

## **Atuação do *amicus curiae* no controle de constitucionalidade difuso sob a ótica da teoria interpretativa de Peter Häberle**

### **Performance of *amicus curiae* in diffuse control of constitutionality from the perspective of interpretive theory of Peter Häberle**

Louise Dantas de Andrade<sup>1</sup>  
[louise.dantas@gmail.com](mailto:louise.dantas@gmail.com)

Dr. João Paulo Allain Teixeira<sup>2</sup>  
[jpallain@gmail.com](mailto:jpallain@gmail.com)

#### **RESUMO**

O controle de constitucionalidade difuso brasileiro, instrumentalizado pela utilização do recurso extraordinário, possibilita ao Supremo Tribunal Federal não apenas a escolha dos processos que serão julgados, utilizando-se para tanto do instituto da repercussão geral, como também a escolha por decisão monocrática irrecorrível daqueles aptos a intervir no processo como *amicus curiae*. É justamente esse tipo de intervenção que está prevista na teoria da sociedade aberta dos intérpretes de Peter Häberle, já que de acordo com tal teoria, todos os agentes sociais tem interferência na interpretação do texto constitucional. Partindo dessa afirmação teórica, foi realizado um levantamento de dados, através do sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal, no intuito de verificar se realmente há a interferência do *amicus curiae* no controle de constitucionalidade difuso brasileiro, ou se a referida teoria está sendo utilizada pelo Supremo Tribunal Federal apenas como discurso legitimador de seus julgamentos.

**Palavras-chave:** Peter Häberle; *Amicus curiae*; Supremo Tribunal Federal.

#### **ABSTRACT**

---

<sup>1</sup> Mestranda em direito pela Universidade Católica de Pernambuco, Graduada em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco (2010). Lattes: <http://lattes.cnpq.br/5211177047876161>

<sup>2</sup> Doutor em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (2005), Mestre em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (1999), Mestre em Teorías Críticas Del Derecho pela Universidad Internacional de Andalucía, Espanha (2000), Graduado em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (1995). Professor Adjunto na Universidade Federal de Pernambuco, Professor Assistente na Universidade Católica de Pernambuco e Professor Titular nas Faculdades Integradas Barros Melo. Avaliador *ad hoc* do Ministério da Educação. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/3719496592232660>

The Brazilian diffuse control of constitutionality, instrumentalized by the use of extraordinary appeals, the Supreme Court allows not only the choice of cases which will be using to both the overall impact of the institute, as well as the choice by a final decision of those able to intervene in the case as *amicus curiae*. It is precisely this type of intervention that is expected in the theory of society open interpreters, created by Peter Häberle. According to this theory, all stakeholders have interference in the interpretation of the constitutional text. From this theoretical statement, a survey was conducted of data through the electronic site of the Federal Supreme Court in order to ascertain whether there really is interference *amicus curiae* in Brazilian diffuse control of constitutionality, or whether that theory is being used by the Supreme Federal Court only as legitimizing discourse of their judgments.

**Keywords:** Peter Häberle; *Amicus curiae*; Federal Supreme Court.

## 1. Introdução

A queda do paradigma positivista, na segunda metade do século XX, colocou em xeque a capacidade do juiz de decidir de forma imparcial por meio da aplicação do texto legal puro, sem interferências dos agentes ou das práticas sociais.

Nesse contexto, diversas foram as teorias criadas ao redor do mundo para explicar essa nova influência social, tendo sido destacada como ponto de partida para o presente trabalho a teoria da sociedade aberta dos intérpretes, de Peter Häberle.

Para esse pensador alemão, a constituição é interpretada não apenas pelos intérpretes oficiais, previstos no próprio texto constitucional, como também pelo mais diversos agentes sociais, como grupos e associações civis, cidadãos, a depender da pluralidade da sociedade em que esteja ocorrendo tal interpretação.

O controle de constitucionalidade seria, portanto, um procedimento infiltrado de influências subjetivas ou objetivas que alterariam o resultado da decisão proferida pela corte constitucional.

No Brasil, tendo sido atribuída pelo Constituinte de 1988, a função de corte constitucional ao Supremo Tribunal Federal, surgiram diversas indagações acerca da forma de atuação do tribunal especialmente no controle de constitucionalidade difuso, já que esse possibilita à corte a escolha de quais temas serão julgados em virtude do instituto da repercussão geral, inserido no ordenamento jurídico brasileiro no ano de 2006.

No seu regimento interno, o Supremo Tribunal Federal prevê duas formas distintas de interferência de terceiros interessados no processo: (i) a audiência pública; e, (ii) *amicus curiae*.

O presente trabalho tem por objetivo analisar se o *amicus curiae* está efetivamente interferindo nos julgamentos dos recursos extraordinários, instrumentos de controle de constitucionalidade difuso, respondendo para tanto as seguintes perguntas: a sociedade brasileira está de fato utilizando tal prerrogativa? Há alguma tendência do Supremo Tribunal Federal de rejeitar os pedidos de atuação como *amicus curiae*? Há alguma evidência que comprove a influência do *amicus curiae* no resultado do julgamento?

