

CASSIANE PIMENTEL PAGANINI LEUTZ

O *AMICUS CURIAE* NO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE



São Paulo- SP

2009

Cassiane Pimentel Paganini Leutz

O *AMICUS CURIAE* NO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

Monografia apresentada ao Curso de Especialização Telepresencial e Virtual em Direito Constitucional, na modalidade Formação para o Mercado de Trabalho, como requisito parcial à obtenção do grau de especialista em Direito Constitucional.

**Universidade do Sul de Santa Catarina - UNISUL
Rede de Ensino Luiz Flávio Gomes - REDE LFG**

Orientador: Prof. Patricia Fontanella

**São Paulo – SP
2009**

TERMO DE ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE

Declaro, para todos os fins de direito e que se fizerem necessários, que assumo total responsabilidade pelo aporte ideológico e referencial conferido ao presente trabalho, isentando a Universidade do Sul de Santa Catarina, a Rede de Ensino Luiz Flávio Gomes, as Coordenações do Curso de Especialização Telepresencial e Virtual em Direito Constitucional, a Banca Examinadora e o Orientador de todo e qualquer reflexo acerca da monografia.

Estou ciente de que poderei responder administrativa, civil e criminalmente em caso de plágio comprovado do trabalho monográfico.

São Paulo, 02 de maio de 2009.

Cassiane Pimentel Paganini Leutz

CASSIANE PIMENTEL PAGANINI LEUTZ
O *AMICUS CURIAE* NO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

Esta monografia foi julgada adequada para a obtenção do título de Especialista em Direito Constitucional, na modalidade Formação para o Mercado de Trabalho, e aprovada em sua forma final pela Coordenação do Curso de Pós-Graduação em Direito Constitucional da Universidade do Sul de Santa Catarina, em convênio com a Rede Ensino Luiz Flávio Gomes – REDE LFG e com o Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP.

São Paulo, 02 de maio de 2009.

DEDICATÓRIA

Ao meu marido André, por todo o apoio e compreensão.

AGRADECIMENTOS

Aos professores tutores Simone Born de Oliveira e Régis Schneider Ardenghi, e à orientadora Patricia Fontanella, pelos esclarecimentos.

Epígrafe

“A lei que não protege o meu inimigo não me serve”

(Rui Barbosa)

RESUMO

A presente monografia discute a atuação do *amicus curiae* como um elemento da técnica denominada sociedade aberta dos intérpretes da Constituição, recentemente admitido no direito brasileiro, em especial no controle de constitucionalidade, bem como objeto de fortalecimento do debate democrático, concluindo pela importância desta figura como instrumento de democratização.

Palavras-chave: *amicus curiae*; sociedade aberta dos intérpretes; controle de constitucionalidade; controle concentrado.

ABSTRACT

This article discusses the *amicus curiae* intervention in process as an element of the method named open community of Constitution interpreters, which was recently been admitted into Brazilian legal system, with emphasis in the judicial review, as well as an object of strengthener of democratization and completing by the importance of the *amicus* as an instrument of democracy.

Key words: *amicus curiae*; open community of Constitution interpreters; constitutionality control; concentrated control.

SUMÁRIO

1- INTRODUÇÃO	11
2 O <i>AMICUS CURIAE</i>: ORIGEM, CONCEITO E NATUREZA JURÍDICA	13
2.1 O <i>Amicus Curiae</i> no direito estrangeiro	
2.2 O <i>Amicus Curiae</i> no direito brasileiro	
2.3 Conceito e Natureza Jurídica	
3 A ABERTURA DO DEBATE NO PROCESSO CONSTITUCIONAL	19
3.1 A constituição aberta e a sociedade aberta dos intérpretes	
3.2 O <i>amicus curiae</i> como instrumento de abertura do debate no processo constitucional	
4 CONTROLE CONCRETO DE CONSTITUCIONALIDADE	25
4.1 Considerações Preliminares	
4.2 O <i>amicus curiae</i> na ação direta de inconstitucionalidade	
4.3 O <i>amicus curiae</i> na ação declaratória de constitucionalidade	
4.4. O <i>amicus curiae</i> na arguição de descumprimento de preceito fundamental	
5 A ATUAÇÃO DO <i>AMICUS CURIAE</i> NA REPERCUSSÃO GERAL E NA SÚMULA VINCULANTE	33
5.1 Considerações preliminares	
5.2. A repercussão geral e a súmula vinculante	
6 CONCLUSÃO	39
REFERÊNCIAS	41

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como objeto o estudo do *amicus curiae*, especialmente no âmbito do direito constitucional brasileiro, e sua atuação no controle de constitucionalidade, repercussão geral e súmula vinculante, com ênfase em seu reflexo como instrumento da teoria da sociedade aberta dos intérpretes, formulada por Peter Häberle.

Muito embora seja uma figura recente no Brasil, faz-se necessário o estudo da importância de sua atuação, pois possibilita a abertura do debate democrático no âmbito da Constituição.

Nesse sentido, foi feita uma análise da atuação do *amicus curiae* na ação direta de inconstitucionalidade, na ação declaratória de constitucionalidade, na arguição de descumprimento de preceito fundamental, na repercussão geral e nas súmulas vinculantes.

O estudo inicia-se com a pesquisa das origens do instituto do *amicus curiae*, sendo as mais remotas referências sido feitas no direito romano, mas tendo encontrado no direito inglês sua aplicação de forma mais sistemática, posteriormente incorporado pelo direito americano.

Também aborda a teoria da sociedade aberta dos intérpretes formulada por Peter Häberle, para quem os intérpretes não podem se restringir aos membros do Poder Judiciário, mas devem abranger todo cidadão, pois cabe à sociedade, como destinatária precípua das normas dar ao texto constitucional a sua interpretação.

A análise das leis 9868/99 e 9882/99 demonstra a inclusão de *amici curiae* nos processos de controle de constitucionalidade, seja na ação declaratória de constitucionalidade, na ação direta de inconstitucionalidade e na arguição de descumprimento de preceito fundamental.

A abordagem da atuação do *amicus curiae* no controle de constitucionalidade demonstra que toda a sociedade representada por entidades, possa interferir no debate, trazendo elementos político, jurídico, social, cultural, técnico e econômico.

Ele vem ampliar a comunicação entre os magistrados e a sociedade, possibilitando a participação efetiva no debate constitucional.

E por fim, um breve relance acerca da necessidade da participação do “amigo da Corte” na repercussão geral e na súmula vinculante, institutos recentemente incluídos em nosso ordenamento jurídico, mas que por seu caráter vinculativo devem admitir a participação não só das partes envolvidas no processo em questão, mas também a todos os outros processos que poderão ser objeto de recurso.

A Constituição caracteriza-se por ser um processo permanentemente aberto, e o *amicus curiae* é um mecanismo que permite a ampliação do debate constitucional.

2 O *AMICUS CURIAE*: ORIGEM, CONCEITO E NATUREZA JURÍDICA

2.1 O *Amicus Curiae* no direito estrangeiro

O *amicus curiae*, como apontado por Cassio Scarpinella Bueno¹, tem sua origem mais remota no direito romano, através do *consillarius* romano. Entretanto, o *consillarius* tinha o dever apenas de ser leal aos juízes, evitar a prática de erros, sempre agiam por convocação do magistrado, e atuavam de acordo com seu próprio convencimento.

Paulo de Tarso Duarte Menezes destaca a diferença do *consillarius* e a intervenção do *amicus curiae*:

Entretanto, o *consillarius* romano possuía duas características que o estremam da intervenção do *amicus curiae*, concebido com base no Direito inglês, quais sejam, a intervenção necessitava obrigatoriamente de convocação do magistrado e sua liberdade de atuação baseava-se numa manifestação neutra em face das postulações das partes.²

Foi no direito inglês que o *amicus curiae* surgiu de forma mais sistemática, e, posteriormente, foi incorporado pelo direito americano. O *amicus curiae* tinha como função apontar e sistematizar, atualizando precedentes (*cases*) e leis (*statues*) que eventualmente não eram conhecidos pelos juízes³.

No direito inglês os tribunais tinham ampla discricionariedade para admitir ou não a participação do *amicus curiae*, bem como delimitar a forma e os limites de sua atuação.

¹ BUENO, Cassio Scarpinella. ***Amicus curiae no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático***. 2. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 87-90.

