

UNIVERSIDADE CATÓLICA DE PERNAMBUCO - UNICAP  
PRÓ-REITORIA ACADÊMICA  
COORDENAÇÃO GERAL DE PÓS-GRADUAÇÃO  
MESTRADO EM DIREITO

VICTOR YURI BREDERODES DA ROCHA

***AMICUS CURIAE* PARA QUÊ?**

O papel do *amicus curiae* na função jurisdicional e seus desafios à luz do novo  
Código de Processo Civil de 2015

RECIFE  
2017

**VICTOR YURI BREDERODES DA ROCHA**

***AMICUS CURIAE*, PARA QUE?**

**O papel do *amicus curiae* na função jurisdicional e seus desafios à luz do novo Código de Processo Civil de 2015**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Católica de Pernambuco – UNICAP, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Marcelo Labanca Corrêa de Araújo.

Co-orientador: Prof. Dr. Gustavo Ferreira Santos.

**RECIFE**

**2017**

R672a

Rocha, Victor Yuri Brederodes da

Amicus curiae para que? : o papel do amicus curiae na função jurisdicional e seus desafios à luz do novo código de processo civil de 2015 / Victor Yuri Brederodes da Rocha ; orientador Marcelo Labanca Corrêa de Araújo ; co-orientador Gustavo Ferreira Santos, 2017.

108 f.

Dissertação (Mestrado) - Universidade Católica de Pernambuco. Pró-reitoria Acadêmica. Coordenação Geral de Pós-graduação. Mestrado em Direito, 2017.

1. Democracia. 2. Jurisdição. 3. Amicus Curiae. I.Título.

CDU 347.991

**Victor Yuri Brederodes Da Rocha**

***AMICUS CURIAE* PARA QUÊ?**

**O papel do *amicus curiae* na função jurisdicional e seus desafios à luz do novo Código de Processo Civil de 2015**

Dissertação submetida ao programa de Mestrado em Direito da Universidade Católica de Pernambuco como requisito parcial para a obtenção do grau de mestre em Direito.

**APROVADA** em \_\_\_\_ de \_\_\_\_ de \_\_\_\_

**BANCA EXAMINADORA**

---

Prof. Dr. Marcelo Labanca Corrêa de Araújo - UNICAP  
(Presidente)

---

Prof. Dr. Flávio José Roman - UniCEUB  
(Examinador externo)

---

Prof. Dr. Glauco Salomão Leite - UNICAP  
(Examinador interno)

---

Profa. Dra. Flávia Danielle Santiago Lima  
(Examinadora interna)

Aos meus pais Marcos e Nadja pelo eterno incentivo de continuar estudando.

A ciência moderna não é a única explicação possível da realidade e não há sequer qualquer razão científica para a considerar melhor que as explicações alternativas da metafísica, da astrologia, da religião, da arte ou da poesia

- Boaventura de Souza Santos

## RESUMO

Nas sociedades democráticas no mundo que são regidas por um sistema constitucional é notável como a jurisdição constitucional através do controle de constitucionalidade tenciona a questão da legitimidade ao outorgar as decisões de amplo impacto social à Juízes sem representatividade democrática. O presente trabalho tem como escopo a análise do instituto do *amicus curiae*, como ferramenta fomentadora da pluralização do processo de interpretação constitucional dentro do judiciário e os impactos do novo Código de Processo Civil de 2015 (Lei nº 13.105/2015) sobre esse instituto. Para tanto, se valerá do estudo da origem do instituto, sua expressão em outros ordenamentos jurídicos através do direito comparado e sua evolução no direito brasileiro.

**Palavras-chave:** Democracia; Jurisdição Constitucional; *Amicus Curiae*.

## ABSTRACT

In democratic societies in the world that are governed by a constitutional and notable system as a constitutional jurisdiction for constitutionality control intends a question of legitimacy for a government as decisions of broad social impact for Judges without democratic representativeness. The present work has as scope an analysis of the institute of the *amicus curiae*, as a tool to foment the process of constitutional interpretation within the judiciary and the impacts of the new Civil Procedure Code of 2015 (Law No. 13.105 / 2015) on this institute. To do so, it will be worth studying the origin of the institute, its expression in other legal systems on comparative law and its evolution in Brazilian law.

**Keywords:** Democracy; Constitutional Jurisdiction; *Amicus curiae*.



## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO</b> .....	10
<b>2 ESTADO CONSTITUCIONAL DEMOCRÁTICO DE DIREITO: EM BUSCA DE UM MODELO DEMOCRÁTICO FACTÍVEL</b> .....	14
2.1 Regime democrático: uma breve apresentação dos modelos democráticos até o surgimento estado constitucional .....	15
2.2 A jurisdição constitucional e sua função contramajoritária.....	23
2.3 Jurisdição constitucional e hermenêutica: o problema da interpretação constitucional.....	27
<b>3 A PARTICIPAÇÃO POPULAR NA FUNÇÃO JURISDICIONAL: UM ENSAIO TÍMIDO (OU UM COMEÇO RETICENTE?)</b> .....	33
3.1 A aplicação da interpretação pluralista centrada na participação popular como construção de um procedimento aberto e legitimador da democracia a partir da teoria de Peter Häberle .....	33
3.2 A construção dos direitos fundamentais pela sociedade aberta dos intérpretes da constituição: um ponto de equilíbrio entre a vontade popular e a Jurisdição Constitucional.....	39
3.2.1 Ontologia e conceituação dos direitos fundamentais: uma perspectiva histórico-doutrinária.....	40
3.2.2 A aplicação da interpretação pluralista de Häberle dos direitos fundamentais constitucionalmente positivados como construção de um procedimento aberto e legitimador.....	48
3.3 As audiências públicas no Supremo Tribunal Federal: uma forma de participação popular e oitiva de expertos.....	50
<b>4 O INSTITUTO DO <i>AMICUS CURIAE</i>: ASPECTOS HISTÓRICOS E NORMATIVOS</b> .....	56
4.1 <i>Amicus curiae</i> – considerações iniciais acerca do instituto .....	56
4.2 A trajetória do <i>amicus curiae</i> no Brasil.....	63
4.3 As inovações do novo Código de Processo Civil de 2015 e a regulamentação do instituto do <i>amicus curiae</i> .....	69
4.4 O <i>amicus curiae</i> frente à intervenção de terceiros no direito processual brasileiro .....	74
4.4.1 O <i>Amicus Curiae</i> , e a assistência processual: semelhanças e diferenças .....	75
4.4.2 A natureza jurídica do <i>amicus curiae</i> : um terceiro atípico.....	78

<b>5 A PARTICIPAÇÃO POPULAR ATRAVÉS DO AMICUS CURIAE NA FUNÇÃO JURISDICIONAL E A PROBLEMATICA DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL .....</b>	<b>81</b>
<b>5.1 A força dos precedentes no direito brasileiro em face das modificações trazidas pelo novo CPC e suas consequências na atuação do <i>amicus curiae</i>.....</b>	<b>82</b>
<b>5.2 O <i>amicus curiae</i> como contrapeso à ampliação do déficit democrático gerado pelo aumento das decisões de vinculação obrigatória previstas na Lei 13.105/2015 .....</b>	<b>88</b>
<b>5.3 A coletivização das demandas, o princípio da isonomia e o <i>amicus curiae</i>: o contraditório efetivado através do principio da cooperação .....</b>	<b>95</b>
<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS .....</b>	<b>101</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>104</b>

## 1 INTRODUÇÃO

O *amicus curiae* está longe de ser um instituto jovem. A história do direito se debruça sobre a raiz do instituto, atribuindo sua origem remota ora ao direito romano, ora ao direito medieval inglês, de sorte que sua origem remete ao menos centenas de anos. No mundo, o instituto recebeu guarida no direito inglês, norte-americano, francês, italiano, argentino e outros mais. No Brasil, apesar de ser possível traçar sua aparição de forma tímida desde a Lei nº 6.385/1976 elaborada para dispor sobre o mercado de valores mobiliários e criar a Comissão de Valores Mobiliários, é inegável a percepção que a consagração do instituto no ordenamento jurídico brasileiro se deu com a promulgação da Lei nº 9.868/1999, que dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. São, assim, 16 anos de sua utilização mais extensiva no Brasil. Qual o sentido então de, em 2017, se debruçar sobre este instituto já tão amplamente debatido e empregado?

A resposta a essa pergunta é o desenvolvimento do instituto do *amicus curiae* no ordenamento jurídico brasileiro. O objetivo do presente trabalho é justamente o acompanhar o desenvolvimento desse instituto no Brasil, identificando suas modificações com o avanço da legislação, jurisprudência e doutrina pátrias, principalmente aquelas sofridas em decorrência do novo Código de Processo Civil (Lei 13.105/2015). Para tanto é necessário a revisitação e esclarecimento do sentido de alguns conceitos que podem ter uma mixórdia de significados, entre eles “democracia”, “Estado democrático”, “jurisdição constitucional”, “hermenêutica constitucional” e tantos outros. É no intuito de tornar viável o presente trabalho que se faz necessário realizar um corte conceitual para fixar as premissas das quais irão partir a análise e compreensão do instituto do *amicus curiae*, sem tentar incorrer no viés da imprecisão terminológica.

Para tanto, se faz necessário uma breve e simplificada exposição do arquétipo da democracia utilizada no presente trabalho. Primeiramente, portanto, é necessário estabelecer que o estudo do modelo democrático realizado é feito examinando-o como forma de governo. No Brasil, apesar de o modelo democrático ser primariamente o representativo, conforme firmado no parágrafo único do artigo 1º da Constituição Federal de 1988, além dos dispositivos constitucionais que permitem uma participação direta, é possível se observar que se começa a

incorporar cada vez mais traços do modelo democrático participativo.

É justamente esse o modelo utilizado para ser confrontado com outro conceito de sentido *lato*, o de jurisdição constitucional. A jurisdição constitucional, nos países de modelo político de Estado democrático de direito, é, em sua maioria, resguardada por juízes profissionais que não foram escolhidos pela sociedade, seja direta ou indiretamente, a exemplo do Brasil. A princípio, o mero papel de guardião da Constituição não indica nenhum tipo de incompatibilidade com o modelo democrático utilizado. A tensão se dá quando analisado esse papel garantista dos direitos constitucionais, sob o prisma da hermenêutica jurídica se afere que os intérpretes estão criando/modificando esses direitos.

Assim se somarmos a expansão da jurisdição constitucional, ao fato da possibilidade irrefreada da criação de direitos através da hermenêutica constitucional, é possível perceber que condensar a competência de interpretar a Constituição exclusivamente na mão de poucos intérpretes oficiais, é na realidade uma forma de concentração de poder estatal, o que caminha na contramão da democracia participativa.

O aparente dilema que antagoniza o regime democrático e a jurisdição constitucional se resume, portanto ao fato de se é apropriado que sob um governo democrático a interpretação constitucional – e por consequência a criação de direitos – fique sob a tutela de juízes escolhidos institucionalmente, no lugar da sociedade ou de seus representantes políticos regularmente eleitos. É partindo da presunção da existência dessa tensão que se faz importante o estudo de formas de redução dessa crise de legitimidade democrática.

A forma mais simples de mitigar essa tensão entre a democracia representativa e o amplo exercício da jurisdição constitucional é a descentralização do poder, ou mais especificamente nesse caso, a descentralização do poder de interpretar. Já existem, no direito brasileiro, mecanismos aptos a promover a descentralização da interpretação, de modo a permitir a participação popular diretamente na interpretação constitucional, assegurando uma efetiva democracia participativa. Essa forma decorre da teoria de Peter Häberle, e teoria sobre a qual se lastreia o presente trabalho. A proposta de uma sociedade aberta dos intérpretes da constituição, concebida por Peter Häberle, implica um processo pluralista interpretativo da constituição, na medida em que demonstra a inexistência de uma norma prévia, simples e acabada, mas sim que a norma só existe enquanto produto

de um processo de interpretação, de modo que todos que vivem a norma acabam por interpretá-la. Assim, partindo do pressuposto de que no plano real, todas as pessoas que vivem sob a égide de uma constituição, acabam por interpretá-la, se faz necessário um procedimento que permita aos intérpretes constitucionais em sentido lato, ou seja, intérpretes não corporativos, participarem oficialmente do processo de hermenêutica constitucional.

Essa é a forma direta de descentralização do poder de interpretação. Possibilitar a sociedade civil tomar parte do processo de interpretação constitucional como cointérprete da norma. No Brasil, existem ao menos duas ferramentas a permitirem a participação popular no processo formal de interpretação constitucional: as audiências públicas e o *amicus curiae*. É, portanto, em face da teoria do Estado Democrático de Direito sob a ótica da jurisdição constitucional que é de excepcional relevância o tema da influência da intervenção do *amicus curiae*, singularmente no tocante à capacidade de possibilitar uma maior gama de alternativas interpretativas geradas pela participação da sociedade.

O outro problema da jurisdição constitucional, ao qual o *amicus curiae* busca mitigar é a questão que a ampla utilização das formas de decisões coletivas acaba por molestar um princípio fundamental do processo judicial: o contraditório. O princípio do contraditório está intimamente ligado aos princípios da ampla defesa, da isonomia processual e da paridade de armas. É em decorrência desses princípios que é inconcebível que aqueles que não tiveram oportunidade de ser parte ou coadjuvante da parte no processo sejam atingidos pela coisa julgada. Outra decorrência lógica é a isonomia de procedimentos e manifestações no processo, o que, ao menos formalmente, culminaria na paridade de armas processual. Não obstante, nos processos nos quais se pleiteiam direitos transindividuais, não se pode partir da mesma ótica. Da mesma forma que nos processos subjetivos onde se discutem direitos individuais, deve-se oportunizar o contraditório as partes, vez que os efeitos dessa decisão só terão efeitos *inter partes*, nos processos objetivos, no qual se discutem interesses transindividuais, deve-se oportunizar o contraditório coletivo, em decorrência do efeito *erga omnes*.

Ante toda essa matéria já exaustivamente discutida pela doutrina e jurisprudência pátria, eis que surge uma inovação legislativa que pode alterar significativamente os moldes do instituto do *amicus curiae*, da forma como ele vem sendo tratado no Brasil. Isto é a promulgação da Lei 13.105/2015 (novo Código de

Processo Civil). Esta nova legislação de processo impactou o instituto do *amicus curiae* de duas formas. O primeiro foi sua previsão expressa no novo Código. O segundo – e ainda mais impactante para o instituto – foi a mudança da sistema dos precedentes vinculantes no ordenamento jurídico brasileiro, bem como o aumento das decisões de vinculação obrigatória.

Existem, pelo menos, dois problemas que podem ser amplificados em decorrência dessa mudança: (i) a ampliação do deficit democrático gerado pela atividade constitutiva do juiz em decorrência do aumento das hipóteses de decisões com vinculação obrigatória; e (ii) a coletivização das demandas pode afrontar os princípios do contraditório, da ampla defesa e da paridade de armas ao imputar a quaisquer pessoas efeitos de decisão de processos aos quais não figuraram como parte, seja pelo efeito de vinculação obrigatória que poderá ser atribuído a decisão, seja pelo valor persuasivo do precedente formado.

Dessa forma, a proposta do presente trabalho é responder ao seguinte problema de pesquisa: o novo Código de Processo Civil de 2015 veio a obstaculizar o papel saneador do *amicus curiae* no tocante a sua função mitigadora do deficit de legitimidade e do exercício do contraditório coletivo?

Através de extensa pesquisa teórica o presente trabalho se propõe explicar as premissas desse problema de pesquisa, bem como respondê-lo. A pesquisa teórica compreenderá consulta às legislações pertinentes ao tema, se valerá do estudo da origem do instituto, sua expressão em outros ordenamentos jurídicos através do direito comparado e seu desenvolvimento no direito brasileiro.

## **2 ESTADO CONSTITUCIONAL DEMOCRÁTICO DE DIREITO: EM BUSCA DE UM MODELO DEMOCRÁTICO FACTÍVEL**

Dentre diversas formas de governo concebidas pelo homem ao longo da história, como por exemplo, a aristocracia, oligarquia, monarquia, socialismo, comunismo etc., a democracia, pelo menos aparentemente, tem sido o modelo de governo mais utilizado pelos Estados e Nações na atualidade.

Dessa perspectiva, se faz importante analisar o papel do pluralismo, seja ele político, jurídico ou social, como permissivo da participação popular, para o exercício da democracia.

Segundo José Afonso da Silva:

A teoria do pluralismo reconhece várias formas: pluralismo social, jurídico, político, de interesse, de ideias etc., que reconduzem a dois tipos básicos: pluralismo ideológico, que designa a variedade de crenças, de concepções éticas e de valores que os indivíduos ou grupos têm por fundamentais - em que entra a liberdade de religião, de pensamento, de ideias etc.; o pluralismo institucional, que compreende o desenvolvimento das autonomias e o reconhecimento dos direitos e das formações sociais, quais sejam, a família, as confissões religiosas, comunidades de trabalho etc.<sup>1</sup>

Uma sociedade plural, portanto, seria aquela constituída por vários núcleos de poder, sendo todos eles participantes do processo de tomada de decisões, sejam elas administrativas ou políticas.

Dessa forma, pode-se inferir que o pluralismo caminha na contramão da tendência da centralização do poder, a qual é característica da formação do Estado moderno, a começar do absolutismo. Ao mesmo tempo em que o sistema pluralista se afasta do sistema de decisão unilateral, ele tem a inclinação de permitir uma maior participação popular. Para tanto, se faz necessário que uma sociedade plural tenha mecanismos formais de participação popular nos processos de tomada de decisão.

Não obstante, para ser possível afirmar se o pluralismo, ao permitir a participação popular no processo de tomada de decisões (seja ele político ou jurídico), fornece subsídio legitimador ao sistema democrático é necessária uma análise de quais são os pressupostos mínimos da democracia, como se

desenvolveram as formas de democracia e qual é a sua correlação com o pluralismo, tema deste primeiro capítulo.

## **2.1 Regime democrático: uma breve apresentação dos modelos democráticos até o surgimento estado constitucional**

O periódico *The Economist* realiza anualmente uma pesquisa na tentativa de quantificar o índice de democracia de 167 países, utilizando como parâmetros para tanto o processo eleitoral e pluralismo, as liberdades civis, o funcionamento do governo, participação política e cultura política. Baseado na média desses parâmetros o periódico compila um índice numérico de forma a qualificar o sistema de governo em quatro categorias: Democracia Plena nos países com índice acima de 8,0; Democracia Imperfeita, nos países com índice entre de 7,99 e 6,0; Regimes Híbridos, nos países com índice entre 5,99 e 4,0 (todos considerados democracias) e Regimes Autoritários, nos países com índice abaixo de 4,0 (considerados ditatoriais).<sup>2</sup>

Segundo dados da pesquisa do mencionado periódico 25 países exerceriam uma Democracia Plena, 57 países exerceriam uma Democracia Imperfeita, 37 países exerceriam um Regime Híbrido e 51 países exerceriam um Regime Autoritário, totalizando 116 países considerados democracias e 51 países considerados ditatoriais.

Não obstante todo o rigor e metodologia utilizada pela pesquisa para aferição destes dados, não se pode olvidar de perguntas primordiais para a análise da democracia: O que caracteriza uma forma democrática de governo? e Qual é a fronteira que divide um governo democrático de um autoritário?

Para responder tais questionamentos é necessário se imergir numa teoria da democracia, ou antes mesmo disso, numa teoria das formas de governo. Para tanto, é interessante primeiramente realizar uma abstração sugerida pelo professor Robert Allan Dahl. Segundo o mencionado autor, devemos tomar como pressuposto que:

---

<sup>1</sup>SILVA, José Afonso da. **Comentário Contextual à Constituição**. 5 ed. São Paulo: Malheiros.2007, p.787.

<sup>2</sup>THE ECONOMIST INTELLIGENCE UNIT (2012). **Democracy index 2012**. Democracy at a standstill: A report from the Economist Intelligence Unit. Disponível em <<http://www.eiu.com/Handlers/WhitepaperHandler.ashx?fi=Democracy-Index-2012.pdf&mode=wp&campaignid=DemocracyIndex12>>. Acesso em: 20 de jul. 2014.



[...] para viver juntos numa associação, seus membros necessitaram de um processo de tomada de decisões quanto aos princípios, regras, leis, políticas e condutas da associação, e assim por diante. Espera-se dos membros que ajam em conformidade com essas decisões: elas são vinculativas. Uma vez que as decisões associativas como essas são significativamente diferente das escolhas e decisões individuais, podemos chamá-las de decisões coletivas governamentais ou vinculativas. Para conviver numa associação, portanto, as pessoas precisam de um processo para chegar às decisões governamentais: um processo político.<sup>3</sup>

Assim, se aceitarmos os pressupostos sugeridos na abstração do professor Robert Dahl, por óbvio, ante a necessidade de tomar decisões de qualquer caráter que envolvam ou afetem os indivíduos da associação e que essas decisões vinculem todos os entes que compõem essa associação é necessária a elaboração de um processo político, ou seja, em caráter mais prático, uma forma de governo.

Emprestando uma teoria clássica das formas de governo, desenvolvida pelo historiador grego Políbio, descrito por Bobbio, existem três formas de governo ideal, a depender das pessoas que o governam. Essas três formas de governo seriam: a monarquia (governo de uma só pessoa, mas só o que é aceito voluntariamente, exercido de acordo com a razão, mais do que com o terror e a força); a aristocracia (governo de poucos, mas só o que é dirigido por aqueles que forem eleitos os mais justos e sábios); e a democracia (governo popular exercido por todos os cidadãos).

Essas formas ideais de governo podem se degenerar dando origem às suas três correspondentes degradadas. A monarquia se degeneraria na tirania, a aristocracia se degeneraria na oligarquia e a democracia se degeneraria na oclocracia. Para Políbio essas seis formas de governo, em ordem cronológica seriam cíclicas, da seguinte forma:

Em primeiro lugar se estabelece sem artifício e “naturalmente” o governo de um só, ao qual segue (e do qual é gerado por sucessivas elaborações e correções) o “reino”. Transformando-se este no regime mau correspondente, isto é, na “tirania”, pela queda desta última se gera o governo dos “melhores”. Quando a aristocracia por sua vez degenera em “oligarquia”, pela força da natureza, o povo se insurge violentamente contra os abusos dos governantes, nascendo assim o “governo popular”. Com o tempo, a arrogância e a ilegalidade dessa forma de governo levam à “oclocracia”<sup>4</sup>

<sup>3</sup>DAHL, Robert A. **A democracia e seus críticos**. 1 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2012, p. 127.

<sup>4</sup>BOBBIO, Norberto. **A Teoria das Formas de Governo**. nova edição 7. tir. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 67.

Dessa maneira, as seis formas clássicas de governo descritas por Políbio podem ser organizadas pela resposta entre o binômio quem governa e como governa, conforme tabela abaixo:

		COMO?	
		Bem	Mal
QUEM?	Um	Monarquia	Tiranía
	Poucos	Aristocracia	Oligarquia
	Muitos	Democracia	Oclocracia <sup>5</sup>

Fonte: *Bobio, 2004, p. 67.*

Tal modelo foi adotado pela democracia romana, chamada por eles de república. Apesar de diversos autores realizarem uma diferenciação entre democracia e república, seja ela terminológica ou conceitual a república estaria enquadrada como uma forma de democracia segundo os conceitos concebidos por Políbio.

Não obstante, apesar de a república romana operacionalizar a forma de governo democrática ao permitir a participação de todos os cidadãos romanos nas assembleias, eles esbarraram num problema operacional: o acesso pelos cidadãos de regiões longínquas e baixo poder econômico à assembleia, conforme afirma o professor Robert A. Dahl:

Desde seu início como urbe de tamanho bastante modesto, a república romana expandiu-se por meio da anexação ou da conquista muito além dos limites da velha cidade, chegando a dominar toda a Itália e regiões bem mais distantes. A república, muitas vezes, conferia a valorizadíssima cidadania romana aos povos conquistados, que assim se tornavam cidadãos romanos no pleno gozo dos direitos e dos privilégios de um cidadão, e não simples súditos. Ainda que esse dom parecesse generoso e sábio, se a julgarmos da perspectiva atual, descobriremos um enorme defeito: Roma jamais adaptou adequadamente suas instituições de governo popular ao descomunal aumento no número de seus

<sup>5</sup> BOBBIO, Norberto. **A Teoria das Formas de Governo**. nova edição 7. tir. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 42.

cidadãos e seu enorme distanciamento geográfico da cidade. Por estranho que pareça de nosso ponto de vista, as assembleias a que os cidadãos romanos estavam autorizados a participar continuavam se reunindo, como antes, na cidade de Roma - exatamente nesse mesmo Fórum, hoje em ruínas, visitado pelos turistas. No entanto, para a maioria dos cidadãos romanos que viviam no vastíssimo território da república, a cidade era muito distante para que pudessem assistir às assembleias, pelo menos sem esforço extraordinário e altíssimos custos. Consequentemente, era negada a um número cada vez maior (e mais tarde esmagador) de cidadãos a oportunidade de participar das assembleias que se realizavam no centro do sistema de governo romano.<sup>6</sup>

Desconsiderando a diferença que traça Políbio entre boas e más formas de governo, podemos classificá-las através de critérios objetivos pela quantidade de pessoas que exercem o governo em três grandes formas (sejam elas degeneradas ou não): monarquia, aristocracia e democracia.

Dispondo desse conceito amplo de democracia emprestado de Políbio e sobrepondo-o sobre a realidade atual, podemos aferir empiricamente que existem diversos governos que se enquadrariam no conceito de democracia, apesar de alguns serem exacerbadamente distintos entre si, tanto na forma de quem exerce esse governo, como na forma pelo qual o exerce. Assim, o conceito de democracia aferido apenas pelo critério de quantidade de pessoas que exercem o poder seria deveras abrangente, sendo necessário cunhar uma série de requisitos mínimos para uma forma de governo ser considerada uma democracia.

Tal tarefa, na realidade, demonstra-se de uma magnitude hercúlea, pois ainda que se atribua o exercício da democracia como determinada forma de governo aos governos que possuam os institutos mínimos concebidos por uma teoria democrática, se faz necessário na prática aferir a existência desses requisitos na realidade, além da real eficácia dos mesmos ao que se propõem.

Segundo o professor Robert Allan Dahl são cinco os principais critérios aos quais devem atender o processo democrático:

Participação efetiva. Antes de ser adotada uma política pela associação, todos os membros devem ter oportunidades iguais e efetivas para fazer os outros membros conhecerem suas opiniões sobre qual deveria ser esta política.

Igualdade de voto. Quando chegar o momento em que a decisão sobre a política for tomada, todos os membros devem ter

---

<sup>6</sup> Dahl, Robert A. **Sobre a democracia**. Tradução de Beatriz Sidou. Brasília: Editora Universidade de Brasília. 2001, 23

oportunidades iguais e efetivas de voto e todos os votos devem ser contados como iguais.

Entendimento esclarecido. Dentro de limites razoáveis de tempo, cada membro deve ter oportunidades iguais e efetivas de aprender sobre as políticas alternativas importantes e suas prováveis consequências.

Controle do programa de planejamento. Os membros devem ter a oportunidade exclusiva para decidir como e, se preferirem, quais as questões que devem ser colocadas no planejamento. Assim, o processo democrático exigido pelos três critérios anteriores jamais é encerrado. As políticas da associação estão sempre abertas para a mudança pelos membros, se assim estes escolherem.

Inclusão dos adultos. Todos ou, de qualquer maneira, a maioria dos adultos residentes permanentes deveriam ter o pleno direito de cidadãos implícito no primeiro de nossos critérios. Antes do século XX, este critério era inaceitável para a maioria dos defensores da democracia. Justificá-lo exigiria que examinássemos por que devemos tratar os outros como nossos iguais políticos.<sup>7</sup>

Dentro da proposta do professor Robert A. Dahl é possível conjecturar a aplicabilidade plena de todos esses critérios em pequenas associações como vilas e cidades-estados. Não obstante, com a criação dos novos Estados Nacionais e a necessidade de aplicar o modelo democrático a governos que mudaram de escala de pequenas vilas e cidades vilas e cidades-estados, para grandes territórios nacionais, os filósofos e teóricos políticos favoráveis a democracia esbarraram no mesmo problema procedimental da primeira república dos romanos: como permitir a participação plena de todas as pessoas de uma associação, quando o número de pessoas e/ou o espaço geográfico impossibilitar sua reunião?

Segundo o professor Dahl, a resposta que os teóricos políticos modernos encontraram foi a da democracia representativa, conforme enxerto abaixo:

Conforme o foco do governo democrático mudava para unidades em grande escala, como nações ou países, surgiam questões: como os cidadãos podem participar efetivamente quando o número de pessoas se tornar exageradamente grande ou geograficamente muito disperso (ou ambos, o que pode acontecer num país) para que possam participar de maneira conveniente na feitura de leis, reunindo-se em um único lugar? Como elas poderão ter a certeza de que as questões que mais as preocupam venham a ser devidamente ponderadas pelos funcionários - ou seja: como os cidadãos poderão controlar o programa de planejamento das decisões do governo?

