

**AMICUS CURIAE: UM ESTUDO A PARTIR DAS DIMENSÕES PROCESSUAL, HERMENÊUTICA E DEMOCRÁTICA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL**

Fernanda Estima Borba\*

Vladimir da Rocha França\*\*

## RESUMO

Tendo por objeto a figura do *amicus curiae* – o “amigo da Corte” – este trabalho aborda sua participação na jurisdição constitucional a partir de três perspectivas ou dimensões: a processual, a hermenêutica e a democrática. São analisadas, em seqüência, a origem e a consagração do *amicus curiae* no ordenamento jurídico pátrio, sua natureza jurídica e particularidades de sua manifestação - a exemplo da possibilidade de sustentação oral, da viabilidade de recurso da decisão que inadmite o *amicus curiae* e do momento de sua intervenção – assim como a relevância da matéria e a representatividade dos *amici curiae* como requisito para o ingresso nas ações constitucionais, para finalmente enfrentar, partindo da concepção de Luhmann e Peter Häberle sobre a hermenêutica constitucional, a figura do *amicus curiae* como elo de ligação entre a sociedade e a Corte, conferindo legitimidade às suas decisões.

PALAVRAS-CHAVE: *AMICUS CURIAE*. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE. CIDADANIA.

## ABSTRACT

Taking the figure of the *amicus curiae* by object - the "friend of the court" - this paper addresses its participation in the constitutional jurisdiction from three perspectives or dimensions: the procedure, the hermeneutics and democracy. There are analyzed in

---

\* Mestranda em Direito na Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN). Especialista em Direito Tributário pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE).

\*\* Doutor em Direito Administrativo pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). Mestre em Direito Público pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Professor Adjunto do Departamento de Direito Público da Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN).

sequence the origin and the consecration of the *amicus curiae* in Brazil, its legal nature and particularities of their expression - like the possibility of oral support, the feasibility of appeal against the decision that exclude the *amicus curiae* and the moment of his speech - as well as the relevance of the subject and the representation of *amici curiae* as a requirement for entry in constitutional actions, to finally face, from the design of Luhmann and Peter Häberle on constitutional hermeneutics, the figure of the *amicus curiae* as a link between people and the Court, giving legitimacy to its decisions.

KEY WORDS: AMICUS CURIAE. CONTROL OF CONSTITUTIONALITY. CITIZENSHIP.

## 1. INTRODUÇÃO

Encontra-se no Dicionário Jurídico de De Plácido e Silva a seguinte definição para a expressão latina *amicus curiae*:

*AMICUS CURIAE*. Expressão latina adotada no sistema jurídico inglês significando o “amigo do Tribunal”, significando o terceiro no processo que é convocado pelo juiz para informações ou esclarecer questões técnicas, inclusive jurídicas, que interessam à causa. O juiz tem este poder em decorrência do disposto nos arts. 130 e 339 do Código de Processo Civil de 1973. A Lei nº 9.882, de 3 de dezembro de 1999, em seu art. 6º, par. 1, última parte, confere ao relator o poder de instrução do processo de fixar data para declarações em audiência pública de pessoas com experiência e autoridade na matéria. Nos casos que lhe são submetidos, pode e deve o juiz se socorrer de tal meio de prova em atenção à regra de analogia contida no art. 126 do Código de Processo Civil.

Trata-se, portanto, de figura de cunho processual que não consta expressamente no texto da Constituição Federal de 1988, mas foi introduzida no ordenamento pátrio pela Lei nº 9.868/99, sendo reconhecida desde tempos imemoriais na doutrina estrangeira. Muito embora o texto transcrito acima faça menção à Lei nº 9.882/99, a qual dispõe sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, a Lei 9.868/99, que a precedeu, inovou ao admitir no procedimento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade, em seu § 2º do art. 7º, a manifestação de outros órgãos ou entidades, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes. Logo, a figura do *amicus curiae* já estava prevista nas ações direta de inconstitucionalidade e declaratória de constitucionalidade e já vinha sendo admitida na jurisprudência do Supremo Tribunal

Federal (STF) antes de ser expressamente contemplada na lei que rege a arguição de descumprimento de preceito fundamental.

Após várias leituras sobre o tema, todas referenciadas ao final do trabalho, foi concebida a abordagem da figura do *amicus curiae* a partir de três dimensões da jurisdição constitucional: a primeira, a dimensão processual, apontando, dentro do processo constitucional, a natureza da intervenção do *amicus curiae*: uma vez que nas ações constitucionais não há pólo passivo, mas requerente ou requerentes, seria o *amicus curiae* um terceiro interessado? Que interesses ele deteria sobre o objeto da ação? Já a segunda dimensão da jurisdição constitucional a ser tratada é a hermenêutica, uma vez que o *amicus curiae* aparece no processo constitucional – especialmente por inspiração do artigo de autoria de Antônio do Passo Cabral - como um mensageiro, fazendo chegar à Corte informações técnicas que ela não detêm. Mas seria ele um perito? Neste ponto são analisados de forma sistemática alguns julgados do STF em que houve intervenção de *amici curiae*. Finalmente, a terceira dimensão da jurisdição constitucional a enfrentar é a democrática, em que se aborda a legitimidade das decisões do STF a partir da participação da sociedade representada pelos *amici curiae*. Ao participar do processo dialógico de decisão das questões constitucionais, o *amicus curiae* é elemento decisivo para que as mesmas decisões sejam acatadas no seio da sociedade, o que faz com que tais decisões se imponham naturalmente no processo de construção da nossa Constituição – daí a sua importância para se firmarem os precedentes jurisprudenciais. Para chegar a tal conclusão, foi revista a obra de Luhmann, especialmente a sua teoria dos sistemas em relação ao processo jurídico, em que ele demonstra que, ao lado das normas jurídicas, preestabelecidas e que permanecem constantes, existem expectativas de comportamento normativo-social, regras de jogo da interação, de cuja observância depende a relação dos participantes no processo; bem como a idéia de Peter Häberle de conceber a interpretação constitucional como um processo em construção, aberto à participação da sociedade: uma sociedade de “intérpretes”.

## 2. JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL: DIMENSÃO PROCESSUAL

Inicialmente, cabe remeter ao significado da expressão jurisdição.

Jurisdição, ao lado de legislação e administração, compõem as três funções típicas do Estado; são concebidas como independentes e harmônicas entre si, como prevê o art. 2º da CF/88 e como idealizado por Montesquieu em seu célebre tratado *De l'Esprit des Lois*.

Célio César Paduani (2003, p. 739) explica que a palavra jurisdição vem do latim *jurisdictio*, significando “ação de dizer o direito” ou “dizer o direito”. A jurisdição visa à aplicação, pelo Estado – este concebido como produto cultural e da convivência social - do direito a caso controvertido, com o objetivo de solucionar um litígio. Ao distinguir jurisdição das demais atividades do poder estatal, Célio César Paduani (2003, p. 744-5) lembra que o exercício da jurisdição exige que a lei assegure garantias aos órgãos jurisdicionais, as quais, junto com os princípios, têm seu fundamento na Constituição. Finalmente, conceitua jurisdição como o ato jurídico e manifestação dele mesmo (2003, p. 750).

Kelsen, por sua vez, ao distinguir função jurisdicional de função legislativa (2007, p. 151), atribui à última a criação de normas gerais, enquanto que à primeira está reservada a criação de normas individuais. Admite que a anulação das leis por um tribunal pode ser interpretada como uma repartição do poder legislativo entre dois órgãos (2007, p. 152), bem como uma intromissão no poder legislativo. Após afirmar que a “concentração de um poder excessivo” em um só órgão representa ao mesmo tempo um perigo para a democracia, defende que o Parlamento e o governo devem ser controlados pela jurisdição constitucional.

Já Fredie Didier Jr. (2007, p. 65) conceitua jurisdição como a realização do direito em uma situação concreta, através de terceiro imparcial, de uma forma criativa e autoritária, tendente a tornar-se indiscutível. E complementa comentando a atuação do juiz na atualidade, orientado pelo “pós-positivismo” que caracteriza o Estado constitucional: a postura que se exige do juiz é ativa, competindo a ele compreender as particularidades do caso concreto em estudo e pinçar, da norma geral e abstrata, uma solução que se coadune com as disposições e princípios constitucionais, bem como com os direitos fundamentais.

