

## Jurisdição Constitucional Aberta: a Abertura Constitucional Como Pressuposto de Intervenção do *Amicus Curiae* no Direito Brasileiro<sup>1-2</sup>

**MÔNIA CLARISSA HENNIG LEAL**

Pós-Doutora em Direito pela Ruprecht-Karls Universität Heidelberg, Alemanha, Doutora em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos – Unisinos, com pesquisa realizada junto à Ruprecht-Karls Universität Heidelberg, Alemanha, Pesquisadora conveniada da Cátedra de Direito Público e do Estado da Ruprecht-Karls Universität Heidelberg, em parceria com o Professor Dr. Winfried Brugger, Professora da Disciplina de Jurisdição Constitucional do Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e de Direito Constitucional na Graduação em Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul – Unisc, Coordenadora do Grupo de Pesquisa “Jurisdição Constitucional Aberta”, vinculado e financiado pelo CNPq, Advogada. Autora dos Livros *Jurisdição Constitucional Aberta* (2007), *A Constituição Como Princípio* (2003) e *Introdução à Ciência Política, à Teoria do Estado e da Constituição* (2007), dentre outros.

DOI: 10.11117/22361766.21.01.02

**RESUMO:** O presente artigo visa a desenvolver e a analisar os pressupostos teóricos que fundamentam a atuação do *amicus curiae* a partir de uma noção de jurisdição constitucional aberta e da teoria constitucional proposta por Peter Häberle – em especial a noção de *status activus processualis*. Assim, num primeiro momento, discute-se a teoria proposta pelo constitucionalista alemão, bem como os desafios atinentes à jurisdição constitucional em face da complexidade que identifica a ordem democrática, para então passar-se às possibilidades de intervenção do *amicus curiae* – tido como instrumento privilegiado de abertura e de democratização da jurisdição – no Direito brasileiro.

**ABSTRACT:** This article intends to develop and to analyse the theoretical bases that inform the *amicus curiae* intervention in process, in terms of an open judicial review notion and of Peter Häberle’s constitutional theory – and its *status activus processualis* concept in particular. So, first we discuss the main aspects that involve this theory, as well as the main points referred to the judicial review in face of the complexity that identifies the democratic society; at last, we

- 1 Este artigo é resultante do grupo de pesquisa “Jurisdição Constitucional aberta”, vinculado e financiado pelo CNPq, do qual a autora é coordenadora.
- 2 O artigo integra, também, as atividades referentes ao projeto “Casadinhos”, que envolve os Programas de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Brasília – UnB – e da Universidade de Santa Cruz do Sul – Unisc, cujo tema é “Jurisdição constitucional e democracia: rediscutindo a noção de cidadania como fundamento para a realização dos direitos fundamentais na esfera jurisdicional”.

discuss the institutional possibilities of *amicus curiae* actions in Brazilian law, conceived as an privileged instrument of jurisdictional openness and democratization.

SUMÁRIO: Introdução; 1 Constituição aberta e sociedade aberta de intérpretes da Constituição como fundamentos para a participação democrática (*status activus processualis*) e para a abertura da jurisdição constitucional; 2 *Status activus processualis* e interpretação constitucional; 3 O *amicus curiae* como instrumento de abertura democrática da jurisdição constitucional no Direito brasileiro; Conclusão; Referências bibliográficas.

## INTRODUÇÃO

O *amicus curiae* é um instituto que tem, cada vez mais, tido espaço em nossa legislação e, conseqüentemente, tem recebido uma crescente atenção por parte da doutrina pátria, por constituir-se em um instrumento privilegiado de abertura, de pluralização e de democratização da jurisdição, notadamente da jurisdição constitucional. Originário do Direito norte-americano, também a legislação brasileira, recentemente, passou a consagrá-lo em diferentes momentos. Há, contudo, ainda, inúmeras controvérsias acerca de sua natureza, de sua forma de atuação e dos limites de sua intervenção no processo, bem como no que se refere às hipóteses de sua ocorrência, dada a confusão terminológica que, por vezes, resta evidenciada em seu âmbito regulamentar. Em sendo assim, o objetivo do presente artigo é introduzir a discussão do *amicus curiae* no Direito brasileiro, tendo-se como pressupostas, contudo, as noções de Constituição cultural e aberta – e a conseqüente “sociedade aberta de intérpretes da Constituição” – de Peter Häberle, entendida como fundamento teórico que possibilita e demanda a participação efetiva dos cidadãos na esfera hermenêutica e de aplicação dos conteúdos constitucionais, reforçada pela noção de *status activus processualis*, assentada na idéia de que, no contexto de um Estado Democrático, a participação constitui-se em *status* fundamental, sendo essencial à realização das tarefas do Estado e dos direitos fundamentais, notadamente no contexto de uma Constituição tida como um *processo* permanentemente aberto. E é exatamente nesta perspectiva que se enquadra o *amicus curiae*, enquanto mecanismo processual apto a viabilizar, institucionalmente, esta participação, ampliando-se, assim, o debate constitucional e, conseqüentemente, a legitimidade das decisões tomadas no âmbito da jurisdição democrática.

## 1 CONSTITUIÇÃO ABERTA E SOCIEDADE ABERTA DE INTÉRPRETES DA CONSTITUIÇÃO COMO FUNDAMENTOS PARA A PARTICIPAÇÃO DEMOCRÁTICA (*STATUS ACTIVUS PROCESSUALIS*) E PARA A ABERTURA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

A Constituição e a teoria constitucional – assim com a teoria da interpretação constitucional – têm passado por inúmeras transformações, especialmente a partir do constitucionalismo democrático e de sua preocupação com a normatividade e com a garantia dos direitos fundamentais, tidos como vinculantes e como elementos basilares da ordem jurídica como um todo.

Nesse sentido, tomando-se por base o pensamento de Peter Häberle, tem-se uma inestimável contribuição acerca desses temas, caracterizando-se, o seu pensamento, por uma ruptura com uma noção meramente dogmática e positivista estrita acerca da Constituição, aparecendo ela, dentro de sua função normativa, com uma perspectiva aberta e plural, de matiz cultural, como um elemento vivo, resultante das interações e das cristalizações acontecidas entre o texto normativo e o entorno cultural que o envolve<sup>3</sup>. O Direito aparece, então, simultaneamente, como um produto e uma causa cultural, isto é, ele condiciona e influencia esta última, mas também é diretamente influenciado por ela, notadamente no que tange ao processo de interpretação. Em última instância, a Constituição reflete a realidade, porém não apenas isso: ela também constitui, a um só tempo, essa mesma realidade, figurando – segundo expressão do próprio autor – como sua fonte de luz, como sua fonte originária<sup>4</sup>.

Assim é que, conforme o jurista alemão, toda e qualquer modificação ou alteração cultural influencia e atinge, também, diretamente, a interpretação constitucional, o que justifica a possibilidade de se interpretar o mesmo texto legal de forma diferente no tempo e no espaço, uma vez que a cultura constitucional subjacente também é outra, diferente<sup>5</sup>.

3 BRUGGER, Winfried. Kultur, Verfassung, Recht, Staat. Besprechung von Peter Häberles Verfassungslehre als Kulturwissenschaft. In: *Archiv des öffentlichen Rechts (AöR)*, 126. Band, Heft 2. Tübingen: Mohr Siebeck, 2001. p. 271-293.

4 "Verfassung ist in diesem Sinne Spiegel der Öffentlichkeit und Wirklichkeit. Sie ist aber nicht nur Spiegel, sie ist auch Lichtquelle, wenn dieser etwas bildhafte Vergleich erlaubt ist. Sie hat Steuerungsfunktion." (HÄBERLE, Peter. Die offene Gesellschaft der Verfassungsinterpreten (1975) mit Nachtrag (1978). In: *Verfassung als öffentlicher Prozess: Materialien zu einer Verfassungstheorie der offenen Gesellschaft*. 3. Aufl. Berlin: Duncker & Humblot, 1998. p. 168)

5 Idem. *Verfassungslehre als Kulturwissenschaft*. 2. Aufl. Berlin: Duncker & Humblot, 1982. p. 45-46. Segundo o autor, ainda, esta "relatividade" não pode ser compreendida, necessariamente, como um problema, conforme se poderia supor a partir de uma leitura mais conservadora ou estritamente positivista com relação à questão.

O fator tempo aparece, pois, como um fator importante para a interpretação, uma vez que ele influencia e modifica a realidade social, tida como elemento essencial da atividade hermenêutica, resultando, daí, a importância de incluí-lo como objeto de reflexão; isto porque, segundo assevera Häberle, nos métodos “clássicos” de interpretação, este aspecto referente ao desenvolvimento da Constituição é diminuído em detrimento da idéia de garantia e de segurança jurídica<sup>6</sup>. Assim, a Constituição, compreendida em seu caráter cultural, deve poder modificar-se por meio da interpretação, de modo que o fenômeno da mutação constitucional (*Verfassungswandlung*)<sup>7</sup> se afigura, nesse sentido, como sendo nada mais do que uma decorrência do desenvolvimento da norma no tempo.