[...]

Até o século XVIII, a visão comum era a de que um governo democrático ou republicano significasse governo do povo e que, para

---

<sup>7</sup>Dahl, Robert A. **Sobre a democracia**. Tradução de Beatriz Sidou. Brasília: Editora Universidade de Brasília. 2001, pp. 49 e 50.

governar, o povo teria de se reunir em um único local e votar sobre decretos, leis ou políticas. Democracia teria de ser uma democracia de assembleias populares; "democracia representativa" seria uma contradição. Explícita ou implicitamente, uma república ou uma democracia só poderia existir numa pequena unidade, como uma cidade, pequena ou grande. Autores que defendiam esse ponto de vista, como Jean-Jacques Rousseau ou Montesquieu, conheciam perfeitamente as desvantagens de um pequeno estado, especialmente se comparado à superioridade militar de um estado bem maior, e eram muitíssimo pessimistas sobre as perspectivas futuras para a verdadeira democracia.

A visão comum foi rapidamente superada e posta de lado pela força da investida do estado nacional. O próprio Rousseau compreendia claramente que, para um país grande como a Polônia (para o qual ele propôs uma constituição), seria necessária a representação. Pouco depois, essa visão comum foi rechaçada do palco da história com a chegada da democracia nos Estados Unidos da América.<sup>8</sup>

Outro acontecimento que anda em paralelo com o desenvolvimento da democracia é o aparecimento das Constituições Nacionais. Com a derrocada do absolutismo e a expansão do Iluminismo foram editados os primeiros documentos limitando o poder dos governantes e garantindo a positivação de um mínimo de direitos fundamentais a serem protegidos. Com o surgimento do Estado democrático de Direito alavancou-se um processo de constitucionalização dos direitos humanos no plano nacional, conferindo-lhes assim o caráter de fundamentalidade.

Assim, através do sistema de democracia representativa proposto, os representantes eleitos por um determinado grupo de associados possuem, pelo menos em teoria, legitimidade para conceber um documento constituinte em afinidade com a vontade daqueles que estão sob sua égide.

Não obstante, essas garantias e direitos positivados nos Estados Constitucionais têm sido efetivados no plano real através da interpretação das normas pelos juízes constitucionais. A ciência que estuda como se dá a essa interpretação é a hermenêutica constitucional. Segundo esta ciência a interpretação é a atividade que preenche o bojo da norma jurídica positivada, enquanto a hermenêutica, é o estudo de como essa atividade se efetiva. Ocorre que muitas vezes estes juízes constitucionais responsáveis por interpretar a constituição não são escolhidos por eleições, como no caso do Brasil, de modo que não possuiriam legitimidade representativa.

---

<sup>8</sup> Dahl, Robert A. **Sobre a democracia**. Tradução de Beatriz Sidou. Brasília: Editora Universidade de Brasília. 2001, pp. 106 e 107.

A decorrência direta disso é que dependendo como essa interpretação constitucional é realizada ela pode gerar um descompasso entre o texto constitucional e a vontade popular, ruptura esta chamada por Lassalle de Constituição real e Constituição escrita.<sup>9</sup>

Segundo Peter Häberle, à vista disso, a hermenêutica constitucional, tem-se ocupado em responder duas indagações primordiais: quais são as atribuições e finalidades da interpretação constitucional e qual o método de operacionalização desse processo de interpretação constitucional<sup>10</sup>.

Peter Häberle, além de explicar o processo de interpretação constitucional, propõe um procedimento de como deve ser realizada essa interpretação das normas constitucionais num estado democrático de direito. A proposta de uma sociedade aberta dos intérpretes da constituição, concebido por Peter Häberle, implica um processo pluralista interpretativo da constituição, na medida em que demonstra a inexistência de uma norma prévia, simples e acabada, mas sim que a norma só existe enquanto produto de um processo de interpretação, de modo que todos que vivem a norma acabam por interpretá-la.

Assim, partindo do pressuposto de que no plano real, todas as pessoas que vivem sob a égide de uma constituição, acabam por interpretá-la, se faz necessário um procedimento que permita aos intérpretes constitucionais em sentido lato, ou seja, intérpretes não corporativos, participarem oficialmente do processo de hermenêutica constitucional.

Partilhando desse entendimento, Häberle afirma que:

A ampliação do círculo dos intérpretes aqui sustentada é apenas a consequência da necessidade, por todos defendida, da integração da realidade no processo de interpretação. É que os intérpretes em sentido amplo compõem essa realidade pluralista. Se se reconhece que a norma não é uma decisão prévia simples e acabada, há de se indagar sobre os participantes no seu desenvolvimento funcional, sobre as forças ativas da *Law in public action* (personalização, pluralização da interpretação constitucional).<sup>11</sup>

---

<sup>9</sup>LASSALLE, Ferdinand. **O que é uma constituição?** Trad: Walter Stöner. Versão para eBook. Edições e Publicações Brasil: São Paulo, 1933, p. 12.

<sup>10</sup>HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional**. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para uma interpretação pluralista e procedimental da Constituição. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997, p. 11.

O processo de interpretação dos direitos constitucionais é, portanto o processo de preenchimento de seu bojo, vez que a norma só existe enquanto norma interpretada. Nesse sentido, a interpretação constitucional por uma sociedade aberta dos interpretes constituição revela-se, na visão de Häberle, como metodologia legitimadora da democracia, vez que possibilita uma correta aferição da vontade popular.

Este tipo de comunicação direta entre a constituição e a chamada sociedade aberta, estrema do modelo de democracia representativa clássica nos termos acima expostos pelo professor Dahl. Este tipo de integração participação da vontade popular no processo de tomada de decisões é compatível com um novo modelo democrático: o da democracia participativa ou deliberativa.

Segundo Lígia Helena Hahn Lüchmann:

A democracia deliberativa constitui-se como um modelo ou processo de deliberação política caracterizado por um conjunto de pressupostos teórico-normativos que incorporam a participação da sociedade civil na regulação da vida coletiva. Trata-se de um conceito que está fundamentalmente ancorado na ideia de que a legitimidade das decisões e ações políticas deriva da deliberação pública de coletividades de cidadãos livres e iguais. Constitui-se, portanto, em uma alternativa crítica às teorias "realistas" da democracia que, a exemplo do "elitismo democrático", enfatizam o caráter privado e instrumental da política.<sup>12</sup>

Não obstante o sistema de democracia participativa trabalhar pela maior participação popular, ele não é incompatível com o modelo clássico de democracia representativa, compartilhando do mesmo sistema político, porém incorporando diretamente a sociedade civil no processo de tomada de decisões político.

Segundo Carlos Eduardo Sell:

Por democracia participativa podemos entender um conjunto de experiências e mecanismos que tem como finalidade estimular a participação direta dos cidadãos na vida política através de canais de discussão e decisão. A democracia participativa preserva a realidade do Estado (e a democracia representativa). Todavia, ela busca superar a dicotomia entre representantes e representados

---

<sup>11</sup>HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional**. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para uma interpretação pluralista e procedimental da Constituição. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997, p. 30.

<sup>12</sup>LÜCHMANN, Lígia Helena Hahn. **Possibilidades e limites da democracia deliberativa: a experiência do orçamento participativo de Porto Alegre** / Lígia Helena Hahn Lüchmann. Campinas, SP: (s. n.), 2002. Orientador: Rachel Meneguello. Tese (doutorado) - Universidade Estadual de Campinas, Instituto de Filosofia e Ciências Humanas, p. 21.

recuperando o velho ideal da democracia grega: a participação ativa e efetiva dos cidadãos na vida pública.<sup>13</sup>

Assim, o que determinará a transição do modelo democrático representativo para o modelo democrático participativo ou deliberativo é a sua capacidade em permitir a interação direta da sociedade civil no processo de tomada de decisões. Com a abertura da interpretação constitucional arregimentado por diversos juristas mundos afora, já é possível identificar diversos modelo democrático representativo com traços participativos, como no Brasil.

## 2.2 A jurisdição constitucional e sua função contramajoritária

O conceito de jurisdição constitucional começou a tomar forma em decorrência do famoso leading case *Marbury versus Madison* julgado em 1803 pela Suprema Corte Americana dos Estados Unidos pelo Juiz Marshall. Na referida decisão o Juiz Marshall utilizou pela primeira vez o raciocínio de que as decisões realizada pelo legislativo estão sujeitos á jurisdição constitucional, os criando assim o sistema de controle constitucional difuso.

Segundo Luis Cláudio Martins de Araújo:

Em *Marbury v. Madison*, John Marshall que era o Chief of Justice, manejou o raciocínio, inovador à época, de que no conflito entre a aplicação de uma lei e a Constituição, a regra constitucional deverá prevalecer, por ser hierarquicamente superior, e neste sentido, Marshall origina o debate moderno sobre o papel do judiciário federal no constitucionalismo norte- americano, que posteriormente se desenvolve com o aumento lento e gradual da jurisdição constitucional no final do século XIX e início do século XX, especialmente com a ratificação das emendas da Guerra Civil (em especial a Décima Quarta Emenda), o *Jurisdiction and Removal Act* de 1875 e o *Judiciary Acts* de 1891 e 1925, que aumentam a atuação da Suprema Corte sobre casos constitucionais<sup>14</sup>

Esse sistema que ficou conhecido nos Estados Unidos como *Judicial Review*, apresentando-se como um novo modelo o que, ao definir uma hierarquia normativa centrando a constituição como ápice e norte de toda a legislação abaixo

---

<sup>13</sup>SELL, Carlos Eduardo. **Introdução à Sociologia Política**: política e sociedade na modernidade tardia. Petrópolis, Petrópolis, RJ: Vozes, 2006, p.93.

<sup>14</sup>ARAÚJO, L. C. M. **Supremacia ou Diálogos Judiciais?** O Desenvolvimento de uma Jurisdição Constitucional Verdadeiramente Democrática a Partir da Leitura Institucional. *Revista do Instituto do Direito Brasileiro*, 2014, disponível em: <[www.agu.gov.br/page/download/index/id/19791312](http://www.agu.gov.br/page/download/index/id/19791312)> acesso em 20.10.2015, pp. 04 e 05.



posicionada, deve averiguar se essa legislação infra-constitucional está em consonância com a Constituição.

Tendo sua seara de atuação ampliada através desta jurisdição constitucional o poder judiciário passou a dirimir controvérsias não apenas de âmbito jurídico, mas também político. É nesse contexto que surge a problemática da supremacia judicial.

Segundo Rodrigo Brandão num sistema no qual se percebe a supremacia judicial o judiciário permite a interpretação da constituição por outros poderes, porém detém a palavra final quando provocado a decidir. Não deve ser portanto confundido com o Monopólio Judicial, modelo no qual apenas o judiciário seria poder competente a interpretar a constituição<sup>15</sup>.

Este modelo de supremacia judicial pode ser aferido nos Estados Unidos de forma bem clara a partir do caso *United States v. Carolene Products Co.* no qual a Suprema Corte norte-americana definiu de forma clara que o Tribunal deve fazer valer estritamente o disposto na constituição quando qualquer norma infra-constitucional violar direito emanado da constituição, excluir cidadãos do processo político ou expressar preconceito contra minorias. Foram através de repetidos casos a partir de então que a Suprema Corte norte-americana construiu sua legitimidade para ser o interprete final da Constituição.

Na Europa, entretanto, a jurisdição constitucional não teve um crescimento tão rápido quanto nos Estados Unidos até o começo do século vinte. Isto ocorreu pelo simples fato de que o sistema normativo europeu não dava margem ao judiciário para realizar o controle judicial dos atos perpetrados pelo poder Legislativo. No modelo adotado pela maioria dos países europeus no século dezenove o papel do judiciário consistia unicamente em aplicar a teleologia legislativo sobre os casos concretos, detendo o poder legislativo portanto a função de produzir e interpretar as leis.

Tal panorama começa a mudar no começo do século vinte, principalmente em decorrência das crises nos sistemas normativos desses países expostas pelas guerras do começo deste século, em especial a segunda Guerra Mundial. Com os excessos cometidos pelas nações durante a segunda guerra mundial, bem como o desrespeito aos direitos humanos mais básico foi desvelado o ponto vulnerável das decisões políticas legitimadas pelo sistema majoritário. Esse momento pois guerra

---

<sup>15</sup>Cf. BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia judicial versus diálogos constitucionais**: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição? Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

foi crucial para a disseminação do *judicial review* na Europa, uma vez que deu origem a uma série de constituições rígidas pródigas na positivação e direitos fundamentais constitucionalizados, a permitir dessa forma uma maior atuação do controle constitucional pelo poder judiciário.

Com o surgimento dos Estados Constitucionais e do fortalecimento do constitucionalismo moderno pode-se aferir a constrição da faculdade de escolha baseada exclusivamente na vontade majoritária, uma vez que é necessário o respeito às reservas constitucionais. Mesmo com essa restrição é possível aferir que nem sempre as decisões tomadas pelo princípio majoritário opera em favor de toda a sociedade.

Nesse sentido reflete Ronald Dworkin no

Por que o fato de que a maioria elege um regime específico, por exemplo, dá a esse regime poder legítimo sobre os que votaram contra ele? Esse é o problema clássico da legitimidade do poder de coerção, e traz consigo outro problema clássico: o da obrigação política.<sup>16</sup>

Ou seja, apesar de mais aparente no poder judiciário, o poder legislativo também se macula com o vício da ilegitimidade, principalmente quando ameaça tolher o direito das minorias.

No Brasil, podemos dizer que a jurisdição constitucional teve um começo tímido a partir da promulgação da constituição de 1981 que instituiu o modelo de controle difuso e incidental de constitucionalidade, vindo a se desenvolver nas demais cartas constitucionais promulgadas posteriormente e alcançando seu ápice após a Constituição Federal de 1988. Isto porque até o início do século vinte não era o poder judiciário e sim o poder legislativo a função de interprete da constituição.

A constituição de 1988 foi crucial para a profusão da jurisdição constitucional e o começo da supremacia judicial do país. O Brasil, recém saído de um regime militar acabou por conceber uma constituição rígida, analítica e principalmente incrustada de direitos humanos agora constitucionalmente positivados. Ou seja, tal fenômeno foi responsável por um crescimento imemorial no país da jurisdição constitucional. Além disso, o papel inflado do STF como tribunal constitucional, corte

---

<sup>16</sup>DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 231.

revisional, bem como a possibilidade de vinculação de suas decisões, o poder judiciário passa a ocupar um lugar até então ocupado pelo legislativo.

Dessa forma é possível aferir que o *judicial review* é hoje um fenômeno global assim como a problemática da supremacia judicial.

Isto porque com a globalização do *judicial review* começa a se disseminar também a visão do Poder Judiciário como interprete final da Constituição em detrimento dos demais poderes, podendo ser provocado para responder qualquer problema, independente de ter cunho jurídico ou político. Não obstante, da mesma forma que concentrar a competência de interpretação da Constituição ao Poder Legislativo pode ser prejudicial aos direitos da minorias por se basear apenas na decisão majoritária, concentrar a interpretação na mão do Poder Judiciário pode causar uma falência no modelo democrático, uma vez que existe o vício da legitimidade quando existe uma exacerbação das decisões contramajoritárias.

Isto porque, se de um lado a democracia tem como pressuposto a soberania popular e a vontade da maioria, o constitucionalismo impõe limites a esta vontade da maioria através do exercício da Jurisdição Constitucional em decorrência da Supremacia da Constituição. Contudo, essa suposta antinomia entre a democracia e o exercício da Jurisdição Constitucional é apenas aparente. Segundo Stephen Holmes:

Desde esta perspectiva, puede verse que el constitucionalismo es esencialmente antidemocrático. La función básica de una Constitución es separar ciertas decisiones del proceso democrático, es decir, atar las manos de la comunidad.

Pero, ¿cómo podemos justificar un sistema que sofoca la voluntad de la mayoría? Por una parte, podemos invocar - siguiendo el espíritu del juez Jackson - derechos fundamentales: si tales derechos están de algún modo "inscritos en la naturaleza", simplemente pueden pasar por encima de todo consentimiento. O bien, podemos enfocar el carácter autodestructivo de una democracia constitucionalmente ilimitada. Esta línea de argumento la sigue, por ejemplo, F. A. Hayek. A su parecer, una Constitución no es más que un recurso para limitar el poder del gobierno. Los ciudadanos de hoy son miopes; tienen poco dominio de sí mismos; son lamentablemente indisciplinados y siempre tienden a sacrificar principios perdurables en aras de placeres y beneficios inmediatos. Una Constitución es el remedio institucionalizado contra esta miopía crónica: quita poderes a mayorías temporales en nombre de normas obligatorias. Una Constitución es como un freno, mientras que el electorado es como un caballo desbocado. Los ciudadanos necesitan una Constitución, así como Ulises necesitó que lo ataran al palo mayor. Si se

permitiera a los votantes realizar sus deseos, inevitablemente naufragarían. Al atarse a unas reglas rígidas, pueden evitar tropezarse con sus propios pies.<sup>17</sup>

Tal posição também é defendida por Eduardo Cambi:

A democracia não se resume á vontade da maioria. Se fosse realizada consulta popular para se saber se o povo estaria disposto a não mais pagar impostos ou, especialmente em períodos posteriores a crimes de grande comoção social, se é a favor da pena de morte, certamente a maioria diria que “sim”, embora tais propostas firam diretamente a Constituição e as leis vigentes no país. O governo constitucional visa a proteção do conjunto da sociedade, impedindo que a vontade da maioria se sobreponha aos ditames legais ou que oprimam as minorias. Em outras palavras, a função básica da Constituição é retirar certas decisões do processo político, colocando os direitos acima das decisões da maioria, por intermédio de um *sistema de direitos fundamentais* que serve como *critério último* de validade de toda a ordem jurídica.<sup>18</sup>

Ademais, Cambi frisa que:

A limitação da vontade da maioria ordinária decorre da supremacia de uma maioria mais forte. O poder constituído, por natureza derivado, deve respeitar o poder constituinte, por definição originário. A ideia base é a de que a vontade política da *maioria governante* de cada momento não pode prevalecer contra a vontade da *maioria constituinte* incorporada na Lei Fundamental.<sup>19</sup>

A supremacia da Constituição e o exercício da Jurisdição Constitucional, portanto, não são paradoxais aos princípios democráticos, sendo antes de tudo garantidores destes. Isto porque a tutela jurisdicional alberga direitos mínimos e essenciais que não podem estar submetidas a vontade da maioria governante esporádica. Assim é possível destacar que o papel contramajoritário exercido pela jurisdição constitucional é sobretudo garantidor do processo democrático.

### **2.3 Jurisdição constitucional e hermenêutica: o problema da interpretação constitucional**

<sup>17</sup>Cf. HOLMES, Stephen. El precompromiso y la paradoja de la democracia. In: ELSTER, Jon; SLAGSTAD, Rune. **Constitucionalismo y democracia**. Tradução Amónica Utrilla de Neira. México: FCE, 1999.

<sup>18</sup>CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo**: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 200.

Para entender a jurisdição constitucional no Estado Democrático de Direito, faz-se necessário abrir um parêntese para abordar a mudança do papel das Constituições nacionais ocasionado pela superação do paradigma da Constituição como carta política nos Estados constitucionais modernos.

Muito se discutiu se a Constituição de uma nação se tratava de um documento de cunho político ou jurídico. Em se tratando de um documento político, as determinações por ela albergadas, careceriam de eficácia imediata, penderiam de regulamentação pelo legislador, de modo que não haveriam garantias jurídicas constitucionais. Dentre os teóricos nos quais se enquadra esse tipo de pensamento se encontram Carl Schmitt e Ferdinand Lassalle, embora com pontos de vista distintos. Enquanto Carl Schmitt possuía uma visão estritamente política da Constituição, Lassalle o fazia pelo prisma sociológico. O ponto de comunicação entre estas duas teorias seria a ausência de poder normativo da constituição.

Não obstante, tal visão foi superada pela teoria do direito dos Estados constitucionais modernos, também chamada de neoconstitucionalismo. Essa mudança no constitucionalismo moderno veio a ser induzida pela crise do Estado de Direito, afrontado pelas atrocidades cometidas na segunda guerra mundial. Essa virada constitucional é armada sobre um tripé ao qual se sustenta o constitucionalismo pós-guerra, que segundo Luís Roberto Barroso são: (i) o reconhecimento da força normativa da constituição, (ii) a expansão da jurisdição constitucional e (iii) o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional<sup>20</sup>.

A postulação da constituição como detentora de uma força normativa começa a tomar força no pós-guerra, a exemplo de juristas como Konrad Hesse, que em sua obra, a força normativa da constituição, realiza um contraponto direto a teoria de Ferdinand Lassalle. Segundo Hesse:

[...] a pretensão de eficácia de uma norma constitucional não se confunde com as condições de sua realização; a pretensão de eficácia associa-se a essas condições como elemento autônomo. A Constituição não configura, portanto, apenas expressão de um ser, mas também de um dever ser; ela significa mais do que o simples reflexo das condições fáticas de sua vigência, particularmente as

<sup>19</sup> CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo**: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 205.

<sup>20</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 3ª ed. – São Paulo: Saraiva, 2011, p. 284.

forças sociais e políticas. Graças à pretensão de eficácia, a Constituição procura imprimir ordem e conformação à realidade política e social. Determinada pela realidade social e, ao mesmo tempo, determinante em relação a ela, não se pode definir como fundamental nem a pura normatividade, nem a simples eficácia das condições sócio-políticas e econômicas. A força condicionante da realidade e a normatividade da Constituição podem ser diferenciadas; elas não podem, todavia, ser definitivamente separadas ou confundidas<sup>21</sup>.

Determinando a Constituição como documento jurídico com força normativa própria que independe de regulamentação, a carta começa a revestir-se de uma força garantidora. A partir desse momento, a Constituição, como norma jurídica máxima, deixa de ter um caráter puramente limitador do Estado e passa a ser vista como um projeto político que deve ser implementado, carecendo apenas de regulamentação.

É justamente sob esse ponto de vista que existe um empoderamento do sistema de jurisdição constitucional. Quanto mais forte e abrangente é a Constituição e suas garantias, mais importante se torna o sistema garantidor desse ordenamento.

Explica Hans Kelsen:

A garantia jurisdicional da Constituição - a jurisdição constitucional - é um elemento do sistema de medidas técnicas que têm por fim garantir o exercício regular das funções estatais. Essas funções também têm um caráter jurídico: elas consistem em atos jurídicos. São atos de criação de direito, isto é, de normas jurídicas, ou atos de execução de direito criado, isto é, de normas jurídicas já estabelecidas. Por conseguinte, costumam-se distinguir as funções estatais em legislação e execução, que se opõem assim como a criação ou a produção do direito se opõem à aplicação do direito considerado como simples reprodução.<sup>22</sup>

A função primordial da jurisdição constitucional é, portanto, a de garantidora da Constituição enquanto força normativa. Esse novo poder concebido a Constituição acaba por permitir a criação de um controle de constitucionalidade, o que acabou popularizando a criação de Tribunais Constitucionais em vários países da Europa. Não obstante, esse sistema hierarquizado do ordenamento jurídico, no qual a Constituição passa a ser norma jurídica de mais alta ordem, acaba por gerar um problema: a excessiva rigidez constitucional.

---

<sup>21</sup>HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1991, p. 15.

Uma das maiores forças e a fraquezas da Constituição é justamente a imutabilidade relativa do texto constitucional. Ao mesmo tempo em que esta dificuldade na alteração do texto constitucional torna inviolável o núcleo duro da constituição, ele enfraquece a perpetuação desse texto através do tempo. Como justificar a gerações futuras a imposição do pacto constitucional da qual ela não foi parte celebrante, mas que ao mesmo tempo não tem força para modifica-lo. A ferramenta da hermenêutica constitucional é o que permite que o pacto social celebrado pela geração constituinte, se desdobre e atinja as gerações ulteriores ao pacto.

Isto porque, mesmo não se tendo força para alterar a constituição, é possível operar a mutação constitucional de diversos dispositivos apenas conferindo uma interpretação diversa.

A mais celebre ilustração da mudança da interpretação ao longo do tempo utilizada nas aulas de hermenêutica jurídica é o exemplo da roupa de banho. O exemplo narra o que o interprete aduz de uma norma a qual regulamenta o uso de uma praia pública e que dispõe que “é proibido usar roupa de banho”. O interprete moderno provavelmente interpretará que aquela praia se trata de um local de nudismo. Um interprete dos idos de 1900 ao se deparar com a mesma norma escrita provavelmente interpretara que não se pode ter acesso à praia em trajes menores.

Ocorre que, a interpretação constitucional pode denotar sentido diametralmente oposto ao texto da Constituição, como no exemplo acima, de modo que é possível aferir que a hermenêutica constitucional pode até mesmo constituir direitos. Segundo Barroso:

A conclusão que se chega é a de que além do poder constituinte originário e do poder de reforma constitucional existe uma terceira modalidade de poder constituinte: o que se exerce em caráter permanente, por mecanismos informais, não expressamente previstos na Constituição, mas indubitavelmente por ela admitidos, como são a interpretação de suas normas e o desenvolvimento de costumes constitucionais. Essa terceira via já foi denominada por célebre publicista francês poder constituinte difuso, cuja titularidade remanesce no povo, mas que acaba sendo exercido por via representativa pelos órgãos do poder constituído, em sintonia com as demandas e sentimentos sociais, assim como em casos de necessidades de afirmação de certos direitos fundamentais.<sup>23</sup>

<sup>22</sup>KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. 1ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003, pp. 123 e 124.

<sup>23</sup>BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 3ª ed. – São Paulo: Saraiva, 2011, p. 150.

Não obstante, essa interpretação que se faz do texto constitucional deve obedecer critérios e limites, sob pena de a interpretação conferida a constituição gerar uma mutação inconstitucional.

O aparente antagonismo entre jurisdição constitucional e o Estado democrático de direito começa a surgir quando se analisa quem exerce a jurisdição constitucional. E esse problema é agravado justamente pelas ideias pós-positivistas da Hermenêutica Jurídica aplicada à interpretação Constitucional. Isto porque a jurisdição constitucional geralmente é exercida por juízes constitucionais, os quais não foram escolhidos democraticamente pela sociedade civil para agir como garantidor da constituição. Segundo entendimento esposado por Häberle (que será melhor desenvolvido no capítulo subsequente), o processo de interpretação dos direitos constitucionais é o que dá conteúdo a regra, vez que a norma só existe enquanto norma interpretada.

Assim, a expansão da jurisdição constitucional e o papel dos Juízes como detentores da exclusividade da interpretação constitucional, podem gerar a princípio dois problemas: (i) o aumento exacerbado do ativismo judicial e (ii) o déficit de legitimidade da atividade constitutiva de direitos através do monopólio da interpretação constitucional.

O aumento exacerbado do fenômeno conhecido como judicialização e a constitucionalização dos direitos sociais, tornam basicamente todas as relações sujeitas a tutela jurisdicional. Somado isso ao reconhecimento da interpretação constitucional como atividade constitutiva de normas jurídicas é notório o desequilíbrio entre poderes, podendo o judiciário regulamentar ou invalidar atos do executivo ou do legislativo.

Nas sociedades democráticas no mundo que são regidas por um sistema constitucional é notável como a jurisdição constitucional através do controle de constitucionalidade tenciona a questão da soberania popular ao outorgar as decisões de amplo impacto social à Juízes que não passaram por um sistema de eleição popular.

Sobre tal tensão, expõe Alexandre Douglas Zaidan de Carvalho:

Este é talvez um dos problemas mais delicados da filosofia do direito contemporânea. Como justificar o próprio constitucionalismo, ou seja, a partir de que parâmetros pode-se afirmar democrática a



escolha de retirar da soberania do povo determinados processos de decisão que envolvem a definição de conteúdo dos direitos mais caros ao exercício da autonomia como expressão da liberdade, vinculando inclusive gerações que não tiveram oportunidade de consentir com essa opção.

Visto por essa perspectiva, o constitucionalismo parece essencialmente antidemocrático como aponta Stephen Holmes, pois cria um sistema que pode frustrar as escolhas da maioria. Em contrapartida quando se toma, como fez Friedrich Hayek, o argumento de que a maioria poderia substituir o consentimento originário, em nome de benefícios temporários, abrir mão de seus princípios mais valiosos, vê-se o risco da formação de uma tirania ofensiva às liberdades individuais e autodestrutiva da democracia.