Palhares Moreira Reis (2004, p. 213), faz uma retrospectiva histórica quanto ao controle judicial da constitucionalidade, esclarecendo que sua pedra angular é a existência de um tribunal constitucional, quer seja integrante do sistema de justiça, quer

esteja colocado fora e acima do sistema judiciário, mas limitado ao exame das questões constitucionais. Foi com a Constituição Federal de 1891 que o Brasil adotou as normas de controle da constitucionalidade pelo sistema difuso ou incidental, conferindo ao STF a competência de guardião constitucional (2004, p. 217). Finalmente, com a Emenda Constitucional nº 16, de 1965, foi incluído no inciso I do art. 101 da Constituição de 1946 uma nova alínea, conferindo competência ao Supremo Tribunal Federal para processar e julgar, originariamente, “a representação contra inconstitucionalidade de lei ou de ato de natureza normativa, federal ou estadual, encaminhada pelo Procurador Geral da República”. O controle de constitucionalidade no Brasil deixa então de ser unicamente pelo processo difuso para ser, igualmente, de aplicação de controle concentrado, isto é, um sistema misto (2004, p. 224).

Portanto, como o controle de constitucionalidade que o Brasil adota é híbrido, conjugando os sistemas de controle difuso ou incidental e concentrado, a jurisdição constitucional pode ser exercida, em tese, por qualquer órgão do Poder Judiciário: juízes de primeiro grau, tribunais de justiça dos estados (TJ), tribunais regionais federais (TRF) e tribunais superiores.

No controle concentrado, a jurisdição constitucional é, portanto, exercida pelo STF; no controle difuso, a jurisdição constitucional está difundida entre todos os órgãos que compõem o Poder Judiciário, como já referenciado: juízes de primeiro grau e tribunais, inclusive os TJ e TRF.

Assim, nas três ações específicas do controle concentrado – ação direta de inconstitucionalidade (neste grupo também incluída a ação direta de inconstitucionalidade por omissão); ação declaratória de constitucionalidade; e arguição de descumprimento de preceito fundamental – impõem-se o processo objetivo, em que há requerente e requerido, mas sem a existência de sujeitos processuais propriamente ditos, uma vez que o objeto da ação é um pronunciamento da Corte sobre um ato normativo.

Já no controle difuso, há sim um contraditório e sujeitos processuais, daí porque se atribui a denominação “processo subjetivo”.

A Lei nº 11.417/2006, a qual regulamenta a edição, a revisão e o cancelamento das súmulas vinculantes do STF também prevê a atuação do *amicus curiae* no § 2º do seu art. 3º, muito embora com a designação genérica de “terceiros”. Já o § 6º do art.

543-A do Código de Processo Civil (CPC), com a redação da Lei nº 11.418/2006, contempla a figura do *amicus curiae*, ao regulamentar a repercussão geral para fins de admissibilidade do recurso extraordinário.

Assim, a participação do *amicus curiae* se dá ora no controle concentrado de constitucionalidade – expressamente na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) e na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF), por autorização das Leis nº 9.868/99 e 9.882/99, respectivamente em seu § 2º do art. 7º, e § 1º do art. 6º, e ainda na Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC), concebida esta como uma ADI com sinal trocado, razão da sua aceitação pela doutrina - ora no controle difuso, onde se manifesta: pelo ingresso do Ministério Público e da pessoa jurídica de direito público responsável pela edição do ato questionado, como previsto no § 1º do art. 482 do CPC, no incidente de inconstitucionalidade; no instituto da súmula vinculante, nos termos do § 2º do art. 3º da Lei nº 11.417/2006; e no instituto da repercussão geral, previsto no art. 6º do art. 543-A do CPC, com a redação da Lei nº 11.418/2006.

### 2.1. Origem do *amicus curiae*

Iniciando pela distinção entre as tradições anglo-germânicas e romanísticas do Direito, o tema do *amicus curiae* encontra suas origens na *common law*, naturalmente por ser uma figura incorporada à formação dos precedentes jurisprudenciais, fonte do direito por primazia para esse sistema.

No direito norte-americano, ensina Luís Roberto Barroso (2006, p. 164) que o amigo da corte designa pessoas ou organizações, que não as partes do processo, as quais são admitidas a prestar suas razões uma vez que têm interesse no desfecho do julgamento – interesse esse que pode ser jurídico, econômico ou político. Trata-se de prática muito comum em casos que são apreciados pela Suprema Corte Norte-americana, especialmente os que envolvem as liberdades públicas, tais como o fim da segregação racial nas escolas, discriminações nas relações de trabalho e o aborto. A participação como *amicus curiae* depende de concordância de ambas as partes.

As regras do direito norte-americano sobre o *amicus curiae* estão contidas na parte VII das regras de prática e procedimento da Suprema Corte Norte-Americana, exatamente como “*Rule 37 – Brief for an Amicus Curiae*”, e ainda nas regras federais de

procedimento de apelação (FRAP), compondo a “*Rule 29 – Brief of an amicus curiae*”. O ponto importante a ser destacado é também a justificativa para a intervenção: a relevância da matéria. Se os memoriais não atendem a este propósito, só sobrecarregam a Corte, o que não é desejável. Fredie Didier Jr. (2004, pp. 161-162) traz ambas as regras como apêndice em seu artigo.

No direito estrangeiro, exatamente na Alemanha, encontra-se a figura do *vertreter des öffentlichen interesses*: trata-se de uma modalidade de intervenção de terceiros denominada “representante do interesse público”, a qual pode intervir em qualquer processo administrativo perante o Tribunal Administrativo Federal para a observância de interesses públicos. Assim ensina Antônio do Passo Cabral em seu artigo (2004, p. 34).

Na excelente obra Cinquenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão (TCF), encontra-se excerto em que o autor expõe as duas formas do TCF prolatar sua decisão: por *Beschluss* ou por *Urteil* (2005, p. 102). E explica que se trata de uma distinção somente formal: *Urteil* é prolatada se houve uma audiência pública, com sustentações orais das partes, mesmo que em alguns processos não haja pólo passivo, o que pode ocorrer no controle abstrato ou na reclamação constitucional; ou nenhuma parte, como no controle concreto, além de vários outros órgãos estatais ou entidades da sociedade civil convidadas a participar da audiência pelo TCF. Há regra (§ 27a BverfGG) permitindo que terceiros especialistas possam ser ouvidos. Já com base em outra regra (§ 26 I 1 BverfGG), devem ser ouvidos especialistas e associações de classe. Afirma que, nas decisões mais polêmicas, entendida a polêmica sob o ponto de vista jurídico e sobretudo político, o número de terceiros ouvidos é bastante grande. No caso de decisão por *Beschluss*, pode não ter havido a audiência porque a parte interessada, no caso, o autor do processo específico - o reclamante ou o órgão que propôs o controle abstrato, o processo de verificação normativa etc - não se valeu dessa oportunidade, ou porque o TCF a dispensou, por considerá-la absolutamente supérflua para a formação de sua convicção.

Antônio do Passo Cabral (2004, p. 13) menciona estar presente o instituto também no Canadá, onde a regra 92 do Regimento Interno da Suprema Corte admite a nomeação, pelo tribunal ou um de seus membros, do *amicus curiae*.

Na verdade, o instituto encontra-se nos países de língua ou influência inglesa, a exemplo da Austrália, Nova Zelândia e Índia. Victor Bazán (2005, p. 31) relaciona referências ao instituto nestes países: o precedente *Lange v. ABC*, na Austrália; a regra 81 da *High Court* de Nova Zelândia; e a ordem IV, parágrafo I, das Regras da Suprema Corte da Índia.

Na Argentina, ensina Víctor Bazán (2005, p. 45-47) que a Corte Suprema de Justiça Argentina já era claramente favorável à recepção do instituto do *amicus curiae* antes de lei que o previa expressamente, o que só veio a ocorrer com a “Acordada” nº 28, de 14 de julho de 2004. A partir daí, estava autorizada a intervenção do “*amigo del Tribunal*” cuja finalidade é expressar uma opinião ou sugestão fundamentada sobre o objeto do litígio, em defesa de um interesse público ou de uma questão institucional relevante (artigo 2º, parágrafo 2º). Explica Victor Bazán que a admissibilidade dos amigos contou desde o início com o apoio do Regulamento da Corte Interamericana de Direitos Humanos, que confere a faculdade de ouvir qualquer pessoa ou organização que possam trazer aos autos elementos para o julgamento, que se considerem de utilidade para a decisão a adotar.

Victor Bázan (2005, p. 34) relaciona também as instâncias internacionais que têm acolhido ou utilizado o *amicus curiae*: Corte Interamericana de Direitos Humanos (art. 62 e 443 do Regulamento da Corte; Tribunal Europeu de Direitos Humanos (art. 36 do Convênio Europeu para a Proteção dos Direitos Humanos e as Liberdades Fundamentais); Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslávia (norma 74 das regras de procedimento); Organização Mundial do Comércio.

No Brasil, a positivação da figura do *amicus curiae* se deu através do § 2º do art. 7º da Lei nº 9.868/99, ensejando, nas palavras do atual presidente do STF, Min. Gilmar Mendes – ao apresentar o Projeto de Lei nº 2.960, de 1997, o qual foi convertido na mencionada lei - “a possibilidade de o Tribunal decidir as causas com pleno conhecimento de todas as suas implicações ou repercussões” (1999, p. 1-2).

