

TEORIA DA DECISÃO JUDICIAL PLURAL

Clenio Jair Schulze¹

RESUMO: O artigo apresenta reflexão voltada ao fortalecimento da teoria da decisão judicial a partir da pluralização do processo em prol de um Estado Constitucional Democrático, apresentando mecanismos específicos para tal finalidade, tais como as audiências públicas e o *amicus curiae*. Este artigo foi desenvolvido com a utilização do método indutivo.

PALAVRAS-CHAVE: Decisão judicial. Audiência pública. *Amicus curiae*. Pluralismo. Democracia.

ABSTRACT: The article presents reflections aimed at strengthening the theory of judicial decision from the pluralization of the process towards a constitutional democratic state, with specific mechanisms for such purpose, such as public audiences and *amicus curiae*. This article was developed with use of the method inductive.

KEY WORDS: Judicial decision. Public audience. *Amicus curiae*. Pluralism. Democracy.

SUMÁRIO: Introdução. 1 Transição: sociedade fechada para sociedade aberta. 2 Audiências públicas. 2.1 Controle concentrado. 2.2 Controle difuso. 3 *Amicus curiae*. 4 Legitimação democrática da decisão judicial. Conclusão. Referências das fontes citadas.

Introdução

Várias são as discussões acerca das teorias do pensamento jurídico e que influenciaram a teoria da decisão judicial. 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, o *principia iuris* para construir a teoria do direito e da democracia². Mas é a perspectiva pós-positivista e a neoconstitucionalista³ que parecem ajustar de forma mais

¹ Juiz Federal Substituto na 2ª Vara Federal e Juizado Especial Federal Cível Adjunto de Blumenau/SC. Mestrando em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI.

² FERRAJOLI, Luigi. **Principia iuris. Teoria del derecho y de la democracia**. Vol. 1. Tradução de Perfecto Andrés Ibáñez, Carlos Bayón, Marina Gascón, Luis Prieto Sanchís e Alfonso Ruiz Miguel. Madri: Trotta, 2011, p. 432-433.

³ A expressão neoconstitucionalismo está consolidada na doutrina, com ampla utilização de

adequada a teoria do direito à vida em sociedade, apresentando correções ao legado positivista.

Isso significa, evidentemente, que a teoria da decisão judicial também sofreu os influxos da evolução do pensamento jurídico, penetrando, também, na perspectiva da 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 e do consequencialismo.

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 ideias *procedimentalistas* e *substancialistas*.

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 a participação dos indivíduos, por intermédio do consenso e não pela força, sob pena de incorrer em privatização da cidadania⁴.

De outro lado, os *substancialistas*, cujas ideias são defendidas por Mauro Cappelletti e Ronald Dworkin⁵, 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 conexas com a sucessão do modelo piramidal de sistema jurídico (Hans Kelsen), para uma noção esférica (Gabriel Ferrer), ou em forma de

autores brasileiros (Luís Roberto Barroso, Max Moller) e estrangeiros (Luis Prieto Sanchís, Gustavo Zagrebelski, Miguel Carbonell, Guido Aguila Grados).

⁴ VIANNA, Luiz Werneck. et al. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999, p. 24.

⁵ No Brasil, Paulo Bonavides, Fabio Konder Comparato, Lenio Streck, Clémerson Merlin Clève, Ingo Wolfgang Sarlet, entre outros, são defensores do substancialismo.

camadas (Gustavo Zagrebelski⁶), ou, ainda, de um sistema representado por uma abóbada (Pérez-Luño⁷).

A despeito das premissas já firmadas, o presente artigo investiga a abertura da teoria da decisão judicial, fincando 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*.

1. Transição: sociedade fechada para sociedade aberta.

O modelo positivista impôs uma limitação do círculo de intérpretes das leis e 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 a ponto de permitir aos indivíduos, cidadãos, grupos e entidades a participação no debate sobre as leis e sobre a Constituição.

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”⁸. 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 parte da ideia de que “[...] a interpretação constitucional não é um ‘evento exclusivamente estatal’, seja do ponto de vista teórico, seja do ponto de vista

⁶ ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia**. 9 ed. Tradução de Marina Gascón. Madri: Editorial Trotá, 2009.

