

**UNIVERSIDADE DO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE
CURSO DE DIREITO
ISADORA DIAS MEDEIROS**

**DA EFETIVAÇÃO DO *AMICUS CURIAE* NA CONSOLIDAÇÃO DA DEMOCRACIA
PARTICIPATIVA BRASILEIRA**

**NATAL - RN
2015**

ISADORA DIAS MEDEIROS

**DA EFETIVAÇÃO DO *AMICUS CURIAE* NA CONSOLIDAÇÃO DA DEMOCRACIA
PARTICIPATIVA BRASILEIRA**

Monografia apresentada como requisito parcial à
obtenção do grau de bacharel em Direito da
Universidade do Estado do Rio Grande do Norte.

Orientadora: Prof^ª. Me. Aurélio Carla Queiroga
da Silva.

**NATAL - RN
2015**

ISADORA DIAS MEDEIROS

**DA EFETIVAÇÃO DO *AMICUS CURIAE* NA CONSOLIDAÇÃO DA DEMOCRACIA
PARTICIPATIVA BRASILEIRA**

Monografia apresentada à Universidade do Estado do Rio Grande do Norte como um dos pré-requisitos para obtenção do grau de bacharel em Direito.

BANCA EXAMINADORA:

Prof.^(a) Me. AURÉLIA CARLA QUEIROGA DA SILVA
UNIVERSIDADE DO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE
Orientadora

Prof.
UNIVERSIDADE DO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE
Membro 1

Prof.
UNIVERSIDADE DO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE
Membro 2

Data da Aprovação _____ de _____ de 2015.

A Deus, pela vida; à minha família, pelo amor incondicional; à Eduardo, pelo imensurável apoio.

AGRADECIMENTOS

À professora Aurélia Carla, não só pela orientação, mas, sobretudo pela incansável dedicação à arte de lecionar.

Ao amigo Francisco André Alves Moura, por ter contribuído para a definição da temática deste trabalho.

Aos meus companheiros de jornada e futuros colegas de trabalho, pelas boas lembranças que carregarei dos tempos de graduação.

Aos professores e funcionários da Universidade do Estado do Rio Grande do Norte, por fazerem desta instituição pública uma referência no ensino superior.

*O grande problema do nosso sistema democrático é que
permite fazer coisas nada democráticas democraticamente.*

José Saramago.

LISTA DE SIGLAS E ACRÔNIMOS

ADC – AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE

ADIN – AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE

ADPF – ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL

CF – CONSTITUIÇÃO FEDERAL

STF – SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

RESUMO

Este trabalho científico destina-se a estudar o *Amicus Curiae* enquanto instrumento de participação social no âmbito da Jurisdição Constitucional. Para tanto, com sustento na doutrina constitucionalista, aborda as formas de expressão do regime jurídico democrático - dos primórdios da Antiguidade até o atual contexto do Neoconstitucionalismo, reescrevendo a linha mestra do princípio democrático. Recorrendo-se às Leis n. 9.868/99 e 9.882/99, abordar-se-ão os requisitos de admissibilidade da figura jurídica do “Amigo da Corte” em sede de controle concentrado de constitucionalidade e, a partir de uma análise jurisprudencial dos julgados do Supremo Tribunal Federal, analisar-se-á o grau de permeabilidade social da Corte Constitucional Brasileira quando da aplicação e interpretação das normas constitucionais.

PALAVRAS-CHAVE: *Amicus Curiae*. Jurisdição Constitucional. Princípio Democrático.

ABSTRACT

This research is based on the study of *Amicus Curiae* as an instrument of social participation in the Constitutional Jurisdiction ambit. Therefore, a literature review will be realized through the use of dialectical and deductive methods, which is supported by the constitutional doctrine, and will be an opportunity for the historical-evolutionary understanding of the ways of expression of the democratic juridical system – from beginnings of antiquity to the present context of Neoconstitutionalism, rewriting the guideline of the democratic principle. Enforcing the n. 9.868/99 and n. 9.882/99, it will address the admissibility requirements of the juridical form of “Friends of the Court” in the seat of concentrated control of constitutionality and, from a jurisprudential analysis of the trial of the *Supremo Tribunal Federal*, and it will be analyzed the degree of social mobility of the Brazilian constitutional Court in the application and interpretation of constitutional norms.

KEYWORDS: *Amicus Curiae*. Constitucional Jurisdiction. Democratic Principle.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	12
2. DA EVOLUÇÃO CONCEITUAL DO PRINCÍPIO DEMOCRÁTICO	16
3. A DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL COMO EXTENSÃO DA DEMOCRACIA DELIBERATIVA	30
3.1 DO PROCEDIMENTO ADOTADO POR UMA CORTE CONSTITUCIONAL DELIBERATIVA	32
4. JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E DEMOCRACIA: O PAPEL DA CORTE CONSTITUCIONAL BRASILEIRA	35
5. O <i>AMICUS CURIAE</i> ENQUANTO CONCILIADOR DO CONSTITUCIONALISMO E DA DEMOCRACIA	42
5.1. CONCEITO, NATUREZA JURÍDICA E ORIGEM DO INSTITUTO	43
6. APLICAÇÃO DO INSTITUTO DO <i>AMICUS CURIAE</i> EM SEDE DE CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE	55
6.1. DO CONTROLE JUDICIAL DE CONSTITUCIONALIDADE	55
6.2. DA AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL EXPRESSA DO INSTITUTO E DA NECESSIDADE DE UMA INTERPRETAÇÃO SISTEMÁTICA DAS LEIS 9.868/99 E 9.882/99	61
6.3. DOS REQUISITOS AUTORIZADORES PARA APLICAÇÃO DA FIGURA JURÍDICA DO <i>AMICUS CURIAE</i>	66
6.4. DA (IR) RECORRIBILIDADE DA DECISÃO QUE INADMITIR A PARTICIPAÇÃO DO <i>AMICUS CURIAE</i> EM SEDE DE INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL	70
6.5. DO MOMENTO PROCESSUAL DA INTERVENÇÃO E DO PRAZO PARA MANIFESTAÇÃO	72
6.6. DOS PODERES CONFERIDOS AO COLABORADOR DA CORTE CONSTITUCIONAL	76
6.7. A JURISPRUDÊNCIA DO PRETÓRIO EXCELSO E A PARTICIPAÇÃO SOCIAL NO ÂMBITO DA CORTE CONSTITUCIONAL BRASILEIRA	77

	11
7. CONCLUSÃO	83
REFERÊNCIAS	85
ANEXOS	97

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho aborda o instituto do *Amicus Curiae* como um dos instrumentos de efetivação da Democracia Deliberativa no âmbito da Jurisdição Constitucional, relevando-se necessário em razão da atuação (majoritária e contra majoritária) da Corte Constitucional Brasileira, no sentido de definir, inúmeras vezes, políticas de cunho social.

Nesse *mister*, questiona-se a legitimidade da Jurisdição Constitucional de agir enquanto órgão proativo e transformador do meio social, para, desconstruindo a ideia de democracia como vontade de maiorias ocasionais, bem como restringida ao sufrágio universal, construir um conceito de Democracia Deliberativa e abordar, *a posteriori*, a Democracia Constitucional como extensão daquela.

A análise científica parte da concepção de que a democracia pauta-se no resguardo aos direitos e garantias fundamentais não só da maioria, mas, sobretudo, de grupos minoritários, para defender o importante papel desempenhado pelo Supremo Tribunal Federal (STF) na “representação do povo ausente” e na efetivação do princípio democrático. Nestes termos, se defende a legitimidade da Suprema Corte para agir de forma contra majoritária, desde que com isso os direitos e garantias fundamentais consagrados no Texto Maior sejam resguardados e efetivados.

Entretanto, ressalta-se a relevância da inserção de instrumentos de participação social no âmbito das deliberações da Corte Constitucional. Isto porque, se o Estado Constitucional de Direito repousa suas bases na soberania popular, imprescindível se faz que qualquer instituição de poder, seja órgão judicante ou não, pautar sua atuação em observância às necessidades e interesses sociais.

Nesse ínterim, aborda-se o instituto do *Amicus Curiae* como alternativa a crise de representatividade no âmbito da Suprema Corte Constitucional, bem como mecanismo de valorização do pluralismo cultural e ideológico tão evidente na sociedade hipercomplexa brasileira, posto que, através de sua aplicação, diversos segmentos da sociedade civil poderão prestar informações indispensáveis aos julgamentos das controvérsias constitucionais.

A temática a ser desenvolvida foi escolhida com objetivo de desenvolver um senso crítico acerca do que consiste o princípio democrático; até que ponto a Corte Constitucional Brasileira pode atuar de forma contra majoritária e como a sociedade civil pode interferir nos processos decisórios do Supremo Tribunal Federal.

Pari passu, a relevância da pesquisa se assenta na necessidade de se desconstruir a

ideia clássica na antiga teoria hegemônica de que a democracia se restringe ao sufrágio universal e a vontade de maiorias ocasionais, obtidas pelo viés da representatividade, almejando estimular o debate acadêmico, com nuances dialéticas, para a recepção dos instrumentos de democracia participativa, cujo influxo revigorante poderá contribuir decisivamente para o aumento da atuação cidadã em assuntos ligados à governabilidade do país, condigno com os princípios constitucionais da igualdade e justiça social.

Quanto à metodologia a ser utilizada, esta será, predominantemente, bibliográfica, visto que se pretende analisar a doutrina constitucionalista pátria que verse sobre o instituto jurídico do *Amicus Curiae*; a legislação aplicável, bem como a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal em situações de admissibilidade do referenciado instrumento de permeabilidade social. Destarte, a pesquisa abarca a análise da Constituição Federal; das Leis n. 9.868/99 e 9.882/99; de livros específicos sobre a temática da Democracia Deliberativa e da figura jurídica do *Amicus Curiae*; livros clássicos de Direito Constitucional; artigos científicos, bem como periódicos.

No que tange ao método de abordagem científico do estudo em comento, para alcançar os objetivos apresentados, serão utilizados o método dialético e o dedutivo. E, na construção da monografia em referência, serão observadas as orientações estabelecidas pela Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), adotadas por esta Instituição de Ensino, seguindo-se ainda o que prescreve o Projeto de Políticas Pedagógicas, que, de acordo com programa de disciplinas ofertadas, fornecerá as condições necessárias para o desenvolvimento do presente trabalho.

No primeiro capítulo, analisar-se-á a evolução conceitual do princípio democrático, superando, paulatinamente, a restrita definição de democracia representativa e construindo, *a posteriori*, a concepção de que o regime político democrático tem o dever de permitir e instrumentalizar o cidadão a participar ativamente das decisões proferidas nas instâncias de poder. Outrossim, destacar-se-á como essência da democracia deliberativa o respeito e a promoção dos direitos e garantias fundamentais dos membros da comunidade política, independente da vontade das maiores ocasionais.

Abordar-se-á, em seguida, a democracia constitucional como extensão da democracia deliberativa e as medidas a serem tomadas por um Tribunal Constitucional para que este seja considerado uma Corte Deliberativa por excelência. *Pari passu*, em capítulo próprio, destacará o papel do Pretório Excelso na promoção e efetivação dos direitos fundamentais dos grupos minoritários.

Entrementes, invocar-se-á o *Amicus Curiae* como instrumento jurídico apto a tornar

as decisões do Supremo Tribunal Federal permeáveis à opinião pública, conferindo, assim, legitimidade aos seus pronunciamentos. Para familiarizar o leitor com a figura jurídica constantemente referenciada no último capítulo da pesquisa, ora proposta, realizar-se-á uma contextualização quanto ao conceito, natureza jurídica e origem do “Amigo da Corte”.

Ao final, examinar-se-á o controle judicial de constitucionalidade, nas modalidades difusa e concentrada, para, *a posteriori*, depurar a aplicabilidade do instituto jurídico do *Amicus Curiae* em sede de controle concentrado de constitucionalidade. Nestes termos, com respaldo normativo na Lei nº 9.868/99 - que trata da ação direta de inconstitucionalidade e declaratória de constitucionalidade - e Lei nº 9.882/99 - que dispõe sobre a arguição de descumprimento de preceito fundamental, além de posicionamentos doutrinários e jurisprudências sobre a matéria, elencar-se-á os requisitos indispensáveis para a admissibilidade interventiva do terceiro enigmático, quais sejam: representatividade, autoridade do pretense Amigo da Corte, relevância da matéria e utilidade prática de sua intervenção.

Partindo-se da concepção de que o ingresso do terceiro no processo de interpretação constitucional depende da discricionariedade do ministro relator, defender-se-á a ilegitimidade do *Amicus Curiae* em recorrer da decisão que inadmitir o seu ingresso no processo objetivo de constitucionalidade. Entretanto, jurisprudências do STF, com posicionamentos diversos, serão apresentadas para evidenciar a ausência de entendimento pacífico sobre a temática.

Diante de lacuna legislativa quanto ao momento processual de intervenção do “Amigo da Corte”, invoca-se o mais recente posicionamento do Pretório Excelso, segundo o qual o ingresso do terceiro desinteressado poderá ser realizado até o início do julgamento da controvérsia constitucional. Por outro lado, uma vez admitida à intervenção do *Amicus Curiae*, terá este o prazo de trinta dias para se manifestar, conforme norma do parágrafo único do art. 6º, da Lei n. 9.868/99.

Quanto aos poderes conferidos ao “Amigo da Corte”, buscar-se-á demonstrar o grau de importância de sua atuação em face do Judiciário brasileiro e, ainda, os delineamentos das normas do § 2º do art. 7º, da Lei n. 9.868/99 e § 2º do art. 6º, da Lei n. 9.882/99, bem como do art. 131 do Regimento Interno da Suprema Corte Constitucional para reconhecer a possibilidade de o terceiro apresentar suas razões oralmente ou por meio de memoriais.

Por fim, acurar-se-ão os 3 (três) mais expressivos julgados do STF, em que fora admitida a intervenção do *Amicus Curiae*, em sede de interpretação constitucional, com a finalidade de destacar a relevância do terceiro enigmático para o enriquecimento do debate constitucional e o aperfeiçoamento da jurisprudência nacional.

Não obstante o caráter democratizante dos pronunciamentos judiciais quando da aplicabilidade do instituto jurídico em comento, esta pesquisa acadêmica, em razão de seu recorte metodológico, destina-se a estudar a aplicação do “Amigo da Corte” em sede de controle concentrado de constitucionalidade, não exaurindo, portanto, as discussões acerca dos meios de democratização do Judiciário.

2. DA EVOLUÇÃO CONCEITUAL DO PRINCÍPIO DEMOCRÁTICO

Antes de se debruçar na temática da crise de legitimidade das deliberações do Supremo e da importância de se utilizar o instituto do *Amicus Curiae* com o fito de se democratizar as decisões da referenciada Corte Constitucional, não se pode olvidar de, *a priori*, traçar um estudo histórico acerca da evolução conceitual do termo democracia, tendo em vista este vocábulo ser comumente utilizado sem qualquer manejo científico, para só *a posteriori* tratar especificadamente do tema objeto do presente estudo.

Jean Jacques Rosseau, em análise literal do termo, definira democracia como governo de todos, sem intermediadores da vontade geral. Defendia o genebrino que a soberania reside no povo em união¹ e que sua vontade geral não poderia ser transferida ou representada. Acrescentou, ademais, que a representação serviria apenas para escravizar o povo, o qual, recolhido ao comodismo da escravidão, entregaria a terceiros eleitos a responsabilidade de executar os negócios do governo. Nesses termos, entendia Rosseau que a liberdade estava atrelada à possibilidade do cidadão participar ativa e diretamente das políticas de governo; de se submeter a leis por ele mesmo ratificadas, enquanto soberano, e, para ele, enquanto cidadão².

Partindo do conceito literal de democracia, o referenciado genebrino chegou até mesmo a defender que Atenas sequer conheceu o regime democrático; ao revés, a antiga polis grega, conforme o supracitado teórico, teria vivenciado uma aristocracia tirânica, governada por oradores e eruditos³. Isto porque, excluindo as mulheres, crianças e estrangeiros do *status* de cidadão, o Estado ateniense permitia que apenas pequena parcela de sua população deliberasse acerca dos assuntos políticos e jurídicos. Entretanto, a vontade geral ficava à mercê da vontade particular daqueles que, em Assembleia, apresentasse o discurso mais convincente aos votantes. A vontade geral, portanto, se sujeitava a vontade particular dos melhores oradores.

Em *Do Contrato*, Rosseau distinguiu os três níveis de vontade, a saber:

Há comumente muita diferença entre a vontade de todos e a vontade geral. Esta se prende somente ao interesse comum; a outra, ao interesse privado, e não passa da soma das vontades particulares. Quando se retiram, porém,

¹ ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social e ensaio sobre a origem das línguas**. Trad. de Lourdes Santos Machado. São Paulo: Nova Cultural, 1997, p. 95. [Coleção – Os Pensadores, Vol. 1].

² ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Considerações sobre o Governo da Polônia e sua reforma projetada**. Trad. Luiz Roberto Salinas Fortes. São Paulo: Brasiliense, 1982, p. 25 [Edição Bilingue].

³ ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do Contrato Social e Ensaio sobre a origem das línguas**. Trad. de Lourdes Santos Machado. São Paulo: Nova Cultural, 1997, p. 155.

dessas mesmas vontades, os a-mais e os a-menos que nelas se destroem mutuamente, resta, como soma das diferenças, a vontade geral.

A vontade geral, portanto, compreende a vontade do corpo político, que abarca a totalidade dos cidadãos. A vontade particular, por sua vez, se restringe a um indivíduo ou grupo de indivíduos, ao passo em que a vontade de todos consiste no somatório de todas as vontades particulares. Na visão rosseauiana, entretanto, a vontade geral só poder ser estabelecida legitimamente no âmbito de um Estado republicano, o qual, conforme advertiu, está relacionado à concretização de interesses de cunho coletivo. Estes, ademais, devem sempre se sobrepor as vontades e interesses particulares⁴.

Nesses termos, torna-se notório que, sob a ótica rosseauiana, o cidadão constitui um membro de um corpo político, de modo que sua existência se identifica com o todo; sua vontade atrela-se à geral⁵. A liberdade, como já dissertado, resumia-se a consciência de que as leis impostas à sociedade eram ratificadas pelos próprios membros. Outrossim, a noção de democracia como possibilidade de exercício do poder diretamente pelos seus detentores, o povo, refletia a ideia de liberdade apregoada pelo genebrino.

Destarte, no transcorrer da história, a definição de democracia foi paulatinamente alterada. O que antes era definido como participação direta do povo na vontade governativa, hodiernamente, está, cada vez mais, relacionado à representatividade política. O que antes era duramente criticado por Rousseau – a representação da vontade geral –, hoje é apontado pelos constitucionalistas como indispensável para a manutenção do próprio princípio democrático. Isto porque o conceito atual de democracia se assemelha as bases do Estado republicano traçadas pelo teórico genebrino. O princípio democrático assenta-se na finalidade social do Estado. O Estado Democrático, por seu turno, consiste naquele que empreende esforços para a concretização da vontade geral, seja através da participação direta ou indireta dos cidadãos nos processos decisórios.

Dissertando sobre o princípio democrático na modernidade, Benjamim Constant afirma que o cidadão, inserido em um novo contexto social, não mais atrela sua liberdade à supremacia do corpo político, mas à sua própria individualidade. Nesses termos, sente-se livre aquele que dispõe de tempo para tratar de seus interesses particulares, tendo a certeza, entretanto, de que seus representantes tratarão dos assuntos políticos-administrativos⁶. Essa

⁴ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social e Discurso sobre a economia política**. Trad: Marcio Pugliesi e Norberto de Paula Lima. São Paulo: Hermus, sem data (sd), 151.

⁵ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Emílio ou da Educação**. Trad. De Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martins Fontes, 1995, p. 11.

⁶CONSTANT, B. Da liberdade dos antigos comparada a dos modernos. In: **Revista Filosofia Política**, nº 2,

nova concepção de liberdade é um reflexo de direitos conquistados na modernidade e que, portanto, não foram reconhecidos pelos antigos. Consoante dispõe Constant, são eles⁷:

[...] o direito de não se submeter senão às leis, de não poder ser preso, nem detido, nem condenado, nem maltratado de nenhuma maneira, pelo efeito da vontade arbitrária de um ou de vários indivíduos. É para cada um o direito de dizer sua opinião, de escolher seu trabalho e de exercê-lo; **de dispor de sua propriedade, até de abusar dela; de ir e vir, sem necessitar de permissão e sem ter de prestar conta de seus motivos ou de seus passos.** É para cada um o direito de reunir-se a outros indivíduos, seja para discutir sobre seus interesses, seja para professar o culto que ele e seus associados preferem, seja simplesmente para preencher seus dias e suas horas de maneira mais condizente com suas inclinações, com suas fantasias. Enfim é **o direito, para cada um, de influir sobre a administração do governo, seja pela nomeação de todos ou de certos funcionários, seja por representações, petições, reivindicações, às quais a autoridade é mais ou menos obrigada a levar em consideração. (Grifos nossos).**

Da transcrição, se depreende que Constant elevou a liberdade individual ao patamar de primeira necessidade. A preservação de direitos e interesses individuais se apresenta como pressuposto para fruição da própria liberdade política. Esta, sob a ótica moderna, está atrelada ao poder do voto e a possibilidade dos cidadãos fiscalizarem as atividades desempenhadas por seus representantes políticos. Nesses termos, a democracia não estaria restringida às eleições periódicas; ao revés, se estenderia às reivindicações sociais e à fiscalização pelos verdadeiros detentores do poder – o povo.

Nesse sentido, digno de nota posicionamento de Constant⁸ acerca da importância da representatividade política no contexto social da modernidade:

O sistema representativo é uma procuração dada a um certo número de homens pela massa do povo que deseja ter seus interesses defendidos e não tem, no entanto, tempo para defendê-los sozinho. Mas, salvo se forem insensatos, os homens ricos que têm administradores examinam, com atenção e severidade, se esses administradores cumprem seu dever, se não são negligentes, corruptos ou incapazes; e para julgar a gestão de seus mandatários, os constituintes que são prudentes mantêm-se a par dos negócios cuja administração lhes confiam. Assim também os povos que, para desfrutar da liberdade que lhes é útil, recorrem ao sistema representativo, devem exercer uma vigilância ativa e constante sobre seus representantes e reservar-se o direito de, em momentos que não sejam demasiado distanciados, afastá-los, caso tenham traído suas promessas, assim como o de revogar os poderes dos quais eles tenham eventualmente abusado.

Diante do até então exposto, torna-se notório que a definição de democracia se

1985, p. 6.

⁷.Idem, p. 1.

⁸Idem, p.12.

adequa a contextos históricos, possuindo íntima relação com os valores de uma época. Na antiguidade, conforme já dissertado, relacionava-se com o que hoje conhecemos por democracia direta. Destarte, no contexto social hodierno, compreende-se o princípio democrático através de duas vertentes: a direta e a indireta.

Abarcando as duas faces do referenciado princípio, Norberto Bobbio ⁹apresenta a seguinte definição:

[...] por “democracia” se entende um conjunto de regras (as chamadas regras do jogo) que consentem a mais ampla e segura participação da maior parte dos cidadãos, em forma direta ou indireta, nas decisões que interessam a toda a coletividade. As regras são, de cima para baixo, as seguintes: a) todos os cidadãos que tenham atingido a maioria, sem distinção de raça, religião, condições econômicas, sexo, etc., deve gozar dos direitos políticos, isto é, do direito de exprimir com voto a própria opinião e/ou eleger quem a exprima por ele; b) o voto de todos os cidadãos deve ter peso idêntico, isto é, deve valer por um; c) todos os cidadãos que gozam dos direitos políticos devem ser livres de votar segundo a própria opinião, formando o mais livremente possível, isto é, em uma livre concorrência entre grupos políticos organizados, que competem entre si para reunir reivindicações e transformá-las em deliberações coletivas; d) devem ser livres ainda no sentido em que devem ser colocados em condição de terem reais alternativas, isto é, de escolher entre soluções diversas; e) para as deliberações coletivas como para as eleições dos representantes deve valer o princípio da maioria numérica, ainda que se possa estabelecer diversas formas de maioria (relativa, absoluta, qualificada), em determinadas circunstâncias previamente estabelecidas; f) **nenhuma decisão tomada pela maioria deve limitar os direitos da minoria, em modo particular o direito de tornar-se, em condições de igualdade, maioria.**(Grifos nossos)

Da redefinição do princípio democrático, tendo por base o posicionamento de Norberto Bobbio, poder-se-ia afirmar que a democracia se expressa através da intervenção social direta nas políticas de governo, bem como por meio da representatividade política. Esta, conforme defendido por Constant, nasceu da valorização da vida privada e de uma concepção de liberdade atrelada à necessidade de disposição de tempo para tratar de assuntos e interesses de ordem individual.

Destarte, da transcrição acima apresentada, se destaca a posição de Bobbio acerca da necessidade, em um regime político democrático, de se proteger não só os direitos da maioria, mas também de se garantir a proteção aos direitos e interesses de grupos minoritários. Por questões de didática, tal assunto será abordado, posteriormente, em tópico próprio.

Acompanhando a dinâmica da evolução conceitual do termo democracia, Paulo

⁹BOBBIO, Norberto. **Qual socialismo? Debate sobre uma alternativa**. 4. ed. Trad. Iza de Salles Freaza. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2001, p. 55-56.

Bonavides ¹⁰, por seu turno, entende que o referenciado princípio consiste em:

[...] forma de exercício da função governativa em que a vontade soberana do povo decide, direta ou indiretamente, todas as questões do governo, de tal sorte que o povo seja sempre o titular e o objeto, a saber o sujeito ativo e o sujeito passivo de todo poder legítimo.

Por sua vez, apregoa Manoel Gonçalves¹¹:

Numa visão empírica, a democracia contemporânea, ou poliarquia, consiste numa forma de governo em que o povo participa decisivamente da escolha dos seus governantes (eleição), todos os seus integrantes estando em pé de igualdade quanto ao peso de sua participação (voto) e à elegibilidade. É este o traço fundamental: o governo pelo povo (dentro do possível), ou seja, o governo por meio de representantes que o povo elege, a fim de servir os seus interesses.

Por outro lado, conforme ensinamentos de Cezar Saldanha Souza Júnior ¹², a democracia constitui em um sistema político calcado no homem, fundamento e fim da sociedade estatal em que se situa. Na expressão cunhada por Abraham Lincoln ¹³, a democracia atrela-se ao regime político o qual realiza o “governo do povo, pelo povo e para o povo”. Dessa sintética e relevante frase, se extraem os elementos definidores do poder democrático, no contexto sociocultural da contemporaneidade.

Da expressão “governo do povo”, vislumbra-se o princípio da soberania popular, corolário do Estado de Direito, o qual informa que a legitimidade do uso do poder político reside no povo, de modo que a vontade popular deve ser a fonte de emanção das decisões políticas.

Nesse sentido, dispõe o parágrafo único do art. 1º da Constituição da República Federativa do Brasil: “Todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente nos termos desta Constituição.” Elival da Silva Ramos¹⁴ acresce:

Assim, nada mais lógico, à luz do primado da soberania popular, que o povo possa participar do exercício do poder (“governo pelo povo”) e que a utilização do poder, ainda que por meio de representantes, deva ter como beneficiário o próprio povo (“governo para o povo”).

¹⁰ BONAVIDES, Paulo.(1996). A democracia direta, a democracia do terceiro milênio. In: _____. **A Constituição Aberta**. 2 ed. São Paulo: Malheiros, p. 17. *apud* LYCURGO (2006).

¹¹ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2001. p.310.

¹² SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha. **A crise da democracia no Brasil**. Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 3.

¹³ Em discurso proferido em 19 de novembro de 1863, em Gettsburg, afirmou Lincoln: “Democracy, government of the people, by the people, for the people, shall not perish from the Earth”.

¹⁴ RAMOS, Elival da Silva. A ação popular como instrumento de participação política. In: **Revista dos Tribunais**, 1991, p. 17-18.

Diante do exposto, imperioso de faz reconhecer como primeiro elemento conceitual de democracia as instituições que detêm o poder estatal e que devem exercê-lo em consonância com os anseios populares. O Estado de Direito constitui, portanto, esse primeiro elemento conceitual, o qual possui como pilar de sustentação o princípio da soberania popular.

Destarte, no que tange o segundo elemento de caracterização do sistema político democrático, Elival da Silva Ramos destaca a importância de se abordar a finalidade da democracia, visto ter o elemento teleológico um conteúdo axiológico. Nesse sentir, aponta o bem comum como o segundo elemento a integrar o regime democrático, compreendendo aquele, em observância aos ensinamentos do Papa João XXII, no “conjunto de todas as condições de vida social que consintam e favoreçam o desenvolvimento integral da personalidade humana”.¹⁵

Nesse sentido, Cezar Saldanha Souza Júnior, identifica a democracia como um governo para o povo, no qual se busca realizar o bem do povo, o bem comum, “proporcionando as condições necessárias aos membros da comunidade, para que tenha suas exigências básicas (=direitos fundamentais) respeitadas e promovidas”. Ademais, acrescenta que tal regime de governo “tem na Pessoa Humana o seu valor fundamental”, “compreende a Pessoa como princípio e o fim da organização política”. Em resumo, é no regime político democrático, “onde a Pessoa Humana tem vez”.¹⁶

Nesses termos, poder-se-ia afirmar que a finalidade do sistema político democrático é concretizar e resguardar a dignidade da pessoa humana, princípio elevado à qualidade de um dos fundamentos da República Federativa Brasileira pelo constituinte de 1988, conforme previsão no art. 1º, inciso III, da Carta Política¹⁷.

Outrossim, o terceiro e não menos importante elemento integrante do poder democrático, consiste, consoante ensinamentos de Elival da Silva Ramos, na participação política. De acordo com o supracitado teórico, o “governo pelo povo” tem função vital para as instituições democráticas, tal qual o sangue tem para a vida humana¹⁸. Nesse sentido, destaca¹⁹:

¹⁵Idem, p. 19-20.

¹⁶SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha. **A crise da democracia no Brasil**. Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 14-20.

¹⁷“Art. 1º: A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] III- a dignidade da pessoa humana. [...]”. BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, Senado, 1998. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em 25 de março de 2015).

¹⁸RAMOS, Elival da Silva. A ação popular como instrumento de participação política. In: **Revista dos Tribunais**, 1991, p. 20.

¹⁹Idem.

A noção de Estado de Direito é, sob certo ângulo de visão, estático: as instituições governamentais, uma vez unidas pela adesão popular, estão prontas para exercer o devido papel, independentemente de uma vinculação operacional ao povo do qual brotaram. [...] A participação do povo no exercício do poder (o governo pelo povo) é a responsável pela dinâmica do sistema político democrático. Por meio dela o princípio da soberania popular adquire feições concretas no ambiente sócio-político, deixando de ser mera figura de retórica ou algo que interessa apenas no nascedouro das instituições democráticas.

Diante do explanado, faz-se possível concluir que a participação política não constitui mero instrumento de efetivação do bem comum; ao revés, consiste em elemento autônomo que contribui para caracterização e evolução do sistema político democrático. Isto porque, se o poder reside no povo, conforme dispõe o princípio da soberania popular, a ele cabe exercê-lo como seu verdadeiro detentor; entretanto, dentro dos limites impostos pelo poder constituinte.

