

O *Amicus Curiae* e a Análise de Fatos no Controle Concentrado de Constitucionalidade

OSCAR VALENTE CARDOSO

Juiz Federal Substituto na 4ª Região, Mestre em Direito e Relações Internacionais pela UFSC, Especialista em Direito Constitucional pela Unisu/IDP/IELF, Especialista em Direito Público pelo Ijufe/Univali.

RESUMO: O *amicus curiae*, com origem no direito estrangeiro, recentemente passou a ser admitido no controle concentrado de constitucionalidade brasileiro. A mesma norma que o inseriu também possibilitou a apreciação, pelo julgador, dos fatos considerados pelo legislador na elaboração dos atos normativos. O trabalho busca explicar as previsões legais desses institutos e diferenciá-los, no intuito de desfazer equívoco existente na sua análise como se formassem um só mecanismo à disposição do órgão jurisdicional incumbido da guarda da Constituição.

PALAVRAS-CHAVE: Controle concentrado de constitucionalidade; *amicus curiae*; análise de fatos e prognoses legislativas; ação direta de inconstitucionalidade; ação declaratória de constitucionalidade.

ABSTRACT: Friend of the Court is a recent institution on brazilian judicial review. The same law that admits *amicus curiae* also enable the appreciation, by the judges, of facts considered by lawmakers in elaboration of normative acts. This article analyzes both institutes, distinguishing them, and criticizes doctrinal misunderstanding about them.

KEYWORDS: Judicial review; *amicus curiae*; facts analysis by lawmakers; actions in judicial review.

SUMÁRIO: Introdução; 1 *Amicus curiae*: definições e histórico legislativo; 2 A análise de fatos no controle concentrado; 3 Distinções entre os institutos; Conclusão; Referências.

INTRODUÇÃO

A norma retrata uma situação fática. Consequentemente, o conhecimento dos fatos relevantes na edição do ato normativo auxilia no julgamento, tem importância na prestação jurisdicional. Para tanto, dois institutos previstos no controle concentrado ou abstrato de constitucionalidade podem ser utilizados para o conhecimento dos pressupostos fáticos da norma, o esclarecimento de situações de fatos e das possíveis consequências da manutenção – ou não – da espécie normativa no ordenamento jurídico: o *amicus curiae* e a análise de fatos.

Busca-se demonstrar neste artigo que, apesar de normalmente confundidos, o *amicus curiae* e a análise de fatos no controle concentrado pelo Supremo Tribunal Federal (STF) são distintos, e com diferentes fundamentos legais.

Restringe-se a pesquisa ao exame da compatibilidade de leis e demais atos normativos diante da Constituição da República, não se analisando, portanto, tal controle em face das Constituições Estaduais.

Assim, serão abordadas as origens e a regulamentação legal dos dois modelos no País, bem como suas características no controle abstrato de constitucionalidade, para, ao final, realçar suas diferenças e importância nesse processo.

Considerando a importância da interpretação do STF acerca dos temas, e a fim de não dificultar a fluência e a compreensão do texto, serão citados em nota de rodapé trechos de ementas e decisões sobre os assuntos abordados. Em algumas situações específicas, os julgados serão transcritos no corpo do texto, quando necessários para sua fundamentação e melhor compreensão. Igualmente para não embarçar a leitura, tendo em vista que as consultas dos julgados foram realizadas na rede mundial de computadores (Internet), não será colocado o endereço específico de cada decisão, constando apenas referência ao endereço eletrônico do STF nas referências.

1 *AMICUS CURIAE*: DEFINIÇÕES E HISTÓRICO LEGISLATIVO

O “amigo da Corte”, ou “amigo da Justiça”, surgiu no Direito romano e no Direito inglês¹ e foi desenvolvido nos Estados Unidos, sendo lá denominado de *friend of the Court*². Trata-se de pessoa, em regra, sem relação ou interesse próprio na lide, com a atribuição de opinar ou prestar informações sobre a matéria controvertida, podendo o órgão julgador conferir à manifestação o valor que entender adequado; não se trata de testemunha ou perito, não é remunerada, não exerce a função de fiscal da lei destinada ao Ministério Público, tampouco está sujeita à exceção de suspeição.

Sua natureza jurídica e processual é controvertida, havendo quem sustente ser terceiro, assistente, terceiro ou assistente atípicos (qualificados por requisito de admissibilidade), auxiliar da justiça, colaborador informal, forma especial de intervenção, ou ainda uma espécie de participação da sociedade (por meio de uma entidade representativa) no controle abstrato de constitucionalidade.

1 A origem do *amicus curiae* é controversa, pois, para alguns doutrinadores, deriva do *consilliaris* do Direito romano, e para outros provém do direito penal britânico. Paulo de Tarso Duarte Menezes ressalta que, em Roma, a participação do *consilliaris* somente era possível por chamamento do julgador, e devia se manter neutro no litígio; de outro lado, sua origem na Inglaterra é mais aproximada das características atuais, com liberdade para o magistrado admitir a manifestação dos *amici curiae*, a qual abrangia discussões acerca de leis e precedentes dos Tribunais (MENEZES, Paulo de Tarso Duarte. Aspectos gerais da intervenção do *amicus curiae* nas ações de controle de constitucionalidade pela via concentrada. *Direito Público*, Brasília, n. 17, p. 36-37, jul./set. 2007). Como se verá adiante, não há uma uniformização no direito brasileiro, sendo a atuação obrigatória em algumas normas, facultativa em outras, e com liberdade de manifestação igualmente diferenciada para cada ato normativo que o regulamenta.

2 A participação do *amicus curiae* está prevista na Regra de nº 37 das *Rules of the Supreme Court of the United States*, podendo a manifestação do *amicus curiae* se dar por escrito ou oralmente; é admitido quando levar ao conhecimento da Suprema Corte matéria relevante que não tiver sido arguida pelas partes, devendo ainda ter o consentimento destas; caso contrário, deve juntar suas razões e a das partes, para que a admissão – ou não – seja decidida pelo julgador.

dade³. Joana Cristina Brasil Barbosa Ferreira ressalta que, independentemente da discussão acerca da natureza jurídica, é inegável que sua manifestação é destinada ao julgador, e não para auxiliar uma das partes, motivo pelo qual é dispensado de demonstrar a existência de interesse jurídico na causa⁴. Para Tereza Arruda Alvim Wambier, o *amicus curiae* possui um interesse institucional nos processos em que se manifesta, pois não é titular do direito em discussão, tampouco suportará os efeitos da decisão⁵.

Ainda, não se confunde com o terceiro porque este, quando admitido, ingressa no feito na qualidade de parte (ou de ajudante desta), enquanto o *amicus curiae* não assume essa condição⁶.

No Brasil, diversos atos normativos admitem a sua presença. Afirma-se que o primeiro dispositivo legal a prever o *amicus curiae* na legislação pátria foi o art. 31 da Lei nº 6.385/1976 (com a redação incluída pela Lei nº 6.616/1978), segundo o qual, “nos processos judiciais que tenham por objetivo matéria incluída na competência da Comissão de Valores Mobiliários, será esta sempre intimada para, querendo, oferecer parecer ou prestar esclarecimentos, no prazo de quinze dias a contar da intimação”. Prestando esclarecimentos, a Comissão de Valores Mobiliários (CVM) deve ser intimada por todos os atos subsequentes e possui legitimidade recursal quando não houver recurso interposto pelas partes (art. 31, §§ 2º e 3º).

A Lei nº 8.884/1994 dispõe, em seu art. 89, que, “nos processos judiciais em que se discuta a aplicação desta lei, o Cade deverá ser intimado para, querendo, intervir no feito na qualidade de assistente”. Verifica-se semelhança com o dispositivo referente à CVM, pois admite somente uma entidade (o Conselho Administrativo de Defesa Econômica – Cade) como *amicus curiae*, a manifestação é obrigatória (“será esta sempre intimada” e “deverá ser intimado”) e estritamente nos processos judiciais que tenham entre seu objeto matéria afeta aos *amici curiae*. Apesar de a lei qualificá-lo como assistente, considerando que o Cade não busca proteger o interesse de umas das partes, visando apenas a observância da lei e dos princípios constitucionais da ordem econômica, é doutrinariamente tratado como amigo da Corte⁷.

A Lei nº 9.469/1997, em seu art. 5º, parágrafo único, preceitua que, nos processos judiciais cuja decisão possa ter reflexos (diretos ou indiretos) de na-

3 Conforme já se decidiu no STF: “[...] A sua atuação nesta via processual ‘como colaborador informal da Corte’ não configura, tecnicamente, hipótese de intervenção *ad coadjuvandum* (Agradi 748/RS, Celso de Mello, DJ 18.11.1994). 6. Assim, como mero colaborador informal, o *amicus curiae* não está legitimado para recorrer das decisões proferidas em ação direta” (ADIn 2.581-AgRg/SP, Rel. Min. Mauricio Corrêa, J. 11.04.2002, decisão monocrática, DJ 18.04.2002, p. 12).

4 FERREIRA, Joana Cristina Brasil Barbosa. O *amicus curiae* e a pluralização das ações constitucionais. In: OLIVEIRA, Vallisney de Souza (Coord.). *Constituição e processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 95.

5 WAMBIER, Tereza Arruda Alvim. *Amicus curiae*: afinal, quem é ele? *Direito e Democracia*, Canoas, v. 8, n. 1, p. 77-78, jan./jun. 2007.

6 Motivo pelo qual, com exceção das Leis nºs 6.385/1976 e 9.469/1997, não lhe é reconhecida legitimidade para interpor recurso.

7 AGUIAR, Mirella de Carvalho. *Amicus curiae*. Salvador: JusPodivm, 2005. p. 22; FERREIRA, Joana Cristina Brasil Barbosa. O *amicus curiae* e a pluralização das ações constitucionais. In: OLIVEIRA, Vallisney de Souza (Coord.). *Constituição e processo civil*. São Paulo: Saraiva 2008. p. 131.

tureza econômica, as pessoas jurídicas de direito público podem intervir, independentemente da demonstração de interesse jurídico, para esclarecer questões de fato e de direito. Essa participação abrange a juntada de documentos e memoriais considerados úteis ao exame do assunto discutido. Possuem legitimidade recursal, hipótese em que são consideradas partes, para verificação e eventual deslocamento de competência. Trata-se de hipótese que gera polêmica na doutrina, não só quanto à caracterização – ou não – do *amicus curiae*, mas por permitir que a União, autarquias, fundações públicas, sociedades de economia mista e empresas públicas federais possam ingressar em processos judiciais sem que possuam qualquer interesse jurídico.

