

O *AMICUS CURIAE* NO STF: EFETIVIDADE E NOVOS RUMOS

Henrique Batista de Araújo Neto*

RESUMO

O presente escrito tem por escopo abordar o instituto do *amicus curiae* na jurisdição constitucional brasileira. A análise será norteadada pela ideologia da democracia participativa associada aos ensinamentos de Peter Hårbele e a “sociedade aberta dos intérpretes”, como elemento de legitimação da decisão soberana da Corte. No escorço da nossa realidade de controle abstrato de constitucionalidade será indicado o grau de efetividade e os novos rumos do instituto aludido. Por último, saliente-se que a investigação científica faz uso da metodologia do tipo teórico-descritivo, bem como, do estudo de casos junto ao STF.

Palavras-chaves: *Amicus curiae*. STF. Efetividade. Novos rumos.

1 INTRODUÇÃO

A história da humanidade no tocante à organização política dos povos nos revela a incidência de regimes de governo ora autoritários, ora democráticos. Neste sentido, a geopolítica mundial atual aponta a resistência dos regimes de exceção e a preponderância do democrático.

Não precisamos ir muito longe para exemplificarmos o assentado. Isto porque, no nosso continente tal contraste sempre foi patente. Assim, enquanto no Brasil a democracia já estabilizada passa por um processo gradativo de aperfeiçoamento, em países vizinhos a reminiscência de princípios autoritários tem conduzido “líderes” ao resgate da intolerância e da afronta a direitos fundamentais, como é o caso da liberdade de imprensa na Venezuela¹.

*Mestrando em Direito pela UFRN (2009). Especialização Lato Senso em Direito Civil e Processual Civil em andamento pela FAL/ESMARN (2010). Possui extensão universitária em Direito do Petróleo, Gás Natural e Biocombustível pelo PRH/ANP/UFRN-MCT nº 36 (2008). Possui graduação em bacharelado em Direito pela UFRN (2008).

¹ DW-WORLD.DE DEUTSCHE WELLE. FATOS EM DESTAQUE. AMÉRICA LATINA. Cresce ameaça à liberdade de imprensa na Venezuela, alertam ONGs. Disponível em: <<http://www.dw-world.de/dw/article/0,,4543680,00.html>>. Acesso em: 05 mai 2010.

No lado oposto do oceano atlântico, também há países africanos que ainda convivem com regimes puramente autoritários e, indo mais além, verifica-se os asiáticos².

Dito isto, assente-se que, em que pese ser patente no mundo a “força viva” dos regimes de repressão, hodiernamente, como apontado alhures e sem sombra de dúvidas, impera, seja na óptica ocidental ou não, o ideário democrático na maior parte do globo.

Os anseios e a ideologia democrática moderna se encontram na fase do levante da “democracia participativa”, onde a atuação efetiva dos cidadãos, ou seja, dos reais detentores do poder, legitima as ações do Estado. Em outras palavras, o princípio democrático impõe aos poderes estatais a observância da participação do povo uno e homogêneo como forma de legitimar o seu agir.

Dentro desta perspectiva a proposta do presente estudo é analisar a adesão do Supremo Tribunal Federal (STF) ao referido fenômeno, em especial, em sede de jurisdição constitucional de controle abstrato. Assim, o foco será a admissão do instituto do *amicus curie* como instrumento de pluralização do debate constitucional e de legitimação da decisão soberana proferida pela Corte.

Com efeito, analisar-se-á à intervenção quantitativa e a participação qualitativa do *amicus curiae* na nossa jurisdição constitucional de controle abstrato, a partir do estudo de casos junto ao STF, bem como, a relevância do referido instituto para o nosso sistema. O diagnóstico servirá para traçar os novos rumos do *amicus curiae*.

Por derradeiro, registre-se que a simplória investigação será pautada na metodologia do tipo teórico-descritivo e, como visto, no estudo de casos.

2 DEMOCRACIA PARTICIPATIVA E OS PODERES ESTATAIS

O que é democracia? Numa sentença poderíamos dizer que é o poder do povo de governar a si mesmo. Assim, neste regime a vontade dos governados guia o poder político, o poder do Governo (Telles Jr., 2003, p. 70).

Em conceito mais apurado, para BONAVIDES a democracia deve ser compreendida como

² DITADURA. Disponível em: <<http://pt.wikipedia.org/wiki/Ditadura>>. Acesso em: 05 mai. 2010.
INFOESCOLA: NAVEGANDO E APRENDENDO. GEOGRAFIA. CONTINENTES. ÁSIA. COREIA DO NORTE. Disponível em: <<http://www.infoescola.com/asia/coreia-do-norte/>>. Acesso em: 05 mai. 2010.

aquela forma de exercício da função governativa em que a vontade soberana do povo decide, direta ou indiretamente, todas as questões de governo, de tal sorte que o povo seja sempre o titular e o objeto – a saber, o sujeito ativo e o sujeito passivo do poder legítimo (Bonavides, 2004, p. 17)”.

A democracia como regime pode ser materializada por meio *puro* ou *direto* como também através da *representação* ou *indireto*. Na primeira, que fora desenvolvida já na Grécia antiga, em particular, em Atenas, o poder é exercido diretamente pelo cidadão³, ao passo que na representativa a vontade do povo é transmitida por seus representantes, ou seja, os delegados que carregam o poder de politicamente decidir.

Fugindo da visão céptica quanto à existência de uma democracia puramente direta é certo que atualmente a espécie representativa, senão de maneira unânime, está presente em quase todos os países que adota o regime democrático (Fumes, 2007). Um dos fatores para tal fenômeno é a dificuldade de se encontrar um critério político-organizacional que pudesse dar cabo a crescente populacional, sem falar na especificidade e no rigor técnico que exige a solução dos diversos e complexos problemas sociais. Com efeito, o que se tem hoje, em regra, é a mitigação e a tentativa de conciliação das duas formas de exercício do poder em regime democrático, como é o caso do Brasil⁴

No Brasil, o regime democrático possui uma conotação mista. Isto porque, consoante o preceito da soberania popular, o povo, no aspecto legislativo não apenas escolhe por meio do voto os seus representantes, como também participa do processo de criação das normas, por meio do plebiscito, referendo e iniciativa popular⁵, além da atuação em audiências públicas e da possibilidade de protocolo junto ao Legislativo de petições, reclamações e representações ou queixas relativas à conduta de qualquer autoridade ou entidade pública⁶.

³ Para que se evitem falsas leituras, saliente-se que a democracia ateniense não foi universal. Isto porque, na Grécia antiga, em particular, na cidade-estado de Atenas, somente os homens livres, filhos de pai e mãe atenienses e com idade superior a 18 anos, eram considerados cidadãos. Assim, os homens menores de idade, as mulheres, os escravos, os metecos (estrangeiros residentes), e os xenos (estrangeiros não residentes) não participavam da vida política.

⁴ BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 5 de outubro de 1988, art. 1º, parágrafo único. “*Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição*”.

⁵ BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 5 de outubro de 1988, art. 14. “*A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante: I- plebiscito; II- referendo; III- iniciativa popular*”. A Lei Federal de n.º 9.709/98 regulamenta a aplicação de tais institutos de ordem popular.

⁶ BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 5 de outubro de 1988, art. 58, §2º, incisos II e IV. Ainda no aspecto do controle externo, registre-se que qualquer cidadão é parte legítima para denunciar irregularidades e/ou ilegalidades ao Tribunal de Contas da União (CF, art. 74, § 2º).

Aos poucos a democracia no Brasil vem se tornando social, ou melhor, participativa. Há quem diga que o grande desafio dos constitucionalistas do nosso cotidiano seria garantir a permanente interação do pensamento e da vontade dos cidadãos governados nas decisões tomadas pelos representantes dos Poderes Públicos (Telles Jr., 2003, p. 110).