Pari Passu, sob o prisma de Roberto Amaral²⁰, poder-se-ia afirmar que a democracia não constitui apenas uma modalidade de Estado, um regime político, uma forma de vida; constitui direito da Humanidade, um direito de quarta geração, o qual está intimamente relacionado com a participação social, de modo que, nessa asserção, não haveria democracia sem participação do povo na vontade governativa.

Nesse sentido, merece transcrição o art. 21 da Declaração dos Direitos do Homem da Organização das Nações Unidas, de 1948²¹, o qual eleva a participação política à qualidade de direito fundamental:

- 1º Todo homem tem o direito de tomar parte no governo de seu país, diretamente ou por intermédio de representantes livremente escolhidos.
- 2º Todo homem tem igual direito de acesso ao serviço público de seu país.
- 3º A vontade do povo será a base da autoridade do governo, esta vontade será expressa em eleições periódicas e legítimas, por sufrágio universal, por voto secreto equivalente que assegure a liberdade do povo.

Destarte, digno de nota o posicionamento de Cármen Lúcia Antunes Rocha²² acerca da imprescindibilidade da participação política para o aperfeiçoamento da democracia, *in verbis*:

²⁰ AMARAL, Roberto. A democracia representativa está morta; viva a democracia participativa. In: GRAU, Eros Grau e GUERRA FILHO, Willis Santiago (Org.). **Direito Constitucional**: estudos em homenagem a Paulo Bonavides. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 48-49.

²¹ Declaração Universal de Direitos Humanos adotada e proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948. (NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal de Direitos Humanos**. 10 de dezembro de 1948. Disponível em: <http://www.un.org/es/>. Acesso em: 21 de fevereiro de 2015).

²² ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **República e Federação no Brasil: traços constitucionais da organização política brasileira**. Belo Horizonte: Del Rey, 1996, p. 115.

A democracia, fundamentada em princípio que domina as formas de convivência política, traduz-se na convicção mais sedimentada, hoje aceita, que todo homem é titular do direito fundamental de participar politicamente de sua cidade. Mais ainda, do direito de ter uma participação efetiva e operosa em benefício de si mesmo e do outro em qualquer parte do Planeta, em qualquer cidade, onde haja homens a lutarem pelos seus direitos. [...] Não há democracia sem que o direito fundamental à participação política, social e econômica esteja plenamente assegurado. Não há participação política sem que o traçado da democracia se mostre firme.

Da transcrição, extrai-se uma nova concepção de cidadania e, via de consequência, de democracia: o cidadão não mais se restringe a um sujeito dotado de nacionalidade que, nos limites de um sistema jurídico positivo, adquire condições de exercer determinados direitos políticos. Ao revés, a cidadania, no cenário da globalização, possui contornos transnacionais; os cidadãos globais atuam politicamente com o intuito de resguardar e efetivar direitos que transcendem à esfera jurídica das nações – os direitos inerentes à pessoa humana.

Nesses termos, ainda destaca Cármen Lúcia²³ que a participação política, reconhecida como direito fundamental do homem, não é afastada em razão da circunstância de não ser nacional. Apenas o exercício de alguns direitos, dentre eles o de votar e o de ser votado, continuam a ser conferidos pelos sistemas jurídicos a sujeitos dotados de algumas condições especificadas em lei.

Destarte, não se pode olvidar de que “o direito político traz em sua essência a natureza paralela e indissociável também de dever político, pelo que não se cuida de mera faculdade posta ao sabor instantâneo do indivíduo”²⁴. O direito fundamental à participação política constitui, portanto, em um direito-dever de todo e qualquer cidadão, de modo que todos e cada um dos membros da comunidade política têm o dever de atuar em nome e em prol do ambiente coletivo em que se encontram inseridos.

Sob essa perspectiva, acrescenta a Ministra do Supremo²⁵ que não há como se efetivar plenamente direitos difusos e coletivos sem a presença atuante do cidadão; sem que este desempenhe seu papel político. O silêncio das praças tornam ineficazes as normas preexistentes, assim como as políticas de cunho social, razão pela qual existirem inúmeros instrumentos, nos sistemas normativos, de ação do cidadão no exercício direto do poder político.

Nesse sentido, destaca-se o posicionamento de John Stuart Mill²⁶:

²³Idem, p.121.

²⁴Idem, p.128.

²⁵Idem, p.129-130.

²⁶MILL, J. S. **Considerações sobre o governo representativo**. Trad. de Manuel Inocêncio de Lacerda Santos Jr.

[...] as instituições representativas são de pouco valor, e podem ser mero instrumento da tirania ou da intriga, quando a generalidade dos eleitores não está suficientemente interessada em seu próprio governo para dar-lhe seu voto, ou quando a maioria dos eleitores, quando votam, não o fazem segundo os interesses do bem público, mas o fazem por dinheiro ou por indagação de pessoa influente, que por razões particulares pretendem favorecer. A eleição popular praticada dessa maneira, ao invés de ser uma garantia contra o mau governo, representa uma engrenagem adicional no seu mecanismo.

Por outro lado, relevante destacar que o fortalecimento das instituições democráticas através da utilização de instrumentos de democracia direta ou semidireta, quando aplicados em consonância com os direitos e garantias fundamentais não só da maioria, mas, sobretudo de grupos minoritários, afasta o risco da ascensão de regimes autoritários, visto que, consoante ensinamentos de Dalmo Dallari²⁷:

[...] se o povo não tem participação direta nas decisões políticas e se, além disso, não se interessa pela escolha dos que irão decidir em seu nome, isso parece significar que o povo não deseja viver em regime democrático, preferindo submeter-se ao governo de um grupo que atinja os postos políticos por outros meios que não as eleições.

Diante do até então explanado, é de bom alvitre destacar que o regime democrático, pautado no Estado de Direito, no bem comum e na participação política como direito-dever do cidadão, não pode e não está adstrito à democracia representativa. Ao revés, a representatividade política constitui apenas uma das facetas do regime democrático, consistindo a deliberação social em elemento essencial para a expansão e evolução das sociedades democráticas.

Sob um ponto de vista convergente, adverte Roberto Amaral²⁸ que a democracia deliberativa tem como ponto de partida a democracia representativa; destarte, o engajamento do cidadão nos processos deliberativo, administrativo ou parlamentar, não suplantou o regime político representativo, mas o aperfeiçoou, remodelando a própria concepção de cidadania, há muito limitada às questões relativas ao sufrágio universal e ao direito de votar e de ser votado.

Acerca da reformulação da cidadania através da participação social, a Ministra Cármen Lúcia pondera: “A cidadania repensada e revivida nos dias atuais não mais se expressa na fórmula do poder apenas ‘exercido em nome do povo.’ Ele é hoje e cada vez mais exercido pelo próprio povo.”²⁹ Nesses termos, a cidadania sob a veste da deliberação social

Brasília: Ed. Universidade de Brasília, 1981, p.8 (Coleção Pensamento Político 19).

²⁷DALLARI, Dalmo de Abreu. **O renascer do direito**. 2. ed. São Paulo : Saraiva, 1990, p. 131.

²⁸AMARAL, Roberto. **Socialismo e Democracia**. Brasília: Fundação João Mangabeira, 2011, p. 140.

²⁹ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **República e Federação no Brasil: traços constitucionais da organização**

não se limita a defender o exercício do poder político para o povo, mas busca, através de mecanismos de participação direta, aplicar o direito fundamental à participação política no âmbito de todas as esferas de poder.

Reconhecendo a participação política como direito fundamental, o constituinte de 1988 não só positivou a cidadania como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil³⁰, como também permitiu, através de uma interpretação conforme a Constituição, a ampliação de seu conceito.

Nesse sentido, dispõe Cármen Lúcia Antunes Rocha³¹ :

Nessa Lei Fundamental de 1988, a cidadania significa o *status* constitucionalmente assegurado ao indivíduo de ser titular do direito à participação ativa na formação da vontade nacional, na concretização dessa vontade transformada em Direito definidor, tanto da institucionalização do Poder quanto da limitação das liberdades públicas, e no controle das ações do poder.

Para que a sua participação seja livre, igual e eficiente, no sentido de impor-se como fundamento da Democracia, é que se constitucionalizam os direitos políticos que enfeixam o estatuto fundamental da cidadania.

Diante do exposto, torna-se notório que a participação política não constitui mero elemento caracterizador do regime democrático; constitui, também, direito-dever político fundamental, cuja aplicabilidade se revela de essencial importância para efetivação e solidificação do princípio democrático.

Nesse *interim*, faz-se cada vez mais necessário estudar os instrumentos de democracia direta como meio de se fortalecer o regime político democrático e, via de consequência, superar a crise de representatividade política vislumbrada, conforme elencado por Lígia Helena Hahn Luchmann³², em referência à L.F. Miguel, através das seguintes características gerais:

[...] declínio do comparecimento eleitoral; ampliação da desconfiança dos cidadãos com relação às instituições políticas; esvaziamento dos partidos políticos, por meio, entre outros, da burocratização de suas estruturas internas e crescente interferência da mídia junto ao processo eleitoral.

política brasileira. Belo Horizonte: Del Rey, 1996, p. 124.

³⁰ Art. 1º: A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] II – a cidadania [...]”. (BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília, DF, Senado, 1998. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em 25 de março de 2015).

³¹ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **República e Federação no Brasil: Traços constitucionais da organização política brasileira.** Belo Horizonte: Del Rey, 1996, p. 131.

³² LUCHMAN, Lígia Hahn. Democracia deliberativa, pobreza e participação política. *In: Política & Sociedade*, nº 11, outubro de 2007.

Essa crise de representação política é um fenômeno mundial, o qual tem como essência a ilegitimidade do poder político, expressada, consoante Alexandre de Moraes: na “incapacidade dos partidos em filtrar as demandas e reclamos sociais e transformá-los em decisões políticas”³³.

Destarte, conforme apontado pelo referenciado autor, as principais causas da crise da democracia representativa são: o desvirtuamento da proporcionalidade parlamentar, o total desligamento do parlamentar com seu partido político, bem como a ausência de regulamentação na atuação dos grupos de pressão perante o Parlamento³⁴.

No que tange a proporcionalidade parlamentar, adverte que este princípio informa a necessidade de cada partido político ser representado no Parlamento conforme a sua força numérica na sociedade, de modo a refletir no Legislativo as inúmeras ideologias presentes na comunidade política. Entretanto, denuncia a aplicação desvirtuada da referida norma genérica no âmbito do sistema jurídico brasileiro. Isto porque a Constituição Federal de 1988 determina, no § 1º do art. 45³⁵, no ano anterior às eleições, a realização de ajustes necessários, para que nenhuma das unidades da Federação tenha menos de oito ou mais de setenta deputados, o que termina “por perpetuar a existência de graves distorções em relação à citada proporcionalidade, favorecendo Estados-membros com menor densidade demográfica em prejuízo dos mais populosos, e acabando por contradizer a regra democrática básica da igualdade do voto”³⁶.

Por seu turno, o total desligamento do parlamentar com seu partido político após o período eleitoral revela que, não raras vezes, os ditos representantes do povo se utilizam de meras legendas de aluguel para conseguirem vencer as eleições. Não há o compromisso se efetivar a ideologia e os ideais do partido; busca-se a investidura na função pública. Tão somente.

Tais fatores acabam por distanciar a vontade dos governados de seus representantes, abrindo espaço para a atuação de organizados grupos de pressão no âmbito da atividade

³³MORAES, Alexandre de. **Jurisdição Constitucional e tribunais constitucionais; garantia suprema da constituição**. 2. Ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 49.

³⁴Idem, p. 53-54.

³⁵Art. 45: A Câmara dos Deputados compõe-se de representantes do povo, eleitos, pelo sistema proporcional, em cada Estado, em cada Território e no Distrito Federal. § 1º- O número total de Deputados, bem como a representação por Estado e pelo Distrito Federal, será estabelecido por lei complementar, proporcionalmente à população, procedendo-se aos ajustes necessários, no ano anterior às eleições, para que nenhuma daquelas unidades da Federação tenha menos de oito ou mais de setenta Deputados”. (BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, Senado, 1998. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em 25 de março de 2015).

³⁶MORAES, Alexandre de. **Jurisdição constitucional e tribunais constitucionais; garantia suprema da constituição**. 2. Ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 54.

parlamentar, substituindo, paulatinamente, a produção legislativa como resultado da vontade soberana do povo pela vontade de determinados grupos sociais.³⁷

A origem da crise de representatividade política, por seu turno, nos remete a uma análise dos elementos caracterizados do Estado Liberal e Social de Direito e os efeitos da transição daquele modelo econômico-jurídico para este último, tendo em vista que³⁸:

Diferentemente do Estado Liberal, em que o Poder Legislativo, enquanto detentor da vontade geral do povo, predominava entre os demais poderes, a partir do Estado Social, o Poder Executivo vem assumindo, cada vez mais, o papel de grande empreendedor das políticas governamentais, relegando a segundo plano o Parlamento e, conseqüentemente, os partidos políticos, e fazendo surgir, com mais força e vitalidade, por absoluta necessidade prática, outros atores da competição política. Assim, a idéia básica do Estado Liberal, em que a crença da soberania popular e da representação política permaneciam intocáveis, como instrumentos infalíveis da participação da sociedade no poder, foi afastada pela chegada do Estado Social, demonstrando, claramente, que, diante das grandes transformações socioeconômicas, os representantes do povo muito pouco decidem, e os que decidem carecem de grande representatividade política.

Portanto, o cerne da referenciada crise se assenta na posição de destaque que o Poder Executivo conquistou, em detrimento do Legislativo, a partir da implantação do Estado Social de Direito, em razão da necessidade de atuação da Administração Pública na efetivação de direitos até então previstos e assegurados apenas no plano simbólico. Destarte, as forças sociais, paulatinamente, convergiam (e ainda convergem) para mudanças e avanços no campo socioeconômico, de modo que, não obstante os representantes políticos serem escolhidos pelo povo através do voto direto, secreto e universal, não raras vezes constata-se um descompasso entre os anseios sociais e as deliberações políticas, retirando, assim, a legitimidade destas.

Corroborando com as ideias relativas à crise de representatividade política, mas sob outro ângulo de visão, Jacques Genéreux, referenciado por Marco Aurélio Marrafon³⁹ em

³⁷ Sob esse viés, acrescenta a professora Aurélia Carla Queiroga da Silva: “A propalada crise no modelo representativo denuncia o sentimento coletivo comum em muitas nações politicamente organizadas da falta de legitimidade na qual se revestem os Estados, em plena era contemporânea, de maneira tal que há uma nítida sensação de distanciamento entre representantes e representados. Somado a isto é perceptível, a forte tendência dos partidos políticos de monopolizar a ação política, favorecendo a formação de oligarquias, mediante a composição de comitês dirigentes altamente burocratizados, cujos desígnios nem sempre atuam na elaboração de leis para o benefício do povo que o elege através do povo”. (SILVA, Aurélia Carla Queiroga da. **Iniciativa popular na concretização do direito fundamental à democracia**. Natal: Repositório da UFRN, 2013, p. 33. Disponível em: <http://repositorio.ufrn.br:8080/jspui/bitstream/123456789/13974/1/AureliaCQS DISSERT Parcial.pdf> Acesso em 28 de março de 2015).

³⁸ Idem, p. 47.

³⁹ MARRAFON, Marco Aurélio. Jurisdição constitucional em tempos de horror político. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda, MORAIS, José Luis Bolzan, STRECK, Lênio Luiz (organizadores). **Estudos constitucionais**. Rio de Janeiro/São Paulo/Recife: Renovar, 2007, p. 262-263.

artigo intitulado “Jurisdição Constitucional em tempos de 'horror político’”, afirma encontrarmos-nos em estado de “horror político”.

Conforme adverte, a economia de mercado contribui para uma cultura de exploração em detrimento da partilha, da solidariedade social; as escolhas políticas se assentam em interesses particulares e de autopromoção, o debate político não perquire o bem comum, mas estimula os políticos a atuarem como empresários os quais tem por finalidade precípua a manutenção do poder. Ademais, a ausência de relevantes debates públicos e de ações de promoção do bem comum levam a rejeição da atividade governativa e parlamentar.

Por seu turno, essa rejeição, materializada na apatia e aversão ao discurso político, enfraquece o regime político democrático, bem como possibilita que os cidadãos se tornem vulneráveis ao discurso fácil que tanto pode assumir um viés populista, quanto fascista.

O diagnóstico do chamado “horror político” revela a lógica do individualismo liberal e da competição, os quais contribuem para a disseminação de uma ideologia coletiva onde as pessoas não medem esforços para atingir seus objetivos, independentemente dos meios empregados.

Nessa conjuntura, faz-se possível observar que a atividade política pautada no pensamento economicista demonstra pouco interesse na concretização dos direitos sociais constitucionalmente assegurados na Carta Política de 1988. O que se busca, ao revés, é a satisfação de interesses de grupos político-econômicos minoritários.

Nesses termos, merece transcrição o posicionamento de Jacques Genéreau⁴⁰ a respeito:

[...] vários governos abandonaram progressivamente a lógica dos lucros coletivos, alguns chegaram até a se comportar como se o encorajamento do lucro privado constituísse o objetivo da atividade pública, o que, pelos próprios termos, é um enorme contra-senso.

Doravante, não se pode olvidar de que o retorno às instituições formais básicas do regime político democrático não tem se mostrado suficiente para solucionar as problemáticas de exclusão e de desigualdades sociais⁴¹. A *contrario sensu*, a ativação da cidadania por meio de mecanismos de democracia direta tem o condão de suplantar a errônea ideia de que a participação política é privativa de políticos profissionais, assim como instrumentalizar os

⁴⁰GENÉREUX, Jacques. O horror não é econômico. Trad. Eloá Jacobina. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1988, p. 38.

⁴¹DAGNINO, E. Sociedade civil, espaços públicos e a construção democrática no Brasil: limites e possibilidades. In: _____. (org.). **Sociedade civil e espaços públicos no Brasil**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2002.

cidadãos para o exercício do poder político, através do qual poderão controlar e fiscalizar as políticas de cunho social.

Entretanto, para que a vontade governativa não expresse apenas a vontade de grupos pressão, necessário se faz a atuação da Jurisdição Constitucional como poder responsável pela compatibilização da atividade legislativa às normas asseguradoras de direitos e garantias fundamentais. Sob esse prisma, será abordada a atuação do Tribunal Constitucional como mecanismo essencial, embora não exclusivo, para a superação da crise da democracia representativa, demonstrando, assim, a importância da Corte Constitucional Brasileira para o fortalecimento da chamada democracia constitucional.

3. A DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL COMO EXTENSÃO DA DEMOCRACIA DELIBERATIVA

Dissertando sobre a caracterização teórica da democracia deliberativa, Cláudio Pereira de Souza Neto ⁴² destaca o problema fundamental enfrentado pelas teorias democráticas-deliberativas: o pluralismo.

Consistindo as sociedades contemporâneas em sistemas hipercomplexos, diversas teorias são desenvolvidas para abarcar as “inúmeras concepções individuais e coletivas acerca do que vem a ser a vida digna, sendo inviável um consenso generalizado sobre o conteúdo das normas jurídicas e dos fins que devem ser perseguidos pelo Estado”⁴³. Entretanto, em razão da impossibilidade de se alcançar um consenso geral de conteúdos, grande parte das teorias democráticas deliberativas “entendem que há, inversamente, a possibilidade de consenso a respeito das condições de democracia”⁴⁴.

Nesse sentido, Michelangelo Bovero⁴⁵ aponta alguns direitos fundamentais como condições internas para a efetividade do princípio democrático, enquanto que outros consistiriam em pré-condições, ou condições externas. Consoante dispõe, os direitos políticos e direitos de participação, os quais realizam a igualdade e a liberdade democráticas, seriam condições internas para o regime político democrático, enquanto que algumas liberdades consagradas pelos liberais e alguns direitos sociais, dentre eles o direito à educação e à subsistência, consistiriam em pré-condições ou condições externas à democracia.

Jurgen Habermas⁴⁶, por sua vez, em obra intitulada “*Direito e democracia: entre facticidade e validade*”, lista os direitos os quais considera materialmente fundamentais e que consistiriam em condições da democracia deliberativa:

- (1) Direitos fundamentais que resultam da configuração politicamente autônoma do direito à maior medida possível de iguais liberdades subjetivas de ação.
- (2) Direitos fundamentais que resultam da configuração politicamente autônoma do *status* de membro numa associação voluntária de parceiros de direito.

⁴² SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Fundamentação e normatividade dos direitos fundamentais: uma reconstrução teórica à luz do princípio democrático, p. 316. In: BARROSO, Luís Roberto (org.). **A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. 2ª ed. Revista e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

⁴³ Idem, p. 317.

⁴⁴ Idem, p. 317.

⁴⁵ BOVERO, Michelangelo. Democracia y derechos fundamentales. In: Isonomia. **Revista de Filosofia y Teoria del Derecho**. Alicante, nº 16, abr./2002, p. 37.

⁴⁶ HABERMAS, Jurgen. **Direito e Democracia: entre a facticidade e validade**. Vol. I. Trad. Flávio Beno Siebeneicher. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 159-160.

- (3) Direitos fundamentais que resultam imediatamente da possibilidade de postulação judicial de direitos e da configuração politicamente autônoma da proteção jurídica individual.
- (4) Direitos fundamentais à participação, em igualdade de chances, em processos de formação de opinião e da vontade, nos quais os civis exercitam sua autonomia política e através dos quais eles criam direito legítimo.
- (5) Direitos fundamentais a condições de vida garantidas social, técnica e ecologicamente, na medida em que isso for necessário para um aproveitamento em igualdade de chances, dos direitos elencados de (1) a (4).

Da transcrição, vislumbram-se uma conexão entre autonomia privada e pública para a afirmação e efetivação da democracia deliberativa. Das cinco categorias de direitos fundamentais, Habermas os subdivide em dois grupos, quais sejam: o da autonomia privada, que engloba os três primeiros direitos fundamentais, e o da autonomia pública, o qual abarca os dois últimos direitos listados. Nesses termos, da visão habermasiana de democracia deliberativa, bem como do posicionamento de Michelangelo Bovero, conclui-se que os direitos fundamentais, condições da democracia, abrangem tanto à proteção a interesses individuais quanto a interesses coletivos.

Destarte, embora se considere inviável um consenso acerca dos conteúdos normativos, não se pode olvidar de que a essência da democracia deliberativa reside não só nos direitos fundamentais, mas também no diálogo social. Sob esse viés, pontifica Cláudio Pereira de Souza Neto⁴⁷: “A democracia deliberativa considera que é um corolário do princípio de que todos são dignos de um igual respeito o dever de políticos e cidadãos justificarem suas propostas políticas através de argumentos que tendencialmente possam ser aceitos por todos”. Portanto, o regime político democrático-deliberativo assenta-se, também, na pluralidade ideológica e no debate público, não se restringindo, assim, ao poder do voto.

Nesses termos, superando à restrita definição de que a democracia reflete os interesses majoritários, poder-se-ia conciliar Democracia e Jurisdição Constitucional. Esta, ao limitar aquela, em nome dos preceitos e garantias fundamentais, termina por assegurar a qualidade da própria democracia, de modo que “eventual atuação contramajoritária do Judiciário em defesa dos elementos essenciais da Constituição se dará a favor e não contra a democracia.”⁴⁸

⁴⁷ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Fundamentação e normatividade dos direitos fundamentais: uma reconstrução teórica à luz do princípio democrático, p. 319. In: BARROSO, Luís Roberto (org.). **A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. 2ª ed. Revista e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

⁴⁸ BARROSO, Luís Roberto. **Jurisdição constitucional: a tênue fronteira entre o direito e a política**. Disponível em: < <http://www.migalhas.com.br/arquivos/2014/2/art20140204-06.pdf>>. Acesso em: 25 de fevereiro de 2015.

Assim, não se pode olvidar de que, em consonância com os ensinamentos de Mauro Cappelletti⁴⁹, as cortes constitucionais, dentre elas o Supremo Tribunal Federal (STF), se situam fora e acima da tradicional tripartição dos poderes, razão pela qual esta não poderia ser invocada para justificar eventual ilegitimidade de suas deliberações.

Ao revés, a legitimidade das supracitadas Cortes residem no próprio texto constitucional e àquelas cabe “o papel didático de orientação geral do Estado no cumprimento e implementação de direitos fundamentais”.⁵⁰ Ademais, intermediando a vontade geral e às determinações legislativas-constitucionais, a Suprema Corte Constitucional Brasileira tem o importante papel de promover a deliberação social dentro da sua esfera de poder.

Ademais, poder-se-ia afirmar que, em razão de ter a democracia constitucional a finalidade de resguardar e tornar efetiva as normas asseguradoras de direitos e garantias fundamentais, aquela, ao proteger as condições internas e externas da democracia, constitui na verdade em extensão da própria democracia deliberativa.

3.1 DO PROCEDIMENTO ADOTADO POR UMA CORTE CONSTITUCIONAL DELIBERATIVA

Destarte, em que pese a inegável atribuição de guardião da Constituição, uma Corte Constitucional deverá, consoante dispõe Conrado Hubner Mendes⁵¹, observar um procedimento decisório específico, assim como determinadas tarefas, para ser qualificada como Tribunal Constitucional Deliberativo.

Conforme aduz o referenciado autor, uma corte genuinamente deliberativa “é aquela que maximiza o raio de argumentos dos interlocutores ao promover contestação pública na fase pré-decisional; que estimula os juízes numa prática sincera de interação colegiada na fase decisional; e que redige uma decisão deliberativa na fase pós-decisional.”⁵² Desta transcrição, extrai-se duas distinções importantes, a saber: a primeira diz respeito às fases deliberativas – pré-decisional, decisional e pós -decisional; a segunda diz respeito aos sujeitos participantes da deliberação, quais sejam: os decisores (juízes) e os interlocutores – os atores sociais.

⁴⁹ CAPPELLETTI, Mauro. O Controle de Constitucionalidade das Leis no Sistema das Funções Estatais. In: **Revista de Direito Processual Civil**. São Paulo: Saraiva. Ano II, vol. 3, 1961, p. 38.

⁵⁰ TAVARES, André Ramos. O discurso dos direitos fundamentais na legitimidade e deslegitimação de uma Justiça Constitucional substantiva. In: _____ (org.) **Justiça constitucional**: pressupostos teóricos e análises concretas. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 163.

⁵¹ MENDES, Conrado Hubner. O projeto de uma corte deliberativa. In: _____ (org.). **Jurisdição constitucional no Brasil**. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

⁵² Idem, p. 60.

De maneira didática, Conrado Hubner Mendes⁵³ sintetiza suas ideias através do seguinte quadro esquemático, que será analisado *a posteriori*:

Fases deliberativas	Tarefas deliberativas
1. Pré-decisional	Contestação pública
2. Decisional	Interação colegiada
3. Pós-decisional	Decisão escrita deliberativa

A fase pré-decisional é marcada pela contestação pública. Esta, por sua vez, “é inaugurada por algum ator político que tenha poder formal de submeter um caso à Corte constitucional, e se encerra quando se esgotam as oportunidades formais para que os interlocutores argumentem⁵⁴”. A tarefa deliberativa da contestação pública requer, portanto, o envolvimento dos atores sociais interessados para que estes possam apresentar seus argumentos à Corte Constitucional, utilizando para tanto de mecanismos formais (audiências públicas e *amicus curiae*) ou informais de interação (manifestações sociais). Ademais, requer também atenção dos membros da corte “em receber tais argumentos e testá-los publicamente. Interlocutores falam, enquanto juízes ouvem e questionam ativamente.”⁵⁵

Por sua vez, na fase decisional, os membros do colegiado, partindo dos argumentos apresentados pelos atores sociais, interagem com o fito de atingir a melhor resposta para caso jurídico posto em análise. O que deve ser buscado, portanto, não é necessariamente o consenso argumentativo, mas, principalmente, a melhor decisão. Após canalizar os argumentos dos interlocutores e dos membros da Corte Constitucional, esta emite uma decisão deliberativa, a qual, além de bem argumentada, deverá, consoante dispõe Conrado Hubner Mendes, “ser responsiva e inteligível para o público em geral”⁵⁶.

Diante do até então exposto, conclui-se que um Tribunal Constitucional, para ser considerado uma Corte Deliberativa, deverá, além de observar os preceitos e garantias fundamentais em suas decisões, observar três importantes tarefas deliberativas, a saber: a contestação pública, a interação colegiada e a decisão escrita deliberativa.

Destarte, por se tratar de temas de recorrente discussão na doutrina constitucional hodierna, serão abordados, no próximo tópico, de forma mais pormenorizada, a importância do Pretório Excelso para efetivação da democracia constitucional e a supremacia da

⁵³Idem, p. 59.

⁵⁴Idem, p. 61.

⁵⁵Idem, p. 61-62.

⁵⁶Idem, p. 63-64.

constituição como essência da legitimidade material das deliberações do Supremo.

4. JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E DEMOCRACIA: O PAPEL DA CORTE CONSTITUCIONAL BRASILEIRA

Através da reconstrução e reformulação do princípio democrático, tendo por base os instrumentos de democracia deliberativa, fez-se possível conciliar Democracia e Jurisdição Constitucional, superando-se as barreiras impostas pela democracia meramente representativa.

Assentando-se na razão e na argumentação, e não apenas no poder e no voto, a democracia deliberativa se constrói através da pluralidade e do respeito à diversidade. Assim, na perspectiva deliberativa, busca-se “evitar as patologias associadas ao pensamento unívoco”⁵⁷ e, por meio da atuação da Corte Constitucional, dirimir conflitos de interesses entre os membros do grupo, fazendo com que anseios individuais convirjam para interesses de ordem social.

Nesse ínterim, destaca-se o importante papel desempenhado pela Corte Constitucional na “representação do povo ausente”⁵⁸; na proteção dos direitos dos grupos minoritários, que, assim como as maiorias ocasionais, têm no Texto Maior, a sua sustentação teórica.

Sob essa perspectiva, democracia e governo da maioria não se confundem. Embora um abarque o outro, não há como conceber um regime democrático sem que os direitos das minorias também sejam resguardados. Nesse sentido, dispõe André Ramos Tavares⁵⁹, *in verbis*:

Sinteticamente, pode-se dizer que a democracia só existe quando, para além dos direitos e liberdades fundamentais e do princípio da subordinação de todos à lei (governo de leis e não de homens), assegura-se que a maioria não sufocará os correlatos direitos da minoria, alcançados após uma longa evolução histórica. Ora, o princípio de que o Direito é o que a maioria disser que é Direito não cumpre integralmente o princípio democrático, tal como é atualmente compreendido. Daí se saca a legitimidade do Tribunal Constitucional, amoldado a essa nova perspectiva democrática, sem a qual o Direito se afastaria da igualdade, da liberdade, da justiça e do conceito de dignidade da pessoa humana, que justificam a sua própria existência.

A Suprema Corte, portanto, tem o importante papel de “frear a maioria e fazer com

⁵⁷DIAS, Cibele Fernandes. **Justiça constitucional em mutação**. Belo Horizonte: Arraes, 2012, vol. 4, p. 34.

⁵⁸ACKERMAN, 1984, p. 1013 apud SAMPAIO; José Adércio Leite. **A constituição reinventada pela jurisdição constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 65.