No processo administrativo federal também existe figura similar ao *amicus curiae*. Apesar de não se referir a órgão jurisdicional, o art. 31 da Lei nº 9.784/1999 determina que, se a matéria abranger assunto de interesse geral, e não havendo prejuízo para a parte interessada, o órgão competente pode, motivadamente, abrir período de consulta pública para a manifestação de terceiros, antes da decisão do pedido.

Finalmente, a participação do *amicus curiae* nos Juizados Especiais Federais está prevista na Lei nº 10.259/2001, cabível somente em grau recursal. Na hipótese em que a orientação da Turma Nacional de Uniformização de Jurisprudência contrariar súmula ou posição majoritária do STJ, este pode ser provocado pela parte interessada para resolver a divergência. Nessa situação, prevê o art. 14, § 7º, que “[...] 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”⁸. Regulamentando referido dispositivo legal, o art. 23, § 1º, da Resolução nº 390/2004, do Conselho da Justiça Federal (Regimento Interno da TNU) admite expressamente que eventuais interessados, entidades de classe, associações e organizações não governamentais (entre outros) apresentem memoriais e realizem sustentação oral nas sessões de julgamento da Turma Nacional de Uniformização⁹. Também nos Juizados Especiais Federais, o art. 321, § 5º, III, do Regimento Interno do STF, permite a manifestação de *amicus curiae* no recurso extraordinário dos processos submetidos ao rito da Lei nº 10.259/2001¹⁰.

O § 2º do art. 3º da Lei nº 11.417/2006 prevê hipótese de atuação dos amigos da Corte nos procedimentos de edição, revisão ou cancelamento de enunciado

8 O Ministério Público, o Presidente da Turma Recursal e o Coordenador da Turma de Uniformização prestam informações em virtude de suas funções institucionais, não se confundindo com o amigo da Corte, previsto na parte final do citado dispositivo. Apesar de atualmente não haver previsão expressa, o Projeto de Lei nº 4.723/2004 incluiu os arts. 50-A a 50-D na Lei nº 9.099/1995, acerca da uniformização de jurisprudência nos Juizados Especiais Estaduais. O § 4º do art. 50-B admite a participação dos *amici curiae* no prazo de 30 dias.

9 Curiosamente, é a única norma no direito brasileiro que utiliza expressamente a denominação *amicus curiae*, pois os demais atos normativos citados usam a expressão “interessado” ou listam os entes que podem se manifestar.

10 “§ 5º Ao recurso extraordinário interposto no âmbito dos Juizados Especiais Federais, instituídos pela Lei nº 10.259, de 12 de julho de 2000, aplicam-se as seguintes regras: [...] III – eventuais interessados, ainda que não sejam partes no processo, poderão manifestar-se no prazo de 30 (trinta) dias, a contar da publicação da decisão concessiva da medida cautelar prevista no inciso I deste § 5º.”

da súmula vinculante. Igualmente, a Lei nº 11.418/2006 acrescentou o art. 543-A ao Código de Processo Civil, que, em seu § 6º, admite a manifestação de *amicus curiae* na análise da repercussão geral em recurso extraordinário pelo STF.

Mais recentemente, a Lei nº 11.672/2008 acrescentou ao CPC o art. 543-C, com o procedimento a ser seguido no julgamento de recursos repetitivos pelo STJ, o qual permite, em seu § 4º, a manifestação de *amici curiae*¹¹.

Finalmente, a participação do *amicus curiae* no controle concentrado de constitucionalidade está prevista no art. 7º, § 2º, da Lei nº 9.868/1999, o qual dispõe que “o Relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, poderá, por despacho irrecorrível, admitir, observado o prazo fixado no parágrafo anterior, a manifestação de outros órgãos ou entidades”. Destaca-se que, mesmo anteriormente à previsão legal, o STF já admitia a participação de *amici curiae* em tais processos¹². No mesmo sentido, o § 3º do art. 482 do Código de Processo Civil (incluído pela Lei nº 9.868/1999), que versa sobre a declaração de inconstitucionalidade nos Tribunais, possui redação semelhante ao do citado art. 7º, § 2º, desta lei, igualmente admitindo a participação do *amicus curiae* no controle difuso de constitucionalidade¹³.

Apesar do veto ao § 2º do art. 18 da Lei nº 9.868/1999, o STF aceita a manifestação dos *amici curiae* na ADC¹⁴, bem como na ADPF¹⁵, diante de aplicação analógica e interpretação sistemática da lei¹⁶.

Logo, o ingresso no feito pode ocorrer por decisão do Ministro Relator ou a pedido do órgão ou entidade, sujeito à aprovação por parte daquele. A

11 “O Relator, conforme dispuser o regimento interno do Superior Tribunal de Justiça e considerando a relevância da matéria, poderá admitir manifestação de pessoas, órgãos ou entidades com interesse na controvérsia.”

12 “AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – INTERVENÇÃO ASSISTENCIAL – IMPOSSIBILIDADE – ATO JUDICIAL QUE DETERMINA A JUNTADA, POR LINHA, DE PEÇAS DOCUMENTAIS – DESPACHO DE MERO EXPEDIENTE – IRRECORRIBILIDADE – AGRAVO REGIMENTAL NÃO CONHECIDO – O processo de controle normativo abstrato instaurado perante o Supremo Tribunal Federal não admite a intervenção assistencial de terceiros. Precedentes. Simples juntada, por linha, de peças documentais apresentadas por órgão estatal que, sem integrar a relação processual, agiu, em sede de ação direta de inconstitucionalidade, como colaborador informal da Corte (*amicus curiae*): situação que não configura, tecnicamente, hipótese de intervenção *ad co-adjuvandum*. Os despachos de mero expediente – como aqueles que ordenam juntada, por linha, de simples memorial expositivo –, por não se revestirem de qualquer conteúdo decisório, não são passíveis de impugnação mediante agravo regimental (CPC, art. 504).” (ADIn-AgRg 748/RS, Pleno, Rel. Min. Celso de Mello, J. 01.08.1994, DJ 18.11.1994, p. 31392)

13 “O Relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, poderá admitir, por despacho irrecorrível, a manifestação de outros órgãos ou entidades”. Há ainda quem entenda constituir o art. 6º, § 1º, da Lei nº 9.882/1999, forma de participação do *amicus curiae* no controle de constitucionalidade (ADPF). Todavia, entendendo se tratar de espécie de análise de fatos legislativos por parte do Judiciário, motivo pelo qual citado dispositivo será abordado adiante.

14 ADC-MC 12/DF, Pleno, Rel. Min. Carlos Britto, J. 16.02.2006, DJ 01.09.2006, p. 15.

15 ADPF 33/PA, Pleno, Rel. Min. Gilmar Mendes, J. 07.12.2005, DJ 27.10.2006, p. 31.

16 Conforme a Mensagem nº 1.674/1999, do Presidente da República, contendo as razões do veto: “O veto ao § 2º constitui consequência do veto ao § 1º. Resta assegurada, todavia, a possibilidade de o Supremo Tribunal Federal, por meio de interpretação sistemática, admitir no processo da ação declaratória a abertura processual prevista para a ação direta no § 2º do art. 7º. Cabe observar que o veto a esses dispositivos repercute na compreensão dos arts. 19 e 20, na parte em que enunciam, respectivamente, ‘Decorrido o prazo do artigo anterior’ e ‘Vencido o prazo do artigo anterior’. Entretanto, eventual dúvida poderá ser superada contando-se o prazo de manifestação do Procurador-Geral da República a partir de despacho do relator determinando a abertura de vista”.

decisão do Relator, admitindo ou não o *amicus curiae*, não é impugnável por recurso¹⁷, inexistindo meio legal para órgão colegiado do STF aceitá-lo¹⁸. A fim de evitar tumulto processual e a interposição de medidas que poderão retardar a conclusão do processo, a melhor alternativa é simplesmente deixar de considerar a exposição do amigo da Corte no julgamento; conforme já mencionado, o julgador pode conferir à sua manifestação o valor que entender adequado, o que inclui a opção de sequer levá-la em conta.

Alexandre de Moraes destaca a importância do *amicus curiae* no controle concentrado diante da abstração e objetividade deste, pois permite ao STF levar em consideração os entendimentos doutrinários e as consequências da decisão sobre o tema em discussão¹⁹.

A sua admissão demanda, como visto, certos requisitos legais²⁰: (a) subjetivo: somente pode ser pessoa jurídica (órgão ou entidade)²¹; e (b) objetivos: deve possuir representatividade, e se tratar de matéria relevante.