² MENEZES, Paulo de Tarso Duarte; Aspectos Gerais da Intervenção do *Amicus Curiae* nas Ações de Controle de Constitucionalidade pela Via Concentrada. **Direito Público**, Brasília, EDB/IDP, n. 17, p. 35-51, jul/ago/set 2007.

³ BUENO, op. cit. p. 90-92.

A doutrina constata que no direito americano o instituto do *amicus curiae* teve seu primeiro eco no caso *The Scooner Exchange vs. McFadden*, de 1812 e, posteriormente em 1823, no caso "Green vs Biddle"⁴.

Já no século XX o *amicus curiae* teve participação em diversas ocasiões marcantes da história jurídica americana, tais como casos de direitos civis e de aborto⁵.

2.2 O *Amicus Curiae* no direito brasileiro

No Brasil a intervenção do *amicus curiae* ainda está sendo delineada, sendo muito controversa a sua natureza jurídica, bem como a sua forma de atuação.

A figura do *amicus curiae* surgiu no Brasil pela lei 6.616, de 16 de dezembro de 1978, que acrescentou artigos à lei 6.385, de 07 de dezembro de 1976, que criou a Comissão de Valores Mobiliários- CVM. O artigo 31 determinou a intimação da Comissão de Valores Mobiliários para que, querendo, ofereça parecer ou preste esclarecimentos em processos judiciais cujo objeto é de matéria de sua competência, dentro do prazo de 15 dias. A CVM, por ser um órgão integrado por técnicos em mercado de capitais, pode esclarecer o Poder Judiciário acerca de fatos que deverão ser levados em consideração quando da prolação da decisão⁶.

Pode-se mencionar a lei 8884, de 11 de junho de 1994, em que o Conselho Administrativo de Defesa Econômica- CADE, nos processos em que se discutir a aplicação dessa lei, poderá intervir na qualidade de assistente. Teresa Arruda Alvim Wambier considera que "Parece-nos acertada a interpretação deste dispositivo (art. 89 da Lei 8884/94) que despreza sua literalidade e considera que se tem, aqui, mais uma hipótese de intervenção de *amicus curiae*"⁷.

⁴ GAO, Henry S. **Amicus curiae in WTO dispute settlement: Theory and Practice**, In http://hrichina.org/public/PDFs/CRF.1.2006/CRF-2006-1_Amicus.pdf, acessado em 29.03.2009.

⁵ Ibidem.

⁶ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Amicus curiae*: afinal, quem é ele? **Direito e Democracia, Revista de Ciências Jurídicas- ULBRA**, Canoas, Vol. 8, n. 01, p. 76-80, jan./jun. 2007.

⁷ Ibidem

A lei 9.469, de 10 de julho de 1997, criada pela conversão da Medida Provisória n. 1.561-6, instituiu a atuação do *amicus curiae*. O artigo 5º, parágrafo

único, estabelece que seja possível às pessoas jurídicas de direito público, nas causas cuja decisão possa ter reflexos, ainda que indiretos, de natureza econômica, intervir, independentemente da demonstração de interesse jurídico, para esclarecer questões de fato e de direito, podendo juntar documentos e memoriais reputados úteis ao exame da matéria e, se for o caso, recorrer, hipótese em que, para fins de deslocamento de competência, serão consideradas partes.

Na ADIN 748/RS, ajuizada pelo Governador do Estado do Rio Grande do Sul, na qual se discutia a constitucionalidade do calendário rotativo das escolas da rede pública estadual, muito embora não tenha sido julgada a ação quanto ao mérito, em razão da perda do objeto pela mudança do governo e conseqüente abandono da proposta, houve a discussão no Supremo Tribunal Federal, da possibilidade de intervenção de determinados órgãos na condição de *amicus curiae*,⁸. O Ministro Celso de Mello admitiu a juntada de documentos por órgãos e entidades que atuaram como *amicus curiae*, o que transcrevemos:

(...)Não se pode desconhecer, neste ponto- e nem há possibilidade de confusão conceitual com esse instituto, que o órgão da Assembléia 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 de sujeito do processo de controle normativo abstrato, peças documentais que, desvestidas de qualquer conteúdo jurídico, veiculam simples informações ou meros subsídios destinados a esclarecer as repercussões que, no plano social, no domínio pedagógico e na esfera do convívio familiar, tem representado, no Estado do Rio Grande do Sul, a experiência de implantação do Calendário Rotativo Escolar(...)⁹

A lei 9.868, de 10 de novembro de 1999 dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e ação declaratória de

⁸ LEAL, Mônica Clarissa Hennig Leal. Jurisdição Constitucional Aberta: a Abertura Constitucional Como Pressuposto de Intervenção do *Amicus Curiae* no Direito Brasileiro. **Direito Público**, Ano V, n. 21, p. 26-37, maio. /jun. 2008.

⁹ Supremo Tribunal Federal, Agravo Regimental na ADI 748/RS, Relator Ministro Celso de Mello, Plenário, DJ 18.11.1994, p. 31392.

constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal, o que tornou possível a atuação do *amicus curiae*, representado pelas entidades e órgãos.

Foi com a lei 9.882, de 03 de dezembro de 1999, que o *amicus curiae* passou a ter previsão legal expressa, no artigo 7º, § 2º, admitindo a possibilidade de o relator, no processo da ação de descumprimento de preceito fundamental, mediante despacho irrecorrível, ouvir órgãos e entidades responsáveis pelo ato impugnado, na qualidade de *amicus curiae*.

Outra inovação que pode ser mencionada é a Emenda Regimental 12, de 2003, que incluiu ao artigo 321, parágrafo 5º, inciso III, do Regimento Interno do

Supremo Tribunal Federal, que regulamenta o recurso extraordinário perante os Juizados Especiais Federais, a possibilidade de manifestação de eventuais interessados, no prazo de 30 (trinta) dias a contar da publicação da decisão concessiva da medida cautelar prevista no inciso I, daquele artigo, ainda que não sejam partes no processo.

As mais recentes admissões do *amicus curiae* no direito brasileiro ocorreram nas leis 11.417 e 11.418, ambas de 19 de dezembro de 2006. A lei 11.417 permite que o relator admita, por decisão irrecorrível, a manifestação de terceiros durante a edição, revisão ou cancelamento do enunciado da súmula vinculante, nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal. A lei 11.418 admite a manifestação de terceiros na análise da repercussão geral.

2.3 Conceito e Natureza Jurídica

O *amicus curiae* segundo conceituação de Cassio Scarpinella Bueno:

sempre foi e continua sendo um “terceiro” que intervém no processo por convocação judicial ou por livre iniciativa para fornecer ao juízo elementos

reputados como importantes, úteis, quiçá indispensáveis, para o julgamento da causa¹⁰.

Clever Rodolfo Carvalho Vasconcelos destaca:

Amicus curiae é termo de origem latina que significa “amigo da corte”. Diz respeito a uma pessoa, entidade ou órgão com interesse em uma questão jurídica levada à discussão no Poder Judiciário. Originalmente, *amicus* é amigo da corte e não das partes, uma vez que se insere no processo como um terceiro que não os litigantes, movidos por um interesse jurídico relevante não correspondente ao das partes. Diante de uma razão maior, porém, qual seja um critério social preponderante para o desfecho da ação, intervém no feito visando uma decisão justa¹¹.

A natureza jurídica do *amicus curiae*, por sua vez, é controvertida na doutrina, mormente porque no Brasil a única referência legislativa expressa com essa denominação é o art. 23, § 1º, da Resolução n. 390, de 17 de setembro de 2004, do Conselho da Justiça Federal¹².

Maria Teresa Arruda Alvim Wambier destaca a necessidade de se delinear o conceito de interesse institucional para justificar a atuação do *amicus curiae* no processo, ou seja, ele não atuaria como as partes interessadas, que alegam ter direito sobre o que se há de decidir, e nem tampouco como terceiro, ou seja, aquele que sofrerá efeitos indiretos ou reflexos da sentença. Ele deve levar o Juiz, ao decidir, a considerar os valores adotados pela sociedade, representada pelas suas instituições¹³

Ela destaca ainda:

O *amicus curiae* não é parte, nem assistente (simples ou consorcial) nem oponente, nem chamado, nem denunciado. Pode pedir para intervir, pode ser provocado a tanto; atual às vezes de modo semelhante ao de um perito, mas não está sujeito à exceção de suspeição ou impedimento e não faz jus a honorários profissionais. Não tem prazo para manifestar-se. Às vezes também seu agir se assemelha ao MP quanto atua como fiscal da lei (como nos exemplos do CADE e da CVM). Pensamos, todavia, que como regra

¹⁰ BUENO, op. cit., p. 125.

