



PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO CONSTITUCIONAL

Flávia Almeida de Sousa Oliveira Braga

A repercussão da teoria de Peter Häberle no controle abstrato de constitucionalidade brasileiro – a abertura procedimental como instrumento de legitimação democrática do processo de tomada de decisão judicial

Brasília – DF
2013

Flávia Almeida de Sousa Oliveira Braga

A repercussão da teoria de Peter Häberle no controle abstrato de constitucionalidade brasileiro – a abertura procedimental como instrumento de legitimação democrática do processo de tomada de decisão judicial

Orientador: Prof. Paulo Gustavo Gonet Branco

Monografia apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional do Instituto Brasiliense de Direito Público, como requisito à obtenção do grau de Especialista em Direito Constitucional.

Brasília – DF
2013

Flávia Almeida de Sousa Oliveira Braga

A repercussão da teoria de Peter Häberle no controle abstrato de constitucionalidade brasileiro – a abertura procedimental como instrumento de legitimação democrática do processo de tomada de decisão judicial

Monografia apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional do Instituto Brasiliense de Direito Público, como requisito à obtenção do grau de Especialista em Direito Constitucional.

Data de aprovação: ____/____/____

Banca Examinadora:

_____ - Examinador

_____ - Examinador

_____ - Examinador

A meus pais.

RESUMO

O presente trabalho analisa os mecanismos de democracia deliberativa aplicáveis ao processo de tomada de decisão em sede de controle abstrato de constitucionalidade. A experiência em diversos julgamentos protagonizados pelo Supremo Tribunal Federal tem demonstrado que o magistrado, em casos cuja relevância transcende os interesses dos sujeitos diretamente envolvidos, afetando a sociedade por um todo, e que versam sobre temas interdisciplinares, não se mostra autossuficiente para chegar à melhor decisão sem antes promover a pluralização do debate constitucional e, conseqüentemente, considerar alternativas interpretativas para o caso em análise. Nesse sentido, a Corte Constitucional tem recorrido a audiências públicas e ao ingresso de *amici curiae*, à solicitação de informações a outros órgãos do Judiciário, assim como à transmissão simultânea de julgamentos. Tais instrumentos tem ampliado o círculo de intérpretes da Constituição, com inspiração na doutrina de Peter Häberle, proporcionando considerável incremento democrático nas decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal.

Palavras-chave: jurisdição constitucional, processo de tomada de decisão judicial, Supremo Tribunal Federal, democracia deliberativa, pluralização, abertura procedimental, legitimação, controle de constitucionalidade, Peter Häberle.

ABSTRACT

This essay analyzes the use of deliberative democracy mechanisms in decision-making process in the abstract judicial review in Brazil. Several trials that took place in Brazilian's Supreme Court have shown the lack of self-sufficiency by the judges to find the best solution to cases involving subjects that matter to society as a whole, due to their relevance and interdisciplinarity. Hence the urge to promote the pluralization of the constitutional debate and to consider interpretative alternatives to the cases in trial. This way, Brazilian's Constitutional Court has resorted to public hearings and *amici curiae*, has also requested informations to other courts, and has as well allowed the trials' live broadcast. Such tools have extended the circle of Constitution interpreters, what has been inspired by Peter Häberle's doctrine, providing considerable democratic increase to decisions taken by the Brazilian's Supreme Court.

Keywords: constitutional jurisdiction, decision-making process, Brazilian's Supreme Court, deliberative democracy, pluralization, procedural opening, legitimation, judicial review, Peter Häberle.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	8
1. A EXPANSÃO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL.....	10
1.1 A FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO	10
1.2 NEOCONSTITUCIONALISMO E MATERIALIZAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO	14
1.3 JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL	16
1.4 O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE.....	18
1.5 DESAFIOS DE LEGITIMIDADE E LIMITES DO PAPEL DA CORTE CONSTITUCIONAL.....	21
2. A ABERTURA DA INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL	25
2.1 OS NOVOS MOLDES DA INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL: A INSUFICIÊNCIA DOS MÉTODOS HERMENÊUTICOS CLÁSSICOS	25
2.2 CONSIDERAÇÕES ACERCA DA PROPOSTA DE PETER HÄBERLE: A SOCIEDADE ABERTA DOS INTÉRPRETES DA CONSTITUIÇÃO E SUA RELEVÂNCIA PARA A REALIZAÇÃO DO POSTULADO DEMOCRÁTICO	27
2.3 O CÍRCULO DE INTÉRPRETES NA SOCIEDADE ABERTA	30
2.4 LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA PELA PARTICIPAÇÃO – DEMOCRACIA DELIBERATIVA NUMA SOCIEDADE PLURAL.....	31
3. INSTRUMENTOS DE APLICABILIDADE DA ABERTURA PROCEDIMENTAL NO CONTROLE ABSTRATO DE CONSTITUCIONALIDADE BRASILEIRO.....	37
3.1 O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.....	37
3.2 O MOMENTO DIALÓGICO DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE E A LEGITIMIDADE DO JUÍZO PELA FUNDAMENTAÇÃO.....	39
3.3 <i>AMICUS CURIAE</i>	43
3.4 AUDIÊNCIAS PÚBLICAS.....	49
3.5 SOLICITAÇÃO DE INFORMAÇÕES A TRIBUNAIS.....	53
3.6 TRANSMISSÃO SIMULTÂNEA DE JULGAMENTOS.....	53

CONCLUSÃO56

REFERÊNCIAS.....59

INTRODUÇÃO

O objeto do presente estudo cinge-se a perquirir sobre a aplicabilidade prática da doutrina de Peter Häberle acerca da sociedade aberta dos intérpretes da Constituição, notadamente no que concerne aos mecanismos processuais aptos a viabilizar a abertura procedimental em sede de jurisdição constitucional.

O controle abstrato de constitucionalidade tem por característica eminente consistir em processo objetivo, dissociado de uma relação jurídica material preexistente entre as partes que nele figuram, de modo a evitar a instauração de discussões subjetivas em sede de fiscalização abstrata de constitucionalidade.

Não obstante, é inegável a tendência da abertura da jurisdição constitucional sob uma perspectiva inclusiva para alargar o círculo de participantes no processo interpretativo e de tomada de decisão, necessidade essa que emana de uma sociedade pluralista que clama pela efetivação do postulado democrático.

Dessa forma, busca-se munir a Corte Constitucional de novas perspectivas argumentativas e conhecimentos técnicos que lhe poderiam escapar, acaso permanecesse o Tribunal Constitucional fechado à realidade social.

A metodologia do presente trabalho consta de pesquisa doutrinária e jurisprudencial. Privilegiar-se-ão os métodos dedutivo e monográfico para examinar o tema em questão, qual seja, a repercussão da teoria de Peter Häberle no controle abstrato de constitucionalidade brasileiro – a abertura procedimental como instrumento de legitimação democrática do processo de tomada de decisão judicial.

Nessa perspectiva, num primeiro momento será abordado o histórico da jurisdição constitucional e do controle de constitucionalidade, a partir da consagração do princípio da supremacia da Constituição, reconhecendo-se sua força normativa e vinculante em relação ao ordenamento jurídico. Serão destacados questionamentos acerca da legitimidade do Judiciário para proferir a última palavra em matéria constitucional quando deparado com atos normativos inquinados de inconstitucionalidade, sobrepondo-se a decisões tomadas previamente pelo legislador democraticamente eleito.

No segundo capítulo, abordar-se-á a evolução da hermenêutica constitucional, discorrendo-se sobre a proposta de Peter Häberle quanto à formação de uma sociedade aberta de intérpretes da Constituição, sob uma perspectiva

hermenêutica pluralista, democrática e inclusivo-participativa, resultando na ampliação do debate constitucional, a servir de elemento de legitimação das decisões prolatadas pela Corte Constitucional ao aferir a legitimidade de leis e demais atos normativos em face da supremacia da Constituição.

Em derradeiras considerações, serão apresentados os instrumentos de que o Supremo Tribunal Federal tem se valido para proporcionar a pluralização do debate em sede de controle abstrato de constitucionalidade, de forma que, numa sociedade plural, logre obter a decisão o mais legítima possível.

Assim, o presente trabalho tem por escopo verificar que instrumentos positivados no ordenamento jurídico pátrio podem conduzir à aplicação da proposta hermenêutica de Häberle no âmbito da jurisdição constitucional brasileira.

O tema em apreço, portanto, possui relevância política, social, jurídica e acadêmica, eis que se torna imprescindível perscrutar os mecanismos aptos a pluralizar o debate constitucional em busca de uma solução adequada e racional de litígios quando a relevância da matéria, a transdisciplinaridade das questões abordadas e a representatividade dos postulantes à participação o justifiquem, bem como a superar desafios acerca da legitimidade democrática das decisões judiciais.

1. A EXPANSÃO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

1.1 A FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO

Após a Revolução Francesa, a representatividade popular reconhecida ao Parlamento, por meio do qual seria exercido o poder soberano do povo, resultou, particularmente na Europa dos séculos XVIII e XIX, em sistemas constitucionais nos quais vigorava a supremacia do Legislativo em relação aos demais poderes.

Tal preponderância da lei e do Parlamento teve por inspiração a busca da contenção do poder dos governantes, bem como a percepção de que, sendo o povo o verdadeiro detentor da titularidade do poder soberano, não poderia ele se submeter a regras quaisquer, ainda que preceitos constitucionais.

Tampouco poderiam sofrer restrições seus representantes parlamentares, eis que imbuídos da tarefa de exprimir em seu mister a vontade soberana do povo¹.

Assim, em razão da legitimidade da origem das normas elaboradas pelo Parlamento, a atividade legiferante sobrepunha-se, inclusive, ao texto Constitucional².

Vislumbrava-se, desse modo, a preponderância do Parlamento, na condição de representante da vontade geral, sobre os demais poderes, bem como a supremacia da lei sobre a Constituição, que, à época, era tida por documento essencialmente político, cujos preceitos continham meras recomendações aos poderes constituídos, desprovidas de normatividade e imperatividade.

Sendo a lei superior ao documento constitucional, eis que o Parlamento deveria ter sua vontade preservada, não havia que se falar em mecanismos de defesa da Constituição ou controle judiciário de leis. A desconfiança no Judiciário não lhe permitia censurar atos emanados pelo Legislativo³.

Nesse cenário, o legislador detinha o poder de alterar livremente qualquer lei, independente de sua natureza. Não havia distinção hierárquica entre leis constitucionais e leis ordinárias nem existia autoridade dotada de competência para

¹ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 51.

² BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Juízo de ponderação na jurisdição constitucional**. São Paulo: Saraiva – Série IDP, 2009, p. 21-23.

³ BRANCO; MENDES, *op. cit.*, p. 53-54.

controlar os atos parlamentares, de modo a anulá-los ou ao menos declará-los nulos ou incompatíveis com a Constituição⁴.

A Constituição, portanto, carecia de valor jurídico e efetividade, o que redundou no desinteresse, à época, pela criação e desenvolvimento de instrumentos aptos a tutelar a ordem constitucional e, por conseguinte, permitir o controle de constitucionalidade das leis⁵. “Inviabilizava-se, desse modo, a noção de Constituição dotada de valor normativo efetivo, capaz de estabelecer parâmetros para a aferição da validade jurídica dos atos dos Poderes Públicos”⁶.

Tal situação de debilidade normativa da Constituição perdurou na Europa até meados do século XX, quando, com inspiração no modelo norteamericano – calcado na teoria material da Constituição e na supremacia da Constituição sobre as demais normas jurídicas – começaram-se a traçar os primeiros contornos do que viria a se tornar a jurisdição constitucional.

Desde o início do século XIX – mais precisamente quando do julgamento do caso *Marbury vs. Madison*, em 1803 –, reconheceu-se, nos Estados Unidos, o valor normativo da Constituição, bem como sua supremacia sobre as leis, cabendo ao Judiciário afastar do ordenamento jurídico as normas incompatíveis com o documento constitucional. Afirmou-se, desse modo, o modelo do *judicial review*.

No julgamento do célebre caso, concluiu-se que a “Constituição é uma lei e que a essência da Constituição é ser um documento fundamental e vinculante”⁷.

Na decisão, consagrou-se a supremacia da Constituição, reconhecida como a lei fundamental e suprema da nação, a que as demais leis não poderiam contrariar. Ao Judiciário caberia proferir a palavra final em matéria de interpretação constitucional, determinando a invalidação de atos inconstitucionais⁸.

A partir de então, a Constituição passou a vincular todos os poderes constituídos, inclusive o Legislativo.

⁴BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 4. ed. revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 43-44.

⁵BRANCO, 2009, p. 24.

⁶ *Ibid.*, p. 27.

⁷ *Ibid.*, p. 51.

⁸ BARROSO, *op. cit.*, p. 8.

Em 1959, o professor Konrad Hesse professou, na Alemanha, acerca da força normativa da Constituição, o que culminou na publicação de obra homônima.

No trabalho em apreço, Hesse opõe-se às ideias de Ferdinand Lassalle, proferidas em conferência datada de 1862, para quem as questões constitucionais seriam desprovidas de juridicidade, possuindo natureza meramente política. Para Lassalle, a Constituição jurídica nada seria além de um pedaço de papel⁹, sucumbindo sempre que confrontada com a Constituição real.

Referidas ideias refletiam o pensamento dominante no constitucionalismo clássico vigente durante o Estado Liberal, reduzindo a Constituição à esfera unicamente jurídica, sem se projetar sobre a realidade – era mera folha de papel.

Sociedade e Constituição eram vistas de forma apartada: se, por um lado, a sociedade era despolitizada, por outro, o instrumento meramente jurídico não comandava ou se impunha sobre a realidade fática, margeando-a ou mesmo ignorando-a, não acompanhando as transformações pelas quais esta passava¹⁰.

Hesse, por seu turno, assevera que a Constituição possui, em verdade, “uma força própria, motivadora e ordenadora da vida do Estado”¹¹.