-
- 17 Nesse sentido: “DECISÃO TERCEIRO – ADMISSIBILIDADE – RECUSA – IRRECORRIBILIDADE – 1. Eis as informações prestadas pelo Gabinete: ADEF – Associação de Desenvolvimento da Família – interpõe agravo regimental contra a decisão – cópia em anexo – proferida por Vossa Excelência, na qual indeferiu a respectiva intervenção, como *amicus curiae*, no processo em referência. Consigno a publicação da mencionada decisão no dia 30 de agosto deste ano e protocolização do recurso em 8 do mês em curso. 2. A decisão atacada versa sobre a aplicação, por analogia, da Lei nº 9.868/1999, que disciplina também processo objetivo – ação direta de inconstitucionalidade e ação declaratória de constitucionalidade. Conforme consignado, a admissão de terceiro não implica o reconhecimento de direito subjetivo a tanto. Fica o critério do relator, caso entenda oportuno. Na própria decisão agravada, restou esclarecido que o ato do relator mediante o qual admite, ou não, a intervenção não é passível de impugnação na via recursal – art. 7º, § 2º, da Lei nº 9.868/1999. 3. Ante o quadro, nego seguimento ao agravo, cuja peça deverá ser devolvida à agravante. [...]” (ADPF 54 AgRg/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, J. 10.09.2004, decisão monocrática, DJ 01.10.2004, p. 39). Ainda: “[...] 6.6 A participação de terceiros nos processos objetivos de controle de constitucionalidade é vedada, salvo na qualidade de *amicus curiae* – colaboradores que trazem aos autos informações relevantes ou dados técnicos –, se assim entender necessário o relator. 7. A jurisprudência desta Corte é no sentido de que são incabíveis os recursos interpostos por terceiros, ainda que figurem como *amicus curiae*. [...]” (ADIn 2.359 ED/ES, Rel. Min. Eros Grau, J. 27.08.2007, decisão monocrática, DJ 31.08.2007, p. 57).
- 18 Apesar da inexistência de previsão legal, há quem sustente que o *amicus curiae* tem legitimidade para recorrer da decisão que indefere sua participação no processo, com fundamento em uma interpretação gramatical do citado art. 7º, § 2º, da Lei nº 9.868/1999, segundo o qual é irrecorrível o despacho que admitir a manifestação. Nesse sentido, há julgamento no STF mencionando essa possibilidade, em tese, mas não se menciona qual o recurso cabível (caso fosse admitido, poderia ser o agravo regimental): “AÇÃO DECLARATÓRIA DE INCONSTITUCIONALIDADE – ADIn – *Amicus curiae*. Recurso. Legitimidade ou legitimação recursal. Inexistência. Embargos de declaração não conhecidos. Interpretação do art. 7º, § 2º, da Lei nº 9.868/1999. *Amicus curiae* não tem legitimidade para recorrer de decisões proferidas em ação declaratória de inconstitucionalidade, salvo da que o não admita como tal no processo” (ADIn-ED 3.105/DF, Pleno, Rel. Min. Cezar Peluso, J. 02.02.2007, DJ 23.02.2007, p. 17).
- 19 MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 706.
- 20 Há precedente do STF não acatando o Estado como *amicus curiae* quando a ADIn for promovida pelo Governador: “[...] INTERVENÇÃO – GOVERNADOR E ESTADO – CONFUSÃO – INDEFERIMENTO – 1. Eis as informações prestadas pelo Gabinete: o Estado de Santa Catarina requer seja admitido, como *amicus curiae*, no processo em referência. Registro a conclusão do processo, devidamente instruído, a Vossa Excelência. 2. A regra é não se admitir intervenção de terceiros no processo de ação direta de inconstitucionalidade, iniludivelmente objetivo. A exceção corre à conta de parâmetros reveladores da relevância da matéria e da representatividade do terceiro, quando, então, por decisão irrecorrível, é possível a manifestação de órgãos ou entidades – art. 7º da Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999. No caso, confundem-se as pessoas natural e jurídica de Direito Público. A primeira veio a atuar como Chefe do Poder Executivo do Estado e, em nome deste, representando-o, ajuizou a ação. O pedido de intervenção implica verdadeira sobreposição [...]” (ADIn 3.579/SC, Rel. Min. Marco Aurélio, J. 12.03.2007, decisão monocrática, DJ 28.03.2007, p. 15).
- 21 Há doutrinadores que sustentam a possibilidade de pessoas naturais participarem nessa condição (MENEZES, Paulo de Tarso Duarte. Aspectos gerais da intervenção do *amicus curiae* nas ações de controle de

Mirella de Carvalho Aguiar afirma que a representatividade é relacionada com a possibilidade de os membros da entidade serem afetados pela decisão do STF no controle concentrado. Todavia, baseada no objetivo dos *amici curiae* de auxiliar o julgamento, sustenta que essa expressão deve ser interpretada em um sentido amplo, envolvendo as noções de autoridade, respeitabilidade, reconhecimento científico e perícia²². Para Paulo de Tarso Duarte Menezes, a representatividade deve ser analisada com fundamento nos requisitos exigidos para a pertinência temática dos legitimados para provocar o controle concentrado; desse modo, cumpre esse requisito a entidade que demonstrar que possui interesse institucional específico no tema em discussão²³. O vetado § 1º do art. 7º previa que os demais legitimados à ADIn e à ADC pudessem opinar por escrito sobre o objeto da ação, juntar documentos úteis para o exame do assunto, e apresentar memoriais²⁴. Existem precedentes do STF admitindo essa participação, com fundamento na possibilidade de manifestação dos *amici curiae*²⁵. Diante desses aspectos, vê-se que constitui um elemento que pode ser desenvolvido para ser utilizado na tênue distinção entre o *amicus curiae* e os terceiros com interesse subjetivo próprio, mas sua exata delimitação ainda não foi consolidada no STF²⁶.

constitucionalidade pela via concentrada. *Direito Público*, Brasília, n. 17, p. 43, jul./set. 2007). Todavia, há decisão monocrática no STF expressa quanto à impossibilidade de pessoa natural atuar como parte ou *amicus curiae* no controle concentrado: “[...] 9. Aqui, é importante frisar que o autor, à luz do art. 103 da Magna Carta, não detém legitimidade para ingressar, ainda que por via oblíqua ou incidental, nos domínios da referida ação direta, em busca de uma reavaliação do que nela fora decidido em 13.12.2001. Se tal fosse permitido, ter-se-ia de abrir as mesmas portas para qualquer pessoa física que demonstrasse algum interesse no desfecho dela, ação direta. Poderiam manifestar-se os atuais tabeliães e os candidatos inscritos no mencionado concurso, que têm interesses contrapostos. Cada um com sua medida cautelar e seu pedido específico. Ou cada um com sua defesa. Este cenário, pontilhado de situações de caráter individual, alheias à figura do *amicus curiae*, levaria à descaracterização do controle abstrato. [...]” (AC 688/SP, Rel. Min. Carlos Britto, J. 22.03.2005, DJ 01.04.2005, p. 65). Apesar de não poder participar do controle abstrato como *amicus curiae*, a pessoa natural pode se manifestar com fundamento nos arts. 9º e 20 da Lei nº 9.868/1999, conforme será visto adiante.

- 22 AGUIAR, Mirella de Carvalho. Op. cit., p. 30-31. Acerca da representatividade, já decidiu o STF: “[...] Como tal, representa categoria econômica cujo interesse no resultado da ação é incontestado, de modo que ostenta adequada representatividade (*adequacy of representation*), conforme exigido do art. 7º, § 2º, da Lei nº 9.868, de 10.11.1999. [...]” (ADIn 3.225/RJ, Rel. Min. Cezar Peluso, J. 23.07.2007, decisão monocrática, DJ 06.08.2007, p. 16).
- 23 MENEZES, Paulo de Tarso Duarte. Aspectos gerais da intervenção do *amicus curiae* nas ações de controle de constitucionalidade pela via concentrada. *Direito Público*, Brasília, n. 17, p. 44-45, jul./set. 2007.
- 24 As razões do veto são as seguintes: “A aplicação deste dispositivo poderá importar em prejuízo à celeridade processual. A abertura pretendida pelo preceito ora vetado já é atendida pela disposição contida no § 2º do mesmo artigo. Tendo em vista o volume de processos apreciados pelo STF, afigura-se prudente que o relator estabeleça o grau da abertura, conforme a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes. Cabe observar que o veto repercute na compreensão do § 2º do mesmo artigo, na parte em que este enuncia ‘observado o prazo fixado no parágrafo anterior’. Entretanto, eventual dúvida poderá ser superada com a utilização do prazo das informações previsto no parágrafo único do art. 6º”.
- 25 “[...] Em face do caráter objetivo do processo, é fundamental que não só os representantes de potenciais interessados nos processos que deram origem à ação de descumprimento de preceito fundamental, mas também os legitimados para propor a ação possam exercer direito de manifestação. Independentemente das cautelas que não de ser tomadas para não inviabilizar o processo, deve-se anotar que tudo recomenda que, tal como na ação direta de inconstitucionalidade e na ação declaratória de constitucionalidade, a arguição de descumprimento de preceito fundamental assumida, igualmente, uma feição pluralista, com a participação de *amicus curiae*. [...]” (ADPF 97/PA, Rel. Min. Gilmar Mendes, J. 01.02.2007, decisão monocrática, DJ 06.02.2007, p. 17)
- 26 Quanto à representatividade, assim já se decidiu: “1. Deve autorizada a intervenção da Federação das Empresas de Transportes de Passageiros do Estado do Rio de Janeiro – Fetranspor, na condição de *amicus curiae*. Conforme se lhe extrai ao estatuto, a requerente é associação sindical de grau superior, tendo por finalidade ‘o

Já a relevância da matéria diz respeito à sua complexidade e à extensão dos efeitos da decisão sobre a sociedade, ou sobre importante parcela desta. Não se confunde com a relevância do processo, tendo em vista que, em princípio, possui relevância para o ordenamento jurídico toda a ação na qual se discute a compatibilidade – ou não – de ato normativo com a Constituição²⁷. Há precedentes no STF aplicando esse requisito quando a própria manifestação do *amicus curiae* for relevante para o julgamento da causa²⁸.

Acerca do cabimento do instituto, o STF assim já decidiu:

Ação direta de inconstitucionalidade. Intervenção processual do *amicus curiae*. Possibilidade. Lei nº 9.868/1999 (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 9.868/1999, 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

estudo, a coordenação, a defesa dos interesses e a representação legal da categoria econômica das transportadoras que operam os serviços municipais e intermunicipais de transportes coletivos de passageiros no Estado do Rio de Janeiro' (art. 2º). Tem, ainda, por prerrogativa específica 'representar perante o Poder Judiciário acerca dos interesses pertinentes à atividade econômica exercida pelas transportadoras que operam os serviços de transporte coletivo de passageiros' (art. 3º, b). Como tal, representa categoria econômica cujo interesse no resultado da ação é incontestado, de modo que ostenta adequada representatividade (*adequacy of representation*), conforme exigido do art. 7º, § 2º, da Lei nº 9.868, de 10.11.1999. Afinal, é entidade que congrega interesses das empresas de transporte de passageiros, nitidamente capazes de ser atingidos pela decisão da causa [...] (ADIn 3.225/RJ, Rel. Min. Cezar Peluso, J. 23.07.2007, decisão monocrática, DJ 06.08.2007, p. 16). De outro lado: "Reginaldo da Luz Ghisolfi requer a sua admissão na presente ação direta de inconstitucionalidade, na qualidade de *amicus curiae*. Para tanto, alega que há anos vem estudando as questões jurídicas relacionadas à utilização do embrião humano, o que culminou com a elaboração da dissertação de Mestrado intitulada 'A proteção legal do embrião humano e sua relação com a engenharia genética na União Europeia e no Brasil'. Assim resumida a pretensão, passo a decidir. O § 2º do art. 7º da Lei nº 9.868/1999 autoriza o relator da ação direta de inconstitucionalidade, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, a admitir a manifestação de outros órgãos ou entidades. Sucede que esse não é o caso dos autos. Ainda que patente a relevância da matéria aqui veiculada, é incontestável a falta de representatividade do postulante, razão porque inferido o seu pedido. [...] (ADIn 3.510/DF, Rel. Min. Carlos Britto, J. 03.05.2006, decisão monocrática, DJ 11.05.2006, p. 6).