⁵⁹TAVARES, André Ramos. **Tribunal e jurisdição constitucional**. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1998, p. 84.

que ela respeite os direitos constitucionais das minorias”⁶⁰, o que torna suas decisões contra majoritárias, e não antidemocráticas.

Nesse sentido, imprescindível se faz analisar o princípio da Supremacia do Interesse Público à luz da Teoria Constitucional de Ronald Dworkin para, através de uma redefinição do alcance da referida norma genérica, embasar os argumentos retro apresentados.

Consoante dispõe o supracitado teórico, a diferença entre regras e princípios jurídicos reside no fato daquelas serem aplicadas através do método tudo-ou-nada⁶¹, o que não se aplicaria aos princípios. Destarte, em caso de conflito aparente de regras jurídicas, tal problemática deverá ser sanada tendo por base critérios de validade. Já os princípios, por não apresentarem, tais como as regras jurídicas, consequências previamente definidas, mas dependerem da utilização de uma habilidade julgadora, não se sujeitam aos critérios de validade.⁶²

Outrossim, destaca o referenciado constitucionalista a necessidade de se sopesar eventuais princípios conflitantes, com o fito de fazer preponderar aquele que possui maior força relativa⁶³. Entretanto, escolhido o princípio a se destacar no caso in concreto, aquele que fora afastado não será extirpado do ordenamento jurídico, tal como verificado em caso de colisão entre regras jurídicas.

Nesses termos, em conformidade com ideias dworkianas, poder-se-ia afirmar que o princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Privado, comumente utilizado no Direito Administrativo, apresenta sérias distorções quando da sua aplicabilidade. Isto porque, embora seja tratado como princípio a reger todas as situações envolvendo conflito de interesses entre a seara pública e privada, a doutrina pátria não abre margens para análise do caso concreto; ao revés, recomenda sempre a sobrepujança do interesse público sobre o particular. Nesse sentido, digno de nota o posicionamento de José dos Santos Carvalho Filho⁶⁴:

Logicamente, as relações sociais vão ensejar, em determinados momentos, um conflito entre o interesse público e o interesse privado, mas, ocorrendo esse conflito, há de prevalecer o interesse público. Trata-se, de fato, do primado do interesse público. O indivíduo tem que ser visto como integrante da sociedade, não podendo os seus direitos, em regra, ser equiparados aos direitos sociais.

⁶⁰DIAS, Cibele Fernandes. **Justiça constitucional em mutação**. Belo Horizonte: Arraes, 2012, vol. 4, p. 39.

⁶¹DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 39.

⁶²Idem, p. 39-41.

⁶³Idem, p. 42-43.

⁶⁴FILHO, José dos Santos Carvalho. **Manual de direito administrativo**. 15ª edição. Editora Lúmen Júris. Rio de Janeiro, 2006, p. 24-25.

Com respaldo nesse posicionamento, que ainda predomina na doutrina nacional, assim como se pautando na Teoria Constitucional de Ronald Dworkin, poder-se-ia, em um primeiro momento, afirmar que a Supremacia do Interesse Público constitui na verdade em uma regra jurídica, e não em princípio. Entretanto, com a devida *vênia*, não é este o posicionamento que se quer defender. Isto porque, inexistindo hierarquia entre normas constitucionais, não há razão para se defender hierarquia entre direitos individuais e coletivos, quando todos eles possuem previsão constitucional. Ignorar um direito individual fundamental, utilizando a justificativa universal do interesse público é desconsiderar a força normativa da constituição e todos os seus princípios informadores.

Corroborando o posicionamento apresentado, dispõe Binenbojm⁶⁵:

[...] verifica-se não ser possível extrair “o princípio da supremacia do interesse público” da análise do conjunto normativo constitucional, haja vista a ampla proteção dispensada aos interesses particulares, de tal maneira que aceitá-la como norma-princípio é deixar subsistir a contrariedade sistêmica que representa e afronta a constante busca pela unidade constitucional.

Por outro lado, considerar a Supremacia do Interesse Público como uma enunciação normativa genérica, sujeita a ponderação no caso concreto com os princípios informadores da ordem constitucional, é respeitar o papel de destaque conquistado pelo Texto Maior no contexto do Neconstitucionalismo⁶⁶.

Acerca da relevância conferida à Carta Política no âmbito do sistema normativo, leciona José Armando Ponte, em obra intitulada “Elegibilidade e Moralidade”⁶⁷: “a constituição, hoje, assume destacado papel no ordenamento jurídico, atuando como centro irradiador de efeitos concretos sobre todos os ramos do Direito, cujos institutos devem ser

⁶⁵ BINENBOJM, Gustavo. Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade. Um novo paradigma para o direito administrativo. In: SARMENTO, Daniel (org.) **Interesses públicos versus Interesses privados**: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público. 3ª tiragem. Rio de Janeiro: *Lúmen Juris*, 2010, p. 141.

⁶⁶ “O neoconstitucionalismo ou novo direito constitucional, na acepção aqui desenvolvida, identifica um conjunto amplo de transformações ocorridas no Estado e no direito constitucional, em meio às quais podem ser assinalados, (i) como *marco histórico*, a formação do Estado constitucional de direito, cuja consolidação se deu ao longo das décadas finais do século XX; (ii) como *marco filosófico*, o pós-positivismo, com a centralidade dos direitos fundamentais e a reaproximação entre Direito e ética; e (iii) como *marco teórico*, o conjunto de mudanças que incluem a força normativa da Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional. Desse conjunto de fenômenos resultou um processo extenso e profundo de constitucionalização do Direito.” (BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil). In: **Revista Eletrônica sobre a reforma do Estado (RERE)**, Instituto Brasileiro de Direito Público. Salvador, n. 9, março/abril/maio, 2007. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-9-MAR%C70-2007-LUIZ%20ROBERTO%20BARROSO.pdf>>). Acesso em: 25 de fevereiro de 2015.

⁶⁷ DIAS JUNIOR, José Armando Ponte. **Elegibilidade e moralidade**: o direito fundamental à moralidade das candidaturas. Curitiba: Juruá, 2010, p. 23.

definidos, interpretados e aplicados à luz dos comandos constitucionais”.

Destarte, não se pode olvidar de que:

A Constituição deve ser preferida ao estatuto, a intenção do povo à intenção dos seus agentes. Esta conclusão não supõe de modo algum uma superioridade do poder judiciário sobre o legislativo. Supõe apenas que o poder do povo é superior a ambos, e que, quando a vontade do legislativo, expressa em suas leis, entra em oposição com a do povo, expressa na Constituição, os juizes devem ser governados por esta última e não pelas primeiras. Devem regular suas decisões pelas leis fundamentais, não pelas que não são fundamentais⁶⁸.

Em respeito à primazia das normas constitucionais, portanto, faz-se necessário aplicar o referenciado princípio em consonância com os direitos e garantias fundamentais assegurados constitucionalmente, sejam eles de ordem pública ou particular. Não se deve, desse modo, admitir “em um Estado guiado por uma lei fundamental nos moldes da Constituição brasileira- cujo ideal de integridade é patente – a sobreposição liminar de quaisquer interesses sobre direitos e garantias fundamentais, individuais e sociais.”⁶⁹

Dentro dessa conjuntura, destaca-se o papel desempenhado pelo Supremo Tribunal Federal (STF) na promoção e efetivação de direitos e garantias fundamentais, sejam eles de ordem coletiva ou individual. A atividade desse Tribunal Constitucional, portanto, não se restringe à guarda da Constituição, mas se estende também ao desenvolvimento dos princípios constitucionais.

A Jurisdição Constitucional tem, assim, a importante atribuição de zelar pelas normas constitucionais e garantir que os direitos individuais assegurados pela Carta Política não sejam relegados a um segundo plano. Ao revés, estando eles elencados no Texto Maior antes dos direitos sociais, torna-se evidente que a intenção do legislador foi assegurá-los antes de quaisquer outros direitos, de forma que ao Tribunal Constitucional cabe garantir que a força das maiorias ocasionais não suplante a vontade do constituinte originário.

Destarte, diante da impossibilidade dos membros da comunidade política poder eleger de forma direta o corpo de ministros da Suprema Corte Constitucional, comumente se questiona a legitimidade das deliberações desta. Entretanto, não se pode olvidar que o princípio democrático, conforme argumentação supra apresentada, não está adstrito à democracia representativa. Ao revés, aquele está cada vez mais atrelado à Justiça

⁶⁸MADISON, James; HAMILTON, Alexander; JAY, John. **Os artigos federalistas**. Trad. Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993, p. 481.

⁶⁹FARIA, Karoliny de Cássia. **Os novos paradigmas do interesse público com base na teoria de Ronald Dworkin**. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=b527e3339f309cec>>. Acesso em: 26 de fevereiro de 2015.

Constitucional; à necessidade de, garantindo a efetivação de direitos individuais fundamentais, aplicar a equidade material nos chamados casos difíceis – casos os quais se destacam pela complexidade e que causam dúvida ou discordância em relação a atitude ou postura a ser adotada pelo julgador.⁷⁰

Em consonância com esse posicionamento, imprescindível destacar a opinião de Robert Alexy⁷¹:

No caso das leis parlamentares, a relação entre o *representandum* – o povo – e o *reprasentans* – o parlamento – é determinada, essencialmente, por eleições. Agora, é possível esboçar uma imagem da democracia, que contém nada mais que um procedimento de decisão centrado nos conceitos de eleição e de regra da maioria. Isso seria um modelo puramente decisionista de democracia. Um conceito adequado de democracia, contudo, não deve se apoiar somente no conceito de decisão. Ele precisa abarcar também o de argumento. O abarcamento da argumentação no conceito de democracia torna a democracia deliberativa. A democracia deliberativa é a tentativa de institucionalizar o discurso, tão amplamente quanto possível, como meio de tomada de decisão pública. Desse fundamento, a união entre o povo e o parlamento precisa ser determinada não somente por decisões, que encontram expressão em eleições e votações, mas também por argumentos. [...] A representação do povo por um tribunal constitucional é, pelo contrário, puramente argumentativa. [...]. Representação é – de outra forma como Kelsen propõe – mais que mera substituição e, simultaneamente, mais que algo existencial (Schmitt 1970: 209), no sentido de algo meramente fático. [...] Isso significa que representação é definida pela união de uma dimensão normativa, uma fática e uma ideal. Na representação democrática, como caso da representação racional, o ideal é a correção. Um conceito plenamente formado da representação democrática deve, por isso, abarcar, ao lado da decisão, o discurso como elemento ideal.

Sob o mesmo viés, acrescenta o jurista alemão Otto Bachof que o juiz administra a justiça “em nome do povo”, tal como o parlamentar promulga leis e o governo governa em nome daquele. Entretanto, conforme adverte, isso não quer dizer que o intérprete não deva nem possa ceder a pressão da opinião pública num litígio in concreto. Ao contrário, da mesma forma que o juiz está em comunicação permanente com as partes litigantes, com seus colegas de trabalho, com o mundo técnico-jurídico e científico-jurídico, “igualmente está em contato com o povo, com a opinião pública, num diálogo permanente sobre o valor ou falta de valor sobre a justiça ou erros de sua jurisprudência”.⁷²

Diante do explanado, poder-se-ia afirmar que não há antinomia plausível entre Jurisdição Constitucional e Democracia quando se concebe aquele como um pressuposto

⁷⁰ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 127-203.

⁷¹ ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 53-54.

⁷² BACHOF, Orro. **Jueces y constitución. reimp.** Madri: Civitas, 1987, p. 59.

indispensável para o exercício do próprio princípio democrático. Isto porque a razão de ser da justiça constitucional se assenta na sua função contra majoritária, que, ao retirar direitos individuais fundamentais da esfera de disponibilidade das maiorias ocasionais, preserva a qualidade do regime democrático; resguarda a vontade do povo estampado nas normas constitucionais, além de impedir que a democracia “se transforme num regime cego de uma maioria que faz tudo que quer, passando por cima de direitos, igualdade e justiça”.⁷³

Contrapondo-se aos argumentos que sustentam a ausência de legitimidade da Corte Constitucional Brasileira, fundamenta Cibele Fernandes Dias⁷⁴:

[...] (i) os magistrados do Supremo Tribunal Federal ou dos Tribunais Constitucionais gozam de uma legitimidade democrática de segundo grau, pois são escolhidos pelos representantes do povo, (ii) a legitimidade democrática emana (diretamente) da própria legitimação democrática da Constituição, produto do poder constituinte que estabelece os poderes públicos, inclusive o Poder Judiciário, (iii) a legitimidade democrática radica na sua independência, por meio da qual garante-se o controle dos outros poderes.

Superada a problemática referente à crise de legitimidade democrática das decisões do Pretório Excelso, não se pode olvidar de que, pautada no argumento, o discurso constitucional deve, em consonância com as ideais dworkianas, se basear em “argumentos de princípio”, e não em “argumentos de política”. Desse modo, dispõe o referenciado constitucionalista⁷⁵:

Os argumentos de política tentam demonstrar que a comunidade estaria melhor, como um todo, se um programa particular fosse seguido. São, nesse sentido especial, argumentos baseados no objetivo. Os argumentos de princípio afirmam, pelo contrário, que programas particulares devem ser levados a cabo ou abandonados por causa de seu impacto sobre pessoas específicas, mesmo que a comunidade como todo fique conseqüentemente pior. Os argumentos de princípio são baseados em direitos.

Em resumo, os argumentos de princípio fundamentam uma decisão política a qual beneficia uma pessoa ou grupo de pessoas demonstrando que elas têm direito ao benefício, ao passo em que os argumentos de política justificam uma decisão mostrando que, embora os beneficiados não tenham direito ao benefício, sua concessão favorecerá um objetivo perseguido pela maioria dos membros da comunidade política.⁷⁶

Nesses termos, aos operadores e atores do Judiciário, aos representantes do povo no

⁷³ DIAS, Cibele Fernandes. **Justiça constitucional em mutação**. Belo Horizonte: Arraes, 2012, vol. 4, p. 47.

⁷⁴ Idem, p. 64.

⁷⁵ DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 9.

⁷⁶ DIAS, Cibele Fernandes. **Justiça constitucional em mutação**. Belo Horizonte: Arraes, 2012, vol. 4, p. 63.

plano argumentativo, cabe respaldar suas deliberações jurídicas com base nos direitos fundamentais, e não no objetivo coletivo da sociedade, resguardando, assim, o princípio da soberania popular expressado nas normas de natureza constitucional, bem como garantindo a efetividade dos ideais de Justiça e equidade albergados pela Carta Política de 1988.

Entretanto, não se pode olvidar de que a superveniência à opinião pública não se confunde com a necessidade do Supremo, assim como todas as instâncias de poder, se mostrar permeável às aspirações sociais⁷⁷. Embora se defenda a legitimidade contra majoritária da Corte Constitucional Brasileira, com o fito de se proteger os direitos individuais fundamentais, a atuação do Tribunal Constitucional não pode ignorar a realidade social, sob pena de violar o princípio democrático.

Em razão do exposto e do corte metodológico da presente pesquisa, será analisado o instituto do *Amicus Curiae* como um instrumento de deliberação social apto a tornar o Pretório Excelso permeável às manifestações do poder popular, conferindo, assim, maior legitimidade aos julgados da Corte Constitucional Brasileira.

⁷⁷ Nesse sentido, pontuam Luís Roberto Barroso e Eduardo Mendonça: “O Judiciário deve ser permeável à opinião pública, o que não significa que deva ser subserviente”. (BARROSO, Luís Roberto; MENDONÇA, Eduardo. **STF foi permeável à opinião pública, sem ser subserviente**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-jan-03/retrospectiva-2011-stf-foi-permeavel-opinioao-publica-subserviente>>. Acesso em: 25 de fevereiro de 2015).

5. O *AMICUS CURIAE* ENQUANTO CONCILIADOR DO CONSTITUCIONALISMO E DA DEMOCRACIA

O ordenamento jurídico pátrio é permeado de valores, cuja efetivação consiste no real objetivo das normas e princípios constitucionais. Entretanto, em uma sociedade hipercomplexa, valores sociais e elementos culturais muitas vezes não são abarcados pelas regras que disciplinam a vida em sociedade. Isto porque o direito nem sempre consegue acompanhar a mutabilidade social. Neste ínterim, imprescindível se faz estudar meios de se democratizar as deliberações da Corte Constitucional Brasileira, visto que suas decisões, baseadas em critérios objetivos, produzem efeitos vinculantes e *erga omnes*.

Outrora, poder-se-ia afirmar que democratizar a interpretação constitucional, tornando o Supremo Tribunal Federal (STF) aberto aos reclames sociais, resultaria em maior legitimidade para as decisões proferidas em sede de controle de constitucionalidade, consistindo a legitimidade, consoante contribuição de Ricardo Lobo Torres⁷⁸: “no consenso sobre a adequação entre o ordenamento positivo e os valores”. Ou, conforme ensinamentos de Habermas⁷⁹, a legitimidade consistiria na capacidade de um ordenamento político ser reconhecido.

Pronunciando-se acerca da interação entre a sociedade civil e o Pretório Excelso, o Ministro Ayres Britto, em audiência pública realizada em 7 de maio de 2012, afirmou que as audiências públicas, bem como o instituto do *Amicus Curiae* são uma homenagem ao princípio constitucional da pluralidade e da diversidade cultural⁸⁰. No mesmo sentido, defende o ministro Gilmar Mendes que o *Amicus Curiae* consiste em “medida concretizadora do princípio do pluralismo democrático que rege a ordem constitucional brasileira.”⁸¹.

Por sua vez, leciona Olívia Ferreira Razaboni que o “Amigo da Corte” deve ser compreendido como “forma de exteriorização da essência da democracia, por meio de uma análise mais profunda de questões que podem afetar setores importantes da sociedade”. Além do mais, “sua participação no processo garante, indubitavelmente, maior efetividade e legitimidade às decisões do Supremo Tribunal Federal”.⁸²

⁷⁸ TORRES, Ricardo Lobo. A legitimação dos direitos humanos e os princípios da ponderação e da razoabilidade. In: (Org.). **Legitimação dos direitos humanos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 206.

⁷⁹ HABERMAS, Jürgen. **Para a reconstrução do materialismo histórico**. São Paulo: Brasiliense, 1983, p. 223-224.

⁸⁰ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Notícias STF**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=206729>. Acesso em: 03 de março de 2015.

⁸¹ MENDES, Gilmar Ferreira. Controle de constitucionalidade: uma análise das Leis 9.868/99 e 9.882/99. In: **Revista Diálogo Jurídico**, nº 11 Salvador, fevereiro/2002.

⁸² RAZABONI, Olívia Ferreira. ***Amicus Curiae*: democratização da jurisdição constitucional**. São Paulo:

Nos termos expostos, poder-se-ia afirmar que o instituto jurídico em análise insere, no âmbito da Suprema Corte, elementos da democracia deliberativa, tornando-a mais permeável aos múltiplos valores e anseios sociais.

Destarte, destaca-se que a abertura do Pretório Excelso para a participação social, através de instrumentos da democracia deliberativa, é de fundamental importância para que a sociedade enxergue o Supremo como uma Corte que tem a finalidade de proferir decisões equânimes e próximas da realidade social.

Desse modo, consistindo o instituto do *Amicus Curiae* em instrumento democratizante das decisões proferidas em sede de controle de constitucionalidade, inoidável se faz estudá-lo de forma pormenorizada.

5.1. CONCEITO, NATUREZA JURÍDICA E ORIGEM DO INSTITUTO

Consoante Paulo Rónai⁸³, o *Amicus Curiae* é “o amigo da cúria, isto é, da justiça”. Deste sintético, mas relevante conceito extrai-se a distinção substancial do instituto jurídico em análise dos terceiros interessados previstos e disciplinados no Digesto Processual Civil. Qual seja: o Amigo da Corte consiste em verdadeiro auxiliar da justiça, cujo interesse na demanda transcende a esfera individual; o objetivo da sua intervenção, ao revés, seria, conforme dispõe Fredie Didier Junior⁸⁴, “aprimorar as decisões proferidas pelo Poder Judiciário”.

Corroborando com esse posicionamento, importante destacar o pensamento de Luís Sérgio Soares Mamari Filho⁸⁵, para o qual a distinção substancial entre os institutos em análise reside no fato de que o Amigo da Corte constitui em participante extraordinário do processo, cuja atuação deve ser pautada em motivação ideológica. A legitimidade de sua atuação se baseia no interesse público, e não em interesse subjetivo no deslinde do processo.

No mesmo sentido, posicionamento do Ministro Celso de Mello⁸⁶ exarado em decisão proferida em sede de recurso extraordinário:

Catálogo USP, 2009, p. 109. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-28062010-090023/pt-br.php>. Acesso em 28 de março de 2015.

⁸³ RÓNAI, Paulo. **Não perca seu latim**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1980, p. 25.

⁸⁴ DIDIER JR., Fredie. Possibilidade de Sustentação Oral do *Amicus Curiae*. In: **Revista Dialética de Direito Processual**. São Paulo: Dialética, nº 8, 2003, p. 34.

⁸⁵ MAMARI FILHO, Luís Sérgio Soares. **A comunidade aberta dos intérpretes da Constituição: o *Amicus Curiae* como estratégia de democratização da busca do significado das normas**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008, p. 99.

⁸⁶ BRASIL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. **RE nº 597.165/DF**; Tribunal Pleno; Rel. Min. Celso de Mello; Julgamento em 04.04.2011. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE597165.pdf>. Acesso em 14 de abril de 2015.

[...] o *amicus curiae*, admitido como terceiro interessado, não figura como parte do processo, nem ingressa no feito na condição de assistente, pois seu interesse na causa não é jurídico, mas institucional e, para legitimar-se, deve apoiar-se em razões que tornem desejável e útil a sua atuação processual na causa, em ordem a proporcionar meios que viabilizem uma adequada resolução do litígio constitucional.

Sob o mesmo viés, pontifica Cássio Scarpinella Bueno⁸⁷:

O *amicus curiae* não atua, assim, em prol de um indivíduo ou uma pessoa, como faz o assistente, em prol de um direito de alguém. Ele atua em prol de um interesse, que pode, até mesmo, não ser titularizado por ninguém, embora seja compartilhado difusa ou coletivamente por um grupo de pessoas e que tende a ser afetado pelo que vier a ser decidido no processo.

Diante do até então exposto, poder-se-ia afirmar que o “Amigo da Cúria”, constitui em terceiro processual, uma vez que não é parte no processo. Entretanto, não se pode olvidar de que com o terceiro interessado não se confunde. Isto porque, ao contrário da finalidade da atuação deste, o *Amicus Curiae* tem o fito de auxiliar o juízo na elaboração de uma decisão justa e próxima da realidade social. Não possui, conforme alhures explanado, interesse jurídico no deslinde do processo, e sim interesse público-institucional.⁸⁸ Tratar-se-ia, portanto, em terceiro especial ou assistente qualificado, cuja intervenção no processo objetivo destinasse a discutir questões constitucionais controvertidas.⁸⁹

Nesse sentido, dispõe Steven H. Gifis⁹⁰:

⁸⁷ BUENO, Cassio Scarpinella. *Amicus Curiae* no Projeto de novo Código de Processo Civil. In: **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, ano 48, nº 190, abr/jun. 2011, p. 115. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/242885/000923086.pdf?sequence=1>> . Acesso em: 03.03.2015.

⁸⁸ Sob essa perspectiva, acrescenta o professor Paulo Linhares: “amicus curiae é o ‘amigo da Corte’, um cidadão que, embora não seja parte no processo, nele intervém para auxiliar o tribunal, prestando-lhe informações sobre questões fundamentais do processo, em especial aquelas voltadas para a matéria de direito versada na lide”. (LINHARES, Paulo Afonso. *Amicus Curiae*: o pluralismo democrático e o processo de controle concentrado de constitucionalidade no Brasil. In: **Revista de Direito e Liberdade- ESMARN** – Mossoró, v. 2, n. 1, jan/jun 2006, p. 363. Disponível em: http://www.esmarn.tjrn.jus.br/revistas/index.php/revista_direito_e_liberdade/article/view/258/294 Acesso em 28 de março de 2015).

⁸⁹ CUNHA JR., Dirley. A intervenção de terceiro no processo de controle abstrato de constitucionalidade – a intervenção do particular, do co-legitimado e do *amicus curiae* na ADIn, ADC e ADPF; DIDIER JR., Fredie. Aspectos polêmicos e atuais sobre os terceiros no processo civil. São Paulo: RT, 2004; BUENO FILHO, Edgard Silveira. A democratização do debate nos processos de controle de constitucionalidade. Revista de Direito Constitucional Internacional. Nº 12, Abr/Jun de 2004. Todos *Apud* CHANAN, Guilherme Giacomelli. **Amicus Curiae no Direito Brasileiro e a Possibilidade de seu Cabimento nas Cortes Estaduais**. Disponível em: <<http://www.tex.pro.br/home/artigos/97-artigos-set-2005/5302-amicus-curiae-no-direito-brasileiro-e-a-possibilidade-de-seu-cabimento-nas-cortes-estaduais>>. Acesso em: 03 de março de 2015.

⁹⁰ GIFIS, Steven H. Law Dictionary, Barron’s Educational Series. Inc. 1975, pp. 11-12, *apud* BINENBOJM, Gustavo. A democratização da Jurisdição Constitucional e o Contributo da Lei nº 9.868/99. In: SARMENTO, Daniel (Org.). **O controle de constitucionalidade e a Lei nº 9.869/99**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2001, p. 158, n. 44.

Amicus curiae é o “amigo da corte”, aquele que lhe presta informações sobre a matéria de fato e de direito, objeto da controvérsia. Sua função é chamar a atenção dos julgadores para alguma matéria que poderia, de outra forma, escapar-lhe o conhecimento. Um memorial de *amicus curiae* é produzido, assim, por quem não é parte no processo, com vistas a auxiliar a Corte para que esta possa proferir uma decisão acertada, ou com vistas a sustentar determinada tese jurídica em defesa dos interesses públicos ou privados de terceiros, que serão indiretamente afetados pelo desfecho da questão.

Reconhecendo a elementar distinção entre o *Amicus Curiae* e o terceiro interessado, adverte o Ministro Celso de Mello, no julgamento do Agravo Regimental na ADIn nº 748-4⁹¹:

[...] O processo de controle normativo abstrato instaurado perante o Supremo Tribunal Federal não admite a intervenção assistencial de terceiros. Precedentes. Simples juntada, por linha, de peças documentais apresentadas por órgão estatal que, sem integrar a relação processual, agiu, em sede de ação direta de inconstitucionalidade, como colaborador informal da Corte (*amicus curiae*): situação que não configura, tecnicamente, hipótese de intervenção *ad coadjuvandum* [...].

Da transcrição, se depreende que o *Amicus Curiae* constitui em colaborador informal da Corte Constitucional, fornecendo a esta, em sede de controle de constitucionalidade, informações pertinentes para a construção da decisão escrita deliberativa. Entretanto, reitera-se: o Amigo da Corte não se confunde com os terceiros interessados; ao revés, do pronunciamento do Ministro Celso de Mello, bem como das normas do art. 7º e 18 da Lei nº 9.868/99, conclui-se que é vedada a intervenção assistencial de terceiros interessados em sede de controle de constitucionalidade de leis e atos normativos. Dispõem as supracitadas normas⁹²:

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

[...]

Art. 18. Não se admitirá intervenção de terceiros no processo de ação declaratória de constitucionalidade.

Destarte, acrescenta Giovanni Criscuoli⁹³ que o *Amicus Curiae* consiste em sujeito

⁹¹ BRASIL. AGRAVO REGIMENTAL EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. **AG. REG. Na ADIn nº 748-4/RS**. Tribunal Pleno; Rel. Min. Celso de Mello; Julgamento em 01.08.1994, DJE 18.11.1994. Disponível em: <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14705750/agregna-acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-748-rs>. Acesso em 14 de abril de 2015.

⁹² BRASIL. **Lei n. 9.868**, de 10 de novembro de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Brasília. Planalto. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_0355/leis/19868.htm. Acesso em: 03 de março de 2015.

⁹³ CRISCUOLI, Giovanni. *Amicus Curiae*. In: **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**, Ano XXVII,

que, por determinação da Corte Constitucional ou por iniciativa voluntária, aprovada pela Corte, colabora com esta, apresentando informações e auxiliando o Tribunal na apreciação de assuntos relevantes para a solução da lide.

No mesmo sentido, destaca Carlos Gustavo Rodrigues Del Prá⁹⁴:

[...] o instituto do *amicus curiae* no direito brasileiro pode ser visualizado, basicamente, a partir de dois ângulos, tomadas as diversas previsões legais que tratam do tema: *manifestação por iniciativa do juiz e intervenção voluntária*. Por essa razão, ou seja, pelo fato de o instituto englobar distintos fenômenos, não é errado atribuir ao *amicus curiae* a natureza de auxiliar do juízo e de terceiro interveniente, desde que a hipótese referida seja indicada. Isto é, caso se trate de hipótese de *manifestação por iniciativa do juiz*, não há equívoco em denominar esse terceiro de *amicus curiae*, desde que se reconheça que a função exercida, nessa hipótese, seja de uma espécie de auxiliar do juízo. Caso se trate de *intervenção de terceiros*, nas quais o *amicus curiae* desenvolve papel diferente do que na situação anterior, podendo exercer faculdades processuais que ao mero auxiliar do juízo são vedadas.

Com fulcro nos supracitados autores, portanto, conclui-se que a atuação do Amigo da Cúria em sede de controle de constitucionalidade poderá se dar por provocação da Corte Constitucional ou por iniciativa voluntária. Em caso de manifestação por iniciativa do juízo, assumirá a natureza jurídica de auxiliar do juízo, consoante dispõe Carlos Rodrigues Del Prá: “o *amicus curiae* que se manifesta por requisição do juiz seria uma espécie do gênero auxiliar do juízo”⁹⁵. Atuando por iniciativa própria, entretanto, assumirá a natureza de terceiro interveniente, o qual penetrará “no mundo fechado e subjetivo do processo para discutir objetivamente teses jurídicas que vão afetar toda a sociedade.”⁹⁶

Não obstante a distinção empreendida por Carlos Rodrigues Del Prá acerca das formas de manifestação do *Amicus Curiae* e as naturezas jurídicas que o instituto em comento poderá assumir, não se pode olvidar de que, conforme definido por Luiz Rodrigues Wambier, terceiro é aquele que não é parte no processo.⁹⁷ Desse modo, independentemente da forma de manifestação no processo de controle de constitucionalidade -auxiliar do juízo ou terceiro interveniente, o *Amicus Curiae* será, na acepção genérica do termo, terceiro estranho à relação jurídica-processual.

n. 1, março de 1973, p. 189.

⁹⁴ DEL PRÁ, Carlos Gustavo Rodrigues. *Amicus Curiae*: instrumento de participação democrática e de aperfeiçoamento da prestação jurisdicional. Curitiba: Juruá Editora, 2008, p. 127-128.

⁹⁵ Idem, p. 125.

⁹⁶ MACIEL, Adhemar Ferreira. *Amicus curiae*: um instituto democrático. In: **Revista de Processo**, ano 27, n.106, São Paulo: RT, abr./jun. 2002, p. 281.

⁹⁷ WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de; TALAMINI, Eduardo. Curso avançado de processo civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento. 8ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2006. 1 v., p. 242.

