

AMICUS CURIAE E AUDIÊNCIAS PÚBLICAS: INSTRUMENTOS PARA UMA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL DEMOCRÁTICA

Nicole P. S. Mader Gonçalves*

GONÇALVES, N. P. S. M. Amicus curiae e audiências públicas: instrumentos para uma jurisdição constitucional democrática. **Rev. Ciên. Jur. e Soc.** da Unipar. Umarama. v. 11, n. 2, p. 385-401, jul./dez. 2008.

RESUMO: Considerando a clássica tensão entre jurisdição constitucional e democracia, o trabalho demonstra como amicus curiae e as audiências públicas atuam dentro da idéia de uma democracia deliberativa e contribuem para a produção de decisões judiciais legitimadas democraticamente.

PALAVRAS-CHAVE: Jurisdição constitucional. Democracia deliberativa. Amicus curiae. Audiência pública.

SUMÁRIO: 1. O conflito entre jurisdição constitucional e democracia 2. A contribuição da teoria de democracia deliberativa 3. O processo constitucional e a democracia deliberativa no âmbito da jurisdição constitucional 4. Institutos do processo constitucional 4.1 O *amicus curiae* 4.2 As audiências públicas. 5. Considerações finais.

1. O conflito entre jurisdição constitucional e democracia

A discussão acerca da legitimidade democrática da jurisdição constitucional instalou-se com a instituição do controle judicial de constitucionalidade das leis. Em todos os sistemas em que se adotou esse tipo de controle de constitucionalidade, o problema central que se destacou foi o mesmo: a tensão gerada entre a *afirmação da supremacia dos direitos fundamentais*¹, pelo *constitucionalismo* e a *efetividade da democracia sustentada pela soberania popular*². As dificuldades impostas pelo conflito entre os dois pilares do Estado Democrático

*Graduada em Direito no ano de 2006 pela Universidade Federal do Paraná, mestranda em Direito do Estado pela Universidade Federal do Paraná e bolsista da CAPES.

¹ A defesa dos direitos fundamentais é um dos elementos centrais do projeto político liberal, que, ao lado de outros, como, por exemplo, a separação entre Estado e igreja, a separação dos poderes e a limitação do poder estatal, criam uma esfera de liberdade individual marcada pela garantia de direitos constitucionalmente reconhecidos. Em outras palavras: a questão dos direitos fundamentais é apenas uma das dimensões do projeto político liberal.

² É importante notar está-se partindo de um contexto no qual o arranjo político fundamental é o da democracia liberal. Este arranjo apresenta, em diversos níveis, a dificuldade de lidar com valores (igualdade e liberdade) que vivem em permanente tensão, eis que decorrentes de tradições distintas não absolutamente convergentes: o liberalismo e a democracia.

de Direito tornam-se evidentes nas palavras de Carlos Santiago Nino:

“O casamento entre democracia e constitucionalismo não é simples. Sobrevivem tensões quando a expansão do primeiro conduz a um enfraquecimento do segundo e, por outro lado quando o fortalecimento do ideal constitucional se converte em um freio para o processo democrático. Essas tensões não são fáceis de se detectar com precisão devido à falta de certeza a respeito do que é que faz a democracia para maximizar o seu valor e devido à obscuridade da própria noção de constitucionalismo.”³

A identificação dessa tensão produz conseqüências imediatas na legitimação democrática da jurisdição constitucional, uma vez que a declaração de inconstitucionalidade produzida por um agente estatal, não eleito pelo povo – o juiz constitucional –, em nome da tutela de um direito fundamental inserto na Constituição, nega a vontade popular representada na lei elaborada por um representante eleito democraticamente. Em síntese, pode-se dizer que a jurisdição constitucional traduz, na prática, o conflito indicado por Nino, ao colocar em posições antagônicas a Constituição e a lei, que nada mais é do que o próprio conflito entre os direitos fundamentais tutelados e a democracia.

Em virtude dessa problemática, Robert Alexy afirma que é necessário compreender os direitos fundamentais a partir de uma *concepção realista*⁴. Isto é, entender que os direitos fundamentais são, ao mesmo tempo, democráticos e anti-democráticos. São democráticos na medida em que são a garantia para o desenvolvimento de um procedimento democrático através da tutela da isonomia e da liberdade. Porém, por outro lado, são antidemocráticos, pois são o parâmetro de adequação entre as decisões da maioria parlamentar legitimada pelo povo e a Constituição.

Diversas teorias foram desenvolvidas para conciliar os direitos fundamentais e a democracia, e, assim, conferir legitimidade à jurisdição constitucional.

Nos Estados Unidos, onde o controle judicial da constitucionalidade da lei foi consagrado pela célebre decisão do *Chief John Marshall*, no caso *Marbury vs. Madison*, a concepção do juiz como legislador negativo enfrentou duas dificuldades: a de que o Judiciário é composto por agentes não eleitos (*counter-majoritarian difficulty*⁵) e que suas decisões não estão sujeitas a nenhum tipo de

³NINO, C. S. *La Constitución de la democracia deliberativa*, Barcelona: Gedisa, 1997, p. 14.

⁴ALEXY, R. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, p. 37.