A Constituição se converte, então, em ordem jurídica fundamental de um processo livre e aberto, sendo que, enquanto tal, ela mesma se transmuta em um *processo* (permanente)<sup>8</sup>, o que faz com que o Direito Constitucional passe a se configurar como sendo o direito público, aberto por excelência. Mais do que isso: na compreensão de Häberle, uma Constituição em sentido amplo, que não é só do Estado em sentido estrito, senão que engloba e estrutura a sociedade como um todo (e, indiretamente, também a esfera privada)<sup>9</sup> – como é o caso da Constituição democrática – não pode fazê-lo tão-somente em sentido passivo, isto é, ela não pode incorporar estes elementos exclusivamente como *objetos*, ela precisa incorporá-los, também, de forma ativa, enquanto *sujeitos*<sup>10</sup>.

6 Neste sentido, depende também do contexto histórico a determinação de quão necessários são os textos normativos da Constituição para a sua eficácia. O autor cita como exemplo, para tanto, o período do segundo pós-guerra, onde a importância da inclusão dos direitos fundamentais no *Grundgesetz* teve uma relevância inquestionável. É preciso considerar, todavia, que também esta explicação/compreensão faz parte da cultura constitucional, isto é, ela não existe sozinha, autonomamente, pois está, antes, imbricada com outras questões e possibilidades. Cf. idem. *Die Grundrechte im demokratischen Staat* (1974) mit Nachtrag (1978). In: *Verfassung als öffentlicher Prozess: Materialien zu einer Verfassungstheorie der offenen Gesellschaft*. 3. Aufl. Berlin: Duncker & Humblot, 1998. p. 587-588.

7 A mutação constitucional (*Verfassungswandlung*), que ocorre por meio da interpretação, sem alteração direta do texto legal, não pode ser confundida com a alteração constitucional (*Verfassungsänderung*), que se identifica com o processo de reforma constitucional; também esta última possui, no entanto, um certo caráter e perspectiva temporais, pois a alteração do texto em si normalmente é feita em decorrência das novas exigências normativas trazidas pela ação do tempo e pela conseqüente transformação da sociedade. Cf. idem. *Zeit und Verfassung* (1974) mit Nachtrag (1978). In: *Verfassung als öffentlicher Prozess: Materialien zu einer Verfassungstheorie der offenen Gesellschaft*. 3. Aufl. Berlin: Duncker & Humblot, 1998. p. 91.

8 Ibidem, p. 65.

9 Idem. *Verfassungsinterpretation als öffentlicher Prozess – Ein Pluralismus-konzept*. In: *Verfassung als öffentlicher Prozess: Materialien zu einer Verfassungstheorie der offenen Gesellschaft*. 3. Aufl. Berlin: Duncker & Humblot, 1998. p. 122.

10 Idem. *Die offene Gesellschaft der Verfassungsinterpreten* (1975) mit Nachtrag (1978). In: *Verfassung als öffentlicher Prozess: Materialien zu einer Verfassungstheorie der offenen Gesellschaft*. 3. Aufl. Berlin: Duncker & Humblot, 1998. p. 167.

Nessa perspectiva, a Constituição é vista como uma *res publica*<sup>11</sup>, como uma tarefa que diz respeito a todos e a cada um, abrindo-se espaço, assim, para a noção de “sociedade aberta de intérpretes da Constituição”<sup>12</sup>, expressão que dá título a um de seus textos mais conhecidos e que pode ser traduzida pela idéia de que ou a Constituição do pluralismo é uma obra, um trabalho de *todos*, indistintamente, ou ela absolutamente não é nada (ou, pelo menos, não passa de um documento jurídico vazio, incapaz de cumprir adequadamente com sua função social de integração)<sup>13</sup>.

O âmbito constitucional constitui-se, por conseguinte, em um importante espaço de atuação dos cidadãos, compreendidos não enquanto meros sujeitos passivos ou meros espectadores da ordem jurídico-constitucional, e sim pressupondo a realização desta tarefa do exercício de um direito de participação ativa no processo – permanente – de construção dos significados da Constituição para a vida comum. Mais do que funcionar como um intérprete (não em um sentido estrito, técnico, mas sim em um sentido lato), cada indivíduo, cada cidadão, deve *vivenciar* a Constituição, contribuindo para a sua constante evolução – do que resulta, também, por sua vez, um progressivo processo de pluralização dos conteúdos da Constituição, aspecto essencial ao constitucionalismo na ordem democrática<sup>14</sup>.

Nesse sentido, aparecem como essenciais o reconhecimento e o exercício de um *status activus*, entendido como uma noção central à democracia, originariamente representado pela idéia de que, se o direito de representação dos interesses de todos afigura-se como sendo uma questão central do constitucionalismo, então a garantia dessa liberdade política pressupõe muito mais do que não ser subjugado pelo governo, o

11 A expressão *res publica*, para identificar a Constituição, é recorrente na obra do autor, aparecendo em diferentes momentos de sua reflexão, sempre conectada à idéia de abertura e de pluralidade. Cf. idem. Struktur und Funktion der Öffentlichkeit im demokratischen Staat. In: *Die Verfassung des Pluralismus: Studien zur Verfassungstheorie der offenen Gesellschaft*. Königstein: Athenäum, 1980. p. 141.

12 A “sociedade aberta de intérpretes da Constituição” de Häberle toma como referência e baseia-se, conforme menção expressa do próprio autor, na noção de sociedade aberta desenvolvida por Popper. Cf. idem. Die offene Gesellschaft der Verfassungsinterpreten (1975) mit Nachtrag (1978). In: *Verfassung als öffentlicher Prozess: Materialien zu einer Verfassungstheorie der offenen Gesellschaft*. 3. Aufl. Berlin: Duncker & Humblot, 1998. p. 181.

13 Idem. Vorwort. In: *Die Verfassung des Pluralismus: Studien zur Verfassungstheorie der offenen Gesellschaft*. Königstein: Athenäum, 1980. p. VI.

14 Idem. Der Sinn von Verfassungen in kulturwissenschaftlicher Sicht. In: *Archiv des öffentlichen Rechts (AöR)*, 131. Band. Tübingen: Mohr Siebeck, 2006. p. 621-642.

que significa que os próprios órgãos governamentais devem ser estabelecidos com base na livre vontade do povo<sup>15</sup>. No âmbito da Constituição cultural e aberta, contudo, esta noção é, por sua vez, ainda mais potencializada e ampliada, estendendo-se a uma esfera mais abrangente, que engloba as tarefas estatais como um todo, bem como a própria Constituição e a realização dos direitos fundamentais.

Esta nova realidade demanda, por seu turno, também um novo comportamento, tanto por parte do Estado como dos cidadãos, não podendo a sua operacionalidade ser reduzida à mera “tecnicidade” (*Technizität*), pois, dentro deste contexto, a participação e o procedimento precisam assumir uma função efetiva – também no que concerne à compreensão e à aplicação da Constituição – por meio de formas cooperativas e comunicativas, uma vez que as normas constitucionais possuem um caráter aberto e plural, sendo dotadas, muitas vezes, de baixa densidade normativa, revelando-se, assim, a importância de um processo público amplo e participativo de estabelecimento de seus conteúdos e significados.

Como, associada a isto, existe, ainda, uma necessidade de máxima realização dos direitos fundamentais, a sua concretização – a fim de não se tornar arbitrária – precisa reconhecer um novo espaço à dimensão processual/procedimental, dando-se, assim, impulso à noção de *status activus*, originariamente desenvolvida por Jellinek<sup>16</sup>, porém numa perspectiva mais abrangente e efetiva, compreendida como um *processo* aberto e permanente: uma noção de *status activus processualis*, conforme posto por Häberle. Isto porque esses direitos – fundamentais – caracterizam-se por e pressupõem, antes de mais nada, um efetivo direito de participação (*weil Grundrechte im Leistungsstaat immer mehr zur Sache staatlicher Organisation und Verfahren werden*)<sup>17</sup>.

15 Este é o conceito tradicional de *status activus* desenvolvido na teoria dos *status* de Jellinek, naturalmente mais restrito – por estar adstrito ao contexto e à realidade de sua época – do que a noção que se utiliza para os fins do presente trabalho, refundada e ampliada a partir do pensamento de Häberle. Cf. JELLINEK, Georg. *System der subjektiven öffentlichen Rechte*. 2. Aufl. Tübingen: J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1905. Sobre a teoria dos *status*, ver, também, BRUGGER, Winfried; LEAL, Mônia Clarissa Hennig. Os direitos fundamentais nas modernas constituições: análise comparativa entre as Constituições alemã, norte-americana e brasileira. *Revista do Direito*, Santa Cruz do Sul: Edunisc, n. 28, 2007.