Das definições até então apresentadas, é possível constatar a ausência de consenso doutrinário acerca da natureza jurídica do Amigo da Corte. No entanto, insta consignar que a doutrina é uníssona em reconhecer o caráter democratizante do referenciado instituto, razão pela qual o estudo pormenorizado deste se mostra de fundamental importância para compreensão deste trabalho.

Destarte, para finalizar essa breve contextualização, imprescindível se faz estudar a origem histórica do *Amicus Curiae*. Isto porque, inexistindo previsão legal expressa, no direito pátrio, acerca da utilização do instituto em comento, em sede de controle de constitucionalidade, faz-se necessário extrair experiências do direito comparado para melhor analisá-lo e aperfeiçoá-lo no âmbito do sistema processual-constitucional brasileiro.

Dissertando sobre a origem do instituto, Elisabetta Silvestri⁹⁸ aponta como tal o direito penal inglês medieval. Da Inglaterra, teria sido assimilado por diversos outros países, em especial os Estados Unidos da América, adaptando-se aos diversos contextos históricos-jurídicos. No sistema jurídico inglês, no entanto, teria assumido a função de auxiliar do juízo, o qual, podendo a este comparecer espontaneamente⁹⁹, contribuía para a solução de questões que transcendiam a esfera cognoscível dos membros da Corte.

Ademais, destaca Cássio Scarpinella Bueno, *in verbis*¹⁰⁰:

O que a doutrina sublinha a respeito das primeiras manifestações do instituto no direito inglês é que os tribunais possuíam ampla liberdade (*discretion*) para admitir a participação do *amicus* e, conseqüentemente, para definir as possibilidades e os limites de sua atuação concreta.

Entretanto, Elisabetta Silvestri¹⁰¹ adverte para a existência de tese diversa, a qual remete ao sistema jurídico romano as mais remotas origens do *Amicus Curiae*. No âmbito daquele, a função do instituto jurídico em comento envolvia questões que superavam análises estritamente jurídicas; a atuação do Amigo da Corte tinha, nesse contexto, a finalidade de auxiliar o magistrado na prolação de uma decisão sem erros de julgamento. Sua obrigação se

⁹⁸ SILVESTRI, Elisabetta. *L'amicus curiae: uno strumento per la tutela degli interessi non rappresentati*, p. 679/680. apud BUENO, Cássio Scarpinella. ***Amicus curiae no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático***. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 87-88.

⁹⁹ CRISCUOLI, Giovanni. *Amicus Curiae*. Revista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, 1973, p. 197 apud BUENO, Cássio Scarpinella. ***Amicus curiae no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático***. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 89.

¹⁰⁰ BUENO, Cássio Scarpinella. ***Amicus curiae no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático***. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 91.

¹⁰¹ SILVESTRI, Elisabetta. *L'amicus curiae: uno strumento per la tutela degli interessi non rappresentati*, p. 679/680. apud BUENO, Cássio Scarpinella. ***Amicus curiae no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático***. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 88.

restringia a ser leal aos juízes¹⁰².

Nesse íterim, sustenta Giovanni Criscuoli¹⁰³ que o referido instituto consistiria em derivação do *consillarius* romano, o qual fora amoldado e incorporado ao sistema jurídico inglês. No âmbito do sistema jurídico romano, destarte, tinha a função de assessores jurídicos, cabendo-lhes a atribuição de prestar informações ao magistrado sobre diversas áreas do conhecimento. Entretanto, destaca Cássio Scarpinella Bueno¹⁰⁴ que a atuação o instituto jurídico em análise era, no direito romano, restringida à convocação pelo magistrado; nos dias hodiernos, ao revés, se estende à possibilidade de intervenção voluntária.

A doutrina e a jurisprudência norte-americanas, não obstante apontarem o sistema jurídico romano como origem do *Amicus Curiae*, reconhecem que foi no direito inglês que as referências do instituto em comento surgiu de forma mais sistemática, as quais, evoluídas, passaram a incorporar o direito americano.¹⁰⁵

Do elucidado, conclui-se pela existência de divergência doutrinária quanto à origem do *Amicus Curiae*. No entanto, observa-se que foi no direito inglês que o direito estadunidense sedimentou as bases que, hoje, constituem referencial de aplicabilidade no âmbito do direito comparado.

Outrossim, insta consignar que a doutrina noticia, respeitados os contextos históricos-jurídicos de cada nação, a aplicabilidade do *Amicus Curiae*, em diversos países, a saber: Estados Unidos, Canadá, Austrália, África do Sul, Argentina, Paraguai, Chile, França, Itália, Irlanda, Inglaterra, Brasil, entre outros. A sua atuação se estende, inclusive, no âmbito do Tribunal Penal Internacional e nas Cortes Internacionais, nos quais a intervenção se dá por chamamento, não sendo possível por meio da intervenção voluntária.¹⁰⁶

¹⁰² HARRIS, Michael J. *Amicus Curiae: friend or foe? The limits of friendship in american jurisprudence*, p. 4-5 e LOWMAN, Michael K. *The litigating amicus curiae: when does the party begin after the friends leave?*, p. 1.248-1.249 apud BUENO, Cássio Scarpinella. *Amicus curiae no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 88.

¹⁰³ CRISCUOLI, Giovanni. *Amicus Curiae*. In: *Revista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1973, p. 197.

¹⁰⁴ BUENO, Cássio Scarpinella. *Amicus curiae no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 89.

¹⁰⁵ Idem, p. 90

¹⁰⁶ PEDROLLO, Gustavo Fontana; MARTEL, Letícia de Campos Velho. *Amicus curiae: elemento de participação política nas decisões judiciais-constitucionais*. In: *Revista da AJURIS*. Porto Alegre, v. 32, n. 99, p. 166, set. 2005.

5.2. O *AMICUS CURIAE* ENQUANTO INSTRUMENTO DE PERMEABILIDADE SOCIAL NO ÂMBITO DA CORTE CONSTITUCIONAL BRASILEIRA

À vista do explanado, imperioso se faz reconhecer o caráter democratizante da interpretação constitucional que o referido instituto possui quando da sua aplicabilidade. Isto porque o *Amicus Curiae* estende aos destinatários da norma jurídica o poder de também interpretá-la à luz dos dispositivos constitucionais, intervindo no processo de controle de constitucionalidade.

Ademais, e em consonância com o pensamento harbeliano acerca dos “Intérpretes da Constituição”, não sendo os intérpretes jurídicos da Magna Carta os únicos que vivem a norma, os referidos não detêm o monopólio da interpretação das disposições constitucionais¹⁰⁷, de modo que a sociedade civil, com todo seu pluralismo cultural, tem importante papel de aprimorar uma ciência que nasceu da sociedade e para a sociedade – a Ciência Jurídica.

Conforme se depreende da “Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição”, Harbele posiciona-se em defesa da ampliação dos legitimados à interpretação constitucional, o que, via de consequência, resultaria em uma democratização das deliberações das Cortes Constitucionais e de uma ampliação do acesso à justiça¹⁰⁸. Neste sentido, defende a impossibilidade de “estabelecer-se um elenco cerrado ou fixado com *numerus clausus* de intérpretes da Constituição”.¹⁰⁹ Ao revés, propugna pela abertura da interpretação constitucional na medida do pluralismo social, de forma que, quanto mais ampla for a participação dos destinatários da norma no processo interpretativo constitucional, mais democrática será a decisão proferida.

Em consonância com esse posicionamento, defende Luís Sérgio Soares Mamari Filho: “Em sociedades plurais, quanto maior for o número de entes capacitados para intervir na conformação do sentido da Constituição, na mesma proporção, maior a certeza de que os direitos serão tutelados da forma mais próxima da ideal.”¹¹⁰ Em seguida, sustenta¹¹¹:

¹⁰⁷ HABERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional – Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição**. Contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. Trad. Gilmar Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997, reimpressão: 2002, p.15.

¹⁰⁸ Idem.

¹⁰⁹ Idem, p. 12-13.

¹¹⁰ MAMARI FILHO, Luís Sérgio Soares. **A Comunidade Aberta dos Intérpretes da Constituição**. O *Amicus Curiae* como estratégia de democratização da busca do significado das normas. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008, p. 84-85.

¹¹¹ Idem.

O debate público deve ser privilegiado em detrimento das decisões monocráticas (ou das disposições representativas da inteligência de um segmento do colegiado). A fixação do conteúdo da Constituição, ainda que, na prática, seja dada por um tribunal constitucional, deve estar amparada pelo consenso fruto de ampla deliberação coletiva.

Nos termos expostos, vislumbra-se que os referenciados constitucionalistas repousam suas bases nos ideais de democracia deliberativa, as quais, como visto, se assentam no pluralismo social, na participação dos membros da comunidade política nas decisões proferidas pelas instâncias de poder, bem como na proteção e promoção dos direitos e garantias fundamentais. Neste ínterim, e partindo da aceção de que todo poder emana do povo, não haveria razão para, no âmbito de um Estado Constitucional de Direito, tolher as vozes daqueles que poderiam, e de fato podem, contribuir para o estabelecimento de interpretações condizentes com as variadas leituras possíveis das normas presentes no texto constitucional.¹¹²

O *Amicus Curiae*, nessa asserção democrática, consistiria em instrumento indispensável, embora não exclusivo, para tornar a interpretação constitucional aberta a uma comunidade de intérpretes. Estes, na visão harbeliana de democracia deliberativa, abarcariam não só os intérpretes jurídicos, como também todas as potências públicas, cidadãos e grupos sociais.¹¹³

Reconhecendo a relevância do *Amicus Curiae* para a afirmação da democracia deliberativa no contexto das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal (STF), digno de nota o pronunciamento da referida Corte Constitucional em sede de Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIn 2884-MC/RJ)¹¹⁴:

[...] A admissão de terceiro, na condição de *amicus curiae*, no processo objetivo de controle normativo abstrato, qualifica-se como fator de legitimação social das decisões da Suprema Corte, enquanto Tribunal Constitucional, pois viabiliza, em obséquio ao postulado democrático, a abertura do processo de fiscalização concentrada de constitucionalidade, em ordem a permitir que nele se realize, sempre sob uma perspectiva eminentemente pluralística, a possibilidade de participação formal de entidades e de instituições que efetivamente representem os interesses gerais

¹¹² AMORIM, Filipo Bruno Silva. **O *Amicus Curiae* e a objetivação do controle difuso de constitucionalidade**. Brasília: Ataiala. 2010, p. 88-89.

¹¹³ HABERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional – Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição**. Contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. Trad. Gilmar Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997, reimpressão: 2002, p. 12-13.

¹¹⁴ BRASIL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. **ADIn 2884/RJ**; Tribunal Pleno; Rel. Ministro Celso de Mello, Julgamento em 02.12.2004; DJE 20.05.2005. Disponível em: <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/766430/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-2884-rj>. Acesso em 14 de março de 2015.

da coletividade ou que expressem os valores essenciais e relevantes de grupos, classes ou estratos sociais. Em suma: a regra inscrita no art. 7º, § 2º, da Lei n. 9.869/99- que contém a base normativa legitimadora da intervenção processual do *amicus curiae* – tem por precípua finalidade pluralizar o debate constitucional.

Destarte, embora se vislumbre ideias haberlenianas de democracia deliberativa quando da atuação do *Amicus Curiae* em sede de controle de constitucionalidade, não se pode olvidar de analisar com reservas tal quadro comparativo. Isto porque, enquanto Haberle defende, conforme explanado alhures, a abertura do sistema jurídico para a deliberação social irrestrita, no direito constitucional e processual brasileiro, a aplicação do instituto do Amigo da Corte é restrito a requisitos que deverão ser aprioristicamente observados.

Nesse sentido, defende Paulo Maycon Costa da Silva¹¹⁵:

O *amicus curiae* estimula [...] a abertura hermenêutica, ou menor, a democratização da interpretação constitucional. Revela-se, ainda mais, como uma técnica deflagradora de uma verdadeira consciência, uma vez que, **observadas as regras da sua admissibilidade**, qualquer cidadão ou entidade pode participar, mediante tal instituto, do processo hermenêutico constitucional. **Trata-se, sem dúvida, de uma faceta da ampliação dos intérpretes da Constituição, na linha teórica da sociedade aberta dos intérpretes proposta por Peter Häberle. (Grifos nossos).**

Por outro lado, Inocêncio Mártires Coelho, posicionando-se em relação à *Sociedade Aberta*, adverte para o risco dessa ampla e irrestrita participação social no âmbito das decisões proferidas pela Corte Constitucional. Conforme dispõe o consagrado constitucionalista¹¹⁶, embora a ideia de abertura do sistema jurídico a uma comunidade de intérpretes constitucionais se apresente fascinante para os que combatem o positivismo e a dogmática jurídica, estes, porém, não se dão conta de que:

[...] por esse caminho e ao limite acabarão *dissolvendo* a normatividade constitucional numa *dinâmica absoluta* e retirando da Lei Fundamental uma de suas mais importantes dimensões, que é precisamente a de servir de instrumento ordenador, conformador e estabilizador da vida social.

¹¹⁵ SILVA, Paulo Maycon Costa da. Do *amicus curiae* ao método da sociedade aberta dos intérpretes. In: **Revista CEJ**, Brasília, v. 12, n. 43, p. 24, out./dez. 2008.

¹¹⁶ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 4 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 8.

Partindo das ideias haberlianas de democracia deliberativa, Jurgen Habermas, por sua vez, elabora a Teoria do Ato Comunicativo, segundo a qual a legitimidade do direito se assenta em um processo democrático de criação e interpretação das normas jurídicas. Busca-se, assim, superar o contrato social de Thomas Hobbes¹¹⁷ e, através de um modelo de discurso e deliberação, em que os sujeitos de direito compartilham os riscos da convivência¹¹⁸, construir um diálogo entre o direito e a sociedade.

Nesses termos, o referido constitucionalista, ao repousar sua base teórica na permanente interação entre os subsistemas social e jurídico, defende a necessidade dos atores sociais intervirem nas deliberações políticas-jurídicas. Assim dispõe¹¹⁹:

Na perspectiva de uma teoria da democracia, a esfera pública tem que reforçar a pressão exercida pelos problemas, ou seja, ela não pode limitar-se a percebê-los, a identificá-los, devendo, além disso, tematizá-los, problematizá-los e dramatizá-los de modo convincente e eficaz, a ponto de serem assumidos e elaborados pelo complexo parlamentar.

Os atores sociais têm, assim, a importante atribuição de, por meio do discurso, contribuir para o aperfeiçoamento da Ciência Jurídica, porque dela fazem parte. Por outro lado, não se pode olvidar de que, assentando sua legitimidade no diálogo vivo com a sociedade civil¹²⁰, o Direito tem o relevante papel de captar a realidade social, sob pena de, ao ignorá-la, ser também por ela ignorada.

O *Amicus Curiae*, sob essa perspectiva, constitui um instrumento de aplicação do ato comunicativo habermasiano em sede de controle de constitucionalidade. O Pretório Excelso, admitindo a intervenção do terceiro não interessado no processo de interpretação constitucional, chama a sociedade para o debate, reconhecendo a existente de intérpretes constitucionais

¹¹⁷ O filósofo empirista Thomas Hobbes (1588-1679) sedimentou as bases do Estado Absolutista através da Teoria do Contrato Social albergada na sua obra *Leviatã*. Defende que o homem no estado de natureza é egoísta e amoral, de modo que, para se construir uma sociedade, indispensável que cada indivíduo abra mão de parte de sua liberdade para que o soberano/monarca, ao exercê-las, em nome do contrato social, possa apaziguar as relações sociais.

¹¹⁸ TÁRREGA, Maria Cristina Vidotte Blanco; LOPES, Anderson Fernandes. A gênese lógica dos direitos fundamentais: teoria discursiva e princípio democrático. In: **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, v. 17, n. 66, jan./mar. 2009, p. 212.

¹¹⁹ HABERMAS, Jürgen. **Faktizität und Geltung**. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1992, p. 435.

¹²⁰ MATTOS, Ana Leticia Queiroga. *Amicus curiae* e a democratização do controle de constitucionalidade. In: **Revista Jurídica**, v. 53, n. 330, p. 68, abr. 2005.

não oficiais que devem participar do jogo de concretização e densificação da Constituição.¹²¹ Ademais, consigna-se que, ao se permitir que diversos grupos sociais adentrem no âmbito da Suprema Corte Constitucional, por meio do instituto do *Amicus Curiae*, aqueles não só fornecerão informações pertinentes para a prolação da decisão escrita deliberativa, como também exercerão plenamente o seu direito de acesso à justiça.

Nesses termos, o instituto jurídico em comento se utiliza do discurso como instrumento de inclusão e transformação, na medida em que oportuniza as entidades legitimadas a intervirem no processo de controle de constitucionalidade a exporem questionamentos e informações, que, ao longo do processo de construção da opinião e da vontade da Corte Constitucional, poderão se materializar em decisões judiciais.¹²²

Diante de todo o exposto, poder-se-ia, então, afirmar que o *Amicus Curiae* tem a importante atribuição de, no âmbito das deliberações contra majoritárias da Corte Constitucional Brasileira, aplicar os ideais de democracia deliberativa. Via de consequência, o instituto jurídico em comento tem a função de instrumentalizar os verdadeiros detentores do poder, o povo, para que estes participem do processo de interpretação constitucional.

Entretanto, reitera-se: tal participação, no sistema jurídico brasileiro, não é irrestrita, como defendido por Harbele na *Sociedade Aberta de Intérpretes da Constituição*; ao revés, por questão de segurança jurídica, a intervenção de terceiros não interessados estará adstrita aos requisitos autorizadores da Lei n. 9.868/99¹²³ e §1º e 2º da Lei 9.882/99¹²⁴.

¹²¹ FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 949.

¹²² MEDEIROS, Isadora Dias; MOURA, Francisco André Alves. **O amicus curiae enquanto expressão da jurisdição constitucional democrática-deliberativa**. 1º Congresso Brasileiro de Direito e Desenvolvimento: Sustentabilidade, Integração e Modernidade. 2012, p. 2. Disponível em: <http://www.direitoedesenvolvimento.net/anais/anais2012/gt05/02.pdf>. Acesso em: 08 de maio de 2015.

¹²³ “Art. 7º: Não será admitido a intervenção de terceiros no processo de ação direta de inconstitucionalidade. § 2º **O relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, poderá, por despacho irrecorrível, admitir, observado o prazo fixado no parágrafo anterior, a manifestação de outros órgãos ou entidades**”. (Grifos nossos). (BRASIL. Lei 9.868, de 10 de novembro de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação direta de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Brasília. DF. Planalto. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19868.htm. Acesso em: 03 de março de 2015).

¹²⁴ “Art. 6º. Apreciado o pedido de liminar, o relator solicitará as informações às autoridades responsáveis pela prática do ato questionado, no prazo de dez dias. § 1º Se entender necessário, **poderá o relator** ouvir as partes nos processos que ensejaram a arguição, requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou ainda, **fixar data para declarações, em audiência pública, de pessoas com experiência e autoridade na matéria**. § 2º **Poderão ser autorizadas, a critério do relator, sustentação oral e juntada de memoriais, por requerimento dos interessados no processo**”. (Grifos nossos). (BRASIL. Lei 9.882, de 3 de dezembro de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da arguição de

Por se tratar de tema específico, tais requisitos serão analisados de forma pormenorizada no próximo capítulo, o qual se destina a abordar o instituto jurídico do “Amigo da Corte” em sede de controle de constitucionalidade.

6. APLICAÇÃO DO INSTITUTO DO *AMICUS CURIAE* EM SEDE DE CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE

Ao longo deste trabalho, foi realizada uma extensa, mas necessária, contextualização acerca do princípio democrático e da importância da intervenção do *Amicus Curiae* para democratização das decisões proferidas em sede de controle de constitucionalidade.

No momento hodierno, entretanto, faz-se indispensável estudar com afinco o controle judicial de constitucionalidade para que, *a posteriori*, se possa abordar e melhor compreender o procedimento de intervenção assistencial do terceiro não interessado no processo de interpretação e aplicação do Texto Constitucional.

6.1. DO CONTROLE JUDICIAL DE CONSTITUCIONALIDADE

O controle de constitucionalidade de leis e atos normativos, consoante disposto por Michel Temer, pressupõem, necessariamente, a supremacia da Carta Maior; a existência de escalonamento normativo, no qual a Constituição ocupa o ponto mais alto do sistema normativo¹²⁵. Neste íterim, situando-se a Magna Carta no ápice da pirâmide de Hans Kelsen¹²⁶, poder-se-ia afirmar que todo ato ou lei infraconstitucional contrário às normas constitucionais formais ou materiais, estará eivado de vícios de validade, e, via de consequência, deverá ser extirpado do ordenamento jurídico pátrio através do controle repressivo de constitucionalidade.

Nesse sentido, digno de transcrição o posicionamento da Suprema Corte Constitucional em sede de Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIn) n. 2215-PE¹²⁷:

Sabemos que a supremacia da ordem constitucional traduz princípio essencial que deriva, em nosso sistema de direito positivo, do caráter eminentemente rígido de que se revestem as normas inscritas no estatuto fundamental. [...] Nesse contexto, em que a autoridade normativa da Constituição assume decisivo poder de ordenação e de conformação da atividade estatal – que nela passa a ter o fundamento de sua própria

¹²⁵TEMER, Michel. **Elementos de direito constitucional**. 19ª ed. Revista e Atualizada. São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p. 40.

¹²⁶ Conforme a Teoria Pura de Hans Kelsen: “uma norma para ser válida é preciso que busque seu fundamento de validade em uma norma superior, e assim por diante, de tal forma que todas as normas cuja validade pode ser reduzida a uma mesma norma fundamental formam um sistema de normas, uma ordem normativa. (KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 4a ed. Martins Fontes, São Paulo, 1995, p. 248).

¹²⁷ BRASIL. MEDIDA CAUTELAR EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. **ADIn 2215/PE**. Decisão Monocrática. Rel. Min. Celso de Mello; Julgamento em 17.04.2001; DJE 26.04.2001. Disponível em: <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14821398/medida-cautelar-na-acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-2215-pe-stf>. Acesso em 14 de março de 2015.

existência, a validade e eficácia -, nenhum ato de Governo (Legislativo, Executivo e Judiciário) poderá contrariar-lhe os princípios ou transgredir-lhe os preceitos, sob pena de o comportamento dos órgãos do Estado incidir em absoluta desvalia jurídica.

Ademais, reforçando a tese explanada em capítulos anteriores de que aos membros da Corte Constitucional encube a importante atribuição de zelar pela força normativa da constituição, garantindo que a vontade do povo estampada nas normas constitucionais não seja suplantada pela vontade das maiorias ocasionais do Congresso, leciona Alexander Hamilton¹²⁸:

Não há proposição que se apoie sobre princípios mais claros do que afirma que todo ato de uma autoridade delegada, contrário aos termos do mandato segundo o qual se exerce, é nulo. Portanto, **nenhum ato legislativo contrário à Constituição pode ser válido**. Negar isto equivaleria a afirmar que o mandatário é superior ao mandante, que o servidor é mais que seu amo, que os representantes do povo são superiores ao próprio povo e que os homens que trabalham em virtude de determinados poderes podem fazer não só o que estes não permitem, como, inclusive, o que proibem. [...]

Uma constituição é, de fato, uma lei fundamental e assim deve ser considerada pelos juízes. A eles pertence, portanto, determinar seu significado, assim como o de qualquer lei que provenha do corpo legislativo. E se ocorresse que entre as duas existisse uma discrepância, deverá ser preferida, como é natural, aquela que possua força obrigatória e validez superiores; em outras palavras, deverá ser preferida a Constituição à lei ordinária, a intenção do povo à intenção de seus mandatários. (Grifos nossos).

Destarte, discorrendo sobre a força normativa da constituição e a função dos magistrados em garantir a plena eficácia das normas asseguradoras de direitos e garantias fundamentais, destacou o Ministro Celso de Mello, na ADIn n. 3345, que o *status* de guardião da Constituição, atribuído ao Supremo Tribunal Federal (STF), confere-lhes a “singular prerrogativa de dispor do monopólio da última palavra em exegese das normas inscritas no texto da Lei Fundamental”.¹²⁹

Outrossim, no que tange ao princípio da *Supremacia da Constituição*, destaca André Ramos Tavares que, enquanto alguns países como Portugal e Espanha o preveem expressamente em suas constituições, tal enunciação normativa genérica encontra previsão implícita no sistema constitucional brasileiro. Neste, a superioridade é depreendida através de inúmeros dispositivos constitucionais, em especial os arts. 60, 102 e 103 da Constituição da

¹²⁸ HAMILTON, Alexander; JAY, John; MADISON, James. **O Federalista**: um comentário à Constituição Americana. Tradução de Reggy Zacconi de Moraes. Rio de Janeiro: Nacional de Direito, 1959, p. 314.

¹²⁹ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **ADIn 3345**, Rel. Min. Celso de Mello, j. em 25.8.2005, Plenário, DJE de 20.8.2010.

República, acrescidos ao disposto no art. 23, I, o qual estabelece como competência comum dos entes da federação “zelar pela guarda da Constituição” e ao art. 78, o qual prevê a submissão do Executivo à Constituição e às leis.¹³⁰

Nos termos expostos, portanto, conclui-se que a *Supremacia das Normas Constitucionais* constitui em princípio implícito, cuja efetividade depende do controle de constitucionalidade das leis e atos normativos do poder público, cuja atribuição remete-se ao Poder Judiciário e, sobretudo ao Supremo Tribunal Federal (STF), guardião da Constituição e órgão central da exegese constitucional.

O controle de constitucionalidade constitui, desse modo, em corolário lógico da supremacia constitucional; em requisito para que a superioridade constitucional não se transforme em preceito moralmente platônico; para que a Constituição, por sua vez, não expresse simples programa político, repositório de bons conselhos para uso esporádico ou intermitente do legislador.¹³¹

No entanto, quanto aos critérios de controle, a doutrina nacional, reconhecendo a natureza híbrida do controle repressivo de constitucionalidade, subdividiu-as em: difuso (americano) e concentrado (austríaco ou europeu). Aquele tem como característica distintiva deste a potencialidade de, no caso in concreto, ser encentado por qualquer juiz ou tribunal, enquanto que o controle concentrado pressupõe a atuação fiscalizatória de um único órgão: a Suprema Corte Constitucional.

Discorrendo sobre a importância do controle difuso para salvaguarda da força normativa da constituição, preceitua Marcelo Figueiredo¹³²:

A grande virtude de controle difuso de constitucionalidade está exatamente na sua coerência e simplicidade. A possibilidade de qualquer juiz negar aplicação à lei ordinária que confronte a constituição é admirável. Possibilita que todo Judiciário analise e confronte a constitucionalidade da lei e dos demais atos normativos.

No controle difuso, portanto, todos os órgãos judiciais possuem o poder-dever de deixar de aplicar qualquer ato normativo tendente a violar as determinações e princípios constitucionais. Seu objetivo não é retirar do ordenamento jurídico pátrio a referida norma

¹³⁰ TAVARES, André Ramos. **Tratado da arguição de preceito fundamental**: (Lei 9.868/99 e Lei 9.882/99), São Paulo: Saraiva, 2001, p. 72-73.

¹³¹ HORTA, Raul Machado. **Direito constitucional**. 2. Ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1999, p. 130.

¹³² FIGUEIREDO, Marcelo. **O controle de constitucionalidade** – algumas notas e preocupações, p. 10. Apud: FERREIRA, Olavo A. V. Alves. **Controle de constitucionalidade e seus efeitos**. São Paulo: Método, 2005, p. 40.

jurídica, mas impedir que, no caso concreto, um direito fundamental seja violado em razão da aplicabilidade de uma norma inconstitucional.

Reconhecendo a relevância de todos os membros do Judiciário exercer a fiscalização das normas infraconstitucionais, Olavo Alves Ferreira afirma que o controle difuso, ao analisar a compatibilidade das leis ordinárias às disposições constitucionais, constitui em instrumento de garantia dos direitos fundamentais albergados no Texto Constitucional, razão pela qual deve estar inserido entre as cláusulas pétreas, especificadamente como um dos direitos e garantias individuais¹³³.

Por outro lado, o controle concentrado de constitucionalidade, conforme exposto alhures, concentra em um único órgão, o Pretório Excelso, o poder-dever de fiscalizar a compatibilidade das normas infraconstitucionais aos comandos da Carta Política, retirando-as do ordenamento jurídico pátrio em casos de violação às normas formais e/ou materiais da Constituição.

Destarte, da classificação empreendida por Gilmar Ferreira Mendes acerca dos critérios possíveis de controle repressivo de constitucionalidade, o Ministro do Supremo aponta para a existência do critério misto ou híbrido, o qual, conforme anteriormente explanado, é o adotado pelo sistema jurídico brasileiro. Discorrendo sobre o assunto, dispõe, *in verbis*¹³⁴:

Finalmente, o controle misto de constitucionalidade congrega os dois sistemas de controle, o de perfil difuso e o de perfil concentrado. Em geral, nos modelos mistos defere-se aos órgãos ordinários do Poder Judiciário a prerrogativa de afastar a aplicação da lei nas ações e processos judiciais, mas se reconhece a determinado órgão de cúpula — Tribunal Supremo ou Corte Constitucional — a competência para proferir decisões em determinadas ações de perfil abstrato ou concentrado. Talvez os exemplos mais eminentes desse modelo misto sejam o modelo português, no qual convivem uma Corte Constitucional e os órgãos judiciais ordinários com competência para aferir a legitimidade da lei em face da Constituição, e o modelo brasileiro, em que se conjugam o tradicional modelo difuso de constitucionalidade, adotado desde a República, com as ações diretas de inconstitucionalidade (ação direta de inconstitucionalidade, ação declaratória de constitucionalidade, ação direta de inconstitucionalidade por omissão e representação interventiva), da competência do Supremo Tribunal Federal.

¹³⁴ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 4 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 1.058.

Não obstante a constatação de que o sistema jurídico brasileiro adota o critério misto ou híbrido de controle de constitucionalidade, não se pode olvidar de analisar os meios de controle repressivo previstos no ordenamento jurídico pátrio, quais sejam: via incidental e via de ação.

O controle incidental de constitucionalidade, também denominado de *incidenter tantum*, por via de defesa, por via de exceção ou sistema americano, pressupõe, consoante Luís Roberto Barroso, na existência de relação jurídica processual, de ação judicial, de pretensão resistida no âmbito da qual se discuta a constitucionalidade da lei a ser aplicada no caso concreto. Apreciando a questão a ser decidida e reconhecendo a incompatibilidade da norma a ser aplicada com as disposições do Texto Maior, o juiz ou tribunal deverá declarar, incidentalmente, a sua inconstitucionalidade, negando-lhe aplicação no caso concreto¹³⁵.

Ademais, acrescenta Michel Temer¹³⁶:

A via de exceção (ou de defesa) tem as seguintes peculiaridades: a) só é exercitável à vista de caso concreto, de litígio posto em juízo; b) o juiz singular poderá declarar a inconstitucionalidade de ato normativo ao solucionar o litígio entre partes; c) não é declaração de inconstitucionalidade de *lei em tese*, mas exigência imposta para a solução do caso concreto; d) a declaração, portanto, não é objetivo principal da lide, mas incidente, consequência.

Nos termos expostos, conclui-se que o objeto da exceção de inconstitucionalidade não é expurgar do ordenamento jurídico pátrio a lei ordinária, cuja inconstitucionalidade é arguida, e sim proteger o direito por ela afetado. De mais a mais, “não é possível pretender a declaração de inconstitucionalidade da lei em tese, fora de uma lide, de uma disputa entre partes. Para isso existe a ação direta de inconstitucionalidade, para cuja propositura a legitimação ativa é limitada”¹³⁷.

Outrossim, quantos aos legitimados a arguirem o incidente de inconstitucionalidade, Barroso destaca os seguintes sujeitos: o autor, que, postulando pela declaração de inconstitucionalidade de uma norma, requeira sua não sujeição aos efeitos desta; o réu, o qual utilizando do incidente como instrumento de defesa processual, requeira ao juiz a não aplicasse da lei reputada inconstitucional; o Ministério Público, atuando como parte ou *custos legis*; os terceiros interessados (assistente, litisconsorte, oponente); o juiz ou tribunal, *ex officio*,

¹³⁵ BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 4ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 89.

¹³⁶ TEMER, Michel. **Elementos de direito constitucional**. 19ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p. 43.

¹³⁷ BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 4ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 91.

quando do silêncio das partes.¹³⁸

Pela via de ação, por outro lado, objetiva-se a invalidade da norma jurídica, em razão de sua incompatibilidade com as disposições constitucionais, independentemente da existência de uma pretensão resistida. Sendo o Pretório Excelso o guardião da Constituição, a ele cabe apreciar e julgar, de modo concentrado, a constitucionalidade da lei ordinária. Quanto aos legitimados a propositura de ações de controle de constitucionalidade, prescreve o art. 103 da Constituição da República Federativa do Brasil¹³⁹:

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 Assembleia 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.

O art. 2º da Lei 9.882/99, por sua vez, prescreve que todos os legitimados para a ação direta de inconstitucionalidade podem propor arguição de descumprimento de preceito fundamental. Nestes termos, poder-se-ia afirmar que, à exceção da ação direta de inconstitucionalidade interventiva¹⁴⁰, a Constituição de 1988 ampliou substancialmente o rol de legitimados ao ajuizamento de ações de controle concentrado de constitucionalidade, visto que, antes da atual Carta Política, tal atribuição era privativa do Procurador-Geral da República.

Da análise do art. 103 da Constituição Federal de 1988, entretanto, se depreende que o cidadão comum não detém legitimidade para questionar, por via de ação, a constitucionalidade de uma lei ordinária, cuja decisão com efeitos vinculantes e *erga omnes* é de competência do STF; sua intervenção, ao revés, se reduz à via incidental, cujos efeitos do reconhecimento da inconstitucionalidade será apenas entre os sujeitos envolvidos na relação jurídica processual.

¹³⁸ Idem, p. 90.

¹³⁹ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, Senado, 1998.

¹⁴⁰ Quanto à legitimidade para propor ação direta de inconstitucionalidade interventiva, assim dispõe o art. 36, III, da Constituição Federal: “Art. 36. A decretação da intervenção dependerá: [...] III – de provimento, pelo Supremo Tribunal Federal, de representação do Procurador-Geral da República, na hipótese do art. 34, VII, e no caso de recusa de execução de lei federal.” (BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, Senado, 1998).

Dada à extensão dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade de uma lei ordinária ou ato normativo, indispensável se faz que a Corte Constitucional - único órgão responsável pelo controle concentrado de constitucionalidade - profira uma decisão segura e bem fundamentada, afastando dos jurisdicionados qualquer dúvida quanto à compatibilidade da norma ou ato atacado aos comandos constitucionais. A fundamentação da decisão e o diálogo com a sociedade consistem, inclusive, em requisitos para que um Tribunal Constitucional adquira a qualidade de Corte Deliberativa, conforme analisado no item 3.1 deste trabalho.

Em consonância com o explanado, digno de transcrição trecho da obra “Por detrás da Suprema Corte”¹⁴¹:

Um tribunal que é final e irrecorrível precisa de escrutínio mais cuidadoso que qualquer outro. Poder irrecorrível é o mais apto para auto-satisfazer-se e o menos apto a engarjar-se em imparciais auto-análises. Em um país como o nosso, nenhuma instituição pública ou o pessoal que o opera pode estar acima do debate público.

Nesses termos, e tendo em vista que, desde a Emenda Regimental n. 02/1985¹⁴², do STF, não mais se permite a intervenção de terceiros interessados no controle concentrado de constitucionalidade, imprescindível se faz estudar o instituto do *Amicus Curiae* como instrumento posto à disposição do cidadão comum para que este possa ter acesso à Justiça Constitucional e, por conseguinte, para que os ideais democráticos deliberativos sejam efetivados.

6.2. DA AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL EXPRESSA DO INSTITUTO E DA NECESSIDADE DE UMA INTERPRETAÇÃO SISTEMÁTICA DAS LEIS 9.868/99 E 9.882/99

Ante os argumentos até então dispostos, depreende-se que o “Amigo da Corte” consiste em um “terceiro” que intervém no controle concentrado de constitucionalidade, por provocação do Tribunal Constitucional ou por iniciativa voluntária, para fornecer aos membros da Cúria, elementos relevantes, ou até mesmo indispensáveis, para a solução da problemática constitucional.

¹⁴¹ WOODWARD, Bob. ARMSTRONG, Scott. **Por detrás da Suprema Corte**. São Paulo: Saraiva, 1995, p.7.

¹⁴² Por força da Emenda Regimental n. 2, de 04.12.1985, o §2º do art. 169 passou a ter a seguinte redação: “Não se admitirá assistência a qualquer das partes”. (BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Emenda Regimental n. 2**, de 04 de dezembro de 1985. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/ARQUIVO/NORMA/EMENDAREGIMENTAL002-1985.PDF>>. Acesso em: 12 de março de 2015).

Não obstante ser aplicado em sede de controle objetivo de constitucionalidade, o referido instituto não possui previsão expressa nas leis que disciplinam sua admissibilidade em sede de interpretação constitucional.¹⁴³ O reconhecimento de sua aplicabilidade no âmbito da Suprema Corte Constitucional decorre da interpretação do § 2º, do art. 7º, da Lei n. 9.868/99 c/c o § 1º e § 2º, do art. 6º, da Lei n. 9.882/99, bem como da leitura da Exposição de Motivos do projeto da Lei n. 9.868/99.¹⁴⁴

Assim prescrevem as leis supracitadas quanto à intervenção assistencial de terceiros em sede de controle de constitucionalidade:

Lei n. 9.868/99.

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

§ 2º. O relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, poderá, por despacho irrecorrível, admitir, observado o prazo fixado no parágrafo anterior, a manifestação de outros órgãos ou entidades. (Grifos nossos).¹⁴⁵

Lei n. 9.882/99:

Art. 6º. [...]

§ 1º. Se entender necessário, poderá o relator ouvir as partes nos processos que ensejaram a arguição, requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou ainda, **fixar data para declarações, em audiência pública, de pessoas com experiência e autoridade na matéria.**

§ 2º. Poderão ser autorizadas, a critério do relator, sustentação oral e

¹⁴³ Entretanto, com a sanção presidencial do novo Digesto Processual Civil, o referido instituto passou a ter previsão explícita no ordenamento jurídico pátrio. A Lei n. 13.105/15, que alterou as normas processuais civis brasileiras, dedicou capítulo próprio à figura jurídica do *Amicus Curiae*, autorizando sua admissibilidade nos processos subjetivos, desde que presente a repercussão geral do tema a ser debatido. Neste sentido, prescreve o art. 138 do novo Código de Processo Civil Brasileiro: “Art. 138. O juiz ou o relator, considerando a relevância da matéria, a especificidade do tema objeto da demanda ou a repercussão social da controvérsia, por decisão irrecorrível, de ofício ou a requerimento das partes de quem pretenda manifestar-se, solicitar ou admitir a manifestação de pessoa natural ou jurídica, órgão ou entidade especializada, com representatividade adequada, no prazo de quinze dias da sua intimação. § 1º A intervenção de que trata o caput não implica alteração de competência nem autoriza a interposição de recursos. § 2º Caberá ao juiz ou relator, na decisão que solicitar ou admitir a intervenção, definir os poderes do *amicus curiae*. § 3º O *amicus curiae* pode recorrer da decisão que julgar o incidente de resolução de demandas repetitivas”. (Grifos nossos). (BRASIL. PLANALTO. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Publicada no Diário Oficial da União em 17 de março de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm> . Acesso em 27 de março de 2015).

¹⁴⁴ Discorrendo sobre o tema, Cássio Scarpinella Bueno defende que admissibilidade do *Amicus Curiae* prescinde de previsão legal, visto decorrer diretamente do princípio constitucional do livre convencimento motivado do magistrado, destacando, assim, o caráter instrutório do instituto. (BUENO, Cássio Scarpinella. *Amicus Curiae no processo civil brasileiro*: um terceiro enigmático. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 634-635).

¹⁴⁵ BRASIL. PLANALTO Lei 9.868, de 10 de novembro de 1999. Publicada no Diário Oficial da União em 11 de novembro de 1999. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19868.htm. Acesso em: 03 de março de 2015.

**juntada de memoriais, por requerimento dos interessados no processo.
(Grifos nossos)¹⁴⁶**

Outrossim, acrescenta a Exposição de Motivos do projeto da Lei 9.868/99, *in verbis*¹⁴⁷:

O anteprojeto preserva a orientação contida no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal que veda a intervenção de terceiros no processo de ação direta de inconstitucionalidade e, agora, também na ação declaratória de constitucionalidade (arts. 7º e 18). Constitui, todavia, inovação significativa a autorização para que outros titulares do direito de propositura da ação direta possam manifestar-se, por escrito, sobre o objeto da ação, pedir a juntada de documentos úteis para exame da matéria no prazo de informações, bem como apresentar memoriais (arts. 7º, §1º, e 18, §1º). Trata-se de providência que confere um caráter pluralista ao processo objetivo de controle abstrato de constitucionalidade, permitindo que o Tribunal decida com pleno conhecimento dos diversos aspectos envolvidos na questão. **Da mesma forma, afigura-se digna de realce a proposta formulada com o sentido de permitir que o relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, admita manifestação de outros órgãos ou entidades (arts. 7º, §2º, e 18, §2º). Positiva-se, assim, a figura do *amicus curiae* no processo de controle de constitucionalidade, ensejando a possibilidade de o Tribunal decidir as causas com pleno conhecimento de todas as suas implicações ou repercussões. (Grifos nossos).**

Das transcrições, reitera-se o que fora explanado quando da conceituação e da definição da natureza jurídica do instituto em análise: o *Amicus Curiae* é um terceiro estranho à relação jurídica processual que não se confunde com os terceiros interessados previstos e disciplinados pelo Digesto Processual Civil; seu interesse na demanda transcende ao bem da vida discutido; seu objetivo é contribuir para a construção de uma decisão escrita deliberativa sem erros de julgamento.

Nesse sentido, adverte Cássio Scapinella Bueno¹⁴⁸ que, inexistindo no controle concentrado de constitucionalidade interesse ou direito subjetivado a ser julgado pelo

¹⁴⁶ BRASIL. PLANALTO Lei 9.882, de 3 de dezembro de 1999. Publicada no Diário Oficial da União em 6 de dezembro de 1999. Dispõe sobre a arguição de descumprimento de preceito fundamental perante o Supremo Tribunal Federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19882.htm. Acesso em 28 de março de 2015.

¹⁴⁷ BRASIL. CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Exposição de Motivos n. 189** do Projeto de Lei 2.960, de 7 de abril de 1997. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e ação declaratória de inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1130464&filename=Dossie+-PL+2960/1997. Acesso em 14 de abril de 2015.

¹⁴⁸ Scapinella Bueno assim dispõe: “A lógica da vedação da intervenção de terceiros, destarte, toma como base de raciocínio o mesmo contexto que o Código de Processo Civil e, mais amplamente, toda a doutrina processual civil sempre levaram em consideração ao longo dos tempos para moldar, sistematizar e aplicar as modalidades

Supremo Tribunal Federal, razão não há para permitir a intervenção dos terceiros elencados no capítulo VI do Código de Processo Civil. André Ramos Tavares, no mesmo sentido, assim explica: “a assistência é incabível porque inexistente relação jurídica em conflito; não há pretensão resistida, pressuposto de admissão do instituto da assistência”.¹⁴⁹

Embora as Leis n. 9.868/99 - que trata da ação direta de inconstitucionalidade e declaratória de constitucionalidade - e n. 9.882/99 - que dispõe sobre a arguição de descumprimento de preceito fundamental – tenham formalizado a figura do *Amicus Curiae* no sistema constitucional pátrio, tal instituto já fora admitido pelo Supremo Tribunal Federal, em sede de controle concentrado de constitucionalidade, antes mesmo da promulgação das supracitadas leis. É o que se depreende do julgamento do Agravo Regimental na ADIn n. 748-4, de relatoria do Ministro Celso de Mello¹⁵⁰:

EMENTA: Ação Direta de Inconstitucionalidade – Intervenção assistencial – Impossibilidade – Ato judicial que determina a juntada, por linha, de peças documentais – Despacho de mero expediente – Irrecorribilidade – Agravo regimental não conhecido. O processo de controle normativo abstrato instaurado perante o Supremo Tribunal Federal não admite a intervenção assistencial de terceiros. Precedentes. **Simplex juntada, por linha, de peças documentais apresentadas por órgão estatal que, sem integrar a relação processual, agiu, em sede de ação direta de inconstitucionalidade, como colaborador informal da Corte (*amicus curiae*): situação que não configura, tecnicamente, hipótese de intervenção *ad coadjuvandum*.** O despacho de mero expediente – como aqueles que ordenam juntada, por linha, de simples memorial expositivo -, por não se revestirem de qualquer conteúdo decisório, não são passíveis de impugnação mediante agravo regimental (CPC, art. 504)¹⁵¹. (**Grifos nossos**)

de intervenção de terceiros, qual seja, a existência de um específico ‘interesse’ ou ‘direito’ de um terceiro que deriva, direta ou indiretamente, da demanda pendente entre duas outras pessoas. Trata-se, pois, de um ‘interesse’ ou de um ‘direito’ concreto, que tem dono, que tem titular.” BUENO, Cássio Scarpinella. *Amicus Curiae no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 136.

¹⁴⁹ TAVARES, André Ramos. *Tratado de arguição de descumprimento de preceito fundamental*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 357-358.

¹⁵⁰ Destacando a relevância do referido julgado, Cássio Scarpinella Bueno transcreve trecho do voto do Ministro Relator, que assim dispõe: “Vê-se, portanto, que, além de o despacho ora recorrido não haver autorizado a intervenção assistencial – de resto por ela própria sequer requerida – da Comissão de Constituição e Justiça da Assembleia Legislativa do Estado do Rio Grande do Sul -, não viabilizou, ainda que por via reflexa ou indireta, os efeitos vislumbrados pelo agravante.

Não se pode desconhecer, neste ponto – e nem há possibilidade de confusão conceitual com esse instituto -, que o órgão da Assembleia gaúcha claramente atuou, na espécie, como verdadeiro *amicus curiae*, vale dizer, produziu informalmente, e sem assumir a condição jurídica de sujeito do processo de controle normativo abstrato, peças documentais que, desvestidas de qualquer conteúdo jurídico, veiculam simples informações ou meros subsídios destinados a esclarecer as repercussões que, no plano social, no domínio pedagógico e na esfera do convívio familiar, tem representado, no Estado do Rio Grande do Sul, a experiência de implantação do Calendário Rotativo Escolar.” (BUENO, Cássio Scarpinella. *Amicus Curiae no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 132).

¹⁵¹ BRASIL. AGRAVO REGIMENTAL EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. **AG. REG. Na ADIn nº 748-4/RS**. Tribunal Pleno; Rel. Min. Celso de Mello; Julgamento em 01.08.1994, DJE 18.11.1994.

Da ementa, constata-se não ser recente a discussão em torno da natureza jurídica do *Amicus Curiae*; ao revés, aquela nos remete a um período anterior a edição das leis que disciplinam as ações de controle concentrado de constitucionalidade. Ademais, consigna-se que a figura jurídica do Amigo da Corte já possuía previsão legal antes de 1999, ano da edição das Leis 9.868/99 e 9.882/99, no entanto, foi a partir destes diplomas legais que a Justiça Constitucional se abriu para a manifestação de setores da sociedade. Nestes termos, poder-se-ia afirmar que o *Amicus Curiae* não nasceu das leis que disciplinam o controle concentrado de constitucionalidade; ele já existia no sistema jurídico brasileiro sob uma veste menos democrática.¹⁵² As supracitadas leis, portanto, ampliam a participação dos terceiros desinteressados no processo de constitucionalidade de leis e atos normativos, sem, no entanto, deixar de fixar critérios legais para a intervenção desses “auxiliares do juízo”.

Quanto à relevância dos referidos diplomas legais, posicionam-se Gilmar Ferreira Mendes e Ives Gandra Martins no sentido de que aqueles, ao possibilitarem que o relator autorize a interferência de terceiros não interessados no processo de controle concentrado de constitucionalidade (desde que respeitadas às exigências legais), conferem a este maior abertura procedimental; ao mesmo tempo, dota o Supremo Tribunal Federal de “instrumentos adequados para aferição mais precisa dos fatos e prognoses estabelecidos ou pressupostos pelo legislador.”¹⁵³

Disponível em: <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14705750/agregna-acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-748-rs>. Acesso em 14 de abril de 2015.

¹⁵² A Lei 6.385/76, a qual dispõe sobre o mercado de valores mobiliários e criou a Comissão de Valores Mobiliários (CVM), foi o primeiro diploma legal a prever a intervenção assistencial de terceiro não interessado, com o fito de auxiliar o juízo na construção da decisão judicial. No entanto, conforme se depreende da norma do art. 31 da referenciada lei, tal intervenção se restringe à CVM. Dispõe o 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.” (BRASIL. **Lei n. 6.385**, de 7 de dezembro de 1976. Publicada no Diário Oficial da União em 09 de dezembro de 1976. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1970-1979/lei-6385-7-dezembro-1976-357234-norma-pl.html>. Acesso em 28 de março de 2015).

Com teor similar, a Lei 8.884/94 (revogada pela Lei 12.529/11), que dispunha sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica, autorizava o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) a intervir em processos judiciais quando a aplicação dos dispositivos da referenciada lei estivessem em discussão. Tal intervenção poderia ser feita através da Procuradoria do CADE, consoante norma art. 7º, inciso XV, da Lei 8.884/94, com o auxílio da Secretaria de Direito Econômico, por entidade da administração indireta (art. 36) ou por qualquer pessoa, desde que indicada pelo Relator e convidada pelo Presidente do CADE a comparecer em juízo, conforme norma do art. 44 da Lei 8.884/94. (BRASIL. **Lei n. 8.884**, de 11 de junho de 1994. Publicada no Diário Oficial da União em 13 de junho de 1994. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18884.htm. Acesso em 28 de março de 2015).

¹⁵³ MENDES, Gilmar Ferreira; MARTINS, Ives Gandra. **Controle concentrado de constitucionalidade**. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 158.

Nos termos expostos, portanto, poder-se-ia afirmar que as Leis 9.868/99 e 9.882/99 confirmaram e solidificaram, no sistema constitucional pátrio, uma tendência do STF para a abertura constitucional. No entanto, a deliberação social em sede de interpretação constitucional está adstrita a critérios previstos nos supracitados diplomas legais, os quais deverão ser aprioristicamente analisados pelo relator. Tais critérios serão abordados no tópico seguinte.

6.3. DOS REQUISITOS AUTORIZADORES PARA APLICAÇÃO DA FIGURA JURÍDICA DO *AMICUS CURIAE*

Dissertando sobre as condições ou requisitos para admissibilidade do *Amicus Curiae*, Marcelo Negri Soares e Camila Gentil Winkler apontam a representatividade e a autoridade do pretense Amigo da Corte como condições subjetivas; a relevância da matéria e a utilidade prática de sua intervenção, por seu turno, como requisitos objetivos. Todos eles, entretanto, “envolvidos pelo liame do fim precípua de ampliar a discussão objetiva de teses jurídicas que afetarão a sociedade, ainda que possa se fiar em precedente com reflexos da coisa julgada interpartes.”¹⁵⁴

Por outro lado, Cássio Scarpinella Bueno, em consonância com a norma do § 2º do art. 7º, da Lei 9.868/99, destaca dois requisitos para o ingresso do Amigo da Corte no controle concentrado de constitucionalidade, a saber: a relevância da matéria e a representatividade do “postulante”.¹⁵⁵

Entretanto, não se pode olvidar de que a norma do § 1º, do art. 6º, da Lei 9.882/99, permite ao relator, em sede de arguição de descumprimento de preceito fundamental, ouvir pessoas com autoridade e experiência na matéria debatida. Ademais, a norma do § 2º do art. 6º do mesmo diploma legal, prescreve que, a critério do relator, interessados no processo objetivo de constitucionalidade poderão ser autorizados a apresentar sustentação oral, bem como a juntada de memoriais.

Nesse ínterim, poder-se-ia afirmar que a leitura do § 2º do art. 7º da Lei 9.868/ 99, cumulada com o § 1º e 2º do art. 6º da Lei 9.882/99, revela os quatro requisitos autorizadores

¹⁵⁴ SOARES, Marcelo Negri; WINKLER, Camila Gentil. *Amicus Curiae no Brasil: Um Terceiro Necessário*. Revista de Tribunais, vol. 953/2015, p. 6.

¹⁵⁵ BUENO, Cássio Scarpinella. *Amicus Curiae no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 139.

da intervenção do terceiro enigmático, os quais foram elencados por Marcelo Negri Soares e Camila Gentil Winkle em artigo intitulado “*Amicus Curiae* no Brasil: Um Terceiro Necessário” e aprioristicamente destacados neste capítulo. Cabe agora analisá-los individualmente.

A representatividade, consoante Marcelo Negri e Camila Gentil, não se confunde com o interesse processual¹⁵⁶; ao revés, aquela é qualidade atribuída à pessoa ou órgão que tem atribuição para falar em nome de parcela significativa da sociedade. “Sem representatividade será vedado o ingresso do *amicus curiae*, pois se traduzirá em mero *opinium*, o que qualquer pessoa seria capaz de produzir, sendo negado o tipo de manifestação intrusa, de modo a prevenir sua proliferação tumultuária indesejada”¹⁵⁷.

Scapinella Bueno, por sua vez, defende possuir “representatividade adequada”¹⁵⁸:

[...] toda aquela pessoa, grupo de pessoas ou entidade, de direito público ou de direito privado, que conseguir demonstrar que tem um **específico interesse institucional na causa e, justamente em função disso, tem condições de contribuir para o debate da matéria, fornecendo elementos ou informações úteis e necessárias para o proferimento de melhor decisão jurisdicional**. Meros interesses corporativos, que dizem respeito apenas à própria entidade que reclama seu ingresso em juízo, não são suficientes para sua admissão na qualidade de *amicus curiae*. (**Grifos nossos**).

A autoridade, como condição subjetiva de admissibilidade do *Amicus Curiae*, por sua vez, diz respeito, à relação que o proponente tem com o tema a ser discutido em sede de controle concentrado de constitucionalidade. Isto porque, não basta ser o interveniente representante de segmento(s) da sociedade, faz-se necessário, também, que o referido tenha domínio sobre o tema e que, por isso, possa contribuir para a formação da decisão escrita deliberativa.¹⁵⁹

¹⁵⁶ Nesse sentido, destaca-se trecho de julgado do STF, de relatoria da Ministra Rosa Weber: “Por força do requisito da representatividade adequada, não se admite o ingresso no feito, na qualidade de *amicus curiae*, de pessoas físicas ou jurídicas interessadas apenas – ou fundamentalmente – no desfecho do seu processo, como aquelas que têm recursos sobrestados na origem, aguardando o desfecho de processos com repercussão geral reconhecida por esta Corte.” (BRASIL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. **ADIn 4304/PI**. Tribunal Pleno; Rel. Min. ROSA WEBER, Julgamento em 06.05.2013; DJE 20.05.2013. Disponível em: <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23285145/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-4304-pi-stf>. Acesso em 14 de março de 2015).

¹⁵⁷ SOARES, Marcelo Negri; WINKLER, Camila Gentil. *Amicus Curiae* no Brasil: um terceiro necessário. In: **Revista de Tribunais**, vol. 953/2015, p. 6.

¹⁵⁸ BUENO, Cássio Scapinella. *Amicus Curiae* no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 146-147.

¹⁵⁹ Em razão da inobservância desse requisito subjetivo de admissibilidade, o pedido de intervenção do Sindicato dos Médicos do Distrito Federal – SINDIMÉDICO, na qualidade de *Amicus Curiae*, foi indeferida por Joaquim Barbosa, Ministro do Supremo à época, conforme se depreende da transcrição que se segue: “[...] o SINDIMÉDICO não logrou demonstrar que detém experiência e autoridade em matéria de saúde social,

Nesse sentido, segue recente julgado do Supremo Tribunal Federal¹⁶⁰:

O Instituto Brasileiro de Direito Processual possui adequada representatividade para manifestação na causa e, além disso, demonstrou haver pertinência temática entre suas finalidades institucionais e a controvérsia dos autos. Além de ter em seu objeto social o estudo do direito processual e a colaboração com instituições (art. 3.º do Estatuto Social), trata-se de entidade que possui representatividade na sua área de atuação. Ainda, cabe à entidade requerente a demonstração da utilidade de sua colaboração processual de modo a afirmar a singularidade das suas atuações institucionais para o debate da questão constitucional posta em debate. A mera manifestação de interesse em colaborar com o Tribunal, sem a apresentação de qualquer subsídio fático ou jurídico representativo para o julgamento da questão constitucional, não justifica a habilitação na condição de *amicus curiae*. No caso, a requerente também esclareceu a maneira pela qual pode contribuir para, de forma complementar as razões já presentes nos autos, o debate constitucional *sub judice*, sem atuar como assistente de parte e sem interesse jurídico direto no julgamento da causa. Ante o exposto, indefiro o pedido formulado por José Augusto de Castro, nos termos do art. 7.º, § 2.º, da Lei 9.868/1999, e defiro o ingresso do Instituto Brasileiro de Direito Processual, na qualidade de *amicus curiae*, devendo a secretaria proceder às anotações pertinentes. Publique-se. Intimem-se.

Por seu turno, a relevância da matéria - critério objetivo de admissibilidade do *Amicus Curiae* - requer, consoante a Ministra Rosa Weber, que a questão jurídica debatida em sede de controle de constitucionalidade extrapole os interesses subjetivos das partes, repercutindo no cenário econômico, político e/ou social, bem como em direitos difusos ou coletivos ou, ao menos, em vasta gama de direitos individuais homogêneos.¹⁶¹

Sob esse viés, portanto, a intervenção do terceiro enigmático exige que a matéria debatida em sede de interpretação constitucional possa interferir em diversos setores da sociedade, não se restringindo a sujeitos processuais.

uma vez que dentre as suas ‘prerrogativas’, elencadas no art. 2º de seu Estatuto, figuram apenas disposições de caráter eminentemente corporativas e de interesse próprio da categoria, como por exemplo: ‘(a) representar, perante autoridade administrativas e judiciárias os interesses gerais e individuais da categoria dos médicos, podendo promover ações de representação e substituição processual de toda a categoria, médicos sócios e não sócios, inclusive da defesa dos direitos difusos e dos direitos do consumidor; (b) celebrar convenções e acordos coletivos de trabalho e colaborar nas comissões de conciliação e tribunais de trabalho; (c) adotar medidas de utilidade e beneficência para os seus associados de acordo com os regulamentos que forem elaborados’, entre outros. Do exposto, indefiro o pedido.” (Grifos nossos). (BRASIL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. **ADIn 3311/DF**. Decisão monocrática. Rel. Min. Joaquim Barbosa; Julgamento em 15.04.2005; DJE. 25.4.2005. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14791277/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-3311-df-stf>> . Acesso em 14 de abril de 2015).

¹⁶⁰ BRASIL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. **ADIn 3695/DF**. Decisão monocrática. Rel. Teori Zavascki; Julgamento em 09.04.2014, DJE 11.04.2014. Disponível em: <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25078960/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-3695-df-stf> . Acesso em 14 de abril de 2015.

¹⁶¹ BRASIL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. **ADIn 4304/PI**. Decisão monocrática. Rel. Min. Rosa Weber; Julgamento em 06.05.2013; DJE 20.05.2013. Disponível em: <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23285145/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-4304-pi-stf> . Acesso em 14 de abril de 2015.

Entretanto, Scarpinella Bueno, com outro ponto de vista, destaca não parecer errôneo o entendimento segundo o qual o mero ajuizamento de ação direta de inconstitucionalidade já revela a importância ou relevância da matéria a ser discutida. Ademais, destaca que tal critério objetivo deve ser entendido também como a necessidade do Supremo Tribunal Federal travar um diálogo com a sociedade civil para, assim, alcançar uma decisão mais próxima possível dos valores dispersos no meio social.¹⁶²

Por fim, a utilidade da atuação do terceiro desinteressado constituiu em outro critério objetivo de admissibilidade, o qual deverá ser aprioristicamente analisado pelo relator. Este, ao constatar a pertinência da intervenção para a resolução do litígio constitucional, reconhecerá a observância do referenciado requisito.

Nesse sentido, segue transcrição de julgado do STF, em que o Ministro Relator Celso de Mello, fazendo menção aos requisitos da representatividade adequada e da utilidade da intervenção, destaca a razão de ser da figura jurídica do *Amicus Curiae*¹⁶³:

EMENTA: [...] PROCESSO OBJETIVO DE CONTROLE NORMATIVO ABSTRATO - POSSIBILIDADE DE INTERVENÇÃO DO "AMICUS CURIAE": UM FATOR DE PLURALIZAÇÃO E DE LEGITIMAÇÃO DO DEBATE CONSTITUCIONAL. - O ordenamento positivo brasileiro processualizou, na regra inscrita no art. 7º, § 2º, da Lei nº 9.868/99, a figura do "amicus curiae", permitindo, em consequência, que terceiros, desde que investidos de representatividade adequada, sejam admitidos na relação processual, para efeito de manifestação sobre a questão de direito subjacente à própria controvérsia constitucional. **A intervenção do "amicus curiae", para legitimar-se, deve apoiar-se em razões que tornem desejável e útil a sua atuação processual na causa, em ordem a proporcionar meios que viabilizem uma adequada resolução do litígio constitucional.** - A ideia nuclear que anima os propósitos teleológicos que motivaram a formulação da norma legal em causa, viabilizadora da intervenção do "amicus curiae" no processo de fiscalização normativa abstrata, tem por objetivo essencial pluralizar o debate constitucional, permitindo, desse modo, que o Supremo Tribunal Federal venha a dispor de todos os elementos informativos possíveis e necessários à resolução da controvérsia, visando-se, ainda, com tal abertura procedimental, superar a grave questão pertinente à legitimidade democrática das decisões emanadas desta Suprema Corte, quando no desempenho de seu extraordinário poder de efetuar, em abstrato, o controle concentrado de constitucionalidade [...]. **(Grifos nossos)**.

Destarte, consigna-se que os critérios de admissibilidade do *Amicus Curiae* deverão ser analisados conjuntamente com a conveniência da intervenção. Isto porque a norma do § 2º

¹⁶² BUENO, Cássio Scarpinella. *Amicus Curiae no processo civil brasileiro*: um terceiro enigmático. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 140.