⁵A expressão “dificuldade contramajoritária” (the counter-majoritarian difficulty) foi cunhada por Alexander Bickel em sua célebre obra *The least dangerous branch* que teve sua primeira edição

controle democrático.

A partir de então, a doutrina norte-americana desenvolveu alguns argumentos que, a princípio, eram plenamente capazes de defender a legitimidade democrática da jurisdição constitucional. Dentre tais argumentos destacam-se o de que (i) a Constituição é obra do poder constituinte originário e expressão mais alta da soberania popular, está acima do poder constituído, subordinando inclusive o legislador, podendo, portanto, prevalecer sobre as maiorias eventuais; (ii) se a Constituição tem *status* de norma jurídica, cabe ao Judiciário interpretá-la e aplicá-la e (iii) mesmo quando o Judiciário decide conflitos de natureza política, os critérios e métodos mobilizados são de natureza jurídica.

No entanto, tais argumentos, calcados em um positivismo mecanicista, refletem um entendimento já superado: o de que a interpretação jurisdicional é uma atividade mecânica, em que o juiz apenas aplica a lei sem espaço para qualquer tipo de interpretação.

A superação do paradigma do liberalismo positivista e a ascensão da corrente pós-positivista⁶ trouxeram, novamente, ao debate, a questão dos mecanismos de legitimidade do controle judicial de constitucionalidade. Buscava-se então uma solução que equilibrasse a atividade interpretativa dos direitos fundamentais pelo juiz – *discrissão judicial* – com os princípios essenciais da democracia. Ou seja, procurou-se estabelecer mecanismos que proporcionassem fundamentos racionais que pudesse ser compartilhados com o povo e, assim, minimizassem o conteúdo discricionário refletido no elemento volitivo da decisão constitucional.

No Brasil, a grande maioria dos trabalhos sobre o tema concluiu que a jurisdição constitucional se legitima por ser essencial ao desenvolvimento das instituições democráticas. Assim, Sérgio Fernando Moro conclui sua obra afirmando que “A jurisdição constitucional pode ser compatível com a democracia, e será tanto mais legítima quanto mais contribuir para o seu aprimoramento.”⁷ Portanto, à medida que a jurisdição constitucional protege direitos fundamentais responsáveis pelo desenvolvimento da democracia, como, por exemplo, a

publicada em 1962.

⁶ “O pós-positivismo crê na possibilidade de se fundamentarem racionalmente as pretensões normativas. No âmbito das teorias que buscam superar o impasse deixado pelo positivismo jurídico se encontram a tópica, a teoria dos princípios e a teoria do discurso. Todas essas perspectivas sublinham o fato de que o direito não pode ser reduzido à faticidade da coação estatal, mas deve também perseguir a legitimidade produzida pela adesão da comunidade à qual se dirige.” (SOUZA NETO, C. P., **Jurisdição Constitucional, Democracia e racionalidade prática**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 330).

⁷ MORO, S. F. **Jurisdição Constitucional como Democracia**. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 2005, p. 317. No mesmo sentido confira-se STAMATO, B. **Jurisdição Constitucional**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005, CRUZ, A. R. de S. **Jurisdição Constitucional Democrática**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

liberdade de expressão, ela justifica a sua própria existência. Essa mesma idéia é reprisada no pensamento de Lênio Luiz Streck, que através da linguagem hermenêutica explica que

“...enquanto existencial, o Estado Democrático de Direito fundamenta, antecipadamente (círculo hermenêutico), a legitimidade de um órgão estatal que tem a função de resguardar os fundamentos (direitos sociais-fundamentais e democracia) desse modelo de Estado de Direito. O caráter existencial do Estado Democrático de Direito passa a ser, nessa espiral hermenêutica, a condição de possibilidade do agir de uma instância encarregada até mesmo no limite de viabilizar políticas públicas decorrentes de inconstitucionalidade por omissão, constituindo-se remédio (por vezes amargo, mas necessário) contra a atuação da maioria”.⁸

Para a resolução desse impasse – que gera a dúvida central quanto à legitimidade da Jurisdição Constitucional – é fundamental que as sociedades marcadas pelo pluralismo redefinem o papel da Constituição e dos direitos fundamentais, da mesma forma que devem ser revistos os mecanismos disponíveis para produção de decisões judiciais legitimadas democraticamente. Em razão dessa reivindicação democrática é que foi inserido no procedimento de controle de constitucionalidade brasileiro, o *amicus curiae*, e a prevista possibilidade de convocação de audiências públicas. Antes de analisar a trajetória desses institutos no direito brasileiro, é preciso compreender que ambos se inserem em um dos modelos democráticos mais aclamados da atualidade: a democracia deliberativa.

2. A contribuição da teoria de democracia deliberativa

Eleições periódicas, sufrágio universal e decisões tomadas através do processo majoritário são elementos democráticos essenciais para o desenvolvimento de qualquer democracia. No entanto, a complexidade das sociedades contemporâneas, profundamente marcadas pelo pluralismo, não se satisfaz com uma compreensão de democracia minimalista.⁹

A democracia que se pretende alcançar é a *democracia deliberativa*, a qual possibilita a produção de decisões públicas através debates amplos e abertos, que respeitem os direitos fundamentais e sejam um instrumento legitimador

⁸STRECK, L. L. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica**. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 113.