16 JELLINEK, Georg. *System der subjektiven öffentlichen Rechte*. 2. Aufl. Tübingen: J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1905.

17 HÄBERLE, Peter. Grundrechte im Leistungsstaat. In: *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatslehrer (VVDSRL)*, Heft 30. Berichte und Diskussionen auf der Tagung der Vereinigung der Deutschen Staatslehrer in Regensburg vom 29. September bis 2. Oktober 1971. Berlin: Walter Gruyter, 1972.

Dentro deste contexto, impõe-se o estabelecimento de uma estreita conexão e de uma relação diretamente proporcional entre os conceitos de elasticidade legislativa e procedimental (participação em sentido amplo): quanto mais elástica for a legislação, mais o elemento procedimental (deve) entra(r) em jogo, fazendo-se necessário que os conceitos de Estado e de sociedade sejam compreendidos como sendo vinculados, estando ambos identificados com a noção de publicidade, de *res publica*.

Assim, tem-se posta, igualmente, uma necessária relação de cooperação entre Estado e sociedade, aspecto que pressupõe, por sua vez, a criação de novos instrumentos e de novos mecanismos de participação<sup>18</sup>. Constata-se, pois, que o tradicional *status passivus* não configura (e não pode configurar) o principal *status* no contexto de uma democracia:

*“Obwohl Leistungen auch mit Eingriffen verbunden sein können, ist der status passivus subjectionis nicht mehr der Grundstatus in einer freiheitlichen Demokratie. Das Rechtsverhältnis Bürger-Staat ist gekennzeichnet durch Kommunikation und Kooperation (statt Subjektion!).”*<sup>19</sup>

Estas novas exigências demandam, por conseguinte, uma reestruturação e uma abertura dos meios procedimentais à sua realização, aspecto que traz à tona a necessidade de que se construam e se potencializem, dentre outros aspectos democráticos, uma publicidade<sup>20</sup> em sentido amplo e também uma efetiva incorporação dos interessados e atingidos pelas decisões e pela realização de direitos dependentes de decisões políticas ou de políticas públicas no processo decisório e no âmbito da própria jurisdição.

Assim, o tradicional *status negativus*, passivo, característico do individualismo liberal-burguês, não se afigura mais suficiente para satisfazer as demandas inerentes a essa nova realidade aberta, plural e complexa, aparecendo, então, o conceito – revisitado – de *status activus processualis* como

18 Esta nova perspectiva traz ínsita, igualmente, a criação de novos problemas funcionais e de competências, pois a tradicional forma de operacionalização reservada aos direitos individuais negativos não se afigura mais como suficiente ou apta para realizar esta tarefa; nesta “crise de competências” inclui-se, por sua vez, também a jurisdição constitucional, demandada em novos aspectos e em novas dimensões.

19 Idem. Grundrechte im Leistungsstaat. In: *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatslehrer (VVDStRL)*, Heft 30. Berichte und Diskussionen auf der Tagung der Vereinigung der Deutschen Staatslehrer in Regensburg vom 29. September bis 2. Oktober 1971. Berlin: Walter Gruyter, 1972. p. 59.

20 Embora não haja menção expressa nesse sentido e Häberle não se preocupe em desenvolver teoricamente as condições que envolvem esta publicidade e esta participação, pode-se perceber, aqui, uma certa aproximação ou espaço para a aplicação da teoria comunicativa proposta por Habermas. Cf. HABERMAS, Jürgen. *Theorie des kommunikativen Handelns: Handlungs-rationalität und gesellschaftliche Rationalisierung*. Frankfurt a.M.: Suhrkamp, 1995.

o *status* fundamental da vida em comum democrática<sup>21</sup>, constituindo-se ele em um direito constitucional identificado por um caráter marcadamente processual e procedimental, vinculado, sobretudo, a um direito de participação<sup>22</sup> (*Teilhaberecht*) – participação *no e em face* do Estado, o que poderia ser designado, em última instância, como um *due process fundamental*<sup>23</sup>.

Em face do exposto, conclui-se, pois, que o direito de participação, na ordem democrática, é tão essencial quanto a posição de “cidadão” – passivo – na original versão do Estado de Direito, aparecendo o aspecto procedimental como um importante elemento de fortificação do aspecto material e de concretização dos direitos fundamentais<sup>24</sup>. Nessa perspectiva, apenas por meio do *status activus* é que os direitos e conteúdos constitucionais adquirem o seu significado, o que pressupõe, antes de mais nada, um cidadão informado e engajado, especialmente (mas não só) quando seus interesses estão em jogo, e que leva, sobretudo, os seus direitos fundamentais a sério.

Com isso, a Constituição e sua realização conseguem preservar a centralidade e a fundamentalidade que merecem, sem correrem o risco de se transformarem no *Weltenei* (centro do mundo) propalado por Forsthoff<sup>25</sup>; a Constituição e os direitos fundamentais funcionam, portanto, conforme já referido, como uma verdadeira *res publica*<sup>26</sup>.

- 21 Inúmeras têm sido as teorias que tentam atualizar a *Statuslehre* de Jellinek, refundando-a e adequando-a à nova realidade. Um exemplo desse esforço pode ser encontrado em BRUGGER, Winfried. *Freiheit und Sicherheit: eine staatsrechtliche Skizze mit praktischen Beispielen*. Baden-Baden: Nomos, 2004.
- 22 Aqui, o direito de voto instituído constitucionalmente é apenas um desdobramento daquele, sendo necessário o desenvolvimento de outras formas de participação; além disso, o direito de participação a que se refere o *status activus* pode ser tanto político como social (ele possui um espectro amplo).
- 23 Registre-se, nesse sentido, por oportuno, que há diferentes níveis de participação nos direitos fundamentais, sendo que o cidadão pode figurar, ao mesmo tempo, em diferentes níveis.
- 24 O (necessário) imbricamento existente entre substancialismo e procedimentalismo é também sustentado por nós, quando falamos da necessidade de uma “jurisdição constitucional aberta”, vinculada materialmente, porém aberta procedimentalmente. Cf. LEAL, Mônia Clarissa Hennig. *Jurisdição constitucional aberta: reflexões sobre a legitimidade e os limites da jurisdição constitucional na ordem democrática – Uma abordagem a partir das teorias constitucionais alemã e norte-americana*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- 25 O autor alemão ironiza a importância atribuída à interpretação pela jurisprudência de valores, afirmando que tudo no mundo gira em torno do umbigo dos juristas, do direito penal à fabricação de termômetros: “*Die Verfassung, wertordnungstheoretisch interpretiert, wird zu einem juristischen Weltenei, aus dem alles hervorgeht, vom Strafgesetzbuch bis zum Gesetz über die Herstellung von Fieberthermometern*” (FORSTHOFF, Ernst. *Der Staat der Industrie-gesellschaft: dargestellt am Beispiel der Bundesrepublik Deutschland*. 2. Aufl. München: Beck, 1971. p. 144).
- 26 “*Die Verfassung wird damit noch nicht zum ‘juristischen Weltenei’, aus dem alles hervorgeht, sondern wirklickeitsbezogener Rahmen und Sozialprogramm einer ‘res publica semper reformanda’, Substanz von Aufgaben.*” (Cf. HÄBERLE, Peter. Grundrechte im Leistungsstaat. In: *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatslehrer (VVDStRL)*, Heft 30. Berichte und Diskussionen auf der Tagung der Vereinigung der Deutschen Staatslehrer in Regensburg vom 29. September bis 2. Oktober 1971. Berlin: Walter Gruyter, 1972. p. 99)

Essa necessidade de abertura e de substancialização dos aspectos procedimentais, por meio de uma efetiva participação, deve e precisa, por sua vez, ser estendida também à jurisdição constitucional (e à jurisdição em sentido amplo) como condição de realização de sua pretensão de legitimidade democrática, aspecto que será objeto de análise no último tópico do presente trabalho.

## 2 STATUS ACTIVUS PROCESSUALIS E INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL

Esta viragem conceitual até aqui demonstrada, que rompe com a noção puramente institucional da figura da interpretação constitucional e insere a atividade hermenêutica numa esfera aberta e pluralista, traz à tona, portanto, a necessidade de se questionar e de se analisar um aspecto até agora sempre discriminado pela teoria da interpretação: a questão do *quem*. Ou seja, é preciso que a teoria da constituição e da interpretação constitucional abarquem, também, como objeto de reflexão, os sujeitos, os participantes (*Teilnehmer*) do processo de interpretação, bem como a sua respectiva práxis.

Trata-se, pois, de uma *democratização* da tarefa interpretativa, cujo alargamento do círculo interpretativo aparece como conseqüência da incorporação da realidade à interpretação, isto porque os intérpretes, em sentido lato (*Verfassungsinterpreten im weiteren Sinn*)<sup>27</sup>, constituem uma parte desta mesma realidade, principalmente quando se reconhece que a norma não é uma decisão prévia, pronta e pré-determinada que imprescinde de desenvolvimento.