¹⁶³ BRASIL. MEDIDA CAUTELAR EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. **ADI n 2321/MC/DF**. Decisão monocrática; Rel. Min. Celso de Mello; Julgamento em 25.10.2000; DJE 10.6.2005. Disponível em: <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14824494/medida-cautelar-na-acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-2321-df-stf>. Acesso em 14 de abril de 2015.

do art. 7º, da Lei 9.868/99 confere ao relator o poder discricionário, e não vinculado, de admitir a participação de outros órgãos e entidades no processo de controle concentrado de constitucionalidade. Entendimento que também se estende às normas do § 1º e 2º do art. 6º, da Lei 9.882/99, segundo as quais o relator poderá: fixar data para declarações, em audiência pública, de pessoas com experiência e autoridade na matéria; autorizar, a seu critério, sustentação oral e juntada de memoriais, por requerimento dos interessados no processo.¹⁶⁴

Ademais, com fulcro no § 2º do art. 7º, da Lei 9.868/99, a decisão do relator, que admitir a intervenção do terceiro enigmático no processo de interpretação constitucional, será irrecorrível. Questiona-se, entretanto, se a decisão que indeferir a interferência do Amigo da Corte será, também, não passível de recurso.

6.4. DA (IR) RECORRIBILIDADE DA DECISÃO QUE INADMITIR A PARTICIPAÇÃO DO *AMICUS CURIAE* EM SEDE DE INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL

Embora a norma do § 2º do art. 7º, da Lei 9.868/99, não mencione expressamente a impossibilidade de interposição de recurso contra decisão que inadmitir a intervenção do *Amicus Curiae*, não se pode olvidar de que o terceiro interveniente carece de interesse processual; seu interesse na demanda é institucional. Ademais, consoante explanado alhures, a admissão da figura jurídica em comento estará condicionada à discricionariedade do relator, o que afastaria o entendimento segundo o qual Amigo da Corte possui direito subjetivo à intervenção. Em consonância com este posicionamento, afirma Damares Medina que, em sede de amizade, não há direito de recurso, mas, sim, dever informacional.¹⁶⁵

Entretanto, divergindo, defende Gustavo Binenjom¹⁶⁶:

A previsão da irrecorribilidade da decisão do relator se aplica, por óbvio, àquelas decisões de conteúdo positivo, pois o dispositivo menciona expressamente apenas como “despacho irrecorrível” (rectius: trata-se de decisão interlocutória, e não de mero despacho) a decisão que admite a manifestação do *amicus curiae*. As decisões de conteúdo negativo – indeferitórias do ingresso

¹⁶⁴ (BRASIL. PLANALTO. **Lei 9.868**, de 10 de novembro de 1999. Planalto. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19868.htm. Acesso em: 03 de março de 2015); (BRASIL. **Lei 9.882**, de 3 de dezembro de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do § 1º do art. 102 da Constituição Federal. Brasília, DF, Planalto. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19882.htm Acesso em 28 de março de 2015).

¹⁶⁵ MEDINA, Damares. *Amicus curiae: Amigo da Corte ou Amigo da Parte?* São Paulo: Saraiva, 2010. p. 79.

¹⁶⁶ BINENJOM, Gustavo. A dimensão do *amicus curiae* no processo constitucional brasileiro: requisitos, poderes processuais e aplicabilidade no âmbito estadual. In: **Revista Eletrônica de Direito do Estado**: Salvador, n. 1, jan./fev./marc. de 2005, p. 17. Disponível em: < <http://www.direitodoestado.com/revista/rede-1-janeiro-2005-gustavo-binenjom.pdf>>. Acesso em 18 de março de 2015.

formal do amicus – podem, à evidência, ser impugnadas pelo interessado através do recurso cabível de agravo regimental.

Ademais, acrescenta Cássio Scapinella Bueno¹⁶⁷:

Para nós, o melhor entendimento é aquele que entende ser *recorrível* essa decisão, aplicando-se à hipótese a diretriz do *sistema processual civil* de que *toda* decisão monocrática proferida no âmbito dos tribunais é recorrível por intermédio do recurso de agravo, aqui na sua modalidade "interna". E nem poderia ser diferente, considerando o inegável prejuízo que a decisão que indefere o ingresso do *amicus curiae* tem aptidão para lhe causar, revelando-lhe, assim, seu *interesse recursal*.

Das transcrições, se depreende que os argumentos em defesa da possibilidade de impugnação da decisão que indeferir a intervenção do *Amicus Curiae* residem na ausência de vedação legal expressa e na diretriz processual civil, segundo a qual toda decisão monocrática poderá ser atacada por meio de agravo regimental.

Não obstante os argumentos apresentados em favor da recorribilidade da decisão monocrática e do prévio posicionamento contra tal possibilidade, relevante destacar alguns julgados do Supremo Tribunal Federal acerca do tema:

Ação Direta de Inconstitucionalidade. Embargos de declaração opostos por amicus curiae. Ausência de legitimidade. Interpretação do § 2º da Lei n. 9.868/99. 1. A jurisprudência deste Supremo Tribunal é assente quanto ao não-cabimento de recursos interpostos por terceiros estranhos à relação processual nos processos objetivos de controle de constitucionalidade. 2. Exceção apenas para impugnar decisão de não-admissibilidade de sua intervenção nos autos. 3. Precedentes. 4. Embargos de declaração não conhecidos.¹⁶⁸

Incognoscível o recurso. É que a Corte já assentou não ter, o amicus curiae, legitimidade para recorrer de decisões proferidas em processo de ação direta de inconstitucionalidade, senão apenas para, na condição de requerente, impugnar a decisão que lhe não admita a intervenção na causa, naquela outra qualidade¹⁶⁹ [...].¹⁷⁰

¹⁶⁷ BUENO, Cássio Scapinella. *Amicus Curiae no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 171.

¹⁶⁸ BRASIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. **EMB.DECL. NA ADIn 3615/PB**. Tribunal Pleno; Rel. Min. Cármen Lúcia; Julgamento em 17.03.2008; DJE 25.04.2008. Disponível em: <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14722679/embdeclna-acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-3615-pb>. Acesso em 14 de abril de 2015.

¹⁶⁹ BRASIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. **EMB.DECL. NA ADIn 2591/ED/DF**; Tribunal Pleno; Rel. Min. Eros Grau; Julgamento em: 14.12.2006; Informativo STF n. 452, 11 a 15 de dezembro de 2006. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo452.htm>. Acesso em 14 de abril de 2015.

¹⁷⁰ No mesmo sentido: AI 639.966-AgR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. em 06.04.2010, DJE de 14.04.2010; ADC 18-ED, Rel. Min. Menezes Direito, j. em 22.04.2009, DJE de 02.05.2009; ADI 2.591-ED, Rel. Min. Eros

[...] Diante do exposto, não conheço dos embargos de declaração. Observem o disposto no artigo 7º, § 2º, da Lei n. 9.868/99. Não cabe recurso contra o ato mediante o qual o relator decide sobre a admissibilidade, ou não, da intervenção de terceiro no processo revelador de ação direta de inconstitucionalidade.¹⁷¹

Do explanado, conclui-se que a jurisprudência do Pretório Excelso não é pacífica quanto à possibilidade ou não do terceiro desinteressado impugnar a decisão que inadmitir sua participação, na qualidade de Amigo da Corte, no processo de controle concentrado de constitucionalidade. Neste ínterim, os julgados do STF poderão ser invocados tanto para defender tal possibilidade, quanto para rebatê-la.

Em continuidade aos temas discutíveis na doutrina e jurisprudência pátria, abordar-se-á o momento da intervenção do instituto jurídico em comento, analisando se, à luz dos dispositivos legais e jurisprudenciais, existe prazo pré-fixado para que o *Amicus Curiae* possa participar do processo de interpretação constitucional.

6.5. DO MOMENTO PROCESSUAL DA INTERVENÇÃO E DO PRAZO PARA MANIFESTAÇÃO

Consoante dispõe o já citado § 2º do art. 7º, da Lei 9.868/99, o relator poderá, por despacho irrecorrível e observado o prazo do parágrafo anterior, admitir a intervenção de outros órgãos e entidades no controle de constitucionalidade de leis e atos normativos. O § 1º, por outro lado, foi vetado e uma lacuna legislativa foi criada, exigindo do intérprete do direito a sua devida colmatação.

Em um primeiro momento, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tendeu para a aplicação analógica do disposto no parágrafo único do art. 6º, da Lei 9.868/99¹⁷²,

Grau, j. em 14.12.2006, DJe de 13.04.2007; ADPF 183-AgR, Rel. Min. Carlos Britto, j. em 28.09.2009, DJE de 07.10.2009; ADI 3.772-ED, Rel. Min. Carlos Britto, j. em 30.09.2009, DJE de 07.10.2009. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/legislacaoAnotadaAdiAdcAdpf/verLegislacao.asp?lei=259>. Acesso em 18 de março de 2015.

¹⁷¹ BRASIL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. **ADI n. 4022/AL**; Decisão monocrática; Rel. Min. Marco Aurélio; Julgamento em 13.04.2008; DJE 25.04.2008. Disponível em: <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14773601/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-4022-al-stf>. Acesso em 14 de abril de 2015.

No mesmo sentido: ADI 3.248-ED, rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. em 07.06.2011, DJE de 17.06.2011; ADPF 183-ED, rel. Min. Carlos Britto, j. em 01.09.2009, DJE de 08.09.2009. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/legislacaoAnotadaAdiAdcAdpf/verLegislacao.asp?lei=259>. Acesso em 18 de março de 2015.

¹⁷² “Art. 6º. O relator pedirá informações aos órgãos ou às autoridades das quais emanou a lei ou o ato normativo impugnado. Parágrafo único. As informações serão prestadas no prazo de trinta dias contados do recebimento do pedido”. (BRASIL. Lei 9.868, de 10 de novembro de 1999. Dispõe sobre o processo e

delimitando como prazo para a intervenção assistencial do terceiro não interessado o mesmo destinado para os réus da ação direta de inconstitucionalidade prestar suas informações: trinta dias, a contar, entretanto, da intimação.

Nesse sentido, segue julgado de relatoria do Ministro Cezar Peluso, o qual, aplicando analogicamente a norma do parágrafo único do art. 6º, da Lei 9.868/99, invocou o argumento da “preclusão consumativa” para negar a participação de diversos clubes de futebol no processo de controle de constitucionalidade de dispositivos da Lei 10.671/2003 – O Estatuto do Torcedor¹⁷³:

Petições SR/STF nºs [...] O veto apostado ao § 1º do art. 7º da Lei federal nº 9.868, de 10 de novembro de 1999, não excluiu a necessidade de observância de prazo prevista no § 2º, para admissão dos chamados "amici curiae". A inteligência sistemática do disposto no § 2º, não podendo levar ao absurdo da admissibilidade ilimitada de intervenções, com graves transtornos ao procedimento, exige seja observado, quando menos por aplicação analógica, o prazo constante do § único do art. 6º. De modo que, tendo-se exaurido tal prazo, na espécie, aliás, pela só apresentação das informações, a qual acarretou preclusão consumativa, já não é lícito admitir a intervenção requerida por AVAÍ FUTEBOL CLUBE, CEARÁ SPORTING CLUB, AMÉRICA FUTEBOL CLUBE, SANTA CRUZ FUTEBOL CLUBE, CLUBE ATLÉTICO PARANAENSE, ASSOCIAÇÃO ATLÉTICA PORTUGUESA, CRUZEIRO ESPORTE CLUBE, SOCIEDADE ESPORTIVA PALMEIRAS e GRÊMIO FOOT-BALL PORTO ALEGRENSE. Indefiro, pois, os pedidos, sem prejuízo de oportuna juntada "por linha" das respectivas petições.

Essa posição, já superada pela doutrina e jurisprudência nacional, obstaculizava os interessados a participarem das discussões constitucionais. Isto porque, o exíguo prazo de trinta dias, muitas vezes, impedia que o terceiro estranho à relação jurídica processual tivesse conhecimento do processo e requeresse a sua intervenção dentro do referido prazo.

O Ministro Cezar Peluso, entretanto, alterou seu antigo posicionamento, passando a defender, em nome da democratização do processo de interpretação constitucional, a possibilidade de intervenção do *Amicus Curiae* mesmo quando encerrado o prazo estipulado pelo parágrafo único do art. 6º, da Lei 9.868/99. Com novo entendimento, apregoa a possibilidade de aplicação analógica do disposto no parágrafo único do art. 50, do Digesto

julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação direta de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Brasília. DF. Planalto. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19868.htm. Acesso em: 03 de março de 2015).

¹⁷³ BRASIL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. **ADI n 2937/DF**. Tribunal Pleno; Rel. Min. Cezar Peluso; Julgamento em 23.02.2012; DJE 29.05.2012. Disponível em: <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22085722/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-2937-df-stf>. Acesso em 14 de março de 2015.

Processual Civil, advertindo, destarte, para o fato do terceiro interveniente, assim como o assistente, receber o processo no estado em que se encontrar.¹⁷⁴

Cássio Scarpinella Bueno, por sua vez, defende como prazo final para a intervenção do *Amicus Curiae* o início do julgamento da controvérsia constitucional. Isto porque, consoante dispõe, a pluralização do debate constitucional deverá preceder a discussão entre os ministros votantes, dado o objetivo da figura jurídica em comento: contribuir para a formação do convencimento dos membros da Corte Constitucional, a começar pelo ministro relator. Tal entendimento, conforme aduz, não obsta que, “*durante o julgamento*, a pedido de um dos julgadores, manifeste-se, novamente, algum interveniente ou seja ouvido outra entidade na qualidade de *amicus*.”¹⁷⁵

¹⁷⁴ Segue trecho de julgado o qual revela o novo posicionamento do referenciado jurista: [...] É verdade que a manifestação da interveniente veio aos autos após o decurso do prazo destinado à colheita das informações. E conhece-se a interpretação segundo a qual o termo final das informações seria o único reservado à intervenção do *amicus curiae*, a despeito do veto imposto ao § 1º do art. 7º da Lei nº 9.868, de 1999, no qual estava previsto aquele prazo (cf. ADI nº 1.104, Rel. Min. GILMAR MENDES, DJ de 02.10.2002). Eu próprio já o sustentei alhures. Mas já não me parece deva ser esse o resultado da interpretação sistemática e teleológica da modalidade interventiva de que se cuida. A admissão legal da figura do *amicus curiae*, tradicional no sistema da common law, constitui evidente manifestação do impacto que o julgamento de ação de controle concentrado de constitucionalidade produz sobre a ordem jurídico-social. Com prevê-la, abre-se um canal valioso para a participação de membros do corpo social interessados no processo de tomada de decisão da Corte, em reforço da legitimidade e do caráter plural e democrático da atividade exercida pelo julgador. [...]. Se o dispositivo que previa prazo para o ingresso do *amicus curiae* no processo foi objeto de veto, não descubro fundamento normativo para induzir aplicabilidade do que se projetava como norma, que, vetada sem remédio, não chegou a integrar o ordenamento jurídico positivo, de modo a condicionar a possibilidade da intervenção. No silêncio da lei, mais razoável é reputá-la admissível, ainda ao depois do termo do prazo das informações, interpretação que, já acolhida neste Tribunal (ADI nº 1.104, Rel. Min. GILMAR MENDES, DJ de 29.10.2003), encontra suporte analógico na disciplina da intervenção do assistente (art. 50, § único, do CPC). A consequência da intervenção tardia do *amicus* há de ser apenas a impossibilidade de praticar atos processuais cujo prazo já se tenha exaurido. Em outras palavras, o interveniente recebe o processo no estado em que o encontre. 3. Defiro, portanto, o ingresso da requerente na qualidade de *amicus curiae* [...]. (BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **ADIn 3474/BA**, Rel. Min. Cezar Peluso, j. 13.10.2005, DJe 19.10.2005)

¹⁷⁵ BUENO, Cássio Scarpinella. *Amicus Curiae no Processo Civil Brasileiro: Um Terceiro Enigmático*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 160-164. Em consonância com esse posicionamento, segue voto da Ministra Ellen Gracie em se de ADIn: A Federação das Indústrias do Estado de Mato Grosso - FIEMT protocolou, em 24.11.05, a petição 138.051/2005, requerendo sua admissão no feito na qualidade de *amicus curiae*. [...] No tocante ao momento processual em que é buscada a admissão no feito, aduz que com o veto do texto que se tornaria o art. 7º, § 1º da Lei 9.868/99, este Supremo Tribunal tem admitido a intervenção dos *amici curiae* mesmo após o término do prazo para a apresentação das informações, desde que a atuação pretendida ocorra no estágio em que se encontra o processo e sem prejuízo dos atos já praticados. Conclui, assim, que "seja pela substancial modificação da composição da Corte, seja pela adoção da linha interpretativa no sentido de aplicar ao *amicus curiae* a regra da assistência", mostra-se razoável o pleito formulado, "mesmo já tendo sido iniciado o julgamento do feito, que se encontra suspenso em virtude de pedido de vista formulado pelo Exmo. Min. Março Aurélio". É certo que esta Corte, na interpretação do art. 7º, § 2º, da Lei 9.868/99, tem destacado a importância de uma maior participação do *amicus curiae* nos processos de fiscalização abstrata da constitucionalidade dos atos normativos. Conforme asseverou o eminente Ministro Gilmar Mendes em proferido na ADI 3.599, "essa inovação institucional, além de contribuir para a qualidade da prestação jurisdicional, garante novas possibilidades de legitimação dos julgamentos do Tribunal no âmbito de sua tarefa precípua de guarda da Constituição". Exatamente pelo reconhecimento da alta relevância do papel em exame é que o Supremo Tribunal Federal tem proferido decisões admitindo o ingresso desses atores na causa após o término do prazo das informações (ADI 3.474, rel. Min. Cezar Peluso, DJ 19.10.05), após a inclusão do feito na pauta de julgamento (ADI 2.548, rel. Min. Gilmar Mendes, DJ 24.10.05) e, até mesmo, quando já iniciado o julgamento, para a

Em consonância com esse posicionamento e em complemento a posição de Cezar Peluso, destaca Edgard Silveira Bueno, *in verbis*¹⁷⁶:

[...] a intervenção do *amicus curiae* pode se dar a qualquer tempo, antes do julgamento da ação. É que tal como na assistência o *amicus curiae* pegará o processo no estado. Desse modo, se o julgamento já tiver se iniciado com a leitura do relatório, não poderá promover a sustentação oral. Entretanto, será admitida a entrega de memoriais aos demais julgadores.

Esse posicionamento, ao abarcar a tendência da Suprema Corte Constitucional para a pluralização do debate constitucional, bem como a posição dos autores supramencionados – possibilidade de intervenção do *Amicus Curiae* a qualquer tempo, desde que ele receba o processo no estado em que se encontrar e que não intervenha na discussão constitucional quando iniciado o julgamento da ação -, demonstra coerência e completude, assim como reitera a superação do entendimento segundo o qual a admissibilidade do Amigo da Corte se restringiria ao exíguo prazo de trinta dias. Este, entretanto, aplicar-se-á para o terceiro enigmático prestar suas informações, consoante aduzem Edgard Silveira Bueno Filho¹⁷⁷ e

realização de sustentação oral, logo depois da leitura do relatório, na forma prevista no art. 131, § 3º do RISTF (ADI 2.777-QO, rel. Min. Cezar Peluso). No presente caso, todavia, o requerente busca atuar formalmente no processo num momento do julgamento definitivo em que já foram proferidos dois votos (Ellen Gracie e Nelson Jobim), estando o Ministro Março Aurélio na iminência de proferir seu voto-vista. **Entendo que o veto ao art. 7º, § 1º, da Lei 9.868/99 não pode representar uma completa ausência de limitação temporal à atividade do *amicus curiae*. Trazidos à Corte todos os dados advindos dos diversos canais formais e informais abertos no processamento do controle concentrado de normas (petição inicial, informações das autoridades requeridas, manifestação da AGU, parecer da PGR, arazoados e estudos dos amici curiae, memoriais, perícias, audiências públicas e sustentações orais), chega o momento em que se faz necessária a manifestação decisória e fundamentada dos componentes do Tribunal, pondo-se à parte, nesse instante, a dialética travada pelos grupos que defenderam ou que se opuseram ao ato normativo questionado.** Uma nova e inédita intervenção de agentes outros após o início dessa fase deliberatória desvirtuaria, ao meu ver, a pluralização do debate constitucional, pois caracterizaria uma indevida interferência circunstancial, movida pelo balanço das águas da conveniência, a depender, na sucessiva colheita de votos, da prevalência desta ou daquela posição. Obviamente, sempre será possível contrapor argumentos, razoáveis ou não, após cada fundamento lançado nos votos dos membros do Tribunal. Entretanto, cabe a essa Corte a responsabilidade de chegar a uma decisão final, que deve ser naturalmente obtida por meio da discussão entre seus pares e do pronunciamento último de cada um deles. **Ressalte-se, ainda, quanto a esse tópico, que na situação diversa em que o relator (ou a própria Corte) reconheça a necessidade de esclarecimento de matéria ou circunstância de fato ou de notória insuficiência das informações existentes nos autos, sempre será possível (a) requisitar informações adicionais, (b) designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão ou (c) fixar data para que, em audiência pública, ouçam-se depoimentos de pessoas com experiência e autoridade na matéria. Trata-se de salutar prerrogativa prevista no art. 20 da Lei 9.868/99.5. [...]. (Grifos nossos).** (BRASIL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ADIn 2588/DF. Decisão monocrática; Rel. Min. Ellen Gracie; Julgamento em 29.11.2005; DJe 05.12.2005. Disponível em: <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14785663/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-2588-df-stf>. Acesso em 14 de abril de 2015).

¹⁷⁶ BUENO FILHO, Edgard Silveira. *Amicus Curiae* – a democratização do debate nos processos de controle de constitucionalidade. In: **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, n. 14, junho/agosto 2002, p. 7. Disponível em: http://direitopublico.com.br/pdf_14/DIALOGO-JURIDICO-14-JUNHO-AGOSTO-2002-EDGARD-SILVEIRA-BUENO-FILHO.pdf Acesso em 20 de março de 2015.

¹⁷⁷ “Segundo a lei, deferida a participação do interessado no processo, terá ele o prazo do art. 6º, parágrafo único, para apresentar sua manifestação, que é de 30 dias. Embora não haja norma escrita, o *amicus curiae* terá o mesmo prazo das partes para produzir a sua sustentação oral”. Idem, p. 7.

Gustavo Binenbojm¹⁷⁸.

6.6. DOS PODERES CONFERIDOS AO COLABORADOR DA CORTE CONSTITUCIONAL

Diante dos dados oriundos da reflexão científica e da dicção da norma do § 2º, do art. 7º, da Lei 9.868/99, conclui-se pela possibilidade do *Amicus Curiae* manifestar-se por escrito nas ações diretas de inconstitucionalidade ou declaratórias de constitucionalidade que for admitido intervir. O § 2º do art. 6º, da Lei 9.882/99¹⁷⁹, entretanto, autoriza, expressamente, o Amigo da Corte, em sede de arguição de descumprimento de preceito fundamental, apresentar suas razões oralmente ou por meio de memoriais.

Por tempos, questionou-se, à luz das disposições da Lei n. 9.868/99, a possibilidade de o terceiro colaborador sustentar suas razões oralmente. Inicialmente, o Supremo Tribunal Federal manifestou-se contra essa possibilidade, consoante jurisprudência que se segue:

[...] o Tribunal, por maioria, resolvendo questão de ordem, entendeu não ser possível à sustentação oral de terceiros admitidos no processo de ação direta de inconstitucionalidade na qualidade de *amicus curiae*, cuja manifestação há de ser feita por escrito [Lei 9.868/99, art. 7º: "Não se admitirá intervenção de terceiros no processo de ação direta de inconstitucionalidade... § 2º O relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, poderá por despacho irrecorrível, admitir [...] a manifestação de outros órgãos ou entidades."]. Salientou-se que a Lei 9.868/99 prevê expressamente que, no julgamento do pedido de medida cautelar, será facultada sustentação oral aos representantes judiciais do requerente e das autoridades ou órgãos responsáveis pela expedição do ato (§ 2º do art. 10).

¹⁷⁸ “Dessa forma, a oportunidade processual para a admissão dos *amici curiae*, nos termos do art. 7º, § 2º, não se exaure com o término do prazo para as autoridades prestarem informações (art. 6º, parágrafo único). Decorre da sistemática da lei que o *amicus curiae* poderá ser admitido a qualquer tempo, antes de iniciado o julgamento final da ação. **O prazo a que se refere o § 2º do art. 7º não é para a definição do momento processual da admissão do *amicus curiae*, mas para a apresentação da sua manifestação escrita a partir da data da decisão positiva do relator.**”(Grifos nossos) (BINENJOM, Gustavo. A dimensão do *amicus curiae* no processo constitucional brasileiro: requisitos, poderes processuais e aplicabilidade no âmbito estadual. In: **Revista Eletrônica de Direito do Estado**: Salvador, n. 1, jan./fev./marc. de 2005, p. 17. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/rede-1-janeiro-2005-gustavo-binenbojm.pdf>>. Acesso em 20 de março de 2015).

¹⁷⁹ Desse modo já decidiu o Supremo Tribunal Federal: “Junte-se aos autos a petição nº 62.430/2005. Em face do art. 6º, § 1º, da Lei nº 9.882, de 3 de dezembro de 1999, admito a manifestação de Conectas Direitos Humanos, Centro de Defesa da Criança e do Adolescente do Ceará – CEDECA/CE, Centro de Direitos Humanos – CDH, União Nacional dos Conselhos Municipais de Educação – UNCME, União Nacional dos Dirigentes Municipais de Educação – UNDIME, Centro de Cultura Professor Luiz Freire e Sociedade de Apoio aos Direitos Humanos/Movimento Nacional de Direitos Humanos que intervirão no feito na condição de *amici curiae*”. (BRASIL. ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. **ADPF n. 71/DF**. Decisão monocrática; Rel. Min. Gilmar Mendes; Julgamento em 27.05.2005; DJE de 03.06.2005. Disponível em: <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14790437/arguicao-de-descumprimento-de-preceito-fundamental-adpf-71-df-stf>. Acesso em 14 de abril de 2015).

Vencidos os Ministros Nelson Jobim, Celso de Mello e Marco Aurélio, que assentavam o direito à sustentação oral.¹⁸⁰

Em sede de ADIn 2777/SP, entendimento diverso, sustentado pelo Ministro Cezar Peluso¹⁸¹, prevaleceu no Plenário da Suprema Corte Constitucional, do qual resultou a edição da Emenda Regimental n. 15, de 30 de março de 2004. Esta alterou a norma do art. 131 do Regimento Interno do Pretório Excelso¹⁸², ao autorizar, por meio do § 3º, a sustentação oral de quaisquer terceiros, dentre os quais não haveria razão para excluir, “sobretudo à luz da vedação do art. 7º, *caput*, da Lei n. 9.868/99, o *amicus curiae*”.¹⁸³

O referenciado ato normativo, portanto, pacificou a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, bem como consolidou os posicionamentos doutrinários sobre o tema.

6.7. A JURISPRUDÊNCIA DO PRETÓRIO EXCELSO E A PARTICIPAÇÃO SOCIAL NO ÂMBITO DA CORTE CONSTITUCIONAL BRASILEIRA

Superadas as questões procedimentais, analisar-se-ão julgados do Supremo Tribunal

¹⁸⁰ BRASIL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. **ADIn 2223/DF**. Decisão monocrática; Rel. Min. Marco Aurélio; Julgamento em 02.09.2004; DJE 15.09.2004. Disponível em: <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14796769/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-2223-df-stf>. Acesso em 14 de abril de 2015.

¹⁸¹ Preliminarmente, o Tribunal, por maioria, resolvendo questão de ordem suscitada no julgamento das ações diretas acima mencionadas, admitiu, excepcionalmente, a possibilidade de realização de sustentação oral por terceiros admitidos no processo abstrato de constitucionalidade, na qualidade de *amicus curiae*. Os Ministros Celso de Mello e Carlos Britto, em seus votos, ressaltaram que o § 2º do art. 7º da Lei 9.868/99, ao admitir a manifestação de terceiros no processo objetivo de constitucionalidade, não limita a atuação destes à mera apresentação de memoriais, mas abrange o exercício da sustentação oral, cuja relevância consiste na abertura do processo de fiscalização concentrada de constitucionalidade; na garantia de maior efetividade e legitimidade às decisões da Corte, além de valorizar o sentido democrático dessa participação processual. O Min. Sepúlveda Pertence, de outra parte, considerando que a Lei 9.868/99 não regulou a questão relativa à sustentação oral pelos *amici curiae*, entendeu que compete ao Tribunal decidir a respeito, através de norma regimental, razão por que, excepcionalmente e apenas no caso concreto, admitiu a sustentação oral. Vencidos os Ministros Carlos Velloso e Ellen Gracie, que, salientando que a admissão da sustentação oral nessas hipóteses poderia implicar a inviabilidade de funcionamento da Corte, pelo eventual excesso de intervenções, entendiam possível apenas a manifestação escrita (Lei 9.868/99, art. 7º, § 2º: "Não se admitirá intervenção de terceiros no processo de ação direta de inconstitucionalidade. ... § 2º O relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, poderá por despacho irrecorrível, admitir ... a manifestação de outros órgãos ou entidades."). ADI 2675/PE, rel. Min. Carlos Velloso e ADI 2777/SP, rel. Min. Cezar Peluso, 26 e 27.11.2003. (ADI-2675) (ADI-2777). (BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Informativo STF**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo331.htm>. Acesso em: 20 de março de 2015).

¹⁸² “Art. 1º. O artigo 131 do Regimento Interno passa a vigorar acrescido do seguinte parágrafo:
§ 3º. Admitida à 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.” (BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Emenda Regimental n. 15**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/ARQUIVO/NORMA/EMENDAREGIMENTAL015-2004.PDF>. Acesso em: 20 de março de 2015).

¹⁸³ BUENO, Cássio Scarpinella. *Amicus Curiae no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 170.

Federal, em que foi admitida a intervenção do *Amicus Curiae*, em sede de controle concentrado de constitucionalidade, com o fito de destacar a relevância do terceiro enigmático para o enriquecimento do debate constitucional e o aperfeiçoamento da jurisprudência nacional.

Destarte, não se pode olvidar de, *a priori*, reconhecer o minucioso estudo empreendido por Damares Medina, em trabalho intitulado “*Amicus Curiae* – Amigo da Corte ou Amigo da Parte?”, sobre a influência do instituto jurídico em comento nas decisões proferidas pela Corte Constitucional.

Da referida explanação, extrai-se a relevante conclusão de que a doutrina pátria aborda a figura jurídica em análise com base em seu “dever ser”, e não propriamente conforme revelado pela prática forense: como um terceiro partidário capaz de influir na formação da opinião dos membros da Suprema Corte. Isto porque, consoante Damares Medina, das 119 ações diretas de inconstitucionalidades - ajuizadas entre 1992 e 2008, em que foi admitido o ingresso de terceiros nos processos de interpretação constitucional, apenas um deles prestou informações ao Pretório Excelso sem pedir expressamente a procedência ou improcedência da ação constitucional.¹⁸⁴

Desse modo, constata-se que o ingresso do *Amicus Curiae* em apoio a um dos polos da relação jurídica processual acarreta em desequilíbrio informacional, deturbando a figura jurídica do terceiro desinteressado. Entretanto, destaca a supracitada advogada que a convocação de audiências públicas por parte do Supremo Tribunal Federal, em situações que envolvam controvérsias além do estritamente legal, consiste em medida apta a minimizar o desequilíbrio informacional entre os sujeitos processuais.¹⁸⁵

Nesses termos, abordar-se-ão pronunciamentos do Tribunal Constitucional pátrio, em que diversos órgãos e entidades foram admitidos a intervirem no processo de interpretação constitucional, com o objetivo de reafirmar o instituto jurídico do Amigo da Corte como mecanismo indispensável para a permeabilidade social das decisões do Supremo Tribunal Federal.