## 2.2. Consagração da figura do *amicus curiae* no Brasil

Sob a vigência da Constituição de 1967, promulgada em 24/01/67, o Ministro Aliomar Baleeiro já abria espaço para o *amicus curiae*, como se deduz da transcrição a seguir do julgamento da Representação nº 700/SP, cujo relator foi o Min. Victor Nunes,



em data de 3 de maio de 1967, quando o Min. Aliomar Baleeiro defendeu a figura do *amicus curiae* como faculdade e debaixo da cláusula de relevância, a critério do Presidente da Casa, em molde próximo àquele praticado na *U.S. Supreme Court*. Sua explicação, extraída da coletânea Memória Jurisprudencial do STF (2006, pp. 79-80), revela que a figura atua quando não cabe a intervenção do interessado remoto, como o assistente ou o oponente em qualquer forma de litisconsórcio. Adianta ainda o mestre que, nos Estados Unidos, normalmente são os Estados que têm interesse na prevalência de uma determinada tese fiscal, que é defendida por outro estado. Outras vezes, os *amici curiae* são associações desinteressadas sob o ponto de vista econômico e que aspiram a um ideal democrático.

O § 2º do art. 7º da Lei 9.868/99 criou a figura do *amicus curiae*, presente no controle de constitucionalidade concentrado dos Estados Unidos da América. Lá, como já salientado, qualquer interessado pode apresentar razões e argumentos à Corte Suprema quando estiver para ser julgado tema sobre o qual tenha interesse.

Justifica-se, portanto, a utilização do termo “consagração” para chamar o presente tópico, pois o STF já admitia a manifestação de interessados na ação direta antes mesmo da norma legal que a autoriza expressamente.

Finalmente, vale ressaltar que a figura do *amicus curiae* já aparecia na legislação pátria da Comissão de Valores Mobiliários (CVM) e do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), antes mesmo de ser expressamente previsto na Lei nº 9.868/99. O art. 89 da Lei nº 8.884/94 prevê a intimação do CADE para, querendo, intervir no feito na qualidade de assistente. Já o art. 31 da Lei nº 6.385/76 estabelece que “nos processos judiciais que tenham por objeto matéria incluída na competência da Comissão de Valores Mobiliários, será esta sempre intimada para, querendo, oferecer parecer ou prestar esclarecimentos, no prazo de 15 (quinze) dias a contar da intimação”. A intenção do legislador, inequívoca, foi a de promover a participação do *amicus curiae* com o intuito de esclarecer, ao juízo, questionamentos sobre o funcionamento do mercado de capitais.

A Lei nº 9.279/96, em seus arts. 57, 118 e 175, por sua vez, trata da intervenção do Instituto Nacional da Propriedade Industrial – INPI – na ação de nulidade de patente e de nulidade de registro de marca. Se o INPI não for o autor, intervirá no feito, justamente na condição de *amicus curiae*.

Antônio do Passo Cabral, em retrospectiva sobre o instituto, lembra que a Lei nº 8.197/91, em seu art. 2º, admitia a intervenção da União Federal como *amicus curiae* nos casos previstos (2004, p. 14). No entanto, esta lei foi revogada pela Lei nº 9.469/97, a qual dispõe em seu art. 5º ser possível a intervenção da União nas causas em que entes da Administração Pública indireta participarem como parte.

Em parecer sobre demanda que envolve a Companhia Hidroelétrica do São Francisco – Chesf – Athos Gusmão Carneiro (2003, p. 243) defende a tese da ilegitimidade da União Federal, na qualidade de *amicus curiae*, para requerer a suspensão da decisão jurisdicional.

Já Fredie Didier Jr. (2004, p. 157-8) aprecia a possibilidade do *amicus curiae* recorrer nas demandas em que participa o Cade. Entende, na mesma linha de Athos Gusmão Carneiro, não ser possível ao Cade recorrer, “pela absoluta ausência de interesse, nem mesmo para forçar sua intervenção – os interesses fatalmente serão patrimoniais, individuais e disponíveis”. Distingue, no entanto, os litígios individuais dos coletivos, afirmando não ser possível imaginar o Cade como assistente no caso de litígio individual; o Cade intervém nestas demandas na qualidade de *amicus curiae* para ajudar o magistrado na solução das intrincadas questões concorrenciais – não há que confundir sua participação com a figura do perito. Já no caso de litígios coletivos, defende Fredie Didier Jr. (2004, p. 158) a possibilidade do Cade recorrer na qualidade de parte. Isto porque está legitimado à propositura de ações civis públicas para a proteção da concorrência, nos termos do art. 5º, caput, da Lei nº 7.347/85, combinado com o art. 7º, I, da Lei nº 8.884/94, razão pela qual a sua intervenção não se dará a título de *amicus curiae*, mas sim na posição processual de um assistente litisconsorcial.

A lei geral do processo administrativo, de nº 9.784/99, em seu art. 9º, relaciona os legitimados como interessados no processo administrativo, incluindo aqueles que, sem terem iniciado o processo, têm direitos ou interesses que possam ser afetados pela decisão a ser tomada. Os seus arts. 31 e 32 estabelecem que poderá o órgão competente admitir intervenção do *amicus curiae* e até realizar audiência pública para possibilitar mais debates sobre o tema objeto do processo. Trata-se novamente da figura do *amicus curiae* em ação!

### **2.3. Natureza jurídica da intervenção no processo constitucional**

O *amicus curiae* tem interesse jurídico, posto que tutelado, e institucional, uma vez que é autorizado a ingressar em processo alheio para a garantia de um interesse ou direito que transcende o apresentado pelas partes; este interesse o distingue dos demais sujeitos do processo, bem como dos demais terceiros, e de todos aqueles que podem pretender intervir em processo alheio a qualquer título.

Cabe no entanto questionar: trata-se de intervenção de terceiros ou parte processual ou outro *sui generis*? Qual a natureza jurídica da intervenção do *amicus curiae*? A lição de Fredie Didier Jr. (2004, p. 154) é precisa, caracterizando-o como um sujeito processual mas distinguindo-o do perito. Para ele, o *amicus curiae* compõe, ao lado do juiz, das partes, do Ministério Público e dos auxiliares de Justiça, o quadro dos sujeitos processuais. Define o *amicus curiae* como outra espécie, que se distingue das demais, por ser sua função de mero auxílio em questões técnicas e jurídicas. O *amicus curiae* ajuda o magistrado com elementos mais consistentes de modo que ele possa aplicar o direito ao caso concreto em análise. Trata-se, portanto, de auxílio na tarefa hermenêutica. O *amicus curiae* distingue-se do perito justamente por esta sua função; enquanto o perito serve como instrumento de prova, e conseqüentemente de averiguação do substrato fático, o *amicus* fornece elementos para a tarefa de interpretação que se desenrolará no curso do processo. Um importante aspecto a ressaltar é que não há honorários devidos ao *amicus curiae*, nem incidentes em sua atuação, uma vez que sua participação ocorre por provocação do magistrado.

A doutrina costuma também distinguir o *amicus curiae* da função de *custos legis*, por três razões: a intervenção do *amicus curiae* não é obrigatória; ele não atua como fiscal da qualidade das decisões, mas sim como auxiliar; e pode atuar em lides que não digam respeito a direitos indisponíveis. Finalmente, entende Fredie Didier Jr. (2004, p.154) que o *amicus curiae* também não é terceiro, pelo fato de estar atuando no processo.

Edgar Silveira Bueno Filho, ao enfrentar a natureza jurídica da intervenção do *amicus curiae* (2002, p. 8), afirma que se trata de uma forma qualificada de assistência, muito embora a Lei nº 9.686/99 estabeleça que não é possível a intervenção de terceiros nos processos de controle direto da constitucionalidade (art. 7º), e o regimento interno do STF haja proibido a assistência (§ 2º do art. 169). Explica que a assistência do

*amicus curiae* só é admitida pelo tribunal depois de verificada a representatividade do interveniente, além da demonstração de interesse no julgamento da lide, a favor ou contra o proponente.

Cássio Scarpinella Bueno (2008, pp. 674-675) por sua vez, defende a tese de ser o *amicus curiae* um terceiro “enigmático”: entre ser intruso ou interveniente, o *amicus curiae* é um interveniente único, “legítimo portador das vozes que não são ouvidas mas que têm de ser ouvidas porque têm força suficiente para serem ouvidas, inclusive pelo Estado-juiz”.

Marcelo Novelino (2008, p. 193) concorda com Fredie Didier Jr. quanto à natureza jurídica do *amicus curiae*: trata-se de um verdadeiro auxiliar do juízo. Acrescenta que a participação do *amicus curiae* adquire relevância no controle abstrato uma vez que, por força de sua natureza objetiva, não há manifestações – “tese e antíteses” – as quais possam contribuir para a decisão final: a “síntese”.

