

**FACULDADES INTEGRADAS DO BRASIL – UNIBRASIL
PROGRAMA DE MESTRADO EM DIREITO**

GEISLA APARECIDA VAN HAANDEL MENDES

**POSSIBILIDADES DE CONTROLE SOCIAL E DEMOCRÁTICO DO PROCESSO
DE FISCALIZAÇÃO ABSTRATA DE CONSTITUCIONALIDADE A PARTIR DA
ABERTURA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL À PARTICIPAÇÃO E AO
DIÁLOGO SOCIAL**

CURITIBA

2013

GEISLA APARECIDA VAN HAANDEL MENDES

**POSSIBILIDADES DE CONTROLE SOCIAL E DEMOCRÁTICO DO PROCESSO
DE FISCALIZAÇÃO ABSTRATA DE CONSTITUCIONALIDADE A PARTIR DA
ABERTURA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL À PARTICIPAÇÃO E AO
DIÁLOGO SOCIAL**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação, área de concentração Direitos Fundamentais e Democracia, linha de pesquisa Constituição e Condições Materiais da Democracia, das Faculdades Integradas do Brasil – Unibrasil, como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Direito.

Orientadora: Prof.^a Dr.^a Eneida Desiree Salgado.

CURITIBA

2013

TERMO DE APROVAÇÃO

GEISLA APARECIDA VAN HAANDEL MENDES

POSSIBILIDADES DE CONTROLE SOCIAL E DEMOCRÁTICO DO PROCESSO DE FISCALIZAÇÃO ABSTRATA DE CONSTITUCIONALIDADE A PARTIR DA ABERTURA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL À PARTICIPAÇÃO E AO DIÁLOGO SOCIAL

Dissertação aprovada como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre em Direito, Programa de Pós-Graduação em Direitos Fundamentais e Democracia, linha de pesquisa Constituição e Condições Materiais da Democracia, das Faculdades Integradas do Brasil – UNIBRASIL, pela seguinte banca examinadora:

COMISSÃO EXAMINADORA

Prof.^a Dr.^a Eneida Desiree Salgado
Orientadora/UNIBRASIL – Faculdades Integradas do Brasil

Prof. Dr. Clèmerson Merlin Clève
Membro/UFPR – Universidade Federal do Paraná

Prof.^a Dr.^a Estefânia Maria de Queiroz Barboza
Membro/UNIBRASIL – Faculdades Integradas do Brasil

Curitiba, 09 de Dezembro de 2013.

AGRADECIMENTOS

Poucas são as palavras e expressões capazes de abranger o sentido de gratidão a todos aqueles que, partilhando da mesma jornada da vida, compartilham um pouco de si em doação voluntária de saberes e experiência. Sobretudo de nossos mestres e de todos os autores das obras a que consultamos, que mais do que aportes racionais e técnicos, que municiam a execução de melhores tarefas, também nos presenteiam com um conjunto de informações que nos impregnam e representam um pouco da formação de nosso ser, somos um pouco de todo o conhecimento recebido e dos ensinamentos proveitosos da convivência intelectual e conspiração ao melhor. A eles, nossos mestres, os primeiros agradecimentos: a todos os professores do programa de Mestrado da Unibrasil – Faculdades Integradas do Brasil, em especial a Dr.^a Eneida Desiree Salgado, minha orientadora, dínamo gerador de ideias, motivadora pessoal por sua conduta de livre pesquisadora na busca incessante de um melhor direito. À Dr.^a Estefânia Maria de Queiroz Barboza diferenciadamente motivadora de acreditação na prática constitucional, pela sua sempre generosa palavra e acolhida. Ao Dr. Clèmerson Merlin Clève, distinto constitucionalista, exemplo de dedicação ao direito e à emancipação do ser. Aos professores do programa de Mestrado, Dr. Paulo Ricardo Schier, Dr. Marcos Augusto Maliska, Dr.^a Rosalice Fidalgo Pinheiro, Dr.^a Carol Proner, Dr. Eduardo Biacchi Gomes e Dr. Wilson Ramos Filho, agradeço os aportes e contribuições recebidas ao longo da formação. Às colegas de mestrado Ayeza Schmidt e Luciana Ferreira de Mello pelo companheirismo e sempre boa palavra. Às secretárias do programa de mestrado Rafaela Matos e Giselle Pereira pela sempre gentil atenção. Separadamente agradecer à minha família pelo sempre presente estímulo, compreensão e carinho partilhados: Ao Ubirajara, companheiro de vida, causa-elevação de felicidade ao meu existir, as palavras não guardam dizer, senão de maneira aproximada, ao quanto tenho a agradecer. Aos filhos Renan e Saulo pelo carinho da convivência e por completarem o nosso existir. Aos meus pais, Germano e Maria e aos sogros, Luiz e Nair, pelo sempre presente apoio e inspiração ao bem. Sobretudo a Deus.

SUMÁRIO

RESUMO	VI
ABSTRACT.....	VII
INTRODUÇÃO: PERSPECTIVAS DE EVOLUÇÃO PARTICIPATIVA	1
1. O AMICUS CURIAE COMO INSTRUMENTO DE ABERTURA À PARTICIPAÇÃO DEMOCRÁTICA NO CONTROLE ABSTRATO DE CONSTITUCIONALIDADE	11
1.1 A INTERVENÇÃO DO <i>AMICUS CURIAE</i> COMO TERCEIRO NÃO PROPONENTE DA DEMANDA E CORRESPONDENTE DIALÓGICO À SOCIEDADE ABERTA DE INTÉRPRETES	18
1.2 A EXIGÊNCIA DA REPRESENTATIVIDADE PARA ATUAÇÃO COMO <i>AMICUS CURIAE</i> E A EFETIVA PLURALIZAÇÃO DO DEBATE CONSTITUCIONAL.	26
1.3 A INTERVENÇÃO DO <i>AMICUS CURIAE</i> COMO ELEMENTO AGREGADOR NO PROCESSO DE COMPOSIÇÃO DAS DECISÕES NO CONTROLE ABSTRATO DE CONSTITUCIONALIDADE	39
2. A AUDIÊNCIA PÚBLICA COMO MECANISMO DE REALIZAÇÃO DE DIÁLOGO DEMOCRÁTICO ENTRE A SOCIEDADE CIVIL E O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL	53
2.1 O PROCEDIMENTO DAS AUDIÊNCIAS PÚBLICAS JURISDICIONAIS REALIZADAS PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL	56
2.2 AS AUDIÊNCIAS PÚBLICAS E O PROCESSO DEMOCRÁTICO DE CONSTRUÇÃO DAS DECISÕES À LUZ DA TEORIA DA REPRESENTAÇÃO ARGUMENTATIVA	74
2.3 O POTENCIAL EFEITO REFLEXIVO DA AMPLIAÇÃO DO DEBATE DEMOCRÁTICO PROMOVIDO PELAS AUDIÊNCIAS PÚBLICAS SOBRE AS DECISÕES NO CONTROLE ABSTRATO DE CONSTITUCIONALIDADE	80
3. O DIREITO DE PETIÇÃO COMO INSTRUMENTO DE EFETIVO ACESSO À JUSTIÇA E DE REAL DEMOCRATIZAÇÃO DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE.....	109
3.1 O DIREITO DE PETIÇÃO COMO DIREITO DE ÍNDOLE ESSENCIALMENTE DEMOCRÁTICA	110
3.2 O DIREITO FUNDAMENTAL DE PETIÇÃO COMO DIREITO SUBJETIVO PÚBLICO	123
3.3 O DIREITO DE PETIÇÃO COMO DIMENSÃO DE <i>ACCOUNTABILITY</i> E A POSSIBILIDADE DE SUA UTILIZAÇÃO NO CONTROLE ABSTRATO DE CONSTITUCIONALIDADE	136
CONSIDERAÇÕES FINAIS: UM HORIZONTE PARTICIPATIVO POSSÍVEL	154
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	157

RESUMO

Na perspectiva dos ideais que compõem um Estado Democrático de Direito, relacionado em grande medida com a participação da sociedade civil nas decisões necessárias para o desenvolvimento do país, em contínua confirmação e reconfirmação de que o regime democrático se assenta no princípio fundamental da soberania popular, o presente estudo propõe a análise dos institutos do *amicus curiae*, da audiência pública jurisdicional e do exercício do direito de petição, sob o enfoque de que se apresentam como potencializadores instrumentos de democratização da tutela constitucional-jurisdicional e de pluralização do debate constitucional, especificamente, no âmbito das ações de fiscalização abstrata de constitucionalidade. Para tanto, discorre sobre as características inerentes a cada instituto, as peculiaridades ínsitas à sua instrumentalização e o aporte teórico em que se fundam as premissas legitimadoras para a utilização de tais institutos como medida de racionalidade social, dotado de capacidade interativa e influência no processo construtivo de melhores argumentos nas decisões proferidas nos processos de fiscalização abstrata de constitucionalidade. Por meio dos referidos instrumentos, a pesquisa, procura discutir mecanismos e racionalizar alternativas de aproximação da realidade plural, complexa e multifacetária da sociedade ao mundo do direito, no sentido de que, ela própria exerça de forma direta, real e efetiva, o controle sobre o processo de controle da constitucionalidade sobre os atos infraconstitucionais e, assim, seja garantida a supremacia do texto constitucional.

PALAVRAS-CHAVES: Democracia. Supremacia da Constituição. Fiscalização Abstrata de Constitucionalidade. Participação social. *Amicus Curiae*. Audiência Pública Jurisdicional. Direito de Petição.

ABSTRACT

Within the perspective of the ideals that found the Democratic State of Law, related specially with the civil society participation in the necessary decisions for the development of the country, in a continuous confirmation and reassuring that the democratic regime sits upon the popular sovereignty principle, the present study aims to analyze the institute of the *amicus curiae*, the public court hearing and the exercise of the petition right as possible enhancing instruments for the democratization of the judicial constitutional guardianship and broadening of the constitutional debate, specifically for the abstract constitutional control lawsuits. Therefore, the paper develops about the inner characteristics of each institute, the peculiarities around their instrumentation and the theoretical insight that consolidate these legitimization premises into their use as a social rationality measure, gifted with interactive capacity and influence in the constructive process of better reasoning behind the decisions within abstract constitutional control lawsuits. By the means of the referred instruments, this research, discuss mechanisms and rationalizes alternatives to approximate our plural reality, complex and multifaceted society to the world of the law, in a way that, society itself can directly enforce the control over the constitutional control lawsuit upon infra-constitutional acts and in that way assure the supremacy of the constitutional text.

KEY-WORDS: Democracy. Constitutional Supremacy. Abstract Constitutional Fiscalization. Social Participation. *Amicus Curiae*. Public Court Hearing. Right of Petition.

INTRODUÇÃO: PERSPECTIVAS DE EVOLUÇÃO PARTICIPATIVA

Os fundamentos em que se assentam as proposições do presente estudo se subsumem a considerações de que um Estado Democrático de Direito não pode prescindir fundamentalmente da efetiva participação da sociedade em seus desígnios.

A despeito das complexidades que encerram a proposição de um Estado Democrático de Direito, o regime exige ditames constitucionais de respeito aos direitos fundamentais da pessoa, de que o ideal democrático corresponda não somente ao desenvolvimento das ações dos Poderes da República codificados em suas especialidades, mas definidos e ingeridos em maior medida pela efetiva participação da sociedade civil nas decisões necessárias para o desenvolvimento do país, confirmando e reafirmando que o regime democrático se assenta no princípio fundamental da soberania popular. Tais conjunções devem ser consideradas em todos os âmbitos de atuação do Estado, notadamente em relação ao Poder Judiciário, quando se está diante do processamento de ações constitucionais cuja finalidade reside na garantia da supremacia dos próprios preceitos constitucionais e, portanto, dos valores e princípios que constituem os fundamentos essenciais que identificam, caracterizam e definem esta sociedade que, ao fundo, tanto mais participativa mais transfere legitimação substancial. Neste contexto, ambientalizado por maior abertura de inferência da sociedade, pretende-se investigar os institutos do *amicus curiae*, da audiência pública jurisdicional e do direito de petição¹.

A importância material constante dos resultados potencialmente obtidos com tais mecanismos de participação, que se pretende desvelar através do presente estudo, é sobrelevada quando utilizados tais instrumentos para a tutela de direitos de índole constitucional e de relevante repercussão social, sobretudo quando se

¹ Tal análise encontra-se em consonância com os objetivos propostos pela Linha de Pesquisa 1 – Constituição e Condições Materiais da Democracia, abrangida pela área de concentração – Direitos Fundamentais e Democracia, desenvolvida no programa de Mestrado das Faculdades Integradas do Brasil – UNIBRASIL, que considera à prospecção dos aspectos ínsitos a estes instrumentos como corolários do princípio democrático e de defesa dos direitos fundamentais inerentes ao cidadão.

considera que a efetivação da melhor medida à democracia depende da concretização dos direitos fundamentais em superação a mera declaração formal de direitos e da conformação do consenso social em torno de tais realizações.

O exame dos referidos institutos – *amicus curiae*, audiência pública jurisdicional e direito de petição – sob o enfoque de que se apresentam como potencializadores instrumentos de democratização da tutela constitucional-jurisdicional e de pluralização do debate constitucional, mostram possibilidades de melhor promover a aproximação da realidade plural hodiernamente vivenciada e suas complexidades relacionais multifacetárias submetidas ao mundo do direito, pois conforme afirma Georges Ripert “quando o Direito ignora a realidade, a realidade se vingando ignorando o Direito”².

A inserção da participação mais efetiva da sociedade no Direito a ponto de influenciá-lo, permeada pelos institutos em prenúncio, deve ser vista como medida de correção de rumos, perfilhadora de assento corretivo e cronológico da transformação social, nem sempre captada por seu dinamismo e sua dinâmica variável pelos inúmeros fatores sociais não compreendidos numa particular decisão, que a despeito de sua direção específica, termina por influenciar um contingente não compreendido inicialmente, sequer ouvido e considerado.

A este propósito, para melhor compreensão, em breves linhas, são as premissas sobre as quais se assentam o presente estudo, na medida em que exigem o patrocínio dos princípios que dão suporte e estrutura a todo o ordenamento jurídico e à organização política e social brasileira, como a soberania popular, a supremacia da Constituição, a separação dos Poderes, o princípio democrático e o pacto federativo.

No discurso dos artigos 1º, 2º e 102 da Constituição da República Federativa do Brasil³, o Poder Judiciário é o ator social habilitado a dar eficácia aos objetivos

² Frase atribuída ao jurista francês Georges Ripert, célebre professor e reitor da Faculdade de Direito de Paris.

³ Art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I - a soberania; II - a cidadania; III - a dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V - o pluralismo político. Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

fundamentais estabelecidos pela Constituição e a garantir o respeito aos direitos fundamentais constitucionalmente protegidos, segundo os parâmetros essenciais de atuação estabelecidos pelo mesmo texto constitucional.

Ante o inegável protagonismo que o Poder Judiciário vem adquirindo no cenário contemporâneo brasileiro, sobretudo o Supremo Tribunal Federal, somam-se muitos questionamentos quanto aos limites de sua atuação, consideradas suas funções típicas e atípicas. Críticas muitas vezes relacionadas à chamada “judicialização da política” ou “ativismo judicial”⁴, que apontam para um agir mais voltado ao político do que ao jurídico, circunstância que desperta tensões no que tange a possíveis benefícios ou prejuízos advindos da atividade desempenhada pelo judiciário brasileiro.

Certamente o papel que o Poder Judiciário tem protagonizado no iter social vem sofrendo muitas mudanças ao longo do tempo e influenciado em todos os aspectos da sociedade, chegando ao ponto de ser descrito como “o muro das lamentações do mundo moderno”⁵, porque se lhe ocorrem todos os pleitos advindos das promessas que a Constituição Federal conjurou.

O acesso à Justiça se converteu em “política pública de primeira grandeza”, identificado pelo fenômeno mundial designado de “boom da litigação”, segundo o qual as pessoas voltam-se ao Poder Judiciário como via possível para a defesa de seus direitos, ante um quadro de desorganização estrutural, de acentuadas carências no atendimento social e de insuficiência no desenvolvimento de políticas

Art. 2º. São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição.

⁴ “Em que pesem essas críticas ao ‘governo de juízes’, é fato o protagonismo do Judiciário, sendo essas críticas ‘insuficientes para reprimir um processo que parece ter se tornado irreversível’ (Chevallier, 2009, p. 134). Esse protagonismo do Judiciário é muitas vezes chamado de ativismo judicial, o qual deve ser entendido não quanto uma Corte é ocupada mas quanto seus juízes estão dispostos a desenvolver o direito. As críticas e a controvérsia a respeito do ativismo judicial se dão especialmente por duas razões. A primeira diz respeito ao caráter contramajoritário dos juízes, que não teriam competência para elaborar novo direito, pois não foram eleitos pelo povo. A segunda questão é, em se aceitando que os juízes podem desenvolver a lei, quais seriam os critérios para definir que o desenvolvimento seria adequado (Dickson, 2007, p. 367).” BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz; KOZICKI, Katya. Judicialização da política e controle judicial de políticas públicas. *Revista de Direito GV*, nº 15, São Paulo, p. 059-086, jan./jun. 2012, p. 65. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rdgv/v8n1/v8n1a03.pdf> Acesso em: 03/10/2012.

⁵ GARAPON, Antoine. *O juiz e a democracia: o guardião das promessas*. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

públicas capazes de atender às necessidades básicas do cidadão⁶, como também de realizar na vida prática o horizonte emancipador proposto pela Carta Constitucional brasileira.

Neste sentido, a jurisdição constitucional se transformou em premissa fundamental para a promoção da democracia⁷, ante o crescimento do grau de sua importância na constante busca de consignar efetividade ao texto constitucional⁸, visto que é a Lei Fundamental do país que traz legitimidade a toda organização política e estrutural em cujas bases o Estado Democrático de Direito se assenta.

Em um Estado Constitucional, a Constituição está acima de todo o ordenamento jurídico, sobretudo em razão de ser a portadora dos princípios fundamentais que caracterizam esse regime político e que lhe confere identidade no plano histórico-constitucional⁹. As ações de controle de constitucionalidade, nesse contexto, se apresentam como principais mecanismos a serem instrumentalizados na

⁶ As expressões “política pública de primeira grandeza” e “boom da litigação” são utilizadas por Luiz Werneck Vianna e Marcelo Baumann Burgos em análise sobre a atuação e influência do Supremo Tribunal Federal brasileiro. Cf. VIANNA, Luiz Werneck; BURGOS, Marcelo Baumann; SALLES, Paula Martins. Dezesete anos de judicialização da política. **Tempo Social**, São Paulo, v. 19, n. 2, pp. 39-85, nov/2007, p. 40-41. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-20702007000200002&lng=pt&nrm=iso Acesso em: 04/05/2011.

⁷ Explica Paulo Bonavides que: “A Constituição é cada vez mais, num consenso que se vai cristalizando, a morada da justiça, da liberdade, dos poderes legítimos, o paço dos direitos fundamentais, portanto, a casa dos princípios, a sede da soberania. A época constitucional que vivemos é a dos direitos fundamentais que sucede a época da separação de poderes. Em razão disso, cresce a extraordinária relevância da jurisdição constitucional, ou seja, do controle de constitucionalidade, campo de batalha da Lei Fundamental onde se afiança juridicamente a força legitimadora das instituições. Em verdade, **a justiça constitucional se tornou uma premissa da democracia: a democracia jurídica, a democracia com legitimidade.**” (grifos acrescentados) BONAVIDES, Paulo. Jurisdição Constitucional e legitimidade (algumas observações sobre o Brasil). **Estudos Avançados**. São Paulo, v. 18, nº 51, p. 127-150, maio/ago. 2004, p. 127. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?pid=s0103-40142004000200007&script=sci_arttext. Acesso em: 03/10/2012.

⁸ “(...) a adoção de Constituições democráticas e rígidas, com catálogo de direitos fundamentais supremos e protegidos contra as maiorias parlamentares, resultou em um novo modo de interpretar e aplicar o Direito. Isto, por sua vez, implicou – no caso do Brasil – um aumento da atividade do Poder Judiciário e uma preponderância desse poder nas decisões políticas do Estado brasileiro, colocando essa questão no centro do debate jurídico e político atual.” BARBOZA; KOZICKI. **Judicialização da política e controle judicial de políticas públicas**, p. 60.

⁹ Conforme observa Maurizio Fioravanti o processo de surgimento do Constitucionalismo desenvolvido ao largo do séc. XX pressupõe a supremacia e eficácia da Constituição sobre todo o ordenamento jurídico. Segundo explica, o chamado Estado Constitucional é compreendido como o modelo de Estado em que o ordenamento jurídico da sociedade é regido por uma constituição, cuja supremacia significa a subordinação de todos os atos emanados dos poderes constituídos e, por conseguinte, de toda a legislação infraconstitucional, às suas disposições. Para o autor, foi a entrada em vigor das Constituições Democráticas que legitimou o desenvolvimento desta nova forma de Estado, denominada de “Estado Constitucional”. FIORAVANTI, Maurizio. Estado y Constitución. In: FIORAVANTI, Maurizio (Org.). **El Estado Moderno en Europa**. Madrid: Trotta, 2004, p. 13-43.

defesa e na garantia de sua supremacia. Mais do que buscar preservar seu corpo normativo, garantir a supremacia da Constituição implica resguardar os preceitos fundamentais que a comunidade política pensa e sente como fundamentos essenciais que a identificam e caracterizam enquanto comunidade¹⁰. Eventual ofensa aos preceitos constitucionais importa em afronta direta à identidade da própria comunidade que a estabeleceu como norma fundamental de seu ordenamento jurídico e político. Por resguardar os princípios norteadores desta comunidade, o controle de constitucionalidade se apresenta como instrumento garantidor da própria democracia, sobretudo quanto à proteção dos direitos fundamentais e dos procedimentos e garantias democráticas estabelecidas no texto constitucional.

A realização do controle ou da fiscalização da constitucionalidade dos demais atos infraconstitucionais parte da consciência da importância que a Constituição possui no ordenamento e da “necessidade de garantia dos seus princípios e preceitos”¹¹ por parte de toda a comunidade pertencente à ordem constitucional em questão. A jurisdição constitucional, neste aspecto, “é um espaço de legitimação discursiva ou argumentativa das decisões políticas, que coexiste com a legitimação majoritária, servindo-lhe de ‘contraponto e complemento’.”¹²

O controle de constitucionalidade possui o viés de promover o desenvolvimento do processo democrático, no sentido de realizar um controle eficiente dos atos infraconstitucionais, buscando uma atuação conjunta entre os Poderes da República, nos termos da teoria dos pesos e contrapesos, em que este controle possa efetivamente oferecer o contrapeso necessário à garantia do respeito e da efetividade dos preceitos constitucionais. A atuação da jurisdição constitucional brasileira ocorre por meio de um sistema misto ou híbrido que combina um modelo concentrado (em abstrato) com um modelo difuso (em concreto) de controle de constitucionalidade. A este estudo importa a fiscalização abstrata de constitucionalidade, cuja finalidade, de

¹⁰ “se compreende a expressão – **constituição da República** – para exprimir a ideia de que a constituição se refere não apenas ao Estado, mas à própria comunidade política, ou seja, a *res publica*.” (grifos do original). CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7ª ed. Coimbra: Editora Almedina, 2000, p. 88.

¹¹ Segundo a percepção de Clèmerson M. Clève a supremacia da Constituição parte da “consciência constitucional”. CLÈVE, Clèmerson M. **A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 33-34. De uma consciência, diga-se, relacionada à extrema necessidade de garantia dos princípios e preceitos constitucionais fundamentais.

¹² BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 376.

modo geral, é o pronunciamento em tese ou em abstrato sobre dispositivos legais e/ou normativos que eventualmente venham a afrontar o texto constitucional e cuja decisão produzirá efeitos *erga omnes*.

Conforme se extrai da redação do art. 102 da CF/88, a legitimidade da atuação da jurisdição constitucional advém de opção do próprio poder constituinte ao estabelecer competir ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, de tal sorte que a legitimidade da jurisdição constitucional, como explica Paulo Bonavides, decorre diretamente da legitimidade da própria Constituição, pois “se não houver constituição legítima, tampouco haverá legitimidade jurisdicional”¹³.

Ante a inegável ampliação do grau de importância e de afetação direta das decisões proferidas pela jurisdição constitucional brasileira na realidade social¹⁴, o Supremo Tribunal Federal vem apresentando alternativas outras à justificação de sua legitimidade, principalmente através da tentativa de aproximação e disposição ao diálogo com a sociedade civil. Tal fato tem se concretizado, a mais das vezes, por meio da realização de audiências públicas e da aceitação de intervenção da figura do *amicus curiae* em sede de controle de constitucionalidade como mecanismos de pluralização do debate constitucional.

Na perspectiva da importância que estas decisões, em sede de controle abstrato de constitucionalidade, de forma direta e/ou reflexiva vêm afetar a vida do cidadão, é que se buscará examinar, através do presente estudo, as possibilidades de realização de um controle social e democrático em face do processo de fiscalização abstrata de constitucionalidade.

Notadamente, muitos caminhos e alternativas são possíveis como via de acesso às soluções para a conformação de maior autenticidade legitimadora a atuação da jurisdição constitucional. A presente proposta examina a perspectiva de abertura do Supremo Tribunal Federal ao diálogo social e à participação

¹³ BONAVIDES, **Jurisdição Constitucional e legitimidade**, p. 132.

¹⁴ Vê-se atualmente a apresentação de questões importantes ao exame do Supremo Tribunal Federal, em sede de controle abstrato de constitucionalidade, cujas consequências serão vivenciadas de forma direta pelo cidadão, como se pode observar em assuntos referentes à união estável entre homossexuais, sobre a utilização de células-tronco em pesquisas científicas prevista pela lei de Biossegurança, quanto à possibilidade de interrupção terapêutica da gravidez nos casos de constatação de anencefalia, quanto à reserva de vagas em universidades públicas para pessoas afrodescendentes, recentemente a discussão sobre o programa federal “Mais Médicos” e a possibilidade de edição de biografias sem a devida autorização do biografado, dentre tantas outras questões de indiscutível importância para a vida cotidiana do cidadão.

democrática do cidadão, buscando trazer pluralidade ao debate e maior legitimidade democrática às suas decisões, por meio dos institutos do *amicus curiae*, das audiências públicas e do exercício do direito de petição, à luz de teorias como a sociedade aberta de intérpretes proposta por Peter Häberle, da representação argumentativa desenvolvida por Robert Alexy, da proposta deliberativa de Carlos Santiago Nino e de Roberto Gargarella, da visão hermenêutico-argumentativa pensada por Marco Aurélio Marraffon no complexo processo construtivo das decisões em matéria constitucional, todavia, não como marco teórico estrutural e determinado exclusivamente em uma visão totalizadora de determinada escola de pensamento, mas utilizadas entre si e em conjunto com outras perspectivas, todas voltadas à preocupação com o respeito, efetividade e concretização do texto constitucional.

Tais projeções de sentido, embora partam de racionalidades distintas, possuem a mesma preocupação voltada à busca de melhores resultados, de coerência, de justificação e transparência das decisões. A ampliação da legitimidade, tanto pela via democrática quanto pela argumentativa, remetem à possibilidade de diálogo entre as teorias, cujos resultados assemelham-se por estarem voltados à práxis da decisão judicial e a necessária solução de carências democráticas e de concretização de direitos fundamentais, muito presentes na realidade brasileira¹⁵.

A análise parte da constatação de que a limitação ao ângulo de visada e atuação restrita aos legitimados para proposição de ações de controle de constitucionalidade ou, ainda, ao escrutínio estrito de luminares do direito, não se faz suficiente para a resolução de tais questões, pois da abrangência inerente aos resultados destas decisões repercute uma enorme onda reflexiva a exigir um olhar não apenas contemplativo da sociedade mas, ao contrário, exige e permite proatividade no efetivo exercício democrático-participativo, a par do consenso social que o próprio texto da Constituição Federal brasileira exige no sentido de que a

¹⁵ Seguindo os passos de Clèmerson Merlin Clève ao pensar “o jurídico como espaço de luta” a presente proposta pretende instrumentalizar diferentes premissas voltadas ao mesmo fim: “Não nos preocupamos, nesse sentido, com a coerência limitadora; ao contrário, faremos uso da contribuição de autores que, considerados sob uma ótica orgânica e totalizadora, são inconciliáveis. É que arriscamos o uso de parte do universo conceitual deste autor, parte daquele, e parte daquele outro”. CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Temas de Direito Constitucional** (e de Teoria do Direito). São Paulo: Acadêmica, 1993, p. 185.

participação direta do cidadão deve ser protegida e fomentada.

Em um primeiro momento, examinar-se-ão as particularidades inerentes ao instituto do *amicus curiae*, como espécie de terceiro interveniente, admitido pelo Supremo Tribunal Federal nos processos de controle abstrato de constitucionalidade. Buscar-se-á, nesse sentido, investigar se a intervenção do *amicus curiae*, nos termos em que vem sendo admitida pelo Supremo Tribunal Federal, realmente o caracteriza como instrumento de abertura à participação democrática e de pluralização do debate constitucional. Pretende-se questionar ainda, se o estabelecimento de regras, como a exigência da comprovação da representatividade para admissão da intervenção do pretense *amicus* viabiliza ou aniquila a finalidade democrática do instituto.

A par de tais considerações, buscar-se-á verificar se a atuação do *amicus curiae* compõe um elemento agregador às decisões tomadas em sede de controle abstrato de constitucionalidade. Para tal desiderato examinar-se-á a base de dados obtida por pesquisas quantitativas e qualitativas realizadas sobre decisões em controle abstrato de constitucionalidade, com o objetivo de permitir a discussão sobre a influência dos argumentos apresentados por terceiros não participantes da demanda, nas decisões proferidas em sede de fiscalização abstrata de constitucionalidade.

No segundo capítulo, passando ao exame das audiências públicas jurisdicionais, buscar-se-á perquirir se tal mecanismo no modelo desenvolvido pelo Supremo Tribunal Federal possui efetivamente a capacidade de promover o diálogo com a sociedade civil, de forma a contribuir com um processo democrático de construção das decisões em sede de fiscalização abstrata de constitucionalidade.

Tal análise parte do exame do regramento legal alusivo às audiências públicas (Leis nº 9.868/99 e nº 9.882/99) e do procedimento adotado pelo Supremo Tribunal Federal para sua realização. Considerar-se-á o procedimento da primeira audiência pública jurisdicional realizada junto a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.510, e o procedimento adotado nas demais audiências realizadas após a regulamentação da matéria pela Emenda Regimental nº 29/2009, que deu nova redação aos arts. 13 e 21 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, sobretudo a audiência pública sobre a judicialização da saúde que inaugurou o novo

procedimento.

Examinar-se-á a possibilidade de uma arquitetura mais democrática ser construída a partir dos potenciais efeitos reflexivos das audiências públicas jurisdicionais, partindo-se do exame dos votos dos Ministros do Supremo Tribunal Federal proferidos no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.510, primeira a utilizar-se do instituto da audiência pública jurisdicional. Buscar-se-á identificar resultados decorrentes da realização da audiência como instrumento de ampliação do debate democrático capaz de influenciar a construção das decisões de forma mais democrática.

Finalmente, no terceiro capítulo, examinar-se-á o direito de petição como direito de índole essencialmente democrática, caracterizado como direito subjetivo público, ante sua previsão no texto constitucional como direito fundamental, propondo-se perfazer as possibilidades democráticas de controle da fiscalização de constitucionalidade por meio deste instituto. Nesse sentido, buscar-se-á investigar a potencialidade da utilização do direito de petição como instrumento de efetivo acesso à justiça e de real democratização do debate constitucional jurisdicional e, portanto, da possibilidade de seu manejo junto às ações de fiscalização abstrata de constitucionalidade.

Procurar-se-á examinar o direito de petição como dimensão de *accountability* por apresentar-se como uma possibilidade democrática de controle do próprio controle de constitucionalidade. Para tal desiderato partir-se-á da constatação de que uma das maiores ou mais significativas conquistas na democracia contemporânea, e que vem tentando se fixar e desenvolver no Brasil, se refere ao conceito de transparência nas atividades públicas. A exigência e necessidade de prestação de contas sobre os assuntos de interesse público e relacionados às atividades desenvolvidas pelo Estado, no sentido de permitir que suas atividades sejam controladas pela própria sociedade civil, conforme proposto pelo que se compreende como *accountability*, termo inglês traduzido como fiscalização, responsabilização ou controle¹⁶, que se pretende compreender a possibilidade de utilização de tal instrumento junto ao controle de

¹⁶ ESPINOSA, Roberto Moreno. *Accountability*. In: CASTRO, Carmem Lúcia Freitas de; GONTIJO, Cynthia Rúbia Braga; AMABILE, Antônio Eduardo Noronha (Orgs.). **Dicionário de políticas públicas**. Barbacena: EdUEMG, 2012, p. 16.

constitucionalidade.

Pretender-se-á demonstrar, por meio do presente estudo, que os institutos acima referidos – o *amicus curiae*, a audiência pública jurisdicional e o direito de petição – a par da potencialidade inerente a cada um deles, bem como da inegável necessidade de desenvolvimento, apresentam uma proposta possível capaz de pluralizar o debate constitucional ao permitirem a participação democrática da sociedade na construção das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal.

Tal perspectiva respalda-se na racionalidade social exposta nas considerações realizadas por meio destes institutos que se relacionam de forma direta com a construção coerente de argumentos na arquitetura de melhores decisões, com vistas a atingir o ideal de abertura democrática ao diálogo a que se propõem, sobretudo quando se está diante de questões de relevada importância e influência direta na vida do cidadão. Por meio de tais instrumentos, procurar-se-á discutir mecanismos e racionalizar alternativas para que a própria sociedade exerça de forma direta, real e efetiva, o controle sobre o controle da constitucionalidade dos atos infraconstitucionais e assim garantir a supremacia da Constituição.

1. O *AMICUS CURIAE* COMO INSTRUMENTO DE ABERTURA À PARTICIPAÇÃO DEMOCRÁTICA NO CONTROLE ABSTRATO DE CONSTITUCIONALIDADE

Contemporaneamente tem-se verificado uma tendência à abertura do processo de controle abstrato de constitucionalidade à exposição de argumentos por parte de outras pessoas, além dos legitimados, à propositura da ação a demonstrar maior fluidez de comunicação no processo.

Tal abertura à comunicação demonstra verdadeira valorização ao princípio do contraditório, embora o controle abstrato de constitucionalidade caracterize-se como um processo objetivo¹⁷.

Como explica Clèmerson Merlin Clève, a ação de fiscalização abstrata de constitucionalidade é um processo objetivo onde não existe lide, nem partes no sentido próprio do termo, nem interesse subjetivo concreto na demanda, sua finalidade é “a defesa da ordem constitucional objetiva (interesse genérico de toda a coletividade)”¹⁸, ou seja, seu objetivo é garantir a própria supremacia da Constituição e a harmonia de todo o ordenamento jurídico.

A tentativa de abertura à comunicação, neste processo dito objetivo, materializa-se, a mais das vezes, por meio da permissão de manifestação pelo *amicus curiae*, que vem trazer novos argumentos relacionados com o fenômeno social objeto do processo constitucional em discussão.

A atuação do *amicus curiae*, como afirma Damares Medina, demonstra peculiar importância quando se vislumbra a possibilidade de que outras luzes possam ser lançadas sobre o processo de construção das decisões judiciais de forma a promover uma pluralização do debate constitucional¹⁹.

Segundo a autora, o surgimento de tal figura no âmbito do Supremo Tribunal Federal adveio como resposta à proibição de que terceiros interessados

¹⁷ “O ajuizamento de ação direta de inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal faz instaurar processo objetivo, sem partes, no qual inexistente litígio referente a situações concretas ou individuais” (STF, RDA, 193:242, 1993, Rcl nº 397, rel. Min. Celso de Mello).

¹⁸ CLÈVE, A *fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*, p. 142.

¹⁹ MEDINA, Damares. *Amicus Curiae: Amigo da Corte ou amigo da parte?* São Paulo: Saraiva, 2010, p. 76.

participassem do processo de controle abstrato de constitucionalidade²⁰, por tratar-se de processo objetivo no qual não existem partes nem litígio concreto a ser solucionado quanto à perseguição de determinado direito subjetivo. Em sentido diverso, nos Estados Unidos o *amicus curiae* se desenvolveu como contraponto ao sistema do *adversary system*²¹ próprio do *common law*²², na tentativa de que entes públicos intervissem em causas privadas cujos resultados pudessem influir sobre o sistema federativo norte-americano²³.

Historicamente a origem do instituto remonta a épocas mais antigas. Segundo parte da doutrina, em Roma as pessoas a quem competia aconselhar e auxiliar os juízes na solução de conflitos representam as primeiras aparições da figura dos *amici*²⁴. O *amicus curiae* teria surgido com o manifesto intuito de auxiliar o julgador no esclarecimento de questões de fato e de direito sem, contudo, demonstrar ou veicular qualquer interesse particular direto na solução da controvérsia²⁵.

²⁰ MEDINA, **Amicus Curiae**: Amigo da Corte ou amigo da parte? p. 76.

²¹ “Esse sistema caracteriza-se pela ‘*primazia reconhecida às partes não só na iniciativa de instaurar o processo e de fixar-lhe o objeto – traço comum à generalidade dos sistemas jurídicos ocidentais –, senão também na determinação da marcha do feito (e do respetivo ritmo) em suas etapas iniciais, e na colheita das provas em que se há de fundar o julgamento da causa*’. Havia, portanto, natural resistência à interferência de terceiros no processo, que se realizava sob a égide do princípio do ‘*trial by duel*’.” (grifos do original). DEL PRÁ, Carlos Gustavo Rodrigues. **Amicus Curiae**: Instrumento de participação democrática e de aperfeiçoamento da prestação jurisdicional. Curitiba: Editora Juruá, 2011, p. 26.

²² “(...) a corte tem se mostrado apta a utilizar o *amicus curiae* como ferramenta de superação das limitações do *adversary system*, que assegura ampla liberdade às partes do processo para conduzi-lo de acordo com as suas estratégias de defesa”. MEDINA, **Amicus Curiae**: Amigo da Corte ou amigo da parte? p. 43.

²³ “O surgimento do *amicus curiae* no Supremo teve um perfil distinto daquele ocorrido na Suprema Corte dos EUA, uma vez que eram os entes privados, originalmente não legitimados para agitar o controle concentrado de constitucionalidade, que buscavam o seu ingresso nos processos como amigos da corte. Na Suprema Corte, a figura do *amicus curiae* teve lugar como resposta à resistência do *adversary system* do *common law* à intervenção de terceiros estranhos às partes do processo. Os *amici* eram eminentemente representados por entes públicos, buscando influir nas disputas privadas que teriam repercussões na fixação dos contornos do sistema federalista”. MEDINA, **Amicus Curiae**: Amigo da Corte ou amigo da parte? p. 75.

²⁴ “Há quem situe a origem do instituto processual no Direito Romano, afirmando terem sido *amici* os advogados responsáveis por aconselhar e auxiliar os juízes na resolução de conflitos”. BISCH, Isabel da Cunha. **O amicus curiae, as tradições jurídicas e o controle de constitucionalidade**: um estudo comparado à luz das experiências americana, europeia e brasileira. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 18.

²⁵ “O traço original do *amicus curiae* ainda está presente em várias definições atuais, que o identificam como um terceiro que não possui um interesse direto na solução da controvérsia. Essa definição dialoga com as origens romanas do instituto, como consta no *Corpus Juris Secundum*, e ainda está presente na doutrina nacional e estrangeira”. MEDINA, **Amicus Curiae**: Amigo da Corte ou amigo da parte? p. 37.

Parte da doutrina, por sua vez, aponta o direito inglês como o berço do instituto do *amicus curiae*²⁶, para o qual a figura correspondia à pessoa a quem competia: a) auxiliar as Cortes apontando nos processos a ocorrência de erro manifesto; b) trazer informações constantes em precedentes judiciais de relevante consideração ao caso, e c) buscar precedentes não conhecidos pelo juiz²⁷ (função de “*oral Shepardizing*”)²⁸.

Em sua origem o *amicus* objetivava promover auxílio à Corte na busca de esclarecimentos sobre questões em debate, em uma atuação dotada de neutralidade com intuito meramente informacional²⁹. O desenvolvimento do instituto, no entanto, evoluiu para também representar interesses não representados em juízo pelas partes, passando a assumir uma posição de interesse e não apenas informativa.

O caso *Coxe vs. Phillips*³⁰, processado na Inglaterra em 1736, é apontado como o marco desta transição “da amizade para a advocacia”³¹, ao ter reunido a um só tempo na figura do *amicus* tanto o caráter neutro, de auxílio a Corte na busca da

²⁶ “De acordo com Elisabetta Silvestri, a origem do instituto do *amicus curiae* está no direito inglês, mais especificamente no penal inglês medieval. Foi de lá que o instituto passou para os demais países, sobretudo os Estados Unidos, local em que o instituto alcançou amplo desenvolvimento. Há, contudo, segundo informações da mesma autora, outra tese que entende localizar as mais remotas origens do *amicus* no direito romano”. BUENO, Cassio Scarpinella. **Amicus curiae no processo civil brasileiro: Um terceiro enigmático**. 2ªed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 87-88.

²⁷ Cf. BISCH, **O amicus curiae, as tradições jurídicas e o controle de constitucionalidade**, p. 19.

²⁸ “É comum, a respeito, falar que uma das primeiras funções desempenhadas pelo *amicus curiae* era de ‘*shepardizing*’. Essa palavra, empregada até hoje, significa a função de identificar os precedentes de cada caso, sua *ratio decidendi* e sua evolução”. BUENO, **Amicus curiae no processo civil brasileiro**, p. 140.

²⁹ Segundo Isabel da Cunha Bisch, uma das primeiras e relevantes intervenções de *amicus curiae* no direito inglês, apontado por Samuel Krislov, foi o julgado *The Protector vs. Geering*, de 1656, no qual o parlamentar inglês George Treby pronunciou-se perante o Tribunal quanto à importância e o significado do *statute* aprovado pelo Parlamento. BISCH, **O amicus curiae, as tradições jurídicas e o controle de constitucionalidade**, p. 20.

³⁰ “O *amicus curiae* (Sr. Muilman) ajudou a corte desvendando a verdadeira intenção das partes, que estavam em conluio, simulando um litígio para anular o estado civil do *amicus*. A Sra. Phillips havia se casado com o Sr. Muilman, contudo o casamento acabou sendo declarado nulo, ao descobrir-se que ela já havia sido casada e que seu primeiro marido continuava vivo. Passado um tempo, o Sr. Muilman voltou a se casar, para irritação da Sra. Phillips, que simulou um litígio apenas para prejudicá-lo. A intenção das partes foi desmascarada, o que redundou não apenas no encerramento da ação, mas na prisão das partes. Esse caso é paradigmático, pois reuniu pela primeira vez o duplo caráter do *amicus curiae*: neutro e parcial.” MEDINA, **Amicus Curiae: Amigo da Corte ou amigo da parte?** p. 38.

³¹ “Desde então, o amigo da corte vem se distanciando a passos largos do perfil imparcial que caracterizava a sua atuação na Roma antiga, tornando-se cada vez mais um amigo da parte”. MEDINA, **Amicus Curiae: Amigo da Corte ou amigo da parte?**, p. 38.

verdade, como também o caráter parcial, de preservação de interesses pessoais que eventualmente poderiam ser atingidos pelo processo.

Todavia, foi no direito norte-americano que o instituto sofreu maior evolução e também no qual transpôs de maneira marcante a forma inicial de neutralidade informacional para uma atuação mais ativa e interessada³². A primeira atuação formal do *amicus curiae* nos Estados Unidos se deu em 1821, no caso *Green vs. Biddle*, no qual o senador Henry Clay atuou como *friend of the Court*³³. Em 1854, no caso *Flórida vs. Geórgia*³⁴, a Suprema Corte norte-americana estabeleceu os parâmetros para participação do *amicus*, tornando seu ingresso uma prática amplamente aceita, porém não imune a severas críticas³⁵.

De um viés de origem neutra com intuito de acrescentar informações de ordem técnica ou de perspectiva diversa sobre o tema constitucional posto em discussão, ou ainda, sob o viés partidário, como representante de determinado grupo social cujos interesses podem ser atingidos pela decisão a ser proferida, a atuação do *amicus curiae* passou a agregar maior *expertise* aos processos de

³² “A caracterização do *amicus curiae* como um tipo específico de terceiro desinteressado não mais se justifica, haja vista a transformação do perfil neutro para o perfil partidário. Daí a ausência de preocupação da doutrina estrangeira na definição precisa de seus contornos e características, especialmente por ser um instrumento próprio do sistema do *common law*. A doutrina nos EUA tem se dedicado a identificar os efeitos e a influência que o *amicus curiae* pode exercer nos julgamentos.” MEDINA, **Amicus Curiae: Amigo da Corte ou amigo da parte?** p. 44.

³³ “Em *Green v. Biddle*, a Suprema Corte decidiu lide individual, declarando inconstitucional *statute* do Estado de Kentucky (que previa a indenização a possuidores de terras, caso proprietários não residentes recuperassem as mesmas), sem ouvir qualquer representante daquele ente federativo. Agindo sob instruções do Estado de Kentucky, o senador Henry Clay interveio no feito como *friend of the Court* e requereu nova audiência, o que lhe foi deferido, embora a lei defendida tenha sido julgada inválida.” BISCH, **O amicus curiae, as tradições jurídicas e o controle de constitucionalidade**, p. 49.

³⁴ “(...) um grande passo foi dado no caso Flórida vs. Geórgia (1854), no qual a Suprema Corte dos EUA viu-se forçada a articular alguns dos fatores envolvendo a participação do *amicus curiae*. Em vista da negativa de uma das partes em permitir o ingresso do *Attorney General of The United States* como *amicus curiae*, o *Chief Justice Taney* anotou que não haveria maiores problemas em atender ao pedido dos Estados Unidos de ser meramente ouvido. A dificuldade no caso advinha do fato de os Estados Unidos possuírem direto interesse na causa, o que levou o *Justice Curtis* a abrir uma divergência na qual ficou isolado na corte, que aceitou o ingresso do *amicus* tornando a prática, nessa modalidade, amplamente aceita desde então”. MEDINA, **Amicus Curiae: Amigo da Corte ou amigo da parte?** p. 54-55.

³⁵ Pontue-se os intensos debates na doutrina e jurisprudência norte-americana sobre a atuação e influência do *amicus curiae* sobre os julgamentos, inclusive com severas críticas a esse respeito e apontamento de consequências negativas sobre a utilização do instituto, no sentido de que sua atividade corresponde a *lobby* realizado em favor de uma das partes e em detrimento da outra, e de que importa em carga extra de trabalho a um judiciário já extremamente sobrecarregado. Cf. MEDINA, **Amicus Curiae: Amigo da Corte ou amigo da parte?**, p. 43-47 e p.53-74. BISCH, **O amicus curiae, as tradições jurídicas e o controle de constitucionalidade**, p. 49-77.

controle de constitucionalidade ao permitir o compartilhamento de uma variedade ampla de informações.

No Supremo Tribunal Federal brasileiro o instituto do *amicus curiae* somente foi incluído formalmente no controle abstrato de constitucionalidade em 1999 com a edição das Leis nº. 9.868 e nº 9.882. Tem-se notícia que anteriormente à edição das referidas leis, o Supremo Tribunal Federal já admitia de modo informal a participação dos *amici*, por meio da apresentação e juntada de memoriais.

Nesse sentido a decisão em agravo regimental, proferida em 1994, pelo Ministro Celso de Mello, na ADI nº 748, que admitiu a juntada de memorial e peças documentais pela Comissão de Constituição e Justiça da Assembleia Legislativa do Rio Grande do Sul, como colaborador informal do juízo³⁶.

Outrossim, a intervenção como *amicus curiae* aparece na legislação ordinária brasileira desde 1976, embora não de forma expressa³⁷, como se pode verificar da leitura do art. 31 da Lei nº 6.385/76³⁸, que prevê a intervenção da Comissão de Valores Mobiliários – CVM nos processos que tenham por objeto

³⁶ AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - INTERVENÇÃO ASSISTENCIAL - IMPOSSIBILIDADE - ATO JUDICIAL QUE DETERMINA A JUNTADA, POR LINHA, DE PEÇAS DOCUMENTAIS - DESPACHO DE MERO EXPEDIENTE - IRRECORRIBILIDADE - AGRÁVO 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 *coadjuvandum***. - Os despachos de mero expediente - como aqueles que ordenam juntada, por linha, de simples memorial expositivo -, por não se revestirem de qualquer conteúdo decisório, não são passíveis de impugnação mediante agravo regimental (CPC, art. 504). ADI nº 748 AgR/RS. Relator Min. Celso de Mello. Julg. 01/08/1994. DJ 18-11-1994. (Grifos acrescentados).

³⁷ Até a presente data não foi editada norma legal específica quanto à existência e regulamentação expressa da figura do *amicus curiae* com essa denominação. Várias fontes legislativas consignam circunstâncias apresentadas como formas de atuação do *amicus curiae*, embora não utilizem de forma expressa a denominação *amicus curiae*. Tem-se notícia que a expressão *amicus curiae* é utilizada nestes termos pelo § 1º, do art. 23, da Resolução nº 390 do Conselho da Justiça Federal, de 17 de setembro de 2004. Nesse sentido cf. BUENO, **Amicus Curiae no processo civil brasileiro**, p. 126.

³⁸ Art. 31, *caput*, da Lei nº 6.385/76. Nos processos judiciais que tenham por objeto matéria incluída na competência da Comissão de Valores Mobiliários - CVM, será esta sempre intimada para, querendo, oferecer parecer ou prestar esclarecimentos.

matéria de sua competência³⁹.

No mesmo sentido as intervenções: a) do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, prevista pelo art. 118, da Lei nº 12.529/2011⁴⁰ que revogou o art. 89 da Lei nº 8.884/1994⁴¹, porém mantendo a mesma redação; b) do Instituto Nacional de Propriedade Industrial – INPI prevista pelos arts. 57 e 175 da Lei nº 9.279/1996⁴²; c) da União Federal estabelecida pelo art. 5º da Lei nº 9.469/1997⁴³, e d) a manifestação de terceiros nos processos administrativos no âmbito da administração pública federal, prevista pelo art. 31 da Lei nº 9.784/1999⁴⁴.

Tais intervenções autorizadas pela legislação supracitada são apontadas pela doutrina como espécies ou possibilidades de intervenção dos referidos entes como *amicus curiae*. Carlos Gustavo Rodrigues Del Prá, no entanto, alerta para o fato de que a intervenção da CVM como *amicus curiae* não elimina uma possível atuação como assistente simples ou litisconsorcial, nos termos previstos pelos arts.

³⁹ “Houve, com efeito, nessa hipótese, uma previsão legislativa de intervenção de terceiro estranho à lide (Comissão de Valores Mobiliários), em razão de um interesse que o direito positivo elegeu como juridicamente relevante: possibilitar ao juízo obtenha as informações e os esclarecimentos que, pela própria formação média do magistrado, provavelmente escapariam à sua apreciação, tudo sempre com vistas a proporcionar uma solução segura e consciente da real abrangência e influência de seus efeitos sobre o mercado de valores. (...) Poder-se-ia dizer, dessa forma, que a figura do *amicus curiae*, em certa medida, já encontraria abrigo no direito positivo brasileiro desde então.” DEL PRÁ, **Amicus Curiae**, p. 58.

⁴⁰ Art. 118, Lei nº 12.529/2011. 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.

⁴¹ Art. 89, Lei nº 8.884/1994. 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.

⁴² Art. 57, Lei nº 9.279/1996. A ação de nulidade de patente será ajuizada no foro da Justiça Federal e o INPI, quando não for autor, intervirá no feito. Art. 175, Lei nº 9.279/1996. A ação de nulidade do registro será ajuizada no foro da Justiça Federal e o INPI, quando não for autor, intervirá no feito.

⁴³ Art. 5º, Lei nº 9.469/1997. A União poderá intervir nas causas em que figurarem, como autoras ou rés, autarquias, fundações públicas, sociedades de economia mista e empresas públicas federais. Parágrafo único. As pessoas jurídicas de direito público poderão, nas causas cuja decisão possa ter reflexos, ainda que indiretos, de natureza econômica, intervir, independentemente da demonstração de interesse jurídico, para esclarecer questões de fato e de direito, podendo juntar documentos e memoriais reputados úteis ao exame da matéria e, se for o caso, recorrer, hipótese em que, para fins de deslocamento de competência, serão consideradas partes.

⁴⁴ Art. 31, Lei nº 9.784/1999. Quando a matéria do processo envolver assunto de interesse geral, o órgão competente poderá, mediante despacho motivado, abrir período de consulta pública para manifestação de terceiros, antes da decisão do pedido, se não houver prejuízo para a parte interessada. § 1º A abertura da consulta pública será objeto de divulgação pelos meios oficiais, a fim de que pessoas físicas ou jurídicas possam examinar os autos, fixando-se prazo para oferecimento de alegações escritas. § 2º O comparecimento à consulta pública não confere, por si, a condição de interessado do processo, mas confere o direito de obter da Administração resposta fundamentada, que poderá ser comum a todas as alegações substancialmente iguais.

50 e 54 do CPC⁴⁵, assim como ao CADE é assegurada a possibilidade de ingressar como assistente litisconsorcial⁴⁶, de modo que somente a análise do interesse específico envolvido na demanda determinará se a intervenção prevista pelo regramento acima referido será hipótese de *amicus curiae* ou de modalidade clássica de intervenção de terceiros, prevista no Código de Processo Civil.

