

Crítica à Pertinência Temática

Review of the Thematic Pertinence

Gabriel Dolabela Raemy Rangel

Doutorando em Sociologia e Direito pela UFF, Mestre em Direito pela UGF, Pós-graduado em Litigation pela FGV. É professor de Direito Constitucional da UCAM, de Processo Civil da AVM e de Direito e Negociação da EPN. É membro do IAB

RESUMO: O artigo visa a analisar a exigência criada pelo Supremo Tribunal Federal de demonstração da pertinência temática por alguns dos legitimados previstos na Constituição para propor ação direta de inconstitucionalidade.

Summary: The purpose of this paper is to analyze the thematic pertinence, a requirement created by the Brazilian Supreme Court for some legitimated entities that, according to the Brazilian Constitution, can propose a direct action on the unconstitutionality of a statute.

PALAVRAS-CHAVE: Constituição; Supremo Tribunal Federal; pertinência temática.

KEYWORDS: Constitution; Brazilian Supreme Court; thematic pertinence.

1. INTRODUÇÃO

É inegável que nas últimas duas décadas no Brasil o Poder Judiciário passou a viver um momento de destaque. Hoje, chega-se a falar que a nomeação de um novo membro do Supremo Tribunal Federal “é mais importante do que a eleição de um deputado, de um senador, ou mesmo de um governador”.¹ Diariamente nos jornais acompanhamos a intervenção de nossos Tribunais em questões políticas de intensa relevância, sendo cada

1FALCÃO, Joaquim. **O Supremo**. 1ª Edição. Rio de Janeiro, Fundação Getúlio Vargas, 2015, p. 22.

vez mais comuns expressões do tipo “ativismo judicial”² e “judicialização da política”³. Como consequência, nasce um mosaico de discussões que passam a ser enfrentadas pelos juristas, cientistas políticos, sociólogos, dentre outras áreas do saber. Discute-se, de maneira geral, quais os limites da intervenção judicial na atuação dos demais Poderes, o que legitimaria democraticamente a atuação dos juízes, quais as consequências do paradigma em construção, como permitir a participação da sociedade civil⁴ na tomada de decisões, dentre outros temas.

A Constituição de 1988, promulgada para atender anseios democráticos de uma população que suportara 21 anos de ditadura militar, representou colossal contribuição para esse fenômeno de ampliação jurisdicional. Foram muitas as inovações trazidas pela nova Carta, que corroboraram com a hipertrofia jurisdicional. Cite-se como exemplo a legitimidade para ajuizar as ações de controle de constitucionalidade, que, sob a égide da Constituição de 1969, era conferida apenas ao Procurador Geral da República e, com a nova Constituição, passou a ser conferida a uma série de sujeitos previstos no artigo 103. Isso teve como consequência natural a restrição do controle difuso de constitucionalidade e uma ampliação do controle concentrado no Supremo Tribunal Federal, já que as grandes questões constitucionais passaram a ser solvidas mediante utilização de ação direta.⁵

Sendo o Judiciário tipicamente inerte, dependendo de provocação para atuar, torna-se evidente que, quanto mais atores puderem levar questões ao Supremo Tribunal Federal, mais oportunidades serão franqueadas à instituição para exercer seu poder e ter relevo na sociedade, de sorte que é procedente a afirmação de Diego Werneck no sentido de que “o fluxo de casos é, enfim, um elemento essencial na definição das chances que um tribunal tem de exercer qualquer poder relevante em uma dada comunidade”.⁶ Desse

2 Rogério Gesta Leal conceitua o ativismo como “a tendência do Poder Judiciário fazer às vezes do Poder Legislativo e do Poder Executivo em situações especiais, até em face da ausência irresponsável destas instituições em seguimentos e temas de sua competência constitucional originária” (LEAL, Rogério Gesta. **As Responsabilidades Políticas do Ativismo Judicial: Aspectos Teóricos-Práticos da Experiência Norte-Americana e Brasileira**. In: LEAL, Rogério Gesta (org). *Ativismo Judicial e Déficit democráticos: algumas experiências Latino-Americanas e Europeias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 16.)

3 BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Revista Direito do Estado, Salvador, ano 4, n. 13, p. 71-91, 2009

4 Nesse ponto, não há como olvidar a obra de Häberle, que estabeleceu a concepção de uma sociedade aberta dos intérpretes da Constituição, com a participação da sociedade civil enquanto elemento pluralista e legitimador da tomada de decisões. (cf. HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional: A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição**. Tradução Gilmar Mendes. Porto Alegre. Sérgio Antônio Fabris Editor. 1997)

5 MENDES, Gilmar Ferreira, **Curso de Direito Constitucional**, 2ª edição, São Paulo, Saraiva, 2008, p. 1103.

6 ARGUELHES, Diego Werneck. **Poder não é querer: preferências restritivas e redesenho institucional no Supre-**

modo, o alargamento do rol de legitimados para iniciar ações de controle concentrado de constitucionalidade representou, como consequência, uma ampliação grande da jurisdição constitucional.⁷

Insta chamar a atenção para o fato de que, dentre os legitimados para ajuizar a Ação Direta de Inconstitucionalidade, hoje, encontram-se os partidos políticos com representação no Congresso Nacional. Assim, acaba que aquele partido que se vê derrotado na arena política em uma discussão legislativa pode levar a discussão para a seara judicial. Basta a aprovação de lei que não condiz com suas diretrizes políticas para que o partido possa judicializar a questão invocando a inconstitucionalidade. Isso, por sinal, com custos baixíssimos, sendo certo que, mesmo sabedor de uma provável derrota no Supremo Tribunal Federal, o partido derrotado ainda assim ajuizará a ação de controle de constitucionalidade para procrastinar o encerramento da discussão e, ao menos, marcar sua posição.

Mas não foi só a ampliação dos atores capazes de acionar o Supremo Tribunal Federal que marcou o início de uma era com protagonismo judiciário. Pode-se citar outros exemplos, como o estabelecimento dos mecanismos de controle judicial das omissões dos demais Poderes, como o mandado de injunção e a Ação Direta de Inconstitucionalidade por omissão⁸. Esses instrumentos fizeram com que o Judiciário tenha passado a ser chamado para corrigir as “síndromes de inefetividade das normas constitucionais”, isto é, passou-se a buscar o Judiciário também para preencher a omissão dos outros Poderes. Em outras palavras, a judicialização não se dará só diante de um agir por parte das instâncias políticas, mas até mesmo a sua inércia poderá ser legitimamente discutida na seara judicial.

Ademais, deu-se ao Supremo a competência para julgamento de pessoas com foro “privilegiado” por prerrogativa de função. Isto é, o Supremo Tribunal Federal passou a julgar originariamente uma série de pessoas que ocupam importantes cargos na administração pública e tenham praticado possíveis crimes.

mo Tribunal Federal pós-democratização. In: Gilmar Ferreira Mendes; Jorge Galvão; Rodrigo Mudrovitsch. (Org.). **Jurisdição Constitucional**. 1ed. São Paulo: Saraiva, 2016

7 CARVALHO, Ernani. **Trajatória da revisão judicial no desenho constitucional brasileiro: tutela, autonomia e judicialização**. *Sociologias*. V. 12, n° 23, 2010, p. 187

8 Gilmar Mendes chega a dizer que “a problemática atinente à inconstitucionalidade por omissão constitui um dos mais tormentosos e, ao mesmo tempo, um dos mais fascinantes temas do direito constitucional moderno” (MENDES, Gilmar Ferreira, **Curso de Direito Constitucional** p. 1177.)

