

A “sociedade aberta aos intérpretes da constituição” para “dentro”: a participação do *amicus curiae* na fiscalização abstrata de normas como elemento de legitimação social das decisões do stf

Bruno Gontijo Rocha, Roberta Valéria Guedes

Resumo

Artigo sobre a participação do *amicus curiae* no processo de controle concentrado e abstrato de constitucionalidade, denotando sua funcionalidade como fator de legitimação das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, em um contexto em que o mesmo exerce sua função contramajoritária. O texto apresenta, a princípio, uma abordagem do controle de constitucionalidade, analisando seus pressupostos, seu necessário enquadramento no âmbito de uma concepção constitucional de Estado e o caráter contramajoritário das decisões proferidas pelo STF. Em seguida, apresenta a figura do *amicus curiae*, tratando de algumas especificidades do instituto e da base teórica que o fundamenta, bem como das consequências dessa intervenção no processo objetivo de controle de constitucionalidade. A metodologia empregada remonta a uma perspectiva epistemológica, com adoção do método hipotético-dedutivo com abordagem qualitativa e técnicas de pesquisa pautadas no viés bibliográfico e documental. Pôde-se constatar, com o presente estudo, que a inserção da participação da sociedade no controle concentrado e abstrato de constitucionalidade, por meio da abertura procedimental viabilizada em especial pela Lei nº 9.868/99, permite conferir legitimidade às decisões proferidas pelo STF, não de modo a afastar o caráter contramajoritário quando da pronúncia de nulidade, mas como forma de atenuá-lo.

Palavras-chave: Direito Público. Controle de constitucionalidade. Contramajoritário. *Amicus curiae*. Legitimidade.

Abstract

Article about the participation of amicus curiae in the case of concentrated control and abstract judicial review, denoting its functionality as a factor in legitimizing the decisions rendered by the Supreme Court, in a context in which it exercises its function contramajoritária. The paper presents the principle approach of judicial review, analyzing the assumptions, its necessary framework within a constitutional concept of state and character contramajoritário of judgments by the Supreme Court. It then presents the figure of the amicus curiae, addressing some specifics of the institute and the theoretical basis underlying it, and the consequences of this intervention process in order to control constitutionality. The methodology goes back to an epistemological perspective, adopting the hypothetical-deductive approach and qualitative research techniques grounded in bias bibliographic and documentary. It was found that, with the present study, the inclusion of the participation of society in the abstract and concentrated control of constitutionality, through procedural

opening made possible in particular by Law No. 9.868/99, lets give legitimacy to decisions rendered by the Supreme Court, not in order to ward off the character when the contramajoritário of nullity, but as a way to mitigate it.

Keywords: Public Law. Control of constitutionality. Contramajoritário. Amicus curiae. Legitimacy.

1 Introdução

O presente estudo tem por objetivo analisar a influência da participação de órgãos e entidades dotados de representação social adequada na fiscalização abstrata de normas (*amicus curiae*). Tal tema implica em abandonar a antiga concepção de interpretação constitucional como processo afeto apenas aos juízes e enxergar o processo objetivo de controle de constitucionalidade concentrado e abstrato como procedimento aberto.

O controle de constitucionalidade cuida-se de procedimento que visa verificar a compatibilidade dos atos do poder público com a Constituição, estabelecendo um contexto no qual esta funciona como parâmetro de controle e aqueles como objetos. Trata-se de mecanismo da jurisdição constitucional que só pode ser visualizado dentro da concepção de Estado Constitucional e que tem como função imprescindível defender a Constituição, mantendo a integridade do ordenamento jurídico.

Como se pode notar trata-se de tema de importância ímpar dentro de um Estado Constitucional, que trata dos mecanismos de defesa da norma mais importante do sistema normativo, e que, a cada dia, ganha novos contornos, sejam eles estabelecidos pelo advento de modificações legislativas, pela doutrina ou pela jurisprudência do STF.

O sistema brasileiro de controle de constitucionalidade pode ser tido como misto, pois alberga tanto o controle pela via difusa, passível de ser exercido por qualquer juiz ou tribunal, quanto o controle pela via concentrada, em que o controle é exercido por um único órgão.

O presente tema será tratado no âmbito do controle concentrado, sendo que a abordagem levará em consideração a regra segundo a qual tal controle também é abstrato. Ademais, o enfoque será conferido ao controle exercido pelo STF e sua jurisprudência, apesar desse tipo de controle também poder ser exercido pelos Tribunais de Justiça (controle de constitucionalidade estadual).