Em decisão monocrática proferida nos autos da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.130/SC, o Ministro Celso de Mello também apresentou entendimento no sentido de que o instituto do *amicus curiae* já se faz presente no ordenamento jurídico brasileiro desde 1976, ante a permissão trazida pela Lei nº 6.385/76 de que a Comissão de Valores Mobiliários – CVM pode intervir nos processos que tratem sobre matéria de sua competência, conforme anteriormente referido, salientando a ação inovadora da Lei nº 9.868/1999 quanto à admissão do instituto em sede de controle abstrato de constitucionalidade⁴⁷.

Segundo Carlos Gustavo Rodrigues Del Prá, somente com a veiculação em sede de controle de constitucionalidade o *amicus curiae* passou a ser considerado como instrumento de participação democrática. Até então sua atuação correspondia a mais uma possibilidade de auxílio, no sentido técnico-processual, em favor do Tribunal, “o auxílio das informações trazidas pela CVM, pelo CADE e pelo INPI possibilita ao juiz obter melhor desempenho na construção da decisão, e a essa função restringia-se a atividade do *amicus curiae* até então”⁴⁸.

É a partir de sua admissão no sistema de fiscalização abstrata de constitucionalidade que o instituto do *amicus curiae* será estudado nas seções a seguir delineadas. Procurar-se-á, nesse contexto, questionar se o procedimento adotado pelo Supremo Tribunal Federal para sua admissão como terceiro não

⁴⁵ DEL PRÁ, **Amicus Curiae**, p. 60.

⁴⁶ DEL PRÁ, **Amicus Curiae**, p. 65.

⁴⁷ “É certo que, embora inovadora em tema de controle abstrato de constitucionalidade (que faz instaurar processo de natureza marcadamente objetiva), **a disciplina legal pertinente ao ingresso formal do *amicus curiae* já se achava contemplada, desde 1976, no art. 31 da Lei nº 6.385, de 07/12/76, que permite a intervenção da Comissão de Valores Mobiliários (CVM) em processos judiciais de caráter meramente subjetivo, nos quais se discutam questões de direito societário, sujeitas, no plano administrativo, à competência dessa entidade autárquica federal. Cabe registrar, por necessário, que 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”.** (grifos acrescentados). ADI nº 2.130 MC/SC. Relator Ministro Celso de Mello. Julg. 20.12.2000. DJ 02.02.2001.

⁴⁸ DEL PRÁ, **Amicus Curiae**, p. 71.

proponente da demanda o referencia como instrumento de abertura à participação democrática, de pluralização do debate constitucional e como correspondente dialógico à sociedade aberta de intérpretes. Posteriormente, examinar-se-ão as regras estabelecidas para sua intervenção, como a exigência da comprovação da representatividade, para perquirir a viabilidade democrática da intervenção dos *amici*, para então discutir se esta modalidade de participação compõe um elemento agregador às decisões tomadas em sede de controle abstrato de constitucionalidade.

1.1 A intervenção do *Amicus Curiae* como terceiro não proponente da demanda e correspondente dialógico à sociedade aberta de intérpretes

Como anteriormente aduzido, o instituto do *amicus curiae* somente foi incluído formalmente no controle abstrato de constitucionalidade pelas Leis nº. 9.868 e 9.882, ambas de 1999. Ocorre que, a Lei nº 9.868/1999, que trata do processamento das Ações Direta de Inconstitucionalidade – ADI e Declaratória de Constitucionalidade – ADC, no *caput* de seu art. 7º não admite de maneira geral a intervenção de terceiros⁴⁹, porém passa a aceitar manifestações de entes que não participam originariamente do processo nos seus parágrafos e artigos subsequentes como se pode observar da redação do § 2º, segundo o qual, a critério do relator da ação, se possibilitará a manifestação de outros órgãos ou entidades, considerada a relevância da matéria e a representatividade dos requerentes⁵⁰. No mesmo sentido a

⁴⁹ Nem mesmo a assistência a qualquer das partes é admitida, veja-se a redação do art. 169, § 1º do Regimento Interno do STF.

⁵⁰ Art. 7º, § 2º. O relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, poderá, por despacho irrecorrível, admitir, observado o prazo fixado no parágrafo anterior, a manifestação de outros órgãos ou entidades.

redação do § 1º, do art. 9º e § 1º, do art. 20, ambos da Lei nº 9.868/99⁵¹, bem como dos §§ 1º e 2º, do art. 6º da Lei nº 9.882/99⁵², ao prescreverem a possibilidade de lançamento de outros e novos argumentos às ações de controle de constitucionalidade.

A atuação do *amicus curiae* como terceiro interveniente no controle abstrato de constitucionalidade é admitida sob uma perspectiva diversa das tradicionais figuras de terceiros intervenientes previstas no processo civil (como a assistência, o litisconsórcio, a nomeação à autoria, a oposição, a denúncia da lide, o chamamento ao processo, o recurso do terceiro prejudicado, o concurso de credores e os embargos de terceiro). Sua intervenção não se justifica unicamente pelo interesse subjetivo próprio do requerente na demanda, como exigem as clássicas figuras de intervenção de terceiros nos processos individuais, mas, sobretudo, a partir da possibilidade de abertura procedimental ao debate com vistas a uma maior aproximação do Supremo Tribunal Federal com a sociedade. Para Gilmar Mendes a positivação da figura do *amicus curiae* constitui “providência que confere caráter pluralista ao processo objetivo de controle de constitucionalidade”⁵³, subsidiando a decisão com novos argumentos e alternativas outras para a melhor solução do processo.

Segundo Damares Medina, a intervenção do *amicus curiae*, em um processo no qual ele não é parte, pretende “oferecer à corte sua perspectiva acerca da questão constitucional controvertida, informações técnicas acerca de questões complexas cujo domínio ultrapasse o campo legal ou, ainda, defender os interesses dos grupos por ele representados, no caso de serem direta ou indiretamente,

⁵¹ Art. 9º, § 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. Art. 20, § 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.

⁵² Art. 6º, § 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. § 2º. Poderão ser autorizadas, a critério do relator, sustentação oral e juntada de memoriais, por requerimento dos interessados no processo.

⁵³ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 1124.

afetados pela decisão a ser tomada”⁵⁴.

Cassio Scarpinella Bueno compreende o *amicus curiae* como um “especial terceiro interessado”, cuja intervenção espontânea ou provocada objetiva aprimorar o debate judicial trazendo a lume os valores e questionamentos presentes na sociedade e no Estado dando maior pluralidade e legitimidade às decisões judiciais⁵⁵.

No mesmo sentido, Gustavo Binenbojm aduz que o *amicus curiae*, mais do que um colaborador informal do juízo, integra a relação processual como um “terceiro especial”⁵⁶.

Na visão de Edgard Silveira Bueno Filho a intervenção do *amicus curiae* possui a forma de assistência qualificada, na medida em que além de demonstrar interesse legítimo também impõe o dever de comprovar a representatividade do interveniente⁵⁷.

Michele Franco Rosa, por sua vez, afirma que o *amicus curiae* não pode ser considerado como mero terceiro interveniente, segundo sua ótica, o *amicus* possui natureza de auxiliar do juízo, na medida em que não precisa comprovar a principal característica presente nas demais formas de intervenção de terceiros, concernente à existência de interesse jurídico para ingressar no processo, visto que sua função cinge-se à busca da pluralização, aprimoramento e democratização das decisões judiciais nos processos de controle de constitucionalidade⁵⁸.

Antonio do Passo Cabral ressalta que o *amicus curiae* possui características próprias que o individualiza perante as tradicionais formas de intervenção de terceiros, previstas no processo civil. Por tratar-se de intervenção atípica caracteriza-

⁵⁴ MEDINA, **Amicus Curiae**. Amigo da corte ou amigo da parte? p.17.

⁵⁵ BUENO, Cassio Scarpinella. *Amicus Curiae: Uma homenagem a Athos Gusmão Carneiro*, p. 163. In: JR DIDDIER, Fredie; et al. **O terceiro no processo civil brasileiro e assuntos correlatos**: Estudos em homenagem ao professor Athos Gusmão Carneiro. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 160-167.

⁵⁶ BINENBOJM, Gustavo. A dimensão do *amicus curiae* no processo constitucional brasileiro: Requisitos, poderes processuais e aplicabilidade no âmbito estadual. **A & C Revista de Direito Administrativo e Constitucional**. Belo Horizonte, ano 5, nº 19, p. 73-95, jan./mar. 2005, p. 87.

⁵⁷ BUENO FILHO, Edgard Silveira. *Amicus Curiae: A democratização do debate nos processos de controle de constitucionalidade*. **Revista CEJ**. Brasília, v. 6, nº 19, p. 85-96, out./dez. 2002, p. 88.

⁵⁸ ROSA, Michele Franco. A atuação do *amicus curiae* no controle concentrado de constitucionalidade. **Revista da AGU**. [S.l.], v. 9, nº. 23, p. 249-276, jan./mar. 2010, p. 253 e 274.

se por ser um “terceiro *sui generis* ou terceiro especial, de natureza excepcional”⁵⁹.

Para Teresa Arruda Alvim Wambier e José Miguel Garcia Medina o *amicus curiae* somente é chamado de terceiro em razão de não ser parte, mas “por tudo e em tudo se diferencia dos terceiros tradicionais”⁶⁰, na medida em que “representa um canal para que o juiz tenha ciência dos fatos, valores, interesses da sociedade ou de determinada categoria, a que a decisão inexoravelmente afetará”⁶¹.

Em concepção mais adequada à atuação que o *amicus curiae* se propõe, talvez esteja pensá-lo como um especial terceiro interveniente, cujas características próprias de ação diferenciam-no das demais modalidades de intervenção previstas no processo civil brasileiro, na medida em que a referida intervenção, perante as ações de controle abstrato de constitucionalidade, objetiva fundamentalmente que as múltiplas vozes que compõe o tecido social sejam ouvidas, instruindo-se o caderno processual de amplo conjunto informativo.

O Supremo Tribunal Federal vem aceitando a atuação do *amicus curiae* como instrumento de pluralização e de legitimação do debate constitucional⁶² capaz de trazer à Corte uma diversidade maior de elementos e informações para a melhor resolução da controvérsia objeto da ação constitucional. Nesse sentido, salientou o Ministro Celso de Mello no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.031, aduzindo que a admissão dos *amici* confere maior legitimidade e efetividade às decisões do Supremo Tribunal Federal, ressaltando ainda, que tal intervenção,

valorizará, sob uma perspectiva eminentemente pluralística, o sentido essencialmente democrático dessa participação processual, enriquecida pelos elementos de informação e pelo acervo de experiências que esse mesmo *amicus curiae* poderá transmitir à Corte Constitucional, notadamente em um processo – como o de controle abstrato de constitucionalidade – cujas implicações políticas, sociais, econômicas, jurídicas e culturais são de irrecusável importância e inquestionável significação⁶³.

A atuação do *amicus curiae*, como se pode notar, advém da peculiar

⁵⁹ CABRAL, Antonio do Passo. Pelas asas de Hermes: A intervenção do *amicus curiae*, um terceiro especial. **Revista de Processo**. São Paulo, v. 29, nº. 117, p. 9-41, set./out. 2004, p.17.

⁶⁰ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. *Amicus Curiae*, p. 494. In: JR DIDDIER, Fredie; et al. **O terceiro no processo civil brasileiro e assuntos correlatos**: Estudos em homenagem ao professor Athos Gusmão Carneiro. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 487-497.

⁶¹ WAMBIER; MEDINA, *Amicus Curiae*, p. 494.

⁶² ADI nº 2.321, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 25.10.2000, Plenário, DJ de 10.6.2005. No mesmo sentido: ADI nº 3.345, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 25.8.2005, Plenário, DJ de 20.8.2010.

⁶³ ADI nº 2.130. Rel. Ministro Celso de Mello. Julg. 03.10.2001. DJ de 14.12.2001.

característica, presente nas ações de controle abstrato de constitucionalidade, de que seus efeitos geram uma grande onda reflexiva que atinge toda a sociedade.

Os temas articulados nas ações de controle abstrato não podem ser resolvidos apenas no âmbito da atuação restrita aos legitimados para proposição das referidas ações, pois sua universalidade exige um olhar não apenas contemplativo da sociedade; ao contrário permite e exige pró-atividade no efetivo exercício democrático-participativo e, nesse sentido, a figura do *amicus curiae* possui especial importância, por autorizar e possibilitar substancialmente esta participação.

Mais do que um terceiro interveniente, em razão de não compor as partes do processo ou de instrumento de veiculação de posicionamento pessoal, o proceder do *amicus curiae* possui como primado a demonstração de circunstâncias teóricas, históricas, pragmáticas e também políticas de interesse da sociedade. A sua atuação expressa as vozes dos grupos sociais com o objetivo de contribuir para a formulação e justificação da decisão a ser proferida, visto que tais decisões reflexivamente trazem consequências que afetam parte ou integralidade da composição de um direito de todos.

Nesse sentido, representa uma abertura para o acesso ao Tribunal Constitucional, ao permitir a introdução da realidade do ser social à esfera jurídica. Notadamente, se espera da Corte Constitucional, ao examinar uma ação de controle abstrato de constitucionalidade, um agir pautado na proteção e efetividade dos direitos fundamentais, sem desconsiderar a preocupação com as ondas reflexivas que referidas decisões podem gerar ao ordenamento e a toda sociedade brasileira. Circunstância que torna imperiosa uma maior aproximação com a sociedade, potencialmente realizada pela atuação do *amicus curiae*.

Da condição de interessar a toda sociedade, sejam pessoas individualmente consideradas sejam grupos sociais, o deslinde das questões constitucionais demanda uma abertura procedimental que importe em ampliação do ângulo de visada e de compreensão de julgador, no sentido proposto por Peter Häberle de uma sociedade aberta ou pluralista de intérpretes em que todo aquele que vive a

Constituição também é um de seus legítimos intérpretes⁶⁴, buscando ampliar uma teoria de interpretação constitucional demasiadamente cerrada⁶⁵.

Assim, propondo democratizar a interpretação constitucional, Häberle amplia o círculo de intérpretes da constituição ao argumento de que se faz necessário integrar a realidade ao processo de interpretação, de tal forma que interpretar um ato normativo corresponda a colocá-lo no tempo ou a integrá-lo à realidade pública⁶⁶, visto que, “a legitimação fundamental das forças pluralistas da sociedade para participar da interpretação constitucional reside no fato de que essas forças representam um pedaço da publicidade e da realidade da Constituição”⁶⁷.

Segundo Häberle, este processo de interpretação constitucional faz parte do direito de participação democrática⁶⁸ que permeia todo o texto constitucional. A intervenção do *amicus curiae*, nesse sentido, potencialmente amplia o leque de intérpretes da Constituição, permitindo maior participação democrática da sociedade e maior aproximação dos Poderes constituídos com esta, possibilitando maior conhecimento sobre a realidade fática em cotejo com os direitos assegurados à população, nos moldes da redemocratização da interpretação constitucional.

A Constituição além de apresentar-se como espelho do espaço público e da realidade, também representa fonte de luz quando ilumina as forças sociais que constituem parte desta mesma realidade a interagir no espaço público constitucional⁶⁹.

⁶⁴ HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional**. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1997, p. 15.

⁶⁵ “*La teoría de la interpretación constitucional estaba demasiado centrada en la ‘sociedad cerrada’ de los intérpretes jurídicos de la Constitución, y su ángulo de visión se estrechaba todavía más, porque observaba primordialmente la interpretación por el juez constitucional y el procedimiento formalizado*”. HÄBERLE, Peter. **El Estado constitucional**. Ciudad de Bueno Aires: Editorial Astrea, 2007, p. 263.

⁶⁶ HÄBERLE, **Hermenêutica constitucional**, p. 30.

⁶⁷ HÄBERLE, **Hermenêutica constitucional**, p. 33.

⁶⁸ “Povo não é apenas um referencial quantitativo que se manifesta no dia da eleição e que, enquanto tal, confere legitimidade democrática ao processo de decisão. Povo é também um elemento pluralista para a interpretação que se faz presente de forma legitimadora no processo constitucional: como partido político, como opinião científica, como grupo de interesse, como cidadão. A sua competência objetiva para a interpretação constitucional é um direito da cidadania (...)”. HÄBERLE, **Hermenêutica constitucional**, p. 37.

⁶⁹ “*Pensado desde la realidad y el espacio público constituidos en los que el ‘pueblo’ actúa de diversos modos, de manera difusa en el punto de partida, pero ‘concertadamente’ en el punto final, todas las fuerzas relevantes poseen también de hecho relevancia teórica para la interpretación constitucional. (...) La Constitución es, en el sentido, espejo del espacio público y de la realidad. Pero no es sólo espejo, sino también fuente de luz, si se nos permite esta comparación más bien plástica. Tiene función orientadora*”. HÄBERLE, **El Estado constitucional**, p. 272-273.

Nesse sentido, Inocêncio Mártires Coelho explica que, maior será a legitimidade dos resultados provenientes da atividade interpretativa dos tribunais quanto maior for sua capacidade de “auscultar e compreender os anseios sociais”⁷⁰. Conforme afirma,

no contexto de um Estado de direito, que se pretende democrático e social, torna-se imperioso que a *leitura* da Constituição se faça *em voz alta e à luz do dia*, no âmbito de um processo verdadeiramente público e republicano, pelos diversos atores da cena institucional – agentes políticos ou não – porque, ao fim e ao cabo, todos os membros da sociedade política *fundamentam na Constituição, de forma direta e imediata, os seus direitos e deveres*.⁷¹ (grifos do original).

A intervenção do *amicus curiae* representa esta abertura à sociedade para que também participe de forma ativa na interpretação constitucional desenvolvida em sede de controle abstrato de constitucionalidade⁷². Sua atuação permite a apresentação dos mais diversos posicionamentos que formam uma sociedade complexa e plural, buscando uma melhor racionalização das demandas⁷³.

A causa que impulsiona a intervenção do *amicus curiae*, na visão de Cassio Scarpinella Bueno, é a circunstância de ser “legítimo portador de um interesse institucional”⁷⁴, compreendido como o interesse que não é apenas individual ou de um grupo específico, mas que congrega interesses coletivos e até mesmo difusos, apresentando-se como “adequado portador das vozes da sociedade e do próprio Estado que, sem sua intervenção, não seriam ouvidas ou se o fossem o seriam de maneira insuficiente pelo juiz”⁷⁵.

O instituto do *amicus curiae* se coaduna nesse sentido com a proposta de

⁷⁰ COELHO, Inocêncio Mártires. As ideias de Peter Häberle e a abertura da interpretação constitucional no direito brasileiro. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, ano 35, n. 137, p. 157-164, jan./mar. 1998, p. 259.

⁷¹ COELHO, **As ideias de Peter Häberle e a abertura da interpretação constitucional no direito brasileiro**, p. 158.

⁷² Nesse sentido, Paulo Maycon Costa da Silva afirma que “o amigo do tribunal (*amicus curiae*), sob o ângulo teórico, funda-se exatamente na proposta de Häberle, pertinente a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição”. SILVA, Paulo Maycon Costa. Do *amicus curiae* ao método da sociedade aberta de intérpretes. **Revista CEJ**. Brasília, ano XII, n. 43, p. 22-30, out./dez. 2008, p. 24.

⁷³ “a presença do *amicus curiae* no processo de controle de constitucionalidade, não apenas se reitera a impessoalidade da *questão constitucional*, como também se evidencia que o deslinde desse tipo de controvérsia interessa *objetivamente* a todos os indivíduos e grupos sociais, até porque ao *esclarecer* o sentido da Carta Política, as Cortes Constitucionais, de certa maneira, acabam *reescrevendo* as constituições”. (grifos do original). COELHO, **As ideias de Peter Häberle e a abertura da interpretação constitucional no direito brasileiro**, p. 163.

⁷⁴ BUENO, **Amicus Curiae: Uma homenagem a Athos Gusmão Carneiro**, p. 161.

⁷⁵ BUENO, **Amicus Curiae: Uma homenagem a Athos Gusmão Carneiro**, p. 161.

Häberle de ampliação e aperfeiçoamento dos instrumentos de informação dos juízes constitucionais por meio da criação de possibilidades de participação no processo democrático⁷⁶.

Segundo a redação do § 2º, do art. 7º, da Lei nº 9.868/99 estão habilitados a intervir como *amicus curiae*, a critério do relator, outros órgãos ou entidades dotados de representatividade. Para Cassio Scarpinella Bueno os atores sociais que podem efetivamente agir nesta qualidade e levar legitimamente os clamores da sociedade ao Supremo Tribunal Federal são os entes que demonstram o referido “interesse institucional”⁷⁷ de molde a comprovar a representatividade exigida pela lei.

O *amicus curiae* se caracteriza por ser um especial terceiro interveniente, na medida em que não é parte do processo, porém com feições próprias e finalidade específica. Possibilita através de sua atuação que informações outras, novos argumentos, ângulos de visada diversos sobre o mesmo tema, valores e anseios da sociedade ou de grupos sociais que a compõe, sejam legitimamente levados, e com êxito, ao conhecimento do Tribunal, contribuindo para a construção de melhores decisões por meio da ampliação do debate democrático.

Sua potencialidade como instrumento de ampliação do debate democrático mostra-se inequívoca, contudo, se faz necessário examinar em que contexto a intervenção do *amicus curiae* vem sendo admitida pelo Supremo Tribunal Federal, para verificar a realização efetiva desta potencialidade. Para tanto, examinar-se-á, no próximo subtítulo, o conteúdo das regras aplicáveis ao instituto no que tange à admissão de sua intervenção nos processos de controle abstrato de constitucionalidade, especificamente no que concerne à exigência da comprovação da representatividade para o ingresso dos pretensos *amici* ao processo.

⁷⁶ “Devem ser desenvolvidas novas formas de participação das potências públicas pluralistas enquanto intérpretes em sentido amplo da Constituição. O direito processual constitucional torna-se parte do direito de participação democrática. A interpretação constitucional realizada pelos juízes pode-se tornar, correspondentemente, mais elástica e ampliativa (...)”. HÄBERLE, **Hermenêutica constitucional**, p. 47-48.

⁷⁷ BUENO, **Amicus Curiae**: Uma homenagem a Athos Gusmão Carneiro, p. 161.

1.2 A exigência da representatividade para atuação como *Amicus Curiae* e a efetiva pluralização do debate constitucional.

A intervenção do *amicus curiae* nos processos de controle abstrato de constitucionalidade somente será deferida quando comprovado que o postulante possui representatividade para ingressar ao processo, a teor do disposto no § 2º, do art. 7º, da Lei nº 9.868/99.

A discussão quanto à viabilidade de se exigir a comprovação de um requisito para o ingresso no processo constitucional como amigo da corte se faz importante ante a justificativa referenciada pelo próprio Supremo Tribunal Federal no sentido de que a intervenção do *amicus* funciona como “fator de legitimação social das decisões do Tribunal”⁷⁸, por permitir uma maior participação da sociedade.

Instituir um requisito absoluto à intervenção do *amicus*, ao contrário da afirmativa tecida pelo Supremo Tribunal Federal, pode acabar por estabelecer uma restrição e/ou limitação à efetiva participação da sociedade no processo de controle de constitucionalidade, inviabilizando o fator de legitimação social às decisões, almejado pela Corte.

A doutrina e jurisprudência estudadas demonstram preocupação com as consequências que a exigência da representatividade possa causar, no sentido de se identificar quem de fato pode conduzir, legitimamente, os clamores da sociedade ao Tribunal Constitucional. Qual ente ou pessoa possui a capacidade de se apresentar como legítimo portador de interesses que pertencem a toda a sociedade, a serem defendidos e tutelados no âmbito judicial⁷⁹ em um processo do qual não faz parte, mas cuja decisão gerará reflexos em face de todos, com efeitos maiores ou menores para determinados grupos sociais.

Daí a atenção da doutrina em estabelecer um referencial que possa se

⁷⁸ ADI nº 2.130/SC. Rel. Min. Celso de Mello. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/diarioJustica/verDiarioProcesso.asp?numDj=24&dataPublicacaoDj=02/02/2001&incidente=3727269&codCapitulo=6&numMateria=2&codMateria=2> Acesso em: 05.03.2013.

⁷⁹ Esta preocupação é esboçada por Cassio Scarpinella Bueno, para quem o desafio do processualista está em “verificar em que condições um ‘terceiro’ pode pretender ingressar em processo alheio não para a tutela de um direito ‘seu’ no sentido tradicional do termo, mas um direito que pertence a todo um segmento da sociedade e que ele, por alguma razão, apresenta-se como legítimo portador no plano do direito material e, conseqüentemente, como aspirante a tutelá-lo adequada e suficientemente também em juízo”. BUENO, **Amicus Curiae no processo civil brasileiro**, p. 501.

mostrar seguro a respeito do instituto⁸⁰. Nos moldes de tal referencial estará apto a ingressar como *amicus curiae*, (segundo redação do § 2º, do art. 7º, da Lei nº 9.868/99), órgão ou entidade dotado de interesse institucional que o legitime para promover o diálogo entre o Tribunal e a sociedade, com vistas a atingir os fins a que se propõe. Comprovando, portanto, sua representatividade.

Cassio Scarpinella Bueno explica que a representatividade exigida pela lei estará presente em “toda aquela pessoa, grupo de pessoas ou entidade, de direito público ou de direito privado, que conseguir demonstrar que tem um específico *interesse institucional* na causa e, justamente em função disso, tem condições de contribuir para o debate da matéria, fornecendo elementos ou informações úteis e necessárias para o proferimento de melhor decisão jurisdicional”⁸¹.

De acordo com o autor, meros interesses corporativos não são suficientes para comprovar a representatividade e autorizar a intervenção na qualidade de *amicus curiae*, é preciso que subsista interesse decorrente das finalidades institucionais do requerente que o caracterizem como legítimo representante de um grupo de pessoas ou de um grupo de interesses, não bastando a apresentação de interesse próprio, como ocorre com as tradicionais figuras de terceiros intervenientes⁸².

Notadamente, os legitimados à propositura da ação direta de constitucionalidade, expressamente elencados no rol do art. 103 da CF/88⁸³ e no art. 2º da Lei nº 9.868/99, possuem legitimidade para intervir como *amicus curiae*, desde que à vista da representatividade e da relevância da matéria, sejam merecedores de apresentar seus argumentos ao processo, conforme entendimento reiterado pelo Supremo Tribunal Federal⁸⁴.

⁸⁰ BUENO, **Amicus Curiae no processo civil brasileiro**, p. 145.

⁸¹ BUENO, **Amicus Curiae no processo civil brasileiro**, p.147. (grifos do original)

⁸² BUENO, **Amicus Curiae no processo civil brasileiro**, p. 147.

⁸³ Art. 103, CF/88. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade: I - o Presidente da República; II - a Mesa do Senado Federal; III - a Mesa da Câmara dos Deputados; IV - a Mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; V - o Governador de Estado ou do Distrito Federal; VI - o Procurador-Geral da República; VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; VIII - partido político com representação no Congresso Nacional; IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

⁸⁴ Para a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal mesmo para os legitimados ativos à propositura das ações diretas de inconstitucionalidade, eventual participação como *amicus curiae*, depende de comprovação da representatividade. Neste sentido a decisão: “Admito na condição de ‘*amicus curiae*’, o Partido Socialista Brasileiro – PSB (fls. 305), eis que se acham atendidas, na

Para Gustavo Binbenbojm, o § 2º, do art. 7º, da Lei 9.868/99, permite que outros órgãos ou entidades, em face da relevância da matéria objeto da ação e por sua notória representatividade, apresentem sua manifestação no processo de controle de constitucionalidade. Segundo sua perspectiva,

na análise do binômio *relevância-representatividade*, deverá o relator levar em conta a magnitude dos efeitos da decisão a ser proferida nos setores diretamente afetados ou para a sociedade como um todo, bem como se o órgão ou entidade postulante congrega dentre seus afiliados porção significativa (quantitativa ou qualitativamente) dos membros do(s) grupo(s) social(is) afetado(s)⁸⁵.

Em sentido diverso Antônio do Passo Cabral afirma ser desnecessária a exigência da representatividade porque a intervenção do *amicus curiae* não configura hipótese de substituição processual. Explica o autor, que o *amicus curiae* não age em nome próprio em defesa de direito alheio, de tal sorte que não existe o risco de representação inadequada, sendo desnecessário o exame do requisito da representatividade, embora exista expressa previsão legal neste sentido⁸⁶.

Conforme se verifica a representatividade exigida pela lei busca identificar no pretense *amicus curiae* um interesse maior, que transcenda interesses individuais ou corporativos, a capacitar este agente a apresentar-se como legítimo portador de interesses que pertencem a toda a sociedade ou a determinados grupos sociais.

Em que se pondere entendimento diverso, considera-se que a fixação de um requisito absoluto, mas de definição fluída, cuja significação depende unicamente de entendimento do relator sobre como se caracteriza esta representatividade⁸⁷, acaba por desvirtuar o caráter democrático do instituto e de pluralização do debate constitucional.

Ressalte-se o entendimento diverso apresentado por Damares Medina, no

espécie, as condições fixadas no art. 7º, § 2º, da Lei nº 9.868/99.” ADI nº 3.345. Ministro-Relator Celso de Mello.

⁸⁵ BINENBOJM, **A dimensão do *amicus curiae* no processo constitucional brasileiro**, p. 83.

⁸⁶ CABRAL, **Pelas asas de Hermes: A intervenção do *amicus curiae*, um terceiro especial**, p. 21.

⁸⁷ Na leitura de Aline Lisbôa, uma seleção arbitrária por parte do Tribunal das pessoas que podem ou não atuar como *amici* não deve ser considerada democrática, ao contrário, “trata-se de uma leitura restritiva do conceito de participação social”. Tal forma de implementação do instituto do *amicus curiae* não conduz ao ideal de pluralizar o debate e de conferir legitimidade às decisões. Segundo aduz, “receber os pontos de vista da sociedade de forma seccionada, eventual e opaca não efetiva uma participação plural e legítima”. LISBÔA, Aline. **Participação social no controle de constitucionalidade**. A propositura de ações diretas, o *amicus curiae* e as audiências públicas. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2013, p. 143.

sentido de que o caráter democrático não é pressuposto da intervenção do *amicus curiae*. Segundo sua perspectiva, a atuação do *amicus* está vinculada somente ao campo da pluralização do debate constitucional e não de democratização, porque não existe direito subjetivo ao seu ingresso no processo de controle de constitucionalidade, posto que sua intervenção sempre dependerá de decisão discricionária do juiz⁸⁸.

A concepção de que o aceite da intervenção do *amicus curiae* depende exclusivamente da discricionariedade do julgador, nas hipóteses em que este considerar útil e oportuno, traduz leitura restritiva ao instituto⁸⁹. Ainda mais, quando o próprio Supremo Tribunal Federal exalta o caráter democrático da participação do *amicus curiae*.

A intervenção do *amicus curiae*, a rigor do caráter plural e democrático de sua atuação, deve potencialmente abrir passo a todos quantos forem os interessados a participar, tendo em vista a finalidade do instituto correspondente à abertura para participação da sociedade para proporcionar a ampliação do debate nos processos de controle abstrato, nos termos de uma sociedade aberta de intérpretes anteriormente referenciada.

Em uma visão mais ampla, Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery afirmam que o relator poderá admitir como *amicus curiae* “qualquer pessoa física, jurídica, professor de direito, cientista, órgão ou entidade”⁹⁰. Ressalvam, todavia, a necessidade de ser demonstrada “respeitabilidade, reconhecimento científico ou representatividade para opinar sobre a matéria objeto da questão constitucional”⁹¹.

Edgard Silveira Bueno Filho pontua que “haverá sempre outras entidades de notória representatividade que, por isso, serão facilmente admitidas ao debate,

⁸⁸ “O pressuposto democrático não é componente fundante da atuação do *amicus curiae*, na medida em que será o juízo discricionário do relator do processo que decidirá, em decisão irrecorrível, acerca de sua participação na jurisdição constitucional. Por isso, o ingresso do terceiro interessado, quando graciosamente deferido pelo juiz, promove a pluralização da jurisdição constitucional”. MEDINA, **Amicus Curiae: Amigo da corte ou amigo da parte?** p. 40.

⁸⁹ Nesse sentido, aduz Aline Lisbôa: “da análise de decisões que deferiram ou indeferiram pedidos de intervenção como *amicus curiae*, é possível identificar que o Supremo Tribunal Federal tem interpretado a expressão ‘a critério do relator’ como uma permissão para que o Tribunal decida sem a apresentação de fundamentos ou critérios – ao arrepio do disposto no artigo 93, IX, da CF”. LISBÔA, **Participação social no controle de constitucionalidade**, p. 138.

⁹⁰ NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de processo civil comentado**. 9ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 670.

⁹¹ NERY JÚNIOR; NERY, **Código de processo civil comentado**, p. 670.

dependendo apenas do tema discutido”⁹². Segundo aduz, “é o caso das associações de magistrados, de advogados, de outros profissionais liberais, de empresários, de defensores de direitos humanos, de consumidores, do meio ambiente etc., quando o ato normativo questionado tiver relação com a atividade por eles desenvolvida”⁹³.

Pode-se verificar das decisões do Supremo Tribunal Federal que considerações relativas aos interesses do postulante a *amicus* são contumazes para avaliação do pedido de ingresso ao processo. Nesse sentido, a decisão do Ministro Joaquim Barbosa na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.311 que indeferiu o ingresso do Sindicato dos Médicos do Distrito Federal como *amicus curiae*, ao argumento de que a simples manifestação de interesse não é suficiente para ingressar no feito, sendo necessária a demonstração de que a intervenção da entidade contribuirá de forma relevante com o julgamento⁹⁴. No mesmo processo, considerando preenchidos os requisitos do § 2º, art. 7º, da Lei nº 9.868/99, o Ministro-Relator deferiu o ingresso de vários outros entes como *amici*, como o Estado de Sergipe, a Associação de Defesa da Saúde do Fumante – ADESF, o Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor – IDEC, o Partido Verde – PV, a Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde – CNTS⁹⁵, dentre outros.

Não se olvida da importância que o instituto do *amicus curiae* possui, mesmo a partir da exigência da comprovação da representatividade, pois não se nega a evolução que este instrumento já causou e tem causado no sentido de permitir a abertura do Supremo Tribunal Federal a uma discussão mais ampla nas ações de

⁹² BUENO FILHO, **Amicus Curiae**: A democratização do debate nos processos de controle de constitucionalidade, p. 88.

⁹³ BUENO FILHO, **Amicus Curiae**: A democratização do debate nos processos de controle de constitucionalidade p. 88.

⁹⁴ O SINDICATO DOS MÉDICOS DO DISTRITO FEDERAL - SINDIMÉDICO requer sua admissão na presente ação direta de inconstitucionalidade, na qualidade de *amicus curiae*. A intervenção de terceiros no processo da ação direta de inconstitucionalidade é regra excepcional prevista no art. 7º, § 2º, da Lei 9.868/1999, que visa a permitir “que terceiros - desde que investidos de representatividade adequada - possam ser admitidos na relação processual, para efeito de manifestação sobre a questão de direito subjacente à própria controvérsia constitucional. (...) Vê-se, portanto, que a admissão de terceiros na qualidade de *amicus curiae* traz ínsita a necessidade de que o interessado pluralize o debate constitucional, apresentando informações, documentos ou quaisquer elementos importantes para o julgamento da ação direta de inconstitucionalidade. **A mera manifestação de interesse em integrar o feito, sem o acréscimo de nenhum outro subsídio fático ou jurídico relevante para o julgamento da causa, não justifica a admissão do postulante como *amicus curiae*. (...)**”. (grifos acrescentados). Despacho Ministro-Relator Joaquim Barbosa, em 15.04.2005. ADI nº 3.311/DF, DJ de 25.04.2005.

⁹⁵ ADI nº 3.311/DF. Ministro-Relator Joaquim Barbosa. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/diarioJustica/verDiarioProcesso.asp?numDj=34&dataPublicacaoDj=21/02/2005&incidente=2246660&codCapitulo=6&numMateria=13&codMateria=2> Acesso em 19.02.2013

controle abstrato e de sua potencialidade em promover uma aproximação do Tribunal com a sociedade.

O desenvolvimento efetivo de um diálogo social através da intervenção do *amicus curiae* como fator de legitimação social das decisões, conforme afirmado pelo próprio Supremo Tribunal Federal, pressupõe a efetiva e real abertura do processo de fiscalização abstrata a toda a sociedade. Nesse sentido, há que se valorizar a potencialidade do interesse contributivo apresentado pelo aspirante a *amicus* e a funcionalidade democrática do instituto⁹⁶.

Note-se que outras disposições legais que tratam sobre o *amicus curiae* (como ocorre com a Comissão de Valores Mobiliários – CVM, com a intervenção da União Federal e de intervenção de entidades ou terceiros desinteressados nos processos administrativos⁹⁷, elencados anteriormente), nada mencionam sobre a comprovação do requisito da representatividade exigida pela Lei nº 9.868/99.

Conforme já mencionado no item anterior, o *caput* do art. 31 da Lei nº 6.385/76, autoriza a intervenção da Comissão de Valores Mobiliários – CVM como *amicus curiae*, sempre que o processo versar sobre matéria de sua competência sem que exista qualquer outro requisito a ser cumprido⁹⁸.

O parágrafo único do art. 5º da Lei nº 9.469/97, por sua vez, também prevê a atuação da União Federal como *amicus curiae* independentemente da demonstração de interesse (ou da representatividade aqui tratada), ao estabelecer que as pessoas jurídicas de direito público, nas causas cuja decisão possa ter reflexos ainda que indiretos de natureza econômica, poderão intervir, independentemente da demonstração de interesse jurídico, para esclarecer questões de fato e de direito, possuindo ainda a prerrogativa de juntar documentos e

⁹⁶ A exemplo, as decisões monocráticas: ADI nº 2.130-MC, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 02.02.2001; ADI nº 3.311/DF, Rel. Min. Joaquim Barbosa, DJ 25.04.2005. ADI nº 3.998/DF, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ 04.04.2008

⁹⁷ “As normas que permitem a intervenção da CVM, do Cade e da União Federal e ainda no processo administrativo federal, fazem-no desconsiderando o interesse jurídico, o que também aponta para o reconhecimento da condição de *amicus curiae* nestas modalidades de intervenção”. CABRAL, **Pelas asas de Hermes**: A intervenção do *amicus curiae*, um terceiro especial, p. 24.

⁹⁸ “a intervenção da CVM como *amicus curiae* dar-se-á toda vez que, mesmo em processos de caráter individual, houver discussão judicial de matérias que, no âmbito administrativo, sujeitam-se à fiscalização da entidade”. CABRAL, **Pelas asas de Hermes**: A intervenção do *amicus curiae*, um terceiro especial, p. 24.

memoriais reputados úteis ao exame da matéria⁹⁹.

O art. 31 da Lei nº 9.784/99 ao estabelecer que “quando a matéria do processo envolver assunto de interesse geral, o órgão competente poderá, mediante despacho motivado, abrir período de consulta pública para manifestação de terceiros, antes da decisão do pedido, se não houver prejuízo para a parte interessada”, também prevê possibilidade de intervenção de entidades ou terceiros nos processos administrativos sem qualquer requisito prévio a ser cumprido¹⁰⁰.

A presença de um interesse que transcende ao individual, designado na melhor alusão como “interesse institucional”, que substancialmente abrange um interesse mais amplo que o da parte ou de um terceiro interveniente tradicional, demonstra o interesse de participar e contribuir para com a solução do processo.

O que autoriza a intervenção do *amicus curiae* ou que o qualifica, na acepção de Eduardo Cambi e Kleber R. Damasceno, “são os possíveis reflexos que uma dada decisão judicial, em razão das questões discutidas, poderá gerar no grupo social, servindo como precedente a orientar o julgamento, pelo Poder Judiciário, de casos presentes e futuros”.¹⁰¹

Considerando-se a finalidade do instituto referenciada pela própria jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, no sentido de ampliar e/ou pluralizar o debate constitucional e de conferir maior legitimidade democrática às suas decisões, com mais razão o instituto do *amicus curiae* deve ser estendido ao maior número de pessoas possíveis, com interesse em se manifestar no processo, como representantes da sociedade e/ou de grupos sociais, no sentido de contribuir para a melhor resolução da lide. Nesse aspecto, o interesse contributivo apresentado pelo *amicus curiae* valoriza o ideal democrático proposto pela Constituição.

A contraposição de argumentos, de notória e fundamental importância na construção de melhores respostas às pretensões, sobretudo quando se está diante

⁹⁹ “a intervenção da União Federal como *amicus curiae* poderá ocorrer independentemente da demonstração de interesse jurídico, quando da decisão puder ter efeitos de natureza econômica, ainda que reflexos, mediatos”. CABRAL, **Pelas asas de Hermes: A intervenção do *amicus curiae*, um terceiro especial**, p. 24-25.

¹⁰⁰ “No campo da intervenção do *amicus* em processos administrativos, prevista de forma genérica pela Lei 9.784/1999, o art. 31 afirma que será cabível a manifestação quando a matéria debatida no processo ‘envolver assunto de interesse geral’.” CABRAL, **Pelas asas de Hermes: A intervenção do *amicus curiae*, um terceiro especial**, p. 25.

¹⁰¹ CAMBI, Eduardo; DAMASCENO, Kleber Ricardo. *Amicus Curiae e o processo coletivo: Uma proposta democrática*. **Revista de processo**. São Paulo, v. 36, n. 192, p. 13-46, fev./2011, p. 28-29.

de decisões que emanam projeções reflexivas a toda a sociedade, que interferem na evolução civilizatória e na sua dinâmica construtiva, com vistas a uma compreensão mais consentânea com a realidade dos fatos sociais e do que se espera como atitude dos poderes públicos, propugna uma maior participação da sociedade em sua construção. O instituto do *amicus curiae*, nesse contexto, possui a potencialidade necessária para cumprir esse papel.

A exposição de outras informações pelo ingresso dos “amigos da corte” na demanda, objetivando a não restrição do processo de fiscalização abstrata de constitucionalidade à perspectiva particular de uma plêiade isolada de julgadores, restritos ao conteúdo formal dos limites ínsitos da petição inicial, que parte do rol de poucos legitimados para a motivação meritória, contribui para uma arquitetura mais plural e democrática das decisões da Corte Constitucional.

A intervenção do *amicus curiae*, ainda que sob a égide do requisito da representatividade do postulante, reiteradamente utilizado como referencial para o (in) deferimento da intervenção, pode ser manejado por pessoas, físicas e jurídicas, com o fim de trazer a realidade da vida à realidade dos autos, dado que seu interesse em participar justifica-se pelos reflexos que as decisões em controle abstrato podem gerar, direta ou indiretamente, em suas relações pessoais, sociais e profissionais, bem como da potencialidade contributiva de sua participação ao transferir realidade ao processo judicial.

Do exame de decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal quanto ao deferimento ou indeferimento do pedido de ingresso como *amicus curiae*, infere-se que o exame da representatividade, em grande parte, circunscreve-se a análise do estatuto social¹⁰² apresentado pelo pretense *amicus* e das finalidades sociais

¹⁰² “AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. PEDIDO DE ADMISSÃO NA QUALIDADE DE AMICUS CURIAE: DEFERIMENTO. 1. Junte-se, quando do retorno dos autos da Procuradoria-Geral da República. 2. O Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil requer seja admitido na presente ação na qualidade de '*amicus curiae*' (Petição Avulsa STF n. 46140/2008). 3. Argumenta ser entidade interessada, porque o tema “afeta, mais especificamente, os advogados, que se veem em desvantagem visual quando, representando alguém, litigam contra o Ministério Público” (Petição Avulsa STF n. 46140/2008). Pedir “seu ingresso no feito aderindo integralmente às razões expostas na exordial” (Petição Avulsa STF n. 46140/2008). 4. **O peticionário apresenta os documentos necessários à comprovação dos requisitos necessários para o seu ingresso na ação na qualidade de *amicus curiae*, como pretendido.** 5. Defiro o pedido. À Secretaria para fazer constar dos autos a entidade na condição aqui postulada. Publique-se. Brasília, 9 de abril de 2008.” Ministra Cármen Lúcia. ADI 3962. (Grifos acrescentados). Disponível em:

instituídas pelas entidades¹⁰³, a teor da previsão do § 2º do art. 7º da Lei nº 9.868/1999, no sentido de que estarão aptos a atuar como *amicus curiae* os “órgãos ou entidades” dotados de representatividade¹⁰⁴. Embora tal regramento indique que a autorização se refere a pessoas dotadas de personalidade jurídica, há que se considerar que outros entes, grupos sociais, movimentos sociais, pessoas individualmente consideradas, etc., potencialmente também representam fração de interesse social a contribuir com a resolução do problema posto em juízo.

Os órgãos ou entidades com seus estatutos sociais são elaborados por pessoas de tal sorte que a representatividade é anterior às instituições. A representatividade está presente nas pessoas que formam por meio de sua união e colaboração um grupo social, uma instituição, um órgão, uma entidade, com vistas a atender determinada finalidade¹⁰⁵. A representatividade também existe fora das instituições, de tal sorte que movimentos sociais, pessoas individualmente consideradas (como pesquisadores, cientistas, professores, etc.), grupos de

<http://www.stf.jus.br/portal/diarioJustica/verDiarioProcesso.asp?numDj=71&dataPublicacaoDj=22/04/2008&incidente=2559670&codCapitulo=6&numMateria=52&codMateria=2> Acesso em: 05.03.2013..

¹⁰³ “Despacho: A Associação Alagoana de Magistrados de Alagoas (ALMAGIS) e a Associação do Ministério Público de Alagoas (AMPAL) requerem sua admissão na presente Ação Direta de Inconstitucionalidade na qualidade de *amici curiae*. A relevância da matéria é patente, porquanto no presente processo são discutidos temas sensíveis, tais como a possibilidade de lei estadual criar varas especializadas em delitos praticados por organizações criminosas, a legitimidade de um colegiado de magistrados de primeiro grau de jurisdição, também instituído por diploma legal estadual, a constitucionalidade de procedimentos sigilosos criminais, a possibilidade de fixação de mandatos para os juízes titulares de Vara Criminal, dentre outros. **A representatividade dos requerentes é comprovada através dos respectivos estatutos acostados aos autos. Além disso, as associações postulantes buscam a proteção dos interesses de categorias diretamente interessadas no deslinde do caso, quais sejam, a magistratura e o Ministério Público.** Ademais, na sessão do dia 22 de abril de 2009, no julgamento da ADI-AgR nº 4.071 (Rel. Min. Menezes Direito, DJ de 15.10.2009), o Plenário deste Supremo Tribunal Federal decidiu que os pedidos de ingresso dos *amici curiae* poderão ser formulados até a inclusão do processo em pauta para julgamento, o que revela a tempestividade deste pedido. *Ex positis*, admito o ingresso dos requerentes como *amici curiae*, na forma do art. 7º, § 2º, da Lei nº 9.868/99. (...)”. Ministro-Relator Luiz Fux. ADI nº 4.414. (Grifos acrescentados) Disponível em:

<http://www.stf.jus.br/portal/diarioJustica/verDiarioProcesso.asp?numDj=61&dataPublicacaoDj=31/03/2011&incidente=3886018&codCapitulo=6&numMateria=41&codMateria=2> Acesso em: 05.03.2013

¹⁰⁴ Neste sentido, a conclusão de Thais Catib de Laurentiis, em estudo monográfico sobre a matéria, para a qual: “De acordo com as decisões encontradas, o principal método utilizado pelos Ministros para demonstrar a ‘representatividade dos postulantes’ é pela análise do Estatuto Social do petionário (*amicus* em potencial). Por via deste, os Ministros retiram a finalidade da Associação ou Instituição que pede a intervenção no processo. Também procuram encontrar as qualidades e regulamentação destas para justificar suas conclusões”. LAURENTIIS, Thais Catib de. **A caracterização do *amicus curiae* à luz do Supremo Tribunal Federal**. São Paulo, 2007. 88 f. Monografia. Escola de Formação da Sociedade Brasileira de Direito Público, p. 36.

¹⁰⁵ A maioria dos pedidos de ingresso como *amicus curiae* é feito por pessoas jurídicas como associações, entidades sindicais, conselhos de classe, etc. Entes da federação, partidos políticos, movimentos sociais, também aparecem como *amicus*. Em percentual muito inferior encontram-se pedidos de ingresso de pessoas físicas.

peças interessadas em participar, mesmo que não estejam organizadas formalmente em torno de uma pessoa jurídica, pelo simples fato de não estarem abrangidas pelo conceito de “órgãos ou entidades”, não podem ser excluídos de um debate que também lhes pertence¹⁰⁶.

Ressalte-se que embora na maioria dos casos a representatividade dos requerentes seja examinada através da verificação da finalidade institucional do pretense *amicus*, descrita nos estatutos sociais da pessoa jurídica, casos existem de admissão de *amicus curiae* cuja representatividade foi conferida pela sua experiência e atuação junto à sociedade.

Nesse sentido, a ADPF nº 186, de relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski¹⁰⁷, admitiu o ingresso de movimentos sociais como *amicus curiae*, dentre eles podemos citar: o Movimento Pardo-Mestiço Brasileiro – MPMB, o Movimento Negro Unificado – MNU, a Educação e Cidadania de Afrodescendentes e Carentes – EDUCAFRO e o Movimento contra o Desvirtuamento do Espírito da Política de Ações Afirmativas nas Universidades Federais, por considerar atendidos os requisitos necessários para participar na qualidade de *amici curiae*.

No pedido de ingresso como *amicus* o Movimento Pardo-Mestiço Brasileiro – MPMB, afirmou tratar-se da primeira associação de mestiços (pardos) do país atuando desde 2001. O Movimento Negro Unificado – MNU, por sua vez, sustentou que é um dos movimentos sociais com mais sólida atuação no combate ao racismo e que, em seu espírito de formação e em sua experiência, congrega diversas organizações afro-brasileiras. A Educação e Cidadania de Afrodescendentes e Carentes – EDUCAFRO, afirmou possuir a missão de promover a inclusão da população, pobre em geral e negra em especial, nas universidades públicas e

¹⁰⁶ Segundo levantamento realizado por Damares Medina “números mostram que apesar de as pessoas jurídicas dominarem a cena, sendo responsáveis por 89,8% dos pedidos de ingresso juntados, as pessoas físicas também têm franqueado o acesso à jurisdição constitucional, manifestado de diversas formas. Foi identificada a juntada de abaixo-assinados, cartas abertas de protesto, telegramas, entre outros. Esses dados demonstram uma postura aberta do Tribunal à manifestação da sociedade por intermédio dos cidadãos individualmente considerados”. MEDINA, **Amicus Curiae: Amigo da corte ou amigo da parte?** p. 117.

¹⁰⁷ A ADPF nº 186 examinou a constitucionalidade dos atos da Universidade de Brasília – UNB quanto à utilização do critério racial na seleção de candidatos para ingresso na universidade (sistema de cotas). Decisão monocrática na ADPF nº 186. Rel. Min. Ricardo Lewandowski. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/diarioJustica/verDiarioProcesso.asp?numDj=119&dataPublicacaoDj=30/06/2010&incidente=2691269&codCapitulo=6&numMateria=101&codMateria=2> Acesso em: 05.03.2013.

particulares por meio da concessão de estudo, através da dedicação de seus voluntários em forma de mutirão e dos funcionários que atuam nos setores de trabalho de sua sede nacional¹⁰⁸.

Também solicitou o ingresso como *amicus curiae* o Movimento contra o Desvirtuamento do Espírito da Política de Ações Afirmativas nas Universidades Federais, sob o argumento de que atua nacionalmente na luta contra as ilegalidades/inconstitucionalidades contidas nas resoluções editadas nas universidades públicas para implementação do programa de ações afirmativas no ensino superior, em razão do que podem acostar informações de extrema importância para o julgamento¹⁰⁹.

Tais decisões demonstram o reconhecimento de que o ingresso de entes como os movimentos sociais, diretamente envolvidos na questão discutida na ação constitucional, é salutar no sentido de trazer aos autos toda a experiência adquirida ao longo da luta pelos valores e princípios defendidos pelo movimento na realidade da vida.

A importância da contribuição oferecida pelos referidos movimentos sociais mostra-se patente, e certamente autoriza e demonstra a capacidade de apresentarem em juízo o posicionamento e os pedidos do grupo social que representam, colaborando substancialmente com uma resolução mais adequada do litígio.

Frise-se, contudo, que na mesma ADPF nº 186 foi indeferido sem maiores explicações o pedido do Diretório Central dos Estudantes da Universidade de Brasília – DCE/UnB, em participar como *amicus curiae*, embora se possa considerar que o Diretório representa parcela do movimento estudantil, especificamente dos estudantes da Universidade de Brasília, diretamente interessados na questão relativa ao número e vagas disponíveis na universidade e quais seriam destinadas às cotas sociais¹¹⁰.

¹⁰⁸ Informações constantes da decisão monocrática proferida nos autos da ADPF nº 186. Rel. Min. Ricardo Lewandowski, publicada no DJ nº 119 de 30.06.2010.

¹⁰⁹ Informações constantes da decisão monocrática proferida nos autos da ADPF nº 186. Rel. Min. Ricardo Lewandowski publicada no DJ nº 149 de 13.08.2010.

¹¹⁰ Informações constantes da decisão monocrática proferida nos autos da ADPF nº 186. Rel. Min. Ricardo Lewandowski, publicada no DJ nº 119 de 30.06.2010.