9 Discute-se a precisão dessa expressão. Há quem entenda que não seria um privilégio, mas sim apenas um foro diferenciado.

Some-se a isso, ainda, o esgarçamento do tecido normativo, com expressões de conteúdo semântico aberto, dando maior margem de manobra aos juízes, com decisões mais volúveis e discricionárias.¹⁰ Ou seja, passou-se a se legislar pela técnica de cláusulas gerais e princípios abstratos, o que, em última análise, tem ocasionado em uma atuação mais maleável pelo Judiciário. Tome-se como exemplo a cláusula da “boa-fé objetiva” prevista no artigo 113 do Código Civil, no artigo 4º, III, do Código de Defesa do Consumidor e no artigo 5º do Código de Processo Civil de 2015.

A promulgação da nova Constituição, portanto, aliada a diversos outros fatores, importou uma enxurrada de ações nos nossos Tribunais, notadamente em nosso Supremo Tribunal Federal¹¹. Este passou, portanto, a ser protagonista de nossa política, decidindo questões de grande relevo nos últimos anos, como a união de pessoas do mesmo sexo, a possibilidade de aborto de fetos anencéfalos, a infidelidade partidária, a questão das cotas raciais em universidades públicas, dentre outros. Fala-se, assim, que vivemos a era do Judiciário. Chega-se até mesmo a se dizer que viveríamos uma “Supremocracia”¹², embora existam os que neguem e ponderem ser esta a era da judicialização.¹³

Sucedo que, por mais paradoxal que pareça, nossa Suprema Corte em um primeiro momento, posterior à promulgação da Constituição de 1988, buscou criar mecanismos para contenção dessa avalanche de ações que passaram a bater a sua porta. Como diz Diego Werneck:

“no período imediatamente após a promulgação da Constituição é possível ver em ação mecanismos judiciais interpretativos do tipo restritivo. Pode-se observar Ministros do Supremo fir-

10 MAUS, Ingeborg. **O Judiciário como Superego da Sociedade: a jurisdição na sociedade órfã de Pai**. Coleção Conexões Jurídicas. Tradução de Geraldo de Carvalho e Gerçélia Batista de Oliveira Mendes. Rio de Janeiro. Lumenjuris, 2010. p. 20.

11 Como mostra Marco Paulo Veríssimo “em um ano antes de ser promulgada a atual Carta Constitucional, em 1987, computavam-se nas estatísticas de julgamento do órgão 20.122 casos resolvidos em doze meses. Vinte anos depois, ou seja, em 2007, essas mesmas estatísticas registravam 159.522 casos para o mesmo período de tempo.” (VERÍSSIMO, Marco Paulo. **A Constituição de 1988 vinte anos depois: Suprema Corte e Ativismo Judicial “à brasileira”**, Revista GV, São Paulo, 2008, disponível em <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/114.pdf> acessado em 04/05/2017)

12 VIEIRA, Oscar Vilhena. **Supremocracia**. Revista Direito GV. Volume 4. São Paulo. 2008.

13 Thamy Pogrebinski sustenta que o Supremo brasileiro não seria ativista. Através de pesquisa empírica a autora traz sete argumentos para chegar a essa conclusão: (1) o STF declara nula apenas 0,02% das leis editadas pelo Congresso; (2) o STF nega a maioria esmagadora das ações de inconstitucionalidade manejadas; (3) a maioria das vezes que o STF declarou uma norma constitucional já havia outra norma tratando do tema; (4) Na maioria das vezes que o STF declara uma norma nula, o Congresso edita outra sobre o mesmo tema em seguida; (5) o STF acaba incentivando o Congresso a agir mais rápido; (6) O STF nas últimas decisões não seria nem governista nem oposicionista, mas sim equilibrado em números; e (7) o STF preserva as leis pela interpretação conforme a constituição, pela inconstitucionalidade sem redução do texto e pela modulação dos efeitos. (POGREBINSKI, Thamy. **Judicialização ou representação? Política, Direito e Democracia no Brasil**. Rio de Janeiro. Elsevier, 2011. p 11-13)

mando interpretações constitucionais que reconfiguravam para menor poderes de que dispunham segundo o texto da Constituição de 1988”¹⁴

Nesse contexto, foi criada a figura da pertinência temática, sem qualquer previsão legal. O objeto do presente trabalho, portanto, é traçar os contornos da figura da pertinência temática, tentando descortinar suas contradições e estabelecer perspectivas.

2. UMA OPÇÃO RESTRITIVA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Como já foi acenado, embora hoje fale-se que o Supremo Tribunal Federal tem atuado de maneira expansiva, com grande protagonismo na política nacional, a ponto de expressões como “ativismo judicial” e “judicialização da política” tornarem-se corriqueiras, quando da promulgação da Constituição, a Suprema Corte criou algumas interpretações restritivas, visando a conter o fluxo de casos que passou a bater à sua porta. Em verdade, antes mesmo da promulgação da Constituição, os Ministros do Supremo Tribunal Federal, que compunham a corte naquela oportunidade, enviaram carta à Comissão Afonso Arinos - convocada pelo presidente José Sarney para elaboração da nova Carta - sugerindo que a legitimidade para o ajuizamento de ações diretas de inconstitucionalidade permanecessem a cargo exclusivo do Procurador-Geral da República, o que acabou não sendo atendido, mas já demonstrava uma postura restritiva em relação à ampliação do fluxo de processos.

Nos primeiros anos após a promulgação da Constituição, então, foram sendo tomadas diversas decisões aparentemente restritivas. Por exemplo, firmou-se o entendimento - mesmo sem qualquer previsão constitucional nesse sentido - de que não seria possível Ação Direta de Inconstitucionalidade para discutir validade de leis anteriores à Constituição. Adotou-se assim a ideia de que no Brasil não seria possível a inconstitucionalidade superveniente¹⁵. Firmou-se também o entendimento de que “entidade de classe de âmbito nacional”, para fins de legitimação das ações de controle de constitucionalidade, seriam apenas entidades com membros em pelo menos

14 ARGUELHES, Diego Werneck. **Poder não é querer: preferências restritivas e redesenho institucional no Supremo Tribunal Federal pós-democratização**. Op. Cit. p. 29.

15 A discussão foi travada na ADI 02, proposta em 1989, tendo a maioria dos ministros acompanhado o voto do Ministro Paulo Brossard.

16 Mais adiante consolidou-se a possibilidade de Arguição de Descumprimento Fundamental para esse fim.

nove Estados da Federação: usou-se de uma analogia com a Lei Orgânica dos Partidos Políticos¹⁷.

Nesse contexto também foi criada a figura da pertinência temática. O Supremo Tribunal Federal, talvez no intuito de frear a grande quantidade de ações de controle de constitucionalidade que passaram a bater em sua porta, criou essa exigência. No entanto, como se tentará investigar neste trabalho, a pertinência temática talvez não se mostre como algo razoável e aceitável, não só porque não decorre de termos expressos da Constituição, mas sobretudo porque não se encaixa na natureza do sistema de fiscalização abstrata das normas no Direito brasileiro.

Importa destacar nesta oportunidade que existem algumas possíveis explicações para a postura restritiva do Supremo Tribunal Federal em um primeiro momento, quando da promulgação da Constituição de 1988. A primeira é o fato de a composição dos Ministros da Corte ter se mantido intacta com a nova Constituição. Tratou-se de uma nova Constituição com Ministros antigos. Isso por sinal é tratado por Luis Roberto Barroso, como uma “decisão grave” do Constituinte de 1988, já que a Corte era composta por juristas nomeados pela ditadura militar, sem o compromisso político com a transformação constitucional.¹⁸ Assim, teria ocorrido uma opção por aqueles Ministros de estabelecer um desenho institucional mais restritivo, com menor participação do STF na vida política do país¹⁹.

