

**Legitimidade ativa no controle concentrado de constitucionalidade: a
ampliação da participação no debate constitucional perante o stf em meio a
pandemia da COVID-19**

***Active legitimacy in the concentrated control of constitutionality: the
expansion of participation in the constitutional debate before the stf in the
middle of the COVID-19 pandemic***

Guilherme Henrique de Queiroz ¹

RESUMO

Este trabalho tem por objetivo analisar a ampliação dos legitimados ativos do controle concentrado de constitucionalidade diante da Suprema Corte, tendo como lapso espacial a pandemia da COVID-19. O trabalho busca trazer uma reflexão da participação social ou de outros personagens que não estão presentes no artigo 103 da Constituição de 1988, no controle abstrato das normas perante a Carta Magna e em meio a uma sociedade pluralista. Sendo assim, para se ter embasamento científico foi utilizado Peter Häberle, destacando a teoria da sociedade aberta de interpretes e do círculo fechado da interpretação. Para isso, utiliza-se para dar mais cientificidade, o método hipotético dedutivo juntamente com a técnica bibliográfica. Por fim, busca-se uma reformulação legislativa que garanta a participação de outros grupos ou pessoas no controle concentrado que não estão reconhecidos formalmente na lei.

Palavras-chave: Constituição; Controle de Constitucionalidade; Democracia; Sociedade aberta; STF.

ABSTRACT

This work aims to analyze the expansion of the legitimate assets of the concentrated control of constitutionality before the Supreme Court, having the COVID-19 pandemic as a spatial lapse. The work seeks to bring a reflection of social participation or of other characters that are not present in article 103 of the 1988 Constitution, in the abstract control of norms before the Magna Carta and in the midst of a pluralistic society. Therefore, in order to have a scientific basis, Peter Häberle was used, highlighting the theory of the open society of interpreters and the closed circle of interpretation. For

¹ Especialista em Direito Constitucional pela Faculdade Complexo de Ensino Renato Saraiva-CERS e e-mail: guihenque@hotmail.com

this, it is used to give more scientificity, the hypothetical deductive method together with the bibliographic technique. Finally, a legislative reformulation is.

Keywords: *Constitution; Constitutionality Control; Democracy; Open Society; STF.*

1 INTRODUÇÃO

O Estado de Direito tem como norte a legalidade devendo ser a baliza em uma democracia baseada na igualdade formal, ou seja, que todos serão submetidos a norma posta. Além do mais, tendo como embasamento uma maior participação popular na fiscalização da coisa pública e a defesa da supremacia da Constituição. Dessa maneira, este trabalho tem a pretensão de explorar a possível expansão dos legitimados ativos reconhecidos legalmente do controle concentrado de constitucionalidade na Corte Suprema, observando como marco a pandemia da COVID-19.

Dessa forma, o presente artigo tem a intenção de discutir, analisando de forma delimitada, se é possível a abertura do quadro dos legitimados ativos no controle concentrado de constitucionalidade brasileiro em meio a uma pandemia? Com isso, busca-se analisar a atuação de camadas não reconhecidas formalmente na lei de provocar o STF para a observação do parâmetro abstrato das normas frente a Constituição.

Para fundamentar a discussão, e dar respaldo científico utilizamos como referência Peter Häberle, onde será abordado a partir da sua obra o desenvolvimento da própria interpretação constitucional, em que apontava a necessidade de observação da realidade de fato. Sendo assim, levando em consideração todos os âmbitos sociais. Com base nesse autor, é trabalhado conceitos do círculo fechado de interpretes e da sociedade aberta.

Desse modo, o atual trabalho está dividido em três partes, sendo que no primeiro momento é trabalhada a própria formulação dos Estados modernos e da Constituição, além de conceitos básicos como democracia, república e do próprio sentido da Carta Magna. Já no segundo momento, é observado todo o contexto de

surgimento do controle de constitucionalidade, os tipos e características, dando ênfase ao controle concentrado de constitucionalidade no Brasil, abordando suas especificidades. Ademais, é apresentado as teorias e pensamento Häberle referente a legitimidade interpretativa da Constituição.

Conseqüentemente no terceiro e último momento, se discute a ampliação dos legitimados ativos no controle concentrado de constitucionalidade no Brasil. Alinhando a teoria do referencial teórico a alguns instrumentos de aproximação popular já presentes na legislação brasileira e algumas decisões em que se observa uma possível abertura interpretativa. Tendo como foco assim, a pandemia provocada pelo novo coronavírus e uma decisão preliminar na ADPF nº 709.

Com isso, para o presente artigo foi utilizado o método hipotético-dedutivo, pois será abordado o tema de pesquisa de forma geral, objetivando-se chegar a um ponto específico hipotético. Dessa forma, foi usado uma vasta apreciação material jurisdicional, entre esses, pode-se destacar a Constituição Federal e leis específicas. Ademais, é feita uma análise doutrinária e teórica, apoiando-se em um arcabouço bibliográfico.

2 A PARTICIPAÇÃO POPULAR NA CONSTRUÇÃO DE UMA SOCIEDADE DEMOCRÁTICA DE DIREITO

A insurgência dos movimentos Iluministas e renascentistas do século XVIII, contribuem para a queda dos Estados absolutistas monárquicos que imperavam na época. Dessa maneira, com as revoluções liberais desse período, principalmente com a formulação da Constituição Francesa em 1797 e a Estadunidense em 1787, colaboram para a insurreição do Estado Moderno. Desse modo, sendo abordada uma forma de governo tanto participativa quanto mais próxima da realidade dos cidadãos.

