

O INSTITUTO DO *AMICUS CURIAE* COMO INSTRUMENTO DE PARTICIPAÇÃO DEMOCRÁTICA NO CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE E A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL ABERTA DE MÔNIA CLARISSA HENNIG LEAL

Marcelo de Oliveira Burgati

RESUMO

A Jurisdição Constitucional vem se tornando cada vez mais um importante instrumento de concretização e defesa dos direitos fundamentais, especialmente após a II Guerra Mundial, porém, muitas vezes tem sido acusada de extrapolar suas atribuições e invadir as legislativas ao tomar decisões que não só interpretam, mas acabam por criar verdadeira nova norma, desrespeitando, segundo alguns autores até mesmo a histórica tripartição dos poderes proposta por Montesquieu. Mônia Clarissa Hennig Leal defende em sua obra, lastreada no pensamento de importantes autores alemães e norte-americanos, que não tem mais sentido a discussão sobre se a jurisdição constitucional respeita ou não os princípios democráticos e o sistema de pesos e contrapesos da tripartição dos poderes, mas como ela pode se abrir para uma participação e discussão que inclua a sociedade também como intérprete da constituição, quando do debate jurisdicional constitucional, ao que a mesma intitulou de “jurisdição constitucional aberta”, como reflexo do pensamento de Häberle de uma “sociedade aberta de intérpretes da constituição”. Procuramos demonstrar aqui, utilizando-se do método indutivo-dedutivo, por meio de pesquisa doutrinária e jurisprudencial, como o *amicus curiae*, atuando no controle concentrado de constitucionalidade no Supremo Tribunal Federal tem sido e pode se transformar cada vez mais em um instrumento de abertura democrática na jurisdição constitucional, se enquadrando perfeitamente na ideia de jurisdição constitucional aberta de Mônia Clarissa Hennig Leal.

Jurisdição Constitucional Aberta. *Amicus Curiae*. Controle Concentrado de Constitucionalidade.

1 Introdução:

O *amicus curiae*, cuja origem é até hoje debatida entre os doutrinadores, alguns atribuindo sua origem ao direito romano, outros ao inglês e outros ainda do direito norte-americano, é um instituto que se tornou em importante instrumento para a participação democrática nos debates sobre direitos fundamentais na jurisdição constitucional.

Dada a sua importância vem ele obtendo cada vez mais espaço em nossa legislação, vide sua recente adoção formal pelo novo Código de Processo Civil¹, bem como cresce a atenção por parte da doutrina pátria.

Hans Kelsen (2003, p. 123-124) afirma que a jurisdição constitucional “[...] é um elemento do sistema de medidas técnicas que têm por fim garantir o exercício regular das funções estatais [...]”; dada essa função por Kelsen à jurisdição constitucional, Mônia Clarissa H. Leal (2007) debate em seu livro “Jurisdição Constitucional Aberta: Reflexões sobre a Legitimidade e os Limites da Jurisdição Constitucional na Ordem Democrática – uma Abordagem a Partir das Teorias Constitucionais Alemã e Norte-Americana”, qual a real dimensão desta jurisdição, a partir de um estudo comparativo entre as teorias alemã e norte-americana, na democracia e se ela atende ou não a esse ideal democrático, principalmente diante da separação de poderes proposto por Montesquieu.

O objetivo do presente trabalho, por meio do método indutivo-dedutivo, baseado em pesquisa doutrinária e jurisprudencial, é demonstrar que o *amicus curiae* é importante instrumento de participação democrática na jurisdição constitucional exercida pelo Supremo Tribunal Federal, por meio do controle concentrado de constitucionalidade, quando do julgamento de casos envolvendo direitos fundamentais, enquadrando-se perfeitamente o instituto na ideia de Mônia Clarissa de jurisdição constitucional aberta, que se utiliza do conceito de Häberle de “sociedade aberta de intérpretes da Constituição”.

2 A Jurisdição Constitucional

Jorge Miranda anota que:

“constitucionalidade e inconstitucionalidade designam conceitos de relação, isto é, “a relação que se estabelece entre uma coisa – a Constituição – e outra coisa – um comportamento – que lhe

¹ Vide art. 138 da Lei N° 13.105, de 16 de março de 2015.

está ou não conforme, que com ela é ou não compatível, que cabe ou não no seu sentido”. Não se cuida, porém, de uma relação lógica ou intelectual, adverte o mestre português, mas de uma relação de caráter normativo e valorativo.” (MIRANDA, 1983 *apud* MENDES, BRANCO, 2014, p. 939)

Ocorrendo alguma dúvida sobre essa “relação” será necessário que se faça sua real verificação, se aquela “coisa” está ou não conforme as normas constitucionais, nascendo daí a necessidade do controle de constitucionalidade.

José Afonso da Silva (2005, p. 49) afirma existirem três sistemas de controle de constitucionalidade: o político, o jurisdicional e o misto. O controle de constitucionalidade jurisdicional está, ao ver do autor, generalizado nos dias atuais, sendo denominado nos Estados Unidos de *judicial review*, sendo “a faculdade que as constituições outorgam ao Poder Judiciário de declarar a inconstitucionalidade de lei e de outros atos do Poder Público que contrariem, formal ou materialmente, preceitos ou princípios constitucionais.”

Kelsen (2003) afirma ser a jurisdição constitucional “[...] um elemento do sistema de medidas técnicas que têm por fim garantir o exercício regular das funções estatais.”, é a “garantia jurisdicional da Constituição”, ou seja, é a atribuição de poderes para que se faça a verificação da conformação das normas jurídicas ao texto constitucional. Esses poderes são então exercidos nos Estados democráticos de direito, dentro da tradicional divisão de poderes pregada por Montesquieu, pelo judiciário.

