

MECANISMOS DE LEGITIMAÇÃO DEMOCRÁTICA: O *AMICUS CURIAE* E AS AUDIÊNCIAS PÚBLICAS COMO FORMA DE ABERTURA À SOCIEDADE PARA A INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL

Douglas Matheus de Azevedo

Fernando Roberto Schnorr Alves

RESUMO: Um dos principais desafios do direito na contemporaneidade é lidar com sociedades pluralistas, nas quais residem inúmeras ideologias, crenças e posições políticas divergentes, o que inclusive da origem a diversos grupos minoritários. Ademais, ao longo do tempo ocorrem constantes alterações culturais nas comunidades, o que desencadeia mutações na forma de interpretação da norma constitucional. Face a este contexto, torna-se fundamental um rompimento completo com o modelo democrático unicamente representativo, eis que os interesses dos escolhidos pelo povo muitas vezes mostra-se contrário ao entendimento majoritário da comunidade, ou ainda prejudicar a concretização dos direitos de alguns destes grupos, tendo em vista os inúmeros jogos de poder e influência que estão envolvidos em processos eleitorais. Torna-se fundamental, portanto, a participação da sociedade na interpretação da Constituição, o que proporcionará maior legitimidade e também um imensurável ganho democrático. O presente trabalho busca demonstrar a importância de mecanismos que proporcionam esta abertura da norma à sociedade, como o *amicus curiae* e as audiências públicas, ocasiões nas quais membros da sociedade sem interesse processual na demanda trazem elementos que devem ser considerados pelos juízes e tribunais na hora da decisão, em oposição ao modelo antigo no qual apenas estes dois últimos eram responsáveis por decidir as demandas constitucionais. Outrossim, defende-se também a ideia de que esta abertura deve estender-se, inclusive, ao processo de elaboração legislativa, de modo que a comunidade participe de todos os processos, auxiliando, assim, na concretização dos

valores constitucionais e na construção de uma sociedade mais justa, na qual os princípios fundamentais estendam-se à todos.

Palavras-chave: Democracia; Judicialização; *Amicus Curiae*; Audiência Pública;.

Abstract: One of the most challenging goals in modern times law's system consists in how to handle with pluralistic societies, in which several ideologies, beliefs and political views clash, fact that, also, give birth to minority groups. Another point to be considered is that, across the ages, it's quite common that the culture of one community changes, which results in the necessity of mutations in the way the constitutional law is interpreted. In this context, it's fundamental that the old representative democratic model get left behind, since the interests of the people elected representants often diverge from the major understanding of the community, or may even exclude the interests of minority groups, considering the games of power and influence that take place during electoral processes. It's crucial, then, that society participates in the Constitution law interpretation, as it will grant a larger legitimacy and also a great democratic gain. The present article seeks to demonstrate the importance of mechanisms that allow this opening of the Constitutional law to society, the *amicus curiae* and public audiences, occasions in which members of society with no direct interest in the processual matter brings out elements that must be taken in consideration by the judges of courts when they have to decide, in opposition to the old model, in which only these last two were responsible for deciding the constitutional demands. Likewise, the idea that this opening must also occur in the legislative process is also supported, so communities participate in all the important steps of their judicial system, helping, this way, to fulfill the constitutional values and constructing a society with more justice, where the fundamental principles extend themselves to everyone.

Keywords: Democracy; Judicialization phenomenon; *Amicues Curiae*; Public Audiences.

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Ao longo da história moderna das sociedades ocidentais, um dos principais objetivos almejados pelo povo tem sido o encontro de uma forma de governo equânime, preservando os ideais democráticos e afastando de vez a figura do arbítrio nas relações sociais e políticas cotidianas. Embora seja relativamente fácil teorizar um modelo com tais características, a prática sempre mostrou-se muito mais conturbada, sobretudo tendo em vista os inúmeros jogos de poder e interesses intrínsecos ao ato de governar.

Uma maior representatividade popular foi o ideal propulsor da Revolução Francesa, após séculos de abusos exercidos pelos detentores do poder monárquico. Contudo, embora a figura do rei tenha sido destituída de seu poder absoluto, uma Constituição tenha sido promulgada e o parlamento tenha sido instaurado como instituição do povo, verificou-se que novamente a classe dominante, a burguesia – agora detentora do poder econômico e político – agia em interesse próprio, equiparando justiça à lei e, por óbvio, tornando o direito uma ferramenta de dominação, alheia aos interesses da população e dos ideais democráticos perseguidos.

