



Universidade do Estado do Rio de Janeiro

Centro de Ciências Sociais

Faculdade de Direito

Carina Lellis Nicoll Simões Leite

**Os diálogos sociais no STF: As audiências públicas, o *amicus curiae* e a
democratização da jurisdição constitucional brasileira**

Rio de Janeiro

2014

Carina Lellis Nicoll Simões Leite

Os diálogos sociais no STF: As audiências públicas, o *amicus curiae* e a democratização da jurisdição constitucional brasileira



Dissertação apresentada, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre, ao Programa de Pós-graduação em Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: Cidadania, Estado e Globalização.

Orientador: Prof. Dr. Rodrigo Brandão Viveiros Pessanha

Rio de Janeiro

2014

CATALOGAÇÃO NA FONTE
UERJ/REDE SIRIUS/BIBLIOTECA CCS/C

L533 Leite, Carina Lellis Nicoll Simões.

Os diálogos sociais no STF: as audiências públicas, o amicus curiae e a democratização da jurisdição constitucional brasileira / Carina Lellis Nicoll Simões Leite . - 2014.

220 f.

Orientador: Prof. Dr. Rodrigo Brandão Viveiros Pessanha.

Dissertação (Mestrado). Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito.

1. Jurisdição - Teses. 2. Audiências públicas - Teses. 3. Amici curiae - Teses. I. Pessanha, Rodrigo Brandão Viveiros. II. Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Faculdade de Direito. III. Título.

CDU 340(81)

Bibliotecária: Marcela Rodrigues de Souza CRB7/5906

Autorizo, apenas para fins acadêmicos e científicos, a reprodução total ou parcial desta tese, desde que citada a fonte.

Assinatura

Data

Carina Lellis Nicoll Simões Leite

Os diálogos sociais no STF: As audiências públicas, o *amicus curiae* e a democratização da jurisdição constitucional brasileira

Dissertação apresentada, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre, ao Programa de Pós-graduação em Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: Cidadania, Estado e Globalização.

Aprovada em 05 de setembro de 2014

Banca Examinadora:

Professor Dr. Rodrigo Brandão Viveiros Pessanha (Orientador)
Faculdade de Direito – UERJ

Professora Dra. Ana Paula Gonçalves de Barcellos
Faculdade de Direito - UERJ

Professor Dr. Juliano Zaiden Benvindo
Universidade de Brasília

Rio de Janeiro

2014

DEDICATÓRIA

Ao meu irmão Rafael Lellis, mais uma vez e sempre, por me mostrar diariamente que nada é impossível.

AGRADECIMENTOS

Na última vez em que estive na UERJ eu me emocionei. Cheguei para resolver as últimas pendências na Secretaria e, subitamente, vi a menina que entrou pela primeira vez naquele corredor, há mais de nove anos. Àquele tempo, eu era outra pessoa, ainda mais menina e mais moleca. Essa menina tomou um susto ao olhar no espelho e ver que o mestrado já estava acabando.

Passou rápido. Logo me vi sendo levada por um turbilhão de memórias. Todas elas pequenas e grandes joias que trago comigo. Algumas das minhas amizades mais preciosas começaram ali. Minha vida profissional foi fortemente determinada por um certo grupo de pesquisa, há muitos e muitos anos atrás. E, possivelmente, a parte mais importante para a atual fase: minha vida acadêmica também começou ali, no início, era só aquela menina que tinha gosto pelo estudo.

Então, de forma pouco usual, inicio meus agradecimentos dedicando o meu obrigada à Faculdade de Direito da UERJ. Muitas partes daquela menina foram construídas com o concreto dos seus corredores.

Agora cá estou eu, se tudo der certo, concluindo mais uma etapa. O mestrado é um período turbulento na vida de um estudante: muito estudo, poucas saídas, raras noites bem dormidas... A minha sorte foi encontrar pessoas boas, que fizeram tudo ficar mais fácil. Agradeço, em primeiro lugar, ao meu orientador, o Professor Rodrigo Brandão, que me despertou o interesse pelo tema e deu excelentes conselhos durante a elaboração do trabalho.

Sou muito grata, também, aos queridos amigos cujas ideias instigantes tornaram a vida melhor. Juliana Cesário, Rodrigo Zambão, Pedro José Almeida, Marcelo Valença, Filipe Guedes, Mariana Lessa e Fernanda Lima: nossa turma foi uma delícia e eu tenho um carinho grande por vocês! Outros mestrados muito queridos chegaram depois, não cheguei a dividir sala com todos, mas Luís Felipe Sampaio, Leonardo Coelho, Ciro Grynberg e Pedro Pinto faço questão de registrar que adoro vocês, obrigada pela parceria. José Marcos, meu querido Zé, foi um prazer enorme tê-lo de volta ao meu dia-a-dia e reitero: gostaria de tê-lo mais no meu convívio. Aline Osório, para você tenho que reservar um espaço à parte. Você chegou sorradeira e, quando vi, já estava fazendo parte da minha vida por tantos lados! No mestrado, no escritório, nas partes boas do cotidiano... Minha famintinha: sua amizade é um presente maravilhoso.

Além de tudo, agradeço pelas ideias que compartilhamos ao longo deste trabalho, pela sua disponibilidade em ajudar e, por último, em insistir para eu fazer os agradecimentos.

Além da UERJ, uma parte relevante da minha constituição acadêmica é inspirada em exemplos importantes com quem tenho prazer de trabalhar: Gustavo Binenbojm, Lauro Gama, Flávio Britto, André Cyrino, Alice Voronoff, Rafael Koatz e Carolina Macedo: muito obrigada pela inspiração e pelos conselhos. No BGCB também tenho uma equipe que é um verdadeiro privilégio! Aos meus nerds queridos, Francisco Defanti, Filipe Seixo, Anna Luiza, Renato Toledo, Mariana Campos, Marina Duque e à equipe de estagiários que é o maior fechamento já visto na história da advocacia: meus dias são mais felizes porque estou com vocês. Obrigada, especialmente, por segurarem as pontas por tantas vezes em que o Mestrado me chamou. Ao prodígio precoce, Francisco Garcia, agradeço pela ajuda nas pesquisas, pelo apoio moral, pelas revisões e pelas trocas de ideias que muito me ajudaram na elaboração do trabalho.

Juliana Rodrigues e Amanda Pessanha (sim, para mim, você nunca sairá da equipe), mais que integrantes do time, amigas que ocupam espaço cativo no meu coração: muito obrigada por terem salvo a minha vida tantas vezes. Se eu tive alguma estabilidade emocional para superar os obstáculos que me apareceram nesses últimos anos, isso com certeza se deve ao fato de que eu tive duas amigas infalíveis, que me seguraram nas vezes em que tropecei.

Voltando às origens de concreto da UERJ, agradeço aos meus amigos queridos, que insistem em não desistir de mim, a despeito da minha ausência quase permanente. Carmencitas, madalenos, malvados, bonzinhos, híbridos: olhando para trás, vejo que hoje a minha vida simplesmente não faria sentido sem vocês.

Por fim, mas definitivamente não menos importante, agradeço à família mais linda que uma pessoa poderia sonhar em ter. Aos meus pais e meus irmãos: olhando vocês, eu enxergo o que há de melhor em mim. Viver esse amor que supera tudo é, e sempre será, a minha maior fonte de inspiração. É mesmo a força motriz da minha alma. Com vocês aprendo rotineiramente a viver o hoje e a não tirar o sorriso do rosto. Se alguma vez a minha fraqueza esboçou sugerir que eu não conseguiria, bastou olhar para o lado. Para ver que, dentro da minha casa, o impossível é feito todos os dias.

RESUMO

LEITE, Carina Lellis Nicoll Simões. *Os diálogos sociais no STF: as audiências públicas, o amicus curiae e a democratização da jurisdição constitucional brasileira*. 220 f. 2014. Dissertação (Mestrado em Direito Público) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2014.

A dissertação analisa a experiência do STF com a convocação de audiências públicas e com a admissão do *amicus curiae* em processos de controle de constitucionalidade, a fim de avaliar se esses instrumentos realmente incrementam a legitimidade das suas decisões. Na primeira parte do trabalho, são apresentadas as bases teóricas que alicerçam dois critérios de avaliação a respeito do grau de democratização da atividade do tribunal. São eles: (i) a abertura da jurisdição constitucional a novos atores e (ii) a incorporação dos argumentos desses novos atores às deliberações dos julgamentos. Na sequência, passa-se à análise das audiências públicas do STF. Traça-se um panorama a respeito da regulamentação da matéria e da experiência do tribunal nas audiências já realizadas. Ao final, passa-se a uma análise crítica a respeito dessa experiência. Em seguida, avalia-se a introdução do *amicus curiae* na jurisdição constitucional brasileira. A exposição se inicia por um panorama geral a respeito do instituto e depois passa a um estudo a respeito de quais são as entidades que costumam atuar como amigas da Corte. Por fim, realiza-se uma avaliação crítica a respeito da experiência do STF com o *amicus curiae*. A última parte realiza um balanço geral a respeito da democratização da atividade do tribunal.

Palavras-chave: Jurisdição Constitucional. Audiência Pública. *Amicus Curiae*.

Democracia. Deliberação. diálogo social. sociedade civil. STF.

ABSTRACT

LEITE, Carina Lellis Nicoll Simões. *Dialogues between Brazilian Supreme Court and civil society: public hearings, amicus curiae and the democratic legitimacy of judicial review*. 220 f. 2014. Dissertação (Mestrado em Direito Público) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2014.

The scope of this thesis is to analyze the experience of Brazilian Supreme Court with public hearings and with *amicus curiae* in the judicial review, in order to assess whether these instruments make the Court's activity more democratic. In the first part of the study, it shall be presented the main theoretical arguments that justify two standards regarding the evaluation about how democratic are the Court's decisions. They are: (i) the participation of new entities in the judicial review, and (ii) the incorporation of their arguments in the trials. Then, the study focus on the Court's public hearings. It presents an overview about the rules regarding the public hearings and analyzes the Court's experience with it. At the end of this part, it evaluates this experience. The next part of the study assesses the *amicus curiae* in Brazilian judicial review. It presents an overview of the rules and the cases regarding the *amicus curiae* briefs. Also, it analyzes which are the entities that use to assess the Court as *amicus curiae* and then presents a critical review about the Court's experience. Finally, it presents a general assessment about how democratic are the Court's activities.

Keywords: Judicial Review. Public Hearings. *Amicus Curiae*. Democracy. Deliberation.

STF.

SUMÁRIO

	INTRODUÇÃO.....	10
1	A ENTRADA DE NOVOS ATORES NO STF: A SOCIEDADE ABERTA DE INTÉRPRETES DA CONSTITUIÇÃO, A REPRESENTAÇÃO ARGUMENTATIVA DO POVO E A DEMOCRATIZAÇÃO PELA VIA DA DELIBERAÇÃO.....	24
1.1	Peter Hârbele e a sociedade aberta de intérpretes da Constituição.....	26
1.2	Robert Alexy e a representação argumentativa do tribunal constitucional.....	30
1.3	A democracia deliberativa e a elaboração de justificativas para decisões públicas.....	33
2	AS AUDIÊNCIAS PÚBLICAS: VIA DE DEMOCRATIZAÇÃO DO DEBATE OU INSTRUMENTO DE LEGITIMAÇÃO FORMAL?.....	43
2.1	Panorama Geral.....	47
2.2	As audiências públicas já realizadas: análise da experiência do STF.....	54
2.2.1	<u>Pesquisas com células tronco embrionárias – ADI nº 3.510.....</u>	55
2.2.2	<u>Importação de pneus usados – ADPF nº 101.....</u>	59
2.2.3	<u>Interrupção da gravidez de feto anencéfalo – ADPF nº 54.....</u>	62
2.2.4	<u>Judicialização do Direito à Saúde.....</u>	65
2.2.5	<u>Políticas de ação afirmativa de acesso ao ensino superior - ADPF nº 186 e RE nº 597.285.....</u>	70
2.2.6	<u>Lei Seca - ADI nº 4.103.....</u>	73
2.2.7	<u>Proibição do uso de amianto – ADI nº 3.937.....</u>	75
2.2.8	<u>Marco regulatório da TV por assinatura – ADI nº 4.747, 4.679, 4.756.....</u>	77
2.2.9	<u>Campo Eletromagnético de linhas de transmissão de energia – RE nº 627.189/SP.....</u>	80
2.2.10	<u>Queimadas em canaviais – RE nº 586.224/SP.....</u>	82
2.2.11	<u>Regime Prisional – RE nº 641.320 – RS.....</u>	84
2.2.12	<u>Financiamento de Campanhas – ADI nº 4.650-DF.....</u>	85

2.2.13	<u>Biografias não autorizadas – ADI nº 4.815.....</u>	87
2.2.14	<u>Programa Mais Médicos – ADI nº 5.037 e ADI nº 5.035.....</u>	90
2.2.15	<u>Gestão Coletiva de Direitos Autorais – ADI nº 5.062 e ADI nº 5.065.....</u>	92
2.2.16	<u>Internação Hospitalar com diferença de classe no SUS – RE nº 581.488.....</u>	94
2.3	A baixa frequência dos ministros nas audiências públicas.....	95
2.4	Os votos dos ministros nos casos em que foram realizadas audiências públicas.....	99
2.4.1	<u>Pesquisas com células tronco embrionárias – ADI nº 3.510.....</u>	100
2.4.2	<u>Importação de pneus usados – ADPF nº 101.....</u>	106
2.4.3	<u>Interrupção da gravidez de feto anencéfalo – ADPF nº 54.....</u>	109
2.4.4	<u>Judicialização do direito à saúde – SL nº 47 e STA nº 175.....</u>	114
2.4.5	<u>Políticas de ação afirmativa no ensino superior – RE nº 597.285.....</u>	118
2.5	Análise crítica da experiência do STF: aspectos positivos, negativos e sugestões para o aprimoramento do instituto.....	120
3	O <i>AMICUS CURIAE</i> NO PROCESSO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO.....	133
3.1	Panorama Geral.....	134
3.1.1	<u>A disciplina do <i>amicus curiae</i> no controle de constitucionalidade concentrado e incidental.....</u>	140
3.1.2	<u>Requisitos de admissibilidade dos <i>amici curiae</i>: a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes.....</u>	150
3.1.3	<u>As faculdades processuais do <i>amicus curiae</i>.....</u>	154
3.1.4	<u>A admissão do <i>amicus curiae</i> no controle de constitucionalidade.....</u>	161
3.2	O <i>amicus curiae</i> e a participação da sociedade civil nas deliberações do STF.....	170
3.2.1	<u>A abertura para entidades que não participavam do controle de constitucionalidade.....</u>	170
3.2.2	<u>Dados empíricos a respeito do <i>amicus curiae</i> no STF.....</u>	176
3.3	Análise crítica da experiência do STF com o <i>amicus curiae</i>.....	185
4	DIÁLOGOS SOCIAIS NO STF: O PONTO A QUE CHEGAMOS.....	196
	REFERÊNCIAS.....	211

INTRODUÇÃO

O Supremo Tribunal Federal (“STF”) vive um movimento de aproximação com a sociedade brasileira. De um lado, o tribunal cada vez mais transmite a imagem de que está aberto a ouvir as considerações da sociedade. De outro lado, também se constata uma crescente mobilização de grupos sociais em torno de questões constitucionais levadas ao Judiciário.

A essa interação dá-se o nome de *diálogos sociais*. Trata-se de uma modalidade de diálogo que parte da premissa de que o constitucionalismo opera a partir de relações de colaboração, no esclarecimento de seu sentido, com a sociedade que ele mesmo se propõe a estruturar e reger.¹ Designa a ideia de que existe uma relação dialética entre o tribunal e a sociedade,² que é relevante para a jurisdição constitucional.

O presente trabalho se propõe a analisar esses diálogos sociais do STF. Mais especificamente, o estudo se volta à análise de mecanismos institucionalizados dentro dos processos de controle de constitucionalidade, que permitem que a sociedade civil ofereça diretamente ao tribunal – isto é, sem o intermédio de nenhum órgão de representação política – contribuições para a solução de casos que envolvem a interpretação da Constituição. Trata-se do *amicus curiae* e das audiências públicas como fontes de abertura do STF.

¹ Na doutrina brasileira, a ideia é propugnada em obra coletiva coordenada por Vanice Regina Lírio do Valle, segundo a qual “a *judicial review* haverá de se inclinar a essa prática dialógica, tendo a sociedade (também) por interlocutora”. VALLE, Vanice Regina Lírio do. *Et.al. Audiências Públicas e ativismo: diálogo social no STF*. Coord. Vanice Regina Lírio do Valle. Belo Horizonte: Fórum, 2012. P. 12. Na doutrina estrangeira, vale a referência à obra de Christine Bateup, autora australiana radicada nos Estados Unidos que propõe uma visão alargada dos diálogos em torno da Constituição que, segundo a autora, envolve juízes, instituições e a sociedade. Segundo a autora “em vez de um fenômeno apenas interinstitucional, o diálogo é uma forma mais ampla de interação social que envolve uma conversa constitucional entre juízes, instituições políticas e o povo”(Tradução livre. Do original, “[r]ather than solely na inter-branch phenomenon, dialogue is a broader form of society-wide interaction involving a constitutional conversation between judges, the political branches and the people.” BATEUP, Christine. *Expanding the conversation: American and Canadian Experiences of Constitutional Dialogue in Comparative Perspective*. Temple International and Comparative Law Journal, Spring 2007, New York University Law School, Public Law Research Paper, n. 06,p. 37).

² No presente trabalho é adotada uma concepção alargada a respeito do conceito de sociedade civil. Nele estão compreendidos diferentes movimentos, associações e organizações que veiculam pleitos políticos de variadas ordens. Quando se fala na interação entre a sociedade civil e o STF, a intenção é designar a entrada de novos intérpretes no processo hermenêutico, que não são vinculados à estrutura do Estado. Trata-se, portanto, do ingresso de entidades que não participavam das deliberações do tribunal e passam a fazê-lo. Para um debate aprofundado a respeito da constituição da sociedade civil brasileira, cf. AVRITZER, Leonardo. Sociedade Civil e Estado no Brasil: da autonomia à interdependência política. In Opinião Pública [online]. Vol. 18, nº 2, novembro, 2012, p. 383 a 398.

O *amicus curiae*, ou amigo da Corte, é um terceiro que intervém no processo – para os fins do presente trabalho, em processos de controle de constitucionalidade – para oferecer a sua perspectiva a respeito da questão constitucional controvertida, informações técnicas acerca de questões complexas ou, ainda, para defender os grupos afetados pela decisão.³

Cássio Scarpinella Bueno destaca o papel que o *amicus curiae* tem de canalizar interesses, criando uma conexão entre o que ocorre dentro e fora do processo:

O que importa, cada vez mais, em busca daquela legitimidade decisional, é que, por força do que ocorre ‘fora’ ou ‘dentro’ do processo, a decisão seja completa e compartilhada com as vozes representativas da sociedade e do próprio Estado. É dizer: os interesses e direitos que estão dispersos na sociedade e no próprio Estado, mas que, de alguma forma, dizem respeito àquilo que está em julgamento devem ser levados ao Estado-juiz. O *amicus curiae* tem condições de canalizar interesses levando-os para o necessário exame do Estado-juiz. Ele é um ‘legítimo representante’ desses interesses e direitos. É nessa função que caracteriza, desde sempre, a figura sobre a qual voltamos nossa atenção. É a partir da constatação da necessidade do exercício dessa função que tem sentido falar, entre nós, em alguém como o *amicus curiae*.⁴

As audiências públicas do STF, por sua vez, são audiências convocadas no âmbito de processos judiciais em que especialistas e pessoas com experiência na matéria debatida são convocados a oferecer seus pontos de vista aos julgadores. Este tipo de intervenção é marcado pela oralidade e pela possibilidade de contraposição de argumentos de forma ágil. Os expositores normalmente têm a possibilidade de enviar documentos pela via escrita, mas a sua principal contribuição é feita de forma oral, no momento da audiência pública. As exposições costumam durar entre quinze e vinte minutos, e há flexibilidade com relação ao formato das apresentações.

As audiências públicas do STF, na sua origem,⁵ foram previstas como uma forma de se integrarem elementos fáticos e técnicos aos julgamentos. Elas foram

³ MEDINA, Damares. *Amicus curiae: amigo da corte ou amigo da parte?* São Paulo: Saraiva, 2010. p. 17.

⁴ BUENO, Cassio Scarpinella. *Amicus curiae no processo civil brasileiro – um terceiro enigmático.* São Paulo: Saraiva, 2006, p. 666.

⁵ Elas foram introduzidas pelo art. 9º, §1º da Lei nº 9.868/99: “Art. 9º Vencidos os prazos do artigo anterior, o relator lançará o relatório, com cópia a todos os Ministros, e pedirá dia para julgamento.

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

concebidas um meio de instrução do processo constitucional. No início, não se tratava propriamente de uma fonte de abertura ao diálogo social. Mas, como se verá adiante, desde a primeira convocação, as audiências foram tidas como uma forma de pluralização do debate constitucional.

Assim, tanto o *amicus curiae* quanto as audiências públicas representam modalidades de abertura da jurisdição constitucional. São formas de permitir que novos atores participem dos debates travados pelo STF. Justamente por isso, é comum que os ministros invoquem esses instrumentos como formas de incrementar a legitimidade democrática das decisões proferidas em sede de controle de constitucionalidade.⁶

Com efeito, a preocupação com a legitimidade das suas próprias decisões ganha relevo diante do processo de judicialização da Política, em que se verifica uma “*transferência de poder para as instituições judiciais, em detrimento das instâncias políticas tradicionais, que são o Legislativo e o Executivo*”.⁷ Conforme o STF avança sobre o terreno da Política, cresce certa inquietação com o fato de que onze ministros não eleitos pelo povo estão a decidir a respeito de aspectos centrais da vida política do país. Na formulação de Alexander Bickel, trata-se da *dificuldade contramajoritária*,⁸ dificuldade decorrente do fato de que, ao exercer o controle de

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

⁶ Mencione-se, a título exemplificativo, que em decisão proferida na ADI nº 5022- MC o Ministro Celso de Mello destacou que “a intervenção processual do “amicus curiae” tem por objetivo essencial pluralizar o debate constitucional (...) visando-se, ainda, (...) superar a grave questão pertinente à legitimidade democrática das decisões emanadas desta Corte”, (ADI 5022-MC, Relator Min. Celso de Mello, julgado em 16/10/2013, publicado em 23/10/2013). Além disso, também é digna de nota passagem do voto do Ministro Gilmar Mendes no julgamento da ADI nº 3.510: “[o] Supremo Tribunal Federal demonstra, com este julgamento, que pode, sim, ser uma Casa do povo, tal qual o parlamento.”, referindo-se à realização de audiência pública no caso. (STF, ADI 3510, Rel. Min. Ayres Britto, Tribunal Pleno, julgado em 29/05/2008, DJe de 28/05/2010).

⁷ BARROSO, Luís Roberto. Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo, p. 6. Disponível em:

http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2011/11/Direito-e-pol%C3%ADtica-no-Brasil-contempor%C3%A2neo_Lu%C3%ADs-Roberto-Barroso1.pdf. Acesso em 19.04.2013.

⁸ A “dificuldade contramajoritária” do controle de constitucionalidade é expressa por Alexander Bickel nos seguintes termos: “A questão mais profunda é que o controle de constitucionalidade (judicial review) é uma força contramajoritária em nosso sistema. (...) [Q]uando a Suprema Corte declara inconstitucional um ato legislativo ou um ato de um membro eleito do Executivo, ela se opõe à vontade de representantes do povo, o povo que está aqui e agora; ela exerce um controle, não em nome da maioria dominante, mas contra ela. (...) O controle de constitucionalidade, no entanto, é o poder de aplicar e interpretar a Constituição, em matérias de grande relevância, contra a vontade da maioria legislativa, que, por sua vez, é impotente para se opor à decisão judicial” (BICKEL, Alexander. *The least dangerous branch – The Supreme Court at the bar of politics*, e. ed. New Haven: Yale University Press, 1986, p. 16-23).

constitucionalidade, o tribunal constitucional pode atuar de forma contrária à maioria legislativa.

Diante desse cenário, as audiências públicas e o *amicus curiae* são invocados como formas de ajudar a superar o *déficit* de legitimidade democrática do STF. A ideia seria a de que, ao chamar a sociedade para participar do processo de tomada de decisão, o tribunal estaria tornando a deliberação mais democrática.

O objetivo principal do presente estudo é, então, analisar a forma como esses instrumentos funcionam e avaliar se eles realmente democratizam a atividade do Supremo Tribunal Federal, tal como costumam aduzir os ministros.

Tal análise parte, especialmente, do paradigma da democracia deliberativa,⁹ além de trabalhar outros conceitos que possuem afinidade com o tema.¹⁰ A escolha desse marco teórico se deve ao fato de que a democracia não envolve apenas a escolha de representantes pela via eleitoral, mas também a possibilidade de se deliberar publicamente a respeito de questões constitucionais. Essa exigência de justificação democrática durante o processo de tomada de decisão oferece algumas bases para a avaliação de mecanismos como as audiências públicas e os *amici curiae*, como se verá na sequência.¹¹

Partindo-se dessas bases, este trabalho utilizará dois parâmetros. Em primeiro lugar, entende-se que o *amicus curiae* e as audiências públicas levarão a um ganho em termos de democratização esses instrumentos promoverem uma

⁹A respeito do tema, BOHAM, James e REHG, William. (org.) *Deliberative Democracy: essays on Reason and Politics*. Cambridge, Mass.; London: The MIT Press, 1997. BENHABIB, Seyla (org.). *Democracy and difference: contesting the boundaries of the political*. Princeton: Princeton University Press, 1996. NETO, Cláudio Pereira de Souza. *Teoria constitucional e democracia deliberativa: um estudo sobre o papel do direito na garantia das condições para cooperação na deliberação democrática*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

¹⁰ São eles: a sociedade aberta de intérpretes da Constituição, na formulação de Peter Häberle (HÄRBELE, Peter. *Hermenêutica Constitucional – a sociedade aberta de intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental da Constituição”*, trad. Gilmar Ferreira Mendes, ed. Sergio Fabris, Porto Alegre, 1997, Reimpressão de 2002) e o conceito de representação argumentativa, na formulação de Robert Alexy (ALEXY, Robert “Balancing, constitutional review, and representation”. *International Journal of Constitutional Law*, Vol. 3 pp. 572 – 581, 2005; “Teoria da argumentação jurídica: A teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica”. Tradução: Zilda Hutchinson Schild Silva. 2. ed. São Paulo: Landy e, ainda “Direitos fundamentais no Estado constitucional democrático. Para a relação entre direitos do homem, direitos fundamentais, democracia e jurisdição constitucional).

¹¹Nada obstante, cabe fazer a ressalva de que o presente estudo não tem a intenção de esgotar as discussões teóricas travadas a respeito do modelo ideal de democracia deliberativa. Ao contrário disso, parte-se de alguns pontos comuns às diversas concepções a respeito da democracia deliberativa, em especial à ênfase conferida ao ideal dialógico de justificação das decisões públicas.

abertura/pluralização, permitindo a participação de novos atores, que antes não participavam da deliberação. Para que se possa falar em uma efetiva democratização da jurisdição, é preciso que o acesso ao tribunal seja franqueado de forma equânime aos diferentes grupos sociais que tenham interesse em se manifestar. Em outras palavras, se o acesso à jurisdição constitucional for distribuído de forma não igualitária, o potencial democratizante desses mecanismos também é atenuado.¹²

Em segundo lugar, deve-se investigar, também, se as considerações desses novos atores são efetivamente consideradas nos debates que levam ao julgamento final. A democracia – em especial sob o viés deliberativo – demanda mais do que a pluralização do debate. Se as manifestações da sociedade não forem efetivamente consideradas pelos ministros, o potencial legitimador desses instrumentos perde força.

A análise que se propõe no presente trabalho é, portanto, uma revisão crítica a respeito da experiência do STF com a convocação de audiências públicas e com a participação dos *amici curiae* nos processos constitucionais. Como se disse, a intenção é justamente avaliar se realmente houve um incremento dos diálogos sociais na jurisdição constitucional brasileira e, por conseguinte, se é correto afirmar que tais mecanismos conferem um lastro de legitimidade maior às decisões do tribunal.

Pois bem. Antes de passar à exposição do plano de trabalho, ainda à guisa de introdução, vale tecer algumas considerações históricas a respeito da relação que se estabelece entre o STF, o controle de constitucionalidade, a sociedade civil e a democracia brasileira. A intenção é colocar a questão dos diálogos sociais em perspectiva no contexto brasileiro.

É interessante, quiçá curioso, observar que, se hoje a discussão é sobre a democratização promovida pelo controle de constitucionalidade, no regime constitucional anterior, o controle de constitucionalidade, especialmente na via

¹² De acordo com Theodomiro Dias Neto, “[q]uanto mais amplos, inclusivos e igualitários forem os canais de comunicação e deliberação política, mais favoráveis serão as condições para enfrentamento pacífico e racional dos conflitos sociais. A exclusão das dissidências, a censura de ideias ou temas, a ocultação de diferenças ou qualquer forma de entrave no acesso às esferas públicas representam falsas garantias de estabilidade, que mascaram a complexidade social e impedem o enfrentamento racional e transparente dos conflitos, criando terreno fértil para que estes venham à tona sob as formas de violência e intolerância”. (DIAS NETO, Theodomiro. *Segurança urbana, o modelo da nova prevenção*. Editora RT, São Paulo, 2005, p. 42.

concentrada, foi utilizado como um instrumento autoritário, a serviço do regime militar.¹³⁻¹⁴

Com efeito, a representação de inconstitucionalidade (“RI”), antecessora da ação direta de inconstitucionalidade, foi introduzida no Brasil em 1965, no auge do período ditatorial, como uma ferramenta a serviço do regime militar.

Em 27 de outubro de 1965, o governo editou o Ato Institucional nº 02 (“AI-2”), que representou um duro ataque institucional ao STF.¹⁵ O ato aumentou o número de ministros de 11 para 16, e as cinco novas vagas foram preenchidas por ministros que tinham afinidade ideológica com a União Democrática Nacional (“UDN”), o partido governista. Além disso, o AI-2 também suspendeu as garantias de vitaliciedade e estabilidade pelo período de seis meses, o que colocava os membros do STF a mercê do regime. O ato transmitia ao tribunal o recado claro de que ele deveria se alinhar à nova ordem.

Pouco mais de um mês depois do AI-2, foi aprovada a Emenda Constitucional nº 16/1965, que criou a representação de inconstitucionalidade. Foi nesse momento que se introduziu o controle concentrado de constitucionalidade no Brasil, que conferia ao STF a prerrogativa de analisar a compatibilidade, em tese, de lei ou ato normativo com a Constituição, em uma decisão que teria efeito *erga omnes*.

Mas, àquele momento, a introdução da representação de inconstitucionalidade não representava um mecanismo da defesa de direitos fundamentais de minorias contra eventual atuação opressiva do governo. A situação era o exato oposto disso.

¹³ A respeito do tema, cf. RODRIGUES, Leda Boechat. *A história do Supremo Tribunal Federal*. Vol. IV. Rio de Janeiro: Editora Civilização Brasileira, 1991.

¹⁴ Não se ignora que, especialmente no início do regime militar, o STF atuou em defesa das liberdades constitucionais, com a concessão de alguns *habeas corpus* de grande repercussão. A título exemplificativo, vale o registro da ordem deferida em prol do governador de Pernambuco, Miguel Arraes, que era processado perante a Justiça Militar, sob a acusação de *ser o cabeça da subversão do Nordeste, ativista da linha comunista de orientação chinesa*. O STF, na ocasião, deferiu a ordem por reconhecer a competência do Tribunal de Justiça, e não da Justiça Militar para processar e julgar o governador. (COSTA, Emília Viotti. *O Supremo Tribunal Federal e a Construção da cidadania*. São Paulo: Ed. UNESP, 2006. P. 163/164)

As empreitadas garantistas do STF, todavia, não tardaram a receber a resposta dos militares, que promoveram duros ataques institucionais sobre o tribunal a fim de que ele se alinhasse ao regime. Sobre o tema, v. BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia judicial versus diálogos constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 113.

¹⁵ Idem.

O único legitimado a ajuizar a representação de inconstitucionalidade era o Procurador Geral da República, que, por sua vez, era livremente nomeado e exonerado pelo Presidente da República. Portanto, tinha-se um cenário em que diversos ministros ligados aos militares haviam acabado de entrar no STF; os demais, que já compunham o tribunal, estavam com a suas garantias institucionais suspensas, de forma que, caso desatendessem os interesses do regime, poderiam ser exonerados de forma arbitrária e, além disso, havia sido introduzida a representação de inconstitucionalidade, que somente poderia ser ajuizada pelo Procurador Geral da República, figura estreitamente vinculada ao regime militar. Ou seja, os militares faziam do STF uma instituição do regime.

É digno de nota, nesse sentido, o comentário de Daniel Sarmiento e de Cláudio Pereira de Souza Neto a respeito da introdução da representação de inconstitucionalidade no direito brasileiro:

Pode parecer paradoxal que um governo de exceção tenha querido instituir novo mecanismo de controle de constitucionalidade, que, afinal, representa instrumento de fiscalização do respeito aos limites do exercício do poder político. Mas não havia paradoxo algum. É que “o diabo morava nos detalhes”: a representação de inconstitucionalidade só podia ser promovida pelo Procurador Geral da República, que, à época, era funcionário de confiança, escolhido e exonerado livremente pelo Presidente. Assim, não havia qualquer risco de que as suas ações viessem a contrariar os interesses do regime. Por outro lado, como as decisões na representação de inconstitucionalidade possuía eficácia *erga omnes*, tal ação, na prática, diminuía os poderes dos juízes e tribunais ordinários na jurisdição constitucional, transferindo-os para o STF, que, pela sua composição política, era tido como mais confiável pelo governo. Além disso, pela representação era possível o controle dos atos normativos dos Estados, que podiam eventualmente ser governados pela oposição.¹⁶

O cenário se tornou ainda mais autoritário com o Ato Institucional nº 5, (“AI-5”), de 13/12/1968, que excluiu da apreciação do Poder Judiciário as condutas praticadas com base nos atos institucionais, e deu início aos anos de chumbo. No âmbito do STF, em 16/01/1969, três ministros foram aposentados compulsoriamente por serem considerados de esquerda pelos militares: os Ministros Hermes Lima, Victor Nunes

¹⁶SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 141. Sobre as limitações da representação de inconstitucionalidade para a democratização do tribunal, v. tb. VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremo Tribunal Federal: Jurisprudência política*. 2 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002, p. 122/123.

Leal e Evandro Lins e Silva.¹⁷Na ocasião, além deles, o então presidente da Corte, Ministro Gonçalves de Oliveira, e aquele que seria o seu sucessor na Presidência, o Ministro Antônio Carlos Lafayette de Andrada, se retiraram do STF por não concordarem com a aposentadoria compulsória. Era mais um duro ataque institucional contra o tribunal.

Nas palavras de Rodrigo Brandão, “*daí em diante não mais teria o STF condições de resistir ao regime, transformando-se, antes, em seu instrumento, sobretudo com vistas a controlar a atuação de juízes e tribunais brasileiros*”.¹⁸

O STF, mero instrumento de afirmação do regime autoritário, estava de costas para a sociedade.

Depois da promulgação da Constituição de 1967, a Emenda Constitucional nº 07, de 13/04/1977,alargou ainda mais os poderes do STF. A emenda conferiu competência ao tribunal para interpretar atos normativos com efeito vinculante, introduzindo a “representação interpretativa”, e, ainda, permitiu que o STF avocasse causas submetidas a qualquer juiz ou tribunal, em caso de “*perigo de grave lesão à ordem, à saúde, à segurança ou às finanças públicas*”. Ou seja, centralizava-se o poder no STF, que cortaria eventuais iniciativas dos tribunais inferiores que fossem contrárias ao regime.

Nada obstante, pelo lado da sociedade civil, em meados da década de 1970 começou a ter início o chamado processo de “liberalização”, em que o regime autoritário brasileiro reduziu o controle e retirou algumas proibições de reuniões públicas de associações voluntárias. No período de 1974 a 1985, o padrão de associação do país passou por mudanças significativas, com o incremento considerável do número de associações voluntárias por todo o território.¹⁹

¹⁷ Nos termos de notícia veiculada pelo próprio STF, “os três ministros retirados do Supremo tinham semelhanças: eram juristas, escritores, jornalistas e, sobretudo, políticos. (...) Hermes Lima e Evandro Lins e Silva são imortais da Academia Brasileira de Letras, e Victor Nunes Leal é o autor de uma obra que marcou a Ciência Política brasileira, chamada “Coronelismo, Enxada e Voto”.” (Confira-se em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=124565>, último acesso em 17/06/2014).

¹⁸ BRANDÃO, Rodrigo. Op. Cit. p. 115.

¹⁹ De acordo com Leonardo Avritzer, “[o] processo de democratização e de muitas formas de associação coletiva que teve lugar entre 1974 e 1985 levou a mudanças impressionantes no padrão de associação no país (...). A democratização produziu um aumento significativo na propensão para criar formas voluntárias e independentes de associação. Boschi (1987) demonstrou que mais associações voluntárias foram criadas no Rio de Janeiro entre 1978 e 1980 do que durante todo o período democrático anterior” (AVRITZER, Leonardo. Op. Cit. p. 387).

Mas foi ao fim do regime militar, com a convocação da Assembleia Nacional Constituinte (“ANC”), que a sociedade civil brasileira viveu um dos períodos mais marcantes de sua história. De acordo com Leonardo Avritzer, o período de 1985 a 1988 foi um divisor de águas na política brasileira, especialmente porque a ANC permitiu emendas populares no processo de elaboração da nova Constituição, o que desencadeou uma campanha popular para obtenção de assinaturas para muitas propostas ligadas às políticas públicas. Muitos movimentos relevantes da sociedade civil se mobilizaram em torno das emendas populares na área da saúde e da reforma urbana, além disso, atores sociais relevantes participaram da campanha pelas emendas populares, como foi o caso da Central Única dos Trabalhadores (“CUT”) e o Movimento dos Trabalhadores Sem Terra (“MST”).²⁰

Nessa quadra, o ponto que se deseja destacar é o de que a Constituição de 1988, desde a sua gênese, possui uma relação de imbricação com a sociedade civil brasileira. De um lado, o processo de elaboração da nova Carta Política do país despertou a mobilização de uma sociedade que durante longo período fora desmobilizada pelo regime militar. De outro lado, a nova Constituição, fundou uma República que tem por objetivo “*construir uma sociedade livre, justa e solidária*”(art. 3º, inciso I, da Constituição de 1988).

No âmbito do Estado Democrático de Direito inaugurado pela Constituição de 1988, conferiu-se ao Poder Judiciário, sob a liderança do STF, a missão de assegurar a estabilidade institucional do país. O órgão de cúpula do Judiciário brasileiro, depois de viver durante anos sob as pressões do regime militar, passou a ter diante de si uma nova missão: assegurar a estabilidade da jovem democracia brasileira.

Nessa nova ordem, o controle de constitucionalidade – que, ao menos na via concentrada, fora criado como instrumento de preservação do regime autoritário – agora passaria a se prestar a um novo papel, de preservar os direitos e garantias de uma Carta Democrática.

Aos auspícios desse novo cenário, foi introduzida uma mudança fundamental no controle concentrado de constitucionalidade: ampliou-se de forma considerável o rol de legitimados à propositura da ação direta de inconstitucionalidade

²⁰AVRITZER, Leonardo. Op. Cit. p. 390.

(ADI), rompendo-se com a legitimação exclusiva do Procurador-Geral da República do período anterior.²¹

A ampliação do rol de legitimados do art. 103 da Constituição de 1988 instituiu bases normativas que tornariam possível o estabelecimento de um importante canal de comunicação entre o STF e a sociedade brasileira. No novo rol de legitimados, além de órgãos vinculados à estrutura do Estado, estavam os partidos políticos com representação no Congresso Nacional, o Conselho Nacional da Ordem dos Advogados do Brasil, as confederações sindicais e as associações de classe de âmbito nacional. A introdução desses novos atores, ao menos em tese, permitiria que organizações e movimentos sociais que antes só tinham acesso ao STF pela via difusa passassem a poder acionar o tribunal pela via direta, em decisões que seriam vinculantes para todo o país.

A inovação da Constituição de 1988 foi bastante festejada pela doutrina brasileira. Em artigo a respeito dos dez primeiros anos da Constituição de 1988, Luís Roberto Barroso assinalou que “*o florescente desenvolvimento da jurisdição constitucional no Brasil se deveu, substancialmente, à ampliação da legitimação ativa para propositura da ação direta de inconstitucionalidade*”.²² Destacando especificamente o efeito democratizante da legitimação conferida aos partidos políticos, Gilmar Mendes destacou que “*a propositura da ação pelos partidos políticos com representação no Congresso Nacional concretiza, por outro lado, a ideia de defesa das minorias, uma vez que assegura até às frações parlamentares menos representativas a possibilidade de arguir a inconstitucionalidade de lei*”.²³

Em comentário a respeito da ampliação promovida pela Constituição de 1988, Luiz Wernneck Vianna destaca que ela permitiu uma maior participação da sociedade civil no processo de controle de constitucionalidade. Segundo o autor,

²¹ De acordo com o art. 103 da Constituição, podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade, o Presidente da República; a Mesa do Senado Federal; a Mesa de Assembleia Legislativa; o Governador de Estado; a Mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; o Governador de Estado ou do Distrito Federal; o Procurador-Geral da República; o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; partido político com representação no Congresso Nacional; confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

²² BARROSO, Luís Roberto. *Dez Anos da Constituição de 1988 (Foi bom pra você também?)*, Revista de Direito Administrativo, nº 214, 1998, p. 15.

²³ MENDES, Gilmar Ferreira. *A evolução do Direito Constitucional Brasileiro e o Controle de Constitucionalidade da Lei in Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade*, São Paulo: Saraiva. p. 253.

Com efeito, a Carta de 1988 veio a redefinir as relações entre os Três Poderes, dando eficácia, entre nós, ao sistema de *judicial review*, principalmente quando admitiu personagens institucionais da sociedade civil na comunidade de intérpretes com direito à participação no controle de constitucionalidade das leis. A partir desta inovação, segmentos organizados da sociedade civil começaram a gozar da faculdade de provocar a intervenção do Supremo Tribunal Federal no sentido de arguir a inconstitucionalidade da lei ou norma da Administração. (...)

Sob essa nova formatação institucional, pela via da procedimentalização da aplicação do direito, tem sido possível criar um outro lugar de manifestação da esfera pública, decerto que ainda embrionário, na conexão do cidadão e de suas associações com o Poder Público e que é capaz de atuar sobre o poder político.²⁴

No entanto, a despeito do grande otimismo em torno da ampliação do rol de legitimados, o STF logo no início da década de 1990 firmou orientação restritiva com relação à propositura de ações por parte de representantes da sociedade civil. De acordo com o tribunal, somente são consideradas entidades de classe aquelas que representam categorias profissionais e econômicas.²⁵ Além disso, a jurisprudência também passou a exigir que a se demonstre um vínculo de pertinência temática²⁶ entre o tema da ação e a atividade da entidade postulante.

Esse entendimento fez com que movimentos civis que atuam na defesa de direitos (leia-se direitos não propriamente econômicos ou profissionais) ficassem de fora do rol de legitimados. Criou-se, portanto, uma barreira de entrada com relação, por exemplo, a grupos que se organizam em prol da defesa de direitos de minorias. Essa barreira de entrada impediu que diversos tipos de diálogos sociais se estabelecessem. Ela é um dos fatores que revelam que a ampliação do rol de legitimados para a propositura de ações diretas, na realidade, não promoveu uma abertura tão relevante para a participação da sociedade civil, de forma que o discurso tradicional a respeito do tema (mencionado anteriormente), não se confirma na prática.²⁷

²⁴ WERNNECK VIANNA, Luiz. *A democracia e os três poderes no Brasil*. Ed. UFMG, Belo Horizonte, 2003, p. 11.

²⁵ Cf. ADI 894 MC, Rel. Min. Néri da Silveira, Tribunal Pleno, julgado em 18/11/1993, DJ 20/04/1995. O tema será retomado no item 4.2.

²⁶ Cf. ADI 1115 MC, Rel. Min. Néri da Silveira, Tribunal Pleno, j. 24/08/1994, DJ 17/11/1995.

²⁷ O tema voltará a ser abordado no Capítulo 5. Para a desconstrução do discurso tradicional a respeito da ampliação do rol de legitimados do art. 103 da Constituição de 1988, cf. COSTA, Alexandre Araújo da. BENVINDO, Juliano Zaiden. (Coord.) *A quem interessa o controle de constitucionalidade*. Relatório de Pesquisa da Universidade de Brasília, financiada pelo CNPQ. Disponível em

Apesar disso, fato é que durante a primeira década do novo marco constitucional, a jurisdição constitucional brasileira cresceu de forma notável, e esse avanço tornou necessário o estabelecimento de uma nova disciplina para as ações de controle concentrado. Até então, tais ações seguiam as normas do Regimento Interno do STF, que haviam sido elaboradas ainda sob o regime ditatorial. Com a intensificação do uso dessa via, as normas então vigentes logo se tornaram obsoletas e, a fim de preencher as lacunas a respeito da matéria, foi convocada uma notável comissão de juristas²⁸ para a elaboração de um projeto de lei dispondo sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade.

O resultado dos trabalhos da comissão deu origem à Lei nº 9.868/99,²⁹ que introduziu as figuras do *amicus curiae* e das audiências públicas no controle concentrado de constitucionalidade brasileiro, instrumentos que posteriormente foram estendidos também à via difusa, incrementando a dimensão dialógica da jurisdição constitucional.

A introdução desses institutos foi inspirada, em especial, pelas ideias do jurista alemão Peter Härbele, que propôs a abertura da jurisdição constitucional a novos atores,³⁰ propugnando a formação do que denominou *uma sociedade aberta de intérpretes da Constituição*, em que se deveria aproximar a norma da realidade constitucional.

Portanto, a figura do *amicus curiae* e das audiências públicas do STF foram introduzidos no Direito Brasileiro aproximadamente dez anos após a

<http://fd.unb.br/images/stories/FD/Eventos_e_Noticias/Relat%C3%B3rio_Divulgacao_-_Pesquisa_CNPq.pdf>; acesso em 20/06/2014.

²⁸ Sob a presidência do professor Caio Tácito, integraram essa Comissão os juristas Ada Pelegrini Grinover, Álvaro Villaça de Azevedo, Antonio Herman Vasconcelos Benjamin, Carlos Alberto Direito, Gilmar Ferreira Mendes, Jamyr Dall’Agnol, Luís Roberto Barroso, Manoel André da Rocha, Roberto Rosas e Ruy Rosado de Aguiar Junior.

²⁹ Com a ressalva de que a Presidência da República vetou alguns dispositivos importantes do texto original, a exemplo do §1º do art. 7º, que conferia aos demais titulares à propositura da ação direta de inconstitucionalidade a possibilidade de se manifestarem por escrito sobre o objeto da ação, juntarem documentos e apresentarem memoriais. Para uma visão crítica a respeito do veto, cf. BINENBOJM, Gustavo. A nova jurisdição constitucional brasileira – legitimidade democrática e instrumentos de realização – 4ª ed. ver. ampl. e atual. – Rio de Janeiro: Renovar, 2014. pp. 161-162.

³⁰ Cabe observar, todavia, que esses dois mecanismos introduzem diálogos sociais *no curso das ações* que tramitam perante o STF. Eles abrem a possibilidade de participação de grupos da sociedade somente depois que a ação já foi ajuizada e que a questão constitucional já foi posta perante o tribunal. Assim, eles constituem um importante canal de participação, mas que, contudo, não solucionam o entrave introduzido pela jurisprudência restritiva com relação aos legitimados na forma do art. 103, da Constituição de 1988.

promulgação da Constituição de 1988, em um momento em que a jurisdição constitucional brasileira já havia iniciado um movimento de expansão. A ideia, quando da elaboração da lei, era justamente encurtar a distância entre o tribunal e a realidade em que ele está inserida, permitindo que novos intérpretes e que elementos de fato contribuam para o processo hermenêutico.

É diante desse quadro que o trabalho parte para a avaliação crítica a respeito da experiência do STF com os mecanismos que possuem o potencial de estabelecer um diálogo social.

No primeiro capítulo, são lançadas as bases teóricas que subsidiarão a análise crítica realizada adiante. Mais especificamente, serão analisadas as noções de *sociedade aberta de intérpretes da Constituição*, proposta por Peter Häberle; de *representação argumentativa*, segundo a formulação de Robert Alexy e nas concepções a respeito da teoria democrático-deliberativa.

O segundo capítulo analisa a experiência do STF com a convocação de audiências públicas. Em primeiro lugar, é apresentado um panorama geral a respeito da regulamentação da matéria e um sobrevoo das dezesseis audiências públicas que já foram realizadas pelo tribunal. Na sequência, as audiências são analisadas em maior detalhe, destacando-se como se deu o processo de convocação, a escolha dos expositores e as características principais de cada uma delas. Ao final do capítulo, passa-se a uma análise crítica, em que são destacados os principais aspectos positivos e negativos da experiência, e também são apresentadas sugestões para a superação dos problemas identificados.

O terceiro capítulo se volta para a presença do *amicus curiae* no STF. O roteiro trilhado é semelhante ao do capítulo anterior. Inicialmente, é apresentada uma evolução da introdução do *amicus curiae* na jurisdição constitucional brasileira, assim como um apanhado das principais discussões que envolvem a introdução deste tipo de intervenção no processo constitucional. Logo depois, a análise se volta para os resultados da experiência do STF com o amigo da corte, com ênfase para dados empíricos que avaliam o grau de abertura que esta figura proporcionou nos debates do tribunal. Por fim, faz-se um balanço crítico sobre a presença desta figura na jurisdição constitucional brasileira.

O quarto e último capítulo apresenta uma síntese conclusiva das principais inferências do trabalho. Passa-se a uma avaliação a respeito da tão aclamada

democratização do STF. Depois de estudar de perto os resultados da convocação de audiências públicas e da introdução do *amicus curiae* no controle de constitucionalidade, avalia-se em que medida a utilização desses mecanismos gerou, ou não, um diálogo efetivo com a sociedade.

1. A ENTRADA DE NOVOS ATORES NO STF: A SOCIEDADE ABERTA DE INTÉRPRETES DA CONSTITUIÇÃO, A REPRESENTAÇÃO ARGUMENTATIVA DO POVO E A DEMOCRATIZAÇÃO PELA VIA DA DELIBERAÇÃO

No intuito de avaliar e aprimorar a qualidade epistêmica do processo decisório do STF, o presente capítulo se volta à análise de conceitos que iluminarão o estudo das audiências públicas e do *amicus curiae*.

Logo de início, vale esclarecer que o propósito não é realizar uma revisão bibliográfica das obras e autores mencionados neste capítulo. Foram selecionados especificamente os conceitos que auxiliarão a avaliação crítica a respeito da atuação do tribunal. A exposição que segue, portanto, possui uma função instrumental.

Ela tem por objetivo sustentar duas ideias que servem de base à análise a respeito do potencial legitimador das audiências públicas e do *amicus curiae*. Para que se possa falar em um incremento da legitimidade democrática da decisão do STF, é necessário, em primeiro lugar, que esses instrumentos promovam uma abertura, permitindo que novos atores ofereçam contribuições ao tribunal. Em segundo lugar, é preciso que essas contribuições sejam efetivamente consideradas nos julgamentos, pois, caso o tribunal não considere os argumentos dos interessados, o potencial legitimador desses instrumentos perde força. São esses os dois eixos centrais do raciocínio desenvolvido.

Para trabalhar essas duas ideias, foram selecionados três focos de análise. O primeiro deles é a *sociedade aberta de intérpretes da Constituição*, tal qual proposta por Peter Häberle.³¹ Ela foi a fonte de inspiração do legislador brasileiro para a introdução da figura do *amicus curiae* no controle concentrado de constitucionalidade e também possui relação com a introdução das audiências públicas, daí a sua pertinência no escopo mais amplo do trabalho.

O segundo foco de análise é o conceito de *representação argumentativa* de Robert Alexy, que interessa por apresentar uma forma de representação da vontade popular que independe de eleições, sendo realizada diretamente pelo tribunal

³¹HÄRBELE, Peter. *Hermenêutica Constitucional – a sociedade aberta de intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental da Constituição”*, trad. Gilmar Ferreira Mendes, ed. Sergio Fabris, Porto Alegre, 1997, Reimpressão de 2002.

constitucional.³² Logicamente, para que o tribunal possa exercer essa representação de forma adequada, é preciso que existam formas de comunicação com a sociedade civil, o que é justamente a ideia que se tem a respeito dos institutos analisados.

Na terceira etapa do raciocínio, são importados os elementos centrais da teoria democrático-deliberativa para subsidiar o aprimoramento do processo decisório do tribunal.³³ A escolha pelo marco da democracia deliberativa se deve à centralidade que ela confere à justificação das decisões públicas. A legitimidade das decisões está diretamente vinculada à qualidade do processo deliberativo em que ela foi tomada. Para a democracia deliberativa, legítima é a decisão que é fruto de um amplo debate, em que se permite a participação dos diferentes grupos interessados e ao final do qual se oferece justificação adequada para o posicionamento que se faz prevalecer. A teoria trabalha com a democratização do processo decisório em si, que é justamente o objetivo da utilização dos institutos analisados neste trabalho.

1.1 Peter Häberle e a sociedade aberta de intérpretes da Constituição

A introdução da figura do *amicus curiae* e das audiências públicas na jurisdição constitucional brasileira foi particularmente inspirada pelas ideias de Peter Häberle na obra *“Hermenêutica Constitucional – A Sociedade Aberta de Intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e ‘procedimental’ da Constituição”*, que foi traduzida por Gilmar Mendes para a língua portuguesa e publicada no Brasil em 1997.

O atual ministro do STF compôs a comissão de juristas encarregados da redação do anteprojeto que deu origem à Lei nº 9.868/1999, e elaborou a primeira

³²ALEXY, Robert “Balancing, constitutional review, and representation”. *International Journal of Constitutional Law*, Vol. 3 pp. 572 – 581, 2005; “Teoria da argumentação jurídica: A teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica”. Tradução: Zilda Hutchinson Schild Silva. 2. ed. São Paulo: Landy e, ainda “Direitos fundamentais no Estado constitucional democrático. Para a relação entre direitos do homem, direitos fundanentais, democracia e jurisdição constitucional.” Trad. Luís Afonso Heck. In: *Revista Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, 217: 55-66, jul./set. 1999.

³³ BOHAM, James e REHG, William. (org.) “Deliberative Democracy: essays on Reason and Politics”. Cambridge, Mass.; London: The MIT Press, 1997; MENDES, Conrado Hübner. “Constitutional Courts and Deliberative Democracy”. Oxford University Press, 2013; VIEIRA, Oscar Vilhena. “A constituição e a sua reserva de justiça”. São Paulo: Malheiros, 1999.

minuta do texto. Tanto a publicação do livro, quanto a publicação do projeto de lei ocorreram ambas no ano de 1997.

De acordo com Inocêncio Mártires Coelho, havia uma íntima relação entre a publicação do livro e o encaminhamento do projeto de Lei nº 2.960 de 1997 (que deu origem à Lei nº 9.868/99) ao Congresso. Ambos partiam de uma visão republicana e democrática a respeito da interpretação da Constituição, uma espécie de mudança na forma de se enxergar o processo hermenêutico.³⁴⁻³⁵ Na exposição de motivos do projeto, esclarece-se a intenção de conferir “*um caráter pluralista ao processo objetivo de controle abstrato de constitucionalidade, permitindo que o Tribunal decida com pleno conhecimento dos diversos aspectos envolvidos na questão*”.³⁶

Para Gustavo Binbenbojm, a pluralização dos atores que participam da jurisdição constitucional é uma forma de evitar que o Tribunal se torne um instrumento de ações autoritárias, tal qual ocorrera no período de ditadura militar. Segundo o autor,

(...) para que o Tribunal Constitucional não se converta em uma instância autoritária de poder, há que se fomentar a ideia de sociedade aberta de intérpretes da Constituição, formulada por Peter Häberle, segundo a qual o círculo de intérpretes da Lei Fundamental deve ser elástico para abarcar não apenas as autoridades públicas e as partes formais nos processos de controle de constitucionalidade, mas todos os cidadãos e grupos sociais que, de uma forma ou de outra, vivenciam a realidade constitucional.³⁷

A ideia fundamental da *sociedade aberta de intérpretes da Constituição* sugere que a interpretação constitucional não deve ser monopolizada por juristas e procedimentos formais do exercício da jurisdição (o que corresponderia a uma

³⁴ COELHO, Inocêncio Mártires. Op. Cit. p. 157. Sobre a influência do pensamento de Peter Häberle na jurisprudência do STF, mais recentemente, v. MENDES, Gilmar. VALE, André Rufino do. O pensamento de Peter Häberle na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Observatório da Jurisdição Constitucional. Brasília: IDP, Ano 2, 2008/2009.

³⁵ Além do caso brasileiro, contribuição de Peter Häberle para o pensamento constitucional também se fez presente em países como Peru, México e Argentina. Sobre a influência da doutrina de Peter Häberle no Peru, v.: LANDA ARROYO, Cesar. Tribunal Constitucional y Estado Democrático. Lima: Palestra; 2007. No México, v.: HÄBERLE, Peter. Elestado constitucional. Trad. de Hector Fix-Fierro. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2003. Na Argentina, vide: HÄBERLE, Peter. El Estado Constitucional. Buenos Aires: Astrea; 2007.

³⁶ Exposição de motivos nº 189, de 7 de abril de 1997, Diário da Câmara dos Deputados de 29 de abril de 1997, 10827.

³⁷ BINENBOJM, Gustavo. “A dimensão do amicus curiae no processo constitucional brasileiro: Requisitos, poderes processuais e aplicabilidade no âmbito estadual”. Revista Eletrônica de Direito do Estado, n.1, Instituto de Direito Público da Bahia, Salvador, jan./fev./mar. 2005, p. 91.

“*sociedade fechada de intérpretes*”), mas deve ser franqueada a todos os integrantes da comunidade. Afinal, os cidadãos são os destinatários finais dessas normas.³⁸

Peter Häberle propõe, assim, uma *virada hermenêutica radical* para que a interpretação constitucional – que, afinal, diz respeito a todos – seja realizada *pela e para* a sociedade aberta, e não apenas pelos operadores “*oficiais*”. Nessa proposta, a participação dos destinatários da norma, que vivenciam os direitos em questão, é tida como fundamental para que se formule uma interpretação adequada.³⁹ Assim, a sociedade aberta é chamada a se engajar no processo hermenêutico, e “[*o*]s critérios de interpretação não de ser tanto mais abertos quanto mais pluralista for essa sociedade”.⁴⁰

A construção de Peter Häberle parte de uma premissa que destaca a importante imbricação que existe entre *Constituição e realidade constitucional*.⁴¹ A norma jurídica deixa de ser vista como *pressuposto* para se tornar um *resultado* da interpretação. Esse resultado, por sua vez, é alcançado a partir da interação dialética entre o *programa normativo* e o *âmbito normativo*, entre norma e realidade, que

³⁸ Segundo Häberle, “[a]té pouco tempo imperava a ideia de que o processo de interpretação constitucional estava reduzido aos órgãos estatais ou aos participantes diretos do processo. Tinha-se, pois, uma fixação da interpretação constitucional nos “órgãos oficiais”, naqueles órgãos que desempenham o complexo jogo jurídico-institucional das funções estatais. Isso não significa que se não reconheça a importância da atividade desenvolvida por esses entes. A interpretação constitucional é, todavia, uma “atividade” que, potencialmente, diz respeito a todos. Os grupos mencionados e o próprio indivíduo podem ser considerados intérpretes constitucionais indiretos ou a longo prazo. A conformação da realidade da Constituição torna-se também parte da interpretação das normas constitucionais pertinentes a essa realidade”. (HÄBERLE, Peter. Op. Cit., p. 24).

³⁹ Segundo Inocêncio Mártires Coelho, “Em tema de direitos fundamentais –e.g. liberdade de cátedra, de criação artística, de imprensa e de organização sindical –é de todo evidente que sem a participação dos seus destinatários, daqueles que vivenciam esses direitos, não se produz uma interpretação sequer razoável do texto constitucional. O mesmo se diga com relação àqueles direitos cujo âmbito de proteção envolve conteúdos só revelados com a ajuda hermenêutica de intérpretes não-jurídicos, como é o caso dos direitos das populações indígenas, nos termos em que são reconhecidos pelo artigo 231 da Constituição do Brasil. Sem o apoio dos próprios índios, de antropólogos e de indigenistas –que, aliás, participaram do processo constituinte –o juiz não conseguirá ler esse dispositivo constitucional.” COELHO, Inocêncio Mártires. Op. Cit., p. 158.

⁴⁰ HARBELE, Peter. Op. Cit., p. 13.

⁴¹ Segundo Häberle, “[d]o ponto de vista teórico-constitucional, 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, não podendo ser tomadas como fatos brutos, mas como elementos que se colocam dentro do quadro da Constituição: a integração pelo menos indireta da *res publica* na interpretação constitucional em igual é expressão e consequência da orientação constitucional aberta no campo de tensão entre o possível, do real e do necessário”. HARBELE, Peter. Op. Cit., p. 33.

reciprocamente se exigem, esclarecem-se, iluminam-se e revelam-se.⁴² Segundo o autor, não existiria norma jurídica que não fosse a norma jurídica *interpretada*.

Daí a necessidade de se integrarem elementos da *realidade constitucional* ao processo de interpretação. Assume destaque a percepção de que o controle de constitucionalidade designa uma atividade bem mais complexa do que a asséptica comparação de *lei com lei*, de forma que os tribunais não podem deixar de considerar as consequências de suas decisões, fazendo-se necessário o cotejo entre *norma e situação normatizada*. Noutras palavras, para que a atividade hermenêutica seja bem realizada, é preciso que lhe sejam aportados elementos externos ao Direito.

Para o direito processual constitucional, a consequência disso é a ampliação dos instrumentos de informação dos juízes constitucionais, especialmente no que se refere à possibilidade de participação no processo, com as “audiências” e “intervenções”. Nas palavras de Peter Härbele,

Para a conformação e a aplicação do direito processual resultam consequências especiais. Os instrumentos de informação dos juízes constitucionais (...) devem ser ampliados e aperfeiçoados, especialmente no que se refere às formas gradativas de participação no processo constitucional (especialmente nas audiências e nas “intervenções”). Devem ser desenvolvidas novas formas de participação das potências públicas pluralistas enquanto intérpretes em sentido amplo da Constituição. O direito processual constitucional torna-se parte do direito de participação democrática. (...)⁴³

Além disso, Peter Härbele também destaca a relevância do diálogo com a sociedade para a estabilidade do próprio tribunal constitucional. O autor pontua a necessidade de se manter o apoio da opinião pública como uma importante fonte de legitimidade dos tribunais constitucionais. Segundo ele, existiriam determinadas questões constitucionais que despertam especial atenção do público, e as reações sociais não poderiam deixar de ser consideradas pelo tribunal constitucional. A transcrição a seguir ilustra o pensamento do autor quanto ao ponto:

Existem leis – (...) – que despertam grande interesse da opinião pública. Essas leis provocam discussões permanentes e são aprovadas com a participação e sob o controle rigoroso da opinião pública pluralista. Ao examinar essas leis, a Corte Constitucional deveria levar em conta a peculiar legitimação democrática que as orna, decorrente da participação de inúmeros

⁴² Idem, p. 159.

⁴³ HARBELE, Peter. Op. Cit., p. 48.

segmentos no processo democrático de interpretação constitucional. (...) Peculiar reflexão demandam as leis que provocam profundas controvérsias no seio da comunidade.⁴⁴

Portanto, ao abrir o processo constitucional à participação da sociedade, o tribunal estaria aprimorando a sua tarefa de intérprete da Constituição, o que também conferiria maior legitimidade às suas decisões.

Assim, para os fins do presente trabalho, a partir das formulações de Peter Häberle se extrai a diretriz de *abertura e pluralização dos processos de controle de constitucionalidade*, tanto como forma de aprimorar o processo interpretativo, quanto como forma de incrementar a legitimidade decisional.

De acordo com a exposição de motivos do projeto que deu origem à Lei nº 9.868/99 na parte em que trata das audiências públicas, “*hoje, não há como negar a ‘comunicação entre norma e fato’ (...) que constitui condição da própria interpretação constitucional (...). É que o processo de conhecimento aqui envolve a investigação integrada de elementos fáticos jurídicos (...)*”.⁴⁵ Resta investigar, então, se os institutos analisados neste trabalho vêm funcionando bem na prática, isto é, se eles realmente têm proporcionado a abertura da jurisdição constitucional, da forma como se preconizou na sua origem.

1.2. Robert Alexy e a representação argumentativa do tribunal constitucional

Em segundo lugar, cabe destacar o conceito de *representação argumentativa* desenvolvido por Robert Alexy.⁴⁶ Ao discorrer a respeito da legitimidade democrática das cortes constitucionais, o autor destaca a *representação argumentativa*

⁴⁴ HABERLE, Peter. Op. Cit. p. 45.

⁴⁵ Exposição de motivos nº 189, de 7 de abril de 1997, Diário da Câmara dos Deputados de 29 de abril de 1997, 10828.

⁴⁶ ALEXY, Robert “Balancing, constitutional review, and representation”. *International Journal of Constitutional Law*, Vol. 3 pp. 572 – 581, 2005; “Teoria da argumentação jurídica: A teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica”. Tradução: Zilda Hutchinson Schild Silva. 2. ed. São Paulo: Landy e, ainda “Direitos fundamentais no Estado constitucional democrático. Para a relação entre direitos do homem, direitos fundanentais, democracia e jurisdição constitucional.” Trad. Luís Afonso Heck. In: *Revista Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, 217: 55-66, jul./set. 1999.

como forma de reconciliar o controle de constitucionalidade com os pressupostos da democracia.

Para Alexy, o Tribunal Constitucional é uma instância de representação do povo, tal qual o Parlamento. No entanto, trata-se de tipos diferentes de representação, que devem ser analisados cada um a sua maneira. A diferença entre eles estaria em que a representação pela via judicial não seria baseada em eleições e na regra da maioria – como a representação legislativa – mas em ‘*valores ideais*’ que são argumentativamente aceitos pelos cidadãos como ‘*sólidos*’ e ‘*corretos*’, de forma que a legitimidade da atuação do tribunal seria aferida por meio do discurso. Segundo o autor:

O princípio fundamental: "Todo poder estatal origina-se do povo" exige compreender não só o parlamento, mas também o tribunal constitucional como representação do povo. A representação ocorre, decerto, de modo diferente. O parlamento representa o cidadão politicamente, o tribunal argumentativamente. Com isso, deve ser dito que a representação do povo pelo tribunal constitucional tem um caráter mais idealístico do que aquela pelo parlamento. A vida cotidiana do funcionamento parlamentar oculta o perigo de que maiorias se imponham desconsideradamente, emoções determinem o acontecimento, dinheiro e relações de poder dominem e simplesmente sejam cometidas faltas graves. Um tribunal constitucional que se dirige contra tal não se dirige contra o povo senão, em nome do povo, contra seus representantes políticos. Ele não só faz valer negativamente que o processo político (...) fracassou, mas também exige positivamente que os cidadãos aprovelem os argumentos do tribunal se eles aceitarem um discurso jurídico-constitucional racional. A representação argumentativa dá certo quando o tribunal constitucional é aceito como instância de reflexão do processo político. Isso é o caso, quando os argumentos do tribunal encontram eco na coletividade e nas instituições políticas, conduzem a reflexões e discussões que resultam em convencimentos examinados. Se um processo de reflexão entre coletividade, legislador e tribunal constitucional se estabiliza duradouramente, pode ser falado de uma institucionalização que deu certo dos direitos do homem no estado constitucional democrático. Direitos fundamentais e democracia estão reconciliados.⁴⁷

A representação argumentativa, assim, depende do preenchimento de duas condições: (i) a existência de argumentos constitucionais fortes e (ii) a existência de pessoas racionais, capazes de aceitar e dispostas a aceitar tais argumentos pelo fato de que eles são sólidos e corretos. Colocado de outra forma, o controle de constitucionalidade somente poderia ser bem sucedido se os argumentos apresentados

⁴⁷ ALEXY, Robert. Direitos fundamentais no Estado constitucional democrático. Para a relação entre direitos do homem, direitos fundamentais, democracia e jurisdição constitucional. Trad. Luís Afonso Heck. In: Revista Direito Administrativo, Rio de Janeiro, 217: 55-66, jul./set. 1999, p. 66.

pela Corte Constitucional fossem sólidos e se um número suficiente de membros da comunidade estivessem dispostos a exercer as suas capacidades racionais.

Nesse sentido, o constitucionalismo discursivo de Alexy traduz uma iniciativa de institucionalização da razão e da validade dos argumentos suscitados na jurisdição constitucional. De acordo com o autor, uma vez preenchidas as condições apontadas, razão e a correção dos argumentos constitucionais trazidos ao tribunal são mais bem institucionalizadas pelo controle de constitucionalidade do que sem ele, na medida em que a legitimidade dos argumentos não estaria lastreada apenas na representação baseada em eleições, mas na representação argumentativa. Sendo assim, a estruturação válida dos argumentos leva o tribunal a atuar como instância de reflexão do processo político, envolvendo representantes e representados, institucionalizando direitos fundamentais no Estado Constitucional Democrático.

A representação argumentativa de Robert Alexy interessa ao estudo dos institutos que têm por objetivo fomentar o diálogo entre o STF e a sociedade brasileira, na medida em que ele apresenta de forma mais elaborada a questão da legitimidade da atuação das Cortes Constitucionais.

O conceito vincula a representação ao reconhecimento, por parte de cidadãos racionais, da validade dos argumentos utilizados pelo Tribunal Constitucional, introduzindo a ideia de deliberação. Nas palavras do autor, “[a] inclusão de argumentos no conceito de democracia torna a democracia deliberativa. Democracia deliberativa é uma tentativa de institucionalizar o discurso tanto quanto possível como um meio de tomada de decisões públicas”.⁴⁸ Sendo assim, utilização do *amicus curiae* e das audiências públicas, para que realmente incrementem a legitimidade das decisões do STF, devem ser aptas a institucionalizar os discursos e permitir a contraposição de argumentos e contra-argumentos como forma de aprimorar o processo de tomada de decisões.

⁴⁸Vale destacar passagem mais ampla do trecho destacado: “[n]o caso da legislação parlamentar, a relação entre *repraesentandum* – o povo – e os *repraesentans* – o parlamento – é essencialmente determinada pela eleição. (...) Esse seria um sistema puramente decisional de democracia. Um conceito adequado de democracia, todavia, precisa compreender não apenas decisão, mas também argumento. A inclusão de argumentos no conceito de democracia torna a democracia deliberativa. Democracia deliberativa é uma tentativa de institucionalizar o discurso tanto quanto possível como um meio de tomada de decisões públicas. Por essa razão, a conexão entre o povo e o parlamento não deve ser determinada apenas por decisões baseadas em eleições e votos, mas também em argumentos”. ALEXY, Robert “Balancing, constitutional review, and representation”. Op. Cit. p. 578 – 579. Tradução livre.

Nessa linha, o arcabouço teórico do autor alemão já foi invocado algumas vezes pelo STF, especialmente na voz do Ministro Gilmar Mendes, para ressaltar a qualidade e a legitimidade da decisão do tribunal. A título de exemplo, vale destacar o caso da ADI nº 3.510, que discutiu a constitucionalidade das pesquisas com células-tronco embrionárias, em cujo julgamento o ministro aludiu expressamente às lições de Alexy:

Não podemos olvidar que a jurisdição constitucional legitima-se democraticamente pela reflexão e pela argumentação produzidas segundo a racionalidade própria das normas e procedimentos que conduzem os julgamentos.

Trago à tona as lições de Robert Alexy, para afirmar que **“o parlamento representa o cidadão politicamente, o tribunal argumentativamente”**.

É o que nós estamos a fazer aqui. A sociedade brasileira só tem a ganhar com a produção de um debate qualificado argumentativamente, com a reflexão pormenorizada, com o julgamento rigoroso por parte desta Corte. (grifos no original) ⁴⁹

A questão, justamente, é que para que se possa falar em uma representação argumentativa, é preciso que o julgamento perpassasse a efetiva *reflexão e argumentação* das contribuições trazidas pelos atores sociais que se manifestam por meio da figura do *amicus curiae* ou em audiências públicas. A legitimidade da decisão, portanto, decorre do cotejo entre os elementos em jogo.

Em artigo a respeito da utilização do conceito de representação argumentativa pelo STF,⁵⁰ Fernando Gama de Miranda Netto e Margarida Maria Lacombe Camargo questionam se a utilização do marco teórico do autor alemão realmente tem por base o incremento da legitimidade das decisões do STF, ou se ele representa um fator meramente retórico de afirmação do tribunal.

De acordo com os autores, para que se possa falar em uma verdadeira representação argumentativa, é indispensável que o tribunal responda aos argumentos trazidos pelos atores processuais envolvidos, pois se eles passarem ao largo dessas

⁴⁹ADI 3510, RelatorMin. Ayres Britto, Tribunal Pleno, julgado em 29/05/2008, publicado em 28/05/2010.

⁵⁰ NETTO, Fernando Gama de Miranda. CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. *Representação Argumentativa: fator retórico ou mecanismo delegitimação da atuação do Supremo Tribunal Federal?* Trabalho publicado nos Anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI realizado em Fortaleza - CE nos dias 09, 10, 11 e 12 de Junho de 2010.

contribuições, a alusão à obra de Alexy não passa de retórica sem conteúdo democrático.

Assim, na linha do que se pontuou anteriormente, também de acordo com os autores, o que confere legitimidade à decisão é a dialética argumentativa. É a pretensão de correção das alegações dirigidas aos julgadores e, por outro lado, a correção da resposta às partes que aproxima o tribunal da qualidade de instância de reflexão do processo político.

Ao final, os autores concluem que a realização de audiências públicas e a participação dos *amici curiae* de nada adiantarão caso o STF não se sinta obrigado a arcar o ônus de apreciar os argumentos lançados pelos interessados. A conclusão dos autores será incorporada nas reflexões que seguem.

Na análise empreendida ao longo do trabalho, parte-se da ideia de que o incremento da legitimidade democrática das decisões proferidas em sede de controle de constitucionalidade depende da forma como a argumentação é construída. Na linha do que propõe o autor, pode-se falar em uma representação argumentativa quando “*os argumentos do tribunal encontram eco na coletividade e nas instituições políticas, conduzem a reflexões e discussões que resultam em convencimentos examinados*”.⁵¹

1.3 A democracia deliberativa e a elaboração de justificativas para decisões públicas

Por fim, o terceiro passo da construção de bases teóricas para o estudo perpassa a importação de conceitos da democracia deliberativa.

A opção por esse parâmetro está ligada ao fato de que, para a teoria democrático-deliberativa, a legitimidade das decisões públicas decorre da circunstância de terem sido objeto de amplo debate social. O grau de democratização das escolhas políticas está intimamente ligado ao processo decisório, então, confere-se um papel central ao procedimento em que as decisões são tomadas. A intenção, portanto, é aportar

⁵¹ ALEXY, Robert. Direitos fundamentais no Estado constitucional democrático. Para a relação entre direitos do homem, direitos fundamentais, democracia e jurisdição constitucional. Trad. Luís Afonso Heck. In: Revista Direito Administrativo, Rio de Janeiro, 217: 55-66, jul./set. 1999, p. 66.

considerações ao processo decisório do STF a partir de elementos centrais à teoria democrático-deliberativa.

Cumprе esclarecer, logo de início, que a intenção não é discutir o papel do tribunal constitucional para a teoria democrático-deliberativa. Não se ignora que, no bojo desta teoria, existem debates relevantes a respeito do grau de participação que o órgão de cúpula do Poder Judiciário deve ter na vida política do Estado, sendo o mais emblemático o embate entre substancialistas e procedimentalistas.⁵²

Não é esse, contudo, o aporte que se pretende extrair da teoria democrático-deliberativa. O objetivo não é discutir o papel que o STF deveria exercer no cenário político brasileiro. O ponto de partida, que se tem como dado inicial, é o contexto de judicialização da política. A aproximação com a democracia deliberativa, assim, não é feita para debater o grau de ingerência do STF na vida política do Brasil, mas para avaliar o quão democrático é o processo decisório do tribunal. Os elementos da democracia deliberativa são incorporados como forma de aprimorar a qualidade epistêmica dos procedimentos do STF.

Com efeito, quanto mais as cortes constitucionais são chamadas a decidir questões que transbordam da aplicação do Direito, mais elas se aproximam da condição de um espaço de deliberação política. Por isso, passa-se a demandar do tribunal a

⁵² De um lado, teóricos ligados à corrente substancialista, a exemplo de John Rawls, defendem que a Suprema Corte seria um modelo de razão pública. A sua principal missão seria resguardar as decisões constitucionais fundamentais de uma nação. Assim, caberia ao tribunal invalidar toda a decisão política contrária aos valores e princípios básicos sedimentados na Constituição. De acordo com John Rawls, “[a]o aplicar a razão pública, o tribunal age para evitar que a lei seja erodida pela legislação de maiorias transitórias o, o que é mais provável, que corresponda a interesses estreitos, muito bem posicionados para fazer valer os seus pontos de vista”. Ainda de acordo com o autor, “[d]izer que a Suprema Corte é a instituição exemplar da razão pública significa também que cabe aos magistrados elaborar e expressar, em suas sentenças fundamentadas, a melhor interpretação da Constituição. (...) Por último, o papel do tribunal como modelo de razão pública tem um terceiro aspecto: dar força e vitalidade à razão pública no fórum público, e isto o tribunal faz mediante julgamentos dotados de autoridade sobre questões políticas fundamentais”. (RAWLS, John. *O Liberalismo Político*. Trad. Álvaro de Vita, ed. e ampl., São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2011. P. 276 – 281).

De outro lado, teóricos ligados à corrente procedimentalista, como Jürgen Habermas, entendem que o papel do tribunal constitucional é inteiramente outro: a sua missão é resguardar os pressupostos da democracia. Ou seja, o tribunal deve velar para que o processo de deliberação política seja democrático, permitindo ampla participação dos potenciais afetados pela decisão. Uma vez verificado o atendimento aos pressupostos de uma deliberação democrática, não caberia ao tribunal adentrar ao mérito da decisão. Não seria papel do Judiciário avaliar se o conteúdo dessa escolha atende aos princípios positivados na Constituição, em linha oposta à dos substancialistas. De acordo com Jürgen Habermas, “[a] função da Corte é velar para que se respeitem os procedimentos democráticos para uma formação de opinião e da vontade políticas de tipo inclusivo, ou seja, em que todos possam intervir, sem assumir ela mesma o papel de legislador político”. (HABERMAS, Jürgen. *Más Allá del Estado Nacional*, tradução de Manuel Jiménez Redondo, Madrid, Editorial Trotta, 1997)

democratização do processo de tomada de decisão. Conforme observa Gisele Cittadino, “[s]e, por um lado, parece não restar dúvida sobre a importância da atuação do Poder Judiciário no que diz respeito à garantia da concretização dos direitos da cidadania, é fundamental que o seu atual protagonismo seja compatível com as bases do constitucionalismo democrático”.⁵³

Daí a importância do diálogo com a teoria democrático-deliberativa, que trabalha com a legitimação pela via da deliberação. De acordo com Cláudio Pereira de Souza Neto, a característica fundamental da democracia deliberativa reside na possibilidade de se debater publicamente a respeito das questões a serem decididas. Em outras palavras, a sua nota distintiva

Repousa na compreensão de que a democracia não pode mais se restringir à prerrogativa popular de eleger representantes (...). Para a perspectiva democrático-deliberativa, a democracia envolve, além da escolha de representantes, também a possibilidade de se deliberar publicamente sobre as questões a serem decididas. A troca de argumentos e contra-argumentos racionaliza e legitima a gestão da *res pública*. Se determinada proposta política logra superar a crítica formulada pelos demais deliberantes, tal proposta pode ser considerada, pelo menos *prima facie* legítima e racional.⁵⁴

Portanto, ainda que soe tautológico, vale frisar que o que diferencia a democracia deliberativa das demais teorias democráticas é a ênfase que se dá à deliberação. O fundamental para essa teoria é compreender a democracia além das eleições e da regra da maioria no que se refere à tomada de decisões públicas. É preciso que haja uma deliberação a respeito de qual e a melhor decisão a ser tomada, em meio a um debate público. A resposta do povo contra decisões que não o agradem não se esgota no exercício do voto, por meio do qual ele pode negar a reeleição a determinados representantes ou partidos. A legitimidade das decisões está ligada às justificativas que as acompanham.⁵⁵

⁵³ CITTADINO, Gisele. *Judicialização da Política, Constitucionalismo Democrático e Separação de Poderes*. A democracia e os três poderes no Brasil. WENECK VIANNA, Luíz. Ed. UFMG, Belo Horizonte, 2003, p. 17.

⁵⁴ NETO, Cláudio Pereira de Souza. Op. Cit. p. 10.

⁵⁵ Nas palavras de Cláudio Pereira de Souza Neto, “a legitimidade das decisões estatais decorre não só de terem sido aprovadas pela maioria, mas também de terem resultado de um amplo debate público em que foram fornecidas razões para decidir”. SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Op. Cit. p. 86.

John Rawls, ao se debruçar sobre o método decisório da corte constitucional, sugere a participação dos cidadãos como forma de conferir maior legitimidade às decisões. Para o autor, tais decisões devem refletir e levar em consideração os argumentos de cidadãos racionais, que integram a noção de razão pública, como forma de criar condições adequadas para a produção de uma melhor decisão.⁵⁶ É pertinente, nesse sentido, a explicação de Oscar Vilhena Vieira:

Rawls sugere que uma Corte responsável por garantir a Constituição pode vir a desenvolver argumentos racionais públicos destinados a permitir uma aplicação judicial dos princípios de justiça incorporados pela ordem constitucional. Ao articular de forma argumentativa a discussão em torno dos princípios e direitos que não podem ser objeto de alteração, a Corte estará exercitando a função política de aplicação dos princípios gerais de justiça, constitucionalmente positivados, a um caso concreto. (...) Trata-se de procedimento onde, na medida do possível, os cuidados formais para a tomada de uma decisão que aspira à justiça foram tomados.⁵⁷

Nesse debate público são confrontadas as mais diversas doutrinas filosóficas, religiosas, morais e científicas, que se contrapõem buscando o convencimento dos demais interlocutores. Essa é outra característica importante da teoria democrático-deliberativa. O debate se dá em termos de *reciprocidade*. Os debatedores devem articular suas razões com vistas a obter a adesão de seus pares, mesmo que de início eles tenham opiniões distintas. Por isso, seus motivos são expostos na forma de razões públicas,⁵⁸ que justificam porque a posição defendida promove o bem comum. Como a intenção é convencer os demais, naturalmente se afastam as

⁵⁶ RAWLS, John. *O Liberalismo Político*. Trad. Álvaro de Vita, ed. e ampl., São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2011. P. 272 e ss.

⁵⁷ VIEIRA, Oscar Vilhena. *A constituição e a sua reserva de justiça*. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 237.

⁵⁸ Na formulação de John Rawls “[r]azão pública é característica de um povo democrático: é a razão de seus cidadãos, daqueles que compartilham o *status* de igual cidadania. O sujeito de sua razão é o bem do público: o que a concepção política de justiça requer da estrutura básica das instituições da sociedade, e dos objetivos e fins a que elas devem servir. Razão pública, então, é pública de três maneiras: como razão dos cidadãos enquanto tais, é a razão do público; o seu objeto é o bem do público e assuntos de justiça fundamental; e a sua natureza e conteúdo são públicos, sendo dados pelos princípios expressos pela concepção política de justiça da sociedade, e conduzidos a serem abertos a visões nessas bases” (RAWLS, John. *The Idea of Public Reason*. In BOHAM, James e REHG, William. (org.) *Deliberative Democracy: essays on Reason and Politics*. Cambridge, Mass.; London: The MIT Press, 1997. p. 93. Tradução Livre).

preferências meramente egoísticas.⁵⁹ A ideia é estabelecer uma cooperação e fazer com que se chegue à melhor solução possível dentro de um ambiente pluralista.

Nesse sentido, Seyla Benhabib pontua que

Ao apresentar o seu ponto de vista em um contexto público, o indivíduo deve articular boas razões diante dos demais participantes da deliberação. Este processo de apresentar boas razões em público força o indivíduo a pensar em termos daquilo que contaria como uma boa razão para todos os envolvidos.⁶⁰

O debate público, então, tem o condão de oferecer racionalidade e legitimidade às decisões públicas. A democracia deliberativa exige justificação (“*reason giving*”) e prestação de contas (“*accountability*”) com a sociedade. Ela incorpora a necessidade de se explicitarem os motivos à noção de discussão. Portanto, não basta que as decisões públicas sejam tomadas em meio a um debate público. É necessário que esse debate seja racionalizado e estruturado de forma a estimular concepções públicas dos cidadãos a respeito das matérias que concernem o interesse público.⁶¹

Esquematizando essas ideias, Amy Gutmann e Dennis Thompson apontam quatro características e quatro objetivos fundamentais da democracia deliberativa. A primeira e mais importante característica, como se pontuou anteriormente, é a sua *exigência de justificação* no processo de tomada de decisão. A segunda é que *os motivos dados no processo de justificação devem ser acessíveis a todos os cidadãos aos quais são endereçados*, ou seja, a deliberação deve ser pública e

⁵⁹ John Elster no artigo “*O Mercado e o Fórum*”, diferencia escolhas egoísticas que consumidores realizam no “mercado” de consumo, das escolhas políticas que devem ser norteadas à promoção do bem comum. O autor propõe que o engajamento político requer que os cidadãos adotem uma perspectiva cívica, orientada o sentido do bem comum, quando consideram questões políticas em um “fórum”. (ELSTER, John. *The Market and the Forum*. In BOHAM, James e REHG, William (org.). *Deliberative Democracy: essays on Reason and Politics*. Cambridge, Mass.; London: The MIT Press, 1997. p. 3-34).

⁶⁰ BENHABIB, Seyla. *Toward a deliberative model of democratic legitimation*. In BENHABIB, Seyla (org.). *Democracy and difference: contesting the boundaries of the political*. Princeton: Princeton University Press, 1996, p. 72).

⁶¹ Como esclarece Joshua Cohen, “o conceito de justificação previsto pelo núcleo ideal de democracia deliberativa pode ser captado em um procedimento ideal de deliberação política. Em tal procedimento, os participantes se vêem como iguais; aspiram a defender e criticar instituições e programas em termos de considerações que outros têm razões para aceitar, dado o fato do pluralismo razoável e a suposição de que esses e outros também são razoáveis; e estão dispostos a cooperar em conformidade com os resultados de tal discussão, considerando esses resultados como obrigatórios” (COHEN, Joshua. *Procedure and substance in deliberative democracy*. In BOHAM, James e REHG, William (org.). *Deliberative Democracy: essays on Reason and Politics*. Cambridge, Mass.; London: The MIT Press, 1997. p. 407 – 438).

aberta à participação de interessados.⁶² A terceira característica da democracia deliberativa é que o seu processo objetiva a produção de uma *decisão que seja vinculante por certo período de tempo*. Essa é uma peculiaridade da decisão construída de forma argumentativa: ela permite que deliberação posterior leve a uma conclusão diferente. A quarta característica, então, aponta justamente para o fato de que a deliberação designa um *processo dinâmico*, na medida em que “*permite um diálogo continuado, no qual os cidadãos possam criticar decisões prévias e seguir em frente nas bases dessa crítica*”.⁶³

Em síntese, a democracia deliberativa tem por características (i) a exigência de fundamentação para a tomada de decisões públicas, (ii) que seja lastreada em motivos que possam ser acessados por todos os interessados, (iii) e que levam a uma deliberação válida por determinado período de tempo, (iv) em um jogo dinâmico e continuado.

Quanto aos seus quatro objetivos, todos são corolários de um propósito geral, que é o de *oferecer uma justificação para o processo de tomada de decisões públicas, em especial em um contexto de discordância moral e política*.

A partir dessa orientação, o primeiro objetivo mais específico da democracia deliberativa é o de *promover a legitimidade das decisões coletivas*. Em um contexto de discordância moral, ou de escassez de recursos, não é possível satisfazer a vontade de todos os membros da comunidade. A democracia deliberativa, então, ao estabelecer um procedimento de justificação das escolhas públicas, em que os potenciais interessados tenham a oportunidade de se manifestar e eventualmente contestar os argumentos de seus opositores, faz com que todos reconheçam a legitimidade da decisão final, ainda que a sua preferência original não tenha sido satisfeita.

O segundo objetivo da democracia deliberativa é *encorajar as perspectivas públicas sobre assuntos públicos*. A deliberação em fóruns abertos

⁶² Sob uma perspectiva procedimental, Habermas destaca a *esfera pública não estatal* como instituição fundamental da democracia deliberativa. Segundo o autor, a deliberação democrática não funciona apenas em *fóruns oficiais*, mas também em contextos comunicativos informais no âmbito da sociedade. Nessa linha, a justificação das deliberações públicas seria fruto de um diálogo em que fóruns oficiais se comunicam com fóruns informais de discussão, e essa comunicação ocorreria de maneira continuada, não limitada aos períodos eleitorais. A respeito do ponto, cf. HABERMAS, Jürgen. *Between Facts and Norms: Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy*, Cambridge: MIT Press, 1996.

⁶³GUTTMAN, Amy. THOMPSON, Dennis. *O que significa democracia deliberativa in* Revista Brasileira de Estudos Constitucionais (RBEC), Belo Horizonte, ano 1, n. 1, jan/mar 2007, p. 22.

constitui um incentivo para que os participantes formulem os seus pontos de vista de forma que seja compreensível e acessível aos demais integrantes.⁶⁴ O incentivo à formulação de perspectivas públicas sobre questões de justiça é particularmente relevante quando a deliberação gira em torno de questões morais. Na esfera individual, como não precisam sustentar suas posições publicamente, os indivíduos podem basear suas preferências em motivos que soem arbitrários aos demais integrantes da comunidade. No entanto, quando suas posições têm de ser expostas em fóruns abertos, e mais, quando a intenção do expositor é convencer os demais do acerto de suas ideias, o procedimento de justificação torna-se mais bem elaborado.

Nessa linha, o terceiro objetivo da democracia deliberativa é *promover processos mutuamente respeitáveis de tomada de decisão*. A deliberação não pode fazer com que valores incompatíveis se tornem compatíveis, mas pode ajudar seus participantes a reconhecer o mérito moral presente nas ponderações dos outros interlocutores.

O quarto e último objetivo da democracia deliberativa é *aprimorar a decisão coletiva, ajudando a corrigir eventuais erros cometidos em deliberação anterior*. Como as decisões são construídas discursivamente, a descoberta de novos argumentos, assim como a evolução da percepção social a respeito de questões morais (*e.g.* aborto e homossexualidade), podem levar à mudança de opinião com relação a questões constitucionais. Manter a deliberação sempre aberta auxilia a corrigir eventuais erros do passado, bem como a adaptar as escolhas públicas às preferências da geração atual.

Todas essas noções a respeito da democracia deliberativa se voltam à justificação do processo político. A exigência de motivação na tomada de decisões públicas e o estímulo à comunicação com os representados são elementos essenciais da teoria democrático-deliberativa que se prestam a conferir legitimidade às escolhas realizadas tipicamente políticas.

⁶⁴ De acordo com Amy Gutmann e Dennis Thompson, “[e]sse objetivo responde a outra fonte de discordância moral – generosidade limitada. Poucas pessoas tendem a ser completamente altruístas quando estão discutindo sobre assuntos controversos de política pública, tais como gastos em segurança pública, ou em saúde. A deliberação em fóruns bem constituídos responde a essa generosidade limitada, encorajando os participantes a terem um panorama mais amplo sobre questões de interesse comum”. (Idem, Op. Cit. p. 27.)

Em um contexto no qual a Política é judicializada, a utilização de mecanismos que se propõem a estabelecer um diálogo social têm por objetivo conferir maior legitimidade às decisões do tribunal constitucional, justamente porque fomentam a deliberação. Com efeito, o incremento do fluxo de informações entre o STF e a sociedade civil brasileira parece se reconectar exatamente aos mesmos objetivos a democracia deliberativa se presta.

Em primeiro lugar, o objetivo geral de oferecer uma justificação para a decisão, em especial em um contexto de discordância moral e política, parece ser mais bem atendido quando o tribunal constitucional se mostra aberto às considerações da sociedade civil. Nesse sentido, o a ampliação do espectro de pontos de vista que chegam ao tribunal, por meio da participação do *amicus curiae* no processo, ou por meio da convocação de audiências públicas, incrementam a legitimidade democrática das decisões.

Além disso, a utilização desses mecanismos também se presta a estimular a formação de perspectivas públicas a respeito de assuntos públicos, bem como processos mutuamente aceitáveis de tomada de decisões (segundo e terceiro objetivos da democracia deliberativa). Quando representantes da sociedade civil são chamados fornecer contribuições ao STF, as suas opiniões têm de ser traduzidas na forma de razões públicas. Ainda que não tenham que dominar necessariamente o linguajar jurídico, a sua manifestação precisa se basear em argumentos que possam contribuir para a decisão judicial. De um lado, os próprios representantes têm que expor seus argumentos de forma que se revele aceitável em um contexto democrático. De outro lado, e em decorrência disso, os argumentos de parte a parte são colocados em termos que, ao menos em princípio, são mutuamente aceitáveis.

Nesse sentido, a utilização de mecanismos formais de diálogo entre o STF e a sociedade civil se revela especialmente relevante em casos de ampla repercussão pública, na medida em que eles ajudam a aliviar as pressões sociais sobre o tribunal. Quando se permite a manifestação de grupos de interesse por meio de canais formais de contribuição para a jurisdição constitucional, as opiniões manifestadas na sociedade, por vezes de forma apaixonada, têm de ser expostas na forma de argumentos

que possam ser ponderados pelo tribunal, o que, de certa forma, pode “amortecer” as pressões exercidas sobre o tribunal.⁶⁵

Por fim, o incremento dos diálogos do STF com a sociedade também ajuda a aprimorar a decisão do tribunal, especialmente quando se trata de adequar alguma concepção moral a um novo contexto social, de forma que o quarto objetivo da democracia deliberativa também se conecta à utilização dos mecanismos analisados.

Ademais disso, para que todos esses objetivos sejam atingidos de maneira satisfatória, é indispensável que o processo deliberativo seja inclusivo. Para que se possa falar em uma efetiva democratização da jurisdição constitucional como instância deliberativa, é fundamental que se avalie a quem é dada a possibilidade de se manifestar perante o tribunal.

Como assinalam Amy Guttman e Dennis Thompson,

O que faz da democracia deliberativa democrática é uma definição expansiva de quem está incluído no processo de deliberação – uma resposta inclusiva à pergunta de quem tem direito (e a efetiva oportunidade) de deliberar ou de escolher os deliberadores, e a quem os mesmos devem suas justificativas. Em relação a isso, os testes tradicionais de inclusão democrática, aplicados à própria deliberação, constituem o critério básico da extensão para a qual a deliberação é democrática.⁶⁶

Portanto, na análise dos instrumentos dialógicos do STF, há de se observar se eles permitem ampla participação de entidades da sociedade civil nas deliberações constitucionais. Na linha do que sugerem os autores norte-americanos, é preciso atentar para o quão inclusivos são esses procedimentos, a quem é conferido o direito de participar da discussão, bem como quem são os responsáveis pela escolha dos debatedores.

Este é um ponto relevante, que pode colocar em cheque a legitimidade dos instrumentos dialógicos. Com efeito, se o tribunal não seguir regras claras e inclusivas a respeito de quem pode trazer contribuições para a jurisdição constitucional,

⁶⁵Tome-se por exemplo a audiência pública convocada na ADPF nº 54, que tratou da interrupção da gravidez de fetos anencéfalos. As mais diferentes correntes de opinião se manifestaram, tendo participado religiosos, membros da comunidade científica, parlamentares, jornalistas, sociólogos e representantes do governo. Ao final, o STF assentou a possibilidade de interrupção da gestação nesse caso. Mas o tão só fato de as correntes contrárias terem tido a oportunidade de se manifestar e de contrapor seus argumentos àqueles favoráveis à procedência do pedido facilita a aceitação da decisão por parte dos vencidos.

⁶⁶GUTTMAN, Amy. THOMPSON, Dennis. Op. Cit. p. 26.

toda a ideia de legitimação da decisão pela via deliberativa pode ser colocada em cheque. Isso porque, por trás da seleção de participantes, pode residir a escolha dos conteúdos que serão ponderados. E, caso se identifique a exclusão injustificada de participantes – e, por conseguinte, de seus argumentos – o processo de deliberação perde a sua razão de ser.

Toda a noção de legitimação das decisões públicas pela via da deliberação está calcada na lógica de troca entre argumentos e contra-argumentos, em que os debatedores tentam convencer uns aos outros. A partir do momento em que se escolhem determinados participantes em detrimento de outros, a legitimidade da decisão pode ser colocada em cheque.

Essas reflexões auxiliam a análise da experiência do STF com o *amicus curiae* e com as audiências públicas de duas formas. Em primeiro lugar, para que esses instrumentos efetivamente importem em um ganho de legitimidade para a jurisdição constitucional, é preciso que se observem regras claras e inclusivas quanto à escolha dos representantes da sociedade civil que podem oferecer contribuições ao tribunal. Em segundo lugar, também é preciso que se instaure uma verdadeira deliberação, com a possibilidade de contraposição de argumentos.

2. AS AUDIÊNCIAS PÚBLICAS: VIA DE DEMOCRATIZAÇÃO DO DEBATE OU INSTRUMENTO DE LEGITIMAÇÃO FORMAL?

*“O Supremo Tribunal Federal demonstra (...) que pode, sim, ser uma Casa do povo, tal qual o parlamento.”*⁶⁷Ministro Gilmar Mendes

As audiências públicas do STF foram introduzidas no ordenamento jurídico brasileiro pelas Leis nºs 9.868/1999 e 9.882/1999, que disciplinam as ações do controle concentrado de constitucionalidade. De acordo com os diplomas, o relator poderá convocar audiência pública, requisitar informações adicionais ou designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão submetida à análise do tribunal.⁶⁸

Na sua concepção originária, então, as audiências públicas foram previstas no controle concentrado de constitucionalidade como um meio de instrução do processo.⁶⁹ De acordo com a exposição de motivos da Lei nº 9.868/1999, trata-se de um instituto adotado com vistas a *“modernizar o processo constitucional brasileiro”*, cuja

⁶⁷ Voto do Ministro Gilmar Mendes na ADI nº 3.510, em que se questionou a constitucionalidade da Lei de Biossegurança (Lei nº 11.105/2005), ação que ensejou a primeira audiência pública no STF. (STF, ADI 3510, Rel. Min. Ayres Britto, Tribunal Pleno, julgado em 29/05/2008, DJe de 28/05/2010).

⁶⁸ Cf. Art. 9º, § 1º e art. 20, § 1º, da Lei 9.868/1999, que possuem redação semelhante. “Art. 9º Vencidos os prazos do artigo anterior, o relator lançará o relatório, com cópia a todos os Ministros, e pedirá dia para julgamento. §1º Em caso de necessidade de esclarecimento de matéria ou circunstância de fato ou de notória insuficiência das informações existentes nos autos, poderá o relator requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou fixar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e autoridade na matéria.”. Art. 6º, § 1º da Lei nº 9.882/1999: “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”.

⁶⁹ Em artigo anterior à primeira audiência pública do STF, Gustavo Binenbojm destaca o instituto como uma inovação legislativa “elogiável sob todos os seus aspectos, uma vez que há, com efeito, diversos casos em que a apreciação da constitucionalidade de uma norma depende do esclarecimento sobre fatos relativos à sua produção, forma de incidência e repercussão prática”. Interessante observar que, àquele momento – *i.e.*, antes da realização da primeira audiência –, nem a lei, nem a doutrina, apontavam as audiências como uma forma de legitimação democrática da Corte Constitucional. (BINENBOJM, Gustavo. Op. Cit. p. 100).

criação partiria da percepção de que “o processo de conhecimento aqui envolve a investigação integrada de elementos fáticos e jurídicos”.⁷⁰

No entanto, logo na convocação da primeira audiência pública, ficou claro que o propósito não era unicamente esclarecer questões de fato, mas também conferir maior legitimidade democrática à decisão que viesse a ser proferida pelo STF. A primeira convocação ocorreu aproximadamente sete anos após a edição da Lei nº 9.868/1999, nos autos da ADI nº 3.510/DF, em que se discutia a constitucionalidade da Lei de Biossegurança. Na decisão proferida em 12 de dezembro de 2006, o Ministro Carlos Ayres Britto, relator da ação, consignou que

A audiência pública, além de subsidiar os ministros deste Supremo Tribunal Federal, também possibilitará uma maior participação da sociedade civil no enfrentamento da controvérsia constitucional, o que legitimará ainda mais a decisão a ser tomada pelo Plenário desta colenda Corte.⁷¹

Desde então, as audiências públicas costumam ser referidas pelos ministros do STF⁷² como um instrumento de democratização. Um instituto que, em tese, ao menos no discurso dos ministros, possui o potencial de estabelecer um diálogo

⁷⁰ A justificativa, nessa parte, se refere não apenas à audiência pública, mas também à possibilidade de requisição de informações adicionais, bem como de laudo pericial. Nos termos da exposição de motivos, “[h]oje, não há como negar a “comunicação entre a norma e fato” (Kommunikation zwischen Norm und Sachverhalt), que constitui condição da própria interpretação constitucional (cf., Marenholz, Ernst Gottfried, *Verfassunginterpretation aus praktischer Sicht*, in: *Verfassungsrecht zwischen Wissenschaft und Richterkunst*, Homenagem aos 70 anos de Konrad Hesse, Heidelberg, 1990, p. 53 (54). É que o processo de conhecimento aqui envolve a investigação integrada de elementos fáticos e jurídicos (Marenholz, op. cit., p. 54)”. (Exposição de motivos nº 189, de 7 de abril de 1997, Diário da Câmara dos Deputados de 29 de abril de 1997, 10828)

⁷¹ ADI nº 3.510, Rel. Min. Carlos Britto, j. 19/12/2006, p. 01/02/2007.

⁷² São diversas as manifestações dos ministros nesse sentido, das quais se destacam duas, a título exemplificativo. Na abertura da audiência pública a respeito da importação de pneus usados, a Ministra Cármen Lúcia disse que “a Constituição brasileira determina a democratização não apenas dos processos políticos, mas dos processos judiciais, e é exatamente nessa tentativa, de dar expresso cumprimento ao previsto na Constituição, que se convida a sociedade e os especialistas (...). Eu disse uma vez que o bom juiz, quando abre a voz, permite que a justiça fale, e para que a justiça fale pela boca do juiz, é preciso que o juiz tenha olhos e ouvidos bem abertos e atentos à sociedade, para que ele possa realmente realizar a justiça do seu tempo e para os homens do seu tempo. É com esse objetivo, portanto, que se promovem essas audiências públicas.” (<http://www.youtube.com/playlist?list=PLippyY19Z47uAO7tHc22j7BNnDiGOqwA6>; acesso em 12.02.2014). Já no despacho convocatório da audiência pública a respeito do novo marco regulatório da TV por assinatura, o Ministro Luiz Fux asseverou que “[c]onsidera-se, assim, valiosa e necessária a realização de Audiência Pública sobre os diversos temas controvertidos nestas ações, de sorte que esta Corte possa ser municiada de informações imprescindíveis para o deslinde do feito, bem como para que o futuro pronunciamento judicial revista-se de maior legitimidade democrática” (ADI 4679, Rel. Min. Luiz Fux, j. 29/06/2012, p. 02/08/2012).

social, abrindo a jurisdição constitucional para os mais diversos pontos de vista que se manifestam na sociedade brasileira, na esteira da sociedade aberta de intérpretes da Constituição preconizada por Peter Häberle.

Na linha desse tipo de discurso, as audiências públicas são apontadas como uma forma de afastar, ou ao menos atenuar, a crítica relativa à dificuldade contramajoritária do tribunal. A ideia seria a de que, quanto mais o STF se dispõe a dialogar com os grupos de interesse e levar em consideração as suas opiniões no processo de tomada de decisão, mais legítima seria a sua atuação.

Então, com o evoluir da experiência prática do tribunal, as audiências públicas passaram por um processo de transformação, deixando de ser apenas um meio de instrução processual e passando a ser invocadas, também, uma fonte de abertura da jurisdição constitucional.⁷³

Essa transformação somente foi possível por conta da flexibilidade da regulamentação da matéria. Como se verá adiante, a disciplina das audiências públicas conta com comandos genéricos, e que conferem uma ampla margem de discricionariedade ao ministro responsável pela sua convocação. Não há homogeneidade na convocação, na seleção dos participantes, na sua dinâmica interna, nem tampouco na efetiva contribuição que oferecem para a solução das questões constitucionais.

O perfil das audiências é definido de maneira casuística, variando de acordo com o ministro responsável pela condução dos trabalhos, e também com o objetivo da convocação em cada caso.⁷⁴

⁷³ Para Diogo Rais, “(...), o tempo e as transformações de direito fizeram que a audiência pública conquistasse nova dimensão, passando de mero mecanismo de informação para um potente mecanismo de aproximação entre a sociedade e o Supremo Tribunal Federal, transformando-se em uma ferramenta que reafirma o Estado Democrático de Direito, permitindo – ao menos a primeira vista – o exercício democrático.

A inovação do perfil da audiência pública não surgiu por determinação legal, mas sim pelo alcance que essas audiências tiveram. De certa maneira a sociedade civil entrou na Justiça Constitucional brasileira e a audiência é seu canal de maior expressão”.RAIS, Diogo. Op. Cit. p. 56-57.

⁷⁴ Nesse sentido também é a constatação de Margarida Lacombe, em artigo a respeito da audiência pública realizada na ADPF nº 54: “[e]m primeiro lugar, verificamos tratar-se de uma prática recente, com desenho institucional ainda não totalmente definido. Cada audiência assume perfil distinto, a depender da amplitude da convocação, da definição dos seus integrantes, e da estruturação e condução dos debates. São aspectos que respondem tanto pela sua representatividade quanto pela construção das teses.” (CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. *As Audiências Públicas no Supremo Tribunal Federal Brasileiro: o Exemplo da ADPF 54*. Artigo disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=01d8bae291b1e472>, acesso em 15/07/2014). Na mesma linha, cf. VALLE, Vanice Regina Lírio do. *Et.al.* Audiências Públicas e ativismo: diálogo social no STF.

Assim, diante do casuísmo das audiências, em um apanhado geral, é possível dizer que elas *podem* servir como uma ferramenta de abertura da jurisdição constitucional para o diálogo social. Mas não é em todo caso que esse objetivo é realizado de maneira satisfatória.

A experiência do STF revela que não é sempre que acontece uma real abertura do processo constitucional. Para que se possa falar nas audiências como um instrumento que incrementa a legitimidade das decisões, não basta que especialistas e representantes da sociedade civil tenham a possibilidade de se manifestar nas exposições. Se as suas contribuições não forem consideradas pelos membros do tribunal, seja para incorporá-las ou para descartá-las em seus votos, o caráter legitimador da audiência pública perde força.

Em obra coletiva coordenada por Vanice Regina Lírio do Valle, chama-se atenção para a circunstância de que, se os argumentos dos expositores não forem considerados de forma séria nos debates, a audiência pública passa a ser um evento meramente simbólico, invocado pelos ministros para conferir um lastro de legitimidade à decisão do STF. Mas essa decisão, em si, não seria fruto de uma verdadeira deliberação dialógica.⁷⁵ É esse o tipo de avaliação que se pretende desenvolver.

Esboçadas essas ideias iniciais, o presente capítulo se volta ao estudo das audiências já realizadas pelo STF. Inicialmente, traça-se um panorama geral a respeito da regulamentação da matéria e dos temas que já foram submetidos a debate. Na sequência, passa-se a uma exposição a respeito da experiência do tribunal com a convocação de audiências públicas, destacando-se o baixo quórum desses eventos e os acórdãos que já foram proferidos em casos em que se realizaram audiências. Ao final, passa-se a uma análise crítica em que se apontam os aspectos positivos e negativos dessa experiência, assim como se sugerem meios de aprimorar a utilização do instituto.

Coord. Vanice Regina Lírio do Valle. Belo Horizonte: Fórum, 2012. P. 46, que apresenta seção própria a respeito do ponto, intitulada “[a] audiência pública como um mecanismo ditado pela prática”.

⁷⁵ “Se esses elementos – faltantes na propositura original da ação – se revelam de tal forma importantes que determinam a abertura dialógica; resta evidenciado o signo de relevância das contribuições que se venha a apresentar (...). Disso decorre que, para se reconhecer o efetivo desenvolvimento de uma deliberação, enriquecida pela oportunidade ao diálogo social, a decisão há de refletir a consideração desse exercício no seu raciocínio – sem o que a audiência pública se afigura como evento simbólico, e não como uma atividade efetivamente destinada à prática dialógica e ao robustecimento da deliberação pública” (VALLE, Vanice Regina Lírio do. *Et.al.* Op. cit. p. 120-121).

2.1. Panorama Geral

De acordo com Diogo Rais, as audiências públicas são

Instrumento pelo qual essa Corte ouve o público especializado ou com experiência na matéria para esclarecer questões ou circunstâncias de fato, com repercussão geral ou interesse público relevante, com a finalidade de esclarecer os Ministros sobre a matéria ou circunstâncias de fato, além de criar oportunidade para se debater simultaneamente as teses opostas e com fundamentos variados, ampliando e fomentando o debate dentro do Supremo Tribunal Federal e trazendo maior pluralidade ao processo constitucional, além de aproximar a sociedade da Corte e, ainda, possibilitar a aferição de efeitos do julgado, realizando um prognóstico do comportamento social diante da decisão a ser tomada.⁷⁶

Até o momento de conclusão deste estudo, haviam sido realizadas dezesseis audiências públicas pelo STF, em um período de sete anos, tendo em vista que a primeira ocorreu em 2007.

No início, elas eram convocadas com base nas Leis nº 9.868/1999 e nº 9.882/1999, que apenas preveem a possibilidade de realização de audiências no processo constitucional, mas não regulam o seu funcionamento. Por isso, o procedimento das três primeiras audiências foi determinado integralmente pelos ministros relatores.

Apenas em 2009, com a edição da Emenda Regimental nº 29/2009, o procedimento das audiências públicas foi disciplinado no âmbito do tribunal, nos termos do art. 154, parágrafo único, do Regimento Interno do STF. Ainda assim, o dispositivo conta com apenas sete incisos, que estabelecem comandos genéricos com relação à convocação e ao funcionamento das audiências. Veja-se o seu teor:

Art. 154. Serão públicas as audiências: (...)

III - para ouvir o depoimento das pessoas de que tratam os arts. 13, inciso XVII, e 21, inciso XVII, deste Regimento.

Parágrafo único: A audiência prevista no inciso III observará o seguinte procedimento:

I – o despacho que a convocar será amplamente divulgado e fixará prazo para a indicação das pessoas a serem ouvidas;

II - havendo defensores e opositores relativamente à matéria objeto da audiência, será garantida a participação das diversas correntes de opinião;

⁷⁶ RAIS, Diogo. A sociedade e o Supremo Tribunal Federal: o caso das audiências públicas. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 125.

- III – caberá ao Ministro que presidir a audiência pública selecionar as pessoas que serão ouvidas, divulgar a lista dos habilitados, determinando a ordem dos trabalhos e fixando o tempo que cada um disporá para se manifestar;
- IV – o depoente deverá limitar-se ao tema ou questão em debate;
- V – a audiência pública será transmitida pela TV Justiça e pela Rádio Justiça;
- VI – os trabalhos da audiência pública serão registrados e juntados aos autos do processo, quando for o caso, ou arquivados no âmbito da Presidência;
- VII – os casos omissos serão resolvidos pelo Ministro que convocar a audiência.

No que se refere ao despacho convocatório, o inciso I estabelece que o despacho ‘*será amplamente divulgado e fixará prazo para a indicação das pessoas a serem ouvidas*’. No entanto, ele não define a quem cabe essa indicação, o que acaba sendo determinado pelo relator. Por isso, não foram todos os casos em que a audiência foi aberta ao público, em algumas delas, apenas as partes envolvidas e os *amici curiae* puderam indicar expositores, como no caso da audiência convocada no âmbito da ADPF nº 101, que tratou da importação de pneus usados.⁷⁷

Da análise das audiências já realizadas, identificam-se três modalidades de indicação de expositores: (i) o convite, que é realizado diretamente pelo ministro Presidente da audiência pública; (ii) a indicação, realizada por interessados que participam do processo (*e.g.* autor, entidades que participam como *amici curiae*, assim como representantes do Congresso Nacional e do Poder Executivo) e (iii) a inscrição direta na audiência, independentemente da ligação com as partes, nos casos em que a inscrição é aberta ao público.

Quanto à seleção dos participantes dentre aqueles que se inscreveram ou foram indicados, os incisos II e III determinam apenas que deva ser garantida a manifestação de defensores e opositores da questão, cabendo ao ministro que presidir a audiência a seleção dos expositores, bem como a definição do tempo de que disporão para falar.

A divisão dos expositores entre *defensores* e *opositores* é alvo de críticas da doutrina, no sentido de que as audiências públicas não deveriam reproduzir a lógica

⁷⁷ Vale registrar, nesse sentido, a crítica tecida na obra coletiva coordenada por Vanice Lírio do Valle: “O mecanismo de seleção assegura algum nível de representatividade, mas não parece consentâneo com o ideal de abertura democrática à participação da sociedade como um todo, que não dispunha, a rigor, de um canal direto de comunicação com a Corte”. (VALLE, Vanice Regina Lírio do. *Et.al.* Op. cit. p. 72). No mesmo sentido, cf. LIMA, Bárbara Scavone Bellem de. “Participação Democrática no Controle de Constitucionalidade Brasileiro”. Dissertação de mestrado apresentada perante a Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. 2013. P. 64.

binária do processo civil.⁷⁸ O foco desses eventos, de acordo com os críticos, deveria ser a promoção do debate social e o levantamento do máximo de informações possíveis. Deveria se partir de uma lógica multitudinária, e não binária de argumentos favoráveis e contrários à procedência do pedido. Realmente, existem questões constitucionais complexas, que podem ser enxergadas por diversos pontos de vista. Não obstante, a previsão regimental não parece ter limitado o debate nas audiências públicas realizadas até hoje. A partir da análise da experiência do STF, exposta a seguir, verifica-se que o tão só fato de o regimento interno aludir a *defensores e opositores* não impediu que as mais diversas correntes de opinião se manifestassem livremente, por vezes com ponderações que não se identificavam plenamente com nenhum dos polos da demanda. Igualmente, já houve audiências convocadas para debater diversos aspectos controvertidos de políticas públicas, que não seguiram a lógica binária que é alvo de críticas.⁷⁹ Por isso, a crítica não soa de todo pertinente à luz da análise das audiências já realizadas.

Já com relação ao procedimento da audiência, o inciso IV apenas determina que o depoente deverá se limitar ao tema ou questão em debate. Nesse ponto, discute-se a respeito da possibilidade de se veicularem questões jurídicas nas audiências públicas. A matéria não é pacífica no tribunal. Por vezes, os ministros se manifestam no sentido de que o lugar apropriado para a veiculação de argumentos jurídicos é a sustentação oral realizada no dia do julgamento, motivo pelo qual esse tipo de ponderação não deveria ser veiculado nas audiências.⁸⁰ No entanto, por outras vezes, a matéria discutida pelo tribunal é essencialmente jurídica, de forma que se torna inevitável que as manifestações tangenciem a interpretação constitucional. No caso da audiência pública a respeito das ações afirmativas em universidades públicas, por

⁷⁸ A respeito do tema, cf. VESTENA, Carolina Alves. “Participação ou formalismo? O impacto das audiências públicas no Supremo Tribunal Federal Brasileiro”. Dissertação de mestrado defendida perante a Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas. 2010. P. 87. V. tb. LIMA, Bárbara Scavone Bellém de. Op. Cit. p. 69.

⁷⁹ A audiência pública que debateu a judicialização do direito à saúde é um exemplo emblemático nesse sentido. Nos seis dias de evento, o Ministro Gilmar Mendes dividiu as exposições em blocos temáticos que visaram a analisar a judicialização sob todos os espectros possíveis. o “Acesso às Prestações de Saúde no Brasil – Desafios ao Poder Judiciário”; “Responsabilidade dos Entes da Federação e Financiamento do SUS”; a “Gestão do SUS – Legislação do SUS e Universalidade do Sistema”; “Registro na ANVISA e Protocolos e Diretrizes Terapêuticas do SUS”; “As Políticas Públicas de Saúde –Integralidade do Sistema” e a “Assistência Farmacêutica do SUS”.

⁸⁰ Esse foi o caso, por exemplo, da audiência convocada na ADI nº 3.510, que tratou a respeito da pesquisa com células tronco embrionárias.

exemplo, muitas foram as manifestações a respeito da melhor interpretação do princípio da igualdade, o que seria praticamente inevitável pela própria natureza do tema. Ao final, o conteúdo e abrangência das manifestações são outros aspectos das audiências públicas que é definido de maneira casuística.

No que toca ao registro das audiências públicas, o inciso V estabelece que a audiência pública será transmitida pela TV⁸¹ e pela Rádio Justiça, enquanto o inciso VI prevê que os trabalhos serão registrados e juntados ao processo. No entanto, até o início da elaboração do presente trabalho, apenas a primeira e a terceira audiências públicas (convocadas nos autos da ADI nº 3.510 e da ADPF nº 54, respectivamente) tinham as suas notas taquigráficas juntadas aos autos do processo.

Essa ausência de registro das audiências públicas nos autos dos processos constitui um aspecto formal importante. Como se verá adiante, a frequência dos ministros nas audiências costuma ser muito baixa, em regra, comparecem entre um e três dos onze integrantes do tribunal. Esse dado combinado à circunstância de que as notas taquigráficas não costumavam ser juntadas aos autos compõem um indício de que muitas das contribuições oferecidas nas audiências públicas sequer chegariam aos ministros.

Todavia, no curso da realização deste trabalho, mais especificamente em 02 de abril de 2014, um pesquisador do Instituto Universitário de Pesquisa do Rio de Janeiro (IUPERJ) protocolou petições em todas as ações em que haviam sido realizadas audiências públicas solicitando a disponibilização das notas taquigráficas de cada uma delas, para fins de pesquisa acadêmica. A partir de então, os registros das começaram a ser disponibilizados no *site* do STF.⁸²

Por fim, o inciso VII atribui competência ao ministro que convocar a audiência para *julgar os casos omissos*. A amplitude da redação do dispositivo não deixa claro que casos seriam esses, mas a partir da análise da experiência do tribunal, percebe-se que todas as questões que venham a surgir com relação ao evento – relativas

⁸¹A TV Justiça disponibiliza vídeos em sua página da internet, que encaminha o internauta para o canal do STF no “*You Tube*”, basta acessar o link <http://www.tvjustica.jus.br/index/detalhar-noticia/noticia/222029>; acesso em 03.02.2014.

⁸² Alguns registros foram efetivamente juntados aos autos das ações, mas como alguns processos são físicos, as notas foram disponibilizadas na página do tribunal dedicada exclusivamente às audiências. (<http://www.stf.jus.br/portal/audienciaPublica/audienciaPublica.asp?tipo=realizada>, último acesso em 27.05.2014).

a quem serão os participantes, à possibilidade de contra argumentar informações trazidas por outros participantes, eventuais alterações de datas, dentre outras questões – são decididas pelo ministro que preside a audiência.⁸³

A Emenda Regimental também ampliou o espectro de casos em que as audiências podem ser convocadas, que deixaram de se limitar a hipóteses de controle concentrado de constitucionalidade. De acordo com o art. 13, XVII e com o art. 21, XVII do RISTF, as audiências públicas podem ser convocadas sempre que se entender necessário ao esclarecimento de questões ou circunstâncias de fato.⁸⁴ Os dispositivos não especificam em quais tipos de ação essa faculdade poderia ser utilizada e o tribunal, então, estendeu a sua utilização a casos de controle difuso de constitucionalidade, sem que tenham sido suscitados maiores questionamentos a respeito desse alargamento. Até hoje, das 16 audiências públicas já realizadas, 5 delas foram invocadas em casos de controle difuso.⁸⁵

Além disso, com a Emenda Regimental, abriu-se a possibilidade de o Presidente do STF convocar a audiência, não estando essa prerrogativa limitada ao

⁸³A ampla margem de discricionariedade conferida ao relator é objeto de críticas pela doutrina brasileira. De acordo com Anna Cândida da Cunha Ferraz, “[c]abe, ainda, anotar que também fica à discrição do Relator escolher as entidades representativas da sociedade que podem participar da audiência. Embora a regra regulamentar exija respeito à igualdade e à proporcionalidade, essa escolha pode se mostrar até tendenciosa, se não houver critérios rigorosos a respeito dela, já que a decisão é irreversível”. (FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. “A Projeção da Democracia Participativa na Jurisdição Constitucional no Brasil: As Audiências Públicas e a sua Adoção no Modelo Concentrado de Constitucionalidade”, p. 118). Nesse mesmo sentido, para Gustavo Binbenbajm, “não se afigura acertada a opção da Lei nº 9.868/99 por fazer do relator o juiz exclusivo da conveniência e da oportunidade dessas manifestações previstas nos artigos 7º e 9º. Seguindo a interpretação conforme a Constituição, que privilegie o contraditório e a ampla defesa, as partes poderão requerer as providências acima aludidas, insurgindo-se, inclusive, por via de agravo interno dirigido ao Plenário da Corte, contra eventual decisão contrária do Relator” (BINENBOJM, Gustavo. A democratização da jurisdição constitucional e o contributo da Lei nº 9.868/99. Op. Cit. p. 101).

⁸⁴ “Art. 13. 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.”

“Art. 21. 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.

XVIII – decidir, de forma irreversível, sobre a manifestação de terceiros, subscrita por procurador habilitado, em audiências públicas ou nos processos de sua relatoria.”

⁸⁵Audiências públicas relativas à judicialização do direito à saúde (2009), ao campo eletromagnético de linhas de transmissão de energia (2013), às queimadas em canaviais (2013) e ao regime prisional (2013) e à diferença de classes no SUS (2014).

ministro relator da ação em questão, ampliando a regra do art. 9º, § 1º e do art. 20, §1º, ambos da Lei 9.868/99. A única vez em que o Presidente do Tribunal utilizou a competência que lhe foi conferida pelo art. 13, XVII do RISTF ocorreu na ocasião da audiência sobre a judicialização do direito à saúde. Ela foi convocada pelo Ministro Gilmar Mendes com base em uma série de processos de suspensão de liminar e de suspensão de tutela antecipada, que são da competência do Presidente.

Dentre os integrantes da Corte, o Ministro Luiz Fux sobressai como o que mais convocou audiências públicas. Desde 2011, quando tomou posse no STF, ele determinou a realização de cinco audiências, aproximadamente um terço do total. Na sequência, aparecem o Ministro Marco Aurélio, com um total de três audiências; a Ministra Cármen Lúcia, o Ministro Gilmar Mendes, e o Ministro Dias Toffoli, cada um responsável por duas e, por fim o Ministro Ayres Britto (já aposentado) e o Ministro Ricardo Lewandowski, cada um com uma audiência pública. Assim, considerando-se a composição atual, apenas seis dos onze ministros já utilizaram essa prerrogativa.

Em uma evolução temporal, verifica-se que no ano de 2013 houve um aumento significativo do número de audiências públicas realizadas, um total de sete, ao passo que nos anos anteriores o máximo havia sido de duas por ano, sendo que em 2011 não ocorreu nenhuma.⁸⁶ Não há, contudo, como verificar se esta é uma tendência no comportamento do STF, pois apenas com o tempo será possível identificá-la.

Quanto às matérias submetidas a debate, as audiências já realizadas versaram sobre um espectro bastante variado de temas, de forma que não é possível identificar nenhuma inclinação do tribunal no que tange à escolha das matérias que ensejam a sua convocação. A fim de facilitar a visualização, a tabela abaixo expõe sistematicamente os temas de cada uma delas, com as respectivas datas de realização e o ministro que as presidiu:

⁸⁶Precisamente, em 2007 foi realizada apenas uma audiência pública; em 2008, duas; em 2009, uma, em 2010, uma; em 2012, duas, em 2013 sete e, até a finalização deste trabalho, em 2014 havia ocorrido uma.

Uma hipótese possível para explicar o incremento significativo do número de audiências em 2013 está relacionada à intensificação do diálogo entre o STF e a sociedade, especialmente desde o julgamento do caso do Mensalão. Passada a fase mais densa do julgamento, em que o tribunal esteve exposto de forma significativa na mídia, no ano de 2013 as audiências contribuíram para a manutenção do diálogo do tribunal com a sociedade. Temas polêmicos, como o caso das biografias não autorizadas e o programa Mais Médicos do governo federal, acabaram sendo objeto de audiências públicas.

Tabela 1 – Audiências Públicas já realizadas pelo STF.

	Tema	Ministro que presidiu a audiência	Data de realização
1	Pesquisas com células-tronco embrionárias Referência: ADI nº 3.510.	Min. Ayres Britto	20/04/07
2	Importação de pneus usados. Referência: ADPF nº 101.	Min. Carmen Lucia	27/06/08
3	Interrupção de gravidez - Feto anencéfalo Referência: ADPF nº 54.	Min. Marco Aurélio	26 e 28/08/08 04 e 16/09/08
4	Judicialização do direito à saúde Referência: SL nº 47, SL nº 64, STA nº 36, STA nº 185, STA nº 211, STA nº 278, SS nº 2.361, SS nº 2.944, SS nº 3.345, SS nº 3.355	Pres. Min. Gilmar Mendes	26, 27 e 28/04/09 4, 6 e 7/05/09
5	Políticas de ação afirmativa de acesso ao ensino superior Referência: ADPF nº 186 e RE nº 597.285.	Min. Ricardo Lewandowski	3, 4 e 5/03/10.
6	Lei Seca - Proibição da venda de bebidas alcoólicas nas proximidades de rodovias Referência: ADI nº 4.103.	Min. Luiz Fux	7 e 14/05/12.
7	Proibição do uso de amianto Referência: ADI nº 3.937.	Min. Marco Aurélio	24 e 31/08/12.
8	Novo marco regulatório para a TV por assinatura Referência: ADI nº 4.679, ADI nº 4.756 e ADI nº 4.747	Min. Luiz Fux	18 e 25/02/13
9	Campo Eletromagnético de Linhas de Transmissão de Energia Referência: RE 627.189	Ministro Dias Toffoli,	6,7 e 8/03/13
10	Queimadas em Canaviais Referência: RE 586.224.	Min. Luiz Fux	22/04/13.
11	Regime Prisional Referência: RE 641.320	Min. Gilmar Mendes	27 e 28/05/13
12	Financiamento de Campanhas	Min. Luiz Fux	17 e 24/06/13.

	Eleitorais Referência: ADI 4.650.		
13	Biografias não Autorizadas Referência: ADI nº 4.815	Min. Cármen Lúcia,	21 e 22/11/13
14	Programa “Mais Médicos” Referência: ADI nº 5.037 e ADI nº 5.035	Min. Marco Aurélio	25 e 26/11/13
15	Alterações no Marco Regulatório da Gestão Coletiva de Direitos Autorais Referência: ADI nº 5.062 e ADI nº 5.065.	Min. Luiz Fux	17/03/14
16	Internação Hospitalar com Diferença de Classe no SUS RE nº 581.488	Min. Dias Toffoli	26/05/2014

Traçado esse panorama geral, passa-se à análise de cada uma das audiências já realizadas pelo STF.

2.2. As audiências públicas já realizadas: análise da experiência do STF

Na exposição das audiências já realizadas, são adotados alguns parâmetros para nortear a análise. Em cada uma das audiências se destacam (i) o objeto do processo em que a audiência foi convocada; (ii) o procedimento de convocação; (iii) os expositores que participaram da audiência pública; (iv) quem foram os ministros que participaram da solenidade e (v) o perfil geral da audiência. Além disso, em sexto lugar (vi) destacam-se reflexões críticas, nas hipóteses em que as audiências suscitaram comentários desse gênero.

No entanto, nem todos os casos despertam reflexões críticas. Como se pontuou anteriormente, as audiências públicas apresentaram perfis bastante diversificados e por isso apenas com relação a algumas delas há comentários a tecer além da análise descritiva. A opção por esse modelo se deve ao fato de que muitas das críticas só são aplicadas àquela audiência pública em particular. Por isso, separar a análise descritiva da prescritiva prejudicaria a clareza da exposição. Em todo caso, após a análise dos acórdãos, passa-se a um balanço geral a respeito da experiência do STF.

2.2.1 Pesquisas com células tronco embrionárias – ADI nº 3.510

O Caso. A primeira audiência pública do STF tratou das pesquisas com células tronco embrionárias, objeto da ADI nº 3.510.⁸⁷ A questão posta diante dos ministros dizia respeito à constitucionalidade do art. 5º da Lei nº 11.105/2005, também conhecida como Lei de Biossegurança, que permitiu o uso de células tronco embrionárias em pesquisas científicas. As células são retiradas de embriões obtidos por meio de fertilização *in vitro* que não seriam mais utilizados para esse fim. Vale a nota, também, de que além da realização da audiência pública, a ação direta também contou com a participação de cinco *amici curiae*, que apresentaram pontos de vista diversificados a respeito do tema.

A Convocação. É interessante observar que esta primeira audiência pública do STF não foi convocada de forma espontânea pelo relator, ela havia sido requerida já na petição inicial, apresentada em 30 de maio de 2005 pelo Procurador Geral da República. A petição deu enfoque especial a questões fáticas, apoiando a sua tese na fecundação como o início da vida, que foi robustecida por estudos científicos que destacavam os avanços técnicos obtidos com a utilização de células tronco adultas. Assim, junto com o pedido de declaração de inconstitucionalidade do art. 5º da Lei de Biossegurança, o autor também requereu a realização de audiência pública, apresentando desde logo um rol de especialistas a serem ouvidos.

A convocação só veio a ocorrer aproximadamente um ano e meio depois, em despacho proferido pelo Ministro Ayres Britto em 19 de dezembro de 2006. Em 16 de março de 2007, foi proferido novo despacho para determinar as regras aplicáveis à audiência, a data e local de sua realização, bem como a expedição de convites e ofícios a potenciais interessados. Vale registrar que o despacho convocatório somente abriu espaço para que o requerente,⁸⁸ requeridos⁸⁹ e instituições admitidas como *amici curiae*⁹⁰ indicassem participantes.

⁸⁷ Para uma análise pormenorizada a respeito da primeira audiência pública realizada pelo STF, cf. 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.” Monografia apresentada à Sociedade Brasileira de Direito Público – SBDP.

⁸⁸ Após a indicação de expositores na petição inicial, o autor foi intimado para confirmar a presença dos especialistas. (cf. despacho do Min. Carlos Britto, de 20.03.2007, publicado no D.J. em 30.03.2007).

Tendo em vista que o Regimento Interno do STF ainda não disciplinava o procedimento da audiência, no despacho convocatório o ministro adotou a disciplina do Regimento Interno da Câmara dos Deputados (arts. 255 a 258) no que tange à condução dos trabalhos. No despacho que convocou a audiência não houve maiores esclarecimentos a respeito do critério utilizado pelo ministro para escolher quais indicados seriam habilitados.⁹¹

Os Expositores. A audiência pública foi marcada essencialmente pela participação de integrantes da comunidade científica. Os expositores eram todos membros da academia e tinham formação e atuação na área das ciências médicas e biológicas, à exceção da antropóloga Débora Diniz que, não obstante, é especializada em pesquisas em Bioética. A audiência contou com o total de vinte e dois especialistas, divididos em um grupo a favor e outro contrário às pesquisas, que se revezaram na exposição de temas técnicos variados.⁹² O grupo contrário e o grupo favorável às pesquisas contou com exatamente o mesmo número de expositores, onze para cada.

Ao longo da solenidade o Ministro Ayres Britto deixou claro que “o objetivo operacional desta audiência é colher dados, elementos que nos possibilitarão, (...) a formulação mais consistente, mais desembaraçada deste conceito operacional do

⁸⁹ A Presidência da República e a Mesa do Congresso Nacional indicaram especialistas. (informação obtida na sessão de Acompanhamento Processual do site do Supremo Tribunal Federal, datada de 10.04.2007).

⁹⁰ A Conectas Direitos Humanos, o Movimento em Prol da Vida e a Confederação Nacional dos Bispos do Brasil (CNBB) também indicaram especialistas. (informação obtida na sessão de acompanhamento processual do site do Supremo Tribunal Federal, datadas de 14.02.2007 (Conectas/CDH) e 12.02.2007 (MOVITAE) e de 17.04.2007 (CNBB)).

⁹¹ Posteriormente, no relatório do acórdão, o ministro consignou que foi proporcionada a abertura para “dialogar com cientistas não pertencentes à área jurídica” e que o objeto de estudo abrangia “os mais numerosos setores do saber humano formal”. (ADI nº 3.510, Rel. Min. Ayres Britto, DJ 28/05/2010, Relatório, p. 11)

⁹² Integraram estes blocos, por ordem de apresentação: Bloco favorável à realização das pesquisas: Mayana Zatz; Patrícia Helena Lucas Pranke; Lúcia Willadino Braga; Stevens Rehen; Rosália Mendes Otero; Júlio Voltarelli; Ricardo Ribeiro dos Santos; Lygia V. Pereira; Luiz Eugênio Araújo de Moraes Mello; Antonio Carlos Campos de Carvalho; Débora Diniz. Bloco contrário à realização das pesquisas: Lenise Aparecida Martins Garcia; Cláudia Maria de Castro Batista; Lilian Piñero Eça; Alice Teixeira Ferreira; Marcelo Vaccari; Antonio José Eça; Elizabeth Kipman Cerqueira; Rodolfo Acatauassú Nunes; Herberth Praxedes; Dalton Luiz de Paula Ramos; Rogério Pazetti. Destes 22 especialistas, 4 não constavam da lista de convidados, da relação apresentada pela Procuradoria da República na petição inicial, nem do requerimento apresentado pela CNBB. São eles: Lúcia Willadino Braga e Júlio Voltarelli, favoráveis às pesquisas e Marcelo Vaccari e Antonio José Eça, contrários às pesquisas

que seja a vida”⁹³, e acentuou, em diversos momentos, que as considerações dos especialistas deveria se ater às suas áreas de atuação.

Segundo o ministro, “*os temas, os enfoques, as análises de ordem propriamente jurídica ficarão para a audiência de julgamento do mérito da ADI*”.⁹⁴ Tanto assim que dois participantes que haviam sido indicados – Paulo Silveira Martins Leão Júnior e Oscar Vilhena Vieira – não participaram da audiência pública justamente porque eram profissionais com formação jurídica e esse não era o enfoque da audiência pública, segundo o ministro.⁹⁵ O relator fez diversas intervenções ao longo das exposições, coibindo comentários de cunho moral e político, demonstração de embate entre os expositores ⁹⁶ e manifestações da plateia.⁹⁷ Tudo a fim de manter a audiência adstrita à sua função instrutória.

Os ministros que participaram da audiência. No que se refere ao quórum da solenidade, a primeira audiência pública foi a que contou com a presença do maior número de ministros, quatro no total: a Ministra Ellen Gracie, o Ministro Carlos Ayres Britto, o Ministro Joaquim Barbosa e o Ministro Gilmar Mendes. Os Ministros Ricardo Lewandowski e Eros Grau, a despeito de não estarem presentes, assistiram pela TV Justiça e enviaram pedidos de esclarecimentos aos especialistas ao final da audiência. De todos os ministros, no entanto, apenas o relator, Ministro Carlos Ayres Britto, e o Ministro Joaquim Barbosa assistiram à sessão em sua totalidade.⁹⁸

O perfil da audiência. Apesar de o tema em debate envolver aspectos morais relevantes, o perfil da primeira audiência pública do STF foi eminentemente técnico. A despeito de ter sido invocada como “*um mecanismo da democracia*

⁹³ Notas taquigráficas, p. 4.

⁹⁴ Idem, p. 99.

⁹⁵ De acordo com o Ministro Ayres Britto, “(...) alguns advogados e juristas se habilitaram para falar na sessão de hoje e tivemos de demovê-los desse propósito, porque a exposição propriamente jurídica não é para hoje”. Notas taquigráficas, p. 99.

⁹⁶ Ao abrir a segunda parte da audiência, o ministro consignou que “[a] primeira parte expositiva transcorreu em clima de respeito, de reverência. Não houve contraposição de quem quer que fosse. O certo é isso. Aqui, não haverá contraditório, debate, confronto.” Notas taquigráficas, p. 55.

⁹⁷ De acordo com o Ministro Ayres Britto, “mais uma vez, peço que a plateia não se manifeste, porque, no âmbito das sessões jurisdicionais, não existe essa possibilidade de participação. Embora se trate de uma audiência pública – já expliquei –, esta que estamos a promover tem um caráter instrumental, tem um caráter instrutório.” Notas taquigráficas, p. 63.

⁹⁸ Informação obtida em LIMA, Rafael Scavone Bellem de. Op. Cit., p. 38.

participativa, ou democracia direta”,⁹⁹ a finalidade da sua convocação foi a instrução da ação direta, a coleta de dados científicos a respeito, por exemplo, da potencialidade dessas pesquisas e da diferenciação entre a utilização de células tronco adultas e embrionárias.

Reflexões críticas. Em estudo detalhado a respeito dessa audiência, Rafael Scavonne Bellem de Lima destaca que os participantes selecionados para o grupo contrário às pesquisas possuía currículo tecnicamente inferior ao grupo favorável.¹⁰⁰ De acordo com entrevista concedida por Cláudia Maria de Castro Batista, pesquisadora ligada ao grupo contrário às pesquisas com células embrionárias, o fato de a articulação desse grupo ter sido realizada pela Procuradoria Geral da República culminou na escolha de participantes que não eram ligados à comunidade científica e disso decorreu um desequilíbrio na audiência, tendo em vista que um lado estaria, de acordo com a pesquisadora, muito mais bem preparado do que o outro.¹⁰¹ Além disso, também cabe registrar que o fato de apenas as partes do processo terem tido a oportunidade de indicar participantes limitou a abertura do debate a potenciais

⁹⁹ Notas Taquigráficas, p. 215.

¹⁰⁰De acordo com o autor, “a forma como os especialistas foram indicados para participar da audiência pública mereceu críticas de Cláudia Maria de Castro Batista, que integrou o bloco contrário às pesquisas com células-tronco embrionárias humanas. Para a pesquisadora, a centralização da escolha dos participantes e da organização do bloco expositor contrário às pesquisas nas mãos da Procuradoria Geral da República resultou em um grupo menos ligado à área científica do que aquele que era favorável às pesquisas com células-tronco embrionárias humanas. Disso resultou uma disparidade muito grande na representação das posições”. (LIMA, Rafael Scavone Bellem de. Op. Cit., p. 24).

¹⁰¹ De acordo com a pesquisadora, “[n]ão houve tempo também, por parte da Procuradoria, de organizar uma coisa bem feita. Eu não vi isso. A princípio eu achei que eu iria organizar e colocar pessoas que seguissem uma linha de pensamento e acabou que foram pessoas que não se conheciam, de nada, eu não conhecia ninguém do lado da Procuradoria e algumas prestaram depoimentos que foram lamentáveis. [...]Teve um que era totalmente fora da área acadêmica, científica. Eu não sei o que ele estava fazendo lá, como ele foi parar lá, eu nunca tinha ouvido ele falar em público, por isso, para mim, foi um choque. [...] E o outro lado estava muito mais preparado, porque eram pessoas que, aí sim, eu conheço todo mundo há muitos anos, são pessoas todas da área acadêmica, cientistas e pesquisadores. Eu sabia o que cada um iria falar, iram apresentar muito bem. Falam muito bem e têm uma linha coerente. Então ficou uma coisa meio disparatada. *A senhora acha que talvez fosse possível, caso fosse dado mais tempo e fosse melhor organizado, que o bloco contrário às pesquisas selecionasse um pessoal tão preparado e articulado quanto o outro?* Também, também, também. [...]. O Fonteles entrou em contato comigo, disse que haveria uma reunião, eu fui e aí eu vi algumas pessoas, não todas, enfim, subentendi que eu iria organizar a coisa, com um grupo do meu conhecimento. Mas aí eu vi iriam só dois ou três, três pessoas além de mim que estavam preparadas. Eram mal preparadas por não serem da área científica, mais ligadas à área da saúde pública, não científica, com pesquisa em si. Algumas tinham a melhor da boa vontade em defender o lado ético; não tinham preparação para isso, eu acho que foi mais por aí: Pessoas com muita boa vontade, sem preparação.” (Transcrição da entrevista com Cláudia Maria de Castro BatistainLIMA, Rafael Scavone Bellem de. Op. Cit., p. 24)

interessados, o que, como registrou o Ministro Relator, era um dos objetivos da audiência.

2.2.2 Importação de pneus usados – ADPF nº 101

O Caso. A segunda audiência pública foi convocada pela Ministra Cármen Lúcia nos autos da ADPF nº 101, ajuizada pelo Presidente da República, que tratou a respeito da possibilidade de importação de pneus usados.

A controvérsia teve início em decisão do Tribunal *ad hoc* do Mercosul, que autorizou esse tipo de importação entre seus Estados-Membros. À época, existiam diversos atos do Poder Executivo brasileiro que proibiam essa importação, mas, por meio de decisões judiciais que faziam valer o entendimento firmado no âmbito do Mercosul, somente no ano de 2005 haviam sido importados doze milhões de pneus usados. A arguição, então, insurgiu-se contra esta interpretação, indicando como preceitos violados o direito à saúde e ao meio ambiente equilibrado. O processo contou com a participação de quatorze entidades que ingressaram como *amici curiae*.

A Convocação. No despacho convocatório, a Ministra Cármen Lúcia justificou a realização da audiência pública pela necessidade de um exame mais acurado das razões e dos fundamentos fáticos envolvidos, apontando o alto número de pedidos de participação como *amici curiae* (quinze) como indicativo da repercussão da matéria.¹⁰²

Na ocasião, a ministra se dirigiu apenas aos *amici curiae* para que manifestassem o seu interesse em participar da audiência – no despacho mais restritivo com relação aos legitimados a indicar participantes já proferido pelo STF –, mas o Presidente da República, autor da ação, também indicou participantes.

Como à época ainda não havia regulamentação da audiência, a relatora criou regras no despacho convocatório. Caso o número de especialistas inscritos fosse elevado e não houvesse consenso dentre os interessados, a seleção dos participantes

¹⁰² ADPF nº 101, Min. Cármen Lúcia, 09.07.2008.

seria realizada na forma de sorteio, com quatro participantes de cada grupo.¹⁰³ Ao total, foram indicados vinte participantes para a audiência pública, sendo onze apontados pelos *amici curiae* e nove pelo Presidente da República e, por isso, o sorteio foi realizado. Ao final, foram habilitados dez expositores, cinco para cada uma das teses contraditórias,¹⁰⁴ que foram apresentadas alternadamente.

Os Expositores. Os expositores que defenderam a importação foram todos indicados por *amici curiae* vinculados à indústria e apresentaram aspectos técnicos variados a respeito da matéria.¹⁰⁵ Já o grupo contrário à importação foi predominantemente composto por representantes de setores governamentais, como comércio exterior, saúde e meio ambiente.¹⁰⁶

No que diz respeito à qualificação dos especialistas, participaram empresários, ambientalistas, químicos e juristas. Nota-se, assim, um rigor menor com a

¹⁰³ Confira-se trecho do despacho: “6.1. Os amici curiae admitidos e que manifestarem interesse em indicar especialistas para participar da audiência pública deverão fazê-lo pelo endereço eletrônico adpf101@stf.gov.br, até o dia 20.6.2008, consignando a tese que defendem; 6.2. A relação dos inscritos habilitados a participar da audiência pública estará disponível no portal deste Supremo Tribunal Federal a partir dia 21.6.2008; 6.3. Se for grande o número de especialistas inscritos e não se chegar ao consenso entre os interessados para a escolha dos que se manifestarão sobre cada uma das teses, serão sorteados 4 representantes de cada grupo, no início da audiência pública, para que cada expositor sorteado apresente-se da tribuna por, no máximo, 20 minutos; 6.4. Na abertura da audiência pública, o Argüente terá a palavra em primeiro lugar, pelo prazo de 20 minutos. Na seqüência, será sorteada a ordem dos expositores dos grupos, cuja manifestação alternará segundo a tese defendida; 6.5. Apresentados os grupos, será dada a palavra ao Procurador-Geral da República por, no máximo, 20 minutos; 6.6. O conteúdo das apresentações será transmitido pela TV e Rádio Justiça e pelas demais transmissoras que assim o requererem. 7. Quaisquer documentos referentes à presente Argüição poderão ser encaminhados pela via impressa e eletrônica, para o endereço adpf101@stf.gov.br. 8. Intime-se o Argüente para a audiência pública. 9. Como garantia do princípio da igualdade das partes em juízo e à exequibilidade da audiência pública, faculto a remessa dos documentos pela via eletrônica para o endereço adpf101@stf.gov.br, os quais ficarão disponíveis no portal deste Supremo Tribunal Federal.” (ADPF nº 101, Min. Cármen Lúcia, 09.07.2008).

¹⁰⁴ Os dez expositores, contudo, foram representados por onze especialistas, pois uma das exposições foi dividida entre a conselheira Zuleica Nycs, do Conselho Nacional de Meio Ambiente (CONAMA) e o diretor do Departamento de Negociações Internacionais do Ministério das Relações Exteriores, Evandro Sampaio Didonet, ambos contrários à importação.

¹⁰⁵ Defenderam a importação do ex-secretário de Estado da Indústria e Comércio do Paraná, Francisco Simeão Rodrigues Neto; o presidente do Instituto Ambiental do Paraná, o engenheiro Vitor Burko; o representante da Pneuback, Emanuel Roberto de Nora Serra; o representante da Associação Brasileira de Reformadores de Pneus, Ricardo Alípio da Costa e o professor da Universidade Positivo e doutor em gestão de resíduos, Paulo Janissek.

¹⁰⁶ Defenderam a proibição da importação, a representante do IBAMA, Zilda Maria Veloso; Zuleica Nycs, do CONAMA e o diretor do Departamento de Negociações Internacionais do Ministério das Relações Exteriores, Evandro Sampaio Didonet; o Ministro do Meio Ambiente Carlos Minc e o representante do Ministério da Saúde Haroldo Bezerra (que destacou o problema da dengue). Encerradas as exposições, a Ministra Cármen Lúcia franqueou a palavra ao Sub-Procurador Geral da República, Mário Gisi, que deixou clara a posição do Ministério Público contrária à importação.

qualificação estritamente técnico dos especialistas ouvidos. Vale destacar que a relatora, nesse caso, diferentemente do Ministro Ayres Britto, permitiu a participação de juristas que, inclusive, representavam *amici curiae* na ADPF nº 101. Mas isso com a ressalva de que eles seriam admitidos na qualidade de especialistas “*não no processo, mas na matéria cuidada*”, de forma que não deveriam tratar de matéria de Direito.¹⁰⁷

Os ministros que participaram da audiência. A audiência contou com a participação de apenas dois membros da corte além da relatora, os Ministros Ayres Britto e Ricardo Lewandowski. O Ministro Gilmar Mendes, à época Presidente do STF, esteve presente apenas para abrir a solenidade, mas logo passou a palavra à Ministra Cármen Lúcia e se ausentou.

O perfil geral da audiência. Modo geral, a segunda audiência pública também apresentou natureza eminentemente instrutória, com o intuito de subsidiar os argumentos trazidos pelas partes ao processo,¹⁰⁸ sem que tenha havido uma ampliação muito maior do debate.

A audiência não despertou grande repercussão social, tendo sido pouco divulgada pela mídia. Nessa linha, parece acertada a observação de Diogo Rais, no sentido de que a audiência pública foi uma das que menos alcançou a sociedade civil, característica que atribui à natureza do tema que, apesar de relevante, não desperta o interesse da maior parcela da sociedade.¹⁰⁹

¹⁰⁷Em e-mail enviado por Patrícia Hernandez, questionou-se a respeito da qualificação dos especialistas que seriam admitidos. Confira-se a pergunta endereçada ao tribunal, bem como a respectiva resposta:

“3.ESPECIALISTAS seriam: técnicos, advogados? Qual qualificação do ESPECIALISTA? O sentido da palavra especialista é a que consta da Lei n. 9.882/99 (art. 6º, § 1º), sendo óbvio que audiência pública não é espaço nem promove o momento para sustentação oral jurídica: é a oportunidade para especialistas da área defenderem as teses de que cuida a ação.”

(Cf.:

<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaAdpf101/anexo/ADPF101Consulta1.htm>, acesso em 29.05.2014).

¹⁰⁸ Na obra coletiva coordenada por Vanice Regina Lírio do Valle, destaca-se que o tom da audiência pública, não foi propriamente a de um amplo debate social, pois “... o que se configurou foi uma espécie de “réplica” dos “amigos da corte” aos argumentos centrais suscitados na arguição, justamente porque a maioria destes atuava na defesa de seus próprios interesses, posto que atingidos diretamente pelos efeitos da futura decisão.” (VALLE, Vanice Regina Lírio do, [et. al.], p. 74).

¹⁰⁹ De acordo com o autor, trata-se de “tema demasiadamente importante, mas não de preocupação tão comum e direta como direito a vida, a saúde ou igualdade. As outras audiências públicas realizadas trataram de temas altamente polêmicos e delicados que orbitam o núcleo de direitos fundamentais que interessam a todos, como vida, saúde ou a igualdade. O interesse na ADPF n. 101 é um interesse típico de uma parcela especializada da sociedade, seja por convicções ambientais ou mercadológicas, pois o mercado envolvido é voraz e não poupa esforços para buscar decisões favoráveis, existindo,

Reflexões críticas. A única crítica a tecer com relação à audiência diz respeito ao fato de o despacho convocatório ter se dirigido exclusivamente aos *amici curiae*. Com efeito, se além da função de instruir o processo, a audiência também almejava a “*democratização do processo judicial*”, como consignou a Ministra Carmen Lúcia na abertura do evento, o processo de inscrição deveria ter sido aberto aos interessados na matéria e não restrito aos *amici*.

2.2.3 Interrupção da gravidez de feto anencéfalo – ADPF nº 54

O Caso. A terceira audiência pública realizada pelo STF tratou da possibilidade de interrupção da gravidez de fetos anencéfalos, objeto da ADPF nº 54.¹¹⁰ A arguição foi ajuizada pela Confederação Nacional dos Trabalhadores da Saúde (CNTS) ao argumento de que o Código Penal (em seus arts. 124, 126 e 128, incisos I e II) violava os princípios da dignidade da pessoa humana, da legalidade, da liberdade e da autonomia da vontade, bem como o direito à saúde, na medida em que não distinguia o caso da interrupção de gravidez de feto anencéfalo dos casos de aborto reprimidos pelo ordenamento jurídico brasileiro.

A Convocação. A convocação da audiência no caso da ADPF nº 54 ocorreu em situação peculiar. O relator da ação, Ministro Marco Aurélio, determinou a realização da audiência após indeferir todos os pedidos de ingresso de *amici curiae* que haviam sido formulados.¹¹¹⁻¹¹² Assim, a audiência possivelmente foi convocada como uma forma de compensar a ausência dos *amici curiae*.

provavelmente, forte pressão, mas não aquela proveniente da sociedade comum não especializada” (RAIS, Diogo. Op. Cit. p. 95).

¹¹⁰ Para reflexões a respeito da audiência pública realizada no bojo da ADPF nº 54, cf. FRAGALLE, Roberto. “Audiências públicas e seu impacto no processo decisório. AADPF 54 como estudo de caso.” Seminário apresentado no 37º Encontro Anual da Associação Nacional de Pós-Graduação e Pesquisa em Ciências Sociais – ANPOCS. Rio de Janeiro, setembro de 2013; CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. *As Audiências Públicas no Supremo Tribunal Federal Brasileiro: o Exemplo da ADPF 54*. Artigo disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=01d8bae291b1e472>, acesso em 15/07/2014; CARVALHO, Flávia Martins de. Audiência pública tenta legitimar decisão sobre aborto. Artigo publicado no site Consultor Jurídico em 11 de maio de 2011. Cf. em: http://www.conjur.com.br/2011-mai-17/audiencia-publica-tenta-democratizar-decisao-aborto-anencefalo#_ftn5_6035, acesso em 08.02.2014.

¹¹¹ Foram elas a Conferência Nacional dos Bispos do Brasil (CNBB), a ONG Católicas pelo Direito de Decidir, a Associação Nacional Pró-vida e Pró-família e a Associação de Desenvolvimento da Família.

¹¹² A situação é curiosa especialmente pelo teor das decisões de indeferimento. O ministro relator basicamente se limitou a afirmar que a decisão de admissão dos *amici curiae* era discricionária e que,

No despacho convocatório, o relator assinalou que “*a matéria em análise deságua em questionamentos múltiplos (...) [d]aí a conveniência de acionar-se o disposto no art. 6º, §1º, da Lei nº 9.882, de 3 de dezembro de 1999*”, inclusive por motivo de economia processual.¹¹³ Na ocasião, o relator entendeu por “*oportuno ouvir, em audiência pública não só as entidades que requereram a admissão como amicus curiae*”, mas também outras entidades das mais diversas naturezas.¹¹⁴ Ante a ausência de regulamentação do procedimento, a audiência transcorreu basicamente pela orientação do Ministro Marco Aurélio na condução dos trabalhos.

Os Expositores. A audiência foi marcada pela pluralidade de expositores. O encontro foi mais longo do que nas outras ocasiões, tendo se estendido por quatro dias, com a participação de vinte e cinco representantes de diferentes áreas, como religiosos, comunidade científica, parlamentares, jornalistas, sociólogos, sociedade civil e governo.

O enfoque escolhido pelo Ministro Marco Aurélio foi o de uma audiência interdisciplinar, estabelecendo a contraposição de aspectos religiosos, éticos, médicos e ideológicos que entremeavam a questão, mesmo porque o pedido formulado acentuou a questão da interrupção da gravidez como matéria ligada à dignidade e à autonomia reprodutiva da mulher.

portanto, indeferia o ingresso das requerentes. Não apresentou nenhuma justificativa a respeito da impertinência de sua participação. A fundamentação foi similar nos quatro casos e, de tão sucinta, é digna de transcrição: “Seria dado versar sobre a aplicação, por analogia, da Lei nº 9.868/99, que disciplina também processo objetivo - ação direta de inconstitucionalidade e ação declaratória de constitucionalidade. Todavia, a admissão de terceiros não implica o reconhecimento de direito subjetivo a tanto. Fica a critério do relator, caso entenda oportuno. Eis a inteligência do artigo 7º, § 2º, da Lei nº 9.868/99 e do artigo 6º da Lei nº 9.882/99, sob pena de tumulto processual. Tanto é assim que o ato do relator, situado no campo da prática de ofício, não é suscetível de impugnação na via recursal. 3. Indefiro o pedido formulado e, ante essa óptica, determino a devolução à requerente da peça apresentada e dos documentos que a acompanham” (cf. por todas ADPF 54, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 23/08/2004, p. 30/08/2004). A decisão foi criticada pelo Ministro Gilmar Mendes, que “reputou não razoável a ausência, nesse julgamento, de algumas entidades que tentaram se habilitar como amici curiae”, conforme noticiado no Informativo nº 661 do STF.

¹¹³ Nos termos da convocação da audiência, “o princípio da economia e celeridade processuais direciona ao máximo de eficiência da lei com o mínimo de atuação judicante”. ADPF 54, Relator Min. Marco Aurélio, julgado em 28/09/2004, publicado em DJ 05/10/2004.

¹¹⁴ A saber: “Federação Brasileira de Ginecologia e Obstetrícia, Sociedade Brasileira de Genética Clínica, Sociedade Brasileira de Medicina Fetal, Conselho Federal de Medicina, Rede Nacional Feminista de Saúde, Direitos Sociais e Direitos Representativos, Escola de Gente, Igreja Universal, Instituto de Biotécnica, Direitos Humanos e Gênero bem como o hoje deputado federal José Aristodemo Pinotti, este último em razão da especialização em pediatria, ginecologia, cirurgia e obstetrícia e na qualidade de ex-Reitor da Unicamp, onde fundou e presidiu o Centro de Pesquisas Materno-Infantis de Campinas – CEMICAMP”.

Diferentemente das duas primeiras audiências, os expositores não foram divididos pela sua posição contrária ou favorável à procedência do pedido. As vinte e duas exposições foram organizadas de acordo com o tema abordado, podendo ser categorizadas em três blocos temáticos: o religioso, o científico e o comunitário.

Segundo levantamento realizado por Flávia Martins de Carvalho, esses temas contaram com diferentes graus de representatividade na audiência pública: o bloco comunitário, com 10 instituições representou a maior parcela da audiência, perfazendo um percentual de 45,5%; o bloco científico participou com 7 instituições, representando 31,8% do total, e o bloco religioso, com 5 instituições, compôs os demais 22,7%. Já com relação à procedência do pedido, o levantamento indica que cerca de 60% se manifestaram a favor e 30% contra, com o Poder Legislativo apresentando argumentos nos dois sentidos.¹¹⁵

Os ministros que participaram da audiência. Além do relator, somente estiveram presentes no desenrolar das audiências os Ministros Gilmar Mendes e Menezes Direito.¹¹⁶

O perfil geral da audiência. Em linhas gerais, a terceira audiência pública, diferentemente das anteriores, pareceu combinar de maneira mais clara as finalidades de instrução do processo e de democratização da discussão travada pelo Supremo Tribunal Federal. A pluralidade de expositores, o tempo dedicado à audiência, bem como a forma de condução do debate demonstram que o objetivo era pluralizar o debate no seio do tribunal.

Outro aspecto digno de nota foi a dinâmica dialógica que orientou a audiência pública. Ao fim de cada exposição, foi concedida a oportunidade para considerações e perguntas da parte autora e do Ministério Público, que fomentaram as discussões com objeções, manifestações favoráveis e questionamentos. Os ministros também puderam formular perguntas ao longo das exposições, o que foi feito várias vezes pelo relator. Ao final, abriu-se a oportunidade para a autora, a Procuradoria da República e a Advocacia Geral da União oferecerem alegações finais.

¹¹⁵ CARVALHO, Flávia Martins de. Audiência pública tenta legitimar decisão sobre aborto. Artigo publicado no site Consultor Jurídico em 11 de maio de 2011. Cf. em: http://www.conjur.com.br/2011-mai-17/audiencia-publica-tenta-democratizar-decisao-aborto-anencefalo#_ftn5_6035, acesso em 08.02.2014.

¹¹⁶ Informação obtida por meio da análise das notas taquigráficas da audiência pública.

Reflexões críticas. Não foram identificados nesta audiência críticas propriamente ditas. Vale apenas destacar que, com relação às anteriores, foi a primeira vez em que se possibilitou a contraposição de argumentos, da forma como audiências instrutórias em geral. Como se verá mais adiante, a possibilidade de formulação de perguntas, e a instauração de um verdadeiro debate, aprimoram o processo discursivo. Trata-se, portanto de um ponto positivo da experiência.

2.2.4 Judicialização do Direito à Saúde

O Caso. A quarta audiência não foi atrelada a um único processo, mas a uma série suspensões de tutela antecipada, de liminar e de segurança inseridas no âmbito da judicialização do direito à saúde.¹¹⁷ O foco do debate foi a análise dos impactos da prolação de decisões que determinam prestações de saúde sobre a estruturação da política pública do Sistema Único de Saúde (SUS).

A Convocação. A quarta audiência pública foi convocada sob o regime da Emenda Regimental nº 29/2009. Aproximadamente duas semanas após a publicação da emenda, o Ministro Gilmar Mendes, na qualidade de Presidente do STF, convocou a audiência.

No que se refere à convocação, assim como no caso da audiência sobre importação de pneus usados, o Ministro Gilmar Mendes adotou uma fase de habilitação, franqueando aos interessados a possibilidade de manifestarem o seu interesse em participar. Mas essa foi a primeira vez em que essa possibilidade foi realmente aberta ao grande público. No despacho convocatório, indicou-se um e-mail para que todo e qualquer interessado pudesse manifestar seu interesse em participar, consignando os pontos que pretendiam defender, bem como a pessoa que faria a exposição. Foi também criada uma página no site do STF intitulada “*perguntas frequentes*”, com informações úteis e explicações a respeito de como requerer participação no evento.¹¹⁸ Além disso,

¹¹⁷ Sobre a audiência pública que tratou da judicialização da saúde, cf. LIRA, Daiane Nogueira de. “A audiência pública da saúde e o controle jurisdicional das políticas públicas de saúde”. Disponível em: <<http://www.carreirasjuridicas.com.br/downloads/dia08oficina13texto4.pdf>>. Acesso em 27 de junho de 2014.

¹¹⁸ A página esclarece (i) o objetivo da realização da audiência pública; (ii) que não é necessário se inscrever para assistí-la; (iii) quem será ouvido; (iv) que o requerimento de participação deve ser enviado por e-mail; (v) o que deve constar do requerimento; (vi) que é possível enviar sugestões por e-mail e (vii) que o tempo disponibilizado para cada explanação é de 15 minutos. Vale destacar alguns desses pontos:

foi criado um canal direto ao STF para o envio de artigos e manifestações via e-mail, bem como uma página contemplando essas contribuições.¹¹⁹

Nas palavras do Ministro Gilmar Mendes no despacho convocatório, “*a audiência objetiva esclarecer as questões técnicas, científicas, administrativas, políticas e econômicas envolvidas nas decisões judiciais sobre saúde*”. Ao final do despacho convocatório, foram indicados treze órgãos ou entidades convidados a participar, bem como se determinou a expedição de convites aos demais ministros do STF.¹²⁰

Os Expositores. O STF recebeu 140 requerimentos, dos quais foram selecionados 50 participantes. O Ministro Gilmar Mendes esclareceu que, para a seleção

1) Qual o objetivo da realização de uma Audiência Pública sobre Saúde pelo Supremo Tribunal Federal?

O Presidente do STF convocou a Audiência Pública, nos termos do art. 13, inciso XVII, do Regimento Interno, 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. Serão discutidos, entre outros, os seguintes pontos: a) Responsabilidade dos entes da federação em matéria de direito à saúde; b) 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; c) Obrigação do Estado de custear prestações de saúde não abrangidas pelas políticas públicas existentes; d) Obrigação do Estado de disponibilizar medicamentos ou tratamentos experimentais não registrados na ANVISA ou não aconselhados pelos Protocolos Clínicos do SUS; e) Obrigação do Estado de fornecer medicamento não licitado e não previsto nas listas do SUS; f) Fraudes ao Sistema Único de Saúde. Os dados levantados na Audiência Pública ficarão arquivados na Presidência do Supremo Tribunal Federal e poderão ser utilizados por todos os Ministros da Corte, na elaboração de decisões e votos, em qualquer processo em trâmite no Supremo Tribunal Federal. (...)

3) Quem será ouvido na Audiência Pública?

A Audiência Pública ouvirá o depoimento de especialistas em questões técnicas, científicas, administrativas, políticas, econômicas e jurídicas relativas às ações de prestação de saúde. Os especialistas serão indicados pelos órgãos e entidades convidadas pelo Despacho Convocatório ou pelos interessados que requererem sua participação (especialistas habilitados). (...)

5) O que deve constar no requerimento?

Os interessados deverão indicar o nome da entidade que representam (explicitando a pertinência entre suas finalidades e a matéria em debate), o currículo do especialista a ser ouvido (justificando sua autoridade na matéria) e o resumo fundamentado da tese (apontando a controvérsia existente e especificando a posição que defende).”

¹¹⁹<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=processoAudienciaPublicaSaude&pagina=Artigos>, último acesso em 05/04/2014.

¹²⁰ No despacho convocatório, o ministro determinou a expedição de convites para: (1) o ministro da Saúde; (2) o Advogado-Geral da União; (3) o presidente do Conselho Nacional de Saúde (CNS); (4) o presidente do Conselho Nacional de Secretários Estaduais de Saúde (CONASS); (5) o presidente do Conselho Nacional de Secretários Municipais de Saúde (CONASEMS); (6) o diretor-presidente da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA); (7) o presidente da Fundação Oswaldo Cruz (FIOCRUZ); (8) o presidente do Conselho Federal de Medicina (CFM); (9) o presidente da Federação Brasileira da Indústria Farmacêutica (FEBRAFARMA); (10) o presidente da Federação Nacional dos Estabelecimentos de Serviços de Saúde (FENAESS); (11) o presidente do Instituto de Defesa dos Usuários de Medicamentos (IDUM).

dos expositores, foram adotados os critérios de representatividade da associação ou entidade requerente, de originalidade da tese proposta e do currículo do especialista indicado, além da representação de diversas regiões do país.¹²¹ Àqueles que não foram ouvidos, foi aberta a possibilidade de apresentar memoriais e documentos. Por conta do elevado número de participantes, ampliou-se a audiência de dois para seis dias de duração. Foi a audiência foi a mais longa já realizada pelo STF, tendo se estendido por seis dias, em 27, 28 e 29 de abril e 4, 6, e 7 de maio de 2009.

Pela própria natureza da matéria versada, o evento contou especialmente com participantes envolvidos na elaboração da política pública do SUS, que dialogaram com juristas e representantes da sociedade civil. Diferentemente das demais audiências públicas, em que a controvérsia jurídica girava em torno de uma questão determinada, centrada em uma ação específica perante o STF, essa envolvia questionamentos de diferentes naturezas. Por isso, os expositores foram divididos em painéis, de forma que cada um deles foi marcado pela presença de participantes com perfis diversos.

Os temas debatidos foram: o “Acesso às Prestações de Saúde no Brasil – Desafios ao Poder Judiciário”, que contou majoritariamente com a presença de juristas;¹²² “Responsabilidade dos Entes da Federação e Financiamento do SUS”, em que participaram tanto *experts* da área de saúde ligados à política pública em questão quanto representantes da área jurídica;¹²³ a “Gestão do SUS – Legislação do SUS e

¹²¹ Na abertura da audiência, o ministro afirmou que “[o] grande número de pessoas que manifestaram interesse em acompanhar os trabalhos desta Audiência Pública demonstra a necessidade de discutirmos esses dilemas.

Recebemos na Presidência mais de 140 pedidos de participação, cada um com uma contribuição importante ao debate. Infelizmente, não é possível, por limitações temporais, atender a todos.

Procuramos, ao definir a lista de habilitados, contemplar todos os envolvidos: os magistrados, os promotores de justiça, os defensores públicos, os usuários, os médicos, os doutrinadores e os gestores do sistema único de saúde. Buscamos, ainda, garantir a presença de especialistas das mais diversas regiões do país.

Foi adotado como critério para o deferimento dos pedidos, a representatividade da associação ou entidade requerente, a originalidade da tese proposta e o currículo do especialista indicado.

No entanto, aqueles que não forem ouvidos, poderão contribuir enviando memoriais, artigos, documentos, os quais serão disponibilizados no Portal do STF, de modo a estimular o debate.” (Notas taquigráficas, p. 7)

¹²² Dentre eles estavam Antonio Fernando Barros e Silva de Souza, procurador-geral da República e o Ministro José Antônio Dias Toffoli, ainda Advogado-Geral da União.

¹²³ Dentre eles estavam o presidente do Conselho Nacional de Saúde e do Conselho Nacional de Secretarias Municipais de Saúde.

Universalidade do Sistema”, igualmente de caráter interdisciplinar;¹²⁴ “Registro na ANVISA e Protocolos e Diretrizes Terapêuticas do SUS”, em que participaram predominantemente profissionais ligados à área da saúde; “As Políticas Públicas de Saúde –Integralidade do Sistema”, de composição bastante plural¹²⁵ e a “Assistência Farmacêutica do SUS”, que contou basicamente com a presença de profissionais da farmacologia e da medicina.

Os ministros que participaram da audiência. A participação dos ministros do STF mais uma vez foi baixa, pois além do Ministro Gilmar Mendes, só há registro de comparecimento do Ministro Menezes Direito.

O perfil geral da audiência. A audiência pública a respeito da judicialização da saúde apresentou perfil diferente das demais audiências, pois a sua principal nota distintiva foi o diálogo institucional que ela estabeleceu entre os entes que interferem na política pública do SUS.

Com efeito, a audiência pública não se prestou apenas a colher informações para a decisão do STF. Um dos pontos mais relevantes do evento foi o diálogo que ele proporcionou entre os agentes envolvidos na questão da judicialização das prestações de saúde. Entidades que atuam em polos opostos da questão, a exemplo da Defensoria Pública, a quem cabe postular as prestações de saúde, e os gestores públicos, a quem incumbe definir a melhor alocação dos recursos orçamentários, foram reunidos para debater e formular orientações a fim atenuar os impactos deletérios da judicialização. Na ocasião, destacou-se “*o profundo significado simbólico neste esforço conjunto dos diversos setores da sociedade e do Estado em buscar soluções para os problemas do sistema único de saúde e de sua judicialização*”.¹²⁶

Ao final, a audiência resultou na produção de um farto material, dando origem a um DVD editado pela livraria do Supremo Tribunal Federal com soluções apontadas no decorrer das exposições, bem como um livro a respeito do tema, com a

¹²⁴ No terceiro dia de audiência, falaram tanto juristas representantes, por exemplo, da Associação Nacional do Ministério Público de Contas, quanto expositores ligados à política de saúde, como o presidente do Conselho Nacional de Secretários da Saúde

¹²⁵No quinto dia, participaram desde o atual Ministro Luís Roberto Barroso, à ocasião na qualidade de representante do Colégio Nacional de Procuradores dos Estados e do Distrito Federal e Territórios à representantes da da Coordenação–Geral de Alta Complexidade do Departamento de Atenção Especializada do Ministério da Saúde assim como o presidente da Associação Brasileira de Amigos e Familiares de Portadores de Hipertensão Arterial Pulmonar.

¹²⁶ Notas taquigráficas, p. 1.

reunião de depoimentos e, ainda, um *site* oficial¹²⁷ na página do STF com vídeos e transcrições disponíveis para subsidiar os profissionais interessados com informações e sugestões. Além disso, em março de 2010 foi editada a Recomendação nº 31 do Conselho Nacional de Justiça,¹²⁸ com instruções específicas para subsidiar os magistrados e trazer maior eficiência para a solução das demandas envolvendo prestações de saúde.

Em resumo, a audiência pública a respeito da judicialização das prestações de saúde apresentou perfil inovador e diferente das demais audiências já realizadas pelo STF. O traço mais marcante foi a promoção do diálogo institucional a respeito da promoção de uma das políticas públicas mais fundamentais para o país. As finalidades tradicionais das audiências – de abertura do processo constitucional e de levantamento de informações úteis ao julgamento – foram alcançadas por meio do debate promovido entre as partes envolvidas na política pública.

Além disso, a audiência, de certa forma, serviu como uma tentativa de minimizar os efeitos da falta de capacidade institucional do Poder Judiciário para avaliar a viabilidade de se concederem prestações de saúde pela via judicial, que é o problema mais sensível na questão da judicialização dessa política pública.

Reflexões críticas. Também nesse caso, não foram identificadas críticas propriamente ditas. Mas alguns pontos são dignos de nota como aspectos positivos da audiência. A transparência a respeito dos critérios de seleção dos expositores, que foram veiculados no *site* do tribunal, a divisão da exposição em painéis temáticos que nortearam os debates e a elaboração de produtos para orientar a atuação do Poder Judiciário são dados positivos dessa experiência, que, como se verá, servem como inspiração para a complementação da regulamentação da matéria.

¹²⁷<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=processoAudienciaPublicaSaude>, acesso em 05/04/2014.

¹²⁸ A Resolução nº 31 “Recomenda aos Tribunais a adoção de medidas visando a melhor subsidiar os magistrados e demais operadores do direito, para assegurar maior eficiência na solução das demandas judiciais envolvendo a assistência à saúde” (Publicado no DJ-e nº 61/2010, em 07/04/2010, p. 4-6).

2.2.5 Políticas de ação afirmativa de acesso ao ensino superior - ADPF nº 186 e RE nº 597.285

O Caso. A quinta audiência pública debateu o sistema de cotas raciais em universidades públicas. Ela foi convocada pelo Ministro Ricardo Lewandowski, relator do RE nº 597.285 e da ADPF nº 186 (ajuizada pelo Partido Democratas), que se insurgem contra a adoção de reserva de vagas em universidades públicas com base em critérios raciais.

O tema causou grande mobilização social e iniciativas de participação advindas de diversos segmentos da sociedade. Diversas entidades postularam seu ingresso como *amici curiae* na arguição, em sua maioria entidades representativas de movimentos raciais e de defesa dos direitos humanos.¹²⁹

A Convocação. No despacho convocatório proferido em 15 de setembro de 2009, o ministro justificou a realização da audiência pública diante da relevância social e constitucional do tema. Pela primeira vez, foi elaborado um edital convocatório da audiência pública, contemplando dados e um breve resumo dos processos que suscitaram a questão constitucional, as datas e horários em que a audiência seria realizada, o endereço eletrônico para manifestação dos interessados em participar da audiência e com a referência à utilização do regimento regimental.

Outro dado indicativo da repercussão do caso foi o número de postulantes à participação na audiência, um total de duzentos e cinquenta e dois. No despacho de habilitação dos participantes, o Ministro Ricardo Lewandowski apontou que os critérios adotados para a seleção dos habilitados tiveram como objetivos garantir (i) a participação dos diversos segmentos da sociedade, bem como (ii) a mais ampla variação de abordagens sobre a temática das políticas de ação afirmativa de acesso ao ensino superior. Ao todo, foram escolhidos quarenta e quatro expositores dentre duzentos e cinquenta e dois inscritos, sendo oito convidados pelo próprio ministro.¹³⁰

¹²⁹Foram onze, no total. A participação e o perfil das entidades que intervieram como *amicus curiae* serão analisados no próximo capítulo.

¹³⁰ No despacho convocatório, o ministro determinou a expedição de convites para: (1) o presidente do Congresso Nacional; (2) o procurador-geral da República; (3) o presidente da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB); (4) o advogado-geral da União (AGU); (5) o ministério da Educação; (6) a Secretaria Especial de Políticas de Promoção da Igualdade Racial – SEPPIR; (7) a Secretaria Especial dos Direitos Humanos (SEDH); e (8) o Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA).

Os Expositores. A solenidade foi marcada pela pluralidade de expositores integrantes da sociedade civil. Os participantes possuíam uma gama variada de especialidades: participaram antropólogos, juristas, representantes das universidades, sociólogos, historiadores e até mesmo estudantes universitários. A audiência não foi dividida em blocos temáticos, de forma que os múltiplos enfoques a respeito da matéria ficaram a cargo dos próprios expositores. Por exemplo, houve manifestações a respeito da constitucionalidade das cotas sob o prisma jurídico, da evolução histórica da questão racial no Brasil, da inexistência de raças sob o prisma da genética, das vicissitudes do racismo na formação da população brasileira, dentre outros.

A audiência contou até mesmo com a participação de dois alunos que expuseram suas visões pessoais sobre o tema. Um da Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRS, contrário ao sistema de cotas, e o outro da Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ, favorável à ação afirmativa.¹³¹

Os ministros que participaram da audiência. Apesar da ampla repercussão da matéria, a audiência contou apenas com a presença dos Ministros Joaquim Barbosa e Gilmar Mendes, além do relator.

O perfil geral da audiência. Em um apanhado geral, na quinta audiência pública se destaca a intenção de se conferir maior legitimidade à decisão a ser proferida pelo STF. Muito embora existam questões de fato úteis à compreensão da forma como a política pública efetivamente se desenvolve nas universidades, o caráter instrutório da audiência não parece ter sido o mais relevante. Mesmo porque a constitucionalidade do sistema de cotas está muito mais atrelada à interpretação de princípios constitucionais do que a qualquer tipo de consideração a respeito de seu funcionamento na prática.

Reflexões críticas. O cronograma da audiência pública recebeu críticas, especialmente por parte do Partido Democratas, autor da ação, para quem as exposições não atendiam ao critério da isonomia. A questão foi noticiada pelo jornal *O Estado de São Paulo*,¹³² que destacou que o partido político entendeu que a primeira parte da

¹³¹Foram os estudantes Davi Cura Aminuzo e Moacir Carlos da Silva, respectivamente. Notícia veiculada pelo STF exaltou a participação dos alunos, indicando que a iniciativa do ministro seria “*uma demonstração de abertura democrática, já que as participações não estavam previstas no cronograma da audiência pública*”. Notícia de 05 de março de 2010. Cf. em <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=121338>>, acesso em 02/02/2014.

¹³² Cf. em <http://www.estadao.com.br/noticias/suplementos,stf-abre-debate-sobre-cotas-raciais-nas-universidades,518867,0.htm>, último acesso em 01/04/2014

audiência (destinada à exposição das instituições estatais responsáveis pelas políticas de educação e combate à discriminação racial) e a última parte (destinada à apresentação das experiências das universidades que adotaram o sistema de cotas) não garantiriam a isonomia de teses, pois entre os representantes do governo haveria uma tendência favorável à política afirmativa.

O Partido Democratas, então, formulou pedido de reconsideração do despacho de habilitação dos participantes da audiência pública, a fim de que se garantisse uma proporção igual de expositores contrários e favoráveis às cotas. O Ministro Ricardo Lewandowski indeferiu o pedido, reafirmando a isonomia da audiência e esclarecendo que a intenção era ouvir relatos, tanto positivos quanto negativos, a respeito da política de cotas.

Além disso, a convocação da audiência foi alvo de crítica na doutrina devido ao fato de a matéria versada ser essencialmente jurídica. De acordo com Anna Cândida da Cunha Ferraz, as audiências são um instrumento de democracia participativa, mas a sua utilização só teria lugar nos casos que demandem esclarecimentos de fato, na linha do que estabelece a letra da lei. Segundo a autora,

O caso das cotas raciais não demanda e talvez não devesse ser submetido à audiência pública para auscultar o pensamento popular a respeito do tema, já que é matéria essencialmente jurídico-constitucional e pode ser resolvida, plenamente, pelos fundamentos constitucionais que disciplinam o princípio da igualdade e a proibição da discriminação.¹³³

Por esse raciocínio, ao que parece, as audiências públicas deveriam sempre ostentar alguma função instrutória. Não caberia ao Supremo convocar audiências públicas apenas para permitir a participação social na discussão travada pelo tribunal.

A observação não nos parece de todo pertinente. Como explicitado anteriormente, as audiências públicas podem promover uma abertura com vistas a ampliar a participação dos setores envolvidos. Não soa intrinsecamente errada a convocação de audiências públicas para a solução de questões precipuamente jurídicas. Mesmo porque, em praticamente toda questão constitucional haverá algum

¹³³ Ainda de acordo com a autora “é necessário que se pondere que as audiências públicas somente se justificam diante de temas que não possam ser resolvidos por argumentos jurídico-constitucionais, até para que se evite o chamado “ativismo judicial (...) Assim, onde há o direito, cabe ao STF decidir”. (FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. Op. Cit. p. 118.)

esclarecimento de fato que poderá contribuir para a formação do conhecimento do STF, de forma que os ministros quase sempre poderiam apontar algum traço instrutório na convocação da audiência.

2.2.6 Lei Seca - ADI nº 4.103

O Caso. A sexta audiência pública teve como tema a Lei Seca e a proibição da venda de bebidas alcoólicas nas proximidades das rodovias. A ADI 4.103 foi ajuizada pela Associação Brasileira de Restaurantes e Empresas de Entretenimento (ABRASEL NACIONAL) e questionou a constitucionalidade de dispositivos da Lei nº 11.705/08 que, dentre outras previsões, estabeleceu que qualquer concentração de álcool por mililitro de sangue sujeita o condutor às penalidades previstas no art. 165 do Código de Trânsito Brasileiro.

A Convocação. Em 07 de novembro de 2011 o relator Ministro Luiz Fux convocou a audiência e justificou essa convocação pelo caráter interdisciplinar da matéria e pela ampliação da legitimidade democrática da futura decisão.¹³⁴ Na ocasião, o ministro também determinou a expedição de convites a uma série de autoridades políticas, bem como para os órgãos do Executivo vinculados à política de trânsito. Além disso, elencou o rol de doze questões que pretendia esclarecer e em relação aos quais os participantes deveriam se concentrar.¹³⁵

¹³⁴ Nos termos do despacho, “[a] temática versada nos autos da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.103 reclama apreciação que ultrapassa os limites do estritamente jurídico, porquanto demanda abordagem técnica e interdisciplinar da matéria. Há inúmeros estudos e pesquisas acerca dos efeitos da incidência de uma legislação mais rigorosa a quem conduz alcoolizado um veículo, mormente quando o objetivo da norma é a redução de acidentes em rodovias. Reputa-se, assim, valiosa e necessária a realização de Audiências Públicas sobre diversos temas controvertidos nos autos em questão, não só para que esta Corte possa ser municiada de informação imprescindível para o deslinde do feito, como, também, para que a legitimidade democrática do futuro pronunciamento judicial seja, sobremaneira, incrementada.”

¹³⁵ Nos termos da decisão proferida no dia 07 de novembro de 2011, “[a]s Audiências serão realizadas para que, em essência, os expositores esclareçam os seguintes tópicos: i) efeitos da bebida alcoólica na condução de veículos automotores; ii) efeitos no aumento do número de acidentes em rodovias, em razão da venda de bebidas alcoólicas nas proximidades de rodovias; iii) se a Lei nº 11.705 (Lei Seca) já trouxe benefícios concretos para a população brasileira; iv) meios científicos, invasivos e não invasivos, para se apurar, com segurança, a embriaguez incapacitante para a condução de veículos; v) números de prisões e autuações administrativas efetuadas após o surgimento da “Lei Seca”, em razão da condução de veículos em estado de embriaguez; vi) panorama mundial do enfrentamento do problema da embriaguez ao volante; vii) se a concentração de álcool por litro de sangue igual ou superior a 6 (seis) decigramas gera, em qualquer pessoa, e independentemente da sua compleição física, um estado de embriaguez

Os Expositores. A audiência contou com a participação de representantes do Poder Executivo (*e.g.* representantes dos Departamentos de Trânsito dos Estados – DETRANs, do Departamento Nacional de Infraestrutura do Transporte, dos Ministérios da Justiça e da Saúde e coordenadores da Operação Lei Seca), do Poder Legislativo (*e.g.* Deputado Hugo Leal, autor da lei); organizações não governamentais (*e.g.* ONG Rodas da Paz e ONG Trânsito); associações representativas de classe, especialmente ligadas ao comércio de bebidas, (*e.g.* Associação Brasileira de Bares e Casas Noturnas – ABRABAR) e federações (Federação Brasileira de Hospedagem e Alimentos – FBHA e Federação Nacional dos Policiais Rodoviários Federais). Em sua maioria, as exposições apresentaram opiniões favoráveis à lei, sob aspectos variados.¹³⁶

Além disso, também cabe anotar que, na condução dos trabalhos, o Ministro Luiz Fux interveio diversas vezes para impedir que os expositores desviassem as suas exposições para a exposição de argumentos jurídicos que, no seu entender, não deveriam ser tratadas na audiência pública.

Por fim, é digno de registro o depoimento de Fernando Diniz, representante da Associação de Parentes, Amigos e Vítimas do Trânsito, que teve caráter particularmente emocional. Na sua exposição, o participante expôs ao ministro a perspectiva de um pai que perdeu um filho em um acidente de trânsito relacionado à mistura entre o consumo de álcool e direção. A exposição chegou a contar, inclusive, com a veiculação de um videoclipe de uma banda popular entre adolescentes, que retratava uma família destruída por um acidente de carro. Ao final de sua fala, o expositor se encontrava bastante emocionado e no dia seguinte a imprensa especializada

incapacitante para a condução de um veículo; viii) se existe alguma concentração específica de álcool por litro de sangue capaz de atestar uma embriaguez incapacitante, de toda e qualquer pessoa, para a condução de um veículo automotor; ix) de que modo o aparelho conhecido como bafômetro mede a quantidade de álcool por litro de sangue igual ou superior a 6 (seis) decigramas; x) a margem de erro de cada um dos métodos atualmente empregados para aferir a embriaguez ao volante; xi) a frequência de aferição dos equipamentos utilizados na medição dos níveis de alcoolemia; xii) se quem come um doce com licor, ingere um remédio com álcool ou usa um antisséptico bucal pode dar origem a uma concentração de álcool por litro de sangue igual ou superior a 6 (seis) decigramas.”

¹³⁶ Dos trinta expositores dos dois dias de audiências públicas, sete se manifestaram contrários à lei, e outros dois ressaltaram que o diploma havia dificultado a responsabilização penal dos envolvidos. (Dados obtidos na página de notícias do STF:

<http://www.stf.jus.br/portal/cms/listarNoticiaStf.asp?paginaAtual=2&dataDe=&dataA=&palavraChave=lei%20seca>, último acesso em 01/04/2014)

noticiou que a sua fala “*deixou o ministro Luiz Fux, que presidiu a audiência, com os olhos marejados*”.¹³⁷

Os ministros que participaram da audiência. Além do ministro Luiz Fux, apenas a Ministra Rosa Weber e o Ministro Gilmar Mendes compareceram à audiência pública. O Ministro Ayres Britto, à época Presidente do STF, esteve presente apenas para a abertura dos trabalhos, mas se ausentou antes da primeira exposição, pois tinha que comparecer a uma sessão do Conselho Nacional de Justiça.¹³⁸

O perfil geral da audiência. A audiência pública a respeito da Lei Seca apresentou um perfil interdisciplinar, na linha do que consignou o Ministro Fux. A audiência, ao mesmo tempo, trouxe esclarecimentos a respeito das razões que inspiraram a lei, do funcionamento de sua fiscalização, números sobre a Lei Seca, dentre outros. Além disso, restou bem marcada, na ocasião, a intenção de promover uma abertura do debate.¹³⁹

Reflexões críticas. Não foram identificados nesta audiência aspectos que tenham despertado reflexões críticas.

2.2.7 Proibição do uso de amianto – ADI nº 3.937

O Caso. A sétima audiência pública tratou da proibição do uso de amianto da espécie crisotila, discutida na ADI nº 3.937, que questiona a constitucionalidade da Lei do Estado de São Paulo nº 12.684/2007. A ação foi ajuizada pela Confederação Nacional dos Trabalhadores da Indústria (CNI), e teve como argumento central a invasão de competência legislativa da União por parte do Estado de

¹³⁷ Notícia de 07 de maio de 2012. Cf. em <http://www.conjur.com.br/2012-mai-07/stf-discute-lei-seca-audiencia-video-emocao-numeros>, acesso em 13/02/2014.

¹³⁸ Informação obtida nas notas taquigráficas da audiência, que foram juntadas aos autos em 06/05/2014.

¹³⁹ Esse aspecto, inclusive, foi ressaltado pelo Ministro Ayres Britto, à época Presidente do STF, em mais uma alusão às lições de Peter Häberle “*disse que esta é mais uma oportunidade de aproximar a Suprema Corte da sociedade e que é fundamental a Corte ouvi-la em suas decisões, quando seu âmbito ultrapassar a área jurídica e entrar em assuntos técnicos, como é o caso.*

Segundo ele, tanto as audiências públicas como a instituição do amicus curiae são uma homenagem ao princípio constitucional da pluralidade e da diversidade cultural e vai, também, na linha preconizada pelo constitucionalista alemão Peter Häberle, em sua obra “A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição”. Nela, conforme lembrou o ministro, Häberle preconiza a participação de especialistas, não só das Supremas Cortes, como também de setores especializados da sociedade. <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=206729&caixaBusca=N>, acesso em 02/04/2014)

São Paulo. Isso porque a lei federal (Lei nº 9.055/95), ao disciplinar a utilização do amianto, permitiu expressamente o uso da espécie crisotila, mas a lei estadual posterior o proibiu.

A Convocação. A audiência pública não foi convocada espontaneamente, ela foi requerida pelo Instituto Brasileiro do Crisotila, que participa do processo na qualidade de *amicus curiae*. O pedido foi deferido pelo Ministro Marco Aurélio, relator da ação, que, no despacho convocatório, esclareceu que *‘o objetivo é analisar, do ponto de vista científico, a possibilidade de uso seguro do amianto da espécie crisotila e os riscos à saúde pública que o referido material pode trazer bem como verificar se as fibras alternativas ao amianto crisotila são viáveis à substituição do mencionado material, considerados, igualmente, os eventuais prejuízos à higidez física e mental da coletividade. Por fim, deverão os especialistas apontar os impactos econômicos decorrentes de ambas as opções’*. Na ocasião, foi disponibilizado endereço de e-mail para qualquer interessado manifestar a sua intenção de participar da audiência, assim como foi oferecida a possibilidade de apresentação de memoriais.

Os Expositores. A audiência pública contou com pessoas ligadas tanto a entes federativos como a organizações da sociedade civil. Participaram representantes da União, do Estado de São Paulo, da Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo, de diferentes associações (*e.g.* Associação Nacional de Medicina do Trabalho, Associação Brasileira de Expostos ao Amianto, Associação Brasileira das Indústrias e Distribuidores de Produtos de Fibrocimento, Associação Nacional dos Procuradores do Trabalho), do Sindicato dos Trabalhadores na Indústria da Extração de Minerais não Metálicos de Minaçu – GO, da Confederação Nacional dos Trabalhadores na Indústria, do Instituto Brasileiro de Crisotila, da Organização Internacional do Trabalho e do Fundacentro. Interessante notar, a propósito, que a contraposição de ideias não se deu apenas entre os representantes da sociedade civil, mas também entre a União e o Estado de São Paulo, já que havia um conflito federativo subjacente à questão de fundo.

Em geral, a audiência pública foi equilibrada entre opiniões favoráveis e contrárias ao uso do amianto e os expositores foram profissionais especializados em uma série de temas relacionados à questão, de forma que o caráter das exposições apresentou perfil técnico. Além disso, assim como na audiência a respeito da interrupção da gestação de fetos anencéfalos, neste caso o Ministro Marco Aurélio

também imprimiu um tom bem marcado de diálogo ao evento. Ao final das exposições abriu-se a possibilidade de formulação de perguntas e pedidos de esclarecimentos.

Os ministros que participaram da audiência. Além do Ministro Marco Aurélio, relator da ação, estiveram presentes no primeiro dia da audiência (24/08/2012) os Ministros Ricardo Lewandowski¹⁴⁰ e Rosa Weber.¹⁴¹ No segundo dia (31/08/2012), apenas o relator compareceu à audiência.

O perfil geral da audiência. A audiência apresentou perfil eminentemente técnico e instrutório, contando com a participação de especialistas que expuseram diversos conhecimentos técnicos a respeito do amianto e também os eventuais impactos econômicos da sua proibição. Além disso, reforça esse viés instrutório o fato de os expositores terem sido questionados, ao longo da audiência, para que esclarecessem pontos que suscitaram dúvidas aos integrantes da mesa. Teve participação especialmente ativa nesse sentido o Subprocurador Geral da República, Marcelo José Gisi, que formulou muitas perguntas no decorrer da audiência.

Reflexões críticas. Não foram identificados nesta audiência aspectos que tenham despertado reflexões críticas.

2.2.8 Marco regulatório da TV por assinatura – ADI nº 4.747, 4.679, 4.756

O Caso. A audiência pública referente à TV por assinatura, a oitava realizada pelo STF, foi realizada nos dias 18 e 25 de fevereiro de 2013. Os pontos controvertidos nas ações diretas dizem respeito a diversos aspectos do novo marco regulatório instituído para o setor, a exemplo da extensão dos poderes fiscalizatórios da

¹⁴⁰ É digno de nota o comentário do ministro, que, na linha de diversas outras manifestações dos integrantes do STF, ressaltou o caráter democrático da realização da audiência pública. Nas suas palavras, “[s]enhor Presidente, eu queria apenas tomar a palavra para cumprimentá-lo por esta iniciativa e dizer que, da minha perspectiva, esta Audiência Pública é importantíssima, porque aproxima o Supremo Tribunal Federal da sociedade e é uma das formas que nós, do Judiciário, temos de implementar a democracia participativa que se inscreve na Carta Magna.”

¹⁴¹ Informação obtida nas notas taquigráficas juntadas aos autos do processo em 06/06/2014. Há de se fazer a ressalva de que os ministros não estiveram presentes durante toda a audiência pública. O Ministro Ricardo Lewandowski somente compareceu na parte da tarde e nenhum deles (nem mesmo o relator) permaneceu durante todas as exposições.

ANCINE, à opção pela determinação da quebra da cadeia de valor¹⁴² e ao estabelecimento de uma cota de conteúdos brasileiros na programação.

A Convocação. No despacho convocatório, o Ministro Luiz Fux, relator da ação, deixou claro que a “*a oitiva de especialistas, entidades reguladoras e representantes da sociedade civil não se destina a colher interpretações jurídicas dos textos constitucional ou legal, mas sim a esclarecer as inúmeras questões técnicas, políticas, econômicas e culturais relativas ao funcionamento do mercado brasileiro de TV por assinatura*” e, desde logo, elencou um rol de questões que pretendia esclarecer na audiência pública, assim como fizera no caso da Lei Seca.¹⁴³

Foi publicada no site do STF, também, uma página de “*dúvidas frequentes*”,¹⁴⁴ com esclarecimentos a respeito da habilitação e participação na audiência. De acordo com informação disponibilizada nessa página, os habilitados deveriam ser *especialistas em questões técnicas, políticas, econômicas e culturais relativas ao funcionamento do mercado de TV por assinatura*, indicados pelos órgãos e entidades convidados no despacho convocatório ou interessados que requeressem a sua participação. Portanto, abriu-se a possibilidade de manifestação mesmo para aqueles que não estivessem relacionados no processo, desde que comprovassem a sua especialidade.

Ainda de acordo com a página, no requerimento de participação, os interessados deveriam indicar (i) o nome da entidade que representam, (ii) o currículo

¹⁴² A quebra da cadeia de valor no Serviço de Acesso Condicionado (nomenclatura técnica da TV por assinatura) é medida regulatória adotada para evitar a concentração de mercado, diante da entrada de novos prestadores do serviço. Basicamente, ela determina que as empresas responsáveis pelas atividades de conteúdo não poderão mais prestar serviços de telecomunicação; e, da mesma forma, as empresas de telecomunicação não poderão programar ou produzir conteúdo. A medida impõe, assim, restrições aos agentes econômicos, limitando o espectro de atividades que podem explorar diretamente.

¹⁴³ São eles: “i) a identificação e as peculiaridades relacionadas às diferentes plataformas tecnológicas empregadas na prestação do serviço; ii) o papel e a natureza de cada atividade integrante da cadeia de valor do mercado audiovisual de acesso condicionado; iii) o grau de abertura e concorrência entre os agentes econômicos atuantes no setor; iv) os impactos das restrições à participação do capital estrangeiro e da vedação à propriedade cruzada; v) a composição atual e histórica do mercado audiovisual pátrio, tendo em vista a produção nacional e a estrangeira; vi) as diferentes técnicas de estímulo à produção e ao consumo de conteúdo brasileiro; vii) as mudanças operadas no mercado em razão das novas regras contidas na Lei nº 12.485/2011, especialmente as que já tenham sido implementadas pelos entes reguladores competentes; viii) o perfil de atuação da ANCINE no campo cultural brasileiro, ilustrado por dados concretos; ix) o panorama mundial de regulação da TV por assinatura.” (ADI 4.679, Rel. Min. Luiz Fux, despacho convocatório, 29/06/12).

¹⁴⁴<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=processoAudienciaPublicaTvAssinatura&pagina=Duvidas>, acesso em 27/03/2014.

do especialista a ser ouvido, (iii) e o resumo fundamentado da tese, apontando a controvérsia existente e especificando a posição que defende. Assim, ainda que de forma tácita, parecem ter sido adotados os critérios apontados pelo Ministro Gilmar Mendes para participação na audiência que tratou da judicialização da saúde, quais sejam, de representatividade da associação ou entidade requerente, de originalidade da tese proposta e do currículo do especialista indicado. Na página também foi disponibilizado um endereço de e-mail para encaminhamento de documentos úteis ao esclarecimento da matéria.

Os Expositores. A audiência pública sobre TV por assinatura se caracterizou pelo equilíbrio e pela participação de representantes de diversas atividades relacionadas ao mercado audiovisual. Foram admitidos representantes tanto das entidades reguladoras quanto dos setores regulados, associações de classe, sindicatos, entre outros. A audiência contribuiu para traçar um cenário de como esse mercado funciona na prática, esclarecer quais foram os objetivos da instituição do novo marco regulatório, bem como externar as preocupações dos agentes regulados com a nova disciplina legal.

Os ministros que participaram da audiência. De acordo com as notas taquigráficas da audiência pública, apenas a Ministra Cármen Lúcia esteve presente além do Ministro Luiz Fux. Na abertura do segundo dia de audiências, inclusive, o Ministro Luiz Fux comentou que os demais ministros estariam assistindo às exposições de seus gabinetes, mas essa é uma informação que não foi possível confirmar no momento da elaboração do presente trabalho.¹⁴⁵

O perfil geral da audiência. Na linha do que pontuou o Ministro Luiz Fux, ficou bastante evidente o caráter interdisciplinar da matéria, de forma que a oitiva de *experts* do setor foi relevante para levar ao conhecimento do tribunal elementos fáticos e técnicos relevantes ao deslinde das ações diretas. A audiência, portanto,

¹⁴⁵ A fim de apurar a informação, foi realizado o contato telefônico e via e-mail junto ao STF, sendo que apenas na segunda via se obteve resposta, no sentido de que normalmente apenas o Ministro que preside a audiência costuma estar presente. Confira-se, a esse respeito, o teor da mensagem recebida pela Central do Cidadão do STF: “À Senhora CARINA LEITE

Prezado (a) Senhor (a),

Em atenção à sua mensagem, esclarecemos que, nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, as audiências públicas são convocadas pelo Presidente da Corte ou pelo Relator do processo, a quem compete a presidência da audiência. Assim, normalmente, apenas o Ministro que irá presidir a audiência estará presente.”

apresentou um viés instrutório relevante, ao mesmo tempo em que pode atrair um lastro de legitimidade à decisão do STF, especialmente por ter franqueado a palavra a diversos agentes regulados envolvidos na questão.

Reflexões críticas. Não foram identificados nesta audiência aspectos que tenham despertado reflexões críticas.

2.2.9 Campo Eletromagnético de linhas de transmissão de energia – RE nº 627.189/SP

O Caso. A nona audiência pública, concernente ao Recurso Extraordinário nº 627.189/SP, tratou da obrigação de se reduzir o campo eletromagnético de determinadas linhas de transmissão de energia. O recurso extraordinário foi interposto pela Eletropaulo Metropolitana - Eletricidade de São Paulo S.A. contra decisão da Câmara Especial do Meio Ambiente do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJ-SP) que, com base no princípio da precaução, determinou a redução do campo eletromagnético em linhas de transmissão de energia elétrica localizadas nas proximidades de dois bairros paulistanos, em razão de alegado potencial cancerígeno da radiação produzida.

A Convocação. Na convocação, o Ministro Dias Toffoli justificou a realização da audiência pública por se tratar de questão que demanda abordagem técnica e interdisciplinar e também tendo em vista que “*essa questão vai envolver o instituto da repercussão geral, ou seja, balizará outras situações como tais em todo o país*”.¹⁴⁶ No despacho convocatório, o ministro destacou as questões que se pretendia esclarecer com a audiência¹⁴⁷ e determinou a expedição de convites ao Ministério da Saúde, ao Ministério do Meio Ambiente, ao Ministério de Minas e Energia e à Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL).

¹⁴⁶<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=232893>, último acesso em 05/04/2014

¹⁴⁷ De acordo com o despacho convocatório, “(...) o debate reclama análise que ultrapassa os limites do estritamente jurídico, porquanto demanda abordagem técnica e interdisciplinar acerca da controvérsia, em seus variados aspectos, o que implica discutir, entre outras coisas: i) quais são os efeitos da radiação eletromagnética de baixa frequência sobre o meio ambiente e a saúde pública; ii) que investimentos e tecnologias são necessários para se reduzir o campo eletromagnético das linhas de transmissão; e iii) quais são as repercussões práticas e econômicas de uma tal redução sobre o fornecimento de energia elétrica.” (RE 627.189, Rel. Min. Dias Toffoli, 18/09/2012, publicado em 27/09/2012).

No site do STF, também foi disponibilizada uma página de “*perguntas frequentes*”,¹⁴⁸ que indicou critérios¹⁴⁹ de seleção de participantes semelhantes aos da audiência pública sobre TV por assinatura e igualmente disponibilizou endereço de e-mail para envio de contribuições.

Os Expositores. A audiência pública foi realizada nos dias 6, 7 e 8 de março de 2013 e contou com vinte e um expositores. Além das partes do processo (Eletropaulo Metropolitana Eletricidade de São Paulo S.A., Sociedade Amigos do Bairro City Boaçava e Sociedade Amigos do Alto dos Pinheiros), e de um dos *amici curiae* (ANEEL),¹⁵⁰ uma série de especialistas se manifestaram contra e a favor da tese recursal, com exposições a respeito dos impactos das linhas de transmissão de energia sobre a saúde e sobre os impactos da manutenção do entendimento do tribunal paulista.¹⁵¹

Os ministros que participaram da audiência. No momento de elaboração da pesquisa para o presente trabalho, as notas taquigráficas da audiência pública não estavam disponíveis no site do STF, mas, a partir dos vídeos da audiência, inferiu-se que apenas o Ministro Dias Toffoli, relator do recurso, esteve presente à audiência.

O perfil geral da audiência. O caráter da audiência foi técnico, a sua função precípua foi claramente de natureza instrutória e não houve grande repercussão social em torno da matéria.

¹⁴⁸<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=audienciaFaq&pagina=audienciaPerguntasFrequentesCampoEletromagnetico>, acesso em 09/04/2014.

¹⁴⁹ De acordo com a página: “2) Quem será ouvido na audiência pública?”

A audiência pública ouvirá o depoimento de especialistas em questões técnicas, fáticas, científicas, administrativas, políticas, econômicas e jurídicas relativas ao campo eletromagnético de linhas de transmissão de energia elétrica.

Os especialistas serão indicados pelas partes do processo, por órgãos e entes estatais e entidades da sociedade civil ou pelos interessados que requererem sua participação (especialistas habilitados).”

¹⁵⁰ Não há registro de participação da Associação Brasileira de Distribuidores de Energia Elétrica – ABRADÉE, que também integrou a lide como *amicus curiae*.

¹⁵¹ Vale anotar que os recorridos (Sociedade Amigos do Bairro City Boaçava e outros) interpuseram pedido de reconsideração contra o despacho de 14 de dezembro de 2012, que tornou público o cronograma e a lista dos expositores habilitados a participar da audiência pública. Argumentaram, em síntese, que a habilitação dos expositores indicados pela Eletropaulo Metropolitana - Eletricidade de São Paulo S.A., pela Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL e pelo Instituto de Pesquisas Tecnológicas do Estado de São Paulo – IPT violariam os escopos da audiência pública em questão, no sentido de buscar mais informações técnicas sobre questões ou circunstâncias de fato. Segundo a recorrida, o deferimento da inscrição da recorrente e de órgão diretamente interessado no seu êxito violam os escopos da audiência pública, cujo espaço deve ser usado para outros setores apresentarem seu entendimento sobre o tema objeto do processo. Em despacho, o Ministro Dias Toffoli ressaltou que a decisão é irrecorrível e manteve a lista de participantes da audiência.

Reflexões críticas. Não foram identificados nesta audiência aspectos que tenham despertado reflexões críticas.

2.2.10 Queimadas em canaviais – RE nº 586.224/SP

O Caso. A décima audiência pública realizada pelo STF teve como objeto a utilização de queimadas em canaviais, método que, embora tradicional, seria altamente controverso em razão de seus impactos ambientais e relativos à saúde pública. O tema chegou ao Tribunal por meio do RE 586.224 – SP, no qual se opunham, formalmente, o Estado de São Paulo e o Sindicato da Indústria da Fabricação do Alcool do Estado de São Paulo – SIFAESP ao Município de Paulínia e à Câmara Municipal de Paulínia. O Município de Paulínia editou lei proibindo o uso do fogo como método despalhador em cultivo de cana de açúcar em dissonância com a legislação estadual, mas em harmonia com o art. 27 do Código Florestal Nacional, segundo o qual “*É proibido o uso de fogo nas florestas e demais formas de vegetação*”.

A Convocação. Antes de convocar a audiência pública, o relator, Ministro Luiz Fux, havia determinado a intimação de órgãos e entidades que pudessem contribuir para o esclarecimento das questões de fato pertinentes ao caso. Na ocasião, foram juntados esclarecimentos técnicos da Agência Nacional de Águas (ANA), da Embrapa, do Ministério do Meio Ambiente, do Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento, da Associação Brasileira de Entidades Estaduais do Meio Ambiente (Abema), do Centro de Tecnologia Canavieira S/A (CTC) e do Federação dos Plantadores de Cana do Brasil (FEPLANA). Tais manifestações revelaram de maneira ainda mais evidente a complexidade e repercussão da questão das queimadas em canaviais, o que levou o ministro a convocar mais uma audiência pública.

Em seu despacho convocatório, o ministro consignou que “*há que se debater a matéria com a sociedade, destinatária dos efeitos de qualquer decisão que venha a ser tomada pelo Supremo Tribunal Federal nesse caso, cuja apreciação ultrapassa os limites do estritamente jurídico, demandando abordagem técnica e interdisciplinar*”. Esclareceu, ainda que a audiência pública não serviria à discussão sobre o conflito federativo que se mostrava presente, visto que a desconformidade do

diploma municipal com a lei estadual que regia à matéria era uma das questões abarcadas no recurso extraordinário.

De forma explícita, registrou que o “*escopo da audiência é esclarecer, pela participação de especialistas, as inúmeras questões ambientais, políticas, econômicas e sociais relativas à proibição da técnica de colheita da cana-de-açúcar por meio de queimadas*”.¹⁵² Tal como fizera nas outras audiências que convocou, o ministro formulou uma série de indagações que pretendia esclarecer com a realização da audiência pública. Elas diziam respeito, por exemplo, aos custos e potenciais benefícios advindos da extinção das queimadas em canaviais; aos impactos sobre a economia e sobre os trabalhadores do setor e às questões ambientais que decorrem das queimadas.¹⁵³

Na página de “*perguntas frequentes*”,¹⁵⁴ foram adotados os mesmos critérios utilizados na audiência relativa à TV por assinatura. Os interessados em participar foram instruídos a enviar um *curriculum vitae*, no qual deveriam especificar a atuação na área do setor canavieiro, eventuais trabalhos acadêmicos nessa seara e um roteiro do que seria abordado em eventual explanação. O endereço para envio de contribuições também foi mantido.

Os Expositores. A audiência foi realizada em um único dia, 22 de abril de 2013, e foram ouvidos vinte e seis expositores. O perfil dos expositores foi variado, dentre eles estavam representantes do Executivo (*e.g.* Ministério do Meio Ambiente e da Empresa Brasileira de Pesquisa Agropecuária – EMBRAPA); associações representativas do setor afetado (*e.g.* Associação dos Plantadores de Cana do Médio Tietê – ASCANA e da Federação dos Plantadores de Cana do Brasil –FEPLANA); sindicatos e representantes da indústria sucroalcooleira.

Os ministros que participaram da audiência. De acordo com o registro das notas taquigráficas, apenas o Ministro Luiz Fux esteve presente na audiência pública.

¹⁵² RE 586.224-SP, despacho publicado em 06/12/2012.

¹⁵³ Trata-se de um rol extenso de indagações. Por isso, remete-se o leitor ao endereço eletrônico do despacho (http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/audienciasPublicas/anexo/RE_586.224.pdf, acesso em 27/03/2014). Nas indagações formuladas pelo ministro, restou claro o viés instrutório da audiência pública.

¹⁵⁴http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/audienciasPublicas/anexo/RE_586.224.pdf, acesso em 27/03/2014.

O perfil geral da audiência. Nesse caso, o perfil instrutório da audiência restou bem marcado. A intenção do Ministro Luiz Fux foi nitidamente a de buscar mais elementos para a formação de sua convicção, o que foi feito não apenas mediante a oitiva de *experts*, mas também de representantes de comunidades envolvidas na atividade canavieira. Na ocasião, os expositores foram interrogados com pedidos de esclarecimentos, o que reforçou o perfil instrutório da audiência.

Reflexões críticas. Não foram identificados nesta audiência aspectos que tenham despertado reflexões críticas.

2.2.11 Regime Prisional – RE nº 641.320 – RS

O Caso. A décima primeira audiência tratou do regime prisional, mais especificamente, da possibilidade do cumprimento de pena em regime menos gravoso quando não houver, no sistema penitenciário, vaga disponível para o cumprimento no regime determinado pela condenação. O RE nº 641.320 – RS foi interposto pelo Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul contra acórdão da Quinta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, que deu parcial provimento a recurso de apelação, para fixar a prisão domiciliar de apenado “*enquanto não existir estabelecimento destinado ao regime semiaberto que atenda todos os requisitos da LEP*”.

A Convocação. O Ministro Gilmar Mendes, relator do recurso, decidiu convocar a audiência em vista da repercussão geral da matéria. Nos termos do despacho convocatório,

Tendo em vista as consequências que a decisão desta Corte terá em relação a todo o sistema penitenciário brasileiro, com inevitáveis reflexos sobre os atuais regimes de progressão prisional; os questionamentos que essa discussão poderá suscitar em relação à individualização e à proporcionalidade da pena e ao tratamento penitenciário, que impõe o estrito cumprimento da Constituição, de pactos internacionais e da Lei de Execuções Penais; bem como a necessidade de se conhecer melhor as estruturas e condições dos estabelecimentos destinados, em todo o país, aos regimes de cumprimento de pena e às medidas socioeducativas, CONVOCO Audiência Pública (...)¹⁵⁵

¹⁵⁵Despacho proferido no RE 641320-RS, publicado em 1º/03/2013.

O objetivo da audiência foi contribuir com esclarecimentos técnicos, científicos, administrativos, políticos, econômicos e jurídicos a partir do depoimento de autoridades e membros da sociedade em geral sobre o tema.

Os Expositores. Nos dois dias de audiência, 27 e 28 de maio de 2013, participaram da audiência pública profissionais ligados ao funcionamento do regime prisional no Brasil, como representantes da Defensoria Pública, dos Tribunais de Justiça e do Ministério Público, membros da Administração Pública ligados à Administração Penitenciária, à Segurança Pública, às Secretarias de Justiça, além da ONG Conectas Direitos Humanos e do Conselho Federal da OAB.

Os ministros que participaram da audiência. As notas taquigráficas da audiência ainda não foram disponibilizadas e, a partir dos registros de vídeo e das notícias veiculadas pelo STF nos dias da realização da audiência, constatou-se que apenas o Ministro Gilmar Mendes compareceu à solenidade.

O perfil geral da audiência. Assim como no caso da judicialização da saúde, o Ministro Gilmar mais uma vez se valeu da audiência pública do STF como um mecanismo para promover um diálogo institucional entre diferentes entidades envolvidas em uma política pública.

Reflexões críticas. Não foram identificados nesta audiência aspectos que tenham despertado reflexões críticas.

2.2.12. Financiamento de Campanhas – ADI nº 4.650-DF

O Caso. Na décima segunda audiência pública, discutiu-se a respeito do financiamento de campanhas eleitorais, objeto central da ADI nº 4.650-DF, que questiona a constitucionalidade de diversos dispositivos da Lei nº 9.504/97 (Lei Eleitoral) e da Lei nº 9.096/95 (Lei Orgânica dos Partidos Políticos) os quais, ao possibilitarem doações financeiras por pessoas naturais e jurídicas a campanhas eleitorais e a partidos políticos, teriam contrariado os princípios da isonomia, democrático, republicano e da proporcionalidade, na sua dimensão de vedação à proteção insuficiente.

A Convocação. No despacho convocatório, o Min. Luiz Fux aludiu à necessidade de carrear mais informações ao processo e também ao objetivo de democratizar o debate, ao consignar que a intenção era municiar o STF “*de informações imprescindíveis para o melhor equacionamento do feito, e, especialmente, para que o futuro pronunciamento judicial se revista de maior legitimidade democrática*”.¹⁵⁶

Ainda de acordo com o relator da ação,

[a] oitiva de especialistas, cientistas políticos, juristas, membros da classe política e entidades da sociedade civil organizada não se destina a colher interpretações jurídicas dos textos constitucional ou legal, mas sim a trazer para a discussão alguns pontos relevantes dos pontos de vista econômico, político, social e cultural acerca do financiamento vigente, em especial por meio de estudos estatísticos e/ou empíricos.¹⁵⁷

Portanto, a intenção era oferecer ao STF um quadro mais claro a respeito da forma como efetivamente funciona o financiamento de campanhas no Brasil, tendo o ministro especificado que gostaria de obter dados estatísticos e empíricos a respeito do tema.

Os Expositores. A audiência contou com contribuições de políticos, juristas e representantes da sociedade civil e seguiu os mesmos critérios das demais que foram convocadas pelo Ministro Luiz Fux. Participaram deputados e representantes de partidos políticos; advogados; professores de Direito representando instituições de ensino; ex-ministros do Tribunal Superior Eleitoral (TSE) e do STF; a Associação Nacional do Ministério Público; entidades ligadas ao combate à corrupção; além da Ordem dos Advogados do Brasil, autora da ação. Nos debates, foram ouvidas vozes favoráveis e contrárias à procedência da ação.

Os ministros que participaram da audiência. Apenas o Ministro Luiz Fux compareceu à audiência pública, conforme consta do registro das notas taquigráficas.

O perfil geral da audiência. Logo na abertura da solenidade, o ministro consignou que “*o objetivo da Audiência Pública (...) visa exatamente a que o Supremo Tribunal Federal possa auferir, junto à coletividade, a sua colaboração nesse novo processo democrático participativo*”. Os participantes trouxeram ponderações a respeito

¹⁵⁶Despacho convocatório da audiência pública, proferido na ADI nº 4.650/DF em 26 de março de 2013.

¹⁵⁷ Idem.

de como funciona o financiamento de campanhas, da forma como as contribuições de pessoas jurídicas podem criar laços pouco republicanos com os partidos e, em contraponto, sobre se haveria alternativas viáveis e melhores ao sistema atual. Portanto, na linha do que consignou o Ministro Fux no início da audiência, a audiência pública se prestou tanto à instrução do processo (com a colheita de informações de fato que subjazem a demanda) quanto à abertura para o debate com a sociedade.

Reflexões críticas. A audiência pública cumpriu os seus objetivos, sem que tenham sido identificados aspectos que tenham despertado reflexões críticas.

2.2.13. Biografias não autorizadas – ADI nº 4.815

O Caso. A décima terceira audiência pública versou a respeito das biografias não autorizadas, objeto da ADI nº 4.815. A ação foi ajuizada pela Associação Nacional dos Editores de Livros – ANEL e objetiva a declaração de inconstitucionalidade parcial, sem redução de texto, dos arts. 20 e 21 do Código Civil, a fim de que se estabeleça interpretação desses dispositivos no sentido de que a elaboração e publicação de biografias independe de autorização do biografado ou de sua família.

A Convocação. No momento da convocação, a relatora, Ministra Cármen Lúcia, indicou que o objetivo da audiência foi “*ouvir 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 manifestar sobre o objeto do exame na presente ação*”. Objeto este que, segundo ela, “*repercutiria em valores fundamentais dos indivíduos e da sociedade brasileira*”.¹⁵⁸ Na ocasião, a Ministra Cármen Lúcia não consignou os critérios que seriam utilizados na seleção dos participantes.

Um aspecto relevante do contexto em que a audiência foi convocada diz respeito à repercussão social desse tema. A questão recebeu atenção relevante da mídia no ano de 2013, especialmente depois de um grupo de artistas renomados – a exemplo

¹⁵⁸ ADI 4815, Rel. Min. Cármen Lúcia, Despacho convocatório da audiência pública, 11/10/2013.

de Gilberto Gil, Caetano Veloso e Roberto Carlos – terem manifestado opiniões contrárias à procedência da ação direta.¹⁵⁹

A audiência pública apresentou duração mais curta do que as demais realizadas pelo STF, tendo se estendido apenas pela manhã e início da tarde do dia vinte e um de novembro de 2013.

Os Expositores. No total, a solenidade contou com dezessete expositores, como representantes da sociedade civil, parlamentares, representantes do governo e sindicatos. Dentre eles ouviram-se manifestações da Academia Brasileira de Letras, representada pela escritora Ana Maria Machado; da União Brasileira de Escritores; da Associação Brasileira dos Constitucionalistas Democratas – ABCD; do Instituto Histórico e Geográfico Brasileiro – IHGB; da Associação Brasileira de Produtoras Independentes de Televisão – ABPITV; do Sindicato Interestadual da Indústria Audiovisual–SICAV e da Associação Eduardo Banks.

No que tange às exposições, a grande maioria delas foi favorável à procedência da ADI nº 4.815. Dos dezessete participantes, quatorze apresentaram discurso absolutamente favorável à declaração de inconstitucionalidade dos dispositivos do Código Civil, dois parlamentares¹⁶⁰ trouxeram exposições em tom de ponderação entre a liberdade de expressão e os direitos da personalidade e apenas um único participante defendeu a absoluta improcedência da ação. Esse participante foi o Sr. Ralph Anzolin Lichote, representante da Associação Eduardo Banks, cuja manifestação se mostrou tecnicamente inferior às dos demais participantes.

Além daqueles que haviam sido inscritos, ao final, foi franqueada a palavra ao advogado João Ribeiro de Moraes, que suscitou questão de ordem e lhe foi permitida a exposição de seu ponto de vista, contrário à procedência da ação, em apenas um minuto. A relatora também permitiu a manifestação do Presidente da OAB, que integrou a mesa, e se manifestou em prol da procedência da ação, utilizando-se do tempo que entendeu necessário.

Durante o evento, a Ministra Cármen Lúcia chamou a atenção para o fato de que biógrafos e biografados formularam pedido de participação. No entanto, a relatora esclareceu que indeferiu tais pedidos, pois, no seu entender, não caberia ao STF

¹⁵⁹ Cf. <http://www1.folha.uol.com.br/ilustrada/2013/10/1352167-gil-e-caetano-se-juntam-a-roberto-carlos-contra-biografias-nao-autorizadas.shtml>

¹⁶⁰ A referência é feita aos deputados federais Ronaldo Caiado e Marcos Rogério.

analisar casos individuais, pois muitos deles já haviam sido submetidos à apreciação de outros órgãos do Poder Judiciário, de forma que se poderia abrir flanco a uma espécie de reavaliação de matérias já julgadas. Ainda de acordo com a Ministra, a questão das biografias fora submetida em abstrato ao STF e, por isso, as ponderações em audiências públicas deveriam seguir essa linha de análise da questão em tese.

O perfil geral da audiência. No caso das biografias não autorizadas, a principal nota da convocação foi o estabelecimento de uma abertura do debate de uma questão que causou grande mobilização social. Por mais que existam aspectos do mercado editorial envolvido, a nota principal não foi instruir o processo. Esse caráter de abertura foi ressaltado por um dos participantes da audiência. A passagem é tão emblemática da questão dos diálogos sociais, que vale o registro:

Em nome do Sindicato Interestadual da Indústria Audiovisual agradeço a oportunidade de contribuir para o trabalho deste Supremo Tribunal, que nunca esteve distante, mas que talvez nunca tenha estado tão próximo da sociedade e tão aberto a ouvir os seus jurisdicionados. Essa audiência pública, Senhora Ministra, é uma demonstração clara de abertura ao diálogo e reflete o que se vê e ouve na rua: no Brasil de hoje, graças ao trabalho de vossas excelências, o STF tornou-se uma referência ética cotidiana para o cidadão comum, que tem tido todos os motivos para se orgulhar da Corte Constitucional que tem.¹⁶¹

Os ministros que participaram da audiência. Além da Ministra Cármen Lúcia, a audiência contou apenas com a presença da Ministra Rosa Weber.

Reflexões críticas. O desequilíbrio entre os expositores contrários e favoráveis à procedência da ação, com um nítido favorecimento do segundo grupo, chama atenção para o risco evidente de se desvirtuar o propósito da utilização das audiências públicas. Com efeito, por mais que no caso das biografias possam existir aspectos do mercado audiovisual que sejam relevantes para a compreensão da questão constitucional, este não parece ser o propósito principal da audiência pública. Como pontuou a própria ministra relatora, a convocação da audiência se deu tendo em vista que a questão constitucional “*repercutiria em valores fundamentais dos indivíduos e da sociedade brasileira*”, de forma que o seu propósito, ao menos em princípio, seria o de

¹⁶¹ A passagem faz parte da exposição de Cláudio Lins de Vasconcelos, representante do Sindicato Interestadual da Indústria Audiovisual. Informação obtida nos registros de vídeo da audiência.

abrir a jurisdição constitucional ao debate social como forma de legitimar a decisão a ser proferida pelo tribunal.

No entanto, se a intenção era pluralizar o debate, a clara valorização de um dos pontos de vista soa incompatível com o propósito da audiência. Ao contrário de incrementar a legitimidade democrática da decisão, a escolha de apenas um segmento da sociedade para se manifestar deslegitima a audiência pública. Especialmente quando a questão se mostra tão divisiva na sociedade como no caso das biografias não autorizadas.

O caso é ilustrativo, ainda, do quão casuística é a disciplina das audiências públicas, especialmente no que tange à seleção dos participantes. Nos debates a respeito da constitucionalidade das cotas e da Lei Seca, como se viu, os ministros que presidiam a audiência franquearam a palavra a pessoas afetadas diretamente pelo resultado da decisão. Já no caso das biografias, como o entendimento pessoal da Ministra Carmen Lúcia era diferente, biógrafos e biografados não puderam participar.

2.2.14 Programa Mais Médicos – ADI nº 5.037 e ADI nº 5.035

O Caso. A décima quarta audiência pública realizada pelo tribunal levou a debate o Programa Mais Médicos, instituído pela Presidência da República por meio da Medida Provisória nº 621/2013, posteriormente convertida na Lei nº 12.871/2013. A política pública estabeleceu alterações quanto ao funcionamento dos cursos de graduação em Medicina, à formação dos profissionais e também instituiu medidas relativas à contratação de médicos para atuarem no âmbito da saúde pública, inclusive estrangeiros e brasileiros formados no exterior, dispensada a revalidação do diploma universitário. Trata-se de outro assunto polêmico, que foi amplamente debatido na sociedade civil no ano de 2013.

A Convocação. Quanto à finalidade da audiência, nos termos do despacho convocatório proferido pelo Ministro Marco Aurélio, “o objetivo é analisar,

*do ponto de vista sistêmico, as vantagens e desvantagens da política pública formulada”.*¹⁶²

Os Expositores. Entre os dias 25 e 26 de novembro de 2013, foram ouvidos vinte e quatro expositores, entre representantes de entidades do governo, do Ministério Público e da sociedade civil. Durante o seu curso, ficou claro o quanto a questão divide opiniões entre os envolvidos no tema, confrontando especialmente profissionais ligados à classe médica e gestores públicos. Falaram representantes dos Ministérios da Educação e da Saúde; do Tribunal de Contas da União; do Conselho Federal de Medicina; de associações médicas; da Central Única de Trabalhadores, da Confederação Nacional dos Trabalhadores Liberais Universitários Regulamentados – CNTU, da Associação Médica Brasileira – AMB, além de parlamentares.

Nas exposições da audiência, vale destacar a ponderação Geraldo Ferreira Filho, que representou a Federação Nacional dos Médicos (Fenam) e da Confederação Nacional dos Trabalhadores Liberais Universitários Regulamentados (CNTU) e destacou que a política pública havia sido estruturada sem um diálogo adequado com a classe médica. Conforme noticiado pelo STF,

[s]egundo Geraldo, em reunião realizada com a presidente da República, Dilma Rousseff, no dia 4 de abril, exatamente para discutir formas de levar médicos a áreas que carecem desses profissionais, a Confederação propôs que o governo criasse a carreira dos médicos nos moldes do que existe para o Judiciário e a Defensoria Pública, com ascensão na carreira e piso salarial adequado.

Logo depois, conta o representante da Fenam e da CNTU, o governo lançou o Programa Mais Médicos. Ele afirma que a medida “causou uma surpresa muito grande” na comunidade médica porque a presidente da República havia assegurado que, “consultaria instituições e representações médicas”, antes de anunciar qualquer medida na área.¹⁶³

Os ministros que participaram da audiência. As notas taquigráficas da audiência pública não foram disponibilizadas, e, a partir dos vídeos e notícias disponibilizados pelo tribunal, somente se constatou a presença do próprio relator.

O perfil geral da audiência. Em um apanhado geral, a audiência pública que debateu o Programa Mais Médicos se caracterizou pela instauração de um debate

¹⁶²ADI nº 5.037, Rel. Min. Marco Aurélio, despacho convocatório publicado em 02/10/2013.

¹⁶³ cf. <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=254381&caixaBusca=N>, acesso em 28.05.2014.

institucional a respeito de uma política pública implantada pelo Poder Executivo, como ocorrera nas audiências que trataram do Sistema Único de Saúde e do Regime Prisional. O evento propiciou ao STF uma visão mais alargada a respeito das questões que permeiam a instituição do programa pelo Executivo Federal, ampliando o espectro de informações à disposição do tribunal, com posicionamentos contrários e a favor da política pública.

Reflexões críticas. A convocação da audiência pública neste caso também parece contribuir para a construção da imagem do STF como instituição que dialoga de forma direta com a sociedade.

Com efeito, o caso é ilustrativo do fenômeno da judicialização da política no Brasil. Em julho 2013, o Governo Federal anunciou o Programa Mais Médicos e, logo após o lançamento do programa, diversas entidades ligadas especialmente à classe médica se mobilizaram para tecer duras críticas a essa política, movimento que ganhou espaço na imprensa e na mídia em geral. Em agosto do mesmo ano, pouco mais de um mês após esse lançamento, a Confederação Nacional dos Trabalhadores Liberais Universitários Regulamentados (“CNTU”), a Associação Médica Brasileira (“AMBR”) e o Conselho Regional de Medicina (“CRM”) ajuizaram as duas ações diretas de inconstitucionalidade em face do programa. Passado pouco mais de um mês do ajuizamento das ações, já no início de outubro, a audiência pública foi convocada pelo Ministro Marco Aurélio e realizada no mês seguinte. Trata-se de uma resposta rápida do STF, que assim demonstrou habilidade de estabelecer rapidamente um diálogo com os grupos envolvidos.

2.12.15 Gestão Coletiva de Direitos Autorais – ADI nº 5.062 e ADI nº 5.065

O Caso. A décima quinta audiência pública foi realizada no dia 17 de março de 2014, e discutiu as alterações no marco regulatório da gestão coletiva de direitos autorais no Brasil, instituída pela Lei nº 12.853/2013. A constitucionalidade da lei é questionada na ADI nº 5.062 e na ADI nº 5.065, e o tema também foi objeto de grande debate nos meios de comunicação no ano de 2013, especialmente por se tratar de matéria do interesse de artistas consagrados da música brasileira.

A Convocação. No despacho convocatório, o Ministro Luiz Fux adotou linha semelhante à da convocação da audiência pública sobre financiamento de campanhas, ressaltando que a oitiva de interessados revestiria o pronunciamento judicial de maior legitimidade democrática e, também, que a intenção da audiência não era colher interpretações jurídicas, mas sim “*a esclarecer questões técnicas, econômicas e culturais relativas ao funcionamento da gestão coletiva de direitos autorais, sobretudo à luz da experiência internacional sobre a matéria*”.¹⁶⁴ A audiência foi marcada pela pluralidade, pois entre os vinte e quatro expositores estiveram parlamentares, artistas, representantes do ECAD, de associações de artistas e produtores.

Em entrevista à TV Justiça, o Ministro Luiz Fux foi questionado a respeito de quais aspectos do caso ultrapassam a questão jurídica e, portanto, teriam motivado a solicitação dessa audiência pública. O ministro, então, respondeu que a “*questão constitucional, no caso, é uma questão de fácil percepção e de interpretação variável*”, e esclareceu que “*a realidade que se pretende obter através da audiência é exatamente saber dos próprios autores, dos próprios artistas, o que é melhor para eles*”.¹⁶⁵

Os Expositores. Participaram da audiência pública parlamentares envolvidos na elaboração do marco regulatório, representantes de associações e federações de classes que possuem direitos autorais (e.g. cantores, roteiristas, compositores, autores teatrais), alguns cantores e compositores,¹⁶⁶ representantes do ECAD (Escritório Central de Arrecadação e Distribuição), do IBOPE, do CADE, além de profissionais que apresentaram análises técnicas e econômicas da questão.

Os ministros que participaram da audiência. Apenas o Ministro Luiz Fux participou da audiência pública.

O perfil geral da audiência. A audiência pública atendeu ao propósito de oferecer mais elementos econômicos e de fato a respeito da gestão coletiva de direitos autorais, ao mesmo tempo em que foi marcada pela abertura do diálogo, pois possibilitou que grupos diretamente afetados pelo julgamento da questão participassem do debate.

¹⁶⁴ Despacho convocatório proferido na ADI 5.062/DF, em 17 de dezembro de 2013.

¹⁶⁵ Entrevista veiculada em 17/03/2014, disponível em <http://www.tvjustica.jus.br/index/detalhar-noticia/noticia/262512>. Último acesso em 18.07.2014.

¹⁶⁶ Participaram Roberto Frejat, João Luiz Woerdebang Filho (Lobão), Roberto Menescal e Juca Novaes.

Reflexões críticas. A audiência pública cumpriu os seus objetivos, sem que tenham sido identificados aspectos que tenham despertado reflexões críticas.

2.12.16 Internação Hospitalar com diferença de classe no SUS – RE nº 581.488

O Caso. Por fim, a décima sexta audiência pública realizada pelo STF foi convocada nos autos do RE nº 581.488, em que se discute a constitucionalidade da prática da “diferença de classe” no SUS, que consiste na melhoria do tipo de acomodação recebida do paciente internado pelo SUS e a contratação pelo usuário de profissional de sua preferência, mediante o pagamento da diferença respectiva. Para os defensores da medida, esta seria uma forma de trazer receitas adicionais para a gestão da saúde, especialmente nos casos de entidades filantrópicas (“Santas Casas”), que recebem do SUS receitas inferiores ao necessário para a sua subsistência. Seria uma maneira de atenuar o problema do subfinanciamento e auxiliar entidades que dependem de receitas do SUS a gerirem suas dívidas, evitando o fechamento de estabelecimentos de saúde.

A Convocação. A audiência foi convocada pelo Ministro Dias Toffoli visando obter “*informações técnicas, administrativas, políticas, econômicas e jurídicas acerca da questão debatida, de modo a subsidiar a Corte com o conhecimento especializado necessário para o deslinde da causa em juízo*”.¹⁶⁷ Na ocasião, o Ministro franqueou a possibilidade de se manifestar a qualquer interessado, esclarecendo que estes deveriam manifestar o desejo de participar da audiência pública por meio de e-mail em que deveriam consignar o ponto a ser defendido, bem como o nome de seu

¹⁶⁷ Nos termos do despacho convocatório, “[a] questão trazida à Corte apresenta relevância jurídica e social e envolve valiosos interesses jurídicos, como o acesso universal e igualitário às ações e aos serviços de saúde e a complementaridade da participação do setor privado na saúde pública. Por sua vez, o debate reclama análise que ultrapassa os limites do estritamente jurídico, porquanto demanda abordagem técnica acerca, por exemplo, do impacto administrativo e econômico da “diferença de classe” no Sistema Único de Saúde (SUS) e do seu efeito nos procedimentos de triagem e no acesso ao SUS.

A realização da audiência pública permitirá a oitiva de especialistas, de representantes do poder público e da sociedade civil, visando obter informações técnicas, administrativas, políticas, econômicas e jurídicas acerca da questão debatida, de modo a subsidiar a Corte com o conhecimento especializado necessário para o deslinde da causa em juízo” (STF, RE nº 581.488, decisão monocrática proferida em 20 de março de 2014).

representante. Além disso, o despacho convocatório também divulgou um endereço de e-mail para o qual poderiam ser enviadas contribuições para a audiência.

Os Expositores. No dia 26 de maio de 2014, quatorze expositores participaram da audiência pública. Eles eram representantes de entidades públicas e privadas relacionadas à área da saúde, a exemplo de Conselhos de Medicina, da Agência Nacional de Saúde Suplementar, além de profissionais ligados à estruturação da política pública do SUS. A maioria dos expositores apresentou opinião contrária à prática da “diferença de classes”, no total, dez dos quatorze expositores, de forma que apenas quatro participantes defenderam a medida.

Os ministros que compareceram à audiência. Quanto à participação de ministros, além do Ministro Dias Toffoli, também estiveram presentes na audiência a Ministra Rosa Weber e o Ministro Gilmar Mendes, que, entretanto, não acompanharam todas as exposições.

O perfil geral da audiência. Apesar da clara tendência contrária à convalidação da prática, a audiência teve o condão de fornecer ao público um apanhado de informações a respeito dos impactos que esse tipo de prática pode trazer para o SUS.

2.3. A baixa frequência dos ministros nas audiências públicas

Um aspecto que chama a atenção nas audiências públicas do STF é a baixa frequência dos ministros. O quórum médio gira em torno de um a três integrantes do tribunal e, ainda assim, por conta do asoeramento de suas agendas, eles dificilmente permanecem até o final. Normalmente, o único que assiste a todas as exposições é o ministro que preside a audiência.

Vale mencionar, uma vez mais, que na pesquisa do presente trabalho a Central do Cidadão do STF foi questionada a respeito da frequência dos ministros nas audiências públicas e, na ocasião, esclareceu que “*nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, as audiências públicas são convocadas pelo Presidente da Corte ou pelo Relator do processo, a quem compete a presidência da audiência. Assim, normalmente, apenas o Ministro que irá presidir a audiência estará presente.*”

É bem verdade que, dado o acúmulo de funções dos ministros – que possuem um número estupendo de recursos para julgar, afora os casos de foro por

prerrogativa de função, as ações constitucionais de sua própria relatoria, e eventuais compromissos no CNJ e no TSE¹⁶⁸ – é realmente muito difícil que todos os integrantes do STF possam estar presentes em todas as audiências públicas. Qualquer crítica a respeito do comportamento judicial há de ser realizada à luz da realidade. E esperar que todos eles tenham tempo de se engajar nas audiências às vezes pode ser uma expectativa além das possibilidades dos membros do tribunal.

Ainda que os ministros não estejam presentes às sessões, o Regimento Interno do STF oferece mecanismos para que eles possam ter acesso à matéria debatida. O seu art. 154, parágrafo único, inciso VI estabelece que os trabalhos da audiência pública serão registrados e juntados aos autos do processo. No entanto, como se registrou no início do presente capítulo, a maior parte das notas taquigráficas das audiências públicas somente foram juntadas aos processos respectivos depois de pedido formulado por um pesquisador do IUPERJ, que pretende analisar as audiências públicas do STF. Além disso, em tese, os ausentes também podem acompanhar as audiências tanto pela TV quanto pela Rádio Justiça, bem como acessar os vídeos disponibilizados na internet depois da realização da audiência.

No entanto, de qualquer forma, o quórum usual ser de dois a três ministros é expressivamente baixo.¹⁶⁹ Especialmente em um cenário em que o tribunal invoca as audiências públicas como uma forma de superar o *déficit* de legitimidade democrática do controle de constitucionalidade.

A esse respeito, o Direito Francês oferece um contraponto interessante à realidade brasileira. O Regimento Interno do Conselho Constitucional Francês permite a

¹⁶⁸ Para uma visão crítica a respeito do acúmulo de funções dos ministros do STF, v. VIEIRA. Oscar Vilhena. “Supremocracia”. Revista de Direito GV São Paulo, jul – dez 2008.

¹⁶⁹ O baixo quórum das audiências também é objeto de crítica de Carolina Alves Vestena em dissertação de mestrado que tratou do impacto das audiências públicas no STF: “[o] indicador de presença dos ministros nas audiências é elucidativo do caráter não prioritário que tais debates tomam nas agendas de julgamento e de atividades dos principais agentes decisórios envolvidos. Considerando que as ações de controle de constitucionalidade são julgadas no plenário, e que o procedimento da audiência pública foi realizado somente cinco vezes, seria razoável esperar que todos os ministros reservassem tempo para assistir aos pronunciamentos nessas ocasiões, nas quais teriam a oportunidade de formular perguntas aos especialistas convocados e conduzir um processo de debate efetivamente plural.

Ainda que se possa considerar que existem outros meios de acesso aos dados oferecidos pelos participantes nas audiências – notas taquigráficas e vídeos dos eventos – a presença física dos ministros nas audiências conferiria a tais procedimentos um caráter simbólico de reconhecimento de sua relevância por parte dos agentes julgadores. Contudo, o que se observa é exatamente o contrário. Poucos ministros comparecem às audiências, e um número menor ainda permanece durante toda sua realização.”(VESTENA, Carolina Alves. Op. Cit, p. 90. Vale a nota de que a dissertação foi apresentada em 2010, daí a alusão a apenas cinco audiências).

convocação de audiências para o julgamento de questões constitucionais (Artigo 6). No entanto, nos termos do Artigo 11, alínea 1, do Regimento,¹⁷⁰ apenas os membros do Conselho que assistiram à audiência podem participar da deliberação a respeito da questão constitucional.¹⁷¹⁻¹⁷²

No Brasil, tendo em vista aspectos da realidade do dia-a-dia dos membros do STF, não se defende a importação de regra semelhante. Mesmo porque, impedir a participação dos ministros que não foram à audiência nos julgamentos poderia criar entraves para as decisões, e o STF já se encontra assoberbado. O exemplo francês é trazido como exemplo para destacar a relevância que se dá à audiência para o julgamento final. Realmente, se o relator entende que a matéria é complexa a ponto de demandar a realização de uma audiência, ao menos presumivelmente, ela também será de importante valia para os demais membros da Corte. Daí se valorizar a fase de instrução do processo constitucional.

Por mais que o exemplo francês soe radical para a realidade brasileira, o aumento do quórum das audiências deve representar um ideal a ser perseguido. Ao contrário do informado pela Central do Cidadão do STF, se a intenção é pluralizar e o debate, o *normal* não deve ser a presença do ministro que conduz os trabalhos, apenas.

Com efeito, a baixa frequência dos ministros nas audiências públicas do STF oferece o primeiro indício de que o otimismo a respeito do nível de democratização promovido por esse instrumento é superestimado. Se a grande maioria dos julgadores não comparece às audiências públicas, se as notas taquigráficas não costumam ser juntadas aos autos e, ainda, se os argumentos trazidos pelos expositores não têm, necessariamente, que ser enfrentados nos votos, dizer que se trata de um mecanismo de democracia deliberativa soa demasiado.

¹⁷⁰ Cf.: “Article 11(al.1) Seuls les membres du Conseil constitutionnel qui ont assisté à l’audience peuvent participer à la délibération.” (Tradução livre: “Apenas os membros do Conselho constitucional que assistiram à audiência podem participar da deliberação”).

¹⁷¹ Para mais informações a respeito do controle de constitucionalidade na França, cf. ROUSSEAU, Dominique (org.). *La question prioritaire de constitutionnalité*. 2ª ed. Lextenso éditions, Gazette du Palais, 2012. 259 p.

¹⁷² Vale a nota de que o escopo da audiência convocada pelo Conselho Constitucional não é de todo similar às audiências públicas do STF. Lá as audiências não se prestam exatamente a promover uma abertura para a sociedade. São convidados a participar da audiência autoridades, como o Presidente da República, o Primeiro Ministro, os Presidentes da Assembléia e do Senado.

Vale lembrar, a propósito, que a configuração de uma efetiva *representação argumentativa*, nos termos formulados por Alexy,¹⁷³ depende essencialmente da contraposição dos argumentos suscitados pela sociedade civil. A legitimidade desse tipo de representação advém justamente da troca entre argumentos e contra-argumentos, em que se procura chegar a uma solução consensual pela via do discurso.

No entanto, se as audiências públicas se prestam a veicular os argumentos dos diversos grupos interessados na questão constitucional, mas esses argumentos não são efetivamente enfrentados pelo tribunal constitucional, a deliberação não cumpre seu ciclo. Em outras palavras, a democratização da jurisdição resta comprometida.

Diante dessa percepção, a presença dos ministros nas audiências públicas deve ser estimulada.¹⁷⁴ Uma forma de criar incentivos para o aumento do quórum das

¹⁷³ Vide item 2.2. *supra*.

¹⁷⁴ Poderia se contra argumentar que, pela letra da lei, as audiências têm uma natureza meramente instrutória. De acordo com o art. 9º da Lei nº 9.868/99, a audiência pública somente é convocada para complementar a instrução do processo, quando o relator entender que faltam elementos para a formação de sua convicção. Por essa linha de raciocínio, o fato de os demais ministros não estarem presentes não seria necessariamente um problema. Contanto que os elementos que foram utilizados para a formação da convicção do relator constassem dos autos e, portanto, pudessem ser acessados pelos demais ministros, o *quórum* baixo das audiências não seria, em si, uma questão grave.

Esse argumento em defesa da praxe do STF, no entanto, esbarra em alguns problemas. Em primeiro lugar, a experiência do tribunal mostrou que as audiências públicas não são convocadas apenas para fornecer elementos adicionais aos autos, para a formação da convicção do juízo. Mesmo nos casos em que a audiência teve perfil instrutório, já se tornou um lugar comum no discurso dos ministros a exaltação ao seu caráter democrático. As audiências públicas passaram por um processo de transformação guiado pela experiência prática do STF, e passaram a se prestar a novos objetivos além da instrução processual. Logo, se os membros da Corte entendem que as audiências conferem maior legitimidade democrática às suas decisões, a sua prática também deve se ajustar a esse discurso. Para que haja maior legitimidade, é preciso que se estabeleça um verdadeiro diálogo, e isso pressupõe que os ministros, ao menos em sua maioria, ouçam o que a sociedade (leia-se: tanto a sociedade civil em geral, quanto a sociedade especializada, em caso de esclarecimentos técnicos) tem a dizer.

Em segundo lugar, reforça o argumento o fato de que a presença dos ministros nas audiências aprimora a qualidade técnica das decisões. A partir da análise dos acórdãos, realizada na sequência, sobressai a percepção de que o voto do relator, que costuma assistir aos debates, possui maior densidade em seus argumentos. Em grande parte dos casos, a audiência pública auxilia a formação do seu convencimento. A opinião do relator costuma ser construída após ouvir argumentos de ambos os lados da questão nas audiências. Nesses casos, o resultado é a produção de uma decisão lastreada em um grande volume de informações, que analisa a questão constitucional sob diferentes perspectivas.

Sobre esse ponto, poderia se argumentar que é esse mesmo o papel do voto do relator, que em regra é o responsável por analisar os autos em maior profundidade, mas não seria necessariamente o papel dos demais ministros. Nada obstante, ainda que se aceite essa premissa, levando-se em consideração que os ministros costumam proferir seus votos individualmente e de maneira agregativa, defender a presença dos ministros nas audiências públicas significa defender a produção de uma decisão mais robusta em sua integralidade, e não apenas no voto do relator.

audiências seria a fixação do dia da solenidade em deliberação colegiada do Plenário. Antes da sessão, o relator enviaria um comunicado aos demais ministros a respeito da sua intenção de convocar uma audiência a respeito de um determinado tema. No início da próxima sessão do Plenário, os ministros escolheriam a(s) data(s) do evento a depender da disponibilidade de suas agendas. A data da audiência pública seria ser marcada no(s) dia(s) em que mais membros da Corte tiverem disponibilidade, e a intenção seria alcançar ao menos a maioria absoluta, com seis ministros. Dessa forma, os ministros se comprometeriam de antemão com o comparecimento e aqueles que realmente não pudessem estar presentes teriam que justificar o motivo da sua ausência diante do Plenário, em sessão pública. Essa seria uma forma de chamar a atenção dos demais membros da Corte para a relevância da matéria debatida e criar um incentivo para que compareçam, pois eles próprios declararam a sua disponibilidade na data marcada.¹⁷⁵

2.4. Os votos dos ministros nos casos em que foram realizadas audiências públicas

Possivelmente, a maneira mais eficaz de avaliar se as contribuições trazidas nas audiências públicas realmente interferem no processo de tomada da decisão, é analisar os votos proferidos pelos ministros. No momento da realização deste trabalho, apenas seis acórdãos haviam sido disponibilizados – o da ADI nº 3.510, da ADPF nº 101, da ADPF nº 54, da SL nº47, da STA nº 175 e do RE nº 597.285.

Dentro do universo das dezesseis audiências públicas já realizadas o material de pesquisa é limitado. No entanto, a partir dos acórdãos disponíveis para análise, é possível inferir que, nos seis casos, quando há referências mais substanciais aos conteúdos debatidos nas audiências,¹⁷⁶elas são tecidas pelo voto do relator. Com

¹⁷⁵ Essa seria a primeira maneira, mais sutil e de fácil implementação, de estimular a participação dos ministros nas audiências. Por isso é a solução recomendada. Não obstante, seria possível cogitar, ainda, a fixação do quórum de seis ministros para a instalação das audiências públicas por meio de previsão regimental, em linha semelhante ao art. 143 do RISTF que prevê esse quórum para a instalação das sessões do Plenário. Outra medida viável seria a fixação de um quórum de convocação para a audiência pública, também de maioria absoluta. Essa previsão, no entanto, dependeria de alteração pontual da Lei nº 9.868/99, pois o §1º do art. 9º dispõe que a convocação da audiência pública é competência do relator.

¹⁷⁶ Esclareça-se que o fato de o voto não fazer menção expressa à audiência pública não é um bom critério para se avaliar a influência dos debates na formação da opinião dos julgadores, por isso, procurou-se, tanto quanto possível, relacionar o conteúdo das discussões travadas nos votos.

efeito, como o relator normalmente é o único ministro que assiste a toda a audiência pública, as exposições parecem ter o potencial de influir de maneira mais efetiva sobre o seu voto, mas ainda assim foram identificados casos em que nem mesmo o voto do relator parece ter sido influenciado pela audiência.

Com relação aos votos dos demais ministros, foram identificados votos que passam totalmente ao largo dos debates havidos em audiência e, normalmente, quando eles aludem às exposições, a referência é feita a título de reforço argumentativo, para ilustrar ou corroborar algum argumento que compunha seu raciocínio. Ou seja, a partir da análise dos votos, a percepção geral, ressalvadas algumas exceções apontadas ao longo da exposição que segue, é a de que a audiência não foi determinante para a formação do convencimento dos demais ministros.

2.4.1 Pesquisas com células tronco embrionárias – ADI nº 3.510

O julgamento da ADI nº 3.510 foi o que mais contou com referências a argumentos suscitados na audiência pública, possivelmente por ter sido a primeira realizada pelo tribunal.

No relatório, o Ministro Carlos Ayres Britto apresenta um resumo das teses apresentadas em audiência pública, dividindo-as em dois blocos: (i) o primeiro, que nega às células-tronco embrionárias virtualidades, ao menos para fins de terapia humana, superiores às das células-tronco adultas e (ii) o segundo, que investe, entusiasticamente, nos experimentos científicos com células-tronco extraídas ou retiradas de embriões humanos.

Em seu voto, o Ministro Relator prestigia, em grande medida, os argumentos apresentados em audiência pública. Conceitos como o de “células-tronco embrionárias” e “embrião inviável” são trabalhados a partir das contribuições dos expositores da audiência. Além disso, o voto conta com menções expressas às participações de Débora Diniz,¹⁷⁷ Ricardo Ribeiro dos Santos,¹⁷⁸ Patrícia Pranke¹⁷⁹ e

¹⁷⁷ Fls. 166 do acórdão.

¹⁷⁸ Idem, fls. 180.

¹⁷⁹ Idem.

Mayana Zats,¹⁸⁰ a partir das quais tece considerações servem de base à construção de seu raciocínio. A partir da leitura do voto, tem-se a percepção de que os argumentos postos em audiência pública foram bastante significativos para delinear a decisão, favorável às pesquisas com células-tronco embrionárias e, portanto, pela improcedência da ação.

O voto da Ministra Elen Gracie não conta com alusões significativas às exposições havidas na audiência pública. A ministra também conclui pela improcedência da ação, mas afirma que a Corte não é uma “Academia de Ciências” e, por isso, deveria adotar uma postura minimalista, de autocontenção judicial. Segundo a ministra, *“buscaram-se neste Tribunal, a meu ver, respostas que nem mesmo os constituintes originário e reformador propuseram-se a dar”*.¹⁸¹ O voto permeia alguns temas debatidos na audiência pública, mas se baseia principalmente em estudos de especialistas que não foram apresentados durante o procedimento.

O voto-vista do Ministro Menezes Direito conta com algumas alusões às exposições da audiência pública, utilizadas principalmente para subsidiar seu ponto de vista contrário à utilização de células-tronco embrionárias em pesquisas, ao lado de vasto material de cunho técnico-científico alheio à audiência. Em passagens pontuais, o ministro também cita expositores contrários à sua tese, como é o caso de Patrícia Pranke, para, em seguida, combater seus argumentos.¹⁸² De modo geral, o ministro faz pouco uso dos argumentos apresentados em audiência pública.

A Ministra Cármen Lúcia inicia seu voto externando sua *“preocupação com as expectativas que parece ter sido suscitadas na sociedade quanto aos efeitos práticos e imediatos deste julgamento”*¹⁸³. De acordo com a ministra, *“as manifestações, dotadas – repito – de profunda, legítima e compreensível emoção a envolver o tema e as suas consequências sociais, não alteram, não desviam – nem poderiam – o compromisso do juiz do seu dever de se ater à ordem constitucional vigente e de atuar no sentido de fazê-la prevalecer”*.¹⁸⁴

¹⁸⁰ Idem, fls. 206.

¹⁸¹ Idem, fls. 214.

¹⁸² Idem, fls. 274.

¹⁸³ Idem, fls. 327.

¹⁸⁴ Idem.

No que concerne à audiência pública, a ministra ressalta que durante o procedimento se teria cogitado da necessidade de se definir quando a vida começa, o que para ela não é necessário dentro dos limites da ação. A partir da análise do voto, nota-se que a ministra faz algumas alusões à audiência,¹⁸⁵ e, em outras passagens, ainda que sem fazer menção expressa às exposições, a ministra adota e aborda argumentos trazidos na ocasião.

No voto do Ministro Ricardo Lewandowski foram identificadas três referências expressas ao procedimento da audiência pública. Nas três passagens, os argumentos postos a favor das pesquisas com células-tronco são apresentados para, na sequência, serem combatidos pelo ministro. Em seu voto, predominam citações de diversos estudiosos que não participaram da audiência pública. O ministro faz uso de autores que não participaram da audiência pública, ainda que aluda a argumentos debatidos na ocasião.

O voto do Ministro Eros Grau não conta com referências aos debates havidos na audiência pública. Ao contrário disso, o ministro inicia seu voto em tom crítico ao procedimento, referindo-se à impertinência de algumas exposições, mas sem mencioná-las expressamente. Vale destacar o seguinte trecho:

Forças sociais manifestaram-se intensamente de modo mesmo impertinente, algumas delas em relação à matéria objeto da presente ação direta de inconstitucionalidade. Estou convencido de que, ao contrário do que se afirmou mais de uma vez, o debate instalado ao redor do que dispõe a Lei n. 11.105 não opõe ciência e religião, porém religião e religião.

Alguns dos que assumem o lugar de quem fala e diz pela Ciência são portadores de mais certezas do que os líderes religiosos mais conspícuos. Portam-se, alguns deles, com arrogância que nega a própria Ciência, como que supondo que todos, inclusive os que cá estão, fossenos parvos. Como todas as academias de ciência são favoráveis às pesquisas de que ora se cuida, já está decidido. Nada mais teríamos nós a deliberar. Mesmo porque, a imaginar que as impedíssemos, estaríamos a opor obstáculo à cura imediata de doenças. A promessa é de que, declarada a constitucionalidade dos preceitos ora sindicados, algumas semanas ou meses após todas as curas serão logradas. Típica indução a erro mediante artifício retórico.

¹⁸⁵ Por exemplo, quando pontua que “conforme comprovam numerosos estudos expostos na audiência pública ocorrida no curso desta ação e nos trabalhos apresentados pelos interessados das duas correntes contrárias de pensamento sobre o tema aqui cuidado - a pesquisa com células-tronco embrionárias abre possibilidades não obtidas com qualquer outra, sequer com as células-tronco adultas, porque essas não dispõem das características de totipotência que naquelas se contém, como antes acentuado”. (fls. 364).

É necessário sopitarmos as expansões de infalibilidade de quem substitui a razão científica por inesgotável fé na Ciência, transformando-a em expressão de fanatismo religioso.¹⁸⁶

Curiosamente, o mesmo ministro propôs decisão aditiva que importava em restrições às pesquisas, e, ao final, restou vencido.

O voto do Ministro Joaquim Barbosa também não faz uso significativo dos argumentos suscitados na audiência pública. O ministro também adota ar crítico, ao se referir à audiência pública para ratificar o entendimento de que “*nem mesmo a ciência está apta a afirmar, com precisão, o momento exato em que a vida se inicia ou, ainda, que há vida*”.¹⁸⁷ O ministro tece considerações a respeito da opção legislativa que resultou na lei ora impugnada, mas que, de acordo com o exposto em audiência pública, resultou de amplo debate social. O ministro faz uso do direito comparado e da doutrina para concluir pela improcedência da ação, sem considerar, em maior medida, os argumentos apresentados na audiência pública.

O voto do Ministro Cezar Peluso é um dos que mais prestigia expressamente os argumentos trazidos pelos especialistas em audiência pública. Inicialmente, em alusão às lições de Mayana Zatz,¹⁸⁸ geneticista ouvida no procedimento, o ministro afasta qualquer semelhança entre o aborto e a pesquisa científica com células-tronco. Na sequência, para ratificar o entendimento de que o fenômeno da vida se desenvolve como processo, citou especialistas de teses contrárias ouvidos na audiência pública: Lenise Garcia, Claudia Batista, Antônio Eça, Elisabeth Cerqueira e Antônio Campos de Carvalho.¹⁸⁹ Ao longo de seu voto, o ministro transcreve passagens da audiência, pontuando as colocações de diversos especialistas para encadear sua opinião pela improcedência da ação. Ao final, contudo, o ministro sugere a interpretação conforme a Constituição dos artigos impugnados.

O voto do Marco Aurélio de Mello se inicia com uma manifestação de preocupação – na mesma linha externada pela Ministra Cármen Lúcia – com apelo social do caso. Segundo o ministro, “*devem-se colocar em segundo plano paixões de*

¹⁸⁶ Idem, fls. 450.

¹⁸⁷ Idem, fls. 461.

¹⁸⁸ Idem, fls. 482.

¹⁸⁹ Idem, fls. 496-497.

toda ordem, de maneira a buscar a prevalência 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.”¹⁹⁰Nada obstante, adiante o ministro faz referência expressa à pesquisa realizada pelo IBOPE, que revelou amplo apoio da sociedade às pesquisas com células tronco, o que, na opinião do ministro, deveria ser levado em consideração pelo tribunal.

O envio de mensagem direta à manifestações da sociedade nesta passagem é tão explícito que vale a transcrição:

No Brasil, pesquisa efetuada em janeiro último pelo Instituto Ibope revelou o pensamento da população - e este deve ser sopesado neste julgamento. O índice dos que se manifestaram em apoio ao uso de células-tronco embrionárias - desconsiderada a parcela dos que não opinaram - chegou a 95%.¹⁹¹

No que tange à audiência pública, o ministro faz uso dos argumentos trazidos pela geneticista Mayana Zats, para afirmar que as células-tronco embrionárias não são substituíveis, para efeito de pesquisa, por células-tronco adultas. Ao final, manifesta-se pela improcedência da ação.

O Ministro Celso de Mello, por sua vez, destaca em seu voto que a decisão deve ser laica e que o Estado, também o Estado-juiz, não pode se deixar conduzir pelos princípios que norteiam a religiosidade. O ministro também cita a geneticista Mayana Zats para afastar qualquer correlação entre o aborto e as pesquisas com células-tronco embrionárias. O grupo de trabalho constituído pela Academia Brasileira de Ciências e que é composto por alguns especialistas que estiveram presentes à audiência pública, também é mencionado algumas vezes pelo ministro. Ao final, vota pela improcedência da ação e em favor das pesquisas com células-tronco embrionárias, acompanhando integralmente o voto do relator.

No último voto do acórdão, o Ministro Gilmar Mendes faz algumas das alusões mais entusiasmadas com relação às audiências públicas, no entanto, não adentra em profundidade aos argumentos trazidos pelos expositores. O ministro alude ao STF

¹⁹⁰ Idem, fls. 540.

¹⁹¹ Idem, fls. 551.

como uma verdadeira “Casa do Povo” e faz menção expressa ao conceito de representação argumentativa de Robert Alexy:

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

Ressalto, neste ponto, que, tal como nos ensina Robert Alexy, “o parlamento representa o cidadão politicamente, o tribunal constitucional argumentativamente.”¹⁹²

Na sua argumentação, entretanto, o ministro faz pouco uso dos argumentos trazidos na audiência pública. O voto prestigia o direito comparado, que subsidia o argumento de que a legislação pátria é insuficiente para regular a questão, motivo pelo qual propõe a interpretação conforme como técnica interpretativa capaz de superar a lacuna legislativa que deu ensejo à ADI 3510.

Apesar de a maioria dos votos terem utilizado argumentos dos especialistas ouvidos, o acórdão foi objeto de críticas. Em estudo de caso específico sobre o impacto da primeira audiência pública do STF na decisão que declarou a constitucionalidade da Lei de Biossegurança, Rafael Scavone Bellem de Lima¹⁹³ destaca que pontos técnicos relevantes, que haviam sido objeto de esclarecimentos na audiência, passaram ao largo do julgamento. De acordo com o pesquisador,

Pontos muito significativos dos votos apresentados, principalmente daqueles que impunham restrições às pesquisas, foram desenvolvidos sem atentar ao conteúdo da audiência, chegando-se, inclusive, a contrariar posições técnicas apresentadas no evento, como na definição do conceito de embriões inviáveis ou na sugestão do método de extração de apenas uma ou duas células dos embriões. Outras questões, de natureza primordialmente técnicas, como a

¹⁹² Idem, fls. 598 - 599.

¹⁹³ 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.” Publicada no site da Sociedade Brasileira de Direito Público – SBDP - http://www.sbdp.org.br/arquivos/monografia/125_rafael.pdf, acesso em 02/02/2014

regulamentação dos procedimentos de reprodução assistida, e nem tão técnicas, como a definição do órgão de controle das pesquisas, extremamente relevantes na configuração dos votos de alguns Ministros, não encontraram suporte nenhum nas apresentações realizadas na audiência pública.¹⁹⁴

Ao final, conclui em tom bastante crítico, no sentido de que:

Valendo-se das alegorias construídas por esses dois Ministros [Ayres Britto e Gilmar Mendes], 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.¹⁹⁵

A crítica soa pertinente em parte. O fato de os ministros utilizarem subsídios técnicos diferentes daqueles trazidos na audiência pública não é, em si, um problema grave. Com efeito, a formação do convencimento dos ministros pode se dar de diversas formas. A ação contou, por exemplo, com a participação de diversos *amici curiae* que podem oferecer contribuições técnicas diferentes daquelas oferecidas na audiência. Além disso, em casos de ampla repercussão social, é comum que estudos e pesquisas sejam enviados ao tribunal para subsidiar os votos.

No entanto, a partir da análise do acórdão, a crítica soa pertinente no sentido de que alguns votos passam ao largo das discussões havidas em audiência – de que é exemplo emblemático o voto do Ministro Eros Grau. Além disso, outros votos fazem alusões pontuais às exposições, que mais parecem ser trazidos a título de reforço argumentativo de uma opinião que o ministro já endossava. Diante desse quadro, dizer que o STF se tornou uma “Casa do Povo” realmente não soa como uma comparação adequada.

2.2.4 Importação de pneus usados – ADPF nº 101

No caso da ADPF nº 101, em que se discutiu a questão da importação de pneus usados, os argumentos trazidos por especialistas na audiência pública parecem ter influenciado o convencimento da Relatora Cármen Lúcia. No corpo de seu longo voto,

¹⁹⁴ Idem, p. 77.

¹⁹⁵ Idem, p. 78.

que conta com 179 páginas, ela faz menção expressa às contribuições em duas passagens¹⁹⁶ e incorpora um resumo das principais teses que foram apresentadas na ocasião da audiência, tanto favoráveis quanto contrárias à importação em um anexo.¹⁹⁷

No mais, ela dedica parte de seu voto à análise de questões técnicas, relacionadas, por exemplo, à composição e modalidades de reciclagem. Nesse trecho, ela faz menção a diversos técnicos na matéria, mas não alude a nenhum dos que participou da audiência pública. Como registrado em estudo a respeito da audiência pública nesse caso, “[é] interessante notar que, nesta exposição puramente técnica, a Ministra deixa de citar especialistas que efetivamente participaram da audiência, apesar de citar muitos dados técnicos e outros experts”.¹⁹⁸

Modo geral, a impressão que se tem é a de que a análise da matéria técnica foi importante para dar segurança à ministra a respeito dos impactos ambientais que a atividade em questão poderia trazer. Ainda que o voto não faça alusões expressas a um grande número de manifestações havidas em audiências, muitos dos temas que foram objeto de debate permeiam o voto condutor da relatora. Ao final, ela conclui pela parcial procedência da arguição, modulando seus efeitos, para (i) declarar válidas as Portarias do Executivo Federal que vedavam a importação; (ii) declarar

¹⁹⁶ Na primeira delas, a ministra utiliza informações a respeito do percentual de passivo ambiental que é importado: “Na audiência pública realizada pelo Supremo Tribunal, especialistas informaram que os pneus usados importados não são previamente classificados antes da importação, havendo resíduo da ordem de 30% a 40% nos contêineres, que são simplesmente passivo ambiental, inservível para remoldagem. Isso apenas reforça a conclusão de afronta aos preceitos fundamentais relativos à saúde e ao meio ambiente”. Na segunda, quando tratou das possibilidades de reutilização dos pneus: “Ênfase na reutilização dos pneus na tecnologia da manta asfáltica, por ter sido explorado nos autos, inclusive nas exposições feitas na audiência pública, como um das melhores formas de se superar ou resolver a questão referente à destinação dos pneus usados”.

¹⁹⁷ Voto da Ministra Cármen Lúcia – Anexo III, p. 157 e ss.

¹⁹⁸ De acordo com relatório preparado pelo Observatório da Justiça Brasileira da Universidade Federal de Minas Gerais, “... a Ministra dedica mais de 20 páginas do voto a um tópico denominado “O pneu”, no qual discute minuciosamente a origem e constituição do objeto, a utilização do pneu pela indústria automobilística e – o que parece ser mais importante para a argumentação desenvolvida – os procedimentos de reciclagem disponíveis. Neste tópico, conclui que o pneu possui grande impacto ambiental, já que não existe nenhum método de reciclagem que exclua consideráveis custos ambientais. É interessante notar que, nesta exposição puramente técnica, a Ministra deixa de citar especialistas que efetivamente participaram da audiência, apesar de citar muitos dados técnicos e outros experts. Não se descarta a possibilidade de que a Ministra tenha tido acesso a esses dados na própria audiência pública, ou ainda nas audiências reservadas que teve em gabinete. De qualquer maneira, o modo como foi construído o voto, havendo grande destaque para a discussão técnica, mostra que essa discussão provocou um impacto, senão na formação do entendimento da Ministra sobre o tema, pelo menos na fundamentação por ela usada para embasar, e legitimar, esse entendimento”. (Relatório Final da execução do projeto de pesquisa “Judicialização da política e demandas por juridificação: o Judiciário frente aos outros poderes e frente à sociedade” Sociedade Brasileira de Direito Público, Março de 2011, p. 189).

inconstitucionais, com efeitos *ex tunc* das interpretações que permitam as importações; (iii) excluir da incidência dos efeitos pretéritos as decisões judiciais com trânsito em julgado, que não estivessem sendo objeto de ação rescisória.

O Ministro Eros Grau, em seu voto-vista, não fez alusão aos argumentos tecidos na audiência pública. Ele acompanhou a conclusão da Ministra Relatora, mas consignou que adotava fundamentação diversa para declarar a procedência da arguição. Em seu voto, o ministro teceu considerações de ordem hermenêutica para fundamentar seu entendimento de que a técnica da ponderação não seria aplicável.

Na sequência, o Ministro Ricardo Lewandowski apenas se manifestou no sentido de que acompanhava integralmente o voto da Ministra Relatora, sem ter apresentado voto por escrito.

O Ministro Joaquim Barbosa também não alude à audiência pública. Seu voto é conciso, conta com apenas quatro páginas em que ele destaca os principais argumentos que o levaram a acompanhar o entendimento da Ministra Relatora.

O Ministro Ayres Britto, da mesma forma, basicamente se limitou a acompanhar o voto da Ministra Relatora, aludindo à circunstância de que os pneus são altamente danosos ao meio ambiente, mas sem fazer menção à audiência.

O voto da Ministra Ellen Gracie segue a mesma linha. Em apenas duas páginas, ela faz uma síntese dos argumentos principais que a levaram a acompanhar a relatora. Além disso, destacou que já havia analisado a matéria e, por isso, requereu a juntada das razões que proferiu como relatora em dois agravos regimentais em suspensões de segurança.¹⁹⁹

O Ministro Marco Aurélio apresentou voto divergente, pela improcedência da arguição. Nas suas considerações, o ministro baseou-se precipuamente no princípio da legalidade e consignou que não poderia arvorar-se à condição do Congresso Nacional para editar lei proibitiva à importação. O ministro não fez referência à audiência pública.

Além da relatora, o Ministro Gilmar Mendes foi o único que se referiu aos debates técnicos da audiência, mas apenas de forma genérica para dizer que a

¹⁹⁹ Foi juntado o voto proferido pela ministra na STA nº 171 – Agr/PR.

questão ambiental é preocupante.²⁰⁰ Ao final de seu longo voto, ele também conclui pela parcial procedência, na linha da relatora.

Em um balanço geral da decisão, se infere que os esclarecimentos técnicos trazidos na audiência pública tiveram uma influência pequena e mediata na formação da decisão final do STF. Tais esclarecimentos, junto às manifestações dos *amici curiae* e aos dados técnicos levantados pela própria Ministra Cármen Lúcia, ofereceram consistência ao voto condutor no que se refere aos impactos que o material pode oferecer. Ou seja, foi utilizado para influenciar a relatora apenas com relação a um dos itens da decisão final e, ainda assim, sem que ela tenha feito menção expressa aos argumentos dos *experts* nessa parte. E além da análise de impacto ambiental, diversos outros argumentos foram determinantes para decisão final da Corte.

Em suma, a audiência ajudou a formar o convencimento da relatora apenas em relação a um dos fundamentos de sua decisão e o voto condutor, por sua vez, foi acompanhado na íntegra pela maioria dos ministros.

2.4.3 Interrupção da gravidez de feto anencéfalo – ADPF nº 54

O acórdão proferido na ADPF nº 54 contou com referências à audiência pública em quase todos os votos, à exceção do voto do Ministro Ayres Britto.²⁰¹ No entanto, a partir da análise do conteúdo de suas manifestações, nota-se que, à exceção do relator, os argumentos trazidos pelos participantes das audiências foram utilizados na maioria das vezes a título de reforço argumentativo, para convalidar o raciocínio esboçado pelo ministro. Não se identificou, na maior parte dos casos, um esforço no sentido de rebater argumentos desfavoráveis à opinião do ministro.

De início, o relatório do Ministro Marco Aurélio conta com um resumo bem elaborado da audiência pública, ao longo de doze páginas, que descreve a

²⁰⁰ Do voto do Ministro Gilmar Mendes, lê-se: “Não se trata de criar obstáculos aos avanços do desenvolvimento econômico, cujos benefícios para a humanidade são patentes. Os depoimentos de renomados debatedores na audiência pública realizada nesta ADPF nº 101 nos apresentam um futuro que se preocupa, de forma efetiva, com a concretização de um meio ambiente ecologicamente equilibrado e de uma sadia qualidade de vida, atrelada a um desenvolvimento econômico sustentável” (página 16 do voto).

²⁰¹ Apesar de não ter se referido expressamente à audiência, identificou-se a alusão à opinião do médico José Aristodemo Pinotti (sem referência à fonte) que participou da audiência pública, ao mencionar que a anencefalia aumenta as chances de uma gravidez de risco. (fls. 263 do acórdão).

convocação pelo ministro, assim como o conteúdo essencial de cada uma das exposições. Na sequência, o voto do ministro Marco Aurélio também utiliza em grande medida essas contribuições. Elas foram utilizadas para traçar “as balizas da anencefalia”; para atestar a impossibilidade de doação de órgãos de anencéfalos, e para enfatizar os “direitos da mulher que se contrapõem à preservação do feto anencéfalo”. Ao todo, o ministro efetuou 27 referências diretas ao conteúdo da audiência pública, mobilizando essencialmente as manifestações favoráveis ao seu entendimento, em prol do provimento integral do pedido.

Com relação à opinião do relator, cabe salientar que em seu voto ele deixa claro que sua convicção a respeito do caso já havia se formado desde a apreciação da medida liminar, deferida no ano de 2004. De acordo com o Ministro Marco Aurélio, apenas após o julgamento do caso das pesquisas com células tronco, ele vislumbrou sensibilidade para tratar da matéria e, então, retomou a direção do processo e realizou a audiência pública de forma a aparelhar os autos.²⁰²

O voto da Ministra Rosa Weber inicia com um breve relato do processo, indicando que a audiência pública teria sido realizada *“com o objetivo de dar voz aos diferentes setores da sociedade civil organizada, em especial a comunidade científica, delas (emergindo) pontos altamente controversos e posições éticas e religiosas antagônicas”*.²⁰³ Além disso, também cabe destacar que a ministra fez *“o registro - porque não participei do início do julgamento -, que assisti, graças aos vídeos da TV Justiça, as quatro audiências públicas que se realizaram nos dias 26 e 28 de junho e 04 e 16 de setembro de 2008, e li - com ressalva dos livros que só ontem me foram encaminhados ontem, pela óbvia impossibilidade material-, com a maior atenção todos os memoriais e textos encaminhados por diferentes setores e entidades da sociedade civil”*.²⁰⁴

Seu voto é estruturado em torno de três dimensões: uma epistemológica sobre o conceito de vida, outra histórica sobre o respeito à vontade do legislador (cujos conhecimentos científicos não permitiriam, em 1940, a inclusão da anencefalia entre as excludentes do tipo penal) e uma última relacionada com a hermenêutica jurídica com

²⁰² Fls. 86 do acórdão.

²⁰³ Idem, fls. 92.

²⁰⁴ Idem, fls. 93.

foco na ponderação de valores em favor dos direitos da mulher e em detrimento daqueles do feto. Além do registro inicial, o voto alude apenas uma vez e, ainda assim, de forma genérica, à audiência para salientar os testemunhos das mulheres que levaram a gestação de fetos anencéfalos até o fim, que no entender da ministra revelam que essa decisão se deu em função de suas escolhas morais, o que reafirma sua liberdade de escolha. Além disso, outro aspecto revelador do diálogo direto com a sociedade está no registro da visita de Vitória de Cristo, uma criança acometida de anencefalia levada por seus pais, que sensibilizou a ministra. Ainda assim, a ministra acompanhou o entendimento do relator, fundando-se essencialmente na autonomia reprodutiva da mulher.

O ministro Joaquim Barbosa utilizou como razões de decidir o voto proferido no *habeas corpus* nº84.025, julgado no ano de 2004. O ministro aludiu à audiência pública de forma genérica em duas passagens, para salientar que os testemunhos ali produzidos confirmam que “*a anencefalia ocasiona a morte do feto*” e que seu diagnóstico encontra-se “*acessível a todas as mulheres através da rede pública*”.²⁰⁵

No voto do Ministro Luiz Fux, os argumentos debatidos na audiência também não são analisados em profundidade. Ela é mencionada em duas breves passagens, na primeira para salientar dados nela apresentados, “*todos convincentes à sociedade, ressaltam a via crucis pela qual passa uma mulher que carrega no seu ventre um filho já fadado a não resistir à doença que lhe acomete*”,²⁰⁶ e “*dados aterrorizantes sobre a morte de mulheres que fazem o aborto de maneira insipiente*”.²⁰⁷ Além disso, também vale destacar, como evidência da tentativa de interlocução com a sociedade, que o ministro transcreve em seu voto a carta que recebera de um pai que pedia-lhe que compreendesse a dor de sua mulher que assistira durante nove meses ao funeral de seu filho anencéfalo.²⁰⁸ Ao final, o Ministro Fux também posicionou-se pela procedência do pedido.

O voto da Ministra Cármen Lúcia seguiu na mesma linha, fazendo alusões de passagem à audiência. Antes de passar a leitura de seu voto escrito, sem

²⁰⁵ Idem, fls. 147 e 152.

²⁰⁶ Idem, fls. 159-160.

²⁰⁷ Idem, fls. 167.

²⁰⁸ Idem, fls. 155-156.

mencionar a audiência, a ministra faz referência a memoriais, estudos e pareceres recebidos que contêm como “*um dos argumentos mais reiterados que o Supremo estaria a abrir a possibilidade de abortos eugênicos*”,²⁰⁹ para afastar essa linha de argumentação. Também nessas considerações preliminares, faz uma breve menção à participação do Deputado Federal José Aristodemo Pinotti na audiência pública, ressaltando ter sido ele seu médico pessoal. Em seu voto escrito propriamente dito, a ministra não faz menção à audiência, mas cita um trabalho de Débora Diniz, por fonte secundária, sem aludir ao fato de que ela havia participado da audiência.²¹⁰ Ao final, também votou pela procedência do pedido.

O Ministro Ricardo Lewandowski foi o primeiro a votar pela improcedência do pedido. De acordo com o ministro, não caberia ao STF atuar na qualidade de legislador positivo e, além disso, a procedência poderia levar ao desenvolvimento de uma lógica casuística, que permitiria a autorização do aborto em outros casos além da anencefalia. Com relação à audiência pública, o ministro faz menção, apenas, à participação do médico Rodolfo Acatuassú Nunes para corroborar o seu argumento de que a procedência do pedido, “*abriria as portas para a interrupção da gestação de inúmeros outros embriões que sofrem ou venham a sofrer outras doenças, genéticas ou adquiridas, as quais, de algum modo, levem ao encurtamento de sua vida intra ou extra-uterina*”.²¹¹

O Ministro Ayres Britto, de sua vez, não fez nenhuma menção expressa à audiência pública. Não obstante, ressaltou o impacto da gestação na saúde da mulher, trazida na lição do médico José Aristodemo Pinotti, que participou da audiência, mas foi citado por manifestação distinta da sua participação. Ao final, também opinou pela procedência do pedido.

O Ministro Gilmar Mendes, por mais que não tenha realizado alusões a exposições específicas, fez um resumo de diversas inferências técnicas tidas como “*considerações preliminares*”, a partir das quais passaria a tecer o seu raciocínio.²¹² Assim, depois do relator, foi o ministro que se referiu de forma mais abrangente a respeito das considerações havidas em audiência. Mesmo sem fazer menção individual a

²⁰⁹ Idem, fls. 173.

²¹⁰ Idem, fls. 188.

²¹¹ Idem, fls. 245.

²¹² Idem, fls. 285-286.

participantes, o ministro inventariou boa parte dos argumentos centrais que permearam a audiência para, a partir deles, construir sua opinião. Ao final, o ministro também opinou pela procedência da arguição, mas propôs que a corte recomendasse ao Ministério da Saúde que editasse regramento específico quanto ao procedimento a ser adotado em casos de aborto de fetos anencéfalos.

Além disso, o voto do ministro possui uma seção dedicada ao “*Estado Laico e Sociedade Aberta de Intérpretes da Constituição*”,²¹³ em que invocou a importância do *amicus curiae* e das audiências públicas para conferir maior legitimidade à decisão da Corte. Nessa passagem, o ministro criticou expressamente a decisão do relator de não admitir o ingresso das entidades que postularam ingresso como *amicus curiae*. Segundo o ministro “*parece não ser razoável a ausência, nesse julgamento, de entidades da sociedade, como a CNBB e ONGs*”²¹⁴ e teceu “*considerações para registrar a minha inequívoca posição no sentido de que a admissão de amici curiae, de qualquer confissão religiosas, posição ideológica ou política, deve ser privilegiada por esta Corte*”.²¹⁵

No voto do ministro Celso de Mello, identificou-se uma única referência à audiência pública, em que ele aponta que ela teria esclarecido que a gravidez de feto anencéfalo expõe a mulher “*a desnecessário sofrimento físico e/ou psíquico, com grave dano à sua saúde e com possibilidade, até mesmo, de risco de morte*”.²¹⁶ Essa menção é realizada após uma longa digressão sobre o alcance das questões de gênero e seu ingresso na agenda internacional, a partir das ações do movimento feminista. O ministro também votou pela procedência, mas acresceu condições de diagnóstico de anencefalia.²¹⁷

O Ministro Cezar Peluso foi o último a votar e julgou a arguição totalmente improcedente. Seu voto foi o terceiro a fazer considerações substanciais com relação às exposições havidas em audiência e alude a diversas exposições, com referências as notas taquigráficas da audiência. Vale destacar que o ministro tece

²¹³ Idem, fls. 271 e ss.

²¹⁴ Idem, fls. 275.

²¹⁵ Idem, fls. 276.

²¹⁶ Idem, fls. 358.

²¹⁷ O acréscimo de condições foi identificado no extrato do acórdão. Elas não foram enumeradas ao final do voto do ministro, e todas as suas considerações tecidas no debate com os demais integrantes da corte – nas quais, muito provavelmente, esclareceu tais condições – foram canceladas e não constam do acórdão.

verdadeiras avaliações quanto ao conteúdo das exposições, até mesmo para rechaçar alguns pontos como, por exemplo, na passagem em que afirma que “*a audiência pública produziu resultados contraditórios e, como tais, inaproveitáveis, quanto à questão da existência de atividade e ondas cerebrais no anencéfalo*”.²¹⁸ Na maior parte das suas considerações, o ministro utilizou as exposições para reafirmar que o feto anencéfalo é dotado de vida, de forma que o aborto na hipótese de anencefalia estaria ceifando uma vida, o que seria absolutamente vedado pela ordem jurídica. Segundo o ministro, não se poderia confundir risco de vida com risco à saúde física, psíquica ou social da mãe, sendo certo que somente a primeira seria objeto de tutela específica em caso de aborto. Por fim, indica o ministro que a matéria é de competência exclusiva do Congresso Nacional e que não caberia ao STF agir como “legislador positivo”.

Ao final, portanto, o STF julgou a ação procedente por maioria, para declarar a inconstitucionalidade da interpretação segundo a qual a interrupção da gravidez de feto anencéfalo é conduta tipificada nos artigos 124, 126, 128, incisos I e II, todos do Código Penal. Restaram vencidos os Ministros Gilmar Mendes e Celso de Mello que, julgando-a procedente, acrescentavam condições de diagnóstico de anencefalia, e contra os votos dos Senhores Ministros Ricardo Lewandowski e Cezar Peluso (Presidente), que a julgavam improcedente.

Com relação ao impacto da audiência pública sobre o acórdão, é possível concluir que, na maior parte dos votos, as contribuições dos expositores foram trazidas a título de reforço argumentativo das opiniões dos ministros. Dos dez votos proferidos pelo tribunal, apenas três – os votos dos Ministros Marco Aurélio, Gilmar Mendes e Cezar Peluso – se debruçaram de forma abrangente sobre os argumentos suscitados na audiência.

2.4.4 Judicialização do direito à saúde – SL nº 47 e STA nº 175

Quanto ao tema da judicialização do direito à saúde, foram identificados dois acórdãos dentre os casos mencionados na convocação da audiência pública: os agravos regimentais na Suspensão de Liminar nº 47 e na Suspensão de Tutela

²¹⁸ Fls. 381 do acórdão.

Antecipada nº 175.²¹⁹ Os dois acórdãos são muito semelhantes, a diferença entre eles são apenas alguns trechos do voto do Ministro Gilmar Mendes, relator dos processos, na parte em que trata dos casos concretos. Os votos dos demais ministros, assim como os debates relatados, são os mesmos nos dois acórdãos.

Nas decisões, as contribuições da audiência pública são referidas exclusivamente no voto do relator. No entanto, muitos dos outros votos se limitam a acompanhar desse voto condutor e, em decorrência disso, é possível dizer que as exposições impactaram o posicionamento final do STF.

O voto do Ministro Gilmar Mendes em ambos os casos segue o mesmo roteiro. Ele começa com considerações gerais a respeito da judicialização do direito à saúde e à natureza prestacional dos direitos sociais, aludindo a lições e autores do direito alemão, estadunidense e português. Na sequência, passa a uma análise do art. 196 da Constituição Federal, que estabelece o direito à saúde.

Depois de esboçadas as principais ideias a respeito do tema, o voto passa a tratar da audiência pública, em que, segundo o ministro, *“ficou constatada a necessidade de se redimensionar a questão da judicialização do direito à saúde no Brasil”*.²²⁰ Na sequência, passa a abordar algumas das principais conclusões da audiência pública e traça parâmetros para as decisões judiciais nessa seara. Com relação ao ponto, destaca que *“um dos primeiros entendimentos que sobressaiu nos debates ocorridos na Audiência Pública: no Brasil, o problema talvez não seja de judicialização (...), pois o que ocorre na quase totalidade dos casos é a determinação judicial do efetivo cumprimento de políticas públicas já existentes”*.²²¹

A partir daí, inicia a elaboração de parâmetros para a decisão judicial. De acordo com o voto, o raciocínio a ser seguido pelo magistrado deve seguir algumas etapas. Em primeiro lugar, *“com base no que ficou esclarecido na Audiência Pública, o primeiro dado a ser considerado é a existência, ou não, de política estatal que abranja a prestação de saúde pleiteada pela parte”*,²²² e esclarece que, se a política existir, a intervenção do Judiciário será plenamente legítima. Caso ela não exista, o julgador deve

²¹⁹ Na pesquisa de jurisprudência relativa à STA nº 278; à SS nº 2.944; à SS nº 3.355 e à SS nº 3.355, o site do STF direciona a pesquisa para o acórdão da STA nº 175.

²²⁰ Acórdão do Ag. Reg. na STA nº 175, Fls. 91.

²²¹ Idem, fls. 92.

²²² Idem.

distinguir entre os casos de omissão administrativa, de decisão pelo não fornecimento daquela prestação, ou de vedação legal à sua dispensação.

Em segundo lugar, “*o segundo dado a ser considerado é a existência de motivação para o não fornecimento de determinada ação de saúde pelo SUS*”.²²³ Se a Administração Pública optou em um juízo político pelo fornecimento de um tratamento alternativo, o Judiciário deve observar a diretriz da política pública. O voto ressalva, contudo, a possibilidade de se determinar o fornecimento de uma prestação diferente “*a determinada pessoa que, por razões específicas do seu organismo, comprove que o tratamento fornecido não é eficaz para o seu caso*”.²²⁴

Em terceiro lugar, o voto aborda os casos que envolvem a inexistência de tratamento na rede pública. Ele alude a esclarecimentos realizados em audiência pública para diferenciar (i) os tratamentos puramente experimentais, que não podem ser custeados pelo SUS, o que vedaria a intervenção judicial, (ii) dos novos tratamentos ainda não testados pelo SUS, que poderão ser objeto de impugnação judicial para colmatar a omissão legislativa.

Após tecidas essas considerações, o relator aplica o raciocínio esboçado aos casos concretos. No Ag. Reg. na SL nº 47, o ministro opinou pela manutenção do entendimento do tribunal de origem – o Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco –, pois a sua decisão apenas determinava a execução de uma política pública já existente no âmbito do SUS, nos limites das competências do Estado de Pernambuco, que figurava como agravante. Já no Ag. Reg. na STA nº 175, a questão girava especialmente em torno da repartição de competências federativas em matéria de saúde. O voto do Ministro Gilmar Mendes uma vez mais fez alusões aos debates da audiência pública para afirmar a responsabilidade solidária de todos os entes da federação, mantendo decisão que havia sido imposta à União Federal, considerando que o medicamento em questão possuía registro na ANVISA.

A Ministra Ellen Gracie manifestou-se no sentido de negar provimento aos agravos, acompanhando o voto do relator.²²⁵

²²³ Idem, fls. 94.

²²⁴ Idem.

²²⁵ Além disso, em debates orais, suscitou dúvida a respeito de como seria aplicado o sistema da repercussão geral em casos envolvendo a saúde, tendo em vista a complexidade da matéria.

O Ministro Celso de Mello, por sua vez, apresentou voto que debateu o tema das prestações de saúde, mas sem fazer nenhuma alusão aos debates havidos na audiência pública. O voto faz diversas menções ao caso da ADPF nº 45, de sua relatoria, em que se debateu a questão da legitimidade da intervenção do Poder Judiciário em tema de implementação de políticas públicas. Além disso, conta com diversas referências à doutrina brasileira e estrangeira para afirmar a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário em casos como os que versam a respeito de políticas públicas de saúde.

O voto em nenhum momento faz alusão aos parâmetros de atuação judicial trabalhados pelo Ministro Gilmar Mendes com base nas informações obtidas na audiência pública, limitando-se a afirmar a possibilidade de intervenção judicial para concluir pelo desprovimento dos agravos, de forma a acompanhar o posicionamento do relator.

Os votos dos Ministros Eros Grau, Ayres Britto e Marco Aurélio aparecem logo na sequência e se manifestam, basicamente, no sentido de que acompanhava o relator e saudando a qualidade do voto do Ministro Gilmar Mendes, também sem mencionar os debates ou os registros da audiência pública.²²⁶

A partir da leitura do acórdão, é possível dizer que a audiência pública parece ter sido determinante para a formação do convencimento do Ministro Gilmar Mendes, relator dos processos, cujo voto foi acompanhado pela maioria dos membros do tribunal. Os demais ministros não fizeram nenhuma menção à realização ou aos argumentos trazidos nos debates realizados na audiência. Chama atenção, especialmente, o voto do Ministro Celso de Melo, que não se limitou a acompanhar o entendimento do voto condutor, tendo tratado de forma mais aprofundada a respeito do tema da judicialização da saúde sem sequer mencionar os parâmetros sugeridos pelo relator.

²²⁶ Os acórdãos indicam que o tribunal, por unanimidade, negou provimento aos agravos e que, na ocasião, estiveram presentes, também, os Ministros Cezar Peluso, Joaquim Barbosa, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia e Dias Toffoli, mas o inteiro teor do acórdão não conta com registros do posicionamento desses integrantes da Corte.

2.4.5 Políticas de ação afirmativa no ensino superior – RE nº 597.285

No que se refere às políticas de ação afirmativa no ensino superior, por mais que tanto a ADPF nº 186 quanto o RE nº 597.285 tenham sido julgados no ano de 2012, apenas o acórdão do recurso foi disponibilizado pelo tribunal. O seu julgamento, entretanto, foi posterior ao julgamento da arguição e, por isso, em diversas passagens, os ministros remetem a debates realizados naquela primeira deliberação.

O acórdão do RE nº 597.285 foi o que menos contou com referências à audiência pública realizada a respeito do tema. O relatório elaborado pelo Ministro Ricardo Lewandowski apenas menciona a realização da audiência, sem registrar os temas debatidos na ocasião.

O seu voto, por sua vez, também não faz alusão à audiência nem aos temas debatidos pelos expositores. O ministro apresenta argumentos puramente jurídicos para afastar a necessidade de lei formal para o estabelecimento da política, que estaria inserida no âmbito da autonomia universitária. Na sequência, transcreve trecho do voto que proferiu por ocasião do julgamento da ADPF nº 186, e remete às razões de decidir da arguição para negar provimento ao recurso, afirmando a validade do sistema de cotas da UFRS.

Os Ministros Luiz Fux, Rosa Weber, Gilmar Mendes e Joaquim Barbosa apenas acompanharam o relator, os dois primeiros depois de tecerem breves comentários a respeito do sistema de cotas. Nenhum dos quatro mencionou a realização da audiência nem os argumentos levados pelos expositores.

A Ministra Cármen Lúcia, por sua vez, inicia seu voto com mais um relatório do caso e baseia sua opinião basicamente jurídicos, fazendo referência a doutrinadores brasileiros, ao acórdão que proferiu na ADPF nº 186 e às considerações dos desembargadores do tribunal de origem. Em momento nenhum menciona a realização da audiência pública ou as considerações dos expositores.

O Ministro Marco Aurélio abriu a divergência, distinguindo o caso do recurso extraordinário da matéria decidida na arguição de descumprimento de preceito fundamental, pois o recurso não discutia apenas a respeito do critério racial, mas também a respeito do estabelecimento de cotas para os egressos do ensino público. Segundo o entendimento do ministro, esse segundo critério não seria consentâneo com a

Constituição. O voto não tangencia nenhum dos debates havidos na audiência pública, sendo que muitos expositores trataram justamente da distinção entre esses critérios.²²⁷

O Ministro Ayres Britto, por sua vez, utilizou a oportunidade do julgamento do recurso extraordinário para oferecer uma resposta às críticas que foram suscitadas nos meios de comunicação ao julgamento da ADPF nº 186, em um exemplo de diálogo direto com a sociedade que é digno de nota:

Confesso, aos senhores Ministros, que, quando da nossa última decisão, especificamente sobre cotas raciais, as duas últimas - a da ADPF nº 186, relatada pelo Ministro Lewandowski, e a da ADI da ProUni, relatada por mim mesmo -, me surpreendi com a reação de um grande número de missivistas nos jornais, dos usuários da internet, mais de perto, das redes de comunicação social, e -mails que recebi, deixando-me intelectualmente, pelo menos, incomodado, porque as críticas se faziam numa direção clara: o Supremo decidira não só à margem da Constituição, a latere, mas contra a Constituição, o que me obrigou a reestudar a matéria, a repensar, fazer pesquisas no Brasil, no exterior, buscar a base de inspiração no mundo ocidental, e também na Índia, das chamadas cotas étnicas – aqui nós chamamos de raciais -, para ver até que ponto eu deveria me reposicionar, ou não, na audiência de hoje. Mas também confesso que, do rastreamento que fiz na nossa Lei Maior, uma nova visitação aos dispositivos do Texto Magno e, dessas reflexões e pesquisas, só fiz robustecer o ponto de vista que já externei, que me pareceu tecnicamente fundamentado, na linha do voto do Ministro Ricardo Lewandowski, sobretudo, e dos que seguiram o entendimento de Sua Excelência.²²⁸

Nas novas ponderações do ministro, ele menciona a literatura especializada, afirma que aprofundou os estudos a respeito do tema, mas também não menciona em nenhum momento as contribuições da audiência pública.

O acórdão conta, ainda, com diversos registros de debates entre os ministros a respeito das ações afirmativas e, igualmente, não se infere desses debates que a audiência pública tenha contribuído para a formação da convicção deles.

Ao final, o acórdão registra que se negou provimento ao recurso por maioria, vencido apenas o Ministro Gilmar Mendes.²²⁹

²²⁷ A representante do Movimento Pardo-Mestiço Brasileiro (MPMB) e da Associação dos Caboclos E Ribeirinhos da Amazônia (ACRA), por exemplo, focou sua contribuição justamente a adoção de cotas para estudantes vindos de escolas públicas em detrimento do critério racial.

²²⁸ Acórdão do RE nº 597.285, fls. 63.

²²⁹ Há registro da presença dos Ministros Cezar Peluso, Dias Toffoli e Celso de Mello, mas o acórdão não consigna expressamente as razões de seus votos.

Em resumo, o acórdão não conta com registro de contribuições das audiências públicas, assim como não foram identificadas discussões entre os ministros que aludam aos argumentos invocados naquelas ocasiões, nem mesmo no voto do relator.

2.5 Análise crítica da experiência do STF: aspectos positivos, negativos e sugestões para o aprimoramento do instituto

Após sete anos de experiência do STF com as audiências públicas, é possível identificar uma notável ascensão do instituto, que foi definida pela prática do tribunal. Com efeito, quando as audiências foram introduzidas no processo constitucional brasileiro pelas Leis nº 9.868/1999 e 9.882/1999, elas eram tidas como um mecanismo para levar informações aos ministros do STF a respeito da matéria julgada. Com o seu uso, as audiências se revelaram úteis a outros propósitos, e passaram a preencher novos espaços.²³⁰

Atualmente, as audiências visam a atender a objetivos variados, que podem ser inferidos da análise das audiências já realizadas pelo STF. Sistemáticamente, é possível apontar quatro perfis de audiências: as de caráter técnico, que se voltam à instrução do processo constitucional (*e.g.* a audiência que tratou de campos eletromagnéticos das linhas de transmissão de energia); as que têm por objetivo estabelecer um diálogo social no STF (*e.g.* a audiência que tratou das cotas raciais em universidades públicas); as que combinam elementos dos dois primeiros grupos, visando ao mesmo tempo à instrução e o estabelecimento de diálogos sociais (*e.g.* a audiência que tratou do financiamento de campanhas eleitorais) e, por fim, as audiências que se prestam a estabelecer um diálogo institucional a respeito de políticas públicas (*e.g.* a audiência que tratou da judicialização da saúde).

Modo geral, o saldo que se extrai da análise da experiência do STF com a convocação de audiências públicas é o de que elas têm o potencial de estabelecer diálogos sociais, mas não é sempre que isso acontece. De um lado, identificou-se que

²³⁰ “... [a audiência pública] com o seu uso, foi se revelando mais útil do que um mero instrumento de aferição de fatos ou da matéria e prova disso foi a adaptação de seu regime jurídico, com a adoção da emenda Regimental nº 29 de 11 de fevereiro de 2009 que trouxe corpo para a audiência pública fixando alguns pontos que a prática já havia demonstrado”. RAIS, Diego. Op. Cit. p. 125.

elas realmente permitem a entrada de novos atores, que antes não contribuía para as decisões. No entanto, de outro lado, em alguns casos foram identificados problemas relativos à incorporação das contribuições desses novos atores à deliberação do tribunal. Assim, retomando-se os parâmetros traçados no Capítulo 2, pode-se dizer que o primeiro aspecto (de pluralização do debate) é atendido de maneira satisfatória, mas o segundo aspecto (de penetração dos argumentos trazidos pelos novos intérpretes) ainda não foi plenamente observado.

A seguir, então, passa-se à exposição dos principais aspectos positivos e negativos das audiências, assim como de sugestões que têm por objetivo ajudar a superar os problemas identificados.

O primeiro aspecto positivo da convocação de audiências públicas pelo STF é a abertura que elas promovem, de forma a permitir que novos atores ofereçam contribuições para os julgamentos.

Sob esse ponto de vista, a abertura promovida pelas audiências públicas é até maior do que aquela propiciada pela figura do *amicus curiae*. Como os requisitos para a participação nas audiências são menos rígidos do que os exigidos para ingresso nos processos como amigo da corte, ela permite que um espectro maior de integrantes da sociedade civil participe do processo constitucional.

Ainda no que tange à abertura do processo constitucional, deve-se ressaltar que a pluralização promovida pelas audiências também contribui para a formação de uma consciência de direitos dentro da sociedade. Elas contribuem para que pessoas que normalmente não estariam familiarizadas com uma gramática de direitos comecem a exercer direitos cívicos, a partir do momento em que externam seus pontos de vista no contexto de um debate sobre questões constitucionais que interessam diretamente ao grupo em que estão inseridas.

O segundo aspecto positivo da convocação de audiências públicas pelo STF é o incremento do volume de informações à disposição dos ministros nos julgamentos. As audiências públicas não são positivas apenas porque permitem uma maior participação da sociedade na interpretação da Constituição. Elas são positivas, também, porque essa participação ajuda a oferecer aos ministros um retrato mais fiel da realidade.

Os ministros que participam desses eventos recebem uma quantidade incomparavelmente maior de informações e de pontos de vista para a formação do seu

convencimento do que teriam sem as audiências. Com o incremento do fluxo de informações a disposição dos julgadores, a qualidade das decisões tende a melhorar. Em praticamente todos os casos analisados, existiam muitos aspectos da realidade que passariam ao largo das considerações dos julgadores se não fosse pelas audiências. Como destacado diversas vezes pelo Ministro Luiz Fux, o STF cada vez mais se depara com questões que demandam conhecimento interdisciplinar para que sejam julgadas de maneira adequada.

Além disso, também vale destacar que esse incremento do fluxo de informações se dá de maneira relativamente rápida, de modo que uma análise custo-benefício entre o tempo despendido e o volume de dados adquirido pelos ministros pende a favor das audiências. Na realidade atual do STF, um dos graves problemas enfrentado pelos ministros é a falta de tempo. Quando se convocam audiências públicas, por vezes em apenas uma tarde os integrantes do tribunal recebem uma gama de informações que demandaria um tempo muito maior de trabalho se estivessem sozinhos em seus gabinetes. E, a partir do apanhado geral que é exposto nas audiências, os ministros têm a oportunidade de identificar os pontos que consideram mais relevantes para o julgamento, que podem ser objeto de aprofundamento posteriormente, até mesmo com a partir da leitura do material que é enviado pelos expositores aos endereços de e-mail disponibilizados nos despachos convocatórios.

Não se defende, exatamente, que as audiências públicas sejam rápidas. Como se viu, elas podem se estender por alguns dias, tendo se chegado ao máximo de seis dias de duração no caso da audiência a respeito da judicialização da saúde. A questão é que a comparação entre o tempo despendido e o material levantado mostra que elas constituem um mecanismo eficiente. As exposições costumam variar entre 15 e 20 minutos cada uma, o que não é um tempo longo, mas permite que o expositor ressalte seus principais argumentos, fornecendo aos ministros um bom panorama a respeito de questões que normalmente ultrapassam o conhecimento jurídico.

O terceiro aspecto positivo da convocação de audiências públicas é a contraposição de argumentos que elas proporcionam. As audiências públicas conformam um verdadeiro ambiente deliberativo, em que os expositores têm a oportunidade de expor seus pontos de vista e contrapor os argumentos de seus adversários. Elas permitem uma troca mais ágil do que aquela que se estabelece nos

autos do processo, permitindo que se delibere publicamente a respeito da decisão submetida ao tribunal.

Esse caráter dialógico das audiências públicas revela que elas têm o potencial de aprimorar a deliberação da jurisdição constitucional. Assim, nos casos em que o instituto é utilizado de maneira adequada, ele pode aproximar o STF da qualidade de instância de reflexão do processo político, da forma preconizada por Robert Alexy. Tomando-se como parâmetro a perspectiva democrático-deliberativa,²³¹ a legitimidade das decisões públicas é lastreada na possibilidade que os cidadãos têm de deliberar sobre questões de interesse coletivo. Voltando-se mais uma vez à formulação de Claudio Pereira de Souza Neto, “[a] troca de argumentos e contra-argumentos racionaliza e legitima a gestão da *res* pública. Se determinada proposta política logra superar a crítica formulada pelos demais deliberantes, tal proposta pode ser considerada, pelo menos *prima facie* legítima e racional”.²³²

Ainda sob o prisma da aproximação do tribunal aos ideais da democracia deliberativa, a contraposição de argumentos nas audiências também ajuda o tribunal promover a aceitação mútua da decisão pelos diversos grupos envolvidos, promovendo outro objetivo da democratização. Com efeito, mesmo que o ponto de vista do expositor não prevaleça, a instauração do diálogo entre as diversas correntes de opinião estimula que uns reconheçam os méritos dos argumentos dos outros e, ainda que restem vencidos, aceitem a decisão final com mais facilidade.

O quarto aspecto positivo da convocação de audiências públicas pelo STF é a aproximação que elas proporcionam entre o tribunal e a sociedade, que incrementa o apoio popular ao tribunal. Esse quarto aspecto é, em certa medida, uma decorrência dos três primeiros, pois ao se pluralizar o debate constitucional, aumentar o fluxo de informações que chegam aos ministros e contrapor os argumentos pertinentes à questão debatida, outra consequência natural é a aproximação entre o STF e a sociedade civil.

De acordo com Diogo Rais.

Tanto a sociedade especializada quanto a civil, mesmo os que não participaram efetivamente da audiência pública, passa a considerar o

²³¹ Vide item 2.3., *supra*.

²³²NETO, Cláudio Pereira de Souza. Op. Cit. p. 10.

Supremo Tribunal Federal mais próximo, passando a enxergá-lo com tons de humanização. De certa maneira, a sociedade passa a saber o que o Supremo Tribunal está fazendo e isso também alimenta o interesse sobre suas decisões e atividades.²³³

Realmente, dentro do cenário de intensificação do diálogo entre o STF e a sociedade, as audiências públicas desempenham um papel simbólico relevante. Independentemente de legitimar ou não a decisão que venha a ser proferida, as audiências públicas são importantes na construção da imagem do tribunal.

Vale mencionar o exemplo da audiência pública a respeito do Programa Mais Médicos. Diversas entidades que congregam profissionais da Medicina alegaram que o programa do Governo Federal foi estruturado sem um diálogo adequado com a classe,²³⁴ e essa desinformação poderia levar à precarização ainda maior do setor da saúde. A partir do momento em que o STF convoca uma audiência pública e se mostra interessado em ouvir os envolvidos, isso, por si só, aumenta a credibilidade da instituição perante a classe envolvida. Ainda que a decisão venha a ser contrária aos interesses dessas entidades, confirmando a validade do Programa Mais Médicos, para os envolvidos na audiência, ao menos ela terá levado em consideração as ponderações de seus representantes, o que aumenta a credibilidade do tribunal diante da sociedade.

Mesmo nos casos em que a decisão não venha a incorporar as contribuições dos expositores – o que, como se verá, compromete o incremento da sua legitimidade democrática – o tão só fato de o Supremo se mostrar aberto ao diálogo, por

²³³ RAIS, Diogo. Op. Cit. p. 76.

²³⁴ Foi nesse sentido a ponderação Geraldo Ferreira Filho, que representou a Federação Nacional dos Médicos (Fenam) e da Confederação Nacional dos Trabalhadores Liberais Universitários Regulamentados (CNTU) na audiência pública. Conforme noticiado pelo STF, “[s]egundo Geraldo, em reunião realizada com a presidente da República, Dilma Rousseff, no dia 4 de abril, exatamente para discutir formas de levar médicos a áreas que carecem desses profissionais, a Confederação propôs que o governo criasse a carreira dos médicos nos moldes do que existe para o Judiciário e a Defensoria Pública, com ascensão na carreira e piso salarial adequado.

Logo depois, conta o representante da Fenam e da CNTU, o governo lançou o Programa Mais Médicos. Ele afirma que a medida “causou uma surpresa muito grande” na comunidade médica porque a presidente da República havia assegurado que, “consultaria instituições e representações médicas”, antes de anunciar qualquer medida na área” (cf. <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=254381&caixaBusca=N>, acesso em 28.05.2014).

meio da convocação da audiência, auxilia a conquista de apoio popular, que contribui para o fortalecimento institucional do tribunal.²³⁵

Com efeito, diz-se que, quando a Corte Constitucional conta com ampla credibilidade, ela conta com *apoio difuso*.²³⁶ Esse tipo de sustentação é relevante, pois ele protege o tribunal de eventuais ataques institucionais: assim, por mais que as suas decisões eventualmente gerem descontentamento social, a autoridade do tribunal não chega a ser ameaçada.

Em outras palavras, as audiências públicas do STF contribuem para a que se transmita aos grupos da sociedade civil a imagem de que os ministros estão dispostos a dialogar e a ouvir as ponderações que possam trazer. E isso preserva a autoridade das suas decisões.²³⁷

No entanto, a análise das normas que disciplinam a matéria, assim como das convocações já realizadas pelo tribunal, também revela que as audiências públicas estão sujeitas a um risco importante de desvirtuamento²³⁸ e que, na realidade, elas nem sempre são aptas a incrementar a legitimidade das decisões do STF na forma como os ministros costumam alardear.

Sistematicamente, identificam-se dois focos de desvirtuamento das audiências públicas: (i) os problemas ligados à incorporação das contribuições da audiência na decisão final do STF e (ii) os problemas ligados à escolha dos participantes.

²³⁵ Sobre o tema, cf. MCGUIRE, Kevin T. *The Institutionalization of the U.S. Supreme Court*. University of North Carolina at Chapel Hill, Department of Political Science. FRIEDMAN, Barry. *The Will of the People: How Public Opinion Has Influenced the Supreme Court and Shaped the Meaning of the Constitution*. Farrar, Straus and Giroux, 2009, p. 373 e ss.

²³⁶ A expressão foi cunhada originariamente pelo cientista político norte-americano David Easton (EASTON, David. *Uma teoria de análise política*. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1968). Ainda na década de 1960, o autor apontou a existência de duas modalidades de apoio a instituições como a Suprema Corte: o apoio específico e o apoio difuso. O apoio específico se refere a cada decisão particularmente considerada. Quando as pessoas concordam com o resultado de determinada decisão, elas apoiam a postura do tribunal. Já o apoio difuso se refere à instituição em si, que se mantém mesmo nos casos em que a decisão não atende aos anseios da população. Em outras palavras, há um momento em que o tribunal alcança uma maturidade institucional tal que, mesmo que as pessoas não concordem com o resultado de uma decisão, elas não questionam a autoridade dessa decisão ou a autoridade do tribunal em si.

²³⁷ O ganho de apoio difuso, em si, constitui um ponto positivo para o STF, mas cabe registrar que há riscos envolvidos nesse tipo de comportamento. Quando o tribunal transmite a imagem de uma instância democrática, mas sem efetivamente democratizar o processo de deliberação, cria-se uma imagem que não condiz com a realidade. Não se ignora esse risco, que será apontado na sequência.

²³⁸ A ressalva também é feita por Anna Cândida da Cunha Ferraz. FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. Op. cit. p. 117

No primeiro grupo de aspectos negativos da experiência do STF, ligados à incorporação das contribuições da audiência na decisão final, destacam-se três fatores principais.

Em primeiro lugar, o baixo quórum de ministros que comparecem às audiências constitui o primeiro indicativo de que as contribuições dos expositores influenciam as decisões menos do que se imagina. Normalmente, apenas o ministro que convocou a audiência assiste a todas as exposições. Sob esse aspecto, há de se fazer a ressalva de que os ministros podem ter acesso a essas contribuições posteriormente, havendo registro de caso em que uma ministra consignou expressamente ter utilizado os registros da audiência, a despeito de não ter comparecido ao evento.²³⁹ No entanto, esse não é o mais comum dos casos.

Em segundo lugar, o fato de os registros das audiências não serem juntados aos autos dos processos constitui o segundo indício de que as exposições influenciam as decisões menos do que se pensa. Como se viu, a maior parte das notas taquigráficas somente foi juntada aos autos a pedido de um pesquisador que peticionou nos processos requisitando os registros das audiências.²⁴⁰

Combinando-se a circunstância de que normalmente apenas o relator da ação comparece à audiência pública, ao fato de os registros dessas audiências não constarem dos autos até o início da pesquisa, é razoável inferir que o tribunal atribui relevância reduzida às audiências públicas.

Por fim, em terceiro lugar, a análise dos votos reflete o baixo quórum das audiências. Normalmente, as discussões travadas nas exposições se refletem de forma mais significativa no voto do relator, percepção que é de todo condizente com a circunstância de que o relator é o único ministro que costuma assistir a audiência do início ao fim. Nos demais casos, é comum que os ministros se utilizem da audiência como reforço argumentativo, além de terem sido identificados diversos votos que passam totalmente à margem das discussões havidas em audiências.²⁴¹

²³⁹ Realmente, no julgamento que tratou a respeito da interrupção da gravidez de fetos anencéfalos, a Ministra Rosa Weber fez a ressalva de que, apesar de não estar presente, assistiu aos vídeos das audiências públicas. No voto da ministra, os argumentos da audiência foram utilizados de forma lateral.

²⁴⁰ Na pesquisa realizada para este trabalho, não foi possível confirmar se os ministros costumam receber essas notas taquigráficas em seus gabinetes.

²⁴¹ A exemplo do voto do Ministro Eros Grau na ADI nº 3.510.

A percepção de que os argumentos dos expositores não se refletem significativamente nas decisões também foi identificada em outros estudos que analisaram a experiência do STF com as audiências públicas. De acordo com Flávia Martins de Carvalho, “à exceção do relator, os demais ministros pouco (ou nada) se utilizaram do procedimento”.²⁴² Rafael Scavonne Belém de Lima, ao analisar o caso da ADI nº 3.510, observou que “pontos muito significativos dos votos apresentados, (...) foram desenvolvidos sem atentar ao conteúdo da audiência, chegando-se, inclusive, a contrariar posições técnicas apresentadas no evento”.²⁴³ Carolina Alves Vestena, por sua vez, aponta que

Da observação de seus conteúdos, foi constatado que os ministros apenas utilizam os argumentos proferidos nas audiências quando pretendem reforçar algum ponto específico já selecionado para sua própria argumentação. Nesse sentido, os argumentos inseridos teriam caráter residual na formulação das razões de decidir, o que reforça a hipótese que tais procedimentos possuem caráter formal e pouco efetivo na configuração das decisões finais.²⁴⁴

A percepção geral, que é corroborada pela pesquisa deste trabalho, é a de que as contribuições dos expositores, em geral, não contribuem para a formação da convicção dos ministros de maneira relevante, ressalvado, em alguns casos, o voto do relator. Isso compromete o caráter deliberativo da audiência e, por conseguinte, o incremento da legitimidade democrática da decisão.²⁴⁵

No segundo grupo de aspectos negativos da experiência do STF, ligados à escolha dos participantes das audiências públicas, se destacam duas observações. A primeira delas é que em algumas audiências públicas²⁴⁶ apenas as partes do processo

²⁴² CARVALHO, Flávia Martins de. *Audiências Públicas no Supremo Tribunal Federal: uma alternativa democrática?* Dissertação de mestrado apresentada ao Curso de Pós-graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, p. 109.

²⁴³ LIMA, Rafael Scavonne Belém de. Op. Cit. p. 77.

²⁴⁴ Idem, p. 106.

²⁴⁵ Nesse sentido, vale mencionar uma vez mais a conclusão de Carolina Alves Vestena: “[e]sse conjunto de resultados reforça a conclusão de que as audiências públicas jurisdicionais não significam democratização das estruturas do STF. As intervenções recebidas nesses eventos são absolutamente formais e, na maioria dos casos, desprezadas pelos ministros, que tampouco participam das audiências. Observado este diagnóstico, há que se ressaltar o quão prejudiciais podem ser as leituras que ignoram a recepção formal da participação social no interior dos tribunais e defendem a possibilidade de democratização por essa via (...)” VESTENA, Carolina Alves. Op. Cit. p. 109.

²⁴⁶ A exemplo da audiência que tratou da questão da pesquisa com células tronco embrionárias e da importação de pneus usados.

tiveram a oportunidade de indicar participantes. No entanto, se a intenção é pluralizar o debate, deve-se franquear essa possibilidade a todo e qualquer interessado, como ocorreu nos demais casos.

A segunda observação é a de que *a escolha dos participantes nem sempre ocorre de maneira isonômica.* Há casos em que o número de participantes para um dos lados foi consideravelmente maior, assim como casos em que os participantes que integraram um dos lados era tecnicamente mais bem qualificado do que o outro.

Em ambas as hipóteses, o desequilíbrio entre os expositores selecionados compromete o ideal da democratização. Afinal, emprestando-se as lições de Amy Guttmann e Dennis Thompson “*o que faz da democracia deliberativa democrática é uma definição expansiva de quem está incluído no processo de deliberação – uma resposta inclusiva à pergunta de quem tem direito (e a efetiva oportunidade) de deliberar ou de escolher os deliberadores*”.²⁴⁷

Entretanto, nenhum desses problemas identificados é insuperável, ao contrário disso, a grande maioria deles é passível de correção. Na realidade, existe um denominador comum a todos esses aspectos negativos, que é a falta de institucionalização do procedimento das audiências. Embora a Emenda Regimental nº 29/2009 tenha disciplinado o seu procedimento, o fato é que a normatização em um único artigo não se mostrou suficiente para colocar esse instrumento a salvo de desvirtuamentos.²⁴⁸

Assim, por meio da instituição de uma disciplina mais rigorosa para as audiências públicas, é possível aperfeiçoar a utilização do instituto.²⁴⁹ A fim de evitar desvirtuamentos, vislumbram-se seis sugestões:

²⁴⁷GUTTMAN, Amy. THOMPSON, Dennis. Op. Cit. p. 26.

²⁴⁸ Flávia Martins de Carvalho, em dissertação de mestrado a respeito especificamente das audiências públicas do STF chega a conclusão semelhante, afirmando que “[a] nosso ver, a questão que merece reparo e maior esforço de correção reside na seara procedimental, ou seja, nos aspectos formais que envolvem o procedimento. Estes demonstram maior necessidade de desenvolvimento, a fim de possibilitar a aplicação democrática do procedimento, reduzindo a discricionariedade e garantindo iguais condições de participação a todos os membros da sociedade. Essa igualdade, condição procedimental para o exercício da democracia, não se verifica no procedimento adotado, em razão dos fatores delineados até aqui, quais sejam: a discricionariedade de convocação, o critério de seleção dos participantes e a intervenção de terceiros durante a audiência. No desenho institucional atualmente posto, o Supremo Tribunal Federal possui todas as condições para manipular os argumentos que serão apresentados ou mesmo evitar que sejam expostos.” (CARVALHO, Flávia Martins de. Op. Cit., p. 109).

²⁴⁹ Ideia semelhante é sustentada por Anna Cândida da Cunha Ferraz. Segundo a professora paulista “... para que não se desvirtuem de seus fins, as audiências públicas devem se submeter a normas procedimentais rigorosas que atendam seus objetivos finais, especialmente no que respeita à efetiva

Fixação de regra no sentido de que o procedimento de inscrição deve ser aberto ao público, e não limitado às partes do processo. Como a disciplina atual não estabelece quem pode indicar participantes, esse ponto foi determinado de forma casuística, variando de audiência para audiência. Para o incremento da pluralização do processo constitucional, deve-se adotar como regra o procedimento de inscrição aberto a todo e qualquer interessado.

Adoção de critérios objetivos para a seleção dos participantes das audiências. No modelo atual, a escolha discricionária por parte do relator, sem qualquer exigência de motivação, está no cerne dos casos em que as audiências foram desequilibradas. Assim, o estabelecimento de critérios claros e objetivos para a seleção dos participantes, combinados à necessidade de se motivar essa seleção, contribuiria para evitar distorções.

No que se refere à qualificação do expositor, seriam três os parâmetros aptos a nortear a escolha: (i) a representatividade da associação ou entidade requerente; (ii) o privilégio a participantes com teses diferentes (ainda que para a defesa de um mesmo lado) e (iii) currículo do especialista indicado. Esses parâmetros não teriam que estar presentes de maneira concomitante em todos os casos. Assim, por exemplo, em uma audiência pública a respeito de matéria técnica, deve-se aceitar a participação de um *expert* que deseje expor o seu conhecimento, ainda que não pertença a nenhuma entidade representativa. O mais importante seria que esses parâmetros sugeridos servissem de base para a motivação da escolha por parte do relator.

Além da qualificação, como quarto critério (iv) deve-se perseguir um equilíbrio no *número* de expositores escolhidos para cada lado. Nem sempre será possível estabelecer uma divisão precisa nesse sentido, pois por vezes a exposição não se identifica integralmente com nenhum dos dois lados. Mas a motivação da escolha dos participantes também deve levar em consideração o aspecto quantitativo.

Institucionalização da prática de se definirem de antemão os pontos que a audiência pública visa a esclarecer. Nos casos em que o presidente da audiência

ressonância social da matéria em questão e à representatividade dos convocados, observados os princípios da igualdade e da publicidade na convocação e na participação dos especialistas e entidades que devam prestar esclarecimentos sobre questões técnicas.

A despeito de se reconhecer a efetiva democratização da jurisdição constitucional por intermédio da realização de audiências públicas, não se pode deixar de advertir para a possibilidade de desvirtuamento do instrumento quanto aos objetivos visados.” (FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. Op. cit. p. 117).

pública definiu no despacho convocatório os temas que se pretendia debater, aumentou-se a transparência com relação aos reais objetivos da audiência, o que auxiliou a condução dos trabalhos. Por se tratar de uma experiência positiva da prática do STF, sugere-se o estabelecimento de regra nesse sentido.

Implementação da regra do art. 154, VI, do Regimento Interno do STF, com a juntada das notas taquigráficas aos autos dos processos. A regra já foi estabelecida pelo próprio tribunal, mas, como se viu anteriormente, a maior parte das notas taquigráficas somente passou a constar dos processos após pedido formulado por um pesquisador do IUPERJ. Portanto, como uma das sugestões para aprimorar a deliberação, basta o tribunal observar a regra com maior rigor, promovendo-se a juntada dos registros das audiências logo após o acontecimento do evento.

Criação de incentivos à participação dos ministros nas audiências. A baixa frequência dos ministros nas audiências constitui um dos obstáculos à efetivação do ideal deliberativo. Tendo em vista que o acúmulo de funções dos ministros dificulta a presença de todos os membros do tribunal em todas as audiências públicas, no mínimo devem-se criar incentivos para que os membros do tribunal passem a dar maior prioridade a esses eventos. A intenção, portanto, seria alterar o status quo, em que apenas o relator costuma comparecer.

Isso seria possível, por exemplo, por meio da fixação do dia da audiência seria realizada de maneira colegiada. O relator enviaria um comunicado aos demais ministros a respeito da realização da audiência, como já se costuma fazer, e antes da próxima sessão do Plenário do STF, os ministros escolheriam a(s) data(s) do evento a depender da disponibilidade de suas agendas. A data da audiência pública seria marcada na data em que mais ministros reservassem espaço nas suas agendas para participar do evento. Dessa forma, os ministros se comprometeriam de antemão com o comparecimento e aqueles que realmente não pudessem estar presentes teriam que justificar o motivo da sua ausência diante do Plenário, em sessão pública.

Incremento do ônus argumentativo dos ministros nos votos proferidos nos casos em que contaram com audiências públicas. Outro obstáculo à democratização da jurisdição constitucional é a ausência de enfrentamento dos pontos suscitados em audiência pública. Possivelmente, com o estímulo à participação de ministros nas audiências esse problema seria corrigido, pois os votos seriam elaborados depois de os ministros terem escutado as considerações dos expositores. É difícil conceber outros

mecanismos que aumentem o grau de penetração das audiências nos julgamentos, mas ainda assim o ponto é digno de nota e reflexão para o aperfeiçoamento da democratização do STF. O ideal seria que as principais teses exploradas na audiência pública fossem objeto de debate.

A propósito, vale mencionar trecho de obra coletiva organizada por Vanice Regina Lírio do Valle, em que se destaca a necessidade de se aferir a forma como as contribuições são incorporadas ao processo intelectual de construção da decisão. De acordo com os autores,

[a]feitos ou não os argumentos, o seu enfrentamento racional é de se ter presente na conclusão cunhada pela Corte – sem o que a presença de *amicus curiae* ou a realização de audiências públicas se converte em mera *representação pacificadora*, sem qualquer substância ou caráter efetivamente democrático. Mais ainda, se o fundamento de legitimidade sempre invocado pela Corte para a construção de suas decisões reside na representação argumentativa, parece claro que a ampliação dos participantes do diálogo estará a exigir a consideração da visão desses no exercício da argumentação, para que a Corte efetivamente se caracterize como “...*instância de reflexão do processo político...*” (ALEXY, 2007, p. 54)²⁵⁰

Segundo essa linha de entendimento, a efetiva democratização da jurisdição constitucional depende da representação argumentativa das contribuições oferecidas nas audiências públicas. Realmente, a convocação de todas as audiências já realizadas pelo STF partiram da premissa de que a matéria em exame demandava um conhecimento interdisciplinar. Sendo assim, a partir do momento em que se reconhece que os elementos dos autos não são suficientes ao deslinde da controvérsia, a convocação da audiência deveria implicar, ao menos, na elevação do ônus argumentativo dos ministros na elaboração de seus votos.

Diante de todo o exposto, é possível concluir que, no que tange a experiência do STF com as audiências públicas, ainda há obstáculos para o incremento da legitimidade das decisões do tribunal. Por mais que as audiências promovam uma abertura para a participação de novos atores sociais, os argumentos trazidos por eles não são plenamente incorporados à deliberação dos julgamentos, na maior parte dos casos analisados. E, se as contribuições dos expositores das audiências não costumam ser

²⁵⁰VALLE, Vanice Regina Lírio do. *Et.al.* Audiências Públicas e ativismo: diálogo social no STF. Coord. Vanice Regina Lírio do Valle. Belo Horizonte: Fórum, 2012. P. 50.

debatidas e enfrentadas, não seria apropriado falar em um incremento da legitimidade democrática da decisão.

Isso não significa dizer, contudo, que a experiência do tribunal com as audiências públicas não tenha sido boa. Na prática, as audiências se revelaram um mecanismo importante de esclarecimento da matéria a ser analisada pelo tribunal. Ainda que o seu alcance tenha se revelado mais relevante apenas no que tange à formação do convencimento do relator, os propósitos instrutórios desses eventos foram atingidos de maneira satisfatória. Por isso, as audiências públicas constituem um mecanismo a ser estimulado e que poderia ser acionado com maior frequência pelo STF.

A crítica que se formula à experiência do tribunal diz respeito à invocação das audiências como um evento que torna as suas decisões mais legítimas. Para que se possa falar em um incremento da legitimidade democrática das decisões, é necessário que as contribuições oferecidas pelos expositores realmente integrem a deliberação do tribunal. Caso contrário, a invocação da audiência como forma de democratização do debate não passará de um elemento retórico, um argumento para a legitimação *ex ante* da atividade do tribunal, mas que não se reflete nas deliberações.

3. O *AMICUS CURIAE* NO PROCESSO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO

*A admissão de terceiro, na condição de amicus curiae, no processo objetivo (...) qualifica-se como fator de legitimação social das decisões da Suprema Corte, enquanto Tribunal Constitucional.*²⁵¹ Ministro Celso de Mello.

No contexto de intensificação do diálogo entre o STF e a sociedade brasileira, a figura do *amicus curiae* constitui uma importante porta de entrada para a participação de grupos sociais no tribunal. O *amicus curiae*, expressão latina que significa “amigo da corte”, é um terceiro que intervém no processo, do qual ele não é parte, para oferecer à corte a sua perspectiva acerca da questão controvertida, informações técnicas a respeito de questões que transbordem o conhecimento jurídico, ou, ainda, para defender interesses dos grupos por ele representados, especialmente nos casos em que a decisão pode afetar esses grupos.²⁵²

O *amicus curiae* foi formalmente introduzido no modelo de controle de constitucionalidade brasileiro pelas Leis nº 9.868/1999 e 9.882/1999, diplomas editados sob a influência de Peter Häberle e da sua *sociedade aberta de intérpretes da Constituição*.²⁵³ De acordo com a exposição de motivos do projeto que deu origem à Lei

²⁵¹ Voto do Ministro Celso de Mello na ADI nº 2.130-3, Informativo STF nº 215/2001.

²⁵² O conceito se volta para a definição do papel do *amicus curiae* no processo constitucional, tal qual formulado por Damares Medina na obra “*Amicus Curiae: amigo da Corte ou amigo da parte?*” (Op. Cit. p. 17 e 47). Em sentido semelhante é a definição do Law Dictionary, de Steven H. Gifis, segundo a qual “*Amicus Curiae* é o amigo da corte, aquele que lhe presta informações sobre matéria de direito, objeto da controvérsia. Sua função é chamar a atenção da corte para alguma matéria que poderia, de outra forma, escapar-lhe à atenção. Um memorial de *amicus curiae* é a peça produzida por quem não é parte numa ação, com vistas a auxiliar a corte, com informações necessárias, para que ela possa tomar uma decisão correta ou com vistas a advogar um determinado resultado em nome de interesses públicos ou privados de terceiros, que serão indiretamente afetados pela solução da disputa” (*Law Dictionary*, Steven H. Gifis, Woodbury: Barron’s Educational Series, 1975, p. 11/12).

O conceito, no entanto, não é unívoco. O ponto central das controvérsias diz respeito ao caráter neutro ou partidário do terceiro que intervém no processo. Discute-se se o *amicus curiae* deveria ser imparcial para ajudar o tribunal a resolver o litígio, ou se poderia funcionar como uma espécie de defesa adicional de uma das partes do processo. (V. KRISLOV, Samuel. *The Amicus curiae Brief: from friendship to advocacy*. The Yale Law Journal. V. 72, p. 695-721, 1963). Para os fins do presente estudo, adota-se a posição no sentido de que o *amicus curiae* não precisa, necessariamente, ser neutro. Ao contrário disso, quando grupos sociais ingressam em processos de natureza constitucional na qualidade de *amicus curiae*, eles o fazem como um instrumento de advocacia e essa circunstância não desqualifica, de forma alguma, a sua atuação. O tema é retomado adiante.

²⁵³ Vide item 2.1, *supra*.

nº 9.868/1999, a positivação da figura do *amicus curiae* no processo constitucional enseja “a possibilidade de o Tribunal decidir as causas com pleno conhecimento de todas as suas implicações ou repercussões”.²⁵⁴ O amigo da corte, então, constituiria uma porta de entrada para que aqueles que não sejam ‘intérpretes autorizados pelo Estado’ passassem a trazer novas perspectivas a respeito da matéria submetida a julgamento. Em outras palavras, ao menos na teoria, se trata de um canal de diálogo social no STF.

Com a intensificação da troca de informações entre o tribunal constitucional e a sociedade, esse tipo de intervenção se prestaria, em paralelo, a conferir maior legitimidade às suas decisões, especialmente nos casos em que a matéria discutida possui colorido político.²⁵⁵ É nesse sentido o comentário de Gustavo Binenbojm:

Com efeito, o propósito do art. 7º, §2º da Lei [Lei nº 9.868/1999] é claramente o de *pluralizar* o debate constitucional, permitindo que o Tribunal venha a tomar conhecimento, sempre que julgar relevante, dos elementos informativos e das razões constitucionais daqueles que, embora não tenham legitimidade para deflagrar o processo, serão destinatários diretos ou mediatos da decisão a ser proferida. Visa-se, ademais, a alcançar um patamar mais elevado de legitimidade nas deliberações do Tribunal Constitucional, que passará formalmente a ter o dever de apreciar e dar a devida consideração às interpretações constitucionais que emanam dos diversos setores da sociedade.²⁵⁶

O STF, em diversas oportunidades, já ressaltou a ampliação do debate sobre normas da Constituição como aspecto fundamental da teleologia do *amicus*, cuja atuação, conseqüentemente, confere maior legitimidade às suas decisões. A título

²⁵⁴Com relação à positivação do *amicus curiae*, a exposição de motivos afirma que é “digna de realce a proposta formulada com o sentido de permitir que o relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, admita a manifestação de outros órgão ou entidades (arts. 7º, § 2º, e 18, §2º). Positiva-se, assim, a figura do “*amicus curiae*” no processo de controle de constitucionalidade, ensejando a possibilidade de o Tribunal decidir as causas com pleno conhecimento de todas as suas implicações ou repercussões.” (Exposição de motivos nº 189, de 7 de abril de 1997, Diário da Câmara dos Deputados de 29 de abril de 1997, 10828).

²⁵⁵ MACIEL, Adhemar Ferreira. “*Amicus curiae: um instituto democrático*”, in Revista de Informação Legislativa, Brasília a., 38 n. 153, jan/mar 2002, p. 7.

²⁵⁶BINENBOJM, Gustavo. “A dimensão do *amicus curiae* no processo constitucional brasileiro: Requisitos, poderes processuais e aplicabilidade no âmbito estadual”. Revista Eletrônica de Direito do Estado, n.1., Instituto de Direito Público da Bahia, Salvador, jan./fev./mar. 2005, P. 4.

exemplificativo, veja-se a trecho da ementa do acórdão relativo à ADI nº 2.321 - MC, de relatoria do Ministro Celso de Mello:

PROCESSO OBJETIVO DE CONTROLE NORMATIVO ABSTRATO - **POSSIBILIDADE DE INTERVENÇÃO DO "AMICUS CURIAE": UM FATOR DE PLURALIZAÇÃO E DE LEGITIMAÇÃO DO DEBATE CONSTITUCIONAL**. - O ordenamento positivo brasileiro processualizou, na regra inscrita no art. 7º, § 2º, da Lei nº 9.868/99, a figura do "amicus curiae", permitindo, em consequência, que terceiros, desde que investidos de representatividade adequada, sejam admitidos na relação processual, para efeito de manifestação sobre a questão de direito subjacente à própria controvérsia constitucional. A intervenção do "amicus curiae", para legitimar-se, deve apoiar-se em razões que tornem desejável e útil a sua atuação processual na causa, em ordem a proporcionar meios que viabilizem uma adequada resolução do litígio constitucional. - **A ideia nuclear que anima os propósitos teleológicos que motivaram a formulação da norma legal em causa, viabilizadora da intervenção do "amicus curiae" no processo de fiscalização normativa abstrata, tem por objetivo essencial pluralizar o debate constitucional, permitindo, desse modo, que o Supremo Tribunal Federal venha a dispor de todos os elementos informativos possíveis e necessários à resolução da controvérsia, visando-se, ainda, com tal abertura procedimental, superar a grave questão pertinente à legitimidade democrática das decisões emanadas desta Suprema Corte, quando no desempenho de seu extraordinário poder de efetuar, em abstrato, o controle concentrado de constitucionalidade.** (ADI nº 2321 MC, Rel. Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, julgado em 25/10/2000, DJ 10/06/2005; grifou-se).

Seguindo essa linha de entendimento, o *amicus curiae* contribuiria para a superação da chamada dificuldade contramajoritária do STF no exercício do controle de constitucionalidade. A presença de grupos interessados diretamente nos processos seria uma expressão da democratização da jurisdição constitucional.

Além disso, especificamente nos casos de controle concentrado, a participação do *amicus curiae* também ajuda a amenizar (ainda que em parte) os impactos da jurisprudência restritiva do STF com relação às entidades de classe legitimadas na forma do art. 103, IX, CRFB. Como se viu anteriormente, a jurisprudência do tribunal se firmou no sentido de que somente entidades representativas de categorias profissionais e econômicas detêm legitimidade para ajuizar ações diretas.²⁵⁷ Assim, uma série de associações e instituições que representam movimentos sociais, a exemplo dos que atuam em defesa de direitos de minorias,

²⁵⁷ Cf., a título exemplificativo, ADI 3.413, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 1º/6/2011, DJE de 1º/8/2011 e ADI 4.029, Rel. Min. Luiz Fux, j. 8/3/2012, Plenário, DJE de 27/6/2012.

ficaram de fora do rol de legitimados admitidos pelo STF para o ajuizamento de ações do controle concentrado.²⁵⁸

Por mais que ainda exista uma relevante barreira de entrada a representantes da sociedade civil no que se refere ao ajuizamento de ações, o instituto do *amicus curiae* permitiu que essas entidades ao menos participassem de ações do interesse do grupo por elas representado. Assim, dez anos após a promulgação da Constituição de 1988, a introdução da figura do *amicus curiae* – ao menos em princípio – significou uma abertura, pois permitiu que entidades que antes não participariam do processo constitucional pudessem a oferecer a sua perspectiva a respeito das questões debatidas pelo tribunal.

Como se verá ao longo da exposição desse capítulo, o perfil das entidades que costumam atuar como *amici curiae* revela que a maioria delas são entidades representantes da sociedade civil.²⁵⁹ Casos que envolveram direitos de minorias – a exemplo das uniões homoafetivas (ADPF nº 132 e da ADI nº 4.277) e do sistema de cotas em universidades públicas (ADI nº 186) – contaram com a atuação de um número expressivo de representantes dos movimentos em prol da causa gay e de combate à discriminação racial.²⁶⁰

Nesse sentido, o instituto do *amicus curiae* evidencia a utilização do processo como um instrumento de participação na vida política do país. Na linha sustentada por Antonio do Passo Cabral, essa perspectiva traz à luz “*o direito fundamental de participação ativa nos procedimentos estatais decisórios, vale dizer, direito de influenciar a formação de normas jurídicas vinculativas*”.²⁶¹ Trata-se de uma

²⁵⁸ Cf.: “Legitimação: entidade nacional de classe: conceito. Não constitui entidade de classe, para legitimar-se a ação direta de inconstitucionalidade (CF, art. 103, IX), associação civil (Associação Brasileira de Defesa do Cidadão), votada à finalidade altruísta de promoção e defesa de aspirações cívicas de toda a cidadania.” (ADI 61, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgamento em 29/8/1990, Plenário, DJ de 28/9/1990.)

²⁵⁹ O assunto é aprofundado no item 4.2, (i), *infra*.

²⁶⁰ O assunto é aprofundado no item 4.2, (ii), *infra*.

²⁶¹ Adiante o autor prossegue: “De fato, a participação democrática não existe somente no âmbito legislativo, através da iniciativa popular de leis, plebiscito, referendo e do direito de votar e ser votado. Qualquer meio de pressionar, influenciar e reivindicar as decisões estatais deve ser fomentado como forma legítima de participação (seja em abstrato, seja em concreto, através dos Poderes Executivo e Judiciário). (...)”

Na esteira da concepção publicista da jurisdição, o processo deve representar, por conseguinte, outro cenário de debate público, mais um canal de desenvolvimento da democracia participativa, instrumento também de ação política, palco para os mensageiros populares que, inspirados em Hermes, exercitem nos autos a argumentação com o fim de colaborar para o resultado decisório.” (CABRAL, Antonio do Passo.

visão pela qual se enxerga o processo como um cenário de atuação política em que, pela via do *amicus curiae*, se tem uma participação democrática da sociedade.

No entanto, assim como no caso das audiências públicas, também se identificam barreiras à incorporação dos argumentos dos *amici curiae* nos debates do tribunal. No caso específico do *amicus curiae* as dificuldades não dizem respeito à disciplina do instituto, especificamente. O problema maior reside no método de deliberação do próprio tribunal, que não oferece incentivos para que os argumentos veiculados nos memoriais e nas sustentações orais do amigo da corte sejam considerados.

À luz dessas premissas, o objetivo do presente capítulo é analisar criticamente a experiência do STF com o *amicus curiae*. A intenção é verificar *quem* são as entidades que têm participado das ações em trâmite no STF – a fim de avaliar se é possível constatar uma verdadeira pluralização – e se essa participação tem implicado alguma alteração nas decisões do tribunal.

Inicialmente, traça-se um panorama geral a respeito da disciplina do instituto e do posicionamento do STF quanto à admissão dos *amici curiae* nos processos. Na sequência, passa-se a uma exposição a respeito da experiência do tribunal, com destaque para a abertura promovida pelo instituto e para dados empíricos a respeito das entidades que figuram como *amicus curiae* e a respeito das tendências verificadas em processos que contam com a sua participação. Ao final, passa-se a uma análise crítica a respeito do material apresentado.

3.1. Panorama Geral

As primeiras referências à figura do *amicus curiae* remontam à Roma antiga e à Inglaterra medieval do século XIV, designando a participação de terceiros que, a pedido da corte, ofereciam informações e esclarecimentos a respeito da matéria controvertida. Na sua origem mais remota, o amigo da corte não se identificava com um

Pelas asas de Hermes: a intervenção do amicus curiae, um terceiro especial". In Revista de Direito Administrativo nº 234, fls. 112-113).

personagem diretamente interessado no litígio, mas com um assistente impessoal que fornecia informações à corte.²⁶²

Todavia, foi no direito norte-americano que a figura do amigo da corte se desenvolveu de maneira mais expressiva. No sistema do *common law* adota-se o modelo do *stare decisis*,²⁶³ em que as decisões jurisprudenciais vinculam casos semelhantes que venham a ocorrer no futuro. Por isso, a decisão de um caso individual pode fixar o entendimento do tribunal para uma série de outros casos, por conta da força do precedente. Como decorrência do *stare decisis*, então, surge a necessidade de se permitir que outros setores, que poderão ser diretamente afetados pela decisão do caso individual, possam se manifestar no processo.

Na US Supreme Court, então, a figura do *amicus curiae* oferece uma resposta à resistência à intervenção de terceiros em casos individuais. Interessante notar que, inicialmente, na jurisdição constitucional norte-americana, dentre os *amicus* predominavam entes públicos buscando influir nas disputas privadas que teriam repercussão na fixação dos contornos do sistema federalista.²⁶⁴ A situação, portanto, era radicalmente diferente da experiência brasileira, pois aqui a nota marcante foi a utilização do *amicus curiae* por entes da sociedade civil não legitimados a participar dos processos objetivos que correm perante o STF.²⁶⁵

Adhemar Ferreira Maciel aponta que o *amicus curiae* do direito norte-americano permite que terceiros penetrem em processos intersubjetivos para discutir objetivamente teses jurídicas que vão afetar toda a sociedade. Lá muitas vezes ele se traduziria mais como um *amicus partis* ou *amicus causae*, pois o terceiro comparece ao processo mais com o intuito de ajudar uma das partes. Não se trata, portanto, de uma atuação desinteressada no litígio.²⁶⁶

²⁶² LOWMAN, Michael K. *The litigating amicus curiae: when does the party begin after the friends leave?* American University Law Review, v. 41, p. 1243-1299, 1992.

²⁶³ A locução latina *stare decisis* que significa ‘manter as coisas decididas’ ou, do inglês, ‘stand by things decided’. Trata-se, essencialmente, de uma doutrina de vinculação do órgão julgador às suas decisões previamente tomadas. (cf. Legal Information Institute, Cornell University Law School, in http://www.law.cornell.edu/wex/stare_decisis, acesso em 05/06/2014).

²⁶⁴ Nesse sentido, v. CALDEIRA, Gregory A.; WRIGHT, John R. *Amicus curiae* before the Supreme Court: who participates, when and how much? *Journal of Political*, n. 53.

²⁶⁵ Medina, Damares, Op. Cit. p 75.

²⁶⁶ MACIEL, Adhemar Ferreira. Op. Cit. p. 7.

Para Michael K. Lowman, na sua formatação contemporânea, a figura do *amicus curiae* na prática norte-americana é marcada essencialmente pela sua adaptabilidade a diferentes contextos, podendo aproximar-se, a depender das circunstâncias do caso, às figuras de lobista, advogado e representante de setores que não possuem representação política adequada.²⁶⁷ Na grande parte dos casos, portanto, trata-se de uma atuação sectária, na defesa de interesses de terceiros que possuem interesse específico na vitória de uma das partes da demanda.

No Brasil, as primeiras referências à figura do *amicus curiae* se referiam a hipóteses em que se permitiu a manifestação de pessoas jurídicas de Direito Público em processos intersubjetivos nos quais se identificasse um interesse público. Nessas primeiras aparições, então, não se tratava propriamente de democratizar e ampliar o debate travado na ação, mas antes de permitir que o órgão público competente contribuísse para a solução de casos individuais com o seu parecer que, ao menos em princípio, seria isento e desinteressado.

A primeira referência foi realizada pelo art. 31 da Lei nº 6.385/77,²⁶⁸ que disciplinou o mercado de valores mobiliários e criou a Comissão de Valores Mobiliários (“CVM”). O dispositivo previu a possibilidade de intervenção da CVM em processos comuns nos quais se discutam questões de direito societário que estejam incluídas nas competências administrativas da entidade autárquica federal.²⁶⁹

Posteriormente, a Lei nº 8.197/91, em seu art. 2º,²⁷⁰ passou a admitir a União como *amicus curiae* em causas em que figuram entes da administração pública indireta. Este diploma foi revogado pela Lei nº 9.469/97, que reproduziu disposição

²⁶⁷ LOWMAN, Michael K. Op. Cit. p. 1245. Como exemplos de casos em que o *amicus curiae* se prestou à defesa de direitos de classes politicamente desfavorecidas, o autor menciona os seguintes casos: 1) *Hoptowit v. Ray* (662 F.2d, 1237, 1260 – 9th Cir., 1982) em que o governo norte-americano foi admitido como *amicus curiae* para proteger direitos dos prisioneiros; 2) *United States v. Michigan* (116 F.R.D. 655, 657 – W.D. Mich. 1987), em que se permitiu um *amicus curiae* privado na defesa da aplicação de um decreto que regulamentava depoimentos nas prisões do estado de Michigan); 3) *Faubus v. United States* (254 F.2d 797, 804-05 – 8th Cir. 1958), em que o governo norte-americano foi admitido como *amicus curiae* para auxiliar a corte na aplicação de decisão de desfazimento da segregação racial em escolas).

²⁶⁸ Introduzido pela Lei nº 6.616/1978.

²⁶⁹ Cf. “Art. 31 - Nos processos judiciais que tenham por objetivo matéria incluída na competência da Comissão de Valores Mobiliários, será esta sempre intimada para, querendo, oferecer parecer ou prestar esclarecimentos, no prazo de quinze dias a contar da intimação. (*omissis*)”.

²⁷⁰ Cf. “Art. 2º A União poderá intervir nas causas que figurarem como autoras ou rés as autarquias, as fundações, as sociedades de economia mista e as empresas públicas federais.”

semelhante em seu art. 5º,²⁷¹ abrindo a possibilidade de intervenção da União nos mesmos casos e estendendo, ainda, a possibilidade de intervenção de pessoas jurídicas de direito público, ‘*independentemente da demonstração de interesse jurídico*’, nas causas cuja decisão possa ter reflexos econômicos.

Em sentido semelhante, a Lei nº 8.884/94, que primeiro disciplinou as infrações à ordem econômica, possibilitou a manifestação do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (“CADE”) nos processos em que as disposições da lei fossem aplicadas. O diploma foi posteriormente revogado pela Lei n 12.529/2009, que manteve previsão semelhante no art. 118.²⁷²

O que se pretende destacar, nesse ponto, é que, no Brasil, as primeiras alusões à figura do *amicus curiae* diziam respeito à participação de entidades públicas em processos intersubjetivos para contribuir para a solução do caso.

No entanto, quando se introduziu o amigo da corte no processo constitucional, a intenção foi diferente. O *amicus* passou a ser utilizado como um elemento de democratização do debate. Ele é um canal por meio do qual grupos sociais têm a oportunidade de contribuir para a decisão de um processo em que se definirá a interpretação de cláusulas constitucionais. É a partir dessa premissa que se analisa a disciplina do instituto para os fins do presente trabalho.

3.1.1. A disciplina do amicus curiae no controle de constitucionalidade concentrado e incidental

No âmbito do controle de constitucionalidade brasileiro, o primeiro registro expresso de intervenção desse tipo é do ano de 1994, na ADI nº 784, antes

²⁷¹Cf. “Art. 5º 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.”

²⁷² “Art. 118. 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.”

Destaque-se que “não obstante o texto da lei, não se trata de assistência, pois não há qualquer interesse jurídico do CADE nesses litígios, vez que, (...) inexistente relação jurídica material entre o Conselho e as partes envolvidas”, observação bem formulada por Antônio do Passo Cabral. (Op. Cit. p. 125).

mesmo da edição das leis que disciplinaram as ações do controle concentrado de constitucionalidade.²⁷³

Contudo, foi a partir da edição das leis que regularam a ação direta de inconstitucionalidade, a ação declaratória de constitucionalidade e a arguição de descumprimento de preceito fundamental que o *amicus curiae* ganhou corpo nos na jurisdição constitucional.

Na Lei nº 9.868/1999, que originalmente disciplinou a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade, inaugurou a disciplina do *amicus curiae* em seu art. 7º,²⁷⁴ que assim dispõe:

Art. 7º Não se admitirá intervenção de terceiros no processo de ação direta de inconstitucionalidade.

§ 1º (VETADO)

§ 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.

²⁷³ Na ocasião, a ação ajuizada pelo Governador do Estado do Rio Grande do Sul discutia a constitucionalidade da implantação de calendário escolar rotativo no estado. O Presidente da Comissão de Constituição e Justiça da Assembleia Legislativa Estadual, então, apresentou documentos para subsidiar a análise da matéria, que o Ministro Celso de Mello determinou fossem juntados por linha. A determinação do ministro ensejou resistência por parte do governo do Estado, ao argumento de que em processos objetivos de controle de constitucionalidade não se admitia a intervenção de terceiros. Na decisão unânime do agravo regimental, então, o relator esclareceu que “o órgão da Assembleia gaúcha claramente atuou, na espécie, como verdadeiro *amicus curiae*, vale dizer, produziu formalmente, sem ingresso regular na relação processual instaurada e sem assumir a condição jurídica de sujeito do processo de controle normativo abstrato, peças documentais que, desvestidas de qualquer conteúdo jurídico, veiculam simples informações ou meros subsídios destinados a esclarecer as repercussões (...)” (ADI 748 AgR, Rel. Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, julgado em 01/08/1994, DJ 18/11/1994).

²⁷⁴ Há autores que também apontam o art. 9º, §1º e o art. 20, §1º da Lei nº 9.868/1999 como bases normativas da figura do *amicus curiae* (e.g. 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 Editora, 2010, p. 108). Ambos os dispositivos possuem previsões semelhantes, o primeiro relativo às ADIs e o segundo relativo às ADCs, que estabelecem que “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”. Entendemos, no entanto, que tais dispositivos não tratam especificamente do *amicus curiae*, mas apenas das figuras expressamente referidas, como a oitiva de peritos e a realização de audiências públicas. Além de se tratar da exegese mais evidente dos dispositivos, a própria exposição de motivos da lei deixa claro que a intenção foi tratar do *amicus curiae* no art. 7º, ainda que o artigo não se refira expressamente ao amigo da Corte..

O §1º, que foi vetado, estendia aos demais legitimados à propositura de ações diretas de inconstitucionalidade a possibilidade de manifestação nesses processos no prazo das informações.²⁷⁵ De acordo com a mensagem de veto,²⁷⁶ a aplicação do dispositivo poderia importar em prejuízo a celeridade processual e, além disso, tais legitimados poderiam intervir nos processos na qualidade de *amicus curiae*, com a alegada ‘vantagem’ de que o seu ingresso seria controlado pelo relator, que possui certo grau de discricionariedade para admitir o ingresso no processo objetivo.²⁷⁷

O veto coloca em evidência uma preocupação que permeou a introdução da figura do *amicus curiae* no controle de constitucionalidade: o risco de tumulto processual. Ao mesmo tempo em que se reconhecia ser necessário pluralizar as discussões, temia-se que a abertura dos processos à participação de terceiros pudesse atrapalhar o trâmite processual. Essa preocupação ensejou o veto a outros dispositivos da Lei nº 9.868/1999,²⁷⁸ assim como se refletiu na jurisprudência do STF, que no início se mostrava reticente em reconhecer prerrogativas processuais ao *amicus curiae* ao argumento de que a sua atuação poderia ensejar tumulto processual.²⁷⁹

Voltando-se à letra do dispositivo, o *caput* do art. 7º da Lei nº 9.868/1999 veda a intervenção de terceiros na ação direta de inconstitucionalidade. A vedação é

²⁷⁵ Cf.: “§ 1º Os demais titulares referidos no art. 2º poderão manifestar-se, por escrito, sobre o objeto da ação e pedir a juntada de documentos reputados úteis para o exame da matéria, no prazo das informações, bem como apresentar memoriais”.

²⁷⁶ De acordo com a íntegra da mensagem de veto, “[a] aplicação deste dispositivo poderá importar em prejuízo à celeridade processual. A abertura pretendida pelo preceito ora vetado já é atendida pela disposição contida no § 2º do mesmo artigo. Tendo em vista o volume de processos apreciados pelo STF, afigura-se prudente que o relator estabeleça o grau da abertura, conforme a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes. Cabe observar que o veto repercute na compreensão do § 2º do mesmo artigo, na parte em que este enuncia “observado o prazo fixado no parágrafo anterior”. Entretanto, eventual dúvida poderá ser superada com a utilização do prazo das informações previsto no parágrafo único do art. 6º.”

²⁷⁷ A exclusão do parágrafo é alvo de críticas por parte da doutrina, cf., por todos, BINEBOJM, Gustavo. A nova jurisdição constitucional brasileira, Op. Cit. p. 161.

²⁷⁸ Além do §1º do art. 7º, também foram vetados os §§1º e 2º do art. 18 da Lei nº 9.868/1999, que replicavam as mesmas disposições dos parágrafos do art 7º para a disciplina das ações declaratórias de constitucionalidade. A solução peca pela falta de sistemática, pois retira da disciplina da ADC a previsão expressa à figura do *amicus curiae*, prevista no §2º do art. 18. Não obstante, a própria mensagem de veto esclarece que “[r]esta assegurada, todavia, a possibilidade de o Supremo Tribunal Federal, por meio de interpretação sistemática, admitir no processo da ação declaratória a abertura processual prevista para a ação direta no § 2º do art. 7º”.

²⁷⁹ Por ocasião do julgamento da ADI nº 2.223, em que se debateu a possibilidade de sustentação oral por parte do *amicus curiae*, o Ministro Moreira Alves pontuou que “o problema são os precedentes. Hoje é uma entidade, amanhã será um particular, depois de amanhã serão inúmeros particulares” (ADI 2223 MC, Relator Min. Maurício Corrêa, Tribunal Pleno, julgado em 10/10/2002, DJ 05/12/2003).

decorrência lógica do fato de se tratar de um processo objetivo que não concerne a pretensões concretas. Quando se alude a “processo objetivo” a ideia é a de que o STF, atuando como corte constitucional, não se debruça sobre nenhum interesse ou direito subjetivado, não trata de uma relação jurídica intersubjetiva, pois as questões são analisadas em tese.²⁸⁰ Por isso não se admite nesses processos a figura do terceiro interveniente nos moldes usuais do processo civil, pois esse terceiro ingressa na demanda com o fito de defender direitos subjetivos.

Logo na sequência, o §2º do art. 7º da Lei nº 9.868/1999 permite a manifestação de *outros órgãos ou entidades* na ação direta de inconstitucionalidade, desde que preenchidos os requisitos de relevância da matéria e representatividade dos postulantes, positivando a figura do *amicus curiae*. A sua intervenção veicula uma contribuição, um ponto de vista de potenciais afetados pela decisão do STF, que auxiliam o tribunal a ter uma visão mais alargada a respeito da matéria a ser apreciada. Não se trata, portanto, de nenhum tipo de mitigação à proibição da intervenção de terceiros contida no *caput*, pois o *amicus curiae* não veicula uma pretensão subjetiva. Ele é uma espécie de terceiro especial, ou de natureza excepcional.²⁸¹

A positivação do *amicus curiae* traduz a percepção de que o tribunal constitucional deve buscar aumentar o espectro de elementos e informações a respeito da matéria regulada antes de definir a melhor interpretação constitucional para o caso. É um instituto que tem o claro objetivo de promover uma abertura do processo objetivo e tornar mais plural a deliberação. Vale destacar, ainda, que o §2º do art. 7º da Lei nº 9.868/1999 deixa claro que o ingresso do terceiro é condicionado à discricionariedade do relator, não havendo um direito subjetivo do *amicus* de intervir no processo.

²⁸⁰ André Ramos Tavares comenta que “a justificativa da proibição encontra-se exatamente na circunstância de que a ‘questão se mantém no campo político, atuando os poderes no zelo à integridade da Carta para a própria sobrevivência do Estado’. Assim, a assistência é incabível ‘porque inexistente relação jurídica em conflito; não há pretensão resistida’, pressuposto de admissão do instituto da assistência” (TAVARES, André Ramos. *Tratado de arguição de descumprimento de preceito fundamental*, Saraiva: São Paulo, 2001, p. 357-358). Na linha dessa explicação também está a jurisprudência do STF: “O controle normativo de constitucionalidade qualifica-se como típico processo de caráter objetivo, vocacionado, exclusivamente, à defesa, em tese, da harmonia do sistema constitucional. A instauração desse processo objetivo tem por função instrumental viabilizar o julgamento da validade abstrata do ato estatal em face da Constituição da República. (...)” (RTJ 164/506-509, Rel. Min. Celso de Mello, Pleno).

²⁸¹ Milton Luiz Pereira observa que “o *amicus curiae*, como terceiro especial ou de natureza excepcional, pode ser admitido no processo civil brasileiro para partilhar na construção de decisão judicial, contribuindo para ajustá-la aos relevantes interesses sociais em conflito” (PEREIRA, Milton Luiz. *Amicus curiae – intervenção de terceiros*. Revista CEJ, Brasília, n. 18, jul/set 2002, p. 86).

Cássio Scarpinella Bueno, ao tratar da natureza desse tipo de intervenção, esclarece a diferença entre o *amicus curiae* e os terceiros intervenientes, cuja admissão é vedada pela lei:

O que o §2º do art. 7º da Lei n. 9.868/99 apresenta de novo é a alteração radical de *perspectiva* em que a questão pode e deve ser analisada. Não se trata de reconhecer que há, na ação direta de inconstitucionalidade, “direitos subjetivos” capturáveis ou fruíveis diretamente pelos interessados. Bem diferentemente, o que passou a ser admitido é que “terceiros” possam vir perante os Ministros do Supremo Tribunal Federal e tecer suas considerações sobre o que está para ser julgado, contribuindo, com sua iniciativa, para a *qualidade* da decisão. (...) esse “terceiro” atua em qualidade diversa das usualmente ocupadas pelos “terceiros-intervenientes”. “Terceiro” ele é, mas não *aquele* terceiro que o Supremo Tribunal Federal sempre negou – e continua negando – pudesse – ou possa – intervir nas ações voltadas ao controle concentrado de constitucionalidade.²⁸²

Na Lei nº 9.882/1999, que disciplinou a arguição de descumprimento de preceito fundamental, o *amicus curiae* foi introduzido no art. 6º, §2º, na sequência do dispositivo que tratou das audiências públicas:

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.

Como se vê, o legislador não tratou de maneira totalmente uniforme a intervenção do *amicus curiae* nos processos de controle concentrado de constitucionalidade. Na Lei da ADPF, referiu-se apenas à possibilidade de manifestação por parte de *interessados no processo*, sem prever os mesmos requisitos de relevância da matéria e representatividade do postulante exigido nas ADIs e ADCs. Não obstante, a jurisprudência tratou de uniformizar e sistematizar essa disciplina, estendendo tais

²⁸² A respeito do tema, cf. BUENO, Cassio Scarpinella. Op. Cit. p. 136. A respeito dessa distinção, cf. também CABRAL, Antonio do Passo. *Pelas asas de Hermes: a intervenção do amicus curiae, um terceiro especial*, in Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, 234, out/dez 2003, p. 111 – 141.

requisitos também à ADPF.²⁸³ Além disso, o dispositivo abre expressamente a possibilidade de realização de sustentação oral, faculdade processual que posteriormente foi estendida também às demais ações do controle direto, conferindo sistematicidade à disciplina.²⁸⁴

No controle incidental de constitucionalidade, a figura do *amicus curiae* tardou um pouco mais a ser introduzida. A primeira vez que o Plenário do STF debateu o ingresso e de sustentação oral por parte de *amicus curiae* em recurso extraordinário se deu por ocasião do julgamento da questão de ordem suscitada no RE nº 415.454 e do RE nº 416.827, julgados em conjunto em 21 de setembro de 2005, sob a relatoria do Ministro Gilmar Mendes.

Antes disso, contudo, já havia previsões normativas que abriam espaço a esse tipo de intervenção. A própria Lei nº 9.868/1999 já havia introduzido a figura do *amicus curiae* nos casos de incidente de inconstitucionalidade julgados pelos tribunais, ao incluir o art. 482 no Código de Processo Civil:

Art. 482. Remetida a cópia do acórdão a todos os juízes, o presidente do tribunal designará a sessão de julgamento.

§ 1º O Ministério Público e as pessoas jurídicas de direito público responsáveis pela edição do ato questionado, se assim o requererem, poderão manifestar-se no incidente de inconstitucionalidade, observados os prazos e condições fixados no Regimento Interno do Tribunal.

§ 2º Os titulares do direito de propositura referidos no art. 103 da Constituição poderão manifestar-se, por escrito, sobre a questão constitucional objeto de apreciação pelo órgão especial ou pelo Pleno do Tribunal, no prazo fixado em Regimento, sendo-lhes assegurado o direito de apresentar memoriais ou de pedir a juntada de documentos.

§ 3º O relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, poderá admitir, por despacho irrecorrível, a manifestação de outros órgãos ou entidades.

²⁸³ Cf.: “Assim como se dá nas demais ações de controle concentrado de constitucionalidade, o pedido de colaboração processual como *amicus curiae* em arguições de descumprimento de preceito fundamental há de ter sua viabilidade aferida, pelo Ministro Relator, de maneira concreta e em consonância com os fatos e argumentos apresentados pelos órgãos ou entidades postulantes, a partir de 2 (duas) pré-condições cumulativas, a saber: (a) a relevância da matéria e (b) a representatividade do postulante (§2º do art. 7º da Lei 9.868/1999)”. (ADPF 123 Amicus, Relator Min. Teori Zavascki, julgado em 04/02/2014, p. 10/02/2014)

²⁸⁴ Cf.: “No julgamento das ADI 2.675 (Relator Carlos Velloso, questão de ordem julgada em 23.11.2003) e 2.777 (Relator Cezar Peluso, questão de ordem julgada em 23.11.2003), porém, o Supremo Tribunal Federal, por maioria, resolveu questão de ordem para reconhecer, excepcionalmente, a possibilidade de realização de sustentação oral por terceiros, admitidos no processo de fiscalização abstrata de normas, sob a condição de *amicus curiae*.” (RE 368564, Pet. nº 94.466/2008, Min. Gilmar Mendes, 10/12/2009).

Posteriormente, a Lei dos Juizados Especiais Federais (Lei nº 10.259/2001), ao disciplinar o processo de uniformização da jurisprudência, previu no §7º do art. 14 a possibilidade de manifestação no processo por parte de *eventuais interessados*, assim como a faculdade de o relator pedir informações ao Presidente da Turma Recursal ou Coordenador da Turma de Uniformização, bem como do Ministério Público. Na sequência, o art. 15 previu que essas disposições se aplicariam aos recursos extraordinários, da seguinte maneira:

Art. 14. Caberá pedido de uniformização de interpretação de lei federal quando houver divergência entre decisões sobre questões de direito material proferidas por Turmas Recursais na interpretação da lei. (...)

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

Art. 15. O recurso extraordinário, para os efeitos desta Lei, será processado e julgado segundo o estabelecido nos §§ 4º a 9º do art. 14, além da observância das normas do Regimento.

Nas palavras do Ministro Gilmar Mendes no julgamento da questão de ordem, a Lei dos Juizados Especiais Federais afastou-se da perspectiva estritamente subjetiva do recurso extraordinário. O modelo inaugurado pela lei, justamente por enfatizar a força vinculante dos precedentes, conferiu contornos objetivos a uma demanda que originalmente tinha caráter subjetivo. Nesse processo de ‘objetivação’ do recurso extraordinário, a figura do *amicus curiae* auxilia o STF a se afastar da perspectiva adversarial típica da instância recursal, permitindo a introdução de novas perspectivas a respeito da mesma questão no processo.

Posteriormente, lógica semelhante permeou a introdução da repercussão geral na dinâmica recursal do STF. Nos termos do §3º do art. 102 da Constituição Federal, introduzido pela Emenda Constitucional nº 45/2004, o recorrente deve demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso a fim de que o tribunal passe ao exame de admissibilidade do recurso extraordinário.

O instituto da repercussão geral foi disciplinado pelo art. 543-A do Código de Processo Civil, incluído pela Lei nº 11.418/2006. De acordo com o § 6º do

art. 543-A do CPC, o relator do recurso poderá admitir a manifestação de terceiros na análise da existência de repercussão geral. Veja-se:

Art. 543-A. O Supremo Tribunal Federal, em decisão irrecurável, não conhecerá do recurso extraordinário, quando a questão constitucional nele versada não oferecer repercussão geral, nos termos deste artigo.

§ 1º Para efeito da repercussão geral, será considerada a existência, ou não, de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que ultrapassem os interesses subjetivos da causa.

§ 2º O recorrente deverá demonstrar, em preliminar do recurso, para apreciação exclusiva do Supremo Tribunal Federal, a existência da repercussão geral.

§ 3º Haverá repercussão geral sempre que o recurso impugnar decisão contrária a súmula ou jurisprudência dominante do Tribunal.

§ 4º Se a Turma decidir pela existência da repercussão geral por, no mínimo, 4 (quatro) votos, ficará dispensada a remessa do recurso ao Plenário.

§ 5º Negada a existência da repercussão geral, a decisão valerá para todos os recursos sobre matéria idêntica, que serão indeferidos liminarmente, salvo revisão da tese, tudo nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

§ 6º O Relator poderá admitir, na análise da repercussão geral, a manifestação de terceiros, subscrita por procurador habilitado, nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.²⁸⁵

§ 7º A Súmula da decisão sobre a repercussão geral constará de ata, que será publicada no Diário Oficial e valerá como acórdão.

Tem-se, assim, a participação do *amicus curiae* na análise da repercussão geral dos recursos extraordinários. Vale frisar que, nos termos do § 5º do art. 543-A do CPC, uma vez negada a existência de repercussão geral, todos os recursos a respeito de matéria idêntica serão indeferidos liminarmente. Conforme observa Damares Medina, “[e]ssa medida confere um contorno objetivo ao exame da questão constitucional

²⁸⁵ No Regimento Interno do STF, a matéria foi disciplinada pelo art. 323:

“Art. 323. Quando não for caso de inadmissibilidade do recurso por outra razão, o(a) Relator(a) submeterá, por meio eletrônico, aos demais Ministros, cópia de sua manifestação sobre a existência, ou não, de repercussão geral. (...)”

§2º Mediante decisão irrecurável, poderá o(a) Relator(a) admitir de ofício ou a requerimento, em prazo que fixar, a manifestação de terceiros, subscrita por procurador habilitado, sobre a questão da repercussão geral.”

controvertida, especificamente na perspectiva de sua transcendência, aqui entendida como a sua capacidade de extrapolar os contornos subjetivos da lide".²⁸⁶

Por mais que o Código de Processo Civil preveja a presença do *amicus curiae* apenas na análise da existência de repercussão geral, a sua participação posteriormente foi estendida também ao julgamento do mérito da questão.

Em 23 de agosto de 2008, por meio de decisão proferida no RE nº 565.714, a Ministra Cármen Lúcia expressamente admitiu a Confederação Nacional da Indústria ("CNI") não para atuar no exame da repercussão geral, mas no mérito do recurso extraordinário. O fundamento utilizado pela ministra foi justamente o de que a sistemática da repercussão geral teria objetivado o julgamento dos recursos extraordinários pelo STF. Assim, ainda que ausente disposição legal expressa, a presença do *amicus curiae* seria mais que legítima. Destaque-se trecho da decisão:

A norma parece ter limitado a presença do *amicus curiae* apenas à fase de reconhecimento de existência ou inexistência da repercussão geral. Esse seria o raciocínio simplório a que chegaria o intérprete se este considerasse apenas os dois dispositivos legais transcritos como base para a manifestação de terceiros. Os arts. 543-A, § 6º, do Código de Processo Civil e o art. 323, § 2º, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal têm por objetivo deixar claro que a presença do *amicus curiae* será admitida mesmo em se tratando de fase em que não se examinará o mérito submetido ao controle de constitucionalidade (momento em que a manifestação de terceiros é mais comum), mas apenas se avaliará a existência dos requisitos de relevância e transcendência que configuram a existência da repercussão geral. A presença do *amicus curiae* no momento em que se julgará a questão constitucional cuja repercussão geral fora reconhecida não só é possível como é desejável. 3. A exigência de repercussão geral da questão constitucional tornou definitiva a objetivação do julgamento do recurso extraordinário e dos efeitos dele decorrentes, de modo a que a tese jurídica a ser firmada pelo Supremo Tribunal Federal seja aplicada a todos os casos cuja identidade de matérias já tenha sido reconhecida pelo Supremo Tribunal (art. 328 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal) ou pelos juízos e tribunais de origem (art. 543-B do Código de Processo Civil), ainda que a conclusão de julgamento seja diversa em cada caso. Essa nova característica torna mais do que legítima a presença de *amicus curiae*, ainda que não se tenha disposição legal expressa (...) (RE 565714, Relatora Min. Cármen Lúcia, julgado em 23/04/2008, publicado em 16/06/2008).

Por fim, e ainda na linha de objetivação do controle incidental de constitucionalidade, também merece destaque a disciplina das súmulas vinculantes, inauguradas no art. 103-A da Constituição, que assim como a repercussão geral,

²⁸⁶ MEDINA, Damares. Op. Cit. p. 103

também foi introduzido pela Emenda Constitucional nº 45/2004. A Lei nº 11.417/2006 regulamentou a edição das súmulas vinculantes pelo STF e, igualmente, previu a possibilidade de manifestação do *amicus curiae* no procedimento de edição, revisão ou cancelamento dos enunciados, nos termos do §2º de seu art. 3º:

Art. 3º (...)

§ 2º No procedimento de edição, revisão ou cancelamento de enunciado da súmula vinculante, o relator poderá admitir, por decisão irrecorrível, a manifestação de terceiros na questão, nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

Nos termos do §1º do art. 103-A da Constituição, a súmula vinculante soluciona de forma definitiva questões acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a Administração Pública, que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica. Destarte, trata-se de mais uma atividade do STF que projeta efeitos *erga omnes*, o que atrai a utilidade da figura do *amicus curiae*.

Diante dessa breve exposição a respeito das normas que lastreiam a participação do *amicus curiae* no controle de constitucionalidade brasileiro é possível esboçar algumas considerações.

A despeito de nenhum dos dispositivos de lei aludir expressamente ao instituto do *amicus curiae*, a sua introdução no processo constitucional brasileiro é amplamente reconhecida, tanto pela doutrina quanto pela jurisprudência. Além disso, por mais que exista uma série de dispositivos legais que tratam desse tipo de intervenção, existe um traço comum que é subjacente a todas essas normas: a orientação de abertura do processo constitucional à participação de grupos de interesse.

Seja no controle concentrado, seja no controle difuso de constitucionalidade, quando se trata de fixar o sentido e o alcance de cláusulas constitucionais, a ideia da participação do *amicus curiae* é a de pluralizar o debate. O objetivo é aproximar o STF da qualidade de uma instância de reflexão do processo político, em que se permita ampla participação da sociedade aberta de intérpretes da Constituição.

Se nas primeiras normas que introduziram a figura do *amicus curiae* no Direito Brasileiro a ideia era levar aos processos intersubjetivos a visão de pessoas

jurídicas de Direito Público com conhecimento a respeito da matéria debatida, no caso do controle de constitucionalidade, a lógica é diversa. Dentro de um contexto de judicialização da política, em que o STF cada vez mais ultrapassa a função de um legislador negativo para assumir certo protagonismo na definição a respeito de questões constitucionais relevantes,²⁸⁷ a lógica que subjaz a participação do *amicus curiae* é a de permitir que grupos de interesse possam participar das deliberações.

De fato, são inúmeras as manifestações dos ministros acerca da relevância democrática desse instituto. E, nessa linha, o *amicus curiae* apresenta contornos próprios no âmbito da jurisdição constitucional brasileira. Se, em essência, a sua função é levar ao STF perspectivas de grupos potencialmente afetados pelo julgamento, a sua participação será (na grande maioria das vezes) uma participação interessada em defender um dos lados da questão constitucional.

Em vista desse traço comum, a jurisprudência do STF se firmou no sentido de demandar de todo e qualquer postulante o preenchimento dos requisitos de relevância da matéria e representatividade do órgão ou entidade que, apesar de somente terem sido previstos expressamente na disciplina da ação direta de inconstitucionalidade, se estendem a todos os requerimentos apreciados pelo tribunal.

3.1.2 Requisitos de admissibilidade dos amici curiae: a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes

O primeiro requisito de admissibilidade do *amicus curiae* previsto pelo art. 7º, §2º, da Lei nº 9.868/99 é a relevância da matéria, mas não há uma definição clara na jurisprudência do STF a seu respeito. A maioria das decisões a respeito da admissão dos *amici curiae* identificadas na pesquisa realizada se limita a aludir ao dispositivo legal e indicar que se trata de matéria relevante, sem justificar a razão para tanto. Realmente, se há uma ação direta de inconstitucionalidade em curso, tratando de uma alegada violação direta à Constituição, ao menos presumivelmente se trata de matéria

²⁸⁷ A respeito do tema, v. CITTADINO, Gisele. *Judicialização da Política, Constitucionalismo Democrático e Separação de Poderes*. Op. cit.

relevante. Assim, normalmente o indeferimento do pedido de ingresso diz respeito apenas à ausência de representatividade do postulante, e não à falta de relevância da matéria analisada.²⁸⁸

Nos Estados Unidos, o *Rule 37* da US Supreme Court, que trata do ‘*brief of an amicus curiae*’ também alude à relevância da matéria.²⁸⁹ A norma dispõe que poderá ocorrer a manifestação quando o postulante trazer “matéria relevante” (*‘relevant matter’*), ainda não alegada pelas partes (*‘not already brought to its attention by the parties’*), que possa oferecer considerável ajuda à Corte (*‘may be of considerable help to the Court’*). Ainda de acordo com a norma, o pedido de ingresso que não preencha tais condições é considerado um fardo para o tribunal e não deve ser considerado. Portanto, naquele contexto, diferentemente do caso brasileiro, existem parâmetros interpretativos que orientam a avaliação a respeito da relevância da matéria, que está ligada à originalidade e ao potencial de esclarecimento que o argumento do *amicus curiae* pode levar à US Supreme Court.

Ainda que não seja este o caso brasileiro, a doutrina realiza um esforço argumentativo para esclarecer a finalidade deste requisito no contexto do STF. Cassio

²⁸⁸ Nada obstante, cabe registrar a existência de algumas decisões monocráticas de relatoria do Ministro Marco Aurélio em que, a despeito de se reconhecer a representatividade do postulante, o ingresso do *amicus curiae* foi indeferido. No entanto, são decisões pontuais que não refletem o entendimento geral do STF e, por terem sido proferidas há algum tempo, sequer refletem o posicionamento mais atual do ministro. Em todo caso, a título exemplificativo, cabe o registro de que na ADI nº 3767 – em que se requereu a declaração de inconstitucionalidade de lei do Estado do Paraná que estendia a aposentados e pensionistas as quotas de produtividade percebidas por auditores fiscais –, o ministro indeferiu a participação do Sindicato dos Auditores Fiscais da Receita do Estado do Paraná (SINDAFEP) ao argumento de que “a simples circunstância de o Sindicato defender os direitos e interesses dos integrantes da categoria, representando-os judicial ou extrajudicialmente - e está em jogo lei local a versar sobre certa parcela remuneratória -, não conduz à admissão no processo objetivo. Indispensável seria haver tema de alta indagação, a exigir o pronunciamento da entidade” (ADI 3767, Relator Min. Marco Aurélio, julgado em 06/10/2006, publicado em DJ 19/10/2006). Já na ADI nº 3.604, o ministro indeferiu o ingresso do Sindicato dos Trabalhadores dos Setores Públicos, Agropecuário, Florestal, Pesqueiro e do Meio Ambiente do Estado do Amazonas – SINTRASP, que em seu requerimento de ingresso como *amicus curiae* chamou a atenção para o fato de que o ato normativo impugnado havia sido revogado. Diante da revogação, o ministro entendeu que a matéria não era complexa o suficiente a demandar a intervenção do sindicato. Nos termos da decisão monocrática, “[e]mbora presente a representatividade do Sindicato que requer a intervenção, não se tem complexidade a direcionar à audição. Aliás, apontou-se, até mesmo, que o pedido formulado está prejudicado, ante o advento de nova lei, revogando o diploma atacado na inicial desta ação. 3. Indefiro o pleito. 4. Devolvam-se a petição e as peças apresentadas ao Sindicato requerente.” (ADI 3604, Relator Min. Marco Aurélio, Decisão Proferida pelo Min. Marco Aurélio, julgado em 22/11/2005, publicado em DJ 30/11/2005).

²⁸⁹ Destaque-se o item 1 do *Rule 37*: “An *amicus curiae* brief that brings to the attention of the Court relevant matter not already brought to its attention by the parties may be of considerable help to the Court. An *amicus curiae* brief that does not serve this purpose burdens the Court, and its filing is not favored. An *amicus curiae* brief may be filed only by an attorney admitted to practice before this Court as provided in Rule 5.”

Scarpinella Bueno assinala que toda a matéria que é veiculada em ação direta de inconstitucionalidade é *ipso facto* relevante e, por isso, na interpretação do §2º do art. 7º da Lei nº 9.868/1999 a “relevância da matéria” deve ser compreendida como a necessidade, ou no mínimo a conveniência, de se trazerem novos elementos para a formação do convencimento a respeito da matéria, de acordo com o juízo do relator.²⁹⁰

Edgard Silveira Bueno Filho, por sua vez, aponta que a intenção do legislador foi exigir a demonstração da relação de relevância entre a matéria discutida e a atividade perseguida pela instituição, ou seja, a admissibilidade dependeria da relevância da participação da entidade postulante para a apreciação da matéria *sub judice*.²⁹¹

Em todo caso, repita-se, a discussão quanto à relevância da matéria não possui repercussões práticas significativas.

O segundo requisito previsto pelo art. 7º, §2º, da Lei nº 9.868/99, de representatividade dos postulantes, repercute de forma mais significativa na jurisprudência. Com relação ao ponto, o STF alude à fórmula da representatividade adequada (“*adequacy of representation*”), que normalmente é aferida a partir da análise dos atos constitutivos da entidade.²⁹² Verificam-se os objetivos institucionais da requerente, a fim de avaliar se há pertinência entre a matéria discutida e a atividade da entidade, bem como se ela tem condições para contribuir para o debate. Além disso, a jurisprudência do tribunal também aponta para a necessidade de o requerente veicular a defesa de um interesse coletivo, e não individual, na matéria.²⁹³

²⁹⁰ BUENO, Cassio Scarpinella. Op. Cit. p. 140.

²⁹¹ FILHO, Edgard Silveira Bueno. *Amicus curiae – a democratização do debate nos processos de controle da constitucionalidade*. R. CEJ, Brasília, n. 19, out./dez. 2002, p. 88.

²⁹² Na ADI nº 4.234, a Ministra Cármen Lúcia entendeu que não era possível analisar o pedido de ingresso da Associação Brasileira de Sementes e Mudas – ABRASEM, pois a associação não juntou aos autos cópia de seu estatuto. No entender da ministra, “Quanto ao seu pedido de ingresso no feito como *amicus curiae*, a Peticionária não apresentou a cópia de seu estatuto e, por isso, não demonstrou a pertinência temática entre suas finalidades e a questão debatida na presente Ação Direta de Inconstitucionalidade, tampouco comprovou, pela mesma razão, a representatividade do subscritor da procuração juntada.” (ADI 4234, Relatora Min. Cármen Lúcia, julgado em 30/04/2009, publicado em 08/05/2009).

²⁹³ Seguindo esse entendimento, há precedentes de indeferimento do pedido de ingresso de pessoas físicas e jurídicas como *amicus curiae* em recursos extraordinários com repercussão geral. É ilustrativo, nesse sentido, o entendimento do Ministro Celso de Mello no RE nº 659.424: “Devo observar, no entanto, que o Supremo Tribunal Federal, quer em sede de controle normativo abstrato (ADI 3.615-ED/PB, Rel. Min. CARMEN LÚCIA – ADI 5.022-MC/RO, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.), quer no âmbito de fiscalização incidental de constitucionalidade instaurada em sede de recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida (RE 566.349/MG, Rel. Min. CARMEN LÚCIA – RE 590.415/SC, Rel.

Na síntese do Ministro Celso de Mello quando do julgamento da ADI nº 2.223-MC, a abertura dos processos de controle de constitucionalidade se dá no sentido de que “*nele se realize a possibilidade de participação de entidades e de instituições que efetivamente representem os interesses gerais da coletividade ou que expressem os valores essenciais e relevantes de grupos, classes ou estratos sociais*”.²⁹⁴

Ainda no que se refere à representatividade, entende-se que os legitimados à propositura das ações diretas de inconstitucionalidade nos termos do art. 103 da Constituição são pré-qualificados como *amici curiae*. Esse entendimento, aliás, já estava expresso na mensagem de veto ao §1º do art. 7º da Lei nº 9.868/1999. O parágrafo estabelecia que os demais legitimados poderiam apresentar manifestações nas ações diretas e um dos argumentos da mensagem de veto foi o de que “*a abertura pretendida pelo preceito ora vetado já é atendida pela disposição contida no § 2º do mesmo artigo*”. Realmente, se a própria Constituição já estabeleceu a legitimidade

Min. JOAQUIM BARBOSA – RE 591.797/SP, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, v.g.), não tem admitido pessoa física ou natural na condição de “*amicus curiae*”, tanto quanto tem igualmente recusado o ingresso, nessa mesma condição, de pessoa jurídica de direito privado que não satisfaça o requisito da representatividade adequada. Impende destacar, contudo, no tocante ao pleito em causa, um aspecto que se revela essencial à compreensão do tema, considerada a fórmula da “*adequacy of representation*”. Refiro-me à questão concernente ao que a doutrina, notadamente nos processos tendentes a sentenças coletivas, denomina “*representatividade adequada*”, que constitui – consoante observa ADA PELLEGRINI GRINOVER (“*Novas Tendências do Direito Processual*”, p. 152, 1990, Forense Universitária), com fundamento no magistério de MAURO CAPPELLETTI (“*Appunti sulla tutela giurisdizionale di interessi collettivi o diffusi*”, in “*Le azioni a tutela di interessi collettivi*”, p. 200 e segs., 1976, Padova, Cedam) e de VICENZO VIGORITI (“*Interessi collettivi e processo*”, p. 245, 1979, Milano) – “*importantíssimo dado para a escolha dos legitimados às ações coletivas*” (grifei). É por tal razão (falta de representatividade adequada) que a jurisprudência desta Corte Suprema tem negado, a pessoas físicas ou naturais, a possibilidade de intervirem, na condição de “*amicus curiae*”, em recursos extraordinários nos quais, como sucede na espécie, tenha sido reconhecida a existência de controvérsia constitucional impregnada de repercussão geral”. (RE 659424, Relator Min. Celso de Mello, j. 09/12/2013, p. 13/12/2013).

Mais recentemente, o Ministro voltou a se manifestar em sentido semelhante: “[c]umpre acentuar, neste ponto, ante a sua inteira pertinência, que o sistema de controle normativo abstrato de constitucionalidade não permite que, em seu âmbito, se discutam situações individuais, nem se examinem interesses concretos. Cabe ter presente, por oportuno, que o processo de fiscalização concentrada de constitucionalidade – por revestir-se de caráter objetivo – destina-se a viabilizar “o julgamento, não de uma relação jurídica concreta, mas de validade de lei em tese (...)” (RTJ 95/999, Rel. Min. MOREIRA ALVES – grifei). A importância de qualificar-se, o controle normativo abstrato de constitucionalidade, como processo objetivo – vocacionado, como precedentemente enfatizado, à proteção “*in abstracto*” da ordem constitucional – impede, por isso mesmo, a apreciação de qualquer pleito que vise a resguardar interesses de expressão concreta e de caráter individual. Isso significa, portanto, que, em face da natureza objetiva de que se reveste o processo de fiscalização concentrada de constitucionalidade, nele não se discutem situações individuais (RTJ 170/801-802, Rel. Min. CELSO DE MELLO), eis que inadmissível proceder à “*defesa de direito subjetivo*” (Min. CÉLIO BORJA, “*in*” ADI 647/DF – RTJ 140/36-42) em sede de controle normativo abstrato.” (ADI 5022 MC, RelatorMin. Celso de Mello, j. 16/10/2013, p. 23/10/2013).

²⁹⁴ADI 2223 MC, RelatorMin. Maurício Corrêa, Tribunal Pleno, j. 10/10/2002, DJ 05/12/2003.

desses entes até mesmo para a propositura dessas ações, não faria sentido negar-lhes a prerrogativa de contribuírem para as decisões como *amici curiae*.

Na doutrina, Gustavo Binjenbojm aponta que, na análise a respeito da representatividade do postulante, o STF deverá avaliar se o órgão ou entidade congrega dentre seus afiliados uma porção significativa – tanto quantitativa quanto qualitativamente – dos membros do grupo social afetado.²⁹⁵ Em complemento, Cassio Scarpinella Bueno observa que não se pode analisar a questão atinente à representatividade do postulante em abstrato, é preciso, em todo caso, cotejar o objeto da ação em questão com a ‘razão institucional de ser e agir’ do *amicus curiae*.²⁹⁶

3.1.3 As faculdades processuais do *amicus curiae*

Sustentação oral. No que diz respeito aos limites da sua atuação, um dos temas que evoluiu na jurisprudência do STF foi a possibilidade de realização de sustentação oral. O §2º do art. 6º da Lei nº 9.882/1999, que trata da arguição de descumprimento de preceito fundamental, estabelece que ‘*poderão ser autorizadas, a critério do relator, sustentação oral e juntada de memoriais*’. No entanto, durante algum tempo vigorou o entendimento de que não era possível a realização de sustentação oral em ações diretas de inconstitucionalidade, porque o art. 7º da Lei nº 9.868/1999 possui previsão nesse sentido.²⁹⁷

A questão teve o primeiro debate no julgamento da ADI nº 2.223, que tratava a respeito do Instituto de Seguros do Brasil e na qual a Federação Nacional das empresas de Seguros Privados e de capitalização requereu, após ter sido admitida como *amicus curiae*, prazo para sustentação oral. Na ocasião, o posicionamento final do tribunal foi pela inviabilidade de se deferir a sustentação oral, tendo em vista que o precedente abriria a possibilidade de centenas de pedidos de sustentação oral, pelo risco

²⁹⁵ BINENBOJM, Gustavo. A nova jurisdição constitucional brasileira. Op. Cit. p. 165.

²⁹⁶ BUENO, Cassio Scarpinella. Op. Cit. p. 156.

²⁹⁷ A questão foi debatida na doutrina. Manifestaram-se a favor da possibilidade de sustentação oral Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery, (NERY JUNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante*. 6 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 1410); Gustavo Binjenbojm, (BINENBOJM, Gustavo. *A Nova Jurisdição Constitucional Brasileira*. Op. Cit., p. 166-167 e Gustavo Santana Nogueira, (NOGUEIRA, Gustavo Santana. *Do Amicus Curiae*, Revista de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, n 63, abr./jun. 2005. p. 26). Em sentido contrário, Fredie Didier Jr (DIDIER JUNIOR, Fredie. “

de tumulto processual e pela maior atrofia do tribunal, que já se encontrava sobrecarregado.

O julgamento, entretanto, não foi unânime. Os Ministros Nelson Jobim e Marco Aurélio teceram considerações interessantes a respeito da questão, destacando a utilidade da sustentação oral para o esclarecimento da questão constitucional, especialmente para os ministros que não são o relator e, portanto, não tiveram a oportunidade de analisar a questão em profundidade, dado o crescente grau de complexidade de determinadas questões submetidas ao STF. Veja-se a seguinte passagem:

(...) cada vez mais essas legislações são de uma especificidade, de uma tecnicidade extraordinariamente complexa, batendo, inclusive, na baixa formação de todos nós no que diz respeito a setores específicos da economia. Vem uma legislação sobre telecomunicações, por exemplo, fala-se de determinados tipos de situações das quais não sabemos rigorosamente nada; (...) em termos de visão da extensão da legislação, que não conhecemos. (...) Pergunto: se temos a possibilidade de ouvir um determinado representante de uma entidade com conhecimento específico da matéria, que nos anuncie e denuncie alguma coisa que não identificamos, exatamente o nosso conhecimento sobre matéria...”.

O Ministro Marco Aurélio emendou: “Principalmente para nós que não somos o relator”.

Ministro Nelson Jobim, então, conclui: “Quero lembrar o seguinte: somos os únicos da República, conforme dito várias vezes aqui, que podemos errar por último. Tenho muito medo de errar por último.”²⁹⁸

O entendimento do tribunal só veio a ser alterado no julgamento da ADI nº 2.675, de relatoria do Min. Carlos Velloso e da ADI nº 2.777-SP, de relatoria do Cezar Peluso, ambas julgadas em 27.11.2003, em que se reconheceu, excepcionalmente, a possibilidade de realização de sustentação oral dos *amici curiae*. Depois desse precedente, a Emenda Regimental nº 15/2004 conferiu nova redação ao art. 131 do RISTF para prever expressamente essa possibilidade e estabelecer que, nos casos em que haja pluralidade de representantes, o prazo de sustentação será contado em dobro e

²⁹⁸ Passagem extraída de ALMEIDA, Eloísa Machado de. Op. Cit. p. 52. Na ocasião, além dos Ministros Nelson Jobim e Marco Aurélio, também ficou vencido o Ministro Celso de Mello.

dividido igualmente entre os membros do grupo, na forma da regra do art. 132 do RISTF.²⁹⁹

A previsão relativa à sustentação oral, ao menos em princípio, constitui uma ferramenta importante para o *amicus curiae* levar informações ao tribunal. Na linha do que pontuaram os Ministros Nelson Jobim e Marco Aurélio no julgamento da ADI nº 2.333, a sustentação oral é uma oportunidade de se prestarem esclarecimentos a respeito da matéria, especialmente para os ministros que não são o relator e, por isso, têm menos familiaridade com a questão posta em debate.

No entanto, há que se fazer uma ressalva quanto ao ponto. A sustentação oral tem o potencial de influenciar os ministros quando estes deliberam e firmam seu posicionamento no momento do julgamento. Seguindo o raciocínio da passagem transcrita acima, quando se julga uma questão que envolve conhecimentos específicos de economia ou telecomunicações, por exemplo, a sustentação oral auxilia os ministros a formarem o seu convencimento, pois os ajudam a compreender a questão. Mas isso pressupõe que os ministros, no momento do julgamento, ainda não tenham firmado de vez o seu entendimento.

Ocorre que não é em todo caso que isso acontece. Nos processos de maior repercussão social, é comum que os ministros preparem longos votos previamente. Nesses casos, que costumam contar com um número significativo de *amici curiae*, eles dificilmente alteram os seus posicionamentos durante o julgamento. Portanto, na prática, o potencial da sustentação oral de convencer os ministros é mitigado pelo próprio modelo de deliberação do STF. Como os votos costumam ser elaborados antes da sustentação oral, na prática, é difícil que o *amicus curiae* influencie os julgadores por essa via.

Legitimidade Recursal. Outro tema que acende debates acerca da disciplina do *amicus curiae* diz respeito à sua legitimidade recursal, tanto para recorrer

²⁹⁹ “Art. 131 – Nos julgamentos, o Presidente do Plenário ou da Turma, feito o relatório, dará a palavra, sucessivamente, ao autor, recorrente, peticionário ou impetrante, e ao réu, recorrido ou impetrado, para sustentação oral. (...)”

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

da decisão que inadmite o seu ingresso, quanto para recorrer das demais decisões proferidas na ação.

A primeira questão concerne o art. 7º, §2º, da Lei nº 9.868/1999, que estabelece que o relator poderá “*por despacho irrecurável, admitir*” a manifestação do terceiro. Discute-se, então, se irrecurável seria apenas a decisão que *admite* a intervenção do terceiro ou se aquela que *inadmite* também o seria.

Gustavo Binenbojm,³⁰⁰ que defende posição semelhante a Luís Sérgio S. Mamari Filho e Cássio Scarpinella Bueno,³⁰¹ aponta três argumentos pelos quais deve-se admitir a recorribilidade da decisão que *indefer* a participação no feito. O primeiro argumento é formulado a partir da regra hermenêutica pela qual as exceções devem ser interpretadas restritivamente. Como exceção à regra geral da recorribilidade das decisões, a irrecurabilidade há de ser interpretada restritivamente. O segundo argumento deriva da sistemática processual, no sentido de que, como a decisão de indeferimento causa um agravo à parte postulante, esse agravo deve levar ao reconhecimento do direito do postulante de obter um pronunciamento do colegiado a respeito da sua postulação. O terceiro argumento, por sua vez, tem por base a filtragem constitucional do art. 7º, §2º, da Lei nº 9.868/1999, que interpretado à luz das garantias constitucionais do contraditório, ampla defesa e devido processo legal, deveria ser lido de forma a beneficiar o postulante.

Em sentido contrário, Damares Medina entende que, no caso do ingresso do *amicus curiae*, a relação processual não seria de natureza contenciosa, mas meramente instrutória ou informacional. Por este motivo o terceiro postulante não teria legitimidade recursal, já que não possui um direito subjetivo de ingressar nos processos objetivos.³⁰²

Na jurisprudência do STF, a questão atinente à possibilidade de interposição de recursos em face da decisão que não admite o ingresso do terceiro postulante permanece controvertida. Há precedentes em ambos os sentidos, muitos

³⁰⁰ BINENBOJM, Gustavo. A dimensão do *amicus curiae*.... op. Cit. p. 16 – 18.

³⁰¹ MAMARI FILHO, Luís Sérgio Soares. *A comunidade aberta de intérpretes da Constituição: o amicus curiae como estratégia de democratização da busca do significado das normas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 99-100. SCARPINELLA BUENO, Cassio. Op. Cit., p. 171.

³⁰² MEDINA, Damares. Op. Cit. p. 78.

deles decisões monocráticas que variam de acordo com a posição pessoal do relator do processo.³⁰³

A nosso ver, a melhor solução seria admitir a legitimidade do postulante para recorrer da decisão que indefere o seu ingresso, especialmente por um imperativo democrático. Entender que a decisão que inadmite o ingresso do *amicus curiae* é irrecorrível é um posicionamento de todo incongruente com a própria razão de ser do instituto. Se a orientação é democratizar o debate constitucional, o tribunal deve atribuir especial importância ao processo de admissão dessas entidades nos processos.

Salientando-se uma vez mais a observação de Amy Guttman e Dennis Thompson, “o que faz da democracia deliberativa democrática é uma definição expansiva de quem está incluído no processo de deliberação”,³⁰⁴ por isso, se a intenção é fazer da jurisdição constitucional um processo democrático-deliberativo, é preciso especial cuidado com o procedimento de admissão dos *amici curiae*.

Além disso, enxergar a recorribilidade da decisão de inadmissão terceiro postulante por esse prisma privilegia a noção de que os processos de controle de constitucionalidade envolvem a *revisão do processo político*, como sustenta Robert Alexy, em por isso, devem contar com ampla participação de grupos sociais. Deve-se ter em mente que, quando se indefere o ingresso de uma entidade como *amicus curiae*, o tribunal pode estar abrindo mão de um ponto de vista, assim como de elementos fáticos, que são úteis à solução da controvérsia constitucional.

Por conseguinte, as decisões monocráticas de inadmissão devem ser submetidas ao escrutínio do colegiado, de forma que apenas se a maioria dos membros

³⁰³ A título exemplificativo, nos seguintes precedentes em que os relatores se manifestaram pela recorribilidade deste tipo de decisão: ADI 5022 MC, Relator Min. Celso de Mello, julgado em 16/10/2013, publicado em 23/10/2013; ADI 3615 ED, Relatora Min. Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, julgado em 17/03/2008, publicado em 24/04/2008. Pela irrecorribilidade da decisão: ADI 3.346-AgR-ED, Relator o Ministro Marco Aurélio, decisão monocrática, DJe 12/5/2009; ADI 4.403, Relator o Ministro Ricardo Lewandowski, decisão monocrática, DJe 31/5/2010, e ADPF 205, Relator o Ministro Dias Toffoli, decisão monocrática, DJe 24/2/2011; ADPF 216 ED, Relatora Min. Cármen Lúcia, julgado em 25/02/2013, publicado em 28/02/2013.

Há um agravo interposto na ADI 3396 em que poderia haver um pronunciamento final do Plenário a respeito dessa questão. No julgamento, ocorrido em 10.05.2012, após os votos dos Ministros Celso de Mello (Relator), Ricardo Lewandowski, Cezar Peluso e Gilmar Mendes, conhecendo do recurso de agravo, e os votos dos Senhores Ministros Marco Aurélio, Rosa Weber, Luiz Fux, Dias Toffoli e Ayres Britto, que não conheciam do recurso, o julgamento foi suspenso para aguardar os votos da Senhora Ministra Cármen Lúcia e do Senhor Ministro Joaquim Barbosa, ausentes. No entanto, até o momento de conclusão deste trabalho o julgamento não havia sido retomado.

³⁰⁴GUTTMAN, Amy. THOMPSON, Dennis. Op. Cit. p. 26.

do órgão julgador entenderem pela ausência dos pressupostos para a participação do *amicus curiae*, a sua participação será afastada. A decisão de inadmissão deve passar por um processo rígido de escrutínio.

Propugna-se, nesse sentido, uma filtragem constitucional do art. 7º, §2º, da Lei nº 9.868/99, mas em uma interpretação diferente daquela proposta por Gustavo Binenbojm, que propõe a leitura do dispositivo à luz das garantias constitucionais do contraditório, ampla defesa e devido processo legal. O dispositivo há de ser interpretado, também, à luz do art. 1º da Constituição Federal, que consagra a cláusula do Estado Democrático de Direito e eleva o pluralismo político à condição de fundamento da república. Assim, enxergando-se a questão sob esse prisma, onde se lê “o relator poderá, por despacho irrecorrível, admitir a manifestação de outros órgãos ou entidades”, deve-se entender que irrecorrível é apenas a decisão que *admite* a manifestação dos postulantes, justamente porque ela pluraliza o debate. Já a decisão que *inadmite* a intervenção, como ela restringe a esfera de pontos de vista sobre a questão, ela não há de se esgotar na análise do relator, devendo ser submetida ao órgão colegiado competente.

Em outras palavras, trata-se de substituir a ideia de que a intervenção de terceiros seria excepcional pelo seu contrário: a *regra* passaria a ser a admissão do *amicus curiae*, desde que preenchidos todos os requisitos para o seu ingresso.

Um possível argumento contrário a essa orientação seria de ordem pragmática. Admitir a legitimidade recursal do *amicus* poderia ensejar o aumento do número de recursos a serem apreciados pelo STF, dentro de um cenário em que o tribunal já se encontra assoberbado. No entanto, esse argumento não é capaz de superar as considerações tecidas anteriormente por duas razões. Em primeiro lugar, atualmente a jurisprudência do STF possui inclinação favorável à admissão do *amicus curiae*. Ou seja, o volume de decisões de indeferimento não é assim tão expressivo, de forma que o risco apontado não é grave. Em segundo lugar, ainda que se estivesse diante de um aumento realmente considerável do número de recursos, a legitimidade do *amicus* deveria subsistir. Porque se o próprio STF aposta nesse tipo de intervenção como um elemento importante da democratização do debate, por este motivo, deve reconhecer que o indeferimento da participação de uma entidade postulante há de passar por um escrutínio rigoroso, não bastando a opinião do relator.

A segunda questão relativa à legitimidade recursal do *amicus* diz respeito à possibilidade de interposição de recursos contra decisões proferidas nos processos em que o *amicus curiae* é admitido. Também nessa hipótese, Gustavo Binjenbojm admite a legitimidade recursal do *amicus curiae*, ao argumento de que o objetivo último dos recursos é proporcionar o aperfeiçoamento das decisões judiciais e, em sede de controle concentrado de constitucionalidade tal aperfeiçoamento se torna ainda mais desejável, havendo verdadeiro interesse público em que “*as decisões sejam submetidas ao mais rígido escrutínio*”.³⁰⁵ Alude, ainda, à disciplina do art. 499 do Código de Processo Civil,³⁰⁶ que estabelece a possibilidade de interposição de recursos “*pelo terceiro prejudicado e pelo Ministério Público*”, este último mesmo nos casos em que atua como *custos legis*.

Em sentido contrário, Damares Medina defende a impossibilidade de interposição de recursos por parte do *amicus curiae*, “*em face da ausência de direito processual de ver os argumentos por ele deduzidos expressamente apreciados pela Corte*”.³⁰⁷ A jurisprudência do STF se alinhou com essa orientação, e não reconhece legitimidade aos *amici curiae* para recorrer de decisões proferidas no processo.³⁰⁸

No entanto, a nosso ver, a legitimidade recursal do *amicus curiae* deveria ser amplamente reconhecida. O fundamento da admissão deste terceiro é estabelecer um contraditório mais amplo, plural e democrático. Logo, diante da prolação de uma decisão que seja contrária aos interesses do grupo representado pelo *amicus*, é de certa forma ilógico impedir que ele possa interpor recursos, pois se estabelece um contraditório “amplo, plural e democrático” pela metade.

A decisão final no controle de constitucionalidade deve ser submetida ao mais amplo grau de deliberação possível. Seguindo-se a lógica da teoria democrático-

³⁰⁵ BINENBOJM, Gustavo. A dimensão do *amicus curiae*.... op. Cit. p. 18. No mesmo sentido, SCARPINELLA BUENO, Cassio. Op. Cit., p. 173.

³⁰⁶ “Art. 499. O recurso pode ser interposto pela parte vencida, pelo terceiro prejudicado e pelo Ministério Público.

§ 1º Cumpre ao terceiro demonstrar o nexo de interdependência entre o seu interesse de intervir e a relação jurídica submetida à apreciação judicial.

§ 2º O Ministério Público tem legitimidade para recorrer assim no processo em que é parte, como naqueles em que oficiou como fiscal da lei.”

³⁰⁷ MEDINA, Damares. Op. Cit. p. 78.

³⁰⁸ Cf., por todos, RE 632238 AgR, Relator Min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, julgado em 23/05/2013, publicado em 09/08/2013.

deliberativa, a decisão será tanto mais legítima conforme ela passe por uma discussão mais aberta e mais plural. Quanto maior for a contraposição entre argumentos e contra-argumentos, mais democrático será o resultado da decisão. Igualmente, mais próximo se chegará de uma legítima *representação argumentativa* na via da jurisdição constitucional. Reconnectando-se com as noções da democracia deliberativa “[a] troca de argumentos e contra-argumentos racionaliza e legitima a gestão da *res pública*. Se determinada proposta política logra superar a crítica formulada pelos demais deliberantes, tal proposta pode ser considerada, pelo menos *prima facie* legítima e racional”.³⁰⁹

Em suma, a posição ora defendida é a pela admissão ampla da legitimidade recursal aos *amici curiae* – para recorrer tanto das decisões de inadmissão de seu ingresso quanto das decisões proferidas no processo em que a sua intervenção foi admitida – pois esta é a orientação consentânea com a pluralização do processo constitucional.

3.1.4 A admissão do amicus curiae no controle de constitucionalidade

A partir da análise a jurisprudência do STF, é possível destacar quatro motivos principais para o indeferimento dos pedidos de ingresso:

(i) extemporaneidade - é a principal causa de indeferimento dos pedidos de ingresso de *amici curiae*. Ao longo dos últimos anos, o entendimento do STF a respeito do marco temporal limite para esse pedido tem variado: há decisões que indeferem o pedido de ingresso por este ter sido formulado fora do prazo de informações (ou de instrução),³¹⁰ depois da sua inclusão em pauta³¹¹ e depois de iniciado

³⁰⁹NETO, Cláudio Pereira de Souza. Op. Cit. p. 10.

³¹⁰ ADI 3144, Relator Min. Joaquim Barbosa, julgado em 13/03/2006, publicado 20/03/2006.

³¹¹“PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE CONCENTRADO. ADMISSÃO DE AMICUS CURIAE. PRAZO. Segundo precedente da Corte, é extemporâneo o pedido para admissão nos autos na qualidade de amicus curiae formulado após a liberação da ação direta de inconstitucionalidade para julgamento. Agravo regimental ao qual se nega provimento.” (ADI 4067 AgR, Relator Min. Joaquim Barbosa, Tribunal Pleno, julgado em 10/03/2010, publicado em 23/04/2010). No mesmo sentido, ADI 4071 - AgR, Relator Min. Menezes Direito, julgado

o julgamento.³¹² Vale registrar que, em sentido totalmente diverso, também se identificam precedentes permitindo o ingresso do *amicus* a qualquer momento, tendo como consequência apenas o recebimento do processo no estado em que se encontra.³¹³

O posicionamento mais recente da Corte é o de que o prazo limite para a admissão do *amicus curiae* é o momento da liberação dos autos para julgamento.³¹⁴ Este foi o entendimento que prevaleceu por ocasião do julgamento da medida cautelar na ADI nº 5.104, de relatoria do Ministro Luís Roberto Barroso.

No entanto, o julgamento não foi unânime, tendo ficado vencidos os Ministros Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Celso de Mello e Dias Toffoli, que acolhiam os pedidos dos postulantes. O Ministro Marco Aurélio enfatizou que se deveria admitir a participação, ainda que o requerimento fosse posterior à inclusão do processo em pauta. O Ministro Gilmar Mendes vislumbrou a possibilidade de, em princípio, rever a jurisprudência. Ressaltou que o STF poderia indeferir o ingresso caso se tratasse de pedido abusivo. O Ministro Celso de Mello, por sua vez, sublinhou a importância da admissão do *amicus curiae* porque, de um lado, ele permite a pluralização do debate constitucional e, de outro, confere maior legitimidade às decisões do STF. Frisou que, em face do julgamento da medida cautelar, poder-se-ia interpretar essa vedação no

em 22/04/2009, publicado 16/10/2009; ARE 744436, Relatora Min. Rosa Weber, julgado em 23/05/2014, publicado em 30/05/2014.

³¹² ADI 1625, Relator Min. Maurício Corrêa, Decisão Proferida pelo Ministro Cezar Peluso, julgado em 28/10/2008, publicado em 07/11/2008; ADI 3330, Relator Min. Carlos Britto, julgado em 10/06/2008, publicado 20/06/2008.

³¹³ Destaque-se trecho de decisão monocrática do Min. Cezar Peluso, em que o ministro revê seu posicionamento anterior: “É verdade que a manifestação da interveniente veio aos autos após o decurso do prazo destinado à colheita das informações. E conhece-se a interpretação segundo a qual o termo final das informações seria o único reservado à intervenção do *amicus curiae*, a despeito do veto imposto ao § 1º do art. 7º da Lei nº 9.868, de 1999, no qual estava previsto aquele prazo (...). Eu próprio já o sustentei alhures. Mas já não me parece deva ser esse o resultado da interpretação sistemática e teleológica da modalidade interventiva de que se cuida. (...) Se o dispositivo que previa prazo para o ingresso do *amicus curiae* no processo foi objeto de veto, não descubro fundamento normativo para induzir aplicabilidade do que se projetava como norma, que, vetada sem remédio, não chegou a integrar o ordenamento jurídico positivo, de modo a condicionar a possibilidade da intervenção. No silêncio da lei, mais razoável é reputá-la admissível, ainda ao depois do termo do prazo das informações, (...). A consequência da intervenção tardia do *amicus* há de ser apenas a impossibilidade de praticar atos processuais cujo prazo já se tenha exaurido. Em outras palavras, o interveniente recebe o processo no estado em que o encontre.” (ADI 3474, Relator Min. Cezar Peluso, decisão de 13/10/2005, publicada em DJ 19/10/2005).

³¹⁴ “É que, quando do julgamento de agravo regimental na ADI 4.071 (Rel. Min. MENEZES DIREITO, DJe de 16/10/2009), esta Corte pacificou o entendimento de que a admissão da intervenção de terceiros na qualidade de *amicus curiae* tem por limite a data em que o processo for liberado para pauta pelo Relator. No caso, isso se deu em 22/04/2013, o que obsta o deferimento do presente pedido, uma vez que formulado a destempo.” (RE 656860, Relator Min. Teori Zavascki, j. 21/05/2014, p. 28/05/2014)

sentido de não ser possível a admissão do *amicus curiae* depois de incluído o feito em pauta, para efeito de julgamento definitivo.³¹⁵

Entretanto, a decisão do STF de admitir o ingresso o *amicus* apenas até a inclusão em pauta parece ser aquela mais consentânea com o ideal de democratização do processo. Conforme se pontuou no Capítulo 2, o incremento da legitimidade das decisões não decorre apenas do fato de o processo ter contado com a participação de mais intérpretes. É preciso, também, que os argumentos levados por esses intérpretes sejam considerados pelos ministros.

De acordo com a sistemática do art. 9º da Lei nº 9.868/99, o relator pede dia para julgamento após a fase de instrução do processo, quando ele termina de analisar os autos e lança o relatório com cópia para todos os ministros. Segundo o posicionamento atual do STF, o *amicus curiae* pode ingressar até esse momento. Esse entendimento vai ao encontro do objetivo de democratização do processo porque favorece a consideração das razões do *amicus*. Ele deve ingressar com tempo o suficiente para que o relator considere as suas razões ao formar a sua convicção.

Em um cenário diverso, por exemplo, quando o *amicus* ingressa pouco tempo antes do processo ir a julgamento, o cenário torna-se bem menos propício a que as suas razões sejam consideradas. Há, inclusive, casos em que o *amicus* ingressa para realizar sustentação oral no julgamento. Assim, por mais que permitir a entrada do *amicus* em uma fase mais adiantada do processo possa contribuir para a sua pluralização, há que se considerar, por outro lado, que se torna mais difícil que seus argumentos efetivamente contribuam para a deliberação da Corte. Por este motivo, o posicionamento atual do STF parece ser o mais adequado.

(ii) superposição ou sobreposição - há precedentes em que o pedido de ingresso na qualidade de *amicus curiae* é indeferido, pois o grupo ou classe do postulante já se encontrava representado nos autos do processo.³¹⁶

³¹⁵ADI 5104 MC/DF, Rel. Min. Roberto Barroso, 21.5.2014.

³¹⁶ADI 3346 AgR-ED, RelatorMin. Marco Aurélio, julgado em 28/04/2009, publicado em 12/05/2009. Destaque-se trecho da decisão: “O pleito encerra verdadeira sobreposição. A Confederação Nacional da Agricultura e Pecuária do Brasil – CNA [autora] é a representante da categoria econômica no território brasileiro, figurando no ápice da pirâmide sindical. Descabe admitir, como assistentes, os que estão na base da organização sindical. 3. Indefiro o pedido formulado.”

Em casos que tais, o indeferimento anda na contramão da orientação de pluralização do debate e democratização dos julgamentos do STF. O fato de a categoria já estar representada de forma mais ampla pelo autor da ação não significa que o postulante não possua representatividade ou, muito menos, que as suas contribuições não possam ser úteis ao julgamento. A orientação é suscetível de críticas, pois, além de se impedir o ingresso sem fundamento legal, limita o espectro de informações que são colocadas à disposição dos ministros para a formação de seu conhecimento.

(iii) ausência de informação relevante ou simples reiteração das razões da petição inicial – também se encontram precedentes em que o tribunal rejeitou o pedido de ingresso, pois como “*não há menção ao acréscimo de nenhum outro subsídio fático ou jurídico relevante para o julgamento da causa, não se justifica a admissão da postulante como amicus curiae no presente feito*”.³¹⁷

O indeferimento baseado nessas razões é passível de crítica, pois mesmo que o postulante não traga novas informações, a sua intervenção contribui para demonstrar em que medida a decisão irá afetar segmentos não representados no processo.³¹⁸ Além disso, não se deve ignorar que a forma como os argumentos são veiculados pelo patrono da entidade pode alterar de maneira significativa a percepção dos ministros a respeito da matéria. Assim, em um caso em que a ação direta de inconstitucionalidade tenha sido ajuizada sem o conhecimento de entidade potencialmente interessada e os argumentos não tenham sido apresentados da melhor maneira, o indeferimento ao ingresso do *amicus curiae* pode repercutir na sua esfera de direitos. E isso sem que se possa falar em cerceamento de defesa, já que o processo é objetivo.

³¹⁷ ADI nº 2.556, Rel. Min. Joaquim Barbosa, decisão monocrática proferida em 13 de março de 2006. V. tb. “No caso em exame, observo que a manifestação apresentada pela postulante é idêntica às ponderações oferecidas pela Federação do Comércio do Distrito Federal - Fecomercio/DF (Petição 80.889/2008). Ausentes traços distintivos que confirmem a pluralização do debate, com a apresentação de informações relevantes e inéditas, não se confirma o pressuposto necessário à admissão de *amicus curiae*. Ante o exposto, indefiro a postulação para ingresso nos autos como *amicus curiae*. Devolva-se a petição referenciada aos seus subscritores. Publique-se. Brasília, 25 de maio de 2008. Ministro JOAQUIM BARBOSA Relator”(ADI 4033, Relator Min. Joaquim Barbosa, j., p. 01/08/2008).

³¹⁸ É nesse sentido a crítica de Damares Medina, cf. MEDINA, Damares. Op. Cit. p. 87.

(iv) falta de representatividade - em muitos pedidos de habilitação de pessoas físicas como *amicus curiae* o tribunal entende não haver representatividade adequada,³¹⁹ muito embora existam precedentes excepcionais em que esse tipo de intervenção já tenha sido admitido.³²⁰ Além disso, dentro da análise de representatividade, há casos em que o STF indeferiu o pedido de ingresso por ausência de pertinência temática, entendendo que a finalidade institucional da postulante deveria ter relação direta com a matéria debatida na ação.³²¹

Afora os principais motivos de indeferimento, e ainda no tema da admissão dos *amici curiae*, vale registrar que a jurisprudência do STF passou por uma evolução no sentido da abertura progressiva à participação desse terceiro especial.

No início da experiência do STF com o *amicus curiae*, ainda havia alguma resistência em superar o entendimento jurisprudencial no sentido da impossibilidade da intervenção de terceiros nos processos objetivos.³²² Havia, inclusive, previsão regimental nesse sentido (art. 169, §2º do Regimento vigente à época).

Por isso, durante algum tempo o STF teve uma jurisprudência restritiva com relação à admissão dos *amici curiae*. Entendia-se que a regra era a impossibilidade de intervenção e a exceção a admissão desses órgãos e entidades. Assim, apenas em hipóteses excepcionais – em vista de peculiar relevância da matéria e representatividade

³¹⁹ ADI 3695, Relator Min. Teori Zavascki, julgado em 09/04/2014, publicado em 14/04/2014; RE 659424, Relator Min. Celso de Mello, julgado em 09/12/2013, publicado em 13/12/2013; AC 688/SP, rel. Min. Carlos Britto, DJ de 01/04/2005, p. 65.

³²⁰ Como, por exemplo, no MS nº 32033, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes.

³²¹ Vale apontar o entendimento da Ministra Cármen Lúcia, para quem “a pertinência temática também é requisito para a admissão de *amicus curiae* (...). Reduzir a pertinência temática ao disposto no estatuto das entidades, desconsiderando a sua natureza jurídica e a sua finalidade precípua, colocaria este Supremo Tribunal na condição submissa de ter de admitir sempre toda entidade em qualquer ação de controle abstrato de constitucionalidade de normas jurídicas como *amicus curiae*, bastando incluir-se em seu estatuto a finalidade de defender a Constituição da República. (ADI 3943, Relatora Min. Cármen Lúcia, julgado em 18/02/2010, publicado em 01/03/2010. Em sentido semelhante, ADI 4234, Relatora Min. Cármen Lúcia, julgado em 30/04/2009, publicado em 08/05/2009).

³²² De acordo com Eloísa Machado de Almeida “[o] fato de a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal ser consistente em relação a inadmissibilidade de intervenção de terceiros no processo de controle de constitucionalidade gerou certa resistência à figura formal do *amicus curiae*, na medida em que representava uma exceção a uma regra já consolidada da Corte, expressa inclusive no Regimento Interno. Após a Lei nº 9.868/99 os pedidos de manifestação como *amicus curiae* nas ações de controle concentrado de constitucionalidade enfrentaram a indefinição do instituto e a necessidade de caracterização do mesmo entre uma figura supérflua, indiferente ao processo, e uma efetiva intervenção nas ações, contra um posicionamento jurisprudencial já consolidado”. ALMEIDA, Eloísa Machado de. Sociedade Civil e Democracia: a participação da sociedade civil como *amicus curiae* no Supremo Tribunal Federal. Dissertação apresentada no Mestrado de Ciências Sociais da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC-SP. São Paulo, 2006. P. 50.

dos postulantes – admitia-se a intervenção. Por mais que esse tipo de mentalidade não mais prevaleça no STF, não se pode deixar de ignorar a existência de decisões em que o que predomina é a discricionariedade do relator.

É ilustrativo, nesse sentido, o caso da ADPF nº 54, que tratou da questão da interrupção da gravidez de fetos anencéfalos. Nela, o Ministro Marco Aurélio indeferiu simplesmente todos os pedidos de ingresso de *amicus curiae*, em decisões absolutamente sucintas, em que não afastou nem a relevância da matéria, nem a representatividade dos postulantes. Vale destacar o inteiro teor de uma delas:

Petição/STF nº 89.467/2004 DECISÃO AÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL - INTERVENÇÃO DE TERCEIRO - REQUERIMENTO - IMPROPRIEDADE. TERCEIRO - JUNTADA DE DOCUMENTOS. 1. Eis as informações prestadas pela Assessoria: ADEF - Associação de Desenvolvimento da Família requer seja deferida a respectiva intervenção, como *amicus curiae*, no processo em referência, e a juntada de documentos. 2. Seria dado versar sobre a aplicação, por analogia, da Lei nº 9.868/99, que disciplina também processo objetivo - ação direta de inconstitucionalidade e ação declaratória de constitucionalidade. Todavia, a admissão de terceiros não implica o reconhecimento de direito subjetivo a tanto. Fica a critério do relator, caso entenda oportuno. Eis a inteligência do artigo 7º, § 2º, da Lei nº 9.868/99 e do artigo 6º da Lei nº 9.882/99, sob pena de tumulto processual. Tanto é assim que o ato do relator, situado no campo da prática de ofício, não é suscetível de impugnação na via recursal. 3. Indefiro o pedido formulado e, ante essa óptica, determino a devolução à requerente da peça apresentada e dos documentos que a acompanham. (ADPF 54, Relator Min. Marco Aurélio, julgado em 23/08/2004, publicado em DJ 30/08/2004)

Além da Associação de Desenvolvimento da Família, também requereram ingresso no feito como *amicus curiae* a Confederação Nacional dos Bispos do Brasil (“CNBB”), a Católicas pelo Direito de Decidir, a Associação Nacional Pró-vida e Pró-família, Associação Médico-Espírita do Brasil, a Conectas Direitos Humanos o Centro de Direitos Humanos e a Confederação Nacional das Entidades de Família. Todos tiveram o ingresso no feito indeferido em decisões de conteúdo semelhante.

Aqueles que recorreram sequer tiveram seus recursos conhecidos, vez que o Ministro Marco Aurélio não reconheceu legitimidade recursal aos postulantes. Na sequência, o ministro convocou uma audiência pública a fim de permitir a oitiva dessas entidades, bem como de outros convidados.³²³ Assim, ao que tudo indica, o ministro

³²³ Com relação à Conectas Direitos Humanos e ao Centro de Direitos Humanos, inicialmente, o relator entendeu que as entidades sequer poderiam sustentar na audiência pública. De acordo com decisão

indeferiu todos os pedidos de ingresso como *amicus curiae* por entender que a presença de muitos intervenientes poderia causar tumulto processual e, como uma espécie de compensação, convocou a audiência pública.³²⁴

Esse tipo de entendimento, que restringia a participação do *amicus curiae* por risco de tumulto processual foi sendo alterado gradativamente. A jurisprudência do STF tem se mostrado cada vez mais flexível com relação aos critérios de admissão dos *amici curiae*.

Atualmente, as decisões que analisam a admissibilidade dos pedidos de ingresso como *amicus curiae*, modo geral, dão mais destaque à importância da sua presença no processo constitucional como forma de pluralizar e democratizar os julgamentos, do que propriamente à análise aprofundada dos requisitos.

Em dissertação de mestrado dedicada à análise da experiência do STF com os *amici curiae* nos sete primeiros anos de vigência das Leis nº 9.868/1999 e 9887/1999, Eloísa Machado de Almeida já identificara a mesma tendência observada neste estudo. Nas conclusões daquele trabalho, a autora observa que

As decisões de admissibilidade dos *amici curiae* demonstram um esforço do Supremo Tribunal Federal em ampliar o acesso às ações diretas de inconstitucionalidade e às arguições de descumprimento de preceito fundamental, flexibilizando as exigências legais processuais referentes a prazos para admissão e representatividade dos postulantes.

De outra parte, constata-se que os votos de Ministros apontam os *amici curiae* como fundamentais à pluralização do debate constitucional, bem como à legitimação das decisões do Supremo Tribunal Federal.³²⁵

proferida em 25 de agosto de 2008, as entidades não deveriam ser admitidas nem como *amicus curiae*, nem como expositores em audiência pública, porquanto “o interesse das entidades é idêntico ao de tantas outras que atuam na área dos direitos humanos, não se podendo cogitar de domínio técnico suficiente a assentar-se a possibilidade de suplementação de elementos além daqueles buscados com as audiências públicas já designadas”. O ministro, no entanto, reviu seu entendimento posteriormente e admitiu a manifestação das entidades em audiência pública.

³²⁴ No entanto, os dois institutos não se compensam nem se alternam. Bem ao contrário, eles se somam. O tipo de intervenção do *amicus curiae* é totalmente diferente da participação em audiência pública. O *amicus curiae* é admitido como um terceiro interveniente no processo, sendo-lhe facultada tanto a manifestação por escrito quanto a sustentação oral no dia do julgamento, assim como, a nosso entender, a possibilidade de interposição de recursos. Já a audiência pública é pautada pela oralidade, e os expositores têm normalmente entre quinze e vinte minutos para sustentar seus pontos. De uma forma geral, a participação do *amicus curiae* permite a exposição de argumentos de forma mais profunda, ao passo que a audiência pública abre a possibilidade de participação a um número maior de interessados.

³²⁵ ALMEIDA, Eloísa Machado de. Op. