas a estética de uma democracia participativa. O contato institucional com a pluralidade social precisa ser objeto de avaliações rigorosas e propositivas para identificar se e em que medida acontece a ampliação interpretativa entre as instituições estatais e o “povo”. Por outras palavras, identificar quais são os grupos de interesse e as formas de atuação no espaço institucionalizado de interpretação constitucional revela-se tarefa primordial para mensurar os impactos (positivos e negativos) das participações sociais na tomada de decisão da Ministra e dos Ministros do STF em determinadas matérias constitucionais.

Ao que parece, os mecanismos tradicionais de participações sociais sugerem uma mescla de representações corporativas com interesses e práticas contrárias e até mesmo contraditórias com as ideias comumente apresentadas. Reproduzem as relações sociais de poder desigualmente distribuídas no lugar de oferecerem uma explicação adequada para a questão da legitimidade demo-

78 Cf. Chapter 3 - Reinventing tradition through constitutional interpretation: the case of unenumerated rights in the United States. ROSENFELD, 2010, p. 73-126.

79 No original: “[the] subject as constitution-maker or as *pouvoir constituant*; the subject as the collectivity that is bound by the constitution; and the subject as interpreter, elaborator and custodian of the constitution.” ROSENFELD, 2010, p. 26.

80 HABERMAS, 1997, p. 99.

crática, muitas das vezes iniciam e terminam de compreensões de democracia formal ou procedimental. Sem dúvida, a intervenção processual configura um importante avanço, contudo não contempla todas as dimensões sobre o papel da sociedade civil no controle concentrado de constitucionalidade.

De outro lado, a constituição que possibilita a construção da identidade política é aquela que além do tratamento normativo atribuído as participações sociais potencializam as atuações de sujeitas e de sujeitos politicamente ativos. Sob a égide de constituições abertas, regidas pela pluralidade e pela busca da legitimidade democrática, os “tribunais constitucionais tomam, em geral, a feição de corpos político-jurídicos que se inclinam mais aos valores da sociedade e às garantias de proteção dos direitos fundamentais”.⁸¹ Auxiliam na formação de um quadro normativo e teórico de abertura para horizontes de transformação social, para reconfigurações institucionais, para questionar as autoridades públicas, para estimular a autonomia coletiva pré-existente, dentre outras possibilidades.

Aos *amici curiae* e as audiências públicas comumente se atribuí as funções de interação entre a sociedade civil e os tribunais constitucionais e de aumentar a legitimidade democrática das decisões judiciais; embora os resultados apresentem muitas variações. Exatamente nesse ponto, reside a crítica oferecida por esse artigo, todavia não se desconsidera o percurso trilhado pelos mecanismos tradicionais também não superestima suas atuações e impactos.

CONCLUSÃO

Este artigo investigou se no controle concentrado de constitucionalidade brasileiro as participações sociais estariam restritas às intervenções dos *amici curiae* e das audiências públicas. Procurou-se fundamentar a necessidade e a possibilidade de mecanismos para além das cercanias tradicionais nesse ambiente.

Na primeira seção, narrou-se o quadro teórico que indica um superdimensionamento do Judiciário em relação as demais funções, fato que depõe contrariamente às ideias de separação e de contrapesos exercidos reciprocamente pelas funções dentro do Estado de direito democrático. Dentre outros fatores relevantes tem-se na prática do controle judicial de constitucionalidade um dos principais veículos de manifestação desse fenômeno.

Especificamente no controle judicial abstrato ou concentrado reuniram-se esforços de entender como as participações sociais se inserem nesse espaço. Comprometendo-se com dois pressupostos: o primeiro relacionado ao posicionamento institucional e o segundo ligado à hermenêutica constitucional, isso

81 BONAVIDES, 2008, p. 337.

é, o STF é mais um agente institucional inserido na democracia brasileira, nem acima, nem abaixo, nem fora do Estado democrático de direito.

A proposta que se sobressai remete aos institutos jurídico-políticos dos *amici curiae* e das audiências públicas enquanto mecanismos democratizantes e legitimatórios do controle concentrado de constitucionalidade brasileiro. Essas afirmações foram verificadas dentro de algumas práticas jurisdicionais das Ministras e dos Ministros do STF e se deparou com dificuldades de constatação dessas “expectativas elevadas”, isso porque foram diagnosticados alguns bloqueios condensados basicamente na carga decisória acompanhada da discricionariedade quanto à admissão, procedimentos e finalidades desses mecanismos tradicionais.

A seletividade acompanhada de subjetividade (de)forma um quadro que reduz as participações sociais às instituições estatais deixando de lado ou ocupando papel secundário o “povo” e suas instituições sociais. Desse modo, não há como validamente reforçar a proposta de que quanto maior for o número de *amici* admitidos ou de audiências públicas realizadas mais democrático e legítimo será o controle concentrado de constitucionalidade brasileiro. A começar pelas oportunidades de acesso a esses mecanismos tradicionais que não estão minimamente disponíveis para as interessadas e para os interessados.

Contudo, não se cogita o abandono desses mecanismos tradicionais, já que lograram certo êxito de inserção no ambiente institucional do STF, mas ainda estão longe de realizarem a democratização pretendida. Nessa jornada, os *amici* e as audiências são necessárias, porém insuficientes. O atual cenário revela-se ainda mais problemático, visto que esses mecanismos tradicionais podem ser utilizados performativamente ou apenas com caráter confirmatório de decisões pessoais travestidas sobre “conhecimento e autoridade na matéria” ou ainda na (im)possibilidade de realizar o contraditório durante a realização da audiência.

Diante desse repertório movimentado percebe-se que a ideia de participações sociais precisa de reinvenção em outros espaços, outras dimensões, mas também com outras dificuldades e limitações. Definitivamente essas tarefas não podem ser atribuídas exclusivamente aos mecanismos tradicionais de participações sociais também não há como prescindir do percurso construído. Assim, as ideias apresentadas são importantes para abrir caminhos para a construção de outros mecanismos de participação social para além dos limites tradicionais.

REFERÊNCIAS

ACKERMAN, Bruce. *We the people: foundations*. Harvard: Harvard University Press, 1991, v. 01.

ALBUQUERQUE, Leonidas Cabral. Ação direta de inconstitucionalidade e ação declaratória de constitucionalidade como instrumentos de defesa dos direitos fundamentais. *Revista da Faculdade de Direito UFMG*, Belo Horizonte, n. 63, jul./dez. 2013, p. 435-454.

BONAVIDES, Paulo. *Teoria da democracia participativa: por um direito constitucional de luta e resistência: por uma nova hermenêutica: por uma repolitização da legitimidade*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

BORGES, Alexandre Walmott; CORREA, Andrey Lucas Macedo; PINHÃO, Karina Guimarães. A democracia nas audiências públicas em controle de constitucionalidade concentrado no Brasil. *Revista de Direito Brasileira*, Florianópolis, v. 22, n. 09, jan./abr. 2019, p. 29-49.

BRASIL. Lei n. 9.868, de 10 de novembro de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. *Diário Oficial da União*, Brasília, 11 nov. 1999.

BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. *Diário Oficial da União*, Brasília, 17 mar. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal [atualizado até a Emenda Regimental n. 58/2022]*. Brasília: STF, Secretaria de Altos Estudos, Pesquisas e Gestão da Informação, 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade n. 2.797/DF. Relator Sepúlveda Pertence. *Diário de Justiça Eletrônico*, Brasília, 15 set. 2005, [n.p.].

CARVALHO, Flávia Martins de. *Audiências públicas no Supremo Tribunal Federal: uma alternativa democrática?* Orientadora: Margarida Maria Lacombe Camargo. 2011. 117 f. Dissertação (Mestrado em direito). Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2011.

GODOY, Miguel Gualano de. *Constitucionalismo e democracia: uma leitura a partir de Carlos Santiago Nino e Roberto Gargarella*. São Paulo: Saraiva, 2012.

GODOY, Miguel Gualano de. *Devolver a constituição ao povo: crítica à supremacia judicial e diálogos interinstitucionais*. Orientadora: Vera Karam de Chueiri. 2015. 266 f. Tese (Doutorado em direito). Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2015.

HABERMAS, Jürgen. Direito e democracia: entre facticidade e validade. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, v. 01 (Biblioteca tempo universitário, 102).

HAMILTON, Alexander; JAY, John; MADISON, James. The Federalist. Edited with introduction and historical commentary by J. R. Pole. Indianapolis: Hackett Publishing Company, 2005.

HÄBERLE, Peter. La sociedad abierta de los intérpretes constitucionales una contribución para la interpretación pluralista y “procesal” de la constitución. Traducción Xabier Arzoz Santisteban. Contextos, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, n. 05, abr. 2013, p. 63-88.

LACOMBE, Margarida; LEGALE, Siddharta; JOHANN, Rodrigo F. As audiências públicas no Supremo Tribunal Federal nos modelos Gilmar Mendes e Luiz Fux: a legitimação técnica e o papel do cientista no laboratório de precedentes. In: MARQUES, Gabriel Lima; VALLE, Vanice Regina Lírio do; VIEIRA, José Ribas. (Orgs.). Democracia e suas instituições: fórum de grupos de pesquisa em direito constitucional e teoria do direito. Rio de Janeiro: Imo's, 2014, p. 181-209.

OLIVEIRA, Wagner Vinícius de. *Amici curiae* e legitimidade: sobre as participações das instituições religiosas no controle concentrado de constitucionalidade brasileiro. Orientador: Alexandre Walmott Borges. Coorientador: Bernardo Gonçalves Alfredo Fernandes. 2018. 162 f. Dissertação (Mestrado em direito). Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, 2018a.

OLIVEIRA, Wagner Vinícius. Os *amici curiae* na experiência constitucional brasileira: da pluralidade à participação social. In: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade; GOMES, David Francisco Lopes; RIBEIRO, Deivide Júlio. (Orgs.). 1988-2018: o que constituímos? Homenagem a Menelick de Carvalho Netto nos 30 anos da Constituição de 1988. Belo Horizonte: Initia Via, 2018b, p. 157-173.

ROSENFELD, Michel. The Identity of the constitutional subject: selfhood, citizenship, culture, and community. New York: Routledge, 2010.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Controle judicial de constitucionalidade (legitimidade política). In: DIMOULIS, Dimitri (Coord.). Dicionário brasileiro de direito constitucional. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 381-385.

TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjörn. Judicialization and the future of politics and policy. In: TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjörn (Eds.). The global expansion of judicial power. New York: New York University Press, 1995, p. 515-528.

TAVARES, André Ramos. Controle judicial de constitucionalidade (espécies). *In*: DIMOULIS, Dimitri (Coord.). Dicionário brasileiro de direito constitucional. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 370-374.

TUSHNET, Mark. Popular constitutionalism as political law. *Chicago-Kent Law Review*, Chicago, v. 81, 2006, p. 991-1.006.

VIEIRA, Oscar Vilhena. A batalha dos poderes: da transição democrática ao mal-estar constitucional. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.

Recebido em: 04/02/2025

Aprovado em: 23/06/2026