Reconhece a força normativa da Constituição, justificada pela interação e condicionamento recíprocos entre a norma jurídica e a realidade político-social, em verdadeira relação de interdependência entre ser e dever-ser. Desse modo, a pretensão de eficácia conferida à Constituição significa que esta não apenas reflete as condições fáticas de sua vigência, mas também imprime ordem e conformação à realidade política, influenciando-a e modificando-a¹².

Em razão disso, entende Hesse ser a Constituição “determinada pela realidade social e, ao mesmo tempo, determinante em relação a ela”¹³. A Constituição transforma-se, portanto, em força ativa que adquire legitimidade ao se fazer presente na consciência geral, adaptando-se à realidade concreta vigente.

⁹ HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991, p. 9.

¹⁰ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 19. ed. atualizada. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 95-96.

¹¹ HESSE, *op. cit.*, p. 11.

¹² *Ibid.*, p. 13-15.

¹³ *Ibid.*, p. 15.

“Toda Constituição é provida pelo menos de um mínimo de eficácia sobre a realidade”¹⁴, urgindo regular e atender às exigências que esta lhe impõe.

Ademais, cabe ressaltar que a Constituição, diferentemente das leis ordinárias, resulta dos trabalhos do Poder Constituinte Originário, instaurador da ordem jurídica fundamental, motivo pelo qual a ela subordinam-se todos os poderes constituídos¹⁵.

Sendo a Constituição, inevitavelmente, norma jurídica, tem-se que as normas constitucionais são de categoria hierárquica superior em relação às normas da legislação ordinária, seja por sua natureza, seja por seus aspectos formais, o que se manifesta nas constitucionalidades material e formal, respectivamente¹⁶.

Com base em tais premissas, determinados princípios passaram a balizar a interpretação constitucional, destacando-se, para os fins do presente trabalho, os princípios da unidade da Constituição, da força normativa da Constituição e da supremacia da Constituição.

Compreendido o sistema constitucional como um todo unitário e harmônico, que não comporta contradições internas nem interpretações díspares, tem-se que entre normas constitucionais não existe hierarquia. É o que propugna o princípio da unidade da Constituição¹⁷.

A força normativa da Constituição, por seu turno, consiste em princípio que visa à garantia da máxima efetividade das normas constitucionais, o que assume especial relevo na seara dos direitos fundamentais. A Constituição, consoante explanado alhures, não pode marginalizar-se da realidade social e histórica, sob pena de debilitar a eficácia de seus preceitos.

Além disso, passou a Constituição a ser entendida como documento jurídico de hierarquia superior às demais normas – supremacia da Constituição.

Reconhecida a força normativa da Constituição e o caráter vinculativo e obrigatório de suas disposições, buscou-se, na Europa, determinar o órgão competente a exercer a guarda da Constituição, o que culminou em verdadeiro embate doutrinário entre Kelsen e Schmitt – o primeiro, causídico da criação de uma

¹⁴ BONAVIDES, 2006, p. 97.

¹⁵ BRANCO; MENDES, 2011, p. 61.

¹⁶ BONAVIDES, *op. cit.*, p. 460.

¹⁷ BRANCO; MENDES, *op. cit.*, p. 106-107.

Corte Constitucional cujos juízes, de competência constitucionalmente prevista, atuariam como legisladores negativos, expurgando do sistema jurídico normas eivadas de inconstitucionalidade, ao passo que, para Schmitt, o garante da Constituição haveria de ser o Presidente do *Reich*, na condição de representante dos interesses da nação¹⁸.

Prevaleceu o modelo proposto por Kelsen, o que resultou na adoção do sistema de controle jurisdicional de constitucionalidade de leis na Europa.

Com o reconhecimento do *status* jurídico supremo da Constituição, bem como com o término da Segunda Guerra Mundial, o papel do juiz constitucional adquiriu maior proeminência, testemunhando-se expansão da jurisdição constitucional nos sistemas normativos pelo mundo.

No Brasil, país que também padeceu com a falta de efetividade de sucessivas Constituições, prevaleceu, durante bom tempo, a concepção das normas constitucionais como meras convocações ao agir do legislador e poderes públicos em geral, submetendo-se a concreta aplicação de tais normas ao alvedrio dos poderes públicos¹⁹.

Com a Constituição da República de 1988, enfim, reconheceu-se a legalidade constitucional e, com a efetividade da Constituição, as normas que a integram passaram a gozar de *status* pleno de normas jurídicas, dotadas de imperatividade.

1.2 NEOCONSTITUCIONALISMO E MATERIALIZAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO

A supremacia do Parlamento sobre a Constituição na Europa culminou com o fortalecimento exacerbado do Executivo, que, por delegação parlamentar, teve seus poderes expandidos a ponto de, apartando-se quase que de forma absoluta o Direito da Ética e da Moral, legitimar-se a formação de regimes totalitários e ditatoriais respaldados no cumprimento da legalidade.

¹⁸ BRANCO, 2009, p. 29-32.

¹⁹ BARROSO, Luís Roberto. **O novo Direito Constitucional brasileiro**: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 139.

Urgia combater o legalismo exacerbado, a ideia pura de norma, desprovida de valores e fechada à realidade social.

Somente no pós-Segunda Guerra Mundial, percebendo-se a insuficiência da supremacia parlamentar para garantir a proteção da dignidade humana contra abusos estatais, vivenciou-se um movimento de materialização constitucional, positivando-se direitos fundamentais²⁰.

Com essa “virada kantiana”²¹ – fenômeno que, com a superação do utilitarismo, passa a conceber o indivíduo como um fim em si mesmo, e não instrumento para a realização de metas coletivas ou individuais –, o constitucionalismo moderno promoveu a reaproximação entre a Ética e o Direito.

O Direito passou a ser compreendido como um sistema aberto de valores, resultando tal abertura da permeabilidade da Constituição a elementos externos, aproximando-se, portanto, da realidade circundante²².

A Constituição, a partir de então, passou a absorver valores morais e políticos. Destaca-se, nesse momento, a força normativa dos princípios e a autoaplicabilidade dos direitos fundamentais²³. Caberia à Corte Constitucional a garantia, por meio do controle de constitucionalidade, da efetividade de tais direitos.

A essa incorporação de valores impositivos e postulados ético-morais dotados de vinculatividade jurídica por parte da Constituição também se denomina neoconstitucionalismo²⁴, expressão que cunhou a era pós-positivista.

Superado o legalismo, determinados valores, compartilhados pela comunidade passaram a integrar o ordenamento jurídico.

Ademais, percebeu-se que, num sistema jurídico pluralista e dialético, deve-se buscar a solução mais justa para o caso concreto²⁵, e não apenas a que atenda a requisitos meramente legais.

Em decorrência da materialização da Constituição, os tribunais constitucionais passaram a debater questões políticas ou morais controvertidas,

²⁰ BRANCO, 2009, p. 34-35.

²¹ BARROSO, 2012, p. 401.

²² *Ibid.*, p. 127.

²³ BRANCO; MENDES, 2011, p. 61.

²⁴ *Ibid.*, p. 62.

²⁵ BARROSO, *op. cit.*, p. 131.

implicando em verdadeira expansão da justiça constitucional sobre áreas afetas à política majoritária, reservadas tradicionalmente ao Legislativo e Executivo²⁶.

1.3 JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL

Consoante leciona Luís Roberto Barroso, jurisdição constitucional é expressão que “designa a aplicação da Constituição por juízes e tribunais”²⁷, o que se pode realizar direta ou indiretamente – caso este em que se efetiva o controle de constitucionalidade da norma infraconstitucional, tendo por paradigma a Constituição, reconhecidas sua supremacia e força normativa.

A aplicação de uma norma, qualquer que seja sua natureza, é tarefa necessariamente precedida de interpretação, eis que a busca da atribuição de sentido a preceitos normativos destina-se à conformação da vida social e à resolução de problemas práticos²⁸. Daí asseverar-se que interpretação constitucional é concretização²⁹.

A interpretação revela uma relação que integra fato a norma. Esta, portanto, é resultado da atividade interpretativa, ou seja, é produzida a partir da conjugação de elementos do ser (realidade fática) e dever-ser (texto normativo).

Nesse contexto, a norma constitucional concretiza-se quando se levam em consideração as circunstâncias da realidade que ela se propõe a regular³⁰.

Há, porém, peculiaridades que diferenciam a interpretação das normas constitucionais em relação aos demais diplomas normativos.

Os princípios da supremacia e força normativa da Constituição, além de denotarem que ela possui estrutura normativo-material que a distingue das normas infraconstitucionais, implica em estabelecer critérios e métodos hermenêuticos diversos da hermenêutica clássica, a serem utilizados quando da interpretação e aplicação da Constituição pelos órgãos jurisdicionais.

²⁶ BARROSO, 2012, p. 38.

²⁷ *Id.*, 2009, p. 3.

²⁸ BRANCO; MENDES, 2011, p. 92, 94.

²⁹ HESSE, 1992, *apud* BRANCO; MENDES, 2011, p. 92.

³⁰ *Ibid.*, p. 95.

Com efeito, não se pode olvidar que o texto constitucional é dotado de caráter aberto, polissêmico e indeterminado, o que implica na necessidade de uma atuação diferenciada por parte do juiz constitucional³¹.

Desse modo, fatores como a ambiguidade de enunciados, determinadas antinomias internas e lacunas normativas geram controvérsias acerca da aplicação e interpretação de normas constitucionais³².

Ao entrarem em conflito entre si, as normas constitucionais clamam por soluções que muitas vezes transcendem os critérios hermenêuticos tradicionais, calcados na hierarquia, no tempo e na especialização de normas, os quais nem sempre se mostram adequados e suficientes para solucionar colisões entre princípios constitucionais.

Com a materialização constitucional, uma nova hermenêutica mostrou-se necessária, resultando no desenvolvimento princípios instrumentais específicos de interpretação, tais quais os da supremacia e unidade da Constituição. Isso porque, albergando a Constituição noções de cunho axiológico, o debate constitucional abrange questões de ordem filosófica, ética, política e moral³³.

Num ordenamento jurídico pluralista e dialético, no qual princípios podem entrar em rota de colisão, cabe ao intérprete aferir os elementos do caso concreto para, buscando preservar o núcleo essencial dos princípios em conflito, proceder a uma ponderação de interesses e, integrando fato e norma, obter a solução mais justa possível para o caso em análise. Para tanto, valer-se-á, ainda, de fundamentos acolhidos pela comunidade jurídica e sociedade em geral³⁴.

A tarefa interpretativa urge não ser reduzida a procedimento mecânico subsuntivo, eis que, na era pós-positivista que promove o retorno de valores à seara jurídica, a norma pura é insuficiente para, por si só, fornecer a solução para grande parte dos conflitos constitucionais.

Em razão da necessidade de estabelecimento de métodos interpretativos próprios, bem como do caráter eminentemente técnico da tarefa consistente na

³¹COELHO, Inocêncio Mártires. **Interpretação constitucional**. 3. ed. revista e aumentada. São Paulo: Saraiva – Série IDP, 2007, p. 8.

³²BRANCO; MENDES, 2011, p. 97-103.

³³ *Ibid.*, p. 93.

³⁴BARROSO, 2012, p. 131.

interpretação e aplicação do direito, a tendência foi, no decorrer do tempo, a consolidação de uma sociedade fechada de interpretação constitucional, restrita a juízes e procedimentos formalizados.

Não se pode olvidar que "a primeira consequência drástica da judicialização é a elitização do debate e a exclusão dos que não dominam a linguagem nem têm acesso aos *locus* de discussão jurídica"³⁵.

Urge evitar que o Judiciário transforme-se em "indesejável instância hegemônica"³⁶, o que não se admite no contexto de uma sociedade democrática.

Para tanto, é necessário compreender que a formulação da solução adequada, por meio do processo interpretativo, "não tem como personagens apenas os juristas, mas a comunidade como um todo"³⁷, de modo que a argumentação envolva também os interlocutores não jurisdicionais.

Daí o imperativo de uma abertura procedimental da jurisdição constitucional brasileira com o objetivo de aproximar o Supremo Tribunal Federal da sociedade, mitigando-se os efeitos deletérios de fatores como o acesso restrito e privilegiado à Corte Constitucional em processos abstratos de controle de constitucionalidade, o que decorre, principalmente, da restrição da legitimidade para a propositura dessa modalidade de controle, consoante demonstra o rol exaustivo de autores previsto no artigo 103 da Constituição da República de 1988³⁸.

1.4 O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

A jurisdição constitucional é gênero do qual o controle de constitucionalidade é espécie. Manifesta-se este na aplicação indireta da Constituição, ou seja, nos casos em que esta serve de referência de sentido ou parâmetro de validade das demais normas que compõem o sistema jurídico³⁹.

³⁵ BARROSO, 2012, p. 250.

³⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MS 23.452/RJ. Luiz Carlos Barreti Junior e Presidente da Comissão Parlamentar de Inquérito. Tribunal Pleno. Relator: Min. Celso de Mello. DJ 12.05.2000.

³⁷ BARROSO, *op. cit.*, p. 126.

³⁸ MEDINA, Damares. *Amicus curiae*: amigo da corte ou amigo da parte? São Paulo: Saraiva – Série IDP, 2010, p. 33.

³⁹ BARROSO, 2009, p. 3.

Para que haja controle de constitucionalidade, é imprescindível a presença de dois pressupostos, quais sejam, a supremacia e a rigidez constitucionais.

A supremacia, tardiamente reconhecida na Europa durante o pós-guerra, consoante explanado alhures, exprime a posição hierarquicamente superior da Constituição dentro do sistema jurídico⁴⁰. Fundamento de validade das demais normas jurídicas, destas é a Constituição paradigma de validade, de modo que os demais atos normativos que com ela estejam em desconformidade estarão inquinados de inconstitucionalidade⁴¹.