Para Paulo Bonavides (2004, p. 2) a Constituição passou a ser a “morada da justiça”, local em que se consolidam a liberdade, os poderes legítimos e os direitos fundamentais; é a “sede da soberania”. Sendo a nossa época a dos “direitos fundamentais que sucede a época da separação de poderes, crescendo, então, a relevância da jurisdição constitucional, tornando-se a “justiça constitucional” uma premissa da democracia: “a democracia jurídica, a democracia com legitimidade.”

No Brasil o controle de constitucionalidade é inaugurado com o regime republicano, o Decreto n. 848, de 11 de outubro de 1890, que organizava a Justiça Federal, previa expressamente a possibilidade do Poder Judiciário declarar a inconstitucionalidade de uma lei e, de acordo como seu art. 9^o, parágrafo único,

² Art. 9º Compete ao Tribunal:

(...)

Paragraphe unico. Haverá também recurso para o Supremo Tribunal Federal das sentenças definitivas proferidas pelos tribunales e juizes dos Estados:

(...)

b) quando a validade de uma lei ou acto de qualquer Estado seja posta em questão como contrario á Constituição, aos tratados e ás leis federaes e a decisão tenha sido em favor da validade da lei ou acto; (sic)

letra “b”, a competência do Supremo Tribunal Federal de julgar os recursos das sentenças definitivas quando houvesse questionamento de validade de lei ou ato dos Estados quanto a sua contrariedade à Constituição.

Foi então se consolidando, passando por um retrocesso na constituição de 1937, até a Constituição de 1988, em que foi ampliado o rol de legitimados a propor o controle concentrado de constitucionalidade, mantendo-se as duas formas de controle, a concentrada e a difusa.

3 A Jurisdição constitucional aberta de Mônia Clarissa Hennig Leal

Mônia Clarissa Hennig Leal (2007) propõe, em seu livro, “Jurisdição Constitucional Aberta: Reflexões sobre a Legitimidade e os Limites da Jurisdição Constitucional na Ordem Democrática – uma Abordagem a Partir das Teorias Constitucionais Alemã e Norte-Americana”, uma perspectiva diferente quanto a jurisdição constitucional, uma maior democratização na participação nos debates, em especial de temas polêmicos.

A autora afirma ser a Constituição uma “invenção” moderna, que nasceu pretendendo fazer uma vinculação entre o poder e o Direito, a fim de consolidar as conquistas dos burgueses com a Revolução Francesa e que por essa razão “devemos aos humanistas franceses a construção e o desenvolvimento de nossas principais instituições jurídicas e políticas, todas herdadas da modernidade. As noções de Constituição e de Estado, em seus construtos teóricos e operativos, são um clássico exemplo disso.”

Desenvolveu-se então a Constituição na perspectiva do Estado, passando por sua feição social e, mais recentemente atingindo a feição comunitarista e democrática. Da mesma forma desenvolveu-se o papel da garantia e as formas de atuação da jurisdição constitucional.

Essa evolução da constituição e de sua jurisdição está vinculada a cada momento histórico e, em especial, “ao segundo pós-guerra e ao florescimento de um Estado vinculado à noção de direitos humanos”.

Vamos encontrar, então, uma vinculação entre as funções e prerrogativas exercidas pelas Cortes Constitucionais e a Teoria Constitucional vigente, os argumentos que dão coerência entre elas.

Passa a autora a percorrer esse desenvolvimento histórico demonstrando essa vinculação entre a evolução da constituição e sua jurisdição. Indo desde a Constituição Liberal, que tem seu “berço” na Revolução Francesa de 1789 e na anterior declaração de independência americana de 1776, passando pelo “Estado de

Bem-Estar Social (ou *Welfare State*)” do século XX, em que a proteção constitucional deixa de ser somente negativa e passa a um *status* positivo, ou seja, de obrigação de prestação pelo Estado de benefícios sociais, evoluindo para o Estado Democrático de Direito contemporâneo.

Na passagem para o Estado Democrático de Direito, por sua vez, especialmente em face do recrudescimento da idéia dos direitos fundamentais e da noção de dignidade humana, a Constituição acaba, mais do que nunca, assumindo uma função principiológica, assentada em dispositivos de textura aberta, numa estrutura que permite uma aferição ampla de seus conteúdos na realidade cotidiana, isto é, em face da vida constitucional propriamente dita. (sic) (LEAL, 2007, p. 40, grifo nosso)

Importante ressaltar neste ponto que esse novo contexto contemporâneo da constituição a exigir a implementação, por parte do Estado, de seu conteúdo, passa a jurisdição constitucional a ser fundamental para isso, assim como se referiu Lênio L. Streck (2002 *apud* LEAL, 2007, p. 40) “A instrumentalização dos valores constitucionais e a aferição da conformidade ou não das leis ao texto constitucional se estabelece, por seu turno, através do que se convencionou chamar de justiça constitucional, mediante o mecanismo da jurisdição constitucional.”(sic)

Desloca-se, então, o polo de tensão entre os poderes do Legislativo para o Judiciário. “Em outras palavras, com a tendência, cada vez maior, no sentido de “normatização” da Constituição, o papel preponderante que era da política (e dos partidos políticos) na Teoria da Constituição foi sendo tomado pelos Tribunais Constitucionais e, em última instância, pelas discussões sobre o controle de constitucionalidade.” (LEAL, 2007, p. 41)

Antes de demonstrarmos o pensamento da autora sobre o que seja jurisdição constitucional aberta, passemos antes pela noção de Constituição aberta, como vem nos apresentar a autora.

Mônia Clarissa (2007) nos traz que a II Guerra Mundial evidenciou o perigo do positivismo nazista que fundamentou a assunção ao poder de Hitler e propiciou o cometimento de todo tipo de atrocidades, o mesmo ocorrendo em relação ao fascismo. Esses acontecimentos acabaram “por gerar um forte movimento no sentido de resgate e de fortalecimento da noção de democracia e da própria noção de direitos humanos, elementos que passam, mais do que nunca, a ocupar um lugar de destaque nas Constituições, associados à máxima da dignidade humana.”