Assim, também a interpretação da Constituição – enquanto um produto cultural e aberto – pressupõe um exercício democrático cotidiano de participação não no sentido hermenêutico, técnico, propriamente dito, conforme já referido anteriormente, mas como um *locus* de exercício do *status activus processualis*.

Tal assertiva encontra o seu fundamento no fato de que, em um Estado Democrático, também a questão da legitimidade deve ser colocada numa perspectiva democrática; sendo que a democracia não se desenvolve unicamente a partir dos aspectos formais, antes, pelo contrário, ela

27 Idem. Struktur und Funktion der Öffentlichkeit im demokratischen Staat. In: *Die Verfassung des Pluralismus: Studien zur Verfassungstheorie der offenen Gesellschaft*. Königstein: Athenäum, 1980. p. 165.

se dá cotidianamente, na política e na práxis, fato que, mais uma vez, reforça o aspecto da necessária participação mencionado acima. Dentro deste contexto, em que a supremacia do povo não se dá somente por meio do voto, a interpretação e a vivência da Constituição aparecem, pois, como um espaço de exercício e como condição necessária desse mesmo elemento democrático<sup>28</sup>.

Tais aspectos conduzem, por sua vez, necessariamente, como já foi dito, a uma certa “relativização” (*Relativierung*) da interpretação em seu sentido jurídico estrito, pois o juiz constitucional já não interpreta de forma isolada, nem é detentor da exclusividade de dizer o que é, em última instância, a Constituição. Na medida em que muitos são os intérpretes constitucionais, amplia-se a noção de participação no processo constitucional (o que acaba por influenciar a interpretação jurídica do próprio Tribunal<sup>29</sup>), que resta ampliada em suas perspectivas e abordagens, ampliando-se, igualmente, as suas potencialidades de fundamentação e de legitimação democrática, uma vez que a decisão incorporará mais elementos da realidade e, conseqüentemente, será mais permeável aos argumentos plurais aduzidos no processo de participação, e também mais “situada” em seu tempo e espaço (compreensão e localização do problema enquanto problema social e cultural).

Não se trata, portanto, de uma interpretação técnica, mas sim de uma interpretação numa perspectiva democrática, de sentido para a vida constitucional.

Assim, o processo de interpretação deve ser ampliado para além do mero processo constitucional concreto, sendo a interpretação com-

---

28 “*In der freiheitlichen Demokratie ist der Bürger Verfassungsinterpret!*”. Note-se, por oportuno, que Häberle identifica a participação no processo de interpretação da Constituição como um direito da cidadania, entendida numa perspectiva ativa – tanto que a expressão utilizada pelo autor é *Bürger* – e não numa perspectiva de cidadania associada à noção de sujeito de direito. Segundo o autor, a democracia é a supremacia do cidadão, e não do povo no sentido rousseauiano: “*Demokratie ist ‘Herrschaft der Bürger’, nicht des Volkes im Rousseauschen Sinne. Es gibt kein zurück zu Rousseau. Die Bürgerdemokratie ist realistischer als die Volks-Demokratie*”. Cf. *ibidem*, p. 170.

A distinção é retomada e desenvolvida, mais uma vez, em *idem*. *Verfassungsinterpretation als öffentlicher Prozess – Ein Pluralismus-konzept*. In: *Verfassung als öffentlicher Prozess: Materialien zu einer Verfassungstheorie der offenen Gesellschaft*. 3. Aufl. Berlin: Duncker & Humblot, 1998. p. 131.

29 Como reforço para tal afirmação, o autor se vale do argumento de que muitas das questões que envolvem a Constituição e o seu conteúdo nem sequer chegam ao Tribunal Constitucional, de modo que resta evidente o fato de que a Constituição pode subsistir, sim, sem interpretação “oficial”, razão pela qual o processo formal não se afigura como a única forma de acesso ao processo de interpretação constitucional. Cf. *idem*. *Die offene Gesellschaft der Verfassungsinterpreten (1975) mit Nachtrag (1978)*. In: *Verfassung als öffentlicher Prozess: Materialien zu einer Verfassungstheorie der offenen Gesellschaft*. 3. Aufl. Berlin: Duncker & Humblot, 1998. p. 172-173.

preendida de forma ampla, incluindo todos os participantes da vida política e pública (e não só jurídica), o que garante, por sua vez, uma interpretação pluralista. Ao mesmo tempo, a interpretação jurídica, em sentido estrito (*im engeren Sinne*), deve estar aberta a ela, pois não há sentido em falar-se de uma interpretação em sentido amplo (*im weiteren Sinne*) se os canais daquela estiverem fechados. É a partir da associação dessas duas dimensões<sup>30</sup> paralelas, portanto, que se desenvolve e se concretiza a Constituição, pois não existe interpretação constitucional, ou melhor, não existe Constituição sem interpretação aberta e plural<sup>31</sup>.

O que fica claro, por conseguinte, é que uma fixação exclusiva da interpretação na jurisdição deve e precisa ser superada. Dentro deste contexto, a interpretação passa a desempenhar um novo papel, sendo reservada aos métodos de interpretação uma nova função: eles passam a atuar, também, como “filtros” (*Filter*), a partir e por meio dos quais as interpretações geradas pela sociedade aberta são absorvidas para a realidade e para a linguagem jurídica<sup>32</sup>. A interpretação jurídica continua, portanto, existindo, porém potencializada por novos fatores de sentido, extraídos da realidade e da sociedade aberta e pluralista. Dá-se, por sua vez, na compreensão do autor, uma necessária associação<sup>33</sup> e combinação de instrumentos metodológicos “finos”, depurados e racionais, de interpretação, com elementos de natureza pluralista e aberta.

30 Algumas vezes, essas duas dimensões convergem para uma mesma pessoa, como ocorre no caso dos juízes, que, enquanto cidadãos, são também intérpretes em sentido lato da Constituição, sendo que, nesse ponto, na compreensão do autor, a sua biografia produz efeitos, uma vez que, quando o juiz vai julgar juridicamente, ele já sempre interpretou como cidadão. Isso não configura, no entanto, um problema (incerteza); antes, pelo contrário, tal aspecto serve para tornar mais clara a sua função com relação à vida e à sociedade. Cf. *ibidem*, p. 125-127 *passim*.

Essa questão da pré-compreensão já foi analisada, especificamente, pela hermenêutica filosófica de Heidegger e de Gadamer. Cf. HEIDEGGER, Martin. *Sein und Zeit*. 16. Aufl. Tübingen: Niemeyer, 1986; GADAMER, Hans-Georg. *Wahrheit und Methode: Grundzüge einer philosophischen Hermeneutik*. Tübingen: Mohr, 1972.

31 Essa abertura traz implícitos, contudo, alguns limites e perigos; isto porque, numa sociedade complexa e pluralista, reduz-se, em parte, a importância do texto e aumenta, consideravelmente, a importância do contexto. Esses aspectos são retomados, de forma sistemática e numa análise voltada para a aplicação dos direitos fundamentais, em HÄBERLE, Peter. Die Grundrechte im demokratischen Staat (1974) mit Nachtrag (1978). In: *Verfassung als öffentlicher Prozess: Materialien zu einer Verfassungstheorie der offenen Gesellschaft*. 3. Aufl. Berlin: Duncker & Humblot, 1998. p. 587.

32 *Idem*. Die offene Gesellschaft der Verfassungsinterpreten (1975) mit Nachtrag (1978). In: *Verfassung als öffentlicher Prozess: Materialien zu einer Verfassungstheorie der offenen Gesellschaft*. 3. Aufl. Berlin: Duncker & Humblot, 1998. p. 174.

33 A interpretação racional do Bundesverfassungsgericht tem o seu contraponto nas idéias e nos conflitos sociais. Cf. *idem*. Verfassung als öffentlicher Prozess – Ein Pluralismus-konzept. In: *Verfassung als öffentlicher Prozess: Materialien zu einer Verfassungstheorie der offenen Gesellschaft*. 3. Aufl. Berlin: Duncker & Humblot, 1998. p. 135.

Nesse sentido é que os métodos de interpretação atuam como limites e como balizadores, na esfera jurídica, dos possíveis sentidos a serem atribuídos a determinada norma, contribuindo para que não se estabeleça, aí, um relativismo normativo – isto porque a função da Constituição, enquanto norma, deve ser preservada, sendo essa uma das principais preocupações do constitucionalismo democrático<sup>34</sup>.

Conclui-se, assim, que um ponto central da jurisdição democrática reside, pois, na ampliação e no aperfeiçoamento dos instrumentos de comunicação dos juízes constitucionais e das possibilidades de participação (efetiva) no processo constitucional. Uma vez posto isso, a questão seguinte que se coloca, então, é: *Como*, por que meios<sup>35</sup>?