Ao se proceder ao exame de compatibilidade vertical da norma-objeto com a norma-parâmetro, acaba-se, quando da pronúncia de nulidade em sede de declaração de inconstitucionalidade, por retirar aquela do ordenamento jurídico. É nesse contexto, em essência, que se aponta o caráter contramajoritário das decisões proferidas em sede de controle de constitucionalidade. Ao se retirar determinada norma infraconstitucional, com os efeitos inerentes à fiscalização abstrata, o Judiciário estaria, de certa forma, contrariando

disposição abstrata e genérica emanada do povo, por meio do exercício da democracia representativa (art. 1º, parágrafo único da Constituição Federal de 1988).

Apesar desse caráter, com a previsão constante no art. 7º, § 2º da Lei nº 9.868/99, surge uma forma de intervenção no procedimento de controle de constitucionalidade abstrato, qual seja, o *amicus curiae*. Tal figura permite a participação de órgãos e entidades dotadas de representatividade social, promovendo uma abertura procedimental.

Nesses termos, o objetivo da presente pesquisa consiste em verificar se a participação do *amicus curiae* no procedimento em questão permite conferir legitimidade às decisões proferidas pelo STF e qual o impacto daí advindo no caráter contramajoritário que elas ostentam. Para tanto, é prudente uma prévia contextualização, em que se trate do controle de constitucionalidade no que diz respeito a seus pressupostos e em qual âmbito ele pode ser tido como efetivo.

Trata-se de assunto que deve ter por marco teórico as lições de Peter Häberle, que, já em 1975, lançava as bases para a figura do *amicus curiae* e que tem influenciado de maneira considerável principalmente a jurisprudência do STF.

A metodologia empregada no presente estudo remonta a uma pesquisa epistemológica, considerando que perpassa pela análise de conceitos e pressupostos relacionados ao controle de constitucionalidade, bem como os fundamentos que sustentam a atuação do *amicus curiae* nesse âmbito (MONTEIRO; SAVEDRA, 2001). O método, por sua vez, é o hipotético-dedutivo segundo a concepção dada por Marconi e Lakatos (2006, p. 106), citados por Assis (s.d.), com uma abordagem de índole qualitativa (OLIVEIRA, 2000).

As técnicas de pesquisa utilizadas, conforme classificação proposta por Monteiro e SAVEDRA (2001), enquadram-se no grupo de pesquisas exploratórias, abarcando tanto a forma bibliográfica quanto a documental, esta especificamente no campo que diz respeito a documentos normativos e jurisprudência.

Busca-se, com esta pesquisa, contribuir para uma maior reflexão no âmbito do controle concentrado e abstrato de constitucionalidade, especificamente sobre a participação do *amicus curiae*, de forma a propiciar, cada vez mais, um avanço no debate do tema.

2 A participação do *amicus curiae* na fiscalização abstrata de normas e seu viés legitimador das decisões do stf

O Controle jurisdicional de constitucionalidade trata-se de procedimento de verificação da compatibilidade entre a Constituição, tida como parâmetro de controle, e os atos do poder público, tidos como objeto do controle.

Cuida-se, assim, do principal instrumento de defesa da Constituição (CLÈVE, 2000), que, além de garantir sua superioridade e força normativa, serve como instrumento de proteção dos direitos fundamentais (CUNHA JÚNIOR, 2012).

2.1 Controle de constitucionalidade: pressupostos e contextualização

A aferição da compatibilidade entre a Constituição e as normas infraconstitucionais deve ser pautada pela existência de alguns pressupostos. Segundo Clève (2000), poderiam ser indicados os seguintes: a existência de uma Constituição formal; a compreensão da Constituição como norma fundamental, o que englobaria os aspectos da rigidez e da supremacia; e, por fim, previsão de órgão para exercer o controle.

As Constituições sob o aspecto formal podem ser designadas como o documento escrito e formalizado (CLÈVE, 2000), com a finalidade de institucionalização de um sistema (MENDES; BRANCO, 2012). Tal vertente da Constituição apenas surge com o advento do Estado de Direito (CLÈVE, 2000), que, ao substituir o Estado absolutista, veio com a concepção inicial, de índole liberal, de impor limites à atuação do Estado e garantir direitos individuais aos cidadãos em face do mesmo (VALE, 2004).

O primeiro aspecto do segundo pressuposto tem o condão de distinguir as obras do Constituinte em relação às aquelas provenientes do Legislativo, ao se conferir um procedimento mais dificultoso para modificação do texto constitucional quando comparado com as obras do legislador, traçando uma diferenciação entre poder constituinte e constituído (CLÈVE, 2000).

A configuração dessa rigidez constitucional não induz, necessariamente, ao reconhecimento da supremacia (CLÈVE, 2000). Isso porque, o valor da Constituição como norma jurídica, dotada de supremacia em relação a todas as demais, não se verificou, a princípio, em certos cenários.

Nesse sentido, Mendes e Branco (2012, p. 59), após abordarem o constitucionalismo europeu e norte-americano, ressaltam:

o valor normativo supremo da Constituição não surge, bem se vê, de pronto, como uma verdade autoevidente, mas é resultado de reflexões propiciadas pelo desenvolvimento da história e pelo empenho em aperfeiçoar os meios de controle do poder, em prol do aprimoramento dos suportes de convivência social e política.

Nesse contexto, não se pode afirmar, de forma ampla e sem fazer as devidas advertências, que o controle de constitucionalidade tenha surgido, tão somente, com o aparecimento das Constituições formais, ainda que dotadas de rigidez.

O palco desses cenários, nos quais não se poderia falar em supremacia da Constituição, conforme se extrai das lições de Mendes e Branco (2012), foi a Europa continental, no período compreendido entre o século XVIII e o primeiro quarto do século XX. Tinha-se, nesse quadro, o que se pode denominar de Estado de Direito Legalitário ou Legalista, denominação atribuída em razão da posição que se outorgou à lei e ao órgão do qual provinha (LEITE; LEITE, S., 2010).

O poder que antes se concentrava nas mãos do Monarca foi limitado com o advento das Constituições formais e houve a necessidade do seu exercício por outro agente que

carregasse consigo o atributo de representar a vontade geral do povo, sendo, então, atribuído ao Parlamento (LEITE; LEITE, S., 2010).

Não por outro motivo, Steinmetz (2004, p. 74) destaca que “o Estado liberal de direito era um Estado Legislativo que se afirmava a si mesmo por meio do princípio da legalidade. Se antes o Poder Soberano encarnava-se na pessoa do monarca, agora este poder encarnava-se no parlamento ou na assembléia”.

Tinha-se, assim, um Estado de Direito Liberal, com a presença da Constituição, mas com prevalência do “Poder”¹ Legislativo em detrimento dos demais e, por conseqüência, uma supremacia da lei em relação às demais normas, incluída a Constituição.

Nesse quadro, a primazia do Parlamento, que o afastava da possibilidade de controle pelos demais “poderes” e conferia uma primazia à lei, redundava, por via reflexa, na falta de normatividade suficiente para a Constituição ser considerada a norma suprema do ordenamento jurídico e acabava por romper com um dos pressupostos essenciais para se cogitar um controle jurisdicional de constitucionalidade. Nesse sentido, convém citar o posicionamento de Mendes e Branco (2012, p. 52):

Supremacia do Parlamento e supremacia da lei eram aspectos de um mesmo fenômeno, hostil, por si mesmo, à idéia de um instrumento normativo superior ao Parlamento e à lei. Comprometia-se, assim, a noção de Constituição como instrumento com valor normativo efetivo, capaz de estabelecer parâmetros para aferição da validade jurídica dos atos dos poderes públicos. Tudo isso conduzia, também, a que tampouco se emprestasse maior relevância ao problema da modificação da Constituição por via institucional.

Dessa forma, no que concerne à supremacia constitucional e suas conseqüências em relação ao controle de constitucionalidade, pode-se afirmar que este só se desenvolve se for inserido dentro do contexto de um Estado Constitucional. Nesse sentido, Pérez Luño (2002) elenca como alguns dos traços marcantes dessa concepção estatal a primazia da Constituição e o controle jurisdicional de constitucionalidade, em contraposição à primazia da lei e ao controle jurisdicional de legalidade presentes no Estado de Direito Legalista.

O último pressuposto de controle de constitucionalidade diz respeito à necessidade da Constituição conferir, de forma expressa ou implícita, a tarefa de fiscalizar a constitucionalidade a um determinado órgão ou a vários órgãos. O controle de constitucionalidade só tem razão de ser se houver a possibilidade de sancionar o ato normativo que afrontou a Constituição, cuja competência será desse órgão constitucionalmente designado (CLÈVE, 2000).

¹ A expressão “poder” é usada entre parênteses pois, conforme ressalta Cunha Júnior (2010), o Poder político é uno e indivisível, não podendo, portanto, falar-se em fracionamento. O que ocorre, conforme destaca o autor, é que a manifestação desse Poder pode decorrer do exercício das funções legislativa, executiva e judiciária, essas sim passíveis de separação como forma de distribuição e controle do exercício desse Poder.

No direito brasileiro, em virtude da adoção do sistema jurisdicional misto, que abarca tanto viés concentrado quanto o difuso, todos os órgãos do Poder Judiciário, diante de casos concretos, podem proceder à aferição da compatibilidade de determinado ato estatal com a Constituição, assim como outorga-se ao Supremo Tribunal Federal, na condição de seu guardião (art. 102 da Constituição Federal de 1988), a possibilidade de analisar a constitucionalidade sob uma perspectiva abstrata, sem se ater a aspectos relativos a um certo caso concreto, em defesa da ordem constitucional objetiva (CUNHA JÚNIOR, 2012)

Apesar da adoção desse sistema misto, o texto da Constituição Federal de 1988, em razão das previsões relacionadas ao controle concentrado, muitas das quais inovadoras quando comparadas com o perfil adotado nas ordens constitucionais pretéritas, indicou, como apontado por Clève (2000), um maior destaque a esse tipo de controle em detrimento do difuso.