Os direitos humanos, tidos como universais e invioláveis, vinculam

inclusive o legislador e ultrapassam o critério da maioria protegendo os direitos daqueles que não podem integrá-la, “seja por ausência de representatividade, seja por impossibilidade fático-temporal, como ocorre com as gerações futuras no caso dos direitos que envolvem o meio ambiente, por exemplo.”

O papel da constituição nesse período passa a ser inovador, em especial no âmbito de sua extensão. Os direitos fundamentais passam a ter uma qualificação material, passam a ser normas objetivas e não mais subjetivas, e, portanto, fazem efeito sobre todo o domínio do Direito, transformando a Constituição em “ordem jurídica fundamental desse todo.”

Faz então a autora referência expressa a natureza aberta da Constituição:

Esta referência aos direitos acaba, portanto, por atribuir às Constituições uma natureza aberta, carente de concretização em face da realidade, o que demandam, por sua vez, uma atividade criativa por parte dos Tribunais, de natureza notadamente hermenêutica e dependente de decisões que definam a extensão de cada um desses direitos, especialmente quando em conflito com outros direitos também fundamentais, caso em que não há uma resposta pronta e acabada, razão pela qual a sua solução fica dependente da argumentação e dos elementos que se conectam com aquela determinada situação, que se apresenta, por sua vez, em um momento particular e também em um contexto particular, que precisam ser considerados.

A partir disso, a Constituição passa, por conseguinte, a ser entendida não mais como mero instrumento de garantia contra o poder absoluto do Estado (como o foi no período liberal clássico), ou como simples mecanismo de direção política (noção predominante no constitucionalismo social), mas sim como expressão máxima dos valores eleitos pela comunidade que a adota, isto é, como materialização do contrato social de uma ordem democrática, caracterizadora do modelo de Estado Democrático de Direito. (LEAL, 2007, p. 53-54, grifo nosso)

Passa-se a considerar a pessoa humana não “*uti singulus*”, mas em seu aspecto “*uti socius*”, pois os valores serão direcionados não à pessoa isolada, mas ao meio coletivo a que ele pertence.

Assim a constituição passa ser vista em uma perspectiva *viva*, como obra de todos seus intérpretes. Peter Häberle (1997 *apud* LEAL, 2007, p. 57) “fala de uma sociedade aberta de intérpretes da Constituição quando afirma que o dizer e o interpretar a Constituição não deve ser tido como algo restrito às instituições; pelo

contrário, aqueles que vivem a Constituição é que são os seus intérpretes legítimos, já que ela é, eminentemente, um produto cultural.”

Nesse sentido a autora nos traz que a interpretação constitucional não pode ficar restrita aos órgãos oficiais encarregados desta, sem contudo deixar de reconhecer sua importância; mas essa interpretação diz respeito a todos, como afirma Häberle.

Temos, então, dentro deste contexto, um papel destacado a ser desempenhado pela jurisdição constitucional.

A autora passa então a discorrer sobre a legitimidade da jurisdição constitucional, demonstrando, por meio da atuação dos tribunais constitucionais americano e alemão, a sua criatividade quanto a concretização dos direitos fundamentais, tidos agora como materiais e objetivos, portanto carentes de concretização.

Analisa, dentro de uma perspectiva de discussão democrática da jurisdição constitucional, o pensamento de destacados doutrinadores alemães e americanos, sobre os quais concentra seus estudos sobre a legitimidade da jurisdição, traçando um paralelo entre substancialistas e procedimentalistas.

Dentre os alemães, o primeiro citado pela autora é Ernst-Wolfgang Böckenförd e afirma que para ele “o controle de constitucionalidade se afigura como uma forma específica de garantia da Constituição, que deve e precisa ser apreciada e analisada em sua estreita relação com o Estado Democrático.”

Böckenförd (*apud* 2007, p. 98 e ss.) afirma que a Alemanha fez uma opção constitucional ao deslocar o controle da constituição do legislativo para o judiciário, mais especificamente criando o Tribunal Constitucional Alemão (*Bundesverfassungsgericht*), resultado do trauma nazista vivido com a II Guerra Mundial e desta forma o ponto central que se coloca não é mais a discussão sobre essa opção, mas sobre os fundamentos desse controle jurisdicional constitucional.

O autor coloca que as decisões tomadas pelos juízes do tribunal não são, evidentemente, só jurídicas, mas também políticas, porém que essa natureza política das decisões passou a ser tomada também em outros âmbitos do poder, além do legislativo, incluindo-se aí a jurisdição. O perigo que se coloca é o de o juiz se tornar o “senhor da Constituição”, uma vez que será dele o papel de interpretar e concretizar as normas constitucionais, o que advém da dimensão objetiva dada a elas.

Neste contexto é preciso:

[...] que se compre o “pacote”; trata-se de uma opção, de uma escolha política em que é necessário assumirem-se todas as vantagens e todos os riscos a ela inerentes!

Assim, conforme o autor, as alternativas estão postas; a questão é saber quem deve assumir a função de proteção da ordem jurídica material: o legislador ou o *Bundesverfassungsgericht*. Esta é uma resposta, no entanto, que, a seu ver, deve ser dada pela dogmática dos direitos fundamentais, que, por seu turno, deve tomar consciência de uma tal tarefa. (LEAL, 2007, p. 109-110)

Nota-se que Böckenförd tende ao substancialismo ao acatar a opção feita pelo *Bundesverfassungsgericht*.

O próximo doutrinador citado é Peter Häberle e sua noção de Constituição como produto cultural e a sociedade aberta de intérpretes.