Nesta esteira, a imagem do povo uno e homogêneo numa chamada consciência política de classes esclarecidas e atuantes, fez com que o Executivo fosse de encontro aos cidadãos no desidrato de discutir novas políticas públicas em diversos segmentos da atuação administrativa, como é o caso da saúde, educação, cultura, etc., bem como, aceitasse a ideia do orçamento participativo, entre outros⁷.

A essa nova perspectiva de atuação democrática o Judiciário não poderia se encurvar. Assim, atendendo aos anseios de uma sociedade aberta para interpretar e concretizar a Constituição, já perseguida nos ensinamentos de Peter Häberle (Häberle, 1997), o legislador infraconstitucional, por meio das Leis Federais n. 9.868/99 e 9.882/99, passou a possibilitar a participação popular na tomada de decisões por nossa Suprema Corte em sede de jurisdição constitucional de controle abstrato, por meio do instituto do *amicus curiae*⁸.

Com efeito, mesmo que de forma tímida, percebe-se que a ideologia da democracia participativa foi implantada em sede de jurisdição constitucional concentrada no Brasil, o que, segundo BONAVIDES, confere um maior grau de legitimidade e eficácia nas relações de poder, em particular, na decisão soberana da Corte (Bonavides, 2001, p. 35).

⁷ A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 também possibilitou que os usuários de serviços públicos participassem da Administração Direta e Indireta, através, por exemplo, de reclamações, entre outros mecanismos (CF, art. 37, § 3º). Tal participação decorre do direito de petição (CF, art. 5º, incisos XXXIII e XXXIV, alínea “a”).

⁸ BRASIL, Lei Federal n. 9.868, de 10 de novembro de 1999, Art. 7º, § 2º. “Não se admitirá intervenção de terceiros no processo de ação direta de inconstitucionalidade. 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”; Art. 9º, § 1º. “Vencidos os prazos do artigo anterior, o relator lançará o relatório, com cópia a todos os Ministros, e pedirá dia para julgamento. Em caso de necessidade de esclarecimento de matéria ou circunstância de fato ou de notória insuficiência das informações existentes nos autos, poderá o relator requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou fixar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e autoridade na matéria”. Idêntico procedimento é previsto no art. 20, § 1º do mesmo diploma legislativo, que versa sobre a Ação Declaratória de Constitucionalidade; bem como, no art. 6º, § 1º da Lei Federal n. 9.882/99, que versa sobre a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental.

3 JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL: O MODELO ABSTRATO BRASILEIRO

3.1 Intróito

A Constituição, entre outros, nasceu para limitar os poderes do monarca. Ela pode ser entendida como lei fundamental, pois além de materializar as bases sócio-ideológicas de um Estado, estrutura-o.

No tocante ao conceito de Constituição, saliente-se que o sociológico de Lassalle (Lassalle, 2000), para quem a Constituição era uma “mera folha de papel” guiada pelos fatores reais de poder, foi confrontado pelo de Hesse (Hesse, 1991), visto que a Constituição, de fato, possui a tão defendida força normativa.

Assim, sugira a perspectiva de reconhecimento da Constituição como fundamento e norte interpretativo de todo um sistema jurídico, o que deu cabo ao histórico fenômeno de proteção denominado jurisdição constitucional, como forma de garantir a supremacia, a unidade e a rigidez do texto maior.

O exercício da jurisdição constitucional em vertente didática pode ser dividido em dois aspectos: o do controle de constitucionalidade e o da jurisdição da liberdade (Velloso, 2001). Apenas o primeiro mostra-se relevante para a presente investigação, visto que a jurisdição da liberdade compreende a análise das ações ou garantias constitucionais no caso concreto⁹.

Pois bem. O estudo da teoria da constituição nos aponta dois sistemas bases relativos à jurisdição constitucional na espécie controle de constitucionalidade, quais sejam: o norte-americano e o europeu.

O primeiro realiza um controle de constitucionalidade denominado difuso¹⁰ que surgiu nos EUA em 1804, de forma empírica na análise de um caso concreto¹¹. Ele tem por objeto o enfrentamento da conformidade constitucional de atos legislativos e administrativos pelo Poder Judiciário, ou seja, tal controle pode ser realizado por qualquer juízo ordinário, *ex*

⁹ São elas: o *habeas corpus*, o *habeas data*, o mandado de segurança individual e coletivo, o mandado de injunção, a ação popular e a ação civil pública.

¹⁰ Essa espécie de controle de constitucionalidade é denominada de difusa por ser realizada por qualquer órgão jurisdicional. Além disso, a doutrina a denomina de incidental, ou concreto ou por via de exceção, vez que ocorre num caso concreto onde se tem uma defesa processual incidental ao feito, ou seja, a questão de constitucionalidade é encarada como prejudicial ao mérito. Ainda se utiliza a expressão controle subjetivo, pois o mesmo ataca o direito subjetivo, bem como, controle empírico, vez que surgiu da análise de um caso concreto perante a Suprema Corte, qual seja: o conhecido *Marbury vs. Madison*.

¹¹ O *leading case* é o famigerado *Marbury vs. Madison* que foi solucionado pelo voto condutor do juiz federal *John Marshall*, em 23 de fevereiro de 1803.

officio ou mediante provocação, desde que em sede de um caso concreto, onde a questão de constitucionalidade *incidentur tantum* mostra-se como prejudicial (Nobre Jr., 2000, p. 151-64). Ressalte-se que a eficácia da decisão é *inter partes*, isto é, os efeitos jurídicos restringem-se às partes, aos diretamente envolvidos na lide; já no tocante aos efeitos no tempo, eles, consoante critério político de decidir e diante da aferição da repercussão do caso, tanto pode ser *ex tunc* quanto *ex nunc* (Bonavides, 2007, p. 296-346).

Por outro lado, o controle de constitucionalidade europeu que surgiu na Alemanha em 1919 e se denominou abstrato¹², tem por fundamentos os estudos do jurista austríaco Hans Kelsen¹³, intitulado “Sistema Hierárquico das Leis”, que tem na pirâmide normativa a representação do ordenamento jurídico (Bonavides, 2007, p. 296-346).

No modelo kelseniano a incumbência de correção constitucional num feito objetivo é conferida a um órgão específico¹⁴ denominado Corte constitucional, que declara por meio de ação a inconstitucionalidade da norma, isto é, desconstitui o ato jurídico (Nobre Jr., 2000, p. 151-64). Ultimando, a eficácia neste sistema é *erga omnes*, ou seja, oponível a todos, e seus efeitos quanto ao tempo deve ser sempre *ex tunc*.

Por derradeiro, saliente-se que, o Brasil adotou os dois referidos sistemas de controle de constitucionalidade, ganhando feição de modelo misto, eclético ou híbrido¹⁵, a partir de 26 de novembro de 1965, quando fora instituído o sistema abstrato, através da emenda constitucional n. 16 que alterou a Constituição de 1946¹⁶.

¹² Essa espécie de controle recebeu a denominação de abstrato porque a análise de conformidade constitucional está desvinculada do caso concreto. Para nós esta é a terminologia tecnicamente mais apropriada. Contudo, registre-se que a doutrina também o denomina de controle concentrado, pois a análise de constitucionalidade é realizada por um único órgão, seja político ou jurisdicional. Por fim, ainda é denominado controle por ação, em virtude de ter por instrumento de provocação aquela; ou controle científico, vez que fora baseado nos estudos do jurista austríaco Hans Kelsen.

¹³ A título de curiosidade vale registrar que após sofrer frustração no seu país nos idos de 1920, por ter o seu sistema renegado, Kelsen se dirigiu a Alemanha que copiou o seu modelo e divulgou para o mundo.

¹⁴ No modelo clássico europeu, Kelsen defendia a Corte constitucional como órgão supremo situado fora do Judiciário. A atuação daquele seria independente, sendo seus membros indicados pelo Parlamento para exercer suas funções em prazo determinado, por meio do instituto do mandato.