Para responder às duas primeiras perguntas, foi elaborado um banco de dados composto de 148 (cento e quarenta e oito) recursos extraordinários julgados até agosto/2013, através das informações contidas no site do Supremo Tribunal Federal, verificando se foi formulado nos referidos processos o pedido de atuação como *amicus curiae*, quem o formulou e se foi deferido.

Subsequentemente, no intuito de responder a terceira pergunta, foram separados os acórdãos dos processos em que houve participação de *amicus curiae*, tendo sido realizada posteriormente uma análise pormenorizada no texto, no intuito de identificar quaisquer evidências de influência direta da atuação dessa figura processual na decisão.

Foram consideradas, nessa análise textual, apenas as referências diretas à atuação do *amicus curiae* encontradas nos relatórios, nos votos ou nos debates, já que não é possível mensurar a influência subjetiva do discurso através do método de análise qualitativa.

Essa escolha metodológica deixa em aberto a análise de uma influência subjetiva que poderá ser desenvolvida comparando-se, por exemplo, as petições interpostas pelos *amicus curiae* com os acórdãos. Obviamente, a utilização desse método permitirá uma identificação parcial de tais influências, mas nunca uma identificação completa já que os magistrados, como seres humanos, muitas vezes internalizam e mesclam tais influências com suas próprias experiências, experiências essas que indiscutivelmente alteram sua visão de mundo e o próprio julgamento.

Assim, o trabalho foi dividido em três momentos: os dois primeiros pontos foram destinados a esclarecer com brevidade a constituição contemporânea, o controle de constitucionalidade e por fim a teoria da sociedade aberta dos intérpretes de Peter Häberle.

Por fim, foram analisados os dados colhidos no site do Supremo Tribunal Federal, com base no referencial teórico trazido nos primeiros itens do texto, verificando se há ou não uma efetiva participação social no processo decisório, através da atuação do *amicus curiae*.

## 2. Os direitos fundamentais e sua tutela jurisdicional

O surgimento do estado liberal, influenciado pelas teorias contratualistas de Hobbes, Rousseau e Locke, estabelecido sobre a tríade de poderes de Montesquieu, colocou o Poder Judiciário na posição de garantidor da ordem constitucional.

A constituição nesse momento histórico é a garantia formal de proteção dos direitos do homem e do cidadão. É essa positivação dos direitos fundamentais, aliada a necessidade de controle do poder do Estado, bem como à concepção da constituição como uma norma superior, que imputam ao Poder Judiciário a função de garantir a aplicação e o cumprimento desses direitos fundamentais, e como tal positivos, criando as cortes constitucionais.

É a época hegemônica do pensamento positivista-racional, que atribuíu ao magistrado a capacidade de julgar de forma imparcial e isenta de interferências externas, trazendo segurança jurídica ao julgamento, considerado justo por ser resultante do processo de busca da vontade da lei.

Para garantir a proteção dos direitos previstos na constituição surge o controle de constitucionalidade que pode se dar por três modelos distintos:

O controle político é o que entrega a verificação da inconstitucionalidade a órgãos de natureza política, tais como: o próprio Poder Legislativo, solução predominante na Europa no século passado; ou um órgão especial, como o *Presidium do Soviete Supremo* da ex-União Soviética (Constituição da URSS, art. 121, n. 4) e o *Conseil Constitutionnel* da vigente Constituição francesa de 1958 (Arts. 56 a 63). Este último, contudo, por via de sua própria jurisprudência, e tendo em vista o art. 62 da Constituição francesa, vem se transformando em órgão jurisdicional.

O controle jurisdicional, generalizado hoje em dia, denominado *judicial review* nos Estados Unidos da América do Norte, é 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.

O controle misto realiza-se quando a constituição submete certas categorias de leis ao controle político e outras ao controle jurisdicional, como ocorre na Suíça, onde as leis federais ficam sob o controle político da Assembléia Nacional, e as leis locais sob o controle jurisdicional (SILVA, 2008, p. 49).

É no âmbito jurisdicional que surge a segunda classificação do controle de constitucionalidade: quanto à forma de aplicação, o controle pode ser difuso ou concentrado.

O controle de constitucionalidade difuso ocorre através da apreciação do recurso extraordinário e tem como consequência primordial a impossibilidade de imposição dos efeitos da decisão à pessoa diversa das partes, podendo o tribunal em circunstâncias específicas estabelecer que a imposição dos efeitos seja *erga omnes*.

Com o advento das guerras mundiais, entretanto, ganhou força não apenas a busca por direitos que preservassem além da liberdade a dignidade da pessoa humana, como também uma significativa evolução do pensamento em diversas áreas das ciências sociais contribuindo para a derrocada do pensamento positivo-racionalista.