⁹A democracia minimalista – também chamada de procedimental, eleitoral, política ou elitista – se satisfaz com participação popular em eleições governamentais competitivas e periódicas.

das suas escolhas populares.¹⁰

A teoria da democracia deliberativa nasce como uma tentativa de conferir legitimidade para as decisões estatais das sociedades pluralistas através da inserção de todos os cidadãos, em condições livres e iguais, na produção de decisões que se justifiquem por argumentos morais compartilhados por todos e que, ao mesmo tempo em que tenham força para vincular o presente, possibilitem sua reavaliação futura.

Dentro da idéia de democracia deliberativa, identificam-se duas correntes que, utilizando-se de argumentos distintos, procuram um método para a produção de decisões judiciais legítimas. Trata-se do *procedimentalismo*, que tem como principal teórico Jurgen Habermas, e do *substancialismo*, desenvolvida por teóricos como Ronald Dworkin e John Rawls¹¹. As duas correntes possuem uma influência notável na discussão contemporânea acerca da legitimidade da jurisdição constitucional. Indicam no plano teórico – através do estudo da Teoria da Constituição e do conceito de democracia adequado para uma sociedade pluralista – caminhos e fórmulas para equilibrar a tensão entre os direitos fundamentais e a democracia, a qual se verifica desde o início da propositura do sistema judicial do controle de constitucionalidade das leis.

Nesse sentido, Luís Roberto Barroso ressalta que, tanto procedimentalistas, quanto substancialistas, buscam por um fundamento para a conciliação entre democracia e jurisdição constitucional a partir da premissa de que a democracia não se confunde com princípio majoritário, que a democracia é muito mais do que apenas a vontade da maioria, que consiste na realidade “... na realização de valores substantivos, na concretização dos direitos fundamentais e na observância de procedimentos que assegurem a participação livre e igualitária de todas as pessoas no processo decisório”¹².

No entanto, a questão da legitimidade da jurisdição constitucional pode ir muito além da questão contramajoritária refletida no conflito entre a vontade da maioria e os direitos fundamentais declarados pela Constituição. O proble-

¹⁰Nesse sentido, Roberto Gargarella explica que “A concepção ‘deliberativa’ de democracia parte da idéia de que um sistema político valioso é aquele que promove a tomada de decisões imparciais, isto é, decisões que não resultam em benefícios indevidos a nenhuma pessoa ou grupo, tratando todos com igual consideração. Nesse sentido, afirma que a democracia é defensável porque favorece, melhor que qualquer outro sistema, a tomada de decisões imparciais.”(*La Justicia Frente al Gobierno*. Barcelona: Editoria Ariel, 1996, p. 157-158).

¹¹Apesar da extrema importância das correntes acima citadas, a democracia deliberativa encontra outras propostas que merecem atenção, como, por exemplo, o modelo cooperativo de democracia deliberativa. Para tanto, confira-se PEREIRA, C. P. de S. **Teoria Constitucional e Democracia Deliberativa**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

¹²BARROSO, L. R. **Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 58.

ma da legitimidade da jurisdição constitucional pode ser analisado também pelo prisma intertemporal, uma vez que a jurisdição constitucional atua na defesa do trabalho do Poder Constituinte Originário, contra a vontade das maiorias eventuais. Ou seja, a dificuldade “contramajoritária” da jurisdição constitucional pode-se fundar no próprio *paradoxo da democracia* definido por Jon Elster, de modo que o conflito não está apenas entre a maioria eventual e a Constituição, mas entre a geração que elaborou a Constituição e as gerações futuras, que a ela se submetem.

Perante o argumento intertemporal, a corrente substancialista sugere que a jurisdição constitucional adquire legitimidade ao proteger a vontade geral descrita nos valores constitucionais, inclusive contra as maiorias eventuais, enquanto o procedimentalismo afirma que a jurisdição constitucional, para se tornar legítima, deve ficar limitada à tarefa de compreensão procedimental da Constituição, isto é, deve se limitar a proteger um processo de criação democrático do Direito¹³.

Assim, tendo em vista a possibilidade da democracia deliberativa ser um meio de legitimação da jurisdição constitucional e, partindo-se da idéia de que a jurisdição constitucional brasileira se desenvolve através de procedimentos inseridos no âmbito de um sistema de controle judicial de constitucionalidade misto, seus institutos devem servir de meio para a garantia de uma participação livre e igualitária de todas as pessoas no processo decisório. Ou seja, os instrumentos do processo constitucional brasileiro devem ser capazes de inserir, de forma concreta e definitiva, o debate constitucional brasileiro dentro da perspectiva de uma democracia deliberativa efetiva.

3. O processo constitucional e a democracia deliberativa no âmbito da jurisdição constitucional

A garantia da legitimidade da jurisdição constitucional nas democracias que pretendem ser *deliberativas* depende, essencialmente, dos mecanismos de acesso da sociedade ao processo que conduz à decisão sobre a constitucionalidade das leis. Ou seja, a construção de um controle judicial de constitucionalidade democrático depende da disponibilização e do aperfeiçoamento de instrumentos processuais que possibilitem que a sociedade faça parte do processo decisório.

