



Observatório da Jurisdição
Constitucional

Observatório da Jurisdição Constitucional.
Ano 6, no. 2, jul./dez. 2013. ISSN 1982-4564.

O *amicus curiae* como instrumento de democratização da jurisdição constitucional brasileira

Rafael Dilly Patrus*

Resumo: Atentas ao risco que a judicialização pode representar para a legitimidade democrática, as Leis 9.868 de 10 de novembro e 9.882 de 03 de dezembro, ambas de 1999, consagraram a figura do *amicus curiae*, ou amigo da corte. Trata-se de instituto de longa tradição no direito estadunidense, o qual engendra a abertura do procedimento à interferência de atores sociais, por meio da apresentação de memoriais técnicos e opiniões jurídicas que visem ao aperfeiçoamento do provimento jurisdicional. Dada a importância das decisões proferidas no âmbito do controle concentrado de constitucionalidade, a medida, ao possibilitar que o Tribunal decida as causas com pleno conhecimento de suas implicações e repercussões, bem como viabilizar a participação da sociedade na construção de decisões que a afetem diretamente, concretiza o princípio do pluralismo democrático. Partindo, assim, da premissa da exigência de implementação da sociedade aberta dos intérpretes da Constituição, o presente trabalho busca examinar a figura do *amicus curiae*, concebendo-o como instrumento de realização da jurisdição constitucional no Brasil e ferramenta indispensável para o seu exercício adequado.

Palavras-chave: *Amicus curiae*. Jurisdição constitucional. Leis 9.868 e 9.882 de 1999. Contraditório material. Sociedade aberta dos intérpretes da Constituição.

Abstract: Mindful of the risk that judicialization can pose to democratic legitimacy, the Brazilian Acts 9868 and 9882 of 1999 consecrated the intervention of the *amici curiae*, also known as friends of the court. It consists on a tool of long tradition in North-American law, which engenders the opening of judicial procedure to the interference of social agents, through the presentation of technical memorials and legal opinions aimed at improving the jurisdictional provision. Given the impact of judicial review, the measure implements the principle of democratic pluralism, since it allows the Court to act with full knowledge of the implications and repercussions of its decisions, and facilitates the participation of society in the construction of provisions that will directly affect it. Premised, therefore, on the need for implementing an open society of constitutional interpreters, this paper seeks to examine the figure of *amicus curiae*, interpreting it as an important tool for the realization of constitutional jurisdiction in Brazil.

Keywords: *Amicus curiae*. Constitutional jurisdiction. Brazilian Acts 9.868 and 9.882 of 1999. Procedural participation. Open society of constitutional interpreters.

* Mestrando em Direito Constitucional pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Advogado.

1. Introdução

É inegável o papel ativo que o Supremo Tribunal Federal vem desempenhando, nos últimos anos, na vida institucional do país. A posição de destaque que a Corte tem assumido na tomada de decisões de alta relevância política, na implementação de políticas públicas e na deliberação acerca de questões de importância moral e social não deixa de gerar perplexidade, exigindo uma análise acurada.¹

A judicialização da agenda política brasileira deve-se principalmente: à democratização, com o fortalecimento das garantias da magistratura e da atuação do Ministério Público além da esfera penal; à constitucionalização abrangente, o que trouxe para o texto da Constituição matérias usualmente legadas à competência do legislador infraconstitucional;² e à riqueza do sistema brasileiro de controle de constitucionalidade, o qual combina aspectos e procedimentos próprios aos modelos estadunidense e continental europeu.³ O fenômeno, mormente no âmbito da jurisdição constitucional, implica a transferência de grande poder para juízes e tribunais, importando em alterações na estruturação da autonomia pública, no uso da linguagem para as escolhas políticas e nas formas de participação da sociedade.⁴ No lugar do Congresso Nacional e do Poder Executivo, que são as instituições políticas clássicas, é no seio do Poder Judiciário que se encontra hoje o cerne decisório a respeito de questões como biossegurança, nepotismo, liberdade de imprensa e união homoafetiva.

Sem negar a importância da atuação hodierna da Justiça brasileira, é preciso considerar com cuidado o risco que a judicialização pode representar para a legitimidade democrática. É certo que a Constituição de 1988, além de assegurar a soberania popular, a vontade da maioria e a alternância do poder, cumpre também a função de proteger os direitos fundamentais, seara em que o Judiciário exerce papel de importância. Todavia, a jurisdição constitucional deve ser bem exercida, de forma a funcionar como um fórum de princípios⁵ e

¹ De toda forma, o fenômeno da judicialização não é exclusividade brasileira. *Cfr.* em HIRSCHL (2008, p. 124-125).

² Segundo o Prof. Luís Roberto Barroso, “a Carta brasileira é analítica, ambiciosa, desconfiada do legislador” (2009, p. 3).

³ Historicamente organizados no encontro de influências múltiplas, os Estados latino-americanos, nos dizeres do Prof. Francisco Fernández Segado (2005, p. 39), constituem um verdadeiro “laboratório constitucional” no que tange a técnicas de controle de constitucionalidade.

⁴ DAHL, 1957, p. 279.

⁵ DWORKIN, 1985.

de razão pública⁶, sem desconsiderar a participação da sociedade na tomada de decisões políticas relevantes.

Atentas a tal questão, as Leis 9.868 de 10 de novembro e 9.882 de 03 de dezembro, ambas de 1999, consagraram⁷ a figura do *amicus curiae*, ou amigo da corte. Conquanto proscrevam a intervenção de terceiros no trâmite da ação direta de inconstitucionalidade (ADI), da ação declaratória de constitucionalidade (ADC) e da arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF), os diplomas permitem a participação de órgãos e entidades interessados no processo. Trata-se de instituto de longa tradição no direito estadunidense, o qual engendra a abertura do procedimento à interferência de atores sociais, por meio da apresentação de memoriais técnicos e opiniões jurídicas que visem ao aperfeiçoamento do provimento jurisdicional.⁸ Dada a importância das decisões proferidas no âmbito do controle concentrado de constitucionalidade, a medida, ao possibilitar que o Tribunal decida as causas com pleno conhecimento de suas implicações e repercussões, bem como viabilizar a participação da sociedade na construção de decisões que a afetem diretamente, concretiza o princípio do pluralismo democrático.⁹

É nesse sentido que se pode afirmar que a intervenção do *amicus curiae*

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.¹⁰

⁶ RAWLS, 2005.

⁷ Usa-se o verbo “consagrar”, uma vez que o Supremo Tribunal Federal, antes da edição das referidas Leis, já admitia, ainda que de forma incipiente, a participação de *amici curiae* em processos de controle concentrado de constitucionalidade. Um exemplo é o da ADI n. 748, em que o plenário da Corte, por unanimidade de votos, confirmou decisão monocrática do Min. Celso de Mello e permitiu a manutenção nos autos de memorial elaborado por colaborador informal.

⁸ MENDES, 2009, p. 5.

⁹ FERRAZ, 2008, p. 67.

¹⁰ STF, ADI 3.921, D.J. 31/10/2007.

Frente à relevância do instituto para a ordem constitucional e a democracia, bem como à sua expressiva utilização em importantes causas em trâmite recente perante a jurisdição constitucional,¹¹ o presente artigo propõe analisar o instituto do *amicus curiae*, concebendo-o como instrumento de realização democrática, agente do contraditório material, ferramenta necessária ao exercício adequado da Justiça e à implementação da sociedade aberta dos intérpretes da Constituição. A sua atual configuração no Direito brasileiro abre margem para uma série de debates, a maioria deles com significativas repercussões práticas.¹²

A Proposta de Emenda Constitucional nº 33, motor da última onda de debate a respeito da atuação do Congresso Nacional e do Supremo Tribunal Federal na interpretação e aplicação da Constituição da República, fomenta entre nós uma oportunidade singular. A oportunidade de rever o controle jurisdicional de constitucional das leis – não para submeter o Judiciário à última palavra do Legislativo, mas para reavaliar os mecanismos que permitem o bom exercício da jurisdição constitucional. É tempo de construir.