Essa virada paradigmática sofreu a influência, não apenas, mas também de Freud ao identificar que o processo de cognição vai além da consciência (CRUZ, 2004, p. 141-142), sendo o homem influenciado também pelas suas experiências suprimidas em seu inconsciente; pela teoria da linguística de Ferdinand Saussure, fundamental para a consecução do giro linguístico no início do século XX, ao entender a linguagem não como um instrumento de simples de comunicação, mas como um instrumento ideológico de transmissão de mensagens permeadas dos mais diversos significados (HALL, 2005, p. 40-41).

Se o homem não pode ser considerado isento de seus valores e experiências e se a linguagem é permeada de diversos significados, é discutível a teoria positivista em dois pontos pertinentes ao presente trabalho: (i) existe uma vontade da lei, tanto constitucional como infraconstitucional, que deve ser aplicada independentemente da prática social; (ii) o juiz é capaz de aplicar a lei de forma justa e imparcial, sendo preferível que não haja qualquer interferência exterior.

Inevitavelmente, surgiram diversas discussões acerca da eficácia do texto constitucional e impossibilidade de sua aplicação em situações em que há uma prática social, esta entendida como situação cultural de uma sociedade, discrepante de sua previsão. Konrad Hesse formulou, então, a teoria da força normativa da constituição:

(...) não quiser permanecer “eternamente estéril”, a Constituição – entendida aqui como “constituição jurídica” – não deve procurar construir o Estado de forma abstrata e teórica. Ela não logra produzir nada que já não esteja assente na natureza singular do presente (Individuelle Beschaffenheit der Gegenwart). Se lhe faltam esses pressupostos, a Constituição não pode emprestar “forma e modificação” à realidade; onde inexistente a força a ser despertada – força esta que decorre da natureza das coisas – não pode a Constituição emprestar-lhe a direção; se as leis culturais, sociais, políticas e econômicas imperantes são ignoradas pela Constituição, carece ela do imprescindível germe de sua força vital. A disciplina normativa contrária a essas leis não logra concretizar-se (HESSE, 1991, p. 18).

Por consequência, se a prática social deve estar em consonância ao descrito na norma constitucional, deixam de serem indesejadas as interferências exteriores para serem imprescindíveis, cabendo à corte constitucional a criação de mecanismos que promovam essa interferência.

No Brasil, o Supremo Tribunal Federal foi criado após a proclamação da república (1890) como meio de garantir que as antigas monarquias voltassem ao poder, via proteção do texto constitucional, em virtude de eventual maioria no poder legislativo (CRUZ, 2004, p. 275), tendo sido submetido a diversos reveses, como a diminuição para 11 (onze) da sua quantidade de ministros em 1931, a possibilidade de retirada de eficácia de uma decisão de controle de constitucionalidade pelo congresso nacional em 1937, e a manipulação do tribunal durante o regime militar de 1964, que acabou com as prerrogativas dos magistrados etc.

Apenas com a redemocratização do país em 1988 foi devolvida ao Supremo a função de corte constitucional, adotando-se o sistema misto de controle de constitucionalidade, tendo como exemplo, primeiro o controle exercido pelo Presidente da República ao vetar um dispositivo legal aprovado pelo Congresso Nacional, e em segundo o controle jurisdicional, predominante (VIANA, 2010, p. 13).

Seguindo essa nova orientação decorrente da queda do paradigma positivista, o Supremo Tribunal Federal passou a admitir a intervenção de terceiros no processo, através de dois institutos distintos: o *amicus curiae* e a audiência pública.

Entretanto, sendo o tribunal constitucional o órgão autorizado a interpretar a constituição federal, como deve se dar essa interpretação, há efetivamente interferência externa? Há limites para essa interferência?

### **3. A constituição em uma sociedade aberta de intérpretes**

Nesse contexto de associação do texto constitucional à prática social, como meio de imputação de legitimação e eficácia que Peter Häberle desenvolveu a teoria da sociedade aberta dos intérpretes, atribuindo a capacidade e a possibilidade de interpretação da norma constitucional, no estado contemporâneo, à uma grande quantidade de personagens, nos quais se incluem os órgãos públicos, os grupos de cidadãos, as partes do processo, os legisladores, etc. Assim, a quantidade de intérpretes dependeria da pluralidade da sociedade que procederá com a interpretação (HÄBERLE, 1997, p. 13).

Esse é justamente o contraponto à teoria da “sociedade fechada”, na qual se acredita que apenas os doutrinadores, os juízes e os legisladores poderiam proceder com a interpretação do texto constitucional (GUERRA; EMERIQUE, 2005, p. 305).

Trata-se da interpretação em sentido lato: a interferência dos cidadãos no processo de controle de constitucionalidade como uma verdadeira expressão da democracia. Os

legitimados a proceder com essa interpretação podem, dessa forma, ser divididos em dois tipos: os diretos (autorizados pela constituição); e, os indiretos, quais sejam, associações, grupos civis, cidadãos, as partes do processo, etc.