Outra possível hipótese é a de que, embora quisessem aumentar seu poder, os Ministros teriam se valido de uma cautela estratégica. Melhor dizendo, naquele contexto em que as regras do jogo ainda não estavam claras em uma recente democracia, teriam optado os Ministros por estrategicamente evitar a sobrecarga e o desperdício de tempo, buscando “uma canalização de certas demandas e questões políticas para o controle incidental e concreto”²⁰, sem o risco ocasionado pelo julgamento de casos de controle concentrado de constitucionalidade que os pudessem levar “para o centro de uma polêmica política dias logo após o Executivo e/ou Legislativo terem se pronunciado sobre a questão”²¹.

17 ADI/386 ES, de relatoria do Ministro Sydney Sanches

18 BARROSO, Luis Roberto. **Doze Anos da Constituição Brasileira de 1988**. In BARROSO, Luis Roberto. **Temas de Direito Constitucional**. Tomo I. Rio de Janeiro, 2001, p. 24.

19 ARGUELHES, Diego Werneck. **Poder não é querer: preferências restritivas e redesenho institucional no Supremo Tribunal Federal pós-democratização**. Op. Cit. p. 36.

20 Idem.

21 Ibidem. p. 37.

De mais a mais, tentar-se-á nos capítulos que se seguem voltar os olhares ao ponto central deste trabalho, a pertinência temática.

3. A PERTINÊNCIA TEMÁTICA E A DIVISÃO EM LEGITIMADOS ESPECIAIS E LEGITIMADOS UNIVERSAIS

Como já superficialmente esclarecido, sob a égide da Constituição de 1969²², era conferido somente ao Procurador-Geral da República a legitimidade para ajuizar ações de controle de constitucionalidade concentrado no Supremo Tribunal Federal. Frise-se: o Procurador-Geral da República poderia ser demitido *ad nutum* pelo Presidente da República, o que, como consequência lógica, poderia importar certo bloqueio ao ajuizamento de ações contrárias aos interesses do Poder Executivo. A Constituição de 1988, por sua vez, esgarçou sobremaneira esse rol, conferindo, no artigo 103, legitimidade a diversas pessoas para manejá-las, a saber:

“Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade

I- o presidente da República;

II- a Mesa do Senado Federal;

III- a Mesa da Câmara dos Deputados;

IV- a Mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal;

V- o Governador do Estado ou do Distrito Federal;

VI- o Procurador-Geral da República;

VII- o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil;

VIII- partido político com representação no Congresso Nacional;

IX- confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

É evidente que se trata de um rol taxativo. Não seria razoável se cogitar da possibilidade de se poder manejar ações diretas abstratas junto ao Supremo pessoa não prevista na Carta Constitucional. Mas certo é que o alargamento dos legitimados mostrou-se relevante - quiçá o principal - elemento ampliador do fluxo de casos na Suprema Corte.²³ No entanto, o fato de estar incluído no aludido artigo, por si só, em alguns casos, não é suficiente para permitir a

22 Em verdade tratou-se de uma emenda constitucional outorgada que alterou a Constituição de 1967 no ponto de vista formal. Contudo, diante da extensão das mudanças trazidas e de seu fundamento de validade, a doutrina majoritária entende ser uma nova Constituição. (cf. SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**. 2ª Edição. Belo Horizonte. Fórum, 2014, p. 148.)

23 CARVALHO, Ernani. **Trajetória da revisão judicial no desenho constitucional brasileiro: tutela, autonomia e judicialização**. Op. Cit. p. 187.

propositura de qualquer ação de fiscalização abstrata. É que, vale repetir, sem qualquer alicerce legal, o Supremo Tribunal Federal criou a figura da pertinência temática, que passou a ter que ser demonstrada por alguns dos legitimados a propor as ações de controle de constitucionalidade abstrato.

A pertinência temática representa a necessidade de que alguns dos legitimados para propor as ações de controle concentrado de constitucionalidade, tidos como legitimados especiais, teriam no sentido de demonstrar que as questões discutidas na ação “repercutem diretamente sobre sua esfera jurídica ou de seus filiados e em relação às quais possam atuar com representatividade adequada”.²⁴ Leonardo Sarmento define a pertinência temática como “relação de causalidade entre a norma questionada na Ação Direta de Inconstitucionalidade e os interesses juridicamente defendidos”.²⁵ Já Lenza diz que demonstrar pertinência temática é “demonstrar interesse na aludida representação, em relação à sua finalidade institucional”.²⁶ Por seu turno, Guilherme Sandoval Góes entende que é “liame entre o assunto versado na norma impugnada e as funções institucionais”.²⁷

Assim, os legitimados previstos no artigo 103 da Constituição da República são divididos em “legitimados universais” e “legitimados especiais”, sendo que a diferença é de que os últimos devem demonstrar a pertinência temática. Em outras palavras, os legitimados universais poderão ajuizar ações de controle concentrado de constitucionalidade para discutir qualquer tema, ao passo que os legitimados especiais somente poderão ajuizar ações para discutir a constitucionalidade de leis ou ato normativos que tenham relação com sua esfera jurídica. São legitimados universais o Presidente, a Mesa do Senado Federal, a Mesa da Câmara dos Deputados, o Procurador-Geral da República, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil e o partido político com representação no Congresso Nacional²⁸. Por outro lado, exige-se a demonstração de pertinência temática dos seguintes legitimados: a Mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal, o Governador do Estado ou do Distrito Federal e a confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

24 BARROSO, Luis Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. 4ª edição. São Paulo. Saraiva. 2009, p. 161.

25 SARMENTO, Leonardo. **Controle de Constitucionalidade e Temas Afins**. Rio de Janeiro. Editora Lumen Juris. 2015, p. 552.

26 LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquemático**. Op. Cit, p. 225.

27 GOES, Guilherme Sandoval. **Controle de Constitucionalidade**. Rio de Janeiro. Freitas Bastos, 2016, p. 229.

28 Para satisfazer a expressão “representação no Congresso Nacional” basta que haja um senador ou deputado com mandato no Congresso Nacional.

