



Hélio Corrêa

# TEORIA DA DECISÃO CONSTITUCIONAL PLURAL

*THEORY OF MULTIPLE CONSTITUTIONAL DECISION-MAKING*

Clenio Jair Schulze

## RESUMO

Apresenta reflexão voltada ao fortalecimento da teoria da decisão constitucional, a partir da pluralização do processo em prol do Estado Constitucional Democrático, e mecanismos específicos para tal finalidade, tais como audiências públicas e o *amicus curiae*.

## PALAVRAS-CHAVE

Teoria do Direito; decisão constitucional; audiência pública; *amicus curiae*; pluralismo; democracia.

## ABSTRACT

*The author presents some thought on the strengthening of constitutional decision-making, from the perspective of the pluralization of proceedings in favor of a constitutional and democratic state. To that end, he offers some specific tools, such as public hearings and the amicus curiae.*

## KEYWORDS

*Law Theory; constitutional decision-making; public hearing; amicus curiae; pluralism; democracy.*

## 1 INTRODUÇÃO

Várias são as discussões acerca das teorias do pensamento jurídico e que influenciaram a teoria da decisão judicial constitucional. O jusnaturalismo, dominante até o final do século XIX, era metafísico e não resolvia suficientemente os problemas, pois estava assentado na existência de um direito natural.

O positivismo, por sua vez, foi caracterizado por várias fases (formal e puro, de Hans Kelsen; *soft*, de Herbert Hart e ordenado, de Norberto Bobbio), que também não correspondem ao modelo ideal pretendido hodiernamente, especialmente porque: (a) separa o direito e a moral; (b) atribui discricionariedade ao juiz para proferir decisão em casos difíceis (*hard cases*); (c) não confere autonomia aos princípios, porquanto o ordenamento jurídico é composto por regras.

Há várias propostas para corrigir as insuficiências desse modelo. Ferrajoli, por exemplo, apresenta o positivismo crítico e, mais recentemente, construiu o *principia iuris* para elaborar a teoria do direito e da democracia (FERRAJOLI, 2011). Inexistindo modelo padrão adequado a resolver todos os problemas jurídicos surgiram várias correntes pós-positivistas com a finalidade de ajustar a teoria do direito à vida em sociedade, apresentando correções ao legado positivista.

A definição de uma teoria do direito influencia, evidentemente, a teoria da decisão judicial constitucional, que também sofreu os influxos da evolução do pensamento jurídico, penetrando na perspectiva de atuação do próprio Poder Judiciário.

Nesse sentido, ao lado das técnicas clássicas de decisão judicial, assentadas basicamente na subsunção, acrescentaram-se novas perspectivas influenciadoras, com a admissibilidade e a adoção, entre outros, da proporcionalidade/razoabilidade, da ponderação, da argumentação, da análise econômica, do pragmatismo (Richard Posner) e do consequencialismo (Neil McCormick), além das propostas neoconstitucionalistas<sup>1</sup>.

Tais considerações demonstram, ainda, a inadequação do paradigma do direito assentado na unidade (só o estado produz lei), na coerência (ausência de contradições, pois o legislador não diz palavras inúteis) e na completude (tudo se resolve pela hierarquia, especialidade e cronologia). Quanto à forma de exercício da função judicial são merecedoras de destaque as teorias procedimentalistas e substancialistas<sup>2</sup>.

Os procedimentalistas, representados por Jürgen Habermas e Antoine Garapon, defendem uma teoria processual, não se autorizando a penetração da política e da sociedade pelo direito, diante da possibilidade de condução a uma cidadania passiva. A conquista de direitos deve ser alcançada mediante o discurso e participação dos indivíduos, por intermédio do consenso e não pela força, sob pena de incorrer em privatização da cidadania (VIANNA, 1999, p. 24).

De outro lado, os substancialistas, cujas ideias são defendidas por Mauro Cappelletti e Ronald Dworkin<sup>3</sup>, defendem a possibilidade de criação jurisprudencial do direito, diante das

novas relações entre direito e política, havendo, nessa hipótese, uma participação mais efetiva do Poder Judiciário na implementação de direitos. Permitem, assim, a leitura substancial da Constituição.