A rigidez, por seu turno, implica a imposição de procedimento solene e complexo de elaboração e modificação da norma constitucional, permitindo sua superioridade formal e, por conseguinte, o controle de constitucionalidade das leis que lhe sejam contrárias⁴².

O controle de constitucionalidade consiste, portanto, em mecanismo apto a manter a harmonia e unidade do sistema jurídico, dissipando contrariedades.

É profícuo lembrar que, sendo o controle de constitucionalidade decorrência do reconhecimento da força normativa da Constituição, bem como do caráter vinculativo e obrigatório de suas disposições, também realça a passagem da Lei Fundamental para o centro do sistema jurídico, irradiando valores para as diversas searas jurídicas, que com ela deverão guardar uma relação de compatibilidade. Daí o fato de que, com a materialização da Constituição, destaca-se o controle de constitucionalidade como mecanismo de proteção dos direitos fundamentais e valores basilares do ordenamento jurídico.

A Constituição, desse modo, passa a condicionar a interpretação dos demais ramos do Direito, fenômeno conhecido por alguns como filtragem constitucional, segundo o qual “toda a ordem jurídica deve ser lida e apreendida sob a lente da Constituição”⁴³. A Constituição tornou-se, portanto, parâmetro de interpretação e aferição de validade de todo o sistema jurídico.

⁴⁰ BARROSO, 2009, p. 1.

⁴¹ BRANCO; MENDES, 2011, p. 76.

⁴² BARROSO, *op. cit.*, p. 2.

⁴³ *Id.*, 2012, p. 133.

No Brasil, ao Supremo Tribunal Federal compete precipuamente, por determinação contida no artigo 102 da Constituição da República de 1988, a guarda da Constituição, o que se pode dar por meio do controle por via direta ou incidental.

No controle incidental ou por via de exceção, conforme a própria nomenclatura sugere, a arguição da inconstitucionalidade de determinado ato normativo surge no curso de um processo judicial previamente instaurado, cujo objeto não é o exame da constitucionalidade da lei. Este configura um incidente processual, ou seja, uma questão prejudicial⁴⁴, a ser decidida como pressuposto necessário à resolução da controvérsia judicial preexistente.

Por seu turno, o controle principal, também denominado por ação direta, tem por objeto a própria aferição da validade da norma infraconstitucional. Seu escopo é, portanto, a preservação da harmonia do sistema jurídico.

Trata-se de controle instaurado independentemente de um caso concreto, não se destinando a tutelar direitos subjetivos, eis que está dissociado de uma relação jurídica material preexistente. O processo em que se desenvolve essa modalidade de controle consiste, dessa forma, em processo objetivo, no qual não há disputa entre partes⁴⁵, no sentido técnico do termo.

Dada a natureza eminentemente abstrata de tal modalidade de fiscalização normativa, a discussão da validade da lei, nessas hipóteses, ocorre em tese⁴⁶, tendo por escopo e fundamento a preservação da supremacia da Constituição e, conseqüentemente, sua autoridade normativa.

Em razão de tais fatores, o rol de legitimados para instaurar ações diretas de controle de constitucionalidade é taxativamente estabelecido no artigo 103 da Constituição republicana de 1988, sendo tradicionalmente restrita a participação de terceiros nesses processos.

⁴⁴ BRANCO; MENDES, 2011, p. 1059.

⁴⁵ BARROSO, 2009, p. 50.

⁴⁶ RTJ 95/999, Rel. Min. Moreira Alves.

1.5 DESAFIOS DE LEGITIMIDADE E LIMITES DO PAPEL DA CORTE CONSTITUCIONAL

A materialização da Constituição, verificada com o neoconstitucionalismo, conferindo à jurisdição constitucional a última palavra na interpretação da Constituição, carta veiculadora de valores morais e políticos imperativos, acaba por acarretar certa tensão entre constitucionalismo e democracia. Tal se deve ao fato de que “a materialização da Constituição limita o âmbito de deliberação política aberto às maiorias democráticas”⁴⁷.

Surge, assim, aparente confronto entre os ideários de soberania popular e democracia representativa, de um lado, e, de outro, a limitação das maiorias por meio dos direitos humanos e do controle de constitucionalidade.

O ideal democrático acentua a necessidade da abertura da jurisdição constitucional a um universo amplo de participantes⁴⁸.

As Cortes Constitucionais não se podem fechar à realidade plural. A legitimidade de sua atuação depende da garantia de um espaço de atuação eficaz para as oposições, assegurando, por meio de mecanismos de controle, a proteção dos direitos fundamentais contra o próprio legislador⁴⁹.

Ao limitar o exercício do poder, os Tribunais Constitucionais devem respeitar seus próprios limites de atuação.

Da materialização da Constituição decorre o enfrentamento de questões cada vez mais complexas por parte da jurisdição constitucional, em razão da adoção de princípios e valores, descritos muitas vezes por expressões plurissignificativas, que requerem maior esforço interpretativo.

Em razão disso, resta superada a concepção da interpretação constitucional como uma atividade mecânica e subsuntiva, que reduzia o juiz constitucional a mero veiculador de escolhas prévias do constituinte. O Judiciário resolvia questões de índole política valendo-se de critérios puramente jurídicos.

⁴⁷ BRANCO; MENDES, 2011, p. 62.

⁴⁸ BRANCO, 2009, p. 9.

⁴⁹ *Ibid.*, p. 42.

Como nem sempre a norma jurídica é dotada de conteúdo unívoco, admite-se na era pós-positivista que a atividade interpretativa consiste em ato de vontade, pelo qual se realiza uma escolha precedida de valoração específica.

A decisão, contudo, deve ser racionalmente fundamentada, bem como compartilhada com a comunidade, de modo que possua legitimidade⁵⁰.

O grande problema que se forma é o questionamento da legitimidade da Corte Constitucional para censurar escolhas parlamentares, dotadas de representatividade popular. “Acusa-se, não raro, o tribunal de se imiscuir em assuntos políticos, que devem ser confiados ao descortino de órgãos de representação popular”⁵¹.

Com o neoconstitucionalismo e o reconhecimento da força normativa da Constituição, norma suprema do ordenamento jurídico, tem-se naquela uma condicionante do agir dos poderes afetos às decisões majoritárias, passando o Judiciário a proferir a última palavra em matéria constitucional.

Do mesmo modo, sobressai o papel do Judiciário como defensor das “minorias discretas” – grupos não raramente marginalizados pelo processo político – contra as maiorias democráticas⁵².

Tal salienta que a democracia não se resume à vontade das maiorias, mas abrange, igualmente, a proteção dos direitos fundamentais de todos, mister este que ficou sob encargo do Judiciário⁵³.

Surge, assim, o que Alexander Bickel denominou de dificuldade contramajoritária, referente ao fenômeno pelo qual o Judiciário, poder não eletivo, passa a interferir em deliberações tomadas por representantes do povo, o que, por vezes, acusa de antidemocrático o controle de constitucionalidade⁵⁴.

Ao se perquirir acerca do papel da Corte Constitucional na aferição de legitimidade de leis e demais atos normativos, a indagação que se sobressai diz

⁵⁰ BARROSO, 2009, p. 55-56.

⁵¹ BRANCO, 2009, p. 44.

⁵² *Ibid.*, p. 54.

⁵³ BARROSO, 2012, p. 40.

⁵⁴ BRANCO, *op. cit.*, p. 57.

respeito a qual seria o direito que assegura ao Tribunal Constitucional a possibilidade de impor seu entendimento ao legislador democraticamente eleito⁵⁵.

Tais questionamentos ressaltam a "ambivalência democrática" da Corte Constitucional: se, por um lado, a legitimidade democrática dos magistrados reside em sua investidura nos moldes dos procedimentos preestabelecidos na norma constitucional, garantido-se-lhes a necessária independência funcional para a realização de seu mister, por outro sobressai o denominado "risco democrático".

O risco consiste no fato de que, proferindo o Tribunal Constitucional a última palavra em matéria constitucional – podendo, em última análise, chegar a anular a produção normativa de órgãos dotados de representatividade popular –, suas decisões estariam imunes a qualquer forma de controle democrático⁵⁶.

Dois papéis deverão ser desempenhados pela jurisdição constitucional, destacando-se, no Brasil, a atuação do Supremo Tribunal Federal: o contramajoritário, estabelecendo limites às maiorias; e o representativo, por meio do qual dá respostas às demandas sociais não contempladas pelas instâncias políticas tradicionais, suprimindo a falta de atuação das entidades de representação popular⁵⁷.

Ao Supremo Tribunal Federal, observando como limites os princípios e demais preceitos constitucionais, cabe zelar pelo processo democrático e promoção dos valores constitucionais, resguardando-os de ações deletérias de maiorias políticas ocasionais.

Reconhecendo-se que a Constituição de um Estado democrático baliza-se em consensos sociais mínimos, tem-se que a Corte Constitucional atua como intérprete da razão pública⁵⁸ – a qual utiliza argumentos tidos como legítimos por todos os grupos sociais abertos ao debate, vedando-se o privilégio de segmentos sociais específicos, em detrimento do pluralismo.

O Tribunal Constitucional deve intervir, portanto, para impor consensos mínimos consubstanciados na Constituição, mas respeitando a deliberação política majoritária, quando legítima, ou seja, de acordo com o que clama a sociedade.

⁵⁵MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle abstrato de constitucionalidade**: ADI, ADC e ADO. Comentários à Lei n. 9.868/99. São Paulo: Saraiva – Série EDB, 2012, p. 251.

⁵⁶ *Ibid.*, p. 260-261.

⁵⁷ BARROSO, 2012, p. 42.

⁵⁸ *Ibid.*, p. 414-415.

Diversos são os desafios enfrentados pelo juiz constitucional ao deparar-se com questões como as descritas acima, tais quais as críticas à capacidade institucional do Judiciário para avaliar a repercussão em larga escala de suas decisões sobre políticas públicas em geral, bem como a restrição à participação da sociedade em relação ao processo decisório, deste excluindo os que não possuem acesso aos tribunais⁵⁹.

Urge estabelecer instrumentos hábeis a compatibilizar o princípio democrático com o controle de constitucionalidade, reconhecendo-se que, no atual Estado Constitucional, no contexto de uma democracia plural, não mais se pode conceber um monopólio da interpretação constitucional por parte da jurisdição constitucional, bem como não se pode resumir o ideal democrático à realização da vontade da maioria, devendo abranger também o compromisso com direitos fundamentais.

Diante do exposto, "cabe ao Supremo Tribunal Federal o papel relevante e delicado de encontrar o ponto de equilíbrio entre (i) a determinação de sentido e valores inscritos na Constituição e o (ii) respeito ao processo político majoritário"⁶⁰.

Caso contrário, admitir-se-ia verdadeiro *déficit* de legitimação das decisões do Supremo Tribunal Federal, que não encontrariam lastro na realidade e demandas sociais, apartando-se destas.

⁵⁹ BARROSO, 2012, p. 40.

⁶⁰ *Ibid.*, p. 403.

2. A ABERTURA DA INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL

2.1 OS NOVOS MOLDES DA INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL: A INSUFICIÊNCIA DOS MÉTODOS HERMENÊUTICOS CLÁSSICOS

Destaca-se a hermenêutica constitucional da hermenêutica jurídica, da qual aquela é espécie, em razão das peculiaridades inerentes à norma constitucional, que a distinguem das normas jurídicas em geral – tais quais sua superioridade hierárquica no ordenamento jurídico pátrio, a vastidão de princípios e conceitos abertos e plurissêmicos que a conformam, assim como sua estrutura aberta e fragmentária –, consoante exposto alhures.

A hermenêutica constitucional tem perpassado por profundos e significativos avanços, especialmente a partir da constatação da insuficiência do método clássico subsuntivo na solução de problemas jurídicos dotados de maior complexidade, com particular destaque para os denominados casos difíceis.

A evolução da hermenêutica constitucional prosseguiu para a utilização da tópica e do pensamento problemático na resolução dos problemas constitucionais.

Com isso, a Constituição deixou de ser interpretada da mesma maneira que os demais atos normativos – ou seja, não mais seria interpretada como outra lei qualquer – e a norma não mais seria vista como um fator dado e preconcebido, passando-se a considerar a “abertura estrutural” da Constituição, bem como sua baixa densidade normativa e indeterminação de seus elementos⁶¹.

Dessa forma, a norma-texto, por si só, torna-se elemento necessário, mas insuficiente para a concreta realização jurídica, urgindo ser integrarda ao caso concreto, orientando-se ao problema⁶².

Grande destaque tem assumido o papel da Corte Constitucional para aferir a legitimidade de leis e demais atos normativos em face da supremacia da Constituição, motivo pelo qual ganha cada vez mais relevo a tentativa de se

⁶¹ MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle de Constitucionalidade: Hermenêutica Constitucional e Revisão de Fatos e Prognoses Legislativos pelo órgão judicial**. In: *Revista Jurídica Virtual*, Brasília, vol. 1, n. 8, janeiro 2000. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_08/cont_constitucionalidade.htm]. Acesso em: 14.07.2012, p. 1.

⁶² *Id.*, 2012, p. 252.

compatibilizar fatores como democracia constitucional e jurisdição constitucional, especialmente ao se perquirir a possibilidade de submissão do legislador democraticamente eleito, do qual emanou o ato normativo impugnado, às decisões de controle, prolatadas pela Corte Constitucional⁶³.

Ademais, a mudança de postura do Supremo Tribunal Federal quanto à possibilidade de análise de matéria de fato em ações abstratas de controle de constitucionalidade é fator que demonstra verdadeira evolução hermenêutica e jurisprudencial por parte da Corte Constitucional brasileira.

Se, a princípio, a jurisdição constitucional adotava uma concepção defensiva, termo cunhado pelo Ministro Gilmar Mendes⁶⁴, a interpretação constitucional revela inegável simbiose entre fato e lei, sendo inconcebível uma ideia meramente subsuntiva diante de determinadas questões constitucionais dotadas de maior complexidade⁶⁵.