2. A nova jurisdição constitucional brasileira

2.1. A Constituição de 1988 e a judicialização da agenda política no Brasil

O problema relativo ao avanço da jurisdição sobre o espaço da política majoritária é comumente designado como judicialização da política. Embora de aparência unitária, a expressão assinala uma profusão de fenômenos, como a intervenção judiciária na formulação das políticas públicas, a revisão de textos legais por meio das diversas e distintas ferramentas de fiscalização da constitucionalidade dos atos normativos, a propositura de demandas judiciais visando à tutela de direitos sociais e econômicos, entre outros.¹³

No constitucionalismo contemporâneo, é inquestionável a fluidez entre o direito e a política – conjuntura propícia à emergência das cortes como fóruns de implementação de políticas públicas e efetivação da justiça distributiva. Porém, a transferência das prerrogativas decisórias fundamentais do parlamento e do Poder Executivo para o Judiciário não deixa de

¹¹ É crescente a expressividade da figura do *amicus curiae* na prática processual constitucional do país. É de se destacar, a título de exemplo, o julgamento concernente ao reconhecimento da união homoafetiva, no qual trinta e três especialistas e entidades civis intervieram como amigos da corte.

¹² Embora não seja este o objeto do presente estudo, por razões de delimitação da análise proposta, o artigo enumera, ao final, as questões práticas mais relevantes e controversas, as quais, a despeito de supostos posicionamentos adotados pelo Supremo Tribunal Federal, ainda exigem um debate profundo e pormenorizado no cenário doutrinário (e também fora dele).

¹³ VERÍSSIMO, 2006, p. 24.

importar em um desencontro de paradigmas institucionais. Isso porque, em um regime democrático, os processos de tomada de decisão são baseados no princípio da maioria e em um debate público e aberto entre iguais, apesar de não ser este, evidentemente, o modo de decidir dos tribunais.¹⁴

Para a teoria política, as cortes desempenham a função de preservar os cidadãos frente às ingerências e aos abusos estatais, ao passo que aos parlamentos incumbe definir direitos e deveres. Segundo Tobjörn Vallinder, a judicialização da política implica “a majoração do primeiro princípio sobre o segundo”.¹⁵ Nesse processo, é inequívoco que o avanço da jurisdição constitucional sobre a seara das políticas públicas, marcante em todo o mundo ocidental após a Segunda Guerra Mundial,¹⁶ trouxe e ainda traz inúmeras consequências para o aparato clássico da separação dos poderes. Uma delas é a expansão do discurso jurídico, o que acabou por alterar profundamente a maneira de se pensar e de se debater a política.¹⁷

No Brasil, o reconhecimento da importância de um Judiciário forte e atuante e um sentimento disseminado de desilusão quanto aos trâmites e à efetividade do sistema da política majoritária levaram à ascensão institucional de cortes e juízes. Com a democratização do Estado brasileiro, principalmente em seguida ao advento da ordem constitucional de 1988 – em que também se verifica uma ampliação do âmbito de atuação do Ministério Público para além da seara penal –, a transposição, por parte dos magistrados, de alguns dos limites tradicionais do espaço da política majoritária foi algo quase natural.

Na experiência pátria, o fenômeno da judicialização assumiu proporções imensas, inicialmente em função da constitucionalização abrangente e analítica. Removendo determinado tema da pauta do debate político, ao revesti-lo de um couraçado constitucional, o constituinte acabou trazendo-o para “o universo das pretensões judicializáveis”.¹⁸ Essa

¹⁴ O professor Tobjörn Vallinder desenha quadro em que expõe as principais diferenças entre o modo de produção de decisões pelos órgãos políticos (Legislativo e Executivo) e o Poder Judiciário, levando em conta os atores envolvidos, os métodos de trabalho, as regras básicas do processo decisório, os resultados e suas implicações. *Cfr.* em TATE e VALLINDER (1995, p. 16).

¹⁵ TATE/VALLINDER, 1995, p. 15.

¹⁶ De acordo com o professor BARROSO, o fenômeno alcançou “até mesmo países que tradicionalmente seguiram o modelo inglês – a chamada democracia ao estilo de Westminster –, com soberania parlamentar e ausência de controle de constitucionalidade” (2010, p. 4).

¹⁷ Na Europa, em que se verificam inúmeras críticas doutrinárias a um possível “governo de juízes”, o problema da crise da separação de poderes foi e ainda é latente e amplamente debatido. *Cfr.* em STONE-SWEET (2000, p. 35-36 e 130).

¹⁸ Barroso, 2010, p. 5.

situação, por óbvio, amplia o campo de possibilidades da atuação jurisdicional. Acrescente-se a isso a profunda remodelação, operada também a partir da Constituição de 1988, do sistema de controle de constitucionalidade no Brasil. O que se verifica hoje é uma profusão de meios e vias para a realização da fiscalização da compatibilidade dos atos em face do sistema constitucional, abrindo-se para o Judiciário um espaço enorme para a revisão do produto das atividades políticas desempenhadas pelo Legislativo e pelo Executivo.

Diante de tal realidade, a maioria das questões de relevância social, política ou moral têm sido postas em sede de discussão judicial, com especial destaque para aquelas debatidas perante o Supremo Tribunal Federal. São exemplos de assuntos destacados que foram judicializados: a instituição da contribuição de inativos na reforma da previdência (ADI 3105), a criação do Conselho Nacional de Justiça na reforma do Judiciário (ADI 3367), a realização de pesquisas com células-tronco embrionárias (ADI 3510), a implementação do direito fundamental de liberdade de expressão em face da criminalização constitucional do racismo (HC 82424: caso *Ellwanger*), a interrupção da gestação de fetos anencefálicos (ADPF 54), a restrição ao uso de algemas (HC 91952 e súmula vinculante nº 11), a demarcação da reserva indígena Raposa Serra do Sol (Pet 3388), a legitimidade de ações afirmativas e quotas sociais e raciais (ADI 3330), a vedação ao nepotismo (ADC 12 e súmula vinculante nº 13), a não recepção da Lei de Imprensa (ADPF 130), a recepção da Lei de Anistia (ADPF 153), entre outros.¹⁹

Em face disso, é inevitável reconhecer que, no atual contexto do Estado brasileiro, a jurisdição constitucional desempenha papel de especial destaque. Basta prestar atenção às conversas nas ruas ou abrir os diários, as revistas e os periódicos eletrônicos para ver sobressaídas as notícias relativas às decisões judiciais e estampados os rostos de ministros, desembargadores e juízes. O Supremo Tribunal Federal, mormente em seguida à comoção decorrente do julgamento da ação penal 470 (caso *mensalão*), não escapa de uma única edição dos principais jornais do país. Ocorre que, na aplicação da Constituição,²⁰ os julgadores têm muitas vezes derrubado ou reformulado decisões políticas gestadas nos meios político-

¹⁹ A lista exemplificativa dos temas foi organizada por Luís Roberto Barroso. Cfr. em BARROSO (2010, p. 5).

²⁰ O professor Barroso pondera que as locuções *jurisdição constitucional* e *controle de constitucionalidade* não são sinônimas. Para o renomado constitucionalista, a jurisdição constitucional “designa a aplicação da Constituição por juízes e tribunais. Essa aplicação pode ser direta, quando a norma constitucional discipline, ela própria, determinada situação da vida. Ou indireta, quando a Constituição sirva de referência para atribuição de sentido a uma norma infraconstitucional ou de parâmetro para sua validade. Neste último caso estar-se-á diante do controle de constitucionalidade, que é, portanto, uma das formas de exercício da jurisdição constitucional” (2011, p. 25).

decisórios tradicionais, que são, como cediço e já colocado, o Legislativo e o Executivo. Isso, obviamente, não deixa de causar certa perplexidade, remetendo-nos à problemática da legitimidade democrática dos Tribunais Constitucionais no marco do Estado de Direito. Esse problema e seus desdobramentos serão examinados a seguir.

