

O NEOCONSTITUCIONALISMO E OS RISCOS DE UMA CONSTITUCIONALIZAÇÃO EXAGERADA DO DIREITO NO BRASIL: O FORTALECIMENTO DO PAPEL DO *AMICUS CURIAE* COMO MECANISMO DE ATENUAÇÃO DOS PERIGOS

NEOCONSTITUCIONALISM AND THE RISKS OF AN EXACERBATED CONSTITUTIONALIZATION OF LAW IN BRAZIL: THE STRENGTHENING OF THE ROLE OF *AMICUS CURIAE* AS A MECHANISM TO MITIGATE DANGERS

Danilo Vital de Oliveira¹

RESUMO: Apesar de positivo, a constitucionalização do Direito é um fenômeno que comporta riscos. Pode se dar tanto mediante a regulação – diretamente em sede constitucional – de assuntos outrora confiados à liberdade de conformação do legislador, quanto através da denominada filtragem constitucional. Seu principal agente é o Judiciário, a quem cabe a interpretação da Constituição. Assim, poder-se-ia atribuir à constitucionalização um viés antidemocrático e contra-majoritário. Desse modo, o fortalecimento do papel do *amicus curiae* contribui para reduzir o déficit de legitimidade democrática da jurisdição constitucional, minimizando as conseqüências negativas potencialmente advindas de uma constitucionalização exacerbada do Direito no Brasil.

Palavras-chave: neoconstitucionalismo; constitucionalização do Direito; jurisdição constitucional; *amicus curiae*.

ABSTRACT: Although it's positive, constitutionalization of Law involves risks. It can occur either through regulation – directly by the Constitution's text - of subjects formerly entrusted to legislator's freedom of conformation, as through a mechanism called constitutional filtering. Its main is the Judiciary, who is responsible for interpreting the Constitution. Thus, it would be able to identify this process as antidemocratic and counter-majoritarian. It is in this context that the strengthening of the role of *amicus curiae* contributes to reduce the deficit of democratic legitimacy of constitutional jurisdiction, minimizing the negative effects resulting from a potentially exacerbated constitutionalization of Law in Brazil.

Keywords: neoconstitucionalism; constitutionalization of Law; constitutional jurisdiction; *amicus curiae*.

Introdução

A Constituição Federal de 1988 deu início a um novo paradigma no Direito constitucional e na análise de suas categorias, dando azo ao surgimento, no Brasil, de um movimento que dera seus primeiros passos na Europa continental, após a Segunda Guerra Mundial: o paradigma neoconstitucionalista ou pós-positivista.

No período que antecedeu a Segunda Guerra Mundial, vigia na cultura jurídica da Europa continental o legicentrismo, de modo que a lei editada pelo parlamento era tida, praticamente, como a única fonte do Direito. Nesse contexto, as constituições não eram

¹ Mestre em Direito Público pela Universidade Federal de Alagoas; professor de Direito Constitucional e Hermenêutica Jurídica no Centro de Ensino Superior Arcanjo Mikael de Arapiraca – CESAMA; secretário-adjunto da Escola Superior da Advocacia – ESA/AL; advogado. Email: vital.danilo5@gmail.com

dotadas de força normativa, sendo encaradas como meros programas políticos a inspirar a atuação do legislador, sem a possibilidade de incidir nas relações sociais e produzir efeitos jurídicos independentemente de posterior mediação legislativa (SARMENTO, 2009, p. 116).

A constatação dos riscos subjacentes a um paradigma jurídico calcado quase que exclusivamente na lei enquanto produto das maiorias políticas, riscos estes levados às últimas conseqüências no nazismo alemão, fez com que as constituições européias do segundo pós-guerra criassem ou fortalecessem a jurisdição constitucional, estabelecendo mecanismos capazes de proteger os direitos fundamentais contra abusos do próprio legislador (SARMENTO, 2009, p. 116-117).

A lei deixa de apresentar a centralidade que lhe era peculiar, atribuindo-se grande importância à Constituição e ao Judiciário o papel de protegê-la, como bem ilustra Luis M. Cruz (2005, p. 35):

Pois bem, toda esta substância material da Constituição, todo esta ordem de valores, com sua pretensão de validade, repousa operativamente na posição dos tribunais. Isto significa dizer que a Lei Fundamental entregou aos tribunais a última responsabilidade de cuidar e defender a ordem constitucional de valores. Mas, por que razão – pergunta Bachof – a Lei Fundamental transformou os juízes em guardiões da Constituição? Por que se tem julgado conveniente submeter os órgãos estatais e particularmente os órgãos legislativos a este controle do juiz? Para Bachof a razão reside em que “a relação do homem com a lei mudou totalmente”. Surgiu um sentimento de profundo mal estar e de radical desconfiança frente a lei, baseada na impressão dominante e imprecisa, ainda que nem por isso falsa, de que a lei, “outrora escudo da liberdade e do Direito, tenha se convertido hoje precisamente numa ameaça para estes bens”.

A partir de então, as constituições deixavam de ser meramente procedimentais e assumiam uma feição marcadamente substantiva, tomando desde logo decisões políticas importantes e restringindo o campo de atuação das instâncias legislativas ordinárias (PEIXINHO, 2010, p. 48). Assuntos que outrora não eram corriqueiros passaram a ser cada vez mais freqüentemente versados por normas constitucionais que, na medida em que eram interpretadas de forma extensiva pelo Judiciário, irradiavam-se pelos demais ramos do ordenamento, dando origem ao fenômeno que ficou conhecido como *constitucionalização* da ordem jurídica (SARMENTO, 2009, p. 117).