É justamente no âmbito desse controle concentrado, especificamente quando da declaração de inconstitucionalidade, que se insere com mais vigor a questão do caráter contramajoritário das decisões proferidas pelo STF, em virtude da própria repercussão *erga omnes* e da consequência da declaração de inconstitucionalidade com pronúncia de nulidade.

Apesar da importância do exercício da jurisdição constitucional como fator de verificação da compatibilidade vertical das normas, não se pode olvidar que a decisão do STF que retira do ordenamento jurídico determinado diploma normativo, fruto da produção advinda de um órgão cujos componentes foram democraticamente eleitos, vai de encontro à vontade da maioria. Nesse diapasão, Mendes (2004, pp. 469-470) ressalta:

Vê-se, assim, que, enquanto órgão de composição de conflitos políticos, passa a Corte Constitucional a constituir-se em elemento fundamental de uma sociedade pluralista, atuando como fator de estabilização indispensável ao próprio sistema democrático.

É claro que a Corte Constitucional não pode olvidar a sua *ambivalência democrática*. Ainda que se deva reconhecer a legitimação democrática dos juízes, decorrente do complexo processo de escolha e de nomeação, e que a sua independência constitui requisito indispensável para o exercício de seu mister, não se pode deixar de enfatizar que aqui também reside aquilo que Grimm denominou “risco democrático” (*demokratisches risiko*).

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

Nesse ponto, cabe destacar a relação existente entre tal tipo de decisão e o caráter de legislador negativo exercido pela Corte Constitucional. Conforme explicitam Dimoulis e Lunardi (2010), uma das finalidades da concepção de legislador negativo é justamente a de explicar a natureza jurídica das declarações de inconstitucionalidade (“legislação negativa”),

as quais guardariam, segundo Kelsen, um viés legislativo do ponto de vista material ao criar uma norma contrária à anterior.

O próprio STF, em alguns julgados, já reconheceu a sua função de legislador negativo, a exemplo das decisões proferidas na ADI 267 MC / DF e ADI 1822 / DF (DIMOULIS; LUNARDI, 2010).

Não se quer, com tal constatação, afirmar que a função do STF seja estritamente a de legislador negativo. As atuais técnicas de decisão, como a interpretação conforme a Constituição, as sentenças aditivas, manipulativas e interpretativas e a declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade, não permitem chegar a essa conclusão (TAVARES, 2010).

Em reforço a tal constatação Dimoulis e Lunardi (2010), ao tecerem críticas à concepção meramente negativa das decisões proferidas pelas Cortes Constitucionais, afirmam que, atualmente, tais decisões, em certos casos, ultrapassam os limites da mera revogação da norma, podendo-se, em virtude disso, atribuir a função de legisladoras “positivas” às Cortes.

Esse caráter contramajoritário das decisões proferidas no controle concentrado de constitucionalidade não tem, no entanto, apenas a perspectiva que ora se aborda, que o trata como se fosse um aspecto negativo de tal controle, no sentido de ser ter uma decisão que contraria uma opção da maioria. É que o exercício da jurisdição constitucional, em determinados casos, também serve como instrumento de proteção das minorias e dos direitos fundamentais (ABBOUD, 2012).

Conforme se extrai de passagem da obra de Mendes (2004, p. 466), “o sistema democrático não se legitima pela verdade, mas sim pelo consenso”. Assim, o fato do Legislativo atuar respaldado pela opção da maioria não faz, necessariamente, com que a norma daí advinda seja compatível com o sistema jurídico e não precise ser adequada aos parâmetros constitucionais.

Com efeito, pensar de forma diversa, vinculando às decisões do STF sempre à vontade da maioria, acabaria por retirar o sentido de um controle de constitucionalidade (ABBOUD, 2012). Abboud (2012, p. 204), nesse diapasão, destaca:

Em outros termos, é possível afirmar que o direito fundamental somente será considerado trunfo contra a maioria se o Judiciário e, principalmente, o STF assumir sua função contramajoritária. Frise-se ser contramajoritário não é ser [sic] necessariamente ir sempre contra a vontade da maioria, mas, sim, ter poder para contrariá-la quando for necessário em prol do texto constitucional, para assegurar a preservação dos direitos fundamentais do cidadão e das minorias.

A questão de se considerar o viés positivo do caráter contramajoritário não retira ou mitiga, no entanto, esse caráter. A retirada de determinada norma jurídica em prol da proteção dos direitos das minorias e dos direitos fundamentais não afasta ou atenua a circunstância de se ter uma decisão que contraria a vontade da maioria, apesar de justificá-la.

2.2 O *amicus curiae* como elemento de legitimação social das decisões do STF

O caráter contramajoritário das decisões do STF em sede de controle concentrado de constitucionalidade pode ser atenuado. Nesse sentido, a Lei nº 9.868/99 traz elemento dotado de aptidão para exercer tal influência. O art. 7º, § 2º desse diploma legal disciplina:

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

[...]

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

Trata-se, aqui, da figura do *amicus curiae*, expressão que, conforme apontado por Cabral (2004, p. 8), citado por Amorim (2010), significa “amigo da corte”. A figura também encontra previsão legal no art. 6º, § 2º da Lei nº 9.882/99.

Apesar de esse personagem ter sido positivado no ordenamento jurídico, no que tange ao controle de constitucionalidade, apenas em 1999 (MENDES; BRANCO, 2012), não se pode olvidar que tal figura processual já existia antes em nosso sistema normativo. Nesse sentido, conforme sistematiza Amorim (2010), a primeira aparição do “amigo da corte” ocorreu por meio da previsão constante no art. 31 da Lei nº 6.385/76.

Desde já, cabe destacar que a intervenção do *amicus curiae*, como se extrai do *caput* do art. 7º da Lei nº 9.868/99 e de acordo com a jurisprudência do STF, não se caracteriza como típica intervenção de terceiros. A natureza objetiva do controle abstrato de constitucionalidade, em que não se discutem interesses subjetivos, não havendo, portanto, um caso concreto a ser resolvido, impede que possa haver tal caracterização (CUNHA JÚNIOR, 2012).

Apesar dessa consideração, não há posicionamento convergente quanto à natureza jurídica do instituto, conforme apontado por Amorim (2010), existindo aqueles que o tratam, por exemplo, como modalidade de intervenção de terceiros se a participação no procedimento ocorresse de forma voluntária, auxiliar do juízo, forma de assistência qualificada.

A possibilidade de inserção de órgãos e entidades dotados de representatividade no âmbito do controle de constitucionalidade (*amicus curiae*) tem forte influência das lições de Peter Häberle (Mendes, 2008, 2009) que, já em 1975, defendia uma interpretação constitucional mais aberta, não mais adstrita aos juízes (HÄBERLE, 1997).

Com efeito, o autor defende que a interpretação constitucional não pode ser vista como procedimento afeto a uma “sociedade fechada”, em que só proviria dos “órgãos estatais”, devendo antes ser pensada como elemento da sociedade aberta, em que todos aqueles que

vivem o contexto regulado pela constituição têm a possibilidade de interpretá-la (HÄBERLE, 1997).

A previsão da participação do “amigo da corte”, nesse contexto, representa uma garantia de abertura do Estado Constitucional para “dentro”, por meio de disposições do direito processual constitucional, em contraposição à abertura para “fora”, que está atrelada à concepção de Estado Constitucional Cooperativo (HÄBERLE, 2010).

Essa legitimidade para se proceder a uma interpretação constitucional, quando se pensa em um processo interpretativo aberto, não está, conforme se expôs, vinculada tão somente àqueles órgãos formalmente vinculados à Constituição (HÄBERLE, 1997). Convém, nesse diapasão, citar passagem da obra de Häberle (1997, p. 33):

Do ponto de vista teórico-constitucional, a legitimação fundamental das forças pluralistas da sociedade para participar da interpretação constitucional reside no fato de que essas forças representam um pedaço da publicidade e da realidade da Constituição (*ein Stück Öffentlichkeit und Wirklichkeit der Verfassung*), não podendo ser tomadas como fatos brutos, mas como elementos que se colocam dentro do quadro da Constituição: a integração, pelo menos indireta, da “*res publica*” na interpretação constitucional em geral é expressão e consequência da orientação constitucional aberta no campo da tensão do possível, do real e do necessário (“*in das Spannungsfeld des Möglichen, Wirklichen und Notwendigen gestellten Verfassungsverständnisses*”). Uma Constituição, que estrutura não apenas o Estado em sentido estrito, mas também a própria esfera pública (*Öffentlichkeit*), dispondo sobre a organização da própria sociedade e, diretamente, sobre setores da vida privada, não pode tratar as forças sociais e privadas como meros objetos. Ela deve integrá-las ativamente enquanto sujeitos.

Se o poder pode ser exercido pelo povo para a eleição de representantes, responsáveis pela inovação no âmbito jurídico por meio do exercício da função legislativa, nada mais coerente que uma parcela do povo, consubstanciada em determinado órgão dotado de adequada representatividade, possa manifestar-se em procedimento que visa analisar a compatibilidade de determinada norma com a Constituição. O poder exercido pelo povo não se exaure no momento da eleição de seus representantes, podendo ser exercido em outros momentos e de forma direta (art. 1º, parágrafo único da Constituição Federal de 1988).