¹¹ VASCONCELOS, Clever Rodolfo Carvalho. Natureza Jurídica da Intervenção *amicus curiae* no Controle Concentrado de Constitucionalidade. **Revista do Tribunal Regional Federal da Primeira Região**, Ano 19, n. 06, p. 82, jan./jun. 2007.

¹² BUENO, op. cit., p. 126.

¹³ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Amicus curiae*: afinal, quem é ele? **Direito e Democracia, Revista de Ciências Jurídicas- ULBRA**, Canoas, Vol. 8, n. 01, p. 76-80, jan./jun. 2007.

geral, pode recorrer, produzir provas, fazer sustentação oral etc (grifos do autor).¹⁴

O Supremo Tribunal Federal apreciou a questão da natureza jurídica do *amicus curiae* na ADIn 748 AgR/RS, em 18.11.1994, e em voto do Relator Ministro Celso de Mello considerou que se trata de “admissão informal de um colaborador da corte”.

A natureza jurídica do *amicus curiae* é de um colaborador informal das partes, para que sejam feitos esclarecimentos e para que o Juiz conheça os interesses e valores da sociedade. Ele amplia o debate e, conseqüentemente, a legitimidade das decisões tomadas no âmbito da jurisdição democrática.

¹⁴ Ibidem

3 A ABERTURA DO DEBATE NO PROCESSO CONSTITUCIONAL

3.1 A constituição aberta e a sociedade aberta dos intérpretes

A doutrina constitucionalista pós-moderna formula uma nova teoria denominada sociedade aberta dos intérpretes da Constituição, a partir de proposições de Peter Häberle. Ao dispor sobre as considerações de Peter Häberle o Professor Inocêncio Mártires Coelho observou:

Nessa ordem de idéias, ele observa que a teoria da interpretação constitucional, durante muito tempo, esteve vinculada a um modelo de interpretação de uma sociedade fechada, concentrando-se primariamente na interpretação constitucional dos juízes e nos procedimentos formalizados, do que resultou empobrecido o seu âmbito de investigação. Por isso, é chegada a hora de uma virada hermenêutica radical para que a interpretação constitucional – que a todos interessa e a todos diz respeito – seja levada a cabo pela e para a sociedade aberta e não apenas pelos operadores oficiais¹⁵.

Para Peter Häberle os intérpretes da Constituição não podem restringir-se aos membros do Poder Judiciário, mas a todo cidadão, pois cabe à sociedade, como destinatária precípua das normas, dar ao texto constitucional a sua interpretação. O jurista alemão ensina:

Interpretação constitucional tem sido, até agora, conscientemente, coisa de uma sociedade fechada. Dela tomam parte apenas os intérpretes jurídicos “vinculados às corporações” (*zünftmässige Interpreten*) e aqueles participantes formais do processo constitucional. A interpretação constitucional é, em realidade, mais um elemento da sociedade aberta. Todas as potências públicas, participantes materiais do processo social, estão nela envolvidas, sendo ela, a um só tempo, elemento resultante da sociedade aberta e um elemento formador ou constituinte dessa sociedade (*weil Verfassungsinterpretation diese offene Gesellschaft immer Von neuem mitkonstituiert und von ihr konstituiert wird*). Os critérios de interpretação constitucional hão de ser tanto mais abertos quanto mais pluralista for a sociedade.¹⁶.

¹⁵ COELHO, Inocêncio Mártires. As idéias de Peter Haberle e a abertura de interpretação constitucional no Direito Brasileiro. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 35, n. 137, p. 157-164, jun/mar. 1998.

¹⁶ HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional- A sociedade aberta**. Trad. Gilmar Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997, p. 13.

Em artigo que discute a Jurisdição Constitucional Aberta, Mônica Clarissa Henning Leal destaca:

O âmbito constitucional constitui-se, por conseguinte, em um importante espaço de atuação dos cidadãos, compreendidos não enquanto meros sujeitos passivos ou meros espectadores da ordem jurídico-constitucional, e sim pressupondo a realização desta tarefa do exercício de um direito de participação ativa no processo – permanente – de construção dos significados da Constituição para a vida comum. Mais do que funcionar como um intérprete (não em um sentido estrito, técnico, mas sim em um sentido lato), cada indivíduo, cada cidadão, deve vivenciar a Constituição, contribuindo para sua constante evolução – do que resulta, também, por sua vez, um progressivo processo de pluralização dos conteúdos da Constituição, aspecto essencial ao constitucionalismo na ordem democrática¹⁷.

Para Häberle todo aquele que vive no contexto regulado por uma norma e que vive com este contexto, indireta, ou diretamente, é intérprete da norma¹⁸. A interpretação não se restringe às questões jurídicas, mas deve englobar toda a cultura e momento histórico de uma sociedade.

Ele destaca ainda: “Democracia desenvolve-se mediante a controvérsia sobre alternativas, sobre possibilidades e sobre necessidades de realidade e também o “concerto” científico sobre questões constitucionais, nas quais não pode haver interrupção e nas quais não existe e nem deve existir dirigente”¹⁹.

Paulo Maycon Costa da Silva constata que quando a Constituição prescreve, no artigo 1º, que a República Federativa do Brasil constitui-se em um Estado democrático de Direito, ela revela uma ideologia democrática que deve permear toda a experiência jurídica e política brasileira, tratando-se de pressuposto legitimador do Poder²⁰.

Tal idéia pode ser reforçada pelo conceito formulado por Konrad Hesse para quem a constituição deve ser entendida como a “ordem jurídica fundamental de

¹⁷ LEAL, op.cit..

¹⁸ HÄBERLE, op. cit., p. 15.

¹⁹ Ibidem p. 36-37.

²⁰ COSTA DA SILVA, Paulo Maycon. Do *amicus curiae* ao método da sociedade aberta dos intérpretes. **Revista CEJ- Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal**, Brasília, ano XII, n. 43, p. 22-30, out./dez. 2008.

uma comunidade ou o plano estrutural para a conformação jurídica de uma comunidade, segundo certos princípios fundamentais”.²¹

A Constituição não pode ser apenas um apanhado de questões jurídicas. Ela reflete a sociedade, sua cultura, seus anseios e objetivos, e por isso, legitima os cidadãos a fazerem sua interpretação.

3.2 O *amicus curiae* como instrumento de abertura do debate no processo constitucional

O *amicus curiae* representa uma forma de abertura da sociedade dos intérpretes, ao admitir a intervenção de representantes da sociedade, por meio de suas entidades, na interpretação da Constituição.

Como mencionado no capítulo 2, o instituto do *amicus curiae* conheceu sua ampliação no direito norte-americano. Pode-se citar como ponto de referência um parecer apresentado na Suprema Corte pelo advogado Louis D. Brandeis, em 1908, acerca da constitucionalidade ou inconstitucionalidade de uma lei do estado do Oregon:

Em solo norte-americano, o mais famoso *amicus*, responsável pela guinada dos moldes de formulação do parecer e da sua função diante das Cortes de Justiça, foi o *Brandeis Brief*, introduzido no caso *Muller v. Oregon* pelo então advogado Louis D. Brandeis. *Este brief*, diversamente dos antecessores, não levava à Corte precedentes e questões unicamente jurídicas. Tratava-se de pouco mais de uma centena de páginas criativamente dedicadas à exposição de opiniões médicas, estatísticas econômicas e sociais, estudos de impacto, e, ainda, de um minudente exame de legislação alienígena. É imperioso perceber que os argumentos nucleares do parecer repousam em elementos externos ao ordenamento jurídico e à jurisprudência estadunidenses.²²

²¹ HESSE, Konrad, Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha, tradução de Luís Afonso Heck, Porto Alegre: Sérgio A Fabris, Editor, 1998, p. 37, e Concepto y cualidade de la Constitución, in Escritos de derechos constitucional, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983. p. 16 apud Mendes, Gilmar Ferreira, Curso de Direito Constitucional, 2 ed., São Paulo: Saraiva, 2008, p. 11.

²² MARTEL, L. de C. V.; PEDROLLO, G. F. apud LEAL, p. 39

A partir de então o instituto foi publicizado, e estimulou a produção de pareceres não só jurídicos, mas também de outras ciências exatas e da área da saúde, ampliando o debate acerca das questões constitucionais.