Tudo isso se conecta com a sucessão do modelo piramidal de sistema jurídico (Hans Kelsen), para uma noção esférica (Gabriel Ferrer), em forma de camadas (Gustavo Zagrebelski, 2009), representado por uma abóbada (Pérez-Luño, 2010), ou por uma teia inconsútil (Dworkin).

A despeito das premissas já firmadas, o presente artigo investiga a abertura da teoria da decisão constitucional, firmando como marco teórico a obra de Peter Häberle, cujas ideias permitiram a pluralização do debate jurídico-processual, ampliando o círculo de intérpretes das leis e da Constituição.

A análise parte da sucessão do sistema positivista de teoria da decisão fechada, para um modelo aberto e plural de atuação judicial, enfatizando as consequências da democratização do processo, a partir da abordagem dos principais mecanismos de participação popular: as audiências públicas e o *amicus curiae*.

## 2 TRANSIÇÃO: SOCIEDADE FECHADA PARA SOCIEDADE ABERTA

O modelo positivista impôs uma limitação do círculo de intérpretes da Constituição, circunscrito apenas aos atores do processo judicial.

Peter Häberle, com base na proposta filosófica de Karl Popper, alterou tal perspectiva ao construir a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição, ampliando o espectro da hermenêutica constitucional o ponto de permitir aos indivíduos, cidadãos, grupos e entidades a participação no debate sobre as leis e sobre a Constituição.

### *No âmbito judicial, permite-se promover audiências públicas no âmbito do controle difuso/concreto/incidental ou no controle concentrado/abstrato/principal de constitucionalidade.*

A democratização da hermenêutica constitucional representa, assim, a transição *de uma sociedade fechada dos intérpretes da Constituição para uma interpretação constitucional pela e para uma sociedade aberta* (HÄBERLE, 2002, p. 12). Nesse contexto, é possível mencionar que a hermenêutica tradicional caracteriza a sociedade fechada e a hermenêutica neoconstitucional amolda-se à sociedade pluralista e aberta.

Häberle afirma que *a interpretação constitucional não é um 'evento exclusivamente estatal', seja do ponto de vista teórico, seja do ponto de vista prático. A esse processo tem acesso potencialmente todas as forças da comunidade política* (HÄBERLE, 2002, p. 23). O grande mérito dessa tese é estabe-

lecer que os intérpretes jurídicos da Constituição não sejam os únicos indivíduos que vivem a norma, razão pela qual não detêm o monopólio da sua interpretação (HÄBERLE, 2002, p. 15).

Em tal perspectiva, *todos estão inseridos no processo de interpretação constitucional, até mesmo aqueles que não são diretamente por ela afetados* (HÄBERLE, 2002, p. 32).

Para Vieira de Andrade, os direitos de participação configuram mistos de direitos de defesa e de direitos a prestações, mas que são autônomos *em virtude da sua função de garantia da participação individual na vida política, mais concretamente, na formação da vontade política da comunidade* (VIEIRA DE ANDRADE, 2009, p. 168).

A noção republicana de interpretação constitucional admite, portanto, que a sociedade debata com o Poder Judiciário questões de relevo – tais como políticas públicas, orçamento, meio ambiente – que precisam ser estudadas coletivamente, facilitando o controle democrático e autorizando que os indivíduos sejam mais proativos e protagonistas do Estado Constitucional<sup>4</sup>.

### 3 AUDIÊNCIAS PÚBLICAS

A pluralização da hermenêutica constitucional não figura apenas no plano acadêmico e teórico-filosófico.

A audiência pública é reunião em que se permite à coletividade a participação no debate sobre questão de interesse geral. Pode ser processual ou pré-processual. Esta modalidade ocorre, v.g., em questões ambientais ou orçamentárias<sup>5</sup>, que são discutidas na esfera extrajudicial<sup>6</sup>.

No âmbito judicial, permite-se promover audiências públicas no âmbito do controle difuso/concreto/incidental<sup>7</sup> ou no controle concentrado/abstrato/principal<sup>8</sup> de constitucionalidade.