No âmbito dos intérpretes diretos, Häberle diferencia os poderes de intérprete do legislador e do juiz constitucional. O legislador tem o seu poder limitado pelos “argumentos de índole técnica” utilizados pela Corte Constitucional, além de existir o controle não-técnico “exercido por meio de eleições, pela capacidade de sustentação das coalizões e pelo processo interno de formação da vontade político-partidária” (HÄBERLE, 1997, p. 26). Já para o juiz constitucional não há o controle técnico.

Ora, não havendo o controle técnico são justamente os legitimados indiretos que terão o poder de influenciar a corte, seja intervindo no processo, seja através da mídia, de manifestações, etc.

Para Häberle a legitimação desses atores sociais é indiscutível, sendo sua grandeza inversamente proporcional à quantidade de legitimados diretos estabelecidos na legislação:

A questão da legitimação coloca-se para todos aqueles que não estão formal, oficial ou competencialmente nomeados para exercer a função de intérpretes da constituição. Competências formais têm apenas aqueles órgãos que estão vinculados à Constituição e que atuam de acordo com um procedimento pré-estabelecido – legitimação mediante procedimento constitucional. São órgãos estatais (Art. 20, n°s 2 e 3 da Lei Fundamental – vinculação da ordem constitucional à lei e ao direito). Também os parlamentares (Art. 38, n° 1, da Lei Fundamental) estão vinculados à constituição desde que eles não postulem sua alteração. Vinculados à Constituição também estão os partidos políticos, os grupos, os cidadãos, ainda que de forma diferenciada. A maioria está vinculada apenas por intermédio do Poder Estatal sancionador. Resta evidente aqui que uma vinculação limitada à Constituição corresponde a uma legitimação igualmente mais restrita (HÄBERLE, 1997, p. 29-30).

No entanto, Häberle não considera como legitimado o “povo” da teoria de Rousseau, mas sim o cidadão como integrante da sociedade, capaz de se manifestar como um elemento pluralista, exercitando a democracia nas decisões das cortes constitucionais.

É justamente essa noção de abertura da interpretação da constituição que ensejou a aceitação do *amicus curiae* no controle de constitucionalidade difuso brasileiro, entretanto, apesar de existir a possibilidade desse tipo de atuação de terceiros no processo, faz-se necessário observar se tal instituto está realmente sendo utilizado pela sociedade brasileira.

#### **4. O Controle difuso de constitucionalidade e o *amicus curiae***

O recurso extraordinário tem seu cabimento previsto pela Constituição Federal de 1988, quando nas causas decididas em última ou única instância a decisão for contrária a dispositivo constitucional, declarar a inconstitucionalidade de lei federal, julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face da Constituição ou julgar válida a lei local contestada em face de lei federal (art. 102, III).

Entretanto, para que seja conhecido, deverá ser demonstrado no referido recurso, além dos requisitos formais que lhe são inerentes, a existência da repercussão geral, que foi incluída no ordenamento jurídico brasileiro através da Emenda Constitucional n. 45/2004, recebendo uma definição legal apenas com a publicação da Lei n. 11.418/2006, a qual incluiu o art. 543-A no texto do Código de Processo Civil.

Bruno Dantas definiu a repercussão geral como sendo:

(...)o pressuposto especial de cabimento do recurso extraordinário, estabelecido por comando constitucional, que impõe que o juízo de admissibilidade do recurso leve em consideração o impacto indireto que eventual solução das questões constitucionais em discussão terá na coletividade, de modo que se lhe terá por presente apenas no caso de a decisão de mérito emergente do recurso ostentar a qualidade de fazer com que parcela representativa de um determinado grupo de pessoas experimente, indiretamente, sua influência, considerados os legítimos interesses sociais extraídos do sistema normativo e da conjuntura política, econômica e social reinante num dado momento histórico (DANTAS, 2012, p. 260).

Assim, não sendo reconhecida a relevância do tema suscitado via recurso extraordinário, pelo Supremo Tribunal Federal, o mesmo não será apreciado. Esse instituto foi inspirado mecanismo institucional utilizado na Suprema Corte Americana, chamado de *writ of certiorari*.

Atualmente esse é o principal meio de chegada de casos à Suprema Corte Americana. Trata-se de um procedimento realizado através de petição, na qual será requerida a reforma da decisão proferida por instância inferior, com base em suposta afronta à Constituição, cuja decisão será absolutamente discricionária (PERRY JUNIOR, 1994, p. 27)

É discricionária por não ser considerado o acesso a tal rito processual um direito da parte, mas sim uma opção do Tribunal, não sendo necessária sequer a fundamentação da decisão que deferirá ou não o conhecimento do *writ*, não cabendo, inclusive, recurso dessa decisão, conforme disposto na *Rule 10* do Regimento Interno daquela Corte (*Rules of the Supreme Court of the United States*).