27 AGUIAR, Mirella de Carvalho. Op. cit., p. 30; MENEZES, Paulo de Tarso Duarte. Aspectos gerais da intervenção do *amicus curiae* nas ações de controle de constitucionalidade pela via concentrada. *Direito Público*, Brasília, n. 17, p. 35-51, jul./set. 2007, p. 44-45. Nesse sentido já se decidiu no STF: "[...] No caso, a simples circunstância de o Sindicato defender os direitos e interesses dos integrantes da categoria, representando-os judicial ou extrajudicialmente – e está em jogo lei local a versar sobre certa parcela remuneratória –, não conduz à admissão no processo objetivo. Indispensável seria haver tema de alta indagação, a exigir o pronunciamento da entidade. 3. Indefero o pleito. [...] (ADIn 3.767/PR, Rel. Min. Marco Aurélio, J. 06.10.2006, decisão monocrática, DJ 19.10.2006, p. 47).

28 "[...] No entanto, especialmente diante da relevância do caso ou, ainda, em face da notória contribuição que a manifestação possa trazer para o julgamento da causa, é possível cogitar de hipóteses de admissão de *amicus curiae*, ainda que fora desse prazo. [...] (ADIn 3.538/RS, Rel. Min. Gilmar Mendes, J. 15.12.2006, decisão monocrática, DJ 01.02.2007, p. 84)

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 9.868/1999 – que contém a base normativa legitimadora da intervenção processual do *amicus curiae* – tem por precípua finalidade pluralizar o debate constitucional. (ADIn 2130/SC, Pleno, Rel. Min. Celso de Mello, J. 20.12.2000, DJ 02.02.2001)

[...] POSSIBILIDADE DE INTERVENÇÃO DO *AMICUS CURIAE*: UM FATOR DE PLURALIZAÇÃO E DE LEGITIMAÇÃO DO DEBATE CONSTITUCIONAL – O ordenamento positivo brasileiro processualizou, na regra inscrita no art. 7º, § 2º, da Lei nº 9.868/1999, a figura do *amicus curiae*, permitindo, em consequência, que terceiros, desde que investidos de representatividade adequada, sejam admitidos na relação processual, para efeito de manifestação sobre a questão de direito subjacente à própria controvérsia constitucional. A intervenção do *amicus curiae*, para legitimar-se, deve apoiar-se em razões que tornem desejável e útil a sua atuação processual na causa, em ordem a proporcionar meios que viabilizem uma adequada resolução do litígio constitucional. A ideia nuclear que anima os propósitos teleológicos que motivaram a formulação da norma legal em causa, viabilizadora da intervenção do *amicus curiae* no processo de fiscalização normativa abstrata, tem por objetivo essencial pluralizar o debate constitucional, permitindo, desse modo, que o Supremo Tribunal Federal venha a dispor de todos os elementos informativos possíveis e necessários à resolução da controvérsia, visando-se, ainda, com tal abertura procedimental, superar a grave questão pertinente à legitimidade democrática das decisões emanadas desta Suprema Corte, quando no desempenho de seu extraordinário poder de efetuar, em abstrato, o controle concentrado de constitucionalidade [...]. (ADIn-MC 2321/DF, Pleno, Rel. Min. Celso de Mello, J. 25.10.2000, DJ 10.06.2005, p. 4)

Considerado como terceiro, tratar-se-ia de exceção à regra do art. 7º da Lei nº 9.868/1999, que não admite tal intervenção. Nesse sentido, o STF concluiu que o art. 7º, § 2º, da Lei nº 9.868/1999, “abrandou o sentido absoluto da vedação pertinente à intervenção assistencial, passando, agora, a permitir o ingresso de entidade dotada de representatividade adequada no processo de controle abstrato de constitucionalidade”²⁹.

Sua manifestação pode se referir a questões de direito, de fato, ou a interpretar a espécie normativa em discussão³⁰. Não se confunde com o perito judicial, pois sua atribuição não é a de comprovar ou atestar fatos, mas de opinar

29 Voto do Ministro Celso de Mello na ADIn-MC 2.321/DF, Pleno, Rel. Min. Celso de Mello, J. 25.10.2000, DJ 10.06.2005, p. 4. De outro lado, há decisão anterior no STF também relatada pelo Ministro Celso de Mello, no sentido de que não se configura hipótese de intervenção assistencial: “[...] O processo de controle normativo abstrato instaurado perante o Supremo Tribunal Federal não admite a intervenção assistencial de terceiros. Precedentes. Simples juntada, por linha, de peças documentais apresentadas por órgão estatal que, sem integrar a relação processual, agiu, em sede de ação direta de inconstitucionalidade, como colaborador informal da Corte (*amicus curiae*): situação que não configura, tecnicamente, hipótese de intervenção *ad coadjuvandum*. [...]” (ADIn-AgRg 748/RS, Pleno, Rel. Min. Celso de Mello, J. 01.08.1994, DJ 18.11.1994, p. 312392).

30 A manifestação sobre questões fáticas abrange também as repercussões (sociais, econômicas, políticas, etc.) da decisão do STF (AGUIAR, Mirella de Carvalho. Op. cit., p. 5).

sobre eles, interpretá-los com base em seu conhecimento técnico. Inicialmente, o STF admitia somente a participação do *amicus curiae* por escrito³¹, mas posteriormente passou a aceitar a realização de sustentação oral³².

Em regra, o momento para ingressar e se manifestar no feito é no prazo de 30 dias concedido ao órgão que editou o ato normativo questionado para prestar informações (arts. 7º, § 2º, e 6º, parágrafo único, da Lei nº 9.868/1999)³³. Contudo, o STF admite a atuação posterior, mesmo após o início do julgamento, diante do veto ao § 1º do art. 7º (ao qual remete o § 2º, deixando sem sentido a fixação de prazo), e ressaltando-se que ocorre sem prejuízo dos atos já praticados³⁴.

Por ser compreendido pelo STF como um terceiro (ou instituto processual similar), o *amicus curiae* não possui legitimidade para interpor recurso³⁵.

31 Conforme se extrai dos debates na ADIn-MC 2.223/DF, Pleno, Rel. Min. Maurício Corrêa, J. 10.10.2002, DJ 05.12.2003, p. 18, noticiado no Informativo nº 246, do STF, de 15 a 19 de outubro de 2001, na nota “Sustentação oral de *amicus curiae*”: “[...] Inicialmente, o Tribunal, por maioria, resolvendo questão de ordem, entendeu não ser possível a sustentação oral de terceiros admitidos no processo de ação direta de inconstitucionalidade na qualidade de *amicus curiae*, cuja manifestação há de ser feita por escrito [...]”.

32 Esse passou a ser o entendimento predominante no julgamento de Questão de Ordem na ADIn 2.675/PE, Rel. Min. Carlos Velloso, e na ADIn 2.777/SP, Rel. Min. Cezar Peluso, conforme noticiado no Informativo nº 331, de 24 a 28 de novembro de 2003, na nota “Substituição tributária e *amicus curiae*”: “Preliminarmente, o Tribunal, por maioria, resolvendo questão de ordem suscitada no julgamento das ações diretas acima mencionadas, admitiu, excepcionalmente, a possibilidade de realização de sustentação oral por terceiros admitidos no processo abstrato de constitucionalidade, na qualidade de *amicus curiae*. Os Ministros Celso de Mello e Carlos Britto, em seus votos, ressaltaram que o § 2º do art. 7º da Lei nº 9.868/1999, ao admitir a manifestação de terceiros no processo objetivo de constitucionalidade, não limita a atuação destes à mera apresentação de memoriais, mas abrange o exercício da sustentação oral, cuja relevância consiste na abertura do processo de fiscalização concentrada de constitucionalidade, na garantia de maior efetividade e legitimidade às decisões da Corte, além de valorizar o sentido democrático dessa participação processual. O Min. Sepúlveda Pertence, de outra parte, considerando que a Lei nº 9.868/1999 não regulou a questão relativa a sustentação oral pelos *amici curiae*, entendeu que compete ao Tribunal decidir a respeito, através de norma regimental, razão por que, excepcionalmente e apenas no caso concreto, admitiu a sustentação oral. Vencidos os Ministros Carlos Velloso e Ellen Gracie, que, salientando que a admissão da sustentação oral nessas hipóteses poderia implicar a inviabilidade de funcionamento da Corte, pelo eventual excesso de intervenções, entendiam possível apenas a manifestação escrita [...]”.

33 “O veto aposto ao § 1º do art. 7º da Lei federal nº 9.868, de 10 de novembro de 1999, não excluiu a necessidade de observância de prazo prevista no § 2º, para admissão dos chamados ‘*amici curiae*’. A inteligência sistemática do disposto no § 2º, não podendo levar ao absurdo da admissibilidade ilimitada de intervenções, com graves transtornos ao procedimento, exige seja observado, quando menos por aplicação analógica, o prazo constante do parágrafo único do art. 6º. De modo que, tendo-se exaurido tal prazo, na espécie, aliás pela só apresentação das informações, a qual acarretou preclusão consumativa, já não é lícito admitir a intervenção requerida [...]” (ADIn 2.997/RJ, Rel. Min. Cezar Peluso, J. 01.12.2003, decisão monocrática, DJ 09.12.2003, p. 40)

34 “[...] No tocante ao momento processual em que é buscada a admissão no feito, aduz que com o veto do texto que se tornaria o art. 7º, § 1º, da Lei nº 9.868/1999, este Supremo Tribunal tem admitido a intervenção dos *amici curiae* mesmo após o término do prazo para a apresentação das informações, desde que a atuação pretendida ocorra no estágio em que se encontra o processo e sem prejuízo dos atos já praticados. Conclui, assim, que ‘seja pela substancial modificação da composição da Corte, seja pela adoção da linha interpretativa no sentido de aplicar ao *amicus curiae* a regra da assistência’, mostra-se razoável o pleito formulado, ‘mesmo já tendo sido iniciado o julgamento do feito, que se encontra suspenso em virtude de pedido de vista formulado pelo Exmo. Min. Marco Aurélio’. 3. [...] Exatamente pelo reconhecimento da alta relevância do papel em exame é que o Supremo Tribunal Federal tem proferido decisões admitindo o ingresso desses atores na causa após o término do prazo das informações (ADIn 3.474, Rel. Min. Cezar Peluso, DJ 19.10.2005), após a inclusão do feito na pauta de julgamento (ADIn 2.548, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ 24.10.2005) 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 (ADIn 2.777-QO, Rel. Min. Cezar Peluso). [...]” (ADIn 2.588/DF, Rel. Min. Ellen Gracie, J. 29.11.2005, decisão monocrática, DJ 05.12.2005, p. 42)