#### 3.1 CONTROLE CONCENTRADO

No âmbito do controle concentrado de constitucionalidade, a regulamentação legislativa para a designação de audiência pública está autorizada no art. 9º, § 1º, da Lei 9.868/99<sup>9</sup> e no art. 6º, §1º, da Lei 9.882/98<sup>10</sup>.

104

***Nada impede que a audiência pública seja convocada em qualquer processo judicial, de qualquer grau de jurisdição, desde que o objeto apresente características relevantes para a comunidade [...]***

Segundo tais dispositivos, é possível afirmar que a designação de audiência no curso de processo objetivo de controle de constitucionalidade exige que: (a) inexistam informações suficientes para o julgamento do processo, (b) haja relevância social ou se trate de assunto de interesse coletivo; (c) as pessoas participantes da audiência pública tenham conhecimento técnico e experiência sobre o tema.

Trata-se, inegavelmente, de mecanismo que permite a interação entre o julgador com indivíduos especialistas na matéria objeto de processo judicial, que poderão apresentar seu posicionamento, demonstrando, especialmente, os impactos da decisão. O Supremo Tribunal Federal já promoveu inúmeras audiências públicas para debater com a sociedade questões im-

portantes para o Estado Brasileiro.

No âmbito do controle concentrado de constitucionalidade, a primeira audiência pública ocorreu em 20/4/2007, cujo resultado subsidiou o julgamento do ADI 3.510, em que o STF reconheceu a constitucionalidade da Lei de Biossegurança (Lei 11.105/05), que permitiu a manipulação genética, mediante a utilização de células-tronco de embriões humanos em pesquisas e terapias, entendendo a Corte, no caso, que inexistia violação ao direito à vida e à dignidade da pessoa humana, razão pela qual julgou improcedente o pedido veiculado na ação.

Na ADPF 186 e no RE 597.285/RS, discute-se a viabilidade jurídica da fixação de quotas ou de políticas de **ação afirmativa** (ou discriminação reversa) de reserva de vagas no ensino superior. No caso, o relator, Ministro Enrique Ricardo Lewandowski, designou a audiência pública permitindo, durante três dias, a participação da sociedade e de instituições sobre o tema, com os depoimentos de representantes de minorias, de universidades, professores, autoridades públicas, entre outros, inexistindo, ainda, decisão do STF.

Na ADPF 101, o STF vedou a importação de pneus usados. A discussão envolvia de um lado, o direito à livre iniciativa e, de outro, a proteção ao meio ambiente. Na audiência pública (2008), colheu-se o depoimento de pessoas favoráveis e contrárias à importação de pneus usados e remoldados.

Na ADPF 54 (relator Ministro Marco Aurélio), discute-se a possibilidade de interrupção de gravidez por anencefalia. Na audiência pública, em 2008, colheu-se a manifestação de inúmeros representantes da sociedade, tais como médicos, religiosos, cientistas e biólogos.

Sob a Presidência do Ministro Gilmar Ferreira Mendes, foram ouvidos cinquenta especialistas, entre advogados, defensores públicos, promotores e procuradores de justiça, magistrados, professores, médicos, técnicos de saúde, gestores e usuários do Sistema Único de Saúde. O debate subsidiou as decisões nos processos de competência da Presidência versando sobre o direito à saúde, tais como a concessão gratuita de medicamentos, a internação em hospitais e a realização de cirurgias sem custo para o cidadão, balizando, ainda, outros julgamentos do Judiciário nacional (Agravos Regimentais nas Suspensões de Liminares n.s 47 e 64, nas Suspensões de Tutela Antecipada n.s 36, 175, 185, 211 e 278, e nas Suspensões de Segurança n.s 2361, 2944, 3345 e 3355, todos processos de relatoria da Presidência).

#### 3.2 CONTROLE DIFUSO

Em qualquer processo judicial, é possível a designação de audiência pública. Diante da inexistência de vedação legal, é invocável o art. 9º, § 1º, da Lei 9.868/99, tornando-se viável, ainda, a aplicação das regras fixadas no Regimento Interno do STF, especialmente após a Emenda Regimental 29/2009, que passou a admitir a convocação das audiências públicas.