Não é demais repetir que as declarações de inconstitucionalidade por Cortes Constitucionais desprovidas de qualquer mecanismo de participação popular produzem decisões que reforçam a tensão natural entre os direitos fundamentais afirmados pela Constituição, tanto no aspecto contramajoritário, quanto

¹³ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia vol. II**, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 170.

no argumento intertemporal.

O processo constitucional, isto é, as regras do processo que apreciam a constitucionalidade de uma lei, devem dar abertura para que a sociedade tenha condições de participar da produção da decisão. Nesse sentido, Peter Hårbele, alertou que uma interpretação aberta da Constituição, em que todos os sujeitos componentes da sociedade possam se manifestar e produzir uma Constituição que represente efetivamente os anseios da Nação, depende de um processo constitucional adequado para tais fins. De acordo com Hårbele:

“Os instrumentos de informação dos juízes constitucionais – não apesar, mas em razão da própria vinculação à lei – devem ser ampliados e aperfeiçoados, especialmente no que se refere às formas gradativas de participação e à própria possibilidade de participação no processo constitucional (especialmente nas audiências e nas intervenções). Devem ser desenvolvidas novas formas de participação das potências públicas pluralistas, enquanto intérpretes, em sentido amplo, da Constituição. O direito processual constitucional torna-se parte do direito de participação democrática. A interpretação realizada pelos juízes pode-se tornar, correspondentemente, mais elástica e ampliativa, sem que se deva ou possa chegar a uma identidade de posições com a interpretação do legislador. Igualmente flexível há de ser a aplicação do direito processual constitucional pela Corte Constitucional, tendo em vista a questão jurídico-material e as partes materialmente afetadas (*atingidas*). A íntima relação contextual existente entre a Constituição material e direito constitucional faz-se evidente também aqui. Indubitavelmente, a expansão da atividade jurisdicional da Corte Constitucional significa uma restrição do espaço de interpretação do legislador. Em resumo, uma ótima conformação legislativa e o refinamento interpretativo do direito constitucional processual constituem condições básicas para assegurar a pretendida legitimação da jurisdição constitucional no contexto de uma teoria da Democracia.”¹⁴

Destaque-se ainda que a compreensão da importância dos mecanismos disponibilizados pelo processo constitucional para legitimação da Jurisdição Constitucional, através da democracia deliberativa tem como ponto de partida um novo direito constitucional. Um direito constitucional que, conforme explica Clèmerson Merlin Clève, se realiza através de práticas democráticas que alcançam, em especial, o debate público. Trata-se de um Direito Constitucional que, sem deixar de delimitar o papel fundamental do Estado na realização dos direitos fundamentais, reconhece a importância da participação da sociedade,

¹⁴ HÅRBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional**. Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 46-49.

formada por cidadãos livres e capazes de participar dos debates produzidos no âmbito constitucional. Nas próprias palavras do autor, trata-se de um Direito Constitucional que

“não tolera o comprometimento com a fórmula constitucional do Estado como poderes divididos, decorrentes do eventual monopólio do acesso à verdade constitucional por este ou por aquele poder. Trata-se, repita-se, de outro direito constitucional. Que se afirma, a um tempo entre substancialistas e procedimentalistas ou entre aqueles que, como nós entende que a materialidade constitucional não repele, ao contrário, exige a consideração das conseqüências da processualidade e dos importantes aportes do procedimentalismo.”¹⁵

Portanto, parece inegável a relevância da abertura do processo constitucional para a construção de uma democracia deliberativa que atenda aos anseios da complexa sociedade brasileira. Além disso, não se pode deixar de reconhecer que a abertura do processo constitucional para a participação da sociedade na produção de decisões compatíveis com os valores essenciais elegidos é uma forma de atenuar o *paradoxo da democracia*, que representa substancialmente o conflito entre Poder Constituído e Poder Constituinte, isto é, o debate sobre a vinculação das gerações futuras a um contexto histórico passado.

4. Institutos do processo constitucional

Após a compreensão das problemáticas que envolvem a legitimidade da jurisdição constitucional e da importância da inserção da democracia deliberativa nos mecanismos processuais que dirigem o controle judicial de constitucionalidade das leis, é imprescindível uma análise de como esses fenômenos jurídicos são desenvolvidos na legislação e na jurisprudência brasileira, em especial, na do Supremo Tribunal Federal (STF). Para tanto, elegem-se aqui dois institutos que têm sido amplamente utilizados pelo STF e que se inserem perfeitamente na idéia de uma jurisdição constitucional democrático-deliberativa: o *amicus curiae* e as audiências públicas.

4.1. O *amicus curiae*

O *amicus curiae*¹⁶ é um instituto de origem norte-americana, inspirado

¹⁵ Direito Constitucional, Novos Paradigmas, Constituição Global e Processo de Integração, in: **Constituição e Democracia – Estudos em homenagem à democracia**. Paulo Bonavides, Francisco Gêrson Marques de Lima e Fayaga Silveira Bedê (org.). São Paulo: Malheiros, 2006, p. 40-41.