Assim, no entendimento do Supremo Tribunal Federal, não pode um governador de um Estado, por exemplo, ajuizar Ação Direta de Inconstitucionalidade para discutir a validade de uma lei editada por outro Estado:

LEGITIMIDADE – GOVERNADOR DE ESTADO – LEI DO ESTADO – ATO NORMATIVO ABRANGENTE – INTERESSE DAS DEMAIS UNIDADES DA FEDERAÇÃO – PERTINÊNCIA TEMÁTICA. Em se tratando de impugnação a diploma normativo a envolver outras unidades da Federação, o Governador há de demonstrar a pertinência temática, ou seja, a repercussão do ato considerados os interesses do Estado. O Tribunal, por unanimidade, não conheceu da ação, assentando a não configuração da pertinência temática, nos termos do voto do Relator. Votou o Presidente. Ausentes, justificadamente, a Senhora Ministra Ellen Gracie (Presidente), o Senhor Ministro Eros Grau e, neste julgamento, a Senhora Ministra Cármen Lúcia. Presidiu o julgamento o Senhor Ministro Gilmar Mendes (Vice-Presidente). Plenário, 16.05.2007.(ADI 2747, relatada pelo Ministro Marco Aurélio de Mello)²⁹

Também não pôde a Confederação Nacional dos Trabalhadores Metalúrgicos discutir sobre benefícios fiscais de ICMS, eis que não há uma ligação direta com seus afiliados:

“Agravamento regimental na Ação Direta de Inconstitucionalidade. Confederação sindical. Pertinência temática. Ausência. Ilegitimidade ativa. 1. A jurisprudência do STF é firme no sentido de se exigir, para a caracterização da legitimidade ativa das entidades de classe e das confederações sindicais para as ações de controle concentrado, a existência de correlação entre o objeto do pedido de declaração de inconstitucionalidade e os objetivos institucionais da associação. 2. No caso, não há pertinência temática entre as normas impugnadas, que dizem respeito à concessão de benefícios fiscais relativos ao ICMS, e os objetivos institucionais perseguidos pela autora, que estão voltados, em suma, para entidades sindicais e trabalhadores inorganizados em sindicatos nas indústrias metalúrgicas, mecânicas e de ma-

²⁹ Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2067592> acessado em 09/5/2017.

terial elétrico, eletrônico e de informática. Ademais, os interesses por ela abrangidos não são atingidos de maneira direta pelos dispositivos questionados. Precedentes da Corte no mesmo sentido. 3. Agravo regimental a que se nega provimento.” (Agravo Regimental na ADI 4722-DF, relatada pelo Ministro Dias Toffoli)³⁰

No mesmo sentido, não pode a Mesa da Assembleia Legislativa do Estado do Paraná discutir a constitucionalidade da Emenda Constitucional nº 20, de 1998, que tratou da aposentadoria compulsória dos membros do Poder Judiciário:

“Ação direta. Arguição de inconstitucionalidade do inciso VI do artigo 93 da Constituição Federal na redação dada pela Emenda Constitucional nº 20/98. - Em se tratando de Mesa de Assembleia Legislativa - que não é daquelas entidades cuja legitimação ativa para propor Ação Direta de Inconstitucionalidade lhe é conferida para a defesa da ordem jurídica em geral -, em nada lhe diz respeito, para sua competência ou para sofrer os seus efeitos, seja constitucional, ou não, o preceito ora impugnado que se adstringe à determinação da aposentadoria compulsória dos membros do Poder Judiciário, inclusive estadual, aos setenta anos de idade. E a pertinência temática é, segundo a orientação firme desta Corte, requisito de observância necessária para o cabimento da ação direta de inconstitucionalidade. - Ademais, não tendo sido atacado o artigo 93, VI, da Constituição em sua redação originária, e que seria também inconstitucional pelos mesmos motivos que o seria na redação da Emenda Constitucional nº 20/98, não é de conhecer-se, também por esse fundamento, a presente ação, segundo o entendimento já firmado por esta Corte na ADIN 2.132. Ação direta não conhecida.” (ADI 2242, relatada pelo Ministro Moreira Alves)³¹

A uma primeira vista, essa exigência da pertinência temática parece razoável e ter coerência, eis que estabelece uma ligação lógica entre o que se

³⁰ Disponível em file:///C:/Users/User/Downloads/texto_308428362.pdf acessado em 09/05/2017.

³¹ Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docIP=AC&docID=375356> acessado em 08/05/2017.

pede e quem pede. Ora, o que levaria ao governador de um Estado perder seu tempo movendo uma ação para algo que não atinge seu Estado? Ou o que levaria a um sindicato mover ação para discutir lei que não atinge os trabalhadores da categoria que defende? Exigir a demonstração desse requisito pode parecer inicialmente, portanto, algo razoável e, até mesmo, lógico. Contudo, faz-se necessário mergulhar na natureza jurídica do processo de controle de constitucionalidade e nos princípios que o norteia, para se chegar a conclusões mais maduras.

4. PROCESSO OBJETIVO

Hans Kelsen sustentou no século passado que seria mister a existência de um mecanismo para que se pudesse extirpar da ordem jurídica eventuais normas que fossem contrárias à Constituição. Sucede que o autor austríaco não defendeu a atribuição dessa tarefa a todos os juízes, como segue o modelo norte-americano, mas sim a uma Corte Constitucional especializada. Essa Corte atuaria de maneira abstrata e concentrada.³² Esse modelo kelseniano passou a ser bem aceito, como destacam Daniel Sarmento e Cláudio Pereira de Souza Neto:

“A sugestão de Kelsen foi acolhida na Constituição austríaca de 1920, bem como na Constituição da Checoslováquia do mesmo ano. Depois da II Guerra Mundial, a concepção kelseniana do controle de constitucionalidade exerceu grande influência no delineamento do sistema de jurisdição constitucional de diversos outros Estados europeus. Ao longo da segunda metade do século XX, houve progressiva tendência de expansão da jurisdição constitucional em todo o mundo, com a sua atual adoção pela ampla maioria dos países, espalhada por todos os continentes.”³³

Essa concepção foi absorvida pelo Brasil e, como consequência, os processos que tramitam no nosso Supremo Tribunal Federal para analisar de maneira abstrata a constitucionalidade das leis são dotados de características especiais em relação aos demais modelos processuais tradicionais, eis que o interesse abrangido na demanda não coincide inexoravelmente com

³² KELSEN, Hans. **Jurisdição Constitucional**. Tradução Alexandre Krug. 2ª Edição. São Paulo. Martins Fontes, 2006, p. 123-186.

³³ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**. Op.Cit p. 32.

o interesse privado de eventuais partes que se envolvem no feito. É que os processos de controle abstrato de constitucionalidade buscam defender o ordenamento jurídico, sua integralidade e hierarquia das normas. Fala-se, portanto, que se trata de processo objetivo.

Enquanto na dinâmica processualista em geral busca-se a satisfação de interesses subjetivos das partes envolvidas na demanda, o processo de controle de constitucionalidade abstrato visa a quase que exclusivamente preservar a supremacia constitucional, sendo, portanto, desnecessária a presença de elementos que garantam um caráter contraditório, dialético tradicional. É lógico, vale ressaltar que a sociedade pode - e deve - participar do processo de controle de constitucionalidade. Não à toa hoje alarga-se sobremaneira a participação de *amicus curie*³⁴ e a realização de audiências públicas em processos no Supremo Tribunal Federal. Trata-se da concepção trabalhada por Peter Häberle de “Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição”³⁵, no sentido de que a interpretação da Constituição não fica restrita aos intérpretes formais, devendo toda a sociedade participar da tomada de decisões, garantindo maior grau de legitimidade democrática às decisões judiciais. Contudo, a formação processual, repita-se, não buscará a satisfação de uma ou de outra parte envolvida, mas somente da unidade do ordenamento.

A premissa de que o processo de controle abstrato de constitucionalidade é objetivo importa uma série de características. Primeiramente, é forçoso dizer que não há partes propriamente ditas no processo de controle de constitucionalidade abstrato. Como a questão discutida é a supremacia constitucional e não há interesses subjetivos, os legitimados a propor as ações de controle abstrato não são partes, mas sim participantes. Isso tem várias repercussões. Por exemplo, não há que se falar em suspeição do julgador, pois se não há partes não poderá ser alegada proximidade ou inimizade do julgador com um interessado.³⁶ Do mesmo modo, a impossibilidade de desistência da ação prevista no artigo 5º da Lei 9868 também decorre disso. Ora, se o legitimado não é o autor titular do direito envolvido, não poderá dispor desse direito.