No Brasil, por sua vez, a primeira ocasião em que o *amicus curiae* foi objeto de debate, foi na ADIn n. 748/RS, em que se discutiu a constitucionalidade do calendário rotativo nas escolas da rede pública estadual. Muito embora o mérito da ação não tenha sido julgado, possibilitou-se a admissão do *amicus curiae*, até que a Lei 9.868/99 fez previsão expressa do instituto, em seu artigo 7º, § 2º. O julgamento foi assim ementado:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - INTERVENÇÃO ASSISTENCIAL - IMPOSSIBILIDADE - ATO JUDICIAL QUE DETERMINA A JUNTADA, POR LINHA, DE PECAS DOCUMENTAIS - DESPACHO DE MERO EXPEDIENTE - IRRECORRIBILIDADE - AGRAVO REGIMENTAL NÃO CONHECIDO. - O processo de controle normativo abstrato instaurado perante o Supremo Tribunal Federal não admite a intervenção assistencial de terceiros. Precedentes. Simples juntada, por linha, de pecas documentais apresentadas por órgão estatal que, sem integrar a relação processual, agiu, em sede de ação direta de inconstitucionalidade, como colaborador informal da Corte (*amicus curiae*): situação que não configura, tecnicamente, hipótese de intervenção ad coadjuvandum. - Os despachos de mero expediente - como aqueles que ordenam juntada, por linha, de simples memorial expositivo -, por não se revestirem de qualquer conteúdo decisório, não são passíveis de impugnação mediante agravo regimental (CPC, art. 504)²³.

A atuação do *amicus curiae* vem para enriquecer o debate no feito, trazendo informações de caráter político, jurídico, social, cultural, técnico e econômico, além de fortalecer o contraditório e a ampla defesa, em especial o princípio da fundamentação racional das decisões, previsto no art. 93, IX, da Constituição²⁴.

Não basta facilitar o acesso da população ao debate, é necessário que se crie meios de participação popular nas decisões dos tribunais, e o *amicus curiae* é a figura que supre tal necessidade²⁵.

Acerca da importância da democratização do debate, Paulo de Tarso Duarte Menezes ensina:

²³ Supremo Tribunal Federal, Agravo Regimental na ADI 748/RS, Relator Ministro Celso de Mello, Plenário, DJ 18.11.1994, p. 31392.

²⁴ MATTOS, Ana Letícia Queiroga de; O *Amicus Curiae* e a democratização do controle de constitucionalidade. **Juris Síntese**, Porto Alegre, n. 55, p. 116-121, set/out 2005

²⁵ MENEZES, op. cit., p. 35-51.

Para os Estados que adotam constituições rígidas e órgãos judiciários com competência para a aferição da compatibilidade das leis à Carta Magna, o Judiciário ganha importância de máximo relevo no exercício do poder, eis que a atuação do Estado-juiz, no controle concentrado de normas, como legislador negativo, especialmente no modelo de julgamento brasileiro, com a possibilidade de modulação de efeitos das decisões proferidas nessa seara, eleva a magistratura nacional, sem meias palavras, ao patamar de co-responsável pelos destinos políticos da nação.

Nesse contexto, a feitura e a interpretação das normas jurídicas passam a ter importância equivalente. De mero “boca de lei”, expressão empregada por Montesquieu (1973, p. 160), o juiz passa a ter uma função construtiva do ordenamento jurídico, porquanto a expressão textual da lei, quando do processo de concreção, torna-se norma aplicada por intermédio dos agentes do Judiciário. O velho mito da simples subsunção da norma ao caso concreto perde força quando a sociedade desperta para a relevância da atividade criadora do hermeneuta²⁶.

Cassio Scarpinella Bueno justifica a atuação do *amicus curiae* como um “interesse institucional”, que seria um interesse jurídico especialmente qualificado, porque transcende o interesse individual das partes, e é jurídico porque previsto no sistema, devendo ser por ele protegido. O interesse institucional também é interesse público porque ultrapassa o direito de cada uma das partes, devendo fazer valer nos processos o respeito às instituições que protege, e não os interesses pessoalmente almejados por ele, *amicus curiae*²⁷.

O processualista citado manifesta, ainda, que o *amicus curiae* deve ser incorporado ao nosso sistema processual como vozes sem boca, ao menos no plano de direito processual, porque o juiz não é mais só a boca da lei e sua decisão não mais afeta apenas as partes envolvidas²⁸.

Tal pensamento reflete a doutrina de Peter Häberle, assim resumida por Ives Gandra Martins e Gilmar Ferreira Mendes:

Häberle esforça-se por demonstrar que a interpretação constitucional não é- nem deve ser- um evento exclusivamente estatal. Tanto o cidadão que interpõe um recurso constitucional quanto o partido político que impugna uma decisão legislativa são intérpretes da Constituição. Por outro lado, é a inserção da Corte no espaço pluralista – ressalta Häberle – que evita distorções que poderiam advir da independência do juiz e de sua estrita vinculação à lei²⁹.

²⁶ Ibidem

²⁷ Bueno, op. cit. p. 504-515.

²⁸ Ibidem

²⁹ MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle concentrado de constitucionalidade: comentários à lei 9868/99**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 270.

Portanto, verifica-se que o *amicus curiae* é uma importante figura no processo de abertura da sociedade dos intérpretes da Constituição, pois torna possível a manifestação da sociedade e fortalece o debate democrático.

4 CONTROLE CONCRETO DE CONSTITUCIONALIDADE

4.1 Breves comentários

No Brasil o controle de constitucionalidade é realizado de modo difuso (concreto) e de modo concentrado (abstrato).

O controle de constitucionalidade pela via de ação, ou controle concentrado, é restrito àqueles legitimados pelo artigo 103, da Constituição Federal, sendo que ao cidadão cabe o controle por via de exceção, ou controle difuso.

O controle concentrado é feito pelo Supremo Tribunal Federal, conforme previsto no *caput* do artigo 102, da Constituição Federal, através das seguintes ações: ação direta de inconstitucionalidade, ação declaratória de constitucionalidade e a arguição de descumprimento de preceito fundamental.

No Brasil o controle concentrado se sobrepõe ao controle concreto, e, destaca Ana Letícia Queiroga de Mattos:

Desta forma, numa tentativa de democratizar o controle concentrado brasileiro das normas, principalmente tem em vista a avaria do controle difuso de constitucionalidade aqui prevalecente, além de, também, fazer sobressair o papel do Supremo Tribunal Federal, não como o guardião de uma ordem de valores, mas sim como o protetor do processo de criação democrática do direito, cumprindo-lhe proteger um sistema de direitos que torne factível a incidência simultânea da autonomia privada e da autonomia pública, celebra-se a inovação do instituto do *amicus curiae* no sistema jurídico brasileiro³⁰.

O processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade estão regulamentados pela Lei 9.868, de 10 de novembro de 1999. A Lei 9.882, de 03 de dezembro de 1999, por sua vez, regulamentou a arguição de descumprimento de preceito fundamental.

³⁰ MATTOS, Op.cit.

4.2 O *amicus curiae* na ação direta de inconstitucionalidade

O §2º, do artigo 7º, da lei 9.868/99, prevê, na ação direta de inconstitucionalidade, a admissão da figura que a doutrina e a jurisprudência, inclusive a do Supremo Tribunal Federal, identificam como *amicus curiae*.

Dispõe o mencionado artigo, em seu § 2º, que “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”.

O Supremo Tribunal Federal já havia admitido, anteriormente, a presença do *amicus curiae* no controle de constitucionalidade, quando na ADIn 748-4, o plenário, confirmou a decisão monocrática do Ministro Celso de Mello, e permitiu a apresentação de memoriais, por linha, por um colaborador informal.

Já na vigência da lei 9868/99, a Suprema Corte voltou a admitir a intervenção do *amicus curiae*, representado pela Associação dos Magistrados Catarinenses, na ADIN 2130-SC, permitindo a participação ampla, através de sustentação oral de suas razões. A decisão proferida foi assim ementada:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. INTERVENÇÃO PROCESSUAL DO *AMICUS CURIAE*. POSSIBILIDADE. LEI Nº 9.868/99 (ART. 7º, § 2º). SIGNIFICADO POLÍTICO-JURÍDICO DA ADMISSÃO DO *AMICUS CURIAE* NO SISTEMA DE CONTROLE NORMATIVO ABSTRATO DE CONSTITUCIONALIDADE. PEDIDO DE ADMISSÃO DEFERIDO.