O Estado Moderno, fruto do rompimento com a fragmentação própria da forma estatal medieval, nasce sem Constituição (entendida *stricto sensu*). A primeira versão do Estado Moderno é, pois, absolutista. Mas é exatamente o absolutismo que, dialeticamente, vai engendrar as condições para o surgimento de formas de controle do poder, através da exigência de mecanismos para conter o poder do príncipe. (STRECK, 2018, p. 16)

Os Estados Modernos são pautados pelo direito, em que o próprio ente governamental e a população estão submetidos as leis e procedimentos legais. Uma vez que, a reunião legislativa desagua na formulação de uma Constituição escrita na qual pauta os direitos, garantias, estruturas de governos e Estados, tornando-se uma quebra no paradigma absolutista.

O constitucionalismo moderno perante essas raízes, busca estabelecer princípios para a sua própria manutenção e fazer oposição ao pensamento antigo. Apontando desta forma para um registro escrito dogmaticamente, buscando sempre um conjunto de garantias individuais e expondo um controle do poder político o tornando moderado. “Por Constituição moderna entende-se a ordenação sistemática e racional da comunidade política através de um documento escrito no qual se declaram liberdades e direitos e se fixam os limites do poder político.” (CANOTILHO, 2003, p. 52).

A compreensão da constituição torna-se abrangente, não sendo mais vista somente como um instrumento que agrupa normas jurídicas, mas também como diploma normativa que organiza o Estado. Dentre as suas concepções, destaca-se para este trabalho a concepção sociológica que que aborda e data um sentido ao surgimento da legitimidade normativa constitucional.

Essa concepção exprime o entendimento de que a Lei maior seria fruto da aglutinação de deliberações políticas, sendo seu maior expoente SHIMITT (2009), em que esse autor demonstra a necessidade de se ter uma decisão política fundamental para substanciar as normas presente naquele ordenamento. Além dessa formulação da Carta Fundamental, para a insurgência desses Estados contemporâneos e garantir uma dessemelhança com as Monarquias tirânicas, é preciso que se traga como forte marca a separação dos poderes, no qual divide o poder em três funções que são a Executiva, Legislativa e o Judiciário, cada um possuindo o dever de fiscalização.

O escopo dessa divisão é para se evitar o abuso do poder estatal e manter a preservação da norma como aparato de sustentação dos direitos e garantias ofertadas nesse Estado, como também instrumento de limitação da autoridade. A participação na formulação e elaboração dessas normas é que a torna legítima e sem

vícios tirânicos. Tendo em vista que, de acordo com ROUSSEAU (2002), a obediência e acatamento à lei que os próprios cidadãos prescrevem é um fator preponderante na própria sociedade por meio de um contrato social.

No Estado contemporâneo, essa centralização de interesses e normas da origem a uma Constituição. Em que, por meio do poder constituinte se tem uma compilação de normas estruturantes governamentais. Em 1788, o Abade Sieyes distribuiu um manifesto intitulado “qu’est-ce que le tiers État?” (O que é o Terceiro Estado?), por meio do qual questionava a participação da população que representava o terceiro estado na formulação das normas, a relevância e o valor estatal que a massa populacional tinha na época. Assim, fazendo um contraponto ao clero e a nobreza, que eram respectivamente o primeiro e segundo estado.

Dessa maneira, esse manifesto contribuiu para os anseios revolucionários da França, fortificando e dando uma maior sustentação a revolução. O poder constituinte que é o responsável pela formulação de uma Constituição, saiu das mãos dos grupos que dominavam, que eram minoritários, para ser representado pela vontade da nação. Não sendo assim, canalizado para uma só pessoa ou determinadas corporações, em que a população como um todo é responsável na formulação da Carta Magna.

O poder constituinte é a manifestação da capacidade de construção do corpo de leis fundamentais ou somente a mudança de uma parte desse arcabouço. Para a existência desse fenômeno é necessário que se tenha a participação popular como legitimadora do poder político, sendo observado os ditames estabelecidos pelos Estados Modernos e ofertando atos de fiscalização por parte da comunidade. O cidadão que é o responsável por formular as normas originárias de maneira direta ou indiretamente dentro do Estado democrático de direito, como aponta o autor:

El pueblo es, en la Democracia, sujeto del Poder constituyente. Toda Constitución, según la concepción democrática, se basea, incluso para su elemento de Estado de Derecho, en la decisión política concreta del pueblo dotado de capacidad política. (SHIMITT, 2009, p. 234)

À vista disso, é importante destacar que o povo é o legítimo mandatário do poder constituinte, tendo assim dessa forma, que ser garantida a sua participação

na formulação da Constituição. Destarte a isso, evidenciasse que em um Estado Democrático, a participação popular não se deve limitar a produzir a Carta Constitucional, mas também participar ativamente das suas transformações, defendendo e caminhando lado a lado desse conjunto normativo que garante a sobrevivência desse modelo de Estado.

Nos Estados Modernos é necessário que se tenha a participação da população cada vez mais para se evitar o obscurantismo das tiranias absolutistas e preservar o modelo liberal constitucional que garante os direitos individuais. Dessa forma, a república no qual “significa que o Estado, o poder e tudo aquilo que é público pertencem ao povo” (HACK, 2008, p. 50). Então, é fundamental participação do cidadão na “res publica”, principalmente como fiscalizador.

Esse controle só é possível mediante o estabelecimento de uma democracia, que converge na capacidade de garantir o maior número de participação popular nas decisões de Estado, asseverando dessa maneira a prática da cidadania. Todavia ao decorrer dos tempos, ocorreram muitas mudanças na percepção de democracia, tendo em vista que nos Estados antigos essa participação além de ser direta, estaria muito limitada a um conceito de cidadania restrito a uma parcela da população.