A pureza de pontos de partida contrapostos acima descritos faz com que democratas mantenham uma noção incômoda do constitucionalismo ao tempo em que constitucionalistas considerem a democracia uma ameaça, logo, a democracia constitucional só pode ser vista como um oxímoro, ou seja, um casamento entre conceitos opostos e irreconciliáveis, cuja tensão deve ser mutuamente suportada.<sup>24</sup>

Essa tensão entre o sistema político democrático por representantes escolhidos pela maioria e o exercício da Jurisdição Constitucional por Juízes sem representatividade democrática pode ser afrouxada de algumas formas. A principal delas é permitir a participação popular da sociedade no processo de tomada de decisão na execução da Jurisdição constitucional.

Quanto à participação direta da vontade popular no processo de hermenêutica constitucional, esta encontra seu exemplar mais ilustre na figura do *amicus curiae*, ao qual se dedica o capítulo terceiro, cerne do presente trabalho.

---

<sup>24</sup>CARVALHO, Alexandre Douglas Zaidan de. **Efeito Vinculante e Concentração da Jurisdição Constitucional**. Brasília, DF, Consulex, 2012, p. 36.

### **3 A PARTICIPAÇÃO POPULAR NA FUNÇÃO JURISDICIONAL: UM ENSAIO TÍMIDO (OU UM COMEÇO RETICENTE?)**

O tópico anterior tratou de demonstrar os obstáculos para o pleno exercício da Jurisdição Constitucional no Estado Democrático de Direito, em decorrência do déficit de legitimidade democrática gerada pela concentração do poder de interpretar/decidir por Juízes Constitucionais que não tiveram a outorga do poder popular através de eleição.

Ocorre que, na perspectiva de um modelo de democracia participativa o qual trabalha pela maior participação popular, a forma mais eficiente de atenuar esse viés da Supremacia Constitucional seria incorporando diretamente a sociedade civil no processo de tomada de decisões político. Este capítulo visa apresentar a teoria de Peter Häberle da interpretação pluralista centrada na participação popular como construção de um procedimento aberto e legitimador da democracia, passando pela aplicação da teoria na construção dos direitos fundamentais e finalizando apresentando os institutos do direito brasileiro que possibilitam a participação direta da população no processo de tomada de decisão na função jurisdicional.

#### **3.1 A aplicação da interpretação pluralista centrada na participação popular como construção de um procedimento aberto e legitimador da democracia a partir da teoria de Peter Häberle**

O pluralismo trata-se de conceito amplo, mas que, etimologicamente está ligado a uma expressão de multiplicidade, diversidade, coexistência de seres, conceitos, ou opiniões diferentes. Uma sociedade plural, portanto, é aquela que comporta a diversidade, seja ela social, política, cultural, religiosa, ética ou moral. É esse pluralismo tanto da sociedade quanto político que legitima o Estado constitucional-democrático. Não obstante, para Häberle essa participação plural da sociedade não finda exclusivamente com o voto:

“Povo” não é apenas um referencial quantitativo que se manifesta no dia da eleição e que, enquanto tal, confere legitimidade democrática ao processo de decisão. Povo é também um elemento pluralista para a interpretação que se faz presente de forma legitimadora no processo constitucional: como partido político, como opinião científica, como grupo de interesse, como cidadão. A sua competência objetiva para a interpretação constitucional é um direito

da cidadania, no sentido do art. 33 da Lei Fundamental (NT 8). Dessa forma, os direitos fundamentais são parte da base de legitimação democrática para a interpretação aberta, tanto no que se refere ao resultado quanto no que diz respeito ao círculo de participantes (Beteiligtenkreis). Na democracia liberal, o cidadão é intérprete da Constituição!<sup>25</sup>

Assim, a concepção de pluralismo que se faz importante para a efetivação da democracia participativa é o pluralismo interpretativo, ou, mais especificamente, a hermenêutica constitucional plural. Essa interpretação pluralista da Constituição é justamente a proposta do jurista alemão Peter Häberle, em sua obra *Hermenêutica Constitucional – A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: Contribuição para Interpretação Pluralista e “Procedimental” da Constituição*.

Para a construção de sua tese, Häberle parte do conceito de sociedade aberta de Karl Raimund Popper. Para Popper a sociedade fechada foi a denominação dada a uma sociedade tribal, mágica ou coletivista equivalente a um organismo na qual seus membros são mantidos juntos por laços como parentesco, coabitação, participação nos perigos comuns e outros vínculos concretos que mantem suas instituições inalteráveis<sup>26</sup>. Por sua vez a sociedade aberta perde seu caráter orgânico e permite a liberdade crítica ao homem<sup>27</sup>. Esta transformação da sociedade fechada para a aberta seria, segundo Popper uma das maiores revoluções da humanidade:

A luz do que foi dito, vê-se bem que a transição da sociedade fechada para a aberta pode ser descrita como uma das mais profundas revoluções por que passou a humanidade. Em vista do que descrevemos como o caráter biológico da sociedade fechada, deveras profundamente sentida deve ter sido essa transição.<sup>28</sup>

É a partir da fixação desses conceitos de uma sociedade aberta – e, portanto, com liberdade crítica para expressar ideias, alterar leis ou costumes – e plural – na qual se identificam diversos grupos sociais diferentes – que Häberle identifica a necessidade da participação popular no processo de interpretação constitucional.

Isto porque, enquanto os doutrinadores cerram esforços no sentido de estabelecer uma teoria da hermenêutica constitucional, seus interesses geralmente

<sup>25</sup>HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional**. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para uma interpretação pluralista e procedimental da Constituição. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997, p. 37.

<sup>26</sup>POPPER, Karl. **A sociedade aberta e seus inimigos**. Belo Horizonte: Itatiaia, 1998, pp. 188 e 189.

<sup>27</sup>POPPER, Karl. *Id. Idem*, 1998, p. 15.

<sup>28</sup> POPPER, Karl. *Id. Idem*, 1998, p. 191.

se curvam sobre os objetivos da interpretação constitucional, ou sobre o processo de interpretação constitucional, geralmente deixando de lado o problema relativo aos participantes dessa interpretação.<sup>29</sup>

Para Häberle, nos moldes da atualidade a interpretação constitucional majoritariamente tem sido realizada com vistas a um modelo de interpretação de uma “sociedade fechada”, ou seja, uma sociedade na qual a interpretação constitucional se concentra em determinados indivíduos, como por exemplo os juízes constitucionais. A concentração da interpretação constitucional por juízes constitucionais e mecanismos reducionistas acaba por restringir as possibilidades desta interpretação, gerando um paralelo do que acontece na sociedade fechada de Popper, na qual as “suas instituições, incluindo suas castas se tornam sacrossantas – tabus”<sup>30</sup>.

É exatamente esse o problema sobre o qual Häberle se debruça e constrói sua tese: o da possibilidade da interpretação constitucional pela e para uma sociedade aberta<sup>31</sup>. A pedra fundamental dessa tese de Häberle é que todo aquele que vive sob a égide da Constituição acaba por interpretá-la, seja ele um interprete jurídico, ou mesmo um cidadão ativo:

Todo aquele que vive no contexto regulado por uma norma e que vive com este contexto é, indireta, ou até mesmo diretamente, um intérprete dessa norma. O destinatário da norma é participante ativo, muito mais ativo do que se pode supor tradicionalmente, do processo hermenêutico. Como não são apenas os intérpretes jurídicos da Constituição que vivem a norma, não detêm eles o monopólio da interpretação da Constituição.<sup>32</sup>

Nesse sentido é reducionista conceder a exclusividade da interpretação constitucional apenas aos interpretes oficiais da Constituição. Häberle não busca a cessação da Jurisdição Constitucional, ou mesmo descarta a importância dos interpretes oficiais. Os interpretes oficiais tem a última palavra na hermenêutica constitucional, mas não se pode desprezar as forças produtivas de interpretação da sociedade aberta como garantidoras da aplicação da democracia participativa,

---

<sup>29</sup>HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional**. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para uma interpretação pluralista e procedimental da Constituição. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997, p. 11.

<sup>30</sup> POPPER, Karl. **A sociedade aberta e seus inimigos**. Belo Horizonte: Itatiaia, 1998, p. 189

<sup>31</sup>HÄBERLE, Peter. *Op. Cit.*, 1997, p. 13.

legitimando o processo da hermenêutica constitucional:

Até pouco tempo imperava a ideia de que o processo de interpretação constitucional estava reduzido aos órgãos estatais ou aos participantes diretos do processo. Tinha-se, pois, uma fixação da interpretação constitucional nos “órgãos oficiais”, naqueles órgãos que desempenham o complexo jogo jurídico-constitucional das funções estatais. Isso não significa que não reconheça a importância da atividade desenvolvida por esses entes. A interpretação constitucional é, todavia, uma “atividade” que, potencialmente, diz respeito a todos. Os grupos mencionados e o próprio indivíduo podem ser considerados intérpretes constitucionais indiretos ou a longo prazo. A conformação da realidade das normas constitucionais pertinentes a essa realidade.<sup>33</sup>

É justamente por isso, que pela teoria de Häberle não pode haver um rol taxativo de intérpretes constitucionais. Não pode a interpretação constitucional ficar adstrita a um ente estatal, ou ainda domínio do poder público frente a uma teoria da democracia participativa.

Esse pensamento concebido por Häberle – de serem os intérpretes não oficiais conformadores da realidade constitucional – encontra eco nas reflexões do sociólogo Ferdinand Lassale. Inocêncio Martines Coelho traça uma linha argumentativa ligando a interpretação pela sociedade aberta de Häberle com os fatores reais de poder de Lassale. Para Coelho, independente dos termos cunhados, tanto Häberle quanto Lassale identificam uma lacuna entre a Constituição jurídica e a realidade constitucional:

Apesar das diferenças de enfoque e das preferências por nomes, tanto o velho militante socialista, quanto o jovem constitucionalista liberal condicionam a eficácia das constituições à manutenção da sintonia entre o seu texto e a realidade que elas pretendem conformar; entre a superestrutura jurídica e a infraestrutura social; entre a Constituição folha de papel e as forças sociais, quaisquer que sejam as suas denominações - fatores reais de poder, fragmentos de Constituição, agentes conformadores da realidade constitucional ou forças produtoras de interpretação.<sup>34</sup>

Não obstante, as conclusões que ambos chegaram a partir dessa constatação afastam as duas obras. Aponta Coelho que Lassale não conseguiu vislumbrar

<sup>32</sup>HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional**. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para uma interpretação pluralista e procedimental da Constituição. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997, p. 15.

<sup>33</sup>HÄBERLE, Peter. Peter. *Id. Idem*, 1997, p. 24.

saídas institucionais como forma de amortizar as tensões entre a Constituição social e a Constituição jurídica, de modo que seu crescente descompasso inevitavelmente irromperia num conflito no qual restaria subjugada a Constituição escrita pela Constituição real. Häberle, por sua vez, ao ser favorecido pelo ambiente plural comportado por uma sociedade aberta pode vislumbrar ferramentas aptas a permitirem uma aproximação entre a Constituição e a realidade constitucional.

As ponderações de Häberle acabam por gerar consequências para a teoria da hermenêutica constitucional jurídica. A primeira delas é no que tange a relativização da interpretação jurídica, vez que é superado o modelo de interpretação construído a partir de uma sociedade fechada, passando a haver uma interpretação conjunta do juiz constitucional com a alcançada pelos demais interpretes da Constituição, de modo a transparecer o pluralismo interpretativo.

Outro aspecto relevante da teoria de Häberle é a questão da legitimação sob uma perspectiva democrática<sup>35</sup>. A teoria democrática adotada por Häberle se opõe a concepção clássica de Rousseau de soberania popular que deifica os poderes do povo terminando o processo de legitimação pela simples outorga desses poderes a um representante por meio da eleição e indica que o papel popular não finda com o voto, sendo a democracia “domínio do cidadão”<sup>36</sup>. Para tanto, a perspectiva democrática utilizada em sua obra, não se limita com a delegação a delegação de poderes do povo a seus representantes formais. A participação da sociedade civil como conformadores da realidade constitucional é o que legitima o processo de interpretação constitucional pelos interpretes oficiais, efetivando assim o modelo de democracia participativa.

A segunda consequência é a variação da medida da participação gerada pelo interesse da sociedade aberta em participar da interpretação constitucional no caso concreto. Enquanto em alguns casos existira uma massiva participação da sociedade aberta, ante o interesse despertado pela matéria, em outros de baixa comoção social a participação popular pode ser bem menor.

A terceira consequência prevista por Häberle seria o aumento dos

---

<sup>34</sup>COELHO, Inocêncio Mártires. Konrad Hesse/Peter Häberle: um retorno aos fatores reais de poder. *In: Revista de Informação Legislativa*. Brasília, a. 35 n. 138, abr./jun. 1998. pp. 189 e 190.

<sup>35</sup>HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional**. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para uma interpretação pluralista e procedimental da Constituição. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997, p. 36.

instrumentos de informação dos juízes constitucionais de modo a permitir uma maior participação da sociedade aberta através de ferramentas como a possibilidade de intervenção no processo de interpretação constitucional ou mesmo a realização de audiências públicas. Este é o grande diferencial da obra de Häberle, não apenas identificar a lacuna entre a Constituição e a realidade constitucional, mas também apontar uma forma de corrigi-la ou mitiga-la. Ao apontar a necessidade de ampliação e aperfeiçoamento dos instrumentos de informação dos juízes constitucionais – principalmente através da realização de audiências públicas e a permissão de intervenção da sociedade civil nos processos de interpretação constitucional – Häberle abre uma porta para a participação dos agentes conformadores no processo constitucional formal.

Dessas duas formas de participação popular no direito processual formal, o presente trabalho detém-se principalmente sobre o da “intervenção” o qual pode ocorrer através da utilização do instituto do *amicus curiae* no processo brasileiro. O estudo mais acurado deste instituto em detrimento da participação popular através da realização de audiências públicas se deu por dois motivos.

O primeiro diz respeito à origem da faculdade da participação dos agentes conformadores. A audiência pública surge da discricionariedade do interprete oficial de contar com outros pontos de vista na interpretação constitucional, de modo a depender sempre da convocação deste. O *amicus curiae* por sua vez pode intervir no processo de interpretação constitucional tanto de maneira provocada – a convite do interprete oficial – quanto de maneira espontânea – ainda que sua habilitação dependa do crivo do juiz ou relator do caso em questão. Assim, o *amicus curiae* possui uma maior liberdade no sentido de poder escolher as causas que acredita ser necessária sua intervenção.

O segundo motivo é a praticidade do procedimento de atuação do *amicus curiae*, assim como a possibilidade de sua ampla disseminação em face de uma atuação mais restrita da utilização das audiências públicas. Isto porque a realização de audiências públicas está adstrita a alguns casos específicos, como a previsão de sua utilização na ação direta de inconstitucionalidade, na ação declaratória de constitucionalidade e na arguição de descumprimento de preceito fundamental

---

<sup>36</sup>HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional**. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para uma interpretação pluralista e procedimental da Constituição. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997, p. 38.

conforme disposição das Leis 9.868/99 e 9.882/99. O *amicus curiae*, por sua vez, com a previsão legal contida na Lei 13.105/2015 (novo Código de Processo Civil) passou a ter possibilidade de atuação em qualquer grau de jurisdição bem como em processos onde se pleiteiam direitos individuais de cunho preponderantemente subjetivo.

### **3.2 A construção dos direitos fundamentais pela sociedade aberta dos intérpretes da constituição: um ponto de equilíbrio entre a vontade popular e a Jurisdição Constitucional**

Os direitos fundamentais têm sido tema amplamente cotejado em diversas áreas do conhecimento jurídico, em especial se tratando do estudo constitucional. Tais direitos têm sido objeto de um número imensurável de debates e elucidações, discutindo essa matéria sob vários aspectos: sua origem, seu conceito, sua delimitação, seu alcance, dentre outros.

Os direitos fundamentais hoje estão garantidos em diversos planos e diferentes alcances. No plano mundial, através de tratados de direito internacional, como o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos de 1966, bem como nos planos nacionais dos estados constitucionais através da positivação constitucional dos direitos fundamentais em diversas nações.

Essas garantias e direitos positivados constitucionalmente no Estado brasileiro têm sido efetivados no plano real através da interpretação das normas pelos juízes constitucionais. Por sua vez, a hermenêutica constitucional é a ciência que estuda como se dá a essa interpretação. Dessa forma, afere-se que a interpretação é a atividade que preenche o bojo da norma jurídica positivada, enquanto a hermenêutica, é o estudo de como essa atividade se efetiva.

Conforme antedito, Häberle aponta que a hermenêutica constitucional, tem-se ocupado em responder duas indagações primordiais: quais são as atribuições e finalidades da interpretação constitucional e qual o método de operacionalização desse processo de interpretação constitucional<sup>37</sup>.

Nesse íterim, Peter Häberle se consagra como um dos doutrinadores que, além de explicar o processo de interpretação constitucional, propõe um



procedimento de como deve ser realizada essa interpretação das normas constitucionais num estado democrático de direito.

A proposta de uma sociedade aberta dos intérpretes da constituição, concebido por Peter Häberle, implica num processo pluralista interpretativo da constituição, na medida em que demonstra a inexistência de uma norma prévia, simples e acabada e, mas sim que a norma só existe enquanto produto de um processo de interpretação, de modo que todos que vivem a norma acabam por interpretá-la.

Assim, partindo do pressuposto de que no plano real, todas as pessoas que vivem sob a égide de uma constituição, acabam por interpretá-la, se faz necessário um procedimento que permita aos intérpretes constitucionais em sentido lato, ou seja, intérpretes não corporativos, participarem oficialmente do processo de hermenêutica constitucional.

Partilhando desse entendimento, Häberle afirma que:

A ampliação do círculo dos intérpretes aqui sustentada é apenas a consequência da necessidade, por todos defendida, da integração da realidade no processo de interpretação. É que os intérpretes em sentido amplo compõem essa realidade pluralista. Se se reconhece que a norma não é uma decisão prévia simples e acabada, há de se indagar sobre os participantes no seu desenvolvimento funcional, sobre as forças ativas da *Law in public action* (personalização, pluralização da interpretação constitucional).<sup>38</sup>

Nesse sentido, a interpretação dos direitos fundamentais por uma sociedade aberta dos intérpretes constituição revela-se como metodologia legitimadora da delimitação daqueles direitos mínimos que cada sociedade virá a considerar como inerentes aos seres humanos. O processo de interpretação dos direitos fundamentais é na realidade o processo de preenchimento de seu bojo, vez que a norma só existe enquanto norma interpretada.

### 3.2.1 Ontologia e conceituação dos direitos fundamentais: uma perspectiva histórico-doutrinária

<sup>37</sup>HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional**. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para uma interpretação pluralista e procedimental da Constituição. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997, p. 11.

<sup>38</sup>HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional**. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para uma interpretação pluralista e procedimental da Constituição. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997, p. 30.

Ampla leque de opções se encontra à disposição daqueles que desejam diferentes visões acerca dos direitos fundamentais, seja pela perspectiva histórica, doutrinária, legal ou sociológica desses direitos. Todos esses pontos de vista têm sua relevância e nos oferecem diferentes perspectivas de o que são direitos fundamentais. A partir de uma análise acurada do panorama histórico é possível aferir um reconhecimento ainda incipiente de um direito humano mínimo nos primórdios da sociedade, bem como sua evolução durante seu trânsito à modernidade, culminando em sua consagração nos dias atuais. Também é possível constatar no decorrer histórico a evolução dos direitos humanos, como sendo fundamentais, através de sua positivação quando da criação dos primeiros sistemas jurisdicionais.

Ao realizar uma acepção histórica dos direitos humanos sob o ponto de vista doutrinário, é possível se aferir que sua origem não ocorreu por descoberta, invenção ou revelação da sociedade, mas foram sendo sedimentados ao longo de muitos anos, tendo sido fruto tanto das teorias acadêmicas, quanto da realidade social. Assim, para diversos juristas, é impossível analisar os direitos inerentes aos seres humanos, sem, entretanto, analisar seu panorama histórico.

Nesse sentido Bobbio afirma que:

Os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizados por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas.<sup>39</sup>

Por sua vez, Canotilho compartilha entendimento análogo:

A colocação do problema – boa ou má deixa claramente intuir que o filão do discurso subsequente – destino da razão republicana em torno dos direitos fundamentais – se localiza no terreno da história política, isto é, no locus globalizante onde se procuram captar as idéias, as mentalidades, o imaginário, a ideologia dominante a consciência coletiva, a ordem simbólica e a cultura política.<sup>40</sup>

Os primórdios da ideia de direitos humanos se encontram profundamente enraizados com os primórdios da própria sociedade. Isto ocorre porque ambos

---

<sup>39</sup>BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. nova edição 7. tir. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 8.

<sup>40</sup>CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estudos sobre Direitos Fundamentais**. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 9.

acabam sendo pressupostos para a existência de cada qual. O direito é por si um fenômeno social que não pode existir quando há apenas um indivíduo e sim uma sociedade. A sociedade por sua vez, compreende que jamais poderia existir de forma justa e duradoura, sem garantir alguns direitos inerentes aos seres humanos que possibilitasse a vida em conjunto. Foi compreendido também que tais bens deveriam estar acima dos outros e, além disso, servir como orientadores dos demais direitos.

É da antiguidade clássica onde se têm os primeiros registros formais da noção de direitos humanos, enquanto teoria. Dentre os relatos escritos, e aqueles que se perpetuaram por tradição oral, posteriormente registrados, é patente que civilizações desde o Reino de Israel (X a.c.), passando pela Grécia e pela Roma Clássica, já tinham autoconsciência dos direitos humanos. Civilizações como a egípcia e a mesopotâmica, nas quais eram regidas por um patriarca (que, como era comum na antiguidade, se proclamava ora como deus, ora como delegado deste), já resguardavam proteções ao direito à vida e tinham autonomia para prescrever aquilo que era justo e injusto.

A Grécia antiga já começava a fazer uma distinção formal entre um rudimentar direito natural que se acreditava ser um direito comum a todos os homens, e um direito positivo, como sendo uma lei particular que cada povo rege a si próprio. É possível aferir claramente tal pensamento através da obra *Antígona*, do dramaturgo grego Sófocles<sup>41</sup>.

Também na Roma antiga eram reconhecidos e assegurados direitos básicos formais mesmo a estrangeiros, chamado *ius gentium*, ainda que em grau muito menor que aqueles assegurados aos cidadãos romanos, através do *ius civile*.

O período medieval ocidental, por sua vez, foi marcado por uma característica de descentralização do poder, estando os grandes senhores feudais em patamar de igualdade com altos membros da nobreza e do clero. Assim, o próprio direito, bem como a noção formal de justo e injusto, eram ministrados pelo senhor local, não havendo uma uniformidade no reconhecimento dos direitos fundamentais formais.

Um dos poucos teóricos medievais ocidentais que realizou raciocínio diverso, acreditando na universalidade de determinados direitos e garantias, foi São Tomás de Aquino. Para este teórico religioso, todos os seres humanos deveriam ser

---

<sup>41</sup>SÓFOCLES. *Antígona*. In: \_\_\_\_\_. *Édipo Rei – Antígona*. Tradução de Jean Melville. São Paulo: Martin Claret, 2007.

tratados com igualdade e dignidade, por serem seres criados à imagem e semelhança de Deus. Também distinguiu ele a lei em quatro categorias, sendo elas divididas entre as leis eternas, as leis divinas, as leis naturais, e as leis humanas. O jurista brasileiro Dallari afirma que:

No final da Idade Média, no século XIII, aparece a grande figura de Santo Tomás de Aquino, que, tomando a vontade de Deus como fundamento dos direitos humanos, condenou as violências e discriminações, dizendo que o ser humano tem direitos naturais que devem ser sempre respeitados, chegando a afirmar o direito de rebelião dos que forem submetidos a condições indignas.<sup>42</sup>

Dessa forma, não existiu de modo geral, durante o período medieval, a noção de um direito mínimo, uniforme, inerente à pessoa humana. Cada espaço era regido pelo senhor da terra, estando seus decretos direcionados a uma população específica, não estendidas a outras pessoas que não estivessem sob seus domínios.

É justamente nesse *trânsito à modernidade*, segundo o professor espanhol Gregorio Peces-Barba, que começou a ser moldado o conceito atual de direitos fundamentais. Dentre as linhas de evolução dos direitos fundamentais desenvolvidas pelo professor Gregorio Peces-Barba estariam os processos de positivação, de generalização, de internacionalização e de especificação<sup>43</sup>.

A transição da idade média para a idade moderna foi marcada pelo retorno da autoridade às mãos dos monarcas, que começaram a realizar a unificação do Estado, bem como do poder. A centralização do poder tem um reflexo direto na centralização do direito, uma vez que ele se torna uniforme para todos dentro do reino. Segundo Sundfeld “A Idade Moderna, com a centralização do poder em torno de um soberano, permitirá enfim a identificação mais clara das regras a regerem as relações destes com seus súditos”<sup>44</sup>. Outra incógnita que passou a ser parte da equação foi o surgimento de uma nova classe social da burguesia, que apesar de ser formada por pessoas de nascimento comum, tinham grande influência dentro do Estado, devido ao seu grande potencial financeiro e de comércio.

---

<sup>42</sup>DALLARI, Dalmo de Abreu. **A Luta pelos Direitos Humanos**. In: LOURENÇO, Maria Cecília França. *Direitos Humanos em Dissertações e Teses da USP: 1934-1999*. São Paulo: Universidade de São, 1999, p. 54.

<sup>43</sup>PECES-BARBA, Gregorio. **Curso de Derechos Fundamentales**: teoría general. Madrid: Universidad Carlos III, 1995, p. 146-148.

<sup>44</sup>SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de direito público**. 2. ed., São Paulo: Editora Malheiros, 1993, p. 33.

Outro movimento que alavancou a caminhada no sentido de reconhecer a teoria dos direitos fundamentais inerentes aos seres humanos foi a reforma protestante. Tal reforma retirava o poder incontestado da igreja católica, durante a idade média, sobre a interpretação das sagradas escrituras. Assim, o monarca podia estabelecer um direito fundamental formal, não galgado nas ordens divinas e sim fundamentadas na razão.

Já a idade contemporânea, foi uma era marcada por revoluções bem como rápidas mudanças no campo social. Dentre essas revoluções, destacam-se como algumas das mais importantes a Revolução Inglesa, a Americana e a Francesa. Todas elas eclodiram em resposta aos grandes anseios da sociedade por mudanças sociais e tem seus reflexos sentidos nas conquistas dos direitos humanos ainda hoje. Ademais, suas principais contribuições, além da extensão do rol de direitos reconhecidamente inerentes ao ser humano, foi a positivação dos mesmos, tornando-os assim, fundamentais.

Dentre as três, a Revolução Inglesa foi a que menos realizou alterações no reconhecimento dos direitos humanos, uma vez que, apesar de limitar o poder da realeza e prever uma série de direitos inerentes à pessoa humana, não causou grandes modificações nos direitos materiais, já que pouco inovou na agregação de novos direitos. Com efeito, tal revolução concentrou-se em sedimentar os direitos que já eram reconhecidos pelo Estado e pela sociedade, sendo, entretanto, descumpridos, através de sua positivação.

Nesse sentido o *Bill of Rights*, redigido pelo Parlamento inglês em 1689, nada mais foi que uma carta que homologou direitos já reconhecidos em outros documentos, como por exemplo os direitos a liberdade, segurança e propriedade privada, que, não obstante já serem formalmente tutelados se encontravam inobservados na realidade. Segundo Sundfeld:

O que há de significativo neste novo período é que os sujeitos incumbidos de exercerem o poder político deixaram de apenas impor normas aos outros, passando a dever obediência – no momento em que atuam – a certas normas jurídicas cuja a finalidade é impor limites ao poder e permitir, em consequência, o controle do poder pelos seus destinatários.<sup>45</sup>

---

<sup>45</sup>SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de direito público**. 2. ed., São Paulo: Editora Malheiros, 1993, p. 35.

Contudo, apesar dos avanços trazidos pelo *Bill of Rights* nos aspectos dos direitos fundamentais, sua instituição trouxe também consigo um retrocesso que foi a imposição de uma religião oficial ao povo inglês. Fabio Konder Comparato afirma que:

A Revolução Inglesa apresenta, assim, um caráter contraditório no tocante as liberdades públicas. Se, de um lado, foi estabelecida pela primeira vez no Estado moderno a separação de poderes como garantia das liberdades civis, por outro lado essa fórmula de organização estatal, no *Bill of Rights*, constituiu o instrumento político de imposição, a todos os súditos do rei da Inglaterra, de uma religião oficial.<sup>46</sup>

Nas décadas seguintes, com a grande evasão de cidadãos que abandonavam a Inglaterra em direção a sua colônia americana, o mercado colonial passou a disputar com o da metrópole. Em resposta a isso o Parlamento inglês editou uma série de medidas fiscais com intuito de promover uma proteção econômica em face da colônia. Uma dessas medidas foi a alta tributação sobre o chá, então monopólio da Companhia das Índias Ocidentais, conhecida como *tea act*. Em resposta a isso os colonos americanos deram início a um dos protestos que culminou na revolução americana, conhecido como *The Boston Tea Party*.