2.2 *Jurisdição constitucional: legitimidade democrática e instrumentos de realização*

Nos sistemas que adotam o controle jurisdicional de constitucionalidade das leis, os conflitos de cunho constitucional não se resolvem, em última instância, por deliberação da maioria, mas pela palavra institucional exarada pelo Judiciário. Para os países que, em diferentes graus e medidas, filiam-se à fiscalização concentrada da compatibilidade dos atos normativos com a Constituição, a tarefa é de incumbência do Tribunal Constitucional, cujas decisões não se submetem a qualquer controle posterior, ainda que democrático. Foi diante de tal conjuntura que Ruy Barbosa deu à Corte Constitucional a alcunha de *juíza de sua própria autoridade*.

Face à descrição formulada, um questionamento se faz absolutamente necessário: qual a legitimidade democrática do Tribunal Constitucional no marco do Estado de Direito? Para compreender esta indagação e estabelecer as diretrizes para a elaboração de uma possível resposta, é preciso retornar à análise da tensão – apenas aparente, vale frisar²¹ – existente entre o constitucionalismo e a democracia. Nesse contexto, a fim de sustentar a tese de que “não há Estado de Direito sem democracia”²² e vice-versa, há de se remontar à problemática da legitimidade do próprio Direito no paradigma constitucional contemporâneo do Estado democrático de Direito.²³

²¹ Cumpre observar desde logo que a referida dicotomia, assim como outras clássicas (público e privado, igualdade e liberdade, republicanismo e liberalismo), apenas aparentam um certo grau de antagonismo, uma vez que, na verdade, “seus polos, embora efetivamente sejam opostos um ao outro, são também, a um só tempo, constitutivos um do outro, de tal sorte que instauram uma rica, produtiva e permanente tensão” (trecho da apresentação de Menelick de Carvalho Netto ao ensaio *A Identidade do Sujeito Constitucional*, de Michel Rosenfeld).

²² HABERMAS, 1998, p. 61.

²³ Tal debate encontra em Jürgen Habermas, talvez o mais influente pensador da atualidade, seu mais profícuo e destacado expoente. A tese de que o Estado de Direito não se sustenta sem democracia radical foi detalhada pelo autor alemão no capítulo dez da obra *A inclusão do outro*, datada de 1996, mas já havia sido introduzida em 1992, no magistral *Facticidade e Validade: a Teoria do Discurso do Direito e do Estado Democrático de Direito*. Para uma análise completa e precisa das ideias de Habermas a esse respeito, *cfr.* em CATTONI DE OLIVEIRA (2012, p. 58-86).

Sabe-se que, a despeito de carecer de definição canônica, o constitucionalismo contemporâneo faz menção a um método específico de exercício do poder. Trata-se, portanto, de uma teoria normativa da política,²⁴ calcada, em linhas gerais, nas exigências do governo limitado e da proteção dos direitos fundamentais. Esse quadro, a princípio, encontra resistência no esquema de manifestações políticas das vontades populares, porquanto o limita em sua própria essência.²⁵ O que se percebe, assim, é que a própria concepção do Estado democrático de Direito refere-se à síntese de duas noções aparentemente antagônicas: a democracia, edificada sobre a fundação da soberania do povo e a vontade da maioria, e a exigência constitucional da juridicização do poder e do respeito a um cabedal de direitos.²⁶

Uma das mais interessantes e pertinentes metáforas já concebidas para a descrição da relação entre a democracia e o constitucionalismo, isto é, entre a autodeterminação e a autolimitação populares, ou a autonomia pública e a autonomia privada, foi apresentada pelo pensador sueco Jon Elster, em seu célebre *Ulysses and the Sirens*, de 1979. Na obra, faz-se menção ao livro XII da *Odisséia* de Homero, em que Ulisses, diante da advertência de Cirnê, ordena que o atem ao mastro de seu barco, amarrando seus braços e suas pernas, para que permaneça preso ao longo da passagem pelo largo dos rochedos e não sucumba ao canto cruel e sedutor das sereias. O autor conclui, a partir do relato, que com o povo – entendido aqui como instância plural de legitimidade – ocorre a mesma coisa: só amarrada a um esquema rígido de limitação do poder estatal e de afirmação dos direitos fundamentais é que a sociedade aberta de intérpretes da Constituição consegue resistir à tentação das sereias nas passagens mais turbulentas da viagem pelo mar. Como a dita autolimitação deriva da própria vontade popular, de seu interesse primeiro e maior, sua efetivação representa o mais puro exercício de autodeterminação.

Para Habermas, o Direito contemporâneo, que é positivo e, por conseguinte, histórico, contingente, mutável e coercitivo,²⁷ exige, em sua gênese, um princípio de legitimação distinto daquele presente nos paradigmas liberal burguês e social de Estado e Constituição, de forma a garantir a liberdade e a autonomia de todos os sujeitos de direito.

²⁴ CANOTILHO, 2009, p. 51.

²⁵ Há de se ressaltar que a percepção da tensão existente entre os poderes constituídos e a esfera pública e a sua problematização no campo político-institucional constituem desafios revestidos de grande atualidade. E, diferentemente do que se pode imaginar inicialmente, não se trata de um embate puramente teórico-construtivo (PALOMBELLA, 2000, p. 5).

²⁶ BINENBOJM, 2010, p. 47-48.

²⁷ HABERMAS, 2002, p. 286.

Nesse sentido, a partir de uma relação conceitual interna entre Direito e democracia, o fundamento de legitimidade da ordem jurídica reside em uma Constituição que consiga mediar e ao mesmo tempo garantir, de forma equânime, a preservação da autonomia pública (agentes como autores do Direito) e da autonomia privada (agentes como destinatários do Direito).²⁸

É nesse contexto dicotômico que a jurisdição constitucional presta-se não apenas como garantidora da Constituição, do Estado de Direito e dos direitos fundamentais, mas também da própria democracia. É o que elucida o Professor Binjenbojm:

Conforme a tese de Habermas, (...) o procedimento democrático tem como limite deliberativo as suas próprias condições de existência, consubstanciadas nos direitos fundamentais. Sua teoria pressupõe, assim, uma justificação procedimental – e não metafísica – dos direitos fundamentais, que passam a ser compreendidos como condições viabilizadoras da participação dos cidadãos na formação do consenso democrático. Atuando como guardião de direitos fundamentais assim compreendidos contra majorias legislativas ocasionais, o Tribunal Constitucional se erige, simultaneamente, como guardião da própria democracia.²⁹

Entretanto, a materialização da jurisdição constitucional como instância de afirmação e garantia da autonomia pública dos indivíduos reclama a institucionalização de alguns instrumentos de realização. Gilmar Mendes pondera, em referência ao “risco democrático” proveniente da atuação jurisdicional na seara da Constituição, que

as decisões da Corte Constitucional estão inevitavelmente imunes a qualquer controle democrático. Essas decisões podem anular, sob a invocação de um direito superior que, em parte, apenas é explicitado no processo decisório, a produção de um órgão direta e democraticamente legitimado.³⁰

²⁸ O Professor CATTONI DE OLIVEIRA trabalha a ideia, com arrimo na teoria de Habermas, de que o processo legislativo democrático deve ser suficiente para atender tal exigência. Nesse interim, afirma que “na própria validade jurídica, a facticidade da imposição do Direito por via estatal entrelaça-se com a força legitimadora de um processo legislativo que pretende ser racional, justamente, por fundamentar a liberdade” (2012, p. 61).

²⁹ BINENBOJM, 2010, p. 54.

³⁰ MENDES, 1998, p. 463.

A conclusão a que se chega é que a jurisdição constitucional, conquanto arrimada no fundamento da garantia do Estado de Direito, da preservação do cabedal de direitos e da afirmação da democracia, precisa ser bem exercida, de modo a viabilizar a participação da sociedade e, assim, garantir a plenipotencialização contínua de um espaço aberto de debate público. Nessa linha de ideias, o *amicus curiae* é, quer-se crer, instrumento de realização da jurisdição constitucional e ferramenta indispensável para o seu exercício adequado.