Nesse sentido, entendemos que a necessidade de abertura da jurisdição deve dar-se em duas dimensões: uma de ordem *interna*, no sentido de abertura democrática à própria sociedade aberta de intérpretes e à atividade interpretativa da sociedade pluralista (aspecto analisado até aqui); e outra de ordem *externa*, no sentido de abertura dos seus procedimentos à efetiva participação e ao exercício institucionalizado do *status activus processualis* no âmbito da jurisdição, sobretudo da jurisdição constitucional. E é dentro deste contexto que a figura do *amicus curiae* adquire relevância, enquanto instrumento privilegiado de abertura e de intervenção pluralista no processo.

### 3 O *AMICUS CURIAE* COMO INSTRUMENTO DE ABERTURA DEMOCRÁTICA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL NO DIREITO BRASILEIRO

Embora, para alguns, o instituto tenha surgido já no Direito romano<sup>36</sup>, foi no Direito inglês medieval que o *amicus curiae* adquiriu as

34 A preocupação com o resgate da força normativa da Constituição, em certa medida perdida com o caráter acen-tuadamente político e programático que acabou por revestir a Constituição Social, constitui uma das principais preocupações do constitucionalismo democrático, aspecto que pode ser traduzido em sua característica de atribuir ampla normatividade aos direitos fundamentais, bem como de ampliar o rol de ações específicas, destinadas à sua garantia. Além disso, textos como “A força normativa da Constituição”, de Konrad Hesse, expressam, literal e textualmente, essa idéia. Para maiores informações acerca do tema, ver LEAL, Mônia Clarissa Hennig. *Jurisdição constitucional aberta: reflexões acerca da legitimidade da Jurisdição Constitucional na ordem democrática* – Uma abordagem a partir das teorias constitucionais alemã e norte-americana. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

35 Segundo Häberle, estas questões exigem novas indagações por parte da teoria constitucional, sendo que essa mesma teoria constitucional não deve ser simplificada e entendida, simplesmente, a partir de uma concepção harmonizadora, pois ela deve, também e principalmente, potencializar o conflito e a diferença. Cf. HÄBERLE, Peter. *Verfassung als öffentlicher Prozess – Ein Pluralismus-konzept*. In: *Verfassung als öffentlicher Prozess: Materialien zu einer Verfassungstheorie der offenen Gesellschaft*. 3. Aufl. Berlin: Duncker & Humblot, 1998. p. 177.

36 Há controvérsias doutrinárias acerca de sua localização histórica, sustentando, alguns, que sua origem remonta ao Direito romano, enquanto outros remetem o surgimento do instituto ao Direito medieval inglês. Cf.

bases de suas características modernas, vindo a institucionalizar-se já em pleno início do século XX, nos Estados Unidos<sup>37</sup>, onde evoluiu e alcançou grande relevo, surgindo como instrumento de manifestação daqueles que eram alheios ao caso (não eram, portanto, partes do processo sob análise), mas que elaboravam e apresentavam ao julgador um parecer jurídico composto por precedentes cabíveis, porém não examinados ou invocados pelas partes, além de questões de direito úteis e relevantes para a solução da lide<sup>38</sup>. Interessante destacar, nesse sentido, que essa manifestação geralmente era neutra à solução do caso em questão<sup>39</sup>, não se constituindo em defesa ou tomada de partido em relação a uma das partes envolvidas<sup>40</sup>.

Ele possui, por conseguinte, estreita conexão com o sistema de controle de constitucionalidade<sup>41</sup>, pois é nessa esfera que ele encontra o espaço mais fértil para sua intervenção, dada a natureza estratégica e fundamental das matérias em debate.

Interessante mencionar, neste ponto, o caso que serve de referência à aplicação do instituto no Direito norte-americano. Trata-se de um parecer apresentado à Suprema Corte pelo Advogado Louis D. Brandeis, em 1908, por meio do qual ele trouxe aos julgadores uma série de elementos que permitiam uma análise das implicações referentes à manifestação de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade de uma lei do Estado do

---

SCARPINELLA BUENO, Cassio. *Amicus curiae no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático*. São Paulo: Saraiva, 2006.

Na verdade, o Direito romano apresenta, sim, alguns antecedentes que podem se aproximar do instituto (sobretudo no contexto do direito clássico – processo *per formulas*, onde os juristas, enquanto estudiosos do Direito, desempenhavam a função de aconselhamento tanto do pretor no enquadramento dos casos, quanto das partes, revelando, assim, uma abertura do processo semelhante à verificada no *amicus curiae*); sua natureza, contudo, era completamente diversa da atual, remontando, esta, mais ao Direito inglês – que depois foi redescoberto e potencializado no âmbito da jurisdição norte-americana. Sobre estes aspectos históricos: LOPES, José Reinaldo de Lima. *O direito na história*. São Paulo: Max Limonad, 2002.

37 COLLINS JR., Paul M. Friends of the Court: examining the influence of *amicus curiae* participation in U.S. Supreme Court litigation. *Law and Society Review*, v. 38, Issue 4, p. 807-832, 2004.

38 MARTEL, L. de C. V.; PEDROLLO, G. F. *Amicus curiae*: elemento de participação política nas decisões judiciais-constitucionais. *Revista da Ajuris*, Porto Alegre, n. 99, p. 161-179, set. 2005. p. 163.

39 Ibidem, p. 163.

40 SPRIGGS, J. F.; WAHLBECK, P. J. *Amicus curiae* and the role of information at the Supreme Court. *Political Research Quarterly*, v. 50, n. 2, p. 365-386, jun. 1997.

41 Apesar deste destaque à jurisdição constitucional, recentemente também no âmbito do direito internacional a figura do *amicus curiae* tem tido destaque, constituindo-se em prática cada vez mais comum nos julgamentos da World Trade Organization (WTO). Cf. ALA'I, Padideh. Judicial lobbying at the WTO: the debate over the use of *amicus curiae* briefs and the U.S. experience. *Fordham International Law Journal*, v. 24:62, p. 62-94, 2000; também CAWLEY, Jared B. Friend of the Court: how the WTO justifies the acceptance of the *amicus curiae* brief from non-governmental organizations. *Penn State International Law Review*, v. 23:1, p. 47-78, 2004.

Oregon, que, em pleno período de liberalismo econômico, instituiu um limite máximo à jornada de trabalho diária para as mulheres<sup>42</sup>:

“Em solo norte-americano, o mais famoso *amicus*, responsável pela guinada dos moldes de formulação do parecer e da sua função diante das Cortes de Justiça, foi o *Brandeis Brief*, introduzido no caso *Muller v. Oregon* pelo então advogado Louis D. Brandeis. Este *brief*, diversamente dos antecessores, não levava à Corte precedentes e questões unicamente jurídicas. Tratava-se de pouco mais de uma centena de páginas criativamente dedicadas à exposição de opiniões médicas, estatísticas econômicas e sociais, estudos de impacto, e, ainda, de um minudente exame de legislação alienígena. É imperioso perceber que os argumentos nucleares do parecer repousam em elementos externos ao ordenamento jurídico e à jurisprudência estadunidenses.”<sup>43</sup>

Conforme mencionado, o caso relatado serviu como um elemento propulsor para a publicização do instituto<sup>44</sup>, estimulando não só a apresentação de memoriais (os chamados *briefs*) restritos à área jurídica, mas também de várias outras, como das ciências exatas, da saúde etc., interessantes ou relevantes para a decisão do litígio, inclusive por parte de organizações civis e estatais de prestígio<sup>45</sup>, funcionando, assim, como um elemento de abertura e de pluralização do debate acerca das questões constitucionais; pois a diversidade de manifestações acaba por proporcionar uma riqueza de argumentações plúrimas<sup>46</sup>, repletas de dados históricos, filosóficos, econômicos, científicos etc., que permitem que as decisões tomadas sejam mais situadas, fundamentadas e adequadas à realidade, uma vez que supostamente conscientes dos amplos aspectos envolvidos<sup>47</sup>.

Assim, essa possibilidade significa não apenas uma maior abertura do debate constitucional, na medida em que se viabiliza a participação de diversos setores da sociedade no processo, senão que também uma

42 Naquela época, prevalecia a liberdade contratual, razão pela qual a Suprema Corte declarava inconstitucional a lei que pretendesse regular a jornada de trabalho. Por força do *brief*, a Corte entendeu ser aplicável a lei limitadora. FROHNMAYER, D. B.; LINDE, H. A. State Court responsibility for maintaining “republican government”: an *amicus curiae* brief. *Willamette Law Review*, v. 39:4, p. 1487-1505, fall 2003.

43 MARTEL, L. de C. V.; PEDROLLO, G. F. *Amicus curiae*: elemento de participação política nas decisões judiciais-constitucionais. *Revista da Ajuris*, Porto Alegre, n. 99, p. 161-179, set. 2005. p. 163.