35 “[...] 2. Entidades que participam na qualidade de *amicus curiae* dos processos objetivos de controle de constitucionalidade, não possuem legitimidade para recorrer, ainda que aportem aos autos informações relevantes ou dados técnicos. Decisões monocráticas no mesmo sentido. [...]” (ADIn-ED 2.591/DF, Pleno, Rel. Min. Eros Grau, J. 14.12.2006, DJ 13.04.2007, p. 83)

Percebe-se que, na regulamentação constitucional brasileira, o *amicus curiae* assemelha-se mais a um *amicus causae* ou *amicus partis*, por se entender que representa os interesses gerais da coletividade ou de grupos ou classes sociais, constituindo terceiro com interesse (social, econômico, político, moral, etc., não se confundindo com o interesse jurídico) na resolução da causa de acordo com (ou contra) o pedido inicial³⁶. Logo, não há somente o interesse do STF em demandar a exposição dos *amici curiae*, mas também destes em apresentar manifestação sobre o assunto em discussão e as consequências da decisão. Apesar de não se exigir a demonstração de interesse para sua admissão nos processos da ADIn, ADC e ADPF, relembra-se que o art. 7º, § 2º, da Lei nº 9.868/1999, lista entre os requisitos a existência de representatividade dos postulantes; consequentemente, existe uma perspectiva potencial de os integrantes do órgão ou entidade serem afetados pela decisão do STF, tanto que se admite a manifestação dos demais legitimados ativos na condição de *amici curiae*. Justificando essa espécie de interesse, há quem sustente que o amigo da Corte deve se manter neutro na discussão judicial, defendendo o interesse da sociedade, e não das partes³⁷.

Para Gilmar Mendes, o *amicus curiae* fortalece a objetividade do controle concentrado, por realçar a participação da sociedade em um processo que interessa a todos, e não somente às partes envolvidas³⁸. Todavia, é inegável que tem interesse no julgamento do feito, não buscando (como regra) somente a correta aplicação e observância da Constituição.

2 A ANÁLISE DE FATOS NO CONTROLE CONCENTRADO

Georges Burdeau sustenta que o controle de constitucionalidade é de natureza formal, pois o órgão legitimado, para efetuar-lo, somente pode analisar objetivamente a conformidade – ou não – do ato normativo, não lhe competindo verificar, por exemplo, a oportunidade da edição de uma lei, ou os seus fundamentos³⁹.

Contudo, Gilmar Mendes enfatiza que a jurisdição constitucional não se resume à verificação da compatibilidade – ou não – das leis e atos normativos em face da Constituição. Com fundamento na doutrina de Peter Häberle, destaca que houve uma relativização da hermenêutica constitucional, diante da consideração de sua complexidade e pluralidade. Em seu entendimento, os juízes e tribunais exercem somente a interpretação jurídica da Constituição, havendo diversos outros intérpretes, principalmente as forças públicas; se, por exemplo, nenhum dos legitimados provoca o STF a exercer o controle concentrado de constitu-

36 AGUIAR, Mirella de Carvalho. Op. cit., p. 4.

37 WAMBIER, Tereza Arruda Alvim. *Amicus curiae*: afinal, quem é ele? *Direito e Democracia*, Canoas, v. 8, n. 1, p. 78, jan./jun. 2007, Todavia, o simples fato de defender os “interesses da sociedade” já exclui a pretendida neutralidade, pois estará se posicionando em favor de alguém, e não simplesmente opinando acerca do assunto em debate.

38 MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 480-481.

39 BURDEAU, Georges; HAMON, Francis; TROPER, Michel. *Direito constitucional*. Barueri: Manole, 2005. p. 60.

cionalidade, as normas continuam a existir, mesmo que sem uma interpretação judicial⁴⁰. Ainda, para Häberle, quem “vive” o contexto regulado pela norma (ou seja, seu destinatário) é um de seus cointérpretes, não existindo um monopólio da interpretação, e a principal função de uma Corte Constitucional é a de interpretar a Constituição com base em uma perspectiva atualizada de sua visão pública⁴¹.

Logo, o ato de interpretar e aplicar a norma não é absolutamente abstraído da realidade, da mesma forma que não é o ato de legislar. Os fatos e as prognoses legislativas consistem na percepção que o legislador tem da realidade, dos eventos (sociais, políticos, econômicos, etc.) que levam em consideração na elaboração de um ato normativo, ou nas presunções ou suposições sobre os efeitos futuros de uma norma a ser aprovada pelo Poder Legislativo⁴². Em outras palavras, trata-se da inclusão de elementos fáticos na hermenêutica constitucional, não se resumindo às questões de fato, mas abarcando todos os fatos relevantes na elaboração e aplicação da espécie normativa.

Apoiado na doutrina alemã, Gilmar Mendes divide os fatos legislativos em: (a) fatos históricos, aqueles que motivaram as deliberações e escolhas legislativas; (b) fatos atuais, abrangendo investigações empíricas e não empíricas (estatísticas, consultas à doutrina especializada, opinião de peritos, etc.) sobre temas contemporâneos à atividade hermenêutica; (c) e eventos futuros (prognoses), nas situações em que a constitucionalidade – ou não – do ato normativo necessita da ocorrência de um prognóstico efetuado pelo Legislativo, ou de um evento futuro. Enquanto nas duas primeiras hipóteses o Judiciário analisa como o Legislativo considerou os fatos, na terceira situação é examinado o que o legislador previu⁴³.

Dessa forma, há quem sustente que, quando restar demonstrado que o fato ou o prognóstico legislativo não corresponder efetivamente à realidade, a norma dela decorrente deve ser considerada inconstitucional. Entende Kildare Gonçalves Carvalho que “a decisão sobre a legitimidade de dada lei depende da confirmação de um prognóstico fixado pelo legislador ou de provável verificação de um dado evento”⁴⁴.

Apesar de ser normalmente confundida e atribuída como espécie de manifestação de *amicus curiae*, a admissão da análise de fatos no controle concentra-

40 MENDES, Gilmar Ferreira. Op. cit., p. 463-472.

41 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, p. 13-15 e 41.

42 A Corte Constitucional alemã distingue se o erro de prognóstico pelo legislador ocorreu no início ou se depois de decorrido certo lapso temporal de aplicação legal: na primeira hipótese o ato normativo é nulo, e na segunda o erro é irrelevante, pois não se pode antever todos os fatores variados e não pretendidos que podem vir a surgir (MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 479-480).

43 MENDES, Gilmar Ferreira. Op. cit., p. 473-475 e 478-479.

44 CARVALHO, Kildare Gonçalves. Processo constitucional. *Revista do Instituto dos Advogados de Minas Gerais*. Belo Horizonte, n. 11, p. 15-43, 2006, p. 27.

do de constitucionalidade tem sua origem na Suprema Corte dos Estados Unidos, com o denominado *Brandeis-Brief*. Trata-se de manifestação formulada pelo Advogado Louis D. Brandeis, no caso *Müller vs. Oregon*, de 1908, na qual reservou apenas duas páginas para tratar de questões jurídicas, e cento e dez laudas para analisar as consequências das longas jornadas de trabalho sobre a mulher⁴⁵.

Gilmar Mendes salienta que, apesar de o STF entender que no controle abstrato não se admite dilação probatória e o exame dos fatos controversos, acaba por analisar (inclusive revisando) fatos considerados pelo legislador na elaboração das normas, utilizando como fundamentos os princípios da igualdade e da proporcionalidade⁴⁶. Nesse sentido há diversas decisões do STF, entre as quais se destacam:

CONSTITUCIONAL – ATIVIDADE NOTARIAL – NATUREZA – LEI Nº 9.534/1997 – REGISTROS PÚBLICOS – ATOS RELACIONADOS AO EXERCÍCIO DA CIDADANIA – GRATUIDADE – PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE – VIOLAÇÃO NÃO OBSERVADA – PRECEDENTES – IMPROCEDÊNCIA DA AÇÃO – I – A atividade desenvolvida pelos titulares das serventias de notas e registros, embora seja análoga à atividade empresarial, sujeita-se a um regime de direito público. II – Não ofende o princípio da proporcionalidade lei que isenta os “reconhecidamente pobres” do pagamento dos emolumentos devidos pela expedição de registro civil de nascimento e de óbito, bem como a primeira certidão respectiva. III – Precedentes. IV – Ação julgada improcedente. (ADIn 1.800/DF, Pleno, Rel. Min. Nelson Jobim, J. 11.06.2007, DJ 28.09.2007)

[...] 3. A igualdade das partes é imanente ao *procedural due process of law*; quando uma das partes é o Estado, a jurisprudência tem transigido com alguns favores legais que, além da vetustez, tem sido reputados não arbitrários por visarem a compensar dificuldades da defesa em juízo das entidades públicas; se, ao contrário, desafiam a medida da razoabilidade ou da proporcionalidade, caracterizam privilégios inconstitucionais: parece ser esse o caso na parte em que a nova medida provisória insiste, quanto ao prazo de decadência da ação rescisória, no favorecimento unilateral das entidades estatais, aparentemente não explicável por diferenças reais entre as partes e que, somadas a outras vantagens processuais da Fazenda Pública, agravam a consequência perversa de retardar sem limites a satisfação do direito do particular já reconhecido em juízo [...]. (ADIn-MC 1.910/DF, Pleno, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, J. 22.04.2004, DJ 27.02.2004, p. 19)

[...] TRIBUTAÇÃO E OFENSA AO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE – O Poder Público, especialmente em sede de tributação, não pode agir imoderadamente, pois a atividade estatal acha-se essencialmente condicionada pelo princípio da razoabilidade, que traduz limitação material à ação normativa do Poder Legislativo. O Estado não pode legislar abusivamente. A atividade legislativa está necessariamente sujeita à rígida observância de diretriz fundamental, que, encontrando suporte teórico no princípio da proporcionalidade, veda os excessos normativos e as prescrições irrazoáveis do Poder Público. O princípio da proporcionalidade, nesse contexto, acha-se vocacionado a inibir e a neutralizar os abusos do Poder

45 MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 248. O documento *Brandeis-Brief* está disponível em: <<http://library.louisville.edu/law/brandeis/muller.html>>. Acesso em: 8 mar. 2008.