O art. 21, inc. XVII, do Regimento Interno do STF estabelece que é atribuição do ministro relator *convocar audiência pública para ouvir o depoimento de pessoas com experiência e autoridade em determinada matéria, sempre que entender necessário o esclarecimento de questões ou circunstâncias de fato, com repercussão geral ou de interesse público relevante*.

A principal característica das audiências é a sua publicidade,

razão pela qual, no âmbito do STF, deve ser adotado o seguinte procedimento<sup>11</sup>: (1) despacho de convocação do ministro relator deverá ser amplamente divulgado e fixará prazo para a indicação das pessoas a serem ouvidas; (2) havendo defensores e opositores relativamente à matéria objeto da audiência, será garantida a participação das diversas correntes de opinião; (3) incumbirá ao ministro que presidir a audiência pública selecionar as pessoas que serão ouvidas, divulgar a lista dos habilitados, determinando a ordem dos trabalhos e fixando o tempo que cada um disporá para se manifestar; (4) o depoente deverá limitar-se ao tema ou questão em debate; (5) a audiência pública será transmitida pela TV Justiça e pela Rádio Justiça, permitindo a ampla acessibilidade da sociedade; (6) os trabalhos da audiência pública serão registrados e juntados aos autos do processo, quando for o caso, ou arquivados no âmbito da Presidência do STF; (7) caberá ao ministro que presidir a audiência deliberar sobre o que lhe for requerido<sup>12</sup>.

Nada impede que a audiência pública seja convocada em qualquer processo judicial, de qualquer grau de jurisdição, desde que o objeto apresente características relevantes para a comunidade ou que o julgamento da lide produza impacto a grande grupo de pessoas, tal como se verifica em questões ambientais, políticas públicas, orçamentárias ou que exijam um custo acentuado para a sociedade. Ou seja, a ideia da audiência pública é a convocação da população para o debate judicial, com o objetivo de auxiliar o julgador na resolução do conflito de interesses e na pacificação social.

Dessa forma, não há impedimento para promover-se audiência pública em processo submetido a julgamento no primeiro grau de jurisdição ou em tribunal, tornando-se suficiente que o objeto da lide seja de interesse coletivo.

#### 4 AMICUS CURIAE

A figura do *amicus curiae* também está consolidada no sistema jurídico pátrio e consiste na autorização para que terceiros, não litigantes, intervenham em processo judicial submetido ao controle difuso de constitucionalidade<sup>13</sup> ou ao controle concentrado<sup>14</sup>.

É o amigo da Corte, que configura outro mecanismo de pluralização do de-

bate constitucional, pois possibilita que todos os setores envolvidos com o tema possam suscitar e disponibilizar dados e informações ao relator e à Corte, sejam eles técnicos ou não jurídicos (argumentos metajurídicos, científico, social, religioso e filosófico).

### ***A construção de um modelo aberto de decisão judicial confere legitimação democrática às decisões proferidas pelo Poder Judiciário e amplia a transparência necessária ao exercício da jurisdição constitucional.***

Vários são os dispositivos normativos que contemplam o *amicus curiae* no sistema jurídico nacional, a destacar: (a) a Lei 6.385/76 (art. 31) autoriza a participação da Comissão de Valores Mobiliários – CVM nos processos envolvendo questões societárias; (b) a Lei 10.259/01 (dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais da Justiça Federal) prevê, no art. 14, que, no julgamento do pedido de uniformização de interpretação de lei federal – quando houver divergência entre decisões sobre questões de direito material proferidas por Turmas Recursais na interpretação da lei –, o relator poderá autorizar a participação de **interessados** que não sejam parte no processo; (c) o art. 543-C do Código de Processo Civil, ao regular os recursos para o Superior Tribunal de Justiça, também dispõe que o relator do recurso especial, considerando a relevância da matéria, poderá admitir manifestação de pessoas, órgão ou entidades com interesse na controvérsia; (d) art. 543-A, § 6º, do CPC confere ao relator a admissão, na análise da repercussão geral, da manifestação de terceiros, subscrita por procurador habilitado, nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal; (e) Lei 8.884/94 autoriza, no art. 89, que o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) seja intimado para intervir no processo quando a lide envolver a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica; (f) a Lei 11.417/2006 (art. 3, § 2º) contempla a participação do *amicus curiae* no procedimento de edição, revisão e cancelamento de enunciado de súmula vinculante do STF.