¹⁶ Gustavo Binenbojm apresenta a seguinte definição de *amicus curiae*: “*Amicus curiae* é o “amigo

no chamado *Brandies-Brief*, uma espécie de memorial apresentado pela primeira vez nos Estados Unidos pelo advogado Louis D. Brandeis, no caso *Müller vs. Oregon*, em 1908.¹⁷

Conforme destaca Edgar Silveira Bueno Filho, a importância da figura do *amicus curiae* no controle de constitucionalidade norte-americano pode ser atestado pela repercussão provocada em um caso envolvendo a Universidade de Michigan, em 2003, quando mais de 150 *amici curiae* (dentre ONGs, empresas públicas e privadas cotadas como as 500 maiores dos EUA pela revista *Forbe* e as mais conceituadas Universidades) apresentaram suas manifestações sobre a questão discutida pela Suprema Corte.

A figura do *amicus curiae* já podia ser encontrada no ordenamento jurídico brasileiro desde 1976, quando a Lei n.º 6.385/76 trouxe, em seu art. 31, a previsão de sua intervenção em processos que discutissem questões de direito societário perante a Comissão de Valores Mobiliários. Vale destacar ainda que o próprio STF já permitia a juntada de memoriais elaborados por *amicus curiae* em ADIs antes mesmo da edição da Lei n.º 9.868/99.

No controle de constitucionalidade brasileiro o *amicus curiae* foi admitido pelo art. 7º, § 2º da Lei 9.868/99, excepcionando a regra de que no controle de constitucionalidade concentrado e abstrato não se admite a intervenção de terceiros de qualquer espécie, uma vez que inexistente na causa um interesse jurídico subjetivo que enseje tal intervenção.¹⁸ De acordo com o dispositivo, será possível a manifestação, na qualidade de *amicus curiae*, de indivíduos e grupos sociais, além dos órgãos e entidades formalmente legitimados para a propositura da ADI, que tiverem interesse na causa e sempre que a decisão do STF puder afetar seus interesses.

O instituto tem como função tornar os debates acerca da constitucio-

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. V. GIFIS, Steven H. *Law dictionary*: Barron’s Educational Series, Inc., 1975. p. 11-12.” (A dimensão do *amicus curiae* no processo constitucional brasileiro: requisitos, poderes processuais e aplicabilidade no âmbito estadual. **Revista Eletrônica de Direito do Estado** n.º 01, jan./fev./mar., 2005, p. 03. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-1-JANEIRO-2005-GUSTAVO%20BINENBOJM.pdf>. Acesso em: 01 de out. 2008).

¹⁷ *Amicus Curie* – A democratização do debate nos processos de controle de constitucionalidade. Disponível em: http://www.direitopublico.com.br/form_revista.asp?busca=amicus, Acesso em 01 out. 2008).

¹⁸ Tal entendimento encontra fundamento no art. 169, § 2º do RISTF e no *caput* do art. 7º da Lei n.º 9.868/99.

nalidade da lei mais amplos, abertos e democráticos, sendo um exemplo por excelência de um mecanismo da sociedade aberta dos intérpretes da Constituição e da democracia deliberativa. Nesse sentido, Gustavo Binembojm explica que o objetivo do *amicus curiae* é:

“... pluralizar o debate constitucional, permitindo que o Tribunal venha a tomar conhecimento, sempre que julgar relevante, dos elementos informativos e das razões constitucionais daqueles que, embora não tenham legitimidade para deflagrar o processo, serão destinatários diretos ou mediatos da decisão a ser proferida. Visa-se, ademais, a alcançar um patamar mais elevado de legitimidade nas deliberações do Tribunal Constitucional, que passará formalmente a ter o dever de apreciar e dar a devida consideração às interpretações constitucionais que emanam dos diversos setores da sociedade.”¹⁹

A admissão do *amicus curiae* compete ao relator, que, de acordo com o disposto no § 2º do art. 7º da Lei 9.868/99, deverá analisar (i) a relevância da matéria em discussão, considerando inclusive a extensão dos efeitos da decisão a

¹⁹BINENBOJM, G. *A dimensão do Amicus Curiae no processo constitucional brasileiro – Requisitos, poderes processuais e aplicabilidade no âmbito estadual*, p. 04. No mesmo sentido vem se manifestando a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: “A intervenção de terceiros no processo da ação direta de inconstitucionalidade é regra excepcional prevista no art. 7º, § 2º, da Lei 9.868/1999, que visa a permitir ‘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 n. 9.868/99 v que contém a base normativa legitimadora da intervenção processual do *amicus curiae* – tem por precípua finalidade pluralizar o debate constitucional.’ (ADI n.º 2.130-MC, Rel. Min. Celso de Mello, publicado em 2.2.2001). Vê-se, portanto, que a admissão de terceiros na qualidade de *amicus curiae* traz insita a necessidade de que o interessado pluralize o debate constitucional, apresentando informações, documentos ou quaisquer elementos importantes para o julgamento da ação direta de inconstitucionalidade.” (ADI n.º 3.921, Rel. Min. Joaquim Barbosa, decisão monocrática, julgamento em 24.10.07, publicado em 31.10.07).