Já nos Estados Modernos, esse conceito é alargado diante do próprio crescimento tanto territorial quanto populacional das nações. Pois para DAHL (2021), aponta que se passou a ter uma percepção maior de cidadania, não mais restringida como antes com os antigos, no qual em sua grande maioria se tem uma participação indireta por meio da representatividade. Sendo assim, exponho uma pequena passagem que sintetiza o conceito de democracia moderna, “caracterizada por um conjunto de regras (primárias ou fundamentais) que estabelecem quem está autorizado a tomar as decisões coletivas com quais procedimentos.” (BOBBIO, 2000, p. 30).

Com isso, quanto mais for garantido a participação popular, maior será também o processo democrático. Isso tendo respaldo na legislação, para que seja assegurado igualdade entre todos, até mesmo entre o ente estatal e os seus

governados. Fazendo com que, todos fiquem abaixo das leis e se evite o abuso de poder, sendo dessa forma, constituído o Estado Democrático de Direito.

A carta de direitos torna-se instrumento de validade de toda norma produzida no país, ou seja, evidenciando-se como parâmetro de legalidade normativa tendo essa supremacia legal sobre as outras leis. Além do mais, destaca-se o neoconstitucionalismo, pelo fato de se dá uma maior atenção e primazia aos princípios e interpretações constitucionais do que propriamente a norma positivada e sua exegese. Sendo isso fruto do pós-positivismo, no qual “a superação histórica do jusnaturalismo e o fracasso do positivismo abriram caminho para um conjunto amplo e ainda inacabado de reflexões acerca do direito, sua função social e sua integração.” (BARROSO, 2004, p. 325).

Diante disso, as Constituições modernas advindas do Estado Democrático de Direito, passam a ser um conjunto normativo político que serve para influenciar a sociedade e não mais como simples conjectura de diretrizes do direito público. Com isso a Carta Constitucional é vista como a lei maior, apresentando dessa forma, mecanismos de defesa e proteção que garantam a sua superioridade legislativa.

O ordenamento jurídico é um sistema. Um sistema pressupõe ordem e unidade, devendo suas partes conviver de maneira harmoniosa. A quebra dessa harmonia deverá deflagrar mecanismos de correção destinados a restabelecê-la. O controle de constitucionalidade é um desses mecanismos, provavelmente o mais importante, consistindo na verificação da compatibilidade entre uma lei ou qualquer ato normativo infraconstitucional e a Constituição. (BARROSO, 2012, p. 23)

Posto isso, se faz importante destacar o controle de constitucionalidade que é encarregado de manter a supremacia constitucional. Tendo em vista que nessa hierarquia das normas, a validade normativa tem que ser extraída do alto da pirâmide, isso em uma Constituição rígida. Essa preponderância legal se torna o pilar da interpretação constitucional, em não se admitir outro tipo de visão hermenêutica que esteja desconectada com o conjunto de normas fundamentais.

Com base ao descrito no parágrafo anterior, as normas que ficam na parte inferior da estrutura piramidal legislativa guardam obediência a Carta magna. Ou

seja, as normas abaixo do texto constitucional têm que manter similitude e não pode alterar a Lei maior pelo fato de retirarem o seu fundamento de validade nela. Sendo assim, para BARROSO (2012), o controle de constitucionalidade está associado a Supremacia da Constituição, a hierarquia das leis e a rigidez da norma.

3 O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE FRENTE AO CÍRCULO DE INTERPRETES DA CONSTITUIÇÃO

O controle de constitucionalidade é o mecanismo que garante a ordenação hierarquizada entre as normas constitucionais e as normas infraconstitucionais. Garantindo dessa forma, a supremacia da Constituição e utilizando a própria como parâmetro para ser exercido esse mecanismo. Para SILVA (2005), as normas que servem como parâmetro são as originárias ou derivadas, até mesmo os tratados e convenções internacionais aprovados com status de emendas, além dos princípios decorrentes ainda que implícito.

Tendo como fruto o direito estadunidense, pois na Constituição dos EUA de 1787 em seu art. IV, traz de forma explícita a supremacia normativa, sem demonstrar qualquer disposição ao contrário. Todavia, é no famoso caso de Marbury vs. Madison em 1803, que esse aparato ganha notoriedade com a aplicação do artigo que serve de base para o controle de constitucionalidade.

Marbury v. Madison foi a primeira decisão na qual a Suprema Corte afirmou seu poder de exercer o controle de constitucionalidade, negando aplicação a leis que, de acordo com sua interpretação, fossem inconstitucionais. Assinale-se, por relevante, que a Constituição não conferia a ela ou a qualquer outro órgão judicial, de modo explícito, competência dessa natureza. (BARROSO, 2012, p. 27).

A partir desse caso, findou-se dando ensejo ao nascimento do controle difuso em que é conhecido também por ser aberto, pelo fato de que pode ser realizado ou executado por juízes e tribunais que são capazes de aplicar ou deixar de efetuar a norma por entenderem ser contrária a Constituição. Por outro lado, é conhecido também como concreto pois essa aplicação ou não da lei se dá na observância de caso a caso, ou seja, em uma ocorrência concreta fática.

Contudo no início do século XX, com a Constituição austríaca nota-se uma mudança que é o nascimento de outro sistema do controle de constitucionalidade. Desta vez, o controle é reconhecido como o concentrado que tem como forte característica a sua realização feita por um tribunal. Esse modelo tem como forte expoente Hans Kelsen (2013) e exerceu uma forte influência na Europa.