46 MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*, p. 471-472.

Público no exercício de suas funções, qualificando-se como parâmetro de aferição da própria constitucionalidade material dos atos estatais. A prerrogativa institucional de tributar, que o ordenamento positivo reconhece ao Estado, não lhe outorga o poder de suprimir (ou de inviabilizar) direitos de caráter fundamental constitucionalmente assegurados ao contribuinte. É que este dispõe, nos termos da própria Carta Política, de um sistema de proteção destinado a ampará-lo contra eventuais excessos cometidos pelo poder tributante ou, ainda, contra exigências irrazoáveis veiculadas em diplomas normativos editados pelo Estado. (ADIn-MC-QO 2.551/MG, Pleno, Rel. Min. Celso de Mello, J. 02.04.2003, DJ 20.04.2006, p. 5)

[...] O postulado da proporcionalidade qualifica-se como parâmetro de aferição da própria constitucionalidade material dos atos estatais. Hipótese em que a legislação tributária reveste-se do necessário coeficiente de razoabilidade. Precedentes. (RE-AgRg 200844/PR, 2ª T., Rel. Min. Celso de Mello, J. 25.06.2002, DJ 16.08.2002, p. 92)

[...] TODOS OS ATOS EMANADOS DO PODER PÚBLICO ESTÃO NECESSARIAMENTE SUJEITOS, PARA EFEITO DE SUA VALIDADE MATERIAL, À INDECLINÁVEL OBSERVÂNCIA DE PADRÕES MÍNIMOS DE RAZOABILIDADE – As normas legais devem observar, no processo de sua formulação, critérios de razoabilidade que guardem estrita consonância com os padrões fundados no princípio da proporcionalidade, pois todos os atos emanados do Poder Público devem ajustar-se à cláusula que consagra, em sua dimensão material, o princípio do “*substantive due process of law*”. Lei Distrital que, no caso, não observa padrões mínimos de razoabilidade. A exigência de razoabilidade qualifica-se como parâmetro de aferição da constitucionalidade material dos atos estatais. A exigência de razoabilidade – que visa a inibir e a neutralizar eventuais abusos do Poder Público, notadamente no desempenho de suas funções normativas – atua, enquanto categoria fundamental de limitação dos excessos emanados do Estado, como verdadeiro parâmetro de aferição da constitucionalidade material dos atos estatais [...]. (ADIn-MC 2.667/DF, Pleno, Rel. Min. Celso de Mello, J. 19.06.2002, DJ 12.03.2004, p. 36)

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – LEI ESTADUAL – PROIBIÇÃO DE PLANTIO DE EUCALIPTO PARA FINS DE PRODUÇÃO DE CELULOSE – DISCRIMINAÇÃO – IMPOSSIBILIDADE – AFRONTA AOS POSTULADOS DA ISONOMIA E DA RAZOABILIDADE [...] 2. Direito de propriedade. Garantia constitucional. Restrição sem justo motivo. Desvirtuamento dos reais objetivos da função legislativa. Caracterizada a violação ao postulado da proporcionalidade [...]. (ADIn-MC 2.623/ES, Pleno, Rel. Min. Maurício Corrêa, J. 06.06.2002, DJ 14.11.2003, p. 11)

Ao instituir incentivos fiscais a empresas que contratam empregados com mais de quarenta anos, a Assembléia Legislativa Paulista usou o caráter extrafiscal que pode ser conferido aos tributos, para estimular conduta por parte do contribuinte, sem violar os princípios da igualdade e da isonomia [...]. (ADIn 1.276/SP, Pleno, Relª Min. Ellen Gracie, J. 29.08.2002, DJ 29.11.2002, p. 17)

Vê-se nas ementas citadas que, efetivamente, o STF valora os fatos considerados na elaboração das espécies normativas, como na ADIn-MC 1.910/DF, em que decidiu que o legislador não observou o princípio da isonomia ao instituir prazo decadencial diferenciado para a Fazenda Pública em ação rescisória; ou na ADIn 1.276/SP, na qual se concluiu que a Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo não feriu o princípio da isonomia ao elaborar lei que criou incentivos fiscais a empresas que contratam empregados com idade superior a

40 anos. Logo, ainda que implicitamente e com base em motivação diversa, há no controle de constitucionalidade a análise e a revisão dos fatos e prognoses realizadas pelo Legislativo na elaboração das normas.

Em decisões monocráticas, o Ministro Gilmar Mendes faz menção expressa aos fatos e prognoses legislativos:

[...] É certo, por outro lado, que o Tribunal que exerce as funções de Corte Constitucional não pode deixar de exercer a sua competência, especialmente no que se refere à defesa dos direitos fundamentais em face de uma decisão legislativa, sob a alegação de que não dispõe dos mecanismos probatórios adequados para examinar a matéria. Em verdade, [...], a competência do Tribunal para examinar os fatos e prognoses legislativos advém da própria competência que lhe é constitucionalmente reconhecida para proceder à aferição de leis ou atos normativos em face do parâmetro constitucional. Uma vinculação estrita do órgão judicial aos fatos e prognoses legislativos fixados pelo legislador acabaria, em muitos casos, por nulificar o significado do controle de constitucionalidade. Não é preciso ressaltar também que a negativa do Tribunal de examinar, com todos os elementos disponíveis, a correção dos fatos e prognoses estabelecidos pelo legislador pode corresponder a uma vinculação, ainda que não estritamente consciente, aos fatos legislativos pressupostos ou fixados pelo legislador. Em outras palavras, tal postura poderá significar, em verdade, uma renúncia à possibilidade de controle de legitimidade da lei propriamente dita. Ou, o que se revela igualmente inadequado e grave, a não adoção de processos racionais de apreciação dos fatos e prognoses legislativos. Em outras palavras, tal postura poderá significar, em verdade, uma renúncia à possibilidade de controle de legitimidade da lei propriamente dita. Ou, o que se revela igualmente inadequado e grave, a não adoção de processos racionais de apreciação dos fatos e prognoses legislativos poderá ensejar decisões lastreadas apenas em bases intuitivas. Por outro lado, não há dúvida de que a complexidade das relações envolvidas nas questões constitucionais exige que o órgão que exerce as funções de controle disponha de mecanismos procedimentais que lhe permitam uma atuação consciente e, tanto quanto possível, integradora no sistema constitucional. Em verdade, a substituição de uma decisão intuitiva do legislador por uma decisão igualmente intuitiva da Corte coloca em xeque a própria legitimação do sistema de controle de constitucionalidade. Se já se tem dificuldade de aceitar uma decisão tipicamente voluntarista ou intuitiva do órgão de representação popular, certamente não se pode sequer cogitar de uma eventual substituição de um voluntarismo do legislador pelo voluntarismo do juiz. É por isso que se afigura essencial o desenvolvimento de técnicas que possibilitem decisões racionalmente fundadas por parte do órgão judicial de controle [...]. (RCL 4.979/DF, J. 15.04.2007, DJ 23.04.2007, p. 28)

[...] Essa nova realidade pressupõe, além de amplo acesso e participação de sujeitos interessados no sistema de controle de constitucionalidade de normas, a possibilidade efetiva de o Tribunal Constitucional contemplar as diversas perspectivas na apreciação da legitimidade de um determinado ato questionado. Observa-se também que a constatação de que, no processo de controle de constitucionalidade, faz-se, necessária e inevitavelmente, a verificação de fatos e prognoses legislativos, sugere a necessidade de adoção de um modelo procedimental que outorgue ao Tribunal as condições necessárias para proceder a essa aferição. Esse modelo pressupõe não só a possibilidade de o Tribunal se valer de todos os elementos técnicos disponíveis para a apreciação da legitimidade do ato ques-

tionado, mas também um amplo direito de participação por parte de terceiros (des)interessados [...]. (ADIn 2.441/GO, J. 27.02.2007, DJ 16.03.2007, p. 45)

Em tal espécie de controle, o STF verifica se a análise dos fatos realizada pelo legislador foi correta ou equivocada, podendo resultar na inconstitucionalidade do ato normativo.

Igualmente, a Lei nº 9.868/1999 (que regulamenta o processo da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade no STF) admite a análise dos fatos. Conforme dispõe em seus arts. 9º e 20, de semelhante teor:

Art. 9º Vencidos os prazos do artigo anterior, o relator lançará o relatório, com cópia a todos os Ministros, e pedirá dia para julgamento.

§ 1º Em caso de necessidade de esclarecimento de matéria ou circunstância de fato ou de notória insuficiência das informações existentes nos autos, poderá o relator requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou fixar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e autoridade na matéria.

§ 2º O relator poderá, ainda, solicitar informações aos Tribunais Superiores, aos Tribunais federais e aos Tribunais estaduais acerca da aplicação da norma impugnada no âmbito de sua jurisdição.

§ 3º As informações, perícias e audiências a que se referem os parágrafos anteriores serão realizadas no prazo de trinta dias, contado da solicitação do relator.

Redação semelhante também possui o art. 6º, § 1º, da Lei nº 9.882/1999 (sobre a arguição de descumprimento de preceito fundamental), usualmente confundido com o *amicus curiae*:

Art. 6º Apreciado o pedido de liminar, o relator solicitará as informações às autoridades responsáveis pela prática do ato questionado, no prazo de dez dias.

§ 1º Se entender necessário, poderá o relator ouvir as partes nos processos que ensejaram a arguição, requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou ainda, fixar data para declarações, em audiência pública, de pessoas com experiência e autoridade na matéria.

Portanto, em um processo tido como objetivo é possível o esclarecimento de situações fáticas referentes ao assunto em discussão, por meio de consultas a especialistas e aos tribunais competentes para julgar os processos subjetivos sobre a espécie normativa questionada. Para Kildare Gonçalves Carvalho, os citados dispositivos legais concretizam o princípio da instrução, segundo o qual o julgador pode de ofício buscar a verdade material; afirma que “não há como controlar a constitucionalidade sem uma prévia interpretação da Constituição, que considera a realidade que envolver o próprio intérprete, sendo a norma jurídica ato derivado do mundo concreto e nele presente necessariamente”⁴⁷.