Para que o *certiorari* seja conhecido, não é necessário que o caso seja o maior ou mais relevante à sociedade, bem como seja universal e não particular o litígio. Um exemplo



disso foi o caso trazido à Suprema Corte sob a alegação de que a Police Court of Louisville havia infringido a 14ª Emenda à Constituição, em duas situações que resultaram no arbitramento de U\$ 10,00 (dez dólares) de multa por vadiagem e conduta desordeira (ABRAHAM, 1998, p. 193), ou seja, a Suprema Corte norte-americana analisa e escolhe, literalmente, em quais casos vai intervir, criando uma pauta de julgamento de acordo com sua conveniência e interesse.

Traçando-se um paralelo entre o *writ of certiorari* e a repercussão geral, verifica-se que os institutos, apesar de profundamente diversos, guardam uma característica intrigante, qual seja, possibilitam que a Corte Constitucional escolha qual recurso irá apreciar. É um verdadeiro filtro para apreciação das questões, colocando-se na agenda apenas o que é de fato interessante aos membros da Corte ou por eles considerado relevante que se julgue.

Teoricamente, se apenas os processos realmente relevantes seriam analisados pela corte, a sociedade, bem como as organizações civis, deveriam se mobilizar e intervir na forma autorizada legalmente, no intuito de contribuir com o debate e fazer daquela uma decisão que reflita os anseios sociais.

É essa a função do *amicus curiae*, admitido expressamente na análise da repercussão geral, e apesar de não especificado no regimento interno do Tribunal, quando do julgamento do mérito do recurso<sup>3</sup>.

O art. 543-A<sup>4</sup>, §7º do código de processo civil, por não se referir expressamente ao *amicus curiae*, mas sim à intervenção de terceiros, admite a interpretação da possibilidade da atuação do assistente simples, como observado por Bruno Dantas (2012, p.323-324).

Sendo o objetivo do instituto da repercussão geral promover uma filtragem dos

---

<sup>3</sup> No relatório (fls. 10-11) do RE 565.714/SP de relatoria da Ministra Carmem Lúcia, ficou consignada possibilidade da atuação do *amicus curiae* na fase de julgamento do mérito do recurso extraordinário: “(...) A norma parece ter limitado a presença do *amicus curiae* apenas à fase de reconhecimento de existência ou inexistência da repercussão geral. Esse seria o raciocínio simplório a que chegaria o interprete se este considerar apenas os dois dispositivos legais transcritos como base para a manifestação de terceiros.

Os arts. 543-A, §6º, do Código de Processo Civil e o art. 323, §2º, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal têm por objetivo deixar claro que a presença do *amicus curiae* será admitida mesmo em se tratando de fase em que não se examinará o mérito submetido ao controle de constitucionalidade (momento em que a manifestação de terceiros é mais comum), mas apenas se avaliará a existência dos requisitos de relevância e transcendência que configuram a existência da repercussão geral.

A presença do *amicus curiae* no momento em que se julgará a questão constitucional cuja repercussão geral fora reconhecida não só é possível como é desejável.”

<sup>4</sup> Art. 543-A. O Supremo Tribunal Federal, em decisão irrecurável, não conhecerá do recurso extraordinário, quando a questão constitucional nele versada não oferecer repercussão geral, nos termos deste artigo. [\(Incluído pela Lei nº 11.418, de 2006\).](#)

(...)

§ 7º A Súmula da decisão sobre a repercussão geral constará de ata, que será publicada no Diário Oficial e valerá como acórdão. [\(Incluído pela Lei nº 11.418, de 2006\).](#)

recursos que chegarão à pauta do Supremo Tribunal Federal, não seria razoável admitir que todos aqueles que se habilitassem como *amici curiae* pudessem se manifestar, motivo pelo qual o relator do processo é quem irá apreciar os pedidos e deferi-los ou não por meio de decisão irrecorrível.

Para Ulisses Schawarz Viana, os “terceiros” especificados na lei devem ser interpretados como organizações de representatividade comprovada e papéis específicos, que trariam para o tribunal a voz dos grupos sociais (2010, p. 145), isso porque, só desse modo seria possível para o tribunal constitucional ouvir a maior uma parte dos setores da sociedade.

Ainda que a teoria de Häberle não se resume a atuação desse único terceiro, abertura do processo constitucional difuso para esse tipo de intervenção é sem dúvida o primeiro passo em direção à interpretação aberta, entretanto: a figura do *amicus curiae*, está de fato sendo utilizada quando do julgamento dos recursos extraordinários pelo Supremo Tribunal Federal? Há alguma tendência do referido tribunal constitucional de rejeitar os pedidos de atuação como *amicus curiae*? Há alguma evidência que comprove a influência do *amicus curiae* no resultado do julgamento?