Diferentemente do modelo norte americano, o sistema de controle oriundo da Europa não poderia ser realizado por qualquer órgão do poder judiciário, mas somente por um tribunal. Por isso, o controle concentrado é reconhecido como reservado ou fechado. “Com efeito, na visão Kelseniana o Tribunal Constitucional não julga nenhuma pretensão concreta, mas examina tão-só o problema puramente abstrato de compatibilidade lógica entre uma lei e a Constituição.” (DIRLEY, 2014, p.230)

No Brasil, é perceptível perceber a influência desses dois modelos de controle ao decorrer das Constituições que vigoraram no país. Entretanto, na Carta Magna imperial de 1824, fica evidente a falta de registro no texto a respeito de algum mecanismo que averigüe a relação das normas infraconstitucionais com as constitucionais. Valendo o destaque, para existência do poder moderador dominado pelo imperador que ficaria encarregado de resolver conflitos.

Já na primeira Constituição republicana de 1891, na qual sofre forte influência norte-americana, inaugurou-se o controle de constitucionalidade difuso, aquele que é realizado em casos concretos por qualquer juiz se entenderem que há ou não uma violação à lei maior. Com isso, no início do período republicano, adota-se formalmente um dos controles de constitucionalidade a funciona de forma incidental.

Ausente do regime da Constituição imperial de 1824, o controle de constitucionalidade foi introduzido no Brasil com a República, tendo recebido previsão expressa na Constituição de 1891. [...] O modelo adotado foi o americano, sendo a fiscalização exercida de modo incidental e difuso. Com alterações de pequena monta, a fórmula permaneceu substancialmente a mesma ao longo de toda a República, chegando à Constituição de 1988. (BARROSO, 2012, p. 85)

Dando continuidade no panorama histórico, na constituição de 1934, foram apresentados importantes inovações como o estabelecimento da reserva de plenário

(apontando que as decisões nos tribunais pela inconstitucionalidade só podem ser declaradas por maioria absoluta dos seus membros). Sob a sua égide, trouxe também a atribuição ao Senado Federal como ente representante do legislativo a competência para suspender a execução da lei declarada incompatível com a lei maior pelo poder judiciário.

Ademais, vale destacar que essa Carta política de 1934 manteve o controle difuso e inaugura o controle concentrado no Brasil. Como ensina DIRLEY (2014), a primeira ação desse modelo que se insurge é a denominada representação de inconstitucionalidade interventiva, servindo para averiguar a constitucionalidade das leis. No qual, tinha como legitimado o Procurador Geral da República. A partir de então, passou-se a existir esse modelo misto de fiscalização da norma.

A constituição autoritária de 1937 de modo geral, não apresentou avanços significativos, mantendo o controle difuso e não tratou muito bem dos avanços trazidos pela Magna carta passada, excluindo, principalmente no que se refere ao modelo concentrado e a participação do Senado nessa situação. Ressalta-se um atraso típico de governos tirânicos que apresentou a possibilidade de o presidente da república submeter ao crivo do poder legislativo normas declaradas inconstitucionais pelo judiciário.

Com a Carta constitucional de 1946 promoveu o reencontro com a democracia, extinguindo o dispositivo legal exposto no parágrafo anterior, conservou o controle difuso e trouxe à tona os dispositivos do modelo concentrado que até então vigoravam e foram extintos. Para BITTENCOURT (1997), um dos marcos na fiscalização abstrata dos atos normativos federais e estaduais foi promovido pela EC 16/65, em que trouxe a ação de representação de inconstitucionalidade (RI) no qual só poderia ser proposta pelo Procurador da república. Hoje em dia essa demanda do modelo fechado de controle é compatível com a ação direta de inconstitucionalidade (ADI).

O regulamento constitucional de 1967 juntamente com a EC 1/69, em pleno regime de exceção militar, além das arbitrariedades e contravenções antidemocráticas que reinavam nesse período, esses dispositivos normativos não

apresentaram mudanças significativas no modelo de controle até então vigente no Brasil.

Em companhia dos movimentos de redemocratização, em destaque as diretas já, no qual contribuíram para a Constituição cidadã de 1988 que conteve uma grande participação popular em sua elaboração. Essa magna carta democrática preserva o controle de constitucionalidade difuso e amplia os horizontes do modelo concentrado, pois além da RI ter se tornado uma ADI, muitas outras ações originaram-se que foi a ação direta de inconstitucionalidade por omissão (ADO) e ação de descumprimento de preceito fundamental (ADPF).

Além do mais, recentemente com a EC 3/93 criou-se a ação declaratória de constitucionalidade (ADC). Todas essas ações da fiscalização concentrada foram expostas nessa nova constituição, ganhando corporificação na lei nº 9868/99 e lei nº 9882/99. Com isso, foi apontado também um rol de legitimados dessas ações de forma delineada e aumentada em comparação os dispositivos normativos anteriores, em que isso está condensado no art. 103, do inciso I ao IX da Constituição de 1988, assim como nas respectivas normas infra legais.

Esses legitimados ativos são responsáveis por provocar o STF que é guardião da constituição e Tribunal responsável por julgar tais ações de forma concentrada e analisando a sua abstração em relação as outras normas tendo como base de parâmetro as normas constitucionais. Podendo ser considerado segundo HABERLE (2002), que funcionam como interpretes quando provocam o tribunal que agirá no sentido de suspender ou retirar a eficácia da norma que fere a lei maior.

No próprio artigo 103 da Constituição de 1988 que apresenta os legitimados ativos para ter acesso ao controle concentrado no inciso I ao IX, é possível constatar que há um limite das pessoas que podem participar ou provocar a Corte Suprema e contribuir com a interpretação da norma. Nesse dispositivo legal abordado pode-se compreender que do inciso I ao IV, os legitimados que participam são entidades estatais ou em alguma ligação com o Estado. Já dos incisos VII a IX, são organizações que estão fora do eixo da estrutura do governo, isto é, estão mais ligadas a sociedade civil e não fazem parte diretamente do eixo estatal.