Reconhecido o juiz como criador da norma jurídica por meio do processo interpretativo, integrando o texto puro da norma à realidade fática, concretiza, portanto, a lei, atividade esta que passa a clamar por um conhecimento mais atualizado e amplo por parte do magistrado, na persecução da melhor decisão possível ao caso concreto⁶⁶. Ocorre que, não raramente, o juiz, sozinho, não tem acesso a informações imprescindíveis ao melhor julgamento possível.

Dentre os novos métodos hermenêuticos influenciados pelo pensamento tópico – consistente na interpretação voltada ao problema, tendo em vista a resolução de problemas jurídicos concretos –, assume singular relevo para a hermenêutica constitucional o método concretista da “Constituição aberta”, preconizado pelo doutrinador alemão Peter Häberle⁶⁷.

A teoria, de viés notadamente democrático, visa a demonstrar que, no pluralismo de uma sociedade aberta, cumpre proceder à democratização do processo interpretativo, numa perspectiva inclusiva e cidadã.

⁶³ MENDES, 2000, p. 2.

⁶⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 3.153-AgRg. FENACA e Presidente da República / Secretário da Receita Federal. Relator: Ministro Celso de Mello. DJ 08.09.2005.

⁶⁵ BUENO, Cassio Scarpinella. **Amicus curiae no processo civil brasileiro**: um terceiro enigmático. 2. ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 29-30.

⁶⁶ *Ibid.*, p. 32.

⁶⁷ BONAVIDES, 2006, p. 509.

2.2 CONSIDERAÇÕES ACERCA DA PROPOSTA DE PETER HÄBERLE: A SOCIEDADE ABERTA DOS INTÉRPRETES DA CONSTITUIÇÃO E SUA RELEVÂNCIA PARA A REALIZAÇÃO DO POSTULADO DEMOCRÁTICO

No cenário de evolução hermenêutica acima traçado, Peter Häberle preconiza a adoção de uma hermenêutica constitucional adequada a uma sociedade pluralista. Aberta, portanto, a intérpretes da Constituição.

Consoante propõe o jurista alemão, a interpretação constitucional resulta de um processo pluralista, protagonizado por um extenso ciclo de participantes, agentes da “realidade constitucional”, eis que destinatários da norma constitucional, o que lhes confere o caráter de legítimos intérpretes da norma que vivenciam.

Dessa forma, supera-se o clássico modelo de interpretação realizada por uma “sociedade fechada”, concentrada unicamente na interpretação constitucional dos juízes, vinculados a procedimentos formalizados⁶⁸.

A proposta não pretende refutar a relevância da atuação dos magistrados no processo interpretativo, eis que à jurisdição constitucional subsiste o ofício de proferir a última palavra em matéria de interpretação constitucional.

À Corte Constitucional deve-se agregar a participação dos demais agentes, de modo que se promova um alargamento do círculo de intérpretes da Constituição, com fulcro na concepção de interpretação como processo aberto a ser publicizado, bem como na noção de Constituição como realidade constituída⁶⁹.

Assim, os intérpretes estatais oficiais não perdem importância; antes, adquire relevo o intercâmbio de informações entre eles e os fóruns não oficiais.

Para Häberle, não é possível fixar um elenco cerrado de intérpretes da Constituição, eis que “os critérios de interpretação constitucional hão de ser tanto mais abertos quanto mais pluralista for a sociedade”⁷⁰.

Nesse sentido, o jurista promove a distinção entre interpretação em sentido estrito e em sentido lato. A primeira, referente aos métodos interpretativos clássicos, ao passo que a interpretação lata promove um espaço favorável ao

⁶⁸HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição**: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997, p. 11-12.

⁶⁹ BONAVIDES, 2006, p. 509.

⁷⁰ MENDES, 2000, p. 13.

debate e à renovação, aberto a todos quantos participem ativa ou passivamente da vida política da comunidade. Esta modalidade interpretativa é protagonizada, segundo Häberle, pelos legítimos intérpretes democráticos, num cenário em que vigora uma “democracia de cidadãos”⁷¹.

Reconhecendo-se que interpretação consiste em processo aberto, urge integrá-la à realidade. E a ampliação do círculo de intérpretes acaba, justamente, por traduzir a realidade pluralista, à medida que resulta na pluralização da interpretação constitucional, tornando-a mais complexa⁷².

A importância da sobredita percepção encontra respaldo na preleção de Konrad Hesse, exposta alhures, acerca da força normativa da Constituição, que cresce em legitimidade na proporção em que reflete a realidade circundante, da qual jamais pode se marginalizar.

A partir de tal constatação, urge evocar o ensinamento de Häberle segundo o qual “não existe norma jurídica, senão norma jurídica interpretada”, momento em que distingue norma de texto normativo, sendo a primeira resultado da interpretação deste. E interpretar um ato normativo, prossegue, “nada mais é do que colocá-lo no tempo ou integrá-lo na realidade pública”⁷³.

Se interpretar a norma constitucional implica em integrá-la à realidade da qual se originou e à qual se destina, não há como se conceberem óbices à participação dos próprios destinatários da norma no processo hermenêutico.

A doutrina de Häberle visa a negar a perpetuação de um monopólio da interpretação constitucional – mesmo em sociedades dotadas de uma Corte Constitucional ou outro órgão que exerça a jurisdição constitucional –, de modo a concretizar efetivamente o postulado democrático⁷⁴.

Ao associar a jurisdição constitucional à democracia, o pensamento de Häberle converge com a doutrina de Hans Kelsen, na busca da plena legitimidade do exercício das funções do Estado pelo desenvolvimento do sistema de controle, de modo que a jurisdição constitucional configure instrumento de proteção da

⁷¹ BONAVIDES, 2006, p. 509-511.

⁷² HÄBERLE, 1997, p. 30-31.

⁷³ *Ibid.*, p. 9-10.

⁷⁴ MENDES, 2000, p. 6.

minoria contra avanços inconstitucionais da maioria, no que se destaca, também, a importância da Corte Constitucional na proteção de direitos fundamentais.

Assim,

A simples possibilidade de impugnação perante a Corte Constitucional parece configurar instrumento adequado para preservar os interesses da minoria contra lesões, evitando a configuração de uma ditadura da maioria, que, tanto quanto a ditadura da minoria, se revela perigosa para a paz social⁷⁵.

Constata-se, outrossim, a relevância do papel da Corte Constitucional de refrear os ímpetus das maiorias políticas e garantir a estabilidade e coerência normativas, reforçando o princípio democrático.

A relevância de tal reflexão reside na compreensão das principais funções pertinentes à Constituição de um Estado democrático.

A primeira consiste em positivar consensos sociais mínimos que não podem ser afetados por maiorias políticas ocasionais – consensos esses que veiculam valores basilares da sociedade, como a garantia de direitos fundamentais e a dignidade da pessoa humana.

A segunda função afeta à Constituição democrática reside na garantia do pluralismo político, assegurando um espaço onde sejam efetivamente considerados a participação popular, os meios de comunicação social, a opinião pública e as demandas dos grupos de pressão e de movimentos sociais⁷⁶.

Tal converge com o magistério de Ronald Dworkin, que insere a atuação da jurisdição constitucional no contexto de uma democracia constitucional, contraposta à noção de democracia majoritária.

Para o referido doutrinador norteamericano, democracia significa governo sujeito a condições – as denominadas condições democráticas –, que se impõem igualmente a todos os cidadãos, de modo que, acaso descumpridas pelas instituições majoritárias, haverá a necessidade de se recorrer a instrumentos alternativos que a protejam⁷⁷.

Nesses casos, cumpre recorrer à Corte Constitucional, cuja existência, por si só, pressupõe a necessária neutralidade na resolução de tais conflitos.

⁷⁵ MENDES, 2000, p. 6.

⁷⁶ BARROSO, 2012, p. 413.

⁷⁷ MENDES, 2012, p. 259.

Ademais, destinando-se à composição de conflitos políticos, passa a jurisdição constitucional a constituir-se "elemento fundamental de uma sociedade pluralista, atuando como fator de estabilização indispensável ao próprio sistema democrático"⁷⁸.

A teoria relaciona-se, ainda, com o fenômeno da materialização da Constituição, pois a incorporação de valores pelo texto constitucional torna imprescindível que, para que a norma constitucional seja corretamente aplicada em determinados casos, recorra-se às pré-compreensões dos intérpretes não oficiais acerca da matéria em análise.

Em referidas hipóteses, torna-se imperativo que se proceda à apreciação dos diversos ângulos do problema, que somente se explicitarão por meio da abertura da interpretação constitucional à toda a comunidade por ela afetada⁷⁹.

2.3 O CÍRCULO DE INTÉRPRETES NA SOCIEDADE ABERTA

A democratização da interpretação constitucional visa a reconhecer o papel de intérprete – ou ao menos co-intérprete – da Constituição àqueles que vivenciam a norma constitucional.

São os atores a que Häberle atribui a designação de intérpretes constitucionais em sentido lato⁸⁰.

Tal se deve ao fato de que todos os que vivem o contexto regulado pela norma são, direta ou indiretamente, intérpretes dessa mesma norma. Se não são apenas os intérpretes jurídicos os regidos pela Constituição, não podem deter o monopólio da interpretação constitucional⁸¹.

A teoria rechaça, portanto, a tradicional ideia de "interpretação constitucional como uma operação impregnada de oficialidade (estatalidade) e formalismo, (...) obra 'exclusiva' de juristas especializados"⁸².

⁷⁸ MENDES, 2012, p. 260.

⁷⁹ BRANCO; MENDES, 2011, p. 93.

⁸⁰ HÄBERLE, 1997, p. 14.

⁸¹ *Ibid.*, p.15.

⁸² BONAVIDES, 2006, p. 511.

Daí não haver *numerus clausus* de intérpretes constitucionais, participando da interpretação da norma constitucional órgãos estatais, entes públicos, cidadãos e grupos indistintamente⁸³.

Häberle fornece um catálogo dos participantes do processo de interpretação constitucional, abrangendo as funções estatais, em que se destaca a Corte Constitucional; participantes não necessariamente inseridos no contexto de função pública; a opinião pública e o processo político.

Dentre os participantes do segundo grupo, merecem relevo peritos, representantes de interesses em audiências públicas, partidos políticos, associações. Abrangidos na categoria opinião pública estão os cidadãos, as associações e partidos políticos fora da atuação organizada⁸⁴.

Dessa forma, Häberle busca demonstrar que “a interpretação constitucional não é um evento exclusivamente estatal”⁸⁵. Significa concluir que o processo interpretativo vai além daquele realizado por órgãos oficiais e participantes diretos do processo.

2.4 LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA PELA PARTICIPAÇÃO – DEMOCRACIA DELIBERATIVA NUMA SOCIEDADE PLURAL

Em que pese a vasta fundamentação democrática da teoria da sociedade aberta de intérpretes da Constituição, a proposta não se encontra imune a objeções, conforme o próprio Häberle reconhece.

Com efeito, talharam-se críticas referentes à ameaça ao princípio da unidade da Constituição pelo risco de a interpretação constitucional dissolver-se em extenso número de interpretações e intérpretes, assim como ao questionamento da legitimação dos intérpretes em sentido lato.

Häberle rechaça tais ideias ao asseverar que, sendo a interpretação um processo aberto, não pode ser compreendida como submissão ou recepção de uma ordem, ou seja, seria inadmissível conceber a norma como uma decisão prévia,

⁸³ BONAVIDES, 2006, p. 512.

⁸⁴ HÄBERLE, 1997, p. 23.

⁸⁵ HÄBERLE, *loc. cit.*

simples e acabada⁸⁶. Caso contrário, o destinatário da norma estaria reduzido à condição de mero objeto dela, o que não se admite cogitar em uma democracia participativa, inclusiva e cidadã, na qual se deve conceder voz aos destinatários das decisões, tornando-os agentes argumentativos de sua elaboração.

Frise-se a ínsita relação entre os mecanismos participativos e o princípio da dignidade da pessoa humana, fundamento da República Federativa do Brasil insculpido no artigo 1º, inciso III, da Constituição republicana de 1988.

Ao terem possibilitada a participação no processo de tomada de decisões públicas para, desse modo, interferirem no destino da sociedade em que vivem, os cidadãos têm contemplada sua dignidade⁸⁷.

A integração da realidade por meio do processo interpretativo deve compreender um diálogo entre magistrados e demais destinatários da norma, de modo que o processo de tomada de decisão seja verdadeiramente legítimo.

Na persecução da incorporação da realidade ao processo de interpretação, a abertura hermenêutica propugnada por Häberle acaba por “legitimar as influências, expectativas e pressões sociais a que o juiz inelutavelmente se acha exposto, contra os que, de maneira falsa e pouco realista, vêem nisso tão-somente u’a ameaça a sua independência”⁸⁸.

Sendo a Constituição percebida como um processo público, a unidade da Constituição resulta, em verdade, da conjugação do processo e das funções dos diferentes intérpretes⁸⁹.

O espaço deliberativo passa a compor-se, ademais dos fóruns oficiais, de redes informais de comunicação, pautando-se a fundamentação decisória no diálogo entre as esferas estatal e não estatal, acerca de questões de interesse público⁹⁰.

A doutrina de Häberle converge, ainda, com a de Böckenförde – que teceu ensinamentos acerca da tópica e do pensamento problemático como novéis

⁸⁶ HÄBERLE, 1997, p. 30.

⁸⁷ BRANCO, 2009, p. 212.

⁸⁸ BONAVIDES, 2006, p. 513.

⁸⁹ HÄBERLE, *op. cit.*, p. 32-33.

⁹⁰ SOUZA NETO, Claudio Pereira de. **Teoria constitucional e democracia deliberativa**: um estudo sobre o papel do direito na garantia das condições para a cooperação na deliberação democrática. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 147-148.

métodos de interpretação constitucional – ao pressupor a existência de um consenso mínimo de modo a evitar a dissolução da normatividade constitucional⁹¹.