44 KENNY, Susan. *Interveners and amici curiae in the high court*. *Adelaide Law Review*, Band 20, p. 159-171, 1998.

45 MASON, Anthony. *Interveners and amici curiae in the high court: a comment*. *Adelaide Law Review*, Band 20, p. 173-176, 1998.

46 GROSSKOPF, A.; MAVEETY, N. “Constrained” Constitutional Courts as conduits for democratic consolidation. *Law and Society Review*, v. 38, n. 3, p. 463-488, 2004.

47 MARTEL, L. de C. V.; PEDROLLO, G. F. *Amicus curiae*: elemento de participação política nas decisões judiciais-constitucionais. *Revista da Ajuris*, Porto Alegre, n. 99, p. 161-179, set. 2005. p. 164.

maior legitimação das decisões da própria Corte<sup>48</sup>, enquanto instância final de decisão acerca de questões tão relevantes como as matérias que envolvem direitos fundamentais e os conteúdos constitucionais.

Outro fato curioso acerca das dimensões e dos contornos do *amicus curiae* nos Estados Unidos, que merece destaque, diz respeito à possibilidade de participação, também da parte de organismos internacionais<sup>49</sup>, na condição de *amicus curiae*, em decisões da Suprema Corte, sendo um exemplo ilustrativo a intervenção da Comunidade Européia no caso *Atkins v. Virginia*, onde se discutia a constitucionalidade ou não da aplicação da pena de morte a indivíduos com distúrbios mentais<sup>50</sup>.

No Brasil, em termos históricos, o *amicus curiae* foi objeto de discussão, ainda inédita no contexto nacional, no Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento do Agravo Regimental na ADIn nº 748/RS<sup>51</sup>, que discutia a constitucionalidade do “calendário rotativo” para as escolas da rede pública estadual, instituído pelo então governador do Rio Grande do Sul. Apesar de a ação não haver sido julgada quanto ao mérito, em virtude da perda de seu objeto – notadamente em face da mudança de governo e do conseqüente abandono da proposta –, o que importa, para os fins do debate aqui apresentado, é que a possibilidade de intervenção de determinados órgãos na condição de *amicus curiae* foi suscitada e debatida, ventilando-se e abrindo-se espaço para a aplicação do instituto em questão no Direito pátrio.

Foi somente em 1999<sup>52</sup>, por sua vez, que o *amicus curiae* passou a ter previsão legal expressa, estando inserido no § 2º do art. 7º da Lei nº 9.868/1999, que assim dispõe:

48 Ibidem, p. 165.

49 HANSFORD, Thomas G. Information provision, organizational constraints, and the decision to submit an *Amicus Curiae* Brief in a U.S. Supreme Court case. *Political Research Quarterly*, v. 57, n. 2, p. 219-230, jun. 2004.

50 MARTEL, L. de C. V.; PEDROLLO, G. F. Op. cit., p. 165.

51 Trata-se de ADIn ajuizada pelo Governador do Estado do Rio Grande do Sul, em face do Decreto Legislativo nº 6.662, o qual impedia os efeitos da Lei Estadual nº 9.272, que estabelecia o calendário rotativo. O fundamento da ação era que apenas lei, e não decreto legislativo, poderia revogar tal norma. Fora deferida medida cautelar para suspensão da eficácia do decreto legislativo. Todavia, dada a mudança de governo, a matéria perdeu o interesse, sendo que o tribunal posteriormente julgou prejudicada a ADIn.

52 Há quem sustente, contudo, que já havia previsão de ocorrência da figura do *amicus curiae* na Lei nº 6.616, de 7 de dezembro de 1978, que disciplina o mercado de valores mobiliários e que criou a Comissão de Valores Mobiliários (CVM), considerada uma espécie de *amicus curiae*, cuja intervenção nos processos judiciais se dá sempre que a discussão versar sobre matérias que se sujeitam à fiscalização da entidade. Cf. CABRAL, Antonio do Passo. Pelas asas de Hermes: a intervenção do *amicus curiae*, um terceiro especial. Uma análise dos institutos interventivos similares: o *amicus* e o *Vertreter des öffentlichen Interesses*. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 117, p. 24, set./out. 2004.

“Art. 7º Não se admitirá a intervenção de terceiros no processo de ação direta de inconstitucionalidade.

§ 1º (Vetado)<sup>53</sup>

§ 2º O relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, poderá, por despacho irrecorrível, admitir, observado o prazo fixado no parágrafo anterior, a manifestação de outros órgãos ou entidades.”

Conforme já referido, essa foi a primeira vez em que o instituto figurou em um texto legal (embora não expressamente com essa denominação), com características próprias, constituindo-se em figura autônoma, distinta da simples intervenção de terceiros e da assistência tradicional do processo civil:

“Não se trata, aqui, de *interesse* jurídico-processual típico da intervenção de terceiros, nem de legitimidade para agir (co-legitimação), mas de permissivo de participação de entidades e pessoas com interesse na *matéria constitucional debatida*. Por oportuno, colaciona-se o fato de o *amicus curiae* não ser considerado parte no processo, tampouco um terceiro interveniente.”<sup>54</sup>

Nesse sentido, destaca-se que o interesse desse “terceiro” não é processual – interesse de agir –, mas sim de ordem material, ou seja, na matéria em questão, razão pela qual não se confundem<sup>55</sup>; embora, inegavelmente, trate-se de um terceiro, porque alheio à relação jurídica estabelecida, o *amicus curiae* não corresponde a nenhum dos casos típicos de intervenção de terceiros previstos em nosso sistema processual, conforme já referido, possuindo ambos os institutos natureza distinta. Além disso,

[...] a utilização do instituto aparece conectada a uma compreensão de que o juízo acerca da constitucionalidade não se restringe a um silogismo, pelo qual se compara o texto da lei ao texto da norma constitucional para considerar aquela válida ou inválida. Ao contrário, o juízo acerca da constitucionalidade exige a melhor compreensão possível acerca dos efeitos decorrentes da aplicação da norma questionada, para evitar *situações concretas de inconstitucionalidade* decorrentes da aplicação da lei – mesmo no âmbito do

53 “§ 1º Os demais titulares referidos no art. 2º poderão manifestar-se, por escrito, sobre o objeto da ação e pedir a juntada de documentos reputados úteis para o exame da matéria, no prazo das informações, bem como apresentar memoriais.”

54 MARTEL, L. de C. V.; PEDROLLO, G. F. *Amicus curiae*: elemento de participação política nas decisões judiciais-constitucionais. *Revista da Ajuris*, Porto Alegre, n. 99, p. 161-179, set. 2005. p. 167.

55 *Ibidem*, p. 162.

controle em abstrato e concentrado. Daí a necessidade da apresentação de estudos e pareceres que instruem a Corte acerca de aspectos que transcendem, freqüentemente, a esfera do estritamente jurídico.”<sup>56</sup>

A primeira referência literal, por parte da legislação, à expressão *amicus curiae* apareceu, por sua vez, apenas cinco anos mais tarde, na Resolução nº 390, de 17 de setembro de 2004, do Conselho da Justiça Federal, que, em seu art. 23, § 1º, menciona-o textualmente:

“Art. 23. As partes poderão apresentar memoriais e fazer sustentação oral por dez minutos, prorrogáveis até mais dez, a critério do Presidente.

§ 1º O mesmo se permite a eventuais interessados, a entidades de classe, associações, organizações não-governamentais, etc., na função de *amicus curiae*, cabendo ao presidente decidir sobre o tempo de sustentação oral.”

Já em outras<sup>57</sup> duas leis – a Lei nº 9.882/1999, que trata da argüição de Descumprimento de preceito fundamental<sup>58</sup>, e a Lei dos Juizados Especiais Federais<sup>59</sup> (Lei nº 10.259, de 12 de julho de 2001) – tem sido discutida a participação ou não do *amicus curiae*, visto que, nos artigos em que há, em princípio, a sua previsão, há referência expressa à condição de interessados, aspecto que estaria mais associado, em princípio, à intervenção de terceiros na qualidade de assistentes do que ao *amicus curiae*<sup>60</sup>.

A doutrina é controversa a respeito da questão, ou seja, se é ou não possível a participação nas situações trazidas por essas leis de enti-

56 MARTEL, L. de C. V.; PEDROLLO, G. F. Op. cit., p. 171.

57 Há, ainda, referência a inúmeras outras previsões legais dispersas acerca do instituto, que, por questões de tempo e de espaço, não serão aqui analisadas. Nesse sentido, ver DEL PRÁ, Carlos Gustavo Rodrigues. *Amicus curiae*: instrumento de participação democrática e de aperfeiçoamento da prestação jurisdicional. Curitiba: Juruá, 2007. p. 58.