Segundo a autora (2007, p. 114 e ss.) o autor não aborda diretamente a questão da legitimação da jurisdição constitucional, seu foco central é mais “as possibilidades da interpretação e do *processo* de interpretação constitucionais” em si, dos quais a jurisdição é somente uma parte importante.

Häberle trabalha essa questão de uma concepção mais ampla em que “a Constituição é vista e analisada a partir de uma perspectiva cultural, como um elemento vivo, resultante das interações e cristalizações acontecidas entre o texto normativo e o entorno cultural que o envolve.” Para ele a teoria a interpretação constitucional foca-se na “sociedade fechada” de intérpretes, ou seja, no seu aspecto jurídico e formal, cuja atividade é de cunho predominantemente estatal e institucional.

Se o tema quiser ser levado a sério, no entanto, é preciso que se considerem, igualmente, a formação e a realidade constitucionais, o que implica, necessária e conseqüentemente, a formação de um amplo e pluralista círculo de intérpretes, onde cada um que vivencia a norma - cidadãos, grupos, órgãos estatais - é, também, o seu intérprete legítimo, direta e indiretamente. (sic) (LEAL, 2007, p. 116)

Para Häberle há a necessidade de ser transformar a interpretação jurisdicional em uma atividade aberta, fugindo da tradicional interpretação fechada e institucional, é preciso considerar-se, além dos aspectos “funções e objetivos da interpretação” e dos seus “métodos (procedimentos)”, o “quem”, ou seja, seus participantes, o que vai refletir uma certa “*democratização*” da tarefa interpretativa.

Sendo, portanto, o ponto central da discussão, a ampliação e o aperfeiçoamento “dos instrumentos de comunicação dos juízes constitucionais e das possibilidades de participação (efetiva) no processo constitucional.”, fica a questão do como e por que meios isso pode se concretizar, resposta que Häberle não dá.

Dentre os alemães o último citado é Jünger Habermas e seu “agir comunicativo”.

O filósofo alemão, segundo a autora, (LEAL, 2007, p. 130 e ss.) faz duras críticas aos autores como Alexy e Böckenförd que não separam, não fazem a devida distinção entre princípios e valores, fazendo com que na jurisdição constitucional seu “sopesamento”, já que nenhum tem primazia sobre os outros, transmute “a interpretação do direito válido em um mero negócio jurisprudencial de concretização e de realização desses valores.”

Ao seu ver “aqueles que insistem em perceber o sentido da Constituição enquanto ordem concreta de valores desconhecem e desconsideram o seu caráter jurídico.”

Tem-se, por conseguinte, que Häbermas configura um modelo de democracia constitucional que não se fundamenta nem em valores compartilhados, nem em conteúdos substantivos, mas em procedimentos que asseguram a formação democrática da opinião, o que exige uma identidade política pós-convencional, e não mais histórica e valorativamente determinada, assentada em certos ideais compartilhados. Tais referenciais precisam, nesta perspectiva, ser construídos.

É por isto que o processo comunicativo é visto como um projeto aberto, pois, na perspectiva do filósofo alemão, quanto mais a moral se torna autônoma, mais ela pende para o reforço do âmbito privado. A moralidade deve, portanto, vir a estar associada ao procedimento, e não ser algo que existe de *per se*, aprioristicamente.

Para esta construção pressupõe-se, por sua vez, a participação de cidadãos (daí falar-se de uma nação de cidadãos) capazes de produzir um agir comunicativo, entendido como um discurso orientado para o entendimento, que assegura aos falantes participantes, no ato de comunicação, um mundo da vida intersubjetivamente compartilhado, garantindo-se, assim, simultaneamente, um horizonte no seio do qual todos possam referir-se a um só mundo objetivo. (LEAL, 2007, p. 135-136 grifo nosso)

Diz a autora ter o filósofo uma concepção procedimentalista habermasiana, visto pretender “conferir à jurisdição constitucional uma nova locução democrática, em contraposição à concepção supostamente paternalista que lhe é atribuída em decorrência da jurisdição de valores.”

Habermans acredita em uma ação comunicativa democrática entre as forças vivas da sociedade para a concretização dos direitos fundamentais, o que ocorreria então no campo legislativo e não na jurisdição constitucional, já que

a própria construção da constituição se daria nesse ambiente de comunicação democrática na sociedade. Porém, o autor trabalha suas ideias dentro da lógica de uma sociedade ideal em que as atuações comunicativas também se dá de forma ideal o que evidentemente não é possível de se concretizar no mundo real.

Dentre os pensadores americanos o primeiro citado pela autora é John Hart Ely.

Ely (*apud* LEAL, 2007, p. 148 e ss.) desenvolveu a chamada *Representation Reinforcement Theory* (Teoria do Reforço da Representação), ele inspira sua teoria principalmente na posição da *Warren Court*, em especial na nota de rodapé número quatro do caso *United States v. Carolene Products Co.*, o qual diz competir à Corte Constitucional manter o funcionamento da máquina democrática, assegurando que os canais políticos de participação e de comunicação sejam mantidos permanentemente abertos e que o Tribunal Constitucional deve se ocupar também com o que as majorias fazem às minorias.

Segundo Winfried Brugger (2002 *apud* LEAL, 2007, p. 156) “a posição de Ely pode ser resumida nos seguintes pontos: 1) Competência ativa, mas restrita, da jurisdição (preferência do Legislativo); 2) A concretização de cláusulas abertas da Constituição deve ser dar por meio do processo político (Legislativo); 3) Verificação, por parte dos Tribunais, de se houve efetiva participação das minorias no processo político.”

Nota-se portanto uma posição mais procedimental do autor quanto a jurisdição constitucional em que a tarefa reservada às Cortes se foca na fiscalização e no controle de regularidade e da participação no processo político.