Häberle (1997, p. 37) afastando essa concepção restritiva do exercício do poder pelo povo assim se posiciona:

“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.

O cidadão, nesse quadro, conforme bem colocado por Cunha Júnior (2012), deixa de ostentar a mera condição de destinatário das normas constitucionais e passa a figurar como seu intérprete. O procedimento antes fechado ao âmbito do STF e aos legitimados para darem início ao mesmo ou para nele se manifestarem abre-se à sociedade.

Tem-se, assim, na figura do *amicus curiae* um instrumento de concretização do pluralismo democrático (MENDES, 2001), que viabiliza uma verdadeira abertura procedimental no âmbito do processo objetivo de controle de constitucionalidade, permitindo ao Supremo Tribunal Federal colher informações advindas de diferentes visões sobre a questão em debate, além de contribuir para uma prestação jurisdicional mais qualificada e de representar uma possibilidade de se conferir legitimidade as suas decisões (MENDES, 2008, 2009).

A intervenção do “amigo da corte”, de igual forma, confere mais segurança ao resultado da interpretação feita pelo STF, vez que, conforme aponta Mamari Filho (2008, p. 84-85), citado por Amorim (2010, p. 86), “em sociedades plurais, quanto maior for o número de entes capacitados para intervir na conformação do sentido da Constituição, na mesma proporção, maior a certeza de que os direitos serão tutelados da forma mais próxima da ideal”.

O caráter contramajoritário das decisões proferidas no âmbito da fiscalização abstrata de normas é mitigado ao se admitir a participação de órgãos ou entidades que carreguem consigo um viés representativo. Trata-se de abertura procedimental viabilizada pelo direito processual constitucional que permite a inserção de certa medida de legitimação social nas decisões proferidas no controle concentrado de constitucionalidade, aspecto que não é afastado pela divergência doutrinária anteriormente apontada relativa à natureza jurídica do instituto (AMORIM, 2010).

Nesse sentido, podem-se destacar, inclusive, manifestações do Supremo Tribunal Federal em que já foi reconhecida essa vertente legitimadora vinculada à participação do *amicus curiae*: ADI 2.884-MC/RJ, ADI 2321-MC/DF, ADI-MC 2.130/SC, RE 597.165/DF.

Em razão da relevância da decisão monocrática proferida no RE 597.165/DF pelo Ministro Celso de Mello, em que se analisou a possibilidade de admissão de determinadas entidades como *amicus curiae*, vale transcrever alguns de seus trechos:

Não se pode perder de perspectiva que a regra inscrita no art. 7º, § 2º da Lei nº 9.868/99 - que contém a base normativa legitimadora da intervenção processual do “amicus curiae” - tem por objetivo essencial 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, visando-se, ainda, com tal abertura procedimental, superar a grave questão pertinente à legitimidade democrática das decisões emanadas desta Corte (GUSTAVO BINENBOJM, “A Nova Jurisdição Constitucional Brasileira”, 2ª ed., 2004, Renovar; ANDRÉ RAMOS TAVARES, “Tribunal e Jurisdição Constitucional”, p. 71/94, 1998, Celso Bastos Editor; ALEXANDRE DE MORAES, “Jurisdição Constitucional e Tribunais Constitucionais”, p. 64/81, 2000, Atlas; DAMARES MEDINA, “Amicus Curiae: Amigo da Corte ou Amigo da Parte?”, 2010, Saraiva, v.g.), quando no desempenho de seu extraordinário poder de efetuar, em abstrato, o controle concentrado de constitucionalidade.

[...]

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, Giuffr ), a admissão do terceiro, na condi o de “amicus curiae”, no processo objetivo de controle normativo abstrato, qualifica-se como fator de legitima o social das decisões do Tribunal Constitucional, viabilizando, em obs quo ao postulado democrático, a abertura do processo de fiscaliza o concentrada de constitucionalidade, em ordem a permitir que, nele, se realize a possibilidade de participa o de entidades e de institui es que efetivamente representem os interesses gerais da coletividade ou que expressem os valores essenciais e relevantes de grupos, classes ou estratos sociais (STF, RE n  597.165/DF, Rel. Min. Celso de Mello, 04/04/2011) (www.stf.jus.br).

A importância desse instituto dentro da fiscaliza o abstrata de normas tem feito com que o próprio STF reconheça prerrogativas ao *amicus curiae* de forma a potencializar sua interven o e, conseqentemente, os benefícios dela advindos. Nesse sentido, cabe destacar a mudança de orienta o do Supremo, possibilitando a sustenta o oral dessa figura processual, o que culminou na altera o de seu regimento interno por meio da emenda regimental n. 15, de 30.3.2004 (MENDES; BRANCO, 2012).