Após a guerra da independência americana, foi redigida a Declaração da Independência dos Estados Unidos da América ostentando que todos os homens são iguais perante Deus, além de garantir uma série de outros direitos fundamentais, como por exemplo, a vida, a liberdade e a dignidade de uma boa vida.

A última revolução, e também a mais famosa no quesito de direitos fundamentais, é a Revolução Francesa. A revolução em tela ocorreu no ano de 1789 devido a distúrbios no parlamento. Nesse período a França passava por uma grave crise social, onde o primeiro e o segundo Estado (o clero e a nobreza), oprimia abertamente o terceiro Estado (os camponeses, artesãos e pequena burguesia).

Motivados por uma irresistível insatisfação popular, o terceiro Estado deu início a revolução, que teve por alvo mais famoso a Bastilha, prisão política da monarquia. O lema dos revolucionários, que imprimia o desejo latente do terceiro Estado francês, era liberdade igualdade e fraternidade, ou seja, o reconhecimento de direitos e garantias fundamentais inerentes aos seres humanos, sob a visão

daquela sociedade. Tal revolução acabou por culminar na elaboração da *Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen*, documento que resguardava os direitos universais do homem, tanto no plano individual, quanto no coletivo.

Após as revoluções supramencionadas alavancou-se um processo de constitucionalização dos direitos humanos no plano nacional, conferindo-lhes assim o caráter de fundamentalidade devido a sua positivação constitucional. Nesse sentido, Sarlet afirma que:

A despeito do dissídio doutrinário sobre a paternidade dos direitos fundamentais, disputada entre a Declaração de Direitos do povo da Virgínia, de 1776, e a Declaração Francesa, de 1789, é a primeira que marca a transição dos direitos de liberdade legais ingleses para os direitos fundamentais constitucionais. As declarações americanas incorporaram virtualmente os direitos e liberdades já reconhecidos pelas suas antecessoras inglesas do século XVII, direitos estes que também tinham sido reconhecidos aos súditos das colônias americanas, com a nota distintiva de que, a despeito da virtual identidade de conteúdo, guardaram as características da universalidade e supremacia dos direitos naturais, sendo-lhes reconhecida eficácia inclusive em relação à representação popular, vinculando, assim, todos os poderes públicos. Com a nota distintiva da supremacia normativa e a posterior garantia de sua justiciabilidade por intermédio da Suprema Corte e do controle judicial da constitucionalidade, pela primeira vez os direitos naturais do homem foram acolhidos e positivados como direitos fundamentais constitucionais, ainda que este status constitucional da fundamentalidade em sentido formal tenha sido definitivamente consagrado somente a partir da incorporação de uma declaração de direitos à Constituição em 1791, mais exatamente, a partir do momento em que foi afirmada na prática da Suprema Corte a sua supremacia normativa.<sup>47</sup>

Após duas guerras mundiais, motivados por todas as violações ocorridas no período bélico, bem como ajudada pelo fenômeno da globalização, foi forjado pela primeira vez um documento internacional que formalmente universaliza os direitos inerentes a pessoa humana. Tal documento se trata da Declaração Universal dos Direitos do Homem, datada de 10 de dezembro de 1948, aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em Paris. Tal documento também ajudou a promover internacionalmente a importância do reconhecimento dos direitos humanos como direitos fundamentais (já que posteriormente foram sendo constitucionalizados),

---

<sup>46</sup>COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 92.

inalienáveis e imprescritíveis, que devem não só estar acima dos demais, como servir de norteador para quaisquer direitos, ganhando esses direitos destaque internacional, além de espaço tanto no ordenamento jurídico interno de cada país, como no internacional.

A tutela jurídica que hoje possuem os direitos fundamentais foi fortalecida justamente com a positivação constitucional desses direitos, tornando-os direitos fundamentais garantidos a qualquer pessoa humana. A materialidade dos direitos fundamentais per si vem acompanhando a evolução histórica natural da humanidade. À medida que a sociedade evolui, descobre novas técnicas e forja novas relações, o rol de direitos fundamentais reconhecidos e tutelados só tende a aumentar. Reflete Bobbio nesse sentido:

Inspirando-me nessa extraordinária passagem de Kant, exponho a minha tese: do ponto de vista da filosofia da história, o atual debate sobre os direitos do homem — cada vez mais amplo, cada vez mais intenso, tão amplo que agora envolveu todos os povos da Terra, tão intenso que foi posto na ordem do dia pelas mais autorizadas assembleias internacionais — pode ser interpretado como um “sinal premonitório” (*signum prognosticum*) do progresso moral da humanidade.<sup>48</sup>

Ademais, o fenômeno da globalização vem catalisando o aumento desse rol de direitos fundamentais reconhecidos. Numa sociedade cada vez mais integrada, e que caminha em direção a se tornar uma aldeia global, a troca de valores ocorre com muito mais facilidade que no passado. Diversos povos que tem determinadas garantias fundamentais suprimidas pela cultura, ao defrontarem-se com outros povos que reconhecem aquele direito, acabam cobiçando seu reconhecimento.

Um exemplo hialino deste fenômeno é que diversos direitos antes desconsiderados, ou seja, não reconhecidos e tutelados, hoje recebem uma vasta proteção legal, como no caso dos direitos ambientais. É desse panorama histórico que se abstrai como os direitos humanos vieram sendo construídos e reconhecidos de forma lenta e compassada até tomar a forma que possui hoje, seja na realidade social, seja na teoria jurídica.

---

<sup>47</sup>SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, pp. 46 e 47.

<sup>48</sup>BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. nova edição 7. tir. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 26.



### 3.2.2 A aplicação da interpretação pluralista de Häberle dos direitos fundamentais constitucionalmente positivados como construção de um procedimento aberto e legitimador

Segundo Häberle, a teoria da interpretação constitucional de forma majoritária tem estado associada a um modelo de interpretação de uma “sociedade fechada”, ou seja, uma sociedade na qual a interpretação constitucional se concentra nos juízes constitucionais. Dessa forma, a concentração da hermenêutica constitucional na interpretação nos juízes constitucionais e procedimentos formalizados acabam por reduzir seu espectro de investigação.

Não obstante, apesar dos doutrinadores que se ocupam da investigação do processo de interpretação constitucional analisarem tais processos apenas no âmbito dos intérpretes oficiais da constituição, bem como de seus procedimentos formais de interpretação, isto não significa que não existam outras formas de interpretação constitucional extraoficiais. De fato, é possível aferir na realidade social a existência dos intérpretes não oficiais da constituição, ainda que eles não participem formalmente do processo de interpretação constitucional, como por exemplo os cidadão, os grupos de interesses, os órgãos estatais, os sistema público, a opinião pública.

A proposta de Peter Häberle não é apenas o reconhecimento da influência da sociedade aberta dos interpretes da constituição no processo de manufatura hermenêutica do juiz constitucional, mas também a criação de um procedimento formal que permita a interpretação plural potencial de todos os órgãos estatais, todas as potências públicas, todos os cidadãos e grupos, não sendo possível estabelecer um elenco fixado com *numerus clausus* de interpretes da constituição.<sup>49</sup>

Isto se justifica, posto que, a atividade de interpretação constitucional potencialmente diz respeito a todos que vivem sob sua égide. A ampliação do elenco dos intérpretes da constituição, defendida por Häberle, vem em resposta a necessidade de integração da realidade no processo de interpretação, o que implica a evolução de um modelo onde se pratica o exercício meramente epistemológico de interpretação (sociedade fechada dos intérpretes da Constituição), para um modelo

---

<sup>49</sup>HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional**. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para uma interpretação pluralista e procedimental da Constituição. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997, p. 7.

que efetivamente pratica um exercício da teoria da democracia, através de um processo de legitimação da interpretação (sociedade aberta dos intérpretes da Constituição).

Corroborando dessa linha de pensamento o jurista Zagrebelsky, quando afirma que:

La legitimidad de la constitución depende entonces no de la legitimidad de quien la ha hecho y há hablado por medio de ella, sino de la capacidad de ofrecer respuestas adecuadas a nuestro tiempo o, más precisamente, de la capacidad de la ciencia constitucional de buscar y encontrar esas respuestas em la constitución.<sup>50</sup>

Tal proposição ganha contornos especiais quando utilizada para delimitar e legitimar o conteúdo dos direitos fundamentais constitucionalmente positivados. Ora, quem melhor do que os próprios indivíduos tutelados para delimitar o conteúdo e alcance daqueles direitos considerados inerentes aos seres humanos.

Falar de direitos fundamentais é falar, sobretudo, de direito das gentes constitucionalizados. Os direitos humanos não surgem apenas da natureza do ser humano ou em termos jusnaturalistas e isso significa que são diversos em termos nacionais, regionais e universais de acordo com o patamar evolutivo, os costumes bem como as tradições não existindo um *numerus clausus* das fontes do direito nos podemos aprender isso a partir da união europeia que desenvolveu um direito judicial que fala de direitos gerais, universais, fundamentais.

Os direitos fundamentais eleitos por uma sociedade, não são, de forma alguma, estáticos, imutáveis ou absolutos. De maneira diametralmente oposta, tratam-se eles de um fenômeno que acompanha a evolução da sociedade e suas novas demandas de positivação para proteger a dignidade humana, a liberdade, a igualdade, bem como aplicação da solidariedade.

O pacto dos direitos fundamentais da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, proclamada na França em 1789, ressoa até os dias atuais, mas o postulado da fraternidade, e de forma mais abrangente o da solidariedade, só vem sendo realizado nos direitos fundamentais sociais como, por exemplo, o direito a educação e a seguridade social, e mesmo hoje esse postulado ainda permanece assaz insuficiente.

---

<sup>50</sup>ZAGREBELSKY, Gustavo. **História y constitución**. Traducción de Miguel Carbonell. Madrid: Trotta, 2005, p. 88.

Para Häberle, os critérios de interpretação constitucional não de ser tanto mais abertos quanto mais pluralista for à sociedade<sup>51</sup>. Tal interpretação pluralista permite, num Estado constitucional democrático a questão da legitimação sob uma perspectiva democrática. Com a efetiva implantação da sociedade aberta dos intérpretes da Constituição a legitimação democrática não fica mais restrita a simples delegação de poder para os órgãos estatais. Leciona o professor que, numa sociedade aberta dos intérpretes da constituição, a democracia se desenvolve também por meio de refinadas formas de mediação do processo público e pluralista da política e da práxis cotidiana, mediante a realização dos direitos fundamentais.

A aplicação da teoria de Peter Häberle como ferramenta delimitadora do conteúdo dos direitos fundamentais permite concluir que, a partir do controle de participação leal dos diferentes grupos, bem como do aperfeiçoamento dos instrumentos de informação dos Juízes Constitucionais, da conformação legislativa e do refinamento interpretativo do Direito Constitucional Processual, assegurar-se-á a aferição na realidade social, extinguindo o descompasso entre a norma formalmente posta e sua efetivação no plano real, em determinado tempo e espaço.

Ademais, através desse processo plural de interpretação é possível se aproximar da pretendida legitimação da jurisdição constitucional esperada dentro da Teoria da Democracia, possibilitando, uma Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição, que dará bojo aos direitos fundamentais positivados no Texto Constitucional, oportunizando sua efetivação nos moldes cobiçados pelos seus detentores.

### **3.3 As audiências públicas no Supremo Tribunal Federal: uma forma de participação popular e oitiva de expertos**

Conforme discutido ao longo do presente capítulo a teoria de Peter Häberle tem como epicentro a necessidade de haverem instrumentos formais a permitirem a interpretação pluralista da Constituição pela sociedade aberta, haja vista serem os intérpretes não oficiais os conformadores da realidade constitucional. No Brasil, o aumento dos instrumentos de informação dos juízes constitucionais de modo a

---

<sup>51</sup>HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional**. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para uma interpretação pluralista e procedimental da Constituição. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997, p. 13.

permitir uma maior participação da sociedade aberta se deu através de ferramentas como a possibilidade de intervenção do *amicus curiae* no processo de interpretação constitucional e a realização de audiências públicas. O *amicus curiae*, objeto central do presente trabalho será tratado de forma mais extensiva em capítulo próprio, enquanto este tópico se deterá a examinar a ferramenta das audiências públicas.

As audiências públicas tiveram sua primeira regulamentação normativa no ordenamento jurídico brasileiro no artigo 9º, parágrafo 1º e artigo 20º, parágrafo 1º da Lei 9.868, de 1999 (que dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal); e no artigo 6º, parágrafo 1º, da Lei 9.882, de 1999 (que dispõe acerca do o processo e julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental). A Lei 9.868, de 1999 permitiu ao relator nos processos de ADI e ADC, fixar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e autoridade na matéria, enquanto a Lei 9.882, de 1999 permitiu ao relator da ADPF fixar data para declarações, em audiência pública, de pessoas com experiência e autoridade na matéria. A redação dos dispositivos de ambos os diplomas legais é semelhante, de modo que, quando o relator dos processos de ADI, ADC ou ADPF necessitarem de complementação de informações eles terão a discricionariedade de realizar audiências públicas.

O ministro do STF Gilmar Mendes – à época subchefe para Assuntos Jurídicos da Casa Civil (1996-2000) – foi o relator do anteprojeto de lei que resultou na Lei no 9.868, de 1999, bem como membro da Comissão do anteprojeto de lei foi convertido na Lei 9.882, de 1999<sup>52</sup>. Também é o Ministro Gilmar Mendes o tradutor da obra de Häberle (hermenêutica constitucional a sociedade aberta dos intérpretes da constituição, com 1ª edição em 1997) para o Brasil, de modo que transparece a influência da obra do autor sobre o ministro nos dispositivos das Leis 9.868, de 1999 e 9.882, de 1999 que permitem a participação popular através do *amicus curiae* e da realização de audiências públicas nesses processos de controle de constitucionalidade.

Não obstante a previsão normativa nas das Leis 9.868, de 1999 e 9.882, de 1999, o STF só regulamentou a realização das audiências públicas em seu

regimento interno através da Emenda Regimental 29/2009. A partir de então, tanto o Presidente do STF (artigo 13, XVII do RISTF), quanto o relator do processo (artigo 21, XVII, do RISTF) têm competência para *“convocar audiência pública para ouvir o depoimento de pessoas com experiência e autoridade em determinada matéria, sempre que entender necessário o esclarecimento de questões ou circunstâncias de fato, com repercussão geral ou de interesse público relevante.”*<sup>53</sup>

A primeira audiência pública realizada pelo STF foi realizada em 20 de abril de 2007 e convocada pelo Ministro Ayres Britto<sup>54</sup>, relator da ADI nº 3.510, que questionava artigos da Lei 11.105/2005 (Lei Nacional da Biossegurança), sobre a constitucionalidade de pesquisas com células-tronco embrionárias. Pode-se perceber que o Supremo Tribunal Federal tem efetivamente realizado audiências públicas desde 2007, conforme mapa da realização de audiências públicas no STF<sup>55</sup> no quadro abaixo:

<b>Nº</b>	<b>AÇÃO</b>	<b>MATÉRIA</b>	<b>DATA DA AUDIÊNCIA</b>
1	ADI nº 3510	Pesquisas com células-tronco embrionárias	20 de abril de 2007
2	ADPF nº 101	Importação de pneus usados	27 de junho de 2008
3	ADPF nº 54	Interrupção de gravidez - Feto anencéfalo	26 e 28 de agosto e 4 e 16 de setembro de 2008
4	SL nº 47, SL nº 64, STA nº 36, STA nº 185, STA nº 211, STA nº 278, SS nº 2.361, SS nº 2.944, SS nº	Judicialização do direito à saúde	27, 28 e 29 de abril e 4, 6 e 7 de maio de 2009

<sup>52</sup>Segundo informações do site:

<[http://www.gilmarmendes.org.br/index.php?option=com\\_content&view=article&id=51&Itemid=62](http://www.gilmarmendes.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=51&Itemid=62)>

Acesso em: 10 dez. 2016

<sup>53</sup>BRASIL. Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

<sup>54</sup>Com relação à motivação da convocação da audiência pública, o Ministro Relator Ayres Britto aduziu que “a matéria veiculada nesta ação se torna de saliente importância, por suscitar numerosos questionamentos e múltiplos entendimentos a respeito da tutela do direito à vida. Tudo a justificar a realização de audiência pública, a teor do § 1º do artigo 92 da Lei nº 9.868/99. Audiência, que, além de subsidiar os Ministros deste Supremo Tribunal Federal, também possibilitará uma maior participação da sociedade civil no enfrentamento da controvérsia constitucional, o que certamente legitimará ainda mais a decisão a ser tomada pelo Plenário desta nossa colenda Corte.” (ADI nº 3.510, p. 449)

<sup>55</sup>Tabela elaborada através de informações retiradas do domínio: <<http://www.stf.jus.br/portal/audienciaPublica/audienciaPublica.asp?tipo=realizada>> Acesso em: 12 de dez. de 2016.

	3.345, SS nº 3.355		
5	ADPF nº 186 e RE nº 597.285.	Políticas de ação afirmativa de acesso ao ensino superior	3, 4 e 5 de março de 2010.
6	ADI nº 4.103.	Lei Seca - Proibição da venda de bebidas alcoólicas nas proximidades de rodovias	7 e 14 de maio de 2012.
7	ADI nº 3.937.	Proibição do uso de amianto	24 e 31 de agosto de 2012.
8	ADI nº 4.679, ADI nº 4.756 e ADI nº 4.747	Novo marco regulatório para a TV por assinatura no Brasil	18 e 25 de fevereiro de 2013
9	RE 627.189	Campo eletromagnético de linhas de transmissão de energia	Dias 6, 7 e 8 de março de 2013
10	RE 586.224.	Queimadas em Canaviais	22 de abril de 2013
11	RE 641320	Regime Prisional	27 e 28 de maio de 2013
12	ADI 4650.	Financiamento de campanhas eleitorais	17 e 24 de junho de 2013
13	ADI nº 4815	Biografias não autorizadas	21 e 22 de novembro de 2013.
14	ADI nº 5.037 e ADI nº 5.035	Programa "Mais Médicos"	25 e 26 de novembro de 2013.
15	ADI 5062 e ADI 5065.	Alterações no marco regulatório da gestão coletiva de direitos autorais no Brasil	17 março de 2014
16	RE nº 581.488	Internação hospitalar com diferença de classe no SUS	26 de maio de 2014.
17	ADI nº 4.439	Ensino religioso em escolas públicas	15 de junho de 2015.
18	ADI nº 5.072	Uso de depósito judicial	21 de setembro de 2015
19	ADI nº 4.901, ADI nº 4.902, ADI nº 4.903, ADI nº 4.937	Novo Código Florestal	18 de abril de 2016

Fonte: Rocha, 2017, p. 52 e 53.

É possível notar que a realização de audiências públicas no STF vem sendo

convocadas à média de uma a duas por ano, com exceção do ano de 2013, no qual atipicamente foram realizadas sete audiências públicas. Os dispositivos legais que preveem a realização de audiências públicas das Leis 9.868, de 1999 e 9.882, de 1999 preveem que o relator pode convocar audiência pública quando houver necessidade de esclarecimento de matéria ou circunstância de fato ou ainda no caso de insuficiência de informações existentes nos autos.

Os artigos 13, XVII e 20, XVII do RISTF, por sua vez incluíram no seu bojo a questão da repercussão geral e de interesse público relevante. A inclusão desses requisitos nos dispositivos que regulamentam as audiências públicas no Supremo só ratifica o posicionamento de seus ministros em utilizar este instrumento para ouvir a opinião popular nas causas nas quais existe interesse da sociedade ou amplo impacto sobre ela. O posicionamento do STF sobre a realização de audiências públicas se coaduna, portanto, com a da teoria de Häberle, no sentido de que sua realização, ao permitir a participação da sociedade civil, estreitaria a lacuna entre a Constituição jurídica e a realidade constitucional. Existe, portanto, uma notória aproximação entre o *amicus curiae* e as audiências públicas. Em todo caso permanece à discricionariedade do presidente do STF ou relator da causa em determinar a necessidade de informações adicionais, a repercussão geral, ou o interesse público relevante, de modo que a realização de audiências públicas depende de provocação, enquanto no *amicus curiae*, a intervenção pode ser espontânea.

Há, no entanto, quem discorde da utilização das audiências públicas para permitir a oitiva da interpretação constitucional da sociedade civil. Segundo o jurista Fernando Leal, o *amicus curiae* e as audiências públicas não precisam ser instrumentos sobrepostos visando à participação popular na hermenêutica constitucional, uma vez que o STF enfrenta dois déficits na aplicação da jurisdição constitucional: o da legitimação democrática, nos casos em que o tribunal tem poder invalidar decisões majoritárias (como as leis aprovadas pelo legislativo), e o da expertise técnica, quando o Judiciário carece de informações técnicas para realizar decisões no domínio de alguma ciência específica<sup>56</sup>.

O *amicus curiae*, já é um instrumento que resguarda em seu DNA a promoção

---

<sup>56</sup>LEAL, Fernando. **Para que servem as audiências públicas no STF**. 2015. Disponível em: <<http://jota.info/artigos/para-que-servem-as-audiencias-publicas-no-stf-16062015>> Acesso em: 10 de out. de 2016.

da participação popular na função jurisdicional. As audiências públicas teriam, portanto a função de sanar o déficit de expertise técnica que foge ao domínio dos juízes ao julgar matéria que depende de conhecimentos diversos da ciência jurídica. Segundo Leal, esta diferenciação ajudaria a evitar uma redundância dos institutos, uma vez que não é incomum que determinados entes que sejam admitidos como *amicus curiae*, também sejam ouvidos em audiências públicas, como no caso da ADI nº 4.815/DF, no qual a Academia Brasileira de Letras e o Instituto Histórico e Geográfico Brasileiro participaram tanto da audiência pública, como intervieram no processo na qualidade de *amicus curiae*. Sua crítica nesse sentido, é que ao utilizar a audiência pública no mesmo intuito do *amicus curiae*, sua realização se tornaria dispensável, enquanto o déficit de expertise técnica do julgador restaria menosprezado.

Seja qual for a finalidade primordial do instituto – a participação popular ou a oitiva de expertos – é inegável que a realização de audiências públicas se sedimentou entre as práticas do STF, não apenas nos processos de controle de constitucionalidade, mas também em outros processos nos quais a repercussão geral e o interesse público convencem o julgador da necessidade de sua realização.



## 4 O INSTITUTO DO *AMICUS CURIAE*: ASPECTOS HISTÓRICOS E NORMATIVOS

### 4.1 *Amicus curiae* – considerações iniciais acerca do instituto

É difícil precisar as origens remotas do instituto do *amicus curiae*. Mesmo a farta doutrina que se debruça sobre o tema se divide atribuindo sua origem, ora ao direito romano, ora ao direito medieval inglês. A única linha divisada entre os doutrinadores para atribuírem a este ou àquele é o nível de semelhança de tais figuras com o instituto do *amicus curiae* atual.

Os doutrinadores que situam a origem do *amicus curiae* no direito romano geralmente o fazem comparando-o a figura do *consiliarius* romano. Sobre tal tema, Isabel da Cunha Bisch, citando José Carlos Moreira Alves e Wolfgang Kunkel explica que os *consiliarius* romanos desempenhavam o papel de conselheiros, tanto para os magistrados judiciários, quanto para os juízes populares:

No período da República, aponta José Carlos Moreira Alves, os magistrados judiciários (*in iure*) e os juízes populares (*apud iudicem*) tinham assessores, recrutados, em geral, entre os estudiosos do Direito, para emitirem sua opinião sobre o caso concreto, compondo o denominado *consilium*. Tais "peritos em Direito" não desempenhavam, absolutamente, papel secundário na formação das decisões: mostravam-se dispostos a aconselhar particulares e magistrados sobre os mais variados casos práticos, até porque desempenhavam função garantidora de honra, fama e de uma carreira política de êxito. Wolfgang Kunkel inclusive refere-se ao mencionado *consilium* como um "conselho de amigos de prestígio", composto de verdadeiros assessores jurídicos, chamados frequentemente a emitir publicamente opiniões de considerável transcendência.<sup>57</sup>

Por sua vez, Cássio Scarpinella Bueno complementa como era realizada a intervenção do *consiliarius*:

A atuação do *consiliarius*, individualmente (como "*iuris peritus*") ou como componente do *consilium*, era marcada basicamente por duas notas principais: sua intervenção dependia de convocação do magistrado e seu auxílio era prestado de acordo com o seu próprio e

---

<sup>57</sup>BISCH, Isabel da Cunha. **O *Amicus Curiae*, as Tradições Jurídicas e o Controle de Constitucionalidade**, p. 18.

livre convencimento, observando os princípios do direito.<sup>58</sup>

A grande questão que sempre se revela como diferença fundamental entre o *consiliarius* romano e o *amicus curiae* é justamente quanto a sua forma de intervenção. Não existe intervenção espontânea do *consiliarius* romano no processo. Ele sempre era provocado pela autoridade judicial, fossem eles magistrados judiciários, ou juízes populares.

O *consiliarius* da República romana perdurou no Império romano em uma figura de natureza parecida chamada de *consistorium*<sup>59</sup> e ao longo Idade Média na figura do conselho de sábios (*consilium sapiens*)<sup>60</sup>. A semelhança desses institutos é que ele é formado por um conjunto de notáveis conhecedores do direito e que tem sua intervenção no processo de forma provocada. Assim, para Cássio Scarpinella Bueno o caminho traçado entre o *amicus curiae* no direito inglês e sua origem romana se restringiria aos casos nos quais os *amici* interviessem no processo de forma provocada, já que não existia a modalidade de intervenção até sua detecção no direito medieval inglês:

É justamente por essa razão, isto é, pela natureza de sua intervenção (sempre *provocada*) e pela liberdade de sua atuação (sempre neutra) que Giovanni Criscuoli estrema aquela figura do direito romano do *amicus curiae*. Este, desde suas mais remotas origens no direito inglês (v. item 2, *infra*), pode comparecer espontaneamente perante o Juízo e mais do que isso, pode, eventualmente, pretender fornecer e ementas uteis (de acordo com seu próprio convencimento) para a vitória de um dos sujeitos integrantes dos polos da relação processual.

De resto, ainda com Criscuoli, esse quadro não sofre nenhuma alteração ao longo da Idade Média. O que está documentado para aquele período é que o juiz poderia, antes de proferir uma sentença, pedir a opinião de um ou mais sábios de direito (*consilium sapientis*), prática esta que, com o decorrer do tempo, só se desenvolve e se aprimora mais, na medida em que a própria evolução do direito vai ganhando as suas especificidades. Por isso, a única conclusão a chegar é que, se é possível estabelecer um paralelo entre o *amicus curiae* do direito inglês e o *consiliarium* continental, o mesmo paralelo não tem a menor razão de ser no que diz respeito à modalidade interventiva espontânea do *amicus*. Ela se limitaria aos casos em que o *amicus* é chamado a juízo pelo próprio magistrado.<sup>61</sup>

<sup>58</sup>BUENO, Cássio Scarpinella. *Amicus Curiae no Processo Civil Brasileiro: um terceiro enigmático*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 113.

<sup>59</sup>BISCH, Isabel da Cunha. *O Amicus Curiae, as Tradições Jurídicas e o Controle de Constitucionalidade*, p. 18.

<sup>60</sup>BUENO, Cássio Scarpinella. *Amicus Curiae no Processo Civil Brasileiro: um terceiro enigmático*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 113.

<sup>61</sup>BUENO, Cássio Scarpinella. *Op. Cit.*, 2006, p. 113.

É em decorrência dessa dissonância entre a figura do *consillarius* romano e do cerne do que se entende como *amicus curiae* na modernidade que alguns doutrinadores geralmente discordam de sua posição como antecessor histórico do instituto.

Não obstante, ainda que não exista consenso quanto a sua origem romana, esta é incontroversa no direito medieval inglês. É justamente no início da formação do *common law* inglês que é identificado a presença do *amicus curiae*. A função do *amicus curiae* nesse momento histórico consistia principalmente a de “*oral Sherpazing*”<sup>62</sup> no qual assistia a Corte na organização de precedentes e leis possivelmente desconhecidas do Juiz, conforme referencia Scarpinella Bueno:

Consta que, no antigo direito inglês, o *amicus curiae* comparecia perante as cortes em causas que não envolviam interesses governamentais na qualidade de “attorney general” ou, mais amplamente, de *counsels*. Nessa qualidade, o *amicus* tinha como função apontar e sistematizar, atualizando, eventuais precedentes (*cases*) e leis (*statutes*) que se supunham, por qualquer razão, desconhecidos para os juízes.<sup>63</sup>

As participações desses terceiros desvinculados da lide com o intuito de colaborar no processo de formação da decisão das Cortes inglesas estão registradas nos *Years Books*<sup>64</sup>.