O próximo autor analisado pela autora (LEAL, 2007, p. 163 e ss.) é Ronald Dworkin, que desenvolve seu pensamento em uma “leitura moral da Constituição”. O pensamento do autor é marcado pela pretensão de desenvolver uma teoria do direito e da interpretação do direito assentada na questão moral, tendo-se como premissa que o ordenamento jurídico não está assentado tão-somente nas leis postas, mas possui, também, valores morais que o integram. Esses aspectos morais e valorativos devem então se fazer presentes por ocasião da interpretação, eis que são vinculantes para o juiz por ocasião da aplicação do direito.

Dworkin é predominantemente substancialista, mas deixa claro que a interpretação feita pelos juízes não é totalmente discricionária, dado ao caráter aberto e genérico dos princípios e valores morais, ela é vinculada, não no sentido de buscar a interpretação que os legisladores deram ao princípio, nem devem lê-los com suas próprias convicções, ela deve estar conectada com a história escrita até então.

O autor afirma que essa leitura moral da Constituição pelos juízes não

é contrária ao princípio republicano, mas indispensável a ele, uma vez que não pressupõe ou estabelece que os juízes devam ter a última palavra e nem que eles não devam ter.

Porém, para Dworkin nem sempre a premissa da maioria deve governar, uma vez que os participantes destas deliberações podem vir a agir movidos por interesses privados e egoístas, negando, assim, as premissas maiores da igualdade e da integridade, daí se reforça a importância do controle de constitucionalidade, ao assegurar a garantia dos direitos fundamentais contra maiorias eventuais.

O último dos doutrinadores citados pela autora é Lawrence H. Tribe, (LEAL, 2007, p. 177 e ss.) segundo a qual Tribe é marcadamente substancialista, na medida em que critica a tentativa de redução da Constituição a mero documento procedimental, sendo que o autor focaliza a discussão acerca do constitucionalismo no aspecto das escolhas constitucionais (*constitucional choices*) que são inerentes à Constituição e ao seu desenvolvimento.

Estas escolhas são feitas “[...] em vários níveis e de muitas maneiras, envolvendo a um só tempo, diferentes e múltiplos atores: [...]”, como juízes, governantes, legisladores, advogados, estudantes, teóricos e críticos do Direito, sendo no fim a Constituição um somatório dessas escolhas, mas, segundo o autor, ela precisa ser mais do que isso se quiser ser uma fonte de legitimação.

Essas decisões (escolhas) serão determinadas pelo que somos e pelo que vivemos, mas não de forma absolutamente livre; elas são limitadas e restringidas, em certo aspecto, pelo texto e pela própria história constitucionais.

Para Tribe o debate entre as teorias legitimadoras substancialismo e procedimentalismo parece sem sentido nos dias atuais, pois nenhuma das duas possui uma resposta satisfatória, devendo haver, então, uma vinculação entre as duas.

A partir do pensamento dos autores estudados a autora (LEAL, 2007, p. 189 e ss.) traça um panorama “crítico-integrativo”, ressaltando o ponto central do pensamento de cada um, que apesar das variações de cunho político e metodológico, uns com foco nos aspectos interpretativos (mais substancialistas) e outros no político-democrático (mais procedimentalistas), contribuem “para o debate acerca da legitimidade da jurisdição constitucional, informando elementos importantes e plurais para o desenvolvimento de uma democracia ampla e includente.”

A autora identifica pontos convergentes entre os autores de forma que não há vencedores e nem fórmula pronta, procedimentalismo e substancialismo se aproximam e se misturam a fim de ampliar o espaço da cidadania e da democracia na jurisdição constitucional que não pode mais deixar de existir, como se constata em suas próprias palavras:

Em outras palavras, cremos que o resgate da legitimidade da jurisdição constitucional não passa, precipuamente, por uma limitação ou restrição de sua atuação, muito menos por um retorno ao Legislativo como fórmula mágica para a restauração dos pressupostos da separação dos poderes. Isto porque, num Estado em que se pretende a igual dignidade, não há como se privilegiar, de forma simplista, a maioria identificada com o sistema representativo, pois o grande desafio que se coloca é a inclusão das minorias, muitas vezes fragilizadas no jogo democrático das leis, não só no sentido de participação, mas também no sentido de fruição dos direitos.

Neste sentido, o Judiciário aparece como um *locus* privilegiado para a construção/resolução dos conflitos, devendo este ser percebido como um espaço a mais para o exercício da cidadania, ou seja, o que se demanda é a inclusão deste poder numa esfera (verdadeiramente) democrática.

Tal fato pressupõe, por sua vez, a efetiva assunção de que cabe à atividade jurisdicional, sim, uma atuação de natureza política, pois a chave da harmonia entre os poderes do Estado reside, exatamente, não em sua separação, mas em seu consórcio, em sua *complementariedade*, permitindo que, nas situações em que um poder ou outro não cumpre plenamente com suas funções, haja ainda outras instâncias para a discussão das questões fundamentais que envolvem a sociedade.

Trata-se, portanto, de uma *inclusão* do Poder Judiciário na esfera democrática, republicana, sendo esta a perspectiva sob a qual entendemos que a jurisdição (notadamente a jurisdição constitucional) deve ser compreendida. (LEAL, 2007, p. 193-194, grifo da autora)

A autora prega a construção do que chama de “*jurisdição constitucional aberta*”, querendo dizer com isso da necessidade de se ampliar a participação dos intérpretes não oficiais, “*sociedade aberta de intérpretes*” na jurisdição, em especial constitucional, a fim de permitir “*uma participação direta dos cidadãos no questionamento de temas fundamentais à sociedade [...]*”, para isso vê a necessidade de abertura dos canais internos do próprio judiciário para com a comunidade e seus argumentos, o que vai requerer uma pré-disposição dos intérpretes oficiais para com os argumentos trazidos pela sociedade aberta, bem como a construção de espaços efetivamente argumentativos dentro do processo.