¹⁵ NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. Controle de constitucionalidade: modelos brasileiro e italiano (Breve análise comparativa). In: Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, 222: 143-178, out./dez. 2000, do qual destaco a seguinte passagem: “O sistema jurídico nacional, filiado ao modelo difuso desde a Constituição de 1891, em face da influência americana que, na sua elaboração, recebera por intermédio de RUI BARBOSA, passou, com a Emenda Constitucional 16/65 à Constituição de 1946, criadora da saudosa representação de inconstitucionalidade, a ostentar natureza eclética”. (p. 152).

¹⁶ A EC 16/65 alargou a competência originária do STF, através de nova redação dada à alínea k, do art. 110, inciso I, da Constituição de 1946, determinando que o STF poderia processar e julgar “a representação contra inconstitucionalidade de lei ou ato de natureza normativa federal ou estadual, encaminhada pelo Procurador-Geral da República”.

3.2 O controle de constitucionalidade abstrato no STF

À luz dos ensinamentos de Kelsen, o STF não pode ser visto como órgão técnico específico ou corte constitucional, mas, tão-somente como tribunal constitucional. Isto porque, ao passo que é qualificado como “guardião da Constituição”, integra o judiciário brasileiro como órgão supremo ou de cúpula e instância recursal; além disso, a investidura dos seus membros não se dar por eleição nem está previsto mandato para os mesmos, imperando, *in casu*, a vitaliciedade. Enfim, o extenso rol de competência originária e recursal também destoa a ideia de Corte preconizada pelo jurista austríaco.

Nesta esteira, o STF concilia as duas técnicas de controle de constitucionalidade aludidas. Contudo, para o presente estudo nos interessa mais a abstrata.

As ações do controle abstrato no Brasil decorrem de contextos históricos que as levam para um campo metajurídico, motivo pelo qual, no presente, dispensam-se maiores comentários.

Assim, com a atual Constituição foi consolidada a ação direta de inconstitucionalidade (ADI), que se subdivide em genérica (CF, art. 103, inciso I, alínea “a”), interventiva (CF, art. 36, inciso III) e por omissão (CF, art. 103, § 2º); além da ação declaratória de constitucionalidade (ADC) (CF, art. 102, inciso I, alínea “a”, *in fine*) e a arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF) (CF, art. 102, § 1º). Tais ações foram regulamentadas pelas Leis de n. 4.337/64, n. 9.868/99 e n. 9.882/99.

De maneira pragmática, podemos assentar que a ADI genérica tem por objeto a declaração de ineficácia constitucional da norma combatida, com a conseqüente retirada do sistema jurídico, seja aquela lei ou ato normativo federal ou estadual. Noutra prisma, a ADI interventiva serve para restabelecer o respeito aos princípios sensíveis, bem como, o equilíbrio no pacto federativo, configurando-se, contudo, uma grave sanção de conotação política; ao passo que, a ADI por omissão visa tão-somente constatar a inexistência de lei ou ato normativo que, por si só, torna inefetiva a norma constitucional, adotando-se, por conseguinte, providências que objetive o preenchimento da lacuna¹⁷.

¹⁷ O constituinte conferiu ao Judiciário o poder de determinar que órgão administrativo supra a omissão identificada, no prazo de trinta dias. Por outro lado, em relação à omissão perpetrada pelo Legislativo o constituinte silenciou quanto ao prazo, certamente por respeito ao princípio da separação dos poderes, vez que ao Judiciário não é dado o poder de obrigar o Legislativo a desempenhar sua função típica. Contudo, forte é o pensamento de que cabe ao Judiciário fixar um prazo para o Legislativo e que tal proceder não macularia o aludido princípio. Saliente-se que, nada impede que o Judiciário fixe tal prazo, todavia, à luz do famigerado princípio da separação dos poderes, o Legislativo continua desobrigado, não se sujeitando a qualquer sanção, a não ser a de ordem moral.

Já na ADC, busca-se expurgar dúvidas quanto à validade de lei ou ato normativo federal. Enquanto, a ADPF¹⁸ – instrumento subsidiário, pois trata apenas de matérias residuais, de situações em que não haja meio eficaz de evitar a lesão – visa evitar ou reparar lesão a preceito fundamental¹⁹ resultante de ato do Poder Público, bem como solucionar controvérsia judicial a respeito de lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à vigência da atual Constituição Federal, no tocante a análise da incidência, ou não, da recepção.

Ressalte-se, por oportuno, que no Brasil a decisão em sede de controle abstrato possui eficácia *erga omnes* e vinculante quanto aos órgãos do Judiciário e à Administração Pública em geral. Noutra banda, no tocante ao tempo, desde que por razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, os efeitos poderão ser modulados pelo tribunal constitucional, a ponto de retroagi-los, aplicá-los *pro futuro*, a partir do trânsito em julgado; ou fixar, diante das peculiaridades do caso, outro marco inicial da eficácia²⁰.

Acontece que, mesmo diante do mega poder que decorre de suas decisões que, sem dúvida, influencia a vida de todos os cidadãos, o privilégio de provocar o tribunal é de poucos. No entanto, deve-se reconhecer que o limite por meio de rol de legitimados previstos na própria Constituição, não se prende apenas a questão de técnica judicial, mas, sobretudo, em razão da necessidade do uso lógico de um parâmetro jurídico-organizacional que atinja de maneira legítima, a nossa enorme população; como se dar com o manejo do instituto da representação.

Com a Emenda Constitucional 45/2004²¹ houve uma extensão nos legitimados para a ADI e a ADC, entretanto, o instituto da “pertinência temática²²” passou a ser observado com mais rigor, tornando-se um verdadeiro “funil” para os legitimados.

¹⁸ Acrescente-se que a ADPF possui natureza jurídica dúplce ou ambivalente dado que comporta a arguição direta ou autônoma e a incidental, podendo ser preventiva (evitar a lesão) ou repressiva (reparar a lesão).

¹⁹ Sem entrar na polêmica doutrinária, preferimos entender a locução “preceito fundamental” como sinônimo de direitos e garantias fundamentais, bem como, dos fundamentos e objetivos da República Federativa do Brasil.

²⁰ BRASIL, Lei Federal de n. 9.868, de 10 de novembro de 1999, art. 27, *caput*. “Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir do seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado”.

²¹ BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. “Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade: I - o Presidente da República; II - a Mesa do Senado Federal; III - a Mesa da Câmara dos Deputados; IV a Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; V - o Governador de Estado ou do Distrito Federal; VI - o Procurador-Geral da República; VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; VIII - partido político com representação no Congresso Nacional; IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional”.

Com efeito, percebe-se que, no nosso modelo de jurisdição constitucional a participação direta do cidadão no STF fora mitigada, relegando-se a representação por meio dos legitimados constitucional. Assim, restou aos destinatários das normas ou intérpretes não-oficiais apenas a participação como *amicus curiae*.

4 AMICUS CURIAE

4.1 Breve histórico

Num breve traçado histórico com o fito de ilustrar o instituto, ressalte-se que a doutrina aponta a existência do *amicus curiae*²³ já no direito romano, bem como, no direito penal inglês medieval. Contudo, a presença marcante de tal instituto ocorreu no direito norte-americano²⁴, tendo havido uma repercussão para o Canadá, Austrália, Hong Kong, França, Itália e Argentina. Por derradeiro, em via de consequência, o referido instituto também foi absorvido pelas disposições do direito internacional público, em particular, nos órgãos jurisdicionais internacionais, como podemos citar os casos da Corte Internacional de Justiça, da Corte Europeia de Direitos Humanos e da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Laurentiis, 2007, p. 11-2).