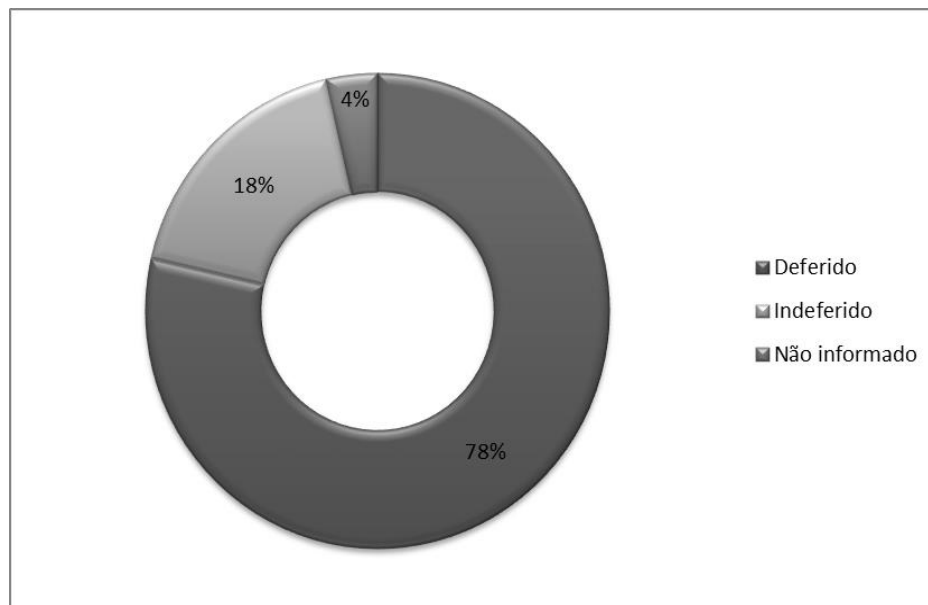
Para responder a essas perguntas foi efetuado o levantamento de dados através do site do Supremo Tribunal Federal, compostos tão-somente pelos processos que tiveram a repercussão geral reconhecida pelo tribunal constitucional e foram julgados em seu mérito, num total de 148 (cento e quarenta e oito) recursos extraordinários, até o mês de agosto/2013.

Do total acima especificado, apenas em 28 (vinte e oito) dos casos foi requerida a atuação no processo como *amicus curiae*, tendo sido indeferidos 5 (cinco) desses pedidos pelo relator, além de não ter sido disponibilizada nenhuma informação acerca do deferimento ou não da atuação em 1<sup>5</sup> (um) dos processos:

GRÁFICO Nº 1: QUANTIDADE DE RECURSOS EXTRAORDINÁRIOS COM REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA E MÉRITO JULGADO, COM PEDIDO DE ATUAÇÃO DE *AMICUS CURIAE*

---

<sup>5</sup> RE 566.621/RS



Fonte: elaboração a partir de dados colhidos no sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal.

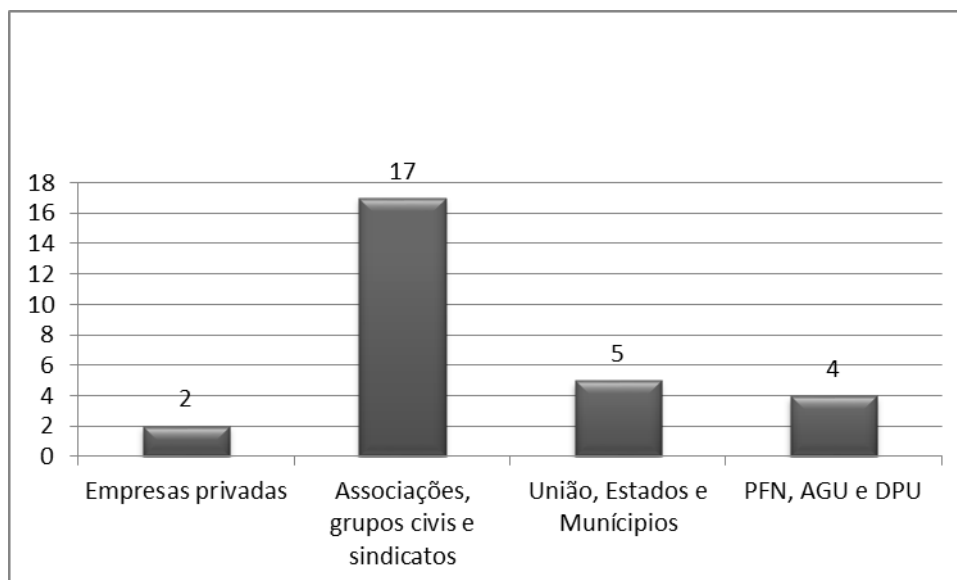
O gráfico acima deixa claro que mesmo sendo permitida legalmente a interferência do *amicus curiae* no processo, essa atuação ainda é bastante tímida, o que pode evidenciar uma ausência de maturidade da sociedade brasileira, isso porque, o reconhecimento da repercussão geral pelo Supremo Tribunal Federal por si só deveria incitar na sociedade civil o interesse pelo resultado do julgamento daquele tema.

Não se verificando o interesse da sociedade civil nesses casos, cabe questionar se a sociedade brasileira está realmente ciente dos efeitos de uma decisão judicial proferida sob o manto da repercussão geral nas relações sociais.