Mônia afirma que a questão principal não está então em “*quanta*” jurisdição é possível ser efetivada legitimamente, mas em “*como*” ela deve operar para assegurar a sua legitimidade, tendo-se presentes, sempre, a ampliação e a

potencialização desta última.”, ou seja a questão não reside mais em se verificar se a jurisdição constitucional é ou não legítima e se atende aos preceitos democráticos, em especial da separação dos poderes nos moldes propostos por Montesquieu mas, como a autora demonstrou em sua obra, superando-se o debate substancialista/procedimentalista, como ampliar a democratização nos debates e na interpretação da constituição quando da jurisdição.

3 *Amicus Curiae* e o controle concentrado de constitucionalidade

Gustavo Binbenojm nos traz um conceito de *amicus curiae* de Steven e Gifis:

Amicus curiae é o “amigo da Corte”, aquele que lhe presta informações sobre matéria de fato e de direito, objeto da controvérsia. Sua função é chamar a atenção dos julgadores para alguma matéria que poderia, de outra forma, escapar-lhe ao conhecimento. Um memorial de *amicus curiae* é produzido, assim, por quem não é parte no processo, com vistas a auxiliar a Corte para que esta possa proferir uma decisão acertada, ou com vistas a sustentar determinada tese jurídica em defesa de interesses públicos ou privados de terceiros, que serão indiretamente afetados pelo desfecho da questão. (STEVEN; GIFIS, 1975 *apud* BINENBOJM, 2011, p. 3)

Cassio Scarpinella Bueno (2008) afirma que a figura do *amicus curiae* não tem uma origem clara no direito. Enquanto alguns afirmam ter surgido no direito romano; outros sustentam que ele surgiu no direito inglês, tendo sido utilizado frequentemente desde o século XVII, expandindo-se ao direito norte-americano, no qual a doutrina é mais completa e desenvolvida. Pode-se dizer em uma tradução livre que o *amicus curiae* é o “amigo da Corte” ou o “colaborador da Corte”, mas essa tradução é inócua para o nosso direito, uma vez que para nossa experiência jurídica ela é vazia de significado. “Ela, mesmo quando traduzida, não tem referencial na nossa história jurídica e, por isto, fica carente de verdadeira identificação.”

Del Prá (2007) nos traz que o *amicus curiae* no período medieval inglês, séculos XIV a XVI, participava do processo, mas com um papel meramente informativo e supletivo, mas importante para a corte. Era uma forma de auxílio à corte, porém sem a manifestação de nenhum interesse próprio do interveniente.

Com o passar do tempo e com sua aplicação no direito americano, gradativamente o instituto deixa de ser um instrumento de um terceiro desinteressado, para assumir uma função mais comprometida, com um interesse não das partes, mas da coletividade ou de um particular.

Segundo o autor “Essa evolução do instituto representou mais um importante avanço no procedimento judicial do *adversarial system*³, emprestando-lhe certa “democratização” ou “socialização” [...]”

Além dos Estados Unidos e da Inglaterra o autor cita a presença do *amicus curiae* também na França, na Itália, na Argentina e em ordenamentos supranacionais como no regulamento da Corte Interamericana de Direitos Humanos e, apesar de acalorada discussão doutrinária, na Organização Mundial do Comércio. Nesses países e organismos internacionais, nem sempre ele aparece com o nome de *amicus curiae*, mas pode ser identificado como a possibilidade de “intervenção de terceiros” nas cortes, seja ainda como mero instrumento de informação do juiz ou, conforme representa sua evolução, como importante instrumento de participação da sociedade em assuntos de seu interesse. Assim Del Prá afirma que “dentro da mesma denominação (*amicus curiae*), verificamos dois fenômenos:

Um primeiro, que se refere aos casos em que o julgador pode valer-se de um terceiro para auxiliá-lo na prospecção de dados (fáticos ou jurídicos) para a decisão. Nesse caso a atuação do terceiro, como *amicus curiae*, remeter-se-á aos *poderes instrutórios* do julgador. Não se confunde, todavia, com a figura do perito ou da testemunha, porquanto, diferentemente dessas, e afora outros aspectos divergentes, a manifestação do *amicus curiae* é livre na forma e não se restringe à matéria fática.

E um segundo, de matiz mais democrático, segundo o qual o *amicus curiae* age voluntariamente, em exercício de direito próprio de manifestação em questões de transcendência coletiva. Nesse caso, sua atuação constitui verdadeira hipótese de intervenção de terceiro, também em benefício da corte, mas como forma de participação na administração da justiça em casos de interesse “coletivo” (em sentido amplíssimo). (DEL PRÁ, 2007, p. 53, grifo do autor)

No Brasil, segundo Scarpinella Bueno (2008), só havia uma regra de direito positivo que se referia expressamente ao *amicus curiae*, tratava-se do art. 23, § 1º, da Resolução n. 390/2004 do Conselho da Justiça Federal.

Porém, em março de 2015 foi promulgada a Lei N° 13.105/15, novo Código de Processo Civil, ainda em *vacatio legis*, que adota o instituto do *amicus curiae*

³ Segundo MOREIRA (2001, *apud* Del Prá, 2007, p. 26) o sistema do *adversarial system* caracteriza-se pela “primazia reconhecida às partes não só na iniciativa de instaurar o processo e de fixar-lhe o objeto – traço comum à generalidade dos sistemas jurídicos ocidentais -, senão também na determinação da marcha do feito (e do respectivo ritmo) em suas etapas iniciais, e na colheita das provas em que se há de fundar o julgamento da causa.”

expressamente em seu art. 138.