Essa tendência é uma das características do neoconstitucionalismo e é dela, precipuamente, que se ocupará este artigo. O objetivo é verificar de que maneira esse processo tem ocorrido no Brasil, analisando suas conseqüências tanto positivas quanto negativas e oferecendo alternativas para contornar algumas destas últimas. Para tanto, partir-se-á de uma exposição, ainda que sucinta, do movimento neoconstitucionalista e de seus aspectos mais marcantes, tanto na Europa, quanto no Brasil. Em seguida, analisar-se-á

especificamente o processo de constitucionalização do Direito e seus pontos de estrangulamento. Finalmente, terá chegado o momento de verificar de que maneira o instituto do *amicus curiae* está relacionado ao fenômeno da constitucionalização do Direito no Brasil.

1. Breves comentários acerca do neoconstitucionalismo: dos primeiros passos na Europa à recepção no Brasil

É importante que se deixe registrado, antes de tudo, que a expressão *neoconstitucionalismo* não designa uma teoria pronta e acabada, com limites bem definidos e características incontestes, e que conta com adeptos e opositores declarados.

Daí porque o conceito parece ser mais ajustado a um contexto do que propriamente a uma teoria. Com efeito, cuida-se de um novo paradigma, no qual as insuficiências, as aporias e as limitações do juspositivismo tradicional – o legicentrismo, o formalismo interpretativo e a separação rígida entre moral e direito, entre outras – são contestadas (COMANDUCCI, 2003).

O panorama em que surgiu e ganhou força essa oposição aos dogmas do positivismo jurídico tradicional ficou conhecido como *pós-positivismo*, sendo comum encontrar autores que o distingam do neoconstitucionalismo. É o caso de Manoel Messias Peixinho, para quem a locução *pós-positivismo* diz respeito àquelas teorias do Direito que pretendiam uma reformulação do positivismo formal, isto é, o *pós-positivismo* está associado à negação do positivismo jurídico-formalista e dos métodos formais de interpretação, com vistas a suprir as deficiências de um dogmatismo exacerbado; ao passo que a expressão *neoconstitucionalismo* corresponderia a esse mesmo fenômeno, sendo utilizado frequentemente na cultura jurídica continental européia, especialmente em países como Espanha e Itália, para fazer referência à mesma alteração de paradigma (PEIXINHO, 2010, p. 46-47).

Do mesmo modo, Eduardo Moreira sustenta que a locução *pós-positivismo* designa um período de transição do positivismo inclusivo para o neoconstitucionalismo e que tal nomenclatura foi abandonada a partir da identificação da necessidade de uma nova teoria do Direito, ocasião em que novos elementos foram incorporados e a expressão *neoconstitucionalismo* passou a gozar de aceitação internacional (MOREIRA, 2009, p. 47-48).

Inobstante os posicionamentos de que se deu notícia, as diferenças apontadas não parecem justificar a utilização dos vocábulos atribuindo-lhes sentidos diversos, razão pela qual, considerando especialmente os fins perseguidos por este trabalho, utilizar-se-ão as expressões indistintamente, sempre para designar o mesmo fenômeno.

Em suma, o termo *neoconstitucionalismo* designa, ao mesmo tempo, uma teoria, uma ideologia e um método de análise do direito; além disso, assinala os elementos estruturais de um modelo constitucional, ou seja, um conjunto de mecanismos normativos e institucionais, realizados num determinado sistema jurídico-político, que limitam os poderes do Estado e/ou protegem os direitos fundamentais (SANCHÍS, 2003, p. 75).

Nesse contexto de transformações no modo de encarar o fenômeno jurídico, apesar de não se poder falar em estrita uniformidade e coerência, especialmente porque há a concorrência de influências de várias ordens, os autores convergem na identificação de algumas características que são próprias do movimento neoconstitucionalista. Daniel Sarmento, em artigo já citado e bastante didático, sintetiza bem as tendências mais marcantes do neoconstitucionalismo: i) reconhecimento da força normativa dos princípios jurídicos, com a conseqüente valorização do seu papel no processo de aplicação do Direito; ii) rejeição ao formalismo e utilização de uma metodologia jurídica mais aberta; iii) constitucionalização do Direito; iv) reaproximação entre o Direito e a Moral; e v) protagonismo do Poder Judiciário, em virtude da judicialização da política e das relações sociais (SARMENTO, 2009, p. 113-114).

O papel das Constituições sofreu significativa alteração após a Segunda Guerra Mundial, a partir de quando deixaram os textos constitucionais de ser apenas programas políticos inspiradores da atuação do legislador e passaram a contar com normas dotadas de alta carga axiológica e repositórios de importantes decisões de cunho político e substantivo (SARMENTO, 2009, p. 116-117).

Ademais, as Constituições começaram a privilegiar os direitos fundamentais, consagrando direitos sociais de natureza prestacional ao lado dos já tradicionais direitos individuais e políticos (SARMENTO, 2011), bem como passaram a se ocupar de assuntos que antes eram relegados ao plano da legislação infraconstitucional. Essa “irradiação” das normas constitucionais para os mais diversos ramos do ordenamento, aliada a uma interpretação abrangente e extensiva dessas normas por parte do Judiciário, ocasionou a denominada *constitucionalização* da ordem jurídica, fenômeno que ampliou decisivamente a influência das Constituições sobre o ordenamento como um todo e que merecerá uma análise mais detida e pormenorizada em tópico específico.