Por outro lado, ainda se estreita a capacidade processual de participação no controle concentrado quando se tem os legitimados especiais que estão nos incisos IV, V e IX do aludido artigo citado, no qual precisam demonstrar e comprovar pertinência temática (é a harmonia entre o objeto da ação e o interesse do grupo). Já os legitimados dos incisos I a III e VI a VIII, não precisa dessa fundamentação temática, por isso são conhecidos como universais. Vale destacar que na lei regente da ADPF, lei nº 9882/99, em seu art. 2º, II, havia participação popular na impetração desta ação, porém esse mesmo tópico sofreu veto presidencial.

Desse modo, HABERLE (2002), expõe a tese a sociedade aberta de interpretes mediante a esse círculo fechado exposto pela legislação no qual só participa desse processo de tornar uma norma violadora da Constituição, inconstitucional. Sendo que, as decisões nesse âmbito têm eficácia para todos e eivada de efeito vinculante ao poder judiciário. Assim, esses vereditos têm grande impacto na sociedade e a mesma não tem legitimidade de atuar diretamente nesses casos.

[...] no processo de interpretação constitucional estão potencialmente vinculados todos os órgãos estatais, todas as potências públicas, todos os cidadãos e grupos, não sendo possível estabelecer-se um elenco cerrado ou fixado com *numerus clausus* de intérpretes da Constituição. (HABERLE, 2002, p. 13)

Essa tese da sociedade aberta dos interpretes defendida pelo autor, faz um contraponto a essa esfera de interpretes que é trazida pela norma da Constituição. Com isso, ter uma ruptura nesse paradigma estabelecido de legitimados é ir de encontro a um corpo de participantes formais da jurisdição constitucional. O alargamento desse círculo contribui para uma Constituição mais participativa e voltada para a realidade social pública ao passo que carrega características do fenômeno cultural abrangendo a pluralidade.

Nessa mesma perspectiva dessa tese defendida pelo autor, evidencia-se que a sociedade aberta é a responsável por ser o elemento social destinatário da norma constitucional, que no mais sendo regidos pelos preceitos normativos, conscientemente ou inconscientemente, respectivamente sendo diretamente ou

indiretamente agem de maneira a participar do processo hermenêutico, pela simples convivência com a norma. Sendo assim, entrando nessa esfera interpretativa todos os cidadãos e grupos formais ou informais que fazem parte da sociedade.

Para o autor alemão HABERLE (2002), em meio a interpretação constitucional observa-se três questões essenciais que permeia a hermenêutica constitucional. A primeira diz respeito ao objetivo interpretativo realizado tendo como respaldo a Constituição, ou seja, almejando quais as finalidades e tarefas é pretendida atingir. Já a segunda questão é referente aos métodos interpretativos utilizados para se encarar essa árdua e dura tarefa perante a Magna carta, sendo observado o processo e os instrumentos utilizados.

No entanto, terceira é mais importante tendo em vista o objeto de estudo da obra desse autor, no qual o mesmo apresenta sendo como uma discussão nova não tão abordada pelos pensadores jurídicos da época com frequência, que são os participantes desse ato de processo interpretativo. Indicando que de modo geral, na realidade de fato existe uma extensão desses participantes, sendo o círculo amplo e pluralista, ou seja, atingido um número expressivo de pessoas e grupos que convivem em uma sociedade regida pelo pacto constitucional.

A amplitude dessa participação demonstra uma interpretação cada vez mais difusa e pluralista, sendo norteada e assegurada pela teoria democrática sustentada pelos Estados Modernos. No entanto, formalmente, o autor HABERLE (2002), aponta que o círculo interpretativo constitucional se encontra reduzido, sendo encaixado perfeitamente no que ele denomina de Sociedade fechada, no qual essa interpretação estaria vinculada e restringida só a quem estivesse reconhecido formalmente para participar desse processo, no geral órgãos estatais ou vinculados âmbito jurídico.

Essa restrição afeta a atividade interpretativa desenvolvida pelo controle concentrado, que deve levar em consideração a Carta como a sua realidade constitucional, ou seja, observar a própria concepção da lei maior no âmbito do surgimento dos Estados Contemporâneos e do poder constituinte que é formulado pela participação popular democrática sem as amarras de algum autocrata ou

absolutista. Sendo que a realidade social do entorno desse pacto legal está vigorando tem que ser observada e levada em consideração.

Essa observação da realidade constitucional surge com o objetivo de se atender a interesses comunitários, promovendo o bem-estar geral, suprimindo as deficiências e dificuldades enfrentadas pela coletividade que está em sua maioria imersa nessa realidade e sendo regida pela Constituição. Pois, “todo aquele que vive no contexto regulado por uma norma e que vive com esse contexto, é indireta ou, até mesmo diretamente, interprete desta norma.” (HABERLE, 2002, p. 15).

É possível denotar que esse modelo fechado, cerrado de participantes formalmente reconhecidos e institucionalizado não leva em consideração as particularidades da realidade social regida pela a Constituição e que molda o comportamento político da sociedade, sendo está cada vez mais permeada pela sociedade aberta que são as pessoas ou grupos que convivem com essa realidade constitucional e interpretam também a Norma fundamental.