Tem-se, desse modo, na figura do *amicus curiae* importante mecanismo de participa o social, cujos contornos da atua o também vêm sendo construídos pelo próprio Supremo Tribunal Federal, em prol da relevância da fun o por ele desempenhada.

3 Considera es finais

A no o tradicional de interpreta o constitucional fechada, no sentido de estar apenas ao alcance dos órgãos estatais, cede espaço, diante de uma no o de jurisdi o constitucional da sociedade aberta, para participa o de todos aqueles que “vivem a Constitui o”.   essa no o, aplicada especificamente no âmbito do controle concentrado e abstrato de constitucionalidade, que fundamenta a previsão legal do *amicus curiae*.

Institucionalizado em 1999 no sistema normativo relativo ao controle de constitucionalidade, o “colaborador da corte” permite uma verdadeira abertura procedimental nesse controle de constitucionalidade, antes adstrito a órgãos estatais e legitimados para darem início ao mesmo ou para nele intervirem. A sociedade passa a ter a possibilidade, desde que respeitado certos parâmetros, de interferir no deslinde da questão constitucional.

Nesse contexto, órgãos e entidades dotados de representatividade adequada passam a, representando o corpo social, interpretar a Constitui o, repassando, ao STF, informa es que farão parte de decisão cujos efeitos alcançarão toda a sociedade. Desse modo, os cidadãos, na fiscaliza o abstrata de normas, avançam da condi o de meros destinatários para participantes do processo decisório, conferindo uma dose de legitimidade social a tais decisões.

Não se poderia, não obstante, afirmar que a participa o do *amicus curiae* retiraria o caráter contramajoritário das decisões proferidas pelo STF. Apesar do relevante papel desempenhado por tal figura, as informa es colhidas pelo Supremo são filtradas para que se possa adotar certo posicionamento acerca da conformidade da norma infraconstitucional

em debate. A regra segundo a qual a declaração de inconstitucionalidade enseja a pronúncia de nulidade retira, de toda forma, a norma proveniente de produção do órgão democraticamente eleito, haja ou não manifestação do *amicus curiae*.

O mero fato de haver manifestação de órgãos dotados de representatividade social no processo de controle de constitucionalidade concentrado não faz com que, automaticamente, afaste-se o eventual caráter contramajoritário da decisão que vier a ser proferida, o que só ocorreria, de fato, se houvesse julgamento pela constitucionalidade da norma, confirmando a posição da maioria, que estaria conforme à Constituição.

Reconhece-se, desse modo, na figura do *amicus curiae*, um importante mecanismo de inserção da sociedade dentro do processo de análise de conformação das normas infraconstitucionais à Constituição Federal, funcionando como elemento de legitimação social das decisões do STF e, por decorrência, como atenuante do caráter contramajoritário de suas decisões.

4 Referências

ABBOUD, Georges. STF vs. Vontade da maioria: as razões pelas quais a existência do STF somente se justifica se ele for contramajoritário. **Revista dos Tribunais**, ano 101, vol. 921, pp. 191-210, julho/2012.

AMORIM, Filipo Bruno Silva. **O Amicus Curiae e a Objetivação do Controle Difuso de Constitucionalidade**. Brasília: Athalaia gráfica e editora, 2010, pp. 76-81, 86, 96, 97.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 7. Ed. São Paulo: Saraiva, 2012, pp. 43-53, 1091, 1249, 1250.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>> Acesso em: 15/02/2013.

_____. Lei n. 9.868, de 10 de novembro de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. **Diário Oficial da União**, Brasília, 11 de novembro de 1999, Seção 1, p.1.

_____. Lei n. 9.882, de 3 de dezembro de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do § 1º do art. 102 da Constituição Federal. **Diário Oficial da União**, Brasília, 6 de dezembro de 1999, Seção 1, p. 2.

_____. Lei n. 6.385/76, de 7 de dezembro de 1976. Dispõe sobre o mercado de valores mobiliários e cria a Comissão de Valores Mobiliários. **Diário Oficial da União**, Brasília, 9 de dezembro de 1999, Seção 1.

_____. Supremo Tribunal Federal. CONTROLE NORMATIVO ABSTRATO PERANTE TRIBUNAL DE JUSTIÇA LOCAL. COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA DESSA CORTE JUDICIÁRIA PARA PROCESSAR E JULGAR “REPRESENTAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE” (CF, ART. 125, § 2º). POSSIBILIDADE DE INTERPOSIÇÃO, PARA O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, EM TAL HIPÓTESE, DE RECURSO EXTRAORDINÁRIO, ATENDIDOS OS RESPECTIVOS PRESSUPOSTOS (RCL 425-AGR/RJ, REL. MIN. NÉRI DA SILVEIRA – RE 190.985/SC, REL. MIN. NÉRI DA SILVEIRA, V.G.). LEGITIMIDADE DA INTERVENÇÃO DO “AMICUS CURIAE” NO PROCESSO DE FISCALIZAÇÃO ABSTRATA DE CONSTITUCIONALIDADE INSTAURADO PERANTE O TRIBUNAL DE JUSTIÇA LOCAL (RE 595.964/GO, REL. MIN. CÁRMEN LÚCIA). A FIGURA DO “AMICUS CURIAE”: FINALIDADE E PODERES PROCESSUAIS. A INTERVENÇÃO DO “AMICUS CURIAE” COMO FATOR DE PLURALIZAÇÃO E DE LEGITIMAÇÃO DO DEBATE CONSTITUCIONAL. ABERTURA PROCEDIMENTAL, QUE SE TEM POR NECESSÁRIA, DESTINADA A SUPERAR A GRAVE QUESTÃO PERTINENTE À LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA DAS DECISÕES EMANADAS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (E DOS TRIBUNAIS DE JUSTIÇA LOCAIS) PROFERIDAS EM SEDE DE CONTROLE NORMATIVO ABSTRATO. DOCTRINA. PRECEDENTES (ADI 2.321-MC/DF, REL. MIN. CELSO DE MELLO, DJU 10/06/2005, V.G.). O “AMICUS CURIAE” E A QUESTÃO DA “REPRESENTATIVIDADE ADEQUADA”. MAGISTÉRIO DA DOCTRINA. INVIABILIDADE DA DISCUSSÃO, EM SEDE DE FISCALIZAÇÃO ABSTRATA DE CONSTITUCIONALIDADE, DE SITUAÇÕES INDIVIDUAIS E CONCRETAS. ADMISSÃO, APENAS, DE ALGUMAS ENTIDADES E INSTITUIÇÕES QUE PREENCHEM A EXIGÊNCIA PERTINENTE À “ADEQUACY OF REPRESENTATION”. Decisão monocrática no Recurso Extraordinário nº 597.165/DF. Rel. Min. Celso de Mello. Dje, 12 abr. 2011.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro**. 2. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, pp. 21-36, 139, 140.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. A separação das funções estatais ante uma nova dogmática constitucional. In: LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang; TAVARES, André Ramos (Orgs.). **Estado Constitucional e Organização do Poder**. São Paulo: Saraiva, 2010, pp. 266, 267.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle de Constitucionalidade: Teoria e prática**. 6. Ed. Salvador: Editora JusPODIVM, 2012, pp. 41, 114, 119, 184, 196, 205.

DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya Gasparetto. O “legislador negativo” no controle judicial de constitucionalidade: reflexões sobre a inaptidão teórica de uma construção. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais**, Belo Horizonte, ano 4, n. 15, p. 161 – 181, jul./set. 2010.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional**. A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: contribuição para a Interpretação Pluralista e “Procedimental” da Constituição. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997, pp. 9, 13-25, 30.

HÄBERLE, Peter. A jurisdição constitucional na sociedade aberta. In: LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang; TAVARES, André Ramos (Orgs.). **Estado Constitucional e Organização do Poder**. São Paulo: Saraiva, 2010, pp. 125-128, 131.

LEITE, George Salomão; Leite, Glauco Salomão. A jurisdição constitucional no Estado de Direito Legalitário e no Estado Constitucional. In: LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang; TAVARES, André Ramos (Orgs.). **Estado Constitucional e Organização do Poder**. São Paulo: Saraiva, 2010, pp. 315-317, 323-327.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade: estudos de direito constitucional**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, pp. 466, 469, 470.

MENDES, Gilmar Ferreira. O pensamento de Peter Häberle na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. **Observatório de Jurisdição Constitucional**. Brasília: IDP, ano 2, 2008/2009, pp. 3, 8.

MENDES, Gilmar Ferreira. Controle de Constitucionalidade. **Revista jurídica Consulex**. Ano V, n. 101, p. 35-41, 31.3.2001.

PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. **La universalidad de los derechos humanos y el Estado constitucional**. Série de Teoria Jurídica y Filosofía del derecho, n. 23, Bogotá/ Colombia, 2002, pp. 61-68, 72-79.

STEINMETZ, Wilson. **A Vinculação de Particulares a Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros Editores, 2004, p. 74.

TAVARES, André Ramos. A inconsistência do Tribunal Constitucional como “legislador negativo” em face de técnicas avançadas de decisão da Justiça Constitucional. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais**, Belo Horizonte, ano 4, n. 15, pp. 117-130, jul./set. 2010.

VALE, André Rufino do. **Eficácia dos Direitos Fundamentais nas Relações Privadas**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2004, p. 34.