²⁰“A pertinência temática também é requisito para a admissão de *amicus curiae* e a Requerente não o preenche. Reduzir a pertinência temática ao disposto no estatuto das entidades, sem considerar a sua natureza jurídica, colocaria o Supremo Tribunal Federal na condição submissa de ter que admitir sempre qualquer entidade, em qualquer ação de controle abstrato de normas, como *amicus curiae*, bastando que esteja incluído em seu estatuto a finalidade de defender a Constituição da República.” (ADI n.º 3.931, Rel. Min. Cármen Lúcia, decisão monocrática, julgamento em 6.8.08, publicado em 19.8.08).

ser proferida e (ii) a representatividade dos requerentes – requisito no qual a jurisprudência do STF tem incluído a exigência de pertinência temática.²⁰ Portanto, somente se presente relevância e representatividade é que poderá o relator deferir o pedido de intervenção na qualidade de *amicus curiae*.

A utilização do *amicus curiae* tem sido intensa no STF, podendo-se observar inclusive uma tendência de flexibilização da jurisprudência quanto a alguns requisitos procedimentais estabelecidos para sua intervenção no processo. Já se admite, por exemplo, o ingresso de *amicus curiae* no processo após o término do prazo processual para a entrega de informações, após a inclusão do processo na pauta de julgamento ou até mesmo após o início do julgamento, quando lhe será concedido o direito de realizar sustentação oral²¹.

Apesar dessa ampla utilização do *amicus curiae* no campo do controle de constitucionalidade concentrado, deve-se lembrar que o instituto foi criado e é aplicado no âmbito dos tribunais norte-americanos no controle de constitucionalidade difuso, isto é, em um processo intersubjetivo, em que existem direitos e interesses concretos em análise²². No Brasil, tal possibilidade também foi prevista pela Lei n.º 9.868/99, que acrescentou ao art. 482 do CPC os parágrafos 1º, 2º e 3º, admitindo a participação de *amicus curiae* no julgamento de incidentes de arguição de inconstitucionalidade.

No entanto, é preciso ressaltar que tal previsão legal de *amicus curiae* destina-se para o controle de constitucionalidade *difuso, exercido pelos tribunais de modo abstrato*. Tal afirmação é explicada por Fredie Didier Junior, ao dizer que, quando se instaura um incidente de arguição de inconstitucionalidade perante os Tribunais, a análise da constitucionalidade da lei é feita em abstrato. Ou seja, primeiro o Tribunal posiciona-se em relação à constitucionalidade da lei em tese, isto é, independentemente das circunstâncias do caso concreto, para

²¹Exatamente pelo reconhecimento da alta relevância do papel do *amicus curiae* é que o Supremo Tribunal Federal tem proferido decisões admitindo o ingresso desses atores na causa após o término do prazo das informações (ADI n.º 3.474, Rel. Min. Cezar Peluso, publicado em 19.10.05), após a inclusão do feito na pauta de julgamento (ADI n.º 2.548, Rel. Min. Gilmar Mendes, publicado em 24.10.05) e, até mesmo, quando já iniciado o julgamento, para a realização de sustentação oral, logo depois da leitura do relatório, na forma prevista no art. 131, § 3º do RISTF (ADI 2.777-QO, rel. Min. Cezar Peluso). (ADI n.º 1.923, Rel. p/ o ac. Min. Eros Grau, decisão proferida pela Min. Ellen Gracie no exercício da Presidência, publicado em 1.8.07).

²²É da tradição do constitucionalismo norte-americano a admissão da figura do *amicus curiae* em processos alçados ao conhecimento da Suprema Corte, quando em discussão grandes questões constitucionais do interesse de toda a sociedade. O ingresso dos *amici curiae* serve, assim, para pluralizar o debate que, no sistema americano, é originariamente travado apenas entre as partes do processo. No âmbito da Suprema Corte norte-americana, a intervenção do *amicus curiae* é prevista na *Rule 37* do Regimento Interno da Corte – *Brief for an Amicus Curiae*” (BINENBOJM, Gustavo, *A dimensão do Amicus Curiae no processo constitucional brasileiro – Requisitos, poderes processuais e aplicabilidade no âmbito estadual*, p. 04).

somente após esse exame em abstrato aplicar a sua conclusão ao caso. Por isso, para o autor, a arguição de inconstitucionalidade é um verdadeiro incidente processual de natureza objetiva, motivo pelo qual permite a participação de *amicus curiae*²³.

Portanto, tendo em vista que o controle de constitucionalidade, via incidente de arguição de inconstitucionalidade, é feito em abstrato, seria falsa a afirmação de que os parágrafos do art. 482 prevêm a utilização do *amicus curiae* para o controle de constitucionalidade difuso e concreto, tal como ocorre no sistema norte-americano. Tem-se, na realidade, apenas a permissão para que os Tribunais admitam a participação de um *amicus curiae* no controle de constitucionalidade difuso e abstrato.

Raciocínio semelhante deve ser aplicado para a art. 543-A, § 6º do CPC, de acordo com o qual “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.”. Deve-se reconhecer que, nessa situação, a análise da existência ou não de repercussão geral será em tese, e não diante das circunstâncias do caso concreto, uma vez que é da natureza da própria repercussão geral extrapolar as peculiaridades do caso em exame, configurando-se como um interesse econômico, político, social ou jurídico, que ultrapasse os interesses subjetivos da causa. Por isso, a manifestação do *amicus curiae* na análise de repercussão geral, embora ocorra em sede de controle de constitucionalidade difuso, examina a questão suscitada sob o ponto de vista abstrato.