Muitas das normas constitucionais do segundo pós-guerra são marcadas pela abertura e indeterminação semânticas. Assim, a singularidade das normas constitucionais está relacionada à natureza da linguagem em que são vertidas. Considerando que o ambiente constitucional é afeto a normas principiológicas e esquemáticas, natural que estas apresentem

uma tessitura mais aberta, com um maior grau de abstração e, *ipso facto*, uma menor densidade jurídica, o que confere ao intérprete um espaço de discricionariedade significativamente mais amplo (BARROSO, 2009, p. 111).

Fala-se, cada vez mais, em princípios, cláusulas gerais, conceitos vagos e indeterminados. Todas essas categorias são, em verdade, fruto de uma técnica legislativa, conscientemente empregada, com o fito de privilegiar essa atividade criativa do intérprete (BUENO, 2008, p. 19-21).

A utilização recorrente dessas novas categorias normativas revelou a insuficiência dos métodos de interpretação da hermenêutica jurídica clássica, especialmente a lógica da subsunção, tão cara ao positivismo. Com efeito, remonta ao positivismo jurídico, mais especificamente à teoria kelseniana, a idéia de que uma norma, para ser qualificada como “jurídica”, há de ter sido posta por uma autoridade competente para tal e segundo os ditames de uma outra norma que lhe é superior. Desta feita, a norma sempre retira seu fundamento de validade de uma norma superior, até que se alcance o que Kelsen chamou de *norma hipotética fundamental*, esta pressuposta (e não mais posta por uma autoridade), e que confere sentido de validade jurídica a todas as normas (KELSEN, 2006, p. 215-217).

Para Hans Kelsen, a interpretação é “[...] uma operação mental que acompanha o processo da aplicação do Direito no seu progredir de um escalão superior para um escalão inferior” (KELSEN, 2006, p. 387).

Ocorre que, como se viu, o paradigma do Direito mudou completamente. E, com ele, a postura do intérprete e do aplicador diante do fenômeno jurídico (BUENO, 2008, p. 9). De fato, como bem observa Walber de Moura Agra, a pós-modernidade trouxe conseqüências que atingiram todas as esferas da sociedade, razão pela qual o Direito, responsável por regulamentar as relações sociais, sofre de forma mais acentuada essas conseqüências (2004, p. 578).

A análise do Direito não pode mais ser feita embasada, unicamente, em termos de “norma jurídica”. Elementos outros, não exclusivamente jurídicos, contribuem para a composição do fenômeno jurídico. No mesmo sentido, a lição de Walber de Moura Agra (2004, p. 575), em cujas palavras:

A concepção moderna do Direito, de cunho predominantemente formal, juspositivista, não preenche mais as expectativas da sociedade, impondo-se pelas novas necessidades da pós-modernidade uma concepção funcional do Direito, em que as interpretações jurídicas devem ser feitas com o escopo de assegurar eficácia concretiva aos comandos normativos. A concepção funcional do Direito marca o superamento da teoria kelseniana baseada no binômio norma/sanção, sendo

substituída pelo binômio norma/suporte administrativo, em que assume relevância a eficácia normativa.

Isso acontece porque os fatos sociais são cada vez mais dinâmicos, de modo que as estruturas normativas não podem mais ser feitas com a pretensão de ser válidas indefinidamente. Pelo contrário, a tendência é de que elas sejam cada vez mais flexíveis, o que facilita sobremaneira sua adaptação às mudanças da sociedade (AGRA, 2004, p. 586).

Essa abertura da norma jurídica garante uma maior liberdade ao intérprete, que passa a buscar nos fatos os elementos e parâmetros necessários a uma boa aplicação do direito. Não é por outra razão que se diz que “[...] os campos jurídico e fático completam-se e se comunicam necessariamente” (BUENO, 2008, p. 27).

Segundo André Rufino do Vale e Gilmar Ferreira Mendes (2011), a comunicação entre norma e fato é condição da própria interpretação constitucional, uma vez que o processo de conhecimento envolve a investigação integrada de elementos fáticos e jurídicos.

Com essa nova ordem de valores, nesse novo paradigma, a função do juiz deixa de ser meramente subsuntiva e passa a ser valorativa, concretizadora, criativa (BUENO, 2008, p. 26). O próprio Hans Kelsen (2006, p. 394), aliás, ao distinguir as posturas adotadas pelo cientista do direito e pelo aplicador, já reconhecia na atividade deste último um ato de vontade, de criação, e não de mero conhecimento.

A interpretação e a aplicação das normas jurídicas e – com muito mais razão – das normas constitucionais reclamam um método de interpretação distinto dos tradicionais, de tal sorte que esse novo método pressuponha que a neutralidade do juiz (CATÃO, 2005) é um mito e reconheça a necessidade de o juiz se comunicar com os valores espalhados na sociedade, com o objetivo de aplicar escorreitamente a norma jurídica (BUENO, 2008, p. 26).

Toda essa conjuntura acentua a importância política do Poder Judiciário que, com uma recorrência cada vez maior, é instado a decidir questões polêmicas e de grande relevância para a sociedade (SARMENTO, 2009, p. 116).

Se tudo o que se disse até agora soa verdadeiro no que toca às normas jurídicas em geral, ainda mais verdadeiras são essas afirmações se feitas em relação às normas constitucionais, em virtude das peculiaridades que as distinguem das demais.

De fato, a Constituição é dotada de superioridade hierárquica dentro do sistema, a qual está plasmada no princípio da supremacia da Constituição, segundo o qual nenhum ato jurídico, nem tampouco qualquer manifestação de vontade será considerado válido se não for compatível com a Constituição (BARROSO, 2009, p. 165).