Considerando porém o instituto, sem a denominação específica de “*amicus curiae*”, indica a existência do mesmo na Lei Nº 9.868/99, que regula o procedimento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade, em seu art. 7º, § 2º⁴; bem como na Lei Nº 10.259/01, que cria e disciplina o Juizado Especial Federal, em seu art. 14, § 7º⁵ e o Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal que passou a admitir que “quaisquer terceiros” sustentem oralmente suas razões nos julgamentos perante o Plenário ou perante as Turmas, previsto no art. 131, § 3º⁶.

O autor nos traz mais algumas possibilidades de intervenção do *amicus curiae*:

No mais, há diversos outros diplomas legislativos que, embora não tratem do *amicus curiae* admitem intervenções diferenciadas de terceiro que, na minha opinião, é o que basta, analisadas as previsões no seu devido contexto, para verificar que esta situações correspondem, ou, quando menos, são bastante próximas da intervenção do *amicus curiae* tal qual admitida nos ordenamentos jurídicos estrangeiros que o conhecem. Assim, apenas para ilustrar a minha afirmação, no art. 5º da Lei n. 9.494/1997 (pessoas jurídicas federais de direito público); no art. 31 da Lei n. 6.385/1976 (Comissão de Valores Mobiliários); no art. 89 da Lei n. 8.884/1994 (Conselho Administrativo de Defesa Econômica) e o art. 49 da Lei n. 8.906/1994 (Ordem dos Advogados do Brasil).

O que é relevante destacar, contudo, é que a admissão do *amicus curiae* para desempenhar o papel que, no direito estrangeiro, ele desempenha (e que para nós, vale o destaque, é, em largas linhas, exercido pelo Ministério Público quando atua na qualidade de fiscal da lei) não depende de expressa previsão legislativa. Ela decorre do sistema processual civil, isto é, das próprias normas de direito processual civil quando analisadas, como devem ser, desde a Constituição Federal ou, como prefiro, desde o “modelo constitucional do processo civil”. Foi a partir desta visão que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal desenvolveu o instituto no âmbito do controle concentrado de constitucionalidade

⁴ § 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.

⁵ § 7º Se necessário, o relator pedirá informações ao Presidente da Turma Recursal ou Coordenador da Turma de Uniformização e ouvirá o Ministério Público, no prazo de cinco dias. Eventuais interessados, ainda que não sejam partes no processo, poderão se manifestar, no prazo de trinta dias.

⁶ § 3º Admitida a intervenção de terceiros no processo de controle concentrado de constitucionalidade, fica-lhes facultado produzir sustentação oral, aplicando-se, quando for o caso, a regra do § 2º do art. 132 deste Regimento.

(aí entendidas as ações direta de inconstitucionalidade, declaratória de constitucionalidade e a arguição de descumprimento de preceito fundamental), no que foi seguida por alguns Tribunais de Justiça no exercício do controle de constitucionalidade das leis municipais. (sic) (BUENO, 2008, p. 3-4)

A intervenção do *amicus curiae* no controle concentrado de constitucionalidade foi “consagrado”, segundo BUENO FILHO (2006, p. 4) pela Lei n. 9868/99, em seu art. 7º, § 2º, ao admitir a possibilidade de manifestação de outros órgãos ou entidades, desde que demonstrem sua representatividade e a relevância da matéria.

Binenbojm (2011, p. 3) afirma “Tratar-se de inovação bem inspirada, que se insere no contexto de *abertura* da interpretação constitucional no país, permitindo que os indivíduos e grupos sociais participem ativamente das decisões do Supremo Tribunal Federal que afetem seus interesses.”

Nota-se que a possibilitação da participação do *amicus curiae* abre caminho para uma democratização do debate, pluralizando a possibilidade de a sociedade participar de decisões que lhe apresente relevância e sejam de seu interesse, amplia-se a participação dos intérpretes da constituição; a que Mônia C. H. Leal (2007, p. 203) se refere, partindo das ideias de Häberle, como a possibilidade de se ampliar a “sociedade aberta de intérpretes”, a fim de se possibilitar uma “jurisdição constitucional aberta”.

Em outro momento a mesma autora reafirma seu posicionamento a respeito da participação do *amicus curiae* no debate constitucional e a democratização da jurisdição constitucional:

Assim, essa possibilidade significa não apenas uma maior abertura do debate constitucional, na medida em que se viabiliza a participação de diversos setores da sociedade no processo, senão que também uma maior legitimação das decisões da própria Corte, enquanto instância final de decisão acerca de questões tão relevantes como as matérias que envolvem direitos fundamentais e os conteúdos constitucionais. (LEAL, 2008, p. 40-41)

Essa abertura democrática com a possibilidade da participação formal da sociedade por meio de entidades ou instituições que efetivamente representem interesses gerais coletivos foi expressamente reconhecido pelo Min. Celso de Mello quando referiu-se ao seu voto na ADI 2130/SC na ADI 5022 MC/DF:

EMENTA: “AMICUS CURIAE”. CONTROLE NORMATIVO ABSTRATO. INTERVENÇÃO DESSE “COLABORADOR DO TRIBUNAL” JUSTIFICADA PELA NECESSIDADE DE PLURALIZAR O DEBATE CONSTITUCIONAL

E DE AFASTAR, COM TAL ABERTURA PROCEDIMENTAL, SEMPRE EM RESPEITO AO POSTULADO DEMOCRÁTICO, UM INDESEJÁVEL “DEFICIT” DE LEGITIMIDADE DAS DECISÕES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO EXERCÍCIO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL. AS QUESTÕES DA REPRESENTIVIDADE ADEQUADA E DA DEFINIÇÃO DOS PODERES PROCESSUAIS RECONHECIDOS AO “AMICUS CURIAE”.

DOCTRINA. PRECEDENTES. ADMISSÃO, NA ESPÉCIE, DO BACEN.