Antônio do Passo Cabral (2004, p. 18), enfoca o instituto da intervenção de terceiros como fator de alteração da relação processual, que originalmente existe entre juiz, autor e réu – seja para substituí-los, seja para acrescentar-lhes outros sujeitos, os quais passarão a compor a relação jurídica já existente ou integrarão nova relação jurídica. Conclui que a intervenção “transforma o terceiro em parte do processo”. Passa então a expor que, ao contrário do que ocorre no instituto da intervenção, o ingresso do *amicus curiae* na relação processual não tem o condão de agregá-lo à relação processual, porque “seu interesse no litígio é decorrente do direito à participação no processo”. Mas “não há interesse em integrar a relação processual, vez que o título executivo que porventura será formado não incluirá o amigo da Corte, pelo que, neste particular, seu interesse é reflexo ou mediato”.

Victor Bazán (2005, p. 37), ao apresentar as características principais da figura do *amicus curiae*, distingue seu perfil original de sua mutação contemporânea: destaca que o assistente officioso não reveste a qualidade de parte nem intervém como mediador nem substitui o autor; deve ostentar um interesse justificado na decisão que porá fim ao pleito, interesse este que deve exceder os diretamente afetados pela resolução concreta; sua atuação não importa em honorários nem tem efeitos vinculantes para o tribunal; seu informe não constitui uma perícia; trata-se de um interveniente interessado e comprometido: “*es decir, que más que amigo del tribunal es amigo de la causa*”.

Finalmente, assim define Victor Bázan a figura do *amicus curiae*: é um terceiro estranho à disputa judicial mas que ostenta um interesse justificado no modo como o litígio se resolverá em definitivo.

#### 2.4. Poderes processuais do *amicus curiae*

Uma primeira particularidade que cabe ser estudada quanto aos poderes processuais do *amicus curiae* é a inadmissibilidade de recurso em decisão – monocrática, a cargo do relator - que não permite o seu ingresso na ação direta de inconstitucionalidade. Tal restrição consta no texto da lei da ADIn. No entanto, a doutrina se inclina para aceitar o recurso. Assim pondera Walber de Moura Agra (2008, p. 142), na mesma linha de Cássio Scarpinella Bueno (2008, p. 575), a seguir.

Alega o primeiro que a decisão para a manifestação do *amicus curiae* pertence ao relator do processo, em ato processual que não admite a possibilidade de recurso. No entanto, não há óbice para que, durante a instrução processual, o pedido seja reiterado pelo autor ou que o relator reveja sua posição, *ex officio*.

O segundo entende que o *amicus curiae* tem legitimidade para recorrer da decisão que indefere o seu ingresso no processo. Para ele, tal decisão denegatória “afeta, direta e especificamente, a sua própria esfera de direitos, legitimando-o para a apresentação do recurso, conseqüentemente”.

Um segundo aspecto a ser abordado quanto aos poderes processuais da figura estudada é a possibilidade de sustentação oral pelo *amicus curiae*. A sustentação oral é um corolário da própria legitimidade recursal. Logo, se se admitir a legitimidade recursal ao *amicus curiae*, também se deve admitir a sustentação oral do *amicus curiae*. O art. 7º, § 2º da Lei nº 9.868/99 é expresso quanto à manifestação por escrito do *amicus curiae*. No entanto, o Regimento Interno do STF foi alterado para passar a admiti-la expressamente: de fato, a Emenda Regimental nº 15, de 30 de março de 2004, acrescentou um novo § 3º ao art. 131 do Regimento Interno do STF, que passou a admitir expressamente a sustentação oral de quaisquer terceiros, dentre os quais incluiu-se o *amicus curiae*. O Informativo nº 543 do STF dá notícia de que a partir do julgamento da ADI 2777 QO/SP (julgamento em 27.11.2003), o Tribunal passou a admitir a sustentação oral do *amicus curiae*.

Fredie Didier Jr., ao abordar a possibilidade de sustentação oral do *amicus curiae* (2003, p. 38), já o defendia, por entender ser “da própria natureza dos julgamentos colegiados o manejo da palavra falada”. Não via como a concessão da palavra prejudicar a celeridade do julgamento, remetendo ao lapso de tempo de quinze minutos regimentais (RISTF 132 caput) para concluir que é insignificante, para a duração do processo da ação direta, destinar este tempo à sustentação oral do *amicus curiae* e que a apresentação oral colabora mais para o benefício do que para o custo.

Já um terceiro aspecto a ser comentado é o momento da manifestação do *amicus curiae*, explicitado quando do julgamento da ADI 4071 AgR/DF, rel. Min. Menezes Direito, 22.4.2009, em notícia veiculada no Informativo nº 543 do STF. Através deste julgado, o Tribunal firmou orientação quanto à possibilidade de intervenção do *amicus curiae* ser limitada à data da remessa dos autos à mesa para julgamento. Trata-se de desprovemento de agravo regimental interposto contra decisão que negou seguimento a ação direta de inconstitucionalidade ajuizada pelo Partido da Social Democracia Brasileira – PSDB contra o art. 56 da Lei 9.430/96, o qual determina que as sociedades civis de prestação de serviços de profissão legalmente regulamentada passam a contribuir para a seguridade social com base na receita bruta da prestação de serviços, observadas as normas da Lei Complementar 70/91. Em sede preliminar, o Tribunal, por maioria, negou o pedido de intervenção dos *amici curiae*, porque havia sido apresentado após a liberação do processo para a pauta de julgamento. A idéia é que o relator, quando encaminha o processo para a pauta, já tem sua convicção firmada, razão pela qual os fundamentos trazidos pelos *amici curiae* seriam pouco aproveitados. A decisão do relator dificilmente seria modificada. Outro ponto destacado é que a permissão para que terceiros intervenham, que já é excepcional, às vésperas do julgamento, pode causar problemas relativamente à quantidade de intervenções, e à capacidade de absorver argumentos apresentados e desconhecidos pelo relator. Finalmente, o Tribunal entendeu que a regra processual deve ter uma limitação, sob pena do *amicus curiae* se tornar o regente do processo.

Gustavo Binenbojm (2004, p. 26) traz a mesma conclusão em seu artigo quanto ao momento da intervenção do *amicus curiae*: em processos de controle abstrato de constitucionalidade, tanto federais quanto estaduais, a intervenção do *amicus curiae* pode ocorrer a qualquer tempo, até a fase final da instrução processual, mas antes de

iniciado o julgamento final da ação. Explica que o prazo para a manifestação escrita do *amicus curiae*, no entanto, é de 30 (trinta) dias contados da data da publicação da decisão do relator que admite a sua intervenção no feito.

Finalmente, um último aspecto a ser enfrentado diz respeito à possibilidade de recurso pelo *amicus curiae*. Defende Gustavo Binenbojm (2004, p. 27) que, na condição de terceiro especial admitido nos autos, o *amicus curiae* está legitimado a manejar os recursos processuais cabíveis, na forma do art. 499 do Código de Processo Civil – “o recurso pode ser interposto pela parte vencida, pelo terceiro prejudicado e pelo Ministério Público”. Não se trata aqui de recurso contra decisão indeferitória do ingresso formal do *amicus curiae*, ponto já pacificado e já exposto, mas do recurso na própria ação principal.

Nesta mesma linha encontra-se a lição de Fredie Didier Jr. (2007, p. 307), ao abordar o instituto da assistência: o assistente limita-se a ajudar a parte principal, “utilizando-se dos meios processuais postos à disposição dela (poderá requerer provas, apresentar razões de mérito etc)”.

Sylvio Clemente da Motta Filho (2007, p. 839) também defende a tese de uma maior extensão dos poderes processuais do *amicus curiae*: entende que, se o *amicus curiae* é terceiro interessado na solução do dilema constitucional, podendo apresentar suas manifestações para a tomada de decisões da Corte, não é possível negar-lhe o direito processual de recorrer, quando a decisão recorrida não foi a mais acertada a seu ver.

Tal entendimento vai de encontro à tese exposta pelo Min. Marco Aurélio na ADIMC 2581-3 SP, cujo julgamento em plenário ocorreu em 16.08.2007 (acórdão ainda pendente de publicação) em que o relator remete a julgados do Min. Celso de Mello em sede de Agravo Regimental (AGRADI nº 748-RS) e na ADIMC 2130-SC, para quem a atuação do *amicus curiae* pela via processual da ação direta de inconstitucionalidade como colaborador informal do STF “não configura, tecnicamente, hipótese de intervenção *ad coadjuvandum*”, concluindo que o *amicus curiae* não está legitimado para recorrer das decisões proferidas em ação direta.

Clèmerson Merlin Clève (2008, p. 144), por sua vez, descreve o procedimento da ADI: trata-se de procedimento abreviado, em função da natureza objetiva da ação, contando com as seguintes etapas: apresentação da petição inicial fundamentada (art.