Anteriormente à edição destas leis, o STF entendia que o controle abstrato de constitucionalidade seria incompatível com a dilação probatória ou o exame de fatos. Conforme decidiu o Ministro Celso de Mello, em decisão monocrática na ADIn 1.372 MC/RJ:

[...] Ora, a natureza jurídica do controle normativo abstrato repele qualquer ensaio de indagação tendente a comprovar situações de fato, notadamente quando estas – tal como no caso ocorre – se mostram controvertidas. Na realidade, o processo de fiscalização abstrata de constitucionalidade não admite, no sistema jurídico brasileiro, a instauração incidental de dilação probatória destinada a esclarecer situações fáticas eventualmente ilíquidas e sobre as quais repouse, como no caso, a pretensão de direito material deduzida pelo autor da ação direta, pois a finalidade única deste instrumento processual de ativação da jurisdição constitucional de controle do Supremo Tribunal Federal consiste no exame, em tese, da conformação de determinado ato estatal às prescrições subordinantes a Constituição da República [...]. (J. 10.11.1995, DJ 17.11.1995, p. 39237)

Contudo, mesmo após a entrada em vigor das Leis nºs 9.868/1999 e 9.882/1999, ainda não há um entendimento consolidado do STF quanto a tal possibilidade⁴⁸, que, como visto, utiliza esse controle com fundamento em outros conceitos ou institutos.

Assim, por meio de tais princípios, acaba o STF indiretamente decidindo que o legislador não desempenhou sua função de acordo com a verdade material ou com os fatos concretos, e exerce o controle concreto de constitucionalidade sobre os fatos considerados na elaboração da norma, ou diante da não confirmação das prognoses legislativas.

Percebe-se que, em processos normalmente considerados objetivos, o julgador pode de ofício buscar a verdade material dos fatos e da norma, considerando a Constituição e a legislação infraconstitucional não somente como um ato normativo, mas levando em consideração os eventos que levaram à sua elaboração. Ressalta Gilmar Mendes que “não há como negar a ‘comunicação entre norma e fato’ [...], que, como ressaltado, constitui condição da própria interpretação constitucional. É que o processo de conhecimento aqui envolve a investigação integrada de elementos fáticos e jurídicos”⁴⁹.

Em consequência, o controle abstrato abrange inclusive a verificação dos fatos e prognósticos realizados pelo legislador, diante da superação do modelo hermenêutico tradicional, baseado na interpretação da Constituição de forma semelhante a das leis. Porém, aguarda-se ainda uma manifestação expressa do STF, enquanto órgão jurisdicional incumbido de realizar o controle abstrato de

48 Já existem precedentes admitindo expressamente a análise de fatos e prognoses, tais como as citadas decisões monocráticas do Ministro Gilmar Mendes, e alguns julgamentos colegiados: “[...] 2. Existência de fato da agregação da faixa de terra ao Município de Ourilândia do Norte, decorrente da decisão política que importou na sua instalação como ente federativo dotado de autonomia. Situação excepcional consolidada, de caráter institucional, político. Hipótese que consubstancia reconhecimento e acolhimento da força normativa dos fatos. 3. Esta Corte não pode limitar-se à prática de mero exercício de subsunção. A situação de exceção, situação consolidada – embora ainda não jurídica – não pode ser desconsiderada. [...]” (ADIn 3.689/PA, Pleno, Rel. Min. Eros Grau, J. 10.05.2007, DJ 29.06.2007, p. 22).

49 MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*, p. 472.

constitucionalidade das normas infraconstitucionais, acerca dessa mudança em seu entendimento e no ordenamento jurídico pátrio, especialmente a partir da vigência das Leis nºs 9.868/1999 e 9.882/1999.

3 DISTINÇÕES ENTRE OS INSTITUTOS

Como visto, o *amicus curiae*, no controle concentrado de constitucionalidade, tem previsão no art. 7º, § 2º, da Lei nº 9.868/1999, e possui, como principais características: somente pode ser pessoa jurídica (órgão ou entidade), com representatividade; a matéria discutida no processo deve ser relevante; sua participação pode ocorrer por decisão do relator ou a pedido do próprio *amicus curiae*, sujeito à aprovação daquele, em decisão irrecurável; por não ser integrante do processo, o STF tem considerado os *amici curiae* como terceiros, por também possuírem (em maior ou menor grau) interesse na decisão da causa.

De outro lado, a previsão dos arts. 9º, § 1º, e 20, § 1º, abrange a manifestação de pessoas naturais (peritos, comissão de peritos, pessoas com experiência ou autoridade na matéria, e de Ministros e Desembargadores dos Tribunais Superiores, Federais e Estaduais – § 2º), quando houver necessidade de esclarecimento de matéria ou circunstância de fato, ou diante da insuficiência das informações existentes nos autos. Ainda, a tais pessoas e julgadores não foi conferida a possibilidade de requerer a sua manifestação nos autos, competindo somente ao relator solicitar as informações que entende necessárias para elucidar os fatos. Também não houve qualquer controvérsia acerca da forma de manifestação, tendo em vista que os dispositivos legais acima referidos admitem que se dê por escrito (parecer) ou oralmente (em audiência pública).

Sintetizando as citadas peculiaridades e realçando as diferenças existentes, verifica-se que: (a) enquanto o *amicus curiae* no controle abstrato de constitucionalidade é uma pessoa jurídica, na averiguação de fatos são ouvidas somente pessoas naturais; (b) a admissão do *amicus curiae* exige que haja matéria relevante, enquanto a análise fática ocorre quando o assunto não estiver suficiente esclarecido no processo; (c) o ingresso dos *amici curiae* no feito pode advir de decisão de ofício do relator, ou a pedido daquele, mas a verificação dos fatos somente acontece se houver determinação do relator; (d) de um lado, o *amicus curiae* pode se manifestar livremente acerca do assunto controvertido, e de outro há uma prévia delimitação dos fatos pelo relator ao requisitar informações de pessoas e tribunais, devendo estes se restringir a responder ou esclarecer as questões fáticas solicitadas.

Como pontos comuns, ressalta-se que a participação dos *amici curiae* e das pessoas previstas nos arts. 9º e 20 da Lei nº 9.868/1999, não constitui direito subjetivo destas, mas depende da aceitação do relator, com fundamento em critérios de oportunidade, conveniência e interesse público. Ainda, a decisão de sua admissão no processo é irrecurável, e todos podem se manifestar de forma escrita, em regra no prazo de 30 dias, ou oralmente.

Aplicando esses dispositivos, no dia 20 de abril de 2007, o STF realizou uma audiência pública, como forma de instruir a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.510, proposta pela Procuradoria-Geral da República, na qual são

questionados dispositivos da Lei de Biossegurança (Lei nº 11.105/2005). Foi a primeira audiência realizada pelo STF como meio de prova em uma ADIn, com a oitiva de 22 especialistas acerca do uso de células-tronco de embriões humanos em pesquisas e terapias, divididos em dois grupos, um favorável e outro contrário à permissão legal. Por fim, os julgadores elaboraram cinco questionamentos, respondidos oralmente pelos dois grupos de especialistas.

Conforme as diferenças já apontadas, a realização de audiência pública não consiste em hipótese de ocorrência do *amicus curiae*⁵⁰, mas sim da análise de fatos e prognoses pelo órgão julgador prevista no citado art. 9º, § 1º, da Lei nº 9.868/1999⁵¹.

Além disso, diversos outros fatos forneceram subsídios aos julgadores, para motivar sua decisão com a maior quantidade de informações (jurídicas, científicas, morais, sociais, religiosas, políticas, culturais, econômicas, etc.) possíveis. A imprensa noticiou que, nos dias que antecederam o início do julgamento, o Min. Carlos Britto recebeu em seu gabinete representantes da CNBB, o constitucionalista Luis Roberto Barroso (advogado de *amicus curiae*), e um grupo de parlamentares. Durante a semana e no dia do julgamento, diversas manifestações ocorreram em frente ao Supremo Tribunal Federal; cientistas estiveram no STF conversando com Ministros da Corte; portadores de doenças, representantes do governo, da Igreja Católica e especialistas concederam entrevistas, proferiram declarações, realizaram abaixo-assinados e publicaram artigos em revistas e jornais sobre o assunto, favoráveis e contrários ao art. 5º da Lei nº 11.105/2005.

Trata-se de acontecimento sem precedentes na história nacional, demonstrando não só um grande avanço na consciência e no exercício da cidadania,

50 Na ADIn 3.510/DF, o Relator Ministro Carlos Britto igualmente proferiu decisões deferindo e inacolhendo pedidos de participação de *amici curiae*. A hipótese de indeferimento foi a de que o *amicus curiae* no controle abstrato de constitucionalidade somente pode ser pessoa jurídica, por faltar à pessoa natural o pressuposto da representatividade. Conforme a decisão monocrática do relator: “Reginaldo da Luz Ghisolfi requer a sua admissão na presente ação direta de inconstitucionalidade, na qualidade de *amicus curiae*. Para tanto, alega que há anos vem estudando as questões jurídicas relacionadas à utilização do embrião humano, o que culminou com a elaboração da dissertação de Mestrado intitulada ‘A proteção legal do embrião humano e sua relação com a engenharia genética na União Europeia e no Brasil’. Assim resumida a pretensão, passo a decidir. O § 2º do art. 7º da Lei nº 9.868/1999 autoriza o relator da ação direta de inconstitucionalidade, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, a admitir a manifestação de outros órgãos ou entidades. Sucede que esse não é o caso dos autos. Ainda que patente a relevância da matéria aqui veiculada, é incontestável a falta de representatividade do postulante, razão porque inferido o seu pedido. Isso não obstante, recebo a peça apresentada como memorial e determino à Secretaria que promova a sua juntada por linha. Publique-se” (J. 03.05.2006, DJ 11.05.2006, p. 06).

51 Nesse sentido foi a decisão que designou a realização de audiência: “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 nº 9.868/1999). Na mesma oportunidade, determinei a intimação do autor, dos requeridos e dos interessados para que apresentassem a relação e a qualificação dos especialistas a ser pessoalmente ouvidos. 2. 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 u’a 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”. Sem embargo, e conquanto haja previsão legal para a designação desse tipo de audiência pública (§ 1º do art. 9º da Lei nº 9.868/1999), não há, no âmbito desta nossa Corte de Justiça, norma regimental dispondo sobre o procedimento a ser especificamente observado. [...]” (ADIn 3.510/DF, decisão monocrática, Rel. Min. Carlos Britto, J. 16.03.2007, DJ 30.03.2007, p. 98). Na Sessão de 29 de maio de 2008 do Pleno do STF, na conclusão do julgamento, o Min. Gilmar Mendes realça no início de seu voto: “[...] os pronunciamentos dos senhores advogados, do Ministério Público, dos *amici curiae* e dos diversos cientistas e expertos [...]”; logo, igualmente distingue a manifestação do amigo da Corte do auxílio prestado por especialistas na análise de fatos (Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI3510GM.pdf>>. Acesso em: 9 jun. 2008).

mas também a efetividade do acesso à prestação jurisdicional, e da possibilidade de participação da sociedade (como igualmente intérprete da Constituição por suportar os efeitos da norma, segundo a doutrina de Peter Häberle) no debate sobre a decisão mais adequada de acordo com a Constituição.

