

O *Amicus Curiae* e a Democratização do Controle de Constitucionalidade

Ana Letícia Queiroga de Mattos

*Advogada e Mestranda em Direito Público pela PUC-Minas,
Professora de Direito Constitucional e Hermenêutica e Teoria
da Argumentação Jurídica da PUC-Minas.*

DOI: 10.11117/22361766.09.01.06

A atividade do controle de constitucionalidade das normas existe em países como o nosso graças à prevalência do princípio da supremacia da Constituição, sendo, portanto, a Lei Maior, a Lei Fundamental, como o próprio nome já diz, o fundamento de validade de todas as demais normas do ordenamento jurídico.

O controle de constitucionalidade pela via de ação (ou controle concentrado) não está à disposição de todo e qualquer cidadão, já que restrito aos legitimados elencados no art. 103 da Constituição Federal de 1988. Assim, ao cidadão comum, ao particular, resta o controle por via de exceção (ou controle difuso).

Ocorre que, desde o surgimento da Ação Direta de Inconstitucionalidade genérica (ADIn), implantada na Constituição da República de 1988, em seu art. 103 (antes, o aparecimento da figura da representação abstrata de inconstitucionalidade inserida no ordenamento jurídico brasileiro com a Emenda Constitucional nº 16/65 e, mais remotamente ainda, o nascimento da representação interventiva implantada em 1934), bem como, também, a criação da ADIn por omissão e, também, a Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF), é possível perceber que a Jurisdição Constitucional concentrada tem sido sobreestimada em face da via difusa de controle de constitucionalidade no Brasil.

Desta forma, numa tentativa de democratizar o controle concentrado brasileiro das normas, principalmente tendo em vista a avaria do controle difuso de constitucionalidade aqui prevalecente, além de, também, fazer sobressair o papel do Supremo Tribunal Federal, não como o guardião de uma ordem de valores, mas sim como o protetor do processo de criação democrática do direito, cumprindo-lhe proteger um sistema de direitos que torne factível a incidência simultânea da autonomia privada e da autonomia pública, celebra-se a inovação do instituto do *amicus curiae* no sistema jurídico brasileiro.

Porém, antes de se festejar tal inovação, é necessário investigar se a admissão do *amicus curiae* no controle de constitucionalidade brasileiro realmente contribui para amainar o déficit de legitimidade que gira em torno do controle concentrado das normas (já que erradicar é mesmo uma tarefa bastante intrincada), favorecendo ou firmando um maior compromisso com a legitimidade deste exercício jurisdicional que seja condizente com o paradigma procedimentalista do Estado Democrático de Direito.

A expressão *amicus curiae* foi utilizada no Brasil no processo de controle de constitucionalidade, pela primeira vez, com fundamento no § 2º do art. 7º da Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999, que dispõe sobre o processo e julgamento da ADIn e da ADC perante o STF, ocasião em que se admitiu a efetiva participação de um terceiro na lide, desde que atendidos os requisitos necessários, previstos em lei. Mais recentemente, a Lei nº 10.259, de 12 de julho de 2001, que dispõe sobre a instituição e a competência dos juizados especiais civis e criminais, no âmbito da Justiça Federal, também o admite. Mas, para os fins desse projeto, limitaremos nossa referência à admissão do instituto do *amicus curiae* nos procedimentos de Jurisdição Constitucional concentrada.

Amicus curiae é uma expressão que vem do latim e significa, literalmente, “amigo da corte”. O vocábulo latino *curiae* possui diversos sentidos, dentre os quais “sala de sessões de qualquer assembléia” e, nesse sentido, é que se faz razoável empregá-lo, contextualizando-o com a modernidade, como corte ou tribunal.

No Brasil, de uma forma escamoteada, a Jurisdição Concentrada foi inserida já nos idos de 1934, quando se criou a representação interventiva, que se resumia a fiscalizar as normas estaduais frente aos princípios constitucionais sensíveis. Diz-se escamoteada porque, a despeito de não ter sido propriamente uma forma de controle abstrato de constitucionalidade das leis, aquela figura passou a exercer tal função, pelo menos até o surgimento da representação de inconstitucionalidade, introduzida pela Emenda nº 16/65 à Constituição da República de 1946. Já em 1988, com a promulgação da atual Constituição, viram-se ampliados os instrumentos de controle de constitucionalidade concentrada através da ADIn genérica, ADIn por omissão e da “representação estadual de inconstitucionalidade”, prevista na Constituição, em seu art. 125, § 2º. Em seguida, no ano de 1993, a Emenda Constitucional nº 03/93 ensartou a Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) à atual Constituição.