Como bem assevera Dimitri Dimoulis, o mais próximo da figura de “parte” é o Advogado-Geral da União³⁷, que, pela dicção do artigo 103, § 3 ,

34 O novo Código de Processo Civil dedicou o artigo 138 e seus parágrafos à figura do *amicus curie*, garantindo amplamente a possibilidade de sua participação não só em processos objetivos como em qualquer tipo de processo.

35 HABERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional: A sociedade aberta dos interpretes da Constituição*. Op. Cit.

36 DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya. *Curso de Processo Constitucional: controle de constitucionalidade e remédios constitucionais*. 4ª Edição. São Paulo. Atlas, 2016, p. 237.

37 Ibidem

da Constituição da República, deveria ser o defensor da norma impugnada, acobertando necessariamente a constitucionalidade da norma, criando uma espécie de contraditório mínimo. Contudo, em algumas oportunidades, o Advogado-Geral da União poderia visar a defender os interesses da União desde que a lei fosse inconstitucional. Poderia até mesmo querer auxiliar o Presidente da República enquanto legitimado ativo a propor uma Ação Direta de Inconstitucionalidade. Dessa maneira, há forte discussão jurisprudencial e doutrinária, como se vê das Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 1616 e 3916, sobre os deveres do AGU. A interpretação que nos parece mais razoável, contudo, é a de que o AGU deveria defender a constitucionalidade da norma, eis que a Constituição é expressa nesse sentido, isto é, há uma atuação dirigida pela própria Constituição da República. Essa, entretanto, não é a atual orientação dominante no Supremo Tribunal Federal:

“(...) o múnus a que se refere o imperativo constitucional (CF art. 103, § 3) deve ser entendido com temperamentos. O Advogado-Geral da União não está obrigado a defender tese jurídica se sobre ela esta Corte já fixou entendimento pela sua inconstitucionalidade”(ADI 1.616, relatada pelo Ministro Maurício Corrêa, julgada em 24/5/2001)³⁸

Também por ser objetivo o processo importa em dizer que o Supremo Tribunal Federal não se vinculará exclusivamente à causa de pedir. Haverá a possibilidade de uma causa de pedir aberta, podendo os Ministros valerem-se de fundamentos não usados nos requerimentos dos participantes. E, na prática, o que se tem visto é a utilização pelos Ministros de fundamentos muito mais amplos do que os apresentados pelos requerentes. Em verdade, parece bem razoável a afirmação de que cada Ministro é uma ilha, uma vez que cada um elabora, na prática, seu voto complexo, usando seus fundamentos, apresentando suas teorias etc.

Poder-se-ia trazer, ainda, outros efeitos da objetividade do processo, tais como a impossibilidade de intervenção de terceiros³⁹, os efeitos *erga omnes* e vinculantes, a inexistência de coisa julgada material, a irrecorribilidade das decisões etc. Contudo, tentar-se-á estabelecer uma concentração ao objeto deste trabalho, que é a pertinência temática. Será que é razoável a

38 Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=1674271> acessado em 08/05/2017.

39 Lei 9868, artigo 7º e 18.

exigência de um requisito subjetivo em um processo objetivo? Será que isso não seria paradoxal?

5. REQUISITO SUBJETIVO EM PROCESSO OBJETIVO

É bem verdade que seria ingênuo acreditar que, por haver um interesse geral na preservação da Constituição, não haveria um interesse subjetivo influenciando o legitimado na propositura da ação direta de inconstitucionalidade. É lógico que muitos terão interesse próprio econômico, político ou jurídico em ver uma lei ser declarada inconstitucional. Se uma lei atribui um benefício trabalhista ou uma desvantagem tributária a uma certa categoria profissional, é evidente que alguns terão interesse na constitucionalidade disso e outros na inconstitucionalidade. Se é concedido benefício a uma região do país e não a outra, certamente haverá interesses subjetivos dos Estados afetados. Esses interesses serão um motor para o ajuizamento ou não de ações junto ao Supremo Tribunal Federal. Por exemplo, a ação a respeito da distribuição de *royalties* de petróleo entre os entes da federação gerou interesses políticos e econômicos dos entes beneficiados e prejudicados⁴⁰.

No entanto, a existência de eventuais interesses subjetivos de legitimados em propor a ação não descaracteriza o caráter objetivo do processo. Trata-se de um interesse que eventualmente pode estar embutido, implícito, mas não descaracteriza, diga-se novamente, a objetividade. Assim, por mais que possa existir o interesse subjetivo, ele não é fundamental e, desse modo, não poderia ser visto como um requisito. O interesse subjetivo, portanto, pode eventualmente existir na realidade, mas não é fundamental e tampouco é o que buscará ser satisfeito pelo Supremo Tribunal Federal. Gilmar Mendes, ao analisar o controle de constitucionalidade na Alemanha, diz que:

“O processo de controle abstrato de normas destina-se, fundamentalmente, à defesa da ordem jurídica contra leis inconstitucionais e, portanto, à segurança jurídica, sendo instaurado no interesse de toda a comunidade. Por isso, pôde Friesenhahn constatar, corretamente, que o autor atua no processo do controle abstrato de normas como autêntico `advogado da constituição` (*Verfassungsanwalt*). A admissibilidade de processo de controle de constitucionalidade das normas está apenas vincu-

40 ADI 4917

lada a um interesse público de esclarecimento ou a uma necessidade pública de controle.⁴¹

Nessa esteira, mesmo sem a ingenuidade de achar que não existem interesses subjetivos, parece correto crer que esses interesses não são fundamentais e não poderiam ser vistos como um requisito. O estabelecimento de um requisito subjetivo a um processo objetivo desvirtua sua natureza. De tal sorte, a exigência da pertinência temática importa, sem dúvidas, a criação de um requisito subjetivo, afastando o processo da tese de um interesse geral, da supremacia constitucional, do interesse público em extirpar normas contrárias à Constituição. Há, portanto, a transformação quanto aos legitimados especiais de uma ação de tutela da supremacia constitucional em ação de tutela de interesses subjetivos.

Portanto, parece existir um paradoxo. Por um lado, há a consagração de um processo objetivo, de interesse de toda a coletividade, produzindo efeitos *erga omnes*, tramitado à luz de um procedimento não contraditório, sem partes, amparado pela lógica de que não há interesses subjetivos dos participantes daquele feito envolvidos. Contudo, de outra ponta, exige-se que seja demonstrado que aquele legitimado do artigo 103, que optou pelo ajuizamento daquela ação, é atingido em sua esfera jurídica por aquele assunto que se discute.

No que diz respeito às confederações sindicais ou entidades de classe de âmbito nacional, através de hercúleos esforços interpretativos, poder-se-ia tentar justificar a existência da pertinência temática pelo fato de serem pessoas jurídicas de direito privado. Assim, poder-se-ia dizer que elas não dispõem de um interesse genérico em proteger o interesse público e a supremacia constitucional. Sua natureza de direito privado sempre as impulsionaria a buscar seus interesses institucionais privados. Não haveria uma separação clara dos seus interesses privados e dos interesses almejados na ação. Essa, por sinal, parece ser a fundamentação utilizada pelo Supremo Tribunal Federal para justificar a exigência. Ou seja, sendo pessoas de direito privado, não disporiam de interesse genérico de defesa da supremacia constitucional, mas somente da defesa de seus interesses particulares. Valeu-se, assim, a Suprema Corte da ideia de especialidade em relação aos fins institucionais dessas entidades. Contudo, isso aparentemente somente poderia ser alegado quanto às confederações sindicais ou entidades de classe de âmbito nacional e, ainda assim, sem um alicerce constitucional ou legal.