Já o art. 7º, § 2º, da Lei 9.868/99, autoriza a participação do *amicus curiae* na Ação Direta de Inconstitucionalidade e na

Ação Declaratória de Constitucionalidade. Na Lei 9.882/98, o art. 6º, § 2º<sup>15</sup>, também deve ser interpretado a fim de permitir o amigo da Corte no processo da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Neste sentido foi o entendimento adotado pelo então rela-

tor Ministro Eros Grau na ADPF 73/DF<sup>16</sup>.

Há controvérsia acerca da natureza jurídica do *amicus curiae*. Fala-se em colaborador informal da Corte (ADI 2.581 AgR/SP, relator Ministro Maurício Correa) ou em mecanismo de intervenção processual (ADI 2.130, relator Ministro Celso de Mello). De outro lado, não se trata de intervenção de terceiros, diante da proibição expressa prevista na Lei 9.868/99 (arts. 7º e 18). Não parece, contudo, haver utilidade em eventual discussão sobre o tema, importando sua existência e admissibilidade no sistema jurídico processual pátrio.

À luz da legislação antes mencionada, os requisitos para a admissão do *amicus curiae* estão materializados na relevância da matéria, pertinência e representatividade do interessado.

A decisão sobre a admissibilidade do *amicus curiae*, tal qual se verifica na audiência pública, é do relator do recurso, inexistindo possibilidade de recurso contra a decisão, nos termos do posicionamento não unânime adotado pelo STF na ADI 2.591 e na ADI 3.346.

Quanto ao momento da intervenção, o plenário do STF, em sessão do dia 22/4/2009, firmou entendimento no sentido da inadmissibilidade do *amicus curiae* após a inclusão do processo na pauta ou sua apresentação em mesa para julgamento<sup>17</sup>. Ou seja, fica prejudicada a postulação da intervenção do amigo da Corte após iniciado o julgamento do processo.

Em relação ao alcance da atuação do *amicus curiae*, o STF revisou posição outrora assentada, para admitir a sustentação oral, a partir das decisões proferidas na ADI-QO 2.675 (relator Ministro Carlos Velloso) e na ADI-QO 2.777 (relator Ministro Cezar Peluso), regulamentando

a matéria por Emenda Regimental ao art. 131, § 3º, do RI/STF.

O *amicus curie* não possui legitimidade recursal, conforme entendimento fixado na ADI 2.359 ED-AgR/ES<sup>18</sup>. Enfim, a admissão processual do *amicus curiae* demonstra o caráter aberto e pluralista do processo constitucional brasileiro.

### 5 LEGITIMAÇÃO DEMOCRÁTICA DA DECISÃO CONSTITUCIONAL

Há inegável legitimação democrática da decisão constitucional proferida com base nas informações colhidas em audiência pública ou por intermédio do *amicus curiae*.

A despeito do monopólio judicial de resolver os conflitos de interesses, nos termos do princípio da inafastabilidade do controle judicial (art. 5º, inc. XXXV, da Constituição), a participação e a oitiva da população transformam o processo judicial em arena própria para o fortalecimento do regime político, em homenagem ao Estado Constitucional Democrático.

O juiz responsável pelo processo pode adotar as mesmas regras procedimentais aplicáveis para as audiências públicas em processos submetidos ao controle concentrado de constitucionalidade, tal como especifica o art. 9º, § 2º, da Lei 9.868/99 e o Regimento Interno do STF, aplicável por subsidiariedade.

A possibilidade de designação de audiência pública denota a democratização do processo constitucional e transforma a sociedade fechada em sociedade aberta, autorizando a participação da sociedade nos julgamentos de causas de relevo, configurando, portanto, importante mecanismo para pluralizar a teoria da decisão constitucional.

Deve-se destacar, ainda, que a participação popular não pode ser apenas formal e protocolar, uma vez que o órgão jurisdicional possui o dever fundamental de abordar temas invocados na audiência pública, a fim de pluralizar o processo constitucional, sob pena de nulidade.