Embora a ideia de um tribunal responsável por verificar a adequação da lei posta aos preceitos constitucionais já existisse nos trabalhos iniciais de Kelsen, é somente depois da Segunda Guerra Mundial que inicia uma real preocupação com os conteúdos das normas, visando evitar novas atrocidades como as perpetradas durante o conflito. É neste momento em que os princípios passam a receber normatividade e o Poder Judiciário passa a receber destaque, ampliando vastamente suas antigas atribuições.

Tais transformações, consideradas como um novo paradigma do Direito, são responsáveis por proporcionar inúmeras mudanças em diversos âmbitos da vida em sociedades.

O presente artigo busca, dentro deste contexto de transformações, abordar brevemente algumas ferramentas que incluem a participação popular na concretização do texto constitucional, o que representa um imenso ganho democrático, sobretudo em sociedades pluralistas.

Para tanto, num primeiro momento serão abordada as causas e consequências da Revolução Francesa, sobretudo sob a ótica da promulgação da primeira Constituição do país e o modelo representativo que é instaurado. Isto porque, muito embora a ideia do revolucionário tenha sido romper com os abusos da monarquia e participar das decisões políticas da nação, o modelo representativo, sem mecanismos efetivos de abertura à sociedade nas decisões, acabou por comprometer os ideais iniciais, uma vez que a classe dominante, a burguesia, legislava de acordo com seus interesses.

Tecidas estas considerações iniciais sobre a França pós-revolução, que servirão como modelo comparativo ao longo do trabalho, serão abordadas as transformações judiciais, sobretudo no que toca à judicialização e constitucionalização do direito para, ao fim, ser feita uma análise sobre o *amicus curiae* e as audiências públicas, eis que tratam-se de ferramentas de valor imprescindível para participação da população nas decisões, logo, para a plena concretização do ideal democrático.

1 O MODELO DEMOCRÁTICO DA FRANÇA PÓS-REVOLUCIONÁRIA

A célebre Revolução Francesa de 1789, responsável por promulgar a primeira Constituição daquele país, bem como alterar substancialmente os esquemas tradicionais de dominação, teve como principal combustível a insatisfação geral da população com os constantes abusos perpetrados pela monarquia ao longo da história da nação.

Ao povo, incumbido da colossal tarefa de derrubar todo o conjunto de relações sociais e políticas do antigo regime, não bastava estabelecer sua soberania como fundamento e origem da Constituição, mas sim entender-se, em sentido político, como soberano que, através da Constituição, representasse e sustentasse o movimento revolucionário (FIORAVANTI, 2001).

Os revolucionários buscavam romper completamente com o antigo regime, erigindo uma nova ordem sobre os direitos naturais dos indivíduos, e não pautada em suas posições enquanto membros de um estamento

(CANOTILHO, 2002). Dessa forma, os direitos do homem concretizavam-se como individuais, cunhando a máxima de que todos os homens nascem livres e com os mesmos direitos.

A junção da afirmação dos direitos naturais e individuais (fruto da Declaração de Direitos do Homem) e da contratualização da ordem política assente nas vontades individuais, remete ao construtivismo político-constitucional. Assim, Canotilho (2002, p. 58) aponta o surgimento do poder constituinte, “no sentido de um poder originário pertencente à Nação, o único que, de forma autônoma e independente, poderia criar a lei superior, isto é, a Constituição”.

Através da Revolução Francesa surge, portanto, a noção política de nação como titular do poder constituinte, “que se permite querer e criar uma nova ordem política e social, prescritivamente dirigida ao futuro, mas simultaneamente, de ruptura com o *ancien régime*” (CANOTILHO, 2002, p. 71).

O caráter garantidor das prescrições constantes na Declaração dos Direitos do Homem, mormente em seus famosos artigos 1º e 2º, corroboravam diretamente o 16º, que determinava a necessidade de separação dos poderes. Contudo, para o constituinte francês, essa separação era uma palavra genérica, como bem aponta Fioravanti (2001, p. 115):

Para los constituyentes franceses, la ‘separación de poderes’, de la que hablaba el mismo artículo decimosexto, era más bien una palabra genérica de carácter político, contrapuesta como tal a la fórmula anterior del Estado absoluto, que los eventos sucesivos debían llenar de contenido constitucional. Y, por otra parte, de la misma Declaración surgía con fuerza, esta vez sin posibilidad de equívocos, el papel dominante del legislador y de la voluntad general que ya conocemos. No era difícil prevê que la garantía de los derechos se confiaría a esse sujeto y a esa voluntad.