No Brasil, a Constituição não previu expressamente o *amicus curiae*, sendo criação positiva das Leis n. 9.868/99 (§ 2º do art. 7º; § 1º do art. 9º; e, § 1º do art. 20) e n. 9.882/99 (§§ 1º e 2º do art. 6º), respectivamente. O primeiro diploma referido, por meio do art. 29, inseriu tal instituto também no art. 482, §§ 1º a 3º, do CPC²⁵, ao passo que a Lei n. 11.418/06,

²² A pertinência temática é uma criação jurisprudencial com o intuito de restringir o acesso dos legitimados à jurisdição constitucional, como forma de operacionalizar os trabalhos do Tribunal. Seria uma espécie de pressuposto processual ou condição de procedibilidade da ação em que se exige uma relação de pertinência entre a defesa do interesse específico do legitimado e o objeto da própria ação. Com isso, o Presidente da República tem pertinência temática absoluta ou legitimação ativa universal, podendo tratar de qualquer tema em face da relevância do cargo que ocupa e do seu grau de representatividade; diferentemente, por exemplo, das confederações sindicais ou entidades de classes de âmbito nacional, em que a pertinência fica adstrita aos seus interesses, ou seja, ao seu campo social de atuação.

²³ Expressão de origem latina que deve ser compreendida como “amigo da Corte”. Para o direito norte-americano seria “*the friend of the court*”. Registre-se, ainda, que pode ser visto como sinônimo de “amigo da cúria ou da justiça”, como também “amigo da causa”.

²⁴ Previsão do *amici curiae* no *Rules* de n. 37 do Regimento Interno da Corte Suprema dos EUA (Cf. BUENO, Cassio Scarpinella. *Amicus curiae* no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 100 e ss.).

²⁵ BRASIL, Lei Federal n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973 (Código de Processo Civil). “Art. 482. Remetida a cópia do acórdão a todos os juízes, o presidente do tribunal designará a sessão de julgamento. § 1º O Ministério Público e as pessoas jurídicas de direito público responsáveis pela edição do ato questionado, se assim o

de igual modo, possibilitou a admissão do *amicus curiae* em sede da análise da repercussão geral em recurso extraordinário²⁶²⁷. Por derradeiro, a matéria foi regimentalizada (RISTF, art. 131, § 3º c/c art. 132, § 2º)²⁸.

Ultimando em contraponto a visão positivista retro, frise-se que, consoante preconiza BUENO (Bueno, 2006, 80-81) em trabalho ímpar sobre a problemática, a adoção do *amicus curiae* não dependia de lei²⁹, pois decorre do princípio democrático, e que antes das aludidas disposições o processo civil já o tinha positivado, conforme se depreende do art. 31 da Lei n. 6.385/76³⁰, do art. 89 da Lei n. 8.884/94³¹, e do parágrafo único do art. 5º da Lei n. 9.469/97³².

requerem, poderão manifestar-se no incidente de inconstitucionalidade, observados os prazos e condições fixados no Regimento Interno do Tribunal. § 2º Os titulares do direito de propositura referidos no art. 103 da Constituição poderão manifestar-se, por escrito, sobre a questão constitucional objeto de apreciação pelo órgão especial ou pelo Pleno do Tribunal, no prazo fixado em Regimento, sendo-lhes assegurado o direito de apresentar memoriais ou de pedir a juntada de documentos. § 3º O relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, poderá admitir, por despacho irrecorrível, a manifestação de outros órgãos ou entidades”.

²⁶ BRASIL, Lei Federal n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973 (Código de Processo Civil). “Art. 543-A – Omissis; § 6º O Relator poderá admitir, na análise da repercussão geral, a manifestação de terceiros, subscrita por procurador habilitado, nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal”.

²⁷ Antes de tal diploma, o § 7º, *in fine*, do art. 14, da Lei n. 10.259/2001, que versa sobre o Pedido de Uniformização da jurisprudência no Juizado Especial Federal, dispôs sobre o *amicus curiae*, senão vejamos: “Art. 14. – Omissis. § 7º Se necessário, o relator pedirá informações ao Presidente da Turma Recursal ou Coordenador da Turma de Uniformização e ouvirá o Ministério Público, no prazo de cinco dias. Eventuais interessados, ainda que não sejam partes no processo, poderão se manifestar, no prazo de trinta dias”.

²⁸ BRASIL, Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal. “Art. 131 – Omissis, § 3º Admitida a intervenção de terceiros no processo de controle concentrado de constitucionalidade, fica-lhes facultado produzir sustentação oral, aplicando-se, quando for o caso, a regra do § 2º do artigo 132 deste Regimento. Art. 132 – Omissis, § 2º Se houver litisconsortes não representados pelo mesmo advogado, o prazo, que se contará em dobro, será dividido igualmente entre os do mesmo grupo, se diversamente entre eles não se convencionar”.

²⁹ Tal afirmação é corroborada com o disposto na ADI 2341-MC/DF, de relatoria do Ministro Celso de Mello que fora considerada como o *leading case* para aceitação do *amicus curiae* na jurisdição constitucional brasileira, visto que ocorrera bem antes da edição das citadas leis.

³⁰ BRASIL, Lei Federal n. 6.385, de 7 de dezembro de 1976, art. 31. “Nos processos judiciais que tenham por objetivo matéria incluída na competência da Comissão de Valores Mobiliários, será esta sempre intimada para, querendo, oferecer parecer ou prestar esclarecimentos, no prazo de quinze dias a contar da intimação”.

³¹ BRASIL, Lei Federal n. 8.884, de 11 de junho de 1994. “Art. 89. Nos processos judiciais em que se discuta a aplicação desta lei, o Cade deverá ser intimado para, querendo, intervir no feito na qualidade de assistente”.

³² BRASIL, Lei Federal n. 9.469, de 10 de julho de 1997. “Art. 5º. – Omissis. Parágrafo único. As pessoas jurídicas de direito público poderão, nas causas cuja decisão possa ter reflexos, ainda que indiretos, de natureza econômica, intervir, independentemente da demonstração de interesse jurídico, para esclarecer questões de fato e de direito, podendo juntar documentos e memoriais reputados úteis ao exame da matéria e, se for o caso, recorrer, hipótese em que, para fins de deslocamento de competência, serão consideradas partes”.

4.2 Conceito, caracteres e relevância

De maneira pragmática, conforme leciona BUENO, o *amicus curiae* deve ser compreendido como o “terceiro” que intervém no processo por convocação judicial ou por livre iniciativa para fornecer ao juízo elementos reputados como importantes, úteis, quiçá indispensáveis, para o julgamento da causa” (Bueno, 2006, p. 125). Partindo de tal conceituação extrairemos os caracteres do instituto, conforme segue.

Assim podemos afirmar que o *amicus curiae* é uma figura neutra que objetiva, tão-somente, subsidiar o livre convencimento motivado do magistrado na resolução da questão constitucional, por meio de uma colaboração técnica e relevante expressada em memoriais ou durante sustentação oral. Logo, o *amicus curiae* não figura como parte nem a substitui, razão pela qual sua contribuição, ao final, pode ser a favor ou não do ato.

A atuação do amigo da corte pressupõe a existência de repercussão política, social, econômica e jurídica em relação a uma coletividade. Com isso, diante de tamanha relevância da causa restaria justificada a atuação daquela “sociedade aberta”, por meio dos seus intérpretes não-oficiais.

Saliente-se que a atuação do *amicus curiae* na corte ou tribunal constitucional está condicionada a solicitação ou requisição de tal órgão ou a requerimento dos interessados. No modelo paradigma norte-americano, para que o *amicus curiae* seja admitido se faz necessário, em regra, que haja consenso das partes quanto à aceitação; contudo, nada impede que a Suprema Corte admita o “amigo da corte” mesmo que não haja a anuência daquelas (Laurentiis, 2007, p. 15). Findando, já na nossa realidade, onde o processo possui natureza objetiva, a admissão do instituto democrático ocorre tão-somente com a “decisão positiva do relator” (Neri Jr., 2010, p. 1408) na apreciação de requerimento dos interessados, ou mediante “abertura procedimental” com a designação de perito ou audiência pública.