Dentre os casos mais antigos da Corte Inglesa nas quais foi autorizada a participação de *amicus curiae*, dois são particularmente referendados por vários doutrinadores, seja pela intervenção espontânea do terceiro, seja pela relevância da participação do *amicus* na resolução da lide.

O primeiro trata-se do caso “*The protector vs Geering*” de 1956, no qual foi admitido o parlamentar George Treby, tendo fundamentado a importância de um

---

<sup>62</sup>Acerca da origem de tal nome leciona Isabel da Cunha Bisch: “nomenclatura advinda do americano Frank Shepard, que catalogou informações relevantes de precedentes judiciais e *statutes*, fornecendo serviço considerado verdadeiro guia e fonte de consulta para advogados e juízes saberem se as decisões passadas teriam sido reafirmadas, citadas ou revogadas por outros julgados. BISCH, Isabel da Cunha. **O Amicus Curiae**, as Tradições Jurídicas e o Controle de Constitucionalidade. . Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 19.

BUENO, Cássio Scarpinella. **Amicus Curiae no Processo Civil Brasileiro**: um terceiro enigmático. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 114.

<sup>64</sup> “Dotados de grande valor histórico tratam-se os *Year Books* de relatórios medievais subsidiados pela Coroa Inglesa e elaborados por estudiosos do Direito. Consistiam tais relatórios no registro de precedentes jurisprudenciais e práticas jurídicas da época, por meio de notas e comentários. Os *Year Books* que se tem notícia foram elaborados entre 1268 e 1534.” BISCH, Isabel da Cunha. **O Amicus**

*statute* aprovado pelo parlamento, do qual tinha conhecimento pleno em virtude de sua função.<sup>65</sup>

O segundo trata-se do caso “*Coxe vs. Phillips*”, julgado na Inglaterra em 1736, no qual foi permitida a participação na forma de *amicus* para salvaguardar os direitos do Sr. Muilman que sequer era parte ou interessado no processo. Sobre o caso relata Scarpinella Bueno:

Narra-se a respeito desse caso, que o casamento de Mrs. Phillips e Mr. Muilman foi declarado nulo ao se descobrir que ela já era casada. Mesmo depois de Mr. Muilman já ter se casado novamente, Mrs. Phillips invocou seu casamento com ele para alegar a incapacidade de se obrigar quando cobrada pelo não pagamento de uma nota promissória. Como as razões de defesa invocadas por ela podiam comprometer o então atual casamento de Mr. Muilman, a corte permitiu, mesmo que ele não fosse parte ou interessado no processo, que um *amicus curiae* representasse seus interesses naquela ação. A tese do *amicus curiae* foi acolhida, a ação de cobrança foi extinta e as partes, Mr. Coxe e Mrs. Phillips, condenadas como litigantes da má-fé.<sup>66</sup>

Do estudo desses casos se pode extrair a possibilidade da intervenção espontânea do *amicus curiae* no direito inglês, bem como a discricionariedade da corte em permitir a sua participação além de definir os limites de sua atuação.

Existem alguns pretextos prováveis pelos quais o instituto se disseminou tão amplamente no direito inglês. No sistema inglês do *common law* umas das principais fontes do direito advém justamente dos precedentes judiciais de modo que o julgamento de casos individuais pode ter repercussão em casos parecidos e futuros.<sup>67</sup> Esta seria uma das explicações pela qual terceiros interessados intervêm de forma espontânea ou provocada para ajudar a Corte no aprimoramento e evolução do Direito inglês.

Outro aspecto que fomentou o desenvolvimento do instituto do *amicus curiae* no direito inglês é o *adversarial system*. Segundo Isabel da Cunha Bisch:

---

*Curiae*, as Tradições Jurídicas e o Controle de Constitucionalidade. . Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 20.

<sup>65</sup>BISCH, Isabel da Cunha. **O Amicus Curiae, as Tradições Jurídicas e o Controle de constitucionalidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 20.

<sup>66</sup>BUENO, Cássio Scarpinella. **Amicus Curiae no Processo Civil Brasileiro**: um terceiro enigmático. São Paulo: Saraiva, 2006, pp. 114 e 115.

<sup>67</sup>BISCH, Isabel da Cunha. **O Amicus Curiae, as Tradições Jurídicas e o Controle de constitucionalidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 29.

Mas, para bem refletir sobre a figura do *amicus curiae*, e também necessário apontar outro fator: o *adversarial system*, sistema processual nascido na Inglaterra e estruturado na ideia de um confronto entre dois adversários, diante de um julgador relativamente passivo. Nesse sistema, são os advogados- e não os juízes- os protagonistas da produção probatória. Diferentemente do *inquisitorial system* existente nos países de tradição romano-germânica, a tradição inglesa vê no juiz o árbitro do conflito e nas partes os atores responsáveis pela condução do feito. Elisabetta Silvestre ensina, nesse sentido, que o *amicus curiae* ganhou espaço na Inglaterra por questionar essa visão excessivamente bipolar do processo- sem, contudo, deixar de estar a margem da discussão entre as partes. Não é só: o instituto teria se mantido no Direito Inglês por auxiliar os Juízes ingleses a aprimorar seu convencimento, aperfeiçoando ou corrigindo o conjunto probatório elaborado.<sup>68</sup>

Como a atividade do julgador no Direito inglês assumem uma postura passiva no tocante a instrução probatória, delegando as partes a condução do processo, o *amicus curiae* acaba por sanar possíveis omissões cometidas pelos litigantes e ajudando no livre convencimento do julgador.

Atualmente, na Corte inglesa existe um memorial organizado em pelo *Attorney-General* e o *Chief of Justice* uniformizando e regulamentando o procedimento de participação do *amicus curiae* nos processos, conforme explica Isabel da Cunha Bisch, traça o memorial as seguintes diretrizes:

Em 2001, o *Attorney-General* inglês, Lord William, e o *Chief Justice*, Lord Woolf, organizaram grupo de trabalho a fim de reavaliar e normatizar o *amicus curiae*, resultando num memorial para uso dos juízes ingleses. A primeira mudança trazida reside no próprio nome do instrumento processual, agora denominado *Advocate to the Court*. Entre outras previsões, o memorial enumera as seguintes diretrizes: a) na maioria dos casos, um *Advocate to the Court* deve ser requerido pela Corte e nomeado pelo *Attorney-General*; b) o Tribunal pode buscar assistência do *Advocate to the Court*, quando verificado perigo de que importante e difícil questão de direito seja decidida sem que a Corte tenha ciência de outras argumentações relevantes; c) o *Advocate to the Court* não representa ninguém; d) advogados, representando entidades governamentais, ou mesmo o *Attorney-General*, representando o interesse público, não são considerados *Advocates to the Court*.<sup>69</sup>

A última passagem pelos grandes sistemas jurídicos que nos ajuda a explicar a origem e desenvolvimento do instituto do *amicus curiae* e possivelmente o que mais influenciou o instituto no ordenamento jurídico brasileiro é sistema judicial

<sup>68</sup>BISCH, Isabel da Cunha. *Op Cit.*, 2010, p. 29.

<sup>69</sup>BISCH, Isabel da Cunha. *Id. Idem.*, 2010, p. 31

norte-americano.

Resguardadas algumas diferenças o direito inglês e o norte-americano compartilham a mesma concepção no que pertine a fonte principal do direito na *common law*, qual seja a valorização dos precedentes. Sobre isso, René David afirma:

O direito quer para um jurista americano, quer para um jurista inglês, é concebido essencialmente sob a forma de um direito jurisprudencial; as regras formuladas pelo legislador, por mais numerosas que sejam, são consideradas com uma certa dificuldade pelo jurista que não vê nela o tipo normal da regra de direito; estas regras só são verdadeiramente assimiladas ao sistema de direito americano quando tiverem sido interpretadas e aplicadas pelos tribunais e quando se tornar possível, em lugar de se referirem a elas, referirem-se às decisões judiciais que as aplicaram<sup>70</sup>

As condições prósperas à disseminação do instituto do *amicus curiae*, portanto, foram as mesmas que as da Corte inglesa, só que potencializados por uma particularidade: o surgimento do *judicial review*.

Como já mencionado em capítulo anterior, foi após o famoso caso Marbury v. Madison, julgado em 1803 pela Suprema Corte Americana dos Estados Unidos pelo Juiz Marshall, que se começou a moldar o conceito de jurisdição constitucional. Na referida decisão o Juiz Marshall utilizou pela primeira vez o raciocínio de que as decisões realizadas pelo Legislativo estão sujeitas à jurisdição constitucional, os criando assim o sistema de controle constitucional difuso.

Esse sistema que ficou conhecido nos Estados Unidos como Judicial Review, apresentando-se como um novo modelo o que, ao definir uma hierarquia normativa centrando a Constituição como ápice e norte de toda a legislação abaixo posicionada, deve averiguar se essa legislação infra-constitucional está em consonância com a Constituição.

É justamente a criação desse controle de constitucionalidade que alavanca a importância do *amicus curiae* no direito norte-americano. No *common law* as decisões judiciais geralmente causam efeito *inter partes*, ainda que em sede de controle de constitucionalidade. Não obstante, por não existir controle concentrado de constitucionalidade nos Estados Unidos, mesmo as decisões *inter partes* têm potencial de reverberarem *erga omnes* em decorrência da força dos precedentes

---

<sup>70</sup>DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 459.

judiciais. A participação massiva do *amicus curiae* então se torna instrumento para demonstrar à Corte o possível impacto de suas decisões.<sup>71</sup>

É ante essa valorização do instituto do *amicus curiae* que é possível se aferir um deslocamento de sua função originária de conselheiro desinteressado na lide para um defensor ativo dos interesses de um dos polos processuais.<sup>72</sup>

Até 1937 não havia nenhuma regulamentação do *amicus curiae brief*. Somente em 1937 com a edição da Regra 37 a Suprema Corte dos Estados Unidos normatizou o uso do *amicus curiae brief*, condicionando a atuação do *friend of the Court* primeiramente ao consentimento das partes, e em caso de negativa o consentimento dos Tribunais<sup>73</sup>. O ex-ministro do Superior Tribunal de Justiça, Adhemar Ferreira Maciel, explica brevemente o funcionamento do *amicus curiae* ante a Suprema Corte dos Estados Unidos, segundo após as alterações atuais da regra 37:

A “Rule 37” do Regimento Interno da Suprema Corte dos Estados Unidos, por exemplo, traz 6 itens e subitens sobre o Brief for an Amicus Curiae naquele Tribunal. Vamos, mais para dar uma ideia, pinçar os tópicos mais importantes: 1) O reconhecimento pela Corte da importância do instituto, uma vez que o *amicus curiae* deve trazer “matéria relevante” (relevant matter) ainda não agitada pelas partes (not already brought to its attention by the parties). O dispositivo regimental lembra que, se não for observado esse cânone (matéria relevante, não trazida antes), o *amicus* vai sobrecarregar inutilmente a Corte; 2) o *amicus curiae* deve trazer, por escrito, o assentimento das partes em lití- gio, nos casos especificados regimentalmente. Caso seja negado o consentimento, o *amicus* terá de juntar, com seu pedido, os motivos da negação para que a Corte aprecie. 3) Mesmo em se tratando de pedido de intervenção para sustentação oral, o *amicus* deve, ainda assim, juntar o consentimento das partes, por escrito, para que possa peticionar; 4) o Solicitor General não necessita de consentimento das partes para intervir em nome da União. O mesmo tratamento é reservado a outros representantes de órgãos governamentais, quando legalmente autorizados. 5) O arrazoado não deve ir além de cinco páginas; 6) em sendo o caso, o *amicus* deve ser munido de autorização de seu representado, e fazer uma espécie de “preparo” para custeio processual, salvo se a entidade estiver previamente arrolada como isenta.<sup>74</sup>

Para se ter uma ideia da dimensão da importância do *amicus curiae* é

<sup>71</sup>BISCH, Isabel da Cunha. **O Amicus Curiae, as Tradições Jurídicas e o Controle de constitucionalidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p 47.

<sup>72</sup>BISCH, Isabel da Cunha. *Op. Cit.*, 2010, p. 54.

<sup>73</sup>BISCH, Isabel da Cunha. *Id. Idem.*, 2010, p. 62.

interessante divulgar números citados por Scarpinella Bueno que bem demonstra o crescimento vertiginoso da participação como *friend of Court* nos Estados Unidos:

Tanto assim que, entre 1970 e 1980, 53,4% de todos os casos não comerciais pendentes de julgamento na Suprema Corte americana receberam, de alguma forma, petições (manifestações) de *amici curiae*. Em 1993 e 1995, o número passou para 89% dos casos, e, não obstante, eles continuam a ser admitidos perante aquela corte, em função do benefício que trazem para a *qualidade* da prestação jurisdicional<sup>56</sup>. No ano judiciário de 1998 a 1999, 95% dos casos apreciados pela Suprema Corte americana tinham pelo menos um *amicus curiae*.<sup>75</sup>

São essas as raízes históricas do instituto do *amicus curiae* que em vista do direito comparado nos ajuda a entender seu surgimento, maturação e evolução no Brasil.

#### 4.2 A trajetória do *amicus curiae* no Brasil

Apesar da repercussão do instituto do *amicus curiae* nos ordenamentos jurídicos mundo afora, Antônio do Passo Cabral referêcia que no Brasil sua primeira aparição aconteceu apenas na Lei 6.385, de 1976, com redação dada pela Lei 6.616, de 1978, apesar de não haver nenhuma referêcia expressa a este instituto em sua redação<sup>76</sup>.

A Lei 6.385, de 1976 foi elaborada para dispor sobre o mercado de valores mobiliários e criar a Comissão de Valores Mobiliários. Em decorrência da criação da Comissão de Valores Mobiliários – CVM, o artigo 31 da referida Lei – incluído pela Lei nº 6.616 de 16 de dezembro de 1978 – determinou a obrigatoriedade da intimação da comissão nos processos judiciários que tenham por objetivo matéria incluída na sua competência.

O artigo 31 da Lei 6.385, de 1976 foi sancionado e promulgado com a seguinte redação:

<sup>74</sup> MACIEL, Adhemar Ferreira. *Amicus curiae: um instituto democrático*. **Revista de Informação Legislativa**, vol. 153, ano 39, Brasília, 2002, disponível em <<http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/742>> acesso em: 05 nov. 2015.

<sup>75</sup> BUENO, Cássio Scarpinella. ***Amicus Curiae no Processo Civil Brasileiro***: um terceiro enigmático. São Paulo: Saraiva, 2006, p 127.

<sup>76</sup> CABRAL, Antônio do Passo. *Pelas asas de Hermes: a intervenção do Amicus Curiae*, um terceiro especial. **Revista de Processo**, nº 117, São Paulo, set-out de 2004, p. 116.



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. (Incluído pela Lei nº 6.616, de 16.12.1978)

§ 1º - A intimação far-se-á, logo após a contestação, por mandado ou por carta com aviso de recebimento, conforme a Comissão tenha, ou não, sede ou representação na comarca em que tenha sido proposta a ação. (Incluído pela Lei nº 6.616, de 16.12.1978).

§ 2º - Se a Comissão oferecer parecer ou prestar esclarecimentos, será intimada de todos os atos processuais subsequentes, pelo jornal oficial que publica expedientes forense ou por carta com aviso de recebimento, nos termos do parágrafo anterior. (Incluído pela Lei nº 6.616, de 16.12.1978).

§ 3º - A comissão é atribuída legitimidade para interpor recursos, quando as partes não o fizeram. (Incluído pela Lei nº 6.616, de 16.12.1978).

§ 4º - O prazo para os efeitos do parágrafo anterior começará a correr, independentemente de nova intimação, no dia imediato aquele em que findar o das partes. (Incluído pela Lei nº 6.616, de 16.12.1978).

Segundo Scarpinella Bueno a intervenção do *amicus curiae* pode acontecer tanto em decorrência da livre iniciativa de um terceiro interessado como por uma convocação judicial ou legal<sup>77</sup>. O artigo 31 da Lei 6.385, de 1976 convoca a CVM como terceiro interessado em todas as causas de sua competência, podendo colaborar com o processo de tomada de decisão judicial através do oferecimento de provas pareceres e esclarecimentos, outorgando inclusive poderes para interpor recursos, quando as partes não o fizerem. Dessa forma, através da convocação legal, a legislação alçou a CVM à condição de *amicus curiae*, ainda que não tenha identificado a relação processual da comissão por esta nomenclatura.

A segunda aparição de uma figura que resguarda mais semelhança com o *amicus curiae* do que com outras formas de intervenção de terceiros se deu na Lei 8.197, de 1991 – que disciplina a transação nas causas de interesse da União – ao dispor em seu artigo 2º a possibilidade de intervenção da União nas causas que figurarem como autoras ou rés as autarquias, as fundações, as sociedades de economia mista e as empresas públicas federais:

Art. 2º A União poderá intervir nas causas que figurarem como autoras ou rés as autarquias, as fundações, as sociedades de economia mista e as empresas públicas federais.

---

<sup>77</sup>BUENO, Cássio Scarpinella. *Amicus Curiae no Processo Civil Brasileiro*: um terceiro enigmático. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 606.

É possível perceber, portanto, um início de preocupação do Legislativo em permitir que determinados sujeitos que não fossem alcançados diretamente pelos efeitos de julgamento do qual não figuraram como parte pudessem ainda assim participar de tais demandas. É o que acontece também na Lei 8.884, de 1994 ao permitir a intervenção Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE – nos processos judiciais nas quais sua aplicação esteja sendo discutido<sup>78</sup>:

Art. 7º Compete ao Plenário do CADE:

[...]

XV - determinar à Procuradoria do CADE a adoção de providências administrativas e judiciais;

Outra possibilidade de intervenção de *amicus curiae* foi instituída pela Lei nº8.906, de 1994 – Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil – que, através de seu artigo 49, paragrafo único, legitima os Presidentes dos Conselhos e das Subseções da OAB, para intervir nos inquéritos e processos em que sejam indiciados, acusados ou ofendidos os inscritos na OAB.

Também podemos citar como figuras que se assemelham ao *amicus curiae* a Lei nº 9.279, de 1996 que em seus artigos 57 e 175 preveem a intervenção do INPI nas ações de nulidade de patente e nulidade de registro das quais não seja autor e a Lei nº 9.469, de 1997 que no seu artigo 5º concede à União o poder de intervir nas causas em que figurarem, como autoras ou rés, autarquias, fundações públicas, sociedades de economia mista e empresas públicas federais. Percebe-se portanto que o ingresso do instituto do *amicus curiae* no processo civil brasileiro se deu primariamente através da intervenção de pessoas jurídicas de direito público.

Em face desta abertura legislativa que começou a admitir a participação de terceiros no processo – ainda que de terceiros determinados – abriu caminho para a participação do *amicus curiae* de maneira informal nos processos de controle de constitucionalidade no Supremo Tribunal Federal. Esta participação informal do *amicus curiae* ocorreu, por exemplo, no julgamento do Agravo Regimental na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 748-4, DJ de 18.11.94. Neste julgamento, o Governador do Estado do Rio Grande do Sul manejou agravo regimental requerendo o desapensamento de documentos juntados pelo Presidente da Comissão de

---

<sup>78</sup>CABRAL, Antônio do Passo. Pelas asas de Hermes: a intervenção do Amicus Curiae, um terceiro especial. **Revista de Processo**, nº 117, São Paulo, set-out de 2004, p. 116.

Constituição e Justiça da Assembleia Legislativa do Rio Grande do Sul, que não era parte na ação. O relator, ministro Celso de Mello, perfilhou entendimento confirmando posição do STF quanto a impossibilidade de intervenção de terceiros nos processos de Controle Abstrato de Constitucionalidade, mas que no caso dos autos teria o órgão da Assembleia gaúcha agido como *amicus curiae*, de modo ser possível a juntada de documentação apta a esclarecer a lide<sup>79</sup>.

Dado o desenvolvimento da importância do *amicus curiae* em regimes jurídicos de países estudados pelos juristas brasileiros, e a crescente demanda pleiteando a participação de terceiros nos processos de controle de constitucionalidade o instituto veio a se consolidar no ordenamento jurídico brasileiro através da Lei 9.868, de 1999. A Lei 9.868, de 1999 dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal no ordenamento jurídico brasileiro.

Apesar de todas essas inovações, a Lei 9.868, de 1999, vedou expressamente a intervenção de terceiros nos processos de ação direta de inconstitucionalidade e de ação declaratória de constitucionalidade:

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.

Ante o interesse social acerca das questões constitucionais, e o efetivo impacto na sociedade do julgamento das matérias constitucionais de modo geral, a Lei 9.868, de 1999 permitiu a manifestação de outros órgãos e entidades, bem como a requisição de informações, a designação de peritos, a realização de audiências públicas e a apresentação de memórias, conforme se pode aduzir da leitura do texto

---

<sup>79</sup>O ministro Celso de Mello, relator da ADI-AgR 748/RS, aduziu que: "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 Rio Grande do Sul -, não viabilizou, ainda que por via reflexa ou indireta, os efeitos vislumbrado, polo 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, sem ingresso regular na relação processual instaurada, 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

legal abaixo reproduzido:

Art. 7º [...]

§ 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.

Art. 9º [...]

§ 1º Em caso de necessidade de esclarecimento de matéria ou circunstância de fato ou de notória insuficiência das informações existentes nos autos, poderá o relator requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou fixar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e autoridade na matéria.

Ou seja, ainda que haja uma vedação legal da intervenção de terceiros no procedimento no controle abstrato da constitucionalidade segundo a Lei nº 9.868, de 1999 (artigos 7º, *caput* e 18), existe também uma flexibilização para a participação de outros órgãos ou entidades permite que entidades e instituições dotados de representatividade participem do processo na condição de *amicus curiae*.

Com relação a esta possibilidade de habilitação do *amicus curiae* nas ações previstas na Lei nº 9.868, de 1999, o Ministro Celso de Mello no julgamento do agravo regimental na ação direta de inconstitucionalidade nº 2.130-3/SC<sup>80</sup> dispôs

---

esfera do convívio familiar, tem representado, no Estado do Rio Grande do Sul, a experiência de implantação do Calendário Rotativo Escolar.”

<sup>80</sup> No voto na ADI nº 2.130-3/SC o ministro Celso de Mello dispôs que: “É certo – não obstante as considerações que venho de fazer – que a regra inovadora constante do art. 7º, § 2º, da Lei nº 9.868/99 abrandou, em caráter excepcional, o sentido absoluto da vedação pertinente à intervenção de terceiros, passando, agora, a permitir o ingresso de entidades dotadas de representatividade adequada no processo de controle abstrato de constitucionalidade, sem conferir-lhes, no entanto, todos os poderes processuais inerentes aos sujeitos que ordinariamente possuem legitimação para atuar em sede jurisdicional concentrada. A norma legal em questão, ao excepcionalmente admitir a possibilidade de ingresso formal do *amicus curiae* no processo de controle normativo abstrato, assim dispõe: ‘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.’ (grifei) No estatuto que rege o sistema de controle normativo abstrato de constitucionalidade, 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, investidos de representatividade adequada, sejam admitidos na relação processual, para efeito de manifestação sobre a questão de direito subjacente à própria controvérsia constitucional. A regra inscrita no art. 7º, § 2º da Lei nº 9.868/99, que contém a base normativa legitimadora da intervenção processual do *amicus curiae* – tem por objetivo pluralizar o debate constitucional, permitindo que o Supremo Tribunal Federal venha a dispor de todos os elementos informativos possíveis e necessários à resolução da controvérsia. Vê-se que a aplicação da norma legal em causa – que não outorga poder recursal ao *amicus curiae* – não só garantirá maior efetividade e legitimidade às decisões deste Tribunal, mas, sobretudo, valorizará, sob uma perspectiva eminentemente pluralística, o sentido essencialmente democrático dessa participação processual, enriquecida pelos elementos de informação e pelo acervo de experiências que esse

sobre a importância da participação de entidades dotadas de representatividade adequada para conferir uma maior legitimidade social<sup>81</sup> nas decisões do STF quando na atribuição de funções enquanto corte constitucional.

Esta previsão legal do instituto – ainda que não expressa com a nomenclatura *amicus curiae* – também foi incluída na redação da Lei nº 9.882, de 1999 que dispõe acerca do o processo e julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, que em seu artigo 6º, parágrafo primeiro, permite ao relator da ADPF 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.

É sob o baluarte dos dispositivos dessas duas leis que o STF tem permitido uma maior participação social no processo de tomada de decisões em sede de controle de constitucionalidade.

A possibilidade de utilização do *amicus curiae* aumentou de tal forma que é possível sua atuação mesmo em sede das Turmas Nacionais de Unificação de Jurisprudência dos Juizados Especiais Federais, uma vez que a Lei 10.259, de 2015 em seu artigo 14, parágrafo 7º, permitiu a manifestação de eventuais interessados, ainda que não sejam partes no processo, nos pedidos de interpretação de Lei Federal.

A Lei 11.417, de 2006, em seu artigo 3º, parágrafo 1º também permitiu a participação do *amicus curiae* no procedimento de edição, revisão ou cancelamento de enunciado da súmula vinculante, podendo o relator admitir, por decisão irrecorrível, a manifestação de terceiros na questão, nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal<sup>82</sup>.

---

mesmo *amicus curiae* poderá transmitir à Corte Constitucional, notadamente em um processo – como o de controle abstrato de constitucionalidade – cujas implicações políticas, sociais, econômicas, jurídicas e culturais são de irrecusável importância e de inquestionável significação. Na verdade, consoante ressalta PAOLO BIANCHI, em estudo sobre o tema (*'Un' Amicizia interessata: L' amicus curiae Davanti Alla Corte Suprema Degli Stati Uniti'*, in *'Giurisprudenza Costituzionale'*, Fasc. 6, nov/dez de 1995, Ano XI, Giuffrè), a admissão do terceiro, na condição de *amicus curiae*, no processo objetivo de controle normativo abstrato, qualifica-se como fator de legitimação social das decisões do Tribunal Constitucional, viabilizando, em obséquio ao postulado democrático, a abertura do processo de fiscalização concentrada de constitucionalidade, em ordem a permitir que nele se realize a possibilidade de participação de entidades e de instituições que efetivamente representem os interesses gerais da coletividade ou que expressem os valores essenciais e relevantes de grupos, classes ou estratos sociais.”

<sup>81</sup> A questão da legitimidade social das decisões com eficácia *erga omnes* será abordada no capítulo subsequente do presente trabalho.

<sup>82</sup> BRASIL. Lei nº 11.417, de 19 de dezembro de 2006.

A última grande alteração na legislação brasileira envolvendo o *amicus curiae* ocorreu com a promulgação da Lei 13.105, de 2015 que finalmente positivou o instituto no novo Código de Processo Civil (CPC), conforme será tratado no tópico a seguir. É possível notar, portanto, que a legislação brasileira vem progressivamente aumentando as possibilidades de participação de *amicus curie* nos processos, não só ampliando os tipos de ações nas quais é possível a habilitação deste interveniente, como também expandindo os terceiros que podem atuar como *amicus*, tudo isso culminando no artigo 138 do código de processo civil de 2015.

#### **4.3 As inovações do novo Código de Processo Civil de 2015 e a regulamentação do instituto do *amicus curiae***

Apesar da sedimentação da utilização deste instituto no direito brasileiro, não existia nenhuma menção expressa ao termo *amicus curiae* na legislação brasileira até a promulgação da Lei 13.105, de 2015 ao qual faz referência em seu artigo 138:

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, poderá, por decisão irrecorrível, de ofício ou a requerimento das partes ou de quem pretenda manifestar-se, solicitar ou admitir a participação de pessoa natural ou jurídica, órgão ou entidade especializada, com representatividade adequada, no prazo de 15 (quinze) dias de sua intimação.

§ 1º A intervenção de que trata o caput não implica alteração de competência nem autoriza a interposição de recursos, ressalvadas a oposição de embargos de declaração e a hipótese do § 3º.

§ 2º Caberá ao juiz ou ao 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.

O artigo 138 da Lei 13.105, de 2015 veio então a consagrar o instituto do *amicus curiae* no direito processual brasileiro, não apenas pelo fato de finalmente positivar o termo explicitamente em um texto legal, como também por redimensionar sua utilização, uniformizar seus requisitos para habilitação e alguns aspectos procedimentais.

Geograficamente o instituto se encontra alocado no Capítulo V (Do *amicus curiae*) do Título III (da intervenção de terceiros) do Livro III (Dos sujeitos do processo) da Parte Geral do novo Código de Processo Civil. Tal alocação – dentro do Título de intervenção de terceiros – acaba por gerar uma celeuma na já

controversa natureza jurídica do instituto, conforme se verá no tópico subsequente. Ademais, o fato de o instituto estar localizado dentro da parte geral do Código aumenta substancialmente a área de atuação do *amicus curiae*, uma vez que não está mais limitada sua participação apenas a determinados tipos de ação.