41 MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. 6ª Edição. São Paulo. Saraiva, 2014, p. 131.

6. LIMITAÇÃO SEM BASE CONSTITUCIONAL

A verdade é que a exigência da pertinência temática cria, em última análise, uma divisão entre os legitimados, dando maior grau de importância a uns do que a outros. Como destaca Dimitri Dimoulis, a pertinência temática “discrimina alguns legitimados previstos no artigo 103 da Constituição, criando uma bipartição entre legitimados de primeira classe (os universais) e de segunda classe (os especiais)”⁴² Estabelece-se que os legitimados universais enfrentarão um bloqueio a menos, preencherão um requisito a menos, para poder exercer sua função constitucionalmente prevista. Considerando que a possibilidade de provocação do Poder Judiciário é um exercício de poder, pode-se dizer que os legitimados universais terão um maior poder e, como consequência, maior grau de importância.

No entanto, qual seria o fundamento justificador da atribuição de maior importância a um legitimado do que a outro? Cumpre alertar que essa separação entre especiais e universais não está prevista na Constituição e tampouco na legislação. A Constituição da República, ao elencar os legitimados, nada fala sobre “pertinência temática”. Do mesmo modo, a Lei 9.868, de 1999, que regulamenta a Ação Direta de Inconstitucionalidade, é silente sobre o tema.

Constava na redação original do artigo 2º, parágrafo único, da referida lei quando de sua aprovação no Congresso Nacional menção à pertinência temática, da seguinte forma:

“Parágrafo único. As entidades referidas no inciso IX, inclusive as federações sindicais de âmbito nacional, deverão demonstrar que a pretensão por elas deduzida tem pertinência direta com os seus objetivos institucionais.”

Entretanto, esse dispositivo foi objeto de veto do Presidente da República. As razões do veto não foram por motivos de crítica à pertinência temática em si, mas sim por força da previsão de que as “federações sindicais” poderiam propor a Ação Direta de Inconstitucionalidade, quando o Supremo Tribunal Federal é firme no sentido de que só as confederações sindicais poderão o fazer.⁴³ Assim, aplicando a regra de que o veto só abrange texto

42 DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya. *Curso de Processo Constitucional: controle de constitucionalidade e remédios constitucionais*. Op. Cit. p. 242.

43 Importa em transcrever as razões do veto: “Duas razões básicas justificam o veto ao parágrafo único do art. 2º, ambas decorrentes da jurisprudência do Supremo Tribunal em relação ao inciso IX do art. 103 da Constituição. Em primeiro lugar, ao incluir as federações sindicais entre os legitimados para a propositura da ação direta, o dispositivo contraria fron-

integral de parágrafo⁴⁴, acabou sendo o parágrafo único integralmente vetado. Certo é que, independentemente dos motivos, a exigência da pertinência temática não existe em nossa legislação, foi vetada. Não havendo, portanto, fundamento jurídico em sua existência.

Vale neste aspecto lembrar a velha máxima de que os direitos fundamentais devem ser interpretados de maneira ampla, não podendo ser criada uma interpretação limitativa, restritiva. Ora, se a própria Constituição não limita o exercício do direito, não poderia uma interpretação jurisprudencial fazê-lo.⁴⁵ Nesse diapasão, se existe a previsão de legitimados para ajuizar ações diretas de controle de constitucionalidade, garantindo a supremacia constitucional e um fluxo maior de processos ao Supremo Tribunal Federal, para aferição dos direitos fundamentais garantidos a todos, não parece sustentável a existência de limitações advindas da própria jurisprudência.

A fixação desse requisito de admissibilidade das ações de constitucionalidade, importa, outrossim, a atividade do Poder Judiciário como se legislador positivo fosse, comprometendo a própria existência saudável do princípio da Separação dos Poderes, consagrado no artigo 2º, da Constituição da República. Nesse sentido, esclarece Leonardo Sarmento:

“O Supremo Tribunal Federal, ao querer a comprovação da pertinência temática, como um requisito de admissibilidade, tem atu-

almente a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, no sentido da ilegitimidade daquelas entidades para a propositura de ação direta de inconstitucionalidade (cf., entre outros, ADIn-MC 689, Rel.: Min. Néri da Silveira; ADIn-MC 772, Rel.: Min. Moreira Alves; ADIn-MC 1003, Rel.: Min. Celso de Mello). É verdade que a oposição do veto à disposição contida no parágrafo único importará na eliminação do texto na parte em que determina que a confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional (art. 2o, IX) deverá demonstrar que a pretensão por elas deduzidas tem pertinência direta com os seus objetivos institucionais. Essa eventual lacuna será, certamente, colmatada pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, haja vista que tal restrição já foi estabelecida em precedentes daquela Corte (cf., entre outros, ADIn-MC 1464, Rel.: Min. Moreira Alves; ADIn-MC 1103, Rel.: Min. Néri da Silveira, Rel. Acórdão Min. Maurício Corrêa; ADIn-MC 1519, Rel.: Min. Carlos Velloso.” Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/Mensagem_Veto/1999/Mv1674-99.htm acessado em 10/4/2017.

44 Essa regra é prevista na Constituição da seguinte forma: “Art. 66. A Casa na qual tenha sido concluída a votação enviará o projeto de lei ao Presidente da República, que, aquiescendo, o sancionará. § 1º Se o Presidente da República considerar o projeto, no todo ou em parte, inconstitucional ou contrário ao interesse público, vetá-lo-á total ou parcialmente, no prazo de quinze dias úteis, contados da data do recebimento, e comunicará, dentro de quarenta e oito horas, ao Presidente do Senado Federal os motivos do veto. § 2º O veto parcial somente abrangerá texto integral de artigo, de parágrafo, de inciso ou de alínea”

45 Esse raciocínio foi usado no voto vencido do Ministro Marco Aurélio de Mello, no Recurso Extraordinário 597854 com repercussão geral em que se discutiu a possibilidade de as universidades públicas cobrarem por cursos de especialização. Único a divergir do voto do relator Edson Fachin, o ministro Marco Aurélio afirmou que o Supremo Tribunal Federal não pode legislar ao estabelecer distinção entre as esferas e os graus de ensino que a Constituição Federal não prevê. Destacou que as universidades oficiais são públicas e não híbridas e a Constituição estabelece a igualdade de condições de acesso e permanência na escola. Falou o Ministro: “Onde o texto não distingue, não cabe ao intérprete distinguir”. Informações extraídas do endereço eletrônico <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=341686> acessado em 08/5/2017.

ado como legislador positivo, substituindo de modo temerário o Congresso Nacional, ou mesmo o Poder Constituinte.