3º); prestação de informações pelos órgãos ou autoridades requeridos (art. 6º); neste mesmo momento também podem ser ouvidos outros órgãos ou entidades, dentre eles os *amici curiae*, em virtude da relevância da matéria (art. 7º, § 2º); são ouvidos, na seqüência, o Advogado Geral da União (AGU) e o Procurador Geral da República (PGR).

### 3. JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL: DIMENSÃO HERMENÊUTICA

As normas da ordem jurídica encontram fundamento de validade na Constituição: trata-se do princípio da supremacia das normas constitucionais na ordem jurídica nacional. O legado de Kelsen é precioso nesta formulação: sua concepção de um ordenamento jurídico composto por um sistema escalonado e hierarquizado de normas jurídicas, em que a norma de escalão inferior tem seu fundamento de validade na norma de escalão superior, é a acatada entre nós. Assim, seguindo uma direção ascendente, da base para o topo da pirâmide normativa, as normas jurídicas funcionam ao mesmo tempo como norma de criação e norma de aplicação: a sentença judicial – norma para o caso concreto – teria fundamento de validade na lei – norma geral – a qual, por sua vez, encontra fundamento de validade numa lei pressuposta, a Constituição.

A jurisdição constitucional, por sua vez, ao exercer o controle da constitucionalidade das leis e demais atos normativos, constrói, através da interpretação das normas constitucionais, o significado das mesmas normas, atenta às transformações da sociedade. O relato de José Afonso da Silva (2004, p. 215) para este processo hermenêutico é interessante:

Tudo isso demonstra a unidade da ordem jurídica nacional, que tem seu fundamento de validade na Constituição Federal. Esta se encontra na cúspide da pirâmide normativa nacional, sobre a qual derrama seus princípios informadores e dela recebe, por reflexão, os impulsos revivificantes da dinâmica social, para, depois, por emanações, voltar a convalidar os novos conteúdos axiológicos que a vão enriquecendo no evoluir cultural da comunidade.

Hesse apresenta a jurisdição constitucional como um instrumento a serviço da conservação da Constituição (1998, p. 420). Afirma que a concretização do Direito Constitucional através das decisões autoritárias da jurisdição constitucional busca a



clareza e certeza jurídicas; defende que a jurisdição constitucional desenvolva efeitos racionalizadores e estabilizadores, o que só ocorre se a jurisprudência do Tribunal Constitucional “segue princípios de interpretação firmes e visíveis e evita, no possível, o recurso a princípios de direitos gerais e indeterminados” (1998, p. 420).

A dificuldade que Hesse atribui à jurisdição constitucional é que ela tem de decidir questões mais numerosas com toque político e de alcance político do que outras jurisdições (1998, p. 420). Hesse admite que as decisões da jurisdição constitucional contem um elemento de configuração criadora; porém, toda interpretação tem caráter criador. Nas palavras do próprio Hesse, a jurisdição constitucional “permanece também então interpretação, quando ela serve à resposta a questões do Direito Constitucional e quando ela tem por objeto normas da amplitude e abertura como elas são próprias do Direito Constitucional” (1998, p. 421).

Finalmente, Hesse destaca a importância do Tribunal Constitucional Federal, afirmando que ele pode naturalmente, não por iniciativa própria e sempre só controlando, opor-se às decisões do governo e da legislação e sua sentença é vinculativa para os outros poderes. Assim, ele tem, por conseguinte, participação – limitada – na direção do Estado superior (1998, p. 422).

Nesta dimensão hermenêutica da jurisdição constitucional, o *amicus curiae* encontra espaço por servir, não só mas principalmente nas ações constitucionais típicas – ADIn, ADC e ADPF - como elo de ligação entre a Corte e a sociedade, trazendo elementos relevantes para a interpretação da matéria discutida.

Jânia Maria Lopes Saldanha (2008, p. 4319), ao tratar as Leis 9.868/99 e 9.882/99, as quais causaram verdadeira revolução paradigmática, no seu entender, em relação ao processo brasileiro, mostra a importância da participação dos *amici curiae* no controle direto de constitucionalidade. Afirma que sua atuação, bem como a dos terceiros que são ouvidos em audiências públicas, realçam a ampliação dessa participação, comparativamente aos limites que são impostos à atuação dos terceiros no processo tradicional. Justifica tal distinção pelo fato de estarem em jogo, nos processos de controle direto, direitos públicos, coletivos ou molecularizados – e não direitos privados, individuais e atomizados – o que permite o acesso não dos envolvidos pessoalmente no tema a ser debatido, mas sim daqueles que possam “representar adequadamente grupo, categoria, classe ou toda a sociedade”.

Gustavo Binenbojm (2008, p. 174), ao abordar a abertura interpretativa como condição de legitimidade da jurisdição constitucional, demonstra como foi abandonado o modelo hermenêutico fechado, o qual atribui o monopólio da interpretação aos juízes constitucionais, para se adotar um modelo aberto, onde se admite manifestações de vários atores do cenário social e político sobre o sentido a ser conferido à Constituição.

### 3.1. Relevância da matéria como requisito para ingresso nas ações

A pergunta que cabe neste tópico é: de que se reveste o requisito “relevância da matéria”? Quando a matéria é considerada relevante para que justifique a intervenção do *amicus curiae*?

A idéia também é apresentar, para exemplificar, os julgamentos emblemáticos que o STF tem enfrentado, nos quais a figura do *amicus curiae* ganhou relevância ou visibilidade.

A rigor, toda matéria a ser discutida em sede de ADIn ou ADPF é relevante sim para a sociedade. Este seria então um critério contido no próprio objeto, isto é, na própria ação, para definir o ingresso ou não do *amicus curiae*. No entanto, a inteligência do requisito “relevância da matéria” prende-se ao fato do relator sentir a necessidade de que outros elementos sejam trazidos aos autos para formar seu convencimento. Cássio Scarpinella Bueno (2008, p. 140) afirma que, no seu entender, a relevância estaria caracterizada quando houvesse necessidade ou conveniência de um diálogo entre a norma questionada e os valores dispersos pela sociedade civil ou, até mesmo, com outros entes governamentais.

Na ADPF 54/DF, foram sobrestados os processos criminais e decisões não transitadas em julgado em face da interrupção da gravidez no caso de anencefalia, até a decisão final do STF sobre a matéria. O relator, Min. Marco Aurélio, admitiu como *amici curiae* as seguintes entidades: Confederação Nacional dos Bispos do Brasil (CNBB), Católicas pelo Direito de Decidir, Associação Nacional Pró-Vida e Pró-Família e Associação de Desenvolvimento da Família. A admissão das referidas entidades em audiências públicas foi julgada conveniente, pelo fato de deterem conhecimentos específicos “a extravasarem os limites do próprio Direito” nas palavras do relator, à fl. 241 do processo; o relator justificou também a oitiva de outras entidades e indeferiu o pedido de outras sob o argumento de que o rol dos já admitidos revelava a

audição sob os diversos ângulos envolvidos na espécie. Patente, portanto, a discricionariedade do relator para admitir ou não o *amicus curiae*.

O sítio do STF relaciona ainda vários textos enviados pela sociedade brasileira para as audiências públicas da saúde, tais como: ampliação do acesso a medicamentos; as responsabilidades quanto à prestação de ações e serviços públicos de saúde; direito à saúde, recursos escassos e equidade; os riscos da interpretação judicial dominante; experiência de 20 anos com paciente portador de doença rara e tratamento de alto custo; garantia do direito social à assistência farmacêutica no estado de São Paulo. Tal quantitativo demonstra como a sociedade brasileira vem se engajando na discussão das graves questões constitucionais.

Victor Bázan (2005, p. 39) concede ao *amicus curiae* particular relevância na solução de questões que envolvem verdadeiros dilemas, apeladas por ele de “casos difíceis”. Os “casos difíceis” seriam aqueles em que não existe certeza, seja porque convergem várias normas que ensejam sentenças distintas – logo existem previsões normativas contraditórias – seja porque não existe norma exata aplicável. Conclui que os *amici curiae* podem constituir ferramentas válidas para operar na solução de questões controversas, e que apresentem dilemas éticos importantes ou de outra natureza. Exemplifica os campos sensíveis de discussão judicial: matéria antidiscriminatória, eutanásia, aborto e outras facetas da bioética e dos direitos humanos.

O primeiro caso “difícil” citado por ele em seu artigo, envolvendo a figura do *amicus curiae*, foi o caso *Jodie and Mary*, ocorrido no Reino Unido e julgado em 22 de setembro de 2000 por uma Corte de Apelações na Grã-Bretanha. Este caso dá idéia da complexidade e da quantidade de valores, direitos e deveres envolvidos. Tratava-se de gêmeas siamesas que compartilhavam órgãos vitais, ambas sem possibilidades de vida aceitáveis, a não ser que se tentasse, através de uma intervenção médica, a separação. Tal cirurgia oferecia expectativas razoáveis de vida a *Jodie*, acarretando, no entanto, como consequência quase necessária, a morte de sua gêmea, *Mary*.