Na ADIn 3510/DF, ajuizada pelo Procurador-Geral da República, a constitucionalidade da norma do art. 5º da Lei 11.105/05 (Lei de Biossegurança), a qual autoriza a utilização de células-tronco embrionárias em pesquisas científicas para fins terapêuticos, foi questionada.¹⁸⁶ Com o fito de contribuir para o debate constitucional,

¹⁸⁴ MEDINA, Damares. *Amicus curiae: Amigo da Corte ou Amigo da Parte?* São Paulo: Saraiva, 2010. p. 142.

¹⁸⁵ Idem, p. 178.

¹⁸⁶ (BRASIL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. **ADIn 3510/DF**. Tribunal Pleno; Rel. Min.

diversas instituições foram admitidas a ingressarem no feito na qualidade de *Amici Curiae*, quais sejam: Conectas Direitos Humanos; Centro de Direitos Humanos; Movimento em Prol da Vida; Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero e a Confederação Nacional de Bispos do Brasil.

Em julgamento realizado no ano de 2008, o Supremo Tribunal Federal, através do relator Ministro Ayres Britto, declarou a constitucionalidade do art. 5º, da Lei de Biossegurança, fixando, entretanto, a interpretação de que a norma permissiva estará condicionada ao prévio pronunciamento do Comitê Central de Ética e Pesquisa, vinculado ao Ministério da Saúde.

A decisão definitiva do Pretório Excelso, com efeitos vinculantes e *erga omnes*, precedeu, entretanto, a amplo diálogo com a sociedade civil, visto que as supracitadas entidades representativas de diversos segmentos sociais foram autorizadas a ingressarem no feito para prestar informações relevantes à Suprema Corte Constitucional, revelando, assim, o caráter democratizante daquele processo de interpretação constitucional.

Destarte, na ADPF n. 54/DF¹⁸⁷, ajuizada pela Confederação Nacional dos

Ayres Britto; Julgamento em 29.05.2008; DJE 27.05.2010. Disponível em: <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14720566/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-3510-df>. Acesso em 14 de abril de 2015). “CONSTITUCIONAL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI DE BIOSSEGURANÇA. IMPUGNAÇÃO EM BLOCO DO ART. 5º DA LEI Nº 11.105, DE 24 DE MARÇO DE 2005 (LEI DE BIOSSEGURANÇA). PESQUISAS COM CÉLULAS-TRONCO EMBRIONÁRIAS. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO DIREITO À VIDA. CONSTITUCIONALIDADE DO USO DE CÉLULAS-TRONCO EMBRIONÁRIAS EM PESQUISAS CIENTÍFICAS PARA FINS TERAPÊUTICOS. DESCARACTERIZAÇÃO DO ABORTO. NORMAS CONSTITUCIONAIS CONFORMADORAS DO DIREITO FUNDAMENTAL A UMA VIDA DIGNA, QUE PASSA PELO DIREITO À SAÚDE E AO PLANEJAMENTO FAMILIAR. DESCABIMENTO DE UTILIZAÇÃO DA TÉCNICA DE INTERPRETAÇÃO CONFORME PARA ADITAR À LEI DE BIOSSEGURANÇA CONTROLES DESNECESSÁRIOS QUE IMPLICAM RESTRIÇÕES ÀS PESQUISAS E TERAPIAS POR ELA VISADAS. IMPROCEDÊNCIA TOTAL DA AÇÃO. I - O CONHECIMENTO CIENTÍFICO, A CONCEITUAÇÃO JURÍDICA DE CÉLULAS-TRONCO EMBRIONÁRIAS E SEUS REFLEXOS NO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DA LEI DE BIOSSEGURANÇA. [...] II - LEGITIMIDADE DAS PESQUISAS COM CÉLULAS-TRONCO EMBRIONÁRIAS PARA FINS TERAPÊUTICOS E O CONSTITUCIONALISMO FRATERNAL. [...] III - A PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DO DIREITO À VIDA E OS DIREITOS INFRACONSTITUCIONAIS DO EMBRIÃO PRÉ-IMPLANTO. [...] IV - AS PESQUISAS COM CÉLULAS-TRONCO NÃO CARACTERIZAM ABORTO. MATÉRIA ESTRANHA À PRESENTE AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. É [...] V - OS DIREITOS FUNDAMENTAIS À AUTONOMIA DA VONTADE, AO PLANEJAMENTO FAMILIAR E À MATERNIDADE. [...] VI - DIREITO À SAÚDE COMO COROLÁRIO DO DIREITO FUNDAMENTAL À VIDA DIGNA. [...] VII - O DIREITO CONSTITUCIONAL À LIBERDADE DE EXPRESSÃO CIENTÍFICA E A LEI DE BIOSSEGURANÇA COMO DENSIFICAÇÃO DESSA LIBERDADE. [...] VIII - SUFICIÊNCIA DAS CAUTELAS E RESTRIÇÕES IMPOSTAS PELA LEI DE BIOSSEGURANÇA NA CONDUÇÃO DAS PESQUISAS COM CÉLULAS-TRONCO EMBRIONÁRIAS. [...] IX - IMPROCEDÊNCIA DA AÇÃO. Afasta-se o uso da técnica de "interpretação conforme" para a feitura de sentença de caráter aditivo que tencione conferir à Lei de Biossegurança exuberância regratória, ou restrições tendentes a inviabilizar as pesquisas com células-tronco embrionárias. Inexistência dos pressupostos para a aplicação da técnica da "interpretação conforme a Constituição", porquanto a norma impugnada não padece de polissemia ou de plurissignificatidade. Ação direta de inconstitucionalidade julgada totalmente improcedente”. **(Íntegra da ementa no Anexo I)**.

¹⁸⁷(BRASIL. ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. ADPF 54/DF. Tribunal Pleno; Rel. Min. Marco Aurélio; Julgamento em 12.04.2012; DJE 29.04.2013. Disponível em:

Trabalhadores na Saúde (CNTS), questionou-se a constitucionalidade da interpretação segundo a qual a interrupção da gravidez de feto anencéfalo estaria abarcada pelas normas previstas nos arts. 124, 126 e 128, incisos I e II, do Código Penal Brasileiro. Como alguns dos fundamentos, invocou-se o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, IV, da CF) e o direito fundamental à saúde da gestante (art. 196 da CF). Alegou-se que diversos órgãos do ofício julgante estariam sobrepondo o Código Penal às disposições da Constituição da República Federativa do Brasil. Outrossim, advertiu-se que anencefalia retira do feto a viabilidade de uma vida extrauterina, razão pela qual, no caso in concreto, a dignidade e a vida da gestante deveria prevalecer sobre a do feto natimorto.

Por se tratar de tema de grande repercussão social, diversas entidades representativas da sociedade civil foram autorizadas, em audiência pública, a prestarem informações aos ministros votantes. Foram elas: Conferência Nacional dos Bispos do Brasil; Católica pelo Direito de Decidir; Associação Nacional em Pró-Vida e Pró-Família; Associação de Desenvolvimento da Família; Federação Brasileira de Ginecologia e Obstetrícia; Sociedade Brasileira de Genética Clínica; Sociedade Brasileira de Medicina Fetal; Conselho Federal de Medicina; Rede Nacional Feminista de Saúde; Direitos Sociais e Direitos Representativos; Escola de Gente; Igreja Universal; Instituto de Biotécnica, Direitos Humanos e Gênero. Ademais, fora também admitido como terceiro interveniente José Aristodemo Pinotti, médico, com especialização em pediatria, ginecologia, cirurgia e obstetrícia, e ex-Reitor da Unicamp, onde fundou e presidiu o Centro de Pesquisas Materno-Infantis de Campinas - CEMICAMP.

Em julgamento realizado em abril de 2012, a maioria dos ministros (oito votos a dois) acompanhou o voto do relator, Ministro Marco Aurélio, autorizando a interrupção da gravidez nos casos de fetos anencéfalos, sem a exigência de decisão judicial, bastando para tanto o diagnóstico de anencefalia.

De mais a mais, através da ADIn 4.277/DF, ajuizada pelo Procurador-Geral da República, e da ADPF 132/RJ, ajuizada por Sérgio Cabral (à época, governador do estado do Rio de Janeiro), o Supremo Tribunal Federal, por unanimidade de votos e de forma contra majoritária, equiparou a união estável entre homens e mulheres com as de pessoas de mesmo

<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=54&classe=ADPF&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M> . Acesso em 14 de abril de 2015). “ESTADO – LAICIDADE. O Brasil é uma República laica, surgindo absolutamente neutro quanto às religiões. Considerações. FETO ANENCÉFALO – INTERRUPTÃO DA GRAVIDEZ. – MULHER. – LIBERDADE SEXUAL E REPRODUTIVA. – SAÚDE. – DIGNIDADE. – AUTODETERMINAÇÃO. – DIREITOS FUNDAMENTAIS. – CRIME. – INEXISTÊNCIA. Mostra-se inconstitucional interpretação de a interrupção da gravidez de feto anencéfalo ser conduta tipificada nos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, do Código Penal”.

sexo.¹⁸⁸ Os membros da Corte Constitucional, através de interpretação conforme a Constituição, entenderam que o Código Civil Brasileiro, através da norma do art. 1.723, não pode utilizar a diferença de gênero como meio de fixar uma desigualdade jurídica não prevista pela Lei Maior. Para tanto, invocou-se o direito a não discriminação, o direito à autoestima, à liberdade sexual e, até mesmo, à busca da felicidade como fundamentos a justificar a extensão do conceito de unidade familiar à união empreendida por pessoas de mesmo sexo.¹⁸⁹

¹⁸⁸ (BRASIL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. **ADI n.º 4277/DF**. Tribunal Pleno; Rel. Min. Ayres Britto; Julgamento em 05.05.2011; DJE 14.10.2011. Disponível em: <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/20627236/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-4277-df-stf>. Acesso em 14 de abril de 2015). “Ementa: 1. ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL (ADPF). PERDA PARCIAL DE OBJETO. RECEBIMENTO, NA PARTE REMANESCENTE, COMO AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. UNIÃO HOMOAFETIVA E SEU RECONHECIMENTO COMO INSTITUTO JURÍDICO. CONVERGÊNCIA DE OBJETOS ENTRE AÇÕES DE NATUREZA ABSTRATA. JULGAMENTO CONJUNTO. Encampação dos fundamentos da ADPF n.º 132-RJ pela ADI n.º 4.277-DF, com a finalidade de conferir “interpretação conforme à Constituição” ao art. 1.723 do Código Civil. Atendimento das condições da ação. 2. PROIBIÇÃO DE DISCRIMINAÇÃO DAS PESSOAS EM RAZÃO DO SEXO, SEJA NO PLANO DA DICOTOMIA HOMEM/MULHER (GÊNERO), SEJA NO PLANO DA ORIENTAÇÃO SEXUAL DE CADA QUAL DELES. A PROIBIÇÃO DO PRECONCEITO COMO CAPÍTULO DO CONSTITUCIONALISMO FRATERNAL. HOMENAGEM AO PLURALISMO COMO VALOR SÓCIO-POLÍTICO-CULTURAL. LIBERDADE PARA DISPOR DA PRÓPRIA SEXUALIDADE, INSERIDA NA CATEGORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO INDIVÍDUO, EXPRESSÃO QUE É DA AUTONOMIA DE VONTADE. DIREITO À INTIMIDADE E À VIDA PRIVADA. CLÁUSULA PÉTREA. [...] 3. TRATAMENTO CONSTITUCIONAL DA INSTITUIÇÃO DA FAMÍLIA. RECONHECIMENTO DE QUE A CONSTITUIÇÃO FEDERAL NÃO EMPRESTA AO SUBSTANTIVO “FAMÍLIA” NENHUM SIGNIFICADO ORTODOXO OU DA PRÓPRIA TÉCNICA JURÍDICA. A FAMÍLIA COMO CATEGORIA SÓCIO-CULTURAL E PRINCÍPIO ESPIRITUAL. DIREITO SUBJETIVO DE CONSTITUIR FAMÍLIA. INTERPRETAÇÃO NÃO-REDUCIONISTA. [...] 4. UNIÃO ESTÁVEL. NORMAÇÃO CONSTITUCIONAL REFERIDA A HOMEM E MULHER, MAS APENAS PARA ESPECIAL PROTEÇÃO DESTA ÚLTIMA. FOCADO PROPÓSITO CONSTITUCIONAL DE ESTABELECEER RELAÇÕES JURÍDICAS HORIZONTAIS OU SEM HIERARQUIA ENTRE AS DUAS TIPOLOGIAS DO GÊNERO HUMANO. IDENTIDADE CONSTITUCIONAL DOS CONCEITOS DE “ENTIDADE FAMILIAR” E “FAMÍLIA”. [...] 5. DIVERGÊNCIAS LATERAIS QUANTO À FUNDAMENTAÇÃO DO ACÓRDÃO. Anotação de que os Ministros Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes e Cezar Peluso convergiram no particular entendimento da impossibilidade de ortodoxo enquadramento da união homoafetiva nas espécies de família constitucionalmente estabelecidas. Sem embargo, reconheceram a união entre parceiros do mesmo sexo como uma nova forma de entidade familiar. Matéria aberta à conformação legislativa, sem prejuízo do reconhecimento da imediata auto-aplicabilidade da Constituição. 6. INTERPRETAÇÃO DO ART. 1.723 DO CÓDIGO CIVIL EM CONFORMIDADE COM A CONSTITUIÇÃO FEDERAL (TÉCNICA DA “INTERPRETAÇÃO CONFORME”). RECONHECIMENTO DA UNIÃO HOMOAFETIVA COMO FAMÍLIA. PROCEDÊNCIA DAS AÇÕES. Ante a possibilidade de interpretação em sentido preconceituoso ou discriminatório do art. 1.723 do Código Civil, não resolúvel à luz dele próprio, faz-se necessária a utilização da técnica de “interpretação conforme à Constituição”. Isso para excluir do dispositivo em causa qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como família. Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva”. (**Íntegra da ementa no Anexo 2**).

¹⁸⁹ No mesmo sentido, o Supremo Tribunal Federal, em decisão proferida em 05 de março de 2015, reconheceu formalmente o direito de adoção por casais de mesmo sexo. Segue trecho da decisão: “[...] Assim interpretando por forma não-reducionista o conceito de família, penso que este STF fará o que lhe compete: manter a Constituição na posse do seu fundamental atributo da coerência, pois o conceito contrário implicaria forçar o nosso Magno Texto a incorrer, ele mesmo, em discurso indistintamente preconceituoso ou homofóbico. Quando o certo – data vênica de opinião divergente – é extrair do sistema de comandos da Constituição os encadeados juízos que precedentemente verbalizamos, agora arrematados com a proposição de que a isonomia entre casais heteroafetivos e pares homoafetivos somente ganha plenitude de sentido se desembocar no igual direito subjetivo à formação de uma autonomizada família. Entendida esta, no âmbito das duas tipologias de sujeitos

Para participar do debate constitucional, foram admitidas a ingressarem no feito, na qualidade de *Amici Curiae*, as seguintes entidades: Conectas Direitos Humanos; Associação Brasileira de Gays, Lésbicas e Transgêneros – ABGLT; Associação de Incentivo à Educação e Saúde de São Paulo; Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM; Associação Eduardo Banks; Conferência Nacional dos Bispos do Brasil – CNBB.

Não obstante os três julgados transcritos e analisados tenham resultado em decisões contra majoritárias, prevalecendo, no caso in concreto, a vontade do poder constituinte originário, não se pode olvidar de que a participação da sociedade civil no processo de interpretação constitucional se revela de fundamental importância para a construção de uma democracia deliberativa no âmbito da Corte Constitucional Brasileira. Nestes termos, imprescindível se faz, em nome da democracia constitucional, que o Pretório Excelso se mostre sensível à opinião pública, sem, no entanto, se escusar de dar máxima efetividade possível as normas asseguradoras de direitos e garantias fundamentais.

jurídicos, como um núcleo doméstico independente de qualquer outro e constituído, em regra, com as mesmas notas factuais da visibilidade, continuidade e durabilidade [...]”.(JUSBRASIL. **Pela primeira vez, o STF reconhece direito de adoção por casais homossexuais.** Disponível em: <http://moemafiuza.jusbrasil.com.br/noticias/175556906/pela-primeira-vez-stf-reconhece-direito-de-adoacao-por-casais-homossexuais?utm_campaign=newsletter-daily_20150323_904&utm_medium=email&utm_source=newsletter>. Acesso em 24 de março de 2015).

7. CONCLUSÃO

Diante da problemática interposta, buscou-se discorrer sobre o instituto jurídico do *Amicus Curiae* enquanto instrumento de permeabilidade social no âmbito da Suprema Corte Constitucional. Ao possibilitar o diálogo entre a sociedade civil e o Pretório Excelso, defendeu-se que o citado pretório consiste, sobretudo, em mecanismo de consolidação da democracia participativa dentro da Corte Constitucional Brasileira.

Rompendo-se com a tradicional conceituação rousseuniana, construiu-se uma concepção de democracia adaptável às pretensões e valores sociais hodiernos: o princípio democrático abrange não só a participação direta do povo nos processos decisórios, como também abarca a representatividade política. Destarte, em razão desta está cada vez mais associada ao regime político democrático contemporâneo, parte da pesquisa científica se dedicou a fundamentar a legitimidade das decisões contra majoritárias proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle concentrado de constitucionalidade.

Nesse sentir, embora não seja possível aos membros da comunidade política eleger diretamente o corpo de ministros que irá proferir decisões de natureza vinculante e *erga omnes*, propalou-se que, consistindo a essência da democracia deliberativa no resguardo aos direitos e garantias fundamentais estampados na Carta Política, não haveria antinomia plausível entre Jurisdição Constitucional e Democracia.

Entretanto, não obstante a Corte Constitucional ser considerada uma representante das minorias esquecidas pelas maiorias ocasionais do Congresso Nacional, não se pode olvidar de que a soberania nacional reside no povo e as decisões emanadas das instâncias de poder, para que possam ser consideradas legítimas, deverão observar a realidade social.

Nesse ínterim, com fundamento na relevância social das decisões proferidas em sede de controle de constitucionalidade, bem como na necessidade de aproximar o Supremo das entidades representativas da sociedade civil, defendeu-se o Amigo da Corte como um instrumento de democratização da interpretação constitucional.

Das definições apresentadas, observou-se que o instituto jurídico em comento consiste em terceiro que intervém no processo de controle de constitucionalidade, por provocação do juízo ou por iniciativa voluntária, para fornecer aos ministros votantes elementos relevantes para a construção da decisão escrita deliberativa.

Entrementes, a despeito de ser conceituado como um terceiro desinteressado, ou imparcial, invocou-se os estudos empreendidos por Damares Medina para afirmar que o *Amicus Curiae* é abordado pelos estudiosos do direito consoante seu “*dever ser*”, e não

propriamente conforme observado na prática forense. Isto porque o terceiro que intervém no processo de controle de constitucionalidade o faz motivado em auxiliar um dos sujeitos da relação jurídica processual, e não os membros da Cúria. Portanto, a admissibilidade do *Amicus Curiae* poderá resultar, a depender da postura da Corte Constitucional, em desequilíbrio informacional para um dos polos da relação jurídica processual.

Para evitar que isso ocorra, defendeu-se a importância do Supremo Tribunal Federal convocar audiências públicas, quando a matéria debatida transcender aspectos meramente jurídicos, com o fito de oportunizar o ingresso de diversos setores da sociedade civil no controle objetivo de constitucionalidade; via de consequência, como forma de equilibrar o debate constitucional.

Pari Passu, abordou-se o instituto jurídico do *Amicus Curiae* como expressão da *Sociedade Aberta*, com a ressalva de que, enquanto Jurgen Habermas defende a ilimitada participação dos cidadãos nos processos decisórios, o sistema jurídico pátrio condiciona a admissibilidade de terceiros a requisitos os quais deverão ser aprioristicamente observados: relevância da matéria, representatividade dos postulantes, autoridade do pretense Amigo da Corte e utilidade da intervenção.

Nesse sentido, invocou-se o posicionamento de Inocêncio Mártires para defender a necessidade de se limitar a participação dos membros da comunidade política nas decisões proferidas pela Corte Constitucional. Isto porque, embora o *Amicus Curiae* seja considerado uma homenagem ao pluralismo social, não se pode olvidar de que a participação ampla e irrestrita da sociedade civil no processo de interpretação constitucional poderá acarretar em prejuízo à dogmática jurídica e, por via reflexa, ao sistema jurídico pátrio.

Destarte, foram analisados julgados do Supremo Tribunal Federal para comprovar que a referida figura jurídica não é recente na prática forense; ao revés, sua existência nos remete a um período anterior a edição das leis que disciplinam sua aplicabilidade em sede de processos objetivos de constitucionalidade – Leis n. 9.868/99 e n. 9.882/99.

Ademais, observou-se a importância do instituto jurídico em comento para o aperfeiçoamento da democracia deliberativa e da jurisprudência do Pretório Excelso, sem se escusar do fato de não ser o *Amicus Curiae* o único instrumento posto à disposição da sociedade para participar dos processos de interpretação constitucional. Apenas por razões metodológicas, esta pesquisa se limitou a estudar de forma pormenorizada as contribuições do Amigo Corte para a efetividade do princípio democrático no sistema jurídico-constitucional, cabendo ao leitor se debruçar sobre as outras possibilidades previstas e disciplinadas pelo ordenamento jurídico pátrio.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

AMORIM, Filipo Bruno Silva. **O Amicus Curiae e a objetivação do controle difuso de constitucionalidade**. Brasília: Ataiala. 2010.

AMARAL, Roberto. A democracia representativa está morta; viva a democracia participativa. In: GRAU, Eros Grau e GUERRA FILHO, Willis Santiago (Org.). **Direito Constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides**. São Paulo: Malheiros, 2001.

_____. **Socialismo e Democracia**. Brasília: Fundação João Mangabeira, 2011.

BACHOF, Orro. **Jueces y constitución. reimp.** Madri: Civitas, 1987.

BARROSO, Luís Roberto. **Jurisdição constitucional**: a tênue fronteira entre o direito e a política. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/arquivos/2014/2/art20140204-06.pdf>>. Acesso em: 25 de fevereiro de 2015.

_____. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil). In: **Revista Eletrônica sobre a reforma do Estado (RERE)**, Instituto Brasileiro de Direito Público. Salvador, n. 9, março/abril/maio, 2007. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-9-MAR%C7O-2007-LUIZ%20ROBERTO%20BARROSO.pdf>>. Acesso em: 25 de fevereiro de 2015.

_____. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 4ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____; MENDONÇA, Eduardo. **STF foi permeável à opinião pública, sem ser subserviente**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-jan-03/retrospectiva-2011-stf-foi-permeavel-opiniaio-publica-subserviente>>. Acesso em: 25 de fevereiro de 2015

BINEMBOJM, Gustavo. Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade. Um novo paradigma para o direito administrativo. In: SARMENTO, Daniel (org.) **Interesses públicos versus interesses privados**: Desconstruindo o Princípio da Supremacia do Interesse

Público. 3ª tiragem. Rio de Janeiro: *Lúmen Juris*, 2010.

_____. A dimensão do *amicus curiae* no processo constitucional brasileiro: requisitos, poderes processuais e aplicabilidade no âmbito estadual. In: **Revista Eletrônica de Direito do Estado**: Salvador, n. 1, jan./fev./marc. de 2005, p. 17. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/rede-1-janeiro-2005-gustavo-binenbojm.pdf>>. Acesso em 18 de março de 2015.

BOBBIO, Norberto. **Qual socialismo? Debate sobre uma alternativa**. 4. ed. Trad. Iza de Salles Freaza. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2001.

BONAVIDES, Paulo.(1996). A democracia direta, a democracia do terceiro milênio. In: _____. **A Constituição Aberta**. 2 ed. São Paulo: Malheiros *apud* LYCURGO (2006).

BOVERO, Michelangelo. Democracia y Derechos Fundamentales. In: Isonomia. **Revista de Filosofia y Teoria del Derecho**. Alicante, nº 16, abr./2002.

BRASIL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. **ADIIn 2223/DF**. Decisão monocrática; Rel. Min. Marco Aurélio; Julgamento em 02.09.2004; DJE 15.09.2004. Disponível em: <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14796769/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-2223-df-stf>. Acesso em 14 de abril de 2015.

_____. **ADIIn 2588/DF**. Decisão monocrática; Rel. Min. Ellen Gracie; Julgamento em 29.11.2005; DJe 05.12.2005. Disponível em: <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14785663/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-2588-df-stf>. Acesso em 14 de abril de 2015.
BRASIL.

_____. **ADIIn 2884/RJ**; Tribunal Pleno; Rel. Ministro Celso de Mello, Julgamento em 02.12.2004; DJE 20.05.2005. Disponível em: <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/766430/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-2884-rj>. Acesso em 14 de março de 2015.

_____. **ADIIn 2937/DF**. Tribunal Pleno; Rel. Min. Cezar Peluso; Julgamento em 23.02.2012; DJE 29.05.2012. Disponível em: <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22085722/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-2937-df-stf>. Acesso em 14 de março de 2015.

_____. **ADIIn 3311/DF**. Decisão monocrática. Rel. Min. Joaquim Barbosa; Julgamento em 15.04.2005; DJE. 25.4.2005. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14791277/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi>>

3311-df-stf> . Acesso em 14 de abril de 2015.

_____. **ADIn 3345/DF**. Tribunal Pleno; Rel. Min. Celso de Mello; Julgamento em 25.8.2005, *DJE* de 20.8.2010. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=ADI.SCLA.+E+3345.NUME.+E+20050825.JULG.&base=baseAcordaos>. Acesso em 15 de abril de 2015.

_____. **ADIn 3474/BA**. Decisão monocrática; Rel. Min. Teori Zavascki; Julgamento em 07.08.2013; *DJE* 12.08.2013. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23939507/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-3474-ba-stf>> Acesso em 15 de abril de 2015.

_____. **ADIn 3510/DF**. Tribunal Pleno; Rel. Min. Ayres Britto; Julgamento em 29.05.2008; *DJE* 27.05.2010. Disponível em: <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14720566/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-3510-df>. Acesso em 14 de abril de 2015.

_____. **ADIn 3695/DF**. Decisão monocrática. Rel. Teori Zavascki; Julgamento em 09.04.2014, *DJE* 11.04.2014. Disponível em: <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25078960/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-3695-df-stf> . Acesso em 14 de abril de 2015.

_____. **ADIn 4022/AL**; Decisão monocrática; Rel. Min. Marco Aurélio; Julgamento em 13.04.2008; *DJE* 25.04.2008. Disponível em: <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14773601/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-4022-al-stf>. Acesso em 14 de abril de 2015.

_____. **ADIn 4304/PI**. Tribunal Pleno; Rel. Min. ROSA WEBER, Julgamento em 06.05.2013; *DJE* 20.05.2013. Disponível em: <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23285145/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-4304-pi-stf>. Acesso em 14 de março de 2015.

BRASIL. ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. **ADPF 54/DF**. Trinunal Pleno; Rel. Min. Marco Aurélio; Julgamento em 12.04.2012; *DJE* 29.04.2013. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=54&classe=ADPF&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M> . Acesso em 14 de abril de 2015.

_____. **ADPF n. 71/DF**. Decisão monocrática; Rel. Min. Gilmar Mendes; Julgamento em 27.05.2005; *DJE* de 03.06.2005. Disponível em: <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14790437/arguicao-de-descumprimento-de-preceito-fundamental-adpf-71-df-stf>. Acesso em 14 de abril de 2015.

BRASIL. AGRAVO REGIMENTAL EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. **AG. REG. Na ADIn nº 748-4/RS**. Tribunal Pleno; Rel. Min. Celso de Mello; Julgamento em 01.08.1994, DJE 18.11.1994. Disponível em: <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14705750/agregna-acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-748-rs>. Acesso em 14 de abril de 2015.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, Senado, 1998. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em 25 de março de 2015.

BRASIL. CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Lei n. 6.385**, de 7 de dezembro de 1976. Dispõe sobre o mercado de valores mobiliários e cria a Comissão de Valores Mobiliários. Publicada no Diário Oficial da União em 09 de dezembro de 1976. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1970-1979/lei-6385-7-dezembro-1976-357234-norma-pl.html>. Acesso em 28 de março de 2015.

BRASIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. **EMB.DECL. NA ADIn 2591/ED/DF**; Tribunal Pleno; Rel. Min. Eros Grau; Julgamento em: 14.12.2006; Informativo STF n. 452, 11 a 15 de dezembro de 2006. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo452.htm> . Acesso em 14 de abril de 2015.

_____. **EMB.DECL. NA ADIn 3615/EB/PB**. Tribunal Pleno; Rel. Min. Cármen Lúcia; Julgamento em 17.03.2008; DJE 25.04.2008. Disponível em: <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14722679/embdeclna-acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-3615-pb> . Acesso em 14 de abril de 2015.

BRASIL. **Informativo STF**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo331.htm>, Acesso em: 20 de março de 2015.

BRASIL. PLANALTO. **Lei n. 8.884**, de 11 de junho de 1994. Transforma o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) em Autarquia, dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica e dá outras providências. Publicada no Diário Oficial da União em 13 de junho de 1994. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8884.htm . Acesso em 28 de março de 2015

_____. **Lei 9.868**, de 10 de novembro de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação direta de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Brasília, DF. Planalto. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19868.htm. Acesso em: 03 de março de 2015

_____. **Lei 9.882**, de 3 de dezembro de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do § 1º do art. 102 da Constituição Federal. Brasília, DF, Planalto. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19882.htm Acesso em 28 de março de 2015

_____. **Lei n. 13.105**, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Publicada no Diário Oficial da União em 17 de março de 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm . Acesso em 27 de março de 2015

BRASIL. MEDIDA CAUTELAR EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. **ADIn 2215/MC/PE**. Decisão Monocrática. Rel. Min. Celso de Mello; Julgamento em 17.04.2001; DJE 26.04.2001. Disponível em: <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14821398/medida-cautelar-na-acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-2215-pe-stf>. Acesso em 14 de março de 2015.

_____. **ADIn 2321/MC/DF**. Decisão monocrática; Rel. Min. Celso de Mello; Julgamento em 25.10.2000; DJE 10.6.2005. Disponível em: <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14824494/medida-cautelar-na-acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-2321-df-stf>. Acesso em 14 de abril de 2015.

_____. **Notícias STF**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=206729>>. Acesso em: 03 de março de 2015.

_____. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. **RE nº 597.165/DF**; Tribunal Pleno; Rel. Min. Celso de Mello; Julgamento em 04.04.2011. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE597165.pdf>. Acesso em 14 de abril de 2015.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Emenda Regimental n. 2**, de 04 de dezembro de 1985. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/ARQUIVO/NORMA/EMENDAREGIMENTAL002-1985.PDF>>. Acesso em: 12 de março de 2015.