As únicas limitações observadas pelo código para habilitação de um *amicus curiae* são os requisitos alternativos da (i) relevância da matéria, (ii) da especificidade do tema objeto da demanda ou (iii) da repercussão social da controvérsia. A relevância da matéria se denota quando a questão jurídica excede o interesse subjetivo individual, enquanto a especificidade da demanda requer a participação de um especialista na questão para ajudar a elucidá-la e a repercussão social quando a questão discutida é importante para a coletividade, conforme ensina Elpídio Donizetti:

O requisito relevância da matéria requer que a questão jurídica objeto da controversa extrapole os interesses subjetivos das partes. Ou seja, a matéria discutida em juízo deve extravasar o âmbito das relações firmadas entre os litigantes. Cassio Scarpinela Bueno considera, ainda, que esse requisito deve ter relação com a necessidade de se trazer aos autos outros elementos que sirvam para a formação do convencimento do juiz[14].

A especificidade do tema tem relação com o conhecimento do *amicus curiae* acerca do tema objeto da demanda. Esse conhecimento, que pode ser técnico ou científico, deve ser útil ao processo e à formação da convicção do juiz ou do órgão julgador para o julgamento da matéria de direito.

Sendo assim, o *amicus curiae* só poderá ser admitido para efeito de manifestação quando os seus conhecimentos puderem auxiliar na resolução da controvérsia. Para tanto, o julgador deve verificar a necessidade (ou não) de se analisar o mérito não apenas através dos documentos trazidos pelas partes, mas, também, por meio de elementos fáticos que tenham relação com a demanda.

Para possibilitar a intervenção do *amicus curiae*, o órgão julgador não deve observar apenas o aspecto jurídico da questão, mas, também, os reflexos ou a repercussão que a controvérsia pode gerar no âmbito da coletividade. Questões relevantes do ponto de vista econômico, social, político ou jurídico, que suplantem os interesses individuais das partes, merecem a intervenção de pessoas ou entidades representativas da sociedade civil. Daí porque também se exige a repercussão social da controvérsia<sup>83</sup>

Quanto a quem pode atuar como *amicus curiae*, o instituto encontra uma ampliação significativa na redação do artigo 138, uma vez que é facultado a

participação de pessoa natural ou jurídica, órgão ou entidade especializada, com representatividade adequada. A palavra-chave, portanto, é a representatividade adequada, uma vez que basicamente qualquer sujeito pode ser elegível a condição de *amicus curiae* desde que supra este requisito. Ainda que seja dispensável ao *amicus curiae* a demonstração de interesse jurídico na demanda, ainda assim ele deve demonstrar um interesse de caráter objetivo na demanda e a aptidão para representar determinado grupo ou categoria. Este requisito acaba por ser uma das imperfeições da regulamentação do instituto na redação da Lei 13.105, de 2015. Primeiro porque representatividade adequada é um conceito amplo e vazio ao mesmo tempo, que deixa nas mãos do Juiz ou Relator do processo a discricionariedade de decidir quais são os grupos que podem ser representados e quem são seus representantes. Segundo que essa exigência não faz sentido quando aplicada ao *amicus curiae*, uma vez que, como ele não atua como substituto processual de nenhuma parte, não havendo risco de representatividade inadequada, conforme explica Antonio do Passo Cabral:

A representatividade adequada (*adequacy of representation*) é um requisito utilizado nas *class actions* norte-americanas para que o tribunal possa aferir se a parte que está em juízo defendendo direito supraindividual tem aptidão técnica e empreenderá uma proteção efetiva aos interesses dos membros da coletividade, que poderá ser atingida pelos efeitos da decisão e pela formação da coisa julgada mesmo em relação aos ausentes do litígio, como é típico nas demandas coletivas. A representatividade adequada relaciona-se diretamente à questão da vinculação da decisão àqueles que não tenham participado do processo (*absent class members*) e que, diante da substituição processual, poderiam ser prejudicados pela atuação negligente do substituto processual. Nas ações coletivas, o requisito se justifica pelo perigo da representação inadequada que poderia levar aqueles que não participaram a sofrer os efeitos da coisa julgada, mas a mesma lógica não existe para o *amicus*. Ao contrário das ações coletivas, no caso do *amicus curiae*, não há substituição processual: o *amicus curiae* não vai a juízo em nome próprio na defesa de direito alheio, não sendo legitimado extraordinário. E as partes que debatem em torno do direito material estão presentes no processo. Logo, não há risco de representatividade inadequada e desnecessário o exame da *adequacy of representation*.<sup>84</sup>

---

<sup>83</sup>DONIZETTI, Elpídio. **O amicus curiae no Novo Código de Processo Civil**. 2016. Disponível em <<http://genjuridico.com.br/2016/04/13/o-amicus-curiae-no-novo-codigo-de-processo-civil/>> Acesso em 07 de dez. de 2016.

<sup>84</sup>CABRAL, Antônio do Passo. Art. 138. In: STREK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo (orgs.). **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 190.



Ainda com relação a questão da representatividade, parece haver consenso entre os processualistas brasileiros que não é necessária a unanimidade dos representados, conforme anunciado 127 do V Fórum Permanente dos Processualistas Cíveis: “A representatividade adequada exigida do *amicus curiae* não pressupõe a concordância unânime daqueles a quem representa.”.

O final do caput do artigo 138 reserva o prazo de 15 (quinze) dias de sua intimação para manifestação do *amicus curiae* nos casos nos quais o interveniente tenha sido provocado a participar a lide.

O artigo 138 queda-se silente quanto o momento da habilitação do *amicus curiae*, de modo que deve permanecer o entendimento já sedimentado no STF flexibilizando o momento de sua intervenção até o momento da inclusão em pauta da ação à qual se pretende intervir. Este entendimento foi firmado no julgamento do Agravo regimental na Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.071/DF<sup>85</sup>, de relatoria do ministro Menezes Direito, no qual se discutiu até que momento era útil e adequado a habilitação de *amicus curiae*. A manutenção deste entendimento é provável já que o principal motivo que ensejou a limitação do momento de intervenção do *amicus curiae* até a inclusão do processo em pauta de julgamento foi para evitar que o interveniente ventilasse novos argumentos que poderiam não estar postos na ação, surpreendendo as partes e julgadores. Tal posicionamento se coaduna com o princípio da não surpresa incorporado a da Lei 13.05/2015 através do artigo 10º que veda a decisão com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar<sup>86</sup>.

Quanto às modalidades da intervenção o caput do artigo 138 expõe de forma clara que o Juiz ou relator poderá de ofício ou a requerimento das partes ou de quem pretenda manifestar-se, admitir a participação de *amicus curiae* conservando

---

<sup>85</sup>O acórdão na ADI 4071AgRg/DF restou assim ementado: EMENTA Agravo regimental. Ação direta de inconstitucionalidade manifestamente improcedente. Indeferimento da petição inicial pelo Relator. Art. 4º da Lei nº 9.868/99. 1. É manifestamente improcedente a ação direta de inconstitucionalidade que verse sobre norma (art. 56 da Lei nº 9.430/96) cuja constitucionalidade foi expressamente declarada pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, mesmo que em recurso extraordinário. 2. Aplicação do art. 4º da Lei nº 9.868/99, segundo o qual "a petição inicial inepta, não fundamentada e a manifestamente improcedente serão liminarmente indeferidas pelo relator". 3. A alteração da jurisprudência pressupõe a ocorrência de significativas modificações de ordem jurídica, social ou econômica, ou, quando muito, a superveniência de argumentos nitidamente mais relevantes do que aqueles antes prevalentes, o que não se verifica no caso. 4. O *amicus curiae* somente pode demandar a sua intervenção até a data em que o Relator liberar o processo para pauta. 5. Agravo regimental a que se nega provimento. (STF - ADI: 4071 DF, Relator: Min. MENEZES DIREITO, Data de Julgamento: 22/04/2009, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-195 DIVULG 15-10-2009 PUBLIC 16-10-2009 EMENT VOL-02378-01 PP-00085).

as características de que o instituto pode intervir tanto de maneira espontânea quanto provocada.

Outra importante delimitação traçada foi a do parágrafo 1º do artigo 138, no que afirma não implicar alteração de competência evitando assim que um ente Federal ao se habilitar como *amicus curiae* em processo que tramita na Justiça Estadual arrastasse a competência de julgar a causa para a Justiça Federal. Também no parágrafo 1º do artigo 138, em consonância com o que vinha sendo construído jurisprudencialmente no STF, ficou determinada a vedação da possibilidade do *amicus curiae* manejar recurso, salvo a oposição de embargos de declaração e a hipótese do parágrafo 3º.

Esta vedação, contudo, não parece atingir a hipótese da interposição de recurso nos casos de inadmissão do interveniente como *amicus curiae*. Isto porque, a semelhança do parágrafo 2º do artigo 7º da Lei nº 9.868/99 que também determinava como irrecorrível a decisão que deferiu a habilitação do *amicus curiae*, não existia nenhuma determinação em contrário. Assim o STF, mesmo antes da redação atual do Código de Processo Civil já vinha aceitando o recurso em face da inadmissão de *amicus curiae*.

Não obstante a acuidade da tratativa procedimental do *amicus curiae* conferido pelo artigo 138 da Lei 13.105, de 2015 em relação à redação do parágrafo 2º do artigo 7º da Lei nº 9.868, de 99, há de se lamentar sua omissão com relação aos poderes do instituto. Isto porque o parágrafo 2º do artigo 138 se limita a outorgar ao juiz ou ao relator definir os poderes do *amicus curiae*, na decisão que solicitar ou admitir a intervenção. Na prática, isto implica que o juiz que habilitar a intervenção do *amicus curiae* decidira, por exemplo, se ele pode ou não realizar sustentação oral. Ocorre que por determinação legal a decisão que solicitar ou admitir a intervenção de *amicus curiae* é irrecorrível, conforme o próprio caput do artigo 138, de modo que o juiz ou ao relator tem total discricionariedade de modular os poderes do interveniente de forma definitiva.

A última disposição do artigo 138 da Lei 13.05/2015 sobre este instituto é a previsão contida em seu parágrafo 3º da possibilidade *amicus curiae* manejar recurso da decisão que julgar o incidente de resolução de demandas repetitivas – IRDR. A princípio tal segregação, permitindo que o *amicus curiae* recorra da decisão

---

<sup>86</sup> BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015.

que julgar o IRDR, ao mesmo tempo que o parágrafo 1º do artigo 138 veda a interposição de recursos nos demais casos é no mínimo idiossincrática. O pensamento mais lógico a explicar tal separação talvez seja o de que como o IRDR é um recurso manejado em tribunal inferior, mas que profere decisão é vinculante, a oportunidade de recurso nesses casos ao *amicus curiae* parece ser uma garantia que a discussão chegará nos tribunais superiores.

#### **4.4 O *amicus curiae* frente à intervenção de terceiros no direito processual brasileiro**

Para uma análise mais acurada do instituto do *amicus curiae*, antes se faz necessário debruçarmo-nos sobre a intervenção de terceiros, e se este instituto se encontra sob tal modalidade. Tal discussão precisa ser travada não pela simples curiosidade acadêmica, mas, sobretudo por uma necessidade muito mais prática. Isto porque, a depender do enquadramento do referido instituto será determinado a possibilidade de sua participação nos ritos nos quais estão vedadas a atuação de terceiros interessados.

Segundo Athos Gusmão Carneiro, no direito processual o conceito de terceiro será encontrado por negação. Os sujeitos principais do processo são o juiz (sujeito desinteressado) e as partes (sujeitos interessados). Numa relação jurídica processual, são terceiro todos aqueles que não são partes ou coadjuvante de partes no processo em andamento<sup>87</sup>.

Usualmente a Lei 5.869, de 1973 (Código de Processo Civil Brasileiro de 1973) elencava cinco tipos de intervenção de terceiros nos capítulos do litisconsórcio e da assistência e da intervenção de terceiros. Eram eles: a assistência, a oposição, a nomeação à autoria, denunciação da lide e o chamamento ao processo. A Lei 13.105, de 2015 (Código de Processo Civil Brasileiro de 2015), por sua vez, agregou mais dois tipos de intervenção de terceiros: o *amicus curiae* e o incidente de desconsideração de personalidade jurídica alocando todos eles no Título Da Intervenção de Terceiros.

Aparentemente a simples inclusão do *amicus curiae* dentro do do Título Da Intervenção de Terceiros na redação do novo código encerraria a celeuma doutrinária acerca do enquadramento do instituto. No entanto, longe de dirimir a

controvérsia, o fato de ser possível a habilitação do *amicus curiae* em ritos nos quais é vedada a participação de terceiros interessados só atíça a controvérsia quanto a natureza jurídica do instituto.

Assim, para melhor compreender a natureza jurídica e o posicionamento do *amicus curiae* em face da categoria de intervenção de terceiros, faz-se necessário a confrontação do instituto com esta forma de intervenção, e mais especificamente, com a intervenção do assistente processual. Isto porque conforme assevera Cassio Scarpinella Bueno:

Todas as outras modalidades de intervenção de terceiros, dadas as suas finalidades específicas e, mais do que isso, a circunstância de fazer com que o terceiro se torne parte, são, acreditamos, vazias de significado para o estudo do *amicus curiae*, mesmo que a título de meros paradigmas. Nelas não reside, com efeito, nenhum traço próprio ou característico que nos ajude a melhor compreender o instituto que aqui nos ocupa e, no que elas podem nos a figura da assistência e do terceiro recorrente são paradigmas suficiente.<sup>88</sup>

Dessa forma, no intuito de tentar desvelar a verdadeira natureza do *amicus curiae* se faz necessário seu cotejamento analítico com a figura do terceiro interessado previsto no direito processual civil ao qual resguarda as maiores semelhanças, qual seja, a assistência processual.

#### 4.4.1 O *Amicus Curiae*, e a assistência processual: semelhanças e diferenças

Dentre as figuras que podem ser classificadas como intervenção de terceiros típica a da assistência simples é aquela que mais se aproxima do *amicus curiae*, ao ponto de poder se afirmar que a intervenção desta tem algo da intervenção do assistente<sup>89</sup>. Isto porque, diferentemente das outras modalidades de intervenção de terceiros, o *amicus curiae* e a assistência simples não convertem seus intervenientes em partes do processo, como bem explica Guilherme Marinoni:

Parte no processo é quem pede e contra quem se pede tutela jurisdicional. Essa condição pode ser adquirida por força da propositura de ação, pela sucessão processual (arts. 108 e ss.) ou pela intervenção de terceiro em um processo já pendente – afora o

<sup>87</sup> CARNEIRO, Athos Gusmão. **Intervenção de Terceiros**, 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 67.

<sup>88</sup>BUENO, Cássio Scarpinella. ***Amicus Curiae* no Processo Civil Brasileiro**: um terceiro enigmático. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 370.

<sup>89</sup>BUENO, Cássio Scarpinella. *Op. Cit.*, 2006, p. 370.

assistente simples e o *amicus curiae*, os demais terceiros intervenientes adquirem a qualidade de parte no processo de que passam a participar. O litisconsórcio constitui uma pluralidade de partes com interesse comum no mesmo polo do processo, de modo que o litisconsorte também é parte no processo. Saber quem é parte ou não é fundamental, na medida em que a coisa julgada não pode jamais prejudicar terceiros (art. 506).<sup>90</sup>

O assistente, portanto, é um terceiro interessado na relação jurídica entre autor e réu que mesmo após sua habilitação no processo não se torna parte, uma vez que não demanda pedido próprio, nem tem requerimento oposto contra si, sendo, na verdade, um coadjuvante da parte.<sup>91</sup> A Lei 13.105, de 2015, dispõe que a “*pendendo causa entre 2 (duas) ou mais pessoas, o terceiro juridicamente interessado em que a sentença seja favorável a uma delas poderá intervir no processo para assisti-la.*”<sup>92</sup> Dessa forma, a assistência tem como pressuposto que o interveniente não seja partícipe da relação processual entre partes, mas que possua interesse jurídico em que a sentença seja favorável a uma delas. Este interesse jurídico, o qual o assistente deve possuir, advém de um interesse próprio de defender direito seu que pode ser afetado pela decisão entre partes. Ele não faz parte da relação jurídica controvertida discutida no processo judicial, mas sim detentor de uma relação jurídica distinta com uma das partes que pode ser influenciada pela decisão da lide.

Quanto às modalidades, a assistência processual pode se dar tanto de maneira simples, como litisconsorcial. Na assistência simples o assistente deve demonstrar possuir relação jurídica diversa da controvertida na lide mas que poderá ser afetada de forma reflexa pela decisão no processo, detendo interesse que a pretensão seja deduzida de forma favorável ao assistido, mantendo inalterada a relação jurídica entre eles. Já a assistência litisconsorcial ocorre quando o assistente é detentor de relação jurídica entre ele e o adversário do assistido (artigo 124 do CPC), de modo que ele poderia ter formado um litisconsórcio facultativo ativo com o assistente em face da outra parte. Isto porque o interesse jurídico que autoriza a assistência litisconsorcial decorre das hipóteses nas quais ou o terceiro afirma-se titular da relação jurídica discutida, ou afirma-se como colegitimado extraordinário à

---

<sup>90</sup>MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sérgio Cruz, MITDIERO, Daniel. **Curso de Processo Civil**, 1ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 78

<sup>91</sup> CARNEIRO, Athos Gusmão. **Intervenção de Terceiros**, 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 67.

<sup>92</sup> BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015.

defesa em juízo da relação jurídica discutida<sup>93</sup>.

Nota-se, portanto que o *amicus curiae* resguarda uma similitude muito mais próxima com relação ao assistente simples que com relação ao assistente litisconsorcial.

A intervenção de terceiros, de modo geral, tem a característica de interferir na relação jurídica entre os polos processuais podendo formar litisconsórcios ativos ou passivos, no entanto, normalmente age no intuito de transformar um terceiro superveniente em parte. É o que ocorre, por exemplo, na denúncia da lide, no chamamento ao processo e no incidente de desconsideração da personalidade jurídica. A assistência processual, de maneira atípica, não tem o condão de transformar o interveniente em parte após sua habilitação – característica esta compartilhada com o *amicus curiae*. Isto porque, a assistência é modalidade de intervenção de terceiro *ad coadjuvandum*<sup>94</sup>, não participando diretamente da relação jurídica *inter partes*. Da mesma forma, o *amicus curiae* não tem intenção de integrar o litígio como um dos polos processuais, ainda que possa ter interesse na resolução da causa de modo favorável para uma das partes, nas palavras de Antônio do Passo Cabral:

O *amicus curiae*, uma vez admitida sua manifestação, não se agrega à relação processual, porque seu interesse no litígio é decorrente do direito à participação no processo. Não há interesse em integrar a relação processual, vez que o título executivo que porventura seja formado não incluirá o amigo da corte, pelo que, neste particular, seu interesse é reflexo ou mediato.<sup>95</sup>

Um das principais diferenças entre o *amicus curiae* e a assistência processual repousa num dos requisitos para sua intervenção. Enquanto na assistência processual é necessário que haja um interesse jurídico do interveniente na lide, no *amicus curiae* a única limitação que parece ser imposta à habilitação de qualquer pessoa física ou jurídica é a representatividade adequada. Para a admissão da assistência é necessária a comprovação que o assistente sofrerá prejuízo jurídico caso a decisão seja prolatada em oposição aos interesses do

---

<sup>93</sup>DIDIER JUNIOR, Fredie. Arts. 119 a 124. In: STREK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo (orgs.). **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 196.

<sup>94</sup> DIDIER JUNIOR, Fredie. Arts. 119 a 124. In: STREK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo (orgs.). **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 190.

<sup>95</sup>CABRAL, Antônio do Passo. Pelas asas de Hermes: a intervenção do Amicus Curiae, um terceiro especial. **Revista de Processo**, nº 117, São Paulo, set-out de 2004, p. 119.

assistido, seja esse esse prejuízo de forma imediata – hipótese da assistência litisconsorcial – seja ela mediata – hipótese da assistência simples.<sup>96</sup>

Outra diferença entre o *amicus curiae* e a assistência processual é que havendo a habilitação do assistente pode ocorrer um deslocamento da competência. Caso um ente federal se habilite como assistente em uma causa que tramita na Justiça Estadual a competência para julgar o processo acaba sendo arrastada para a Justiça Federal. Isto é um dos desdobramentos do interesse jurídico exigido pelo artigo 119 do CPC, o qual o assistente deve possuir na lide para se habilitar no processo. O *amicus curiae*, por sua vez, não detém interesse jurídico na demanda a qual intervém, de modo que, por previsão legal do parágrafo 1º do artigo 138 do CPC, sua intervenção não implica em alteração da competência independente da natureza do interveniente.

A intervenção de terceiro na modalidade da assistência simples ocorre apenas de forma espontânea, não sendo obrigado o assistente participar da causa mesmo quando for informado dela.

#### 4.4.2 A natureza jurídica do *amicus curiae*: um terceiro atípico

Muito já se debateu acerca da natureza jurídica do *amicus curiae*, e se ele é ou não uma modalidade de intervenção de terceiros. Como antedito, no ordenamento jurídico brasileiro, tal análise denota de uma necessidade prática. Isto porque a Lei 9.868, de 1999, que dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal no ordenamento jurídico brasileiro veda expressamente a intervenção de terceiros em seu artigo 7º.

Conforme demonstrado no tópico anterior o *amicus curiae* não pode confundir-se com a assistência processual, haja vista diversas diferenças entre os institutos, como os critérios para sua intervenção, e suas consequências como o deslocamento ou não da competência em razão da natureza do interveniente. Contudo, não se pode excluir o *amicus curiae* como forma de intervenção de terceiro sem afrontar os axiomas basilares do processo jurídico. Se utilizarmos o postulado de Giovanni Nencioni, citado por Athos Carneiro Gusmão, o conceito de terceiro se

---

<sup>96</sup>DIDIER, Fredie. Arts. 119 a 121. In: STREK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo (orgs.). **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 190.

apresenta de forma negativa, de modo que numa relação jurídica processual, são terceiro todos aqueles que não são partes ou coadjuvante de partes no processo pendente<sup>97</sup>. O *amicus curiae* não é parte, tampouco coadjuvante de parte, de modo que o raciocínio lógico é que ele se trata de terceiro face à relação jurídica controvertida.

Aquele que atua como *amicus curiae* decerto não se inclui no conceito de parte pois não formula pedido, não é demandado ou tampouco titulariza a relação jurídica objeto do litígio. Também não exterioriza pretensão, compreendida como exigência de submissão do interesse alheio ao seu próprio, pois seu interesse não conflita com aquele das partes. E, dentro da conceituação puramente processual dos terceiros, devemos admitir necessariamente que o *amicus curiae* inclui-se nesta categoria.

[...]

Intervir tem raiz latina (*inter venire*) e significa "entrar no meio". Assim, toda vez que alguém ingressar em processo pendente, tal conduta reputar-se-á interventiva. 3o Entendemos que, diante do conceito de terceiro e da etimologia da palavra intervenção, deve ser considerada a manifestação do *amicus curiae* como intervenção de terceiros. Mas as semelhanças terminam por aí. Esta modalidade de intervenção guarda características próprias que a diferencia das formas clássicas de ingresso de sujeitos estranhos ao processo previstas no CPC e que ganham similares em inúmeros ordenamentos estrangeiros. O amigo da corte é um terceiro *sui generis* (ou terceiro especial, de natureza excepcional) e sua intervenção pode ser classificada como atípica.<sup>98</sup>

Aceitando o *amicus curiae* como de fato pertencente a modalidade da intervenção de terceiro, existem alguns motivos pelos quais não se faz incidir a regra positivada no artigo 7º da Lei 9.868, de 1999, que veda expressamente a intervenção de terceiros.

O *amicus curiae*, diferente das demais intervenções de terceiros, não possui interesse jurídico na causa, ainda que, diferentemente do que seu nome indica, haja mais como amigo da parte que como amigo da corte. O *amicus curiae* não possui relação jurídica direta ou indireta com as partes, porém possui interesse de alguma ordem que uma das partes se sagra vencedora. Ainda assim, o *amicus curiae* tem um requisito completamente diferente a possibilitar a sua intervenção, devendo ele demonstrar que possui representatividade adequada. É justamente essas diferenças entre as intervenções de terceiro típicas e o *amicus curiae* que levam a Athos

<sup>97</sup> CARNEIRO, Athos Gusmão. **Intervenção de Terceiros**, 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 67.

<sup>98</sup> CABRAL, Antônio do Passo. Pelas asas de Hermes: a intervenção do Amicus Curiae, um terceiro especial. **Revista de Processo**, nº 117, São Paulo, set-out de 2004, pp. 118 e 119.



Carneiro Gusmão, Antônio do Passo Cabral, Cassio Scarpinella Bueno e vários outros autores em denominar o instituto como uma intervenção de terceiro atípica, ou ainda *sui generis*.

Por fim, o novo Código de Processo Civil Brasileiro de 2015, incorporou o *amicus curiae* no Título Da Intervenção de Terceiros. Assim, a inclusão do *amicus curiae* dentro do no Título Da Intervenção de Terceiros na redação do novo código vem ratificar o enquadramento do instituto enquanto terceiro atípico.

O *amicus curiae*, portanto, se sedimenta no ordenamento jurídico brasileiro como modalidade de intervenção de terceiro atípica que vem ampliando sua aparição no direito processual e que pode ser a resposta para mitigar problemas na jurisdição brasileira, principalmente alguns surgidos ante a promulgação do Código de Processo Civil brasileiro de 2015, conforme se discutira no próximo capítulo.

## **5 A PARTICIPAÇÃO POPULAR ATRAVÉS DO AMICUS CURIAE NA FUNÇÃO JURISDICIONAL E A PROBLEMATICA DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL**

Antes de adentrar nas alterações e inovações do *amicus curiae* em face do CPC faz-se mister traçar as alterações no panorama do direito processual brasileiro que impactam diretamente na relevância do instituto. A Lei nº 13.105/2015 que instituiu o novo Código de Processo Civil, trouxe significativas mudanças no ordenamento jurídico brasileiro, não apenas na elaboração e aprimoramento de procedimentos do antigo código, mas também na perspectiva de uniformizar o direito material.

Este novo Código promove uma significativa mudança no processo de tomada de decisão judicial no direito brasileiro ao aumentar as hipóteses de decisões vinculantes através da criação de um microssistema de litigiosidade repetitiva, bem como amplificar a força dos precedentes judiciais no ordenamento jurídico brasileiro. O intuito dessas modificações é bastante claro: reforçar a segurança jurídica no sistema judicial brasileiro através de uma uniformização das decisões orientadas pela estabilidade, integridade e coerência da jurisprudência nacional.

Essas mudanças também alteram lógica do processo decisional que se afasta de um sistema predominantemente legalista, e, portanto, com um amplo espectro de interpretação judicial, e se aproxima um pouco de um sistema consuetudinário, no qual se busca coerência da decisão judicial com os precedentes já firmados, limitando, portanto, o processo de interpretação legal.

Não obstante, esta mudança metodológica trazida pela Lei nº 13.105, de 2015, não é a cura para todos os males. O implemento dessa nova ótica sobre os precedentes judiciais tem o seu custo. Isto porque, com o aumento da valorização dos precedentes e o aumento das decisões vinculantes pode gerar uma extrapolação dos motivos da decisão do caso concreto, na medida em que existirá uma preocupação do julgador que aquela decisão poderá formar um precedente.

O último capítulo do presente estudo busca justamente fazer uma análise dessa mudança no processo de tomada de decisão no direito brasileiro trazida pelo novo Código de Processo Civil, os impasses gerados por ela e propor uma solução

que pode ser encontrada dentro da própria Lei 13.105, de 2015: uma fortificação e ampliação do instituto do *amicus curiae*.

### **5.1 A força dos precedentes no direito brasileiro em face das modificações trazidas pelo CPC e suas consequências na atuação do *amicus curiae***

O ordenamento jurídico brasileiro possui forte influência da tradição jurídica romano-germânica, conduzido primariamente por um sistema legalista no qual a norma positivada atua como fonte principal do direito. O princípio da legalidade, decorrente da inspiração dessa corrente é positivado no artigo 5º, inciso II da Constituição Federal de 1988: “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.

Contudo, em um sistema estritamente legalista em que o juiz age como *bouche de la loi* e no qual não existe limitação para o exercício hermenêutico do intérprete, existe um viés evidente: a infinidade de decisões ao qual se pode chegar em um mesmo caso concreto. Tal possibilidade é incompatível com o sistema jurídico brasileiro, que tem como um de seus princípios axiomáticos a segurança jurídica. Assim, a forma de abrandar essa amplitude de entendimentos que se pode extrair de um mesmo texto legal é que se realize a interpretação do texto legal orientada pelas demais fontes do direito, como a jurisprudência, os costumes, os princípios gerais do direito e a doutrina. A Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro (Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942) já dispunha em seu artigo 4ª que: *Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.*

Não é nenhuma novidade, portanto, a influência das demais fontes do direito na interpretação da norma no sistema jurídico brasileiro, ou mesmo a utilização de precedentes judiciais. Qual a grande novidade trazida pela Lei 13.105, de 2015 então que leva parte dos juristas brasileiros – a exemplo de Luiz Guilherme Marinoni – a identificarem uma aproximação do nosso sistema baseado no *Civil Law* e o sistema da *Common Law*<sup>99</sup>? A resposta é a valorização da força dos precedentes agora positivadas no novo código.