Ademais, o conteúdo das normas constitucionais é específico. Óbvio que há normas constitucionais voltadas à regência do comportamento humano, as ditas normas de conduta. Todavia, o texto constitucional é pródigo em normas de organização, cujo escopo não é a disciplina das condutas individuais ou coletivas, mas a estruturação orgânica do Estado, bem assim a prescrição sobre como deverão ser criadas e aplicadas as próprias normas de conduta. As normas de organização não se apresentam como juízos hipotéticos, isto é, não contêm a previsão de um fato em abstrato e a conseqüente cominação de efeitos jurídicos para o caso de o dato vir a se concretizar. Frise-se, outrossim, a presença de normas programáticas, que fixam valores a serem preservados e finalidades sociais a serem alcançadas sem, no entanto, especificas quaisquer meios ou condutas a serem seguidas pelo Poder Público (BARROSO, 2009, p. 112-113).

Finalmente, as normas constitucionais diferem das demais normas jurídicas em função de seu caráter político, que se manifesta em sua origem, em seu objeto e no resultado da sua aplicação (BARROSO, 2009, p. 114). A Constituição, ao tempo em que inaugura uma nova ordem jurídica, é o documento responsável pela formação de um novo Estado, fenômeno indiscutível e eminentemente político. Daí a afirmativa de Barroso (2009, p. 115) no sentido de que “[...] a Constituição materializa a tentativa de conversão do poder político em poder jurídico. Seu objeto é um esforço de juridicização do fenômeno político”.

Todo esse panorama vivenciado pela Europa após a Segunda Guerra, *mutatis mutandis*, teve início no Brasil após a promulgação da Constituição Federal de 1988, cujo modelo de jurisdição constitucional desenhado contribui sobremaneira para o processo de judicialização da política, para ficar com apenas um exemplo.

Daniel Sarmento chama atenção para o papel sobranceiro desempenhado pela doutrina para a mudança de paradigma do Direito Constitucional brasileiro, fazendo a distinção entre dois períodos distintos. Em um primeiro momento dessa evolução – que recebeu a alcunha de “constitucionalismo brasileiro da efetividade” –, a preocupação dos constitucionalistas brasileiros era a de conferir efetividade às normas constitucionais. Isto porque, se hoje estamos acostumados com a idéia da incidência direta da Constituição sobre a realidade social e com seu caráter de norma jurídica que, *ipso facto*, reclama sua aplicação pelos juízes, o fato é que nem sempre foi assim (SARMENTO, 2009, p. 125).

Sob a rubrica de pós-positivismo constitucional, tem-se justamente a fase na qual as assim chamadas teorias jurídicas pós-positivistas desembarcaram no Brasil, difundindo temas como teoria dos princípios, ponderação de interesses, teorias da argumentação, proporcionalidade e razoabilidade, entre outros. O caráter normativo e a importância dos

princípios são realçados, bem como aumenta consideravelmente o interesse pelos direitos fundamentais, mormente os sociais, relegando-se a um segundo plano a preocupação com a efetividade das normas constitucionais, ao tempo em que se enfatizam as discussões sobre a democracia, as quais estão recheadas de novos conceitos e categorias importados do Direito alemão, entre os quais se encontram, *verbi gratia*, as noções de mínimo existencial, reserva do possível e proibição de retrocesso (SARMENTO, 2009, p. 127).

Outro dado relevante diz com a jurisdição constitucional e a alteração no enfoque das pesquisas sobre o tema que deixaram de se ater simplesmente a questões processuais para incluir novas perspectivas, ocupando-se, inclusive, da delicada problemática envolvendo a legitimidade democrática do controle de constitucionalidade em face da dificuldade contramajoritária do Judiciário (SARMENTO, 2009, p. 128).

Todas essas modificações têm encontrado respaldo no âmbito do Supremo Tribunal Federal que, para ficar com um exemplo que se relaciona intimamente ao escopo deste trabalho, vem se mostrando bastante receptivo às inovações processuais que, em sede de jurisdição constitucional, introduziram a possibilidade de intervenção de terceiros na qualidade de *amicus curiae*, bem assim permitiram a realização de audiências públicas, contribuindo para a ampliação das possibilidades de atuação da sociedade civil organizada no âmbito do STF (SARMENTO, 2009, p. 130).

2. Especificamente, a constitucionalização do Direito

Consoante restou demonstrado no tópico anterior, a constitucionalização da ordem jurídica é um dos traços característicos do neoconstitucionalismo, tanto na Europa, quanto no Brasil.

Essa locução – *constitucionalização do Direito* – está associada a um efeito expansivo e abrangente das normas constitucionais e com a irradiação, com força normativa, de seu conteúdo axiológico e material pelo sistema jurídico em sua inteireza (BARROSO, 2010, p. 353-353). Vê-se, portanto, que não se cuida apenas de incluir no texto constitucional assuntos que antes eram desmerecidos ou regulados infraconstitucionalmente, mas de um processo que sugere a releitura de todo o ordenamento jurídico sob o prisma dos valores constitucionais, isto é, opera-se a filtragem constitucional do Direito, para usar a expressão que se consagrou na doutrina brasileira (SARMENTO, 2009, p. 122).