Portanto, quanto à figura do *amicus curiae* pode-se concluir que a sua recepção no direito constitucional brasileiro ficou restrita ao controle de constitucionalidade abstrato, seja ele feito de forma difusa ou concentrada. Vale destacar, ainda, que a jurisdição constitucional brasileira tem feito bom proveito de tal instituto, possibilitando a aproximação dos cidadãos dos julgamentos constitucionais, ampliando o debate sobre a Constituição e produzindo decisões constitucionais mais legítimas sob o aspecto democrático. Assim, é notório que o *amicus curiae* atende às necessidades de uma democracia deliberativa e auxilia no desenvolvimento de uma jurisdição constitucional democrática.

4.2. As audiências públicas

A possibilidade de convocação de audiências públicas no julgamento de Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) e de Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) foi prevista no art. 9º, § 1º da Lei n.º 9.868/99; já para o julga-

²³(JUNIOR DIDIER, F. *Curso de Processo Civil* - vol. 3. 8ª. ed. Salvador: Jus Podivum, 2008, p. 333).

mento de Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) a previsão encontra-se no art. 6º, § 1º da Lei n.º 9.882/99. De acordo com os dispositivos, as audiências públicas poderão ser convocadas pelo Ministro Relator, sempre que houver necessidade de esclarecimentos sobre a matéria ou circunstância de fato e quando os autos carecerem de informações para o julgamento.

A admissão das audiências públicas nos julgamentos constitucionais tem, como um de seus fundamentos, a impossibilidade de os juízes decidirem com segurança e certeza sobre matéria que pouco ou nada conhecem. A permissão de realização de uma audiência pública é o reconhecimento de que não se pode exigir de um magistrado uma decisão consciente e convicta a respeito de questões que pressupõem, por exemplo, conhecimento médico, antropológico ou de mercado. Nesse sentido, a audiência pública tem como finalidade suprir justamente as lacunas do conhecimento dos juízes e assegurar que suas decisões possuam coerência e respaldo de outras ciências e culturas. Ou seja, espera-se que as audiências públicas auxiliem na produção de decisões materialmente conectadas à realidade, decisões que solucionem os vícios do plano normativo, sem ignorar o plano fático.

Contudo, as audiências públicas possuem uma outra função muito importante. Através das audiências públicas a jurisdição constitucional amplia o debate constitucional e constrói uma verdadeira sociedade dos intérpretes da Constituição. Trata-se de um instituto típico de uma democracia deliberativa, à medida que permite a participação do cidadão nos processos deliberativos de construção de decisões públicas. Além disso, ao abrir uma esfera pública de deliberação e ao aproximar o cidadão do processo decisório, a audiência pública concede maior legitimidade para as decisões constitucionais, atenuando, portanto, a difícil relação entre jurisdição constitucional e democracia.

É importante destacar, no entanto, que as audiências públicas realizadas no âmbito da jurisdição constitucional não retiram do juiz a decisão final sobre a questão constitucional e não podem conduzir a interpretações desvinculadas da Constituição e pautadas simplesmente pela vontade popular. Muito pelo contrário. A admissão de audiências públicas na jurisdição constitucional se dá em nome do princípio democrático, um dos pilares da Constituição de 1988, porém, também deve respeito ao Estado de Direito, outro pilar da Constituição, razão pela qual não pode substituir o julgamento constitucional. As audiências públicas colaboram para a construção de uma cidadania democrática e participativa, sendo mais um canal de acesso a um espaço público de deliberação, em que se pode exercer a liberdade de expressão e manifestar os anseios populares. Por outro lado, o STF permanece vinculado à sua tarefa de máxima proteção e efetivação da Constituição, não sendo possível que sua decisão se justifique, em nome de maiorias eventuais.

Por essas razões, as audiências não se destinam a discutir teses jurídicas, mas a apresentar argumentos provenientes de outras áreas do saber e a indicar, para o STF, as conseqüências reais e fáticas da adoção de uma ou de outra postura em relação à constitucionalidade da lei discutida. As audiências públicas são, portanto, o reconhecimento de que o sistema jurídico não é um núcleo isolado e autônomo da ciência, que o direito e a decisão justa – e juridicamente correta – não é possível sem a consideração de seus reflexos no plano da realidade. Assim, pode-se dizer que possuem dupla função: se por um lado aproximam os Ministros de uma realidade científica e fática que desconhecem e que os impede de produzir uma decisão compatível com Constituição e com a realidade brasileira, por outro, são um canal de acesso dos cidadãos aos mais importantes debates constitucionais, uma esfera pública de deliberação de acesso livre e igualitário.