Para entender essa mudança promovida pelo novo Código de Processo Civil,

antes se faz necessário a uma ponderação do papel dos precedentes judiciais no *Civil Law* e no *Common Law*.

A argumentação dos precedentes, sejam eles judiciais ou não, é sobretudo pautada pela lógica e coerência. Quando um indivíduo toma uma decisão num caso concreto, é de se esperar que, caso não mudem as razões pelas quais ele tomou essa decisão, ele tome a mesma decisão em casos iguais futuros. Portanto, se este indivíduo agir fundado na lógica e coerência, e proferir decisão em diversos tipos de casos concretos, com o tempo esta linha de pensamento se tornará previsível. É justamente essa previsibilidade, essa segurança que se busca ao utilizar os precedentes como fonte da decisão.

O precedente judicial, por sua vez, opera sob a mesma lógica. Assim, as questões jurídicas já resolvidas pela autoridade judicial geram precedentes para quando a mesma questão precisar ser decidida novamente, conforme assevera Karl Larenz:

Os precedentes são resoluções em que a mesma questão jurídica, sobre a qual há que decidir novamente, foi já resolvida uma vez por um tribunal noutro caso. Vale como precedente, não a resolução do caso concreto que adquiriu força jurídica, mas só a resposta dada pelo tribunal, no quadro da fundamentação da sentença, a uma questão jurídica que se põe da mesma maneira no caso a resolver agora<sup>100</sup>

Essa é a acepção clássica do termo precedente judicial que serve tanto ao sistema do *Civil Law*, quanto do *Common Law*, sendo diferente nesses dois modelos apenas a força jurídica agregada ao precedente.

Não se pode confundir, contudo, o precedente com a simples decisão judicial, muito embora o precedente decorra de uma decisão judicial. A decisão judicial se curva sobre as questões de fato e de direito de um caso concreto, enquanto o precedente se constitui principalmente da *ratio decidendi*, ou seja, das razões de direito que fundamentam a decisão judicial. Além disso, nem toda decisão judicial gera um precedente. É necessário que as razões determinantes da decisão judicial estejam claras, inovem, ou modifiquem entendimento já consolidado e encare as

---

<sup>99</sup>MARINONI, Luiz Guilherme. **Aproximação crítica entre as jurisdições de *civil law* e de *common law* e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil**. 2009 disponível em <<http://revistas.ufpr.br/direito/article/view/17031> > Acesso em 05 de nov. de 2016.

<sup>100</sup>LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. 5. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2009, p. 611.

questões de direito principais para a resolução do caso. Às considerações periféricas que não fazem parte do núcleo das razões de decidir, ou seja, não foram imprescindíveis para a resolução da controvérsia, dá-se o nome de *obiter dictum*.

Uma extensa discussão travada na *common law* recai sobre a controvérsia de saber se a função jurisdicional exercida pelos juízes ingleses declarava direitos já preexistentes ou criava direitos. A primeira teoria, defendida por William Blackstone, aduzia que o juiz praticava atividade meramente declaratória do direito, uma vez que ele já existiria na tradição e nos costumes, o seja, na própria *common law*, sendo o exercício jurisdicional mero agente formalizador. A segunda teoria, defendida por John Austin e Jeremy Bentham, imputava a juízes dotados de *law-making authority* o estabelecimento da *common law*<sup>101</sup>, de modo que restaria caracterizada a construção de direitos pelos juízes ao realizar a atividade jurisdicional. Originariamente os precedentes judiciais no direito inglês não possuíam poder de vinculação obrigatória, sendo esta imposição criada muito depois da existência da *common law*.

Quanto a essa questão da vinculação dos precedentes, Ronald Dworkin teoriza que o juiz na *common law*, ainda quando não se encontre vinculado obrigatoriamente por determinação legal a seguir os precedentes consolidados, se encontra vinculado pela tradição jurídica, exemplificando tal elo com uma metáfora conhecida como romance em cadeia:

Em tal projeto, um grupo de romancistas escreve um romance em série; cada romancista da cadeia interpreta os capítulos que recebeu para escrever um novo capítulo, que é então acrescentado ao que recebe o romancista seguinte, e assim por diante. Cada um deve escrever seu capítulo de modo a criar da melhor maneira possível o romance em elaboração, e a complexidade dessa tarefa reproduz a complexidade de decidir um caso difícil de direito como integridade. O projeto literário fictício é fantástico, mas não irreconhecível. Na verdade, alguns romances foram escritos dessa maneira, ainda que com uma finalidade espúria, e certos jogos de salão para os fins de semana chuvosos nas casas de campo inglesas têm estrutura semelhante. As séries de televisão repetem por décadas os mesmos personagens e um mínimo de relação entre personagens e enredo, ainda que sejam escritas por diferentes grupos de autores e, inclusive, em semanas diferentes. Em nosso exemplo, contudo, espera-se que os romancistas levem mais a sério suas responsabilidades de continuidade; devem criar em conjunto, até

---

<sup>101</sup>MARINONI, Luiz Guilherme. **Aproximação crítica entre as jurisdições de *civil law* e de *common law* e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil**. 2009 disponível em <<http://revistas.ufpr.br/direito/article/view/17031> > Acesso em 05 de nov. de 2016. pp 12 e 13.

onde for possível, um só romance unificado que seja da melhor qualidade possível.<sup>102</sup>

Ocorre que, haja vista a ampla atividade constitutiva do juiz na *common law*, logo se percebeu a necessidade de uniformizar esse direito nascido dos precedentes judiciais, ante a necessidade de aumentar a previsibilidade e segurança jurídica das decisões judiciais. Essa uniformidade foi conquistada pelo direito inglês através da vinculação obrigatória dos precedentes judiciais chamado de *stare decisis*. Apesar do forte respeito à tradição e aos precedentes judiciais, a vinculação obrigatória se fez necessária no intuito de uniformizar a atividade constitutiva dos juizes. O *stare decisis*, também chamado no direito inglês de *rule of precedente*, e *holding* no direito norte americano, é uma forma reduzida da expressão latina *stare decisis et non quieta movere*, que em tradução livre significa mantenha-se a decisão e não ofenda o que foi decidido. Essa vinculação começou a ser observada no direito inglês no final do século XIX, tendo como emblemático o caso *London Trainways Company vs London Country Council*, na qual a *House of Lords* determinou que a casa estaria vinculada as suas próprias decisões, resultando em uma vinculação horizontal, bem como vincularia as instâncias inferiores, resultando também em uma vinculação vertical<sup>103</sup>.

O *civil law*, por sua vez, é um sistema de primazia da legislação, na qual perdurou por algum tempo a ficção de que o juiz realizava atividade meramente declaratória, na qual não havia espaço para a atividade constitutiva do juiz, e, portanto, um sistema que aparentava um alto grau de previsibilidade e segurança jurídica. Não obstante, tal ficção acabou sendo minada pelo surgimento do constitucionalismo moderno. Com o reconhecimento da força normativa da Constituição, a constitucionalização de direitos, a expansão da jurisdição constitucional e a aplicação da hermenêutica constitucional, ficou insustentável o não reconhecimento da atividade constitutiva dos juizes.

No *civil law*, assim como ocorreu na *common law*, o amplo poder discricionário interpretativo dos juizes, bem como o poder de invalidar normas conflitante com preceitos constitucionais, começou a demandar mecanismos de

---

<sup>102</sup>DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 276.

<sup>103</sup>LIMA JÚNIOR, Claudio Ricardo Silva. **Precedentes judiciais no processo civil brasileiro: aproximação Entre Civil Law e Common Law e Aplicabilidade do Stare Decisis**, 1ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015, p. 30.

contenção das possibilidades de interpretações judiciais. E a resposta ao qual chegaram os países de tradição romano germânica, a exemplo do Brasil, no qual se constatou esse amplo arbítrio judicial na constituição de direitos foi o mesmo da *common law*: valorização dos precedentes judiciais e poder de vinculação por tribunais superiores.

Independentemente da força jurídica do precedente judicial, seja ela no *civil law* ou no *common law*, não se muda a lógica do precedente, na qual é realizada uma decisão com observância do caso concreto e não extrapolando as razões da decisão avaliando o precedente que o julgado poderia se tornar. Segundo Eduardo Talamine:

Até há pouco, a expressão “precedente judicial” tinha um sentido distinto daquele em que agora ele tem sido empregado. Tratava-se de um sentido intimamente ligado à acepção literal do termo e vinculado à tradição jurídica nacional e estrangeira. Falava-se em “precedente” para se referir a um pronunciamento judicial proferido no passado e identificado, em um momento posterior, como sendo um subsídio relevante ou decisivo para a resolução de novos casos, em que a mesma ou análoga questão se ponha. Assim, por ocasião de seu proferimento, a decisão não era desde logo qualificada como um “precedente” (ainda que, muitas vezes, já fosse fácil antever que no futuro ela assumiria essa função). Nesse sentido tradicional, o precedente é identificado como tal não no momento em que é emitido, mas depois, quando invocado, interpretado e utilizado como subsídio ou baliza para uma nova decisão. Ou seja, nessa acepção, é uma visão retrospectiva que nos permite identificar os precedentes.

Como dito, esse foi tradicionalmente o sentido de “precedente” no sistema brasileiro, tal como ainda o é em ordenamentos estrangeiros. Quando o caso *Marbury versus Madison* foi julgado pela Suprema Corte americana não se anunciou, com pompa e circunstância, que estava sendo emitido o precedente que reconhecia a possibilidade de controle jurisdicional difuso de constitucionalidade das leis nos Estados Unidos. De fato, foi esse o papel que tal julgamento assumiu. Mas essa sua função de precedente veio a ser identificada algum tempo depois, já como resultado da leitura e aplicação que dele fizeram a doutrina e decisões subsequentes.

Mas, sem prejuízo da valia e serventia dessa primeira acepção (que continua e continuará a vigorar entre nós), recentemente, por uma figura de linguagem, passou-se a usar o termo “precedente” para indicar, de modo mais amplo, pronunciamentos judiciais que, já quando são emitidos, nascem com a declarada finalidade de servir de parâmetro, de vincular, em maior ou menor grau, decisões judiciais (ou mesmo atos administrativos e até condutas

privadas) subsequentes, que versem sobre casos em que se ponha a mesma questão jurídica.<sup>104</sup>

Tal mudança de pensamento, observando a possível repercussão da decisão judicial além do julgamento do caso concreto também encontra guarida em Guilherme Marinoni:

A percepção de que a norma é o resultado da interpretação (em outras palavras, a tomada de consciência de que o discurso do legislador não é suficiente para guiar o comportamento humano, tendo em conta a sua dupla indeterminação) abriu espaço para que se pensasse na decisão judicial não só como um meio de solução de determinado caso concreto, mas também como um meio para promoção da unidade do direito. Mais precisamente, chegou-se à conclusão de que em determinadas situações as razões adotadas na justificação das decisões servem como elementos capazes de reduzir a indeterminação do discurso jurídico, podendo servir como concretizações reconstrutivas de mandamentos normativos.<sup>105</sup>

No Brasil, essa valorização da formação do precedente simultânea a decisão do caso concreto acaba transparecendo no texto da Lei 13.105/2015 quando dispõe em seu artigo 926 que “Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente” e no parágrafo 2º que “ao editar enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação”. Isto demonstra uma clara aproximação do direito brasileiro da valorização dos precedentes na *common law*.

Independente de como venha a se encaixar os precedentes judiciais no ordenamento jurídico brasileiro após a vigência da Lei 13.105/2015 é possível constatar dois acontecimentos: (i) a Lei 13.105/2015 valorizou o precedente judicial como fonte do direito brasileiro, inspirando maior cuidado por parte dos operadores do direito de sua aplicação; (ii) Ocorreu um aumento das hipóteses de decisões com vinculação obrigatória.

Traçando-se um paralelo, essa nova valoração dos precedentes judiciais no

---

<sup>104</sup>TALAMINE, Eduardo. **O que são os "precedentes vinculantes" no CPC/15**. 2016 disponível em <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI236392,31047-O+que+sao+os+precedentes+vinculantes+no+CPC15>> Acesso em 18 de out. de 2016.

<sup>105</sup>MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sérgio Cruz, MITDIERO, Daniel. **Curso de Processo Civil**, 1ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 78.



ordenamento jurídico brasileiro, incorporada pela Lei 13.105/2015, em muito se aproxima das condições que fizeram florescer o instituto do *amicus curiae* no direito inglês e norte-americano.

Essa nova posição dos precedentes judiciais tem como função tentar conter as possibilidades de interpretação da lei pelos juízes, promovendo assim uma maior uniformidade, estabilidade, integralidade e coerência das decisões judiciais. Ou seja, nesse aspecto o novo Código de Processo Civil reconhece que o sistema clássico do *civil law* de primazia das leis, no qual o ordenamento jurídico brasileiro é, pelo menos, parcialmente baseado, não soluciona integralmente a questão da segurança jurídica.

Não obstante, a busca por essa suposta segurança jurídica que a valorização dos precedentes e o aumento das decisões de vinculação obrigatória procuram sanar podem gerar problemas ainda maiores, a depender da forma de sua aplicação. Existem, pelo menos, dois problemas que podem ser gerados em decorrência disso: (i) a ampliação do deficit democrático gerado pela atividade constitutiva do juiz em decorrência do aumento das hipóteses de decisões com vinculação obrigatória; e (ii) a coletivização das demandas pode afrontar os princípios do contraditório, da ampla defesa e da paridade de armas ao imputar a quaisquer pessoas efeitos de decisão de processos aos quais não figuraram como parte, seja pelo efeito de vinculação obrigatória que poderá ser atribuído a decisão, seja pelo valor persuasivo do precedente formado.

A proposta desse trabalho é sugerir a ampliação da utilização do *amicus curiae*, não como forma de solução de tais problemas, mas, pelo menos, como instrumento hábil a mitigar tais distúrbios, conforme se verá nos tópicos adiante.

## **5.2 O *amicus curiae* como contrapeso à ampliação do déficit democrático gerado pelo aumento das decisões de vinculação obrigatória previstas na Lei 13.105/2015**

Muito já se discutiu a respeito do deficit democrático nas decisões em controle abstrato de constitucionalidade no Supremo Tribunal Federal. O deficit democrático é um conceito que está intimamente ligado à questão da representação/participação popular. Num sistema de democracia representativa o processo de criação e legitimação da norma jurídica é bastante claro. Nesse sistema a participação popular

ocorre de forma indireta, onde a sociedade elegerá representantes para atuarem em seu nome e exercerem a função legislativa podendo criar, modificar e revogar leis que regulam o funcionamento do Estado e da sociedade. Esse poder possui legitimidade para a criação da norma jurídica em razão da outorga de poderes conferida pela soberania popular. Ou seja, existe uma participação popular – ainda que de forma indireta, através de representantes eleitos democraticamente – na atividade constitutiva do direito, e este direito posto através da norma jurídica positivada valerá para todos os que vivem sob a égide do Estado (*erga omnes*).

No controle abstrato de constitucionalidade os juízes do STF possuem a prerrogativa para invalidar esse processo constitutivo, anulando ou sedimentando entendimento diverso de leis aprovadas pelo Poder Legislativo que ofenderem preceitos constitucionais. A questão é, porque a interpretação constitucional do Poder Judiciário, através do Supremo Tribunal Federal, deve sobrepujar a interpretação constitucional do poder legislativo?

A resposta a essa pergunta se encontra dentro da própria Constituição Federal, que dispõe no inciso XXXV seu artigo 5º que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, consubstanciando assim o princípio da inafastabilidade da jurisdição e no *caput* do artigo 102 que dispõe que “compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição”, delegando ao STF, dessa forma, a condição de interprete final da constituição.

Mesmo considerando a primazia da Constituição no ordenamento jurídico brasileiro e a determinação constitucional do STF como intérprete final, ainda resta uma pergunta: possuem os juízes legitimidade democrática para através do exercício da jurisdição constitucional invalidarem leis criadas e consideradas constitucionais pelo Poder Legislativo?

Tal pergunta se faz necessária porque em um Estado Democrático de Direito, a exemplo do Brasil, a questão da legitimidade deve ser analisada sob a ótica da democracia, conforme entendimento esposado por Monia Hennig:

Assim, também a interpretação da Constituição – enquanto um produto cultural e aberto – pressupõe um exercício democrático cotidiano de participação não no sentido hermenêutico, técnico, propriamente dito, conforme já referido anteriormente, mas como um *locus* de exercício do *status activus processualis*. Tal assertiva encontra o seu fundamento no fato de que, em um Estado Democrático, também a questão da legitimidade deve ser colocada

numa perspectiva democrática; sendo que a democracia não se desenvolve unicamente a partir dos aspectos formais, antes, pelo contrário, ela se dá cotidianamente, na política e na práxis, fato que, mais uma vez, reforça o aspecto da necessária participação mencionado acima. Dentro deste contexto, em que a supremacia do povo não se dá somente por meio do voto, a interpretação e a vivência da Constituição aparecem, pois, como um espaço de exercício e como condição necessária desse mesmo elemento democrático<sup>106</sup>.

É justamente sob essa perspectiva que o controle abstrato de constitucionalidade carece a princípio de legitimidade democrática. Isto porque a interpretação constitucional nesses processos compete exclusivamente aos juízes constitucionais que não foram eleitos pela sociedade para a função, de modo que inexistente a outorga dos poderes pela soberania popular. Este processo ainda é agravado pela questão de hermenêutica constitucional.

A hermenêutica constitucional é o processo científico de interpretação do texto constitucional. Ocorre que esse processo de análise do processo de interpretação observa que é possível a atribuição de uma quantidade imensurável de significados a um mesmo texto constitucional. Dessa forma, a interpretação constitucional deve ser orientada, sob pena de se perder sob inúmeras possibilidades de interpretação. Outro ponto observado pela hermenêutica jurídica aplicada também a seara constitucional é a atividade constitutiva do intérprete. Como o texto constitucional é pautado por conceitos abertos e indeterminados o intérprete realiza atividade criativa ao atribuir sentido à norma constitucional. Segundo Barroso:

Os métodos de atuação e de argumentação dos órgãos judiciais são essencialmente jurídicos, mas a natureza de sua função, notadamente quando envolva a jurisdição constitucional, é inegavelmente política. Isso se deve ao fato de que o intérprete desempenha um a atuação criativa – pela atribuição de sentido as cláusulas abertas e pela realização de escolhas entre soluções alternativas possíveis -, mas também em razão das consequências práticas de suas decisões, que afetam o equilíbrio entre os Poderes e os deveres que lhe são impostos.<sup>107</sup>

---

<sup>106</sup>LEAL, Mônia Clarissa Hennig. **Jurisdição Constitucional Aberta**: a Abertura Constitucional Como Pressuposto de Intervenção do Amicus Curiae no Direito Brasileiro. Revista Direito Público, vol. 21, p. 27-49, 2008, pp. 35 e 36.

<sup>107</sup>BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 3ª ed. – São Paulo: Saraiva, 2011, p. 310.

Então para se falar de déficit democrático é necessário se admitir dois pressupostos. O primeiro é a admissão da atividade constitutiva dos juízes ao realizar a sua função jurisdicional quando decorrentes da interpretação constitucional. A segunda que esta decisão extrapole o caso concreto e tenha seu efeito declarado *erga omnes*. Ou seja, assim como no Poder Legislativo, o STF nos processos de controle de constitucionalidade, acaba por realizar atividade constitutiva de direitos ao interpretar o texto constitucional e tal criação acaba por se aplicar para toda a sociedade civil. É o que acontece quando o STF acaba por julgar inconstitucional uma lei ordinária aprovada pelo Legislativo. Não obstante, o Poder Legislativo goza de uma legitimação democrática para exercer a função de elaboração, modificação ou revogação das leis, enquanto os juízes constitucionais não passaram por um processo eleitoral, consolidando assim o chamado deficit democrático.

Existe ainda uma corrente que defende que os juízes do Supremo Tribunal Federal possuiriam uma legitimidade democrática reflexa, ou indireta, haja vista seus ministros serem indicados pelo chefe do Executivo e sua admissão chancelada pelo Senado Federal, estes últimos, dotados de legitimidade democrática<sup>108</sup>. Todavia, visto que em tempos de crise da democracia representativa, se questiona mesmo a real representatividade dos escolhidos no processo eleitoral, uma legitimação democrática reflexa apresenta um fraco argumento.

O déficit democrático é mais facilmente identificado quando o STF exerce a jurisdição constitucional no controle concentrado de constitucionalidade, porque a decisão que invalida norma sempre é decorrente de atividade constitutiva do juiz ao realizar a interpretação da Constituição, bem como possui efeito *erga omnes*, ainda que sofra modulação. Contudo o deficit democrático não é exclusividade do controle de constitucionalidade abstrato.

O controle de constitucionalidade difuso pode ser declarado por qualquer juiz ou tribunal do poder Judiciário e geralmente possui a característica de gerar efeito apenas *inter partes*, vez que é realizada a análise da constitucionalidade da norma através da análise de um caso concreto. Não obstante, através do recurso extraordinário a questão constitucional por certo chegará ao STF, existindo a possibilidade de os efeitos da decisão extrapolarem o limite *inter partes* e terem

---

<sup>108</sup>JOBIM, Marco Félix. **Medidas estruturantes da Suprema Corte estadunidense ao Supremo Tribunal Federal**. 1. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 125.

efeitos *erga omnes*. Isto pode ocorrer, por exemplo, nos casos de resolução suspensiva pelo Senado Federal, elaboração de súmula vinculante, ou ainda na aplicação da transcendência dos motivos determinantes da decisão. Com exceção da suspensiva pelo Senado Federal, na qual a decisão do STF recebe chancela do Poder Legislativo, a edição de súmula vinculante e a transcendência dos motivos determinantes padecem da mesma carência de legitimidade democrática do controle de constitucionalidade abstrato.

Esse déficit democrático causado pelo binômio já exposto pode se agravar extensamente após a vigência da Lei 13.105/2015 em vista da valorização dos precedentes judiciais como fonte do direito brasileiro, bem como do aumento das hipóteses de decisões com vinculação obrigatória.

É em decorrência desse aumento das hipóteses de decisões do STF que podem receber efeito *erga omnes*, bem como a possibilidade do aumento da atividade constitutiva dos juízes ao exercerem a jurisdição constitucional que existe a possibilidade do aumento do déficit democrático. Em vista disso, existem duas formas práticas de mitigar essa carência de legitimidade democrática. A primeira consiste na restrição das decisões com eficácia *erga omnes*. Não obstante a eficácia coletiva das decisões nos processos de controle de constitucionalidade é instrumento importante, vez que promove a uniformidade das decisões judiciais, a segurança jurídica e a celeridade processual. A segunda forma, e talvez a mais viável, é simplesmente permitir a participação da sociedade civil no processo de interpretação constitucional. Nesse sentido, assevera Mônia Hennig:

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

enquanto problema social e cultural)<sup>109</sup>.

É aqui onde se faz presente a teoria de Peter Häberle. Conforme antevisto, segundo Häberle, no constitucionalismo moderno a função da interpretação constitucional tem sido concebida ante a ótica de uma sociedade fechada, na qual existem intérpretes oficiais responsáveis pela hermenêutica constitucional, a exemplo dos juízes constitucionais. Ocorre que, para Häberle a norma só existe enquanto norma interpretada, de modo que todos os que vivem sob a égide da constituição acabam por interpretá-la, sejam eles intérpretes constitucionais ou não. É sua proposta, portanto, a permissão da participação da sociedade aberta em processos formais da interpretação constitucional, haja vista serem os intérpretes não oficiais os conformadores da realidade constitucional.

Essa possibilidade de participação direta da sociedade aberta ainda teria a benesse de efetivar a democracia no processo de interpretação constitucional, vez que para Häberle o papel da vontade popular na democracia não findaria com a simples proclamação do voto. A efetividade democrática em sua obra, não se limita a outorga de poderes do povo a seus representantes, devendo a sociedade se responsável da conformação da realidade constitucional através da participação direta na interpretação constitucional, consolidando assim a democracia participativa.

Tal raciocínio – de que a participação da sociedade civil no processo de interpretação constitucional promove uma efetivação da democracia numa sociedade pluralista – se encontra compartilhado também por Mônia Hennig:

Dentro deste contexto, a Constituição – enquanto norma e enquanto documento jurídico-político fundamental da coletividade – converte-se em um processo permanentemente aberto de construção de sentidos e de significados, a ser construído cotidianamente, para o que se pressupõe uma efetiva participação de todos os envolvidos, e não apenas de parte dos técnicos e burocratas oficial e organicamente investidos de tais competências. É nessa perspectiva que a noção de *status activus processualis*, de participação na vida pública, constitui-se no status fundamental da ordem democrática, fazendo com que os cidadãos sejam incorporados ao sistema político-jurídico não apenas como destinatários de direitos, mas também, e principalmente, como sujeitos ativos desse processo.

---

<sup>109</sup>LEAL, Mônia Clarissa Hennig. **Jurisdição Constitucional Aberta: a Abertura Constitucional Como Pressuposto de Intervenção do Amicus Curiae no Direito Brasileiro.** Revista Direito Público, vol. 21, p. 27-49, 2008, p. 36.

Essa noção de abertura pode ser entendida, portanto, como sendo o princípio (jurídico, de direito, e não unicamente político) da Constituição, a forma por meio da qual a democracia pode persistir – não simplesmente como supremacia do povo (*Herrschaft des Volkes*), mas sim como participação do povo (*Demokratie durch das Volk*) –, constituindo-se em um elemento essencial da Constituição democrática na sociedade pluralista. A publicidade e a participação fazem, por sua vez, com que o desenvolvimento da Constituição se converta, então, de simples *law in action*, em *law in public action*.<sup>110</sup>

Ainda segundo Häberle, para uma efetiva participação da sociedade aberta, devem existir instrumentos aptos a permitir a informação dos juízes constitucionais da interpretação constitucional dos conformadores da realidade constitucional. Os instrumentos concebidos por Häberle a permitir essa participação seriam a intervenção nos processos de interpretação constitucional – através do *amicus curiae*, por exemplo – e a realização de audiências públicas.

Conforme já referido, apesar realização de audiências públicas poderem ser utilizadas para efetivar a participação popular no processo de interpretação constitucional, ela não se afigura como a ferramenta ideal por dois motivos. O primeiro que a audiência pública surge da discricionariedade do interprete oficial de contar com outros pontos de vista na interpretação constitucional, de modo a depender sempre da convocação deste. O segundo que a função primordial das audiências públicas é de sanar o deficit de expertise técnica que foge ao domínio dos juízes ao julgar matéria que depende de conhecimentos diversos da ciência jurídica.

Assim, o instituto do *amicus curiae* demonstra algumas vantagens como ferramenta capaz de efetivar a participação da sociedade aberta, uma vez que pode intervir no processo de interpretação constitucional tanto de maneira provocada – a convite do interprete oficial – quanto de maneira espontânea – ainda que sua habilitação dependa do crivo do juiz ou relator do caso em questão. Ademais com a previsão legal contida no artigo 138 do novo Código de Processo Civil, o *amicus curiae* passou a ter possibilidade de atuação em qualquer grau de jurisdição bem como em processos onde se pleiteiam direitos individuais de cunho preponderantemente subjetivo possuindo assim a possibilidade de sua ampla disseminação em face de uma atuação mais restrita da utilização das audiências

---

<sup>110</sup> LEAL, Mônia Clarissa Hennig. **Jurisdição Constitucional Aberta: a Abertura Constitucional Como Pressuposto de Intervenção do Amicus Curiae no Direito Brasileiro.** Revista Direito Público, vol.

públicas, que está adstrita a alguns casos específicos.

É assim que a ampla utilização do *amicus curiae*, não apenas nos processos de controle abstrato de constitucionalidade, mas em todos os processos em que existe uma atividade constitutiva do juiz ao realizar a interpretação da Constituição, bem como possui a possibilidade de atribuição do efeito *erga omnes*, tem o condão de mitigar o deficit democrático dessas decisões, principalmente a vista da valorização dos precedente judiciais como fonte do direito brasileiro, bem como do aumento das hipóteses de decisões com vinculação obrigatória gerada pela Lei 13.105/2015.

### **5.3 A coletivização das demandas, o princípio da isonomia e o *amicus curiae*: o contraditório efetivado através do principio da cooperação**

A coletivização das demandas, bem como aumento das hipóteses de decisões com poder de vinculação obrigatória e valorização dos precedentes é um fenômeno que já vinha sendo efetivado no ordenamento jurídico brasileiro, mas que efetivamente se consagrou com a promulgação do novo CPC. Essa nova força dos precedentes judiciais, sejam eles de vinculação obrigatória ou não, têm seus méritos dentro do exercício da função jurisdicional.