⁷ PÉREZ-LUÑO, Antonio Henrique. Nuevos retos del Estado Constitucional: Valores, derechos, garantías. **Cadernos de la Cátedra de Democracia y Derechos Humanos**. Madri: Universidad de Alcalá, 2010.

⁸ 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, p. 12.

prático.”⁹ Disso se extrai que todas as forças da comunidade política possuem acesso ao processo interpretativo. O grande mérito dessa tese é estabelecer que os intérpretes jurídicos da Constituição não são os únicos indivíduos que *vivem a norma*, razão pela qual *não detêm o monopólio* da sua interpretação¹⁰.

Nesta visão, “todos estão inseridos no processo de interpretação constitucional, até mesmo aqueles que não são diretamente por ela afetados”.¹¹

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”¹².

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 Constitucional¹³.

⁹ HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: Contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição**, p. 23.

¹⁰ HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: Contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição**, p. 15.

¹¹ HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: Contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição**, p. 32.

¹² VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 4 ed. Coimbra: Almedina, 2009, p. 168.

¹³ A expressão *Estado Constitucional* denota o predomínio da Constituição no sistema jurídico em contraposição ao *Estado de Direito*, que caracterizava o modelo liberal e que prestigiava a lei. Sobre o tema, é oportuna a observação de Gustavo Zagrebelsky: “*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 contuyente). 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

2. 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, por exemplo, em questões ambientais ou orçamentárias¹⁴, que são discutidas na esfera extrajudicial¹⁵.

No âmbito judicial, permite-se promover audiências públicas no âmbito do controle de constitucionalidade difuso/concreto/incidental¹⁶ ou no controle de constitucionalidade concentrado/abstrato/principal¹⁷.

2.1. Controle concentrado.

No âmbito do controle concentrado de constitucionalidade, a regulamentação legislativa para a designação de audiência pública está prevista no artigo 9º, § 1º, da Lei 9.868/99¹⁸ e no artigo 6º, §1º, da Lei 9.882/98¹⁹.

Segundo tais dispositivos, é possível afirmar que a designação de audiência

derecho.” (**El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia.** Tradução Marina Gascón. Madri: Editorial Trota, 9 ed., 2009, p. 33-34). Antonio Enrique Pérez Luño afirma que o Estado Constitucional é o modelo de Estado das atuais sociedades pluralistas, complexas e pluricêntricas (Nuevos retos del Estado Constitucional: Valores, derechos, garantías. **Cadernos de la Cátedra de Democracia y Derechos Humanos.** Madri: Universidad de Alcalá, 2010, p. 66). A expressão Estado Constitucional também é preferido por José Joaquim Gomes Canotilho (**Direito constitucional e teoria da Constituição.** 4 ed. Livraria Almedina: Coimbra, 2004, p. 87).

¹⁴ Nos termos do artigo 2º, inciso XIII, do artigo 40, § 4º, inciso I, artigo 43, inciso II e artigo 44, todos da Lei 10.257/2001.

¹⁵ Enfatiza-se, no presente trabalho, as audiências públicas promovidas no curso de processo judicial.

¹⁶ 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.

¹⁷ Exercido pelo Supremo Tribunal Federal, nos termos do artigo 102, I, ‘a’, da Constituição, mediante provocação de um ou mais legitimados, cujo rol consta do artigo 103 da Constituição.

¹⁸ “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.”

¹⁹ “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.”

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 e 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 importantes para o Estado Brasileiro.

No âmbito do controle concentrado de constitucionalidade, a primeira audiência pública ocorreu em 20/04/2007, cujo resultado subsidiou o julgamento da ADI 3.510, em que o STF reconheceu a constitucionalidade da Lei de Biossegurança (Lei 11.105/05), permitindo a manipulação genética, mediante a utilização de células-tronco de embriões humanos em pesquisas e terapias, entendendo a Corte, no caso, que tal procedimento não viola o direito à vida e a 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.

Na ADPF 101 o STF vedou a importação de pneus usados. A discussão envolvia a colisão entre o direito à livre iniciativa e 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.