Ainda em relação ao procedimento, tem-se que no modelo paradigma referido a atuação do *amicus curiae* ocorre por meio de apresentação de memoriais tanto na abertura do feito quanto na apreciação de mérito (Ferraz, 2008, p.59). Já no Brasil, diante do veto ao § 1º do art. 7º, da Lei n. 9.868/99, a jurisprudência assentou que a intervenção pode ser postulada a qualquer momento, desde que não haja iniciado ou esteja já em curso o julgamento³³,

³³ STF. ADI 2.238/DF, Rel. Min. Ilmar Galvão, Informativo STF n.º 267, p. 1.

podendo o “terceiro enigmático”, inclusive, fazer sustentação oral, consoante dispõe o regimento interno do STF³⁴.

Noutra banda, saliente-se que enxergando o instituto apenas sobre o prisma da representatividade e à luz do § 2º do art. 7º, da Lei n. 9.868/99, impossível seria a participação da pessoa natural no tribunal na qualidade de *amicus curiae*, por mais qualificada que fosse. Todavia, tal premissa não prepondera quando nos voltamos para o sistema de jurisdição constitucional abstrato nacional como um todo, pois, diante da regra instrumental prevista no § 1º dos arts. 9º e 20 do citado diploma, e no § 1º do art. 6º da Lei n. 9.882/99, é de “clareza solar” que o relator poderá pedir auxílio de um experto, bem como, designar audiência pública para que possa colher informações da comunidade científica em geral, isto é, de pessoas com experiência e autoridade na matéria em discussão, por exemplo. Por oportuno, registre-se que essa participação pode ocorrer, mas não por vontade da pessoa natural, e sim mediante exercício de faculdade do relator, algo que, certamente, deverá ser repensado, conforme veremos a seguir.

Por último, frise-se que um dos maiores desafios do constitucionalismo contemporâneo ou “neoconstitucionalismo” é vislumbrar e efetivar nos sistemas constitucionais mecanismos efetivos que garantam a democratização e a legitimação dos poderes estatais ou do seu exercício. Dentro desta perspectiva, encontra-se o *amicus curiae* que se mostra relevante ao passo que proporciona a pluralização do debate constitucional³⁵ numa heroica tentativa de superar a grave crise de legitimidade das decisões judiciais.

4.3 Requisitos

Pelo conceito vernacular quando se pensa em requisito estamos ligando a ideia de “condição necessária para a obtenção ou para o preenchimento de certo fim” (Venosa, 2010, p. 443). *In casu*, que fim seria esse? A resposta é a aceitação do *amicus curiae* no nosso sistema jurídico, em particular, na jurisdição constitucional.

³⁴ Inicialmente a sustentação oral era uma forma de atuação vedada ao *amicus curiae*, sob a falha justificativa de que inviabilizaria os trabalhos do Tribunal (ADI 2.223/DF). Em seguida, a jurisprudência do STF guiada pelo então Min. Sepúlveda Pertence evoluiu no sentido de admitir a sustentação oral, mas de maneira excepcional, cogitando, inclusive, a regimentalização da matéria (ADI 2.675/PE, ADI 2.777/SP). Por fim, por meio do art. 131, § 3º, do RISTF, na redação dada pela Emenda Regimental n. 15, de 30.3.2004, o aludido procedimento foi regulamentado pela Corte.

³⁵ STF. ADI 2.130-3/SC, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 02.02.2001.

Vimos que o *amicus curiae* pode decorrer de requisição do relator seja para receber informações de um experto ou de um grupo de trabalho de experto, ou em audiência pública. Nesta hipótese, prevista expressamente para ADI, ADC e ADPF (§ 1º do art. 9º e § 1º do art. 20, ambos da Lei n. 9.868/99; e § 1º do art. 6º, da Lei n. 9.882/99), os requisitos, ora em análise, são dispensados, pois a vontade é vertical, ou seja, parte do exercício da faculdade que possui o relator; o que não ocorre quando o interesse é de um órgão ou entidade, visto que a intervenção requer o preenchimento necessário dos requisitos que passamos a enfrentar.

Pois bem. O legislador valendo-se de cláusulas gerais³⁶ fixou dois requisitos bases para a aceitação do instituto em questão, quais sejam: relevância da matéria e representatividade; deixando para doutrina e, sobretudo, para jurisprudência a árdua tarefa de lapidá-los.

Com efeito, para que o *amicus curie* seja admitido por meio de decisão monocrática e irrecorrível do relator, em caso de ter sido solicitado *sponte propria*, faz-se necessário o preenchimento dos requisitos da *relevância da matéria* e da *representatividade* do órgão ou entidade interessada. Saliente-se, por oportuno, que esta espécie é aplicável tanto na ADI quanto na ADC, mesmo tendo sido vetado o § 2º do art. 18, da Lei n. 9.868/99, já que deve ser observada a interpretação sistemática do diploma, em particular, do § 2º do art. 7º, muito bem observada nas razões do veto. Por fim, já no procedimento instrutório da ADPF, disposto em lei diversa (Lei n. 9.882/99), a espécie de *amicus curiae* em questão não fora abarcada, sendo possível apenas a “abertura procedimental” por parte do relator, no exercício da faculdade que o legislador lhe concedeu; todavia, frise-se que reside uma controvérsia neste ponto a qual nos dedicaremos mais adiante.

Dito isto, assente-se que o primeiro requisito referido dispensa maiores comentários, vez que o próprio objeto da ação é por natureza relevante, já que está a discutir a conformação de constitucionalidade de leis ou atos normativos que poderão influenciar na vida de todos os cidadãos. Assim, se a questão é levada ao STF em sede de controle abstrato milita em seu favor a presunção de que se trata de matéria relevante.

Já o segundo requisito tornou-se objeto de maior discussão, em particular, na seara jurisprudencial. No entanto, a jurisprudência do STF tem assentado que, tanto na ADI quanto na ADC, deve existir uma compatibilidade entre os interesses da categoria que pretende atuar

³⁶ FILGUEIRA, Fábio Antônio Correia. O princípio da função social do contrato e o seu controle jurisdicional. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2007, p. 24. Com base em lição extraída desta obra as cláusulas gerais podem ser compreendidas como “*técnica legislativa, por meio da qual o legislador constrói regras com expressões lingüísticas indeterminadas, e assim comete ao intérprete a responsabilidade de preenchê-las casuisticamente, socorrendo-se dos valores e princípios jurídicos*”.

como *amicus curiae* e os que estão sendo discutidos na ação que almejam intervir, razão pela qual deve o magistrado se imiscuir no estatuto social do peticionário para que dele possa deprender os interesses gerais ao *amicus* em potencial³⁷; ademais, o terceiro tem por obrigação trazer novos elementos fáticos e jurídicos que reforcem a sua pertinência (Laurentiis, 2007, p. 45). Enfim, caso não haja a configuração de tais exigências o pedido do *amicus curiae* deve ser indeferido, sob pena de causar embaraço processual e mora no julgamento.

4.4 Efetividade do instituto no STF

Vistos os requisitos de admissão do *amicus curie* principal ou na espécie órgão ou entidade no STF. Agora, impõe-se, dentro da proposta deste trabalho, aferir a efetividade da intervenção daquele “terceiro enigmático” na nossa jurisdição constitucional.

Constatou-se que para o enfrentamento da efetividade, ou seja, da real aplicação e admissão do instituto aludido na jurisdição constitucional, outro critério não poderia ser utilizado, senão a análise de casos concretos a um apanhado das ações que integra a análise abstrata.