4 A LEGITIMIDADE ATIVA PARA PROMOVER O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL

O Brasil sustenta como aspecto um sistema misto de controle de constitucionalidade, em que converge tanto o difuso quanto o concentrado. Ambas as modalidades exprimem suas limitações, pois na modalidade concreta por mais que se tenha uma multiplicidade de interpretes o entrave tem relação com o contexto fático produzido no julgamento entre as partes. Neste sentido na modalidade abstrata, via de regra, limita-se aos agentes que são legitimados pela Constituição para propor no Tribunal competente.

Contudo, em uma sociedade diversificada e pluralista como a brasileira, a abertura do âmbito interpretativo no controle concentrado contribui para fortalecer os pilares democráticos. Para HABELLE (2002), a relevância de se levantar essa questão é referente a atingir outras camadas sociais e realidades na comunidade, deixando de concentrar toda interpretação constitucional em um grupo fechado.

Entretanto, para outras parcelas da sociedade, por mais que não participe ou estejam reconhecidos formalmente na interpretação da carta magna. O não reconhecimento legal de legitimado ativo não impede a interpretação da Constituição. Tendo em vista que, as decisões do STF nesses casos geram grandes impactos sociais tanto pelo fato de serem vinculantes, quanto terem efeito *erga omnes*. Sendo assim, essa participação pode-se se dar de forma indireta ou até mesmo utilizando um dos legitimados formais reconhecidos como intermédio para propositura da ação.

A jurisdição constitucional tem uma relevância muito significativa de dar a última palavra interpretativa, ou fazer com que transite em julgado alguma matéria. Essa função é focada em proteger a Constituição Federal e garantir a sua supremacia frente as demais normas. Além disso, o próprio juiz da Suprema Corte tem que ficar atado ao próprio texto legal que é a aspiração social e não pode permanecer fincado as suas vontades.

Com isso, os Ministros da Corte têm cada vez mais que adotar e reconhecer uma interpretação pluralista. Visto que, o cotidiano da massa é afetado por essas decisões, sendo reconhecido como, um “[...] pluralismo democrático de uma sociedade aberta a um tempo objeto e sujeito da ordem constitucional, se de uma parte representa a verticalidade da reflexão que vai atingir camadas mais profundas não alcançadas pela metodologia clássica [...]” (BONAVIDES, 1988, p. 509).

Ademais, isso beneficia a aproximação da jurisdição constitucional a realidade social a qual está inserida. Tendo em vista que o órgão dotado para essa função é a cúpula do poder judiciário, que tem a capacidade de suspender a eficácia da norma desenvolvida pelo legislativo em um ato fiscalizatório de sua função primordial identificadora do guardião da Constituição e conseqüentemente da manutenção de sua supremacia.

A participação maior de interpretes contribui para o desenvolvimento democrático e faz com que se tenha uma promoção da participação popular. Pois, “a ampliação dos círculos dos interpretes aqui apresentada é apenas a consequência da necessidade, por todos defendida, de integração da realidade no processo de interpretação. É que os interpretes em sentido amplo compõe essa realidade

pluralista.” (HABELE, 2002, p.30). Essa amplitude do círculo interpretativo é importante em uma sociedade plural e fomenta uma cultura cívica.

Atualmente pode-se destacar alguns mecanismos que garantem essa atuação da sociedade, que são as audiências públicas, o *amicus curiae* e vale destacar os novos legitimados trazidos pela Constituição de 1988, essa exposição não tem a intenção de esgotar esse tema e poderá servir de base para outra pesquisa mediante a sua magnitude e extensão.

Recentemente em meio a pandemia provocada pelo novo coronavírus, notou-se que em uma decisão liminar na ADPF nº 709, o Ministro Luís Roberto Barroso designou uma sequência de providências a serem assumidas pelo governo federal em benefício de grupos indígenas frente a escalada do vírus da COVID-19. Esta ação do controle concentrado foi movida pela Articulação dos Povos Indígenas do Brasil (APIB) juntamente com a participação de um número reduzido de partidos políticos.

Todavia vale destacar que, essa ação na qual o Ministro Barroso tomou essa decisão foi de encontro ao entendimento firmado tendo por base a Constituição no seu art. 103, inciso IX, que traz expressamente a necessidade de ser uma entidade de classe de Âmbito nacional. A compreensão do Tribunal Constitucional, que por meio de uma interpretação restritiva liga o conceito de classe a uma categoria profissional ou econômica.

Além do mais, a jurisprudência indica que é necessária a “homogeneidade entre os membros integrantes da entidade; e a representatividade da categoria em sua totalidade e comprovação do caráter nacional da entidade, pela presença efetiva de associados em, pelo menos, nove estados-membros” (ADI nº 4384 Agr., Rel. Min. Luiz Fux, 2019).

Por isso, a decisão tomada por Barroso foi adversa ao que estava sendo adotado nos últimos entendimentos jurídicos. Proporcionando, a participação dessa associação indígena na interpretação constitucional e concedendo uma proteção aos direitos fundamentais perante um momento tão crítico em meio a calamidade pública na saúde provocada pela pandemia, ou seja, intensificando a promoção da dignidade humana.