Constata-se assim que os casos debatidos que contam com a participação do *amicus curiae* são paradigmáticos de alguma determinada situação e fixam a orientação sobre a matéria para o futuro.

### 3.2. Representatividade dos postulantes e a sociedade de intérpretes

A idéia de Peter Häberle (1997, p. 13) é que toda a sociedade é apta a participar do processo de interpretação constitucional. A figura do *amicus curiae* vem justamente representar esta participação. Cabe no entanto questionar: quem pode funcionar como *amicus curiae*?

A princípio pessoa física, jurídica, professor de direito, associação civil, cientista, órgão e entidade, desde que detenha respeitabilidade, reconhecimento científico ou representatividade para opinar sobre a matéria objeto da ação direta. Cássio Scarpinella Bueno (2008, p. 647) responde ao questionamento comentando que “todos aqueles entes que a lei brasileira prevê como legitimados para as ações coletivas e que têm, por isso mesmo, o reconhecimento expresso do legislador, de serem ‘adequados representantes’ de direitos e interesses em juízo (ou fora dele), podem, por isso, ser também *amici curiae*”. Estas pessoas ou entidades, por força do próprio sistema processual brasileiro, detêm legitimidade para serem portadores de direitos e interesses do plano material para o plano processual.

Não se pode negar que, quando a lei estabelece como requisito para a participação do *amicus curiae* “a representatividade dos postulantes”, está usando um conceito jurídico indeterminado que será preenchido e interpretado pelo relator da ação direta.

O *amicus curiae* pode apresentar razões, manifestação por escrito, documentos, sustentação oral, memoriais etc. Ainda que o *amicus curiae* não tenha participado do processo na forma mencionada – através da apresentação dos memoriais etc – o relator poderá pedir seu auxílio na fase de diligências complementares, como prevê a Lei nº 9.868/99 em seu art. 9º, § 1º.

Para Peter Häberle, se colocado no tempo, o processo de interpretação constitucional é infinito, sendo o constitucionalista apenas um mediador (1997, p. 42). Segundo ele, o raio de interpretação normativa amplia-se graças aos intérpretes da Constituição da sociedade aberta. A idéia é que a sociedade torna-se aberta e livre, porque todos os seus participantes estão aptos a oferecer alternativas para a interpretação constitucional.

Peter Häberle (1997, p. 43) explica também que a forma de participação da opinião pública está longe de ser organizada ou disciplinada, mas que tal característica lhe confere parte da garantia de sua abertura e espontaneidade.

E lembra que as forças sociais e privadas tomam parte na interpretação da realidade e da publicidade da Constituição; participam deste processo até mesmo quando são formalmente excluídas, como por exemplo quando partidos políticos têm o seu funcionamento proibido por decisão da própria Corte Constitucional (1997, pp. 33-4). Para ele, limitar a hermenêutica constitucional aos intérpretes autorizados significaria um empobrecimento ou um autoengodo. Finalmente, cabe referenciar sua metáfora muito difundida, equiparando a Constituição à fonte de irradiação de raios de luz:

Constituição é (...) um espelho da publicidade e da realidade. Ela não é, porém, apenas o espelho. Ela é, se se permite uma metáfora, a própria fonte de luz. Ela tem, portanto, uma função diretiva eminente.

Luhmann, por sua vez, ao abordar a participação da sociedade civil no processo jurídico, destaca que os outros participantes, afora autor e réu, têm de levar o processo jurídico a uma decisão, devendo resolver o mesmo problema com outras técnicas. Para eles, a redução da complexidade, o afastamento de outras possibilidades de interpretação, torna-se um problema de representação, ou até mesmo um problema de auto-representação (1980, p. 58).

Na Alemanha, leis que despertam grande interesse na opinião pública, tais como: a lei sobre ensino superior; as reformas do Código Penal, especialmente sobre a descriminalização parcial do aborto; a lei que disciplina o funcionamento do comércio, provocam discussões permanentes e são aprovadas com a participação e sob controle rigoroso da opinião pública pluralista.

### **3.3. Mensageiro: a Constituição como sistema aberto à interpretação**

A abertura das normas constitucionais significa o caráter geral e indeterminado de muitas normas constitucionais, que, por esta razão, se “abrem” à mediação concretizadora do legislador. Canotilho (2005, p. 1181) explica que há tendência a encontrar abertura das normas constitucionais em assuntos: sobre os quais há consenso geral; em relação aos quais é necessário criar um espaço de conformação política; e

ainda, em relação aos quais se justificam medidas corretivas ou adaptadoras. Consultando as ADI e ADPF já ajuizadas no STF, constata-se que muitas destas ações constitucionais contemplam justamente a discussão de tais normas: o momento em que se dá o início da vida para descriminalização do aborto quando se trata de feto anencéfalo; a possibilidade do uso de células-tronco embrionárias humanas para pesquisas científicas no país; questões relacionadas ao racismo e ao anti-semitismo; discussão sobre o direito dos índios sobre as terras ocupadas tradicionalmente por seus povos, etc.

A densidade, por sua vez, aponta para a maior proximidade da norma constitucional relativamente aos seus efeitos e condições de aplicação. Assim, existem certas normas cuja densidade pressupõe um menor espaço de discricionariedade ou de liberdade de conformação que outras. Canotilho (2005, p. 1176) reconhece que as dificuldades interpretativas do texto constitucional têm sua raiz na textura aberta das normas constitucionais, aliada à dimensão política da atividade interpretativa.

A figura do *amicus curiae* se interpõe neste processo de interpretação justamente como um mensageiro, intervindo pelo interesse público, e funcionando como um intérprete, em sentido amplo, da Constituição. Antônio do Passo Cabral (2004, p. 23) defende a tese de que o instituto foi previsto não só para o controle de constitucionalidade em abstrato, como também para o controle difuso concreto. De fato, o art. 482 do Código de Processo Civil (CPC), em seu § 2º, prevê a manifestação, por escrito, dos legitimados no art. 103 da Constituição Federal sobre a questão constitucional objeto de apreciação pelo órgão especial ou pelo Pleno do Tribunal, admitindo o direito de apresentar memoriais ou de pedir a juntada de documentos. E o § 3º, a seguir, estende tal autorização para outros órgãos ou entidades, desde que observados os requisitos da relevância da matéria e da representatividade dos postulantes. Assim pode o *amicus curiae* se manifestar na via do controle difuso. Retomando a explicação de Antônio do Passo Cabral (2004, p. 24):

A *ratio* da possibilidade do *amicus curiae* no controle difuso concreto da constitucionalidade reside na sua importância política, ou seja, no interesse público de participar da jurisdição constitucional. Trata-se de concepção no sentido de que, quando em jogo a tarefa de afastar a aplicação de normas constitucionais, impende ampliar-se o contraditório para outros terrenos sociais, ainda que além dos limites do litígio *inter partes*.

#### 4. JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL: DIMENSÃO DEMOCRÁTICA

Pensar numa dimensão “democrática” da jurisdição constitucional envolve a idéia de participação, de cidadania, enfim, de conceber o Poder Judiciário como “garante” da democracia. Encontra-se em Kelsen (2007, p. 150) o embrião da jurisdição constitucional: um órgão diferente do Parlamento, independente dele, bem como de qualquer outra autoridade estatal, o qual deve ser encarregado da anulação dos atos inconstitucionais. Cabe lembrar que, ao contrário do STF, que adota a tese da nulidade dos atos inconstitucionais, embora que mitigada pela “modulação dos efeitos da decisão”, Kelsen defendia que os mesmos atos são anuláveis. Na verdade, a teoria da inconstitucionalidade remete à natureza do ato que se presume inconstitucional: se nulo ou anulável.

Até que ponto a participação da sociedade é saudável? Justifica-se a discricionariedade do relator na admissão do *amicus curiae* para que o procedimento possa fluir, não sobrecarregando os autos com memoriais de mesmo teor, por exemplo.

Finalmente, lembrando as palavras de Kelsen, ao se referir à composição da jurisdição constitucional (2007, p. 154): “É tão difícil quanto desejável afastar qualquer influência política da jurisdição constitucional”.

No Brasil, a composição dos tribunais superiores sofre sem dúvida influência política na escolha de seus membros, o que não deixa de ser lamentável. E atinge esta dimensão democrática que precisa ser preservada!