É preciso ter em conta que essa filtragem constitucional não privilegia banalidades. Saí porque as normas constitucionais com poder de irradiação para os demais ramos do

ordenamento e, conseqüentemente, de impor uma releitura dos seus conceitos, institutos e categorias, são as que consagram direitos fundamentais e princípios constitucionais mais gerais (SARMENTO, 2007, p. 134). Isso acontece, aliás, em virtude do reconhecimento de que os direitos fundamentais não são mais compreendidos exclusivamente como direitos subjetivos, sendo-lhes agregado uma espécie de “mais-valia”, a qual recebeu a denominação de *dimensão objetiva* (SARMENTO, 2007, p. 119).

Não se pode olvidar que esse fenômeno da constitucionalização do Direito repercute sobre a atuação dos três Poderes, bem como na esfera das relações entre particulares. Com efeito, a constitucionalização limita a discricionariedade ou liberdade de conformação do Legislativo no processo de feitura das leis em geral, ao tempo em que lhe impõe deveres com o propósito de possibilitar a realização dos direitos e programas previstos na Constituição; o Executivo, por sua vez, além de sofrer as mesmas interferências que sofre o Legislativo, retira do processo de constitucionalização o fundamento de validade para aplicar direta e imediatamente, independentemente de atuação legislativa, a Constituição; em se tratando do Judiciário, a constitucionalização condiciona a interpretação de todas as normas do sistema e serve de parâmetro para o exercício do controle de constitucionalidade; finalmente, no que tange aos particulares, tem-se o estabelecimento de limitações à sua autonomia de vontade, que passa a estar subordinada a valores constitucionais e aos direitos fundamentais (BARROSO, 2010, p. 353).

É a partir da Constituição Federal de 1988 que, no Brasil, pode-se começar a falar com um pouco mais de tranqüilidade em constitucionalização do Direito. O texto constitucional, muito além de traçar as regras do jogo democrático, encampa diversos valores substantivos, tais como a dignidade da pessoa humana, por exemplo. Dessa forma, ao juridicizar esses valores, exprimindo-os, no mais das vezes, em linguagem vaga e abstrata, sem, contudo, deixar de reconhecer seu caráter normativo, a Constituição torna possível a filtragem constitucional da totalidade do ordenamento jurídico brasileiro (SARMENTO, 2007, p. 124-125).

Essa filtragem, apesar de ser a mais importante, é apenas uma das facetas do fenômeno da constitucionalização. Sua outra vertente é a regulação direta, em sede constitucional, de assuntos que tradicionalmente restavam adstritos à esfera de atuação do legislador ordinário. Inegável o fato de que a Constituição Federal de 1988 é pródiga em disposições afetas aos demais ramos do ordenamento (BARROSO, 2007, p. 361 e ss).

Muito embora o fenômeno da constitucionalização do Direito seja visto como algo extremamente positivo, não está isento de problemas. Dois deles são reputados os mais

importantes por Daniel Sarmento: um deles não é uma consequência necessária do fenômeno, mas tem sido constatada no Brasil: a constitucionalização do Direito pode vir a provocar uma certa anarquia metodológica, isto é, a utilização cada vez mais freqüente de normas vagas e abstratas aliada ao fato de que, muitas vezes, essas normas são interpretadas sem qualquer critério racional pelo Judiciário pode trazer sérios prejuízos ao Estado Democrático de Direito (SARMENTO, 2007, p. 115).

De fato, a identificação dos princípios como espécie do gênero normas jurídicas e o conseqüente reconhecimento de seu caráter normativo, a despeito de ser um dado extremamente positivo, pode contribuir para a indesejável prática do decisionismo, caso os magistrados ignorem o seu dever de fundamentar racionalmente as decisões, passando a lançar mão dos princípios em toda e qualquer situação, pouco importando se há ou não regra jurídica específica aplicável ao caso concreto (SARMENTO, 2007, p. 144).

A valorização da argumentação jurídica e da racionalidade prática, rechaçadas pelo positivismo jurídico, bem como o fortalecimento do respeito também das regras jurídicas (não só dos princípios) são medidas úteis no combate a esta consequência negativa (SARMENTO, 2007, p. 145 e ss).

O outro problema identificado pelo autor apresenta um nítido viés antidemocrático, já que, na medida em que se constitucionaliza uma decisão, acaba-se por retirá-la do alcance da maioria. Dito de outra maneira, caso tudo estivesse constitucionalizado, o povo não poderia, por intermédio de seus representantes, decidir a respeito de mais nada, uma vez que a Constituição já teria feito tomado todas as decisões previamente² (SARMENTO, 2007, p. 115).

Tal situação se agrava ainda mais quando se recorda de que a última palavra sobre interpretação constitucional, no Brasil, compete ao Supremo Tribunal Federal, órgão de cúpula do Poder Judiciário, composto por 11 (onze) membros escolhidos pelo Presidente da República e que, portanto, ao contrário do chefe do Executivo e dos legisladores, não são eleitos e não respondem politicamente em face do povo. Daí se falar em uma dificuldade contra-majoritária da jurisdição constitucional, oriunda da constatação de que as valorações e escolhas promovidas pelos juízes também necessitam de legitimação democrática (SARMENTO, 2007, p. 115).

² Essa preocupação revela claramente a tensão existente entre democracia e constitucionalismo, já que, em linhas bastante gerais, a primeira preconiza o predomínio da vontade da maioria, ao passo que o segundo estabelece empecilhos ao exercício da soberania popular, justamente por estar mais preocupado com a imposição de limitações ao exercício do poder.