Nesse contexto, é promulgada a Constituição francesa, de 03 de setembro de 1791, erigida sob a ótica da primazia do poder legislativo, restando praticamente ausentes quaisquer contrapesos que poderiam limitar esse poder.

Quanto à figura do rei, o doutrinador italiano aponta que, embora a Constituição lhe garantisse um poder suspensivo de veto, deveria utilizar tal

prerrogativa apenas como representante da unidade nacional, e não como detentor de um poder distinto, criado como forma de contrapeso ao poder legislativo. Não obstante, o rei aparecia na Carta em posição subordinada ao legislativo, ou seja, ao poder executivo cabia apenas uma função de administração dos meios necessários para aplicação das leis (FIORAVANTI, 2001).

Descritas as causas que embalaram a revolução e suas consequências diretas, verifica-se o surgimento de um novo espaço institucional, a saber, o parlamento, onde decisões, a princípio, deveriam ser tomadas através da representação de vontade da maioria.

A referida instituição legislativa surge da necessidade de se encontrar uma forma de transformar a vontade da maioria em expressão política (BRANCO, 2009). Deste modo, reconheceu-se aos representantes do povo sua força soberana como membros do poder Legislativo. Todavia, o parlamento não poderia encontrar qualquer limitação no exercício de seu poder soberano, nem mesmo na própria Constituição.

Segundo Branco (2009), trata-se, contudo, de medida razoável, tendo em vista os alicerces da revolução, pois em que pese a instauração de uma nova ordem, não restou extinta a monarquia, antes absoluta e agora constitucional. A figura do rei, embora destituída de seu antigo poder, permanecia como uma ameaça ao novo regime, fazendo-se necessário mecanismos de controle ao poder do monarca, justificando a ausência de contrapesos.

Tamanho a primazia do parlamento, passou-se a confundir o princípio da soberania da nação francesa com o da soberania da aludida instituição, como ressalta Branco (2009). O parlamento tornou-se, portanto, soberano face todas as autoridades do Estado, pois, conforme Carré de Malberg (1931), *apud* Valdés (2010):

El sistema representativo erigido por la Constitución partiendo del principio de la soberanía nacional se sustancia, en definitiva, en un sistema de soberanía parlamentaria. El parlamento era doblemente soberano: lo era, en primer lugar, frente a todas las autoridades, en la medida que configuraba, frente a ellas, al pueblo con su poder derivado de la voluntad general; y lo era también, de una forma

absolutamente real, frente al propio cuerpo de los ciudadanos, porque, como había dicho Sieyès, aquél no podía expresar la voluntad general más que por medio de la asamblea de diputados.

Portanto, a lei, cunhada através do parlamento era, para os revolucionários franceses, a principal fonte de direito, superior até mesmo à própria Constituição, vista como um documento político e não como uma norma jurídica efetiva que submete as outras normas inferiores à uma hierarquia normativa (VALDÉS, 2010).

Neste contexto, o judiciário realizava uma atividade tímida, cujas funções também restavam limitadas pela norma constitucional. Ademais, conforme Fioravanti (2001), a Constituição francesa estabelecia competência ao Tribunal de Cassação como defensor da integridade das leis, com o intuito de vigiar e controlar os juízes, evitando que esses, através da interpretação das leis, pudessem alterar ou obnubilar a vontade soberana do legislador, cunhando-se, assim, a expressão “juiz boca da lei”.

Outro elemento da subordinação do judiciário foi o chamado *référé législatif*, que impossibilitava a implementação de qualquer sistema de controle judicial na época (VALDÉS, 2010). Esse mecanismo, criado em 1790 e recebido pela Constituição francesa de 1791, estabelecia que, se uma lei de caráter classificado como obscuro ou de difícil interpretação fosse atacada por três vezes em um dos tribunais de cassação, deveria este remetê-la ao Poder Legislativo, o qual emitiria um decreto declaratório acerca da lei em apreço, vinculando a interpretação do referido tribunal.

A principal justificativa para a situação acima narrada recaía no temor ao Poder Judiciário, cuja influência era vista como ilimitada e superior a dos demais poderes. Quanto à isso, cumpre transcrever as palavras de Valdés (2010, p. 104) ao parafrasear um membro do poder legislativo da época:

[...] ‘No se puede negar la influencia sin límites del poder judicial’, concluía Bergasse, “pero, si, su influencia es ilimitada, si es superior a la de todos los otros poderes públicos, no existe, por lo tanto, ningún poder público que sea necesario limitar con más exactitud que aquél; no existe, ninguno, en consecuencia, que sea conveniente organizar con una prudencia más inquieta y con precauciones más escrupulosas” [...].