##### 4.1. Participação da sociedade civil nas ações constitucionais

Cabe lembrar o julgamento da ADI 3.510/DF, cujo relator foi o Min. Carlos Britto, em 29.05.2008, em que o STF discutiu a constitucionalidade das pesquisas científicas com células embrionárias humanas: houve participação da comunidade científica e de diversos segmentos da sociedade civil durante o julgamento, o que ocasionou ampla repercussão do debate em toda a sociedade brasileira. De fato, funcionaram como *amici curiae* na ADI 3.510/DF, dentre outras, as seguintes entidades: Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero, Movimento em Prol da Vida, Centro

de Direitos Humanos, Conectas Direitos Humanos e a Confederação Nacional dos Bispos do Brasil.

A participação do *amicus curiae* com certeza enriquece o processo com informações e a experiência que ele detém e que pode transmitir à Corte.

Trata-se de uma excelente forma de democratizar a discussão e permitir que toda a sociedade dela participe. O sistema incentiva a participação popular e a conscientização política. A doutrina é unânime em afirmar que eventuais atrasos que a ocorrência de terceiros possa criar nas ações constitucionais é um mal menor diante da exclusão dos interessados na discussão sobre a constitucionalidade de norma que os afete.

Peter Häberle, após defender a tese de que não é possível estabelecer um elenco fixo de intérpretes da Constituição, lista os intérpretes constitucionais em sentido lato: cidadãos e grupos; órgãos estatais; sistema público e opinião pública (1997, p. 13). Afirma que a interpretação constitucional representa, ao mesmo tempo, um elemento resultante da sociedade aberta e um elemento formador ou constituinte dessa sociedade, concluindo que “os critérios de interpretação constitucional hão de ser tanto mais abertos quanto mais pluralista for a sociedade”.

O conceito de interpretação que Peter Häberle oferece, remetendo a Hesse, é a atividade que visa à compreensão e à explicação do significado de uma norma, ou de um texto (1997, p. 14). A última palavra sobre a interpretação, reconhece, é ditada pela jurisdição constitucional. Ressalta, no entanto, a importância do papel co-interpretativo do técnico ou *expert* no bojo do processo legislativo ou judicial (1997, pp. 17-8), assim se referindo a estas figuras, que nada mais são que os *amici curiae*:

*Experts* e pessoas interessadas da sociedade pluralista também se convertem em intérpretes do direito estatal. Isto significa que não apenas o processo de formação, mas também o desenvolvimento posterior, revela-se pluralista: a teoria da ciência, da democracia, uma teoria da Constituição e da hermenêutica propiciam aqui uma mediação específica entre Estado e sociedade!

Retomando ainda uma vez as suas idéias, cabe lembrar o catálogo sistemático dos participantes do processo de interpretação constitucional que ele apresenta em sua obra (1997, pp. 20-23): a) as funções estatais, aí compreendidas tanto a decisão vinculante que é relativizada mediante o instituto do voto vencido, quanto os órgãos



estatais com poder de decisão vinculante – jurisdição, órgão legislativo e órgão do Executivo; b) os participantes do processo de decisão que não são, necessariamente, órgãos do Estado: o requerente ou recorrente e o requerido ou recorrido, autor e réu; outros participantes do processo, ou seja, aqueles que têm direito de manifestação ou integração à lide, ou que são eventualmente convocados pela própria Corte Constitucional; pareceristas ou *experts*; peritos e representantes de interesses nas audiências públicas do Parlamento, peritos nos Tribunais, associações, partidos políticos; os grupos de pressão organizados; os requerentes ou partes nos procedimentos administrativos de caráter participativo; c) a opinião pública democrática e pluralista e o processo político: *media*, jornalismo profissional, expectativa de leitores, cartas de leitores, iniciativas dos cidadãos, associações. Partidos políticos fora do seu âmbito de atuação organizada, igrejas, teatros, editoras, escolas da comunidade, pedagogos, associações de pais; d) papel da doutrina.

Este rol de participantes do processo de interpretação constitucional confirma a tese de Peter Häberle (1997, p. 23) para quem “a interpretação constitucional não é um evento exclusivamente estatal”, uma vez que todas as forças da comunidade política tem acesso a esse processo. O fato de alguém simplesmente se submeter a uma norma, a uma regra, por si só já é indicativo de sua participação por ter sofrido a aplicação da mesma norma! Peter Häberle (1997, p. 13) sintetiza tal raciocínio: “quem vive a norma acaba por interpretá-la ou pelo menos por co-interpretá-la”. Ou, em outra passagem (1997, p. 15): “o destinatário da norma é participante ativo, muito mais ativo do que se pode supor tradicionalmente, do processo hermenêutico”.

Finalmente, ao justificar a sua teoria do ponto de vista da teoria do direito, da teoria da norma e da teoria da interpretação, Peter Häberle afirma que a ampliação do rol dos intérpretes é simplesmente a consequência da necessidade da integração da realidade ao processo de interpretação (1997, p. 30).

Paulo Maycon Costa da Silva (2008, p. 241), por sua vez, ao tratar o *amicus curiae* como protagonista da sociedade aberta dos intérpretes da Constituição, lembra que a participação dos amigos da Corte, muito embora crescente, ainda é incipiente em nossa sociedade.

Já Inocêncio Mártires Coelho (1998, p. 158) ressalta a importância dos *amici curiae*, exemplificando sua participação, seja em tema de direitos fundamentais –

liberdade de cátedra, de criação artística, de imprensa e de organização sindical – seja com relação àqueles direitos cujo âmbito de proteção envolve conteúdos só descobertos com a ajuda hermenêutica de intérpretes não-jurídicos, como ocorre com o caso dos direitos das populações indígenas. Entende o mestre que “sem o apoio dos próprios índios, de antropólogos e de indigenistas, o juiz não conseguirá ler o dispositivo constitucional correspondente”.

#### 4.2. Influência do *amicus curiae* na legitimidade das decisões

O Min. Celso de Mello, ao relatar a ADIn 2130/SC – onde se discutiu aumento de vencimentos dos magistrados catarinenses – reviu sua posição anteriormente exposta na ADIn 2321/DF, na qual se arguiu a inconstitucionalidade de decisão administrativa do Tribunal Superior Eleitoral, reconhecendo a existência de direito a reajuste dos vencimentos de seus servidores, ampliando seu entendimento quanto às atribuições do *amicus curiae* no processo da ADIn, como a seguir se percebe.

O Min. Celso de Mello afirma que a regra da lei da ADIn, contida em seu art. 7º, § 2º, admite que terceiros, investidos de representatividade exigida, sejam admitidos na relação processual. O objetivo desta regra, no seu entender, é pluralizar o debate constitucional, fazendo com que o STF obtenha todos os elementos informativos necessários à solução da controvérsia.

Conclui o Min. Celso de Mello que a admissão do *amicus curiae* no processo da ADIn se constitui em fator de legitimação social das decisões do Tribunal Constitucional, permitindo a abertura do processo de fiscalização concentrada de constitucionalidade, através da participação de entidades e de instituições representativas dos interesses gerais da coletividade ou que expressem os valores essenciais e relevantes de grupos, classes ou estratos sociais.

Defende o Min. Celso de Mello, em continuação, que a atuação dos *amici curiae* não deve se limitar a simples apresentação de memoriais ou à prestação eventual de informações que lhe venham ser solicitadas. Expõe que deve ser permitido ao *amicus curiae* o exercício de determinados poderes processuais, como por exemplo a possibilidade de sustentação oral das razões que justificaram a sua admissão formal na causa. E conclui que, ao permitir a sustentação oral do *amicus curiae*, o STF garante

maior efetividade e concede maior legitimidade às suas decisões, priorizando o caráter democrático dessa participação processual. O *amicus curiae*, no seu entender, enriquece a participação processual seja pelos elementos de informação seja pelo acervo de experiências que ele transmite à Corte Constitucional, principalmente no processo de controle abstrato de constitucionalidade, o qual implica em conseqüências políticas, sociais, econômicas, jurídicas e culturais importantes e altamente significativas.

A revisitação da teoria luhmanniana da legitimidade do Direito, a partir da concepção de uma estrutura jurídica capaz de conduzir à aceitação ampla de suas decisões, muito embora sejam estas indeterminadas em relação ao seu conteúdo concreto, se justifica pois a contribuição do *amicus curiae* dentro do processo judicial é fundamental para reforçar a técnica de neutralização de decepções proposta por Luhmann.

Luhmann descreve como uma pessoa deve demonstrar interesses muito especiais para poder desempenhar no procedimento o respectivo papel. Considera natural que nem todo aquele que se interesse pelos problemas tratados, ou que se possa sentir afetado pelas decisões possíveis, tenha acesso ao processo jurídico (1980, p. 103). Também defende a facilitação do acesso, quanto à ida efetiva e quanto à assistência: entende ser decisivo existir tal possibilidade. Afirma que a publicidade fortalece a confiança, bastando um conhecimento geral e indefinido de que os procedimentos se realizam continuamente e de que qualquer pessoa pode, se precisar, informar-se com mais exatidão sobre eles.