No que tange ao (in) deferimento da intervenção além da análise dos estatutos sociais dos pretensos *amici*, o Supremo Tribunal Federal por vezes também considera relevante para a comprovação da representatividade o exame dos seguintes elementos:

- a) natureza do interesse do requerente se coletivo e não só individual¹¹¹;
- b) existência de compatibilidade de interesses do requerente com a matéria objeto da demanda¹¹²;
- c) apresentação de novos elementos que não constam do processo¹¹³, e
- d) não ocorrência de sobreposição de interesses entre o *amicus* e a parte envolvida na ação¹¹⁴.

Em que se considere a possibilidade de elaboração de rito específico a ser

¹¹¹ “Helder Rodrigues da Silveira requereu, às fls. 344-392, ingresso no feito na condição de *amicus curiae*. **Não assiste razão ao pleito, uma vez que o requerente, sendo candidato ao concurso, tem interesse concreto no feito.** Ausente, portanto, o requisito de representatividade (...). **Indefiro, portanto, o ingresso do requerente** na presente ação direta de inconstitucionalidade.” (Grifos acrescentados) Ministro-Relator Gilmar Mendes. ADI nº 3.580. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/diarioJustica/verDiarioProcesso.asp?numDj=80&dataPublicacaoDj=25/04/2012&incidente=2322514&codCapitulo=6&numMateria=56&codMateria=2> Acesso em: 05.03.2013.

¹¹² “A Federação Brasileira das Cooperativas dos Anestesiologistas – FEBRACAN requer sua admissão no feito na qualidade de *amicus curiae* [fls. 503/ 549]. **A pertinência do tema a ser julgado por este Tribunal com as atribuições institucionais da requerente legitima a sua atuação.** (...) (Grifos acrescentados). Ministro-Relator Luiz Fux. RE nº 598.085. Julg. 21.02.2013. Disponível em:

<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28%28amicus+e+curiae%29%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/adrfafd> Acesso em: 05.03.2013.

¹¹³ “(...) **A mera manifestação de interesse em integrar o feito, sem o acréscimo de nenhum outro subsídio fático ou jurídico relevante para o julgamento da causa, não justifica a admissão do postulante como *amicus curiae*.** Ademais, o SINDIMÉDICO não logrou demonstrar que detém experiência e autoridade em matéria de saúde social, uma vez que dentre as suas “prerrogativas”, elencadas no art. 2º de seu Estatuto, figuram apenas disposições de caráter eminentemente corporativas e de interesse próprio da categoria, como por exemplo”. (Grifos acrescentados) Ministro-Relator Joaquim Barbosa, em 15.04.2005. ADI nº 3.311/DF, DJ de 25.04.2005. Disponível em:

<http://www.stf.jus.br/portal/diarioJustica/verDiarioProcesso.asp?numDj=34&dataPublicacaoDj=21/02/2005&incidente=2246660&codCapitulo=6&numMateria=13&codMateria=2> Acesso em 19.02.2013.

¹¹⁴ “PROCESSO OBJETIVO – INTERVENÇÃO DE TERCEIRO – REPRESENTATIVIDADE – SOBREPOSIÇÃO. (...) A Associação Nacional dos Magistrados Estaduais – ANAMAGES requer seja admitida na qualidade de terceiro, no processo em referência. (...) 2. Observem a ordem natural das coisas, a organicidade do Direito. Os magistrados brasileiros estão representados nesta ação direta de inconstitucionalidade pela Associação maior, ou seja, a Associação dos Magistrados Brasileiros. **Admitir outras associações de magistrados não trará o objetivo da participação, que é o esclarecimento da matéria. Haveria, em última análise, sobreposição a ocasionar a complexidade da tramitação do processo.** 3. **Indefiro a participação** da Associação Nacional dos Magistrados Estaduais – ANAMAGES.” (Grifos acrescentados). Ministro- Relator Marco Aurélio. ADI nº 4.638. Disponível em:

<http://www.stf.jus.br/portal/diarioJustica/verDiarioProcesso.asp?numDj=178&dataPublicacaoDj=16/09/2011&incidente=4125637&codCapitulo=6&numMateria=136&codMateria=2> Acesso em: 05.03.2013.

seguido, que organize o procedimento por meio da especificação dos parâmetros sobre os quais se possa compreender os critérios de comprovação da representatividade, no sentido de conferir exame objetivo e igualitário a esse aspecto, melhor solução está em permitir que o cidadão participe da democracia que ele mesmo instituiu, sem requisitos ou imposições a serem considerados.

Ressalte-se que, mesmo a partir de eventual estabelecimento de parâmetros objetivos, o exame do pedido de ingresso como *amicus* deve ser aferido em concreto¹¹⁵, considerando o objeto específico da ação de controle de constitucionalidade, em cotejo com o pedido formulado pelo candidato a *amicus curiae* e a potencial contribuição a ser adensada ao processo.

A importância do instituto do *amicus curiae* não está na criação de um critério absoluto, que uma vez demonstrado possibilitará o ingresso na demanda, mas sim no exame da potencialidade do requerente em acrescentar elementos da realidade social que o mundo dos autos, a mais das vezes, não teria conhecimento.

O aprofundamento da participação cidadã está na raiz do conceito de democracia, cujo florescimento, crescimento e manutenção, dependem diretamente da construção social coletiva, que o instituto do *amicus curiae* permite desenvolver.

Como propugna Joaquín Herrera Flores: “*La democracia no se otorga, la democracia se conquista*”¹¹⁶, e esta conquista se dá ao longo da existência, no cotidiano, no evolver social, a democracia,

se conquista luchando día a día construyendo las condiciones materiales que nos van a permitir disfrutar de las libertades formales ya conseguidas. Es preciso, pues, “distribuir” entre la ciudadanía las posibilidades que éstas nos garantizan. En otros términos, hay que conseguir distribuir el poder político lo máximo posible para que en conjunto todas y todos,

¹¹⁵ Neste sentido, Cassio Scarpinella Bueno, aduz que a representatividade não pode ser aferida em abstrato, conforme se verifica: “O que nos parece pertinente ser afirmado à guisa de conclusão deste item é a impossibilidade de, em abstrato, isto é, sem confrontar o específico objeto da ação direta de inconstitucionalidade com a razão institucional de ser e de agir, concretamente, do *amicus curiae*, verificar em que condições se mostram presentes os requisitos autorizadores do art. 7º, § 2º, da Lei n. 9.868/99, em específico para as preocupações aqui mais presentes, o requisito da representatividade daquele que pretende ingressar no processo e, de alguma forma, contribuir ativamente para o proferimento de melhor julgamento, acrescentando fatos, circunstâncias, elementos, indagações e preocupações para a matéria que está posta para julgamento perante o Supremo Tribunal Federal”. BUENO, **Amicus Curiae no processo civil brasileiro**, p. 157.

¹¹⁶ FLORES, Joaquín Herrera; GÓMEZ, Manuel J. Sabariego; MARTÍN, Rocío Medina; ROBLES, Vicente Barragán; MARTÍN, Gemma Lorente. La democracia en proceso participativo: principios, fundamentos y requisitos. In: MARTÍNEZ, Joaquín Recio et al (Coord). **La Pedagogía de la decisión**. Aportaciones teóricas y prácticas a da construcción de las democracias participativas. Sevilla: CIMAS, s.n., p. 89.

no sólo los que parten ya de condiciones materiales adecuadas, podamos disfrutar de la libertad y del estado de derecho".¹¹⁷

A finalidade democrática do *amicus curiae* mostra-se presente na possibilidade de que múltiplas dimensões do ambiente social, presentes na sociedade complexa e multicultural em que vivemos se façam ouvir. Apresenta-se na possibilidade de que diversas manifestações de valores, conceitos ou mesmo opções políticas, em prol de direitos fundamentais – de liberdade, igualdade, diversidade, enfim... – sejam consideradas como fazendo parte do todo e por isso, devem ser ouvidas.

1.3 A intervenção do *Amicus Curiae* como elemento agregador no processo de composição das decisões no controle abstrato de constitucionalidade

À vista da potencialidade de ampliação participativa da sociedade que o instituto do *amicus curiae* pode proporcionar, buscar-se-á verificar no presente título, por meio de dados obtidos por pesquisas quantitativas e qualitativas já realizadas e de doutrina pertinente, se esta intervenção se apresenta como legítimo elemento agregador às decisões, capaz de combinar maior racionalidade ao processo formativo de melhores decisões.

Para tal desiderato examinou-se a base de dados obtida pelas seguintes pesquisas: a) Projeto Supremo em Números, desenvolvido pela Escola de Direito do Rio de Janeiro – Fundação Getúlio Vargas, cuja pesquisa examinou mais de 1,2 milhão de processos que tramitaram junto ao Supremo Tribunal Federal desde 1988

¹¹⁷ FLORES, et. al. **La democracia en proceso participativo**, p. 89.

até 2011¹¹⁸; b) Estudo sobre a influência do *amicus curiae* no Supremo Tribunal Federal realizado por Damares Medina, disponível no livro: *Amicus Curiae, Amigo da corte ou amigo da parte?*¹¹⁹, e, c) Pesquisa sobre a influência exercida pelo *amicus curiae* nos votos dos Ministros do Supremo Tribunal Federal em acórdãos de ações diretas de inconstitucionalidade – ADI, decididas majoritariamente, realizada por Beatriz Castilho Costa¹²⁰.

O projeto Supremo em Números, por meio de análise quantitativa, pretendeu examinar o comportamento do principal órgão de cúpula do Poder Judiciário brasileiro, buscando fundamentar quantitativa e estatisticamente discussões sobre a natureza, a função e o impacto da atuação do Supremo Tribunal Federal na democracia brasileira¹²¹.

Segundo dados obtidos pela pesquisa em um universo de 1,2 milhão de processos, autuados de 1988 até 2009, apenas 6.199 (seis mil, cento e noventa e nove) são processos constitucionais (considerados pela pesquisa como os processos pertencentes às classes: Ação Declaratória de Constitucionalidade - ADC, Ação Direta de Inconstitucionalidade - ADI, Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão - ADO, Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental - ADPF, Mandado de Injunção - MI e Proposta de Súmula Vinculante - PSV)¹²², ou seja, apenas 0,51% dos processos recebidos pelo Supremo Tribunal Federal ao longo destes vinte anos referem-se puramente ao procedimento de controle abstrato de constitucionalidade.

A maioria dos processos, correspondente a 92% do total, são de origem

¹¹⁸ O projeto Supremo em Números foi desenvolvido pela Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas com o objetivo de fundamentar discussões sobre o impacto da atuação do STF na democracia brasileira. Parte de um banco de dados com mais de 1,2 milhão de processos — sendo 1.132.850 já julgados e 89.252 ainda ativos, quase 14 milhões de andamentos, 240 mil advogados, 1 milhão de partes e mais de 370 mil decisões, desde 1988 até os dias de hoje. Seu objetivo é permitir uma análise diferenciada do papel do Poder Judiciário no Estado Democrático de Direito brasileiro e o funcionamento interno deste poder. FALCÃO, Joaquim; CERDEIRA, Pablo de Camargo; ARGUELHES, Diego Werneck. **I Relatório Supremo em números: O múltiplo Supremo**. Rio de Janeiro: FGV e EMAP, 2011. O I Relatório do projeto Supremo em Números está disponível no site: <http://www.supremoemnumeros.com.br>

¹¹⁹ MEDINA, **Amicus Curiae: Amigo da corte ou amigo da parte?** 2010.

¹²⁰ COSTA, Beatriz Castilho. **A influência exercida pelo *amicus curiae* nos votos dos ministros do Supremo Tribunal Federal nos acórdãos das ações direta de inconstitucionalidade decididas majoritariamente**. Rio de Janeiro, 2012. 119 f. Dissertação (Mestrado). Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas.

¹²¹ FALCÃO, et. al. **I Relatório Supremo em números**, p. 11.

¹²² FALCÃO, et. al. **I Relatório Supremo em números**, p. 19.

recursal e se referem ao controle incidental de constitucionalidade¹²³. Desta totalização quantitativa de processos, o relatório chega à conclusão de que o Supremo Tribunal Federal se apresenta mais como “corte recursal suprema”, do que como “corte constitucional” propriamente dita¹²⁴.

Infere-se dos dados acima relacionados que as ações de controle abstrato de constitucionalidade não são responsáveis diretamente pela pleora de processos que correm perante o Supremo Tribunal Federal.

Nesse sentido também a possibilidade de intervenção do *amicus curiae* nos processos de controle abstrato de constitucionalidade mostra-se compatível com possível abertura procedimental sem que haja comprometimento do desenvolvimento das funções do Supremo Tribunal Federal. O instituto apresenta-se como forma alternativa de inclusão da sociedade no debate sobre questões constitucionais sem que isso implique em superabundância indesejável de processos¹²⁵, na medida em que o ingresso do *amicus curiae* pode evitar que novas ações sejam ajuizadas por estas mesmas pessoas, cujos recursos poderão desaguar no Supremo Tribunal Federal.

O recorte da pesquisa desenvolvida por Beatriz Castilho Costa abrangeu a análise de ações diretas de inconstitucionalidade – ADI, ajuizadas no período compreendido entre 1988 a 2010, em que houve pedido de intervenção por terceiros estranhos ao processo na qualidade de *amicus curiae*¹²⁶.

A pesquisadora procurou avaliar o processo decisório do Supremo Tribunal Federal e a possível influência que atores externos ao Tribunal causam na

¹²³ FALCÃO, et. al. **I Relatório Supremo em números**, p. 21.

¹²⁴ “Quantitativamente, portanto, o Supremo não é uma ‘corte constitucional’ no sentido original em que esse tipo de instituição foi pensada. Em números absolutos, está muito mais próximo de uma ‘corte recursal suprema’. Não é uma corte que escolhe o que julga fundamental julgar. É antes uma corte escolhida pela parte. Não constrói seu destino. Seu destino lhe é construído por cada recurso que lhe chega por deliberação alheia, de terceiros”. FALCÃO, et. al. **I Relatório Supremo em números**, p. 21.

¹²⁵ Segundo Damares Medida, mesmo no procedimento incidental de controle de constitucionalidade a intervenção do *amicus curiae* “surge como forma de abertura procedimental do STF, sem implicar o aumento da já excessiva carga de processos com o qual a Suprema Corte lida no seu dia a dia.” Segundo aduz: “Cada *amicus curiae* admitido em um processo pode significar inúmeros processos a menos, o que também contribuirá para a administração da justiça. Vista por outro ângulo, a questão dialoga com os conflitos decorrentes do crescente ingresso dos *amici curiae* nos processos do controle incidental de constitucionalidade, especialmente o recurso extraordinário objetivado pela repercussão geral”. MEDINA, **Amicus Curiae: Amigo da corte ou amigo da parte?** p. 27.

¹²⁶ COSTA, **A influência exercida pelo amicus curiae...**, p. 10-11.

construção destas decisões a partir da análise das ações diretas de inconstitucionalidade decididas de forma majoritária.

A pesquisa chegou ao total de 472 (quatrocentas e setenta e duas) ações diretas de inconstitucionalidade. A partir desta base foram selecionados os processos que já possuíam julgamento de mérito, os quais totalizaram 112 (cento e doze), e dentre estes os que foram decididos de forma majoritária, chegando à mostra final de 53 (cinquenta e três) ações¹²⁷.

No âmbito destas 53 (cinquenta e três) ações diretas de inconstitucionalidade foram identificados 216 (duzentos e dezesseis) requerimentos de ingresso como *amicus curiae*, dos quais 182 (cento e oitenta e dois) pedidos foram deferidos¹²⁸.

A pesquisa procurou identificar se os principais argumentos aduzidos pelos *amicus* foram observados e/ou referenciados nos votos proferidos pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento das referidas ações, chegando ao seguinte resultado:

a) em 05 (cinco) ADI foram utilizados os argumentos trazidos pelos *amicus curiae* na justificativa do voto vencedor;

b) em 08 (oito) ADI foram utilizados os argumentos trazidos pelo *amicus curiae* na justificativa do voto minoritário;

c) em 21 (vinte e uma) ADI houve uma simples referência explícita ao nome *amicus curiae* no acórdão, e

d) em 19 (dezenove) ADI inexistiu qualquer tipo de citação aos nomes dos *amici curiae*¹²⁹.

Dos dados obtidos, a pesquisa deduziu que “na maior parte das ADI estudadas ou houve apenas simples citação aos nomes dos *amici curiae* ou não houve nenhuma citação a estes, correspondendo este total a 40 ADI ou 75%”¹³⁰.

No universo destas 53 (cinquenta e três) ações, decididas de forma

¹²⁷ COSTA, **A influência exercida pelo amicus curiae...**, p. 11-12.

¹²⁸ COSTA, **A influência exercida pelo amicus curiae...**, p. 74.

¹²⁹ COSTA, **A influência exercida pelo amicus curiae...**, p. 65.

¹³⁰ COSTA, **A influência exercida pelo amicus curiae...**, p. 65.

majoritária, 20 (vinte) foram julgadas improcedentes, 17 (dezessete) procedentes, 10 (dez) procedentes em parte, 05 (cinco) não conhecidas e 01 (uma) prejudicada. Dentre as 17 (dezessete) ações julgadas procedentes, restou identificado que em apenas 04 (quatro) foram utilizados os argumentos apresentados pelos *amicus curiae* na justificativa do voto majoritário ou minoritário. Em 06 (seis) processos houve somente referência ao *amicus* e em 07 (sete) não houve qualquer menção ao amigo da corte¹³¹.

Conclusivamente a referida pesquisa inferiu ser praticamente inexistente qualquer influência do *amicus curiae* sobre as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal nas ações diretas de inconstitucionalidade analisadas¹³².

A pesquisa desenvolvida por Damares Medina também buscou identificar a influência do *amicus curiae* no processo de tomada de decisão judicial e possíveis consequências positivas e negativas de sua utilização, como a abertura procedimental do Supremo Tribunal Federal a par de eventual distribuição não igualitária de informações. Para a autora:

As evidências empíricas sugerem que o *amicus curiae* contribui para o aumento das alternativas interpretativas ao promover uma abertura procedimental, bem como a pluralização da jurisdição constitucional. De outro turno, os resultados encontrados indicam que a utilização do instrumento também pode acarretar um desequilíbrio informacional, aumentando a distribuição assimétrica de informações entre as partes envolvidas no processo, favorecendo uma das partes litigantes.¹³³

A planificação realizada por Damares Medina identificou 469 (quatrocentos e sessenta e nove) processos em que houve requerimento de ingresso de *amicus curiae* como terceiro interessado. No universo destes processos foram identificados 1.440 (mil quatrocentos e quarenta) pedidos de ingresso como *amici*, tendo sido

¹³¹ COSTA, **A influência exercida pelo amicus curiae...**, p. 66.

¹³² “Na parte final foram feitas análises dos dados encontrados nas ADI estudadas, bem como da citação aos *amici curiae* pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal, a partir de onde se concluiu **que é pouca ou quase nenhuma a influência exercida pelo amicus curiae nas decisões dos Ministros do Supremo**. Isso porque nas ADI estudadas, em sua grande maioria (cerca de 75%), os Ministros apenas citavam o nome do *amicus curiae* em seus relatórios ou, então, não faziam nenhuma espécie de citação ao nome das entidades admitidas ou daquelas cujas razões foram permitidas serem juntadas aos autos por linha. Além disso, mesmo naquelas em que houve citação aos argumentos trazidos, não se pode concluir que tais argumentos foram efetivamente influenciadores, podendo ser apenas ilustrações feitas pelos Ministros como forma de legitimar seus argumentos pela procedência ou improcedência de uma ação”. (grifos acrescentados) COSTA, **A influência exercida pelo amicus curiae...**, p. 73.

¹³³ MEDINA, **Amicus Curiae: Amigo da corte ou amigo da parte?** p. 22.

juntados aos autos 1.235 (mil duzentos e trinta e cinco) pedidos e devolvidos 205 (duzentos e cinco)¹³⁴. Identificou, ainda, que o controle abstrato de constitucionalidade concentra pouco mais de 90% (noventa por cento) dos pedidos de ingresso de *amicus curiae*, sendo mais recorrente o pedido de intervenção nas ações diretas de inconstitucionalidade¹³⁵.

Partindo do resultado final obtido nos processos de controle abstrato de constitucionalidade (ações não conhecidas, procedentes, procedentes em parte e improcedentes), a pesquisa realizou comparação entre os processos em que não houve intervenção de *amicus curiae* e aqueles em que o ingresso do *amicus* foi efetivado. O resultado deste exame indicou forte correlação entre a participação do *amicus* e o resultado do julgamento¹³⁶. A exemplo: o índice de ações não conhecidas foi 22% superior nos processos em que não houve participação do *amicus* (65,2% das ações *sem amicus* não foram conhecidas), em comparação com os processos em que houve a intervenção do *amicus* (42,6% das ações com *amicus* não foram conhecidas)¹³⁷.

Do exame específico das Ações Diretas de Inconstitucionalidade – ADI, a pesquisa identificou 119 (cento e dezenove) ações já julgadas em que o *amicus curiae* ingressou no processo. Neste grupo de ações também foi verificada margem menor de não conhecimento nas ações com participação dos *amici*¹³⁸. A mesma

¹³⁴ MEDINA, **Amicus Curiae**: Amigo da corte ou amigo da parte? p. 114-115.

¹³⁵ Damares Medina identificou o percentual de processos com ingresso de *amicus curiae* no STF, sendo: a) ADI 83,6%; b) ADPF 5,5%; c) ADC 1,3%; d) RE 4,9%; e) MS 1,9% e f) outros 2,8%. MEDINA, **Amicus Curiae**: Amigo da corte ou amigo da parte? p. 118-119.

¹³⁶ Do total de ações do modelo concentrado julgadas a pesquisa chegou ao seguinte resultado:

- Processos *sem amicus*: a) 1739 ações não foram conhecidas – 65,2%; b) 624 foram procedentes – 23,4%; c) 162 foram procedentes em parte – 6,1%; e d) 141 foram improcedentes – 5,3%.

- Processos com *amicus*: a) 55 ações não foram conhecidas – 42,6%; b) 41 ações foram julgadas procedentes – 31,8%; c) 9 ações foram procedentes em parte – 7%; e d) 24 ações foram improcedentes – 18,6%. MEDINA, **Amicus Curiae**: Amigo da corte ou amigo da parte? p. 126.

¹³⁷ “Destaque-se a diferença significativa no percentual do número de ações não conhecidas sem o *amicus curiae vis-à-vis* com o número de ações não conhecidas com o *amicus*. A evidência empírica do aumento superior a 22% nas chances de conhecimento da ação reforça a hipótese de que o ingresso do *amicus curiae* aumenta consideravelmente as chances de conhecimento do processo”. MEDINA, **Amicus Curiae**: Amigo da corte ou amigo da parte? p. 127.

¹³⁸ Especificamente quanto às Ações Diretas de Inconstitucionalidade a pesquisa identificou que nos processos julgados:

- Sem *amicus*: a) 1678 ações não foram conhecidas – 64,5%; b) 620 ações foram procedentes – 23,8%; c) 161 ações foram procedentes em parte – 6,2% e d) 141 ações foram improcedentes – 5,4%.

tendência foi deduzida quando da análise das Ações Diretas de Inconstitucionalidade ajuizadas e julgadas em diferentes períodos de tempo¹³⁹.

Com relação às ações julgadas procedentes e improcedentes, a pesquisa constatou que: a) nas ações sem *amicus* – 23,8% foram procedentes e 5,4% dos processos foram improcedentes; e b) nas ações com *amicus* – 32,8% foram procedentes e 19,3% dos processos foram improcedentes¹⁴⁰.

Para verificar a capacidade de influência do *amicus curiae* sobre a decisão a pesquisa examinou as ações sob o prisma do lado apoiado pelo *amicus*, se pela procedência ou improcedência, buscando identificar se o apoio do *amici* efetivamente aumentou o percentual de sucesso da parte por ele apoiada¹⁴¹.

Em um universo de 113 (cento e treze) ações diretas de inconstitucionalidade examinadas, em 31 (trinta e uma) o *amicus* apoiou a procedência do pedido; em 82 (oitenta e duas) a intervenção foi em favor da improcedência¹⁴². Os resultados:

- Nas 82 (oitenta e duas) ações em que o *amicus* interveio pela improcedência, 17 (dezessete) foram julgadas improcedentes, chegando ao percentual de 20,7% - comparado com o resultado de 5,4% de processos improcedentes nas ações em que não houve intervenção de *amicus*, percebe-se uma ampliação do resultado nos casos em que houve intervenção em favor da improcedência¹⁴³;

- Dentre os 31 (trinta e um) processos em que o *amicus* defendeu a procedência do pedido, 13 (treze) foram julgados procedentes, chegando ao percentual de 41,9% - comparado com o resultado de 23,8% obtido nos processos

- Com *amicus*: a) 48 ações não foram conhecidas – 40,3%; b) 39 ações foram procedentes – 32,8%; 9 ações foram procedentes em parte – 7,6%; e d) 23 ações foram improcedentes – 19,3%. MEDINA, **Amicus Curiae**: Amigo da corte ou amigo da parte? p. 129.

¹³⁹ MEDINA, **Amicus Curiae**: Amigo da corte ou amigo da parte? p. 131.

¹⁴⁰ MEDINA, **Amicus Curiae**: Amigo da corte ou amigo da parte? p. 132.

¹⁴¹ Cumpre sublinhar que a pesquisa identificou somente um caso em que o *amicus curiae* atuou de forma neutra (ADI nº 748) e cinco outros processos em que houve apoio tanto pela procedência quanto pela improcedência. Tais processos não foram computados no modelo comparativo. Cf. MEDINA, **Amicus Curiae**: Amigo da corte ou amigo da parte? p. 132-133.

¹⁴² MEDINA, **Amicus Curiae**: Amigo da corte ou amigo da parte? p. 133.

¹⁴³ No âmbito das 82 (oitenta e duas) ações em que o *amicus curiae* interveio pela improcedência, a pesquisa chegou ao seguinte resultado: a) 35 ações não foram conhecidas – 42,7%; b) 24 ações foram julgadas procedentes – 29,3%; c) 6 ações foram procedentes em parte – 7,3% e d) 17 ações foram improcedentes – 20,7%. MEDINA, **Amicus Curiae**: Amigo da corte ou amigo da parte? p. 133-134.

em que não houve atuação do *amicus*, verificou-se um aumento de 18,1% de chances de procedência da ação quando o *amicus curiae* interveio no processo¹⁴⁴.

Conclusivamente a pesquisa deduziu que “os resultados dos julgamentos do STF no período pesquisado estabelecem uma robusta relação causal entre o ingresso do *amicus curiae* e o aumento das chances de êxito do lado por ele apoiado”¹⁴⁵.

Do perfil de defesa de um posicionamento específico pelo *amicus curiae* (pela procedência ou improcedência da ação) a pesquisa identificou a ocorrência de uma distribuição assimétrica de informações como uma consequência negativa. Segundo Damares Medina, esta situação pode ser minimizada por meio da adoção de procedimentos capazes de possibilitar apresentação igualitária de informações por ambos os lados da demanda, como a realização de audiências públicas e a prestação de informações por meio eletrônico¹⁴⁶. De modo geral, concluiu a autora que “o ingresso do *amicus curiae* contribui positivamente para o aumento das alternativas interpretativas do processo de tomada de decisões, promovendo a abertura procedimental e a pluralização da jurisdição constitucional”¹⁴⁷.

A diversidade de dados oferecidos podem fornecer resultados discordantes se o objeto de análise levar em conta apenas os argumentos exclusivos do *amicus curiae* inseridos e infundidos nas justificativas ou fundamentações dos votos dos julgadores, mas a estatística em si não pondera suas razões subjetivas, na verdade, nem descortina como os julgadores formam, primariamente, a sua convicção.

A despeito de os julgadores por vezes não se referirem especificamente aos argumentos apresentados pelos amigos da corte, isto não implica na conclusão imediata de que a intervenção não foi capaz de incidir efeitos sobre a decisão tomada ou que não tenha colaborado ou influído na formação das razões de convicção do julgador.

¹⁴⁴ No âmbito das 31 (trinta e uma) ações em que o *amicus curiae* interveio pela procedência, a pesquisa chegou ao seguinte resultado: a) 11 ações não foram conhecidas – 35,5%; b) 13 ações foram procedentes – 41,9%; c) 3 ações foram procedentes em parte – 9,7%, e d) 4 ações foram julgadas improcedentes – 12,9%. MEDINA, **Amicus Curiae**: Amigo da corte ou amigo da parte? p. 133-134.

¹⁴⁵ MEDINA, **Amicus Curiae**: Amigo da corte ou amigo da parte? p. 135.

¹⁴⁶ MEDINA, **Amicus Curiae**: Amigo da corte ou amigo da parte? p. 170.

¹⁴⁷ MEDINA, **Amicus Curiae**: Amigo da corte ou amigo da parte? p. 170.

Não é objetivo do presente estudo a sistematização argumentativa do conteúdo fundamental das razões dos *amici*, mas necessário trazer à baila, que duas ordens de motivação se fazem atuantes: as de ordem técnica, especificamente ligadas às impressões de caráter científico de outras áreas do saber, como as informações médicas sobre a anencefalia ou o desenvolvimento de pesquisas científicas com células-tronco embrionárias, objeto de exame no capítulo seguinte, e outras que conduzam à atualização de um artefato técnico como o resultado de uma perícia, que, por essa qualidade, são transportadas diretamente à fundamentação dos votos dos julgadores; outras, de ordem social, comportamental e mesmo legal que não aparecem em citação específica no voto, mas que se encerram internamente na decisão, convolvando ao resultado de forma implícita os argumentos exercitados pelos amigos da corte, ainda que contrariamente ao que foi diretamente expendido.

Necessário destacar que a participação não é despicienda ou relativizada, mormente por estar reflexiva, mas importante denotar o compromisso de considerar a participação da sociedade com o potencial de influir nas razões subjetivas de convicção do decisor, que ao menos estará impregnado, transido, compreendido pelas razões pelas quais estão compostas as razões da sociedade, de suas complexidades e vicissitudes para melhor compreensão do alcance do decidir a favor ou contra os argumentos, ciente da projeção direta de interesses na vida das pessoas. A reflexão sobre tais efeitos certamente insta o julgador, vivificando-o à necessidade de explicar, melhor ponderar e muito justificar, ao argumentar uma resposta qualificada pela presença da sociedade representada que, ao final, o é para a própria Corte. Veja-se que o juiz está obrigado a apresentar os motivos que formaram seu convencimento sem, contudo, estar condicionado a rebater todos os argumentos lançados no caderno processual, a teor do disposto no art. 131 do CPC¹⁴⁸.

O princípio da persuasão racional do juiz estabelece que o julgador deve formar livremente sua convicção, porém a decisão deve apresentar os fundamentos que formaram tal convencimento de maneira expressa e em observância às regras

¹⁴⁸ Art. 131, CPC. O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento.

legais atinentes ao processo¹⁴⁹. Não se está a falar em formação arbitrária ou meramente subjetiva da convicção do julgador, mas de razões de convencimento motivado¹⁵⁰ que são implementadas pelo conjunto probatório e informativo constante do caderno processual, postos a disposição do julgador para análise.

Ressalte-se ainda, que no processo de controle abstrato de constitucionalidade, o juiz não está adstrito, nem mesmo à causa de pedir apresentada pelo autor da ação, razão pela qual pode firmar as razões de seu convencimento em face de todos os princípios constitucionais que entender aplicáveis a hipótese *sub judice*¹⁵¹.

A admissão da intervenção do *amicus curiae* no processo possui como objetivo imediato colacionar informações ao juízo e de forma mediata atua em colaboração para a formação do convencimento, de modo que a admissão desta espécie de terceiros interessados não é gratuita.

A contribuição técnica e informacional apresentada pelos *amici curiae* e a aceitação desta contribuição pela Corte visam à composição de interesses paralelos, tanto de ampliação de informações sobre o assunto objeto da ação de controle de constitucionalidade, quanto de influência nas razões objetivas e subjetivas do julgador que passa a estar obrigado a enfrentar o censo de realidade que tais informações trazem ao mundo dos autos.

Em um contexto global as razões apresentadas pelos *amicus curiae* devem exercer influência, na medida em que o julgador não ignora a participação da sociedade civil cujos *amici* estão referenciados no processo. Também não pode desprezar a mobilização social que o assunto em pauta causou a ponto de terceiros

¹⁴⁹ Cf. Art. 458 do CPC.

¹⁵⁰ Cf. CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido R. **Teoria geral do processo**. 6ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1986, p. 35-36. THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Sentença: Direito processual civil ao vivo**. Vol. 1. 1ª ed. Rio de Janeiro: Aide Editora, 1991, p. 25-26.

¹⁵¹ “Encontra-se o Supremo Tribunal Federal condicionado pelo pedido, mas não pela causa de pedir. Ou seja, não constituindo processo ‘inquisitivo’ mas sim ‘processo objetivo’, não pode o Supremo Tribunal Federal iniciar *ex officio* o processo constitucional (...). Ao reverso, uma vez provocado, embora não possa ampliar o pedido, ‘que, assim, se restringe ao exame dos dispositivos (ou de parte deles) impugnados pelo Procurador Geral da República – e, igualmente, não pode alcançar outra lei igual ou correlata à sob exame – não está, porém, a Corte adstrita à fundamentação jurídica por ele invocada, cabendo-lhe, pois, examinar a constitucionalidade das normas atacadas em face de toda a Constituição Federal.” CLÈVE, **A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro**, p. 154-156.

virem ao judiciário com o intuito de contribuir com informações relevantes ao processo. O que está equivocado é o rito não escrito, porém implementado, que não socorre a substanciação do direito defendido pelo *amicus curiae*. Veja-se que, nada obstante o desprestígio que o relatório possui na composição de uma decisão, ainda assim, ele faz parte dela, e por esta razão “endoprocessual”, por estar presente no relatório dentre as partes e interessados no processo, o *amicus curiae* já exerce inicialmente uma forma de influência, pelo simples reconhecimento de sua presença no processo.

Certamente por respeito e consideração a esta parcela da sociedade que se mobiliza para trazer maiores informações ao juízo, o procedimento a ser adotado deveria referenciar de forma expressa na estrutura da decisão, talvez até mesmo no contexto do relatório, uma síntese dos argumentos apresentados pelos *amici curiae*, pois não se pode ignorar a transferência de realidade que tal intervenção traz ao mundo virtual do processo e o caráter contributivo e democrático inerentes ao instituto.

O levantamento quantitativo realizado por Damares Medina corrobora tal entendimento, ao estabelecer relação causal entre a intervenção do *amicus curiae* e o aumento das chances de êxito do lado por ele apoiado, ainda que se possa dizer que tal condição configure distribuição assimétrica de informações. O *amicus curiae*, ainda que apresente de maneira imediata interesse específico no processo, seja pela procedência ou improcedência da demanda, transfere parcela de interesse da sociedade na defesa da ordem constitucional. Não se trata de defesa de um direito subjetivo juridicamente protegido, mas da coerência e supremacia da ordem constitucional em um processo objetivo que interessa a sociedade como um todo.

A intervenção do *amicus curiae* se apresenta como elemento agregador ao processo construtivo da decisão, na medida em que concorre com a formação do convencimento motivado.

A complexidade trazida pelas mãos do *amicus curiae* contribui como meio facilitador na composição de uma decisão mais justa. Considerar a complexidade deve ser função da jurisdição constitucional, com vistas a reduzir a esfera de discricionariedade do julgador e se evitar o julgamento com a antecipação de

sentido¹⁵². A leitura deste processo complexo parte da Constituição, mas se dirige ao ser. Nesse sentido, explica Marco Aurélio Marrafon ao se referir ao caráter complexo das decisões proferidas em matéria constitucional:

Essa tarefa pode ser traduzida pela competência democraticamente atribuída aos Tribunais de dizer o direito desde a Constituição em processo complexo de conhecimento, no qual a verdade decisória é uma construção vinculada não apenas às normas do ordenamento, mas também ao desenvolvimento hermenêutico-argumentativo ali produzido, com vistas a atingir a legitimidade necessária e a efetivar o forte compromisso com a dimensão ética fundamental de proteção ao “outro-vítima” que necessita de tutela.¹⁵³

O que se obtêm como elemento de essência do objeto da exposição argumentativa pela intervenção do *amicus curiae* está na abertura à participação democrática, na consideração de que a sociedade é complexa e multicêntrica, e de que esta complexidade, na acepção de Edgar Morin, nada mais é do que “a junção de conceitos que lutam entre si”¹⁵⁴, e esta luta constante faz parte da essência do que se considera democracia.

O elemento agregador inerente à intervenção do *amicus curiae* também resultou na implementação de mais uma forma de pluralização do debate constitucional pelo Supremo Tribunal Federal, efetivado pela possibilidade de realização de audiências públicas jurisdicionais, objeto de análise no capítulo seguinte.

O Ministro Carlos Ayres Britto, relator da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.510, que discutiu a constitucionalidade de dispositivos da Lei de Biossegurança – Lei nº 11.105/2005, quanto à utilização de células-tronco embrionárias em pesquisas científicas, ante a complexidade técnica da matéria, do conteúdo social, valorativo e ético da questão discutida na ação, e perante o grande

¹⁵² “Dessa forma ao considerar a complexidade e evitar discursos exclusivistas, evita-se a negação promovida pela antecipação do sentido (o julgar dominador) de modo a ilidir casuísmos judiciais ao mesmo tempo em que se reduz, ao máximo possível, a esfera de discricionariedade judicial. A partir desse arquétipo, a função da jurisdição constitucional se torna a de zelar pela realização do direito numa perspectiva ético-constitucional, com vistas a concretizar os direitos fundamentais até mesmo contra a legislação política ordinária, quando ela promove a negação dos direitos do ‘outro-vítima’ (individual ou comunitária).” MARRAFON, Marco Aurélio. **O caráter complexo da decisão em matéria constitucional**: discursos sobre a verdade, radicalização hermenêutica e fundação ética na práxis jurisdicional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 206.

¹⁵³ MARRAFON, **O caráter complexo da decisão em matéria constitucional**, p. 206.

¹⁵⁴ MORIN, Edgar. **Ciência com Consciência**. 8ª ed. Rio de Janeiro: Beertrand Brasil, 2005, p. 192.

número de pedidos de ingresso como *amicus curiae*, instaurou pela primeira vez no âmbito do Supremo Tribunal Federal o procedimento da audiência pública jurisdicional¹⁵⁵. Diversos *amici curiae* participaram da audiência, assim como demais interessados, especialistas, pessoas com autoridade e experiência na matéria, com o objetivo de reunir o maior número de informações técnicas, econômicas e sociais relacionadas com o fenômeno social objeto da ação.

Da mesma forma na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54, ajuizada pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde – CNTS em que se discutiu a possibilidade de antecipação terapêutica do parto de feto anencefálico, o Ministro-Relator Marco Aurélio determinou a realização de audiência pública para ouvir as entidades que requereram seu ingresso como *amicus curiae* e demais interessados¹⁵⁶.

A Ministra Cármen Lúcia relatora da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 101, ajuizada pelo Presidente da República com o objetivo de preservar a autoridade das portarias do Departamento de Operações de Comércio Exterior – DECEX e da Secretaria de Comércio Exterior – SECEX, das resoluções do Conselho Nacional do Meio Ambiente – CONAMA e de decretos federais que expressamente vedam a importação de bens de consumo usados, especificamente de pneus usados, também adotou o procedimento da audiência pública para manifestação dos *amici* e demais especialistas na matéria. Segundo a Ministra, o “número de requerimentos de comparecimento a esta Arguição na condição de *amicus curiae* é demonstrativo da repercussão social, econômica e jurídica tocados pela matéria discutida nesta Arguição. (...) Por isso, determino a realização de audiência pública, nos termos do § 1º do art. 6º da Lei nº 9.882/99”¹⁵⁷.

Perante manifestações dos mais diversos segmentos da sociedade civil veiculados pelo pedido de intervenção nos processos de controle abstrato de

¹⁵⁵ As audiências públicas no âmbito do Poder Judiciário foram previstas pelas Leis nº 9.868/99 e nº 9.882/99, todavia a primeira audiência pública somente foi realizada em 20 de abril de 2007, por convocação do Ministro Carlos Ayres Britto na ADI nº 3.510, que será objeto de estudo específico no capítulo seguinte.

¹⁵⁶ Diversas entidades solicitaram seu ingresso como *amicus curiae*, em um primeiro momento tais requerimentos foram indeferidos pelo Ministro-Relator, mas posteriormente tais entidades foram convidadas a participar da audiência pública. ADPF nº 54, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ de 14.08.2008.

¹⁵⁷ ADPF nº 101, Rel. Min. Cármen Lúcia, Decisão de 09.06.2008, DJ de 20.06.2008.

constitucionalidade como *amicus curiae* que o Supremo Tribunal Federal passou a realizar as audiências públicas como mais um mecanismo de abertura procedimental ao diálogo com a sociedade. As peculiaridades inerentes a este instituto serão objeto de exame no capítulo a seguir.

2. A AUDIÊNCIA PÚBLICA COMO MECANISMO DE REALIZAÇÃO DE DIÁLOGO DEMOCRÁTICO ENTRE A SOCIEDADE CIVIL E O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Dentro da mesma temática relacionada à busca de ampliação da participação da sociedade civil nas discussões constitucionais, como tentativa de abertura à comunicação e de extensão do contraditório nos processos de controle abstrato de constitucionalidade, iniciada com o exame das peculiaridades inerentes ao instituto do *amicus curiae*, pretende-se analisar, no presente capítulo, aspectos particulares à audiência pública jurisdicional.

Tal instituto passou a ser utilizado recentemente pelo Supremo Tribunal Federal, a partir de 2007, quando o Ministro Carlos Ayres Britto relator da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.510, convocou a realização de audiência pública com o objetivo de ampliar o conjunto de informações sobre o tema em debate na referida ação, salientando tratar-se de mecanismo de abertura à sociedade capaz de dotar as decisões do Tribunal de maior legitimidade.

Nesta perspectiva, buscar-se-á examinar se o modelo desenvolvido pelo Supremo Tribunal Federal para a realização da audiência pública possui efetivamente a capacidade de promover o diálogo com a sociedade civil, de forma a contribuir com o processo democrático de construção das decisões em sede de controle abstrato de constitucionalidade.

Nesse sentido, examinar-se-á o procedimento sob o qual se desenvolveu a primeira audiência pública do Supremo Tribunal Federal, junto a ADI nº 3.510, e posteriormente, a audiência pública sobre a “Judicialização da Saúde”, que embora não se refira especificamente a ação de fiscalização abstrata de constitucionalidade, a importância de sua análise resulta da incorporação de novo regramento procedimental, trazido pela Emenda Regimental nº 29/2009, antes inexistente no âmbito do Supremo, para regulamentar a forma de viabilização e realização das audiências públicas jurisdicionais.

Como forma de participação democrática, nos termos assegurados pelo texto constitucional, as audiências públicas foram previstas inicialmente para serem

realizadas no âmbito da administração pública e nas discussões em torno do processo formativo dos projetos de legislação infraconstitucional. Mecanismo de participação e controle dos atos do administrador público, a audiência pública caracteriza-se como instrumento capaz de dotar uma decisão administrativa de legitimidade e transparência. Segundo Evanna Soares, a audiência pública constitui “instância no processo de tomada de decisão administrativa ou legislativa, através da qual a autoridade competente abre espaço para que todas as pessoas que possam sofrer reflexos dessa decisão tenham oportunidade de se manifestar antes do desfecho do processo”¹⁵⁸.

Diogo de Figueiredo Moreira Neto define audiência pública como “instituto de participação administrativa aberta a indivíduos e a grupos sociais indeterminados, visando à legitimidade da ação administrativa, formalmente disciplinada em lei, pela qual se exerce o direito de expor tendências, preferências e opções que possam conduzir o Poder Público a uma decisão de maior aceitação consensual”¹⁵⁹.

Representa, nesse sentido, realização do princípio da participação popular na gestão e controle da administração pública como emanção do Estado Democrático de Direito. A legislação infraconstitucional disciplina a realização de audiências públicas pela administração em diversas situações, a saber: a) o art. 32 da Lei nº 9.784/99 que regulamenta o processo administrativo, prevê a possibilidade, a juízo da autoridade e diante da relevância da questão, de realização de audiência pública para debates sobre a matéria do processo; b) o art. 39, da Lei nº 8.666/93, que disciplina as licitações e contratos públicos, estabelece que o processo licitatório deve obrigatoriamente ser iniciado com a realização de audiência pública, sempre que o valor estimado para a licitação ou para o conjunto de licitações simultâneas ou sucessivas for superior a 100 (cem) vezes o limite previsto no art. 23, inciso I, alínea “c” desta Lei; c) também o art. 19, da Lei nº 9.478/97, que dispõe sobre a política energética nacional, consigna que as iniciativas de projetos de lei ou de alteração de normas administrativas que impliquem afetação ao direito dos agentes econômicos ou dos consumidores e usuários de bens e serviços das indústrias de petróleo, de

¹⁵⁸ SOARES, Evanna. A audiência pública no processo administrativo. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, nº 229, p.259-283, jul./set. 2002, p. 261.

¹⁵⁹ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Direito de participação política**: legislativa, administrativa, judicial. Fundamentos e técnicas constitucionais de legitimidade. Rio de Janeiro: Renovar, 1992, p. 129.

gás natural ou de biocombustíveis, serão precedidas de audiência pública convocada e dirigida pela Agência Nacional do Petróleo – ANP; d) a Lei nº 10.257/2001, que estabelece diretrizes gerais sobre a política urbana, conhecida como Estatuto da Cidade, determinada em seu art. 43 a realização de debates, audiências e consultas públicas, para garantir a gestão democrática da cidade, dentre outras previsões¹⁶⁰.

A partir de sua ampla utilização perante a administração pública como mecanismo capaz de incrementar a participação do indivíduo no processo de tomada de decisão sobre as políticas públicas e serem implementadas, centrada na preocupação de inclusão do sujeito no debate coletivo, propiciando constante retorno e reafirmação do princípio da soberania popular, com o mesmo propósito se autoriza o pensar no desenvolvimento da audiência pública jurisdicional.

Reitere-se que a Constituição Federal identifica a soberania popular como princípio fundamental exaltando a participação, de forma direta ou indireta, de todos os brasileiros nos ditames do país, segundo se pensa expor o regime democrático de direito.

O prestígio dado pelo texto constitucional à participação direta da sociedade também está ilustrado na previsão constante do inciso II, § 2º, do art. 58, da CF/88¹⁶¹, segundo o qual, as comissões permanentes e temporárias, das casas do Congresso Nacional, podem realizar audiências públicas com entidades da sociedade civil para tratar de matérias de sua competência, realçando mais uma vez a importância da participação efetiva das pessoas na regência dos assuntos de interesse e de importância para o país.

Nesse sentido, também a previsão do art. 27, inciso IV, da Lei nº 8.625/93 –

¹⁶⁰ Cf. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **O direito administrativo**. 20ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2007, p. 589-591. CLEMENTE, Augusto Junior. **Democracia deliberativa e esfera pública**: A experiência das audiências públicas de Curitiba. Curitiba, 2011, 144f. Dissertação (Mestrado em Ciência Política) – Departamento de Ciências Sociais, Universidade Federal do Paraná.

FIGUEIREDO, Lucia Valle. Instrumentos da administração consensual: a audiência pública e sua finalidade. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, nº 230, p. 237-250, out./dez. 2002. OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. As audiências públicas e o processo administrativo brasileiro. **Revista da OAB**. Brasília, v.27, nº 64, p.19-36, jan./jun. 1997.

¹⁶¹ Art. 58. O Congresso Nacional e suas Casas terão comissões permanentes e temporárias, constituídas na forma e com as atribuições previstas no respectivo regimento ou no ato de que resultar sua criação. (...) § 2º - às comissões, em razão da matéria de sua competência, cabe: (...) II - realizar audiências públicas com entidades da sociedade civil;

Lei Orgânica do Ministério Público, quanto à possibilidade de realização de audiência pública pelo Ministério Público para a defesa dos direitos assegurados na Constituição¹⁶².

A audiência pública jurisdicional constitui, nesse contexto, um instrumento destinado a permitir que os cidadãos, individualmente ou mediante entidades representativas, expressem suas razões e opiniões sobre assuntos do interesse de todos, como expressão de ação democrática, nos termos assegurados pelo texto constitucional.

Neste sentido, buscar-se-á discutir os aspectos inerentes à audiência pública jurisdicional como instrumento dotado da capacidade de reunir informações técnicas, econômicas e sociais, relacionadas com o fenômeno social objeto do processo constitucional em discussão junto ao Supremo Tribunal Federal.

Perquirir-se-á, neste interim, a justificativa apresentada pelo Supremo Tribunal Federal para a realização das audiências públicas como instrumento capaz de conferir maior legitimidade democrática às suas decisões, proporcionada pela aproximação com a sociedade civil, a teor da teoria da representação argumentativa.

Examinar-se-ão, ainda, os potenciais resultados decorrentes da realização destas audiências como instrumento de ampliação do debate democrático e seus reflexos no processo construtivo das decisões, conforme se passa a expor.

2.1 O procedimento das audiências públicas jurisdicionais realizadas pelo Supremo Tribunal Federal

As audiências públicas no âmbito do Poder Judiciário foram previstas, inicialmente, pelas Leis nº 9.868/99 e nº 9.882/99, que disciplinam o processamento e julgamento das Ações Diretas de Inconstitucionalidade – ADI, Ações Declaratórias

¹⁶² Art. 27, IV, Lei nº 8.625/93. Cabe ao Ministério Público exercer a defesa dos direitos assegurados nas Constituições Federal e Estadual, sempre que se cuidar de garantir-lhe o respeito: (...)IV - promover audiências públicas e emitir relatórios, anual ou especiais, e recomendações dirigidas aos órgãos e entidades mencionadas no caput deste artigo, requisitando ao destinatário sua divulgação adequada e imediata, assim como resposta por escrito.

de Constitucionalidade – ADC e Arguições de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF.

Segundo a redação do § 1º, do art. 9º, da Lei nº 9.868/99, 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, ainda, estabelecer uma data para a realização de uma audiência pública com o fim de ouvir depoimentos de pessoas com experiência e autoridade na matéria.

O § 1º, do art. 6º, da Lei nº 9.882/99, que trata da arguição de descumprimento de preceito fundamental, por sua vez, estabelece que o relator, se entender necessário, poderá 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.

Em que pese existir a previsão legal desde a edição das referidas leis em 1999, a primeira audiência pública no âmbito do Supremo Tribunal Federal somente foi realizada em 20 de abril de 2007, por convocação de ordem do Ministro Carlos Ayres Britto, Relator da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.510. A ação questionou a constitucionalidade de dispositivos da Lei de Biossegurança que autorizam a utilização de células-tronco embrionárias em pesquisas científicas e para fins terapêuticos. Registre-se que a convocação para a audiência ocorreu em dezembro de 2006 e sua concretização se deu em 20 de abril de 2007.

Em razão do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal nada tratar sobre o procedimento a ser adotado para realização da audiência pública, o Ministro-Relator Carlos Ayres Britto à época determinou que fosse seguido como parâmetro objetivo o Regimento Interno da Câmara dos Deputados¹⁶³ que em seus

¹⁶³ “Diante dessa carência normativa, cumpro-me aceder a um parâmetro objetivo do procedimento de oitiva dos expertos sobre a matéria de fato da presente ação. E esse parâmetro não é outro senão o Regimento Interno da Câmara dos Deputados, no qual se encontram dispositivos que tratam da realização, justamente, de audiências públicas (arts. 255 usque 258 do RI/CD). Logo, são esses os textos normativos de que me valerei para presidir os trabalhos da audiência pública a que me propus. Audiência coletiva, realce-se, prestigiada pela própria Constituição Federal em mais de

artigos 255 a 258 já versavam sobre a realização de audiência pública¹⁶⁴.

Ainda sem regulamento próprio, o Supremo Tribunal Federal realizou outras duas audiências públicas, uma na data de 27 de junho de 2008, convocada pela Ministra Carmen Lúcia, para subsidiar o julgamento de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 101 que discutiu a constitucionalidade de atos normativos que proibiam a importação de pneus usados; e outra, efetivada nos dias 26 e 28 de agosto, 4 e 16 de setembro de 2008, convocada pelo Ministro Marco Aurélio, para subsidiar o julgamento de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54, que examinou a possibilidade de interrupção terapêutica da gravidez em casos de fetos anencefálicos.

Em 2009 as audiências públicas jurisdicionais foram regulamentadas pela Emenda Regimental nº 29, que deu nova redação ao art. 13, XVII¹⁶⁵ e art. 21, XVII¹⁶⁶, ambos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal – RISTF, passando a atribuir competência ao Presidente do Supremo Tribunal Federal e ao Relator da ação sob exame, para convocar a realização de audiência pública com o objetivo de ouvir o depoimento de pessoas com experiência e autoridade em determinada matéria, sempre que entenderem necessário para o esclarecimento de questões ou circunstâncias de fato, com repercussão geral e de interesse público relevante, que sejam objeto de debates no Tribunal.

O procedimento a ser observado na realização das audiências públicas jurisdicionais, a partir da Emenda Regimental nº 29/2009, passou a estar previsto no parágrafo único do art. 154 do Regimento Interno do STF.

uma passagem, como verbi gratia, o inciso II do § 2º do art. 58, (...).” (sic). Decisão de convocação de audiência pública na ADI nº 3.510/DF. Disponível em:

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=598179#38%20-%20Despacho%20-%2016/3/2007> Acesso em: 23.05.2013.

¹⁶⁴ Art. 255, RICD. Cada Comissão poderá realizar reunião de audiência pública com entidade da sociedade civil para instruir matéria legislativa em trâmite, bem como para tratar de assuntos de interesse público relevante, atinentes à sua área de atuação, mediante proposta de qualquer membro ou a pedido de entidade interessada.