Assim, tendo em vista essas características, o entendimento da época havia adotado como pressuposto de correta funcionalidade do Estado a ideia de que o Poder Judiciário não poderia participar de nenhuma determinação do Poder Legislativo, sob o dogma da primazia da lei.

Durante esse período, Sanchís (2003) assinala ter sido o positivismo a cultura jurídica vigente, com o conseqüente abandono do constitucionalismo e de suas preocupações mais imediatas, dando lugar ao estatismo, ao legalismo e ao formalismo como características predominantes do modelo político e das criações teóricas e legitimadoras erigidas a partir do mesmo.

Muito embora o modelo francês tenha sido criado com o intuito de personificar a vontade do povo através de seus representantes no Parlamento, o que ocorreu acabou sendo a substituição de um tirano por outro. Isto porque a classe burguesa, agora com o completo controle dos meios políticos da nação (além é claro de seu poder monetário), tutelava exclusivamente seus interesses, sem qualquer espécie de contraponto, nem mesmo na Constituição vigente. Alterações significativas neste modelo começam a surgir na Alemanha, especialmente após a Primeira Guerra Mundial, com a instauração da República de Weimar, de 1919.

2 A JUDICIALIZAÇÃO E CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO

A Constituição de Weimar trata-se de uma das primeiras constituições democráticas do século XX, buscando, agora, a superação do modelo estatal e parlamentar, conforme aponta Fioravanti (2001). Em outras palavras, ela passa agora a afirmar a existência de alguns princípios fundamentais, erigidos pelo poder soberano constituinte. Assim, ocorre, também, a busca de formas para garantir a tutela e a realização desses princípios, dentre os quais podem ser citados o da inviolabilidade dos direitos fundamentais e o da igualdade.

Desta forma, Leal (2014) destaca que a jurisdição constitucional somente começa a se desenvolver na Europa durante este período, norteadas por dois conceitos principais. Conforme a jurista, o primeiro refere-se ao

Tribunal criado pela Constituição de Weimar, responsável por resolver os conflitos entre poderes constitucionais, mormente os referentes à questões federais. O segundo conceito refere-se ao sistema incorporado à Constituição da Áustria, espelhada no modelo criado por Kelsen, de um Tribunal Constitucional autônomo, sem quaisquer vinculações com os demais poderes.

Neste período ocorre um acalorado debate entre Carl Schmitt e Hans Kelsen acerca do controle de constitucionalidade. Sobre a interpretação de Schmitt, Fioravanti (2001) aponta que para o constitucionalista alemão, o Presidente, eleito pelo povo, representava, isoladamente, mais do que o parlamento, mas também o elemento político da Constituição e a unidade do povo alemão. Schmitt partia do ideal francês de poder constituinte através do povo, chegando até o modelo de primazia do Estado sobre a Constituição:

[...] Concebía asy que era posible, e incluso obligado en ciertas situaciones de crisis, apartar la constitución que históricamente había sostenido el constitucionalismo liberal, la separación y equilibrio entre los poderes, el mismo parlamentarismo, a favor de otra constitución que no era otra cosa que la representación, a través del presidente elegido por el pueblo, de la unidad y de la continuidad del Estado alemán y de su pueblo. Lo más importante es que esta otra constitución es para Schmitt explícitamente democrática precisamente porque expresa la existencia política del pueblo alemán, es decir, el sujeto constituyente soberano que originariamente había generado la Constitución. [...] (FIORAVANTI, 2001, p. 153).

Conforme aponta Fioravanti (2001), o modelo de Schmitt, ao apresentar um exagerado desequilíbrio de poderes, mostrava-se inconciliável com a Constituição entendida como critério de estabilidade, de moderação e de limitação. Deste modo, a doutrina de Schmitt não logrou êxito em encontrar uma solução ao grande problema constitucional do século XX: um encontro entre democracia e constitucionalismo, pois ambos desde sempre pertenceram a campos distintos – um expressando a ideia de soberania do povo e o outro a de limitação, equilíbrio, garantia e moderação.

Em contrapartida, Kelsen, apresenta uma concepção completamente distinta da abordagem apresentada por Schmitt. Sintetizando seu posicionamento, Sanchís (2003) afirma que o modelo do jurista austríaco nunca perde de vista a primazia da lei, nem as prerrogativas do legislador, tampouco as virtudes do pluralismo democrático. Quanto ao embate contra

Schmitt sobre quem deveria guardar a Constituição, aponta a figura do parlamento frente à figura do chefe do Estado, cuja função de defensor da Constituição também é um reconhecimento da dimensão política da atividade jurisdicional.