2.3 O estatuto processual constitucional brasileiro: as Leis 9.868 e 9.882/99

Neste ponto, impende analisar, de forma sintética, o desenvolvimento histórico do sistema de controle de constitucionalidade no Brasil, até a formação do estatuto processual constitucional atual, que se deu com a edição das Leis 9.868 e 9.882/99.³¹

O modelo brasileiro de fiscalização da constitucionalidade das leis e dos atos normativos sofreu diversas alterações ao longo dos últimos duzentos anos. Durante o período monárquico, sob a égide da Constituição de 1824, incumbia à própria Assembleia Nacional sustar os atos normativos em dissonância com os ditames constitucionais, podendo o Poder Moderador (poder de monitoramento dos demais poderes, cuja titularidade era do próprio Imperador) deixar de aplicar alguma lei caso entendesse que a norma não se afigurava compatível com a Constituição.³²

Em seguida à proclamação da República, com a edição da Constituição republicana em 1891,³³ cujo autor intelectual foi Ruy Barbosa, adepto ferrenho do modelo norte-americano, adotou-se o aparelho do *judicial review of legislation*, aos moldes do sistema consagrado em *Marbury vs. Madison* e desenvolvido ao longo de mais de cem anos de atuação jurisprudencial da Suprema Corte dos Estados Unidos.³⁴ Implementou-se, assim, o

³¹ Para um estudo do controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado, *cfr.* em CAPPELLETTI (1999).

³² Para uma análise do deslocamento da figura do guardião da Constituição do Poder Moderador para o Supremo Tribunal Federal, com questionamentos quanto a eventuais mudanças na relação entre direito e política, ver o brilhante ensaio da professora Maria Fernanda Salcedo Repolês, *Quem deve ser o guardião da Constituição? Do Poder Moderador ao Supremo Tribunal Federal* (2008).

³³ Ver artigos 159 e 160 da Constituição de 1891.

³⁴ No julgamento do caso *Marbury vs. Madison*, a Suprema Corte estadunidense reputou inconstitucional disposição do *Judiciary Act of 1789* que ampliava o rol de competências do Tribunal para além do previsto no Artigo III da Constituição de 1787. O evento foi marcado pela genialidade do juiz John Marshall, que, segundo Ronaldo Poletti, “foi original na lógica imbatível de sua decisão, não porém quanto à substância da idéia” (1998, p. 25). Isso porque a noção do controle de constitucionalidade já se encontrava inserta no *Federalista*, embora só com *Marbury vs. Madison* ela tenha ganho repercussão nacional e internacional. Para um apanhado histórico do

controle difuso de constitucionalidade – que é aquele exercido por todo e qualquer órgão jurisdicional, nos limites do território nacional.

O primeiro instrumento de controle concentrado foi introduzido com a edição da emenda constitucional nº 16 de 1965, durante a vigência da Constituição de 1946, mas já em seguida ao golpe de 1964, isto é, sob o regime militar. Foi por meio dela que se instituiu a ação genérica de inconstitucionalidade, previsão a partir da qual o STF passou a ser competente para declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato federal, mediante representação ofertada pelo Procurador Geral da República. “Introduziu-se, assim, no direito brasileiro mecanismo análogo ao das cortes constitucionais europeias: um controle por via principal, mediante ação direta, em fiscalização abstrata e concentrada no Supremo Tribunal Federal” (Barroso, 2011: 86). O controle difuso foi mantido, inaugurando-se um novo modelo de fiscalização da constitucionalidade, de natureza mista.³⁵

Posteriormente, com a promulgação da Constituição de 1988, o modelo de fiscalização constitucional brasileiro foi nova e profundamente reformulado. Mantiveram-se as ferramentas já existentes: a representação para intervenção (artigos 34 a 36), a atuação do Senado Federal (art. 52, inciso X) e a ADI genérica (art. 102, I, a, primeira parte). Já no texto originário, todavia, conceberam-se inúmeras inovações: a ampliação do rol de legitimados para a propositura da ADI genérica (art. 103), a instituição da ADI por omissão e da ADPF (art. 102, §1º), bem como a possibilidade de controle concentrado em âmbito estadual (art. 125, §2º), realizado pelos Tribunais de Justiça e tendo-se como parâmetro a Constituição do Estado. Em seguida, com a edição das várias emendas, novos mecanismos foram introduzidos ao sistema: a ADC (art. 102, I, a, segunda parte, com a redação dada pela EC nº 03/1993), a cláusula de repercussão geral e a súmula vinculante (instrumentos concebidos pela EC nº

surgimento do sistema do surgimento do *judicial review* nos Estados Unidos, cf. em BINENBOJM (2010, p. 25-35).

³⁵ Curioso perceber que a introdução da representação contra inconstitucionalidade de lei ou ato de natureza normativa só se fez possível mediante o estabelecimento de um rito diferenciado para a reforma constitucional, com a redução de quóruns prevista no Ato Institucional nº 2. Isso não deixa de ser irônico, porquanto a ferramenta de fiscalização abstrata da compatibilidade das leis com a Constituição, aparelhagem própria de um sistema de proteção dos direitos fundamentais, só pôde ser instituída por meio da introdução de um procedimento simplificado para a mudança constitucional. Sobre a inovação da emenda nº 16, o professor Leonardo Barbosa pondera que não se duvida “que uma jurisdição constitucional exercida por meio do controle abstrato pode representar um ganho do ponto de vista da proteção dos direitos fundamentais. Mas, em um contexto no qual a independência do Poder Judiciário estava em xeque, era provável que ela gerasse desconfiança pelos evidentes riscos de abuso” (2012, p. 89). Isso só corrobora a tese de que o Tribunal Constitucional não representa por si só uma garantia de preservação da democracia e do Estado de Direito; pelo contrário, é a jurisdição constitucional bem exercida, com a participação da sociedade, que promove a efetivação e a proteção da Constituição.

45/2004, que também previu a ampliação do rol de legitimados para a propositura da ADC), entre outros.

Contudo, foi por meio da edição das Leis 9.868 de 10 de novembro e 9.882 de 03 de dezembro, ambas de 1999, que o estatuto processual constitucional brasileiro foi definitivamente estruturado. Tais diplomas, os quais disciplinam, respectivamente, o processo e o julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade (Lei 9.868) e da arguição de descumprimento de preceito fundamental (Lei 9.882),³⁶ vieram demarcar as possibilidades e os limites da fiscalização abstrata da constitucionalidade no país.³⁷

Embora tratem dos ritos para o processamento e a prolação de decisão na ADI, ADC e ADPF, as referidas Leis não se restringem à disciplina processual.³⁸ Destinadas a regulamentar a fiscalização abstrata da compatibilidade das leis com a Constituição, elas são responsáveis pela promoção de importantes modificações no perfil do sistema, tais como a ampliação do leque de situações que podem ser objeto de controle, no caso da Lei 9.882, e a consagração da figura do *amicus curiae*, instrumento de democratização da jurisdição constitucional, no que concerne à Lei 9.868. Vale frisar que essa fiscalização se dá por meio de um processo objetivo, o qual, segundo o Supremo Tribunal Federal, visa “à tutela da ordem constitucional, sem vinculações quaisquer a situações de caráter individual, sendo a Corte investida numa competência de exclusão, consistente na remoção da manifestação estatal inválida do ordenamento jurídico (...)”.³⁹ Dadas as peculiaridades das relações processuais objetivas, portanto, inequívoca é a autonomia do direito processual constitucional, donde ressaem a relevância, a unicidade e a exigência de um estatuto jurídico que lhe seja próprio.

Especificamente com relação ao *amicus*, figura sobre a qual nos debruçaremos nos tópicos seguintes, vale registrar o que preveem o *caput* e o §2º do art. 7º da Lei 9.868:

³⁶ No tocante à Lei 9.882, a sua edição significou a própria viabilização do manejo da ADPF no Brasil, haja vista que o Supremo Tribunal Federal, durante mais de onze anos, desde 1988, entendeu que o art. 102, §1º da Constituição consistia em norma de eficácia limitada e efeitos diferidos ao advento de lei regulamentadora (STF, AGRAG 145860, D.J. 12/03/1993).