¹⁶⁵ Art. 13, RISTF. São atribuições do Presidente: (...) XVII – convocar audiência pública para ouvir o depoimento de pessoas com experiência e autoridade em determinada matéria, sempre que entender necessário o esclarecimento de questões ou circunstâncias de fato, com repercussão geral e de interesse público relevante, debatidas no âmbito do Tribunal.

¹⁶⁶ Art. 21, RISTF. São atribuições do Relator: (...) XVII – convocar audiência pública para ouvir o depoimento de pessoas com experiência e autoridade em determinada matéria, sempre que entender necessário o esclarecimento de questões ou circunstâncias de fato, com repercussão geral ou de interesse público relevante.

O referido regramento estabelece que a decisão de convocação da audiência pública, proferida pelo Presidente do Supremo Tribunal Federal ou pelo Ministro-Relator da demanda *sub judice*, deve ser dotada de publicidade com divulgação pela forma mais ampla possível, bem como deve ser estabelecido prazo para a indicação das pessoas e *experts* a serem ouvidos.

Deve ser garantida a participação das mais diversas opiniões sobre o tema objeto da audiência, sobretudo de defensores e opositores à matéria, sendo competência do Ministro que presidir a audiência pública, selecionar as pessoas que serão ouvidas, divulgar a lista dos habilitados, determinar a ordem dos trabalhos e fixar o tempo disposto a cada um para manifestar-se. Os casos omissos também deverão ser resolvidos pelo Ministro que convocou a audiência, donde se infere a atribuição de amplos poderes de condução ao Ministro que convocou a audiência pública.

Segundo o procedimento estabelecido no art. 154 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal – RISTF, os depoimentos a serem realizados na audiência pública devem estar limitados ao tema ou questão objeto de análise, não sendo permitido tratar de outras questões. Subsiste a previsão de transmissão televisiva da audiência pública pela TV Justiça e pela Rádio Justiça, bem como, de que os trabalhos desenvolvidos na audiência pública sejam registrados e juntados aos autos do processo, quando for o caso, ou arquivados no âmbito da Presidência do Tribunal.

Além do regramento procedimental, a inovação trazida com a Emenda Regimental nº 29/2009 refere-se à atribuição de competência para a convocação de audiência pública não somente ao Ministro-Relator da ação a ser analisada, mas também ao Presidente do Supremo Tribunal Federal quando entender necessário buscar esclarecimentos sobre questões ou circunstâncias de fato, com repercussão geral e de interesse público relevante, que estejam sendo objeto de debates no âmbito do Tribunal.

Após estas alterações regimentais, o Ministro Gilmar Mendes, então Presidente do Supremo Tribunal, fazendo uso do novo regramento procedimental, convocou audiência pública com o objetivo de subsidiar o julgamento de processos que discutiam a concretização do direito à saúde (art. 196 da Constituição Federal) a

partir do oferecimento de medicação e tratamento pelo Poder Público, que ficou conhecida como a audiência pública sobre a “Judicialização do direito à saúde”, realizada nos dias 27, 28 e 29 de abril e 4, 6 e 7 de maio de 2009.

Posteriormente foram realizadas as seguintes audiências públicas:

- ADPF nº 186 e RE nº 597.285 – realizada em 3, 4 e 5 de março de 2010 – audiência pública convocada pelo Ministro Ricardo Lewandowski, para subsidiar o julgamento de processos que discutiam a instituição do sistema de reserva de vagas nas universidades públicas com base em critério étnico-racial, bem como para estudantes egressos do ensino público.

- ADI nº 4.103 – realizada de 7 e 14 de maio de 2012 – audiência pública convocada pelo Ministro Luiz Fux, para subsidiar o julgamento de ADI nº 4.103 que discute a constitucionalidade da Lei nº 11.705/2008, que proíbe a venda de bebidas alcoólicas à beira de rodovias federais ou em terrenos contíguos à faixa de domínio com acesso direto à rodovia.

- ADI nº 3.937 – realizada nos dias 24 e 31 de agosto de 2012 – audiência pública convocada pelo Ministro Marco Aurélio, para subsidiar o julgamento de ADI nº 3.937 que impugna a Lei nº 12.684/2007, do Estado de São Paulo, que proíbe o uso de produtos materiais ou artefatos que contenham qualquer tipo de amianto ou asbesto em sua composição.

- ADI nº 4.679, ADI nº 4.756 e ADI nº 4.747 – realizada nos dias 18 e 25 de fevereiro de 2013 – audiência pública convocada pelo Ministro Luiz Fux, para subsidiar o julgamento de processos que objetivam impugnar dispositivos da Lei nº 12.485/2011, que estabeleceu o novo marco regulatório da televisão por assinatura no Brasil.

- RE nº 627.189 – realizada nos dias 6, 7 e 8 de março de 2013 – convocada pelo Ministro Dias Toffoli, para subsidiar o julgamento do Recurso Extraordinário 627.189, com repercussão geral reconhecida, que discute as consequências da radiação eletromagnética para a saúde e os efeitos da redução do campo eletromagnético das linhas de transmissão e fornecimento de energia.

- RE nº 586.224 – realizada no dia 22 de abril de 2013 – convocada pelo Ministro Luiz Fux, com o objetivo de debater a controvérsia sobre a queima da palha

da cana-de-açúcar (queimadas nos canaviais) junto ao RE nº 586.224, cuja repercussão geral foi reconhecida.

- RE nº 641.320 – realizada nos dias 27 e 28 de maio de 2013 – audiência pública convocada pelo Ministro Gilmar Mendes, para subsidiar o julgamento do referido recurso extraordinário, com repercussão geral reconhecida, que discute a possibilidade de cumprimento de pena em regime menos gravoso quando o Estado não dispuser, no sistema penitenciário, de vaga no regime indicado na condenação (regime prisional).

- ADI nº 4.650 – realizada nos dias 17 e 24 de junho de 2013 – audiência pública convocada pelo Ministro Luiz Fux, para debater os pontos de vista econômico, político, social e cultural concernentes ao sistema de financiamento de campanhas eleitorais vigente.

Permanece previsão de realização de audiência pública convocada pelo Ministro Marco Aurélio para subsidiar o julgamento das Ações Diretas de Inconstitucionalidade que impugnam a Medida Provisória nº 621, de 8 de julho de 2013, que instituiu o denominado “Programa Mais Médicos” – ADI nº 5.037, proposta pela Confederação Nacional dos Trabalhadores Liberais Universitários Regulamentados – CNTU, e a ADI nº 5.035, proposta pela Associação Médica Brasileira – AMBR, e audiência convocada pela Ministra Cármen Lúcia com o fim de discutir a necessidade de autorização para a publicação de biografias, tema abordado na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.815, ajuizada em 2012 pela Associação Nacional dos Editores de Livros – Anel, para questionar o alcance da interpretação dos artigos 20 e 21 do Código Civil.

No que tange ao procedimento desenvolvido para a realização das audiências públicas, atualmente o Supremo Tribunal Federal tem admitido a apresentação de documentos ou manifestações encaminhados por via eletrônica, referentes ao assunto a ser tratado na audiência, desde que tragam a indicação do nome e dos temas que o documento pretende abordar, bem como demonstrem a pertinência temática para com as dúvidas declaradas no despacho convocatório. Além de abrir prazo para inscrição de demais interessados em participar o Ministro que convocou a audiência pública, regra geral, determina a expedição de convites a autoridades e demais entidades que entenda possam contribuir com informações

relevantes para o deslinde da questão.

Registre-se a inovação trazida no despacho convocatório para a audiência pública sobre o financiamento de campanhas eleitorais, junto a ADI nº 4.650, emitido pelo Ministro Luiz Fux, no sentido de que qualquer interessado possa solicitar inscrição para participar da audiência através de requerimento enviado por meio eletrônico. Segundo consta do despacho convocatório, “Os interessados, pessoas jurídicas com ou sem fins lucrativos, mas de adequada representatividade, e pessoas físicas de notório conhecimento nas áreas envolvidas, poderão manifestar seu desejo de participar e de indicar expositores na futura Audiência Pública”¹⁶⁷. Convocação de maior amplitude que demonstra tentativa de efetiva abertura à participação da sociedade civil, em princípio.

Recentemente o despacho convocatório para a audiência pública designada para discutir questões inerentes ao “Programa mais médicos” do governo federal, mencionou apenas que “a manifestação de interesse em tomar parte na audiência e a indicação de profissionais pelas entidades já admitidas no processo”¹⁶⁸ devem ser encaminhadas exclusivamente por meio eletrônico, não consignando qualquer restrição à possibilidade de que qualquer pessoa possa inscrever-se para participar da audiência.

No mesmo sentido, a convocação de audiência pública pela Ministra Cármen Lúcia, para colheita de informações a contribuir com o julgamento da ADI nº 4.815, que discute a proibição estabelecida pela lei quanto à edição de biografias sem a devida autorização. Segundo a Ministra, o tema a que a ação está envolta, torna necessária a realização da audiência pública para que sejam ouvidos “especialistas, historiadores, cidadãos cujas atuações foram ou podem vir a ser temas de cuidados por escritores, juristas, a fim de obter subsídios que serão de relevo para se

¹⁶⁷ Despacho convocatório para audiência pública junto a ADI nº 4.650, Ministro-Relator Luiz Fux, disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/audienciasPublicas/anexo/ConvocacaoAudienciaPublicaFinanciamentoDeCampanhas.pdf> Acesso em: 23.05.2013.

¹⁶⁸ Despacho convocatório para audiência pública junto a ADI nº 5.037, Ministro-Relator Marco Aurélio. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/audienciasPublicas/anexo/DespachoAudienciaMaisMedicos.pdf> Acesso em: 05.11.2013.

manifestar sobre o objeto do exame na presente ação”¹⁶⁹. A convocação desta audiência também se mostrou, em princípio, bastante ampla no sentido de possibilitar a inscrição por qualquer interessado. No entanto, somente a partir dos procedimentos adotados durante a realização da audiência pública é que se poderá observar efetiva ampliação à participação da sociedade civil.

Como já referenciado, a primeira audiência pública jurisdicional foi realizada em 2007 com a finalidade de colher informações sobre objeto da ADI nº 3.510, proposta pelo Procurador-Geral da República, que questionou a constitucionalidade do art. 5º e parágrafos da Lei nº 11.105/2005 (Lei da Biossegurança), no que se refere ao desenvolvimento de pesquisas científicas para fins terapêuticos a partir de células-tronco embrionárias. Trata-se de matéria extremamente controvertida por versar sobre questões inerentes ao início da vida humana e, deste modo, de eventual ofensa ao direito fundamental à vida e ao princípio da dignidade humana, além de envolver outros direitos fundamentais como o direito à saúde e ao livre desenvolvimento de pesquisas científicas, ao se pensar em futuros benefícios advindos das pesquisas científicas para a qualidade de vida das pessoas ou, ainda, de eventuais prejuízos que possam ocasionar.

Desde a justificativa tecida pelo Ministro-Relator Carlos Ayres Britto, quanto à realização desta primeira audiência pública no âmbito do Poder Judiciário, restou manifestamente consignado o pensamento de que este instrumento possibilitaria uma maior aproximação da sociedade civil à judicatura brasileira e, por conseguinte, dotaria a decisão a ser tomada pelo Tribunal de maior legitimidade.

Curiosamente o pedido para a realização desta primeira audiência pública partiu do Procurador-Geral da República em sua petição inicial¹⁷⁰, com base no § 1º, do art. 9º, da Lei nº 9.868/99, já consignando um rol de pessoas a serem ouvidas na audiência. A par do pedido efetuado pelo Procurador-Geral da República, a convocação da audiência pública também se deu em razão dos inúmeros pedidos

¹⁶⁹ Despacho convocatório para audiência pública junto a ADI nº 4.815, Ministra-Relatora Cármen Lúcia. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/audienciasPublicas/anexo/Despacho_Convocatorio.pdf Acesso em: 05.11.2013.

¹⁷⁰ Petição inicial da ADI nº 3.510/DF, proposta pelo Procurador-Geral da República. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=594135#2%20-%20Peticao%20inicial> Acesso em: 04/10/2012.

de ingresso como *amicus curiae* no processo.

Das notas taquigráficas da referida audiência infere-se que já na abertura dos trabalhos, pela então Presidente do Supremo Tribunal Federal, Ministra Ellen Gracie, foi ressaltada a intenção de acrescer conhecimentos necessários à definição de matéria tão controversa, na procura de uma melhor solução ao caso¹⁷¹ louvando a iniciativa e abertura do Tribunal para tal fim.

O Ministro-Relator, por sua vez, ressaltou que a audiência pública representa “mecanismo de democracia direta ou participativa”¹⁷², destacando sua realização como meio de aproximação com a realidade social:

Nós, do Supremo Tribunal Federal, queremos, com esta audiência, homenagear a própria sociedade civil organizada, que passa a contribuir constitutivamente, por certo, para a prolação de um julgado que repercutirá profundamente na vida de todas as pessoas, sabido que o Supremo Tribunal Federal é mesmo uma Corte, uma Casa de fazer destino, e destino brasileiro, e esse tema é paradigmático, emblemático para a realização desse tipo de audiência.¹⁷³

Em que pese tais justificativas, o desenvolvimento dos trabalhos na audiência se deu de forma bastante rígida, ante a preocupação do Ministro-Relator com o procedimento a ser desenvolvido em razão da ausência de regramento específico sobre a matéria no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal – RISTF, pelo que utilizou, como já afirmado, como marco referencial, a previsão de realização da audiência pública estabelecida pelo Regimento Interno da Câmara dos Deputados.

Restou estabelecido pelo Ministro-Relator e condutor da audiência, a divisão dos expositores em dois grupos antagônicos, um favorável e outro contrário ao dispositivo da Lei de Biossegurança em pauta, cujas exposições orais foram

¹⁷¹ “As minhas palavras iniciais são apenas para saudar os participantes, agradecer a presença da comunidade científica que vem trazer a este Tribunal o aporte do seu conhecimento, acumulado ao longo do tempo, sobre uma matéria tão difícil, quanto esta que constitui o objeto da ação direta de inconstitucionalidade, e dizer-lhes que o ato de julgar é, antes de mais nada, um grande exercício de humildade intelectual. Por isso, o Supremo Tribunal Federal se reúne para ouvir a opinião dos especialistas, acrescentar e aprofundar conhecimentos, para que possa, ciente das limitações que são próprias ao ser humano, tentar encontrar a melhor solução neste, como nos outros casos.” Notas taquigráficas da ADI nº 3.510/DF. Disponível em:

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=598460#60%20-%20Certid%E3o%20-%20de%20audi%Eancia> Acesso em: 04/10/2012.

¹⁷² Notas taquigráficas da ADI nº 3.510/DF, fls. 912.

¹⁷³ Notas taquigráficas da ADI nº 3.510/DF, fls. 914.

divididas em dois turnos. Estabeleceu-se somente o critério informativo das explanações, visto que não foi permitido o debate ou qualquer outra manifestação que não a exposição feita na devida ordem estabelecida por sorteio. Foi ressaltado que as exposições seriam realizadas por especialistas, já devidamente credenciados, demonstrando o objetivo de recolher informações técnicas por profissionais com reconhecida autoridade e conhecimento específico sobre a matéria.

A classificação dos expositores durante a audiência em dois blocos antagônicos de posicionamentos, os prós e os contrários, estabelecido desde o primeiro momento pelo Ministro-Relator e condutor da audiência pública, ouviu 22 (vinte e dois) especialistas, em sua maioria médicos, pesquisadores e cientistas.

O bloco de nº 1, formado pelas pessoas indicadas pela Procuradoria-Geral da República e pelo *amicus curiae* Conferência Nacional dos Bispos do Brasil - CNBB apresentou posicionamento pela inconstitucionalidade dos dispositivos da Lei de Biossegurança que autorizaram a utilização de células-tronco embrionárias para fins de pesquisa científica. No bloco nº 2, que apresentou argumentos pela constitucionalidade dos referidos dispositivos legais, participaram *experts* indicados pelo Congresso Nacional, pelo Presidente da República e pelos demais *amici curiae*.

A ordem de apresentação na audiência pública foi estabelecida por sorteio. Iniciaram-se os trabalhos pela manhã com exposição de especialistas do bloco nº 2, que dispuseram de 1h30min (uma hora e trinta minutos) para expor seus argumentos; na sequência foi ouvido o bloco nº 1 com o mesmo tempo de exposição. No período da tarde, inverteu-se a ordem de apresentação, iniciando-se os trabalhos com o bloco nº 1 e posteriormente ouviu-se o bloco nº 2, os quais dispuseram de 2h00min (duas horas) para suas respectivas exposições. Na seguinte ordem:

- Período da manhã:
 - Bloco 2 – favorável às pesquisas com células-tronco embrionárias falaram:

Dr.^a Mayana Zatz; Dr.^a Patrícia Helena Lucas Pranke; Dr.^a Lúcia Braga; Dr. Stevens Rehen; Dr.^a Rosália Mendes Otero; Dr. Júlio

César Voltarelli, e Dr. Ricardo Ribeiro dos Santos¹⁷⁴.

- Bloco 1 – contrário às pesquisas com células-tronco embrionárias falaram:

Dr.^a Lenise Aparecida Martins Garcia; Dr.^a Cláudia Maria de Castro Batista; Dr.^a Lilian Piñero Eça; Dr.^a Alice Teixeira Ferreira, e Dr. Marcelo Vaccari¹⁷⁵.

- Período da tarde:

- Bloco 1 – contrário às pesquisas com células-tronco embrionárias falaram:

Dr. Antônio Eça; Dr.^a Elisabeth Kipman Cerqueira; Dr. Rodolfo Acatauassú Nunes; Dr. Herbert Praxedes; Dr. Dalton Luiz de Paula Ramos, e Dr. Rogério Pazetti.

¹⁷⁴ Bloco nº 2, formado por pessoas que falaram pela constitucionalidade dos dispositivos impugnados, elencamos alguns dos muitos especialistas que se manifestaram na audiência com suas respectivas titulações: *Dr.^a Lúcia Willadino Braga* – Neurocientista, Diretora-Executiva da Rede Sarah de Hospitais e Presidente da Rede Sarah, Chefe da área de pesquisas, membro da Diretoria da Sociedade Internacional de Lesão Cerebral - Internacional Brain Injury Association, e Vice-Presidente da Federação Mundial de Neuro-reabilitação; *Dr. Ricardo Ribeiro dos Santos* – Professor Titular da Faculdade de Medicina de Ribeirão Preto – USP, Pesquisador Titular da FIOCRUZ/BA; *Dr.^a Mayana Zatz* – Professora de Genética da USP, Diretora do Centro de Estudos do Genoma Humano, Membro da Academia Brasileira de Ciências e Presidente da Associação Brasileira de Distrofia Muscular; *Dr.^a Débora Diniz* – Antropóloga, Doutora em Antropologia pela Universidade de Brasília, Pós-Doutora em Bioética pela Universidade de Leeds no Reino Unido, Pesquisadora das implicações éticas, sociais e legais do Projeto Genoma Humano dos Estados Unidos, Diretora da Associação Internacional de Bioética e da Diretoria da ONG Anis – Instituto de Bioética Direitos Humanos e Gênero; *Dr.^a Rosália Mendes Otero* – Professora Titular da UFRJ, membro da Academia Brasileira de Ciências, Coordenadora do Programa de Terapias Celulares da UFRJ, Coordenadora do primeiro estudo clínico de utilização de células da medula óssea em pacientes com acidente vascular cerebral isquêmico na fase aguda; *Dr. Antonio Carlos Campos de Carvalho* – Médico, com Doutorado em Ciências pela Universidade Federal do Rio de Janeiro, Coordenador de Ensino e Pesquisa do Instituto Nacional de Cardiologia, Professor Titular do Albert Einstein College of Medicine em Nova York, Membro da Acadêmica Brasileira de Ciências e da Academia de Ciências do Mundo em Desenvolvimento, Professor Titular da UFRJ, especificamente do Instituto de Biofísica Carlos Chagas Filho; dentre outros. Notas taquigráficas da ADI nº 3.510/DF.

¹⁷⁵ Bloco nº 1, com posicionamento pela inconstitucionalidade dos dispositivos da Lei de Biossegurança, elenca-se apenas alguns dentre os muitos especialistas que falaram na audiência, com suas respectivas titulações: *Dr.^a Cláudia Maria de Castro Batista* – Professora da UFRJ, Pesquisadora de células-tronco com Pós-Doutorado na Universidade de Toronto – Canadá, Pesquisadora de Doenças Neurodegenerativas; *Dr.^a Lilian Piñero Eça* – Professora da Universidade do Sagrado Coração/USC de Bauru, Pesquisadora em células-tronco na Unifesp e na USC, Coordenadora de Pós-Graduação no CEU, Diretora Científica do Centro de Atualização em Saúde e Presidente do Instituto de Pesquisa de Células-Tronco; *Dr.^a Alice Teixeira Ferreira* – Médica, Professora da Universidade Federal de São Paulo, Coordenadora de Estudos Pré-Clínicos com células-tronco adultas na mesma instituição e Professora Orientadora de Biologia Celular e Molecular; dentre outros. Notas taquigráficas da ADI nº 3.510/DF.

- Bloco 2 – favorável às pesquisas com células-tronco embrionárias falaram:

Dr.^a Lygia Pereira; Dr. Luiz Eugênio Araújo de Moraes Mello; Dr. Antonio Carlos Campos de Carvalho, e Dr.^a Débora Diniz.

Desde a abertura da audiência pública o Ministro-Relator frizou que o objetivo operacional era o da colheita de informações técnicas com o intuito de auxiliar os Ministros no exame da matéria. Pontuou o dever de cada grupo ou bloco de expositores de ouvir com respeito à exposição do outro grupo, tendo em vista que a audiência não possuía intenção de promover debate e/ou contraditório sobre o tema¹⁷⁶.

Salientando possuir a audiência caráter instrutório para colheita de informações auxiliares para o julgamento do processo, além dos debates foram proibidas a apresentação de argumentos jurídicos ou valorativos sobre o tema¹⁷⁷, e a manifestação do público presente no plenário quando das exposições dos especialistas¹⁷⁸. Tais proibições em certa medida frustraram a expectativa aposta à audiência pública como primeiro procedimento de abertura ao diálogo realizado pelo Supremo Tribunal Federal. Ao final das exposições foi possibilitada a realização de perguntas pelos demais Ministros da casa.

Em suas considerações finais, o Ministro Carlos Ayres Britto referenciou a audiência pública como instrumento para que a população possa “contribuir para a formatação de um julgado que lhe diz imediato respeito e repercute na vida de toda a população”¹⁷⁹, salientando que a democracia compreende o deslocamento “de quem está na plateia, habitualmente, para o palco das decisões coletivas”¹⁸⁰.

Em que pese o potencial da audiência pública como instrumento de promoção de diálogo entre a judicatura e a sociedade civil, pelos procedimentos adotados pelo Ministro condutor da audiência, restou evidenciada uma atitude ainda

¹⁷⁶ Notas taquigráficas da ADI nº 3.510/DF.

¹⁷⁷ “Quero louvar, nos expositores, esse apego fiel e irrestrito ao tema da exposição, sem descambar, por exemplo, para a área jurídica.” Notas taquigráficas da ADI nº 3.510/DF, p. 982.

¹⁷⁸ “Peço ao público, encarecidamente, que não se manifeste. Esta audiência é instrutória, nos termos da lei, e nessa medida, não comporta, portanto, a participação do público nem sob a forma de aplausos nem sob a forma de apupos”. Notas taquigráficas da ADI nº 3.510/DF, p. 925.

¹⁷⁹ Notas taquigráficas da ADI nº 3.510/DF, fls. 1.128.

¹⁸⁰ Notas taquigráficas da ADI nº 3.510/DF, fls. 1.128.

muito tímida no sentido de promover este diálogo. Foram estabelecidos critérios muito restritivos de participação da sociedade, condição que impossibilitou uma aproximação mais efetiva que fosse capaz de trazer ao palco a real vontade social em sua realidade e concretude.

Para Vanice Regina Lírio do Valle a audiência pública não atingiu o objetivo proposto, pois, segundo sua perspectiva, “em que pese o discurso de justificação da audiência, a síntese dos termos em que ela se desenvolveu evidencia que a forma de condução dos trabalhos não guardou total aderência com essa pretensão dialógica e pluralista”.¹⁸¹

Notadamente, a possibilidade de inscrição somente de especialistas com autoridade na matéria também revela atitude restritiva, na medida em que permitiu parcialmente a intervenção de alguns, em detrimento de outros interessados, contrariando a demanda por maior participação.

Por outro lado, a audiência pública da ADI nº 3.510, ainda que com a rigidez com a qual foi conduzida, representa primeiro passo de abertura procedimental e, neste aspecto, é salutar a sua importância. Somente a partir dela é que o Supremo Tribunal Federal passou a considerar a utilização de tal instrumento, embora já estivesse prevista e autorizada há muito tempo pela legislação.

Há que frisar-se que, por meio da audiência pública houve a representação de interesses e pontos de vista da sociedade civil, que através de argumentos técnicos fundamentaram posições distintas quanto à viabilidade ou não da utilização de células-tronco embrionárias para fins terapêuticos e de pesquisa científica.

Nesse sentido, a audiência pública efetivamente permitiu a colheita de uma plêiade de informações técnicas específicas sobre a matéria tematizada, usualmente não possíveis ao conhecimento comum, nem mesmo no âmbito de atuação dos juristas, porque próprios de outros ramos do conhecimento. Abordou questões de cunho biológico e científico referentes à técnica de fertilização *in vitro* e à produção de embriões para tal fim, dentre tantos outros aspectos que foram enunciados durante as exposições na audiência. Registre-se que as notas taquigráficas da audiência pública somaram 227 (duzentas e vinte e sete) páginas de informações

¹⁸¹ VALLE, Vanice Regina Lírio (et. al). **Audiências públicas e ativismo: Diálogo social no STF**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2012, p. 69.

integralizadas aos autos com o intuito de dotar os Ministros de maiores subsídios valorativos e técnicos para o julgamento do processo.

Certamente os pontos de diálogo poderiam ter sido ampliados no sentido de trazer maiores esclarecimentos à decisão a ser tomada, visto que algumas matérias enfrentadas pelos Ministros, como a regulamentação dos procedimentos de reprodução assistida e a definição de um órgão de controle das pesquisas não encontraram apoio nas informações trazidas pela audiência pública¹⁸².

A contribuição poderia ter sido maior, porém, não se pode negar a importância da realização da primeira audiência pública da história do Supremo Tribunal Federal, aguardada desde 1999, mas somente trazida à realidade em 2007.

O exame pormenorizado dos votos dos Ministros junto a ADI nº 3.510 será realizado no item 2.3, quando da análise dos potenciais efeitos reflexivos das audiências públicas na construção das decisões. Adianta-se, por oportuno, que alguns votos fazem referência específica às informações obtidas através da audiência pública, ao passo que outros embora não tragam alusão expressa, utilizam-se indiretamente de tais informações, outros ainda, buscaram informações em outras fontes, conforme se verificará adiante.

Em 05 de março de 2009 o então Presidente do Supremo Tribunal Federal, Ministro Gilmar Mendes, fazendo uso da nova redação dada aos art. 13 e 21 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal – RISTF, pela Emenda Regimental nº 29/2009, convocou a realização de audiência pública para buscar informações capazes de auxiliar o julgamento das ações em trâmite no Tribunal que versavam sobre o direito à saúde.

¹⁸² Nesse sentido, Rafael Scavone Bellem de Lima apresenta crítica à referida audiência pública porque, segundo sua perspectiva, poucos foram os pontos de diálogo, como se verifica *in verbis*: “Tendo como parâmetro o caráter informativo da audiência pública, prescrito em lei, a decisão do Supremo Tribunal Federal seria tão mais esclarecida, quanto mais numerosos fossem os pontos de diálogo com as exposições dos especialistas que participaram do evento e maior fosse a consideração desses argumentos. O mesmo ocorreria com a sua representatividade, caso se partisse de uma concepção mais representativa do evento, como a defendida pelos Ministros Carlos Ayres Britto e Gilmar Ferreira Mendes. Valendo-se das alegorias construídas por esses dois Ministros, se o povo foi tirado da plateia e colocado no palco, ele, certamente, não protagonizou o espetáculo e, se a audiência pública fez do Supremo Tribunal Federal uma Casa do Povo, nela a voz do dono pouco foi ouvida.” LIMA, Rafael Scavone Bellem de. **A audiência pública realizada na ADI 3510-0: A organização e o aproveitamento da primeira audiência pública da história do Supremo Tribunal Federal.** São Paulo, 2008. 79f. Monografia. Escola de Formação da Sociedade Brasileira de Direito Público.

Desde seu despacho convocatório, à audiência pública sobre a “Judicialização da Saúde” irromperam inovações, como a iniciativa de convocação feita pelo Presidente do Supremo Tribunal Federal e não, como então, pelo Ministro-Relator de processo específico.

Segundo as justificativas apresentadas pelo Ministro Gilmar Mendes, a realização de audiência pública para ouvir o depoimento de pessoas com experiência e autoridade em matéria de Sistema Único de Saúde, objetivando esclarecer as questões técnicas, científicas, administrativas, políticas, econômicas e jurídicas relativas às ações de prestação de saúde, se apresentava de imperiosa necessidade e importância ante os diversos pedidos de Suspensão de Segurança, Suspensão de Liminar e Suspensão de Tutela Antecipada em trâmite no âmbito da Presidência do Supremo Tribunal Federal, com o objetivo de suspender medidas cautelares que determinavam o fornecimento das mais variadas prestações de saúde pelo Sistema Único de Saúde – SUS. Segundo o Ministro, decisões tomadas no âmbito destes processos suscitam inúmeras alegações de lesão à ordem, à segurança, à economia e à saúde públicas, de modo que demonstram o interesse público relevante sobre as questões suscitadas a serem esclarecidas por meio da audiência pública¹⁸³.

O despacho de convocação da audiência pública ainda elencou expressamente matérias de interesse para serem abordadas nas explanações como: 1) Responsabilidade dos entes da Federação em matéria de direito à saúde; 2) Obrigação do Estado de fornecer prestação de saúde prescrita por médico não pertencente ao quadro do SUS ou sem que o pedido tenha sido feito previamente à Administração Pública; 3) Obrigação do Estado de custear prestações de saúde não abrangidas pelas políticas públicas existentes; 4) Obrigação do Estado de disponibilizar medicamentos ou tratamentos experimentais não registrados na ANVISA ou não aconselhados pelos Protocolos Clínicos do SUS; 5) Obrigação do Estado de fornecer medicamento não lícito e não previsto nas listas do SUS, e 6) Fraudes ao Sistema Único de Saúde. Também determinou a expedição de convites a profissionais e instituições para participarem da audiência pública e que a

¹⁸³ Despacho de convocação da audiência pública sobre a saúde. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Despacho_Convocatorio.pdf
Acesso em: 04/10/2012.

apresentação de requerimento de inscrição fosse viabilizada através de via eletrônica. Autorizou ainda, o envio de documentos e materiais referentes ao tema por via impressa ou eletrônica e a transmissão ao vivo da audiência pela TV Justiça, Rádio Justiça e por outras transmissoras de TV mediante a apresentação de requerimento para a transmissão¹⁸⁴.

A audiência pública foi realizada nos dias 27, 28 e 29 de abril, e 4, 6 e 7 de maio de 2009, na qual participaram 50 (cinquenta) especialistas na matéria, entre advogados, defensores públicos, promotores e procuradores de justiça, magistrados, professores, médicos, técnicos de saúde, gestores e também usuários do sistema único de saúde.

Na abertura da audiência pública, o Ministro-Presidente Gilmar Mendes destacou a amplitude do tema relacionado à saúde que, segundo sua perspectiva, atinge a sociedade como um todo, daí a importância em trazer o assunto à discussão¹⁸⁵. Pontuou ainda que a audiência pública se apresentava como “processo sofisticado de racionalização”¹⁸⁶ para dotar o Judiciário de elementos informadores que o ajudem na tomada de decisão, salientando a necessidade do diálogo e da ação conjunta de todos os atores sociais e, nesse sentido, da importância de se ouvir todos os pontos de vista sobre a matéria, ante o caráter aberto de nosso texto constitucional que torna possível a existência de uma

¹⁸⁴ Despacho de convocação da audiência pública sobre a saúde. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Despacho_Convocatorio.pdf Acesso em: 04/10/2012.

¹⁸⁵ “A Audiência objetiva esclarecer as questões técnicas, científicas, administrativas, políticas e econômicas envolvidas nas decisões judiciais sobre saúde. Por estar relacionada aos vários pedidos de suspensão que tratam da matéria, esta Audiência Pública distingue-se das demais pela amplitude do tema em debate. Todos nós, em certa medida, somos afetados pelas decisões judiciais que buscam a efetivação do direito à saúde. O fato é que a judicialização do direito à saúde ganhou tamanha importância teórica e prática que envolve não apenas os operadores do direito, mas também os gestores públicos, os profissionais da área de saúde e a sociedade civil como um todo.” Discurso de abertura da audiência pública. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Abertura_da_Audiencia_Publica_MGM.pdf Acesso em 05/10/2012.

¹⁸⁶ “Este é o drama que se coloca e que nós vemos muitas vezes, porque os pedidos, em geral, formulam-se inicialmente em sede de decisão de tutela antecipada ou de cautelar, e o juiz se vê às voltas com um sopesamento, com uma ponderação extremamente complexa que há de se fazer de imediato, praticamente sem que se tenha tempo de fazer maiores pesquisas ou estudos, o que justifica ainda mais a necessidade desse processo sofisticado de racionalização que estamos tentando fazer no âmbito desta Audiência Pública.” Discurso de abertura da audiência pública. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Abertura_da_Audiencia_Publica_MGM.pdf Acesso em 05/10/2012.

sociedade aberta de intérpretes da Constituição¹⁸⁷, nos moldes preconizados por Peter Häberle. Finalizou o Ministro ressaltando a esperança de que “desta Audiência Pública resultem não apenas informações técnicas, aptas a instruir os processos do Tribunal, como também subsídios para um amplo e pluralista debate público em prol do aprimoramento das políticas de saúde”¹⁸⁸.

O Ministro Menezes Direito, em sua manifestação, falou sobre a faceta democrática que o sistema da audiência pública possui, ressaltando a importância do desenvolvimento do instituto para abranger a possibilidade de os presentes à audiência, realizarem perguntas diretamente aos participantes do debate¹⁸⁹, procedimento ainda não adotado nas audiências públicas jurisdicionais.

Ao encerramento do último dia de debates, o Ministro-Presidente Gilmar Mendes destacou a importância da abertura de espaços de consenso que possibilitem a construção de soluções compartilhadas, salientando o aumento de legitimidade que o instituto da audiência pública pode trazer às decisões do Tribunal, além de toda a contribuição para a qualidade da própria prestação jurisdicional.

A audiência pública sobre a saúde obteve espaço mais amplo ao objeto de discussão comparativamente ao realizado na audiência pública da ADI nº 3.510, que inaugurou a modalidade de participação no Supremo Tribunal Federal, demonstrando sentida evolução no procedimento e desenvolvimento dos trabalhos. Note-se que, a audiência pública da saúde ampliou consideravelmente o rol de participantes em comparação com audiência da ADI nº 3.510. Foram ouvidos

¹⁸⁷ “Apesar de seu inegável caráter analítico, a Carta Política de 1988 constitui uma ordem jurídica fundamental de um processo público livre, caracterizando-se, nos termos de Häberle, como uma ‘constituição aberta’, que torna possível a ‘sociedade aberta’ de Popper, ou uma ‘constituição suave’ (mitte), no conceito de Zagrebelsky, ‘que permite, dentro dos limites constitucionais, tanto a espontaneidade da vida social como a competição para assumir a direção política, condições para a sobrevivência de uma sociedade pluralista e democrática.’” Discurso de abertura da audiência pública. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Abertura_da_Audiencia_Publica_MGM.pdf Acesso em 05/10/2012

¹⁸⁸ Discurso de abertura da audiência pública. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Abertura_da_Audiencia_Publica_MGM.pdf Acesso em 05/10/2012

¹⁸⁹ “entendo que este sistema de audiência pública ele tem essa faceta democrática e nós vamos até, em algum momento, chegar à perfeição de abrir a possibilidade dos presentes de fazerem perguntas àqueles que estão participando do debate, o que certamente vai enriquecer.” Manifestação do Ministro Menezes Direito quando da abertura da audiência pública. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Sr_Min_Menezes_Direito.pdf Acesso em: 05/10/2012.

advogados, defensores públicos, promotores e procuradores de justiça, magistrados, professores, médicos, técnicos de saúde, gestores, representantes de organizações não governamentais e usuários do Sistema Único de Saúde – SUS, permitindo maior pluralidade nos posicionamentos e opiniões.

A condução desta audiência não foi rigorosa nem limitativa a posicionamentos contra ou a favor como ocorrido anteriormente. Foram delimitados os temas objeto de explanação e elencados os principais pontos de conflito presentes nas ações judiciais, garantindo-se aos participantes, ampla liberdade de expressão para apresentar seus argumentos.

A sociedade civil também enviou diversos documentos versando sobre a saúde pública, que foram disponibilizados na página *on line* do Supremo Tribunal Federal, junto com os demais materiais colhidos na audiência pública. O conjunto deste material foi enviado pelo Ministro Gilmar Mendes ao Ministério da Saúde, ao Senado Federal, à Câmara dos Deputados e à Advocacia-Geral da União, com o intuito de “contribuir para o aperfeiçoamento do SUS, a partir da redução da judicialização das demandas por prestações de saúde – por meio do esforço entre os diversos órgãos de poder – e da racionalização dos gastos com tais ações”.¹⁹⁰

Todo o material enviado ao Supremo Tribunal Federal, bem como as apresentações dos expositores foram disponibilizadas na página do Supremo, embora não tenha sido elaborado documento com eventuais conclusões obtidas na audiência pública.

Os resultados obtidos com a referida audiência pública serão melhor abordados no item 2.3, quando do exame do potencial efeito reflexivo da ampliação do debate democrático promovido pelas audiências públicas, por ora, registra-se a edição da Recomendação nº 31, de 30 de março de 2010, pelo Conselho Nacional de Justiça¹⁹¹, como fruto da experiência colhida na audiência pública.

¹⁹⁰ Disponível em:

<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=113536> Acesso em 04/10/2012.

¹⁹¹ Disponível em:

<http://www.cnj.jus.br/atos-administrativos/atos-da-presidencia/322-recomendacoes-do-conselho/12113-recomendacao-no-31-de-30-de-marco-de-2010>. Acesso em 04/10/2012.

2.2 As audiências públicas e o processo democrático de construção das decisões à luz da teoria da representação argumentativa

O Supremo Tribunal Federal demonstrou disposição e pró-atividade ao aproximar o diálogo com a sociedade, inferindo a apropriação de realidade por parte daqueles que, de um lado ou outro, são atingidos pelas decisões. Em proporção crescente de maior densidade substancial permeou diálogo, servindo-se dos institutos do *amicus curiae* e das audiências públicas, perceptível ainda, a introdução de melhorias procedimentais, consignando um rito mais aperfeiçoado, ante um planejamento de ações participativas.

O pronunciamento do Ministro Carlos Ayres Britto, relator da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.510, quando da realização da primeira audiência pública no âmbito do Supremo Tribunal Federal, afirmou expressamente que a participação da sociedade civil no esclarecimento da matéria contribui na conformação de maior legitimidade à decisão a ser proferida pelo Tribunal, como se infere *in verbis*:

Daqui se deduz que a matéria veiculada nesta ação se orna de saliente importância, por suscitar numerosos questionamentos e múltiplos entendimentos a respeito da tutela do direito à vida. Tudo a justificar a realização de audiência pública, a teor do § 1º do artigo 9º da Lei nº 9.868/99. Audiência, que, 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.¹⁹²

Nota-se da justificativa apresentada pelo Ministro sintonia à utilização da teoria da representação argumentativa, desenvolvida por Robert Alexy¹⁹³ como fundamento de legitimidade das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal.

Efetivamente no sentido proposto por Alexy, a representação argumentativa, nos moldes de um constitucionalismo discursivo, refere-se à aceitação pela população dos argumentos alinhavados nas decisões proferidas pelo Tribunal

¹⁹² ADI nº 3.510/DF. Ministro Relator Carlos Ayres Britto. Decisão de convocação de audiência pública. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=598088#18%20-%20Despacho%20-%2019/12/2006> Acesso em: 04/10/2012.

¹⁹³ ALEXY, Robert. **Constitucionalismo Discursivo**. Org./Trad. Luís Afonso Heck. 3ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

Constitucional. Nesse sentido, a “representação argumentativa dá bom resultado quando o tribunal constitucional é aceito como instância de reflexão do processo político”¹⁹⁴, circunstância que, segundo Alexy, somente ocorre quando os argumentos do tribunal encontram repercussão no público e nas instituições políticas, que levam a novas reflexões e melhor encadeamento de argumentos e discussões, resultando em convencimentos revisados¹⁹⁵.

A jurisdição constitucional, por se tratar de exercício de um poder estatal, somente possui legitimidade se estiver em sintonia com o princípio democrático, no sentido de que também representa o povo¹⁹⁶, ainda que não se trate de uma legitimação democrática direta tal como se dá com o Parlamento. A representação do povo pelo Tribunal ocorre pela via argumentativa, cujos argumentos refletem a manifestação de uma decisão pública com ênfase ao discurso¹⁹⁷.

Nesse sentido, afirma Alexy que o conceito de representação democrática abrange, além da decisão, necessariamente, a apresentação do discurso como elemento ideal. Para que ocorra efetivamente a representação “é necessário que o tribunal não só promova a pretensão de que seus argumentos são os argumentos do povo ou do cidadão”, como também que “um número suficiente de cidadãos precisa, pelo menos, em perspectiva mais prolongada, aceitar esse argumentos como corretos”¹⁹⁸.

A audiência pública, conforme as justificativas apresentadas pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal, quando de sua convocação, apresenta-se como instrumento de ampliação de legitimidade à atuação da jurisdição constitucional, por garantir esta representação argumentativa da população através do diálogo social

¹⁹⁴ ALEXY, **Constitucionalismo Discursivo**, p. 54.

¹⁹⁵ ALEXY, **Constitucionalismo Discursivo**, p. 54.

¹⁹⁶ Registre-se, por oportuno, a preocupação esboçada por parte da doutrina quanto à aproximação artificial de duas realidades muito distintas – a representação parlamentar de caráter eletivo e transitório, e a investidura dos juízes que não possui origem popular direta e é vitalícia, na medida em que a função semântica do termo “representação” consignaria a ideia de que a atuação do Judiciário seria democraticamente legitimada. Nesse aspecto, afirma Jane Reis: “Há o risco de que esse conceito seja invocado como um fator de legitimação *ex ante* da ação do Tribunal. Isso não é razoável porque a atuação do Judiciário não se legitima precipuamente pelo processo da investidura, mas pela sua funcionalidade democrática. Esse é um assunto que merece mais reflexão entre nós, até porque a noção de representação argumentativa já foi invocada nas decisões do STF.” Entrevista concedida por Jane Reis ao blog “Os Constitucionalistas”. Disponível em: <http://www.osconstitucionalistas.com.br/jane-reis-o-supremo-nao-e-oraculo> Acesso em: 28.10.2013.

¹⁹⁷ ALEXY, **Constitucionalismo Discursivo**, p. 162-163.

¹⁹⁸ ALEXY, **Constitucionalismo Discursivo**, p. 164.

por ela promovido.

Como forma de participação democrática permite aos cidadãos que, individualmente ou mediante entidades representativas, expressem suas razões e opiniões em relação a assuntos de interesse público, principalmente àqueles relacionados aos direitos fundamentais garantidos pela Constituição.

Nesse sentido, um Estado Constitucional Democrático deve possuir como premissa a garantia dos direitos fundamentais e a promoção da democracia, em todos os âmbitos de atuação Estatal, sobretudo em sede de jurisdição constitucional, onde a audiência pública pode promover o diálogo com a sociedade trazendo ao mundo do direito a realidade social, destacando a importância da participação da sociedade civil em todos os espaços públicos, refinando conceitualmente a decisão compartilhada com a primazia da realidade.

Como princípios fundamentais que dão essência conceitual à democracia, José Afonso da Silva apresenta: “a) a soberania popular, segundo a qual o povo é a única fonte do poder, que se exprime pela regra de que todo o poder emana do povo; b) a participação, direta ou indireta, do povo no poder, para que este seja efetiva expressão da vontade popular; nos casos em que a participação é indireta, surge um princípio derivado ou secundário: o da representação”¹⁹⁹, de molde a ressaltar mais uma vez a importância da participação popular, como titulares do poder soberano em que se funda o Estado em prol do desenvolvimento de uma sociedade mais democrática.

Democracia se escreve pelo conjunto, pela somatória das argumentações contrárias, pela vivência de corresponsabilidade, da assunção e aceitação do franqueamento público de opiniões e da reunião de saberes fragmentados. Exercitado em um ambiente apropriado, dentro da inserção legal, se mostra mais inteligente, humano e civilizado do que se pode esperar dos embates conturbados das lutas de rua, das desigualdades que apenas se revelam pela força emudecida de intervenção aos poderes constituídos como movimentos de fora para dentro, que necessitam da força para irromper e fazer-se visibilizar.

Em uma sociedade aberta e complexa, o desenvolvimento da democracia se

¹⁹⁹ SILVA, José Afonso da Silva. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 8º ed., São Paulo: Editora Malheiros, 1992, p. 119-120.

realiza por meio de formas refinadas de mediação do processo público, da pluralidade política apreendida da práxis cotidiana. Compreendendo a audiência pública, neste cenário, que transfere competência objetiva do “povo” para a interpretação constitucional, como um direito de cidadania e condição básica, precípua e primordial para o exercício de uma face da democracia, também no âmbito da jurisdição constitucional.

A representação argumentativa, neste aspecto, se apresenta como ônus ao Tribunal²⁰⁰, no sentido de que este deve considerar no processo formativo de suas decisões os argumentos lançados no caderno processual, sobretudo aqueles apresentados durante a realização da audiência pública como mecanismo de abertura democrática.

Este encadeamento de forças propicia novos impulsos e inovações, reúne informações técnicas, econômicas e sociais relacionadas a determinado fenômeno social, contribuindo e formando substrato para melhor interpretação constitucional, permeando as ações a serem desenvolvidas posteriormente pelos aplicadores do direito, legisladores e gestores da administração pública.

Veja-se que outros Tribunais Constitucionais da América Latina servem-se deste instituto, como se pode observar de notícia publicada em 30 de maio de 2013 no site da Corte Constitucional do Equador, segundo a qual, quatro juízes constitucionais realizaram audiência pública sobre dois processos em que se discutiam o não cumprimento de sentenças e de ditames constitucionais, utilizando-se inclusive do sistema eletrônico de videoconferência para a sua realização, no intuito de promover um acesso facilitado e ágil ao cidadão que busca a tutela de

²⁰⁰ Nesse sentido, o posicionamento de Jane Reis em entrevista conferida ao blog “Os Constitucionalistas”: “Considero arriscado o uso das ideias de sociedade aberta de intérpretes e da noção de representação argumentativa como suportes de defesa do Supremo como espaço democrático privilegiado. Tais conceitos são mais proveitosos se forem empregados como imposições de ônus ao Tribunal. Um ônus de abertura e de consideração de todos os argumentos em jogo na formulação da decisão judicial. Não creio, em princípio, que devamos utilizar essas noções como fatores primários de legitimação, que confeririam de per si às decisões judiciais um pedigree democrático. Considero, nesse sentido, muito importante diferenciar funcionalidade representativa de legitimação representativa. A primeira os Tribunais possuem. A segunda, a meu ver, encerra o risco de conferir às Cortes um cheque em branco. Ressalto, entretanto, que essa é apenas uma reflexão preliminar, a ser amadurecida”. Disponível em: <http://www.osconstitucionalistas.com.br/jane-reis-o-supremo-nao-e-oraculo> Acesso em: 28.10.2013

seus direitos constitucionais²⁰¹.

A Corte Suprema da Argentina recentemente – em 28 de agosto de 2013 – também realizou audiência pública no processo que envolve o Grupo Clarín S/A e o Poder Executivo argentino, tematizando discussão sobre o direito à liberdade de expressão. Segundo a Corte Constitucional argentina a realização da audiência pública objetivou promover a participação cidadã no debate constitucional em face da relevância do assunto em discussão²⁰².

A decisão da Corte Suprema Argentina em realizar a audiência pública foi festejada pela doutrina, como se pode observar de manifestação pública de Roberto Gargarella sobre a importância da adoção de mecanismos como esse, a fim de se promover o intercâmbio de argumentos. Nesse sentido, afirma o jurista:

Los debates públicos impulsados por la Corte Suprema en torno al caso de la Ley de Medios han sido extraordinarios en muchos sentidos, y merece que la felicitemos por ellos. Tanto en sus formas como en sus contenidos, las discusiones expresaron bien lo que significa abrazar una concepción deliberativa de la democracia, y lo que esa misma

²⁰¹ “Los jueces constitucionales Patricio Pazmiño Freire, Wendy Molina Andrade, Marcelo Jaramillo Villa, y Ruth Seni Pinoargote atendieron, hoy martes 28 de mayo de 2013, tres audiencias públicas, respecto a las siguientes causas: 0042-10-IS: Incumplimiento de sentencias y dictámenes constitucionales, mediante la cual solicita se disponga al gerente de la EMSAT, proceda de forma inmediata, la legalización en su calidad de accionista de la compañía de transporte Urbano San Carlos y se le devuelva la unidad de transporte, de conformidad con la sentencia dictada por el Juzgado Primero de lo Civil de Pichincha, el 3 de mayo del 2002, dentro de la acción de amparo presentada por la accionante. 0013-09-IS: Incumplimiento de sentencias y dictámenes inconstitucionales, mediante la cual solicitan se ordene la emisión de nombramientos como empleados de la Universidad Técnica de Machala a Nancy Calva Aguirre, Roberto de La Cruz Valarezo, Wilson Collaguazo Cañar, Kleber Zambrano Mora y Jhonny Zambrano Zambrano, y se de cumplimiento a lo resuelto por la Sala de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia de El Oro, caso 119-2009-Sp, de 23 de marzo del 2009, mediante la cual se resolvió aceptar la acción y dispone la restitución a sus puestos de trabajo. Esta última se realizó en forma virtual en la Sala de Audiencias del Organismo, desde la oficina Regional de la Corte Constitucional del Ecuador en Machala, a través de videoconferencias, utilizando las nuevas herramientas tecnológicas para facilitar el acceso ágil de los ciudadanos, que buscan la tutela de sus derechos constitucionales.” Disponível em: http://www.corteconstitucional.gob.ec/index.php?option=com_content&view=article&id=760:corte-constitucional-atendio-audiencias-publicas-&catid=42:boletines-2013&Itemid=20 Acesso em: 30.09.2013.

²⁰² “Que ante la trascendencia de las cuestiones planteadas en estas actuaciones para ser decididas por esta Corte, se considera apropiado habilitar los instrumentos especialmente previstos para permitir la participación ciudadana en el debate constitucional y, a la par, favorecer 'la difusión pública del modo en que el Tribunal conoce en los asuntos de esta relevancia. Que las circunstancias' que singularizan este caso exigen adaptar las disposiciones de dichas acordadas que regulan la celebración de audiencias públicas y la participación de los Amicus Curiae, a fin de permitir un rápido, ordenado y eficaz desarrollo de ambos procedimientos. Por ello se resuelve: I. Disponer la realización de audiencia pública. informativa, que se llevará a cabo el día 28 de agosto de 2013, a las diez (10), en la Sala de Audiencias del Tribunal;” Disponível em: <http://www.csjn.gov.ar/docus/documentos/verdoc.jsp> Acesso em: 30.09.2013.

*concepción puede exigir en materia de libertad de expresión.*²⁰³

Para Roberto Gargarella a audiência pública realizada pela Corte Suprema Argentina representou importante instrumento a favor de uma visão deliberativa de democracia²⁰⁴, na medida em que possibilitou o envolvimento de toda a sociedade na discussão sobre um direito de fundamental importância, em suas palavras:

*El mismo mecanismo de la audiencia pública escogido por la Corte Suprema representó un excelente primer paso a favor de la visión deliberativa: se escuchan las razones de las partes; y las que pueden ofrecer quienes abogan por las partes; a la vez que se abre la discusión a todo el resto de la sociedad, para que ella se involucre y advierta la importancia del intercambio razonado de argumentos.*²⁰⁵

Ao abranger outras formas de conhecimento, outras perspectivas e ângulos de visada sobre um mesmo tema fundante, a audiência pública tem se mostrado bastante promissora, haja vista a possibilidade de utilização das informações colhidas em audiência no processo de construção das decisões do Supremo Tribunal Federal brasileiro, como mecanismo de legitimação das decisões nos termos de um constitucionalismo discursivo, como anteriormente referenciado.

Segundo Paulo Bonavides “quanto mais perto do povo estiver o juiz constitucional mais elevado há de ser o grau de sua legitimidade”, de molde a reconhecer a realidade social da população e, assim, buscar o acerto da decisão, visto que “a legitimidade da justiça constitucional repousa também em grande parte na acuidade do juiz em orientar-se nas suas sentenças e nas suas diligências hermenêuticas, pela adesão do corpo político aos valores representados e incorporados na Constituição”²⁰⁶.