Outro aspecto a destacar é a multidisciplinariedade que permeia as audiências públicas, pois os temas debatidos não são exclusivamente jurídicos. O exame da possibilidade de interrupção da gravidez de feto anencéfalo representa questão que suplanta a órbita jurídica, envolvendo, v.g., aspectos da medicina, da biologia, da bioética e da religião. Assim, especialistas de outras áreas são disseminadores de informações técnicas que subsidiaram a decisão judicial.

A consolidação da sociedade aberta dos intérpretes da Constituição no sistema jurídico pátrio é reconhecida pelo próprio Peter Häberle, ao afirmar, sobre o tema: *Experimenta actualmente, sobre todo em Alemania, y de manera especial en Brasil, hasta en cuestiones particulares del derecho procesal constitucional (amicus curiae briefs), un reconocimiento alentador. La sociedad abierta es una 'constituida', reconocible, por ejemplo, en la eficacia frente a terceros de los derechos fundamentales. Es expresión del status culturalis del individuo; el status naturalis es una (irrenunciable) ficción. No hay ninguna 'libertad natural', solo hay libertad cultural.* (HÄBERLE, 2009, p. 193).

Ou, ainda, em outra passagem: *En Brasil, la Suprema Corte há apelado recientemente de modo expreso, en sentencias particulares, a la 'sociedad abierta de los intérpretes constitucionales' para justificar el instituto del amicus curiae briefs. El derecho procesal constitucional se transforma así en garantía del pluralismo y la participación, por gravoso que ello pueda*

*ser a la vista de la sobrecarga de la mayoría de los tribunales* (HÄBERLE, 2002, p. 197).

Peter Häberle demonstra que o seu objetivo *es fortalecer al ciudadano, moverlo hacia El centro del Estado constitucional y su sociedad pluralista, y también frente a las competencias del Estado hiperfortalecidas, así como frente al señorío del 'mercado' y de los partidos políticos que se establecen en no raras ocasiones con autosuficiencia* (HÄBERLE, 2002, p. 190).

Significa, portanto, que a abertura da interpretação constitucional constitui predicado indissociável da jurisdição na perspectiva do Estado Constitucional Democrático.

### 6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A construção de um modelo aberto de decisão judicial confere legitimação democrática às decisões proferidas pelo Poder Judiciário e amplia a transparência necessária ao exercício da jurisdição constitucional.

Muitos julgamentos processuais são transmitidos, inclusive, por órgão televisionado (TV Justiça), demonstrando que o julgador dialoga com a sociedade e não apenas com seus pares.

Tal mecanismo permite que os indivíduos analisem e filtrem a decisão judicial para devolver, quem sabe no futuro, suas razões para o próprio tribunal em outra questão processual, porquanto a coisa julgada opera no plano processual, mas não no campo da política. Ou seja, há dialética contínua na sociedade aberta, e a matéria pode voltar à Corte diante da superveniência de circunstâncias fáticas.

A perspectiva plural da teoria da decisão constitucional autoriza a produção da coisa julgada fluida e mutável, em razão da possibilidade de novas percepções sobre a questão fática ou jurídica. Audiência pública e *amicus curiae* permitem debates sucessivos mesmo após a decisão proferida pelo Judiciário, seja no controle difuso/incidental/subjetivo ou no controle concentrado/autônomo/objetivo<sup>19</sup>.

A partir daí é possível falar em diálogo político e social, decorrente da conversa do Judiciário com a sociedade. Tudo isso confirma que a teoria da decisão constitucional apresenta novas características, a apontarem para a democratização da atuação do Poder Judiciário, que não estão fora da arena dos debates, uma vez que as suas decisões também são passíveis de discussão sem imunidade à crítica.

As considerações acima apresentadas denotam que a teoria da decisão constitucional do pós-positivismo transformou o Poder Judiciário na Ágora do Estado Constitucional Democrático.