Desse modo, uma vez que o Judiciário assume a responsabilidade de ser o principal agente da constitucionalização, imprescindível que se estabeleçam parâmetros para sua atuação. Tais balizas estão associadas, entre outras coisas, à democratização do exercício da jurisdição constitucional, mediante a abertura do seu procedimento à participação de novos sujeitos, o que pode ser alcançado através do fortalecimento do papel desempenhado pelos *amici curiae* e da realização mais freqüente de audiências públicas (SARMENTO, 2007, p. 138).

3. O Supremo Tribunal Federal e a abertura da jurisdição constitucional brasileira: o papel do *amicus curiae*

Consoante restou demonstrado, a Constituição, a teoria constitucional e, por isso mesmo, a teoria da interpretação constitucional, vêm passando por diversas transformações sob o influxo de neoconstitucionalismo e da sua preocupação com a normatividade e com a garantia de eficácia dos direitos fundamentais (LEAL, 2008, p. 29).

Diante desse quadro, a hermenêutica jurídica tradicional tem se mostrado incapaz de atender às necessidades desses novos tempos, de maneira que a interpretação constitucional passa a exigir outros métodos, não tão adstritos às regras e à lógica subsuntiva.³

Sob a rubrica de uma Nova Hermenêutica⁴, a hermenêutica constitucional desenvolvida pelo constitucionalista alemão Peter Häberle parece satisfazer a exigência desses novos tempos, nos quais a concepção formalista, estritamente dogmática e positivista do Direito vem cedendo lugar a uma nova concepção do fenômeno jurídico. De acordo com Gilmar Ferreira Mendes, responsável pela tradução para o português da obra em que Häberle desenvolve a idéia de uma sociedade aberta e pluralista de intérpretes (HÄBERLE, 1997), o constitucionalista alemão chama a atenção para a necessidade de se adotar uma hermenêutica constitucional que se adéqüe à sociedade pluralista ou à assim chamada sociedade aberta (HÄBERLE, 1997, p. 9).

O que se pretende demonstrar por ocasião deste tópico é que os contornos assumidos pela figura do *amicus curiae* na seara da jurisdição constitucional brasileira permitem identificá-lo como um instrumento de ordem prática a serviço da teoria da sociedade aberta de

³ Importa esclarecer que isso não representa o total abandono aos métodos clássicos de interpretação, os quais continuam sendo utilizados em larga escala para as demais normas do ordenamento, bem como para a interpretação daquelas normas constitucionais que assim permitem.

⁴ Autores como Theodor Viehweg (e a sua Tópica), Friedrich Muller (e a sua Metodica Estruturante) e Konrad Hesse (com seu método concretista baseado na força normativa da Constituição) podem ser agrupados sob esse rótulo.

intérpretes proposta por Häberle. Em outras palavras, essa teoria exerce intensa influência na maneira de o Supremo Tribunal Federal lidar com a atuação de terceiros na qualidade de *amicus curiae*.

Os eventos que antecedem o processo de interpretação constitucional se apresentam variados e difusos, de tal sorte que a forma de participação da opinião pública no processo de interpretação constitucional reflete essa falta de organização. Daí a necessidade de os princípios e os métodos de interpretação constitucional desempenharem uma nova função, qual seja a de disciplinar e canalizar as múltiplas formas de influência dos diferentes participantes do processo, filtrando a força normatizadora da publicidade (HÄBERLE, 1997, p. 43-44).

Häberle (1997, p. 46) também demonstra uma preocupação com o controle da participação dos diferentes grupos na interpretação constitucional, de tal sorte que a decisão da Corte Constitucional considere os interesses daqueles que não participam do processo e, portanto, são interesses não representados.

Segundo o constitucionalista, formas outras de participação das potências públicas pluralistas enquanto intérpretes em sentido amplo da Constituição deveriam ser desenvolvidas, ante a necessidade de o direito processual constitucional tornar-se parte do direito de participação democrática (HÄBERLE, 1997, p. 48).

André Rufino do Vale e Gilmar Ferreira Mendes (2011) comungam da opinião de que o pensamento de Häberle é difundido internacionalmente, estando quase sempre acompanhado de processos formais que institucionalizam estruturas, organismos e procedimentos voltados à implementação, em termos práticos, de institutos concebidos em nível doutrinário pelo filósofo alemão, o que é capaz de demonstrar quão sólidos são os fundamentos fornecidos pelas suas criações para o desenvolvimento do atual Estado constitucional.

No Brasil, também é possível verificar esse fenômeno, que fora aqui perpetrado pela edição da Lei n.º 9.868/99 e da Lei n.º 9.882/99, que instituíram no âmbito do controle concentrado de constitucionalidade a figura do *amicus curiae*.

Hodiernamente, a participação dos *amici curiae* nas ações de controle de constitucionalidade é recorrente, desempenhando estes terceiros um papel fundamental no processo de interpretação da Constituição levado a efeito pelo Supremo Tribunal Federal. Destarte, a jurisdição constitucional brasileira adota um modelo procedimental apto ao oferecimento das condições que possibilitam que o processo constitucional seja construído

por uma pluralidade de sujeitos e bombardeado por uma pluralidade de argumentos e perspectivas (HÄBERLE, 1997, p. 49).

Bastante didático e elucidativo o voto exarado pelo Min. Celso de Mello por ocasião do julgamento da ADIn n. 2.130/SC, cuja transcrição, mesmo parcial, impõe-se:

A admissão de terceiro, na condição de *amicus curiae*, no processo objetivo de controle normativo abstrato, qualifica-se como fator de legitimação social das decisões da Suprema Corte, enquanto Tribunal Constitucional, pois viabiliza, em obséquio ao postulado democrático, a abertura do processo de fiscalização concentrada de constitucionalidade, em ordem a permitir que nele se realize, sempre sob uma perspectiva eminentemente pluralística, a possibilidade de participação formal de entidades e de instituições que efetivamente representem os interesses gerais da coletividade ou que expressem os valores essenciais e relevantes de grupos, classes ou estratos sociais. (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, 2011).