Neste diapasão, valem os estudos monográficos de LAURENTIIS (Laurentiis, 2007, p. 18-25) no aspecto quantitativo. Assim, de 116 feitos³⁸ analisados pela autora, sendo 99

³⁷ STF. ADI 3677/RO; ADI 2441/GO; ADI 3329/SC; ADI 3474/BA; ADI 3311/DF; e, ADI 2238/DF.

³⁸ STF. ADI 3225/RJ; ADI 3620/DF; ADI 3510/DF; ADI 3510/DF; ADI 3824 MC/MS; ADI 3579/SC; ADI 3851/DF; ADI 2441/GO; ADI 2682/AP; ADI 3772/DF; ADI 3185/ES; ADI 3538/RS; ADI 3620/DF; ADI 3767/PR; ADI 3614/PR; ADI 3660/MS; ADI 3484/RN; ADI 1351/DF; ADI 3677/RO; ADI 3580/MG; ADI 3660/MS; ADI 3329/SC; ADI 3720/SP; ADI 3510/DF; ADI 3484/RN; ADI 2556/DF; ADI 3144/DF; ADI 3650/TO; ADI 3494/GO; ADI 3615/PB; ADI 3317/RS; ADI 3104/DF; ADI 3632/DF; ADI 3479 AgR/MT; ADI 3572/DF; ADI 3526 MC/DF; ADI 2588/DF; ADI 3410 MC/MG; ADI 3604/AM; ADI 3599/DF; ADI 3522/RS; ADI 3585/AP; ADI 3522/RS; ADI 3522/RS; ADI 2548/PR; ADI 3194/RS; ADI 3522/RS; ADI 3421/PR; ADI 3474/BA; ADI 3573/DF; ADI 3421/PR; ADI 3521/PR; ADI 2522/DF; ADI 3540/DF; ADI 3540/DF; ADI 3345/DF; ADI 3345/DF; ADI 3345/DF; ADI 3540 MC/DF; ADI 3320 MC/MS; ADI 3498/DF; ADI 3428/DF; ADI 3504/SP; ADI 3355/RJ; ADI 3453/DF; ADI 3259/PA; ADI 3420 MC/MT; ADI 3320 MC/MS; ADI 3056/RN; ADI 3356/PE; ADI 3313/GO; ADI 3459/RS; ADI 3459/RS; ADI 3311/DF; ADI 3091/DF; ADI 3026/DF; ADI 3106/MG; ADI 2836/RJ; ADI 2831/RJ; ADI 3019/RJ; ADI 3019/RJ; ADI 3268 MC/RJ; ADI 2039/RS; ADI 3045/DF; ADI 2825 AgR/RJ; ADI 2746/ES; ADI 3019/RJ; ADI 2961/MG; ADI 2961/MG; ADI 3028/RN; ADI 2999/RJ; ADI 2999/RJ; ADI 1104/DF; ADI 2884 MC/RJ; ADI 2540/RJ; ADI 2238/DF; ADI 2130 MC/SC; ADI 3045/DF; ADI 3861/SC. ADPF 33/PA; ADPF 46/DF; ADPF 46/DF; ADPF 46/DF; ADPF 46/DF (Monopólio dos Correios); ADPF 54 MC/DF (Anencefalia); ADPF 54/DF; ADPF 54/DF; ADPF 54/DF (Anencefalia); ADPF 70/DF (Monopólio dos Correios); ADPF 71/DF; ADPF 73/DF (Recursos à saúde); ADPF 77/DF; ADPF 77/DF; ADPF 77/DF (Índice de correção monetária); ADPF 97/PA (Vencimento-base dos servidores). ADC 12/DF. Registre-se que dos 16 pedidos de intervenção de *amicus curiae* em sede de ADPF, muitos se concentraram nas mesmas arguições, por isso a repetição dos números. LAURENTIIS, Thais Catib de. A caracterização do *amicus curiae* à luz do Supremo Tribunal Federal. Monografia apresentada à Escola de Formação da Sociedade Brasileira de Direito Público – SBDP. São Paulo, 2007, p. 78-88. Disponível em: <

ADIs, 16 ADPFs e 1 ADC, percebeu-se que nas ADIs houve o deferimento de 70 pedidos de intervenção como *amicus curiae*. Das ADPFs em sete foi possibilitada a intervenção do “terceiro enigmático”. Por fim, na ADC houve o deferimento da intervenção daquele.

De tal análise quantitativa, chega-se a conclusão de que o *amicus curiae* esteve presente em 70,70% das ADI e 43,75% das ADPF, que integraram o plano de pesquisa do trabalho monográfico aludido. Com isso, excetuando-se a ADC por não ter número de ações que expressem uma representatividade estatística, já podemos falar em efetividade, ao menos formal, do *amicus curiae* em nossa jurisdição constitucional, visto o seu alto grau de aceitação, em especial, nas ADIs ao ultrapassar 70%, percentual considerável na escala de legitimidade, que garante, ao menos, a possibilidade de influir no livre convencimento motivado dos Ministros ou, tão-somente, pluralizar o debate constitucional.

Doutra banda, passa-se a verificação do aspecto substantivo da efetividade, ou seja, da real influência do *amicus curiae* na formação do convencimento e da tomada de decisão por parte dos integrantes do tribunal, a partir da contribuição técnica dada por aquele.

Assim, imperioso a análise de casos decididos pelo STF. Para otimizar a investigação, escolhemos a ADI 3510/DF, que trata da “Lei de Biossegurança” (Lei n.º 11.105/2005, em especial, no tocante à pesquisa científica com células-tronco embrionárias.

Dito isto, de maneira pontuada, a partir da análise dos votos e do ementário do julgado publicado no DJe do dia 28 de maio de 2010, vol. 2403, p. 134, passamos a demonstrar as influências técnicas decorrentes da intervenção do “terceiro enigmático” e, sobretudo, a guinada identificada no convencimento dos julgadores.

Em tal ADI foram admitidos como *amicus curiae* a Conectas Direitos Humanos; o Centro de Direito Humanos (CDH); o Movimento em Prol da Vida (MOVITAE); o Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero (ANIS); e, a Confederação Nacional dos Bispos do Brasil (CNBB). Essas instituições em suas participações levaram a Corte, respectivamente, uma visão biotecnica na área da medicina e da genética humana, bem como, religiosa, filosófica e ética no tocante à formação da vida humana.

A contribuição dos *amicus curiae* referidos, sobretudo, dos que carregaram a Corte esclarecimentos no campo da certeza científico-tecnológica, resta evidenciada nos votos dos ministros, inclusive, no ementário da decisão recentemente publicada, conforme segue:

“EMENTA:

(...)

I - O CONHECIMENTO CIENTÍFICO, A CONCEITUAÇÃO JURÍDICA DE CÉLULAS-TRONCO EMBRIONÁRIAS E SEUS REFLEXOS NO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DA LEI DE BIOSSEGURANÇA.

As "células-tronco embrionárias" são células contidas num agrupamento de outras, encontradas em cada embrião humano de até 14 dias (outros cientistas reduzem esse tempo para a fase de blastocisto, ocorrente em torno de 5 dias depois da fecundação de um óvulo feminino por um espermatozóide masculino). Embriões a que se chega por efeito de manipulação humana em ambiente extracorpóreo, porquanto produzidos laboratorialmente ou "in vitro", e não espontaneamente ou "in vida". [...] a pesquisa com células-tronco adultas e aquela incidente sobre células-tronco embrionárias. A certeza científico-tecnológica está em que um tipo de pesquisa não invalida o outro, pois ambos são mutuamente complementares.

II - LEGITIMIDADE DAS PESQUISAS COM CÉLULAS-TRONCO EMBRIONÁRIAS PARA FINS TERAPÊUTICOS E O CONSTITUCIONALISMO FRATERNAL.