### NOTAS

- 1 O neoconstitucionalismo é admitido por autores brasileiros (Luís Roberto Barroso, Max Moller) europeus (Luis Prieto Sanchís, Gustavo Zagrebelski) e de outros países da América Latina (Miguel Carbonell, Guido Aguila Grados).
- 2 Sobre o debate procedimentalismo x substancialismo ver, entre outros: Vianna (1999); Streck (2009, p. 31-52); Habermas (1997); Sampaio (2002); Abreu (2011, p. 183-190).
- 3 No Brasil, Paulo Bonavides, Fabio Konder Comparato, Lenio Streck, Clémerson Merlin Clève, Ingo Wolfgang Sarlet, entre outros, são defensores do substancialismo.
- 4 A expressão "Estado Constitucional" manifesta o predomínio da Constituição no sistema jurídico em contraposição ao "Estado de Direito", que caracterizava o modelo liberal que prestigiava a lei. Sobre o tema, é interessante a observação de Gustavo Zagrebelsky (2009, p. 33-34): *Quien*

examine el derecho de nuestro tiempo seguro que no consigue descubrir en él los caracteres que constituían los postulados del Estado de derecho legislativo. La importancia de la transformación debe inducir a pensar en un auténtico cambio genético, más que en una desviación momentánea en espera y con la esperanza de una restauración. La respuesta a los grandes y graves problemas de los que tal cambio es consecuencia, y al mismo tiempo causa, está contenida en la fórmula del 'Estado constitucional'. La novedad que la misma contiene es capital y afecta a la posición de la ley. La ley, por primera vez en la época moderna, viene sometida a una relación de adecuación, y por tanto de subordinación, a un estrato más alto de derecho establecido por la Constitución. De por sí, esta innovación podría presentarse, y de hecho se ha presentado, como una simple continuación de los principios del Estado de derecho que lleva hasta sus últimas consecuencias el programa de la completa sujeción al derecho de todas las funciones ordinarias del Estado, incluida la legislativa (a excepción, por tanto, solo de la función constituyente). Con ello, podría decirse, se realiza de la forma más completa posible el principio del gobierno de las leyes, en lugar del gobierno de los hombres, principio frecuentemente considerado como una de las bases ideológicas que fundamentan el Estado de derecho. Sin embargo, si de las afirmaciones genéricas se pasa a comparar los caracteres concretos actual, se advierte que, más que de una continuación, se trata de una profunda transformación que incluso afecta necesariamente a la concepción del derecho. Antonio Enrique Pérez Luño (2010, p. 66) afirma que o Estado Constitucional é o modelo de Estado das atuais sociedades pluralistas, complexas e pluricêntricas. O termo "Estado Constitucional" também é preferido por José Joaquim Gomes Canotilho (2004).

- 5 Nos termos do Estatuto da Cidade.
- 6 Enfatizam-se, no presente trabalho, as audiências públicas promovidas no curso de processo judicial.
- 7 Exercido por qualquer juiz, de ofício ou mediante provocação, em qualquer grau de jurisdição, em que a questão constitucional não é a principal, mas interfere, incidentalmente, no julgamento da lide.
- 8 Exercido pelo Supremo Tribunal Federal, nos termos do art. 102, I, 'a', da Constituição, mediante provocação de um ou mais legitimados, cujo rol consta do art. 103 da Constituição.
- 9 *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.*
- 10 *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.*
- 11 Conforme especificado no art. 154, inc. III, parágrafo único, do Regimento Interno.
- 12 Conforme especificado no art. 155 do Regimento Interno.
- 13 Art. 14, § 7º, da Lei 10.259/01 e Art. 543-C do CPC.
- 14 Art. 7º, § 2º, da Lei 9.868/99.
- 15 *Poderão ser autorizadas, a critério do relator, sustentação oral e juntada de memoriais, por requerimento dos interessados no processo.*
- 16 **DECISÃO:** (PET SR-STF n. 87.857/2005). Junte-se. 2. A *Conectas Direitos Humanos* requer sua admissão na presente ADPF, na condição de **amicus curiae** (art. 2º do art. 6º da Lei 9.882/99). 3. Em face da relevância da questão, e com o objetivo de pluralizar o debate constitucional, aplique analogicamente a norma inscrita no § 2º do art. 7º da Lei 9.868/99, admitindo o ingresso da peticionária, na qualidade de **amicus curiae**, observando-se, quanto à sustentação oral, o disposto no art. 131, §3º, do RISTF, na redação dada pela Emenda Regimental n. 15, de 30.03.2004. *Determino à Secretaria que proceda às anotações. Publique-se. Brasília, 1º de agosto de 2005*" (DJ de 08/08/2005, p. 27)
- 17 Ver Informativo STF 543.
- 18 **AGRAVOS REGIMENTAIS NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO OPOSTOS POR AMICUS CURIAE. NÃO-CONHECIMENTO DOS EMBARGOS POR AUSÊNCIA DE LEGITIMIDADE RECURSAL. PRETENSÃO, DA AUTORA DA ADI, DE CONHECIMENTO DOS EMBARGOS "COMO SE SEUS FOSSEM". NÃO-CABIMENTO.** 1. *Agravo regimental interposto pelo Sindicato Nacional das Empresas distribuidoras de Gás Liquefeito de Petróleo - SINDIGÁS. O entendimento desta Corte é no sentido de que entidades que participam dos processos objetivos de controle de constitucionalidade na qualidade de amicus curiae não possuem, ainda que apótem aos autos informações relevantes ou dados técnicos, legiti-*