- No estatuto que rege o sistema de controle normativo abstrato de constitucionalidade, o ordenamento positivo brasileiro processualizou a figura do *amicus curiae* (Lei nº 9.868/99, art. 7º, § 2º), permitindo que terceiros - desde que investidos de representatividade adequada - possam ser admitidos na relação processual, para efeito de manifestação sobre a questão de direito subjacente à própria controvérsia constitucional.

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

Em suma: a regra inscrita no art. 7º, § 2º, da Lei nº 9.868/99 - que contém a base normativa legitimadora da intervenção processual do *amicus curiae* - tem por precípua finalidade pluralizar o debate constitucional³¹.

Vale ressaltar que o caráter de “processo objetivo” que reveste o controle concentrado de constitucionalidade, que, por sua vez não julga interesses subjetivos, leva à vedação da intervenção de terceiros. Entretanto, como ensina Cassio Scarpinella Bueno³², a Lei 9868/99 inovou ao permitir a intervenção de interessados, não como os “terceiros” que atuam em razão de seus próprios interesses, mas para tecer considerações e interferir na qualidade dos julgados para que seja proferida uma melhor decisão.

O artigo 2º, § 7º, da Lei 9868/99 estabelece como requisitos da intervenção do *amicus curiae* nas ações de controle de constitucionalidade, a representatividade dos órgãos ou entidades e a relevância da matéria.

A representatividade pode ser configurada pelas pessoas que gozam da prerrogativa de interpor as ações de controle de constitucionalidade elencadas no artigo 103 da Constituição.

Entretanto, o tema em debate deverá justificar o interesse jurídico da entidade na intervenção como *amicus curiae*. Edgard Silveira Bueno Filho observa que a representatividade não haverá de ser, necessariamente, nacional, porque a lei não faz tal exigência e também porque não é o caráter nacional que confere a representatividade³³.

A relevância da matéria consiste em o postulante demonstrar a relação entre a matéria discutida *sub judice* e a atividade realizada pela instituição.

Cássio Scarpinella Bueno tece considerações de que também deve ser entendido como “relevância da matéria” a necessidade concreta do relator por outros elementos para formar o seu convencimento. Portanto, se a matéria for exclusivamente jurídica, cuja aferição da inconstitucionalidade dependa apenas do

³¹ Supremo Tribunal Federal, ADI 2130/SC, Relator Ministro Celso de Mello, Plenário, DJ 2.2.2001, p. 145.

³² BUENO, op. cit., p. 135-139

³³ BUENO FILHO, Edgard Silveira. *Amicus curiae* – A Democratização do Debate nos Processos de Controle da Constitucionalidade. **Revista CEJ**, Brasília, n. 19, p. 85-89, out./dez. 2002.

exame dos documentos juntados aos autos, ou da instrução prevista nos artigos 6º, 8º e 9º, da lei 9869/99, deveria ser descartada a presença de tal requisito³⁴.

Bueno conclui pela necessidade de aferir-se, caso a caso, a possibilidade de intervenção do *amicus curiae*, diante da matéria objeto da ação direta de inconstitucionalidade, e a representatividade daquele que pretende ingressar na ação³⁵.

O momento da intervenção do *amicus curiae*, segundo a maior parte da doutrina, seria a qualquer tempo, desde que antes do julgamento³⁶.

O Supremo Tribunal Federal, em decisão proferida no julgamento da ADI 4071, em 22 de abril de 2009, decidiu que o prazo final para a intervenção de terceiros como interessados em processos de controle de constitucionalidade (ações direta de inconstitucionalidade – ADI - ou ações de arguição de descumprimento de preceito fundamental - ADPF) é a inclusão do processo em pauta.

A ADI foi ajuizada pelo PSDB em face do artigo 56, da lei 9430/96, que passou a exigir contribuições sociais pelas sociedades que desenvolvem atividades ligadas a profissões regulamentadas. Após o relator Ministro Menezes Direito ter determinado o arquivamento da ação, três entidades solicitaram o ingresso como *amici curiae*. O relator negou os pedidos, pois posteriores à apresentação do processo para julgamento, tendo sido acompanhado pelos Ministros Ricardo Lewandowski, Eros Grau, Joaquim Barbosa, Cezar Peluso e Marco Aurélio.

Os Ministros Carlos Ayres Britto, Celso de Mello e Gilmar Mendes discordaram, posto que a participação de terceiros no processo pode ser solicitada a qualquer momento, o que legitima ainda mais as decisões do STF. Para Celso de Mello, “essa intervenção pluraliza o debate constitucional, com fundamentos e razões que podem muito bem orientar a Corte no desempenho de sua função constitucional”. Mesmo concordando com a relevância da participação dos amigos da Corte, os demais ministros afirmaram que a regra processual precisava ter uma limitação. “No momento em que o julgador libera para pauta, encerra seu ofício. Não pode haver mais qualquer intervenção”, disse o relator Menezes Direito³⁷.

³⁴ BUENO, Op. cit. p. 140

³⁵ Ibidem, p. 157.

³⁶ Ibidem, p. 158.

³⁷ Revista Consultor Jurídico, 23 de abril de 2009. Disponível em: [HTTP://conjur.com.br](http://conjur.com.br). Acessado em 23.04.2009.

O prazo para manifestação, por sua vez, é aquele de 30 dias, determinado pelo artigo 6º, parágrafo único, da lei 9868/99. Cassio Scarpinella Bueno constata que referido prazo deve ser contado a partir da admissão expressa da intervenção do *amicus curiae*³⁸.

A intervenção deverá ser realizada por entidade representada por advogado. Bueno Filho considera que “tal exigência é mais do que lógica, pois a matéria sub judice exigirá sempre a utilização de argumentos técnicos para poder ser de alguma ajuda no deslinde da questão”³⁹.

A intervenção de mais de um *amicus curiae* é admitida, posto que não há nenhuma proibição nesse sentido.

4.3 O *amicus curiae* na ação declaratória de constitucionalidade

A lei 9868/99 silenciou a respeito da possibilidade de intervenção de *amicus curiae* na ação declaratória de constitucionalidade, o que não pode levar à conclusão de inadmissão do *amicus curiae*, nos termos do artigo 7º, § 2º, da referida lei.

Gilmar Ferreira Mendes e Ives Gandra da Silva Martins ressaltam que, “efetivamente, considerando o caráter dúplice ou ambivalente das ações diretas de inconstitucionalidade e declaratória de constitucionalidade e a natureza idêntica desses processos, não se vislumbram singularidades que impeçam a participação de terceiros interessados no processo da ação declaratória”⁴⁰.

As considerações acerca do instante e do prazo para manifestação dos *amici curiae* na ação declaratória de constitucionalidade são as mesmas referidas para a ação direta de inconstitucionalidade.

³⁸ BUENO, op. cit. p. 166.

³⁹ BUENO FILHO, op. cit., p. 88.

⁴⁰ MARTINS e MENDES, op. cit. p. 378-379.

4.4. O *amicus curiae* na arguição de descumprimento de preceito fundamental

A lei 9882, de 03 de dezembro de 1999, não fez regra semelhante à do artigo 7º, § 2º, da lei 9868/99. Para Cassio Scarpinella Bueno “O que existe, para a arguição de descumprimento de preceito fundamental, é aquilo que pode ser chamado de “abertura procedimental”, no sentido de que, também nesta sede, é dado ao relator “instruir” o feito, colhendo informações que lhe pareçam importantes para decidir acerca do descumprimento ou não do preceito fundamental”.⁴¹

Paulo de Tarso Duarte Menezes⁴² destaca que há vozes no Supremo Tribunal Federal que sem utilizar da analogia, interpreta o artigo 6º, §1º, da lei 9882/99, como uma possibilidade de atuação do *amicus curiae*, conforme decisão proferida na ADPF 71, a seguir transcrita:

Junte-se aos autos a petição nº 62.430/2005. Em face do art. 6º, §1º, da lei 9882, de 03 de dezembro de 1999, admito a manifestação de Conectas Direitos Humanos, Centro de Defesa da Criança e do Adolescente do Ceará - CEDECA/CE, Centro de Direitos Humanos – CDH, União Nacional dos Conselhos Municipais de Educação – UNCME, União Nacional dos Dirigentes Municipais de Educação – UNDIME, Centro de Cultura Professor Luiz Freire e Sociedade de Apoio aos Direitos Humanos/Movimento Nacional de Direitos Humanos que intervirão no feito na condição de *amici curiae*⁴³.