Já ao Tribunal Constitucional, competia apenas a função de declarar inválidas leis em ofensa à Constituição vigente, não ofendendo assim o princípio democrático, pois este não está incorporado à assembleia dos representantes do povo. Deste modo, a lei não é mais intocável como na tradição oriunda da Revolução porque ato da vontade do povo soberano, mas tem sua validade restrita enquanto transportar o ideal democrático de pacífica convivência entre a pluralidade das forças e interesses vigentes (SANCHÍS, 2003).

Após tal embate, já na década de trinta, com embasamento nas teorias de Schmitt, o regime nazista afirma-se na Alemanha, com a soberania concentrada na figura do Presidente do *Reich* – o *führer* – e inúmeras atrocidades foram cometidas, pautadas, muitas vezes, sob o próprio princípio da legalidade. Nesse contexto, após a Segunda Guerra Mundial buscou-se uma nova forma de interpretação das constituições, em especial visando afastar a presença do arbítrio no ordenamento jurídico e de garantir a plena concretização dos direitos fundamentais (BRANCO, 2009).

Muito embora a teoria de Kelsen do Tribunal Constitucional tenha sido amplamente aceita e incorporada na Europa após os conflitos, ocorreu, conforme Leal (2014), um afastamento destas cortes do modelo concentrado proposto pelo jurista austríaco. Assim, sua atividade jurisdicional superou a função unicamente negativa e recebeu uma feição criativa, buscando uma maior efetivação dos princípios erigidos pelas novas constituições, transpondo algumas de suas funções originariamente estabelecidas.

Em sentido análogo, Barroso (2005) pontua que a Constituição passa a ser norma jurídica dotada de imperatividade, e seu descumprimento desencadeia mecanismos de cumprimento forçado. Supera-se, assim, o modelo anterior no qual era vista apenas como um documento político, permanecendo sua concretização condicionada à liberdade de conformação do

legislador ou também à discricionariedade do representante do Poder Executivo, enquanto que ao Judiciário não cabia qualquer papel na concretização da Lei Fundamental.

A próxima transformação é referente à expansão da jurisdição constitucional, eis que os novos textos passaram a ser inspirados pelo modelo americano de supremacia da Constituição. Desse modo, tem-se a constitucionalização dos direitos fundamentais que, conforme Barroso (2005, p. 8) “ficam imunizados em relação ao processo político majoritário: sua proteção passava a caber ao Judiciário”. Como consequência direta disso, diversos países instauraram tribunais constitucionais, como apontado acima.

Por fim, há a nova interpretação constitucional, derivada, conforme Bonavides (2001, p. 434), da inconformidade de muitos juristas com o positivismo lógico-formal, vigente no modelo anterior:

Redundou assim na busca do sentido mais profundo das Constituições como instrumentos destinados a estabelecer a adequação rigorosa do Direito com a Sociedade; do Estado com a legitimidade que lhe serve de fundamento; da ordem governativa com os valores, as exigências, as necessidades do meio social, onde essa ordem atua dinamicamente, num processo de mútua reciprocidade e constantes prestações e contraprestações, características de todo sistema político com base no equilíbrio entre governantes e governados.

Os métodos clássicos de interpretação, ou seja, o gramatical, o histórico, o sistemático e o teleológico, bem como os critérios de solução de conflitos normativos, como o hierárquico, temporal e o especial, contudo, continuam não só operantes como também responsáveis pela resolução da grande maioria das questões e controvérsias jurídicas.

Todavia, como lembra Barroso (2005), os juristas e teóricos do direito perceberam que existia uma situação de carência nos métodos tradicionais de interpretação e solução de conflitos, no tocante à realização da vontade constitucional, por não serem inteiramente ajustados para tal fim. Exsurge, a partir desse momento, a elaboração de novas técnicas doutrinárias agrupadas sob a denominação de nova interpretação constitucional, eis que o modelo positivista (subsunção entre fato e regra) mostrou-se incapaz de sanar as

“complexas exigências de uma sociedade em rompimento com as afirmações clássicas da modernidade”, o que resulta na inserção dos princípios, agora com caráter regulativo, diretivo e normativo.

Em solo brasileiro, essa alteração operou-se somente ao fim da década de 80, com a promulgação da Carta de 1988, pois, além das muitas reminiscências negativas, oriundas de um regime militar autoritário, a antiga Constituição, como no modelo europeu do começo do século, não possuía aplicabilidade direta e imediata, sendo “um repositório de promessas vagas e de exortações ao legislador infraconstitucional” (BARROSO, 2005, p. 8).