Entretanto, compartilhando do voto do Ministro MOREIRA ALVES, na Ação Declaratória nº 1.1/DF, ocasião em que o mesmo se manifestou no sentido de que a ADC deveria ser edificada com base em um “processo objetivo”, ou seja, ignorando/desconhecendo o contraditório, o Supremo Tribunal Federal, desde então, vem assumindo uma postura exclusivamente

monológica em suas decisões, diretamente violadora dos preceitos de uma Teoria Discursiva do Direito, que prima pelo cumprimento do princípio do discurso.¹

Atenta ou não a isso, a Lei nº 9.868/99, que veio a regulamentar os processos da ADIn e da ADC, adicionou novidades de extrema importância para o controle abstrato da constitucionalidade, destacando-se, desde já, aquela prevista no art. 7º, § 2º, da Lei, o qual, não obstante o *caput* do artigo em análise vetar a intervenção de terceiros, criou a exceção à regra e, desta forma, veio a permitir que órgãos ou entidades manifestem, desde que fique demonstrada sua representatividade e a relevância da matéria. Processualizou-se, portanto, a figura do *amicus curiae* em nosso ordenamento.

No entanto, desconsiderando ou, ao menos, não despejando o devido valor à abertura prevista em referida lei ordinária, o Supremo Tribunal Federal vem demonstrando notório descaso e desdém para com tal inovação. Desde sua entrada em vigor, em 1999, o STF vem tratando do assunto de forma incoerente e ilógica, já que ainda prevalece o intuito de restringir o exercício do poder do *amicus curiae*, simplesmente à interposição de memorial, extraindo-lhe a possibilidade de sustentação oral.

Além disso, a lei, em seu art. 7º, § 2º, preconiza que

“o relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, *poderá*, por despacho irrecorrível, admitir, observado o prazo final no parágrafo anterior, a manifestação de outros órgãos ou entidades.” (grifo nosso)

Percebe-se, portanto, que existe uma faculdade de decidir (sem maiores formalidades) do relator quanto à admissão ou não de terceiro para se manifestar. O que se propõe, pois, é que, caso haja indeferimento por parte do relator, que tal ato seja necessariamente justificado, racional e argumentativamente. Em outras palavras, não cabe a um representante do Estado (no caso, um Ministro do STF) decidir, discricionariamente, acerca da admissão ou não de terceiro na lide. Além disso, é necessário que, não havendo admissão do terceiro, ou seja, do indeferimento de seu pedido, se proporcione a oportunidade de recorrer de tal decisão, visto que, conforme já aventado, não é cabível aqui a tese do processo objetivo.

Tendo como base a Teoria Discursiva do Direito, pode-se dizer que a salvaguarda da Constituição é dever de todo cidadão, devendo o mesmo zelar pela sua proteção e preservação, visando garantir os direitos e garantias nela previstos. Assim, a admissão de um terceiro na condição de *amicus curiae* no processo dito “objetivo” de controle normativo abstrato apresen-

1 “São válidas as normas de ação às quais todos os possíveis atingidos poderiam dar o seu assentimento, na qualidade de participantes de discursos racionais.” (HABERMAS, Jürgen. Direito e democracia: entre facticidade e validade. Vol. I, 1997, p. 142)

ta-se como um elemento de legitimação das decisões do Supremo Tribunal Federal, uma vez que, no paradigma do Estado Democrático de Direito, com suporte em uma teoria procedimentalista, o Direito adquire legitimidade através de um diálogo vivo com a sociedade civil, tornando, portanto, exequível a idéia do “espaço público” que, para HABERMAS, é, resumidamente, um *locus* central, onde os atores da sociedade civil interagem entre si e com o Estado, mediante discussões públicas, produzindo um poder comunicacional que se retroliga ao poder administrativo, legitimando-o.

Para respaldar esta idéia, parte-se da teoria procedimentalista do direito.

A partir da década de 70 já é possível observar-se “um” HABERMAS já inconformado com os preceitos da Escola de Frankfurt de uma teoria crítica, na qual a razão só era obtida através da auto-reflexão. Como contraponto a este conceito de razão baseado na filosofia da consciência, JÜRGEN HABERMAS procura se inserir em um novo paradigma, o da filosofia da linguagem. Esta mudança de paradigma ficou conhecida como a “guinada lingüística”, exatamente por substituir a consciência pela linguagem, como critério de racionalidade. Transmudou-se, então, da relação sujeito-objeto para a relação sujeito-sujeito, caracterizando, pois, a intersubjetividade das relações sociais. Para HABERMAS, é através da linguagem que a razão se expressa. A razão da filosofia da consciência era uma razão abstrata, *a priori*, desvinculada do mundo, e a mesma já não mais satisfazia HABERMAS, que veio a criticá-la veementemente.

A ação comunicativa, tal como proposta por HABERMAS, é uma ação social que tem por objetivo realizar a própria intenção da linguagem de produzir entendimento entre os atores sociais (membros da sociedade civil) e que permite submeter a procedimentos críticos as diferentes facetas do ser humano. A partir deste entendimento, ela tem uma tarefa fundamental/basilar tanto do ponto de vista da coesão social quanto do ponto de vista crítico para o estabelecimento de uma sociedade justa e igualitária.

Condizente com isto,

“uma interpretação apoiada numa teoria do discurso insiste em afirmar que a formação democrática da vontade não tira sua força legitimadora da convergência preliminar de convicções éticas consuetudinárias, e sim de pressupostos comunicativos e procedimentos, os quais permitem que, durante o processo deliberativo, venham à tona os melhores argumentos.”²

De acordo com os liberais, uma compreensão deontológica das normas e princípios deve permear/orientar toda a prestação jurisdicional. Por outro lado, para os comunitaristas, são os valores que devem orientar a ati-

2 HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Vol. I, 1997, p. 142.

vidade de prestação jurisdicional, e, conforme este entendimento, o Tribunal Constitucional é o guardião de uma ordem concreta de valores.