A pesquisa científica com células-tronco embrionárias, autorizada pela Lei nº 11.105/2005, objetiva o enfrentamento e cura de patologias e traumatismos que severamente limitam, atormentam, infelicitam, desesperam e não raras vezes degradam a vida de expressivo contingente populacional (ilustrativamente, atrofia espinhais progressivas, distrofias musculares, a esclerose múltipla e a lateral amiotrófica, as neuropatias e as doenças do neurônio motor)[...].

III - A PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DO DIREITO À VIDA E OS DIREITOS INFRACONSTITUCIONAIS DO EMBRIÃO PRÉ-IMPLANTO.

[...]

Mas as três realidades não se confundem: o embrião é o embrião, o feto é o feto e a pessoa humana é a pessoa humana. Onde não existir pessoa humana embrionária, mas embrião de pessoa humana. O embrião referido na Lei de Biossegurança ("in vitro" apenas) não é uma vida a caminho de outra vida virginalmente nova, porquanto lhe faltam possibilidades de ganhar as primeiras terminações nervosas, sem as quais o ser humano não tem factibilidade como projeto de vida autônoma e irrepitível. [...] O embrião pré-implanto é um bem a ser protegido, mas não uma pessoa no sentido biográfico a que se refere a Constituição.

IV - AS PESQUISAS COM CÉLULAS-TRONCO NÃO CARACTERIZAM ABORTO. MATÉRIA ESTRANHA À PRESENTE AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE.

É constitucional a proposição de que toda gestação humana principia com um embrião igualmente humano, claro, mas nem todo embrião humano desencadeia uma gestação igualmente humana, em se tratando de experimento "in vitro". Situação em que deixam de coincidir concepção e nascituro, pelo menos enquanto o ovócito (óvulo já fecundado) não for introduzido no colo do útero feminino. O modo de irromper em laboratório e permanecer confinado "in vitro" é, para o embrião, insuscetível de progressão reprodutiva. Isto sem prejuízo do reconhecimento de que o zigoto assim extra-corporalmente produzido e também extra-corporalmente cultivado e armazenado é entidade embrionária do ser humano. Não, porém, ser humano em estado de embrião. [...] Eliminar ou desentranhar esse ou aquele zigoto a caminho do endométrio, ou nele já fixado.

V - OS DIREITOS FUNDAMENTAIS À AUTONOMIA DA VONTADE, AO PLANEJAMENTO FAMILIAR E À MATERNIDADE.

[...] O recurso a processos de fertilização artificial não implica o dever da tentativa de nidação no corpo da mulher de todos os óvulos afinal fecundados [...]. (Grifos nosso)

Desta feita, tem-se por espancada quaisquer dúvidas quanto à efetividade material do instituto do *amicus curiae* na jurisdição constitucional abstrata, visto que, em se tratando de matéria que envolva uma técnica mais apurada, onde aos ministros não é dada a obrigatoriedade do conhecimento, o papel do “terceiro enigmático”, mostra-se imperioso a tomada de decisão. Assim, além da pluralização do debate, o que confere uma maior legitimidade as decisões, evidencia-se a influência daquele no livre convencimento motivado dos julgadores.

Essa conclusão pode ser extraída do caso da ADI que atacava a “Lei de Biossegurança”, conforme referido acima, tendo a mesma sido julgada improcedente, a partir da clareza com que foi posta a certeza científico-tecnológica pelos amigos da corte. Com isso, a Corte, consoante mandamento constitucional, garantiu a liberdade de expressão científica nos termos da lei, possibilitando, por conseguinte, a realização das pesquisas com células-tronco embrionárias para fins terapêuticos, bem como, a fertilização *in vitro*.

4.5 Novos rumos

4.5.1 Admissão da pessoa natural

Constata-se que ainda existe uma resistência por parte da jurisprudência do STF em aceitar a pessoa natural como *amicus curiae*, mediante requerimento ou *sponte propria*.

Por mais que as apreciações dos pedidos de intervenção das pessoas naturais tenham esbarrado, em regra, no requisito da representatividade previsto no § 2º do art. 7º, da Lei nº 9.868/99 – sendo admitida tão-somente a atuação de órgão ou entidade, sob o falho argumento de priorizar a operacionalização e a otimização do trabalho da Corte –, acredita-se numa evolução na jurisprudência em sentido contrário, vez que vivenciamos uma fase em que vem sendo dada maior relevância ao trabalho do intérprete, cabendo a este a construção do Direito.

A exemplo da evolução recente de nossa jurisprudência, podemos citar a admissão do *amicus curiae* em sede de recurso extraordinário, quando instalado a “questão constitucional”. Pois bem. Antes mesmo da promulgação da Lei n.º 11.418/2006, que inseriu o § 6º ao art. 543-A, do CPC, positivando a possibilidade da intervenção do *amicus curiae* no recurso excepcional referido, a jurisprudência do STF já vinha admitido à mesma (RE 416827/SC, Rel. Min. Gilmar Mendes, 21.9.2005)³⁹, sob o argumento de que restado configurada a repercussão geral, tem-se interesse metaindividual que decorre do feito, tão logo, justifica-se a pluralização do debate face ao viés abstrato da decisão, embora a eficácia, num primeiro momento, seja *inter partes*.

Nesta perspectiva evolutiva, alimenta-se a esperança que num futuro próximo, embora em caráter excepcional, o STF passará a admitir o requerimento e a consequente

³⁹ INFORMATIVO STF N° 402, Brasília, 19 a 23 de setembro de 2005.

PLENÁRIO

Concessão de Benefício Previdenciário e Legislação Aplicável

O Tribunal iniciou julgamento de dois recursos extraordinários interpostos pelo INSS nos quais se pretende cassar acórdão de Turma Recursal de Juizado Especial Federal que determinara a revisão da renda mensal de benefício de pensão por morte, com efeitos financeiros correspondentes à integralidade do salário de benefícios da previdência geral, a partir da vigência da Lei 9.032/95, independentemente da norma em vigor ao tempo do óbito do segurado. Por maioria, o Tribunal, considerando a relevância da matéria, e, apontando a objetivação do processo constitucional também em sede de controle incidental, especialmente a realizada pela Lei 10.259/2001 (arts. 14, § 7º, e 15), resolveu questão de ordem no sentido de admitir a sustentação oral da Confederação Brasileira dos Aposentados, Pensionistas e Idosos - COBAP e da União dos Ferroviários do Brasil. Vencidos, no ponto, os Ministros Marco Aurélio, Eros Grau e Cezar Peluso que não a admitiam, sob o fundamento de que o instituto do *amicus curiae* restringe-se ao processo objetivo, não sendo extensível, ao Supremo, que não é Turma de Uniformização, o procedimento previsto no § 7º do art. 14 da Lei 10.259/2001. (Precedentes: RE 416827/SC e RE 415454/SC) STF. RE 416827/SC, Rel. Min. Gilmar Mendes, 21.9.2005.

intervenção da pessoa natural como *amicus curiae*, a partir da aferição da qualidade especial do interessado, que pode se dar através de critérios como notável saber na área técnica em questão, e reputação ilibada; premissas, evidentemente, que conferem um campo amplo de discricionariedade a Corte.

Assim, como o instituto em apreço independe de lei, visto que decorre do próprio princípio democrático, estamos convictos que a mudança de rumo do *amicus curiae* é questão de tempo, devendo o tribunal se ater a ressonância social da matéria discutida ou ao interesse metaindividual, bem como, a existência de pertinência temática na intervenção da pessoa natural e, sobretudo, a contribuição que esta pode conferir a Corte.

4.5.2 Intervenção *sponte propria* do *amicus curiae* na ADPF

Noutro prisma, vimos que o legislador na ADPF, ao menos de maneira expressa, não aceitou a intervenção do órgão ou entidade como *amicus curiae* no procedimento de arguição, ou seja, no diploma específico da ADPF não há regra similar a prevista no § 2º do art. 7º, da Lei n.º 9.868/99.