Retome-se o magistério de Hans Kelsen acerca da relação entre o postulado democrático e o exercício do controle de constitucionalidade de normas por parte da jurisdição constitucional em defesa das minorias.

Para Kelsen, a realização do ideal democrático não reside na legitimação pela verdade, mas pelo consenso⁹².

Diante de tais constatações, percebe-se que a pluralidade de interesses e opiniões que compõe a realidade social não se compatibiliza com a pretensão de se firmarem conceitos absolutos ou verdadeiros que obstem, vez por todas, o eventual surgimento de conflitos.

O povo, portanto, não deve ser dirigido nem submisso; deve, antes, em observância do postulado democrático, fazer-se inserir no processo interpretativo e decisório, conferindo-lhe maior legitimidade, atualizando a Corte Constitucional e, assim, aproximando-a da realidade.

Referida participação, ao proporcionar informações de que os juízes constitucionais ordinariamente não dispõem, assume relevância ímpar em sede de controle de constitucionalidade, contribuindo para amenizar o risco democrático que assombra a Corte Constitucional.

No Brasil, a crescente utilização de instrumentos como audiências públicas, *amici curiae* e julgamentos televisionados revela, embora de forma tímida, a busca da legitimação do processo decisório protagonizado pelo Supremo Tribunal Federal numa sociedade aberta de intérpretes.

Tais mecanismos tem demonstrado, conforme asseverou o Ministro Gilmar Mendes em voto proferido no julgamento da ação direta de inconstitucionalidade n. 3510, que o Supremo Tribunal Federal

pode, sim, ser uma Casa do povo, tal qual o parlamento. Um lugar onde os diversos anseios sociais e o pluralismo político, ético e religioso encontram guarida nos debates procedimental e argumentativamente organizados em normas previamente estabelecidas. As audiências públicas, nas quais são ouvidos os expertos sobre a matéria em debate, a intervenção dos *amici curiae*, com suas contribuições jurídica e socialmente relevantes, (...) fazem desta Corte também um espaço democrático. Um espaço aberto à

⁹¹ MENDES, 2012, p. 255.

⁹² *Ibid.*, p. 257.

reflexão e à argumentação jurídica e moral, com ampla repercussão na coletividade e nas instituições democráticas⁹³.

Evocando as lições de Robert Alexy, o ínclito Ministro ressalta que " o parlamento representa o cidadão politicamente, o tribunal, constitucional argumentativamente".

Significa dizer que a construção racional da decisão por meio de procedimentos argumentativos, constituindo o Tribunal em instância de reflexão do processo político, com argumentos que encontram eco na coletividade, atua não raramente como meio de proteger o povo contra seus próprios representantes políticos, quando estes incidam na prática de atos desmesurados, impondo as vontades da maioria desconsideradamente, ao arripio de preceitos constitucionais.

Assim, não se pode ignorar que a jurisdição constitucional consiste em espaço de legitimação discursiva ou argumentativa das decisões políticas, que coexiste com a legitimação majoritária. Compete ao Supremo Tribunal Federal proteger não apenas direitos fundamentais, mas também a própria democracia⁹⁴.

Cumprе ressaltar que é justamente a teoria acima descrita que Alexy propõe para amenizar a tensão entre o princípio da representação democrática e o controle judicial de constitucionalidade. Sendo os argumentos utilizados pela Corte em sua decisão fundamentados nos argumentos apresentados pelo próprios cidadãos nos debates travados ao longo do processo, o Tribunal Constitucional estaria, assim como os entes eleitos em processo político, representando o povo⁹⁵.

Logo, além da legitimidade, ganha a decisão constitucional em racionalidade, devendo ser argumentativamente construída.

Na mesma toada, conforme magistralmente pronunciado pela Ministra Cármen Lúcia, relatora da ação por descumprimento de preceito fundamental n. 101, "a Constituição Federal determina a democratização não só dos processos políticos, mas também dos processos judiciais"⁹⁶.

⁹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 3.510/DF. Procurador-Geral da República e Presidente da República e outros. Tribunal Pleno. Relator: Ministro Ayres Britto. DJ 29.05.2008.

⁹⁴ BARROSO, 2012, p. 251.

⁹⁵ BRANCO, 2009, p. 191-192.

⁹⁶ Notícia STF, 27.06.2008. Disponível em: [<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=92494>].

Ressalte-se que, ao promover a participação dos diferentes segmentos sociais, levando em consideração os argumentos dos diversos grupos de cidadãos, a abertura do processo de tomada de decisão possibilita conciliar o princípio democrático com a necessidade de proteção das minorias.

Robert Alexy rechaça a confiança ilimitada no legislador democrático, pois “o princípio da maioria é uma ameaça constante para minorias permanentes, dificilmente organizáveis e marginalizadas”⁹⁷.

Nesse sentido, cabe à jurisdição constitucional, ao agir em defesa dos preceitos constitucionais e, particularmente, de direitos fundamentais

acudir à necessidade de se corrigirem is desníveis reais de participação no processo democrático de deliberação pública no foro legislativo, provocados pelas disparidades entre riqueza e poder, que nem mesmo a mais democrática das sociedades reais logra anular. A jurisdição constitucional confere aos grupos de indivíduos desprovidos de meios para atrair a atenção política em seu prol a oportunidade de reverter decisões contrárias aos seus direitos fundamentais, num foro concebido especificamente par a proteção de direitos constitucionais⁹⁸.

A jurisdição constitucional, assim, reforça o postulado democrático e adquire legitimidade política ao incluir no debate grupos sociais que, na seara política majoritária, não lograram ver contempladas suas perspectivas e anseios.

É o que percebe o Ministro Cezar Peluso, relator da ADI n. 3.474, ao proferir que, com a atuação dos intérpretes em sentido lato da Constituição,

abre-se um canal valioso para a participação de membros do corpo social interessados no processo de tomada de decisão da Corte, em reforço da legitimidade e do caráter plural e democrático da atividade exercida pelo julgador⁹⁹.

Atente-se que tais mecanismos inclusivo-participativos não são precursores da abertura da jurisdição constitucional brasileira, eis que dão continuidade ao trabalho iniciado pelo próprio constituinte responsável pela elaboração da Constituição da República de 1988, que elasteceu a legitimidade para a propositura das ações abstratas de controle de constitucionalidade, até então sob

⁹⁷ ALEXY, 2000, *apud* BRANCO, 2009, p. 192.

⁹⁸ BRANCO, 2009, p. 213.

⁹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 3.474/BA. Relator: Ministro Cezar Peluso. J. 13.10.2005, DJ 19.10.2005.

o monopólio do Procurador-Geral da República¹⁰⁰. Com a sobredita inovação normativa, ampliou-se o acesso à jurisdição constitucional.

Perceba-se, por oportuno, que a Constituição da República de 1988 possibilitou o ingresso do povo na trajetória política brasileira, como protagonista do processo, não apenas em sede de controle abstrato de constitucionalidade, mas também por propiciar a ocorrência de fenômenos políticos como a organização da sociedade, a liberdade de imprensa, os movimentos sociais e a formação de uma opinião pública mais consciente¹⁰¹.

A evolução ainda compreende a alteração da postura do Supremo Tribunal Federal quanto à possibilidade de apreciação de questões de fato em sede de controle abstrato de constitucionalidade.

Constatou-se que, mesmo em tais processos, seria inevitável a comunicação entre norma e fato, além da verificação de prognoses legislativas, como condições da própria interpretação constitucional¹⁰².

Nesse sentido, consoante leciona o professor Inocêncio Mártires Coelho,

quanto mais aberto à participação social se mostrar o processo de interpretação e aplicação da Carta Política, mais consistentes e eficazes serão as decisões da jurisdição constitucional enquanto respostas hermenêuticas – temporalmente adequadas – às perguntas da Sociedade sobre o sentido, o alcance e a própria necessidade da sua Constituição¹⁰³.

Para atender às demandas sociais, em especial em processos nos quais incidem interesses que transcendem as partes diretamente envolvidas, eis que a decisão a ser prolatada afetará a coletividade como um todo, o Supremo Tribunal Federal tem se valido de instrumentos processuais hábeis a conferir um caráter pluralista ao processo objetivo de controle abstrato de constitucionalidade, a serem estudados a seguir.

¹⁰⁰ BRANCO, 2009, p. 224.

¹⁰¹ BARROSO, 2012, p. 140.

¹⁰² BRANCO, *op. cit.*, p. 227.

¹⁰³ COELHO, Inocêncio Mártires. **As ideias de Peter Häberle e a abertura da interpretação constitucional no direito brasileiro**. Palestra proferida na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra em 12.01.1998. Disponível em: [<http://www.direitopublico.idp.edu.br/index.php/direitopublico/article/viewFile/464/433>] Acesso em: 10.08.2012, p. 8-9.

3. INSTRUMENTOS DE APLICABILIDADE DA ABERTURA PROCEDIMENTAL NO CONTROLE ABSTRATO DE CONSTITUCIONALIDADE BRASILEIRO

3.1 O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

O Supremo Tribunal Federal tem protagonizado, em sede de controle de constitucionalidade, julgamentos acerca de temas da mais profunda relevância social, tais quais os que versaram sobre pesquisas com células-tronco (ADI n. 3510) e interrupção da gestação de fetos anencefálicos (ADPF n. 54). Tais julgamentos foram transmitidos simultaneamente em rede televisiva, proporcionando maior controle social por meio da transparência, além de configurar inevitável instrumento de realização democrática por meio da participação¹⁰⁴.

A patente controvérsia das matérias abordadas, assim como a natureza eminentemente técnica dos assuntos tratados, revelaram que o Supremo Tribunal Federal, atuando isoladamente, não teria o esteio necessário para a prolação de decisões legítimas e verdadeiramente adequadas aos anseios da realidade social.

Urgia recorrer a outros agentes para, transformando a Corte em autêntica *ágora*, palco de deliberações protagonizadas por representantes da multiplicidade de atores e pluralidade de convicções existentes na realidade brasileira, ampliar o círculo de intérpretes da Constituição em tais casos.

As medidas de abertura hermenêutica adotadas pelo Tribunal Constitucional vão ao encontro de dispositivos revolucionários constantes das Leis n.9.868/99 e n. 9.882/99, que versam sobre os processos objetivos de controle de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal.

Hodiernamente, tem-se superada a concepção simplista de democracia como mera prerrogativa de eleger representantes.

Nesse sentido, busca-se no modelo deliberativo de democracia uma “alternativa ao amesquinamento elitista que atinge a democracia representativa”¹⁰⁵.

¹⁰⁴ BARROSO, 2012, p. 39.

¹⁰⁵ SOUZA NETO, 2006, p. 86-95.

Na moderna democracia deliberativa, tem lugar o debate público amplo, por meio do qual deve ocorrer livre circulação de ideias e informações, contribuindo para a racionalização e legitimidade das decisões políticas e judiciais¹⁰⁶.

Assim, Supremo Tribunal Federal deve levar em consideração, no processo de tomada de decisão, o pluralismo vigente na sociedade, o qual, além de fato social, é fundamento expresso da República Federativa do Brasil, previsto no artigo 1º, V, da Constituição da República de 1988.

Retome-se o questionamento que a princípio se impôs acerca da legitimidade da Corte Constitucional em impor seu entendimento ao legislador democraticamente eleito, chegando a anular atos normativos por este editado.

Referida legitimidade é elemento imprescindível no contexto de uma sociedade democrática, o que impõe ao controle de constitucionalidade que se realize em expressa deliberação pública, “disponível ao acompanhamento, influência e controle da cidadania, para que preserve o tônus democrático”¹⁰⁷, promovendo-se, dessa forma, a efetiva participação dos interessados no processo de formulação de decisões públicas.

Urge esclarecer, porém, que, para lograr legitimidade, as decisões constitucionais não precisam coincidir com pesquisas de opinião¹⁰⁸. O Judiciário tem autonomia para não submeter suas decisões à aprovação popular, pois “muitas vezes, a decisão correta e justa não é a mais popular (...) O populismo judicial é tão pernicioso à democracia como o populismo em geral”¹⁰⁹.

Embora a opinião pública deva ser levada em consideração no processo de tomada de decisão – e, como fator extrajurídico relevante à elaboração do decisório judicial, não pode ser confundida com paixões do momento¹¹⁰ –, deve coincidir com outros fatores a serem racionalmente considerados e logicamente fundamentados para a obtenção da melhor solução da controvérsia.

¹⁰⁶ BARROSO, 2012, p. 347.

¹⁰⁷ *Id.*, 2009, p. 211.

¹⁰⁸ *Ibid.*, p. 247.

¹⁰⁹ *Id.*, 2012, p. 279.

¹¹⁰ *Ibid.*, p. 280.

Assim, na formação da convicção judicial do magistrado, incidindo interesse público, ou seja, que transcende a esfera privada das partes envolvidas, é salutar e imperioso proporcionar a participação mais efetiva possível¹¹¹.

A necessidade de abertura da jurisdição constitucional coaduna-se com casos em que a participação da sociedade no processo de controle abstrato de constitucionalidade é fundamental à melhor resolução da controvérsia constitucional, eis que em tais situações o interesse público potencialmente afetado é patente.

Compreenda-se tal interesse como o referente à preservação de valores transcendentais da sociedade, não restrito a um indivíduo ou grupo específico, ou afetos apenas ao Estado, na condição de parte processual. “É o interesse de todos, abrangente e abstrato”¹¹².

Inegável, portanto, que a participação de entidades e indivíduos que não compõem a jurisdição constitucional configura fator de legitimação das decisões judiciais nas hipóteses descritas.

3.2 O MOMENTO DIALÓGICO DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE E A LEGITIMIDADE DO JUÍZO PELA FUNDAMENTAÇÃO

Consoante exposto em momento anterior, fatores como a abertura estrutural da Constituição, a polissemia e ambiguidade das normas que dela se extraem, bem como a possibilidade de colisão de valores de mesmo grau hierárquico distinguem a hermenêutica constitucional da interpretação das normas jurídicas em geral. Nos denominados casos difíceis, em que não sobressai uma única resposta correta, cabe ao juiz proceder à ponderação de valores para revelar a melhor solução possível, a ser obtida por meio da argumentação.