DECISÃO: As razões invocadas pelo Banco Central do Brasil - BACEN para justificar sua pretensão de ingresso neste processo ajustam-se aos objetivos subjacentes à regra legal que instituiu a figura do “amicus curiae”, conformando-se ao entendimento que expus em decisão proferida na ADI 2.130/SC, Rel. Min. CELSO DE MELLO:

“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 constitucional.” [...] (ADI 5022, 2013, grifo nosso)

Desde então várias outras ações de controle de constitucionalidade concentrada vem admitindo a participação do *amicus curiae*, tais como: ADI 3943/DF-2015, ADO 22/DF-2015, ADO 6/PR-2015, ADI 4389 MC/DF-2011 e ADPF 54/DF-2012.

5 Conclusão

A trans-historicidade na construção das constituições e de sua necessária interpretação e jurisdição nos conduziu até um momento em que não há mais como fazer uma separação linear entre substancialismo e procedimentalismo ou entre a clássica divisão de Montesquieu em três poderes.

Apesar de seu pensamento ter determinado as bases político/administrativas das modernas sociedades democráticas, com seu sistema de “freios e contrapesos”, sofre críticas de diversos autores, pois o poder do Estado seria único, sendo divididas suas funções, falando-se assim em tripartição de funções e não de poderes.

Devem eles, então, se entrelaçarem, se complementarem a fim de darem a maior concretização possível aos direitos fundamentais, dentro das “escolhas” feitas de Tribe, dos “valores morais” de Dworkin, do “agir comunicativo” de Habermans e da “sociedade aberta de intérpretes” de Häberle, no que concerne ao conteúdo da construção, interpretação e aplicação da Constituição nos Estados Democráticos de Direito.

Prof.^a Mônia nos demonstra com clareza essa necessidade e essa tendência indicando ao final de seu trabalho a necessidade de se buscar meios para essa abertura democrática, de forma a proporcionar uma maior amplitude nos debates constitucionais, construindo-se o que chama de jurisdição constitucional aberta, o que vai permitir que a interpretação constitucional seja feita, não somente por “parte dos técnicos e burocratas oficial e organicamente investidos de tais competências”⁷, mas por toda a sociedade interessada e efetivamente destinatária das consequências destas interpretações/decisões.

Um desses meios de abertura democrática na jurisdição constitucional e que se coaduna perfeitamente com o pensamento da Prof.^a Mônia, conforme procuramos demonstrar, é a participação do *amicus curiae* na jurisdição constitucional concentrada brasileira exercida pelo Supremo Tribunal Federal nas ações de controle de constitucionalidade, como possibilidade de efetiva participação das forças

⁷(LEAL, 2008, p. 47)

vivas da sociedade na discussão de assuntos de interesse coletivo, possibilidade confirmada acima pelas palavras do Ministro Celso de Mello.

REFERÊNCIAS

BINENBOJM, Gustavo. A DIMENSÃO DO AMICUS CURIAE NO PROCESSO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO: Requisitos, poderes processuais e aplicabilidade no âmbito estadual. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público n. 26, maio-jul. 2011. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-26-MAIO-2011-GUSTAVO-BINENBOJIM.pdf>>. Acesso em: 14 out. 2015.

BONAVIDES, Paulo. Jurisdição constitucional e legitimidade (algumas observações sobre o Brasil). *Estudos Avançados*, São Paulo, v. 51, maio-ago. 2004. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=s010340142004000200007&script=sci_arttext> Acesso em: 19 out. 2015.

BRASIL. Decreto n. 848, de 11 de outubro de 1890. *Organiza a Justiça Federal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/D848.htm> Acesso em: 19 out. 2015.

_____. *Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade* n. 5022. Relator: Ministro Celso de Mello. Requerente: Governador do Estado de Rondônia. AMICUS CURIAE". CONTROLE NORMATIVO ABSTRATO. INTERVENÇÃO DESSE "COLABORADOR DO TRIBUNAL" JUSTIFICADA PELA NECESSIDADE DE PLURALIZAR O DEBATE CONSTITUCIONAL E DE AFASTAR, COM TAL ABERTURA PROCEDIMENTAL, SEMPRE EM RESPEITO AO POSTULADO DEMOCRÁTICO, UM INDESEJÁVEL "DEFICIT" DE LEGITIMIDADE DAS DECISÕES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO EXERCÍCIO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL. AS QUESTÕES DA REPRESENTIVIDADE ADEQUADA E DA DEFINIÇÃO DOS PODERES PROCESSUAIS RECONHECIDOS AO "AMICUS CURIAE. Decisão em 16 out. 2013. *Diário do Judiciário Eletrônico*, n. 210, 23 out. 2013.

BUENO, Cássio Scarpinella. Quatro perguntas e quatro respostas sobre o Amicus Curiae. *Revista Nacional da Magistratura*, Brasília, Ano II, n. 5, p. 132-38, maio 2008.

BUENO FILHO, Edgar Silveira. *Amicus Curiae no Processo Civil Brasileiro. Um Terceiro Enigmático*. São Paulo: Saraiva, 2006.

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

KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional*. Tradução Alexandre Krug. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

LEAL, Mônia Clarissa Hennig. *Jurisdição Constitucional aberta: reflexões sobre os limites e a legitimidade da Jurisdição Constitucional na ordem democrática*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

_____, *Jurisdição Constitucional Aberta: a Abertura Constitucional Como Pressuposto de Intervenção do Amicus Curiae no Direito Brasileiro*. *Revista de Direito Público*, Brasília, n. 21, p. 27-49, maio-jun. 2008. Disponível em: <<http://www.direitopublico.idp.edu.br/index.php/direitopublico/article/view/530/980>> Acesso em: 13 out. 2015

MENDES, Gilmar Ferreira e BRANCO, Paulo G. G. *Curso de Direito Constitucional*. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 25. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2005.