Destarte, na ADPF a participação do amigo da corte somente é possível quando o relator, no exercício de sua faculdade, em vontade vertical, resolve abrir o procedimento para colher informações de perito ou especialista, mediante designação ou em audiência pública (§ 1º do art. 6º, da Lei n. 9.882/99).

Acontece que a jurisprudência do STF não é uníssona em acatar tal lição sobre o *amicus curiae* em sede de ADPF. Em alguns feitos da relatoria dos ministros Eros Grau e Gilmar Mendes, respectivamente, a visão exegeta ou “presa” ao texto da lei, é desprezada para dar cabo à aceitação sistemática do *amicus curiae* mediante requerimento, aplicando-se a regra do § 2º do art. 7º, da Lei n.º 9.868/99. Por outro lado, em entendimento diametralmente oposto, o ministro Marco Aurélio em processos de sua relatoria tem entendido pela não aplicação de tal regra, visto que assim não quis o legislador, já que em diploma específico deixou de considerar a disposição aludida⁴⁰.

Ultimando, também vislumbramos que, a bem da pluralização do debate constitucional e da legitimação, a jurisprudência do STF tende a se uniformizar no sentido de aceitar a intervenção *sponte propria* do *amicus curiae* na ADPF, como já vem defendendo

⁴⁰ STF. ADPF 54/DF (Rel. Min. Marco Aurélio); ADPF 73/DF (Rel. Min. Eros Grau); e, ADPF 97/PA (Rel. Min. Gilmar Mendes). A partir da análise destas arguições tão logo se percebe a divergência de entendimento entre os ministros no tocante à intervenção *sponte propria* do *amicus curiae* em sede de ADPF.

alguns de seus ministros, mas não só do órgão ou entidade, como também da pessoa natural, a exemplo do que se imagina para ADI e ADC, conforme referido acima.

5 CONCLUSÃO

O Brasil nestes mais de vinte anos de redemocratização vive uma progressiva efetivação da democracia participativa, embora não tenha alcançado o apogeu ainda. Nesta esteira, todos os poderes estatais, seja no desempenho de suas funções típicas ou não, têm imprimido esforços para concretizar os anseios do constituinte originário que fora materializado em nosso Texto Maior.

Como visto, no Judiciário a perspectiva referida não vem sendo diferente. Desde a última década que vem sendo implementada uma política institucional e democratizadora muito contundente, com o fito de romper as barreiras do conservadorismo e aproximar o cidadão de tal estrutura de poder⁴¹.

Em sede de jurisdição constitucional, em particular, de controle abstrato, as Leis nº 9.868/99 e 9.882/99 deram cabo a positivação do instituto do *amicus curiae*, não previsto de maneira expressa em nossa Constituição, embora decorrente do princípio democrático nela consignado, o que garantia sua aplicação independentemente de previsão legislativa.

Como assentado acima, este terceiro que intervém para pluralizar o debate constitucional na qualidade de intérprete não-oficial – consoante brilhante lição de Peter Häberle em sua obra que versa sobre a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição, tem participação relevante, visto que confere maior legitimidade as decisões da Corte, servindo, inclusive, para mitigar a crítica exagerada dos que rebate a tese da legitimidade por investidura por concurso de provas e títulos e advogam a antítese de que o Judiciário não seria poder, sob o argumento de que nenhum dos seus membros foi eleito mediante sufrágio universal, isto é, não dispõem de poderes delegados pelo povo⁴².

Ademais, vimos que, por mais que as leis tenham elencado requisitos de admissão do *amicus curiae* e que o STF tenha se aprofundado no requisito da representatividade, conforma

⁴¹ A bem do princípio da publicidade, uma das provas de tal fenômeno foi à criação da TV e da Rádio Justiça, além do aprimoramento dos mecanismos de comunicação virtual, transmissões em tempo real para todo o Brasil, bem como, canal no *site Youtube*, entre outros.

⁴² Ponto de vista defendido pelo professor doutor em Direito pela UFMG, José Luiz Borges Horta, durante seminário realizado na UFRN/NEPSA, denominado “Uma crítica histórica à fundamentação dos direitos”, em 05 de março de 2010.

demonstra a jurisprudência, podemos considerar a efetividade de tal instituto em sede de jurisdição constitucional de controle abstrato, tanto no aspecto formal quanto material.

Outrossim, mesmo diante da considerável relevância e da constatada efetividade junto ao STF, este “terceiro enigmático” que atua diante da ressonância social ainda precisa ser aprimorado no sentido de que venha a ser admitida a pessoa natural como amigo da Corte, mediante requerimento e não somente através do exercício de faculdade do relator, quando entender por requisitar a presença do experto ou fixar audiência pública. Por derradeiro, acredita-se, ainda, numa consolidação da jurisprudência do STF em torno da aceitação da intervenção *sponte propria* do *amicus curiae* na ADPF.

REFERÊNCIAS

BONAVIDES, Paulo. **A constituição aberta** – Temas políticos e constitucionais da atualidade, com ênfase no Federalismo das Regiões. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

_____. **Curso de direito constitucional**. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

_____. **Teoria constitucional da democracia participativa**. Malheiros: São Paulo, 2001.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Amicus curiae no processo civil brasileiro** - Um terceiro enigmático. São Paulo: Saraiva, 2006.

BUENO FILHO, Edgard Silveira. *Amicus Curiae* – a democratização do debate nos processos de controle da constitucionalidade. In: **Revista Diálogo Jurídico**, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, n.14, jun./ago. 2002. <<http://www.direitopublico.com.br>>, Acesso em 15 jun. 2007.

CUNHA JR, Dirley. A intervenção de terceiros no processo de controle abstrato de constitucionalidade – a intervenção do particular, do co-legitimado e do *amicus curiae* na ADIN, ADC e ADPF. In: DIDIER JR., Fredie; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coords.). **Aspectos Polêmicos e Atuais sobre os terceiros no processo civil e assuntos afins**. São Paulo: RT, 2004.

FERRAZ, Anna Candida da Cunha. O amicus curiae e a democratização e a legitimação da jurisdição constitucional concentrada. In: **Revista do Mestrado em Direito**, Osasco/SP, Ano 8, n. 1, 2008, p. 59. Disponível em: <<http://www.unifieo.br/edificio/index.php/rmd/article/viewFile/185/272>>. Acesso em: 15 mar. 2010.

FILGUEIRA, Fábio Antônio Correia. **O princípio da função social do contrato e o seu controle jurisdicional**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2007.

FUMES, Rodrigo César Paes (Org.). Limites da Democracia. **Contemporâneos** - Revista de Artes e Humanidades, v. 1, p. 1-15, 2007.

HÄRBELE, Peter. **Hermenêutica constitucional** – A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. Trad. de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1997.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Trad. de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

LASSALLE, Ferdinand. **A essência da constituição**. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2000.

LAURENTIIS, Thais Catib de. **A caracterização do amicus curiae à luz do Supremo Tribunal Federal**. Monografia apresentada à Escola de Formação da Sociedade Brasileira de Direito Público – SBDP. São Paulo, 2007, p. 11-12. Disponível em: <http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/298_Monografia%20Thais%20Catib%20-%20amicus%20curiae%20STF.pdf>. Acesso em: 15 mar. 2010.

NOBRE JÚNIOR, Edílson Pereira. Controle de constitucionalidade: modelos brasileiro e italiano (Breve análise comparativa). In: **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 222: p. 143-178, out./dez. 2000.

TELLES JR., Goffredo. **O povo e o poder**: o conselho do planejamento nacional. São Paulo: Malheiros, 2003.

VELLOSO, Carlos Mário da Silva. O Poder Judiciário como poder político no Brasil do século XXI. **Revista Jurídica**, Porto Alegre, p. 5-16, maio 2001.