Quanto a quantidade de indeferimentos desses pedidos de atuação, apenas 5 (cinco) foram indeferidos, ou seja, 18% (dezoito por cento) dos casos em que houve o requerimento. Tal quantidade não é significativa o suficiente para se afirmar a existência de uma tendência de indeferimento dos pedidos pelo Supremo Tribunal Federal.

Já com relação aos requerentes, dos 28 (vinte e oito) pedidos de atuação como *amicus curiae*, 17 (dezesete) foram feitos por associações, grupos civis e sindicatos, 2 (dois) foram feitos por empresas privadas, 5 (cinco) pela União, Estados ou Municípios e apenas 4 (quatro) pela Defensoria Pública da União, Procuradoria Geral da Fazenda Nacional e Advocacia Geral da União:

GRÁFICO Nº 2: REQUERENTES DOS PEDIDOS DE ATUAÇÃO COMO *AMICUS CURIAE*



Fonte: elaboração a partir de dados colhidos no sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal.

Essa predominância das associações e grupos civis, apesar de pequena, sinaliza que de fato estão procurando ainda que timidamente se inserir nesse processo de interpretação constitucional, premiando a teoria Härbeliana, sendo possível que esse comportamento tenha um aumento com o passar dos anos e o amadurecimento da utilização do instituto.

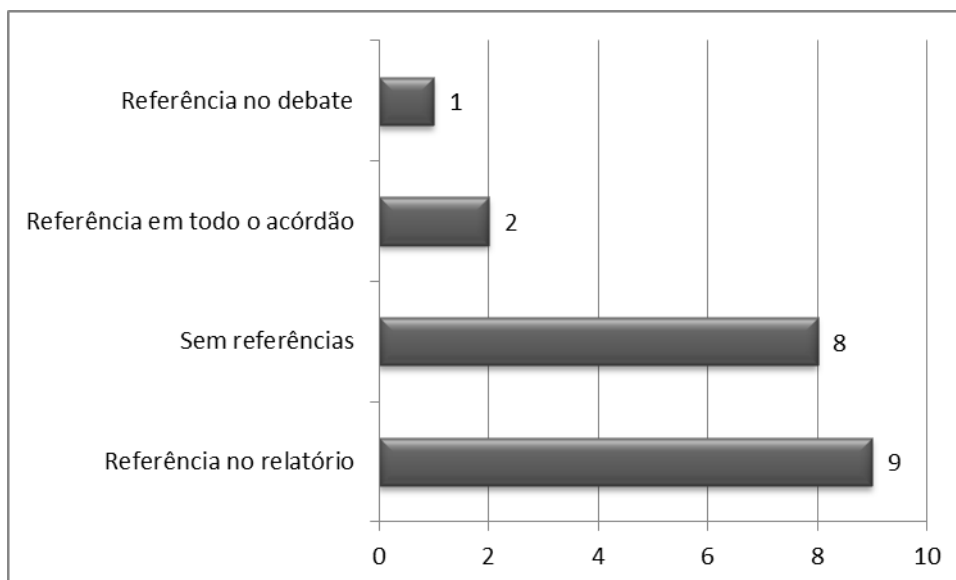
Para identificar se há ou não alguma evidência que comprove a influência do *amicus curiae* no resultado do julgamento foi necessária a análise textual dos acórdãos proferidos nos processos em que foi deferida sua atuação.

Tais acórdãos são compostos de ementa, relatório, votos e debate. Sendo a ementa apenas a reunião dos tópicos decididos no julgamento, foram essas desconsideradas na referida análise que se concentrou no relatório, nos votos e nos debates.

Foram analisados o total de 20 (vinte) acórdãos, isso porque apesar da atuação ter sido deferida em 22 (vinte e dois) casos, ainda não foi publicado o acórdão referente ao RE 611.586/PR, apesar do julgamento ter sido realizado em 11/04/2013; e no RE 599.628/DF o *amicus curiae* pediu a desistência de atuação no processo.

Dos 20 (vinte) acórdãos analisados, 9 (nove) fazem referência a atuação do *amicus curiae* apenas no relatório, informando o deferimento da participação; 8 (oito) não tem qualquer referência à sua atuação em nenhuma parte do texto; 2 (dois) fazem referência à sua atuação em todos os componentes do ato decisório, quais sejam relatório, votos e debate; e em 1 (um) dos casos há uma referência no debate:

GRÁFICO Nº 3: REFERÊNCIA À ATUAÇÃO DO *AMICUS CURIAE* NO TEXTO DO ACÓRDÃO



Fonte: elaboração a partir de dados colhidos no sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal.

De acordo com os dados acima especificados, apenas em 3 (três) casos foi verificada a influência efetiva do *amicus curiae* no julgamento, totalizando somente 15% (quinze por cento) do total de processos em que foi deferida a participação do terceiro interessado.

Constata-se, portanto, a insignificância da participação do *amicus curiae* no controle difuso de constitucionalidade brasileiro, isso porque, de um total de 148 (cento e quarenta e oito) processos que tiveram a repercussão geral reconhecida e seu mérito julgado até agosto/2013, apenas em 3 (três) foi possível constatar uma influência real da sua atuação.