Todos estas alterações terminam por resultar, conforme Morais (2013), numa judicialização do cotidiano, ou seja, numa influência irradiada pelo espaço jurisdicional que afeta toda a sociedade, tendo em vista a crescente inserção do direito e da atividade dos tribunais nas relações sociopolíticas contemporâneas. Em sentido análogo:

Tem-se, nesse sentido, um fenômeno de “judicialização”, que resulta de um processo histórico, próprio do constitucionalismo democrático [...] que tem como base múltiplos fatores, tais como a centralidade da Constituição e a preocupação com sua força normativa, associada a aspectos como o caráter principiológico, a supremacia e a dimensão objetiva dos direitos fundamentais [...] que, somados, conduzem a uma ampliação e a uma transformação da natureza da atuação da jurisdição constitucional (LEAL, 2014, p. 197).

Neste viés, Leal (2014, p. 198) prossegue afirmando que esta judicialização se dá em dois sentidos: a judicialização da política e a judicialização do direito. No tocante à primeira, a autora ensina que a distinção entre direito e política é unicamente de cunho institucional, pois a aplicação do direito, na prática, recebe conteúdos políticos. Assim, a jurisdição constitucional, embora pertencente ao Poder Judiciário, aproxima-se muito da política, pois “o objeto de regulamentação da Constituição e, portanto, o objeto de controle do Tribunal Constitucional, consiste na própria política”, tendo suas normas caráter de princípio, ampliando a interpretação e pressupondo processos mais abertos para sua concretização.

A judicialização do direito, que conforme Leal (2014) está atrelada à da política, com ela possuindo causas em comum, reflete, por sua vez, o aumento da importância das decisões judiciais, tendo em vista o novo contexto jurídico, pautado em princípios, exigindo plena atuação judiciária tanto na interpretação quanto na concretização dos direitos.

O resultado direto disto é um crescimento exponencial da atuação do Poder Judiciário em relação aos demais, passando a exercer uma função de protagonista no Estado Democrático de Direito, em completa oposição à sua função no contexto pós-revolucionário e também durante a primeira metade do século XX.

Durante os períodos acima relatados, nos quais observou-se tanto um agigantamento do poder legislativo quanto, posteriormente, do executivo (também sendo possível referenciar aqui o momento pré-revolucionário, no qual a figura do monarca ainda exercia poder absoluto), verifica-se a completa ausência de um sistema governamental democrático. Os interesses da população restaram obnubilados pelo modelo representativo, eis que as engrenagens democráticas atendiam exclusivamente os interesses da burguesia, detentora tanto do poder econômico quanto do político (BONAVIDES, 2006).

De igual forma, a equiparação da justiça à lei, durante o Estado Liberal, comprometia largamente princípios hoje basilares como o da igualdade. Desta forma, o novo paradigma restou incumbido tanto de resolver o atrito entre Constituição e Democracia, quanto de garantir os princípios nela insculpidos. O *plus* democrático do atual modelo será abordado no próximo capítulo, sobretudo através da análise de ferramentas que agregam legitimidade à prática jurídica.

3 ABERTURA CONSTITUCIONAL E MECANISMOS DEMOCRÁTICOS

Frente a este contexto de constitucionalização e expansão das atribuições do Poder Judiciário, exsurge a questão de como superar o modelo

de democracia unicamente representativa, atendendo, inclusive, os interesses de sociedades cada vez mais pluralistas.

Neste norte, Morais (2013, p. 99) aponta que a judicialização da política traz transformações ao espaço jurisdicional “em um ambiente privilegiado da discussão política e oportunizando um gancho significativo de visibilidade à atividade jurisdicional”. Com a abertura deste espaço midiático, expondo, inclusive seus atores, passa a ocorrer uma espécie de revisão popular do conteúdo das decisões.

Outro aspecto trazido à baila pelo autor é a abertura da jurisdição constitucional à sociedade, o que confere maior legitimidade à sua devida atividade, gerando também um maior grau de confiabilidade social, “ao mesmo tempo em que se torna mais suscetível aos influxos e refluxos das dinâmicas e idiossincrasias sociais” (MORAIS, 2013, p. 99), sem que com isso verifiquem-se rupturas ou prejuízos ao pacto político-constitucional com o projeto finalístico nele contido.