58 “Art. 6º Apreciado o pedido de liminar, o relator solicitará as informações às autoridades responsáveis pela prática do ato questionado, no prazo de dez dias.

§ 1º Se entender necessário, poderá o relator ouvir as partes nos processos que ensejaram a argüição, 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.

§ 2º Poderão ser autorizadas, a critério do relator, sustentação oral e juntada de memoriais, por requerimento dos interessados no processo.”

59 “Art. 14. Caberá pedido de uniformização de interpretação de lei federal quando houver divergência entre decisões sobre questões de direito material proferidas por Turmas Recursais na interpretação da lei. [...]

§ 7º Se necessário, o relator pedirá informações ao Presidente da Turma Recursal ou Coordenador da Turma de Uniformização e ouvirá o Ministério Público, no prazo de cinco dias. Eventuais interessados, ainda que não sejam partes no processo, poderão se manifestar, no prazo de trinta dias.”

60 MARTEL, L. de C. V.; PEDROLLO, G. F. *Amicus curiae*: elemento de participação política nas decisões judiciais-constitucionais. *Revista da Ajuris*, Porto Alegre, n. 99, p. 161-179, set. 2005. p. 168.

dades e órgãos interessados apenas na matéria discutida, mas que não possuam interesse jurídico ou processual, sendo que aqueles que entendem cabível a intervenção o fazem ancorados na possibilidade de uma interpretação extensiva da expressão constante na Lei da Ação Direta de Inconstitucionalidade<sup>61</sup>. Contudo,

“[...] há que se aguardar a interpretação que será dada ao termo *interessado* presente nos textos legais em comento, para se saber, então, se a participação do *amicus* nestes processos dar-se-á com base em interpretação extensiva do termo *interessado*, ou, no caso da ADPF, por aplicação subsidiária da Lei da ADIn, ou, ainda, se não será admitida.”<sup>62</sup>

Além do já citado art. 7º, § 2º, da Lei nº 9.868/1999; tem-se como diploma regulamentador do *amicus curiae*, ainda, o próprio Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, que, todavia, rege de modo apenas superficial a questão, trazendo, em seu art. 131, a previsão e normatização da sustentação oral. É o que dispõe no seu § 3º:

“Admitida a intervenção de terceiros<sup>63</sup> no processo de controle concentrado de constitucionalidade, fica-lhes facultado produzir sustentação oral, aplicando-se, quando for o caso, a regra do § 2º do art. 132 deste Regimento.”<sup>64</sup>

A título de curiosidade, é interessante, ainda, mencionar a previsão do art. 5º, parágrafo único, da Lei nº 9.469<sup>65</sup>, de 10 de julho de 1997, que, ao menos aparentemente, traz a previsão de um caso de participação de *amicus curiae*, tamanha a sua semelhança com o conteúdo do disposto no art. 7º da Lei nº 9.868/1999:

“Art. 5º A União poderá intervir nas causas em que figurarem, como autores ou réus, autarquias, fundações públicas, sociedades de economia mista e empresas públicas federais.

61 Considerando os objetivos da pluralização da interpretação constitucional, deve-se aplicar, extensivamente, a possibilidade prevista no art. 7º, § 2º, da Lei nº 9.868/1999.

62 MARTEL, L. de C. V.; PEDROLLO, G. F. Op. cit., p. 168.

63 Observe-se que é utilizada a expressão “intervenção de terceiros”. Tanto na redação do art. 7º, *caput*, quanto no § 3º do art. 131 do Regimento Interno do STF, contudo, a expressão “terceiro” é empregada para indicar órgãos ou entidades alheias ao caso, conforme já referido anteriormente, fato que só contribui para reforçar a confusão terminológica e conceitual já existente na doutrina brasileira acerca do tema.

64 A regra, contida no art. 132 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, citada refere-se à divisão de tempo entre aqueles que irão perfazer a sustentação oral.

65 Regulamenta o disposto no inciso VI do art. 4º da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993; dispõe sobre a intervenção da União nas causas em que figurarem, como autores ou réus, antes da administração indireta; regula os pagamentos devidos pela Fazenda Pública em virtude de sentença judiciária; revoga a Lei nº 8.197, de 27 de junho de 1991, e a Lei nº 9.081, de 19 de julho de 1995; e dá outras providências.

Parágrafo único. As pessoas jurídicas de direito público poderão, nas causas cuja decisão possa ter reflexos, ainda que indiretos, de natureza econômica, intervir, independentemente de demonstração de interesse jurídico, para esclarecer questões de fato e de direito, podendo juntar documentos e memoriais reputados úteis ao exame da matéria e, se for o caso, recorrer hipótese em que, para fins de deslocamento de competência, serão consideradas partes.”

Por fim, é importante ressaltar que a intervenção do *amicus curiae* também é admitida – e aí reside o nosso principal foco de interesse para fins deste estudo – em sede de controle de constitucionalidade, notadamente em sua versão abstrata e concentrada, pois tanto a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIn) quanto a Ação Declaratória de Constitucionalidade (Adecon) e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) admitem a sua intervenção<sup>66</sup>.

No que diz respeito à natureza dessa participação, por sua vez, as posições divergem, entendendo alguns autores tratar-se de assistência, enquanto outros, ainda, de intervenção de terceiros e de terceiros em condições especiais, tomando-se, sempre, como critério definidor a existência ou não de interesse jurídico na causa. Contudo, é preciso frisar-se que uma definição precisa do que seja interesse jurídico não é encontrada sequer nas decisões do próprio Supremo Tribunal Federal, justamente porque se trata de uma conceituação variável, de difícil caracterização, o que apenas reforça as dificuldades operacionais até aqui apresentadas. De qualquer forma, trata-se de um instituto de natureza mais complexa e abrangente do que aquela que norteia as participações do processo civil tradicional.

Assim, quando a expressão “terceiro” é empregada para designar a figura do *amicus curiae*, não se está, em verdade, identificando esta participação com o instituto da intervenção de terceiros tradicional, mas apenas referindo-se à participação de outros órgãos ou entidades que não as partes propriamente ditas no processo<sup>67</sup>, que visam a contribuir, dessa forma, com o debate constitucional, uma vez que a admissão de terceiro, na condição de *amicus curiae*, no processo adjetivo de controle normativo abstrato, qualifica-se como fator de legitimação social das decisões da Suprema Corte, enquanto Tribunal Constitucional, pois viabili-

66 SCARPINELLA BUENO, Cassio. *Amicus curiae no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 194.

67 AGUIAR, Mirella de Carvalho. *Amicus curiae*. Salvador: Jus Podivm, 2005. p. 47.

za, em atenção ao postulado democrático, a abertura do processo de fiscalização concentrada de constitucionalidade, de modo a permitir que nele se realize, sempre sob uma perspectiva eminentemente pluralista, 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. Em suma: as regras inscritas nos dispositivos legais supracitados, e que contêm a base normativa legitimadora da intervenção processual do *amicus curiae*, têm por precípua finalidade pluralizar o debate constitucional<sup>68</sup>, contribuindo, como já dito, para a democratização da atividade jurisdicional e para a consolidação da própria democracia.

Também a jurisdição – e em especial a jurisdição constitucional – constitui-se, portanto, em um *locus* privilegiado de participação e de exercício da condição do *status activus processualis* por parte da sociedade e dos cidadãos, afigurando-se o *amicus curiae* como um instrumento privilegiado para essa atuação, por permitir e criar espaços institucionalizados de manifestação e de construção cotidiana da Constituição cultural aberta no âmbito da sociedade pluralista.

## CONCLUSÃO

Em face de todo o exposto, tem-se que a noção de Constituição cultural e aberta, cunhada por Peter Häberle, constitui um importante avanço/ruptura no âmbito da compreensão e da operacionalização da Constituição no contexto do Estado Democrático de Direito, trazendo novos contornos à teoria constitucional e à própria teoria da interpretação, assim como desafios no sentido de se transformar esse mesmo processo interpretativo em um processo aberto e plural, estreitamente conectado com a realidade, perfazendo-se o que o autor designa de uma “sociedade aberta de intérpretes da Constituição”.

Dentro deste contexto, a Constituição – enquanto norma e enquanto documento jurídico-político fundamental da coletividade – converte-se em um *processo* permanentemente aberto de construção de sentidos e de significados, a ser construído cotidianamente, para o que se pressupõe

68 BUENO FILHO, Edgard Silveira. *Amicus curiae*. A democratização do debate nos processos de controle da constitucionalidade. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, a. 13, n. 53, out./dez. 2005; *Revista dos Tribunais*, São Paulo, p. 20-28, 2005.

uma efetiva *participação* de todos os envolvidos, e não apenas de parte dos técnicos e burocratas oficial e organicamente investidos de tais competências. É nessa perspectiva que a noção de *status activus processualis*, de participação na vida pública, constitui-se no *status* fundamental da ordem democrática, fazendo com que os cidadãos sejam incorporados ao sistema político-jurídico não apenas como destinatários de direitos, mas também, e principalmente, como sujeitos ativos desse processo.