A instrução processual é pressuposto da prolação das decisões judiciais. Com fulcro naquela, o magistrado fornece a fundamentação, que constitui o substrato democrático da decisão constitucional, pois nela se expõe o diálogo aberto no curso do processo¹¹³.

¹¹¹ BUENO, 2008, p. 463-464.

¹¹² FERRAZ, 2005, *apud* BUENO, 2008, p. 471.

¹¹³ BRANCO, 2009, p. 64.

Superado o monopólio da interpretação constitucional, antes reservada aos aplicadores formais do Direito, urge, ainda, reconhecer o dever do Tribunal Constitucional, na condição de poder constituído, de prestar contas à sociedade acerca das razões que o conduzem ao deslinde dos julgamentos que protagoniza, de modo que se evitem arbitrariedades e juízos irracionais.

Buscam-se, portanto, três fatores que devem estar presentes na decisão democrática e legítima: prudência, referente à justificação do decisório; imparcialidade, afeta à universalidade da justificativa; e reciprocidade, eis que as justificações devem ser mutuamente aceitas pelos envolvidos, o que se coaduna com o contexto plural da sociedade¹¹⁴.

A abertura procedimental da jurisdição constitucional, assim como a construção racional das decisões, constitui elemento de acentuada relevância para evitar o voluntarismo do juiz nos processos decisórios e a deturpação da norma constitucional na opinião das maiorias ocasionais¹¹⁵.

Para construir a solução constitucional adequada, o magistrado recorre aos métodos hermenêuticos anteriormente explanados, realizando juízos de ponderação e valendo-se, tanto quanto possível, de fatores de legitimação.

Num Estado democrático, consoante leciona Habermas, o processo carrega o fardo da legitimação, urgindo que os indivíduos por ele afetados sejam previamente esclarecidos, por meio de discussões públicas¹¹⁶.

O desenvolvimento processual democrático, portanto, é marcado pelo agir comunicativo, no qual os cidadãos são, simultaneamente, destinatários e agentes da decisão a ser construída, numa perspectiva participativa e inclusiva.

Assim, “uma decisão será legítima se os cidadãos estiverem aptos para se reconhecerem como seus autores e destinatários”¹¹⁷.

A sociedade deve se fazer ouvir, portanto, anteriormente às deliberações da Corte, para, valendo-se de debates substanciais, incrementar a legitimidade por intermédio da justificação pública das decisões e da participação ativa¹¹⁸.

¹¹⁴ SOUZA NETO, 2006, p. 90.

¹¹⁵ BRANCO; MENDES, 2011, p. 93.

¹¹⁶ HABERMAS, 1997, *apud* BRANCO, 2009, p. 79.

¹¹⁷ BRANCO, 2009, p. 81.

¹¹⁸ *Ibid.*, p. 85.

Não é suficiente a exposição de perspectivas plurais no decorrer do processo de controle de constitucionalidade. É imprescindível que os diversos pontos de vista sejam efetivamente considerados pelo magistrado quando da elaboração da decisão, ainda que a Corte não adira a certos posicionamentos. Mesmo que nem todos os argumentos sejam acatados – o que seria logicamente impossível, pois redundaria em inevitável incongruência da decisão –, não se lhes pode negar a possibilidade de influenciar expectativas jurídicas.

Caso contrário, a participação seria reduzida a mero rito a ser cumprido no decorrer do processo, em nada influenciando na construção da convicção do juiz constitucional. Seria a atuação dos intérpretes não oficiais mera performance, uma aparição simbólica no processo¹¹⁹.

Além do fundamento democrático, cabe ressaltar que, muitas vezes, o Tribunal Constitucional não dispõe de todos os dados necessários ao melhor julgamento da controvérsia constitucional, o que revela a função informativa da participação de intérpretes não oficiais, mais versados em determinadas matérias que fogem ao campo jurídico.

Com efeito, seria assaz ingênuo imaginar que o juiz constitucional detivesse conhecimento de todos os aspectos que afetam a sociedade.

Consoante leciona magistralmente o professor Luís Roberto Barroso,

Os membros do Judiciário não devem presumir demais de si próprios (...) supondo-se *experts* em todas as matérias. Por fim, o fato de a última palavra acerca da interpretação da Constituição ser do Judiciário não o transforma no único – nem no principal – foro de debate e de reconhecimento da vontade constitucional a cada tempo. A jurisdição constitucional não deve suprimir nem oprimir a voz das ruas, o movimento social, os canais de expressão da sociedade. Nunca é demais lembrar que o poder emana do *povo*, não dos juízes¹²⁰.

Em atendimento ao postulado democrático, portanto, condiciona-se a legitimidade das decisões constitucionais à realização prévia de debates sobre os interesses em conflito, nos casos em que tais mecanismos se mostrem imprescindíveis à fundamentação das decisões judiciais. Tal se verifica em situações cujos valores envolvidos são de tamanha monta que a resolução da controvérsia constitucional acarretará potencial impacto sobre a sociedade em geral ou

¹¹⁹ BRANCO, 2009, p. 238.

¹²⁰ BARROSO, 2012, p. 252.

segmentos específicos, bem como nas hipóteses em que o conhecimento especializado sobre determinada matéria seja necessário¹²¹.

A abertura da jurisdição constitucional visa, sobretudo, à obtenção do conhecimento de fatos relevantes, apresentação de argumentos e teses úteis à melhor formação da convicção do magistrado, garantindo a racionalidade de suas decisões, o que lhes confere legitimidade¹²².

Objetiva, também, integrar a realidade à norma, de modo que a decisão seja socialmente adequada.

Logo, a abertura procedimental deve ocorrer em momento anterior ou simultâneo ao julgamento, mas precedente à prolação da decisão, incorporando-se ao fundamento desta, sob pena de tornar-se inócua.

Nesse sentido, o magistério do processualista Scarpinella Bueno, ao discorrer acerca do momento de ingresso do *amicus curiae* em processos abstratos de constitucionalidade, aponta que dita intervenção deve preceder o início dos debates pelos ministros votantes, eis que a participação do *amicus* tem como finalidade última influenciar a formação do convencimento de cada um dos julgadores¹²³.

A atuação precipuamente instrutória dos intérpretes *latos* da Constituição tem sido constatada de forma crescente nos julgamentos do Supremo Tribunal Federal, à medida que este vem reconhecendo em diversos julgados que urge firmar “um debate plural o mais completo possível para municiar os juízes daquela corte com toda a informação disponível para o proferimento de uma decisão ótima e que, necessariamente, leve em conta os valores dispersos pela sociedade”¹²⁴.

A fundamentação dos decisórios, assim como a participação, constitui elemento legitimador da atuação da jurisdição constitucional. Por meio daquela, o Tribunal esclarecerá as razões pelas quais determinados argumentos foram acolhidos e outros rejeitados¹²⁵.

¹²¹ BRANCO, 2009, p. 119, 222.

¹²² *Ibid.*, p. 207.

¹²³ BUENO, 2008, p. 162.

¹²⁴ *Ibid.*, p. 160.

¹²⁵ BRANCO, *op. cit.*, p 239.

Pela fundamentação, a Corte Constitucional presta satisfação aos que atuaram como co-intérpretes no processo, possibilitando a crítica dos que pela decisão serão atingidos, além de garantir a racionalidade da decisão, visto que “uma decisão racional é uma decisão justificada”¹²⁶.

Serve, ainda, de instrumento pelo qual o Tribunal dialoga com a sociedade e expõe-se ao controle democrático, permitindo aferirem-se a racionalidade e a razoabilidade da decisão, destacando-se a utilização de sítios jurídicos na internet, fóruns de debates e da imprensa em geral ¹²⁷.

Ademais, é por intermédio da fundamentação que o magistrado constitucional, para superar a dificuldade contramajoritária, fornece as necessárias razões para a invalidação de atos normativos editados pelo legislador majoritário¹²⁸, na realização do controle de constitucionalidade de normas.

Compõem a democracia deliberativa, portanto, aspectos atinentes à exposição e justificação dos mais diversos pontos de vista acerca da controvérsia constitucional, a serem efetivamente considerados quando da realização do julgamento, permitindo que seja tomada a melhor decisão possível para o caso em apreço, garantindo-lhe legitimidade.

Numa perspectiva de democracia deliberativa, não restrita à prerrogativa majoritária de tomar decisões políticas, “a legitimidade das decisões estatais decorre não só de terem sido aprovadas pela maioria, mas também de terem resultado de um amplo debate público em que foram fornecidas amplas razões para decidir”¹²⁹.

3.3 AMICUS CURIAE

A Lei n. 9.868/99 veda, em seu artigo 7º, *caput*, a intervenção de terceiros em processos de ação direta de inconstitucionalidade e ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal, nos seguintes termos: “não

¹²⁶ PULIDO, 2005, *apud* BRANCO, 2009, p. 239.

¹²⁷ BARROSO, 2012, p. 281.

¹²⁸ SOUSA NETO, 2006, p. 181.

¹²⁹ *Ibid.*, p. 86.

se admitirá intervenção de terceiros no processo de ação direta de inconstitucionalidade”.

Não obstante, o §2º do mesmo dispositivo assim estabelece:

§ 2º O relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, poderá, por despacho irrecorrível, admitir, observado o prazo fixado no parágrafo anterior, a manifestação de outros órgãos ou entidades.

No que tange à ação por descumprimento de preceito fundamental, o artigo 6º, §1º, da Lei 9.882/99, que a disciplina, dispõe

§ 2º Poderão ser autorizadas, a critério do relator, sustentação oral e juntada de memoriais, por requerimento dos interessados no processo.

As aludidas normas reproduziram orientação já contida no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, qual seja, o artigo 169, §2º.

Trata-se da admissão da figura do *amicus curiae* no processo objetivo de controle de constitucionalidade.

Consoante disposto no glossário jurídico do Supremo Tribunal Federal¹³⁰, trata-se o *amicus curiae*, ou “amigo da Corte”, de

Intervenção assistencial em processos de controle de constitucionalidade por parte de entidades que tenham representatividade adequada para se manifestar nos autos sobre questão de direito pertinente à controvérsia constitucional. Não são partes dos processos; atuam apenas como interessados na causa.

O instituto, conforme se observa a partir da análise da definição supratranscrita, consiste em modalidade de intervenção assistencial no processo de controle de constitucionalidade, por meio da qual admite-se a manifestação de terceiros interessados na causa, desde que dotados da adequada representatividade para tanto.

Tal representatividade, ressalte-se, não diz respeito somente a uma quantificação numérica, devendo ser, obrigatoriamente, argumentativa. Cabe ao *amicus curiae* levar ao julgamento constitucional argumentos que expressem os interesses sociais que guardam pertinência com a norma impugnada¹³¹.

No que tange à relevância da matéria, este requisito transparece a necessidade, a ser aferida pelo relator do processo, de que outros elementos sejam

¹³⁰Glossário jurídico do Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/glossario/ververbete.asp?letra=a&id=533>. Acesso em: 10.08.2012

¹³¹ BRANCO, 2009, p. 231-232.

trazidos aos autos para a melhor formação de seu convencimento, expressando a necessidade de diálogo da Corte com a sociedade civil ou mesmo com as demais entidades governamentais¹³².

A vedação contida no *caput* do artigo 7º da Lei n. 9.868/99 deve-se ao fato de que o processo de fiscalização normativa abstrata qualifica-se como processo de caráter objetivo, que não tem por objeto uma relação jurídica concreta, de caráter individual, consistindo, na verdade, em processo que discute a validade da lei em tese¹³³. Seu escopo e fundamento é a preservação da supremacia da Constituição da República e, conseqüentemente, de sua autoridade normativa.

São processos, portanto, que pressupõem a inexistência de interesses subjetivos e partes propriamente ditas.

Nesse sentido, conforme leciona o Ministro Celso de Mello na ADI 575/PI (AgRg)¹³⁴, a “natureza eminentemente objetiva do processo de controle abstrato de constitucionalidade não dá lugar à intervenção de terceiros que pretendam, como assistentes, defender interesses meramente subjetivos”.

Com efeito, o objetivo maior do controle abstrato é a manutenção da incolumidade da ordem constitucional vigente, expurgando do sistema jurídico normas que contrariem, substancial ou formalmente, preceitos constitucionais.

Tais processos resguardam interesses objetivos e somente são instaurados por provocação dos sujeitos exaustivamente elencados no artigo 103 da Constituição da República de 1988. Demais disso, as decisões proferidas em sede de controle abstrato de constitucionalidade são dotadas de eficácia *erga omnes*.

O diploma normativo em comento admite, excepcionalmente, o ingresso formal do *amicus curiae* em sede de fiscalização concentrada de constitucionalidade, desde que observados os requisitos legais de relevância da matéria e representatividade dos postulantes, flexibilizando, desse modo, a vedação contida no artigo 7º, *caput*.

Referida inovação, trazida pela Lei n. 9.868/99, é de fundamental relevância, visto que atribui ao processo de controle abstrato de constitucionalidade

¹³² BUENO, 2008, p. 140.

¹³³ RTJ 95/999, Rel. Min. Moreira Alves.

¹³⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 575/PI (AgRg). Governador do Estado do Piauí e Assembleia Legislativa do estado do Piauí. Tribunal Pleno. Relator: Ministro Celso de Mello. DJU 01.07.94.

um caráter pluralista e democrático¹³⁵, em consonância com o que preceitua o artigo 1º, parágrafo único, da Constituição da República de 1988.

Não sendo parte do processo em que intervém, o *amicus curiae* tem o papel de apresentar sua perspectiva acerca da questão constitucional controvertida, informações técnicas sobre matérias que transcendem o ramo jurídico ou mesmo defender os interesses dos grupos que representa, quando haja a possibilidade de que estes sejam direta ou indiretamente afetados pela decisão a ser prolatada¹³⁶.