Os *amici curiae* podem fazer sustentação oral, ou manifestação escrita, conforme previsto no artigo 6º, §§ 1º e 2º, da lei 9882/99, e, em princípio, o pedido para habilitação deve ser feito no prazo para informações⁴⁴.

A ADPF 33 permitiu a habilitação como *amici curiae* das partes dos processos originários, muito embora o pedido tenha se verificado após o parecer da Procuradoria-Geral da República. O processo foi assim ementado:

EMENTA: 1. Arguição de descumprimento de preceito fundamental ajuizada com o objetivo de impugnar o art. 34 do Regulamento de Pessoal do Instituto de Desenvolvimento Econômico-Social do Pará (IDESP), sob o fundamento de ofensa ao princípio federativo, no que diz respeito à autonomia dos Estados e Municípios (art. 60, §4º, CF/88) e à vedação

⁴¹ BUENO, op. cit., p. 180.

⁴² MENEZES, op. cit., p. 47-48.

⁴³ Supremo Tribunal Federal, ADPF 71, Relator Ministro Gilmar Mendes, Decisão Monocrática, DJ 3.6.2005.

⁴⁴ MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires, BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 1172-1173.

constitucional de vinculação do salário mínimo para qualquer fim (art. 7º, IV, CF/88). 2. Existência de ADI contra a Lei nº 9.882/99 não constitui óbice à continuidade do julgamento de arguição de descumprimento de preceito fundamental ajuizada perante o Supremo Tribunal Federal. 3. Admissão de *amicus curiae* mesmo após terem sido prestadas as informações. 4. Norma impugnada que trata da remuneração do pessoal de autarquia estadual, vinculando o quadro de salários ao salário mínimo. 5. Cabimento da arguição de descumprimento de preceito fundamental (sob o prisma do art. 3º, V, da Lei nº 9.882/99) em virtude da existência de inúmeras decisões do Tribunal de Justiça do Pará em sentido manifestamente oposto à jurisprudência pacificada desta Corte quanto à vinculação de salários a múltiplos do salário mínimo. 6. Cabimento de arguição de descumprimento de preceito fundamental para solver controvérsia sobre legitimidade de lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, inclusive anterior à Constituição (norma pré-constitucional). 7. Requisito de admissibilidade implícito relativo à relevância do interesse público presente no caso. 8. Governador de Estado detém aptidão processual plena para propor ação direta (ADIMC 127/AL, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 04.12.92), bem como arguição de descumprimento de preceito fundamental, constituindo-se verdadeira hipótese excepcional de jus postulandi. 9. ADPF configura modalidade de integração entre os modelos de perfil difuso e concentrado no Supremo Tribunal Federal. 10. Revogação da lei ou ato normativo não impede o exame da matéria em sede de ADPF, porque o que se postula nessa ação é a declaração de ilegitimidade ou de não-recepção da norma pela ordem constitucional superveniente. 11. Eventual cogitação sobre a inconstitucionalidade da norma impugnada em face da Constituição anterior, sob cujo império ela foi editada, não constitui óbice ao conhecimento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, uma vez que nessa ação o que se persegue é a verificação da compatibilidade, ou não, da norma pré-constitucional com a ordem constitucional superveniente. 12. Caracterizada controvérsia relevante sobre a legitimidade do Decreto Estadual nº 4.307/86, que aprovou o Regulamento de Pessoal do IDESP (Resolução do Conselho Administrativo nº 8/86), ambos anteriores à Constituição, em face de preceitos fundamentais da Constituição (art. 60, §4º, I, c/c art. 7º, inciso IV, in fine, da Constituição Federal) revela-se cabível a ADPF. 13. Princípio da subsidiariedade (art. 4º, §1º, da Lei nº 9.882/99): inexistência de outro meio eficaz de sanar a lesão, compreendido no contexto da ordem constitucional global, como aquele apto a solver a controvérsia constitucional relevante de forma ampla, geral e imediata. 14. A existência de processos ordinários e recursos extraordinários não deve excluir, a priori, a utilização da arguição de descumprimento de preceito fundamental, em virtude da feição marcadamente objetiva dessa ação. 15. Arguição de descumprimento de preceito fundamental julgada procedente para declarar a ilegitimidade (não-recepção) do Regulamento de Pessoal do extinto IDESP em face do princípio federativo e da proibição de vinculação de salários a múltiplos do salário mínimo (art. 60, §4º, I, c/c art. 7º, inciso IV, in fine, da Constituição Federal)⁴⁵

A atuação do *amicus curiae* na ação declaratória de constitucionalidade, na ação direta de inconstitucionalidade e na arguição de descumprimento de preceito fundamental visa dar uma feição pluralista ao debate das questões

⁴⁵ Supremo Tribunal Federal, ADPF 33, Relator Ministro Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, DJ 27.10.2006, p. 00031.

abordadas no processo, o que demonstra a força de tal figura como um objeto para a abertura da sociedade dos intérpretes.

5 A ATUAÇÃO DO *AMICUS CURIAE* NA REPERCUSSÃO GERAL E NA SÚMULA VINCULANTE

5.1 Considerações preliminares

Com a admissão da repercussão geral e da súmula vinculante em nosso ordenamento jurídico, importante ressaltar a atuação do *amicus curiae*, diante dos reflexos que advirão destes institutos, tendo em vista as vozes da doutrina que consideram que tais institutos dificultariam ainda mais o acesso ao Supremo Tribunal Federal.

5.2. A repercussão geral e a súmula vinculante

A Lei nº 11.417/2006 de 20/12/2006 regulamentou o artigo 103-A da Constituição Federal, inserido pela Emenda Constitucional 45, de 08/12/2004, instituindo a súmula vinculante, nos seguintes termos:

O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.

O artigo 3º da Lei 11.417, em seu parágrafo 2º, dispôs acerca da edição, cancelamento ou revisão de enunciado da súmula vinculante:

No procedimento de edição, revisão ou cancelamento de enunciado da súmula vinculante, o relator poderá admitir, por decisão irrecorrível, a manifestação de terceiros na questão, nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

A Lei 11.418/2006 regulamentou o art. 102, § 3º da Constituição Federal, que trata do recurso extraordinário ao Supremo Tribunal Federal, e alterou a redação

do art. 543 do CPC, para o fim de incluir um novo requisito de admissibilidade para essa impugnação excepcional, a repercussão geral:

Art. 543-A. O Supremo Tribunal Federal, em decisão irrecorrível, não conhecerá do recurso extraordinário, quando a questão constitucional nele versada não oferecer repercussão geral, nos termos deste artigo.

(...)

§ 6º O Relator poderá admitir, na análise da repercussão geral, a manifestação de terceiros, subscrita por procurador habilitado, nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

O caráter vinculante de tais institutos enseja a necessidade de ampliar o diálogo entre os destinatários das decisões e os magistrados. Sustenta Cassio Scarpinella Bueno:

A razão pelo qual o necessário diálogo deve ser realizado não é, em substância, diversa da que, mesmo antes da promulgação da Lei n. 9868/99, já havia levado o Supremo Tribunal Federal a reconhecer, pelo menos uma vez, a intervenção do *amicus curiae* em ação direta de inconstitucionalidade. De resto, o coro que se avoluma para brindar a previsão do *amicus curiae* nas ações diretas de inconstitucionalidade – e, com maior ou menor harmonia, também nas ações declaratórias de constitucionalidade e nas arguições de descumprimento de preceito fundamental – sempre assinalou que o caráter vinculante da decisão jurisdicional é fator que, por si só, impõe a necessidade de prévia e plural manifestação da sociedade civil ou de determinados entes⁴⁶.

Milso Nunes Veloso de Andrade destaca que a figura da repercussão geral surgiu no contexto da proposta de emenda à Constituição que ficou conhecida como “Reforma do Judiciário”, que consistiu num conjunto de medidas que tinham por objeto a estrutura e organização do Poder Judiciário brasileiro, e que segundo a visão do Ministério da Justiça, a reforma “foi um passo importante para a modernização e para a democratização da prestação de serviços de justiça”⁴⁷.

Salienta ainda “que as motivações do Constituinte Derivado ao instituir a repercussão geral, representadas pelo voto da maioria, são equivalentes às que fundamentaram a adoção da súmula vinculante, subscritas e defendidas pelo Poder Executivo federal, buscando agilizar a solução das lides, reduzir o volume de processos sob análise do Supremo Tribunal Federal e dar respostas mais rápidas à sociedade e ao cidadão em relação a questões constitucionais. Mas também,

⁴⁶ BUENO, op. cit. p. 629-630.