Sobre a abertura da jurisdição constitucional, cumpre destacar a teoria de Häberle (2002), acerca do fato da decisão judicial não ser unicamente um ato de vontade do julgador, alheio a quaisquer influências externas, mas um resultado direto da influência de todos os “atores” das atuais sociedades contemporâneas pluralistas. Em outras palavras, sua proposta determina que tanto os intérpretes clássicos (juízes e tribunais) quanto os destinatários da norma constitucional encontrem-se em patamar de igualdade, ampliando a gama de intérpretes da Constituição.

Neste sentido, Häberle (2002) busca, através do que intitulou de sociedade aberta dos intérpretes, aumentar o teor democrático de uma decisão ao envolver o maior número possível de destinatários possível. Ademais, não cabe a sociedade aberta guiar tão somente a interpretação constitucional, mas também influenciar o legislador no momento da criação das leis:

Isto significa que não apenas o processo de formação, mas também o desenvolvimento posterior revela-se pluralista: a teoria da ciência, da democracia, uma teoria da Constituição e da hermenêutica propiciam aqui uma mediação específica entre Estado e Sociedade (HÄBERLE, 2002, p. 18).

Outro aspecto relevante a ser abordado acerca da teoria do jurista alemão reside na necessidade de se colocar um ato normativo “no tempo, ou integrá-lo na realidade” (HÄBERLE, 2002, p. 10). Isto significa que, através de uma interpretação oriunda da compreensão de uma sociedade contemporânea referente a determinado assunto, pode ocorrer a mutação da norma constitucional conforme alterações culturais desta mesma comunidade, sendo possível citar como exemplo o embate sobre as uniões homoafetivas, no qual o cerne da questão residia no entendimento do conceito moderno de família. Dentro deste tema, precisos se fazem os ensinamentos de Leal (2010, p. 30).

O fator tempo aparece, pois, como um fator importante para a interpretação, uma vez que ele influencia e modifica a realidade social, tida como elemento essencial da atividade hermenêutica, resultando, daí, a importância de incluí-lo como objeto de reflexão; isto porque, segundo assevera Häberle, nos métodos “clássicos” de interpretação, este aspecto referente ao desenvolvimento da Constituição é diminuído em detrimento da idéia de garantia e de segurança jurídica. Assim, a Constituição, compreendida em seu caráter cultural, deve poder modificar-se por meio da interpretação, de modo que o fenômeno da mutação constitucional (Verfassungswandlung) se afigura, nesse sentido, como sendo nada mais do que uma decorrência do desenvolvimento da norma no tempo.

Desta forma, resta cristalina a afirmação de Häberle de que todos os que vivem em um contexto regulado por uma norma constitucional são, direta ou indiretamente, intérpretes desta norma. Em solo brasileiro, podem ser citados dois exemplos de abertura da decisão para uma interpretação mais ampla e pluralista.

O primeiro deles, o *amicus curiae*, é, um instituto que vem recebendo destaque na legislação por se tratar de instrumento que promove a abertura acima exposta, aumentando o teor democrático da jurisdição constitucional. No mesmo sentido:

Assim, essa possibilidade significa não apenas uma maior abertura do debate constitucional, na medida em que se viabiliza a participação de diversos setores da sociedade no processo, senão que também uma maior legitimação das decisões da própria Corte, enquanto instância final de decisão acerca de questões tão relevantes como as matérias

que envolvem direitos fundamentais e os conteúdos constitucionais (LEAL, 2010, p. 40).

Outrossim, Leal (2010) destaca que o *amicus curiae*, na figura de “terceiro” na relação, não possui interesse processual, ou seja, interesse de agir, mas tão somente na matéria em debate, não devendo ser confundido como modalidade de intervenção de terceiros. O seu intuito é o de conferir maior eficácia e também legitimidade ao processo hermenêutico constitucional.

O segundo método de abertura é o das audiências públicas, que, cumpre ressaltar, não veio previsto na Constituição Federal, mas restou instituído através das leis 9.868/99 e 9.882/99.

As audiências públicas tratam-se, conforme Morais (2013), de uma colaboração externa em questões de transdisciplinariedade e que, portanto, exigiriam dos intérpretes (mais especificamente os ministros do STF) um conhecimento além do técnico-jurídico. Conforme o autor, tal prática representa uma evolução processual e cultural, no judiciário brasileiro, legitimando a decisão através de uma tarefa hermenêutica coletiva.

A primeira audiência pública, contudo, foi realizada somente em 2007, versando sobre a utilização de células tronco embrionárias obtidas através de método de fertilização humana *in vitro* e que acabaram não sendo utilizadas (conteúdo transdisciplinar), sendo suscitada a inconstitucionalidade de artigo da Lei de Biossegurança que permitia a utilização deste material genético.