“Através de um diálogo com liberais e comunitários, Habermas constrói seu modelo procedimental de interpretação constitucional. [...] Com efeito, o modelo hermenêutico proposto por Habermas pretende compatibilizar o processo político deliberativo, tão caro aos comunitários, com uma interpretação constitucional que considera, como desejam os liberais, o sentido deontológico das normas jurídicas.”³

A perspectiva da Teoria Discursiva do Direito, proposta por HABERMAS, rejeita qualquer tentativa de “objetivar” o processo de fiscalização concentrado de constitucionalidade, da forma como já se julgou (e, hoje, muitas vezes, ainda ocorre), por vários motivos.

Em atenção ao postulado democrático, é necessário que se preserve a abertura deste processo de fiscalização, no sentido de permitir a participação formal de entidades e de instituições que efetivamente representem os interesses gerais da coletividade ou que expressem os fatores essenciais e relevantes de classe, grupos ou camadas sociais. Em outras palavras, a admissão de terceiro na condição de *Amicus Curiae* tem por finalidade precípua, pluralizar ou democratizar o processo de controle da constitucionalidade.

Além disso, existe o entendimento hoje na doutrina, difundido por FAZZALARI e, no Brasil, por AROLDO PLÍNIO GONÇALVES,⁴ de que o processo é espécie de procedimento em contraditório com previsão da simétrica participação das partes no feito, ou seja, os destinatários do provimento jurisdicional devem participar diretamente, em simétrica paridade. Em assim sendo, não existe a possibilidade de se desfazer do contraditório e da subjetivação dos processos de controle abstrato das normas.

Assim, tendo como pano de fundo a teoria procedimentalista, desenvolvida na obra de JÜRGEN HABERMAS, é que se questiona se o advento do instituto do *Amicus Curiae* no ordenamento jurídico brasileiro, representou, de fato, uma possibilidade de se democratizar/pluralizar a Jurisdição Constitucional.

Respondendo à questão e já a título de conclusão, o que se pode afirmar, com esteio na Teoria Discursiva do Direito, é que a forma com que tal

3 CITADINO, Gisele. *Pluralismo, direito e justiça distributiva*. 2000, p. 203.

4 “As dúvidas, entretanto, não alcançam o Direito brasileiro, pois o contraditório ressalta do art. 103 e parágrafos, da Constituição da República de 5 de outubro de 1988, sendo que o § 3º expressamente determina prévia citação do Advogado-Geral da União, ‘que defenderá o ato ou texto impugnado’, quando o Supremo Tribunal Federal apreciar a inconstitucionalidade em tese (abstrata) de norma legal ou ato normativo. É, portanto, um verdadeiro processo, e não um simples procedimento, ou um ‘processo de jurisdição voluntária’.” (GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. 1992, p. 118) (grifo nosso)

figura vem se apresentando mostra-se, ainda, insuficiente para atender, numa perspectiva crítico-deliberativa, à necessidade tida como capital pelo paradigma procedimentalista de se levar a sério todo o procedimento discursivo. Em outras palavras, o *Amicus Curiae* configura sim um instrumento de enorme potencial para se percorrer o caminho da legitimidade, mas, para tanto, é necessário que o Supremo Tribunal Federal adote a postura procedimentalista e apreenda que, do contrário, isto é, limitando o acesso à jurisdição constitucional, de uma forma ou de outra, estar-se-á restringindo o debate tão caro e tão indispensável à sociedade atual, marcada pela existência de interesses diversos e conflitantes, consequência natural de uma sociedade pluralista em que há multiplicidade de valores, de culturas e de concepções de formas de vida.

Não basta a simples previsão legal, ou tão-somente uma possibilidade, os Ministros que compõem o Supremo Tribunal Federal devem à sociedade não uma mera prestação jurisdicional, simplesmente concretizando a velha máxima de que “a Constituição é o que o Supremo Tribunal Federal diz que ela é”, mas sim a previsão e a efetivação da real participação da sociedade, do indivíduo, enfim, dos afetados pelo provimento, na busca da construção da verdade, como finalidade da atividade jurisdicional.

Por isto, além do sentido democrático da participação, o *Amicus Curiae* ainda enriquece o discurso/debate trazendo ao feito informações e experiências de implicações políticas, jurídicas, sociais, culturais, técnicas e econômicas valiosas e, por fim e não menos importante, tal admissão além de fortalecer o contraditório e a ampla defesa valoriza, em especial, o princípio da fundamentação racional das decisões, definido no art. 93, IX, da Constituição.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil (1988). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

BRASIL. Lei Federal nº 9.868 (1999). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

CITADINO, Gisele. *Pluralismo, direito e justiça distributiva*. Elementos da filosofia constitucional contemporânea. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. Rio de Janeiro: Aide, 1992.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, v. I, 1997.