Em que pese a potencialidade da audiência pública em promover uma das facetas do primado democrático, não se descarta das dificuldades de implementação e de efetividade de resultados práticos a serem alcançados em benefício da sociedade.

²⁰³ GARGARELLA, Roberto. **La concepción constitucional de la libertad de expresión**. Disponível em: http://www.seminariogargarella.blogspot.com.br/2013/09/la-concepcion-constitucional-de-la_9.html Acesso em: 11.09.2013.

²⁰⁴ Aspectos relacionados à democracia deliberativa serão objeto de análise no item 3.3.

²⁰⁵ GARGARELLA, **La concepción constitucional de la libertad de expresión...**

²⁰⁶ BONAVIDES, **Jurisdição Constitucional e legitimidade**, p. 132.

Há que se atentar para os procedimentos de realização e desenvolvimento das audiências públicas, para que consigam participação mais ampla possível da sociedade civil como um todo, não restrita apenas a expertos ou autoridades indicadas pelo próprio Tribunal.

O instituto possui ingerências de abertura dialética, em sentido prospectivo de realização substancial do ideal democrático, para tanto é preciso aplicá-lo em sua plena potencialidade.

A efetivação da democracia também depende da concretização dos direitos fundamentais e, neste sentido, a audiência pública possibilita a defesa pela própria comunidade, de forma direta, de seus direitos mais fundamentais, pois serão os resultados obtidos da audiência pública que irão permitir a abertura do ângulo de visada dos Tribunais e desta forma influenciar a tomada de decisões importando consequências para a prática social.

Em consonância com o objetivo de se questionar a possibilidade de ampliação do debate democrático nos processos de fiscalização abstrata de constitucionalidade, buscar-se-á identificar a efetiva concretização dos ideais propostos pela teoria da representação argumentativa, formulada por Robert Alexy²⁰⁷, por meio do exame dos efeitos reflexivos das audiências públicas, ainda que potenciais, sobre o processo formativo das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal.

2.3 O potencial efeito reflexivo da ampliação do debate democrático promovido pelas audiências públicas sobre as decisões no controle abstrato de constitucionalidade

A partir do exame dos processos de controle de constitucionalidade em que foram realizadas audiências públicas e que já se encontram decididos, identificou-se

²⁰⁷ No mesmo sentido a concepção de sociedade aberta de intérpretes teorizada por Peter Häberle, examinada anteriormente no item 1.1, cujos parâmetros conceituais e informativos também aqui se encontram albergados, na medida em que se trata de potencialidade de abertura à participação democrática da sociedade nas decisões do Supremo Tribunal Federal.

efeitos reflexivos advindos da ampliação do debate democrático proporcionado pela abertura ao diálogo por meio deste instrumento. Talvez ainda não com o efeito maximizador que se pretende alcançar com o instituto, mas que manifesta seus primeiros passos para a construção de uma decisão que deverá considerar todas as potências públicas envolvidas, a focalizar o melhor olhar e conceber melhor forma de concretização dos ideais prospectivos e emancipadores constantes do texto constitucional.

Conforme já referenciado em item anterior, desde a primeira audiência pública efetivada em 2007, o Supremo Tribunal Federal realizou o total de 12 (doze) audiências públicas com o intuito de reunir informações técnicas, econômicas e sociais relacionadas com o fenômeno social objeto do processo constitucional em discussão. Destes processos, 4 (quatro) deles já se encontram decididos, são eles: Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.510 – Pesquisas com células-tronco embrionárias, Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 101 – Importação de pneus usados, Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54 – Interrupção de gravidez de feto anencefálico e Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 186 – Políticas de ação afirmativa de acesso ao ensino superior.

Registre-se ainda, a audiência pública sobre a Judicialização da Saúde, quarta a ser realizada pelo Supremo Tribunal Federal, cujo procedimento de efetivação foi analisado anteriormente, quando do exame das alterações trazidas pela Emenda Regimental nº 29/2009 ao Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

Esta audiência, como anteriormente aduzido, não objetivou a colheita de informações para um único processo específico em sede de controle abstrato de constitucionalidade, mas esclarecer questões técnicas, científicas, administrativas, políticas, econômicas e jurídicas relativas às diversas ações em trâmite no Supremo Tribunal Federal, relacionadas a pedidos de Suspensão de Segurança, Suspensão de Liminar, Suspensão de Tutela Antecipada e Suspensão de Medidas Cautelares, sobre o fornecimento das mais variadas prestações de saúde pelo Sistema Único de Saúde – SUS.

No que tange aos resultados obtidos com a referida audiência tem-se notícia

que nas decisões judiciais dos processos relacionados à matéria – Suspensões de Tutela Antecipada (STA) 175, 178, 211 e 278, Suspensões de Segurança (SS) 3724, 2944, 2361, 3345, 3355 e Suspensão de Liminar 47 – as informações colhidas na audiência pública sobre a saúde foram utilizadas como suporte teórico²⁰⁸.

Especificamente nas ações de Suspensão de Tutela Antecipada - STA nº 175 e nº 178, e na Suspensão de Liminar – SS nº 47²⁰⁹, o voto do Ministro-Relator Gilmar Mendes, cujo posicionamento foi construído com base nas informações colhidas na audiência pública, passou a ser considerado como referencial a ser seguido pelas futuras decisões relacionadas ao direito fundamental à saúde. Nesse sentido, a pacificação do entendimento de que os entes federativos – União, Estados, Distrito Federal e Municípios – são solidariamente responsáveis para responder pelas prestações que envolvem o direito à saúde, em razão da competência comum prevista no art. 23, inciso II, da CF/88²¹⁰ que lhes é inerente, possuindo qualquer um deles legitimidade para figurar no polo passivo da demanda sobre concessão de assistência à saúde.

Resultou ainda, desta audiência pública, a elaboração pelo Conselho Nacional de Justiça, da Recomendação nº 31, de 30 de março de 2010, que trouxe critérios a serem observados pelos demais magistrados do país na busca de maior eficiência na solução das demandas judiciais envolvendo a assistência à saúde.

A referida Recomendação traz em seus considerandos a constatação verificada na audiência pública, quanto à insuficiência das informações prestadas aos magistrados sobre as questões de saúde²¹¹. Nesse sentido, procura apresentar

²⁰⁸ Disponível em:

<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=122020&caixaBusca=N> Acesso em 04/10/2012.

²⁰⁹ Disponível em:

<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=122020&caixaBusca=N> Acesso em 04/10/2012.

²¹⁰ Art. 23, CF/88. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: II - cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência;

²¹¹ “CONSIDERANDO que ficou constatada na Audiência Pública nº 4, realizada pelo Supremo Tribunal Federal para discutir as questões relativas às demandas judiciais que objetivam o fornecimento de prestações de saúde, a carência de informações clínicas prestadas aos magistrados a respeito dos problemas de saúde enfrentados pelos autores dessas demandas;” RECOMENDAÇÃO Nº 31, DE 30 DE MARÇO DE 2010. Disponível em:

<http://www.cnj.jus.br/atos-administrativos/atos-da-presidencia/322-recomendacoes-do-conselho/12113-recomendacao-no-31-de-30-de-marco-de-2010> Acesso em 04/10/2012.

um rol de critérios a serem observados pelos julgadores quando do exame de processos relacionados à saúde, na tentativa de implementar certa padronização nos julgados, inclusive com a incorporação do direito sanitário nos programas dos concursos públicos para a magistratura e dos cursos de formação, vitaliciamento e aperfeiçoamento de magistrados²¹². Estes apenas alguns aspectos contributivos da audiência pública sobre a judicialização da saúde, qual seja, o reconhecimento porquanto demonstrado nos debates, de que as fundamentações do Poder Judiciário eram insuficientes, a despeito da importância que o tema exige – nada é mais fundamental de que o direito à saúde e ao acesso dos necessitados aos meios e medicamentos que os restabeçam.

Obtém-se da mesma Recomendação CNJ nº 31/2010, a abertura procedimental que reduz o dispositivismo e alarga o poder inquisitivo do magistrado quando se recomenda aos Tribunais que estabeleçam convênios para disponibilizar

²¹² RECOMENDAÇÃO Nº 31, DE 30 DE MARÇO DE 2010. I. Recomendar aos Tribunais de Justiça dos Estados e aos Tribunais Regionais Federais que:

a) até dezembro de 2010 celebrem convênios que objetivem disponibilizar apoio técnico composto por médicos e farmacêuticos para auxiliar os magistrados na formação de um juízo de valor quanto à apreciação das questões clínicas apresentadas pelas partes das ações relativas à saúde, observadas as peculiaridades regionais;

b) orientem, através das suas corregedorias, aos magistrados vinculados, que: b.1) procurem instruir as ações, tanto quanto possível, com relatórios médicos, com descrição da doença, inclusive CID, contendo prescrição de medicamentos, com denominação genérica ou princípio ativo, produtos, órteses, próteses e insumos em geral, com posologia exata; b.2) evitem autorizar o fornecimento de medicamentos ainda não registrados pela ANVISA, ou em fase experimental, ressalvadas as exceções expressamente previstas em lei; b.3) ouçam, quando possível, preferencialmente por meio eletrônico, os gestores, antes da apreciação de medidas de urgência; b.4) verifiquem, junto à Comissão Nacional de Ética em Pesquisas (CONEP), se os requerentes fazem parte de programas de pesquisa experimental dos laboratórios, caso em que estes devem assumir a continuidade do tratamento; b.5) determinem, no momento da concessão de medida abrangida por política pública existente, a inscrição do beneficiário nos respectivos programas;

c) incluam a legislação relativa ao direito sanitário como matéria individualizada no programa de direito administrativo dos respectivos concursos para ingresso na carreira da magistratura, de acordo com a relação mínima de disciplinas estabelecida pela Resolução 75/2009 do Conselho Nacional de Justiça;

d) promovam, para fins de conhecimento prático de funcionamento, visitas dos magistrados aos Conselhos Municipais e Estaduais de Saúde, bem como às unidades de saúde pública ou conveniadas ao SUS, dispensários de medicamentos e a hospitais habilitados em Oncologia como Unidade de Assistência de Alta Complexidade em Oncologia - UNACON ou Centro de Assistência de Alta Complexidade em Oncologia - CACON;

II. Recomendar à Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados - ENFAM, à Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados do Trabalho - ENAMAT e às Escolas de Magistratura Federais e Estaduais que:

a) incorporem o direito sanitário nos programas dos cursos de formação, vitaliciamento e aperfeiçoamento de magistrados;

b) promovam a realização de seminários para estudo e mobilização na área da saúde, congregando magistrados, membros do ministério público e gestores, no sentido de propiciar maior entrosamento sobre a matéria;

apoio técnico para auxiliar os magistrados no julgamento de ações pertinentes à saúde. A recomendação determinou ainda às Corregedorias que recomendassem a seus juízes instruir as ações, tanto quanto possível, com relatórios detalhados das doenças e suas características particulares inclusive, nesse sentido, aduz: “ouçam, quando possível, preferencialmente por meio eletrônico, os gestores, antes da apreciação de medidas de urgência”, ou seja, liberta os julgadores das restrições determinantes do pedido ampliando a produção de provas.

Com relação ao exame dos potenciais efeitos reflexivos das audiências públicas realizadas especificamente nas ações de fiscalização abstrata de constitucionalidade, como modalidade de abertura democrática à participação da sociedade civil nestes processos, que ora se propõe, a presente análise restringir-se-á aos votos dos Ministros do Supremo Tribunal Federal proferidos no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.510, por considerar-se esta ação paradigmática, em razão de ter sido a primeira a utilizar o instituto da audiência pública jurisdicional inaugurando novo dogma de aproximação do Poder Judiciário às instâncias da soberania popular.

Reitera-se que, a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.510, ajuizada pelo Procurador-Geral da República, buscou a impugnação do artigo 5º e seus respectivos parágrafos da Lei nº 11.105, de 24 de março de 2005, Lei de Biossegurança, quanto à utilização de células-tronco obtidas de embriões humanos para fins de pesquisa e terapia. Segundo o referido regramento legal é possível a utilização de embriões produzidos em fertilização *in vitro* e não utilizados nos respectivos procedimentos, desde que esses embriões sejam considerados inviáveis ou estejam congelados há mais de três anos, devendo para ambas as hipóteses, ter-se o consentimento dos genitores. Tais dispositivos da Lei de Biossegurança foram questionados em face do artigo art. 1º, inciso III e art. 5º, *caput*, da Constituição Federal de 1988, quanto à possível ofensa ao princípio da dignidade da pessoa humana e à inviolabilidade do direito à vida.

Considerada como uma das ações mais complexas e importantes já enfrentadas pelo Supremo Tribunal Federal, em razão de discutir conceitos demasiadamente compostos, formados por diversos elementos que abrangem conjunto de padrões científicos e culturais interdependentes, agrupados em torno de

um elemento nuclear, como o marco para o início da vida, esta ação foi a primeira a realizar audiência pública para colheita de informações por meio de depoimento de pessoas com autoridade e experiência na matéria, o que demonstra a sua importância como paradigma a ser estudado.

A referida ação, além dos especialistas ouvidos na audiência pública, também contou com a participação de cinco entidades como *amici curiae*²¹³, consignando assim, uma forma de participação da sociedade civil inédita e inovadora nos processos de fiscalização abstrata de constitucionalidade em trâmite no Supremo Tribunal Federal.

A Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.510 foi julgada totalmente improcedente por maioria de votos, vencidos os Ministros Menezes Direito, Ricardo Lewandowski, Eros Grau, Cezar Peluso e Gilmar Mendes²¹⁴.

Do exame dos votos dos ministros verifica-se que alguns deles fizeram referência específica às informações obtidas na audiência pública, ao passo que outros se utilizaram indiretamente de tais informações e/ou buscaram informações em outras fontes. Buscar-se-á, em seguida, examinar quais foram as principais contribuições da audiência pública no conteúdo argumentativo dos votos proferidos pelos Ministros, quando do julgamento da ADI nº 3.510, iniciando pelo voto do Ministro-Relator Carlos Ayres Britto que convocou a realização da audiência pública neste processo.

O Ministro-Relator inicialmente acentuou a participação dos *amici curiae* no processo ressaltando que a participação de tais entidades, dotadas de representatividade social, contribuíram com maior legitimidade democrática à decisão. Segundo o Ministro, a decisão colegiada será “tão mais legítima quanto precedida da coleta de opiniões dos mais respeitáveis membros da comunidade

²¹³ Intervieram como *amici curiae* na referida ação as seguintes entidades: Conectas Direitos Humanos; Centro de Direitos Humanos – CDH; Movimento em Prol da Vida – Movitae; Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero - ANIS, e Confederação Nacional dos Bispos do Brasil – CNBB.

²¹⁴ IMPROCEDÊNCIA TOTAL DA AÇÃO. ADI Nº 3.510/DF. Ministro-Relator Carlos Ayres Britto. Julgada em 29.05.2008. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=583645#87%20-%20AC%D3RD%C3O%20-%20improcedente> Acesso em 04.10.2012.

científica brasileira, no tema”²¹⁵.

O Ministro-Relator também fez referência expressa à audiência pública como “notável mecanismo constitucional de democracia direta e participativa”, pontuando que todos os documentos reunidos quando da audiência pública, assim como a gravação de sons e imagens foram enviados a todos os Ministros do Supremo Tribunal Federal²¹⁶.

Em seu voto, proferido pela total improcedência da ação, o Ministro-Relator apontou as duas correntes distintas de opinião relativas ao tema que se formaram na audiência pública, trazendo informações referidas por algumas das autoridades naquela oportunidade para demonstrar tal dicotomia²¹⁷.

Utilizou-se de argumentos apresentados pela Dr.^a Debora Diniz, autoridade ouvida na audiência pública, quanto à comprovação da inviabilidade do emprego da célula-tronco embrionária congelada como matéria-prima para reprodução humana, após certo lapso temporal, como uma das condições autorizadoras para sua utilização em pesquisas científicas, uma vez que, após o diagnóstico de inviabilidade o único destino possível para o material biológico seria o descarte ou o congelamento permanente²¹⁸. Também transcreveu, *ipsis litteris*, argumentos alinhavados pela referida autoridade sobre as etapas do desenvolvimento biológico

²¹⁵ Acórdão da ADI nº 3.510. Voto do Ministro Relator Carlos Ayres Britto, p. 145-147. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=583645#87%20-%20AC%D3RD%C3O%20-%20improcedente> Acesso em 04.10.2012

²¹⁶ “Convencido de que a matéria centralmente versada nesta ação direta de inconstitucionalidade é de tal relevância social que passa a dizer respeito a toda a humanidade, determinei a realização de audiência pública, esse notável mecanismo constitucional de democracia direta ou participativa. (...) Dando-se que, no dia e local adrede marcados, 22 (vinte e duas) das mais acatadas autoridades científicas brasileiras subiram à tribuna para discorrer sobre os temas agitados nas peças jurídicas de origem e desenvolvimento da ação constitucional que nos cabe julgar.” Acórdão da ADI nº 3.510. Voto do Ministro Relator Carlos Ayres Britto, p. 145-147.

²¹⁷ Com o intuito de demonstrar a dicotomia de posicionamentos a favor e contra a autorização trazida pela Lei de Biossegurança para a utilização de células-tronco embrionárias em pesquisas científicas, o Ministro-Relator, Carlos Ayres Brito, citou informações apresentadas pela Dr.^a Mayana Zatz, no sentido de que pesquisar células embrionárias obtidas de embriões congelados não é aborto, e pela Dr.^a Lenise Aparecida Marins Garcia, no sentido de que a vida humana começa com a fecundação. Acórdão da ADI nº 3.510. Voto do Ministro Relator Carlos Ayres Britto, p. 150-151.

²¹⁸ “a empírica não-viabilidade desse ou daquele embrião enquanto matéria-prima da reprodução humana (como explica a antropóloga Débora Diniz, professora da Universidade de Brasília e pesquisadora da Anis Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero, ‘O diagnóstico de inviabilidade do embrião constitui procedimento médico seguro e atesta a impossibilidade de o embrião se desenvolver. Mesmo que um embrião inviável venha a ser transferido para um útero, não se desenvolverá em uma futura criança. O único destino possível para eles é o congelamento permanente, o descarte ou a pesquisa científica’.” Acórdão da ADI nº 3.510. Voto do Ministro Relator Carlos Ayres Britto, p. 156-157.

do ser humano²¹⁹ e eventual proteção jurídica sobre o mesmo.

O Ministro-Relator utilizou-se ainda de considerações feitas pelo Dr. Ricardo Ribeiro dos Santos e pela Dr.^a Patrícia Helena Lucas Pranke na audiência, no que concerne ao risco da gradativa perda da capacidade reprodutiva do embrião após ultrapassar certo período de congelamento, condição que influi diretamente em sua viabilidade para fins reprodutivos²²⁰.

Em linhas finais, ao tratar sobre os fundamentos constitucionais do direito à saúde, da livre expressão da atividade científica e fazendo alusão às pessoas que sofrem em busca da cura de suas doenças, o voto transcreveu relato da Dr.^a Mayana Zatz, durante a audiência, sobre o questionamento feito por uma menina paraplégica de três anos de idade quanto à sua impossibilidade de andar, pois até suas bonecas poderiam fazê-lo com a simples colocação de uma pilha em suas costas²²¹.

O Ministro alinhavou suas razões em demais aspectos, semelhantes aos argumentos trazidos pelos partícipes da audiência pública, mas também valeu-se de outras fontes para fundamentação de seu voto.

A Ministra Ellen Gracie, então Presidente do Supremo Tribunal Federal, em face do pedido de vista regimental apresentado pelo Ministro Menezes Direito, adiantou seu voto acompanhando o Relator pela total improcedência da ação.

A Ministra fez alusão em seu voto aos numerosos entendimentos sobre a matéria esboçados no processo²²². Ressaltou, todavia, que o Supremo Tribunal Federal não se trata de uma academia de ciências, sendo sua tarefa a verificação da harmonia do artigo 5º da Lei nº 11.105/2005 – Lei de Biossegurança, com o disposto no texto constitucional vigente, e diante disto trouxe os fundamentos que formaram seu posicionamento, sem, contudo, fazer indicação expressa aos argumentos

²¹⁹ Acórdão da ADI nº 3.510. Voto do Ministro Relator Carlos Ayres Britto, p. 167.

²²⁰ Acórdão da ADI nº 3.510. Voto do Ministro Relator Carlos Ayres Britto, p. 180-181.

²²¹ “Donde a lancinante pergunta que fez uma garotinha brasileira de três anos, paraplégica, segundo relato da geneticista Mayana Zatz: - por que não abrem um buraco em minhas costas e põem dentro dele uma pilha, uma bateria, para que eu possa andar como as minhas bonecas?” Acórdão da ADI nº 3.510. Voto Ministro Relator Carlos Ayres Britto, p. 206.

²²² “Conforme visto, ficou sobejamente demonstrada a existência, nas diferentes áreas do saber, de numerosos entendimentos, tão respeitáveis quanto antagônicos, no que se refere à especificação do momento exato do surgimento da pessoa humana”. Acórdão da ADI nº 3510. Voto Ministra Ellen Gracie, p. 214.

apresentados na audiência pública.

A Ministra ao finalizar seu voto apresentou argumento utilitarista no sentido de que o maior resultado deve ser buscado com o mínimo de sacrifício possível. Nesse sentido, tão melhor, útil e nobre, que o simples descarte dos embriões excedentes, gerados para o procedimento de reprodução humana assistida, é seu aproveitamento para realização de pesquisas científicas²²³.

Na sequência do julgamento, no retorno do pedido de vistas, o Ministro Menezes Direito, em seu voto, mencionou a realização da audiência pública com a participação de diversos especialistas que trataram sobre a temática discutida na presente ação²²⁴.

O Ministro Menezes Direito votou pela procedência parcial da ação, propondo o estabelecimento de algumas restrições às pesquisas. Em suas razões, apoiou-se em aspectos sobre a importância da utilização de células-tronco adultas na cura de doenças, buscando contrapor a utilização de células-tronco embrionárias em pesquisas a partir da premissa de que seu uso não garante a concretização de resultados positivos. Utilizou-se de considerações realizadas pelo Dr. Stevens Rehen, um dos participantes da audiência pública, proferidas em uma entrevista concedida pelo especialista, no sentido de ser prematura qualquer conclusão sobre a aplicação terapêutica das células-tronco embrionárias²²⁵.

Mencionou ainda, os avanços científicos obtidos no tratamento do diabetes *mellitus* pelo Dr. Júlio César Voltarelli, que participou da audiência pública, com o uso de células-tronco adultas. Citou também Dr. Ricardo Ribeiro dos Santos, autoridade ouvida na audiência pública, quanto à utilização de células-tronco adultas do fígado para a reparação de tecidos desse órgão²²⁶.

O Ministro fez referência expressa a outros especialistas que participaram da

²²³ Acórdão da ADI nº 3.510. Voto Ministra Ellen Gracie, p. 219.

²²⁴ Acórdão da ADI nº 3.510. Voto Ministro Menezes Direito, p. 223.

²²⁵ “Nesse sentido, o respeitado cientista Stevens Rehen, em entrevista concedida ao Instituto Virtual de Células-Tronco, acredita ‘ser precoce qualquer sugestão de aplicação terapêutica de células-tronco embrionárias humanas’.” Acórdão da ADI nº 3.510. Voto Ministro Menezes Direito, p. 249.

²²⁶ Acórdão da ADI nº 3510. Voto Ministro Menezes Direito, p. 251.

audiência pública²²⁷, valendo-se das palavras proferidas pelo Dr. Dalton de Paula Ramos quanto ao desenvolvimento contínuo e progressivo do embrião²²⁸. Mencionou a pesquisa liderada pela Dr.^a Patrícia Pranke, também participante da audiência, mas não argumentos específicos utilizados por ela naquela oportunidade²²⁹. Referiu-se à pesquisa desenvolvida pela Dr.^a Lygia Pereira junto à USP, sobre a possibilidade de derivação de linhagens de células-tronco embrionárias no Brasil²³⁰. Teceu demais considerações com fundamentação diversa, não se restringindo às informações apresentadas na audiência pública.

A Ministra Cármen Lúcia, por sua vez, manifestou-se pela total improcedência da ação direta de inconstitucionalidade, ressaltando como dado institucional “todo o grande, necessário, positivo e muito democrático debate havido na sociedade sobre a matéria discutida nesta ação”²³¹, salientando que a matéria em exame na ADI nº 3.510 “diz respeito diretamente a todos e todos têm o legítimo e democrático interesse e direito de se manifestar”²³².

Embora não tenha citado expressamente argumentos lançados pelas autoridades ouvidas na audiência pública, a Ministra Cármen Lúcia salientou em seu voto a legitimidade das manifestações realizadas sobre o uso das células-tronco embrionárias em pesquisas porque diz respeito à vida, à dignidade, à saúde, a

²²⁷ Foram citados no voto do Ministro os seguintes especialistas participantes da audiência pública: Dr. Antônio Carlos de Carvalho, Dr.^a Lygia Pereira, Dr. Stevens Rehen e Dr.^a Cláudia Maria de Castro Batista.

²²⁸ “Nesse sentido a intervenção do Dr. Dalton Luiz de Paula Ramos na audiência pública (fl. 1.063) ao afirmar que o desenvolvimento do embrião ‘é progressivo porque, se oferecermos a ele as condições necessárias, o amparo, a acolhida de que precisa, ele sempre passará para o estágio seguinte. Ultrapassada uma etapa de desenvolvimento, passa, em condições normais, à etapa seguinte, sem regressos; evoluções que vão compor uma biografia’.” Acórdão da ADI nº 3.510. Voto Ministro Menezes Direito, p. 271.

²²⁹ “A questão em torno da natureza do embrião autoriza desafiar, desde logo, a comparação que se procura fazer entre o embrião gerado em processo de fertilização *in vitro* e o embrião implantado no útero, ao argumento de que, sem este, não há vida possível. Essa interessante visão do problema está bem enunciada com clareza notável pela séria, respeitada e reconhecida pesquisadora Patrícia Pranke, Professora da Faculdade de Farmácia da Universidade Federal do Rio Grande do Sul e sócia fundadora do Instituto de Pesquisa com Células (in O Terceiro Elemento da Vida, texto ainda não publicado).” Acórdão da ADI nº 3.510. Voto Ministro Menezes Direito, p. 273.

²³⁰ Acórdão da ADI nº 3.510. Voto Ministro Menezes Direito, p. 304.

²³¹ Acórdão da ADI nº 3.510. Voto Ministra Cármen Lúcia, p. 325.

²³² A Ministra, todavia, ressaltou que as manifestações no processo, embora legítimas, não desviam nem alteram o compromisso do julgador com o dever de agir em atenção e prevalência da ordem constitucional. Acórdão da ADI nº 3.510. Voto Ministra Cármen Lúcia, p. 326-327.

liberdade, à informação e ao consenso, ou seja, diz respeito a toda a sociedade²³³, bem como alinhavou argumentos que, ainda que indiretamente, remontam às informações colhidas na audiência pública.

Em voto subsequente o Ministro Ricardo Lewandowski julgou a ação procedente em parte apresentando em suas razões algumas restrições a serem impostas às pesquisas. O Ministro citou a audiência pública realizada, apontando que mesmo os especialistas que defendem as pesquisas com embriões humanos concordam em limitar no tempo a sua manipulação²³⁴.

Transcreveu explicação dada na audiência pública quanto ao prazo de três anos de congelamento, como o lapso temporal de viabilidade dos embriões, relacionado na verdade a um lapso temporal para que os genitores possam ter certeza quanto à doação dos embriões para pesquisa, e não necessariamente à viabilidade propriamente dita do embrião em si. Sublinhou, nesse sentido, que embriões com tempo superior de congelamento podem sobreviver hígidos, com viabilidade de implantação em um útero receptor²³⁵. Pontuou ainda, a resposta que obteve à pergunta que realizou durante a audiência pública, quanto ao destino dos embriões congelados estar submetido exclusivamente à vontade dos possíveis genitores, como sendo uma resposta de um pragmatismo assustador²³⁶.

O Ministro Eros Grau votou em seguida julgando parcialmente procedente a ação, também apresentando algumas restrições às pesquisas. Quanto à audiência pública restringiu-se a mencionar que: “Forças sociais manifestaram-se intensamente - de modo mesmo impertinente, algumas delas - em relação à matéria objeto da presente ação direta de inconstitucionalidade”²³⁷ e apresentou os argumentos que fundamentaram seu voto.

O Ministro Joaquim Barbosa acompanhou o Relator pela total improcedência

²³³ Acórdão da ADI nº 3.510. Voto Ministra Cármen Lúcia, p. 326-327.

²³⁴ Acórdão da ADI nº 3.510. Voto Ministro Ricardo Lewandowski, p. 428.

²³⁵ Acórdão da ADI nº 3.510. Voto Ministro Ricardo Lewandowski, p. 437/438.

²³⁶ “Nesse aspecto, causa espécie, do ponto de vista ético, a lógica de cunho puramente voluntarista existente por detrás da resposta oferecida à pergunta por mim formulada, quando da audiência pública realizada nesta Suprema Corte, no tocante ao destino dos embriões congelados, segundo a qual sua utilização nas pesquisas estaria sujeita ao exclusivo alvedrio dos assim chamados “genitores”. O pragmatismo extremado de que se reveste tal solução parece-me deveras assustador”. Acórdão da ADI nº 3.510. Voto Ministro Ricardo Lewandowski, p. 439.

²³⁷ Acórdão da ADI nº 3.510. Voto Ministro Eros Grau, p. 450.

da ação. Iniciou seu voto afirmando que a questão em debate restringia-se à possibilidade de utilização de células-tronco embrionárias em pesquisas científicas, não abrangendo a fixação do momento em que se dá o início da vida, pois como demonstrado nos autos e nos debates realizados, nem mesmo a ciência está apta a afirmar com precisão o exato momento em que a vida se inicia²³⁸.

Acentuou que o objetivo da Lei de Biossegurança, fruto de intenso debate social no Congresso Nacional, como amplamente demonstrado nos autos e na audiência pública realizada em 2007 sobre o tema, é claro no sentido de regulamentar a pesquisa científica que utiliza células-tronco embrionárias. Segundo o Ministro, o Congresso Nacional ao ponderar entre as várias faces de um mesmo direito, qual seja o direito à vida, optou por aquela que alia a proteção da vida num sentido mais amplo e coletivo, com o atendimento do desenvolvimento científico dentro de determinadas balizas, resumidas em três fatores: (1) que se trate de embrião inviável ou embrião congelado há mais de três anos; (2) que haja o consentimento expresso dos genitores; e (3) que a doação seja gratuita (proibição da venda de embriões)²³⁹. O voto trouxe ampla fundamentação quanto à importância das pesquisas com as células-tronco embrionárias para a busca de alternativas para doenças tidas como incuráveis, dentre outros aspectos que, mesmo indiretamente, referenciam as preocupações expostas na audiência pública, contudo, não fez menção específica aos demais argumentos das autoridades ouvidas naquela oportunidade.

Continuamente ao julgamento, o Ministro Cezar Peluso proferiu seu voto pela total improcedência da ação, tendo sido o Ministro que mais se preocupou em trazer em sua decisão informações e argumentos colhidos na audiência pública e apresentados pelos demais *amici curiae* que intervieram no processo.

O Ministro julgou improcedente a ação direta de inconstitucionalidade, ressaltando, porém, que dava interpretação conforme a Constituição aos artigos da legislação impugnada, no sentido de que as pesquisas com células-tronco

²³⁸ Acórdão da ADI nº 3.510. Voto Ministro Joaquim Barbosa, p. 461.

²³⁹ Acórdão da ADI nº 3.510. Voto Ministro Joaquim Barbosa, p. 463 e 465.

embrionárias fossem rigorosamente fiscalizadas do ponto de vista ético²⁴⁰.

O Ministro Cezar Peluso iniciou seu voto salientando que os experimentos científicos com finalidades terapêuticas realizados com células-tronco adultas e os desenvolvidos com células-tronco embrionárias não traçam caminhos mutuamente excludentes. Segundo sua perspectiva, nenhuma das tecnologias demonstrou suficiência no sentido de esgotar as potencialidades científico-terapêuticas, de modo que uma não exclui a outra. Nesse sentido, diz o Ministro, ser adequado e recomendável a realização de pesquisas também com células-tronco embrionárias com o objetivo de contribuir para promoção de valores constitucionais legítimos como o direito à vida, à dignidade, à saúde e à liberdade de investigação científica²⁴¹.

Afirmou que os conceitos de vida e de pessoa devem ser reconstruídos nos “supremos limites materiais do ordenamento constitucional”, a Constituição não pode ser interpretada à luz de regras subalternas, com a comparação indevida de que a vida intrauterina e as células-embrionárias teriam menor dignidade constitucional protetiva que o delito do aborto e o crime de homicídio²⁴². Nesse contexto, o Ministro apontou a incorreção do argumento trazido pelo *amicus curiae* Conectas Direitos Humanos, ao comparar a pena do homicídio com a do aborto, ante a impossibilidade de se retirar ilação automática entre o valor da pena e o valor do bem jurídico tutelado²⁴³.

Neste aspecto, utilizou-se ainda de argumentos apresentados pela Dr.^a Mayana Zatz, na audiência pública, quanto à impossibilidade de comparação entre o delito de aborto e a pesquisa científica com células embrionárias congeladas,

²⁴⁰ “Também tenho por indispensável submeter as atividades de pesquisas ao crivo reforçado de outros órgãos de controle e fiscalização estatal, declarando-lhes, expressa e inequivocamente, a submissão dos trabalhos, como da tribuna sugeriu a advocacia do Senado Federal, ao ‘Ministério da Saúde, (o) Conselho Nacional de Saúde e (a) Agência Nacional de Vigilância Sanitária’, na forma que venha a ser regulamentada, em prazo que delibere a Corte. Diante do exposto, julgo improcedente a ação direta de inconstitucionalidade, ressaltando, porém, que dou interpretação conforme à Constituição aos artigos relativos aos embriões na legislação impugnada, para os fins já declarados.” Acórdão da ADI nº 3.510. Voto Ministro Cezar Peluso, p. 524.

²⁴¹ Acórdão da ADI nº 3.510. Voto Ministro Cezar Peluso, p. 478.

²⁴² Acórdão da ADI nº 3.510. Voto Ministro Cezar Peluso, p. 479.

²⁴³ “Esse é, no entanto, o argumento - incorreto no ponto - da CONECTAS, que, comparando a pena do homicídio com a do aborto, sugere haja, em relação à vida ‘da pessoa destinada a nascer, (...) uma valoração pela metade’ de seu valor’ (fls. 158). A ilação, tirada de forma automática entre o valor da pena e o valor do bem jurídico tutelado, não colhe”. Acórdão da ADI nº 3.510. Voto Ministro Cezar Peluso, p. 480.

transcrevendo *ipsis litteris* afirmação apresentada pela pesquisadora²⁴⁴.

Referiu-se expressamente ao posicionamento apresentado pelo *amicus curiae* Movimento em Prol da Vida – Movitae, no sentido de que embriões isolados não se caracterizam nem se definem como pessoas. Tratando-se de vida humana potencial, estariam submetidos a uma proteção jurídica menos forte, relacionada à vida em geral e não diretamente a intangibilidade da vida da pessoa humana²⁴⁵.

Todavia, salientou o Ministro, estar convencido de que o atributo de humanidade já está presente tanto no embrião, quanto nas demais fases de seu desenvolvimento²⁴⁶.

Afirmou concordar com o Ministro-Relator de que o início da vida ocorre no preciso momento da fecundação e, nesse sentido, com o argumento apresentado pelo *amicus curiae* Confederação Nacional dos Bispos do Brasil – CNBB, de que a vida começa com a concepção, ponderando, todavia, que a questão central em discussão está em saber se esse momento é capaz de legitimar juízo de inconstitucionalidade da norma contestada, no sentido de que a autorização de pesquisas com embriões ofenderia a proteção constitucional à vida humana, afirmando ser “de todo em todo negativa a resposta”²⁴⁷.

Referindo-se às autoridades participantes da audiência pública, o Ministro pontuou que nenhum dos cientistas ouvidos “negou que o fenômeno vida se apresenta e define, em substância, tipicamente como processo”²⁴⁸. Argumentando que a vida se define como processo, apresentou informações nesse sentido, colhidas na audiência, apresentadas até mesmo por aqueles que se opõem às pesquisas com células-tronco embrionárias. Citou a Dr.^a Lenise Martins Garcia, transcrevendo trechos dos debates realizados na audiência pública, quanto à descrição da ideia básica de vida que, segundo a pesquisadora, seria possível a partir da existência de “diversas fases” ou “ciclos de vida”, afirmando que “para o embrião humano ir à frente, ele precisa estar no útero, precisa ser implantado”²⁴⁹.

²⁴⁴ Acórdão da ADI nº 3.510. Voto Ministro Cezar Peluso, p. 482.

²⁴⁵ Acórdão da ADI nº 3.510. Voto Ministro Cezar Peluso, p. 486.

²⁴⁶ Acórdão da ADI nº 3.510. Voto Ministro Cezar Peluso, p. 487.

²⁴⁷ Acórdão da ADI nº 3.510. Voto Ministro Cezar Peluso, p. 489-490.

²⁴⁸ Acórdão da ADI nº 3.510. Voto Ministro Cezar Peluso, p. 496.

²⁴⁹ Acórdão da ADI nº 3.510. Voto Ministro Cezar Peluso, p. 496-497.

No sentido de comprovar que a vida se define como um processo ou fenômeno dinâmico, o Ministro transcreveu *in verbis* argumentos apresentados na audiência pública pelos especialistas: Dr.^a Cláudia de Castro Batista²⁵⁰, Dr. Antônio José Eça²⁵¹, Dr.^a Elizabeth Kipman Cerqueira²⁵² e Dr. Antonio Campos de Carvalho²⁵³.

Salientou que, mesmo o posicionamento apresentado pela Confederação Nacional dos Bispos do Brasil – CNBB, na qualidade de *amicus curiae* absolutamente contrário às pesquisas, “não destoa dessa percepção científica comum, ao sustentar que o embrião ‘é um ser humano, que, por força da lei natural, continuará a crescer, amadurecer, envelhecer e morrer, segundo o ritmo de tempo concedido a cada um’.”²⁵⁴

Com referência às informações apresentadas pelas autoridades ouvidas na audiência pública, transcritas em seu voto, o Ministro Cezar Peluso chegou a conclusão de que “não há vida no ser que não tenha ou ainda não tenha capacidade de mover-se por si mesmo”, condição que, sob sua perspectiva, os embriões congelados não possuem²⁵⁵.

Trouxe para suas considerações a indagação teórica e preocupação apresentada pela Dr.^a Lenise Garcia quanto à possibilidade de eliminação de um embrião no qual seja detectada uma doença genética. Para a qual afirmou ser negativa a resposta, na medida em que, nos quadrantes do ordenamento jurídico,

²⁵⁰ “CLÁUDIA DE CASTRO BATISTA asseverou, textualmente, que ‘a vida humana é um processo contínuo, coordenado e progressivo. A partir da fecundação, do óvulo com o espermatozoide, acontece, logo em seguida, a primeira divisão e assim consecutivamente (...). Portanto, é a fecundação que permite que o desenvolvimento seja disparado e prossiga por si mesmo.’ Acórdão da ADI nº 3.510. Voto Ministro Cezar Peluso, p. 497.

²⁵¹ “ANTÔNIO JOSÉ EÇA, também adversário das pesquisas, acentuou que ‘a vida igualmente se dá através de um processo que se inicia no momento da concepção.’ Acórdão da ADI nº 3.510. Voto Ministro Cezar Peluso, p. 497.

²⁵² “Foi ainda mais incisiva ELIZABETH KIPMAN CERQUEIRA, ao advertir que ser vivo é ‘aquele que tem um início, segue processos (...) até a sua morte. (...) É aquele ser que tem um início, a partir de seu próprio potencial, da sua ipseidade, da sua imanência, daquilo que lhe é próprio, desenvolve-se num programa recebido através de um material genético.’ E, logo mais adiante, referiu-se à vida como ‘processo de autoconstrução e de autodesenvolvimento,(...), ontogênese.’ Acórdão da ADI nº 3.510. Voto Ministro Cezar Peluso, p. 497.

²⁵³ “E, por não alongar escólios em vão, ANTONIO CAMPOS DE CARVALHO condensa as opiniões de igual conteúdo, notando: ‘não pretendo discutir a questão sobre a origem da vida. Conforme dito por vários colegas que me precederam, tanto a favor quanto contra as pesquisas com células-tronco embrionárias humanas, entendo que a vida é um contínuo.’” Acórdão da ADI nº 3.510. Voto Ministro Cezar Peluso, p. 497.

²⁵⁴ Acórdão da ADI nº 3.510. Voto Ministro Cezar Peluso, p. 499.

²⁵⁵ Acórdão da ADI nº 3.510. Voto Ministro Cezar Peluso, p. 500.

práticas eugênicas são expressamente proibidas²⁵⁶.

Reforçou que a autorização trazida pela Lei de Biossegurança restringe-se a utilização de embriões congelados a pelo menos três anos ou inservíveis para fins de reprodução humana, salientando que até mesmo os cientistas contrários às pesquisas, como a Dr.^a Lenise Garcia, admitem que “a Lei tentou evitar justamente que se façam embriões especificamente para serem usados em pesquisas, porque isso abre todo um campo para comércio de embriões”.²⁵⁷

Quanto à conceituação do que seriam embriões inservíveis, o Ministro utilizou-se de conceito apresentado pela Dr.^a Patrícia Pranke na audiência pública²⁵⁸. Baseando-se, ainda, nas considerações feitas na audiência pública pela Dr.^a Alice Teixeira Ferreira e pelo Dr. Rodolfo Acatauassú Nunes, afirmou não ser razão definitiva nem suficientemente contrária à realização de pesquisas com células-tronco embrionárias, a referência a pessoas sadias que foram geradas a partir de embriões congelados a mais de três anos, pois o que se está a discutir não é o sucesso da fertilização. Além do que, a utilização dos embriões congelados requer necessariamente autorização expressa dos provedores dos gametas (genitores)²⁵⁹.

O Ministro apresentou, ainda, considerações tecidas pela Dr.^a Lygia Pereira, expositora na audiência pública, no sentido de que a aceitação da realização de pesquisas com células embrionárias está implícita na própria admissão das técnicas de fertilização *in vitro*, na medida em que a criação de embriões, em número excedente e até mesmo descontrolado é inerente a essa técnica. Nesse sentido, aduz o Ministro que os opositores às pesquisas com células-tronco, para manterem a coerência de seus argumentos, deveriam admitir que as próprias técnicas de fertilização assistida, sob o ângulo de suas premissas, seriam inaceitáveis²⁶⁰.

Assim, com base em argumento alinhavado pela Dr.^a Mayana Zatz, de que a

²⁵⁶ Acórdão da ADI nº 3.510. Voto Ministro Cezar Peluso, p. 507-508.

²⁵⁷ Acórdão da ADI nº 3.510. Voto Ministro Cezar Peluso, p. 509, citação 43.

²⁵⁸ “Cf. as considerações de PATRÍCIA PRANKE, especialmente p. 17 e ss. O Decreto regulamentar nº 5.591, de 22 de novembro de 2005, define como inviáveis os embriões com alterações genéticas que tenham o desenvolvimento interrompido por falta espontânea de clivagem após vinte e quatro horas da fertilização *in vitro*, e os que apresentem modificações morfológicas que lhes comprometam o pleno desenvolvimento (art. 3o, inc. XIII).” Acórdão da ADI nº 3.510. Voto Ministro Cezar Peluso, p. 509, citação 44.

²⁵⁹ Acórdão da ADI nº 3.510. Voto Ministro Cezar Peluso, p. 509-510.

²⁶⁰ Acórdão da ADI nº 3.510. Voto Ministro Cezar Peluso, p. 510.

fecundação é uma condição necessária, mas não suficiente para o embrião se desenvolver, para o Ministro “ou a vida decorre da concepção natural em que há um *continuum* definidor da existência de processo vital em ato, ou seu impulso fica subordinado a certa condição por realizar”²⁶¹.

Reafirmou que a autorização legal para utilização em pesquisas científicas refere-se tão somente ao contingente excedente de embriões criados, como resultado de manipulação genética pelo homem para fins reprodutivos. Manipulação esta que não é contestada e que recomenda a produção de mais embriões do que os efetivamente utilizados²⁶².

No que tange ao destino dos embriões congelados, ressaltou que, embora não constitua crime o seu descarte, em razão de não possuírem vida atual e suscetível de proteção jurídica plena, tal procedimento não traz benefício nenhum a sociedade. Neste aspecto, ainda mais, resta autorizado pela ordem constitucional seu emprego em pesquisas científicas dirigidas ao desenvolvimento de terapias para cura de doenças. Destacou o Ministro, nesta seara, a possibilidade aventada em sustentação oral, pela Procuradoria-Geral da República e pelo *amicus curiae* Confederação Nacional dos Bispos do Brasil – CNBB, da possibilidade de doação de embriões condicionada à autorização dos genitores²⁶³.

O Ministro referiu-se a ilação de Klaus Roxin apresentada pelo *amicus curiae* Conectas Direitos Humanos, quanto ao fato de que um embrião destruído não cria qualquer valor positivo, ao passo que um embrião utilizado em pesquisas pode servir à vida no sentido de contribuir positivamente para a futura cura de doenças²⁶⁴.

Finalmente, sublinhou o Ministro a proibição de comercialização e de produção intencional de embriões para pesquisas, reafirmando a prudência e moderação com as quais deve ser tratado o tema, a teor da manifestação do *amicus curiae* Movitae – Movimento em Prol da Vida²⁶⁵. Teceu razões finais apontando a necessidade de constante e eficiente fiscalização pelos poderes públicos sobre a

²⁶¹ Acórdão da ADI nº 3.510. Voto Ministro Cezar Peluso, p. 513.

²⁶² Nesse sentido, o Ministro também traz informações apresentadas pela Dr.^a Patricia Pranke na audiência pública, quanto a redução dos custos dos ciclos de recolocação dos embriões no futuro. Acórdão da ADI nº 3.510. Voto Ministro Cezar Peluso, p. 514.

²⁶³ Acórdão da ADI nº 3.510. Voto Ministro Cezar Peluso, p. 516.

²⁶⁴ Acórdão da ADI nº 3.510. Voto Ministro Cezar Peluso, p. 517.

²⁶⁵ Acórdão da ADI nº 3.510. Voto Ministro Cezar Peluso, p. 517.

utilização do material genético para pesquisas científicas, ante a magnitude dos bens jurídicos envolvidos no tema.

Na sequência do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.510, o Ministro Marco Aurélio Mello proferiu seu voto acompanhando o Relator pela total improcedência do pedido.

O Ministro Marco Aurélio iniciou seu voto pontuando que a hipótese em análise não abarca a possibilidade de interpretação conforme a Constituição, aplicável aos casos em o texto normativo seja ambíguo sugerindo mais de uma interpretação, circunstância não presente na hipótese em apreço. Afirmou ver com restrições a denominada interpretação conforme a Constituição, em razão do risco do Supremo Tribunal Federal assumir papel de legislador positivo. Salientou ainda, não competir ao Supremo fazer recomendação quando do julgamento dos processos de fiscalização abstrata de constitucionalidade, para os quais cabe tão somente a declaração de constitucionalidade ou inconstitucionalidade, total ou parcial, do ato normativo impugnado²⁶⁶.

Segundo sua perspectiva, a questão posta na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.510, cinge-se a indagação quanto ao ponto de ofensa ao art. 5º da Constituição Federal capaz de levar à declaração de inconstitucionalidade dos dispositivos da Lei de Biossegurança. Para o Ministro, paixões de toda ordem devem ser postas em segundo plano, devendo prevalecer a aplicação dos princípios constitucionais: “Opiniões estranhas ao Direito, por si sós, não podem prevalecer, pouco importando o apego a elas por aqueles que as veiculam. O contexto apreciado há de ser técnico-jurídico, valendo notar que declaração de inconstitucionalidade pressupõe sempre conflito flagrante da norma com o Diploma Maior”²⁶⁷.

O Ministro traçou considerações quanto aos aspectos estabelecidos pela lei para as pesquisas, como a inviabilidade e o congelamento do embrião a mais de 03 (três) anos, assim como a necessidade de consentimento dos fornecedores do material genético e a proibição de comercialização do mesmo²⁶⁸.

²⁶⁶ Acórdão da ADI nº 3.510. Voto Ministro Marco Aurélio, p. 538.

²⁶⁷ Acórdão da ADI nº 3.510. Voto Ministro Marco Aurélio, p. 530-541.

²⁶⁸ Acórdão da ADI nº 3.510. Voto Ministro Marco Aurélio, p. 543-544.

No tocante a questão sobre o início da vida, afirmou ser possível adoção de vários enfoques, seja o da concepção ou até a viabilidade da gestação humana. Ao analisar este enfoque biológico o Ministro valeu-se de ilação do Dr. Luiz Eugênio Mello, participante da audiência pública, no sentido de que um embrião produzido em laboratório que seja inviável ou sem condições de implantação em útero de uma mulher não é uma pessoa humana²⁶⁹. Note-se, todavia, que embora o cientista citado tenha participado da audiência pública, o argumento utilizado pelo Ministro em seu voto refere-se a artigo publicado no jornal Folha de São Paulo em 1º de março de 2008, e não diretamente a argumentos apresentados na audiência.

Ressaltou a importância do avanço das pesquisas com células-tronco embrionárias para a cura de doenças, na medida em que as células-tronco adultas não conseguem substituí-las em todas as necessidades, haja vista a formação de tecidos nervosos que somente provêm de células-embrionárias. Nesse aspecto citou entrevista concedida pela Dr.^a Mayana Zatz, também participante da audiência pública, à Revista Veja, em edição de março de 2008, no sentido de que a terapia com as células-tronco pode ser considerada como o futuro da medicina regenerativa²⁷⁰. Teceu demais considerações em seu voto, inclusive trazendo notícias sobre o tratamento do tema em outros países.

O Ministro Celso de Mello, próximo a votar no processo, julgou improcedente a ação direta de inconstitucionalidade, sem qualquer restrição a ser aplicada em face da Lei de Biossegurança.

Iniciou suas considerações exaltando o caráter histórico do julgamento e a preocupação de que a centralidade do debate, sobre a possibilidade de utilização das células-tronco embrionárias em pesquisas, não fosse reduzida à litigiosidade entre poder temporal (Estado) e poder espiritual (Igreja), ressaltando a laicidade como princípio fundamental da ordem constitucional brasileira²⁷¹.

Segundo o Ministro Celso de Mello, o único critério a ser utilizado na análise do presente caso refere-se à sua fundamentação ao texto da Constituição Federal, em suas razões de ordem social e de natureza pública, em cotejo com a

²⁶⁹ Acórdão da ADI nº 3.510. Voto Ministro Marco Aurélio, p. 547.

²⁷⁰ Acórdão da ADI nº 3.510. Voto Ministro Marco Aurélio, p. 552.

²⁷¹ Acórdão da ADI nº 3.510. Voto Ministro Celso de Mello, p. 554-558.

necessidade de desenvolvimento de técnicas que permitam o manejo de terapias celulares para o tratamento de doenças ou alterações degenerativas²⁷².

Nesse sentido, o Ministro trouxe à colação excertos de documento elaborado por Grupo de Trabalho formado pela Dr.^a Mayana Zatz, pelo Dr. Marco Antônio Zago e pelo Dr. Antonio Carlos Campos de Carvalho, designado pela Academia Brasileira de Ciências, que trata especificamente sobre os aspectos abordados na ADI nº 3.510²⁷³. Dentre as considerações trazidas pelo documento, no que tange ao início da vida individual, afirma que o embrião que não detém possibilidade de ser implantado em útero não constitui um ser humano potencial. O documento também ressalta a necessidade do desenvolvimento das pesquisas com células-tronco embrionárias ante a pluripotencialidade que lhe é inerente, diferentemente do que ocorre com as células-tronco adultas cujo âmbito de aplicabilidade é mais restrito²⁷⁴. Registre-se que o referido documento citado pelo Ministro, intitulado “A propósito da Ação Direta de Inconstitucionalidade da Lei que Autoriza a Pesquisa em Células-tronco Embrionárias”, foi apresentado pelo *amicus curiae* *Movitae* – Movimento em Prol da Vida. As referidas autoridades, que elaboraram o estudo, também participaram da audiência pública realizada sobre o tema.

O Ministro Celso de Mello também se valeu dos argumentos alinhavados pela Dr.^a Mayana Zatz durante a audiência pública, no sentido de que a pesquisa com células-tronco embrionárias não é passível de comparação com o procedimento do aborto. Segundo a pesquisadora, citada pelo Ministro, no aborto subsiste uma vida no útero que será interrompida por intervenção humana, ao passo que no embrião congelado não há vida se não houver intervenção humana²⁷⁵.

O Ministro desenvolveu suas razões com base em demais fundamentos doutrinários, científicos e filosóficos, concluindo pela possibilidade de utilização das células-tronco embrionárias nas pesquisas, considerando como limite temporal o processo de formação do sistema nervoso central, pois inexistente até este momento a figura da pessoa ou de um ser humano potencial. Neste momento, o

²⁷² Acórdão da ADI nº 3.510. Voto Ministro Celso de Mello, p. 565.

²⁷³ Acórdão da ADI nº 3.510. Voto Ministro Celso de Mello, p. 565-569.

²⁷⁴ Acórdão da ADI nº 3.510. Voto Ministro Celso de Mello, p. 569.

²⁷⁵ Acórdão da ADI nº 3.510. Voto Ministro Celso de Mello, p. 570. Notas taquigráficas da Audiência pública, p. 923-924.