*idade para recorrer. Precedentes.* 2. *Agravo regimental interposto pela Confederação Nacional da Indústria contra decisão que não conheceu dos embargos declaratórios opostos pelo amicus curiae. Não-oposição de embargos de declaração pela requerente da ADI no prazo legal. É desprovida de fundamento legal a pretensão da requerente que, por via transversa, postula o acolhimento dos embargos de declaração opostos pelo amicus curiae "como se seus fossem", com efeitos infringentes, para revolver a discussão de mérito da ação direta.* 3. **Agravo regimental interposto pelo amicus curiae, Sindicato Nacional das Empresas Distribuidoras de Gás Liquefeito de Petróleo - SINDIGÁS, não conhecido. Agravo regimental da Confederação Nacional da Indústria - CNI a que se nega provimento.** (ADI 2359 ED-Agr/ES, Relator Min. EROS GRAU, j. 03/08/2009, Tribunal Pleno, DJe-162 DIVULG 27-08-2009 PUBLIC 28-08-2009) (Grifo nosso).

- 19 Os códigos binários difuso/concreto, concreto/abstrato, subjetivo/objetivo são característicos de um modelo fechado de controle de constitucionalidade e que não correspondem ao atual panorama estabelecido na perspectiva pós-positivista e que se caracteriza pela convergência dos modelos de controle de constitucionalidade brasileiros.

## REFERÊNCIAS

- ABREU, Pedro Manoel. *Processo e democracia*: o processo jurisdicional como um locus da democracia participativa e da cidadania inclusiva no estado democrático de direito. Coleção Ensaios de Processo Civil. São Paulo: Conceito Editorial, 2011. v. 3, p. 183-190.
- ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2009.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2004.
- FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris. Teoria del derecho y de la democracia*. Tradução de Perfecto Andrés Ibáñez, Carlos Bayón, Marina Gascón, Luis Prieto Sanchis e Alfonso Ruiz Miguel. Madri: Trotta, 2011.
- HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional*: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.
- \_\_\_\_\_. *La jurisdicción constitucional em la sociedad abierta*. Tradução de Joaquin Brage Camazano. *Direito Público*, Brasília, v. 5, n. 25, p. 189-205, jan./fev. 2009.
- HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia*: entre faticidade e validade. Tradução de Flávio Beno Siebenechler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. 2.
- PÉREZ-LUÑO, Antonio Henrique. *Nuevos retos del estado constitucional: valores, derechos, garantías. Cadenas de la Cátedra de Democracia y Derechos Humanos*. Madri: Universidad de Alcalá, 2010.
- SAMPAIO, José Adércio Leite. *A constituição reiventada*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.
- STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.
- VIANNA, Luiz Werneck et al. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999.
- ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. 9. ed. Tradução de Marina Gascón. Madri: Editorial Trotta, 2009.

Artigo recebido em 1/10/2013.

Artigo aprovado em 9/10/2013.

Clenio Jair Schulze é juiz federal, em auxílio à Presidência do Conselho Nacional de Justiça.