Bem, se a Constituição não faz qualquer exigência para os legitimados ativos para o controle abstrato de constitucionalidade de normas, não poderia o STF fazê-lo. Até mesmo uma lei que preveja o requisito da pertinência temática seria, a nosso sentir, de constitucionalidade duvidosa.”⁴⁶

É de se chamar a atenção ao fato de que se uma norma inconstitucional causar efeitos indesejados a só um grupo específico atrelado ao tema versado, estará, em verdade, desafiando todo o ordenamento jurídico, merecendo, de tal sorte, dele ser banida. Daí a previsão da Constituição democrática de 1988 de um extenso rol de legitimados a propor as ações de controle de constitucionalidade abstrato, consagrando a acepção de uma sociedade aberta de intérpretes da Constituição. Nesse sentido, não se admite que o Tribunal Constitucional seja considerado:

“um intérprete qualificado, que sobressai por suas virtudes intelectuais a acesso privilegiado à verdade. O pluralismo é um fato social que não permite ao Judiciário a referência automática a valores éticos fundadores de determinada comunidade. Desse modo, dada a impossibilidade da revelação de valores éticos *a priori*, resta buscar a construção de procedimentos éticos de deliberação”⁴⁷

Em outras palavras: a guarda da Constituição cabe ao Supremo Tribunal Federal. Contudo, não só a ele. Nesse passo, não cabe ao Supremo simplesmente definir, do vazio, quem pode defender em maior grau ou em menor grau a supremacia constitucional. Se o Poder Constituinte não o fez, os Ministros não poderiam arvorar-se na tarefa de Poder Constituinte e criar esses limites.

7. CONCLUSÃO

A Assembleia Nacional Constituinte de 1988 mostrou-se preocupada com o aperfeiçoamento da realização da jurisdição constitucional como um dos elementos chave da efetivação de uma sociedade atenta aos direitos fun-

46 SARMENTO, Leonardo. *Controle de Constitucionalidade e Temas Afins*. Op. Cit. p. 563.

47 BINENBOJM, Gustavo, *A Democratização da Jurisdição Constitucional e o Contributo da Lei nº 9.868/99*. In: *Temas de Direito Administrativo e Constitucional*. Rio de Janeiro. Renovar. 2008, p. 151.

damentais e garantidora dos direitos das minorias⁴⁸. Fortaleceu, nessa esteira, o sistema de controle concentrado de constitucionalidade até então tímido na experiência brasileira. Não só trouxe a previsão de instrumentos que, até então, não existiam em nosso ordenamento jurídico, mas também promoveu o alargamento do rol de pessoas dotadas de legitimidade para provocar o inerte Supremo Tribunal Federal. Isso, como consequência lógica, importou um aumento no fluxo de casos e uma certa hipertrofia na atuação dessa corte, que hoje é tida como uma das figuras protagonistas de nossa política nacional.

Sem previsão na Constituição ou na legislação vigente, contudo, o Supremo Tribunal Federal, a seu talante, logo após a promulgação da Constituição de 1988, cunhou a figura da pertinência temática, que representa a necessidade de que alguns dos legitimados a propor as ações de controle concentrado de constitucionalidade têm de demonstrar que a questão discutida no processo atinge a sua esfera jurídica. Trata-se, pois, de anômalo requisito de admissibilidade da ação. Desse modo, os governadores, as Mesas das assembleias legislativas dos estados e as confederações sindicais ou entidades de classe de âmbito nacional são classificados como legitimados especiais, pelo fato de só poderem ajuizar ações de controle concentrado de constitucionalidade relativas aos temas que envolvem sua esfera jurídica e suas atividades.

Por outro lado, os demais legitimados a propor as ações de controle de constitucionalidade abstrato, elencados no artigo 103 da Carta Constitucional, poderão ajuizar ações de controle de constitucionalidade versando sobre qualquer tema, sendo, de tal modo, classificados como legitimados universais.

Tentou-se no presente trabalho demonstrar que essa exigência de demonstração da pertinência temática para certos legitimados importa um paradoxo, uma vez que os processos de controle concentrado de constitucionalidade são marcados por serem processos objetivos, isto é, processos em que não se discutem direitos subjetivos das partes, mas sim eventual ofensa de lei ou ato normativo à supremacia constitucional. Sendo processo objetivo, em verdade, sequer há partes, mas sim participantes, sendo certo que, diga-se novamente, os direitos e interesses específicos daqueles que participam do processo não

48 Vale dizer que o Brasil seguiu uma tendência de diversos outros países do mundo. Nesse sentido, Mônica Leal diz que “A jurisdição constitucional tem se apresentado, no contexto de democracias constitucionais contemporâneas, notadamente a partir do segundo pós-guerra, na Europa e, mais recentemente, com a redemocratização, no Brasil, como um dos principais e mais característicos elementos de garantia da Constituição e de concretização de Direitos Fundamentais, tidos como referências basilares das ordens jurídicas estabelecidas.” (LEAL, Mônica Clarissa Hennig. **Ativismo Judicial e Participação Democrática**. In. LEAL, Rogério Gesta. **Ativismo Judicial e déficits democráticos: algumas experiências Latino-Americanas e Europeias**. Rio de Janeiro, Lumenjuris, 2011, p. 222/223.)

são o objeto da discussão. De outra ponta, a pertinência temática mostra-se um requisito subjetivo, já que importa na exigência de demonstração do elo, a adequação, o nexu de afinidade, a pertinência, entre as finalidades estatutárias de quem ajuíza a ação e o conteúdo ou alcance da norma impugnada. Ou seja, criou-se um requisito subjetivo em um processo objetivo.

Como se não bastasse esse paradoxo, foi demonstrado na presente pesquisa que a criação da pertinência temática emanou de opção dos próprios Ministros que compunham o Supremo Tribunal Federal, não tendo gênese em qualquer dispositivo legal ou constitucional. Vale destacar: não há nenhum fundamento normativo na pertinência temática. Isso, como via de consequência, compromete a própria relação saudável entre os Poderes e, sobretudo, limita a efetivação do controle de constitucionalidade e, em última análise, a manutenção da supremacia constitucional.

É que, ao se estabelecer um requisito adicional para manejo das ações de controle concentrado de constitucionalidade, diminui-se o fluxo de casos que vai desaguar no Supremo Tribunal Federal e obstrui-se certas questões jurídicas, por vezes relevantes, de chegar a serem apreciadas. Assim, limita-se uma garantia constitucional, repita-se à exaustão, sem qualquer fulcro no texto da Constituição ou da própria legislação infraconstitucional. Embora a pertinência temática possa ser vista como algo lógico, não parece ser aceitável que o Supremo Tribunal Federal, por meio de julgados, atue verdadeiramente como legislador constitucional positivo. Insta lembrar da máxima de que se a própria Constituição não limita o exercício do direito, não poderia uma interpretação jurisprudencial fazê-lo.

Não poderia o Supremo Tribunal Federal dizer qual dos legitimados previstos no artigo 103 da Constituição da República pode defender em maior ou menor a Constituição. Uma lei inconstitucional precisa ser retirada do nosso ordenamento jurídico, sendo certo que a Carta cidadã não se preocupou em limitar essa função a apenas alguns dos legitimados, não podendo, como consequência, o Supremo Tribunal Federal estabelecer isso através do requisito anômalo. Ao estabelecê-lo, em verdade, a Corte acabou por considerar que há legitimados com maior importância e força do que outros.

Por outro lado, é certo que pode soar estranho que o Supremo Tribunal Federal, tão criticado hodiernamente por ser ativista, tivesse estabelecido entendimento que limita o fluxo de casos, isto é, que evita que número significativo de ações de controle concentrado de constitucionalidade viessem a bater em sua porta. Como destacado no presente trabalho, o fluxo de

casos no Tribunal tem papel relevante para firmar a extensão do poder de sua atuação. Assim, a criação da pertinência temática mostrou-se contrária ao caminho do ativismo.