Ministro reiterou os argumentos lançados no documento do Grupo de Trabalho da Academia Brasileira de Ciências, que considera o embrião como um ser humano em potencial somente a partir de sua implantação em útero²⁷⁶. Finalizou seu voto tratando sobre a proteção do direito a vida trazida em documentos internacionais, como a Convenção Americana de Direitos Humanos e o Pacto de São José da Costa Rica, os quais não acolheram, nem estabeleceram como conceito absoluto para o marco inicial da proteção ao direito à vida, o momento da concepção²⁷⁷.

Ao final do julgamento, o Ministro Gilmar Mendes proferiu seu voto pela improcedência da ação, para declarar a constitucionalidade do art. 5º, seus incisos e parágrafos, da Lei nº 11.105/2005, com a ressalva de que seja interpretado no sentido de que a permissão para pesquisas e terapias com células-tronco embrionárias, obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização *in vitro*, devam ser condicionadas à prévia autorização e aprovação por Comitê Central de Ética e Pesquisa, vinculado ao Ministério da Saúde²⁷⁸.

Inicialmente o Ministro ressaltou, em seu pronunciamento, as profundas reflexões que advieram ao processo pela participação dos *amici curiae*, dos advogados, do Ministério Público, dos diversos cientistas e expertos que participaram da audiência pública, e dos votos proferidos pelos Ministros, que fizeram do Supremo “um foro de argumentação e de reflexão com eco na coletividade e nas instituições democráticas”²⁷⁹.

Ressaltando o espaço democrático instaurado na ADI nº 3.510, com a audiência pública e a participação dos diversos *amici curiae*, como representantes de toda a sociedade, segundo o Ministro, o Supremo Tribunal Federal demonstrou “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.”²⁸⁰

Segundo posicionamento apresentado pelo Ministro Gilmar Mendes, a

²⁷⁶ Acórdão da ADI nº 3.510. Voto Ministro Celso de Mello, p. 582.

²⁷⁷ Acórdão da ADI nº 3.510. Voto Ministro Celso de Mello, p. 589.

²⁷⁸ Acórdão da ADI nº 3.510. Voto Ministro Gilmar Mendes, p. 630.

²⁷⁹ Acórdão da ADI nº 3.510. Voto Ministro Gilmar Mendes, p. 596.

²⁸⁰ Acórdão da ADI nº 3.510. Voto Ministro Gilmar Mendes, p. 598.

questão posta a julgamento refere-se exclusivamente à constitucionalidade da utilização de células-tronco embrionárias para fins de pesquisa científica, não havendo qualquer necessidade para resolver esta questão adentrar-se em temática relacionada ao marco inicial e final da vida humana para fins de proteção jurídica²⁸¹. Nesse sentido, asseverou que a lição que se pode retirar das múltiplas teorias, concepções e de todo o infindável debate sobre temas como o aborto, a eutanásia e as pesquisas com embriões humanos, é a de que não existem respostas moralmente corretas, nem universalmente aceitáveis para essas questões, pois, em qualquer hipótese, sempre haverá um elemento vital digno de proteção jurídica²⁸².

O Ministro desenvolveu suas razões partindo da premissa de que os avanços tecnológicos e científicos, que tenham o próprio homem como objeto, devem ser regulados pelo Estado com base no princípio da responsabilidade²⁸³.

Apresentou sua fundamentação teórica, embora sem menção direta ou específica aos argumentos apresentados pelas autoridades ouvidas na audiência pública, mas relacionada à sua dimensão teórica e ao âmbito de debate promovido na audiência.

Teceu considerações quanto à proteção dos direitos fundamentais pela legislação pátria e pelo direito comparado, elencando o tratamento dado ao tema relacionado às pesquisas com material genético pela Alemanha, Austrália, França, Espanha e México²⁸⁴, donde chegou à conclusão da deficiência da legislação brasileira quanto à regulamentação da matéria e da imprescindível necessidade de instituição de um Comitê Central de Ética, ligado ao Ministério da Saúde, para fiscalizar as atividades das instituições que realizam pesquisa ou terapia com células-tronco embrionárias²⁸⁵.

Nesse sentido, considerando que a declaração de inconstitucionalidade poderia causar um indesejado e danoso vácuo normativo, o Ministro Gilmar Mendes conferiu ao art. 5º da Lei de Biossegurança, interpretação conforme a Constituição, tendo como parâmetro de aferição os princípios da proporcionalidade e da

²⁸¹ Acórdão da ADI nº 3.510. Voto Ministro Gilmar Mendes, p. 600.

²⁸² Acórdão da ADI nº 3.510. Voto Ministro Gilmar Mendes, p. 601.

²⁸³ Acórdão da ADI nº 3.510. Voto Ministro Gilmar Mendes, p. 603.

²⁸⁴ Acórdão da ADI nº 3.510. Voto Ministro Gilmar Mendes, p. 611-620.

²⁸⁵ Acórdão da ADI nº 3.510. Voto Ministro Gilmar Mendes, p. 621.

responsabilidade²⁸⁶.

Proferidos os votos, a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.510 foi julgada totalmente improcedente, concluindo-se que a autorização trazida pela Lei de Biossegurança para a utilização de células-tronco embrionárias em pesquisas científicas com fins terapêuticos, observadas as exigências trazidas pelo texto legal, não viola nem ofende o texto constitucional, conforme se infere *in verbis*:

Decisão: Após os votos do Senhor Ministro Carlos Britto (relator) e da Senhora Ministra Ellen Gracie (Presidente), julgando improcedente a ação direta, pediu vista dos autos o Senhor Ministro Menezes Direito. (...)

Decisão: Após os votos dos Senhores Ministros Menezes Direito e Ricardo Lewandowski, julgando parcialmente procedente a ação direta; dos votos da Senhora Ministra Cármen Lúcia e do Senhor Ministro Joaquim Barbosa, julgando-a improcedente; e dos votos dos Senhores Ministros Eros Grau e Cezar Peluso, julgando-a improcedente, com ressalvas, nos termos de seus votos, o julgamento foi suspenso. (...)

Decisão: Prosseguindo no julgamento, o Tribunal, por maioria e nos termos do voto do relator, julgou improcedente a ação direta, vencidos, parcialmente, em diferentes extensões, os Senhores Ministros Menezes Direito, Ricardo Lewandowski, Eros Grau, Cezar Peluso e o Presidente, Ministro Gilmar Mendes. Plenário, 29.05.2008²⁸⁷.

Da análise dos votos proferidos pelos Ministros quando do julgamento da ADI nº 3.510 pode-se inferir que a audiência pública contribuiu tecnicamente de forma expressiva, ainda que as informações colhidas durante a audiência pública não tenham sido utilizadas de modo uniforme por todos os Ministros.

Muitos aspectos discutidos durante a audiência pública foram expressamente relacionados nas razões apresentadas durante o julgamento, a demonstrar a capacidade contributiva da audiência pública como espaço de abertura democrática à participação da sociedade civil.

Reitere-se que, nada obstante o fato de a audiência pública junto a ADI nº 3.510 ter sido conduzida de forma bastante rígida, dificultando, em certo aspecto, maior abertura ao diálogo social, são visíveis os contributos advindos da mesma. Além do que, a condução rígida e formal da mesma justificou-se em razão de ter

²⁸⁶ “Seguindo a linha de raciocínio até aqui delineada, deve-se conferir ao art. 5º uma interpretação em conformidade com o princípio da responsabilidade, tendo como parâmetro de aferição o princípio da proporcionalidade como proibição de proteção deficiente (Untermassverbot)”. Acórdão da ADI nº 3.510. Voto Ministro Gilmar Mendes, p. 629-630.

²⁸⁷ Acórdão da ADI nº 3.510. Extrato da ata, p. 658-659.

sido a primeira a ser realizada pelo Supremo Tribunal Federal, momento em que subsistiam incertezas quanto ao modo de operação e desenvolvimento somada à ausência de regramento procedimental para a condução de audiência pública, somente superado com a edição da Emenda Regimental nº 29/2009. A efetivação da audiência, no entanto, mostrou-se positiva demonstrando a potencialidade contributiva do instituto, tanto que, desde então, o Supremo Tribunal Federal já realizou 12 (doze) audiências públicas, com mais 2 (duas) agendadas para o fim de 2013.

É possível visualizar na decisão em análise, a presença do conceito da representação argumentativa, não somente por consignar de forma literal informações apresentadas pelos partícipes da audiência, mas, sobretudo, por implicar em ônus argumentativo imposto aos julgadores, ante a ampliação da responsabilidade por efetivar julgamento em que a sociedade civil manifestou sua preocupação e interesse de forma expressa e direta.

A realização da audiência pública na ADI nº 3.510, ainda que sob a divisão em blocos antagônicos, pro e contra a utilização das células-tronco embrionárias em pesquisas científicas e para fins terapêuticos, contribuiu tecnicamente ampliando o conjunto informativo sobre o assunto objeto da ação de controle de constitucionalidade, inclusive possibilitando a extensão de outros argumentos que não foram utilizados diretamente pelos Ministros em seus votos, mas que certamente influenciaram nas razões objetivas e subjetivas dos julgadores.

Tais contributos colocam os julgadores frente a frente com o censo de realidade que a sociedade civil, como um todo, possui sobre o tema. A participação de uma grande parcela da sociedade impõe ao julgador o ônus de apresentar argumentação coerente, coesa e transparente, na medida em que a mobilização social que o assunto em pauta causou como realidade não pode ser ignorada. A movimentação social em torno da discussão constitucional existiu e foi intensa, está aí, faz parte do mundo da vida e do mundo dos autos a compor o caderno processual, e esta circunstância não se apaga e não se esconde.

Conforme afirma Marco Aurélio Marraffon o que se espera, sobretudo no âmbito da jurisdição constitucional, como primeira decisão fundamental a ser tomada

pelo magistrado é o reconhecimento do “outro”²⁸⁸ no processo, já a partir do protocolo da petição inicial²⁸⁹. Este “outro” espera ser ouvido e receber a tutela jurisdicional. Nesse sentido, a interpelação que se dá do juiz pelo “outro” conduz a “um dever ético-normativo fundamental e irrenunciável”, correspondente ao reconhecimento da existência deste outro a implicar na constatação de que a atribuição de sentido em uma decisão deve ir além do universo de sentido individual do julgador²⁹⁰.

Tal compromisso, segundo Marrafon, deve compor a construção da decisão na busca da verdade interpretativa, objetiva e processual, para que o “outro” exterior não seja encoberto por antecipações de sentido ainda que inconscientes²⁹¹.

A responsabilidade pelo julgamento é aumentada a partir do momento em que a própria sociedade, compreendida como o “outro externo”, sob a qual necessariamente incidem reflexos da decisão tomada em sede de fiscalização abstrata de constitucionalidade, vem aos autos dizer o que pensa sobre o tema em discussão.

Explica Marrafon, que a construção da decisão deve assumir o compromisso ético e a responsabilidade com o “outro”, especialmente nos processos de jurisdição constitucional, cujas decisões envolvem ingentes resultados relacionados à concretização de direitos fundamentais²⁹².

Mesmo sob a perspectiva da função contramajoritária inerente ao Supremo Tribunal Federal, no sentido de que não só os interesses da maioria devem ser

²⁸⁸ No que tange ao reconhecimento do “outro” no processo, Marco Aurélio Marrafon parte da análise efetivada por Enrique Dussel, sobre o método, na qual propõe um método analético de interpretação que parte do outro no processo construtivo da verdade. MARRAFON, **O caráter complexo da decisão em matéria constitucional**, p. 194-202. Nesse sentido, explica Dussel: “O método do qual queremos falar, o ana-lético, vai mais além, mais acima, vem de um nível mais alto (aná-) que o do mero método dialético. O método dia-lético é o caminho que a totalidade realiza em si mesma: dos entes ao fundamento e do fundamento aos entes. Trata-se agora de um método (ou do domínio explícito das condições de possibilidade) que parte do outro enquanto livre, como um além do sistema da totalidade; que parte, então, de sua palavra, da revelação do outro e que com-fiado em sua palavra, atua, trabalha, serve, cria.” DUSSEL, Enrique. **Método para uma filosofia da libertação**: superação analética da dialética hegeliana. Trad. Jandir João Zanotelli. São Paulo: Loyola, 1986, p. 196. Ainda, Cf. DUSSEL, Enrique. A razão do outro: a ‘interpelação’ enquanto ato da fala. In: _____. **Filosofia da libertação**: crítica à ideologia da exclusão. Trad. Georges I. Maissiati. São Paulo: Paulus, 1995.

²⁸⁹ MARRAFON, **O caráter complexo da decisão em matéria constitucional**, p. 202.

²⁹⁰ MARRAFON, **O caráter complexo da decisão em matéria constitucional**, p. 202.

²⁹¹ MARRAFON, **O caráter complexo da decisão em matéria constitucional**, p. 203.

²⁹² MARRAFON, **O caráter complexo da decisão em matéria constitucional**, p. 204.

observados, mas também os das minorias em situação de vulnerabilidade, ouvir a sociedade contribui para a construção do julgamento²⁹³.

A construção de uma decisão deve estar pautada no “compromisso do magistrado de ouvir todos os envolvidos no processo, sem pré-conceitos, sem totalizá-los, de antemão.” Deve estar atenta “aos diversos ‘outros’, atores do processo, impulsionando a formação ontológica da verdade processual que, por sua vez, há de considerar todas as circunstâncias ônticas (matéria probatória, argumentos produzidos, disposições normativas, etc...)”²⁹⁴.

Pensar o procedimento de realização da audiência pública jurisdicional como meio de efetivo acesso às discussões constitucionais travadas no âmbito do Supremo Tribunal Federal é salutar para que se possa falar em realidade sobre o compromisso de ouvir os “outros” que compõem a sociedade civil.

A utilização do instituto, inaugurada sob uma condução rígida, já demonstra evolução no sentido de promover maior abertura participativa, haja vista o procedimento adotado pela audiência pública sobre a judicialização da saúde, em que o número de expositores e pessoas ouvidas foi consideravelmente ampliado. Naquela oportunidade, conforme já referenciado anteriormente, participaram da audiência: advogados, defensores públicos, promotores e procuradores de justiça, magistrados, professores, médicos, técnicos de saúde, gestores, representantes de organizações não governamentais e usuários do Sistema Único de Saúde – SUS, permitindo maior pluralidade na apresentação de posicionamentos.

Recentemente, o Supremo convocou audiência pública para discutir a forma de financiamento das campanhas eleitorais, junto a ADI nº 4.650, que também ampliou a possibilidade de participação ao abrir espaço para qualquer interessado solicitar inscrição para participar da audiência. Em sentido ampliado, também as convocações para as audiências públicas sobre o “Programa mais médicos” e sobre as biografias não autorizadas, anteriormente já referenciadas.

²⁹³ Inclusive na acepção proposta por Dworkin e desenvolvida por Jorge Reis Novais de que os direitos fundamentais funcionam como trunfos contra preferências externas, que traz consigo o respeito aos próprios direitos fundamentais no sentido de que todas as pessoas são dignas de igual respeito e consideração, máxime quando se está diante de questionamento que envolve o respeito à Constituição Federal e a garantia de sua força normativa. NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos fundamentais**: trunfos contra a maioria. Coimbra: Coimbra editora, 2006, p. 28-29.

²⁹⁴ MARRAFON, **O caráter complexo da decisão em matéria constitucional**, p. 205.

Espera-se, nesse sentido, que o mecanismo desenvolva-se para efetivamente permitir, em realidade, a participação de toda pessoa que tenha contribuições a trazer em valorização do ideal democrático circunscrito no texto constitucional.

Notadamente, ainda que se possa questionar que os argumentos apresentados na audiência pública foram utilizados de maneira tímida ou muito pequena²⁹⁵ pelos Ministros, em um Acórdão com 659 (seiscentas e cinquenta e nove) páginas²⁹⁶, também não há como negar a grande influência que tiveram sobre alguns votos, que se utilizaram *ipsis litteris* de informações apresentadas na audiência²⁹⁷, bem como a influência indireta que se pode observar ante a preocupação dos Ministros em apresentar ampla fundamentação sobre o tema²⁹⁸.

Em uma primeira experiência de maior abertura à participação subsistem resultados positivos que demonstram consideração aos aportes trazidos pela sociedade civil, viabilizada junto a ADI nº 3.510, não só pela audiência pública como também pela intervenção dos *amici curiae*. Embora se considere que, em valorização à participação, a ampliação na forma de utilização das contribuições fornecidas em audiência, em respeito àqueles que demoveram seu tempo para

²⁹⁵ Segundo perspectiva de Rosana Helena Maas, o objetivo de proporcionar a abertura e a pluralização do debate constitucional da audiência pública não foi atendido, porque utilizado somente como modo de legitimação formal das decisões do Supremo Tribunal Federal, na medida em que os argumentos trazidos pelos *amici curiae* e apresentados na audiência pública não conduziram nem foram determinantes para o julgamento. MAAS, Rosana Helena. **O Amicus Curiae como instrumento de realização de uma jurisdição constitucional aberta**: a repercussão do instituto na ação direta de inconstitucionalidade nº 3510/DF sobre a lei de biossegurança. Santa Cruz do Sul – RS, 2011. 201f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC.

²⁹⁶ Outrossim, embora não seja objeto de análise na presente pesquisa, a preocupação com a forma de deliberação, formação e apresentação da decisão pelo Supremo Tribunal Federal, como Corte Constitucional, talvez deva ser repensada. O sistema de colheita de votos de todos os Ministros sem a edição de uma decisão comum dificulta a acessibilidade à *ratio decidendi* e, assim, ao efetivo posicionamento adotado pela Corte como colegiado. A própria decisão da ADI nº 3.510, analisada na presente pesquisa, conta com votos bastante extensos que juntos somaram 659 páginas de fundamentação do Acórdão, circunstância de trás dificuldades para a identificação de posicionamento comum entre os Ministros e de posterior coerência entre as decisões proferidas pela jurisdição constitucional brasileira. Nesse sentido, Cf. MENDES, Conrado Hübner. **Deliberative performance of constitutional courts**. Disponível em:

http://www.fflch.usp.br/dcp/assets/docs/Papers_II_Coloquio/Conrado_Hubner_Mendes-Paper_Coloquio_DCP_USP_2012.pdf Acesso em: 30.10.2013.

²⁹⁷ Veja-se que os votos dos Ministros Carlos Ayres Britto e Cezar Peluso, valeram-se de muitas informações apresentadas pelas autoridades ouvidas na audiência pública.

²⁹⁸ Até mesmo a menção do Ministro Eros Grau à ampla participação de forças sociais como efetuada de forma até mesmo impertinente ao processo, demonstra que esta participação social não foi ignorada pelo julgador, impondo ao mesmo ônus argumentativo ainda maior.

participar do debate de questões públicas importantes, seja medida a ser observada na elaboração das decisões.

Imperioso o agir preocupado com a centralidade ao sujeito em torno do qual o ordenamento jurídico gravita. As propostas anteriormente referenciadas pela sociedade aberta de intérpretes e pela representação argumentativa, assim como a concepção hermenêutico-argumentativa complexa de formação da decisão judicial, corroboram esta preocupação. Mecanismos como o *amicus curiae* e a audiência pública potencialmente transpõe para a realidade a preocupação esboçada por tais teorias.

A multiplicidade de fatores que incidem sobre o desenrolar do processo decisório abrange um processo complexo de conhecimento. Implicam, nesse sentido, na construção de uma decisão dotada de substancialidade, que esteja adequada à ordem jurídica, seja argumentativamente persuasiva e eticamente referenciada²⁹⁹.

Como anteriormente aduzido no item 1.3³⁰⁰, o exame da complexidade dos fatores que compõe a decisão, ampliada pela participação dos *amici curiae* e pela realização das audiências públicas, contribui na composição de uma decisão mais justa, bem como reduz a esfera de discricionariedade do julgador, evitando-se julgamentos com antecipação de sentido, reforçando a importância de que a decisão judicial estabeleça uma relação discursiva com a sociedade civil. Nesse contexto, afirma Marco Aurélio Marrafon: “instaurada a dúvida acerca de uma determinação judicial substancial, nada obsta que seja permitida a inclusão de entidades como *amicus curiae* das partes ou ainda que sejam realizadas audiências públicas de caráter informativo, abrindo a hermenêutica constitucional à própria sociedade”³⁰¹.

Embora se notem evoluções na busca do equilíbrio entre a proteção e concretização de direitos fundamentais e o agir democrático-participativo, horizontes normativos presentes no texto constitucional, materializados nas ações de fiscalização abstrata de constitucionalidade e sua abertura dialógica à sociedade, os institutos utilizados para tal fim, cuja contribuição é inegável e imperiosa, não

²⁹⁹ MARRAFON, **O caráter complexo da decisão em matéria constitucional**, p. 206-210.

³⁰⁰ No referido item enunciou-se antecipadamente a proposta de Marco Aurélio Marrafon quanto ao caráter complexo da decisão judicial.

³⁰¹ MARRAFON, **O caráter complexo da decisão em matéria constitucional**, p. 210.

conseguem dar conta em totalidade a tal desiderato, principalmente em virtude das peculiaridades inerentes à sua utilização. Em face desta preocupação é que se procuram respostas capazes de ampliar o sistema e adequar uma efetiva proposta de equilíbrio entre constitucionalismo e democracia, de abertura procedimental e de respeito aos direitos fundamentais, de relacionamento direto entre os poderes da República e a sociedade civil, como forma de se estabelecer um controle social e democrático de suas ações.

Especificamente para os objetivos aqui delineados, relacionados ao âmbito da fiscalização abstrata de constitucionalidade, examinar-se-á no capítulo seguinte a possibilidade de veiculação do direito fundamental de petição como medida de realidade democrática, a oferecer mais uma modalidade angular, derivada da Carta do Povo, que na sua edição concretizou como fundamento a centralidade do ser humano, como objeto e destino de melhorias.

3. O DIREITO DE PETIÇÃO COMO INSTRUMENTO DE EFETIVO ACESSO À JUSTIÇA E DE REAL DEMOCRATIZAÇÃO DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

Pretende-se examinar, no presente capítulo, o direito de petição instado como direito de índole essencialmente democrática, considerado como direito subjetivo fundamental e público, fundado na dicção do texto constitucional como direito fundamental de irresignação, propondo-se complementar as possibilidades democráticas de controle do processo de fiscalização abstrata de constitucionalidade, eivado de restrito espectro de efetividade participativa.

Conforme foi retratado ao longo do antes proposto, tem-se presente tendência do Supremo Tribunal Federal em promover a abertura do processo de controle abstrato de constitucionalidade, submetendo-o a uma expansão argumentativa, com a participação de interessados além dos legitimados à propositura da ação. Tal possibilidade tem sido aventada, por meio dos institutos do *amicus curiae* e das audiências públicas, abordados nos capítulos anteriores.

Ocorre que a admissão do *amicus curiae* e dos participantes das audiências públicas, como restou demonstrado, ainda seguem padrões bastante rígidos e restritos para sua efetivação.

A despeito de tais institutos representarem evolução, indicativa de colaborar com a instrumentalização do processo e com a ampliação do conjunto de informações disponíveis ao julgador, a partir da abertura de participação da sociedade civil, as peculiaridades exigidas para o seu regular exercício, como a comprovação da representatividade do *amicus curiae*, a discricionariedade do julgador para decidir quanto à necessidade de realizar audiência pública e a comprovação de experiência e conhecimento especializado na matéria para almejar participação na audiência pública, em certa medida, acabam por restringir a potencialidade democrática e de efetivo diálogo social ínsito a tais institutos.

Por essa razão é que se investiga no direito de petição possibilidades democráticas mais abrangentes e plurais de participação da sociedade civil nos processos de controle abstrato de constitucionalidade, com intento de alargar o

espectro de inferência no sentido propulsor da concretude e de realizar justiça, com os acréscimos de efetividade substancial que advém do propósito coletivo da participação.

Buscar-se-á, nesse sentido, desvelar a potencialidade de utilização do direito de petição como instrumento de efetivo acesso à justiça e de real aproveitamento democrático no debate constitucional-jurisdicional, ao analisar-se a viabilidade de seu manejo junto às ações de fiscalização abstrata de constitucionalidade.

Para tanto, procurar-se-á estabelecer os parâmetros conceituais que dão suporte a esta possibilidade, por meio do exame dos aspectos inerentes à fundamentalidade do direito de petição, sua justiciabilidade fundada em direito subjetivo fundamental e a possível dimensão de *accountability* vislumbrada no instituto como forma democrática de controle social do próprio processo de controle de constitucionalidade das leis e atos normativos.

3.1 O direito de petição como direito de índole essencialmente democrática

O direito de petição garantido pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 assegura a todos, independentemente do pagamento de taxas, o direito de interpor petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder (Art. 5º, inc. XXXIV, “a”, CF/88). Essa previsão se coaduna com o sentido moderno de Constituição, como propugnado por Canotilho, que expressa Constituição como “a ordenação sistemática e racional da comunidade política através de um documento escrito no qual se declaram as liberdades e os direitos e se fixam os limites do poder político”³⁰².

Democracias constitucionais caracterizadas pela positivação de uma Constituição longa e densa contemplam, além das regras inerentes à organização política-estrutural do Estado, um extenso catálogo de direitos fundamentais, cujas

³⁰² O conceito de Constituição, segundo Canotilho, incorpora três dimensões fundamentais, a saber, “1) ordenação jurídico-política plasmada num *documento escrito*; 2) declaração, nessa carta escrita, de um conjunto de *direitos fundamentais* e do respectivo modo de *garantia*; 3) organização do poder político segundo esquemas tendentes a torná-lo um poder *limitado e moderado*.” (grifos do original) CANOTILHO, **Direito constitucional e teoria da constituição**, p. 52.

normas, dotadas de rigidez, ressaltam e propugnam a proteção e efetividade destes mesmos direitos, como garantia de equilíbrio do sistema jurídico. Ademais, os direitos fundamentais estabelecidos em uma Constituição rígida funcionam como limites materiais à deliberação democrática. Nesse sentido, o constitucionalismo deve garantir o devido funcionamento da democracia, ao assegurar a proteção aos direitos fundamentais e estabelecer as regras a serem seguidas na estrutura organizacional do Estado pelos Poderes Constituídos³⁰³ ou, ainda, segundo a percepção de Eneida Desiree Salgado “a Constituição permite a democracia”³⁰⁴, como se pode verificar da Constituição brasileira de 1988, e democracia se exerce pelo pedir, com o acesso e fundamentalmente com a resposta. Em binômio: pedido e resposta, são condutas de exercício para o aprimoramento do que se concebe como democracia, que se abroquela a conteúdo e continente de sentido de participação.

O regime democrático baseado no princípio da soberania popular, fundamento da República Federativa do Brasil, proclamado pelos artigos 1º e 2º traz como ideal democrático o respeito aos direitos fundamentais, ao desenvolvimento independente das atividades pelos Poderes da República e, sobretudo, estabelece os caminhos e as garantias de participação da população nos ditames do país através da abertura de espaços para o efetivo atuar do cidadão em uma concepção institucional mais abrangente e democrática³⁰⁵, que possa exprimir, no pedido, o seu ingresso na dicção do poder de participar, de ser ouvido e de se fazer ouvir, em um círculo concêntrico de propalar com o influir no processo construtivo das decisões,

³⁰³ “O Constitucionalismo tem como pedra angular os direitos fundamentais que, por sua vez, representam os valores substantivos escolhidos pela sociedade no momento constituinte, de máxima manifestação da soberania popular. São estes direitos que garantem o funcionamento da democracia, isto é, quando os direitos fundamentais impõem limites materiais aos atos do governo estão, na verdade, protegendo o povo como um todo e não apenas maiorias eventuais. E quem está incumbido de proteger estes valores é o Poder Judiciário, conforme determinação do próprio Poder Constituinte”. BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Jurisdição Constitucional: Entre constitucionalismo e democracia**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2007, p. 50.

³⁰⁴ SALGADO, Eneida Desiree. **Constituição e Democracia**. Tijolo por Tijolo em um desenho (quase) lógico: Vinte anos de construção do projeto democrático brasileiro. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 259.

³⁰⁵ “A cidadania vem exigindo a reformulação do conceito de democracia, radicalizando, até, uma tendência que vem de longa data. Tendência endereçada à adoção de técnicas diretas de participação democrática. Vivemos, hoje, um momento em que se procura somar a técnica necessária representativa com as vantagens oferecidas pela democracia direta. Abre-se espaço, então, para o cidadão atuar, direta e indiretamente, no território estatal”. CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Temas de direito constitucional** (e de teoria do Direito). São Paulo: Editora Acadêmica, 1993, p.16.

que ao fundo devem refletir o que escrito na Constituição.

Um Estado Democrático de Direito impõe abertura à participação dos cidadãos na construção das decisões públicas sob os auspícios do “triângulo virtuoso conhecido pela fórmula do *governo do povo, pelo povo e para o povo*”³⁰⁶, mas não se encerra apenas no plano discursivo, da ideação hipotética, se não se diz quem é o povo, se não se identifica com seus propósitos, se não realiza o bem comum, se não deixa que o povo se expresse, que peça e que receba resposta. Sem essa compreensão se tem um triângulo enganoso, uma aforia impertinente que somente satisfaz ao intelecto retórico para o nada: governo do nada, para o nada e pelo nada.

Por democracia, José Afonso da Silva compreende “o meio e instrumento de realização de valores essenciais de convivência humana”, e nesse sentido, envolve não somente o regime político e a estrutura organizacional do Estado, mas toda a história e os movimentos sociais que a circundam, de modo que “a democracia não é um mero conceito político abstrato e estático, mas é um processo de afirmação do povo e da garantia dos direitos fundamentais que o povo vai conquistando no correr da história”³⁰⁷, e as suas conquistas são manifestadas pelas ações de pedir, reivindicar, protestar pela resposta.

Trata-se de movimento contínuo, de progressiva transformação e sujeito ao conflito, de construção de autonomia e de distribuição democrática do poder. O próprio conceito de democracia, de definição muito densa, como poder que emana do povo, se apresenta como um método de construção de vínculos sociais, sobretudo, de consensos sociais possíveis, que não estão definitivamente construídos, mas sempre em processo de construção que demanda renovação, novo pedido e nova resposta, porque tudo muda constantemente como percebido pelo dinamismo das conquistas sociais.

A sedimentação do Estado Democrático de Direito pressupõe a importância da promoção do debate democrático na formação deste vínculo social: “o princípio democrático exprime fundamentalmente a exigência da integral participação de

³⁰⁶ DUARTE, Maria Luísa. **O direito de petição**: Cidadania, participação e decisão. Coimbra: Editora Coimbra, 2008, p. 68.

³⁰⁷ SILVA, **Curso de Direito Constitucional Positivo**, p. 114.

todos e de cada uma das pessoas na vida política do país”³⁰⁸, que se efetiva com o conhecimento dos desejos expressos na civilidade temporal e cultural. Desejos são pedidos e aspirações que induzem a respostas.

Corretas as traduções de que a construção da democracia deve ser interpretada como um processo de luta constante com objetivo emancipador; do contrário se estará diante de um cenário de aviltamento ao ideal de democracia por não consignar ações práticas. Segundo a perspectiva de Alain Touraine, a simples “homenagem verbal” à democracia na verdade acaba por encobrir a degradação do ideal democrático e o desaparecimento gradual da confiança na ação política³⁰⁹. Isto porque ações compreendem atos reais, concretudes paralelizadas pela concessão à expressão do pedir, construídas conforme o pedido advindo da participação efetiva. Os movimentos expressam o pedir, exprimem uma ação e desejam ver a transformação, a construção de seus propósitos. Visibilizam a direção e indicam as variáveis de exercício, e mais, em tempos modernos, não toleram a inação ou a ação demorada. Buscam efetividade e realização imediata.

O direito de petição, nesse contexto, representa abertura para a ação real, de ingerências da multiplicidade e complexidade fenomênica dos fatos sociais, de exercício do direito de participação como direito fundamental, possuindo o condão de materializar os princípios constitucionais estruturantes do Estado brasileiro, estabelecidos no art. 1º, *caput*, da Constituição de 1988. Nesta perspectiva, Adriana da Costa Ricardo Schier afirma que “o direito de participação concretiza o princípio democrático, manifestando-se através de regras que asseguram aos cidadãos a possibilidade de interferir e auxiliar na tomada de decisões quanto às atividades do poder público, vinculando tais decisões ao bem comum historicamente definido, contribuindo, nesta medida, com a realização do Estado Social”³¹⁰.

Historicamente a primeira indicação de previsão do direito de petição é atribuída à Magna Carta de 1215, na Inglaterra, cuja cláusula 40 consignava que “a ninguém venderemos justiça ou direito, nem a recusaremos ou demoraremos”. A

³⁰⁸ MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional**. 18ª ed. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2005, p. 17.

³⁰⁹ TOURAINE, Alain. **O que é a democracia?** 2ª ed. Petrópolis: Editora Vozes, 1996, p. 151.

³¹⁰ SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. **A participação popular na administração pública: o direito de reclamação**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 75.

construção do significado político da petição deu origem, em 1628, ao *Petition of Rights*, e em 1689 o instituto foi expressamente formalizado na declaração de direitos, *Bill of Rights*, através da previsão de que aos súditos restava assegurado o direito de dirigir petições ao Rei, sendo consideradas ilegais todas as prisões e processos decorrentes do exercício de tal direito³¹¹. Esses indicativos não apenas representam um direito de defesa às abominações físicas e psicológicas emanadas do Rei, mas também que o executor das políticas do povo recebesse as petições e as atendesse, destacando a inversão da proposição de que o Rei sabia o que o seu povo queria, na comprovação de que muitos foram decapitados até esse respeito.

Para Maria Luísa Duarte, a concepção da petição como direito está relacionada com a evolução do Estado pré-constitucional, no qual este direito teria assumido a tarefa de defesa perante as ordens estamentais. Explica que foi o desenvolvimento da noção de soberania, do princípio da separação dos poderes, do sistema representativo, próprios do constitucionalismo, que contribuíram “para este relativo ocaso do direito de petição a coincidir com a aurora do constitucionalismo liberal”³¹².

Segundo a perspectiva de Artur Cortez Bonifácio, o direito de petição como primado da democracia e do cidadão surgiu com o desenvolvimento do constitucionalismo a partir da edição das primeiras constituições, visto que o direito de apresentar queixas ou reclamações, presente nas ordens estamentais, somente poderia ser utilizado de modo restrito e particularizado por determinados grupos não se estendendo a todas as pessoas³¹³. Característica diversa da apresentada pelo direito de petição, que ainda remanesce quando se tem uma cadeia restrita de legitimados, reduzidos àqueles que têm interesses imediatos, desconsiderando a imensidade de outros tantos que passam a ser atingidos de forma indireta e que não puderam expressar seus interesses, porque, de imediato, não são considerados partes a pedir – mas sofrem a influência de uma decisão que não os ouviu, porque

³¹¹ Cf. BONIFÁCIO, Artur Cortez. **Direito de petição: Garantia constitucional**. São Paulo: Editora Método, 2004, p. 76-77; CLÈVE, **Temas de direito constitucional**, p. 21; DUARTE, **O direito de petição**, p. 36-39. SILVA, **Curso de direito constitucional positivo**, p. 387.

³¹² DUARTE, **O direito de petição**, p. 39.

³¹³ “Resumidamente, defere-se que o direito de petição na forma de direito subjetivo público e primado do cidadão surgiu com o constitucionalismo, com as primeiras constituições, haja vista o fato de as experiências anteriores revelarem o exercício de um direito voltado às reclamações, queixas, postulações e sugestões de corporações, mas exercido de forma particularizada e restrita a grupos estamentais”. BONIFÁCIO, **Direito de petição**, p. 80.

estão nos efeitos gerais da decisão vinculada e da repercussão geral, ou quem sabe, estão infundidos no conceito da súmula generalizante, ou de outro modo não inseridos no orçamento jurídico que os ignora.

Nova visão deve ser proposta ao instituto sob o prisma da modernidade e de sua exigência de consentimento para a legitimação para o exercício do poder político.

As teorias contratualistas sobre a origem do Estado concebem que há um consenso hipotético sobre o qual repousa a legitimidade do Estado e, assim, do exercício do poder político.

Os homens com o objetivo de transpor o “estado de natureza” ou a “posição inicial”, de acordo com os contratualistas, por meio da formalização de um pacto ou contrato social entre si, criam o Estado e a ele transferem os poderes de manutenção da ordem e da convivência em sociedade com vistas à paz social. A ideação do Estado como um grande pacto social.

Em Hobbes, o Estado surge a partir de um contrato firmado com o objetivo de por fim à situação de guerra permanente de todos contra todos, em que o “homem é o lobo do homem”. A criação do Estado visa, pois, garantir a segurança entre os homens, instaurando uma ordem social não-conflitiva³¹⁴.

Para John Locke, com o contrato social os homens concordam em unirem-se em uma sociedade civil, criando a figura do Estado com a finalidade de garantir que os cidadãos usufruam dos seus direitos à vida, à liberdade e à propriedade³¹⁵ e a tantos outros derivados destes.

No Estado, a partir de Rousseau, o contrato social é o garantidor do princípio de igualdade entre os pactuantes, apresentando-se como expressão da vontade geral. O Estado no exercício do poder, pelo consentimento dado pelos homens, deve sempre buscar atender a vontade geral da população³¹⁶.

Conforme se verifica, o contratualismo surge com o desenvolvimento de um discurso de legitimação do poder, no sentido de que a sociedade representa a união

³¹⁴ Cf. HOBBS, Thomas. **O leviatã**. São Paulo: Martin Claret, 2012 (1651).

³¹⁵ Cf. LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo civil**. Petrópolis: Editora Vozes, 2006 (1689).

³¹⁶ Cf. ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O contrato social**. Leme: EDIJUR, 2010 (1762).

ou a congregação dos homens, que são autônomos, em face de uma escolha comum.

No mesmo sentido, o texto constitucional, enquanto lei fundamental, pode ser compreendido como um contrato ou pacto estabelecido pela sociedade, em nossa realidade atual, como expressão de um consentimento comum com vistas a um determinado fim, qual seja, o de estabelecer o regramento social a que estamos subsumidos e as diretrizes segundo as quais o poder político se legitima e é exercido.

Na perspectiva da utopia da modernidade, princípios como a igualdade, a liberdade, a dignidade humana, a participação democrática, dentre tantos outros, apresentam-se não como simples aspirações, mas como direitos fundamentais que devem ser respeitados e concretizados, segundo as regras do pacto social ao qual aderimos.

A realidade contemporânea traz como discurso social a garantia dos direitos fundamentais da pessoa humana associada ao exercício do poder político de forma limitada, nos termos previstos por este pacto social a que titulamos Constituição.

A atual Constituição brasileira, promulgada em 1988, desde a instauração de seu processo de elaboração junto à Assembleia Nacional Constituinte de 1987³¹⁷, demonstrou a preocupação com o desenvolvimento de um projeto democrático com ênfase à participação do cidadão³¹⁸.

A participação da sociedade civil na elaboração da Constituição de 1988 reflete a construção de um texto a partir do consentimento do titular do Poder Constituinte para estabelecer as decisões fundamentais ao regramento do país, em “um texto que representa a luta pela construção de um Estado democrático, balizado por valores sociais e pelo ideal democrático”³¹⁹.

A presença do direito de petição dentre os direitos fundamentais no texto

³¹⁷ A Assembleia Nacional Constituinte, que promulgou a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, foi convocada por meio da Emenda Constitucional nº 26 de 1985.

³¹⁸ Nesse sentido, aduz Eneida Desiree Salgado: “Antes e durante os trabalhos da Constituinte, diversas entidades civis elaboraram cartilhas para explicar aos cidadãos o processo constituinte, para evidenciar os principais pontos de luta e para convocá-los a participar da construção da nova ordem constitucional. Isso revela como a tarefa de construção do projeto democrático escapa da representação política e dos círculos acadêmicos e se insere na sociedade.” SALGADO, **Constituição e democracia**, p. 138.

³¹⁹ SALGADO, **Constituição e democracia**, p. 211.

constitucional demonstra esta preocupação.

Assegurar a todos, independentemente do pagamento de taxas, o direito de interpor petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder, nos termos previstos no art. 5º, inc. XXXIV, “a”, da Constituição brasileira de 1988, prestigia a configuração democrática presente no texto constitucional, como antes afirmado, desde as suas primeiras discussões no âmbito da Assembleia Nacional Constituinte de 1987.

A Constituição Federal de 1988 é democrática, segundo Clèmerson Merlin Clève, porque seu processo de elaboração foi totalmente democrático e porque condensa propósitos democráticos. Segundo aduz, “não há, na atualidade, país que tenha passado por um processo tão democrático de elaboração constitucional”, explicando que a sua elaboração “partiu de inestimáveis contribuições oferecidas pela sociedade civil”, além de propor em sua estrutura não uma democracia meramente formal, mas sim uma democracia “real, efetiva, material”³²⁰.

O direito de petição retrata, na perspectiva democrática inerente à Constituição, a preocupação com o agir democrático participativo como valor e princípio vital da democracia. O reconhecimento e concretização do exercício legítimo deste direito fundamental espelha reconhecimento e respeito ao próprio Estado Democrático de Direito e à soberania popular, sobretudo reflete o modelo democrático adotado nacionalmente.

A Constituição do México possui previsão similar ao estabelecer em seu art. 8º, que o exercício do direito de petição deve ser respeitado e receber a devida resposta pela autoridade a quem foi dirigido³²¹. Tratando-se de um direito fundamental, a petição formulada deve ser devidamente respondida, conforme expressa determinação do comando constitucional mexicano.

O conteúdo essencial do direito de petição previsto na Constituição mexicana, segundo David Cienfuegos Salgado, abrange o direito que toda pessoa

³²⁰ CLÈVE, Clèmerson Merlin. A teoria constitucional e o direito alternativo (para uma dogmática constitucional emancipatória). In: LEMBO, Cláudio (org.). **Uma vida dedicada ao direito**. Homenagem a Carlos Henrique de Carvalho o editor dos juristas. São Paulo: Revista Editora dos Tribunais, 1995, p.41.

³²¹ *Artículo 8º, CPEUM – Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. “Los funcionarios y empleados públicos respetarán el ejercicio del derecho de petición, siempre que ésta se formule por escrito, de manera pacífica y respetuosa; pero en materia política sólo podrán hacer uso de ese derecho los ciudadanos de la República. A toda petición deberá recaer un acuerdo escrito de la autoridad a quien se haya dirigido, la cual tiene obligación de hacerlo conocer en breve término al peticionario.”*

possui de ser ouvida pelos poderes públicos e de receber uma resposta³²², em razão de tratar-se de uma forma de participação cidadã em que se busca o cumprimento de direitos já devidamente previstos no ordenamento jurídico, bem como instrumento de conquista de outros ainda não reconhecidos³²³.

Ressalta, o referido autor, que eventual violação do direito de petição pode ser discutida mediante o recurso de amparo para verificar se a atuação do ente público incorreu em ofensa à Constituição³²⁴.

O juízo e/ou recurso de amparo caracteriza-se como um meio de controle constitucional de caráter judicial, por meio do qual todos os atos das autoridades públicas podem ser controlados constitucionalmente, com o fim de proteger os direitos fundamentais de eventuais ataques³²⁵.

O amparo é conceituado por Carlos Arellano García como a

*institución jurídica por la que una persona física o moral, denominada quejoso, ejercita el derecho de acción, ante un órgano jurisdiccional federal o local, para reclamar de un órgano del Estado, federal, local o municipal, denominado autoridad responsable, un acto o una ley, que el citado quejoso estima, vulnera las garantías individuales o el régimen de distribución competencial entre federación o estados (municipios), para que se le restituya o mantenga en el goce de sus presuntos derechos, después de agotar los medios de impugnación ordinarios.*³²⁶

³²² Segundo, David Cienfuegos Salgado “*el contenido que ha sido considerado esencial en el derecho de petición es el derecho de toda persona a ser escuchado por quienes ejercen el poder público. Por otra parte, si trasladamos las ideas revisadas al texto del artículo 8º constitucional podremos coincidir en que, además del explicitado derecho de petición, se ha consagrado un derecho más: el derecho de toda persona, que ha dirigido una petición a los órganos y servidores públicos, a recibir una respuesta.*”. CIENFUEGOS SALGADO, David. **El derecho de petición en México**. Universidad Nacional Autónoma del México: México, 2004, p. 88.

³²³ “*Es conveniente recordar que el de petición sirve para exigir el cumplimiento de derechos expresamente reconocidos en el sistema jurídico o para pedir el reconocimiento de los no reconocidos. En tal tesitura, podemos afirmar que el derecho de petición juega un papel de primer orden en los regímenes modernos donde la participación ciudadana busca vías, y una de ellas es este derecho, para el cumplimiento de sus prerrogativas o la conquista de otros.*”. CIENFUEGOS SALGADO, **El derecho de petición en México**, p. 289.

³²⁴ “*Así, la presunta violación del derecho de petición se reclama mediante el juicio de amparo, en el cual se declara si el órgano o servidor público han actuado contra la Constitución y por ende han vulnerado el derecho.*” CIENFUEGOS SALGADO, **El derecho de petición en México**, p. 217.

³²⁵ “*(...) la procedencia del juicio de amparo, en términos del artículo 103 constitucional, tiene por supuesto primigenio la existencia de ‘leyes o actos de la autoridad que violen las garantías individuales’ (fracción I), reconociéndose su procedencia en los supuestos de ‘leyes i actos de la autoridad federal que vulneren o restrinjan la soberanía de los estados o la esfera de competencia del Distrito Federal’ (fracción II), así como ‘por leyes o actos de la autoridad de los etados (sic) o del Distrito Federal que invadan la esfera de competencia de la autoridad federal’ (fracción III), supuestos que son reiterados en el primer numeral de la Ley de Amparo, reglamentaria del mismo numeral constitucional’.* CIENFUEGOS SALGADO, **El derecho de petición en México**, p. 221-222.

³²⁶ ARELLADO GARCÍA, Carlos. **Práctica forense del juicio de amparo**. 9ª ed. México: Porrúa, 1995, p. 1.

De forma imediata o juízo de amparo busca proteger os direitos e liberdades fundamentais e de forma mediata todo o ordenamento jurídico por meio do que se denomina controle de legalidade.

Explica Eduardo Ferrer Mac-Gregor que em sua concepção tradicional *“el amparo protege todos los derechos y libertades fundamentales con excepción de la libertad personal, que se tutela a través de la garantía específica del hábeas corpus o también denominada exhibición personal”*.³²⁷

Segundo aduz, a configuração mexicana do juízo e/ou recurso de amparo o qualifica como um direito abrangente *“en la medida en que a través del juicio de amparo se protege la totalidad de los derechos y libertades fundamentales y, en general, de todo el ordenamiento constitucional y secundario (a través de lo que se ha denominado control de la legalidad), al no contar con ninguna otra garantía jurisdiccional directa y específica, al quedar subsumidas en la misma institución.”*³²⁸

A fundamentalidade do amparo está na possibilidade de controle da constitucionalidade dos atos das autoridades públicas, na reparação dos direitos fundamentais e nas garantias deles decorrentes.

Nesse sentido, Osvaldo Alfredo Gozaíni, ao traçar o perfil das funções exercidas pelo juiz nos processos constitucionais, assevera que em relação ao amparo *“es fundamental y hace a la esencia de su función, controlar la constitucionalidad y legalidad de los actos de las autoridades – públicas y privadas”*. Explica, ainda, que a utilização do mecanismo do amparo está em conformidade com o direito que todas as pessoas possuem a legalidade³²⁹.

Para Eduardo Ferrer Mac-Gregor, no contexto ibero-americano o amparo é o instrumento processual de maior abrangência e aplicabilidade no que tange à proteção jurisdiccional dos direitos e liberdades fundamentais³³⁰. Tratando-se, pois, o

³²⁷ FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. Breves notas sobre el amparo iberoamericano. Revista Dikaion: **Revista de fundamentación jurídica**. Universidad de La Sabana. Colombia. Año 20, nº 15, p. 173-198, noviembre/2006, p. 191. Disponível em: <http://dikaion.unisabana.edu.co/index.php/dikaion/issue/view/112> Acesso em: 10.09.2013

³²⁸ FERRER MAC-GREGOR, **Breves notas sobre el amparo iberoamericano**, p. 191.

³²⁹ ALFREDO GOZAÍNI, Osvaldo. Funciones del juez en los procesos constitucionales. **Revista de Estudios Constitucionales**. Año 4, nº 1, p. 299-332, Universidad de Talca, Chile, 2006, p. 331.

³³⁰ *“El proceso de amparo, como institución procesal constitucional, es un fenómeno globalizado. Con independencia de la denominación que cada país le ha otorgado, este instrumento comparte la misma naturaleza jurídica, convirtiéndose en el mecanismo de mayor amplitud en la*

direito de petição de um direito fundamental assegurado constitucionalmente, no contexto mexicano, assim como em outros países que o admitem como Espanha, Chile, Argentina, dentre outros³³¹, eventual violação a este direito pode ser discutida por meio do recurso de amparo. Segundo o referido autor, no Brasil o instituto do mandado de segurança individual e coletivo aproxima-se ao juízo de amparo em virtude de possuir conotação semelhante no que tange à garantia e proteção jurisdiccional direta dos direitos e liberdades individuais³³².

Manuel González Oropeza narra o resultado de uma decisão proferida pelo *Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación* del México, em que restou decidido que a ausência de resposta a petição dirigida por uma deputada ofendeu não só os artigos 8º e 35 da Constituição mexicana, como também implicou em ofensa à forma republicana de governo por atentar contra os direitos políticos dos cidadãos³³³.

Notadamente, a decisão do Tribunal Eleitoral mexicano possui peculiaridades inerentes ao caso, na medida em que abrange questão relativa à

protección jurisdiccional de los derechos y libertades fundamentales en los países latinoamericanos, expandiéndose de manera progresiva a Europa, y recientemente a África y Asia, con similares alcances y efectividad". FERRER MAC-GREGOR, **Breves notas sobre el amparo iberoamericano**, p. 194.

³³¹ Segundo Eduardo Ferrer Mac-Gregor "En Iberoamérica la acción, recurso, juicio, proceso, garantía o derecho de amparo, según el nomen iuris que se le ha dado por la normatividad, jurisprudencia o doctrina de cada país, se ha reconocido en 20 países. A nivel constitucional se prevé en Andorra (arts. 98-c y 102),³⁹ Argentina (art. 43, párrafos 1 y 2), Bolivia (art. 19), Brasil (art. 5º, LXIX y LXX), Colombia (art. 86), Costa Rica (art. 48), Chile (art. 20), Ecuador (art. 95), El Salvador (art. 247), España (art. 53.2 y 161.1, b), Guatemala (art. 265), Honduras (art. 183), México (arts. 103 y 107), Nicaragua (arts. 45 y 188), Panamá (art. 50), Paraguay (art. 134), Perú (art. 200.2) y Venezuela (art. 27)." FERRER MAC-GREGOR, **Breves notas sobre el amparo iberoamericano**, p. 183.

³³² "Dieciséis países utilizan la misma connotación de 'amparo' para referirse al 'recurso', 'acción', 'garantía' o 'proceso' de protección jurisdiccional directa de la mayoría de los derechos y libertades fundamentales. Sólo tres países le otorgan otra denominación, aunque con finalidad semejante: Brasil, 'mandado de seguridad' (mandamiento o mandato de seguridad), Chile, 'recurso de protección', y Colombia, 'acción de tutela'. En todo caso, las expresiones 'seguridad', 'protección' o 'tutela' adquieren significaciones semejantes con la diversa de 'amparo'." FERRER MAC-GREGOR, **Breves notas sobre el amparo iberoamericano**, p. 190.

³³³ "La negativa ficta u omisión de resolver sobre la petición de licencia definitiva de una diputada federal propietaria y en consecuencia, el no llamamiento del diputado suplente para la toma de protesta y el ejercicio del cargo para el cual fue electo, constituyen actos que podrían vulnerar el derecho de ser votado y generar la falta de integración plena del órgano legislativo del Estado. Esto, además de trastocar su derecho de petición en su vertiente política, genera un vacío de representación respecto al escaño que le corresponde y conlleva, por lo tanto, la afectación de la forma republicana de gobierno en cuanto a que mientras ni se llame al suplente, no está justificada la falta de integración plena del órgano deliberativo de representación nacional." GONZÁLEZ OROPEZA, Manuel. El Tribunal Electoral y la forma republicana de gobierno. **Revista del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación**. Vol. 1, nº 7, cuarta época, año 2011, p. 63-83. Disponível em: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/juselec/cont/28/dtr/dtr4.pdf> Acesso em: 19.08.2013.

integração do órgão legislativo do Estado, comprometida pela ausência de resposta ao pedido de licença definitiva de uma deputa federal e consequente diplomação do deputado suplente, cujo pedido reiterado por meio do direito de petição não foi atendido pelo órgão competente. Tal fato culminou no ajuizamento de ação judicial, cuja decisão declarou que a ausência de resposta casou ofensa aos direitos políticos dos cidadãos, especificamente no que tange ao direito de ser votado com consequente vulneração à forma republicana de governo.

Mutatis mutandis, o mesmo raciocínio pode ser transposto para a realidade brasileira, na medida em que se está a discutir direito inerente à pessoa de ver atendido pelo poder público seu questionamento em defesa de direitos, contra ilegalidade ou abuso de poder. Direito de índole democrática que representa princípio fundamental da República Federativa do Brasil, consubstanciado no Estado Democrático de Direito.