No julgamento de outra ADIn, a de número 3484/RN, manifestou-se o Min. Gilmar Mendes:

[...] ao ter acesso a essa pluralidade de visões em permanente diálogo, este Supremo Tribunal Federal passa a contar com benefícios decorrentes dos subsídios técnicos, implicações político-jurídicas e elementos de repercussão econômica que possam vir a ser apresentados pelos “amigos da Corte”. Essa inovação institucional, além de contribuir para a qualidade da prestação jurisdicional, garante novas possibilidades de legitimação dos julgamentos do Tribunal no âmbito de sua tarefa precípua de guarda da Constituição. É certo, também, que, ao cumprir as funções de Corte Constitucional, o Tribunal não pode deixar de exercer a sua competência, especialmente no que se refere à defesa dos direitos fundamentais em face de uma decisão legislativa, sob a alegação de que não dispõe dos mecanismos probatórios adequados para examinar a matéria. Entendo, portanto, que a admissão de *amicus curiae* confere ao processo um colorido diferenciado, emprestando-lhe caráter pluralista e aberto, fundamental para o reconhecimento de direitos e a realização de garantias constitucionais em um estado Democrático de Direito. (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, 2006).

Essa aludida abertura procedimental, não há dúvidas, é fruto das modernas teorias constitucionalistas que consideram a atividade hermenêutica da constituição um processo amplo e aberto, do qual toda a sociedade deve participar, na condição de intérprete. Na expressão cunhada por Peter Häberle, uma “sociedade aberta dos intérpretes da constituição”.

Com isso, além de uma maior abertura do debate acerca de questões constitucionais, em virtude da viabilização da participação de variados segmentos da sociedade no processo, a intervenção do *amicus curiae* constitui fator de aumento da legitimação das decisões do Supremo, enquanto última instância de decisão sobre matérias de tamanha dignidade constitucional, como os direitos fundamentais, por exemplo (LEAL, 2008, p. 40-41).

Essa legitimação social que a atuação do *amicus* teria o condão de atribuir às decisões do Supremo Tribunal Federal é decorrência da abertura do processo de fiscalização concentrada de constitucionalidade que, em observância ao postulado democrático, permite a

participação formal, sob uma perspectiva preponderantemente pluralista, de entidades e/ou instituições representativas dos interesses da coletividade ou, quando menos, que expressem os valores caros a grupos, classes, estratos ou segmentos sociais (LEAL, 2008, p. 45-46).

A participação desses diferentes grupos em processos judiciais que repercutem por toda a sociedade desempenha uma função de integração de extrema relevância, razão pela qual, segundo Gilmar Mendes (2011), Häberle defende a necessidade de ampliação dos instrumentos de informação dos juízes constitucionais, o que tem sido feito, no Brasil, especialmente por intermédio da realização de audiências públicas e do respaldo a intervenções de eventuais interessados, na condição de *amici curiae*.

Vê-se, pois, que dessa forma se atendem as exigências impostas por um Estado Democrático de Direito, no qual o processo judicial deve estar sintonizado com os princípios constitucionais e, em decorrência, com o direito fundamental de participação na tomada de decisões. Com isto se quer dizer que a norma jurídica concreta – a sentença – deve ser elaborada com a participação dos destinatários dos seus efeitos. Essa “construção participada da decisão judicial ou do direito no caso concreto” auxilia na tarefa de consolidação do Estado Democrático de Direito, na medida em que garante participação não só na criação, bem como na aplicação das normas gerais e abstratas aos casos concretos (ALMEIDA, 2007, p. 19).

Isto porque

Participar da formação da decisão judicial é, também, participar da formação da compreensão do significado das normas jurídicas gerais e abstratas (interpretação). Essa participação legitima a atribuição de significado à norma constante da decisão e a torna mais objetiva, uma vez que construída a partir de diversos pontos de vista. (ALMEIDA, 2007, p. 22)

Este o escopo da intervenção do *amicus curiae*: garantir que os diversos segmentos da sociedade participem, não só potencial, mas também efetivamente, das decisões tomadas pelo Poder Judiciário, atuando como instrumento de democratização do processo e conferindo, consequentemente, legitimidade às decisões proferidas.

Parece ser indiscutível, diante de tudo o que fora demonstrado até o presente, a influência marcante das idéias de Peter Häberle nas decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal.

De fato, com fulcro na concepção de uma sociedade aberta e pluralista de intérpretes da Lei Fundamental, o STF não tem se mostrado reticente quando o assunto é ampliar o debate das questões constitucionais, já que vem admitindo com uma frequência cada vez maior a participação dos *amici curiae* nos processos objetivos de controle de

constitucionalidade, o que contribui decisivamente para um aprimoramento da prestação jurisdicional.

Sendo assim, cumpre reconhecer a importância do papel desempenhado pelo STF que, ao permitir a democratização da interpretação constitucional, acaba por viabilizar, na prática, a teoria háberliana da interpretação constitucional, contribuindo, destarte, para a atenuação dos efeitos nocivos que um processo de constitucionalização exacerbada e desregrada do Direito poderia acarretar.

Conclusão

A expressão *neoconstitucionamismo* tem sido utilizada para designar um fenômeno, não se confundindo com uma teoria pronta e acabada, que teve início na Europa, após a Segunda Guerra Mundial, e que marca a superação do paradigma estritamente positivista do Direito.