Tais fatos foram abordados com naturalidade, pois ocorridos às claras, de forma aberta e pública, não significando que houve alguma tentativa de delito, ou qualquer forma de aliciamento. Essa participação da sociedade enriquece os debates sobre o tema, possibilita ao órgão julgador um conhecimento mais abrangente dos elementos relevantes para a formação de sua convicção e à solução do litígio, e legitima a decisão judicial⁵².

Em 5 de março de 2008, o Supremo Tribunal Federal iniciou a sessão de julgamento da ADIn 3.510/DF; na leitura do relatório, o Min. Carlos Britto reafirmou a importância da audiência pública para ouvir cientistas e opiniões não jurídicas, possibilitando um conhecimento multidisciplinar do assunto; ainda, transcreveu parte da manifestação de duas especialistas que compareceram à audiência, uma a favor da constitucionalidade dos dispositivos impugnados, e outra contrária à validação do ato normativo.

Em seguida ao relatório, o Procurador-Geral da República pleiteou a inconstitucionalidade do ato normativo, e no mesmo sentido foi a sustentação oral da CNBB, na qualidade de *amicus curiae*. Após, o advogado-geral da União defendeu a constitucionalidade da norma (no exercício de seu dever constitucional previsto no art. 103, § 3º)⁵³. Também dessa forma se manifestaram oralmente o advogado do Congresso Nacional e os *amici curiae* Conectas Direitos Humanos, Centro de Direitos Humanos (CDH), Movimento em Pro da Vida (Movitae) e o Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero (Anis).

Após, prosseguindo o julgamento nos dias 28 e 29 de maio de 2008, com os votos dos demais Ministros, o STF decidiu, por 6 x 5 votos, ser constitucional (sem qualquer ressalva ou interpretação conforme) o art. 5º da Lei nº 11.105/2005⁵⁴.

Logo, concretizou-se um debate amplo e plural sobre o tema (utilização de células-tronco de embriões humanos produzidos por fertilização *in vitro*, observados os requisitos legais), com a efetiva participação da sociedade, pela análise de fatos (realização de audiência pública), da admissão de *amici curiae*,

52 CARDOSO, Oscar Valente. O *amicus curiae* nos Juizados Especiais Federais. *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo, n. 60, p. 112, mar. 2008. Salientei ainda que “não acarretaria atraso, e legitimaria democraticamente a decisão, a admissão de pessoas representativas da sociedade, de determinadas categorias ou associações, de organizações governamentais e não-governamentais, para expor fundamentadamente suas opiniões jurídicas, políticas, econômicas, sociais e culturais acerca da questão a ser julgada”.

53 Há uma exceção na atuação do AGU, que pode deixar de defender o ato quando já houver precedente do STF pela inconstitucionalidade do ato normativo: “[...] O Advogado-Geral da União não está obrigado a defender tese jurídica se sobre ela esta Corte já fixou entendimento pela sua inconstitucionalidade. [...]” (ADIn 1.616/PE, Pleno, Rel. Min. Mauricio Corrêa, J. 24.05.2001, DJ 24.08.2001, p. 41).

54 Votaram pela improcedência da ADIn 3.510/DF os Ministros Carlos Britto, Ellen Gracie, Carmen Lúcia Antunes Rocha, Joaquim Barbosa, Marco Aurélio e Celso de Mello. Dos cinco votos remanescentes, os Ministros Carlos Alberto Menezes Direito, Ricardo Lewandowski e Eros Grau votaram pela parcial procedência da

e da atuação de todos os interessados por meio de declarações, artigos, manifestações públicas ou na mídia, abaixo-assinados, entre outras formas.

Todos esses eventos foram levados em conta pelos Ministros do STF, especialmente pelo relator, que transcreveu trechos da audiência pública, citou posições doutrinárias jurídicas e científicas, matérias acerca do tema publicadas em revistas, mencionou trechos de músicas e poesias, incluiu conhecimentos filosóficos, religiosos, científicos, de diversos ramos do direito (constitucional, de família, etc.) e da bioética, e, por fim, fez referência a situações concretas (com o depoimento de pessoas públicas), desmistificando a pretensa objetividade do controle abstrato de constitucionalidade⁵⁵.

Não se pode apreciar uma norma, ainda que em tese, ignorando os fatos que motivaram sua elaboração, ou as consequências dela decorrentes. Portanto, o procedimento adotado na ADIn 3.510/DF, demonstrou ser indispensável, em casos de especial relevância para a sociedade civil e o Poder Público, a sua participação de forma direta ou indireta, e a importância da análise, pelo STF, dos fatos legislativos.

CONCLUSÃO

Diante do que foi analisado, viu-se que não há uma definição ou delimitação legal, tampouco uniformização na atuação dos *amici curiae* no direito brasileiro, sendo obrigatória em algumas normas, facultativa em outras, e com liberdade de manifestação igualmente diferenciada para cada ato normativo que o regulamenta. Ainda, as normas legais limitam-se a prever a sua manifestação em processos judiciais, em determinadas situações, não existindo no Brasil uma regulamentação ampla. Essa lacuna dá margem a controvérsias, equívocos com outros institutos e limitações, como no referido caso de admissão – ou não – de sustentação oral no controle concentrado de constitucionalidade.

Também por esse motivo, na regulamentação do controle de constitucionalidade, o *amicus curiae* não busca somente a correta aplicação da lei e a observância da Constituição (como, por exemplo, a Comissão de Valores Mobiliários e o Conselho Administrativo de Defesa Econômica, nas Leis nº 6.385/1976 e 8.884/1994), mas sim representa o interesse da coletividade ou de grupos ou classes sociais.

Por sua vez, a possibilidade de apuração dos fatos levados em consideração na elaboração das normas, e das prognoses legislativas, tem fundamento

ADIn, com diversas ressalvas ao art. 5º; já os Ministros Cezar Peluso e Gilmar Mendes votaram pela constitucionalidade da norma (julgando improcedente a ADIn), desde que o STF declarasse a necessidade de que as pesquisas fossem fiscalizadas pela Comissão Nacional de Ética em Pesquisa (Conep).

55 Também merece destaque o voto do Ministro Gilmar Mendes, para quem “o Supremo Tribunal Federal demonstra, com este julgamento, que pode, sim, ser uma Casa do povo, tal qual o parlamento. Um lugar onde os diversos anseios sociais e o pluralismo político, ético e religioso encontram guarida nos debates procedimental e argumentativamente organizados em normas previamente estabelecidas. As audiências públicas, nas quais são ouvidos os expertos sobre a matéria em debate, a intervenção dos *amici curiae*, com suas contribuições jurídica e socialmente relevantes, assim como a intervenção do Ministério Público, como representante de toda a sociedade perante o Tribunal, e das advocacias pública e privada, na defesa de seus interesses, fazem desta Corte também um espaço democrático. Um espaço aberto à reflexão e à argumentação jurídica e moral, com ampla repercussão na coletividade e nas instituições democráticas”.

legal recente e ainda não foi admitida de forma expressa e sistemática pelo STF. Sua inclusão também encontra inspiração na Suprema Corte dos Estados Unidos e, apesar de algumas semelhanças com o *amicus curiae*, com este não se confunde, possuindo características e objetivos distintos.

Por fim, ressalta-se que a manifestação do *amicus curiae* e a análise de fatos não vinculam, mas apenas auxiliam o julgador em sua decisão, possibilitando a ciência das situações fáticas abrangidas na criação e na aplicação da norma, e dos prováveis efeitos e implicações da decisão. Mas, pelo que foi visto, o controle abstrato de constitucionalidade no direito brasileiro não mais se resume à verificação de compatibilidade – ou não – das espécies normativas com as regras e os princípios da Constituição; em diversas situações é realizado também o exame da relação entre a lei ou o ato normativo com os fatos que sua incidência produz. Além disso, quando se discute um assunto multidisciplinar, são necessários conhecimentos igualmente multidisciplinares para a sua resolução. Tal medida possui destacada importância na defesa da Constituição, ampliando os meios processuais à disposição do Supremo Tribunal Federal no exercício de sua função de Corte Constitucional.

REFERÊNCIAS

- AGUIAR, Mirella de Carvalho. *Amicus curiae*. Salvador: JusPodivm, 2005.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pesquisa de jurisprudência. Disponível em: <<http://stf.gov.br/jurisprudencia/nova/jurisp.asp>>. Acesso em: 26 nov. 2007.
- BURDEAU, Georges; HAMON, Francis; TROPER, Michel. *Direito constitucional*. Barueri: Manole, 2005.
- CARDOSO, Oscar Valente. O *amicus curiae* nos Juizados Especiais Federais. *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo, n. 60, p. 112, mar. 2008.
- CARVALHO, Kildare Gonçalves. Processo constitucional. *Revista do Instituto dos Advogados de Minas Gerais*. Belo Horizonte, n. 11, p. 15-43, 2006.
- FERREIRA, Joana Cristina Brasil Barbosa. O *amicus curiae* e a pluralização das ações constitucionais. In: OLIVEIRA, Vallisney de Souza (Coord.). *Constituição e processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2008.
- 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.
- MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.
- _____. *Jurisdição constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.
- MENEZES, Paulo de Tarso Duarte. Aspectos gerais da intervenção do *amicus curiae* nas ações de controle de constitucionalidade pela via concentrada. *Direito Público*, Brasília, n. 17, p. 35-51, jul./set. 2007.
- MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2006.
- SOUZA FILHO, Luciano Marinho de Barros e. *Amicus curiae*: instituto controvertido e disseminado no ordenamento jurídico brasileiro. *Revista jurídica Justitex*, Brasília, n. 67, p. 35-37, jul. 2007.
- WAMBIER, Tereza Arruda Alvim. *Amicus curiae*: afinal, quem é ele? *Direito e Democracia*, Canoas, v. 8, n. 1, p. 76-80, jan./jun. 2007.