O funcionamento da República por meio de instituições representativas funda-se no consentimento de todos para tal conformação política, cuja soberania, no modelo democrático nacional, é exercida não somente de forma indireta, mas também, e, sobretudo, de forma direta nos termos previstos pela Constituição. Dentre as previsões do texto constitucional encontra-se o fundamental exercício do direito de petição por qualquer pessoa que busque respostas dos poderes públicos contra eventual ilegalidade, abuso de poder e na defesa de outros direitos.

Eventual desvalorização ou não reconhecimento pleno das potencialidades consubstanciadas no direito de petição, de singular importância pela capacidade que possui de defesa de outros direitos também fundamentais, pode gerar um sentimento de vazio de representação por parte das pessoas em relação aos seus representantes que, para o legítimo exercício do poder, juram respeitar os termos da Constituição.

A própria leitura sistemática e teleológica da Constituição Federal, no sentido de que o preceito jurídico em questão faz parte de um sistema normativo mais amplo³³⁴, que o envolve, e que busca adaptar-se às exigências práticas da evolução

³³⁴ Nesse sentido, a lição de Cármen Lúcia Antunes Rocha, para quem: “A Constituição é sistema, como realçado com tintas fortes pela doutrina e jurisprudência constitucionais, e como tal deve ser interpretada. Significa isto asseverar que a Constituição tem que ser considerada, na tarefa interpretativa, como um todo encadeado em suas normas e harmonizado em seu sentido integral, não podendo apelar a palavras soltas, frases desapegadas, artigos e parágrafos isolados ou mesmo

e dos novos interesses sociais em jogo, demonstra que o direito de petição está inserido numa configuração de democracia representativa e participativa³³⁵. Representação e participação que se relacionam de maneira complementar, em que uma não se realiza sem a outra, considerando-se que a participação é necessária, por constituir prerrogativa inerente ao cidadão como manifestação da soberania popular, e por dar suporte e legitimidade ao exercício de poder pelas instituições representativas.

A interpretação histórica da Constituição, de reconstituição da *mens legislatoris* e das circunstâncias sociais originárias de criação da norma, considerando o processo de elaboração junto à Assembleia Nacional Constituinte, a que anteriormente já nos referimos, também demonstra a preocupação com a ação participativa como ideal do Estado Democrático de Direito inaugurado com a Constituição de 1988, do qual o direito de petição forma parte.

O exercício do direito de petição está elencado dentre as formas de participação do cidadão na administração da coisa pública, na acepção de Clèmerson Merlin Clève, como forma de atuação do “cidadão censor”, que abre a possibilidade de provocação da administração pública, por meio de um mecanismo de censura, a responder por atos ilegais ou cometidos com abuso de poder³³⁶.

Apresenta-se, pois, não só como mecanismo de acesso aos poderes públicos, mas, como antes já referenciado, representa abertura para a ação real, para a materialidade, a efetividade e a visibilização da complexidade fenomênica dos fatos sociais, de exercício do direito de participação como direito fundamental e de potencialização dos princípios constitucionais estruturantes do Estado brasileiro,

capítulos e títulos separados da globalidade que a compõe.” ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **Constituição e constitucionalidade**. Belo Horizonte: Editora LÊ, 1991, p. 87.

³³⁵ Segundo o raciocínio de Eneida Desiree Salgado: “É possível uma efetiva democracia participativa por meio da interpretação do parágrafo único do artigo primeiro da Constituição. O princípio democrático – com a configuração que lhe deu o poder constituinte – tem uma finalidade clara: reconhecer e permitir de fato que o povo aja como titular do poder político. Qualquer atuação estatal que escape deste sentido, afirmando a democracia representativa como suficiente ou esvaziando o debate público nas decisões políticas, é inconstitucional”. SALGADO, **Constituição e democracia**, p. 246-247.

³³⁶ Segundo Clèmerson Merlin Clève as formas de participação do cidadão na administração da coisa pública abrangem: o cidadão eleitor, o cidadão agente de poder, o cidadão colaborador, o cidadão seduzido, o cidadão propriamente participante e o cidadão censor. A este último insere-se o exercício do direito de petição. Neste caso, segundo as lições do autor, “o cidadão aparece como reclamante, requerente e mesmo censor, já porque ele provoca a atuação de mecanismos de censura sobre os atos ilegais da administração pública”. CLÈVE, Clèmerson Merlin. O cidadão, a administração pública e a nova Constituição. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, ano 27, nº 106, p. 81-98, abr./jun. 1990, p. 87.

sobretudo do princípio democrático.

Inegável compreendê-lo como direito de índole essencialmente democrática, cuja essência está no próprio projeto democrático de criação da Constituição Federal de 1988, sem o qual não se depura e não se especializa o próprio propósito de sua conformação: a expressão da democracia na sua própria elaboração de democracia.

3.2 O direito fundamental de petição como direito subjetivo público

O direito de petição constitucionalizado no sistema jurídico brasileiro como direito fundamental³³⁷ se apresenta como norma garantidora de direitos individuais e coletivos, na medida em que, conforme preceitua Clèmerson Merlin Clève, para além de direitos subjetivos, o direito de petição também assegura interesses difusos, coletivos e genéricos³³⁸.

Tratando-se de direito fundamental e enquanto norma garantidora dos demais direitos fundamentais, possui aplicação imediata (§ 1º, do art. 5º, da CF/88) e seu conteúdo está protegido de eventuais reformas pelo poder derivado³³⁹ conforme estabelece o art. 60, §4º, IV, da CF/88.

O direito de petição, para Artur Cortez Bonifácio, se apresenta no marco estabelecido pela Carta Constitucional brasileira como o direito inerente ao cidadão

³³⁷ Haja vista sua previsão dentre o rol dos direitos fundamentais (art. 5º, XXXIV, “a”, CF/88), bem como ante sua fundamentalidade substancial, na medida em que permite o agir-democrático participativo como exercício concreto da soberania popular, e a realização efetiva de direitos por possibilitar a sua defesa contra ilegalidade e abuso de poder, bem como realiza na prática princípios fundamentais da ordem jurídica brasileira, como o respeito à cidadania e a dignidade da pessoa humana.

³³⁸ “O direito de petição possui dimensão democrática, na medida em que assegura a todos, por meio de petição ou representação, o acesso ao aparelho do Estado para o fim de reclamar qualquer providência, inclusive a responsabilização de funcionários pela prática de abuso de poder. [...] E, neste particular, a garantia da petição não assegura apenas direitos subjetivos do requerente, mas assim também interesses difusos, coletivos e genéricos.” CLÈVE, **Temas de direito constitucional**, p. 22.

³³⁹ “O Direito Fundamental de Petição constitucionalizado no rol dos direitos fundamentais é alcançado pelas limitações de conteúdo à reforma constitucional, pelo poder derivado, e, em assim o sendo, como norma garantidora dos direitos fundamentais, tem aplicação imediata (art. 5º, § 1º, da CRFB). Em suma, goza de todos os predicados formais e materiais destes direitos, sendo, portanto, norma de excelência. Eis a importância da sua constitucionalização e no grau de direitos fundamentais”. BONIFÁCIO, **Direito de petição**, p. 54.

de participar das decisões políticas do país que refletem em sua realidade existencial, tratando-se, ao mesmo tempo, de um direito de liberdade e de um direito prestacional³⁴⁰. Afirmar tratar-se de “um direito de interação entre o indivíduo, singular ou coletivamente considerado, e os poderes públicos e os órgãos em que se expressam, que vindica uma participação política efetiva, num contexto de instrumentalidade e materialidade visíveis”.³⁴¹

Desde a Constituição de 1824, que já previa a possibilidade de todo cidadão apresentar reclamações, queixas e petições perante os Poderes Legislativo e Executivo (art. 179, inciso XXX³⁴²), todas as Cartas Constitucionais brasileiras subsequentes trouxeram previsão alusiva ao direito de petição como se pode inferir na Constituição de 1891, art. 72, § 9º³⁴³; Constituição de 1934, art. 113, nº 10³⁴⁴; Constituição de 1937, art. 122, nº 7³⁴⁵; Constituição de 1946, art. 141, § 37³⁴⁶; Constituições de 1967/69, art. 150, § 30³⁴⁷ e, finalmente, na Constituição de 1988, art. 5º, XXXIV³⁴⁸.

O direito de petição é compreendido por Gilmar Ferreira Mendes como a possibilidade de dirigir reclamação a autoridade competente para que determinada medida seja revista ou corrigida, para que a conduta de um subordinado seja examinada e, ainda, para viabilizar a apresentação de “qualquer pedido ou

³⁴⁰ BONIFÁCIO, **Direito de petição**, p. 81.

³⁴¹ BONIFÁCIO, **Direito de petição**, p. 81.

³⁴² Art. 179, XXX. Todo o Cidadão poderá apresentar por escrito ao Poder Legislativo, e ao Executivo reclamações, queixas, ou petições, e até expôr qualquer infração da Constituição, requerendo perante a competente auctoridade a efectiva responsabilidade dos infractores. (sic).

³⁴³ Art. 72, § 9º. É permitido a quem quer que seja representar, mediante petição, aos Poderes Públicos, denunciar abusos das autoridades e promover a responsabilidade de culpados.

³⁴⁴ Art. 113, nº 10. É permitido a quem quer que seja representar, mediante petição, aos Poderes Públicos, denunciar abusos das autoridades e promover-lhes a responsabilidade.

³⁴⁵ Art. 122, nº 7. O direito de representação ou petição perante as autoridades, em defesa de direitos ou do interesse geral;

³⁴⁶ Art. 141, § 37. É assegurado a quem quer que seja o direito de representar, mediante petição dirigida aos Poderes Públicos, contra abusos de autoridades, e promover a responsabilidade delas.

³⁴⁷ Art. 150, § 30. É assegurado a qualquer pessoa o direito de representação e de petição aos Poderes Públicos, em defesa de direitos ou contra abusos de autoridade.

³⁴⁸ Cf. SALGADO, Eneida Desiree. **O desenvolvimento democrático e os direitos fundamentais: levando o direito de petição a sério**. In: I Seminário Ítalo-brasileiro: inovações regulatórias em direitos fundamentais, desenvolvimento e sustentabilidade, 2011, Curitiba, p. 66-82. Disponível em: <http://www.seminarioitalo-brasileiro.com.br/arquivos/66-82.pdf> Acesso em: 28.07.2012. MENDES, et. al. **Curso de direito constitucional**, p. 566. BONIFÁCIO, **Direito de petição**, p. 101-108.

reclamação relativa ao exercício ou à atuação do Poder Público”³⁴⁹. Afirma que o direito de petição se apresenta como um direito fundamental de caráter universal e geral que pode ser exercido de forma individual ou coletiva, sendo, pois, “assegurado a todos, pessoas físicas ou jurídicas, brasileiros ou estrangeiros, ou até mesmo a entes não dotados de personalidade jurídica”³⁵⁰.

Procurando trazer ao instituto um sentido pragmático e de concreta aplicação, abrangendo a garantia de participação e o dever dos poderes públicos de solucionar as situações que lhe são apresentadas, seja de interesse particular ou geral, Artur Cortez Bonifácio conceitua o direito de petição como “o direito-garantia subjetivo público que as pessoas individuais ou coletivas têm de interpor aos poderes públicos pedidos, reclamações, representações, sugestões, reivindicações, em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder, em favor de interesses particulares ou do interesse público”³⁵¹.

Para Alexandre de Moraes o direito de petição é uma prerrogativa democrática de caráter informal e se apresenta como “instrumento de participação político-fiscalizatório dos negócios do Estado que tem por finalidade a defesa da legalidade constitucional e do interesse público geral”³⁵².

José Afonso da Silva inclui o direito de petição dentre as garantias constitucionais³⁵³. Define-o como o direito que cabe a qualquer pessoa (física ou jurídica, por indivíduo ou grupo de indivíduos, nacionais ou estrangeiros) de requerer a atenção dos poderes públicos sobre determinada situação, apontar uma lesão a direito, solicitar “uma modificação do direito em vigor no sentido mais favorável à liberdade”, ou ainda defender “direitos ou interesses gerais da coletividade”³⁵⁴. Segundo aduz, o direito de petição apresenta um duplo aspecto, de um lado pode relacionar-se a uma queixa ou reclamação no sentido de um recurso não contencioso, de outro pode representar a manifestação da liberdade de opinião ou possuir o caráter de informação direcionada a determinada autoridade.

Para Adriana da Costa Ricardo Schier tal compreensão, apresentada por

³⁴⁹ MENDES, et. al. **Curso de direito constitucional**, p. 566.

³⁵⁰ MENDES, et. al. **Curso de direito constitucional**, p. 569.

³⁵¹ BONIFÁCIO, **Direito de petição**, p. 83.

³⁵² MORAES, **Direito Constitucional**, p. 183-184.

³⁵³ SILVA, **Curso de direito constitucional positivo**, p. 387-388.

³⁵⁴ SILVA, **Curso de direito constitucional positivo**, p. 387-388.

José Afonso da Silva, restringe sobremaneira a aplicação do direito de petição ao exigir, para o seu manejo, a ocorrência de violação ou iminência de violação a determinado direito e a utilização exclusiva para a defesa de direitos e interesses individuais. Segundo a autora, “o direito de petição pode ser exercido inclusive quando não houver qualquer afronta ou ameaça a direitos, simplesmente como uma forma de solicitar informações sobre a atuação administrativa, por exemplo”, bem como, por tratar-se de um direito fundamental, pode ser empregado para a defesa de qualquer direito, seja ele social, político e/ou coletivo, e não só para interesses individuais.³⁵⁵

Ressalte-se ainda, na ilação de José Afonso da Silva, que o direito de petição não pode ser destituído de eficácia³⁵⁶. No mesmo sentido, Clèmerson Merlin Clève aduz que a administração possui o dever de responder a petição devidamente protocolada, por tratar-se de norma de eficácia plena, cuja aplicabilidade não pode ser restringida pelo ente público, que somente está habilitado a proceder à devida regulamentação da matéria³⁵⁷.

Por direito de petição, nas lições de J. J. Gomes Canotilho, depreende-se a faculdade de apresentar petições, reclamações, ou queixas, a qualquer autoridade pública, efetuada de forma individual ou coletiva, com a finalidade de defesa de direitos, da Constituição, das leis e do interesse geral³⁵⁸, nos termos prescritos pelo art. 52, da Constituição Portuguesa. O direito de petição, segundo a ordem jurídica lusitana, pode ser oposto em relação aos órgãos de soberania, compreendido neste aspecto como um direito político de defesa da constituição, das leis e de direitos pessoais (queixa e reclamação), e também em relação ao Provedor de Justiça, para o qual são apresentadas queixas pelos cidadãos relacionadas à legalidade, a dinamização do pedido de declaração de inconstitucionalidade, dentre outras possibilidades³⁵⁹, o Provedor de Justiça, neste aspecto, corresponde a versão

³⁵⁵ SCHIER, **A participação popular na administração pública**: o direito de reclamação, p. 191.

³⁵⁶ SILVA, **Curso de direito constitucional positivo**, p. 388.

³⁵⁷ CLÈVE, **Temas de direito constitucional**, p. 22.

³⁵⁸ CANOTILHO, **Direito constitucional e teoria da constituição**, p. 512.

³⁵⁹ Cf. CANOTILHO, **Direito constitucional e teoria da constituição**, p. 513.

portuguesa do *Ombudsman*³⁶⁰.

Para Maria Luísa Duarte o direito de petição na dogmática jurídica portuguesa alberga uma concepção ampla e é dotado de dupla função: a) como garantia complementar de outros direitos fundamentais, e b) como direito de participação política. Assim, a referida autora compreende o direito de petição como “solicitação dirigida, sob forma escrita, aos órgãos de autoridade pública, de natureza não judicial, com o objetivo de garantir a sua intervenção em defesa de direitos e interesses pessoais ou em defesa de causas de interesse geral”³⁶¹.

A Constituição Alemã, por sua vez, prevê em seu art. 17º a possibilidade de interposição de um recurso informal (direito de petição), individual ou em conjunto, como direito de defesa e como direito de participação, cuja abrangência também consigna o direito ao recebimento de uma decisão material sobre a petição. O direito de petição no direito constitucional alemão, segundo Bodo Pieroth e Bernhard Schlink, é um “direito fundamental antigo”³⁶², definido nos termos da norma constitucional como pedido, se dirigido a uma ação futura, e como recurso, se relacionado com uma situação do passado, ressaltando os autores que somente a petição na forma escrita encontra-se albergada pelos direitos fundamentais³⁶³. Explicam, ainda, que as petições, no sentido proposto pela dogmática alemã, como recursos informais, compreendem além da reclamação, do recurso hierárquico e do recurso administrativo, “todos os pedidos e recursos administrativos relativos ao exercício do poder público”³⁶⁴.

Notadamente o direito de petição se apresenta como instrumento de proteção de direitos fundamentais e de integração do indivíduo na construção das

³⁶⁰ “Importante citar, ainda, a participação exercida por meio do *ombudsman*, por vezes denominado de mediador (França), ouvidor-geral ou defensor do povo (Espanha). Trata-se de um órgão de proteção dos cidadãos relacionado ao Parlamento e que tem sua competência direcionada ao controle das atividades da Administração Pública”. SCHIER, **A participação popular na administração pública**: o direito de reclamação, p. 126.

³⁶¹ DUARTE, **O direito de petição**, p. 29.

³⁶² PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. **Direitos Fundamentais**. Trad. António Francisco de Sousa e António Franco. São Paulo: Saraiva (Série IDP), 2012, p. 477.

³⁶³ PIEROTH; SCHLINK, **Direitos Fundamentais**, p. 477-478.

³⁶⁴ PIEROTH; SCHLINK, **Direitos Fundamentais**, p. 478.

decisões de interesse público³⁶⁵, objetivando denunciar ilegalidades ou atos abusivos de poder, máxime quando em xeque direitos fundamentais constitucionalmente protegidos, donde se depreende a possibilidade de reclamação contra a prática de ato inconstitucional³⁶⁶.

Trata-se, pois, de um direito subjetivo público de dirigir petições como forma de defesa de direitos ou contra atos ilegais ou abusivos de poder, de índole democrática e cidadã, expressão dos fundamentos e princípios estruturantes da Carta Constitucional brasileira e informadores de todo o ordenamento jurídico pátrio.

Embora não se pretenda adentrar nas discussões e controvérsias alusivas aos contornos do termo “direito subjetivo” e sua origem sob a perspectiva liberal³⁶⁷, como categoria desenvolvida no âmbito do direito privado transposta ao direito público por meio da premissa de que “os direitos subjetivos públicos, permitem exigir do Estado uma determinada prestação”³⁶⁸, não se pode negar que a concepção de direito subjetivo permanece de essencial importância para o Direito como um todo, inclusive para os direitos fundamentais³⁶⁹.

Note-se que a compreensão de direito subjetivo, assim como a de sujeito de direitos, remontam à inauguração do paradigma da filosofia da consciência, cujo

³⁶⁵ O interesse público, no sentido proposto, se aproxima à “vontade geral” descrita por Rousseau, voltada ao interesse comum, à utilidade pública, à vontade única relacionada com a comum conservação e o bem estar geral. ROUSSEAU, **Do contrato social**, p.33-34 e 111-115. Normativamente se pode aduzir que o interesse público ou a vontade geral corresponde à vontade da República, no sentido de promover a igualdade e bem de todos, conforme preceitua o art. 3º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

³⁶⁶ Nesse sentido, Artur Cortes Bonifácio obtempera: “Pode-se fazer uso do direito de petição para se queixar aos poderes públicos contra o cometimento de inconstitucionalidade ou ilegalidade, levando ao conhecimento das autoridades o funcionamento anormal de serviços, visando a punição dos responsáveis ou, em última análise, em defesa de direitos pessoais”. BONIFÁCIO, **Direito de petição**, p. 89.

³⁶⁷ Nesse sentido explica Francisco Amaral que: “No aspecto histórico, são os direitos subjetivos ‘produto de um movimento ideológico democrático e liberal, destinado a proteger o indivíduo contra os excessos do absolutismo estatal’. Na sua origem estão os movimentos políticos do liberalismo e do capitalismo, de que são também manifestações jurídicas as declarações políticas dos direitos do homem e do cidadão.” AMARAL, Francisco. **Direito Civil**: introdução. 7ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 229.

³⁶⁸ AMARAL, **Direito Civil**, p. 286.

³⁶⁹ Explica Ingo Wolfgang Sarlet que “a noção de direito subjetivo, a despeito de toda a sorte de críticas e controvérsias em torno de seu conteúdo e significado, segue sendo essencial para o Direito e para os direitos fundamentais”. O autor ressalva ainda que deixa de utilizar o termo “direito subjetivo público” de forma proposital, por considerá-lo “anacrônico e superado”, uma vez que parte de uma “concepção positivista e essencialmente estatista dos direitos fundamentais na qualidade de direitos de defesa do indivíduo contra o Estado, típica do liberalismo”. SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 10ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 152.

processo de subjetivação marca o desenvolvimento do pensamento moderno³⁷⁰. Partindo da consideração de que os objetos estão necessariamente subordinados ao sujeito, a racionalidade subjetiva passa a ser o fundamento de legitimidade de toda possibilidade de conhecimento. Esta “metafísica da subjetividade”, segundo Marco Aurélio Marrafon, foi incorporada na seara jurídica como “princípio reitor do conhecimento, uma vez que as noções de *sujeito de direito* e *direito subjetivo* passam a ocupar o centro das discussões da dogmática jurídica.”³⁷¹

Ainda que sob a imagem dos direitos subjetivos, em relação à autoridade pública, como a capacidade de invocar normas jurídicas na medida de seu próprio interesse, desenvolvida no contexto do Estado de Direito Liberal, sua utilização é de substancial importância ante o estabelecimento de limites à atuação arbitrária do Estado e de reconhecimento de direitos e liberdades aos indivíduos como forma de equilibrar a relação entre eles³⁷².

Nesse sentido, explica José Carlos Vieira de Andrade que “a figura do direito subjetivo implica um *poder* ou uma *faculdade* para a realização *efectiva de interesses* que são reconhecidos por uma *norma* jurídica como *próprios* do respectivo titular”³⁷³

A consideração da subjetividade aos direitos fundamentais, segundo o autor, decorre do reconhecimento pelas normas constitucionais de bens jurídicos pessoais, cuja satisfação pode ser buscada pelos titulares deste direito. Como direitos subjetivos fundamentais, estes possuem características próprias ante a “multiplicidade de conteúdos, pela variedade e complexidade estrutural, pela diversidade funcional e até pela sujeição a diferentes regimes jurídicos”³⁷⁴.

Ressalve-se, contudo, que o autor português embora trace as características dos direitos fundamentais como direitos subjetivos, aplicáveis ao direito de petição

³⁷⁰ Estudo sistematizado sobre a construção do pensamento moderno fundado na filosofia da consciência pode ser conferido em MARRAFON, Marco Aurélio. **Hermenêutica e Sistema Constitucional**: A decisão judicial entre o sentido da estrutura e a estrutura do sentido. Florianópolis: Editora Habitus, 2008, p. 27-54.

³⁷¹ MARRAFON, **Hermenêutica e Sistema Constitucional**, p. 44. Grifos do original.

³⁷² Cf. ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil**: Ley, derechos, justicia. Trad. Marina Gascón. 9ª ed. Madrid: Editorial Trotta, 2009, p. 47-49.

³⁷³ ANDRADE, José Carlos Vieira. **Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976**. 4ª ed. Coimbra: Editora Almedina, 2009, p. 112. (Grifos do original).

³⁷⁴ ANDRADE, **Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976**, p. 113-114.

no contexto brasileiro ante sua previsão como direito fundamental, na ordem jurídica portuguesa, José Carlos Vieira de Andrade classifica o direito de petição como um meio fundamentalmente político. Nesse sentido, afirma o autor, que o direito de petição, reclamação ou queixa, aos órgãos de soberania ou outras autoridades não possui por si só garantias suficientes nem mesmo eficácia especial como meio de defesa de direitos, quando desassociado de outras formas de pressão política como a realizada pelos meios de comunicação, ressaltando que o acesso aos tribunais continua sendo o principal meio de defesa dos direitos, liberdades e garantias³⁷⁵.

O direito de petição é compreendido, todavia, no presente estudo, como um direito subjetivo fundamental, caracterizado como o direito assegurado constitucionalmente a todas as pessoas de interpor petição perante os poderes públicos, para a defesa de direitos, contra ilegalidade ou abuso de poder, em razão de um interesse particular ou de um interesse público em discussão, não se restringindo à sua dimensão política.

Representa, nesse aspecto, o exercício de uma faculdade inerente ao indivíduo para a realização de um interesse, como expressão da “soberania jurídica do indivíduo”³⁷⁶, e cuja fundamentalidade também se expressa na salvaguarda da dignidade da pessoa humana³⁷⁷ em consonância com a ordem e a consciência presentes na comunidade jurídica que o instituiu.

Na expressão de Ingo Wolfgang Sarlet, os direitos fundamentais representam “explicitações da dignidade da pessoa”, na medida em que cada direito fundamental possui em seu conteúdo um percentual de projeção do princípio da dignidade da pessoa humana³⁷⁸.

³⁷⁵ ANDRADE, **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**, p. 343-344.

³⁷⁶ ANDRADE, **Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976**, p. 113.

³⁷⁷ José Carlos Vieira Andrade explica que “Os direitos subjectivos fundamentais têm de ser ainda, como o nome exige, direitos fundamentais. Referimo-nos aqui, naturalmente, à ‘fundamentalidade’ do ponto de vista substancial, que corresponde à sua importância para a salvaguarda da dignidade da pessoa humana num certo tempo e lugar, definida, por isso, de acordo com a consciência jurídica geral da comunidade”. ANDRADE, **Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976**, p. 132.

³⁷⁸ Raciocínio exposto por Ingo Wolfgang Sarlet, segundo o qual, “o que se pretende sustentar de modo mais enfático é que a dignidade da pessoa humana, na condição de valor (e princípio normativo) fundamental, exige e pressupõe o reconhecimento e proteção dos direitos fundamentais de todas as dimensões [...] sem que se reconheçam à pessoa humana os direitos fundamentais que lhe são inerentes, em verdade estar-se-á negando-lhe a própria dignidade [...]”

Segundo Francisco Amaral, um direito subjetivo caracteriza-se como “o poder que a ordem jurídica confere a alguém de agir e de exigir de outrem determinado comportamento”³⁷⁹, ou ainda, sob o ponto de vista técnico, como “prerrogativa individual contida nas relações jurídicas dos particulares entre si ou com o Estado, todos subordinados à ordem jurídica, sob o império da constitucionalidade e da legalidade”³⁸⁰.

Considerando-se tais aspectos, ainda mais se afigura essencial a viabilidade do direito de petição, enquanto direito subjetivo fundamental, na medida em que confere à sociedade civil o poder de exigir o cumprimento de direitos em face do Estado, inclusive quando verificada eventual ação em afronta a legalidade e com abuso no exercício do poder.

Os direitos fundamentais subjetivos referem-se, ainda, na ilação de Ingo Wolfgang Sarlet, “à possibilidade que tem o seu titular (considerando como tal a pessoa individual ou ente coletivo a quem é atribuído) de fazer valer judicialmente os poderes, as liberdades ou mesmo o direito a ações negativas ou positivas que lhe foram outorgadas pela norma consagradora do direito fundamental em questão”³⁸¹.

Para J. J. Gomes Canotilho a proteção constitucional dos direitos fundamentais se dá sob a forma de direito subjetivo, porque em um primeiro momento apresentam-se como direitos individuais³⁸².

Subsiste, contudo, a constatação de que os direitos fundamentais são dotados de uma multifuncionalidade³⁸³, ou, na percepção de Robert Alexy, os direitos fundamentais apresentam-se como um “sistema de posições jurídicas fundamentais”, no sentido de abranger “um feixe de posições de diferentes

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição de 1988**. 9ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 101-102.

³⁷⁹ AMARAL, **Direito Civil**, p. 224.

³⁸⁰ AMARAL, **Direito Civil**, p. 233.

³⁸¹ SARLET, **A eficácia dos direitos fundamentais**, p. 154.

³⁸² CANOTILHO, **Direito Constitucional e teoria da constituição**, p. 547.

³⁸³ Nesse sentido, Ingo Wolfgang Sarlet explica que “o Constituinte de 1988 foi diretamente influenciado, quando da formatação do catálogo de direitos fundamentais, pelas diferentes teorias formuladas sobre estes, razão pela qual a doutrina sustenta a tese de uma multifuncionalidade dos direitos fundamentais, que de longe não mais se restringem à clássica função de direitos de defesa contra os poderes públicos”. SARLET, **A eficácia dos direitos fundamentais**, p. 156.

conteúdos e diferentes estruturas”³⁸⁴.

Segundo a concepção desenvolvida por Robert Alexy as posições jurídicas fundamentais que podem integrar um direito fundamental subjetivo são as seguintes: a) direitos a algo – que abrange os direitos em face do Estado a ações negativas chamados de “direitos de defesa”, e direitos de ação positiva chamados de “direitos a prestações”³⁸⁵; b) liberdades – como alternativa de ação, no sentido de que uma pessoa será livre quando a ela não são vedadas alternativas de ação³⁸⁶, e c) competências – que abrangem os poderes e as autorizações quanto a alteração de uma situação jurídica por meio de uma ação³⁸⁷.

Tanto a constatação do sentido multifuncional dos direitos fundamentais como a de consignarem um sistema de posições jurídicas fundamentais, remontam à teoria dos *status* desenvolvida por Georg Jellinek³⁸⁸.

Robert Alexy explica que a figura dos *status* descritos por Jellinek corresponde à situação do indivíduo em face do Estado e que o qualifica perante este, sendo um status caracterizado como “alguma forma de relação entre cidadão e Estado”³⁸⁹.

A partir dos quatro *status* definidos por Jellinek – *status passivo* ou *subjectionis*, *status negativus* ou *libertatis*, *status positivus* ou *civitatis* e *status activus* ou da cidadania ativa³⁹⁰ – o indivíduo quando colocado na posição do *status* ativo “passa a ser considerado titular de competências que lhe garantem a possibilidade de participar ativamente da formação da vontade estatal”³⁹¹. Segundo Alexy, a inserção do indivíduo neste *status* outorga-lhe capacidades que ultrapassam a liberdade natural ampliando sua capacidade de agir, como o que ocorre com o direito de votar³⁹².

Peter Häberle amplia o *status activus* de Jellinek para integrar o conceito de

³⁸⁴ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Editora Malheiros, 2006, p. 193 e p. 254.

³⁸⁵ ALEXY, **Teoria dos direitos fundamentais**, p. 195-196.

³⁸⁶ ALEXY, **Teoria dos direitos fundamentais**, p. 222.

³⁸⁷ ALEXY, **Teoria dos direitos fundamentais**, p. 236.

³⁸⁸ JELLINEK, Georg. **Sistema dei diritti pubblici subbiettivi**. Milano: Società Editrice Libreria, 1912.

³⁸⁹ ALEXY, **Teoria dos direitos fundamentais**, p. 255.

³⁹⁰ Cf. JELLINEK, **Sistema dei diritti pubblici subbiettivi**.

³⁹¹ SARLET, **A eficácia dos direitos fundamentais**, p. 157.

³⁹² ALEXY, **Teoria dos direitos fundamentais**, p. 268-269.

status activus processualis que diz respeito à dimensão procedimental dos direitos fundamentais. Nesse sentido, ele compreende o direito à participação como autêntica reserva processual de prestação³⁹³, como decorrência de uma democracia que também é participativa.

Por meio do *status activus processualis* incrementam-se as funções prestacionais do Estado em prol de uma cidadania plural, considerando-se que Estado e cidadania estão envolvidos de forma indissolúvel, como uma comunidade de prestações recíprocas, com o objetivo de alcançar através de procedimentos soluções para situações conflitivas, sobretudo, por meio do *status activus processualis*, que será mais forte na proporção e na exata medida em que maior for a abertura do Estado à cidadania³⁹⁴.

Segundo Ingo Wolfgang Sarlet o *status activus processualis* proposto por Peter Häberle nos remete a uma ampliação do conteúdo e função democrática dos direitos fundamentais no contexto de sua dimensão organizatória e procedimental, no sentido de reconhecer a existência de direitos fundamentais de participação na organização e no procedimento³⁹⁵ inerentes ao desenvolvimento do modelo democrático instituído. Explica o autor, que “os direitos fundamentais para além de outorgarem legitimidade ao Estado Democrático de Direito, possuem um caráter democrático que, no contexto da dimensão organizatória e procedimental, se manifesta justamente no reconhecimento de uma democracia com elementos participativos”³⁹⁶.

A dimensão organizatória e procedimental dos direitos fundamentais, como

³⁹³ Explica Peter Häberle: “*Junto a todos ellos comienza a surgir un nuevo tipo de status en el Estado prestacional que podríamos denominar ‘status activus processualis’, un término bajo el que se debe comprender todo tipo de procedimiento en materia de derechos fundamentales, y que no es sino un derecho de participación cuya inmediata consecuencia, más que una ‘reserva de ley’, implica una auténtica ‘reserva procesal de prestación’, ya que resulta dimanar de una intensa forma de entender los tres elementos por antonomasia de los que procede, que son el Estado, el Derecho y la propia Constitución.*” HÄBERLE, Peter. **Pluralismo y Constitución**: Estudios de teoría constitucional de la sociedad abierta. Trad. Emilio Mikunda. Madrid: Editorial Tecnos, 2008, p.193-194.

³⁹⁴ “*Hoy en día Estado y ciudadanía están autoimplicados de forma indisoluble como una ‘comunidad de prestaciones’ recíproca, que pretende lograr unos niveles óptimos de racionalidad, creando procedimientos que cubran y resuelvan cuantas situaciones conflictivas se planteen. Precisamente a través del status activus processualis es como se incoan procedimientos que incrementan las funciones prestacionales estatales en pro de una ciudadanía dotada de asociaciones de cuño plural, si bien en algunos ámbitos no se ha logrado todavía plena efectividad.*” HÄBERLE, **Pluralismo y Constitución**, p. 200.

³⁹⁵ SARLET, **A eficácia dos direitos fundamentais**, p. 194.

³⁹⁶ SARLET, **A eficácia dos direitos fundamentais**, p. 196.

âmbito de atuação democrática-participativa, deve ser fomentada e sobrelevada pelo Estado, na medida em que o próprio texto constitucional traz consigo um projeto democrático com ênfase à participação do cidadão.

Neste contexto, o exercício do direito de petição, enquanto direito subjetivo fundamental, pode ser compreendido no âmbito de aplicabilidade do *status activus processualis*, na dimensão organizativa e procedimental dos direitos fundamentais, ao estabelecer modalidade de participação democrática e cidadã, a demonstrar na prática a função democrática também presente na essência dos direitos fundamentais.

O próprio Supremo Tribunal Federal qualifica o direito de petição como “direito público subjetivo de índole essencialmente democrática”, por se tratar de “prerrogativa de extração constitucional assegurada à generalidade das pessoas pela Carta Política (art. 5º, XXXIV, a)”³⁹⁷. Por estar presente em todas as Constituições brasileiras, segundo o Supremo Tribunal Federal, o direito de petição “qualifica-se como importante prerrogativa de caráter democrático”³⁹⁸.

O fortalecimento da participação do cidadão no debate democrático possibilitando sua interação no espaço público, sobretudo no processo de tomada de decisão, como reiterado ao longo do texto, se apresenta como ideal democrático estabelecido pelo texto constitucional.

Instrumentos de participação³⁹⁹ como o direito de petição podem ser entendidos como pequenas sementes de abertura democrática dos poderes públicos à sociedade que podem germinar e crescer como processos de construção e transformação da realidade social, conectando fenômenos e contextos, teoria e

³⁹⁷ Supremo Tribunal Federal, AR nº 1.354-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 21.10.1994, Plenário, DJ de 06.06.1997. No mesmo sentido: MS nº 28.857-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 15.12.2010, Plenário, DJE de 15.04.2011; AO nº 1.531-AgR, Rel. Min. Cármen Lúcia, julgamento em 03.06.2009, Plenário, DJE de 1º.07.2009; MS nº 21.651-AgR, Rel. Min. Néri da Silveira, julgamento em 05.05.1994, Plenário, DJ de 19.08.1994; Pet nº 762-AgR, Rel. Min. Sydney Sanches, julgamento em 1º.02.1994, Plenário, DJ de 8.4.1994.

³⁹⁸ ADI nº 1.247-MC, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 17.08.1995, Plenário, DJ de 08.09.1995.

³⁹⁹ “Participação é, a um só tempo, categoria nativa da prática política de atores sociais, categoria teórica da teoria democrática com pesos variáveis segundo as vertentes teóricas e os autores, e procedimento institucionalizado com funções delimitadas por leis e disposições regimentais.” LAVALLE, Adrian Gurza; VERA, Ernesto Isunza. A trama da crítica democrática: da participação à representação e à accountability. **Lua Nova**, São Paulo, nº 84, p. 95-139, 2011. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/ln/n84/a05n84.pdf> Acesso em: 19.08.2013.

realidade, de modo que, ao ampliar as relações entre o Estado e o indivíduo⁴⁰⁰, passe a compor toda a sociedade diretamente interessada na consecução de soluções e respostas aos questionamentos feitos pela mesma sociedade, que neste momento passa a participar ativamente da construção das soluções.

Tratando-se de um direito subjetivo público fundamental a sua efetiva realização deve ser assegurada pelo Estado⁴⁰¹. Veja-se que, dentre os deveres do Estado insere-se a responsabilidade de viabilizar os caminhos através dos quais as pessoas possam ser ouvidas e de efetivamente ouvir o que a comunidade tem a dizer. Tal ação manifesta compromisso com a manutenção da ordem, com a convivência em sociedade, com a garantia das liberdades individuais, com a busca do bem comum, dentre outras características essenciais ao Estado Democrático de Direito.

Nesse sentido, promover a interação e o diálogo social também se apresenta como um dever⁴⁰², máxime quando se está diante de um direito dotado de fundamentalidade formal e material, conforme prescreve a Carta Maior que rege e dá estrutura organizacional ao Estado.

Em busca da ampliação do debate democrático e da dilação do espectro de aplicabilidade do direito de petição, enquanto direito subjetivo fundamental, pode-se pensar no seu exercício em face de todos os poderes da República⁴⁰³, inclusive perante o Judiciário. Nesse sentido, Jorge Reis Novais assevera que um direito

⁴⁰⁰ Ao Estado compete o gerenciamento dos elementos estruturais e organizacionais da sociedade sem descurar da centralidade ao homem. Seja sob a perspectiva contratualista de formalização de um pacto social através do qual se institucionaliza o Estado como o ente dotado do poder de manter a paz, o respeito e a convivência harmônica entre os homens. Seja sob a ótica weberiana de um Estado que se funda na coação, ao reclamar para si e com êxito o monopólio da coação física legítima, única fonte do direito, em uma comunidade humana em determinado território. [Cf. HOBBS, **O Leviatã**; LOCKE, **Segundo tratado sobre o governo civil**; ROUSSEAU, **Do contrato social**; WEBER, Max. **Economia e Sociedade**. Vol. 2. Trad. de Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa; Rev. Téc. De Gabriel Cohn, 4ª ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2000, pp. 525-526].

⁴⁰¹ BONIFÁCIO, **Direito de petição**, p. 177.

⁴⁰² Para Sarlet, "(...) considerando que ao Juiz também incumbe um dever de proteção dos direitos fundamentais, levar a sério da dimensão organizatória e procedimental dos direitos fundamentais pressupõe também tomar a sério o poder-dever do Juiz da adequada interpretação e formatação do processo e dos procedimentos, assim como das técnicas processuais de tutela dos direitos (...)". SARLET, **A eficácia dos direitos fundamentais**, p. 197..

⁴⁰³ "Parece, no entanto, conforme ao objetivo do direito de petição, defender sua ampla aplicabilidade em face dos três órgãos de soberania, do Ministério Público, dos Tribunais de Contas, dos órgãos da Administração indireta e ainda daqueles que prestam serviços públicos sob a delegação do Estado." SALGADO, **O desenvolvimento democrático e os direitos fundamentais**, p. 75-76.

subjetivo somente possui relevância prática quando implicar em sua exigibilidade judicial⁴⁰⁴.

O exame de questões constitucionais importantes para toda a população brasileira, em sede de controle abstrato de constitucionalidade, cujos resultados denotam ondas reflexivas para toda a sociedade, demonstram a propriedade e viabilidade do manejo do direito de petição junto a este processo de fiscalização, conforme se passará a examinar no item a seguir.

3.3 O direito de petição como dimensão de *accountability* e a possibilidade de sua utilização no controle abstrato de constitucionalidade

Diante deste amplo aspecto democrático e participativo, de expansão do espaço público de debate e de exposição de argumentos, que qualificam o direito de petição, subjaz a possibilidade de sua utilização como veículo de democratização em sede de tutela jurisdicional, sobretudo em assuntos de relevante interesse jurídico e social, como os tratados em sede de fiscalização abstrata de constitucionalidade.

Nesse contexto o direito de petição estabelece ponte direta e necessária entre o Judiciário e a sociedade, levando até o mundo dos autos e do direito as complexidades relacionais e multifacetárias da realidade plural da sociedade em que vivemos.

O desenvolvimento do instituto, como instrumento democrático de fortalecimento da cidadania constitui o desafio a ser alcançado⁴⁰⁵, na medida em que não existe lei regulamentando o exercício do direito de petição na ordem jurídica brasileira.

Todavia, não há como se negar a fundamentalidade inerente ao instituto e sua aplicabilidade no âmbito do Poder Judiciário, pois o direito de petição, na

⁴⁰⁴ NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição**. Coimbra: Editora Coimbra, 2003, p. 96 e ss.

⁴⁰⁵ SALGADO, **O desenvolvimento democrático e os direitos fundamentais**, p. 77.

percepção de Eneida Desiree Salgado, “entendido de maneira mais ambiciosa, em toda a sua fundamentalidade política, poderia levar à efetiva realização do direito de acesso à justiça e à real democratização do controle de constitucionalidade”⁴⁰⁶.

O direito de petição constitucional ao lado de um pedido individualizado que mantenha correlação estreita com a centralidade do tema principal para acrescentar outros argumentos correlatos, de visibilização geral, para estender o domínio de compreensão do tema do processo principal e seus subtemas, se mostra com um sensível potencial de contribuição ao ideal democrático presente no desenho constitucional brasileiro.

A construção da decisão em sede de jurisdição constitucional deve dar espaço a uma solução mais completa⁴⁰⁷. Nesse sentido, talvez a admissão de argumentos outros através do livre exercício constitucional do direito de petição possa contribuir e trazer a lume novas possibilidades, outras necessidades e ângulos de visada diversos sobre o mesmo tema fundante que possibilite uma fórmula teórica mais abrangente, inclusive com eventual remessa de tais considerações ao Congresso Nacional haja vistas as projeções laterais e reflexivas a toda a sociedade.

Ressalte-se que o direito de petição estabelecido pelo art. 5^a, XXXIV, “a”, da CF/88, não se confunde com o pleito individual e/ou coletivo relacionado ao direito de ação, ele possui qualificações outras, como já amplamente demonstrado, com outros matizes de transcendência para permitir o exercício democrático-participativo e não apenas contemplativo no controle abstrato de constitucionalidade. Dá lugar a pró-atividade relacional com outros direitos em tensão ou em expectativa de fruição, e a possibilidade de integração do indivíduo para a exposição de argumentos em processos cujas decisões são dotadas de uma universalidade e abrangência com repercussões a todo o grupo social.

Nesse contexto o direito de petição se apresenta como instrumento de acreditação civilizatória por possibilitar a transferência de legitimidade democrática

⁴⁰⁶ SALGADO, **O desenvolvimento democrático e os direitos fundamentais**, p. 78.

⁴⁰⁷ “urge abrir espaço para a exposição de argumentos em sede de controle concentrado, a fim de permitir que em todas as ações – inclusive na ação declaratória de constitucionalidade – os cidadãos possam levar sua opinião para a apreciação da corte, atuando em defesa da constituição por meio do direito de petição”. SALGADO, **O desenvolvimento democrático e os direitos fundamentais**, p. 79.

às decisões com repercussão e projeção *erga omnes*. Tecnicamente se pode dizer de sua similitude com o instituto do *amicus curiae*, não para ingresso e decisão pessoal do autor/requerente, mas como primado para colher as circunstâncias teóricas de interesse, para formulação abstrata da teoria e justificação decisória a partir de propostas de interesse devidamente habilitadas na petição, mas que o ultrapassa, na medida em que estende a toda a sociedade a possibilidade de participação e não somente àqueles que comprovem os requisitos exigidos para tal fim.

Pontue-se, a exemplo, o pedido alinhavado por pessoa física junto à Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.510, para ingressar no feito na qualidade de *amicus curiae*. O pedido formulado pelo Sr. Reginaldo da Luz Ghisolft, por meio da petição nº 54.712⁴⁰⁸, apresentou considerações relevantes para o ingresso no processo, salientando que há vários anos vem estudando as questões jurídicas relacionadas à utilização do embrião humano em pesquisas tendo, inclusive, escrito sua dissertação de mestrado sobre este tema. Todavia, conforme despacho do Ministro-Relator teve seu pedido indeferido em razão de não comprovar a representatividade adequada, conforme se verifica *in verbis*:

Reginaldo da Luz Ghisolft 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 9.868/99 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 incontroversa a falta de representatividade do postulante, razão porque indeferido 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.⁴⁰⁹

O direito de petição, neste aspecto, atende à efetiva participação

⁴⁰⁸ Importa registrar a ausência de maiores considerações sobre a referida petição, em virtude de não estar indisponível junto às petições eletrônicas da ADI nº 3.510/DF.

⁴⁰⁹ Decisão monocrática referente à petição nº 54.712, em 3 de maio de 2006. ADI nº 3.510. Ministro-Relator Carlos Ayres Britto. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/diarioJustica/verDiarioProcesso.asp?numDj=89&dataPublicacaoDj=11/05/2006&incidente=2299631&codCapitulo=6&numMateria=65&codMateria=2> Acesso em: 26.09.2013.

estendendo a toda a sociedade a possibilidade de interação, não limitada a comprovação de requisitos formais.

O direito de petição constitucional corresponde à articulação teórica para uma decisão em tese com suas particularidades, porém considerando a participação e defesa teórica das posições postuladas pelo próprio cidadão. A importância não está necessariamente no resultado da decisão, visto que a relevância ou não dos argumentos dispostos através da petição somente poderá ser aferida no desenvolvimento do processo. A relevância está na efetiva participação da sociedade na construção de uma decisão de efeitos reflexivos a todos, resgatando a centralidade do homem ao direito.

A legitimação de forças pluralistas da sociedade para participar da interpretação constitucional reside no fato dessas mesmas forças representarem fração da esfera pública e de realidade constitucional, em uma sociedade aberta e complexa o desenvolvimento da democracia se realiza por meio de formas diversificadas e apuradas de intervenção participativa no processo público, visto que a competência objetiva do “povo” para a interpretação constitucional também é um direito da cidadania, como já afirmado ao longo do texto.

Observe-se que a principal função de um Tribunal Constitucional, no excerto de Luís Roberto Barroso, está na proteção dos direitos fundamentais como garantia da própria democracia e não contra esta, caracterizada como um espaço de legitimação discursiva e de funcionalidade democrática⁴¹⁰. Admitir a possibilidade de manifestação de toda pessoa por meio do direito de petição importa em exercício regular de sua principal função, concernente à defesa e proteção dos direitos fundamentais.

Por meio do direito de petição outros temas passam a ser relacionados e examinados ampliando-se o espectro adstrito exclusivamente ao interesse próprio dos legitimados à propositura da ação de controle direto de constitucionalidade. Ainda mais restrita se pensada a partir da jurisprudência do Supremo Tribunal

⁴¹⁰ “Pois este é o papel de um tribunal constitucional, do Supremo Tribunal Federal, no caso brasileiro: proteger e promover os direitos fundamentais, bem como resguardar as regras do jogo democrático. Eventual atuação contramajoritária do Judiciário em defesa dos elementos essenciais da Constituição dar-se-á a favor e não contra a democracia”. BARROSO, **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**, p. 376-377.

Federal que exige a comprovação de relação de pertinência⁴¹¹ entre a pretensão formulada e as atividades ou interesses defendidos por alguns dos legitimados, a autorizar o ajuizamento de ação direta de inconstitucionalidade⁴¹².

Segundo Luís Roberto Barroso a pertinência temática se aproxima do conceito processual de interesse de agir, que exige “relação lógica entre a questão versada na lei ou ato normativo a ser impugnado e os objetivos sociais da entidade requerente”⁴¹³.

Ocorre que, a relação de pertinência temática exigida pelo Supremo Tribunal Federal não está prevista em qualquer regramento legal. A Constituição Federal de 1988, em seu art. 103, ampliou o rol de legitimados a deflagrar a fiscalização abstrata de constitucionalidade, antes restrita ao Procurador-Geral da República⁴¹⁴, com objetivo de melhor atender as demandas sociais relacionadas à constitucionalidade das leis, não fazendo qualquer menção à exigência de comprovação de relação de pertinência a somente alguns legitimados.

Tal exigência contraria o próprio objetivo das ações de fiscalização abstrata de constitucionalidade como garantia de supremacia da Constituição, em que os legitimados devem atuar como verdadeiros advogados da Constituição. Além de trazer inconsistência incompatível com o processo objetivo de fiscalização abstrata, no qual não é possível exigir de um legitimado a demonstração de interesse de agir específico na demanda como condição para o ajuizamento da mesma.

⁴¹¹ A comprovação da pertinência temática é exigida aos seguintes legitimados: Governadores dos Estados e do Distrito Federal, Mesa das Assembleias Legislativas Estaduais e do Distrito Federal, Confederações Sindicais e Entidades de Classe de âmbito nacional.

⁴¹² CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. PRELIMINARES DE INÉPCIA DA INICIAL, DE INCINDIBILIDADE DA LEI, E DE IMPOSSIBILIDADE DE CONTROLE CONCENTRADO DE DECRETO REGULAMENTAR REJEITADAS. PRELIMINAR DE AUSÊNCIA DE PERTINÊNCIA TEMÁTICA PARCIALMENTE ACOLHIDA. DECRETOS ATACADOS QUE FORAM REVOGADOS OU CUJOS EFEITOS SE EXAURIRAM. CARÊNCIA SUPERVENIENTE DA AÇÃO. INTERESSE PROCESSUAL. UTILIZAÇÃO DE POLÍTICA DESONERATÓRIA PELO DF. ICMS. “GUERRA FISCAL”. ARTIGO 155, § 2º, INCISO XII, g, DA CF. LEI COMPLEMENTAR 24/75. NECESSIDADE DE CONSENSO DE TODOS OS ENTES FEDERATIVOS. PARCIAL PROCEDÊNCIA. (...)V - Acolhimento da alegação de **ausência de pertinência temática do autor para a discussão da constitucionalidade** da Lei 2.427, de 14 de julho de 1999, pois o mencionado diploma normativo não traz referência específica alguma à competência legislativa estadual, assim como não faz qualquer menção aos incentivos ou benefícios tributários relacionados ao ICMS. ADI nº 2.549. Relator Min. Ricardo Lewandowski. DJ de 03.10.2011. (grifos acrescentados).

⁴¹³ BARROSO, **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**, p. 194.

⁴¹⁴ Neste aspecto, Aline Lisbôa pontua que a ampliação do rol de legitimados ao incluir representantes da sociedade civil, rompeu com o modelo anterior, expressando importante mudança no sistema constitucional. LISBÔA, **Participação social no controle de constitucionalidade**, p. 36.

Nesse sentido, Gilmar Mendes assevera que se trata de excessiva exigência e inequívoca restrição ao direito de propositura da ação constitucional. Segundo seu entendimento, “a relação de pertinência temática assemelha-se muito ao estabelecimento de uma condição da ação – análoga, talvez, ao interesse de agir –, que não decorre dos expressos termos da Constituição e parece ser estranha à natureza do sistema de fiscalização abstrata de normas”⁴¹⁵.

De outro vértice, eventual restrição ao direito de propositura da ação, somente poderia ter sido estabelecida pelo legislador ordinário no uso de sua competência como poder reformador. Ainda, em Gilmar Mendes, a constatação de que o estabelecimento desta exigência consubstancia critério de diferenciação injustificada entre os entes legitimados a propor a ação constitucional, “diferenciação esta que não encontra respaldo na Constituição”⁴¹⁶.

Tal medida, também não se coaduna com o discurso promovido pelo próprio Supremo Tribunal Federal de abertura a participação democrática por meio dos institutos do *amicus curiae* e das audiências públicas jurisdicionais, na medida em que a exigência de comprovação da pertinência temática possui a função pragmática de fechamento do Tribunal⁴¹⁷. Pontue-se que, eventual justificativa para a restrição sustentada no excessivo número de ações que poderiam ser ajuizadas não se confirma, como demonstra a pesquisa “Supremo em Números”, anteriormente referenciada, segundo a qual as ações de fiscalização abstrata de constitucionalidade somam pouco mais 0,51% dos processos em trâmite no Supremo Tribunal Federal⁴¹⁸.

Nesse sentido, há que se perquirir consistência e coerência no processamento das ações de fiscalização abstrata de constitucionalidade, no sentido de se permitir uma verdadeira abertura procedimental. Veja-se que os institutos de participação social, aqui elencados – o *amicus curiae*, a audiência pública jurisdicional e, sobretudo, o direito de petição – aplicados em sua plena

⁴¹⁵ MENDES, et. al. **Curso de direito constitucional**, p. 1.108.

⁴¹⁶ MENDES, et. al. **Curso de direito constitucional**, p. 1.109.