³⁷ Para um exame detalhado das principais inovações trazidas pelas Leis 9.868 e 9.882, *cfr.* em MENDES (2009) e em BINENBOJM (2010, p. 139-256).

³⁸ BINENBOJM, 2010, p. 140.

³⁹ STF, RTJ nº 131/1001 e 146/461.

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

(...)

§ 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.

Vê-se que, apesar de proscrever a intervenção de terceiros nos processos objetivos de controle concentrado de constitucionalidade, a Lei permite a intervenção de órgãos e entidades, de forma a que contribuam para a prolação, por parte do Supremo Tribunal Federal, de decisão a respeito das questões constitucionais com pleno conhecimento das suas implicações e repercussões.⁴⁰ Como se explanará mais adiante, trata-se de novidade de excelente inspiração, destinada a pluralizar o debate constitucional, mediante a atuação do amigo da corte “como partícipe ativo da *sociedade aberta de intérpretes da Constituição*”.⁴¹

3. O *amicus curiae* como instrumento de democratização da jurisdição constitucional no Brasil

3.1 Origens do amicus curiae e sua inserção no Direito Brasileiro

Para a maioria dos autores, o *amicus curiae* encontra sua origem mais remota no direito romano, embora com formato bastante distinto do atual.⁴² Contudo, em razão das particularidades do *consilium* em Roma, há muitos juristas que, na contramão da corrente majoritária, negam a sua procedência romana, afirmando tratar-se de instituto essencialmente anglo-saxão.⁴³ De toda forma, resta incontroverso entre os estudiosos do amigo da corte que seu tratamento sistemático, com o delineamento do contorno assumido pela figura modernamente, se deu no direito inglês.⁴⁴

Carlos Gustavo Rodrigues Del Prá chama a atenção para a menção feita ao *amicus* nos chamados *Year Books*, que eram verdadeiros compêndios de direito na Inglaterra

⁴⁰ MÁRTIRES COELHO, 1998, p. 132.

⁴¹ BINENBOJM, 2010, p. 163.

⁴² DEL PRÁ, 2007, p. 25-26 e BUENO, 2008, p. 87-90.

⁴³ COVEY JR., 1959, p. 34.

⁴⁴ AGUIAR, 2005, p. 11 e BUENO, 2008, p. 90.

medieval, noticiando um caso ocorrido durante o Reinado de Henrique VI, no qual, em litígio envolvendo a definição de determinado débito e a condenação do devedor, o tribunal admitiu a participação de um especialista para corrigir erros no cálculo do montante devido.⁴⁵ Cássio Scarpinella Bueno, outrossim, relata a interessante intervenção de *Sir George Treby* em caso datado de 1686, ocasião em que o nobre manifestou seu interesse de participar de julgamento como *amicus curiae*, com vistas a instruir a corte a respeito dos detalhes das alterações promovidas em determinada lei, considerando que, como tinha acompanhado de perto o processo legislativo relativo às mudanças ocorridas, poderia expressar com acuidade as intenções do Parlamento. Em regime profundamente marcado pela supremacia do Legislativo, o tribunal, temeroso do cometimento de equívocos em suas decisões, admitiu o *amicus*.⁴⁶

Atuando como mero colaborador do juízo, porém, o amigo da corte à época do medievo inglês limitava-se a exercer função estritamente informativa, principalmente quanto à exposição de precedentes desconhecidos aos juízes sentenciantes (*shepardizing*). Vale destacar que, não obstante a prática forense, não havia qualquer regulamentação legal autorizando as intervenções, de forma que cabia ao controle discricionário das cortes a admissão ou a inadmissão das participações.⁴⁷ Nesse contexto, em um sistema como o *common law* inglês, acabou-se dando grande destaque aos amigos da corte, especialmente porque contribuíam para a fiscalização de demandas fraudulentas e marcadas por intentos ilegítimos.⁴⁸

Isso teve principalmente que ver com a prevalência de processos eminentemente adversariais (*adversary system*), traço marcante do modelo processual anglo-saxão. Em tal sistema, verifica-se

primazia reconhecida às partes não só na iniciativa de instaurar o processo e de fixar-lhe o objeto – traço comum à generalidade dos sistemas jurídicos ocidentais –, senão também na determinação da

⁴⁵ DEL PRÁ, 2007, p. 25.

⁴⁶ BUENO, 2008, p. 91.

⁴⁷ Segundo Samuel Krislov, a admissão da intervenção do *amicus curiae* nos tribunais ingleses “has always been a matter of grace rather than right” (1963, p. 695). Para muitos, foi exatamente em razão da ausência de um regramento específico – e consequentemente limitador – do *amicus* que se permitiu, ao longo do tempo, o desenvolvimento do instituto. Foi, destarte, em razão de a matéria restar legada ao campo de discricionariedade das cortes que se possibilitou uma construção jurisprudencial evolutiva da figura, gradualmente adaptada a cada caso concreto.

⁴⁸ DEL PRÁ, 2007, p. 26-27.

marcha do feito (e do respectivo ritmo) em suas etapas iniciais, e na colheita das provas em que se há de fundar o julgamento da causa.⁴⁹

O *amicus curiae*, nesse ínterim, comparecia em juízo para alertar o Judiciário das intenções colusivas das partes, visando a evitar o processamento de causas leoninas e a auxiliar as cortes na conclusão de um bom provimento jurisdicional. Foi nessa conjuntura que os amigos da corte abandonaram gradualmente sua neutralidade processual, passando a atuar como curadores de interesses de terceiros potencialmente afetados pela decisão judicial. O mais importante, porém, é perceber que, no contexto descrito, a figura ganhou enorme relevância “para a própria administração da justiça”.⁵⁰

A tradição inglesa do *amicus* espalhou-se por vários países filiados ao sistema do *common law*, com realce no ordenamento dos Estados Unidos, “onde alcançou amplo desenvolvimento e especial notoriedade”.⁵¹ Após cruzar o Atlântico, já em terras americanas, o instituto evoluiu de forma profunda, saltando de uma figura tendente à neutralidade para um ator combativo no processo.⁵² A utilização do instrumento por ativistas, autoridades públicas e advogados adquiriu um significado qualificado diante do modelo estadunidense de fiscalização da constitucionalidade das leis. É que, em um sistema de controle difuso destacadamente abalizado pelo princípio do *stare decisis*, o exercício da jurisdição constitucional, mormente no âmbito da Suprema Corte, importa em sentenças com múltiplas repercussões no plano social, moral, político, econômico e jurídico, notadamente em função de tais precedentes, na medida dos casos concretos e com outras muitas atenuações, vincularem os demais órgãos jurisdicionais.

Em seu conciso e excelente *O controle judicial das leis no direito comparado*, Mauro Cappelletti dissecou a ideia do modelo estadunidense:

O resultado final do princípio do vínculo dos precedentes é que, embora também nas cortes (estaduais e federais) norte-americanas possam surgir divergências quanto à constitucionalidade de uma determinada lei, através do sistema das impugnações a questão de constitucionalidade poderá acabar, porém, por ser decidida pelos

⁴⁹ BARBOSA MOREIRA, 1998, p. 159.

⁵⁰ DEL PRÁ, 2007, p. 26.

⁵¹ FERREIRA RAZABONI, 2009, p. 18.

⁵² Mais uma vez, é de Samuel Krislov a frase que melhor descreve a transição evolutiva do *amicus curiae* no direito norte-americano: “shift from neutrality to advocacy” (1963, p. 697).