_____. **Emenda Regimental n. 15**, de 30 de março de 2004. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/ARQUIVO/NORMA/EMENDAREGIMENTAL015-2004.PDF>. Acesso em: 20 de março de 2015

BUENO, Cassio Scarpinella. *Amicus Curiae* no Projeto de novo Código de Processo Civil. In: **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, ano 48, nº 190, abr/jun. 2011, p. 115. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/242885/000923086.pdf?sequence=1> . Acesso em: 03.03.2015.

_____. *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 de constitucionalidade*. In: **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, n. 14, junho/agosto 2002, p. 7. Disponível em: http://direitopublico.com.br/pdf_14/DIALOGO-JURIDICO-14-JUNHO-AGOSTO-2002-EDGARD-SILVEIRA-BUENO-FILHO.pdf . Acesso em 20 de março de 2015.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 15º edição. Editora Lúmen Júris. Rio de Janeiro, 2006.

CAPPELLETTI, Mauro. O Controle de Constitucionalidade das Leis no Sistema das Funções Estatais. In: **Revista de Direito Processual Civil**. São Paulo: Saravia. Ano II, vol. 3, 1961.

CHANAN, Guilherme Giacomelli. **Amicus Curiae no direito brasileiro e a possibilidade de seu cabimento nas Cortes Estaduais**. Disponível em: <http://www.tex.pro.br/home/artigos/97-artigos-set-2005/5302-amicus-curiae-no-direito-brasileiro-e-a-possibilidade-de-seu-cabimento-nas-cortes-estaduais>>. Acesso em: 03 de março de 2015.

CONSTANT, B. Da liberdade dos antigos comparada a dos modernos. In: **Revista Filosofia Política**, nº 2, 1985.

CRISCUOLI, Giovanni. *Amicus Curiae*. In: **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**, Ano XXVII, n. 1, março de 1973.

DAGNINO, E. Sociedade civil, espaços públicos e a construção democrática no Brasil: limites e possibilidades. In: _____. (org.). **Sociedade civil e espaços públicos no Brasil**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2002.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **O renascer do direito**. 2. ed. São Paulo : Saraiva, 1990.

DEL PRÁ, Carlos Gustavo Rodrigues. *Amicus Curiae*: instrumento de participação democrática e de aperfeiçoamento da prestação jurisdicional. Curitiba: Juruá Editora, 2008.

DIAS, Cibele Fernandes. **Justiça constitucional em mutação**. Belo Horizonte: Arraes, 2012, vol. 4.

DIAS JUNIOR, José Armando Ponte. **Elegibilidade e moralidade**: o direito fundamental à moralidade das candidaturas. Curitiba: Juruá, 2010.

DIDIER JR., Fredier. Possibilidade de sustentação oral do *Amicus Curiae*. In: **Revista Dialética de Direito Processual**. São Paulo: Dialética, nº 8, 2003.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

_____. **Uma questão de princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

FARIA, Karoliny de Cássia. **Os novos paradigmas do interesse público com base na teoria de Ronald Dworkin**. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=b527e3339f309cec>>. Acesso em: 26 de fevereiro de 2015.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2001.

FIGUEIREDO, Marcelo. **O controle de constitucionalidade – algumas notas e preocupações**, p. 10. Apud: FERREIRA, Olavo A. V. Alves. *Controle de Constitucionalidade e seus efeitos*. São Paulo: Método, 2005.

GENÉREUX, Jacques. **O horror não é econômico**. Trad. Eloá Jacobina. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1988.

GIFIS, Steven H. Law Dictionary, Barron's Educational Series. Inc. 1975, pp. 11-12, apud BINENBOJM, *Gustavo*. A democratização da Jurisdição Constitucional e o Contributo da Lei nº 9.868/99. In: SARMENTO, Daniel (Org.). **O controle de constitucionalidade e a Lei nº 9.869/99**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2001, n. 44.

HABERMAS, Jurgen. **Direito e Democracia: entre a factividade e validade**. Vol. I. Trad. Flávio Beno Siebeneicher. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

_____. **Para a reconstrução do materialismo histórico**. São Paulo: Brasiliense, 1983.

_____. **Hermenêutica constitucional – Sociedade aberta dos intérpretes da Constituição**. Contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. Trad. Gilmar Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997, reimpressão: 2002.

HABERMAS, Jürgen. **Faktizität und Geltung**. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1992.

HARRIS, Michael J. **Amicus Curiae: friend or foe? The limits of friendship in american jurisprudence** e LOWMAN, Michael K. **The litigating amicus curiae: when does the party begin after the friends leave?**. Apud BUENO, Cássio Scarpinella. *Amicus curiae no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático*. São Paulo: Saraiva, 2006.

HAMILTON, Alexander; JAY, John; MADISON, James. **O Federalista: um comentário à Constituição Americana**. Tradução de Reggy Zacconi de Moraes. Rio de Janeiro: Nacional de Direito, 1959.

HORTA, Raul Machado. **Direito Constitucional**. 2. Ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

JUSBRASIL. **Pela primeira vez, o STF reconhece direito de adoção por casais homossexuais**. Disponível em: <http://moemafiuza.jusbrasil.com.br/noticias/175556906/pela-primeira-vez-stf-reconhece-direito-de-adocao-por-casais-homossexuais?utm_campaign=newsletter-daily_20150323_904&utm_medium=email&utm_source=newsletter>. Acesso em 24 de março de 2015.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 4a ed. Martins Fontes, São Paulo, 1995.

LINHARES, Paulo Afonso. *Amicus Curiae*: O Pluralismo democrático e o processo de controle concentrado de constitucionalidade no Brasil. In: **Revista de Direito e Liberdade-ESMARN** – Mossoró, v. 2, n. 1, jan/jun 2006. Disponível em: http://www.esmarn.tjrn.jus.br/revistas/index.php/revista_direito_e_liberdade/article/view/258/294 Acesso em 28 de março de 2015

LUCHMANN, Lígia Helena Hahn. Democracia deliberativa, pobreza e participação política. In: **Revista Política & Sociedade**, nº 11, outubro de 2007.

MACIEL, Adhemar Ferreira. *Amicus curiae*: um instituto democrático. In: **Revista de Processo**, ano 27, n.106, São Paulo: RT, abr./jun. 2002.

MADISON, James; HAMILTON, Alexander; JAY, John. **Os artigos federalistas**. Trad. Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993.

MAMARI FILHO, Luís Sérgio Soares. **A Comunidade aberta dos intérpretes da Constituição**: O *Amicus Curiae* como estratégia de democratização da busca do significado das normas. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.

MARRAFON, Marco Aurélio. Jurisdição constitucional em tempos de horror político. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda, MORAIS, José Luis Bolzan, STRECK, Lênio Luiz (organizadores). **Estudos Constitucionais**. Rio de Janeiro/São Paulo/Recife: Renovar, 2007.

MATTOS, Ana Leticia Queiroga. *Amicus curiae* e a democratização do controle de constitucionalidade. In: **Revista Jurídica**, v. 53, n. 330, abr. 2005.

MEDEIROS, Isadora Dias; MOURA, Francisco André Alves. **O Amicus Curiae enquanto expressão da Jurisdição Constitucional Democrática-Deliberativa**. 1º Congresso Brasileiro de Direito e Desenvolvimento: Sustentabilidade, Integração e Modernidade. 2012, p. 2. Disponível em: <http://www.direitoedesenvolvimento.net/anais/anais2012/gt05/02.pdf>. Acesso em: 08 de março de 2015.

MEDINA, Damares. *Amicus curiae*: Amigo da Corte ou Amigo da Parte? São Paulo: Saraiva, 2010.

MENDES, Conrado Hubner. O projeto de uma corte deliberativa. In: _____ (org.). **Jurisdição Constitucional no Brasil**. São Paulo:Malheiros Editores, 2012.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle de constitucionalidade: uma análise das Leis 9.868/99 e 9.882/99**, publicado na Revista Diálogo Jurídico nº 11 Salvador, fevereiro/2002.

_____; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 4 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____; MARTINS, Ives Gandra. **Controle concentrado de constitucionalidade**. São Paulo: Saraiva, 2001.

MORAES, Alexandre de. **Jurisdição Constitucional e tribunais constitucionais**; garantia suprema da constituição. 2. Ed. São Paulo: Atlas, 2003.

MILL, J. S. **Considerações sobre o governo representativo**. Trad. de Manuel Innocência de Lacerda Santos Jr. Brasília: Ed. Universidade de Brasília, 1981, p.8 (Coleção Pensamento Político 19).

NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal de Direitos Humanos**. 10 de dezembro de 1948. Disponível em: <http://www.un.org/es/>. Acesso em: 21 de fevereiro de 2015.

PEDROLLO, Gustavo Fontana; MARTEL, Letícia de Campos Velho. *Amicus curiae*: elemento de participação política nas decisões judiciais-constitucionais. *In: Revista da AJURIS*: Porto Alegre, v. 32, n. 99, set. 2005.

RAMOS, Elival da Silva. A ação popular como instrumento de participação política. *In: Revista dos Tribunais*, São Paulo, 1991.

RAZABONI, Olívia Ferreira. *Amicus Curiae*: Democratização da Jurisdição Constitucional. São Paulo: Catálogo USP, 2009. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-28062010-090023/pt-br.php>. Acesso em 28 de março de 2015.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **República e Federação no Brasil**: traços constitucionais da organização política brasileira. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

RÓNAI, Paulo. **Não perca seu latim**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1980.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social e ensaio sobre a origem das línguas**. Trad. de Lourdes Santos Machado. São Paulo: Nova Cultural, 1997.

_____. **Considerações sobre o Governo da Polônia e sua reforma projetada**. Trad. Luiz Roberto Salinas Fortes. São Paulo: Brasiliense, 1982. [Edição Bilíngue].

_____. **Do contrato social e discurso sobre a economia política**. Trad: Marcio Pugliesi e Norberto de Paula Lima. São Paulo: Hermus, sem data (sd).

_____. **Emílio ou da educação**. Trad. De Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martins Fontes, 1995.

SAMPAIO; José Adércio Leite. **A Constituição reinventada pela Jurisdição Constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

SILVESTRI, Elisabetta. L'amicus curiae: uno strumento per la tutela degli interessi non rappresentati. *Apud* BUENO, Cássio Scarpinella. **Amicus curiae no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático**. São Paulo: Saraiva, 2006.

SILVA, Aurélia Carla Queiroga da. **Iniciativa popular na concretização do direito fundamental à democracia**. Natal: Repositório da UFRN, 2013. Disponível em: http://repositorio.ufrn.br:8080/jspui/bitstream/123456789/13974/1/AureliaCQS_DISSERT_Parcial.pdf. Acesso em 28 de março de 2015.

SILVA, Paulo Maycon Costa da. Do *amicus curiae* ao método da sociedade aberta dos intérpretes. *In: Revista CEJ*, Brasília, v. 12, n. 43, out./dez. 2008.

SOARES, Marcelo Negri; WINKLER, Camila Gentil. *Amicus Curiae* no Brasil: um terceiro necessário. *In: Revista de Tribunais*, vol. 953/2015.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Fundamentação e normatividade dos direitos fundamentais: uma reconstrução teórica à luz do princípio democrático. *In: BARROSO, Luís Roberto (org.) A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. 2ª ed. Revista e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha. **A crise da democracia no Brasil**. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

TÁRREGA, Maria Cristina Vidotte Blanco; LOPES, Anderson Fernandes. A gênese lógica dos direitos fundamentais: teoria discursiva e princípio democrático. *In: **Revista de Direito Constitucional e Internacional***, São Paulo, v. 17, n. 66, jan./mar. 2009.

TAVARES, André Ramos. O discurso dos direitos fundamentais na legitimidade e deslegitimação de uma Justiça Constitucional substantiva. *In: _____* (org.) **Justiça Constitucional**: pressupostos teóricos e análises concretas. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

_____. **Tribunal e Jurisdição Constitucional**. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1998.

_____. **Tratado da arguição de preceito fundamental**: (Lei 9.868/99 e Lei 9.882/99), São Paulo: Saraiva, 2001.

TEMER, Michel. **Elementos de direito constitucional**. 19ª ed. Revista e Atualizada. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

TORRES, Ricardo Lobo. A Legitimação dos direitos humanos e os princípios da ponderação e da razoabilidade. *In: (Org.) **Legitimação dos direitos humanos***. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de; TALAMINI, Eduardo. Curso avançado de processo civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento. 8ª ed. rev., atual. e ampl. *In: **Revista dos Tribunais***, São Paulo, 2006. 1 v.

WOODWARD, Bob. ARMSTRONG, Scott. **Por detrás da Suprema Corte**. São Paulo: Saraiva, 1995.

ANEXO I

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **ADIn 3510/DF**, Rel. Min. Ayres Britto, j.: 29.05.2008, DJE 27.05.2010. "CONSTITUCIONAL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI DE BIOSSEGURANÇA. IMPUGNAÇÃO EM BLOCO DO ART. 5º DA LEI Nº 11.105, DE 24 DE MARÇO DE 2005 (LEI DE BIOSSEGURANÇA). PESQUISAS COM CÉLULAS-TRONCO EMBRIONÁRIAS. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO DIREITO À VIDA. CONSTITUCIONALIDADE DO USO DE CÉLULAS-TRONCO EMBRIONÁRIAS EM PESQUISAS CIENTÍFICAS PARA FINS TERAPÊUTICOS. DESCARACTERIZAÇÃO DO ABORTO. NORMAS CONSTITUCIONAIS CONFORMADORAS DO DIREITO FUNDAMENTAL A UMA VIDA DIGNA, QUE PASSA PELO DIREITO À SAÚDE E AO PLANEJAMENTO FAMILIAR. DESCABIMENTO DE UTILIZAÇÃO DA TÉCNICA DE INTERPRETAÇÃO CONFORME PARA ADITAR À LEI DE BIOSSEGURANÇA CONTROLES DESNECESSÁRIOS QUE IMPLICAM RESTRIÇÕES ÀS PESQUISAS E TERAPIAS POR ELA VISADAS. IMPROCEDÊNCIA TOTAL DA AÇÃO. 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 espermatozoide 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". Não cabe ao Supremo Tribunal Federal decidir sobre qual das duas formas de pesquisa básica é a mais promissora: 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). A escolha feita pela Lei de Biossegurança não significou um desprezo ou desapareço pelo embrião "in vitro", porém u'a mais firme disposição para encurtar caminhos que possam levar à superação do infortúnio alheio. Isto no âmbito de um ordenamento constitucional que desde o seu preâmbulo qualifica "a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça" como valores supremos de uma sociedade mais que tudo "fraterna". O que já significa incorporar o advento do constitucionalismo fraternal às relações humanas, a traduzir verdadeira comunhão de vida ou vida social em clima de transbordante solidariedade em benefício da saúde e contra eventuais tramas do acaso e até dos golpes da própria natureza. Contexto de solidária, compassiva ou fraternal legalidade que, longe de traduzir desprezo ou desrespeito aos congelados embriões "in vitro", significa apreço e reverência a criaturas humanas que sofrem e se desesperam. Inexistência de ofensas ao direito à vida e da dignidade da pessoa humana, pois a pesquisa com células-tronco embrionárias (inviáveis biologicamente ou para os fins a que se destinam) significa a celebração solidária da vida e alento aos que se acham à margem do exercício concreto e inalienável dos direitos à felicidade e do viver com dignidade (Ministro Celso de Mello). III - A PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DO DIREITO À VIDA E OS DIREITOS INFRACONSTITUCIONAIS DO EMBRIÃO PRÉ-IMPLANTO. O Magno Texto Federal não dispõe sobre o início da vida humana ou o preciso instante em que ela começa. Não faz de todo e qualquer estágio da vida humana um autonomizado bem jurídico, mas da vida que já é própria de uma concreta pessoa, porque nativa (teoria "natalista", em contraposição às teorias "concepcionista" ou da "personalidade condicional"). E quando se reporta a "direitos da pessoa humana" e até dos "direitos e garantias individuais" como cláusula pétrea está falando de direitos e garantias do indivíduo-pessoa, que se faz destinatário dos direitos fundamentais "à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade", entre outros direitos e garantias igualmente distinguidos com o timbre da fundamentalidade (como direito à saúde e ao planejamento familiar). Mutismo constitucional hermeneuticamente significativo de transpasse de poder normativo para a legislação ordinária. A potencialidade de algo para se tornar pessoa humana já é meritória o bastante para acobertá-la, infraconstitucionalmente, contra tentativas levianas ou frívolas de obstar sua natural continuidade fisiológica. 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. Donde 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 Direito infraconstitucional protege por modo variado cada etapa do desenvolvimento biológico do ser humano. Os momentos da vida humana anteriores ao nascimento devem ser objeto de proteção pelo direito comum. O embrião pré-implante 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. A Lei de Biossegurança não veicula autorização para extirpar do corpo feminino esse ou aquele embrião. Eliminar ou desentranhar esse ou aquele zigoto a caminho do endométrio, ou nele já fixado. Não se cuida de interromper gravidez humana, pois dela aqui não se pode cogitar. A "controvérsia constitucional em exame não guarda qualquer vinculação com o problema do aborto." (Ministro Celso de Mello). V - OS DIREITOS FUNDAMENTAIS À AUTONOMIA DA VONTADE, AO PLANEJAMENTO FAMILIAR E À MATERNIDADE. A decisão por uma descendência ou filiação exprime um tipo de autonomia de vontade individual que a própria Constituição rotula como "direito ao planejamento familiar", fundamentado este nos princípios igualmente constitucionais da "dignidade da pessoa humana" e da "paternidade responsável". A conjugação constitucional da laicidade do Estado e do primado da autonomia da vontade privada, nas palavras do Ministro Joaquim Barbosa. A opção do casal por um processo "in vitro" de fecundação artificial de óvulos é implícito direito de idêntica matriz constitucional, sem acarretar para esse casal o dever jurídico do aproveitamento reprodutivo de todos os embriões eventualmente formados e que se revelem geneticamente viáveis. O princípio fundamental da dignidade da pessoa humana opera por modo binário, o que propicia a base constitucional para um casal de adultos recorrer a técnicas de reprodução assistida que incluam a fertilização artificial ou "in vitro". De uma parte, para aquinhoar o casal com o direito público subjetivo à "liberdade" (preâmbulo da Constituição e seu art. 5º), aqui entendida como autonomia de vontade. De outra banda, para contemplar os porvindouros componentes da unidade familiar, se por eles optar o casal, com planejadas condições de bem-estar e assistência físico-afetiva (art. 226 da CF). Mais exatamente, planejamento familiar que, "fruto da livre decisão do casal", é "fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável" (§ 7º desse emblemático artigo constitucional de nº 226). 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. Não existe tal dever (inciso II do art. 5º da CF), porque incompatível com o próprio instituto do "planejamento familiar" na citada perspectiva da "paternidade responsável". Imposição, além do mais, que implicaria tratar o gênero feminino por modo desumano ou degradante, em contrapasso ao direito fundamental que se lê no inciso II do art. 5º da Constituição. Para que ao embrião "in vitro" fosse reconhecido o pleno direito à vida, necessário seria reconhecer a ele o direito a um útero. Proposição não autorizada pela Constituição. VI - DIREITO À SAÚDE COMO COROLÁRIO DO DIREITO FUNDAMENTAL À VIDA DIGNA. O § 4º do art. 199 da Constituição, versante sobre pesquisas com substâncias humanas para fins terapêuticos, faz parte da seção normativa dedicada à "SAÚDE" (Seção II do Capítulo II do Título VIII). Direito à saúde, positivado como um dos primeiros dos direitos sociais de natureza fundamental (art. 6º da CF) e também como o primeiro dos direitos constitutivos da seguridade social (cabeça do artigo constitucional de nº 194). Saúde que é "direito de todos e dever do Estado" (caput do art. 196 da Constituição), garantida mediante ações e serviços de pronto qualificados como "de relevância pública" (parte inicial do art. 197). A Lei de Biossegurança como instrumento de encontro do direito à saúde com a própria Ciência. No caso, ciências médicas, biológicas e correlatas, diretamente postas pela Constituição a serviço desse bem inestimável do indivíduo que é a sua própria higidez físico-mental. VII - O DIREITO CONSTITUCIONAL À LIBERDADE DE EXPRESSÃO CIENTÍFICA E A LEI DE BIOSSEGURANÇA COMO DENSIFICAÇÃO DESSA LIBERDADE. O termo "ciência", enquanto atividade individual, faz parte do catálogo dos direitos fundamentais da pessoa humana (inciso IX do art. 5º da CF). Liberdade de expressão que se afigura como clássico direito constitucional-civil ou genuíno direito de personalidade. Por isso que exigente do máximo de proteção jurídica, até como signo de vida coletiva civilizada. Tão qualificadora do indivíduo e da sociedade é essa vocação para os misteres da Ciência que o Magno Texto Federal abre todo um autonomizado capítulo para prestigia-la por modo superlativo (capítulo de nº IV do título VIII). A regra de que "O Estado promoverá e incentivará o desenvolvimento científico, a pesquisa e a capacitação tecnológicas" (art. 218, caput) é de logo complementada com o preceito (§ 1º do mesmo art. 218) que autoriza a edição de normas como a constante do art. 5º da Lei de Biossegurança. A compatibilização da liberdade de expressão científica com os deveres estatais de propulsão das ciências que sirvam à melhoria das

condições de vida para todos os indivíduos. Assegurada, sempre, a dignidade da pessoa humana, a Constituição Federal dota o bloco normativo posto no art. 5º da Lei 11.105/2005 do necessário fundamento para dele afastar qualquer invalidade jurídica (Ministra Cármen Lúcia). VIII - SUFICIÊNCIA DAS CAUTELAS E RESTRIÇÕES IMPOSTAS PELA LEI DE BIOSSEGURANCA NA CONDUÇÃO DAS PESQUISAS COM CÉLULAS-TRONCO EMBRIONÁRIAS. A Lei de Biossegurança caracteriza-se como regração legal a salvo da mácula do açodamento, da insuficiência protetiva ou do vício da arbitrariedade em matéria tão religiosa, filosófica e eticamente sensível como a da biotecnologia na área da medicina e da genética humana. Trata-se de um conjunto normativo que parte do pressuposto da intrínseca dignidade de toda forma de vida humana, ou que tenha potencialidade para tanto. A Lei de Biossegurança não conceitua as categorias mentais ou entidades biomédicas a que se refere, mas nem por isso impede a facilitada exegese dos seus textos, pois é de se presumir que recepcionou tais categorias e as que lhe são correlatas com o significado que elas portam no âmbito das ciências médicas e biológicas. IX - IMPROCEDÊNCIA DA AÇÃO. Afasta-se o uso da técnica de "interpretação conforme" para a feitura de sentença de caráter aditivo que tencione conferir à Lei de Biossegurança exuberância regratória, ou restrições tendentes a inviabilizar as pesquisas com células-tronco embrionárias. Inexistência dos pressupostos para a aplicação da técnica da "interpretação conforme a Constituição", porquanto a norma impugnada não padece de polissemia ou de plurissignificatidade. Ação direta de inconstitucionalidade julgada totalmente improcedente”.

ANEXO II

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **ADI: 4277/DF**, Rel. Min. Ayres Britto, j.: 05.05.2011, DJE 14.10.2011 “Ementa: 1. ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL (ADPF). PERDA PARCIAL DE OBJETO. RECEBIMENTO, NA PARTE REMANESCENTE, COMO AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. UNIÃO HOMOAFETIVA E SEU RECONHECIMENTO COMO INSTITUTO JURÍDICO. CONVERGÊNCIA DE OBJETOS ENTRE AÇÕES DE NATUREZA ABSTRATA. JULGAMENTO CONJUNTO. Encampação dos fundamentos da ADPF nº 132-RJ pela ADI nº 4.277-DF, com a finalidade de conferir “interpretação conforme à Constituição” ao art. 1.723 do Código Civil. Atendimento das condições da ação. 2. PROIBIÇÃO DE DISCRIMINAÇÃO DAS PESSOAS EM RAZÃO DO SEXO, SEJA NO PLANO DA DICOTOMIA HOMEM/MULHER (GÊNERO), SEJA NO PLANO DA ORIENTAÇÃO SEXUAL DE CADA QUAL DELES. A PROIBIÇÃO DO PRECONCEITO COMO CAPÍTULO DO CONSTITUCIONALISMO FRATERNAL. HOMENAGEM AO PLURALISMO COMO VALOR SÓCIO-POLÍTICO-CULTURAL. LIBERDADE PARA DISPOR DA PRÓPRIA SEXUALIDADE, INSERIDA NA CATEGORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO INDIVÍDUO, EXPRESSÃO QUE É DA AUTONOMIA DE VONTADE. DIREITO À INTIMIDADE E À VIDA PRIVADA. CLÁUSULA PÉTREA. O sexo das pessoas, salvo disposição constitucional expressa ou implícita em sentido contrário, não se presta como fator de desigualação jurídica. Proibição de preconceito, à luz do inciso IV do art. 3º da Constituição Federal, por colidir frontalmente com o objetivo constitucional de “promover o bem de todos”. Silêncio normativo da Carta Magna a respeito do concreto uso do sexo dos indivíduos como saque da kelseniana “norma geral negativa”, segundo a qual “o que não estiver juridicamente proibido, ou obrigado, está juridicamente permitido”. Reconhecimento do direito à preferência sexual como direta emanção do princípio da dignidade da pessoa humana”: direito a auto-estima no mais elevado ponto da consciência do indivíduo. Direito à busca da felicidade. Salto normativo da proibição do preconceito para a proclamação do direito à liberdade sexual. O concreto uso da sexualidade faz parte da autonomia da vontade das pessoas naturais. Empírico uso da sexualidade nos planos da intimidade e da privacidade constitucionalmente tuteladas. Autonomia da vontade. Cláusula pétrea. 3. TRATAMENTO CONSTITUCIONAL DA INSTITUIÇÃO DA FAMÍLIA. RECONHECIMENTO DE QUE A CONSTITUIÇÃO FEDERAL NÃO EMPRESTA AO SUBSTANTIVO “FAMÍLIA” NENHUM SIGNIFICADO ORTODOXO OU DA PRÓPRIA TÉCNICA JURÍDICA. A FAMÍLIA COMO CATEGORIA SÓCIO-CULTURAL E PRINCÍPIO ESPIRITUAL. DIREITO SUBJETIVO DE CONSTITUIR FAMÍLIA. INTERPRETAÇÃO NÃO-REDUCIONISTA. O caput do art. 226 confere à família, base da sociedade, especial proteção do Estado. Ênfase constitucional à instituição da família. Família em seu coloquial ou proverbial significado de núcleo doméstico, pouco importando se formal ou informalmente constituída, ou se integrada por casais heteroafetivos ou por pares homoafetivos. A Constituição de 1988, ao utilizar-se da expressão “família”, não limita sua formação a casais heteroafetivos nem a formalidade cartorária, celebração civil ou liturgia religiosa. Família como instituição privada que, voluntariamente constituída entre pessoas adultas, mantém com o Estado e a sociedade civil uma necessária relação tricotômica. Núcleo familiar que é o principal lócus institucional de concreção dos direitos fundamentais que a própria Constituição designa por “intimidade e vida privada” (inciso X do art. 5º). Isonomia entre casais heteroafetivos e pares homoafetivos que somente ganha plenitude de sentido se desembocar no igual direito subjetivo à formação de uma autonomizada família. Família como figura central ou continente, de que tudo o mais é conteúdo. Imperiosidade da interpretação não-reducionista do conceito de família como instituição que também se forma por vias distintas do casamento civil. Avanço da Constituição Federal de 1988 no plano dos costumes. Caminhada na direção do pluralismo como categoria sócio-político-cultural. Competência do Supremo Tribunal Federal para manter, interpretativamente, o Texto Magno na posse do seu fundamental atributo da coerência, o que passa pela eliminação de preconceito quanto à orientação sexual das pessoas. 4. UNIÃO ESTÁVEL. NORMAÇÃO CONSTITUCIONAL REFERIDA A HOMEM E MULHER, MAS APENAS PARA ESPECIAL PROTEÇÃO DESTA ÚLTIMA. FOCADO PROPÓSITO CONSTITUCIONAL DE ESTABELECEER RELAÇÕES JURÍDICAS HORIZONTAIS OU SEM HIERARQUIA ENTRE AS DUAS TIPOLOGIAS DO GÊNERO HUMANO. IDENTIDADE CONSTITUCIONAL DOS CONCEITOS DE “ENTIDADE FAMILIAR” E “FAMÍLIA”. A referência constitucional à dualidade básica homem/mulher, no § 3º do seu art. 226, deve-se ao centrado intuito de não se perder a menor oportunidade para favorecer relações jurídicas horizontais ou sem hierarquia no âmbito das sociedades domésticas. Reforço normativo a um mais eficiente combate à renitência patriarcal dos costumes brasileiros. Impossibilidade de uso da letra da Constituição para ressuscitar o art. 175 da Carta de 1967/1969. Não há como fazer rolar a cabeça do art. 226 no patíbulo do seu parágrafo terceiro. Dispositivo que, ao utilizar da terminologia “entidade familiar”, não pretendeu diferenciá-la da “família”. Inexistência de hierarquia ou diferença de qualidade jurídica entre as duas formas de constituição de um novo e autonomizado núcleo doméstico. Emprego do fraseado “entidade familiar” como sinônimo perfeito de família. A Constitui-

ção não interdita a formação de família por pessoas do mesmo sexo. Consagração do juízo de que não se proíbe nada a ninguém senão em face de um direito ou de proteção de um legítimo interesse de outrem, ou de toda a sociedade, o que não se dá na hipótese sub judice. Inexistência do direito dos indivíduos heteroafetivos à sua não-equivalência jurídica com os indivíduos homoafetivos. Aplicabilidade do § 2º do art. 5º da Constituição Federal, a evidenciar que outros direitos e garantias, não expressamente listados na Constituição, emergem “do regime e dos princípios por ela adotados”, verbis: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”. 5. DIVERGÊNCIAS LATERAIS QUANTO À FUNDAMENTAÇÃO DO ACÓRDÃO. Anotação de que os Ministros Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes e Cezar Peluso convergiram no particular entendimento da impossibilidade de ortodoxo enquadramento da união homoafetiva nas espécies de família constitucionalmente estabelecidas. Sem embargo, reconheceram a união entre parceiros do mesmo sexo como uma nova forma de entidade familiar. Matéria aberta à conformação legislativa, sem prejuízo do reconhecimento da imediata auto-aplicabilidade da Constituição. 6. INTERPRETAÇÃO DO ART. 1.723 DO CÓDIGO CIVIL EM CONFORMIDADE COM A CONSTITUIÇÃO FEDERAL (TÉCNICA DA “INTERPRETAÇÃO CONFORME”). RECONHECIMENTO DA UNIÃO HOMOAFETIVA COMO FAMÍLIA. PROCEDÊNCIA DAS AÇÕES. Ante a possibilidade de interpretação em sentido preconceituoso ou discriminatório do art. 1.723 do Código Civil, não resolúvel à luz dele próprio, faz-se necessária a utilização da técnica de “interpretação conforme à Constituição”. Isso para excluir do dispositivo em causa qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como família. Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva.”