Esse processo foi desencadeado no Brasil a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988 e aqui são reproduzidas, em maior ou menor grau, as suas características mais facilmente identificáveis, as quais já foram mencionadas no desenvolvimento deste artigo e entre as quais se destaca a constitucionalização do Direito.

Esse movimento de constitucionalização do ordenamento jurídico como um todo se manifesta de duas formas distintas: i) mediante a consagração, já no texto constitucional, de assuntos pertinentes aos mais diversos ramos jurídicos e que outrora eram veiculados na legislação infraconstitucional; e ii) em função da irradiação das normas constitucionais para as outras áreas jurídicas, impondo a necessidade de uma releitura das categorias, conceitos e institutos tradicionais dos outros campos do Direito sob a ótica dos valores e princípios encampados constitucionalmente.

Ambas as facetas da constitucionalização foram recebidas com relativo entusiasmo pela doutrina, mas isso não significa que não há problemas associados ao fenômeno. O principal deles diz respeito à legitimidade democrática da jurisdição constitucional, haja vista que compete ao Poder Judiciário, precipuamente, a interpretação das normas jurídicas em geral.

É justamente nesse contexto, buscando suprir o suposto déficit democrático das decisões tomadas no âmbito da jurisdição constitucional e ancorada na teoria háberliana da sociedade aberta dos intérpretes da Constituição, que a figura do *amicus curiae* ganha espaço nas discussões entre os autores que advogam a favor da tese da abertura procedimental da

jurisdição constitucional, o que vem obtendo cada vez mais o respaldo do Supremo Tribunal Federal.

Dessa forma, o fortalecimento do papel desempenhado pelos *amici curiae* tem o condão de garantir uma maior participação da sociedade no processo de tomada de decisões, democratizando-o, o que minimizaria os riscos decorrentes de uma exacerbação do processo de constitucionalização do Direito no Brasil.

REFERÊNCIAS

AGRA, Walber de Moura. Pós-modernidade, crise do Estado Social de Direito e crise na legitimação da jurisdição constitucional. **Revista da ESMape**, Recife, v. 09, n. 19, p. 575-610, 2004.

ALMEIDA, Cléber Lúcio de. A legitimação das decisões judiciais no Estado Democrático de Direito. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª. Região**, Belo Horizonte, v. 45, n. 75, p. 19-25, jan./jun. 2007.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. **Interpretação e aplicação da Constituição**. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2.130/SC. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, 14 de dezembro de 2001. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 15 out. 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3484/RN. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, 23 de agosto de 2006. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 15 out. 2011.

BUENO, Cássio Scarpinella. **Amicus curiae no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático**. 2. ed. rev. atual. e amp. São Paulo: Saraiva, 2008.

CATÃO, Adrualdo de Lima. A visão hermenêutica da interpretação jurídica para a superação do paradigma da neutralidade do intérprete. Anais do XIV Congresso nacional do CONPEDI – Fortaleza. Fundação Boiteux: Florianópolis, Nov. 2005, p. 3-23. Disponível em: www.conpedi.org. Acesso em: 13 out. 2011.

COMANDUCCI, Paolo. Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico. In: CARBONELL, Miguel. Neoconstitucionalismo(s). Madrid: Editorial Trotta, p. 75-98, 2003.

CRUZ, Luis M. **La Constitución como orden de valores: problemas jurídicos y políticos**. Granada, 2005.

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: Fabris, 1997 (Reimpressão, 2002).

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

LEAL, Mônia Clarissa Hennig. Jurisdição constitucional aberta: a abertura constitucional como pressuposto de intervenção do *amicus curiae* no direito brasileiro. **Revista de Direito Público**, Porto Alegre, ano 5, n. 21, p. 27-49, maio./jun. 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle de constitucionalidade – Repercussões na atividade econômica**. Disponível em: <http://www.bcb.gov.br/htms/public/8encjur/04%20-gilmar%20ferreira%20mendes.pdf>. Acesso em: 14 ago. 2011.

MOREIRA, Eduardo Ribeiro. **Neoconstitucionalismo: a invasão da Constituição**. São Paulo: Método, 2009.

PEIXINHO, Manoel Messias. **As teorias e os métodos de interpretação aplicados aos direitos fundamentais: doutrina e jurisprudência do STF e do STJ**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SANCHÍS, Luis Prieto. Neoconstitucionalismo y ponderación judicial. In: CARBONELL, Miguel. **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Editorial Trotta, p. 123-158, 2003.

SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: SARMENTO, Daniel. **Filosofia e teoria constitucional contemporânea**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 113-146, 2009.

_____. Ubiquidade constitucional: os dois lados da moeda. In: **A constitucionalização do Direito: Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas**. NETO, Cláudio Pereira de Souza; Sarmento, Daniel. Rio de Janeiro: Lumen Júris, p. 113-148, 2007.

SARMENTO, George. As gerações dos direitos humanos e os desafios da efetividade. Disponível em: < <http://www.georgesarmento.com.br/wp-content/uploads/2011/02/Gera%C3%A7%C3%B5es-dos-direitos-humanos-e-os-desafios-de-sua-efetividade1.pdf>> Acesso em: 20 nov. 2011.

VALE, André Rufino do; MENDES, Gilmar Ferreira. A influência do pensamento de Peter Häberle no STF. Revista Consultor Jurídico. Disponível em:< <http://www.conjur.com.br>>. Acesso em: 12 out. 2011.