Esse caso, não foi o primeiro que se teve de relativização dos legitimados ativos formais do controle concentrado. Isto é, já em outras decisões do Supremo Tribunal Federal, foi presenciado essa extensão do rol de legitimados como se pode apontar e não tendo a finalidade de esgotar o tema, sobre a ação que versava a respeito dos direitos das pessoas LGBTQIA+ (ADPF nº 527) e também com relação a questões consumeristas (ADI nº 5291). Essas decisões demonstram uma abertura do círculo interpretativo e que aos poucos vai aproximando a jurisdição constitucional da sociedade civil e até mesmo dos que mais precisam da atenção institucional pelas suas suscetibilidades perante a sociedade. Contudo, nem sempre foi dessa forma, como expõe o escritor:

Assim, o STF tem conferido mais relevância a uma ação proposta por uma entidade de classe que representa produtores de cerveja artesanal do que outra entidade que atua na proteção de pessoas com deficiência, idosos, grupos LGBT, negros, migrantes, entre outros. Sob essa perspectiva, a expansão do modelo concentrado não veio acompanhada de uma efetiva inclusão de minorias e grupos vulneráveis nessa dimensão da jurisdição constitucional, obstaculizando a construção de uma agenda mais abrangente de direitos humanos e fundamentais no âmbito do tribunal. (SALOMÃO, 2020, ONLINE)

Por mais que a Constituição Federal de 1988 tenha trazido um número diversificado e maior de legitimados, mesmo assim não se consegue abranger toda a totalidade da pluralidade e diversidade presente na sociedade que é regida por essas normas e as decisões. Ficando assim de fora da discussão constitucional, vários núcleos capacitados que colaboram para que se prolifere a participação popular e garanta uma democracia cada vez mais participativa e inclusiva.

Dessa forma, a participação de diversos grupos sociais demonstra a perspectiva de tornar a ciência do direito constitucional mais próxima da realidade social a qual está inserida. Ou seja, é tornar a Constituição mais palpável a setores da população que passando por uma pandemia, necessita do olhar estatal. Pois, o “povo é também um elemento pluralista para a interpretação que se faz presente de forma legitimadora no processo constitucional: [...], como cidadão.” (HARBELE, 2002, p.37).

O STF como representante máximo do poder judiciário, além de ter a competência nas ações do controle concentrado, carrega também a característica de ser Contramajoritário em suas decisões por servi a Constituição. Com isso, se tornou frequente que associações representativas de grupos socialmente vulneráveis procure a Suprema Corte para efetivar ou reconhecer direitos fundamentais presentes na norma e não estão efetivados.

Visto que, na tripartição de funções o legislativo ou executivo podem não estar suprindo essas lacunas legais ou deixando de executar a Carta constitucional, até mesmo não contribuindo para a perfeita execução de políticas pública no seio social. Em função disso, as garantias proporcionadas pela norma fundamental são colocadas em risco, sendo potencializado pelo cenário pandêmico. Por isso, “Um dos fundamentos do controle de constitucionalidade é a proteção dos direitos fundamentais, inclusive e sobretudo os das minorias, em face de majorias parlamentares eventuais.” (BARROSO, 2012, p. 21).

Destarte a isso, a tese da sociedade aberta de interpretes contribui para a participação popular democrática no âmbito da jurisdição constitucional e a instigação de uma cultura baseada na Constituição nos espaços públicos, visando a proteção de direitos indispensáveis para a existência humana. Uma vez que, na própria ADPF nº 709 se tem o reconhecimento como um grupo vulnerável a doenças infectocontagiosas e diante da omissão como constantes falhas do poder público na condução da pandemia, se faz necessária a participação dos descendentes dos povos originários nas políticas voltadas a saúde.

Essa proteção sanitária aos povos indígenas é garantida pela Constituição federal como também por em Tratados internacionais firmados pelo Brasil. A vista disso, a sociedade aberta é responsável por ser o elemento social destinatário da norma constitucional, que no mais sendo os regidos pelas normas, conscientemente ou inconscientemente ou respectivamente diretamente ou indiretamente agem de maneira a participar do processo hermenêutico, pela simples convivência com a norma.

A democracia não se assenta apenas no princípio majoritário, mas, também, na realização de valores substantivos, na concretização dos direitos

V SEMINÁRIO INTERNACIONAL DE DIREITOS HUMANOS E SOCIEDADE

fundamentais e na observância de procedimentos que assegurem a participação livre e igualitária de todas as pessoas nos processos decisórios. A tutela desses valores, direitos e procedimentos é o fundamento de legitimidade da jurisdição constitucional. (BARROSO, 2012, p. 84)

Essa discussão só é permissível dentro de um Estado que presa e conserva um ambiente democrático de direito, que preserva uma submissão legal do Estado e dos seus cidadãos. Observando uma participação popular cada vez mais expressiva nas decisões políticas e Estatais. Além do mais, sendo respaldado por uma forma de governo republicano que garante inserção da população, principalmente as minorias e os mais vulneráveis, na fiscalização e atuação frente as decisões do ente estatal, sobretudo em momentos de crise como a provocada pela pandemia na saúde que tem respaldo em outros âmbitos sociais.

Contudo, a tese do círculo aberto firmada por HARBELE (2002), vem para expor o paradigma de que a interpretação constitucional não é algo exclusivo do ente estatal, na medida que outros personagens precisam ter voz e destaque em meio a essa sistemática hermenêutica. Tendo em vista que, um Estado que estima pela democracia e preserva a república tem que se estruturar para atender a diversidade e pluralidade da sociedade a qual o rege.

Dessa maneira, a falta de legitimidade cidadã no campo das ações do controle concentrado pode ser superado por uma atitude legislativa de reconhecer formalmente a participação popular como um dos legitimados ativos. Em suma, por mais que se utilizem o argumento da crescente demanda, não se pode ignorar possíveis atos incompatíveis com a Lei maior, esta que é a norma sustentadora do Estado democrático de direito e ocupadora do topo da pirâmide de Kelsen.

Portanto, a democracia só se desenvolve com a participação popular e os espaços de debate tem que estar equipado para a realidade socioeconômica que rodeia a Constituição. Além de preservar e garantir a promoção dos direitos fundamentais, principalmente no momento de enfrentamento do coronavírus. Afinal de contas, a tese da sociedade aberta de interpretes surge para trazer de volta a sociedade civil a sua autoridade, tendo em vista que a origem do poder constituinte é o povo, e não um círculo fechado de participação.