O instituto, de origem romana e consagrado pelo Direito anglo-saxão, designa terceiros que fornecem informações e esclarecimentos aos tribunais acerca de determinadas disciplinas, de modo que as decisões sejam o mais condizentes possível com a realidade. Tal participação ganha relevo em casos em que, a exemplo dos processos abstratos de controle de constitucionalidade, cujas decisões são dotadas de eficácia *erga omnes*, haja potencial repercussão sobre a sociedade como um todo.

Assim, a figura do *amicus curiae*, cuja origem possui viés nitidamente democrático, não se confunde com a intervenção de terceiros, eis que, amparado no ordenamento jurídico, torna-se causídico do interesse público, que transcende os interesses das partes originárias do processo instaurado, bem como seu interesse próprio e da própria Corte que discricionariamente evoca sua participação, a ela fornecendo elementos necessários à formulação da melhor decisão para o caso.

Apresentando dados estatísticos, pareceres técnico-científicos e demais estudos especializados e argumentos pertinentes a seu ponto de vista, o amigo da Corte pluraliza a jurisdição constitucional. Sua atuação se legitima, ainda, no interesse coletivo pela preservação da integridade da ordem constitucional, objetivo a cuja consecução o controle de constitucionalidade se destina.

Assim, a manifestação do *amicus curiae* em casos de notória relevância é mecanismo que, trazendo ao julgamento do controle de constitucionalidade informações além do conhecimento técnico do magistrado – esclarecendo circunstâncias fáticas ou proporcionando maior robustez probatória aos autos, por

¹³⁵ BRANCO; MENDES, 2011, p. 1211.

¹³⁶ MEDINA, 2010, p. 17.

exemplo –, confere maior legitimidade às decisões judiciais, pluralizando o debate constitucional em nítida valorização do postulado democrático.

Trata-se, portanto, de “instituto de matiz democrático, uma vez que permite (...) que terceiros penetrem no mundo fechado e subjetivo do processo para discutir objetivamente teses jurídicas que vão afetar toda a sociedade”¹³⁷.

Ao ampliar o núcleo de participantes do processo de tomada de decisão, o *amicus curiae* revela-se instituto que pluraliza o debate constitucional, numa perspectiva inclusivo-participativa, tornando-se o *amicus* co-intérprete das normas constitucionais, em consonância com as lições de Peter Häberle acerca da sociedade aberta de intérpretes da Constituição. Constitui, assim, via de ampliação do acesso à jurisdição constitucional.

Com isso, o ingresso do amigo da Corte, além de aperfeiçoar o processo de tomada de decisão, aproxima o Tribunal Constitucional da sociedade, destinatária última das normas constitucionais, ao fornecer informações que manifestam as preferências interpretativas de variados segmentos sociais, elementos muitas vezes fundamentais para a resolução da controvérsia constitucional¹³⁸.

Nesse sentido, válido destacar o voto do Ministro Celso de Mello na ADI 2.130-MC/SC¹³⁹, ao dispor que a intervenção processual do *amicus curiae* tem o objetivo de “**pluralizar** o debate constitucional, permitindo que o Supremo Tribunal Federal venha a dispor de **todos** os elementos informativos possíveis e necessários à resolução da controvérsia”.

Prossegue o Ministro:

Vê-se que a aplicação da norma legal em causa - **que não outorga** poder recursal ao **amicus curiae** - **não só garantirá** maior efetividade e legitimidade às decisões deste Tribunal, **mas, sobretudo, valorizará**, sob uma perspectiva eminentemente pluralística, o sentido essencialmente democrático dessa participação processual, **enriquecida** pelos elementos de informação e pelo acervo de experiências que esse mesmo **amicus curiae** poderá transmitir à Corte Constitucional, **notadamente** em um processo - **como o de controle abstrato de constitucionalidade** - cujas implicações políticas, sociais, econômicas, jurídicas e culturais são de **irrecusável** importância e de **inquestionável** significação.

¹³⁷ MACIEL, 2002, *apud* MEDINA, 2010, p. 40.

¹³⁸ MEDINA, 2010, p. 42-43.

¹³⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 2.130-MC/SC. Governador do estado de Santa Catarina e Tribunal de Justiça do estado de Santa Catarina. Relator: Min. Celso de Mello DJ 02.02.200. p.145.

Não restam dúvidas, portanto, de que, em que pese a natureza eminentemente objetiva do controle abstrato de constitucionalidade, a admissão de terceiro em tais processos, na posição de *amicus curiae*, constitui fator de legitimação social das decisões do Supremo Tribunal Federal no exercício da jurisdição constitucional, em observância ao postulado democrático e sob uma perspectiva pluralística.

Com isso, passam a ingressar, em referidos processos, instituições representativas dos interesses da coletividade, dando voz aos mais diversos grupos e seguimentos sociais, ampliando inegavelmente o debate constitucional, até então cerrado pelas portas da Corte Constitucional.

Cumprе ressaltar que, embora o artigo 7º da Lei n. 9.868/99 refira-se ao processo de ação direta de inconstitucionalidade, admite-se, por meio de interpretação sistemática, o ingresso do *amicus curiae* também nas ações declaratórias de constitucionalidade, haja vista o fato de ADI e ADC possuírem natureza idêntica¹⁴⁰, configurando ações de natureza dúplice ou ambivalente, ou seja, ações com “sinais trocados”, eis que a procedência de uma implica a improcedência da outra.

No que concerne à Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, o Supremo Tribunal Federal¹⁴¹ tem admitido a participação do *amicus curiae* em caráter excepcional, conforme o artigo 6º, §1º, da Lei nº 9.882/99:

§1º Se entender necessário, poderá o relator ouvir as partes nos processos que ensejaram a arguição, requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou ainda, fixar data para declarações, em audiência pública, de pessoas com experiência e autoridade na matéria.

Assim, também à ADPF é conferida feição pluralista, com participação do *amicus curiae*, a exemplo do que ocorre com a ADI e ADC¹⁴².

A participação de *amici curiae* nos processos objetivos de controle de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal tem se alargado no decorrer

¹⁴⁰ BRANCO; MENDES, 2011, p. 1225.

¹⁴¹ ADPF 46/DF, Relator: Ministro Marco Aurélio, DJ 20.06.2005; ADPF 73/DF, Relator: Ministro Eros Grau, DJ 08.08.2005.

¹⁴² BRANCO; MENDES, *op. cit.*, p.1275.

dos anos, em especial em decorrência da vedação da intervenção de terceiros interessados em tais lides¹⁴³.

Na escala evolutiva em persecução da pluralização do debate constitucional, a participação, a princípio restrita à apresentação de memoriais, passou a abranger, a partir de 2004, com a alteração do artigo 131, §3º, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, a sustentação oral do *amicus curiae*.

Ciente de suas limitações diante da complexidade e exacerbado tecnicismo de determinados casos, pode o juiz constitucional proceder à abertura procedimental na fase instrutória do julgamento, eis que possui o dever-poder de construir seu convencimento elastecendo as alternativas de fundamentação decisória¹⁴⁴.

Busca-se o aperfeiçoamento das decisões judiciais, firmando-se uma relação processual dotada de natureza instrutória e informacional entre o Tribunal Constitucional e o *amicus curiae*¹⁴⁵.

A presença do *amicus curiae*, além de reiterar a impessoalidade da questão constitucional, demonstra que a controvérsia diz respeito objetivamente a todos os indivíduos e grupos sociais¹⁴⁶.

3.4 AUDIÊNCIAS PÚBLICAS

O artigo 9º, §1º, da Lei 9.868/99, que versa sobre o julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal, dispõe que

§ 1º Em caso de necessidade de esclarecimento de matéria ou circunstância de fato ou de notória insuficiência das informações existentes nos autos, poderá o relator requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou fixar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e autoridade na matéria.

¹⁴³ MEDINA, 2010, p. 75.

¹⁴⁴ *Ibid.*, p. 32.

¹⁴⁵ *Ibid.*, p. 78.

¹⁴⁶ COELHO, 1998, p. 14.

Na mesma toada, o artigo 6º, §1º, da Lei 9.882/99, que disciplina a ação por descumprimento de preceito fundamental, estabelece

§ 1º Se entender necessário, poderá o relator ouvir as partes nos processos que ensejarem a arguição, requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou ainda, fixar data para declarações, em audiência pública, de pessoas com experiência e autoridade na matéria.

Trata-se de dispositivos inegavelmente inovadores, que admitem, em sede de controle abstrato de constitucionalidade – processo de natureza eminentemente objetiva –, um mínimo de instrução probatória.

Por meio dos supratranscritos permissivos legais, ao Supremo Tribunal Federal é conferido "um importante instrumento para obtenção de informações, bem como para a aferição dos fatos e prognoses legislativos no âmbito do controle abstrato de normas"¹⁴⁷.

Não obstante a norma date de 1999, a primeira audiência pública realizada na história do Supremo Tribunal Federal ocorreu somente em abril de 2007, envolvendo a discussão de especialistas e entidades sociais acerca do uso de embriões humanos para pesquisas com células-tronco, no bojo da ADI n. 3510.

O caso foi emblemático em razão da multidisciplinaridade que permeava a questão em análise, abrangendo questões de ordem moral, religiosa, política e científica, dentre outras, transcendendo os limites do jurídico.

É digna de encômios a constatação, por parte do Relator, Ministro Carlos Ayres Britto, da necessidade de ampla oitiva da sociedade civil, em razão da relevância e controvérsia do tema abordado, bem como de seu caráter indiscutivelmente técnico.

Consoante afirmou em seu voto, o Ministro Relator, convencido de que a matéria centralmente versada na referida ação direta de inconstitucionalidade era de tal relevância social que passaria a dizer respeito a toda a humanidade, determinou a realização de audiência pública, notável mecanismo constitucional de democracia direta ou participativa¹⁴⁸.

¹⁴⁷ MENDES, 2012, p. 249.

¹⁴⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 3.510/DF. Procurador-Geral da República e Presidente da República e outros. Tribunal Pleno. Relator: Ministro Ayres Britto. DJ 29.05.2008.

Asseverou, ainda, a importância do instrumento para a abertura do diálogo entre o Supremo Tribunal Federal e cientistas não pertencentes à seara jurídica, dada a interdisciplinaridade do tema tratado na ADI n. 3510.

No mesmo sentido, o Ministro Gilmar Mendes, então na Presidência do Supremo Tribunal Federal, pronunciou a relevância da participação dos diversos cientistas e expertos no julgamento da ação direta de inconstitucionalidade em comento, tornando a Corte Constitucional um verdadeiro "foro de argumentação e de reflexão com eco na coletividade e nas instituições democráticas"¹⁴⁹.

Aduziu que, ao deparar-se com temas polêmicos e questões socialmente relevantes, axiologicamente carregadas de valores fundamentais contrapostos, não pode a Corte Constitucional ser tolhida de sua competência ao argumento de que constituiria entidade contramajoritária em face do legislador democrático.

A diversidade de agentes participantes da audiência pública realizada no decurso do julgamento da ADPF n. 54 corrobora a tese de abertura hermenêutica propugnada por Peter Häberle: entidades religiosas, médicas, científicas, da sociedade civil e Ministros de Estado, todos representativos da pleora de opiniões e concepções a respeito do tema em debate.

Percebe-se, portanto, que "o Estado, que deve ser laico e plural, nos termos da Constituição, não pode emprestar seu poder nem suas instituições (...) para impor uma visão única de mundo"¹⁵⁰.

Extremamente profícuo, ainda, que se reconheça que os instrumentos de abertura da jurisdição constitucional interagem entre si.

Com efeito, no que concerne à admissão do ingresso de *amici curiae*, há de se considerar, além dos requisitos legalmente previstos – atinentes à relevância da matéria e representatividade dos postulantes –, os princípios da exequibilidade processual e razoável duração do processo, conforme salientado pela Ministra Cármen Lúcia, relatora da ADPF n. 101¹⁵¹, de modo que não se permita a inviabilização do julgamento.

¹⁴⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 3.510/DF. Procurador-Geral da República e Presidente da República e outros. Tribunal Pleno. Relator: Ministro Ayres Britto. DJ 29.05.2008.

¹⁵⁰ BARROSO, 2012, p. 357.

¹⁵¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 101/DF. Presidente da República e Supremo Tribunal Federal e outros. Relatora: Ministra Cármen Lúcia. DJ 04.06.2012.

Ante à inexistência de vedação legal, doutrina abalizada¹⁵² admite a possibilidade de intervenção de mais de um *amicus curiae* em determinado processo, de modo que se permita a máxima pluralização do diálogo com a Corte Constitucional, em busca da melhor decisão em matéria constitucional.

Cabe ao relator, a quem compete discricionariamente admitir ou não a participação de *amici curiae* na lide, observar se um exacerbado número de amigos da Corte pode comprometer o julgamento.

Evita-se, desse modo, o denominado “*amicus curiae* multitudinário”, buscando-se delimitar uma quantidade razoável de amigos da Corte para participarem do debate, de modo que a intervenção não seja prejudicial ao andamento do processo¹⁵³.

Nesses casos, conforme a experiência do Supremo Tribunal Federal tem demonstrado, torna-se imperativo recorrer ao procedimento de audiências públicas, consoante ocorrido na ADI 3510, ADPF 54 e ADPF 101, por exemplo.

A audiência pública, nesses casos, torna a Corte Constitucional ambiente propício para que os diversos atores, em debates com participação igualitária, apresentem ao Tribunal as escolhas e orientações políticas que traduzem perspectivas dos mais variados – e mesmo antagônicos – segmentos sociais acerca da matéria constitucional controvertida e tecnicamente complexa.