Essa opção pode ser explicada pela composição do Supremo Tribunal Federal da época. Em 1988 a Constituição mudou, mas os Ministros permaneceram os mesmos. Tratou-se de uma Constituição nova com Ministros antigos. Desse modo, os Ministros do período pós-promulgação da Constituição tinham sido escolhidos sob a égide do regime constitucional anterior e estavam com ele acostumados. Partindo da premissa, de tal modo, que apenas o Procurador-Geral da República, substituível *ad nutum* pelo Presidente da República, poderia ajuizar as ações de controle concentrado de constitucionalidade, havia, como consequência lógica, um número abissalmente inferior de ações dessa espécie na Corte em relação ao cenário pós-promulgação da atual Carta, que permite a uma série de legitimados previstos no artigo 103 ajuizarem esse tipo de ação. Diante desse alargamento e da possível enxurrada de processos que passariam a desembocar na corte, é viável imaginar que os Ministros visaram a criar interpretações restritivas, almejando uma contensão.

Independentemente do motivo que ensejou a criação da pertinência temática pelo Supremo Tribunal Federal, o que se buscou no presente trabalho foi mostrar que tal requisito precisa ser revisitado, revisto, eis que não se mostra lógico. Mais do que isso, esse requisito é contrário à própria Constituição e ao aperfeiçoamento do exercício do controle concentrado de constitucionalidade e manutenção da supremacia constitucional. Vale repisar que a jurisdição constituição hoje é instrumento indispensável à saúde do ordenamento jurídico e à garantia dos direitos fundamentais, não podendo ser eclipsada pelo requisito da pertinência temática. ❖

BIBLIOGRAFIA

ARGUELHES, Diego Werneck. **Poder não é querer: preferências restritivas e redesenho institucional no Supremo Tribunal Federal pós-democratização**. In: Gilmar Ferreira Mendes; Jorge Galvão; Rodrigo Mudrovitsch. (Org.). *Jurisdição Constitucional*. 1ed. São Paulo: Saraiva, 2016

BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. *Revista Direito do Estado*, Salvador, ano 4, n. 13, p. 71-91, 2009

_____. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. 4ª edição. São Paulo. Saraiva. 2009

_____. **Doze Anos da Constituição Brasileira de 1988**. In BARROSO, Luis Roberto. **Temas de Direito Constitucional**. Tomo I. Rio de Janeiro, 2001

BINENBOJM, Gustavo. **A Democratização da Jurisdição Constitucional e o Contributo da Lei nº 9.868/99**. In: **Temas de Direito Administrativo e Constitucional**. Rio de Janeiro, Renovar, 2008, pp. 143-164.

CARVALHO, Ernani. **Trajetória da revisão judicial no desenho constitucional brasileiro: tutela, autonomia e judicialização**. *Sociologias*. V. 12, nº 23, 2010

DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya. **Curso de Processo Constitucional: controle de constitucionalidade e remédios constitucionais**. 4ª Edição. São Paulo. Atlas, 2016

FALCÃO, Joaquim. **O Supremo**. 1ª Edição. Rio de Janeiro, Fundação Getúlio Vargas, 2015

HABERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional: A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição**. Tradução Gilmar Mendes. Porto Alegre. Sérgio Antônio Fabris Editor. 1997

GOES, Guilherme Sandoval. **Controle de Constitucionalidade**. Rio de Janeiro. Freitas Bastos, 2016

JUCÁ, Danielle Nascimento. **Do Estado Liberal ao Estado Democrático de Direito: um enfoque nas Constituições Brasileiras**. In: **Neoconstitucionalismo e Direitos Fundamentais**. São Paulo. Editora Atlas. 2009

KELSEN, Hans. **Jurisdição Constitucional**. Tradução Alexandre Krug. 2ª Edição. São Paulo. Martins Fontes, 2006

LASSALLE, Ferdinand, **O Que é Uma Constituição?**. Tradução Ricardo Rodrigues Gama, 1ª Edição, Russell Editores, Campinas, 2005

LEAL, Fernando A. R. **Para que servem as audiências públicas no STF?** Site JOTA, 2015, disponível em <https://jota.info/artigos/para-que-servem-as-audiencias-publicas-no-stf-16062015> acessado em 08/5/2017.

LEAL, Mônica Clarissa Hennig. **Ativismo Judicial e Participação Democrática**. In. LEAL, Rogério Gesta. **Ativismo Judicial e déficits democráticos: algumas experiências Latino-Americanas e Europeias**. Rio de Janeiro, Lumenjuris, 2011

LEAL, Rogério Gesta. **As Responsabilidades Políticas do Ativismo Judicial: Aspectos Teóricos-Práticos da Experiência Norte-Americana e Brasileira.** In. LEAL, Rogério Gesta (org). **Ativismo Judicial e Déficits democráticos: algumas experiências Latino-Americanas e Europeias.** Rio de Janeiro. Lumen Juris, 2011, 1-25.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado.** 17ª Edição. São Paulo. Saraiva. 2010

MALUF, Sahid. **Teoria Geral do Estado.** Atualizador Miguel Alfredo Maluf Neto. 31ª Edição. São Paulo. Saraiva. 2013

MAUS, Ingeborg. **O Judiciário como Superego da Sociedade: a jurisdição na sociedade órfã de Pai.** *Coleção Conexões Jurídicas.* Tradução de Geraldo de Carvalho e Gercélia Batista de Oliveira Mendes. Rio de Janeiro. Lumenjuris, 2010

MENDES, Gilmar Ferreira, **Curso de Direito Constitucional,** 2ª edição, São Paulo, Saraiva, 2008

_____. **Jurisdição Constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha.** 6ª Edição. São Paulo. Saraiva, 2014

MONTESQUIEU, Charles de S. **O Espírito das Leis.** Tradução Cristina Murachco. São Paulo. Martins Fontes. 1996.

OMMATI, José Emílio Medauar. **Uma teoria dos direitos fundamentais.** Rio de Janeiro. Lumen Juris. 2014

POGREBINSCHI, Thamy. **Judicialização ou representação? Política, Direito e Democracia no Brasil.** Rio de Janeiro. Elsevier, 2011

RANGEL, Gabriel Dolabela R., **A Legitimidade do Poder Judiciário no Regime Democrático: uma reflexão no pós-positivismo,** Editora Laços, São Paulo, 2014

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade (da pessoa) humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988.** 10ª edição. Porto Alegre. Livraria do Advogado Editora, 2015

SANTOS, Marcelo Fausto Figueiredo. **Teoria Geral do Estado.** 2ª Edição. São Paulo. Atlas, 2007

SARMENTO, Leonardo. **Controle de Constitucionalidade e Temas Afins.** Rio de Janeiro. Editora Lumen Juris. 2015

SILVA, José Afonso da, **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 38ª edição. São Paulo, Malheiros, 2015.

..... **Aplicabilidade das Normas Constitucionais.**
4ª Edição. Malheiros Editores. 2000

SIMÃO, Calil. **Elementos do sistema de controle de constitucionalidade.** 2ª edição. São Paulo. Saraiva. 2014

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho.** 2ª Edição. Belo Horizonte. Fórum, 2014

TATE, N. **Why the Expansion of Judicial Power?** In TATE, N. VALLINDER, T, **The Global Expansion of Judicial Power.** New York, New York University Press, 1995.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional.** 6ª Edição. São Paulo. Saraiva, 2008.

VERÍSSIMO, Marco Paulo. **A Constituição de 1988 vinte anos depois: Suprema Corte e Ativismo Judicial “à brasileira”,** Revista GV, São Paulo, 2008, disponível em <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/114.pdf> acessado em 04/05/2017)

VIEIRA, Oscar Vilhena. **Supremocracia.** Revista Direito GV. Volume 4. São Paulo. 2008