órgãos jurisdicionais superiores e, em particular, pela *Supreme Court* cuja decisão será, daquele momento em diante, vinculatória para todos os órgãos judiciários. Em outras palavras, o princípio do *stare decisis* opera de modo tal que o julgamento de inconstitucionalidade da lei acaba, indiretamente, por assumir uma verdadeira eficácia *erga omnes* e não se limita então a trazer consigo o puro e simples efeito da não aplicação da lei a um caso concreto com possibilidade, no entanto, de que em outros casos a lei seja, ao invés, de novo aplicada. Uma vez não aplicada pela *Supreme Court* por inconstitucionalidade, uma lei americana, embora permanecendo “on the books”, é tornada “a dead law”, uma lei morta, conquanto pareça que não tenham faltado alguns casos, de resto excepcionalíssimos, de revivescimento de uma tal lei por causa de uma “mudança de rota” daquela Corte.⁵³

Verifica-se, nesses termos, a amplitude da eficácia das decisões proferidas pela Suprema Corte dos Estados Unidos ao proceder à fiscalização da compatibilidade das leis com a Constituição, o que dá imensa importância ao julgamento de casos inicialmente particulares e pontuais, mas que, com a força conferida ao precedente criado, agiganta-se, transcendendo suas balizas subjetivas e impondo-se como um parâmetro vinculante de interpretação e aplicação do ordenamento constitucional. Essa conjuntura alçou o *amicus curiae* a um patamar de importância inestimável, porquanto viu nele uma alternativa à pluralização de um debate que, embora de impacto relevantíssimo, restringia-se a demandas de caráter e objeto privados.

O formato contemporâneo do *amicus*, importado por vários países, muitos deles de sistema distante do *common law*, nasceu a partir de uma construção jurisprudencial estadunidense. Nesse ponto, é imperioso mencionar o caso *Müller vs. Oregon*, julgado pela Suprema Corte em 1907, em que o célebre advogado Louis D. Brandeis apresentou ao tribunal um parecer técnico com opiniões médicas, estatísticas sociais e econômicas e um estudo comparativo de legislações estrangeiras. Completamente distinto dos *amici* que o antecederam, o *Brandeis Brief*, como ficou conhecido, centrava-se em argumentos

⁵³ CAPPELLETTI, 1999, p. 80-82.

extrajurídicos ou em questões jurídicas alheias ao ordenamento e à jurisprudência norte-americana.⁵⁴

Desde então, a utilização do *amicus curiae* se expandiu de forma considerável nos Estados Unidos⁵⁵ e no mundo ocidental.⁵⁶ No Brasil, as primeiras expressões do amigo da corte materializaram-se na atuação da Comissão de Valores Mobiliários (CVM) nos processos em que se debatem questões relativas ao mercado de capitais (art. 31 da Lei 6.385/76), do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) nas causas em que se discute a aplicação da legislação sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica (artigo 89 da Lei 8.884/94) e do Instituto Nacional de Propriedade Industrial (INPI) nos feitos em que se requer a anulação de patente, registro de desenho industrial ou de marca (artigos 57, 118 e 175 da Lei 9.279/96). Como, todavia, a intervenção de tais entidades limitava-se ao auxílio técnico prestado ao julgador, em razão das especificidades das matérias em debate judicial, não se verificou nessas previsões, apesar de sua relevância procedimental, a abertura democrática da discussão havida nas cortes e nos tribunais. É nesse sentido que se

⁵⁴ O caso dizia respeito à constitucionalidade de lei estadual do Oregon que estabelecia jornada máxima de dez horas diárias para mulheres em determinados setores. A Suprema Corte, naquele tempo, já consolidara jurisprudência quanto à incompatibilidade de leis reguladoras de jornada de trabalho com a Constituição, ao entendimento de que consistiam em violação à liberdade contratual. Em *Müller vs. Oregon*, a Corte, sem romper com os precedentes, pronunciou-se no sentido da possibilidade de regulação especial das horas de trabalho para trabalhadoras femininas, por motivos de saúde e em razão das diferenças entre os sexos.

⁵⁵ Nos Estados Unidos, a evolução da figura contou com a atuação cada vez mais recorrente, a partir da década de 1930, de entidades privadas como *amici curiae*. O aumento do número de intervenções foi tão grande que a Suprema Corte editou, em 1938, a *Rule 27*, com vistas a regulamentar o instituto. Ao longo do tempo, com a expansão ainda maior da figura, inclusive para abarcar *amici* governamentais, outras regulamentações foram concebidas, como a *Rule 37 – Brief for an amicus curiae*. De acordo com tal regime, explica Olívia Ferreira Razaboni que a importância atual do *amicus* “reside no fato de que ele pode trazer ao conhecimento da corte novas considerações ou novas questões não suficientemente discutidas pelas partes. Nesse sentido, caso não demonstre que colaborará, de fato, para o enriquecimento da discussão da matéria posta a julgamento, seu requerimento de intervenção não será aceito. Com isso, pretende a corte que o *amicus* seja um efetivo elemento de colaboração na formação do convencimento dos julgadores, bem como um mecanismo hábil a ‘oxigenar’ o processo, evitando-se que venha apenas a comprometer a celeridade processual” (2009, p. 28).

⁵⁶ A figura do *amicus curiae* é consagrada nos sistemas jurídicos de países como o Canadá e a Austrália, de tradição jurídica anglo-saxã, mas também na França, na Itália e na Argentina, em graus e formatos distintos. Quanto aos ordenamentos supranacionais, vale destacar a disposição dos artigos 45.1 e 45.3 do Regulamento da Corte Interamericana de Direitos Humanos: “A Corte poderá, em qualquer fase da causa: 1. Instruir-se, *ex officio*, com toda prova que considere útil. De modo particular, poderá ouvir, na qualidade de testemunha, de perito ou por outro título, a qualquer pessoa cujo testemunho, declaração ou opinião considere pertinente. (...) 3. Solicitar a qualquer entidade, escritório, órgão ou autoridade de sua escolha que obtenha informação, que expresse uma opinião ou elabore um relatório ou parecer sobre um determinado item”. Registre-se, ademais, que a doutrina e a jurisprudência tem admitido a intervenção dos amigos da corte perante o órgão de solução de controvérsias da Organização Mundial do Comércio.

afirma que há “diferenças substanciais entre essas primeiras manifestações dos *amici curiae* e sua recepção na jurisdição constitucional brasileira”.⁵⁷

A efetiva admissão da participação popular nas esferas jurisdicionais constitucionais de debate no Brasil se deu de forma paulatina. O Supremo Tribunal Federal, na linha democratizante adotada pela Constituição de 1988, chegou a autorizar, em alguns casos, a intervenção de colaboradores informais, como nos exemplos da ADI n. 691, de relatoria do Ministro Octávio Gallotti, e da ADI n. 748, de relatoria do Ministro Celso de Mello.⁵⁸ A jurisprudência do STF, nesse contexto, foi de extrema importância para a inserção do *amicus curiae* no Direito brasileiro, concebido pela Corte Constitucional como um verdadeiro instrumento de realização democrática. Em assim sendo, diz-se que as Leis 9.868 (art. 7º, §2º) e 9.882 (art. 6º, §§ 1º e 2º), seguindo a tendência já instaurada de pluralização das discussões no bojo dos processos objetivos de controle de constitucionalidade, não propriamente inauguraram a aplicação do instituto, mas o consagraram, formalizando sua introdução no ordenamento pátrio.

De toda forma, além de cumprir a importante função de oficializar – e, por consequência, disseminar – a atuação dos *amici curiae* no controle concentrado de constitucionalidade das leis e dos atos normativos, a Lei 9.868 e a Lei 9.882 trouxeram a formidável inovação de que, ao contrário do caráter de neutralidade técnica de que se revestia a intervenção processual da CVM, do CADE e do INPI, o órgão ou entidade habilitado apresentará também a sua opinião acerca da questão constitucional em julgamento. Como se evidenciará a seguir, o propósito aqui foi claramente o de democratizar a jurisdição constitucional, de forma a implementar o ideal de uma sociedade aberta de intérpretes da Constituição.

3.2 A democratização do debate nos processos de fiscalização abstrata da constitucionalidade das leis: o *amicus* como agente do contraditório e instrumento de realização democrática

O professor Aroldo Plínio Gonçalves, em sua obra *Técnica Processual e Teoria do Processo*, desenvolve a ideia, a partir da contribuição do italiano Elio Fazzalari, de que o

⁵⁷ FERREIRA RAZABONI, 2009, p. 62.