⁴⁷ ANDRADE, Milso Nunes Veloso de; A “Repercussão Geral” como Pressuposto de Apreciação de Recurso Extraordinário: Algumas Considerações. **Caderno Virtual**, n. 18, abril-junho de 2008, disponível em <http://ojs.idp.edu.br/index.php/index/search/results>

pretende-se que as funções do Supremo Tribunal Federal sejam voltadas a questões objetivas, ultrapassando aquelas meramente subjetivas”⁴⁸.

Nesse sentido, ensina Gilmar Ferreira Mendes:

Esse novo modelo legal traduz, sem dúvida, um avanço na concepção vetusta que caracteriza o recurso extraordinário entre nós. Esse instrumento deixa de ter caráter marcadamente subjetivo ou de defesa de interesse das partes, para assumir, de forma decisiva, a função de defesa da ordem constitucional objetiva.

Trata-se de orientação que os modernos sistemas de Corte Constitucional vêm conferindo ao recurso de amparo e ao recurso constitucional (*Verfassungsbeschwerde*). Nesse sentido, destaca-se a observação de Häberle segundo a qual “a função da Constituição na proteção dos direitos individuais (subjectivos) é apenas uma faceta do recurso de amparo”, dotado de uma “dupla função”, subjetiva e objetiva, “consistindo esta última em assegurar o Direito Constitucional objetivo”. Orientação idêntica há muito mostra-se dominante também no direito americano. Já no primeiro quartel do século passado, afirmava Triepel que os processos de controle de normas deveriam ser concebidos como processos objetivos. Assim, sustentava ele, no conhecido Referat sobre “a natureza e desenvolvimento da jurisdição constitucional”, que, quanto mais políticas fossem as questões submetidas à jurisdição constitucional, tanto mais adequada pareceria a adoção de um processo judicial totalmente diferenciado dos processos ordinários. “Quanto menos se cogitar, nesse processo, de ação (...), de condenação, de cassação de atos estatais - dizia Triepel - mais facilmente poderão ser resolvidas, sob a forma judicial, as questões políticas, que são, igualmente, questões jurídicas”. Triepel acrescentava, então, que “os americanos haviam desenvolvido o mais objetivo dos processos que se poderia imaginar (*Die Amerikaner haben für Verfassungsstreitigkeiten das objektivste Verfahren eingeführt, das sich denken lässt*). Portanto, há muito resta evidente que a Corte Suprema americana não se ocupa da correção de eventuais erros das Cortes ordinárias. Em verdade, com o *Judiciary Act* de 1925 a Corte passou a exercer um pleno domínio sobre as matérias que deve ou não apreciar. Ou, nas palavras do Chief Justice Vinson, “para permanecer efetiva, a Suprema Corte deve continuar a decidir apenas os casos que contenham questões cuja resolução haverá de ter importância imediata para além das situações particulares e das partes envolvidas”⁴⁹.

Quanto à repercussão geral não há um caráter vinculante, entretanto, a sua função no sistema de acesso ao Supremo Tribunal Federal já enseja a necessidade de que um maior número de interessados manifeste-se acerca da interpretação que será dada a um determinado conceito, e quais as condições que

⁴⁸ Ibidem

⁴⁹ MENDES, Gilmar Ferreira. *O controle incidental de normas no direito brasileiro*. Material da 5ª aula da Disciplina Controle de Constitucionalidade, ministrada no Curso de Especialização Telepresencial e Virtual em Direito Constitucional - UNISUL-ÍDP-REDE LFG.OITAVA PARTE, p. 49-50.

deverão estar presentes em outros casos similares para se alcançar o Supremo Tribunal Federal⁵⁰.

Houve uma mudança no controle incidental, pois os recursos extraordinários terão de passar pelo crivo da admissibilidade referente à repercussão geral, o que maximizará a feição objetiva do recurso extraordinário.⁵¹

Andre de Albuquerque Cavalcanti Abbud manifestou-se acerca da repercussão geral quando a lei ainda estava tramitando:

A admissão do *amicus curiae* tem o propósito de ampliar os mecanismos de participação da sociedade no processo, contribuindo assim para acentuar o caráter democrático e pluralista deste e, nessa medida, conferir maior legitimidade à decisão judicial. A previsão do anteprojeto foi, assim, bastante feliz. Tendo em vista a enorme força por ele atribuída aos precedentes do STF no juízo sobre a repercussão geral, os quais terão larga influência sobre o julgamento de outros recursos, nada melhor que abrir à sociedade, na figura do *amicus*, a possibilidade de participar ativamente da formação do convencimento e tomada de decisão da corte⁵².

A súmula de caráter vinculante também confere a necessidade de intervenção do *amicus curiae*, uma vez que seu caráter vinculativo alcançará as pessoas que não participaram do processo.

Gilmar Mendes, Paulo Gustavo Gonet Branco e Inocêncio Mártires Coelho afirmam que a súmula vinculante, por conta dos recursos, constitui instrumento de autodisciplina do Supremo Tribunal Federal, que somente deverá afastar-se da orientação nessa preconizada de forma expressa e fundamentada⁵³.

E vale transcrever a lição dos citados autores, acerca dos reflexos da edição da súmula vinculante:

Afigura-se inegável que, tendo em vista a própria formalidade do processo de aprovação e edição de súmula, o Tribunal não poderá afastar-se da orientação sumulada sem uma decisão formal no sentido da superação do enunciado eventualmente fixado. Aquilo a que Victor Nunes se referiu como instrumento de autodisciplina do Tribunal edifica-se, no contexto da súmula vinculante, em algo associado à própria responsabilidade institucional da Corte de produzir clareza e segurança jurídica para os demais tribunais e para os próprios jurisdicionados.

A afirmação de que inexistiria uma autovinculação do Supremo Tribunal ao estabelecido nas súmulas há de ser entendida cum grano salis. Talvez seja mais preciso afirmar que o Tribunal estará vinculado ao entendimento fixado

⁵⁰ BUENO, op. cit., p. 631.

⁵¹ MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires, BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 1077.

⁵² ABBUD, Andre de Albuquerque Cavalcanti. Anteprojeto de Lei sobre a Repercussão Geral dos Recursos Extraordinários. **Revista Processo**, São Paulo: Editora RT., n. 129, p. , 2005.

⁵³ MENDES, COELHO E BRANCO, op. cit, p. 965-966.

na súmula enquanto considerá-lo expressão adequada da Constituição e das leis interpretadas. A desvinculação há de ser formal, explicitando-se que determinada orientação vinculante não mais deve subsistir. Aqui, como em toda mudança de orientação, o órgão julgador ficará duplamente onerado pelo dever de argumentar⁵⁴.

Cassio Scarpinella Bueno salienta que a mera existência de súmula ou jurisprudência dominante, pode significar também uma modificação procedimental no processo, tal como pode ser observado nos artigos 120, parágrafo único, 475, § 3º, 554, § 3º, e 557 §§ 1ºA e 1º, todos do Código de Processo Civil⁵⁵. Ele menciona, ainda, exemplo ilustrativo, a seguir transcrito:

O Superior Tribunal de Justiça editou, em 2005, a Súmula 309 nos seguintes termos: “O débito alimentar que autoriza prisão civil do alimentante é o que compreende as três prestações anteriores à citação e as que vencerem no curso do processo”. Comparando o enunciado tal qual redigido com os precedentes da Súmula, era perceptível um equívoco na sua redação. A Associação dos Advogados de São Paulo deliberou, por isso mesmo, enviar ao STJ ofício que dava conta do ocorrido e pedia providência no sentido de ser modificado o enunciado porque, em última análise, sua aplicação acarretaria resultado diametralmente oposto do que aquele Tribunal havia decidido reiterada e majoritariamente. No julgamento do HC 53.068/MS, perante a 2ª Seção, a relatora, Ministra Fátima Nancy Andrighi, deliberou modificar o enunciado da Súmula 309, dando conta do equívoco de seu enunciado e o fez, fazendo menção expressa inclusive ao ofício da AASP.

(...)