O primeiro deles é a segurança jurídica gerada em decorrência da uniformização de entendimentos que deverão ser promovidas pelos tribunais ao manter a jurisprudência nacional estável, íntegra e coerente, de acordo com o artigo 926 do CPC de 2015. É da exegese do inciso XXXVI do artigo 5º da Constituição federal que dispõe que “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada” de onde se extrai o princípio da segurança jurídica. A uniformidade da jurisprudência e a previsibilidade das decisões geradas por esse sistema coletivo de demandas que inspiram a confiança que é corolário da segurança jurídica.

O segundo é o possível aumento da celeridade processual ao decidir causas repetitivas. Um dos principais óbices à tutela jurisdicional para efetivação de direitos é a morosidade do tramite processual em decorrência do grande fluxo de ações em face de um aparato do poder Judiciário que não está preparado para tal demanda. O sistema de resolução de demandas repetitiva, no qual é aplicada uma única decisão

---

21, p. 27-49, 2008, pp. 46-47.



a todos os casos homogêneos, busca a efetivação da duração razoável do processo e meios que garantam a celeridade de sua tramitação, positivados no inciso LXXVIII, do artigo 5º da Constituição Federal.

O terceiro é que com a previsibilidade do entendimento judicial promovido pela uniformidade e poder vinculatório das decisões existe um desestímulo à litigiosidade. Isto porque ante uma jurisprudência sólida e unificada a parte que deduz uma pretensão ao qual o Judiciário uniformemente possui entendimento contrário deixa de promover ação judicial. Nos moldes da jurisprudência nacional atual, a diversidade de decisões judiciais é tão difusa que estimula os litigantes a apostarem na “casa lotérica judicial” ao se verem possivelmente contemplados com decisão judicial favorável a sua pretensão, ainda que com isso tenham que arcar com um processo judicial demorado e possivelmente oneroso, conforme assevera Guilherme Marinoni:

Quando a parte que se julga prejudicada tem conhecimento de que o Judiciário não ampara sua pretensão, esta certamente não gastará tempo e dinheiro em busca de uma tutela jurisdicional que, de antemão, sabe que lhe será desfavorável. Contudo, quando ao advogado não resta outra alternativa a não ser informar o seu cliente de que, no que diz respeito ao seu problema, o Judiciário já decidiu e tem decidido de várias formas, fica a parte com a viva impressão de que deve propor a demanda, arriscando obter uma decisão favorável. Afinal, se um juiz ou uma Câmara ou Turma pode lhe dar ganho de causa, entre outras que lhe podem dar decisão desfavorável, vale a pena arcar com os custos e com a demora do processo. O autor da ação é obrigado a pensar com a lógica de um apostador, transformando o distribuidor judicial em espécie de roleta, cujo último sopro determinará a sorte do litígio. Há nítida possibilidade de o Judiciário ser visto como casa lotérica, em que a aposta seja conveniente, mesmo pagando-se alto<sup>111</sup>.

Todos esses fatores são favoráveis a uma maior utilização das decisões de vinculação obrigatória e valoração dos precedentes. Não obstante, a ampla utilização dessas formas de decisões coletivas acaba por molestar um princípio fundamental do processo judicial: o contraditório. O princípio do contraditório está intimamente ligado aos princípios da ampla defesa, da isonomia processual e da paridade de armas. É em decorrência desses princípios que é inconcebível que aqueles que não tiveram oportunidade de ser parte ou coadjuvante da parte no

---

<sup>111</sup>MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 179.

processo sejam atingidos pela coisa julgada. Outra decorrência lógica é a isonomia de procedimentos e manifestações no processo, o que, ao menos formalmente, culminaria na paridade de armas processual. Não obstante, nos processos nos quais se pleiteiam direitos transindividuais, não se pode partir da mesma ótica. Da mesma forma que nos processos subjetivos onde se discutem direitos individuais, deve-se oportunizar o contraditório as partes, vez que os efeitos dessa decisão só terão efeitos *inter partes*, nos processos objetivos, no qual se discutem interesses transindividuais, deve-se oportunizar o contraditório coletivo, em decorrência do efeito *erga omnes*.

Segundo Scarpinella Bueno, o princípio do contraditório se desdobra no que a doutrina brasileira começa a referir-se por princípio da cooperação, no sentido de que as partes devem colaborar com o juiz para o proferimento de uma decisão mais justa e legítima<sup>112</sup>. O CPC parece encampar tal percepção, vez que veda a decisão surpresa baseada em argumentos não ventilados nos autos processuais, conforme redação de seu artigo 10: “O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício”. Essa determinação legal de oportunizar às partes manifestação sob fatos ou argumentos sob os quais se fundamentaram a decisão judicial bem demonstra que o ordenamento jurídico brasileiro aponta a efetividade desse princípio da cooperação. Ou seja, mesmo nos processos no qual a decisão judicial só terá efeito *inter partes*, a legislação brasileira aponta a necessidade de colaboração no processamento de fatos e argumentos a fundamentarem a decisão judicial, porque quanto mais amplo o debate e mais argumentos e situações forem apresentadas ao juiz, maior a probabilidade do julgador tomar uma decisão sem ignorar nenhuma faceta do litígio, operando uma decisão mais justa e legítima. Assim, fica superado o pensamento de que o contraditório se concretiza com a simples isonomia processual e paridade de armas formal. Segundo Marinoni:

Tanto é verdade que a isonomia costuma ser vinculada ao contraditório, importando se as partes têm adequada possibilidade de agir e de reagir de modo a influir sobre a formação da convicção judicial. Como salienta Mario Chiavario, o contraditório não implica

---

<sup>112</sup>BUENO, Cássio Scarpinella. *Amicus Curiae no Processo Civil Brasileiro*: um terceiro enigmático. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 86.

uma identidade absoluta entre os poderes reconhecidos às partes de um mesmo processo e nem, necessariamente, uma simetria perfeita de direitos e de obrigações, pois o que conta é que as diferenças eventuais de tratamento sejam justificáveis racionalmente, à luz de critérios de reciprocidade, e de modo a evitar, seja como for, que haja um desequilíbrio global em prejuízo de um das partes.

Também há igualdade ao processo, ou melhor, igualdade de acesso à jurisdição e igualdade de procedimentos e de técnicas processuais. Trata-se, obviamente, de uma igualdade que pressupõe tratamento particularizado àqueles que possuem dificuldades econômicas de acesso à justiça e aos que são titulares de direitos que exigem procedimentos e técnicas processuais diferenciados<sup>113</sup>.

Se mesmo nas causas de impacto individual, e até em situações no qual as partes normalmente não teriam voz, como nas decisões de ofício, o Código de Processo Civil de 2015 se preocupa com a cooperação entre os entes processuais para o proferimento de uma decisão mais justa e legítima, nas causas de amplo impacto social, tal cuidado deve ser superdimensionado.

O próprio STF reconhece o problema do contraditório em sede de questões de controle abstrato de constitucionalidade. Em 2009, por exemplo, no julgamento do Agravo Regimental na ADI 4.071, enquanto se discutia até que momento era processualmente adequado à habilitação do *amicus curiae*, também foi aventado pelos ministros a importância da participação destes terceiros em causas que podem impactar na sociedade como um todo<sup>114</sup>. Isto porque nas causas nos quais são proferidas decisões de vinculação obrigatória ou efeito *erga omnes* é patente que pessoas que não participaram da lide e não tiveram a oportunidade de manifestar-se serão atingidas pela decisão. Mesmo quando as decisões tomadas em tribunais superiores não em têm efeito direto ou vinculam decisões de outros processos é inegável que a decisão tomada em tribunais superiores tem um impacto nas

---

<sup>113</sup>MARINONI, Luiz Guilherme. **O precedente na dimensão da igualdade**, 2016 disponível em <<http://www.marinoni.adv.br/wp-content/uploads/2016/08/O-Precedente-na-Dimens%C3%A3o-da-Igualdade.docx>> p. 02-03. Acesso em 20 de dez. de 2016.

<sup>114</sup>Nas notas taquigráficas da ADI 4.071 AgRg/DF, o Ministro Gilmar Mendes, então presidente do STF afirmou que “Sem querer fazer contraponto, temos um outro aspecto. Trabalhamos, e não há alternativa, com a ficção - e, aqui, é necessária - da causa petendi aberta. Por quê? Porque, quando declaramos constitucional ou inconstitucional uma lei, o fazemos em face da Constituição como um todo. Nesse sentido, o *amicus curiae* cumpre uma função eminente, que é, de fato, de fazer com que essa ficção se aproxime um pouco da realidade, trazendo outras abordagens sobre o tema. Eu tenho a impressão de que hoje é até um sinal positivo da prática do Supremo Tribunal Federal essa abertura. Talvez, o caso específico - por isso eu não gostaria de fixar precedente - não é dos melhores, porque se trata do indeferimento de um agravo, mas eu diria que, por exemplo, nos casos que temos hoje de repercussão geral, muitas pessoas podem estar perdendo a causa com o pescoço alheio. Ora, a oportunidade que eles têm eventualmente, porque agora sabem que realmente há um processo que vai ser julgado, é assomarem, eventualmente, à tribuna.”

decisões do tribunais e juízes a eles vinculados, vez que as instâncias inferiores tendem a adotar os entendimentos esposados nos graus superiores de jurisdição aos quais estão submetidos. Para Scarpinella Bueno é necessário, portanto, que essas partes exteriores a questão controvertida, porém, afetados por ela tenham um mecanismo processual formal de se manifestarem e exercerem o contraditório coletivo através do *amicus curiae*:

De qualquer lado que o tema a que diz respeito este item seja examinado — não há como olvidar essa circunstância —, ele acaba por nos colocar, uma vez mais, diante do mesmo dilema que, desde a antiguidade, perturba o direito como um todo: como admitir que alguém, sem que participe diretamente do processo ou, quando menos, sem ter oportunidade concreta, efetiva, "consciente", de participar, possa ser "afetado" em alguma medida por uma decisão jurisdicional? Enfrentadas as dificuldades em seu contexto adequado, como esperamos tenhamos conseguido demonstrar, não há como negar possa — na verdade, "deva" — o *amicus* ser legítimo portador dos "interesses" que estão "fora" do processo em julgamento mas que, de alguma forma, mais ou menos intenso, será afetado por aquilo que for anteriormente decidido. Justamente porque não há como, sem agredir o "modelo constitucional do processo", afetar algum bem jurídico, interesse ou direito, sem o "devido processo legal", o "contraditório" e a "ampla defesa". Sem que haja prévia cooperação entre os exercentes do Poder e os seus destinatários<sup>115</sup>.

É nessa senda que o *amicus curiae* se mostra como ferramenta processual adequada a resguardar o contraditório e o princípio da cooperação nos processos nos quais as decisões extrapolam os litigantes diretos nos processos, seja pelo efeito de vinculação obrigatória que poderá ser atribuído a decisão, seja pelo valor persuasivo do precedente formado.

A Lei nº 13.105, de 2015, trouxe importante avanço nesse sentido, ao permitir, através de seu artigo 138 a participação na qualidade de *amicus curiae* de pessoa natural ou jurídica, órgão ou entidade especializada, com representatividade adequada, em qualquer tipo de processo e em qualquer grau de jurisdição. Esse tipo de zelo que o novo código demonstra com o *amicus curiae* aponta a importância da generalização do instituto, mesmo em processos subjetivos. Não obstante, para um efetivo exercício do contraditório coletivo nos litígios nos quais a questão controvertida tem natureza transindividual, é necessária a generalização do *amicus*

---

<sup>115</sup>BUENO, Cássio Scarpinella. **Amicus Curiae no Processo Civil Brasileiro**: um terceiro enigmático. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 567.

*curiae*, tanto pela disseminação da utilização desse instituto pelos intervenientes, quanto pela admissão de habilitação pelos julgadores da causa.

Isto porque se faz importante que tanto o interveniente na qualidade de *amicus curiae* quanto ao julgador tenham consciência da importância de, na medida do possível, se exaurir todos os fatos e fundamentos antes de se proferir decisão em processos de amplo espectro vinculatório. A omissão de participação de terceiros que podem trazer ao lume novos fatos e argumentos ou ainda a negativa de permissão de intervenção do *amicus curiae* pelo magistrado podem gerar o risco de uma decisão desarrazoada a um processo que pode atingir toda a coletividade.

Assim, a disseminação da utilização do instituto do *amicus curiae* pode ser a forma de promover o contraditório coletivo nas ações de amplo impacto social, bem como ferramenta legitimadora essas decisões.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme demonstrado no corpo do presente trabalho, o instituto do *amicus curiae* vem se tornando cada vez mais relevante dentro do ordenamento jurídico brasileiro, ganhando espaço cada vez maior a cada diploma legal que prevê sua atuação, desde sua tímida aparição na Lei 6.385, de 1976, que previa a intervenção da CVM, até sua consagração no Código de Processo Civil de 2015 (Lei 13.105, de 2015). O fortalecimento do instituto não é infundado. O *amicus curiae* se apresenta como instituto apto a mitigar alguns problemas do exercício da função jurisdicional no Brasil, principalmente quando postas a realizar a interpretação e aplicação constitucional. A ampla efetivação da jurisdição constitucional, principalmente ante a promulgação do novo CPC, acaba por ter agravado ao menos dois problemas.

Assim, quanto ao problema de pesquisa de pesquisa ao qual o presente trabalho procurou enfrentar – o novo Código de Processo Civil de 2015 veio a obstaculizar o papel saneador do *amicus curiae* no tocante a sua função mitigadora do deficit de legitimidade e do exercício do contraditório coletivo? – a resposta é positiva.

O primeiro problema é que existe uma ampliação do déficit democrático gerado pela atividade constitutiva do juiz em decorrência do aumento das hipóteses de decisões com vinculação obrigatória. Conforme visto a forma mais viável para mitigar esse déficit democrático é simplesmente permitir a participação da sociedade civil no processo de interpretação constitucional, através do *amicus curiae*. A ampla utilização do *amicus curiae*, não apenas nos processos de controle abstrato de constitucionalidade, mas em todos os processos em que existe uma atividade constitutiva do juiz ao realizar a interpretação da Constituição, bem como possui a possibilidade de atribuição do efeito *erga omnes*, tem o condão de mitigar o deficit democrático dessas decisões, principalmente a vista da valorização dos precedente judiciais como fonte do direito brasileiro, bem como do aumento das hipóteses de decisões com vinculação obrigatória gerada pelo novo CPC.

O segundo problema é que a coletivização das demandas pode afrontar os princípios do contraditório, da ampla defesa e da paridade de armas ao imputar a quaisquer pessoas efeitos de decisão de processos aos quais não figuraram como parte, seja pelo efeito de vinculação obrigatória que poderá ser atribuído a decisão, seja pelo valor persuasivo do precedente formado. Nessa conjuntura o *amicus*

*curiae* se mostra como ferramenta processual adequada a resguardar o contraditório e o princípio da cooperação nos processos nos quais as decisões extrapolam os litigantes diretos nos processos, seja pelo efeito de vinculação obrigatória que poderá ser atribuído a decisão, seja pelo valor persuasivo do precedente formado.

A conclusão do presente trabalho, não aponta que a utilização do instituto do *amicus curiae* a permitir a participação popular no processo de interpretação é suficiente para sanar os problemas do déficit de legitimidade ou do contraditório coletivo, ou mesmo que ele se trata da melhor ferramenta para atenuar esses problemas. A ilação que se pode deduzir da pesquisa teórica desenvolvida é que a utilização do instituto do *amicus curiae* é instrumento capaz de pelo menos amortecer os problemas déficit de legitimidade ou do contraditório coletivo e que a vigência do novo Código de Processo Civil acaba por obstaculizar esse papel.

A possível mitigação desses problemas através da utilização *amicus curiae* bem demonstra a necessidade de generalização da utilização do instituto. A Lei 13.105, de 2015, trouxe inegáveis avanços para a sedimentação do instituto no direito processual brasileiro. Entre as principais conquistas estão a possibilidade de participação como *amicus curiae* de pessoa natural ou jurídica, órgão ou entidade especializada, com representatividade adequada em qualquer grau de jurisdição.

No entanto, existem dois quesitos relevantes aos quais o artigo 138 da Lei 13.105/2015 se quedou silente e que podem se tornar obstáculos para a disseminação da utilização do *amicus curiae*. O primeiro é no tocante a discricionariedade do juiz ou relator em admitir a intervenção de terceiros na qualidade de *amicus curiae*. Sem nenhum tipo de requisito objetivo a admissibilidade do instituto fica completamente a mercê da vontade do julgador. O segundo é a ausência de regulamentação de poderes. Ainda que a jurisprudência tenha suprido o questionamento acerca dos poderes do *amicus curiae*, como o direito a apresentação de memoriais e a sustentação oral em audiência, a disseminação do instituto inspira a necessidade de positivação dos poderes de participação. Dessa forma, a participação do *amicus curiae*, instrumento com potencial de legitimação da decisão judicial em processos de impacto social (seja pela redução do deficit democrático, seja pela efetivação do contraditório e cooperação) deveria ser um direito da coletividade.

É cedo para traçar o desenvolvimento do instituto do *amicus curiae* após a vigência do novo Código de Processo Civil de 2015. Ainda não há como prever se o

*amicus curiae* se tornará um instituto de utilização disseminada no ordenamento jurídico brasileiro, ou mesmo se ele será eficiente em mitigar ou até sanar os problemas expostos da aplicação da jurisdição constitucional ante as demandas coletivas. O que se pode esperar é uma construção jurisprudencial coesa e uniforme dos moldes nos quais se dá sua participação e constatar como os juízes e tribunais brasileiros faram seu uso.



## REFERÊNCIAS

- AGUIAR, Mirella de Carvalho. Amicus Curiae, in: **Coleção Temas de Processo Civil: Estudos em Homenagem a Eduardo Espínola**. Salvador: Juspodium, 2005.
- ALMEIDA, Eloísa Machado. **Sociedade civil e democracia: a participação da sociedade civil como amicus curiae no Supremo Tribunal Federal**. Dissertação apresentada como requisito parcial para a obtenção do título de mestre em ciências sociais na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC-SP, São Paulo, 2006.
- ARAÚJO, L. C. M. **Supremacia ou Diálogos Judiciais? O Desenvolvimento de uma Jurisdição Constitucional Verdadeiramente Democrática a Partir da Leitura Institucional**. Revista do Instituto do Direito Brasileiro, 2014. disponível em: <[www.agu.gov.br/page/download/index/id/19791312](http://www.agu.gov.br/page/download/index/id/19791312)> acesso em 20.10.2015.
- BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 3ª ed. – São Paulo: Saraiva, 2011.
- BINENBOJM, Gustavo. A dimensão do amicus curiae no processo constitucional brasileiro: requisitos, poderes processuais e aplicabilidade no âmbito estadual. **Revista Direito**, Rio de Janeiro, v. 8, n. 13, jan./dez, p. 85-108, 2004.
- BISCH, Isabel da Cunha. **O Amicus Curiae, as Tradições Jurídicas e o Controle de Constitucionalidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.
- BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. nova edição 7. tir. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.
- \_\_\_\_\_. **A Teoria das Formas de Governo**. tradução Sérgio Bath. Brasília: UnB, 1980.
- BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia judicial versus diálogos constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.
- BUENO FILHO, Edgard Silveira. A democratização do debate nos processos de controle de constitucionalidade. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, nº 14, jun/ago, 2000, disponível em [www.direitopublico.com.br/pdf\\_14/DIALOGO-JURIDICO-14-JUNHO-AGOSTO-2002-EDGARD-SILVEIRA-BUENO-FILHO.pdf](http://www.direitopublico.com.br/pdf_14/DIALOGO-JURIDICO-14-JUNHO-AGOSTO-2002-EDGARD-SILVEIRA-BUENO-FILHO.pdf), acesso em 20.12.2013.
- BUENO, Cássio Scarpinella. **Amicus Curiae no Processo Civil Brasileiro: um terceiro enigmático**. São Paulo: Saraiva, 2006.

CABRAL, Antônio do Passo. Pelas asas de Hermes: a intervenção do Amicus Curiae, um terceiro especial. **Revista de Processo**, nº 117, São Paulo, set-out de 2004.

CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo**: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estudos sobre Direitos Fundamentais**. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

CARNEIRO, Athos Gusmão. **Intervenção de Terceiros**. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

CARVALHO, Alexandre Douglas Zaidan de. **Efeito Vinculante e Concentração da Jurisdição Constitucional**. Brasília, DF, Consulex, 2012.

COELHO, Inocêncio Mártires. Konrad Hesse/Peter Häberle: um retorno aos fatores reais de poder. In: **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, a. 35 n. 138, abr./jun. 1998.

COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

DAHL, Robert A. **A democracia e seus críticos**. 1 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

\_\_\_\_\_. **Poliarquia: participação e oposição**. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2005.

\_\_\_\_\_. **Sobre a democracia**. Tradução de Beatriz Sidou. Brasília : Editora Universidade de Brasília. 2001.

\_\_\_\_\_. Tomada de decisões em uma democracia: a Suprema Corte como uma entidade formuladora de políticas nacionais. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 252, p. 25-43, abr. 2013. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/7954/6820>>. Acesso em: 01 Out. 2016.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **A Luta pelos Direitos Humanos**. In: LOURENÇO, Maria Cecília França. Direitos Humanos em Dissertações e Teses da USP: 1934-1999. São Paulo: Universidade de São, 1999.

DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

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

DIAS JÚNIOR Etéocles Brito. **Soberania parlamentar, judicial review e diálogos institucionais : do isolamento decisionista à atividade colaborativa entre os poderes na aplicação constitucional,** 2012. 112f. Dissertação (Mestrado em direito) - Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro. 2012.

DONIZETTI, Elpídio. **O amicus curiae no Novo Código de Processo Civil.** 2016 disponível em <<http://genjuridico.com.br/2016/04/13/o-amicus-curiae-no-novo-codigo-de-processo-civil/>> Acesso em 07 de dez. de 2016.

DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito.** Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

GONTIJO, André P. **O papel do amicus curiae no processo constitucional brasileiro: uma análise à luz das teorias de Niklas Luhmann, Jürgen Habermas e Peter Häberle.** Monografia apresentada como requisito para a conclusão do curso de bacharelado em Direito do Centro Universitário de Brasília, Brasília, 2006.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional. A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição.** Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1991.

JOBIM, Marco Félix. **Medidas estruturantes da Suprema Corte estadunidense ao Supremo Tribunal Federal.** 1. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional.** 1ª ed. – São Paulo: Martins Fontes, 2003.

LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito.** 5. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2009.

LASSALLE, Ferdinand. **O que é uma constituição?** Trad: Walter Stöner. Versão para eBook. Edições e Publicações Brasil: São Paulo, 1933.

LAURENTIS, Thais Catib de. **A caracterização do amicus curiae a luz do Supremo Tribunal Federal.** Monografia apresentada à Escola de Formação da Sociedade Brasileira de Direito Público como trabalho de conclusão de curso, São Paulo, 2007.

LEAL, Fernando. **Para que servem as audiências públicas no STF.** Disponível em:

<<http://jota.info/artigos/para-que-servem-as-audiencias-publicas-no-stf-16062015>>

Acesso em: 10 de out. de 2016.

LEAL, Mônia Clarissa Henning. Jurisdição Constitucional Aberta: a Abertura Constitucional como pressuposto de intervenção do Amicus Curiae no Direito Brasileiro. **Revista Direito Público**, vol. 21, p. 27-49, 2008.

LIMA, Flávia Santiago. **Jurisdição Constitucional e Política - Ativismo e Autocontenção no STF**. 1ª ed. Curitiba: Juruá Editora, 2014.

LIMA JÚNIOR, Claudio Ricardo Silva. **Precedentes judiciais no processo civil brasileiro: aproximação Entre Civil Law e Common Law e Aplicabilidade do Stare decisis**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

LÜCHMANN, Lígia Helena Hahn. **Possibilidades e limites da democracia deliberativa: a experiência do orçamento participativo de Porto Alegre** / Lígia Helena Hahn Lüchmann. Campinas, SP: (s. n.), 2002. Orientador: Rachel Meneguello. Tese (doutorado) - Universidade Estadual de Campinas, Instituto de Filosofia e Ciências Humanas.

MACIEL, Adhemar Ferreira. Amicus curiae: um instituto democrático. **Revista de Informação Legislativa**, vol. 153, ano 39, Brasília, 2002, disponível em <http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/742>, acesso de 05.11.2015.

MAMARI FILHO, Luís Sérgio Soares. **A Comunidade aberta de Intérpretes da Constituição: a amicus curiae como estratégia de democratização da busca do significado das normas**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005.

MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sérgio Cruz, MITDIERO, Daniel. **Curso de Processo Civil, v. 2**. 1ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

\_\_\_\_\_. **Aproximação crítica entre as jurisdições de civil law e de common law e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil**. 2009 disponível em < <http://revistas.ufpr.br/direito/article/view/17031> > Acesso em 05 de nov. de 2016.

\_\_\_\_\_. **Precedentes obrigatórios**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

\_\_\_\_\_. **O precedente na dimensão da igualdade**. 2016 disponível em <<http://www.marinoni.adv.br/wp-content/uploads/2016/08/O-Precedente-na-Dimens%C3%A3o-da-Igualdade.docx>.> Acesso em 20 dez. 2016.

MENDES, Gilmar; VALE, Rufino do. **A influência do pensamento de Peter Häberle no STF**. Revista Consultor Jurídico, 10 de abril de 2009. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2009-abr-10/pensamento-peter-haberle-jurisprudencia>

supremo-tribunal-federal>. Acesso em: 10 set. 2013.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição Constitucional**. 2ª Ed., São Paulo: Saraiva, 1998, p. 129-130.

\_\_\_\_\_. **Controle de Constitucionalidade – Aspectos jurídicos e políticos**. São Paulo: Saraiva, 1990.

MOUFFE, Chantal. **Democracia, cidadania e a questão do pluralismo**. Política e Sociedade: revista de Sociologia Política, Florianópolis, UFSC, v.1, n.3, 2003.

OLIVEIRA, Leandro Correia de. **O Judicial Review permite um diálogo entre poderes**. 2012. disponível em <<http://www.conjur.com.br/2012-nov-23/leandro-oliveira-judicial-review-permite-dialogo-entre-poderes>> Acesso em 07 de dez. de 2014.

PECES-BARBA, Gregorio. **Curso de Derechos Fundamentales**: teoría general. Madrid: Universidad Carlos III, 1995.

PEDROLLO, Gustavo F.; MARTEL, Letícia de C. V. Amicus Curiae: elemento de participação política nas decisões judiciais-constitucionais. **Revista Ajuris**, Porto Alegre, v. 99, n. setembro, p. 161-181, 2005.

POPPER, Karl. **A sociedade aberta e seus inimigos**. Belo Horizonte: Itatiaia, 1998.

RÊGO, Bruno Noura de Moraes. **Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003.

RODRIGUES, Lêda Boechat. **A Corte Suprema e o Direito Constitucional Americano**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Civilização Brasileira, 1992.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SELL, Carlos Eduardo. **Introdução à Sociologia Política: política e sociedade na modernidade tardia**. Petrópolis, RJ: Vozes, 2006.

SILVA, José Afonso da. **Comentário Contextual à Constituição**. 5 ed. São Paulo: Malheiros. 2007.

SÓFOCLES. **Antígona**. In: \_\_\_\_\_. Édipo Rei – Antígona.

STREK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo (orgs.). **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 2016.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de direito público**. 2. ed., São Paulo: Editora Malheiros, 1993.

TALAMINE, Eduardo. **O que são os "precedentes vinculantes" no CPC/15**. 2016 disponível em <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI236392,31047->

O+que+sao+os+precedentes+vinculantes+no+CPC15> Acesso em 18 de out. de 2016.

THE ECONOMIST INTELLIGENCE UNIT (2012). **Democracy index 2012. Democracy at a standstill: A report from the Economist Intelligence Unit.**

Disponível em

<[http://www.eiu.com/Handlers/WhitepaperHandler.ashx?fi=Democracy-Index-](http://www.eiu.com/Handlers/WhitepaperHandler.ashx?fi=Democracy-Index-2012.pdf&mode=wp&campaignid=DemocracyIndex12)

2012.pdf&mode=wp&campaignid=DemocracyIndex12>. Acesso em: 20 de jul. 2014.

VALLE, Vanice Regina Lírio do Valle; SILVA, Cecília de Almeida.

**Constitucionalismo cooperativo ou a supremacia do Judiciário?** Jurispoiesis,

Rio de Janeiro, v. 12, p. 321-348, 2009.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **História y constitución.** Traducción de Miguel Carbonell.

Madrid: Trotta, 2005.