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

Por fim, a última audiência pública foi designada pelo então Presidente do STF Ministro Gilmar Ferreira Mendes. Durante quase uma semana, 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^{os} 47 e 64, nas Suspensões de Tutela Antecipada n^{os} 36, 175, 185, 211 e 278, e nas Suspensões de Segurança n^{os} 2361, 2944, 3345 e 3355, todos processos de relatoria da Presidência).

2.2. Controle difuso.

Em qualquer processo judicial é possível a designação de audiência pública. Diante da inexistência de vedação legal, é invocável o artigo 9^o, § 1^o, 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 artigo 21, inciso XVII, do Regimento Interno do STF estabelece que é atribuição do Ministro relator convocar audiência pública com a finalidade de ouvir o posicionamento de indivíduos com experiência e autoridade na matéria discutida no processo.

A principal característica das audiências é a sua publicidade, razão pela qual, no âmbito do STF, adota-se o seguinte procedimento²⁰: (1) despacho de convocação do Ministro relator que deverá ser amplamente divulgado com a fixação de prazo para a indicação das pessoas a serem ouvidas; (2) havendo defensores e opositores relativamente à matéria, 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

²⁰ Conforme especificado no artigo 154, inciso III, parágrafo único, do Regimento Interno.

Presidência do STF; (7) caberá ao Ministro que presidir a audiência deliberar sobre o que lhe for requerido²¹.

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 e 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.

3. *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 constitucionalidade²² ou ao controle concentrado²³.

É o *amigo da corte*, que configura outro mecanismo de pluralização do debate 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 (científico, social, religioso e filosófico).

Vários são os dispositivos normativos que contemplam o *amicus curiae* no sistema jurídico nacional, a destacar: (a) a Lei 6.385/76 (artigo 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 artigo 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

²¹ Conforme especificado no artigo 155, do Regimento Interno.

²² Art. 14, § 7º da Lei 10.259/01 e Art. 543-C do CPC.

²³ Art. 7º, § 2º da Lei 9.868/99.

interpretação da lei – o relator poderá autorizar a participação de *interessados* que não sejam parte no processo; (c) o artigo 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) artigo 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 artigo 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 (artigo 3, § 2º) contempla a participação do *amicus curiae* no procedimento de edição, revisão e cancelamento de enunciado de súmula vinculante do STF.

Já o artigo 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 artigo 6º, §2º²⁴, 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 relator Ministro Eros Grau na ADPF 73/DF²⁵.

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 (artigos 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 mencionada, os requisitos para a admissão do *amicus*

²⁴ “Poderão ser autorizadas, a critério do relator, sustentação oral e juntada de memoriais, por requerimento dos interessados no processo.”

²⁵ “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 artigo 6º da Lei 9.882/99). 3. Em face da relevância da questão, e com o objetivo de pluralizar o debate constitucional, aplico analogicamente a norma inscrita no § 2º do artigo 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)

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.

O STF também assentou que pessoa física não pode ser admitida no processo na condição de *amicus curiae* (ADI 4.718/GO), limitando apenas a órgãos e entes²⁶. Tal posição, contudo, não se aplica à participação de pessoas naturais em audiências públicas.

Quanto ao momento da intervenção, o plenário do STF, em sessão do dia 22/04/2009, firmou entendimento no sentido da inadmissibilidade do *amicus curiae* após a inclusão do processo na pauta ou sua apresentação em mesa para julgamento²⁷. 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 artigo 131, §3º, do RI/STF.

O *amicus Curie* não possui legitimidade recursal, conforme entendimento fixado na ADI 2.359 ED-AgR/ES²⁸.

²⁶ Conforme decisão da ADI 4.178/GO: "Não assiste razão ao pleito de [...], que requerem admissão na condição de *amici curiae*. É que os requerentes são pessoas físicas, terceiros concretamente interessados no feito, carecendo do requisitos de representatividade inerente à intervenção prevista pelo art. 7º, § 2º, da Lei n. 9.868/99, de 10.11.1999, o qual, aliás, é explícito ao admitir somente a manifestação de outros 'órgãos ou entidades' como medida excepcional." O artigo 320 do anteprojeto do CPC autoriza, contudo, a admissão de pessoa física como *amicus curiae*.