⁵⁸ Nesse último caso, o Min. Celso de Mello referiu-se à entidade interveniente já se utilizando da expressão *amicus curiae*, apesar da ausência de previsão legal nesse sentido, à época da decisão.

processo constitui um procedimento realizado em contraditório entre as partes. A partir da noção de um contraditório material, além da mera bilateralidade formal em audiência, o jurista mineiro reformula a essência conceitual da teoria do processo, de forma a adequá-la às exigências impostas pelo Estado de Direito. Sua linha de raciocínio, outrossim, é no sentido, ainda que indiretamente, da limitação (ou conformação) dos poderes judiciais, porquanto, para o autor, a autoridade do juiz no caso concreto decorre, ao mesmo tempo, da Constituição e da atuação das partes envolvidas no litígio.⁵⁹ Toda essa estrutura se baseia na máxima constitucional de que “todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente (...)” (art. 1º, § único).

No caso específico dos processos objetivos de controle concentrado de constitucionalidade, o professor consigna que “o contraditório ressalta do art. 103 e parágrafos, da Constituição da República (...), sendo que o §3º expressamente determina a prévia citação do Advogado Geral da União (...)” (2012: 101). É preciso, contudo, problematizar esta ideia, uma vez que não nos parece adequado presumir que a atuação do AGU na defesa do ato normativo impugnado constitua providência suficiente para a garantia constitucional-democrática de um contraditório materializado.⁶⁰ A democratização da jurisdição constitucional, no nosso entender, reclama a adoção de medidas concretizadoras da participação da sociedade, como a realização de audiências públicas e a admissão da intervenção dos *amici curiae*.

Ao contribuir para o julgamento com a oferta de sua visão a respeito da questão constitucional posta em análise, o *amicus curiae* promove o alargamento do espaço público de debate, ampliando o universo social de intérpretes da Constituição. Um provimento jurisdicional que leva em conta as variáveis técnicas, as opiniões e os fundamentos diversos trazidos pelos mais pluralizados segmentos da sociedade é um provimento que concretiza a democracia. Permitindo que o tribunal tome conhecimento, sempre que julgar necessário, dos elementos informativos e dos ideários constitucionais daqueles que, conquanto não contemplados no rol de legitimados do art. 103 da Constituição da República, sejam destinatários imediatos ou indiretos da decisão a ser proferida, o art. 7º, §2º da Lei 9.868/99

⁵⁹ GONÇALVES, 2012, p. 87-113.

⁶⁰ Vale destacar que mesmo a intervenção obrigatória do AGU na curadoria da norma reputada inconstitucional é por vezes dispensada, como nos casos sobre cuja questão o STF já tenha se pronunciado no sentido da inconstitucionalidade (ADI 2.101).

viabiliza o alcance de um patamar mais elevado de legitimidade nas deliberações do Supremo Tribunal Federal.⁶¹

A sociedade aberta de intérpretes da Constituição (*offene Gesellschaft der Verfassungsinterpreten*) implica uma renovação na forma de se pensar as tarefas, os objetivos e os métodos da hermenêutica constitucional.⁶² A delimitação sistemática das esferas múltiplas de interpretação da Constituição deve levar em conta os participantes do processo interpretativo, cumprindo a uma ordem verdadeiramente democrática considerar tanto as funções estatais (órgãos jurisdicionais, legislativas ou executivos responsáveis por exarar decisão vinculante) e os participantes formais do procedimento (requerente ou recorrente e requerido ou recorrido, bem como os auxiliares do juízo, peritos, terceiros interessados) como a opinião pública democrática e pluralista, incluindo a imprensa e os outros espaços de formação pública de opinião, como as universidades.⁶³ É de se atentar, ademais, para o fato de que a própria interpretação é um processo aberto. Nos dizeres de Peter Häberle:

Qualquer intérprete é orientado pela teoria e pela práxis. Todavia, essa práxis não é, essencialmente, conformada pelos intérpretes oficiais da Constituição. A vinculação judicial à lei e a independência pessoal e funcional dos juízes não podem escamotear o fato de que o juiz interpreta a Constituição na esfera pública e na realidade.⁶⁴

A profusão de intérpretes diretos e indiretos, portanto, é uma realidade inevitável – e até mesmo desejável, sob o ponto de vista de uma democracia como garantia material. Como “são muitos os intérpretes, ou, melhor dizendo, todas as esferas pluralistas públicas são, potencialmente, intérpretes da Constituição”,⁶⁵ o processo de interpretação é relativizado mediante a ampliação do círculo daqueles que dela efetivamente participam. A legitimidade das decisões vinculantes em matéria constitucional depende, por conseguinte, da conjugação de todos esses fatores.

⁶¹ BINENBOJM, 2010, p. 163-164.

⁶² HÄBERLE, 2002, p. 11-18.

⁶³ HÄBERLE, 2002, p. 20-23.

⁶⁴ HÄBERLE, 2002, p. 31.

⁶⁵ HÄBERLE, 2002, p. 41.

Em um sistema judicial que se busca reformular no limiar do século XXI,⁶⁶ a legitimação democrática das sentenças no âmbito da jurisdição constitucional constitui tema de inegável relevância e atualidade.⁶⁷ Daí decorre a importância de se estudar e debater a figura do *amicus curiae*, que se presta, na concretização da participação dos destinatários das decisões constitucionais em seu processo discursivo-interpretativo de elaboração, como agente de um contraditório público, o qual transcende a tutela de interesses jurídicos subjetivos, centrando-se na defesa plural do ordenamento jurídico como um todo.

O Supremo Tribunal Federal reconhece que “a regra inscrita no art. 7º, §2º, da Lei nº 9.868/99 - que contém a base normativa legitimadora da intervenção processual do *amicus curiae* - tem por precípua finalidade pluralizar o debate constitucional”,⁶⁸ regra esta que visa, “com tal abertura procedimental, superar a grave questão pertinente à legitimidade democrática das decisões emanadas desta Corte (...), quando no desempenho de seu extraordinário poder de efetuar, em abstrato, o controle concentrado de constitucionalidade”.⁶⁹

Não deve haver dúvidas, assim, da caracterização do amigo da corte como ferramenta da implementação de uma sociedade pluralizada e aberta de intérpretes da Constituição. Mais que mera formalidade procedimental, o *amicus* consiste em importante canal de abertura da jurisdição constitucional à participação social. O seu uso difundido e adequado implica, por conseguinte, a afirmação do projeto de Estado democrático de Direito plasmado na Constituição de 1988.

4. Conclusão

A visão teórica aqui apresentada se assenta na percepção de que a intervenção dos *amici curiae* constitui exigência inarredável para a efetivação de um projeto digno, durável e sustentável de Estado democrático de Direito. Como as causas em trâmite perante a jurisdição

⁶⁶ BARBOSA MOREIRA, 1992, p. 69-75.

⁶⁷ Para uma análise da evolução contemporânea dos métodos de interpretação constitucional, *cfr.* em Barroso (2010, p. 269-306).

⁶⁸ STF, ADI 2.130-3/SC, D.J. 02/02/2001. Neste caso, admitiu-se a intervenção da Associação dos Magistrados Catarinenses – AMC, em ação na qual se debatia a constitucionalidade de resolução administrativa do Tribunal de Justiça de Santa Catarina.

⁶⁹ STF, ADI 2321 MC, D.J. 25/10/2000. Neste caso, autorizou-se a participação, na qualidade de *amici curiae*, de um grupo de empresas que requereram a oportunidade de se manifestar sobre a constitucionalidade de lei do Estado de São Paulo que versava sobre a substituição tributária no ICMS

constitucional traduzem questões de relevância inigualável, e considerando a eficácia⁷⁰ e a repercussão das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, num conjunto de marcada judicialização da vida institucional do país, a concretização de meios que viabilizem a participação da sociedade na elaboração das orientações que a ela serão submetidas é de importância capital. Pensar o *amicus* como instrumento de democratização da jurisdição constitucional e reconstruir seu regime jurídico a partir deste primeiro pensamento são tarefas urgentes para a realização da ordem constitucional e a plenipotencialização da autonomia pública dos indivíduos.