Apesar de presente no ordenamento jurídico desde 1999, é raríssimo encontrar doutrina sobre audiências públicas. O instituto que concede uma grande abertura democrática para o debate constitucional permaneceu inutilizado até abril de 2007, quando foi realizada a primeira audiência pública no julgamento da ADI n.º 3501, que discutiu a constitucionalidade das pesquisas com células-tronco perante o direito fundamental à vida. Diante de uma questão tão delicada e ao mesmo tempo tão essencial, o Procurador-Geral da República solicitou a convocação de uma audiência pública para o esclarecimento das questões de fato, subjacentes ao questionamento da validade constitucional do art. 5º e parágrafos da Lei n.º 11.105/05, que foi imediatamente acolhida pelo Ministro Relator Carlos Ayres Britto:

“Ante a saliente importância da matéria que subjaz a esta ação direta de inconstitucionalidade, designei audiência pública para o depoimento de pessoas com reconhecida autoridade e experiência no tema (§ 1º do art. 9º da Lei n. 9.868/99). Na mesma oportunidade, determinei a intimação do autor, dos requeridos e dos interessados para que apresentassem a relação e a qualificação dos especialistas a serem pessoalmente ouvidos. Pois bem, como fiz questão de realçar na decisão de fls. 448/449, **‘a audiência pública, além de subsidiar os Ministros deste Supremo Tribunal Federal, também possibilitará uma maior participação da sociedade civil no enfrentamento da controvérsia constitucional, o que certamente legitimará ainda mais a decisão a ser tomada pelo Plenário desta nossa colenda Corte’**.”²⁴ (grifou-se)

O STF realizou, ainda em 2008, mais duas audiências públicas. Uma no

²⁴ADI n.º 3.510, Rel. Min. Carlos Britto, decisão monocrática, julgamento em 16.3.07, publicado em 30.3.07.

juízo da ADPF n.º 54 que trata sobre os fetos anencéfalos e outra na ADPF n.º 101, que discute a importação de pneus usados. Resta evidente, portanto, a tendência de o STF abrir o debate constitucional através das audiências públicas, aproximando os cidadãos da produção de suas decisões e conferindo maior legitimidade democrática à jurisdição constitucional.

5. Considerações Finais

A crise de legitimidade da jurisdição constitucional é inerente à sua própria natureza. Contudo, a superação do positivismo jurídico e a exigência de substituição de uma democracia representativa por uma democracia deliberativa requerem novas formas de conciliação entre a interpretação da Constituição pelo Poder Judiciário e a necessidade de inclusão do cidadão na produção de decisões públicas. Não se pode aceitar uma aplicação do direito descomprometida com a realidade social, tampouco a construção de decisões públicas sem a participação popular. Por essa razão, as teorias da democracia deliberativa buscam a abertura de canais, dentro da jurisdição constitucional, que possibilitem a construção de uma sociedade, de intérpretes da Constituição. É justamente nessa perspectiva que o processo constitucional brasileiro incluiu dois importantes institutos que pluralizam e ampliam o debate constitucional: o *amicus curiae* e as audiências públicas. Reconhece-se, enfim, que, em uma sociedade democrática e plural, o Supremo Tribunal Federal deve ser o *último* intérprete da Constituição, mas jamais poderá ser o *único*. Em uma democracia, a interpretação constitucional não pode ser monopólio desta ou daquela instituição. Somente a máxima abertura da interpretação constitucional é que pode ser considerada democrática.

REFERÊNCIAS

ALEXY, R. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

BARROSO, L. R. **Controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2006.

BINENBOJM, G. A dimensão do *amicus curiae* no processo constitucional brasileiro: requisitos, poderes processuais e aplicabilidade no âmbito estadual. **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, n. 01, jan./mar. 2005, p. 03. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-1-JANEIRO-2005-GUSTAVO%20BINENBOJM.pdf>>. Acesso em: 01 out. 2008.

BUENO FILHO, E. S. **Amicus curiae**: a democratização do debate nos processos de controle de constitucionalidade. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br/form_revista.asp?busca=amicus>. Acesso em: 01 out. 2008.

CLÈVE, C. M. Direito constitucional, novos paradigmas, constituição global e processo de integração. In: BEDÊ, F. S. (Org.). **Constituição e democracia**: estudos em homenagem à democracia. São Paulo: Malheiros, 2006.

DIDIER JUNIOR, F. **Curso de processo civil**. 8. ed. Salvador: Jus Podivum, 2008. v. 3.

GARGARELLA, R. **La justicia frente al gobierno**. Barcelona: Ariel, 1996.

HÄRBERLE, P. **Hermenêutica constitucional**. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2002.

MORO, S. F. **Jurisdição constitucional como democracia**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais: 2005.

NINO, C. S. **La constitución de la democracia deliberativa**. Barcelona: Gedisa, 1997.

SOUZA NETO, C. P. **Jurisdição constitucional, democracia e racionalidade prática**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

STRECK, L. L. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

AMICUS CURIAE AND PUBLIC HEARINGS: TOOLS FOR A DEMOCRATIC CONSTITUTIONAL JURISDICTION

ABSTRACT: By considering the classic tension between democracy and constitutional jurisdiction, this paper demonstrates how amicus curiae and public hearings operate within the idea of a deliberative democracy and contribute for the production of democratically legitimate judicial decisions.

KEYWORDS: Constitutional Jurisdiction. Deliberative democracy. Amicus curiae. Public Hearing.

Recebido em / Received on / Recibido en Julho de 2008
Aceito em / Accepted on / Acepto en Agosto de 2008