Desse modo, a participação de *amici curiae* em audiências públicas – conjugando dois mecanismos democráticos que pluralizam a jurisdição constitucional – possibilita ao juiz constitucional atentar para as mais diversas manifestações sociais a respeito da norma em apreço, eis que a sociedade, na condição de destinatária última dos preceitos constitucionais, é, igualmente, intérprete da Constituição¹⁵⁴, num contexto aberto de sociedade.

A participação de terceiros em julgamentos constitucionais de grande repercussão social, econômica e jurídica deve, portanto, para que se concretize o ideal democrático, atentar também para a exequibilidade e celeridade processuais.

¹⁵² BUENO, 2008, p. 166.

¹⁵³ NOGUEIRA, 2004, *apud* BUENO, 2008, p. 168-169.

¹⁵⁴ MEDINA, 2010, p. 80.

3.5 SOLICITAÇÃO DE INFORMAÇÕES A TRIBUNAIS

Preceitua o artigo 9º, §2º, Lei 9.868/99:

§2º O relator poderá, ainda, solicitar informações aos Tribunais Superiores, aos Tribunais federais e aos Tribunais estaduais acerca da aplicação da norma impugnada no âmbito da jurisdição.

A possibilidade conferida pela lei ao relator de solicitar informações a outros tribunais enseja um diálogo entre o Supremo Tribunal Federal e os demais tribunais, proporcionando maior integração do Judiciário brasileiro.

Trata-se de casos em que o Tribunal Constitucional promove abertura hermenêutica, ao considerar a jurisprudência de outros tribunais no processo de tomada de decisão em matéria constitucional¹⁵⁵.

Aqui se vislumbra hipótese legal de, por meio do intercâmbio de informações na esfera jurisdicional, auferirem-se, além de dados de que a Corte Constitucional não dispõe, dados acerca de fatos e prognoses no contexto do controle abstrato de normas¹⁵⁶, promovendo a participação hermenêutica de órgãos judiciais que não a Corte Constitucional.

Por meio do mecanismo de abertura procedimental em comento, o Supremo Tribunal Federal vale-se das informações que as demais instâncias judiciais podem lhe transmitir, mormente sobre a aplicação da norma impugnada, e, dessa forma, ampliar seu horizonte de compreensão e, por conseguinte, melhor solucionar demandas constitucionais¹⁵⁷.

3.6 TRANSMISSÃO SIMULTÂNEA DE JULGAMENTOS

Os princípios democrático e da soberania popular associam-se inevitavelmente às ideias de participação e transparência, de modo que a atuação das instituições públicas submeta-se ao controle social.

¹⁵⁵ BARROSO, 2009, p. 189.

¹⁵⁶ MENDES, 2012, p. 249.

¹⁵⁷ COELHO, 1998, p. 12.

A publicidade das deliberações é imprescindível ao ideal democrático, eis que possibilita que as razões publicamente expostas sujeitem-se à crítica pública¹⁵⁸.

Desse modo, no Estado Democrático de Direito a vontade popular condiciona e fiscaliza a atuação dos órgãos representativos, aos quais determina-se agir de maneira vinculada e em conformidade com limites e procedimentos estabelecidos pela Constituição, o que permite “que os atos praticados por esses órgãos de representação possam ser objeto de crítica e controle”¹⁵⁹.

Julgamentos de grande envergadura social e política, tais quais os relativos a cotas raciais e pesquisas com células-tronco, foram protagonizados pelo Supremo Tribunal Federal e transmitidos ao vivo pela *TV e Rádio Justiça*.

Tais veículos comunicativos contribuem expressivamente para a aproximação entre a sociedade e a jurisdição constitucional, cujo acesso, costumeiramente, é restrito e privilegiado, em razão da limitação constitucional dos entes legitimados a participar dos processos objetivos de controle de constitucionalidade¹⁶⁰.

Consoante salienta o professor Luís Roberto Barroso, é inegável a importância de tal instrumento – medida que, vale lembrar, somente existe no Brasil – no contexto de uma sociedade plural e aberta à participação democrática, eis que “a visibilidade pública contribui para a transparência, para o controle social e, em última análise, para a democracia”¹⁶¹.

A democracia é indissociável da possibilidade de fiscalização das decisões pela sociedade, sendo a publicidade elemento imprescindível ao processo decisório, por permitir o acesso amplo aos decisórios¹⁶².

Portanto, não se exime o Judiciário, ao argumento de não configurar poder diretamente eleito, de prestar contas à sociedade nem de sujeitar-se ao controle social, pois, “em uma democracia, todo poder é representativo”¹⁶³.

¹⁵⁸ SOUZA NETO, 2006, p. 93.

¹⁵⁹ MENDES, 2012, p. 258.

¹⁶⁰ MEDINA, 2010, p. 33.

¹⁶¹ BARROSO, 2012, p. 39.

¹⁶² BRANCO, 2009, p. 245.

¹⁶³ BARROSO, *op. cit.*, p. 256.

A perspectiva inclusiva e cidadã, para preservar o sistema de arbitrariedades, deve “levar a que pessoas de todos os quadrantes sociais possam desafiar decisões tanto legislativas, como executivas, como judiciais”¹⁶⁴. Não se descurem, inobstante, das garantias institucionais e funcionais constitucionalmente previstas para assegurar a independência e imparcialidade dos magistrados.

Afirmar que o poder de juízes e tribunais, como todo poder em um Estado democrático, é representativo, significa dizer que é exercido em nome do povo e deve contas à sociedade¹⁶⁵.

O controle social visa, não se pode olvidar, a evitar que o poder, transformando-se num fim em si mesmo, deturpe a própria finalidade para cuja consecução se originou:

excessiva independência tende a gerar incentivos perversos e insular o Judiciário do contexto político e econômico mais amplo, convertendo-o em uma instituição autárquica, incapaz de responder às demandas sociais. [...] Independência sem responsabilidade política (*accountability*) pode ser parte do problema e não da solução¹⁶⁶.

Dessa forma, instrumentos como julgamentos televisionados ou transmitidos simultaneamente por veículos de radiodifusão sonora, ou mesmo por meios eletrônicos, via *internet*, além de aproximarem o Supremo Tribunal Federal da coletividade, destinatária e co-intérprete da norma constitucional, permitem que o Tribunal preste contas à sociedade, expondo o exercício de seu ofício de forma transparente, possibilitando o controle social.

Tal revela uma postura judicial inegavelmente democrática.

¹⁶⁴ PETTIT, 1999, *apud* BRANCO, p.119.

¹⁶⁵ BARROSO, 2012, p. 277.

¹⁶⁶ SANTISO, 2004, *apud* BARROSO, 2012, p. 257.

CONCLUSÃO

A jurisdição constitucional, referente à aplicação e interpretação da Constituição, destacando-se o controle de constitucionalidade como uma das modalidades pela qual é exercida, pressupõe um sistema jurídico pautado nos princípios da supremacia e rigidez constitucionais.

Embora já reconhecida nos Estados Unidos desde o início do século XIX como Lei Fundamental da nação e, portanto, dotada de hierarquia superior aos demais atos normativos, dos quais serve como parâmetro interpretativo e de validade, a Constituição, na Europa, somente deixou de ser concebida como mera recomendação ao agir público, desprovida de normatividade, imperatividade e efetividade, em meados do século XX, após o fim da Segunda Guerra Mundial.

Até então, vigorava a supremacia do Parlamento sobre os demais poderes, eis que aquele seria dotado de legítima representatividade popular. Os atos normativos editados pela entidade legiferante não poderiam sofrer qualquer tipo de controle, ainda que sob argumentos de natureza constitucional.

Reconhecida a força normativa da Constituição e sua consequente natureza vinculante do restante do ordenamento jurídico, fixou-se o órgão competente a firmar uma relação de parametricidade entre norma constitucional e infraconstitucional, para avaliar eventual incompatibilidade material ou formal entre elas e, dependendo do caso, anular ou declarar nulo o ato normativo em desconformidade com preceitos constitucionais.

No Brasil, compete precipuamente ao Supremo Tribunal, por expressa disposição constitucional, a guarda da Constituição. É a Corte Constitucional o órgão competente para realizar o controle abstrato de normas constitucionais, no qual se afere a constitucionalidade da lei em tese, em processo nitidamente objetivo, cujo escopo maior é resguardar a ordem constitucional.

Ocorre que, não raramente, o controle de constitucionalidade, pelo qual o Judiciário, órgão não eletivo, profere a última palavra em matéria constitucional acerca de ato emanado por representantes populares, entra em rota de colisão com o postulado democrático, gerando questionamentos acerca da legitimidade da atuação da jurisdição constitucional em tais casos.

A aparente crise de legitimidade decorre, em parte, do fato de que, tradicionalmente, a interpretação constitucional tem sido reservada a grupos estatais, marcados pela oficialidade, fechados, portanto, à sociedade em geral.

Em razão disso, destaca-se a doutrina de Peter Häberle concernente à sociedade aberta dos intérpretes da Constituição, que propõe a abertura procedimental da jurisdição constitucional por meio da utilização de mecanismos democráticos que garantam a participação ativa da sociedade no processo de tomada de decisão, visto que aquela, destinatária última da Constituição, também deve ser reconhecida como intérprete desta em sentido lato, por oferecer meios que a melhor integram à realidade fática e a adaptam aos clamores públicos.

A necessidade de superação de um modelo hermenêutico calcado no monopólio dos juízes é flagrante em uma sociedade plural e democrática, de modo que a participação democrática da sociedade confere maior legitimidade a procedimentos de tomada de decisão em sede de controle de constitucionalidade, eis que tal medida aproxima a jurisdição constitucional da realidade social.

Daí a inegável importância da ampliação do círculo de intérpretes da Constituição, ou seja, da democratização da interpretação constitucional.

No Brasil, o Supremo Tribunal Federal tem verificado, ainda que de forma relativamente tardia, a necessidade de integração de diferentes agentes ao processo de tomada de decisão em matérias constitucionais de elevada envergadura, aptas a atingir as mais diferentes esferas da sociedade.

Destacam-se, dentre tais mecanismos, o instituto do *amicus curiae*, as audiências públicas, a solicitação de informações a outros tribunais e a transmissão simultânea de julgamentos, de modo que integrem o processo de decisão no Supremo Tribunal Federal representações de diferentes categorias sociais, bem como pontos de vista diversos, enriquecendo assim o debate constitucional.

A requisição de informações a outros tribunais permite o conhecimento do juiz constitucional acerca do posicionamento jurisprudencial das Cortes infraconstitucionais, promovendo relevante integração do próprio Judiciário.

Tais elementos, portanto, adquirem cada vez maior expressão em sede de controle abstrato de constitucionalidade por trazerem, ao debate constitucional, manifestações representativas de interesses das mais variadas categorias sociais,

munindo a Corte Constitucional de elementos informativos fundamentais à prolação de uma decisão ótima, racional e legítima.

Já a transmissão simultânea de julgamentos por meio de redes televisiva e de rádio, da qual o Brasil é pioneiro, consiste em instrumento inédito de democracia participativa, proporcionando amplo acesso da sociedade em geral às sessões protagonizadas pelos ministros do Supremo Tribunal Federal.

Assim, os mecanismos abordados configuram indubitáveis – embora incipientes – fatores que permitem a concretização de uma sociedade aberta de intérpretes da Constituição em sede de controle abstrato de constitucionalidade, à luz dos ensinamentos de Peter Häberle, permitindo uma interpretação plural e aberta da norma constitucional.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 4. ed. revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. **O novo Direito Constitucional brasileiro**: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 19. ed. atualizada. São Paulo: Malheiros, 2006.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Juízo de ponderação na jurisdição constitucional**. São Paulo: Saraiva – Série IDP, 2009.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 575/PI (AgRg). Governador do estado do Piauí e Assembleia Legislativa do estado do Piauí. Tribunal Pleno. Relator: Ministro Celso de Mello. DJU 01.07.94.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MS 23.452/RJ. Luiz Carlos Barreti Junior e Presidente da Comissão Parlamentar de Inquérito. Tribunal Pleno. Relator: Ministro Celso de Mello. DJ 12.05.2000.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 2.130-MC/SC. Governador do estado de Santa Catarina e Tribunal de Justiça do estado de Santa Catarina. Relator: Ministro Celso de Mello DJ 02.02.200.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 3.153-AgRg. FENACA e Presidente da República e outro. Relator: Ministro Celso de Mello. DJ 08.09.2005.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 3.474/BA. Relator: Ministro Cezar Peluso. J. 13.10.2005, DJ 19.10.2005.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 101/DF. Presidente da República e Supremo Tribunal Federal e outros. Relatora: Ministra Cármen Lúcia. DJ 04.06.2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 3.510/DF. Procurador-Geral da República e Presidente da República e outros. Tribunal Pleno. Relator: Ministro Ayres Britto. DJ 29.05.2008.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Amicus curiae no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático**. 2. ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Saraiva, 2008.

COELHO, Inocêncio Mártires. **As ideias de Peter Häberle e a abertura da interpretação constitucional no direito brasileiro**. Palestra proferida na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra em 12.01.1998. Disponível em: [<http://www.direitopublico.idp.edu.br/index.php/direitopublico/article/viewFile/464/433>] Acesso em: 10.08.2012.

_____. **Interpretação constitucional**. 3. ed. revista e aumentada. São Paulo: Saraiva – Série IDP, 2007.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

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

MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle de Constitucionalidade: Hermenêutica Constitucional e Revisão de Fatos e Prognoses Legislativos pelo órgão judicial**. In: *Revista Jurídica Virtual*, Brasília, vol. 1, n. 8, janeiro 2000. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_08/cont_constitucionalidade.htm]. Acesso em: 14.07.2012.

_____. **Controle abstrato de constitucionalidade: ADI, ADC e ADO**. Comentários à Lei n. 9.868/99. São Paulo: Saraiva – Série EDB, 2012.

SOUZA NETO, Claudio Pereira de. **Teoria constitucional e democracia deliberativa: um estudo sobre o papel do direito na garantia das condições para a cooperação na deliberação democrática**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.