O Professor Gustavo Binimbojm coloca com precisão que “o que não se pode admitir é que a decantada objetividade seja invocada para sustentar a falsa ideia de que a fiscalização abstrata de constitucionalidade se perfaça através de um processo asséptico, meramente formal, desprovido da ideia de lide que é o conflito de interesses. Bem ao contrário, nele confluem os maiores conflitos políticos, sociais e econômicos da nação, compondo um quadro representativo dos fatores reais de poder”.⁷¹

Ora, se é essa a circunstância político-institucional em que nos encontramos inseridos atualmente, com um Judiciário que concentra o núcleo decisório das questões de maior impacto para o país, negligenciar ou comprometer a implementação de vias de abertura do procedimento jurisdicional constitucional aos segmentos da sociedade consiste, antes de tudo, em autoritarismo. Fazer valer a Constituição é, nesses termos, proteger os meios de acesso da sociedade ao espaço de debate público.

Assentada essa premissa – a qual, segundo esperamos, restou devidamente delimitada no presente artigo –, é preciso repensar os problemas atinentes à utilização do *amicus*, porquanto não se pode ignorar a existência de inúmeros aprimoramentos de ordem prática ainda à espera de concretização. Muitas indagações ainda se colocam no caminho que precisamos trilhar em busca de uma efetiva democratização da jurisdição constitucional, e muitos dos posicionamentos do Supremo Tribunal Federal sobre os *amici curiae* reclamam profunda revisão. São exemplos de questionamentos de absoluta pertinência: o relativo ao momento adequado para a participação do *amicus*, do prazo para sua manifestação no processo, bem como dos requisitos para a sua admissão, o que implica examinar a discricionariedade do relator na avaliação da admissibilidade da intervenção; a questão

⁷⁰ Para uma análise a respeito da eficácia das sentenças na jurisdição constitucional, *cf.* em ZAVASCKI (2001).

⁷¹ BINENBOJM, 2002, p. 157.

relativa aos poderes processuais do interveniente, com ênfase na discussão atinente à possibilidade de realização de sustentação oral e à legitimidade do *amicus curiae* para apresentar recurso em face das decisões proferidas no feito em que intervém; por fim, a possibilidade de intervenção da figura nos processos de controle abstrato de constitucionalidade no âmbito estadual.

Tudo isso merece ser revisto – e há ainda muito o que fazer. Todavia, cruzar os braços, fechar a cara e esfacelar a fiscalização jurisdicional da compatibilidade das leis com a Constituição não são, no nosso entender, as respostas adequadas. Não podemos conceber o controle de constitucionalidade, como faz a Proposta de Emenda Constitucional nº 33, “como disputa pela soberania legislativa”, e sim “como questão jurisdicional de garantia da Constituição”.⁷² Nesses termos, o que a sociedade e as instituições nos exigem hoje é uma abordagem necessariamente construtiva, porque o nosso projeto constitucional é um que se lança para o futuro e o avanço, vedando o retrocesso.

Parece-nos que a solução do problema da judicialização – que existe, não se pode negar – se inicia com a abertura da jurisdição constitucional à participação da sociedade. Isso reclama a devida delimitação do *amicus curiae*, exigindo dos estudiosos e operadores do Direito uma reflexão cuidadosa, de forma a possibilitar que das linhas gerais do texto legal e da jurisprudência ainda incipiente se extraiam os elementos necessários para que se lance mão do instituto de forma adequada. Não há mais espaço para falácias como a PEC nº 33; o tempo, frise-se, é de construir.

Referências bibliográficas

AGUIAR, Mirella de Carvalho. *Amicus Curiae*. Salvador: Juspodium, 2005.

BARBOSA, Leonardo Augusto de Andrade. *História constitucional brasileira: mudança constitucional, autoritarismo e democracia no Brasil pós-1964*. Brasília: Câmara dos Deputados, 2012.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. “A Justiça no limiar de novo século”. *Revista Forense* v. 319, 1992, p. 69-75.

⁷² CATTONI DE OLIVEIRA/BAHIA/NUNES, 2013.

_____. “Notas sobre alguns aspectos do processo (civil e penal) nos países anglo-saxônicos”. *Revista Forense* v. 344, 1998, p. 95-110.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. *Controle de constitucionalidade no Direito Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2011.

BINENBOJM, Gustavo. “A democratização da jurisdição constitucional e o contributo da Lei 9.868/99”. In: Sarmento, Daniel (org.). *O controle de constitucionalidade e a Lei 9.868/99*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 139-164.

_____. *A nova jurisdição constitucional brasileira – legitimidade democrática e instrumentos de realização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

BUENO, Cássio Scarpinella. *Amicus Curiae no Processo Civil Brasileiro – um terceiro enigmático*. São Paulo: Saraiva, 2008.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Lisboa: Almedina, 2009.

CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1999.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Teoria da Constituição*. Belo Horizonte: Initia Via, 2012.

_____; NUNES, Dierle José Coelho; BAHIA, Alexandre. “PEC 33 – controle de constitucionalidade é judicial, não político”. *Consultor Jurídico (Online)* v. 30/04/13.

COVEY JUNIOR, Frank M. “*Amicus curiae*: friend of the Court”. *De Paul Law Review* v. IX, 1959, p. 30-37.

DAHL, Robert A. “Decision-making in a democracy: the Supreme Court as a national policy-maker”. *Journal of Public Law* v. 6, 1957, p. 128-151.

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

DWORKIN, Ronald. *A matter of principle*. Boston: Harvard University Press, 1985.

ELSTER, Jon. *Ulysses and the Sirens*. Cambridge: Cambridge University Press, 1979.

FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. *Del control político al control jurisdiccional – evolución y aportes a la Justicia Constitucional en América Latina*. Bologna: Center for Constitutional Studies and Democratic Development, 2005.

FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. “O *amicus curiae* e a democratização e a legitimação da jurisdição constitucional concentrada”. *Revista Mestrado em Direito* n. 1, 2008, p. 73-91.

FERREIRA RAZABONI, Olívia. *Amicus curiae: democratização da jurisdição constitucional*. São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2009.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional – a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e ‘procedimental’ da Constituição*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2002.

HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro: estudos de teoria política*. São Paulo: Loyola, 2002.

_____. *Facticidad y validez: sobre el Estado democrático de derecho en términos de teoría del derecho*. Madrid: Trotta, 1998.

HIRSCHL, Ran. “The judicialization of politics”. In: Whittington, Kelemen and Caldeira (orgs.). *The Oxford Handbook of Law and Politics*. Oxford: Oxford University Press, 2008, p. 698-724.

MÁRTIRES COELHO, Inocêncio. “As ideias de Peter Häberle e a abertura da interpretação constitucional no Direito brasileiro”. *Revista de Direito Administrativo* n. 211, 1998, p. 125-134.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle abstrato de constitucionalidade*. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. “Controle de constitucionalidade: uma análise das Leis 9868/99 e 9882/99”. *Revista Eletrônica de Direito do Estado* n. 19, 2011.

_____. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. São Paulo: Celso Bastos, 1998.

RAWLS, John. *Political liberalism*. New York: Columbia University Press, 2005.

REPOLÊS, Maria Fernanda Salcedo. *Quem deve ser o guardião da Constituição? Do Poder Moderador ao Supremo Tribunal Federal*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2008.

STONE-SWEET, Alec. *Governing with judges: constitutional politics in Europe*. Oxford: Oxford University Press, 2000.

TATE, C. Neal e VALLINDER, Tobjörn. *The Global Expansion of Judicial Power*. New York: New York University Press, 1995.

VERÍSSIMO, Marcos Paulo. *A Judicialização dos Conflitos de Justiça Distributiva no Brasil: o Processo Judicial no Pós-1988*. São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2006.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

Artigo recebido em 08 de julho de 2013.

Artigo aprovado para publicação em 01 de outubro de 2013.

DOI: 10.11117/1982-4564.06.19