⁴¹⁷ Nesse sentido, afirma Aline Lisbôa: “A consequência da criação do critério da pertinência temática por parte do Supremo Tribunal Federal é a radical restrição do acesso de entidades representativas da sociedade civil aos debates constitucionais”. LISBÔA, **Participação social no controle de constitucionalidade**, p. 49.

⁴¹⁸ FALCÃO, et. al. **I Relatório Supremo em números**, p. 19.

potencialidade superam o obstáculo da pertinência temática, na medida em que efetivamente abrem as portas para a ampla participação da sociedade civil.

O direito de petição, neste aspecto, é o instrumento libertador, a via pela qual a soberania deve se expressar de forma mais ampla e legítima, pois ao direito de petição não se pode conceber restrições ou invectivas de redução de capacidade de agir e legitimidade substancial para interferir nas ações diretas de inconstitucionalidade, ou se estará violando o princípio da igualdade de tratamento entre as pessoas.

O desafio de desenvolvimento e regulamentação do instituto se faz imperioso e urgente, para que o cidadão não somente possa exercer o direito fundamental de petição, mas que também obtenha a necessária e respeitosa resposta ao peticionamento, como deve acontecer em um Estado Constitucional e Democrático de Direito, materializada na construção de melhores decisões que demonstrem discurso argumentativo coerente e em consonância com os ditames constitucionais em percepção da ação participativa da sociedade.

Em um aspecto mais amplo, o exercício do direito de petição também se apresenta como dimensão de *accountability* por consignar uma possibilidade democrática de controle do próprio processo de controle da constitucionalidade das leis e atos normativos.

Sob o prisma da exigência e necessidade de prestação de contas sobre os assuntos de interesse público e relacionados às atividades desenvolvidas pelo Estado, no sentido de permitir que suas atividades sejam controladas pela própria sociedade civil, conforme proposto pelo que se compreende como *accountability*⁴¹⁹, que também se pode compreender a possibilidade de manejo de tal instrumento junto ao controle de constitucionalidade.

Ilton N. Robl Filho aponta o Poder Judiciário como principal tipo de agente

⁴¹⁹ “O termo inglês *accountability* foi traduzido ou usado como fiscalização, responsabilização ou controle, embora o uso mais aceito e, por conseguinte, mais difundido, seja o da prestação de contas. Assim, cumpre fundamentalmente aos governantes e tomadores de decisões, ao assumirem uma responsabilidade pública, a obrigação iniludível de prestar contas da sua atuação, do manejo dos recursos públicos, ou ainda do cumprimento de programas prioritários para o conjunto ou algum setor da população”. ESPINOSA, Roberto Moreno. *Accountability*. In: CASTRO, Carmem Lúcia Freitas de; GONTIJO, Cynthia Rúbia Braga; AMABILE, Antônio Eduardo Noronha (Orgs.). **Dicionário de políticas públicas**. Barbacena: EdUEMG, 2012, p. 16.

independente de *accountability* horizontal, que deve exercer função de fiscalização sobre os demais agentes estatais. Todavia, também apresenta a seguinte questão: “quem guarda e como guarda o guardião?”⁴²⁰.

Tal questionamento relaciona-se a reformulação apresentada por Norberto Bobbio à velha pergunta “Quem custodia os custódios?” – que percorre toda a história do pensamento político – para “Quem controla os controladores?”. A importância de se responder adequadamente tal questionamento, para o autor, implica na própria manutenção da democracia como um governo visível, do contrário a democracia estará perdida⁴²¹.

Segundo Ilton N. Robl Filho existem mecanismos por meio dos quais os cidadãos podem provocar diretamente os agentes de *accountability* horizontal, a fim de que promovam a necessária fiscalização sobre os demais agentes públicos, como o que ocorre com a ação popular, prevista no art. 5º, LXXII, da CF/88, que permite aos cidadãos postular a anulação de ato lesivo ao patrimônio público⁴²².

Por sua vez, o exercício de *accountability* em relação ao judiciário ou “*accountability* judicial decisional”, reflete-se no nível de responsividade dos juízes pelas suas condutas perante a sociedade, observando-se a maneira de condução dos processos e o relacionamento estabelecido com as partes que o compõem. Tais características comportamentais, segundo o autor, abrangem a “imparcialidade, integridade, urbanidade e eficiência na prestação judicial”⁴²³.

A transparência nas atividades públicas, assim com a publicidade dos atos públicos, desempenham um caráter de controle que se mostra de essencial importância para o desenvolvimento adequado da democracia, sobretudo em razão da concentração de poderes que a democracia representativa transfere àqueles que se colocam como representantes do povo⁴²⁴.

⁴²⁰ ROBL FILHO, Ilton Norberto. **Accountability e independência judiciais**: O desenho institucional do judiciário e do conselho nacional de justiça no estado democrático de direito brasileiro. Curitiba, 2012, 259f. Tese (Doutorado em Direito) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, p. 110.

⁴²¹ BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**. 7ª ed. Trad. Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Editora Paz e Terra, 2000, p. 43.

⁴²² ROBL FILHO, **Accountability e independência judiciais**, p. 110.

⁴²³ ROBL FILHO, **Accountability e independência judiciais**, p. 116.

⁴²⁴ Importante, nesse sentido, o raciocínio de Norberto Bobbio de que “(...) a publicidade é por si mesma uma forma de controle, um expediente que permite distinguir o que é lícito do que não

A eficiência na prestação jurisdicional consigna a busca constante de construção de melhores decisões, de soluções mais completas, que compreendam as potências públicas pluralistas que compõe a sociedade moderna.

Nesse sentido, o exercício das atividades públicas de forma transparente e em diálogo constante com a sociedade civil, inclusive das atividades do Tribunal Constitucional brasileiro, demonstram a busca de eficiência e desenvolvimento probo das funções públicas, em respeito e total aderência ao projeto democrático insculpido em nossa Carta Constitucional.

O conceito de transparência nas atividades públicas, referenciado pela doutrina como uma das maiores ou mais significativas conquistas na democracia contemporânea⁴²⁵, adere ao exercício do direito de petição como dimensão de *accountability*, na medida em que potencialmente também promove a transparência na atividade jurisdicional ao propor que a racionalidade no julgamento seja ampliada e demonstrada por motivos de convencimento a serem apresentados pelo julgador, consideravelmente dilatados pela ação contributiva da sociedade civil.

Conforme ressalta Luís Roberto Barroso: “Em uma democracia, todo poder é representativo, o que significa que deve ser transparente e prestar contas à sociedade. Nenhum poder pode estar fora do controle social, sob pena de se tornar um fim em si mesmo, prestando-se ao abuso e a distorções diversas”.⁴²⁶

Exemplo de ação voltada ao controle social foi a edição da Lei nº 12.527/2011, que regulamentou o direito ao acesso a informação previsto no inciso XXXIII, do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37, e no § 2º do art. 216, da Constituição

é”. Ressaltando a importância do controle público do poder em uma época, como a atual, em que “aumentaram enormemente e são praticamente ilimitados os instrumentos técnicos de que dispõem os detentores do poder para conhecer capilarmente tudo o que fazem os cidadãos”. BOBBIO, **O futuro da democracia**, p. 42-43.

⁴²⁵ “Uma das conquistas mais significativas do processo de democratização que vem se desenvolvendo em algumas regiões é constituída pela transparência e pela prestação de contas de cada uma das atividades que são levadas a cabo nos setores das entidades públicas. Em alguns países, essa exigência estende-se às organizações da sociedade civil, na medida em que estas têm a oportunidade procuram participar de maneira mais dinâmica nos assuntos públicos de mais variada natureza: direitos humanos, equidade gênero, preservação ambiental, direitos indígenas, entre outros e, para tanto, recebem recursos destinados ao desenvolvimento mais adequados de suas respectivas atividades”. ESPINOSA, **Accountability**, p. 16.

⁴²⁶ BARROSO, **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**, p. 382-383.

Federal de 1988⁴²⁷, no sentido de estabelecer os procedimentos a serem observados para a garantia do acesso a informação a que todos os órgãos públicos integrantes da administração direta dos Poderes Executivo, Legislativo, Judiciário, Ministério Público e Tribunais de Contas estão subordinados.

Conforme estabelece o art. 3º, da Lei nº 12.527/2011, os procedimentos nela previstos destinam-se a assegurar o direito fundamental de acesso à informação e devem ser executados em conformidade com os princípios básicos da administração pública, considerando-se a observância da publicidade como preceito geral, o fomento a cultura de transparência e o desenvolvimento do controle social da administração pública, como diretrizes básicas a serem seguidas.

Todas as ações que importem publicidade e acesso da sociedade são importantes e salutares no desenvolvimento do projeto democrático estabelecido pela Constituição Federal, que traz a participação da sociedade civil como princípio basilar na medida em que o povo é o titular do poder democrático. Como bem explica Ilton N. Robl Filho: “Sem participação da sociedade civil, que compreende que o povo é soberano e que a fiscalização dos agentes estatais é tema fundamental nas democracias constitucionais, a *accountability* e a democracia não se concretizam adequadamente”⁴²⁸.

O exercício jurisdicional responsável e comprometido com um *accountability* decisional remete à atribuição de legitimidade ao judiciário pela via da representação argumentativa, conforme proposto por Robert Alexy e já referenciado em capítulo anterior. Considerando-se que a representação argumentativa refere-se à condição de que os argumentos alinhavados pelo Tribunal em suas decisões representam manifestação do próprio povo ou do cidadão, que o reconhecem como tal⁴²⁹, ainda mais se mostra oportuna a utilização do direito de petição como via de

⁴²⁷ Art. 5º, XXXIII - todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado.

Art. 37, § 3º - A lei disciplinará as formas de participação do usuário na administração pública direta e indireta, regulando especialmente: (...) II - o acesso dos usuários a registros administrativos e a informações sobre atos de governo, observado o disposto no art. 5º, X e XXXIII.

Art. 216, § 2º - Cabem à administração pública, na forma da lei, a gestão da documentação governamental e as providências para franquear sua consulta a quantos dela necessitem.

⁴²⁸ ROBL FILHO, **Accountability e independência judiciais**, p. 162.

⁴²⁹ ALEXY, **Constitucionalismo Discursivo**, p. 163-165.

instrumentalização dos anseios da população.

Nesse contexto, a atuação da jurisdição constitucional como representação argumentativa, estabelece o eixo de ligação com o princípio democrático, pois ainda que não se trate de uma legitimação democrática direta, sua regularidade se faz presente por meio de argumentos que reflitam a manifestação de uma decisão pública com ênfase discursiva⁴³⁰.

O ideal do discurso, conforme afirma Robert Alexy, torna a democracia deliberativa, na medida em que se apresenta como “a tentativa de institucionalizar o discurso, tão amplamente quanto possível, como meio da tomada de decisão pública”⁴³¹. Mais do que um procedimento a democracia deliberativa pressupõe a aplicação de um plano de argumentos “no qual todos os participantes lutam por uma solução política correta”⁴³².

Nesse sentido, importa ressaltar o posicionamento de Roberto Gargarella, para quem a concepção de democracia deliberativa “*parte del hecho de que las cuestiones públicas más relevantes deben ser objeto de un debate público robusto e inclusivo*”⁴³³.

Citando os debates públicos realizados pela Corte Suprema argentina em torno das discussões sobre a lei dos meios de comunicação, já referenciado em item anterior, Roberto Gargarella ressalta a importância de abertura de espaços como aquele, como forma de se abraçar a concepção deliberativa de democracia e de concretizar uma visão mais ampla da liberdade de expressão⁴³⁴.

A abertura a exposição de opinião por parte de qualquer interessado em participar da construção das decisões nas ações de controle abstrato de constitucionalidade por meio do direito de petição, corrobora o compromisso com um debate público inclusivo e robusto como propugnado pela democracia

⁴³⁰ ALEXY, **Constitucionalismo Discursivo**, p. 162-163.

⁴³¹ ALEXY, **Constitucionalismo Discursivo**, p. 163.

⁴³² ALEXY, **Constitucionalismo Discursivo**, p. 35.

⁴³³ GARGARELLA, Roberto. **El derecho a la protesta – el primer derecho**. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2005. p. 38.

⁴³⁴ GARGARELLA, Roberto. **La concepción constitucional de la libertad de expresión**. Disponível em: http://www.seminariogargarella.blogspot.com.br/2013/09/la-concepcion-constitucional-de-la_9.html Acesso em: 11.09.2013.

deliberativa⁴³⁵.

A democracia deliberativa proposta por Carlos Santiago Nino parte da crença de que o método deliberativo que inclui os cidadãos no processo de tomada de decisões se apresenta como a forma mais confiável para se chegar a um resultado de maior correção na composição dos interesses sociais em jogo⁴³⁶.

No mesmo sentido Roberto Gargarella afirma que a democracia deliberativa deve considerar uma base consensual bastante ampla para a tomada de decisões públicas. Tal base é configurada com a participação de todos os setores da sociedade, como condição primária e necessária para um resultado deliberativo imparcial⁴³⁷.

Segundo Carlos Santiago Nino a democracia constitucional compreende a combinação do constitucionalismo com a democracia para formar um sistema de governo, esta conjunção, todavia, não é simples, as tensões aparecem quando a expansão de democracia leva a um enfraquecimento do constitucionalismo, ou quando o fortalecimento do ideal constitucional implica em restrição do processo democrático⁴³⁸.

Nino registra que o relacionamento entre democracia e constitucionalismo depende primordialmente da interpretação que se faz do constitucionalismo, mas que em termos muito gerais, haveria a concordância de que constitucionalismo significa algo como “governo limitado”⁴³⁹. Nesse sentido, apresenta uma ampla gama de significados ao constitucionalismo de acordo com sua densidade e robustez, salientando que em um sentido mais robusto, o constitucionalismo reclama

⁴³⁵ Estudo sistematizado e específico sobre a democracia deliberativa, constitucionalismo e jurisdição constitucional pode ser encontrado em: GODOY, Miguel Gualano de. **Constitucionalismo e democracia**: uma leitura a partir de Carlos Santiago Nino e Roberto Gargarella. Curitiba, 2011. 140f. Dissertação (Mestrado) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná. GONÇALVES, Nicole P. S. Mader. **A jurisdição constitucional na perspectiva da democracia deliberativa**. Curitiba, 2009. 580f. Dissertação (Mestrado) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná.

⁴³⁶ Segundo Nino, “*Si todos aquellos que pueden ser afectados por una decisión han participado en la discusión y han tenido una oportunidad igual de expresar sus intereses y justificar una solución a un conflicto, ésta será muy probablemente imparcial y moralmente correcta siempre que todos la acepten libremente y sin coerción.*” NINO, Carlos Santiago. **La constitución de la democracia deliberativa**. Barcelona: Editorial Gedisa, 1997, p. 166.

⁴³⁷ GARGARELLA, Roberto. Democracia deliberativa y judicialización de los derechos sociales? **Revista Perfiles Latinoamericanos**, Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales, México, nº 028, p. 9-32, julio-diciembre 2006, p. 19.

⁴³⁸ NINO, **La constitución de la democracia deliberativa**, p. 13-14.

⁴³⁹ NINO, **La constitución de la democracia deliberativa**, p. 15.

não somente a existência de normas que organizam o poder, que permaneçam inalteradas frente aos processos legislativos, mas também requer estruturas específicas de procedimento e de conteúdos das leis que regulam a vida pública. De um lado, apresenta a dimensão democrática como o ideal de um processo político participativo em que todos possuem igual direito a se expressar no processo de tomada de decisão; de outro, refere-se a uma dinâmica libertária calcada no ideal de um governo limitado no qual nem mesmo a maioria poderia vir a afetar direitos individuais constitucionalmente protegidos⁴⁴⁰.

Os elementos do constitucionalismo que de modo mais forte representam os valores desta noção, segundo Nino, são a Constituição histórica, os processos democráticos de participação e a proteção aos direitos individuais⁴⁴¹. O constitucionalismo exige a obediência da constituição histórica, por tratar-se do documento criado na fundação constitucional e interpretado através da história do país⁴⁴², sustenta, todavia, que as ações e decisões não podem ser justificadas sobre a base de normas positivas como na constituição histórica, mas sobre a base de razões autônomas, que são, no final das contas, princípios morais e que estes estabelecem um grupo de direitos fundamentais⁴⁴³. Os direitos individuais inseridos na constituição são princípios de moralidade social, em última instância são direitos morais, derivados de princípios que possuem as propriedades de autonomia, finalidade, superveniência, publicidade, universalidade e generalidade⁴⁴⁴.

O reconhecimento de proteção a tais direitos implica em uma limitação ao próprio procedimento democrático de deliberação⁴⁴⁵, neste sentido, explica Estefânia Barboza que a busca de Carlos Santiago Nino refere-se à proteção de direitos considerados fundamentais e que acabam por limitar o processo

⁴⁴⁰ NINO, *La constitución de la democracia deliberativa*, p. 18-19.

⁴⁴¹ NINO, *La constitución de la democracia deliberativa*, p. 26.

⁴⁴² NINO, *La constitución de la democracia deliberativa*, p. 30.

⁴⁴³ NINO, *La constitución de la democracia deliberativa*, p. 70.

⁴⁴⁴ NINO, *La constitución de la democracia deliberativa*, p. 73.

⁴⁴⁵ Ao traçar os parâmetros da teoria sobre a democracia deliberativa desenvolvida por Carlos Santiago Nino, Miguel Gualano Godoy assevera que: "A democracia deve ser adotada como procedimento e experimentação em uma ação comunicativa e argumentativa a fim de serem tomadas as decisões moralmente mais corretas. No entanto, não podem usurpar determinadas conquistas, direitos e garantias estabelecidas pela Constituição. O que diferencia Nino (e, aqui, também deve-se incluir Roberto Gargarella) dos demais teóricos é que não pretende ele uma teoria que ignore esta tensão. Ao contrário, é a partir dela que se deve teorizar e com ela conviver". GODOY, *Constitucionalismo e democracia*, p. 74.

democrático⁴⁴⁶.

Partindo da premissa de que a principal função dos direitos individuais é conter as decisões majoritárias com o fim de proteger as pessoas individualmente consideradas e as minorias, no sentido de que certos direitos não podem ser violados, Nino acaba por admitir a proteção destes direitos fora do processo político, ou seja, por meio do processo de controle de constitucionalidade⁴⁴⁷.

Como explica Estefânia Barboza, a democracia deliberativa proposta por Nino ao permitir a proteção judicial de princípios de direitos fundamentais acaba por concordar com a atuação da jurisdição constitucional ao lado do princípio democrático⁴⁴⁸.

Carlos Santiago Nino em um primeiro momento põe em questão o controle judicial de constitucionalidade, mas posteriormente o admite ainda que por meio de três exceções à teoria epistêmica da democracia deliberativa⁴⁴⁹. O controle de constitucionalidade passa a ser admitido por Nino nas seguintes circunstâncias: 1ª) para a garantia do próprio procedimento democrático⁴⁵⁰; 2ª) para proteger a autonomia pessoal⁴⁵¹, e 3ª) para garantir a Constituição como uma prática social⁴⁵².

A justificativa apresentada para a atuação da jurisdição constitucional, segundo Nino, parte do pressuposto de que existem pré-condições necessárias à democracia e o controle de constitucionalidade objetiva, nesse sentido, proteger tais

⁴⁴⁶ Segundo Estefânia Barboza: “Nino busca, dessa maneira, um ideal de constituição de direitos, partindo de uma concepção liberal em que se protege o princípio da autonomia pessoal, o princípio da inviolabilidade da pessoa e o princípio da dignidade da pessoa humana, os quais são derivados da prática social do discurso moral. Dessa forma, esses direitos – que podem ser considerados fundamentais – acabam por limitar o processo democrático desqualificando as decisões coletivas que os ignorem ou contrariem. BARBOZA, **Jurisdição Constitucional**, p. 39-41.

⁴⁴⁷ NINO, **La constitución de la democracia deliberativa**, p. 269.

⁴⁴⁸ BARBOZA, **Jurisdição Constitucional**, p. 45.

⁴⁴⁹ NINO, **La constitución de la democracia deliberativa**, p. 273.

⁴⁵⁰ “Ora, quando Nino aceita o *judicial review* para proteger o processo democrático, excepciona diversos direitos fundamentais que garantem o processo democrático, como igualdade, liberdade, direitos políticos, etc., que, por dependerem de um julgamento de valores, levam ao enfraquecimento da própria teoria procedimental”. BARBOZA, **Jurisdição Constitucional**, p. 42.

⁴⁵¹ “Ainda, na medida em que a segunda exceção aceita por Nino para atuação da jurisdição constitucional permite a revisão judicial para proteção da autonomia da vontade, impedindo que a maioria imponha à minoria ou aos indivíduos determinadas concepções de bem individual e frustrando a liberdade de autodeterminação individual e de escolha de concepções pessoais de bem, restringe-se o espaço de liberdade do processo democrático. Ou seja, não permite a deliberação democrática sobre esses direitos protegidos”. BARBOZA, **Jurisdição Constitucional**, p. 43.

⁴⁵² “Já a terceira exceção aceita por Nino, para o *judicial review* – de garantir a Constituição como prática social –, consiste em tornar as decisões democráticas mais eficazes, assim a proposta de revisão judicial seria de preservar as práticas ou convenções sociais, principalmente como é o caso de uma Constituição histórica, sob pena de a lei democraticamente aprovada não vir a produzir efeitos na sociedade”. BARBOZA, **Jurisdição Constitucional**, p. 43.

pré-condições, imperiosas para assegurar a superioridade epistêmica do próprio processo democrático⁴⁵³.

Segundo Roberto Gargarella, a relação entre democracia deliberativa e a revisão judicial não parece fácil, embora existam razões a permitir o convívio entre elas, sobretudo quando se está diante da efetivação dos direitos sociais. Institucionalmente os juízes estariam em excelente posição para fomentar a deliberação democrática, na medida em que devem escutar as diferentes partes que compõe o conflito posto ao seu exame, colaborando com a correção de debilidades do sistema sem, contudo, desrespeitar a autoridade popular que a instituiu⁴⁵⁴.

Todavia permanece a dúvida daqueles que defendem a democracia deliberativa sobre a revisão judicial, ante a ausência de garantias de efetividade do ideal de igualdade, que subjaz à vontade democrática, na medida em que a supremacia judicial retratada na decisão de alguns poucos, acabaria por violar tal ideiação⁴⁵⁵.

Daí a importância, segundo Gargarella, da implementação de reformas institucionais destinadas a motivar os juízes a tomar decisões mais compatíveis com os fins da democracia deliberativa⁴⁵⁶, com vistas ao favorecimento de um diálogo genuíno e equitativo entre os diferentes ramos do poder e a população. Segundo aduz, algumas decisões podem ser consideradas favoráveis ao ideal da democracia deliberativa, como *“ayudar a integrar grupos indebidamente marginados del sistema político, o al obligar a las autoridades políticas a justificar sus decisiones de manera más apropiada”*⁴⁵⁷.

Notadamente, subjaz desta perspectiva o importante papel desenvolvido pelo controle de constitucionalidade ao agir na proteção do processo democrático,

⁴⁵³ NINO, **La constitución de la democracia deliberativa**, p. 273.

⁴⁵⁴ GARGARELLA, **Democracia deliberativa y judicialización de los derechos sociales?** p. 21-22.

⁴⁵⁵ GARGARELLA, **Democracia deliberativa y judicialización de los derechos sociales?** p. 27-28.

⁴⁵⁶ Nesse sentido Gargarella cita mecanismos a serem implementados em matéria de controle de constitucionalidade com o fim de se estabelecer um equilíbrio com a concepção de democracia deliberativa, como a adoção do “reenvio” como forma de retirar a última palavra do poder judiciário que ao suspender a aplicação de uma lei devolvê-la-ia ao Congresso para seu reexame, e a necessidade de estreitar a relação entre a vontade das minorias sociais e o poder judiciário com vistas a tornar possível a proteção de seus direitos. GARGARELLA, Roberto. **La justicia frente al gobierno**. Pensamiento jurídico contemporáneo 3. Quito: Corte Constitucional para el Período de Transición, 2011, p. 193.

⁴⁵⁷ GARGARELLA, **Democracia deliberativa y judicialización de los derechos sociales?** p. 30.

dos direitos fundamentais e nas próprias práticas constitucionais, de modo que a contribuição dada pela jurisdição constitucional à democracia deliberativa e ao seu desenvolvimento, dotado de valor epistêmico superior, está exatamente na defesa da democracia e dos direitos fundamentais por meio do compromisso de garantir o respeito à Constituição⁴⁵⁸.

A utilização de mecanismos que na prática possibilitam uma maior participação da população no processo de construção das decisões importantes para a sociedade, como ocorre com as decisões em sede de jurisdição constitucional, favorecem o diálogo genuíno como proposto pela democracia deliberativa.

Neste aspecto, Marco Aurélio Marrafon quando propõe uma análise do caráter complexo da decisão em matéria constitucional, cujos diversos fatores que a compõe abrangem não somente à vinculação as normas jurídicas, mas também o desenvolvimento hermenêutico-argumentativo no processo construtivo destas decisões a fim de atingir a legitimidade necessária, considera compatíveis entre si a jurisdição constitucional e a democracia deliberativa⁴⁵⁹. Segundo aduz, a “jurisdição constitucional é um meio auxiliar e importante nesse processo, especialmente se levado em conta que a Constituição brasileira de 1988 sintetiza normativamente uma série de demandas sociais inconclusas pelo poder político. Desse modo, entende-se que a democracia deliberativa não é, necessariamente, incompatível com um agir substancial moderado do Poder Judiciário”⁴⁶⁰.

A composição de uma decisão judicial capaz de estabelecer uma relação discursiva com a sociedade civil demonstra que a função da jurisdição constitucional também abrange a promoção da democracia em sentido material, vislumbrada na

⁴⁵⁸ Miguel G. Godoy também explica o posicionamento de Carlos S. Nino, quanto ao controle de constitucionalidade, no seguintes termos: “Os juízes devem exercer, portanto, o controle (excepcional) de constitucionalidade das leis. Porém esse controle não deve se limitar apenas às regras formais, mas deve ser comprometido com a observação das garantias materiais de legitimidade do processo de elaboração das leis. Como a intervenção do juiz é unidirecional, a sua atuação deve sempre ser dirigida à ampliação do processo democrático, requerendo mais participação, mais liberdade de atuação, mais igualdade de participação e oportunidades etc.”. GODOY, **Constitucionalismo e democracia**, p. 100.

⁴⁵⁹ MARRAFON, **O caráter complexo da decisão em matéria constitucional**, p. 206.

⁴⁶⁰ MARRAFON, **O caráter complexo da decisão em matéria constitucional**, p. 207.

proteção, garantia e concretização dos direitos fundamentais⁴⁶¹. No mesmo sentido, o intercâmbio de argumentos de forma mais ampla com o envolvimento da sociedade, em questões públicas relevantes, cujos reflexos se propagam por toda a sociedade e a todo o ordenamento jurídico, se mostra prospectivo e a iluminar melhores decisões, em verdadeira defesa da democracia.

O direito de petição se propõe a atender tal tarefa.

Assevere-se ainda que assegurar o debate público, o diálogo social, a participação democrática, corresponde a realizar e promover a própria liberdade de expressão, enquanto direito fundamental assegurado constitucionalmente.

Trata-se de medida que se propõe a ouvir a diversidade de vozes que existem na sociedade, ou na acepção de Roberto Gargarella, da necessária democratização da palavra⁴⁶², no sentido de abrir espaço a todos os tipos de vozes, amigas ou críticas, sobretudo àquelas que são postergadas e muitas vezes não consideradas pelos poderes públicos.

Abrir espaço a participação pública implica considerar todas as pessoas que compõe a sociedade civil brasileira. Fato que não é totalmente viabilizado pelos institutos que já se vem utilizando como medida de abertura ao diálogo social, como o *amicus curiae* e a audiência pública, anteriormente já examinados. Não se trata, todavia, de negar a importância e a evolução promovida por estes institutos que, ao contrário, se exalta de fundamental importância, na medida em que representam o primeiro passo na tentativa de se promover a real participação. Ocorre que, as peculiaridades de utilização de tais instrumentos permitem a participação somente

⁴⁶¹ “Des-velada a complexidade do caminho até a sentença, especificado o fundamento ético e também as mediações vinculantes da decisão, reputa-se que a arbitrariedade seja eliminada e a margem de discricionariedade diminuído ao ponto de permitir certo agir substancial dos Tribunais, através da determinação do âmbito material da ordem normativa constitucional nas diversas situações em que são provocados. Esta ação não substitui a política, nem deve vilipendiar a democracia, mas antes deve fomentá-la.” MARRAFON, **O caráter complexo da decisão em matéria constitucional**, p. 216-217.

⁴⁶² “*la defensa que se propone de la “diversidad de voces” (o la necesaria “democratización de la palabra”) no tiene nada que ver con la práctica oficial de aumentar el peso y número de las “voces amigas”. Muy por el contrario, lo que defiende la democracia deliberativa es que crezca la presencia y el número de las voces críticas, de todo tipo: en relación con la moral privada, las que nos ayuden a pensar en proyectos y formas de vida diferentes; en relación con la moral pública, las que nos muestren concepciones políticas encontradas. Y algo más. A la democracia deliberativa le interesan todas las voces, pero sobre todo algunas: las voces de los disidentes, de los que se quejan, de los postergados*”. GARGARELLA, **La concepción constitucional de la libertad de expresión**. Disponível em: http://www.seminariogargarella.blogspot.com.br/2013/09/la-concepcion-constitucional-de-la_9.html Acesso em: 11.09.2013

de uma parcela da sociedade, relacionada em sua maioria com aquela parte da sociedade civil que se já encontra organizada. Com relação aos demais membros da sociedade, das demais vozes que compõem a sociedade dita não-organizada permanece a penumbra. Suas opiniões não são importantes? Não são dotadas de interesse público? Seus anseios devem ficar ao desalento? Simplesmente não são ouvidas porque o sistema assim o define? Ou são simplesmente engolidas pelo que se considera como o senso comum coletivo.

Significativa parcela da sociedade encontra graves dificuldades para tornar suas vozes audíveis, cujo inconformismo acaba por se manifestar por meio de movimentos de protestos. Embora seja legítima a manifestação através de protestos sociais, estaria a população limitada a se fazer escutar somente por esta via?

O direito de petição também busca ultrapassar as dificuldades formais e materiais que esta parcela da sociedade possui de se fazer ouvir, inclusive dos grupos que realizam protestos como forma de expressar sua opinião, colmatando as ausências de participação não contempladas pelo sistema.

O exercício do direito de petição, proposto pelo presente estudo, permite a participação da sociedade civil organizada e também a não-organizada. Apresenta-se como mecanismo de inclusão social que permite a real participação de todos aqueles que compõem a sociedade civil brasileira, bem como representa medida de controle social sob o processo de fiscalização abstrata de constitucionalidade.

CONSIDERAÇÕES FINAIS: UM HORIZONTE PARTICIPATIVO POSSÍVEL

A sociedade moderna é uma sociedade de interatividade, de comunicações imediatas, de fluxos transformadores intensos, que instigam novas realidades e com elas as necessárias inovações de estrutura, novas formas de adaptação que por sua vez ressaltam novas habilidades intelectuais, novas estruturas e novas definições incluídas de participação do indivíduo e sua capacidade de promover e aperfeiçoar as instituições democráticas e visibilizar acréscimos na própria concepção de democracia.

As premissas que fundamentaram a presente investigação fixam suas bases na vertente constitucional que aproxima os Poderes Constituídos àqueles a quem efetivamente o sistema foi construído, lembrando que a Constituição Cidadã versou, em medida crescente, a centralidade no homem e sua interação com o Estado, expressando que todo poder emana do povo e em seu nome deve ser exercido, direcionando o sentido de participação em todas as relações dos Poderes da República. O isolamento e a neutralidade segundo o mito do Barão de Münchhausen⁴⁶³ não são mais admitidos como opções.

Reservando olhar mais específico ao Poder Judiciário, progressivamente, a partir dos primeiros ensaios de abertura, permeia-se visível o alargamento de perspectivas menos rígidas para o acolhimento de maior intensidade à participação da sociedade, vislumbrando-se o reconhecimento, por parte da Suprema Corte brasileira, que se o fez para intensificar a efetiva participação daqueles que, por meio de qualidades especiais, pluralizam o sentido vocacional, de que todas as ações devem ser arribadas na contratura do tecido social.

Depreende-se que o procedimento inaugurado foi, ao longo do tempo, gradativamente refinado, mas que ainda remanesce espaço para evoluir no desejo de ampliar essa expressão substancial popular, especialização decorrente do exercício do aprendizado e do apreendido anteriormente. Com a edição de regras advindas do exercício prático, da alteridade das complexidades ínsitas aos temas

⁴⁶³ Relacionado ao dilema da neutralidade do sujeito das ciências sociais, onde o personagem, Barão de Münchhausen, tenta salvar-se de um pântano puxando a si próprio pelo sistema capilar. LÖWY, Michael. **As aventuras de Karl Marx contra o Barão de Münchhausen.** Marxismo e positivismo na sociologia do conhecimento. 7ª ed. São Paulo: Cortez, 2000, p. 44.

que se sucederam, como um elo evolutivo, no qual os precedentes se ligam aos antecedentes, balizados na prática das melhores ações e procedimentos, até mesmo da adoção de razões aduzidas e que se fizeram presentes nas Casas Legislativas, com o aproveitamento do trabalho realizado pelos parlamentares.

Com essa nova perspectiva principiológica define-se a possibilidade de a própria sociedade participar das grandes decisões, em temas de repercussão nacional, mobilizadores da opinião pública, da atenção geral, que protagonizam a inserção e o envolvimento, pautando uma nova cultura, se não internamente ao processo, pelo menos externamente, em que todos se habilitam a opinar e a respeitar a outra versão. Os argumentos expostos à tese e à antítese. A despeito de não serem ouvidos no processo, a sociedade fala pelas redes sociais, pelas mídias digitais e pelos clamores das ruas. Não há razão, nesse sentido, para não serem ouvidos e considerados pelo Tribunal Constitucional, quando o assunto os envolve e a eles é dirigida a decisão, ainda que reflexivamente. Ainda mais, quando pensado o resultado deste processo de abertura, por meio do qual podem melhor compreender a decisão, aceitando-a ou não, não importa, mas conhecendo as justificativas, os fundamentos que balizaram a tese vencedora, sabedores de que suas teses foram dignas de consideração pelo órgão julgador.

Esta transferência não se dá com a completude ideal ao processo, mas certamente as mudanças veem de aperfeiçoar uma novel forma de decisão, subsidiada por elementos técnicos e harmonizados com o sentir de mais valor democrático, no assentamento da soberania popular assim exercitada.

Ao processo em si mesmo e visto internamente, manejado pelos legitimados amplos e exclusivos, alguns adstritos à restrição da pertinência temática, sobreleva-se a transferência de maior responsabilidade, diante daqueles tantos que conduzem em suas teses e afirmações, a um resultado que considere a efetiva participação popular, já que passam a ser repositórios de suas apreensões, pela melhor escolha humano-científica.

Neste plano, dotam-se os julgadores de densa qualificação decorrente do auxílio técnico, das informações culturais, dos anseios e desejos dos jurisdicionados, pois eles são aproximados, apresentados à concretude da realidade e das dificuldades da vida e do viver em sociedade. A transferência desse conhecimento

de cultura como trama de vida aos seus votos, consubstanciam a *ratio essendi* de suas justificativas e argumentos de fundamento que, certamente, não estariam presentes em seus votos, não fosse a participação e mobilização social presenciadas, que, nesse passo, exige maior grau de profundidade e esmero no esclarecimento das razões de decidir.

As racionalidades do julgamento passam a ser depuradas no contexto das intervenções, ao menos, pode-se conferir o fio condutor da decisão frente ao que se deflagrou nas ações dos *amici curiae*, das audiências públicas jurisdicionais e do que pode ser exercitado pelo fundamental direito de petição.

Em ambiente de maior influência e colaboração da sociedade, em perspectiva de verdadeiro agir democrático-participativo, se apresentam os institutos do *amicus curiae*, da audiência pública jurisdicional e do direito de petição, como mecanismos de acesso e transferência de legitimação substancial ao âmbito de atuação da jurisdição constitucional brasileira, na modalidade de fiscalização abstrata de constitucionalidade, concebida como garante dos preceitos fundamentais que identificam e caracterizam esta mesma sociedade.

O compromisso ético com a Constituição Federal sobrelevado por meio da ação dos institutos, que complementam-se entre si, como medida de realização do que se tem como mais fundamental em uma sociedade, representam, em concretude, o impulso à melhor medida de democracia, necessariamente também, à melhor medida de garantia e efetividade dos ideais constantes da própria Constituição.

Irrompido o imobilismo pela senda da participação sócio-cultural-técnica da sociedade, experimentados os benefícios positivos destas ações, esta evolução não terá mais volta, não há mais razão para o solitarismo sonegador da inclusão popular participativa.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. **Constitucionalismo Discursivo**. Org./Trad. Luís Afonso Heck. 3ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

_____. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Editora Malheiros, 2006.

ALFREDO GOZAÍNI, Osvaldo. Funciones del juez en los procesos constitucionales. **Revista de Estudios Constitucionales**. Ano 4, nº 1, p. 299-332, Universidad de Talca, Chile, 2006.

AMARAL, Francisco. **Direito Civil**: introdução. 7ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 4ªed. Coimbra: Almedina, 2009.

ARELLADO GARCÍA, Carlos. **Práctica forense del juicio de amparo**. 9ª ed. México: Porrúa, 1995.

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Jurisdição Constitucional**: Entre constitucionalismo e democracia. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2007.

_____; KOZICKI, Katya. Judicialização da política e controle judicial de políticas públicas. **Revista de Direito GV**, nº 15, São Paulo, p. 059-086, jan./jun. 2012. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rdgv/v8n1/v8n1a03.pdf> Acesso em: 03/10/2012.

BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. **Interpretação e aplicação da Constituição**. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. **Curso de direito constitucional contemporâneo**. Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BINENBOJM, Gustavo. A dimensão do *amicus curiae* no processo constitucional brasileiro: Requisitos, poderes processuais e aplicabilidade no âmbito estadual. **A & C Revista de Direito Administrativo e Constitucional**. Belo Horizonte, ano 5, nº 19, p. 73-95, jan./mar. 2005.

BISCH, Isabel da Cunha. **O amicus curiae, as tradições jurídicas e o controle de constitucionalidade**: um estudo comparado à luz das experiências americana, europeia e brasileira. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**. 7ª ed. Trad. Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Editora Paz e Terra, 2000.

BONAVIDES, Paulo. Jurisdição Constitucional e legitimidade (algumas observações sobre o Brasil). **Estudos Avançados**. São Paulo, vol.18, n.51, p. 127-150, maio/ago. 2004. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?pid=s0103-40142004000200007&script=sci_arttext. Acesso em: 03/10/2012.

BONIFÁCIO, Artur Cortez. **Direito de petição: Garantia constitucional**. São Paulo: Editora Método, 2004.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Amicus curiae no processo civil brasileiro: Um terceiro enigmático**. 2ªed. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. Amicus Curiae: Uma homenagem a Athos Gusmão Carneiro, In: JR DIDDIER, Fredie; et al. **O terceiro no processo civil brasileiro e assuntos correlatos: Estudos em homenagem ao professor Athos Gusmão Carneiro**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 160-167.

BUENO FILHO, Edgard Silveira. Amicus Curiae: A democratização do debate nos processos de controle de constitucionalidade. **Revista CEJ**. Brasília, v. 6, n° 19, p. 85-96, out./dez. 2002.

CABRAL, Antonio do Passo. Pelas asas de Hermes: A intervenção do *amicus curiae*, um terceiro especial. **Revista de Processo**. São Paulo, v. 29, n°. 117, p. 9-41, set./out. 2004.

CAMBI, Eduardo; DAMASCENO, Kleber Ricardo. Amicus Curiae e o processo coletivo: Uma proposta democrática. **Revista de processo**. São Paulo, v. 36, n. 192, p. 13-46, fev./2011.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7ª ed. Coimbra: Editora Almedina, 2000.

CIENFUEGOS SALGADO, David. **El derecho de petición en México**. Universidad Nacional Autónoma del México: México, 2004.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido R. **Teoria geral do processo**. 6ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1986.

CLEMENTE, Augusto Junior. **Democracia Deliberativa e esfera pública: A experiência das audiências públicas de Curitiba**. Curitiba, 2011, 144f. Dissertação (Mestrado em Ciência Política) – Departamento de Ciências Sociais, Universidade Federal do Paraná.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

_____. **Temas de direito constitucional** (e de teoria do Direito). São Paulo: Editora Acadêmica, 1993.

_____. **O direito e os direitos:** Elementos para uma crítica do direito contemporâneo. 2ª ed. São Paulo: Max Limonad, 2001.

_____. A teoria constitucional e o direito alternativo (para uma dogmática constitucional emancipatória). In: LEMBO, Cláudio (org.). **Uma vida dedicada ao direito.** Homenagem a Carlos Henrique de Carvalho o editor dos juristas. São Paulo: Revista Editora dos Tribunais, 1995.

_____. O cidadão, a administração pública e a nova Constituição. **Revista de Informação Legislativa.** Brasília, ano 27, nº 106, p. 81-98, abr./jun. 1990.

_____ (Coord). **Constituição, democracia e justiça:** aportes para um constitucionalismo igualitário. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

COELHO, Inocêncio Mártires. As ideias de Peter Häberle e a abertura da interpretação constitucional no direito brasileiro. **Revista de Informação Legislativa.** Brasília, ano 35, n. 137, p. 157-164, jan./mar. 1998.

COSTA, Beatriz Castilho. **A influência exercida pelo *amicus curiae* nos votos dos ministros do Supremo Tribunal Federal nos acórdãos das ações direta de inconstitucionalidade decididas majoritariamente.** Rio de Janeiro, 2012. Dissertação (Mestrado). Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas. Disponível em:

<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/9750/Beatriz%20Castilho%20Costa.pdf?sequence=1> Acesso em: 25.03.2013.

DEL PRÁ, Carlos Gustavo Rodrigues. **Amicus Curiae:** Instrumento de participação democrática e de aperfeiçoamento da prestação jurisdicional. Curitiba: Editora Juruá, 2011.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **O direito administrativo.** 20ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2007.

DUARTE, Maria Luísa. **O direito de petição:** Cidadania, participação e decisão. Coimbra: Editora Coimbra, 2008.

DUSSEL, Enrique. **Método para uma filosofia da libertação:** superação analética da dialética hegeliana. Trad. Jandir João Zanotelli. São Paulo: Loyola, 1986.

_____. A razão do outro: a 'interpelação' enquanto ato da fala. In: _____. Filosofia da libertação: crítica à ideologia da exclusão. Trad. Georges I. Maissiati. São Paulo: Paulus, 1995.

ESPINOSA, Roberto Moreno. Accountability. In: CASTRO, Carmem Lúcia Freitas de; GONTIJO, Cynthia Rúbia Braga; AMABILE, Antônio Eduardo Noronha (Orgs.). **Dicionário de políticas públicas.** Barbacena: EdUEMG, 2012.

FALCÃO, Joaquim; CERDEIRA, Pablo de Camargo; ARGUELHES, Diego Werneck. **I Relatório Supremo em números: O múltiplo Supremo**. Rio de Janeiro: FGV e EMAP, 2011. O I Relatório do projeto Supremo em Números. Disponível em: <http://www.supremoemnumeros.com.br>. Acesso em: 20.05.2013.

FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. Breves notas sobre el amparo iberoamericano. Revista Díkaion: **Revista de fundamentación jurídica**. Universidad de La Sabana. Colômbia. Año 20, nº 15, p. 173-198, noviembre/2006. Disponível em: <http://dikaion.unisabana.edu.co/index.php/dikaion/issue/view/112> Acesso em: 10.09.2013

FIGUEIREDO, Lucia Valle. Instrumentos da administração consensual: a audiência pública e sua finalidade. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, nº 230, p. 237-250, out./dez. 2002.

FLORES, Joaquín Herrera; GÓMEZ, Manuel J. Sabariego; MARTÍN, Rocío Medina; ROBLES, Vicente Barragán; MARTÍN, Gemma Lorente. La democracia en proceso participativo: principios, fundamentos y requisitos. In: MARTÍNEZ, Joaquín Recio et al (Coord). **La Pedagogía de la decisión. Aportaciones teóricas y prácticas a da construcción de las democracias participativas**. Sevilla: CIMAS, s.n.

FIORAVANTI, Maurizio. Estado y Constitución. In: FIORAVANTI, Maurizio (org.). **El Estado Moderno en Europa**. Madrid: Trotta, 2004.

GARAPON, Antoine. **O juiz e a democracia: o guardião das promessas**. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

GARGARELLA, Roberto. Democracia deliberativa y judicialización de los derechos sociales? **Revista Perfiles Latinoamericanos**, Facultad Latinoamericana de Ciências Sociales, México, nº 028, p. 9-32, julio-diciembre 2006.

_____. **La concepción constitucional de la libertad de expresión**. Disponível em: http://www.seminariogargarella.blogspot.com.br/2013/09/la-concepcion-constitucional-de-la_9.html Acesso em: 11.09.2013.

_____. **La justicia frente al gobierno**. Pensamiento jurídico contemporáneo 3. Quito: Corte Constitucional para el Período de Transición, 2011.

GODOY, Miguel Gualano de. **Constitucionalismo e democracia: uma leitura a partir de Carlos Santiago Nino e Roberto Gargarella**. Curitiba, 2011. 140f. Dissertação (Mestrado) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná.

GONÇALVES, Nicole P. S. Mader. **A jurisdição constitucional na perspectiva da democracia deliberativa**. Curitiba, 2009. 580f. Dissertação (Mestrado) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná.

GONZÁLEZ OROPEZA, Manuel. El Tribunal Electoral y la forma republicana de gobierno. **Revista del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación**. Vol. 1, nº 7, cuarta época, año 2011, p. 63-83. Disponível em: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/juselec/cont/28/dtr/dtr4.pdf> Acesso em: 19.08.2013.

HÄBERLE, Peter. **El estado constitucional**. Ciudad de Buenos Aires: Editorial Astrea, 2007.

_____. **Hermenêutica constitucional**. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1997.

_____. **Pluralismo y Constitución**: Estudios de teoría constitucional de la sociedad abierta. Trad. Emilio Mikunda. Madrid: Editorial Tecnos, 2008

HOBBS, Thomas. **O Leviatã**. Trad. Rosina D’Angina. São Paulo: Martin Claret, 2012 (1651).

JELLINEK, Georg. **Sistema dei diritti pubblici subbiettivi**. Milano: Società Editrice Libreria, 1912.

LAURENTIIS, Thais Catib de. **A caracterização do amicus curiae à luz do Supremo Tribunal Federal**. São Paulo, 2007, 88f. Monografia. Escola de Formação da Sociedade Brasileira de Direito Público.

LAVALLE, Adrian Gurza; VERA, Ernesto Isunza. A trama da crítica democrática: da participação à representação e à accountability. **Lua Nova**, São Paulo, nº 84, p. 95-139, 2011. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/ln/n84/a05n84.pdf> Acesso em: 19.08.2013.

LIMA, Rafael Scavone Bellem de. **A audiência pública realizada na ADI 3510-0**: A organização e o aproveitamento da primeira audiência pública da história do Supremo Tribunal Federal. São Paulo, 2008. 79f. Monografia. Escola de Formação da Sociedade Brasileira de Direito Público. Disponível em: http://www.sbdp.org.br/arquivos/monografia/125_rafael.pdf Acesso em: 04.10.2012.

LISBÔA, Aline. **Participação social no controle de constitucionalidade**. A propositura de ações diretas, o *amicus curiae* e as audiências públicas. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2013.

LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo civil**. Petrópolis: Editora Vozes, 2006 (1689).

LÖWY, Michael. **As aventuras de Karl Marx contra o Barão de Münchhausen**. Marxismo e positivismo na sociologia do conhecimento. 7ª ed. São Paulo: Cortez, 2000.

MAAS, Rosana Helena. **O Amicus Curiae como instrumento de realização de uma jurisdição constitucional aberta**: a repercussão do instituto na ação direta de inconstitucionalidade nº 3510/DF sobre a lei de biossegurança. Santa Cruz do Sul – RS, 2011. 201f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC.

MARRAFON, Marco Aurélio. **Hermenêutica e Sistema Constitucional**: A decisão judicial entre o sentido da estrutura e a estrutura do sentido. Florianópolis: Editora Habitus, 2008.

_____. **O caráter complexo da decisão em matéria constitucional**: discursos sobre a verdade, radicalização hermenêutica e fundação ética na práxis jurisdicional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle concentrado de constitucionalidade**. Comentários à Lei nº 9.868, de 10.11.1999. São Paulo: Saraiva, 2001.

MEDINA, Damares. **Amicus Curiae**: Amigo da Corte ou amigo da parte? São Paulo: Saraiva, 2010.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2008.

MENDES, Conrado Hübner. **Deliberative performance of constitutional courts**. Disponível em:
http://www.fflch.usp.br/dcp/assets/docs/Papers_II_Coloquio/Conrado_Hubner_Mendes-Paper_Coloquio_DCP_USP_2012.pdf Acesso em: 30.10.2013

MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional**. 18ª ed. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2005.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Direito de participação política**: legislativa, administrativa, judicial. Fundamentos e técnicas constitucionais de legitimidade. Rio de Janeiro: Renovar, 1992.

MORIN, Edgar. **Ciência com Consciência**. 8ª ed. Rio de Janeiro: Beertrand Brasil, 2005.

NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de processo civil comentado**. 9ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

NINO, Carlos Santiago. **La constitución de la democracia deliberativa**. Barcelona: Editorial Gedisa, 1997.

NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição**. Coimbra: Editora Coimbra, 2003.

OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. As audiências públicas e o processo administrativo brasileiro. **Revista da OAB**. Brasília, v.27, nº 64, p.19-36, jan./jun. 1997.

PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. **Direitos Fundamentais**. Trad. António Francisco de Sousa e António Franco. São Paulo: Saraiva (Série IDP), 2012.

ROBL FILHO, Ilton Norberto. **Accountability e independência judiciais**: O desenho institucional do judiciário e do conselho nacional de justiça no estado democrático de direito brasileiro. Curitiba, 2012, 259f. Tese (Doutorado em Direito) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **Constituição e constitucionalidade**. Belo Horizonte: Editora Lê, 1991.

ROSA, Michele Franco. A atuação do *amicus curiae* no controle abstrato de constitucionalidade. **Revista da AGU**. [S.l.], v. 9, nº. 23, p. 249-276, jan./mar. 2010.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social**. Leme/SP: EDIJUR, edição 2010 (1762).

SALGADO, Eneida Desiree. **Constituição e Democracia**. Tijolo por Tijolo em um desenho (quase) lógico: Vinte anos de construção do projeto democrático brasileiro. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

_____. **O desenvolvimento democrático e os direitos fundamentais**: levando o direito de petição a sério. In: I Seminário Ítalo-brasileiro: inovações regulatórias em direitos fundamentais, desenvolvimento e sustentabilidade, 2011, Curitiba, p. 66-82. Disponível em: <http://www.seminarioitalobrasileiro.com.br/arquivos/66-82.pdf> Acesso em: 28.07.2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 10ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

_____. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição de 1988**. 9ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

SARMENTO, Daniel (Org.). **O controle de constitucionalidade e a Lei nº 9.868/99**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2001.

SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. **A participação popular na administração pública**: o direito de reclamação. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

SILVA, José Afonso da Silva. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 8º ed., São Paulo: Editora Malheiros, 1992.

SILVA, Paulo Maycon Costa. Do *amicus curiae* ao método da sociedade aberta de intérpretes. **Revista CEJ**. Brasília, ano XII, n. 43, p. 22-30, out./dez. 2008.

SOARES, Evanna. A audiência pública no processo administrativo. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, nº 229, p.259-283, jul./set. 2002.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Sentença**: Direito processual civil ao vivo. Vol. 1. 1ª ed. Rio de Janeiro: Aide Editora, 1991.

TOURAINÉ, Alain. **O que é a democracia?** 2ª ed. Petrópolis: Editora Vozes, 1996.

VALLE, Vanice Regina Lírio (et. al). **Audiências públicas e ativismo**: Diálogo social no STF. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2012.

VIANNA, Luiz Werneck; BURGOS, Marcelo Baumann; SALLES, Paula Martins. Dezessete anos de judicialização da política. **Tempo Social**, São Paulo, v. 19, n. 2, p. 39-85 nov./2007. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-20702007000200002&lng=pt&nrm=iso Acesso em: 04/05/2011.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. *Amicus Curiae*. In: JR DIDDIER, Fredie; et al. **O terceiro no processo civil brasileiro e assuntos correlatos**: Estudos em homenagem ao professor Athos Gusmão Carneiro. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 487-497.

WEBER, Max. **Economia e Sociedade**. Vol. 2. Trad. de Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa; Rev. Téc. De Gabriel Cohn, 4ª ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2000.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil**: Ley, derechos, justicia. Trad. Marina Gascón. 9ª ed. Madrid: Editorial Trotta, 2009.

Sites consultados:

<http://www.osconstitucionalistas.com.br>

<http://www.cnj.jus.br>

<http://www.corteconstitucional.gob.ec>

<http://www.csjn.gov.ar/docus/documentos/verdoc.jsp>

<http://www.dikaion.unisabana.edu.co>

<http://www.fflch.usp.br>

<http://www.juridicas.unam.mx>

<http://www.seminariogargarella.blogspot.com.br>

<http://www.seminarioitalobrasileiro.com.br>

<http://www.scielo.br>

<http://www.stf.jus.br>

<http://www.supremoemnumeros.com.br>