5 CONCLUSÃO

O declínio dos regimes absolutistas faz surgir a estruturação dos Estados modernos, precedidos e moldados por movimentos liberais burgueses. Diante disso, emerge uma nova visão de organização estatal em que se tem uma participação popular ativa, onde todos estão submetidos a lei (inclusive o próprio Estado) e a um conjunto de normas básicas e fundamentais que constitui uma Carta Magna.

Nessa conjuntura, observou-se o desenvolvimento desse Estado de Direito fincado em uma república democrática, no qual se tem por base a Constituição. Esse instrumento normativo torna-se o norte para a sociedade e ganha uma supremacia frente as demais normas. Sendo assim, a necessidade de se ter um controle da compatibilidade das normas infraconstitucionais com os presentes no bojo da Constituição, passou a ser uma precisão na própria manutenção desse Estado.

Verificou-se dessa forma, todo o aspecto do controle de constitucionalidade no Brasil, dando-se realce ao modelo concentrando. Apresentando as ações presentes, as características, história e os seus legitimados a manifestar esse tipo de controle. Nota-se que esses legitimados se encontram em um círculo fechado e delimitado. Contudo, a sociedade brasileira é plural, diversificada e consideravelmente grande em que está sob influência da Lei maior e das decisões judiciais decorrentes dela, porém não se tem essa multiplicidade reconhecida formalmente como um dos legitimados.

O STF como Tribunal competente para julgar as ações do controle abstrato exerce um papel importante de guardião da constituição. Desempenhando um papel contramajoritário diante dos demais poderes. Isso ficou claro em algumas decisões tomadas ao longo do tempo, em especial durante a pandemia, na busca de suprir as lacunas deixadas pelos outros entes estatais nesse período de calamidade. Como foi o caso da ADPF nº 709, em que se teve uma certa ampliação dos legitimados a provocar a Corte Suprema a respeito da compatibilidade constitucional nesse período.

Posto isso, por mais que a legitimidade ativa popular já esteve presente legalmente ou que se tenha a presença de audiências públicas ou do *amicus curiae* ou que se tenha também uma pequena abertura jurisprudencial, se faz necessária a

intervenção legislativa para a ampliação dos legitimados ativos a participar desse processo interpretativo constitucional de compatibilidade da norma. Visto que, em um Estado de Direito republicano democrático, o corpo social está presente na formulação das leis, por isso essa interpretação feita pelo modelo concentrado de constitucionalidade não os deve ser negado.

Além de que, vale destacar que a sociedade brasileira é plural e diversa, tendo suas particularidades históricas que precisam ser observadas a luz da Constituição. Principalmente em um momento pandêmico, na qual a proteção e atenção do Estado precisa estar presente por meio de sua Lei Maior para a garantia de seus direitos fundamentais e até mesmo o de existência.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____, Luiz Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição**: Fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 6ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2004.

BITTENCOURT, Carlos Alberto Lúcio. **O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis**. Brasília: Ministério da Justiça, 1997

BOBBIO, Norberto. **Teoria geral da política**: a filosofia política e as lições dos clássicos. Rio de Janeiro: Elsevier, 2000.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 26 ed. São Paulo: Malheiros, 1988.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

_____, Supremo Tribunal Federal. **ADI nº 4384 Agr.** Rel. Ministro Luiz Fux. Disponível em: <chrome-extension://efaidnbnmnibpcjpcglclefindmkaj/https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=749177816>. Acesso em: 05 de set. de 2023.

_____, Supremo Tribunal Federal. **ADI nº 529/DF**. Rel. Marcos Aurélio. Disponível em: <<https://www.gov.br/inpi/pt-br/servicos/patentes/informacoes-relacionadas-a-adi-ndeg-5-529-df>>. Acesso em: 05 de set. de 2023.

_____, Supremo Tribunal Federal. **ADPF nº 527/DF**. Rel. Ministro Luiz Roberto Barroso. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/incidente5496473>>. Acesso em: 05 de set. de 2023.

_____, Supremo Tribunal Federal. **ADPF nº 709/DF**. Rel. Ministro Luiz Roberto Barroso. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/incidente5952986>>. Acesso em: 05 de set. de 2023.

CUNHA, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 8 ed. Salvador: JUSPODIVM, 2014.

DAHL, Robert A. **A democracia e seus críticos**. Tradução de Patrícia de Freitas Ribeiro; revisão da tradução Aníbal Mari. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2012.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2002.

HACK, Érico. **Direito constitucional: conceitos, fundamentos e princípios básicos**. Curitiba: IBPEX, 2008.

KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2013.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social: Princípios de direito político**. São Paulo: RT, 2002.

SALOMÃO, Glauco. Acesso à jurisdição constitucional: fazendo mais cópias das chaves do STF. **Revista Consultor Jurídico**, 27 de julho de 2020. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-jul-27/glauco-salomao-minorias-acesso-juris-dicao-constitucional>>. Acesso em: 01 de maio de 2023.

SCHMITT, Carl. **Teoría de la Constitución**. Madrid: Alianza, 2009.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 25 ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional**. 5 ed. Rio de Janeiro: Forence: 2018.



V SEMINÁRIO INTERNACIONAL DE DIREITOS HUMANOS E SOCIEDADE

II Seminário em Direitos Humanos com a Sociedade 28ª Semana Acadêmica do Curso de Direito da Unesc
II Seminário Nacional de Pesquisa Jurídica em Direitos Humanos