Define Luhmann procedimentos como sistemas de ação, segundo os quais os destinatários das decisões são impelidos a aceitar uma decisão que será tomada antes mesmo dela ocorrer. A técnica da neutralidade descrita por Luhmann é justamente a contingência do destinatário da decisão a adotá-la, ainda que lhe seja desfavorável, sem contestá-la.

Luhmann (1980, p. 40), ao analisar o procedimento judiciário apresenta a estrutura de um sistema de procedimento como delineada por normas jurídicas gerais, válidas para diversos procedimentos. Explica o autor que estas normas não constituem o procedimento propriamente dito, mas reduzem a tal ponto o número ilimitado de formas possíveis de comportamento, que tornam inevitável a aceitação da decisão.

Por isso a figura do *amicus curiae*, embora implícita na sua obra, se sobressai quando ele afirma que a legitimação é a institucionalização do reconhecimento de decisões como obrigatórias (1980, p. 104). E é justamente este reconhecimento que a jurisdição constitucional persegue, na construção de sua jurisprudência.

## 5. CONCLUSÃO

Cabem ainda vários questionamentos sobre a atuação do *amicus curiae* no controle de constitucionalidade brasileiro.

Será que a figura do *amicus curiae* significa a institucionalização do lobby no nosso controle da constitucionalidade?

Pode-se partir para a discussão da legitimidade da politização do judiciário? Trata-se do tema do ativismo judiciário, tão festejado atualmente, justamente por faltar ação ao Executivo e ao Legislativo, daí ser imperiosa a atuação do Judiciário. As decisões judiciais são muito mais políticas que jurídicas? É a realidade que demonstra esta constatação? Mas não deveria ser assim: as decisões judiciais não deveriam estar fundamentadas em aspectos políticos só jurídicos.

A figura do *amicus curiae* vai ao encontro da necessidade do juiz conhecer matéria técnica, que por vezes pode escapar ao seu domínio, como por exemplo sobre determinadas doenças, isto é, sobre algum ramo da medicina – reflete aquela preocupação quanto à impossibilidade do juiz saber tudo, necessitando conhecer detalhes do funcionamento de certos órgãos estatais ou mesmo entender o estágio atual da ciência – o estado da arte – em relação a determinados procedimentos tecnológicos, oriundos de pesquisa científica.

Também permite legitimar o procedimento, pois confere maior eficácia às decisões pela maior participação de terceiros interessados que sofrerão reflexos do *decisum* (embora não sejam parte).

No dizer de Cássio Scarpinella Bueno (2008, p. XXXVIII), a intervenção do *amicus curiae* no processo constitucional, como sinônimo de uma oitiva prévia da sociedade civil organizada e do próprio Estado, equivale à construção de precedentes jurisprudenciais legítimos: em suas palavras, “o que os Tribunais decidem hoje vincula

procedimentalmente e substancialmente o que se decidirá amanhã”, seguindo uma tendência inegável no processo civil brasileiro.

Finalmente, pode-se traçar a seguinte conclusão: muito embora a participação do *amicus curiae* não seja obrigatória no processo constitucional; sua intervenção não seja remunerada; e haja discricionariedade do relator para o seu ingresso, a sua importância é incontestável, pois significa a participação da sociedade no processo de “construção” da Constituição, isto é, na interpretação das normas constitucionais.

## REFERÊNCIAS

AGRA, Walber de Moura. **Aspectos controvertidos do controle de constitucionalidade**. Salvador: Juspodium, 2008. (Coleção Temas de Direito Constitucional em homenagem ao Professor Pinto Ferreira).

AMARAL JR., José Levi Mello do. **Memória jurisprudencial: Ministro Aliomar Baleeiro**. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2006. (Série Memória Jurisprudencial).

BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

BAZÁN, Víctor. *El amicus curiae en clave de derecho comparado y su reciente impulso em el derecho argentino*. Revista Mexicana de Derecho Constitucional, n. 12. Disponível na Internet: <[www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/cconst/cont/12/ard/ard2.pdf](http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/cconst/cont/12/ard/ard2.pdf)> Acesso em 23 jul.2009.

BINENBOJM, Gustavo. A democratização da jurisdição constitucional e o contributo da lei nº 9.868/99. In: NOVELINO, Marcelo (org.). **Leituras complementares de direito constitucional: controle de constitucionalidade e hermenêutica constitucional**. 2. ed. rev. e atual. Salvador: Juspodium, 2008. pp. 165-184.

\_\_\_\_\_. **A dimensão do amicus curiae no processo constitucional brasileiro: requisitos, poderes processuais e aplicabilidade no âmbito estadual**. Disponível na Internet: < [www.mundojuridico.adv.br](http://www.mundojuridico.adv.br) > Acesso em: 29 mai. 2009.

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

BUENO FILHO, Edgard Silveira. ***Amicus curiae – a democratização do debate nos processos de controle da constitucionalidade***. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, n. 14. jun./ago. 2002. Disponível na Internet: < [www.direitopublico.com.br](http://www.direitopublico.com.br)> . Acesso em: 25 mai. 2009.

CABRAL, Antônio 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, n. 117. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2004. pp. 9 - 41.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. ***Direito constitucional e teoria da constituição***. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2005.

CARNEIRO, Athos Gusmão. ***Da intervenção da União Federal como amicus curiae***. Revista de Processo, v. 111. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, pp. 243-258.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. ***Ação direta de inconstitucionalidade***. Revista de Informação Legislativa. a . 45. n. 179. jul./set. 2008.

COELHO, Inocêncio Mártires. ***As idéias de Peter Häberle e a abertura da interpretação constitucional no direito brasileiro***. Revista de Informação Legislativa. a . 35. n. 137. jan./mar. 1998. Disponível em: [www.senado.gov.br](http://www.senado.gov.br). Acesso em: 28 mai. 2009.

DIDIER JR., Fredie. ***Possibilidade de sustentação oral do amicus curiae***. Revista Dialética de Direito Processual. v. 8. São Paulo: Dialética, 2003. pp. 33-38.

\_\_\_\_\_. ***A intervenção judicial do conselho administrativo de defesa econômica (art. 89 da lei federal 8.884/1994) e da comissão de valores mobiliários (art. 31 da lei federal 6.385/1976)***. Revista de Processo, n. 115. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. pp. 151-163.

\_\_\_\_\_. ***Curso de direito processual civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento***. 7. ed. Salvador: Podium, 2007.

HABERLE, Peter. ***Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da constituição***. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1997.

HESSE, Konrad. ***Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha***. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1998.

KELSEN, Hans. ***Jurisdição constitucional***. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. (Justiça e direito).

LUHMANN, Niklas. **Legitimação pelo procedimento**. Tradução de Maria da Conceição Côrte-Real. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1980.

MARTINS, Leonardo (org.) **Cinquenta anos de jurisprudência do tribunal constitucional federal alemão**. Montevideo: Konrad Adenauer, 2005.

MENDES, Gilmar. **Lei 9868/99: processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal**. Jus Navigandi, Teresina, ano 4, n. 41, maio 2000. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=130>. Acesso em: 31 maio 2009.

MOTTA FILHO, Sylvio Clemente da. **Curso de direito constitucional** / Sylvio Motta, Gustavo Barchet. ed. atual. até a EC nº 53/06. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007.

NOVELINO, Marcelo. **Teoria da constituição e controle de constitucionalidade**. Salvador: Juspodium, 2008.

PADUANI, Célio César. **Natureza jurídica da jurisdição**. Revista dos Tribunais. a . 92. v. 813. jul. 2003. pp. 739-750.

REIS, Antônio Carlos Palhares Moreira. **Estudos de direito constitucional e de direito administrativo**. Recife: Editora Universitária da UFPE, 2004.

SALDANHA, Jânia Maria Lopes et all. **A superação do funcionalismo processual e a construção de mudanças processuais “estruturais” e “metodológicas”: uma (nova) identidade para o sistema processual e procedimental de controle concentrado da constitucionalidade no STF**. Brasília: Anais do XVII Congresso Nacional dos Cursos de Pós-Graduação em Direito (CONPEDI), 2008.

SILVA, de Plácido e. **Vocabulário jurídico**. Atualizadores: Nagib Slaibi Filho e Gláucia Carvalho. 28. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

SILVA, Paulo Maycon Costa da. **Do amicus curiae ao método da sociedade aberta dos intérpretes**. Revista da AJURIS/Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul. a . 35, n. 112 (Dez. 2008). Porto Alegre: AJURIS, 2008.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Bibliografia e jurisprudência temática sobre antecipação de parto de feto inviável**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 18 abr. 2009.

\_\_\_\_\_. **Bibliografia e jurisprudência temática sobre biossegurança e células-tronco**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 18 abr. 2009.