O ministro relator ao levar o processo para a mesa de julgamento, já o faz com seu voto pronto, entretanto, as razões dos *amicus curiae* poderiam ser levadas em consideração pelos demais ministros especialmente no debate, o que não foi constatado.

Desse modo, surgem duas possibilidades: (i) os ministros, via de regra, desconsideram as razões trazidas pelo *amicus curiae* na sustentação oral e nos memoriais; (ii) as razões trazidas pelos *amicus curiae* são irrelevantes para os processos em julgamento.

Partindo do pressuposto que o deferimento do pedido de atuação do *amicus curiae* se restringe àqueles que realmente comprovam a importância de sua contribuição para o julgamento, os resultados sugerem a ocorrência da primeira hipótese: a indiferença da corte em relação aos argumentos trazidos pelos terceiros interessados.

Assim, a atuação do *amicus curiae* no controle difuso de constitucionalidade assume a faceta de elemento de legitimação do julgamento proferido pelo Supremo Tribunal Federal, um discurso utilizado para fortalecer a efetividade da decisão.

## 5. Considerações finais

A teoria formulada por Peter Häberle ao expandir o leque de intérpretes do texto constitucional, resultaria teoricamente numa abertura democrática do processo de controle de constitucionalidade, entretanto, tal abertura é prontamente limitada no direito brasileiro.

O controle de constitucionalidade difuso brasileiro apesar de prever uma intervenção da sociedade na interpretação do texto constitucional, ainda a condiciona ao arbítrio do ministro relator da ação, que por meio de decisão monocrática irrecorrível decide sobre a atuação ou não do *amicus curie* no processo, o que em tese tornaria mais restrita a referida intervenção.

Analisando os dados colhidos no sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal verificou-se que apesar de a quantidade de casos em que foi negada a participação do *amicus curiae* não ser suficientemente significativa a ponto de evidenciar uma aversão ou mesmo uma restrição a esse tipo de intervenção, é praticamente irrelevante a quantidade de casos em que há referência direta aos argumentos trazidos por esse tipo de terceiro interessado, sugerindo uma indiferença da corte à sua contribuição.

A atuação do *amicus curiae* se torna então um discurso de justificação e legitimação utilizado pelo Supremo Tribunal Federal, sem promover em absolutamente nada a teoria da sociedade aberta dos intérpretes. Ressalte-se que apenas em 3 (três) acórdãos foi referenciado de alguma forma o argumento do *amicus curiae*, mesmo a atuação tendo sido deferida em 20 (vinte) processos.

Verificou-se, ainda, que a participação da sociedade brasileira nos casos de controle difuso de constitucionalidade é mínima, ressaltando a imaturidade da democracia estabelecida no país, já que o diálogo e a participação são os princípios básicos da sociedade democrática.

Entretanto, apesar da pouca participação, as associações, os grupos civis e os sindicatos ainda são os mais atuantes junto ao Supremo Tribunal Federal, justificando, de certa forma, sua atuação na luta em favor dos interesses coletivos.

É evidente que a sociedade brasileira ainda não reconhece, como sendo sua, a função de atuar junto ao Supremo enriquecendo o debate e influenciando na tomada de decisão, no que se refere aos casos de controle difuso de constitucionalidade, entretanto, essa maturidade democrática resulta de uma lenta alteração social, sendo possível e até esperado um aumento gradual dessa participação.

Entretanto, todo o esforço da sociedade civil será em vão caso o Supremo Tribunal Federal não assuma uma postura mais aberta a intervenções, utilizando o *amicus curiae* não

apenas como discurso de legitimação dos seus julgamentos, mas possibilitando que os argumentos por eles trazidos sejam efetivamente levados em consideração e debatidos, apenas nesse momento será possível verificar a aplicação da teoria da sociedade aberta dos intérpretes no controle de constitucionalidade difuso brasileiro.

## 6. Referências

ABRAHAM, Henry J (1998). **The judicial process**. Oxford: Oxford University Press.

BRASIL. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o código de processo civil. **Diário oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília/DF, 17 jan. 1973. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/15869.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15869.htm)

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 565.714/SP. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=560067>

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Jurisdição Constitucional Democrática**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

DANTAS, Bruno. **Repercussão Geral**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

GUERRA, Sidney; EMERIQUE, Lilian Márcia Balmant. Hermenêutica dos direitos fundamentais. **Revista da Faculdade de Direito de Campos**. n. 7. p. 295-331, dez. 2005.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997.

HALL, Stuart. **A identidade cultural na pós-modernidade**. 10ª ed. Rio de Janeiro: DP&A Editora, 2005.

HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

PERRY JR., H. W. (1992). **Deciding to decide: agenda setting in the United States Supreme Court**. Cambridge: Harvard University Press.

SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. Malheiros: São Paulo, 2011.

VIANA, Ulisses Schwarz. **Repercussão geral sob a ótica da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann**. São Paulo: Saraiva, 2010.