Essa noção de abertura pode ser entendida, portanto, como sendo o princípio (jurídico, de direito, e não unicamente político) da Constituição, a forma por meio da qual a democracia pode persistir – não simplesmente como supremacia do povo (*Herrschaft des Volkes*), mas sim como participação do povo (*Demokratie durch das Volk*) –, constituindo-se em um elemento essencial da Constituição democrática na sociedade pluralista<sup>69</sup>. A publicidade e a participação fazem, por sua vez, com que o desenvolvimento da Constituição se converta, então, de simples *law in action*, em *law in public action*<sup>70</sup>.

Abertura e pluralidade constituem, permeiam e resultam, por conseguinte, a um só tempo, (d)essa participação, abarcando e se projetando, numa perspectiva democrática, sobre a sociedade, a Constituição e a interpretação.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AGUIAR, Mirella de Carvalho. *Amicus curiae*. Salvador: Jus Podivm, 2005.
- ALA'I, Padideh. Judicial lobbyng at the WTO: the debate over the use of *amicus curiae* briefs and the U.S. experience. *Fordham International Law Journal*, v. 24, p. 62-94, 2000.
- BRUGGER, Winfried. *Freiheit und Sicherheit: eine staatstheoretische Skizze mit praktischen Beispielen*. Baden-Baden: Nomos, 2004.
- \_\_\_\_\_. Kultur, Verfassung, Recht, Staat. Besprechung von Peter Häberles Verfassungslehre als Kulturwissenschaft. *Archiv des öffentlichen Rechts (AöR)*, 126. Band, Heft 2. Tübingen: Mohr Siebeck, p. 271-293, 2001.

69 Neste contexto, a possibilidade de alternativa aparece como um elemento essencial, sendo que a liberdade – própria e do outro – se apresenta como sendo o único elemento que não possui alternativa, porque senão estar-se-ia incorrendo em uma “sociedade fechada”. A liberdade aparece, por sua vez, como pressuposto para a participação no processo político, tido como um processo de comunicação de todos para com todos, que deve ser e permanecer, tanto quanto possível, aberto, sendo imprescindível que também uma interpretação divergente (*abweigige*) tenha oportunidade de ser sustentada em algum momento.

70 HÄBERLE, Peter. Struktur und Funktion der Öffentlichkeit im demokratischen Staat. In: *Die Verfassung des Pluralismus: Studien zur Verfassungstheorie der offenen Gesellschaft*. Königstein: Athenäum, 1980. p. 129-137 passim.

\_\_\_\_\_. LEAL, Mônia Clarissa Hennig. Os direitos fundamentais nas modernas constituições: análise comparativa entre as constituições alemã, norte-americana e brasileira. *Revista do Direito*, Santa Cruz do Sul: Edunisc, n. 28, 2007.

BUENO FILHO, Edgard Silveira. *Amicus curiae*. A democratização do debate nos processos de controle da constitucionalidade. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, a. 13, n. 53, out./dez. 2005.

CABRAL, Antonio do Passo. Pelas asas de Hermes: a intervenção do *amicus curiae*, um terceiro especial. Uma análise dos institutos interventivos similares: o *amicus* e o *Vertreter des öffentlichen Interesses*. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 117, set./out. 2004.

CAWLEY, Jared B. Friend of the Court: how the WTO justifies the acceptance of the *amicus curiae* brief from non-governmental organizations. *Penn State International Law Review*, v. 23, p. 47-78, 2004.

COLLINS JR., Paul M. Friends of the Court: examining the influence of *amicus curiae* participation in U.S. Supreme Court litigation. *Law and Society Review*, v. 38, Issue 4, p. 807-832, 2004.

DEL PRÁ, Carlos Gustavo Rodrigues. *Amicus curiae*: instrumento de participação democrática e de aperfeiçoamento da prestação jurisdicional. Curitiba: Juruá, 2007.

FORSTHOFF, Ernst. *Der Staat der Industrie-gesellschaft*: dargestellt am Beispiel der Bundesrepublik Deutschland. 2. Aufl. München: Beck, 1971.

FROHNMAYER, D. B.; LINDE, H. A. State Court responsibility for maintaining “republican government”: an *amicus curiae* brief. *Willamette Law Review*, v. 39:4, p. 1487-1505, fall 2003.

GADAMER, Hans-Georg. *Warheit und Methode*: Grundzüge einer philosophischen Hermeneutik. Tübingen: Mohr, 1972.

GROSSKOPF, A.; MAVEETY, N. “Constrained” Constitutional Courts as conduits for democratic consolidation. *Law and Society Review*, v. 38, n. 3, p. 463-488, 2004.

HÄBERLE, Peter. Grundrechte im Leistungsstaat. *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatslehrer (VVDStRL)*, Heft 30. Berichte und Diskussionen auf der Tagung der Vereinigung der Deutschen Staatslehrer in Regensburg vom 29. September bis 2. Oktober 1971. Berlin: Walter Gruyter, 1972.

\_\_\_\_\_. Struktur und Funktion der Öffentlichkeit im demokratischen Staat. In: *Die Verfassung des Pluralismus*: Studien zur Verfassungstheorie der offenen Gesellschaft. Königstein: Athenäum, 1980.

\_\_\_\_\_. Vorwort. In: *Die Verfassung des Pluralismus*: Studien zur Verfassungstheorie der offenen Gesellschaft. Königstein: Athnäum, 1980.

\_\_\_\_\_. Die offene Gesellschaft der Verfassungs-interpreten (1975) mit Nachtrag (1978). In: *Verfassung als öffentlicher Prozess*: Materialien zu einer Verfassungstheorie der offenen Gesellschaft. 3. Aufl. Berlin: Duncker & Humblot, 1998.

\_\_\_\_\_. Die Grundrechte im demokratischen Staat (1974) mit Nachtrag (1978). In: *Verfassung als öffentlicher Prozess: Materialien zu einer Verfassungstheorie der offenen Gesellschaft*. 3. Aufl. Berlin: Duncker & Humblot, 1998.

\_\_\_\_\_. Zeit und Verfassung (1974) mit Nachtrag (1978). In: *Verfassung als öffentlicher Prozess: Materialien zu einer Verfassungstheorie der offenen Gesellschaft*. 3. Aufl. Berlin: Duncker & Humblot, 1998.

\_\_\_\_\_. Verfassungsinterpretation als öffentlicher Prozess – Ein Pluralismus-konzept. In: *Verfassung als öffentlicher Prozess: Materialien zu einer Verfassungstheorie der offenen Gesellschaft*. 3. Aufl. Berlin: Duncker & Humblot, 1998.

\_\_\_\_\_. Der Sinn von Verfassungen in kulturwissenschaftlicher Sicht. In: *Archiv des öffentlichen Rechts (ÄöR)*, 131. Band. Tübingen: Mohr Siebeck, 2006. p. 621-642.

HABERMAS, Jürgen. *Theorie des kommunikativen Handelns*: Handlungs-rationalität und gesellschaftliche Rationalisierung. Frankfurt a.M.: Suhrkamp, 1995.

HANSFORD, Thomas G. Information provision, organizational constraints, and the decision to submit an *amicus curiae* brief in a U.S. Supreme Court case. *Political Research Quarterly*, v. 57, n. 2, p. 219-230, jun. 2004.

HEIDEGGER, Martin. *Sein und Zeit*. 16. Aufl. Tübingen: Niemeyer, 1986.

JELLINEK, Georg. *System der subjektiven öffentlichen Rechte*. 2. Aufl. Tübingen: J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1905.

KENNY, Susan. Interveners and *amici curiae* in the high court. *Adelaide Law Review*, Band 20, p. 159-171, 1998.

LEAL, Mônia Clarissa Hennig. *Jurisdição constitucional aberta*: reflexões sobre a legitimidade e os limites da jurisdição constitucional na ordem democrática – Uma abordagem a partir das teorias Constitucionais alemã e norte-americana. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

LOPES, José Reinaldo de Lima. *O direito na história*. São Paulo: Max Limonad, 2002.

MARTEL, L. de C. V.; PEDROLLO, G. F. *Amicus curiae*: elemento de participação política nas decisões judiciais-constitucionais. *Revista da Ajuris*, Porto Alegre, n. 99, p. 161-179, set. 2005.

MASON, Anthony. Interveners and *amici curiae* in the high court: a comment. *Adelaide Law Review*, Band 20, p. 173-176, 1998.

SCARPINELLA BUENO, Cassio. *Amicus curiae no processo civil brasileiro*: um terceiro enigmático. São Paulo: Saraiva, 2006.

SPRIGGS, J. F.; WAHLBECK, P. J. *Amicus curiae* and the role of information at the Supreme Court. *Political Research Quarterly*, v. 50, n. 2, p. 365-386, jun. 1997.