Nesta ocasião, utilizada aqui a título exemplificativo, foram ouvidas 22 autoridades científicas nacionais, bem como houve a presença de *amicus curiae*, sendo os argumentos expostos pelos especialistas utilizados na fundamentação da decisão que declarou a improcedência da ADIN.

A análise de tais mecanismos, mesmo que abordados de forma sucinta, deixa claro serem eles responsáveis por uma abertura à interpretação da norma, demonstrando um grande avanço na interpretação constitucional. Logo, em sendo a Constituição o produto da vontade de um povo, nada poderia conferir maior legitimidade democrática do que a participação deste povo na concretização das diretrizes apontadas pelo texto.

A utilização destas duas ferramentas possibilita, ainda, que grupos minoritários e muitas vezes esquecidos sejam ouvidos e tenham seus interesses igualmente resguardados nos processos decisivos. Grupos minoritários, inclusive, estão cada vez mais presentes nas atuais sociedades pluralistas, sendo fundamental para os objetivos constitucionais que os mesmos encontrem espaço e tenham seus interesses representados no sistema democrático.

Embora ainda seja necessária uma longa jornada até que a sociedade contemporânea se aproxime de um modelo democrático ideal (sobretudo em razão dos jogos de poder e interesse que norteiam a elaboração legislativa), verifica-se um grande avanço em comparação aos modelos pós-revolucionário e liberal dos séculos passados. Isto porque, diferente das experiências anteriores, existem agora instrumentos para garantir a participação da população nas decisões, transformando a jurisdição constitucional num processo coletivo de construção de uma nova sociedade.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Analisada a evolução histórica que precede o atual contexto e os ganhos democráticos proporcionados pelos mecanismos do *amicus curiae* e das audiências públicas, não restam dúvidas acerca de sua importância para uma abertura à população na concretização das diretrizes constitucionais, sobretudo sob a ótica da pluralidade em que as atuais sociedades estão inseridas.

O modelo representativo mostra-se falho neste aspecto, pois muitas vezes os interesses individuais dos membros eleitos sobrepõe o interesse coletivo. Além do mais, algumas convicções pessoais destes representantes podem não estar de acordo ou até mesmo atentar contra direitos fundamentais de parte da sociedade.

Desta forma, tanto grupos minoritários quanto outros que, ao longo da história moderna, não receberam a devida atenção representativa, possuem a

oportunidade de externar seus interesses e necessidades, numa concretização plena dos direitos fundamentais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional. 11. Ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

_____. Ciência política. 13 Ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

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

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Constitucional nº 186, Distrito Federal. Julgada em 26 abr. 2012. Min. Rel Ricardo Lewandowski. Disponível em: <<https://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 29 abr. 2015.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

CARRÉ DE MALBERG, R.: La loi, expression de la volonté générale. Étude sur le concept de la loi dans la Constitution de 1875. Paris, Sirey, 1931.

FIORAVANTI, Maurizio. Constitución: de la Antigüedad a nuestros días. Madrid: Trotta, 2001.

FRANÇA. Constituição (1791). Disponível em <<http://www.fafich.ufmg.br/~luarnaut/const91.pdf>>. Acesso em: 25 de ago. 2014.

LEAL, Mônia Clarissa Hennig. A dignidade humana como critério para o controle jurisdicional de políticas públicas: análise crítica da atuação do Supremo Tribunal Federal. In: LEAL, M. C. H.; COSTA, M. M. M. (Org.). *Direitos sociais e políticas públicas: desafios contemporâneos*. Tomo 14. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2014.

_____. Jurisdição Constitucional Aberta: a Abertura Constitucional Como Pressuposto de Intervenção do *Amicus Curiae* no Direito Brasileiro. Revista de Direito Público, DPU. 2010. Disponível em <<http://www.direitopublico.idp.edu.br/index.php/direitopublico/article/view/530/98>>. Acesso em: 29 abr. 2015.

MORAIS, José Luis Bolzan de. A jurisprudencialização da Constituição: a audiência pública jurisdicional, abertura processual e democracia participativa.

In: STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo; ENGELMANN, Wilson.
(Org). Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica. Porto Alegre: Livraria do
Advogado, 2013.

SANCHÍS, Luis Prieto. Justicia constitucional y derechos fundamentales.
Madrid: Trotta, 2003.

VALDÉS, Robert Blaco. La configuración del concepto de constitución en las
experiencias revolucionarias francesa y norteamericana. Disponível em:
<http://www.icps.cat/archivos/WorkingPapers/WP_I_117.pdf>. Acesso em: 16
de set. 2014.