²⁷ Noticiado no Informativo STF 543.

²⁸ "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 aporem aos autos informações relevantes ou dados técnicos, legitimidade 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

Enfim, a admissão processual do *amicus curiae* demonstra o caráter aberto e pluralista do processo constitucional brasileiro.

4. Legitimação democrática da decisão judicial.

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

A despeito do monopólio judicial de resolver os conflitos de interesses, nos termos do princípio da inafastabilidade do controle judicial (artigo 5º, inciso 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 especificam o artigo 9º, §2º, da Lei 9.868/99 e o Regimento Interno do STF, este 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 dos indivíduos nos julgamentos de causas de relevo, a configurar, portanto, importante mecanismo para pluralizar a teoria da decisão judicial.

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

Outro aspecto a apontar é a multidisciplinaridade 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, por exemplo, aspectos da medicina, da biologia,

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. [grifado] (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).

da bioética e da religião. Assim, especialistas de outras áreas são disseminadores de informações técnicas que subsidiam a decisão judicial.

A consolidação da sociedade aberta dos intérpretes da Constituição no sistema jurídico pátrio é reconhecida pelo próprio Peter Häberle, ao afirmar que 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 sociedade aberta es una 'constituída', 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 'liberidad natural', solo hay libertad cultural.²⁹

Ou, ainda, em outra passagem:

En Brasil, la Suprema Corte há apelado recientemente de modo expreso, en sentencias particulares, a la 'sociedade 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.³⁰

Peter Häberle demonstra, assim, que o objetivo do seu trabalho é fortalecer a prática da cidadania, incluindo os indivíduos no centro do Estado Constitucional a fim de ampliar e legitimar a sociedade pluralista.³¹

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

Conclusão.

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 judiciais são transmitidos, inclusive, por órgão televisionado (TV Justiça), demonstrando que muitas vezes o julgador quer conversar

²⁹ HÄBERLE, Peter. La Jurisdicción Constitucional em la Sociedade Abierta. Tradução de Joaquin Brage Camazano. **Direito Público**. Brasília: Síntese, p 193, jan-fev 2009.

³⁰ HÄBERLE, Peter. La Jurisdicción Constitucional em la Sociedade Abierta, p. 197.

³¹ HÄBERLE, Peter. La Jurisdicción Constitucional em la Sociedade Abierta, p. 190.

com a sociedade e não apenas com seus os 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.

Assim, a perspectiva plural da teoria da decisão judicial 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/objetivo³².

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 judicial apresenta novas características, a apontar para a democratização da atuação do Poder Judiciário, que não está fora da arena dos debates, já que as suas decisões também são passíveis de discussão sem imunidade à crítica.

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

Referências das fontes citadas.

ABREU, Pedro Manoel. **Processo e democracia. O processo jurisdicional como um lócus da democracia participativa e da cidadania inclusiva no estado democrático de direito.** Vol. 3. Coleção Ensaios de Processo Civil. São Paulo: Conceito Editorial, 2011.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição.** 4 ed. Livraria Almedina: Coimbra, 2004.

FERRAJOLI, Luigi. **Principia iuris. Teoria del derecho y de la democracia.**

³² 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 pela perspectiva pós-positivista, que se caracteriza pela convergência dos modelos do controle de constitucionalidade brasileiros.

Tradução de Perfecto Andrés Ibáñez, Carlos Bayón, Marina Gascón, Luis Prieto Sanchís 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 Joaquin Brage Camazano. **Direito Público.** Brasília: Síntese, p. 193, jan-fev 2009.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia – entre faticidade e validade.** Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, vol. I, 1997.

PÉREZ-LUÑO, Antonio Henrique. Nuevos retos del Estado Constitucional: Valores, derechos, garantías. **Cadernos 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.

VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976.** 4 ed. Coimbra: Almedina, 2009.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia.** 9 ed. Tradução de Marina Gascón. Madri: Editorial Trotta, 2009.