Não há como negar que o STJ poderia ter modificado o enunciado a qualquer momento, independentemente de qualquer iniciativa. Os §§ 1º e 2º do art. 125 de seu Regimento Interno são expressos nesse sentido. O que releva destacar, contudo, é que acolheu o pleito da AASP na primeira oportunidade que se teve para aplicar a Súmula 309 e, neste sentido, permitiu-se expressa e conscientemente, que “informações úteis e relevantes para o desfecho do processo” chegassem espontaneamente ao julgador com vistas ao proferimento de uma decisão ótima. Embora a hipótese não tenha sido tratada como um caso de *amicus curiae*, não há como negar que ela poderia – deveria, até mesmo – ter sido. Trata-se, de qualquer sorte, de prova concreta, real e recente dos acertos das pesquisas aqui efetuadas⁵⁶.

Scarpinella Bueno aponta ainda outro exemplo:

Outra situação deu-se quando da edição da Súmula vinculante n. 2 do STF, que dispõe sobre a inconstitucionalidade de leis ou atos normativos sobre loterias e bingos quando não editadas pela União Federal. A Associação Brasileira de Loterias Estaduais (ABLE) buscou anular o julgamento do qual originou o enunciado, dentre outros fundamentos, porque não teve ocasião de sustentar oralmente as suas razões apresentando as razões pelas quais a Súmula, tal qual proposta pelo STF, não poderia prosperar. O pedido foi rejeitado pela Min. Ellen Gracie com a determinação do arquivamento da

⁵⁴ *Ibidem*, p. 968-969

⁵⁵ BUENO, op. cit. p. 632-633.

⁵⁶ *Ibidem*, p. 637-638.

petição em junho de 2007. Trata-se, aqui também, de mais um episódio que poderia ser tratado como intervenção de *amicus curiae*, viabilizando-se o fornecimento de subsídios para o procedimento a ser adotados pelas diversas formas de atuação dos variados segmentos interessados em determinadas “teses jurídicas” antes e durante o seu proferimento. Ainda mais porque, à época do ocorrido, a Lei n. 11.417/2006 acabara de entrar em vigor⁵⁷.

Por isso, a intervenção do *amicus curiae*, para munir o julgador com o maior número possível de informações, é cada vez mais necessária, seja pelo princípio da segurança jurídica, seja pelo princípio da fundamentação racional das decisões.

⁵⁷ Ibidem, p. 638-639

CONCLUSÃO

Por todo o exposto, a noção de Constituição aberta delineada por Peter Häberle, constitui-se uma nova dimensão da teoria constitucional, permitindo que a interpretação se torne um processo aberto e plural, por ele designado como a “sociedade aberta de intérpretes da Constituição”.

Verifica-se que o *amicus curiae* surge como um elemento para a sociedade aberta dos intérpretes, posto que permite o debate democrático no âmbito da Constituição, demonstrando os anseios da sociedade naquele momento histórico.

Traz, ainda, ao magistrado, no controle da Constituição, elementos que possibilitam um julgamento mais seguro.

Os cidadãos não podem decidir, entretanto, sempre que representados por seus segmentos, poderão expressar seu posicionamento, e colaborar para determinação do norte da decisão, o que vem confirmar a participação da sociedade na democracia.

Isso porque a Constituição deve ser um processo permanente de interpretação, que é construído em cada momento histórico e político.

No Brasil, o *amicus curiae* teve previsão legal expressa apenas com a lei 9.882, de 03 de dezembro de 1999, no artigo 7º, § 2º, que admitiu a possibilidade de o relator, no processo da ação de descumprimento de preceito fundamental, mediante despacho irrecorrível, ouvir órgãos e entidades responsáveis pelo ato impugnado, na qualidade de *amicus curiae*.

Entretanto, ele já havia sido admitido em outras oportunidades, e atualmente é reconhecida a possibilidade de sua atuação na ação declaratória de constitucionalidade, na ação direta de inconstitucionalidade e na arguição de descumprimento de preceito fundamental.

Também na repercussão geral e nas súmulas vinculantes, o *amicus curiae* é uma fonte de manifestação da sociedade civil.

A admissão do *amicus curiae* no controle de constitucionalidade, ainda que recente, deve ser utilizada por todos, sejam os cidadão representados por seus órgãos e entidades, seja pelos magistrados, como um instrumento a favor da democracia, o que enseja uma maior segurança nos posicionamentos, e que permite

o cumprimento do princípio da fundamentação racional das decisões, previsto no art. 93, IX, da Constituição.

A interpretação da Constituição que não reflete sua sociedade está fadada a tornar-se inócua, daí, portanto, a importância do *amicus curiae* na atividade interpretativa e decisória.

REFERÊNCIAS

ABBUD, Andre de Albuquerque Cavalcanti. Anteprojeto de Lei sobre a Repercussão Geral dos Recursos Extraordinários. **Revista Processo**, São Paulo: Editora RT., n. 129, p. , 2005.

ANDRADE, Milso Nunes Veloso de; A “Repercussão Geral” como Pressuposto de Apreciação de Recurso Extraordinário: Algumas Considerações. **Caderno Virtual**, n. 18, abril-junho de 2008, disponível em <http://ojs.idp.edu.br/index.php/index/search/results>

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

BUENO FILHO, Edgard Silveira. *Amicus curiae – A Democratização do Debate nos Processos de Controle da Constitucionalidade.* **Revista CEJ**, Brasília, n. 19, p. 85-89, out./dez. 2002.

COELHO, Inocêncio Mártires. As idéias de Peter Häberle e a abertura de interpretação constitucional no Direito Brasileiro. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 35, n. 137, p. 157-164, jun/mar. 1998.

COSTA DA SILVA, Paulo Maycon. Do *amicus curiae* ao método da sociedade aberta dos intérpretes. **Revista CEJ- Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal**, Brasília, ano XII, n. 43, p. 22-30, out./dez. 2008.

GAO, Henry S. **Amicus curiae in WTO dispute settlement: Theory and Practice**, In http://hrichina.org/public/PDFs/CRF.1.2006/CRF-2006-1_Amicus.pdf, acessado em 29.03.2009.

HABERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional- A sociedade aberta.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997.

LEAL, Mônica Clarissa Hennig Leal. Jurisdição Constitucional Aberta: a Abertura Constitucional Como Pressuposto de Intervenção do *Amicus Curiae* no Direito Brasileiro. **Direito Público**, Ano V, n. 21, p. 26-37, maio. /jun. 2008.

MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle concentrado de constitucionalidade: comentários à lei 9868/99**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 270.

MATTOS, Ana Letícia Queiroga de; O *Amicus Curiae* e a democratização do controle de constitucionalidade. **Juris Síntese**, Porto Alegre, n. 55, p. 116-121, set/out 2005.

MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires, BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira. *O controle incidental de normas no direito brasileiro*. Material da 5ª aula da Disciplina Controle de Constitucionalidade, ministrada no Curso de Especialização Telepresencial e Virtual em Direito Constitucional - UNISUL-IDP-REDE LFG.OITAVA PARTE, p. 49-50.

MENEZES, Paulo de Tarso Duarte; Aspectos Gerais da Intervenção do *Amicus Curiae* nas Ações de Controle de Constitucionalidade pela Via Concentrada. **Direito Público**, Brasília, EDB/IDP, n. 17, p. 35-51, jul/ago/set 2007.

Revista Consultor Jurídico, 23 de abril de 2009. Disponível em; [HTTP://conjur.com.br](http://conjur.com.br). Acessado em 23.04.2009.

Supremo Tribunal Federal, Agravo Regimental na ADI 748/RS, Relator Ministro Celso de Mello, Plenário, DJ 18.11.1994, p. 31392.

Supremo Tribunal Federal, ADI 2130/SC, Relator Ministro Celso de Mello, Plenário, DJ 2.2.2001, p. 145.

Supremo Tribunal Federal, ADPF 71, Relator Ministro Gilmar Mendes, Decisão Monocrática, DJ 3.6.2005.

Supremo Tribunal Federal, ADPF 33, Relator Ministro Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, DJ 27.10.2006, p. 00031.

VASCONCELOS, Clever Rodolfo Carvalho. Natureza Jurídica da Intervenção *amicus curiae* no Controle Concentrado de Constitucionalidade. **Revista do Tribunal Regional Federal da Primeira Região**, Ano 19, n. 06, p. 82, jan. /jun. 2007.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Amicus curiae*: afinal, quem é ele? **Direito e Democracia, Revista de Ciências Jurídicas- ULBRA**, Canoas, Vol. 8, n. 01, p. 76-80, jan./jun. 2007.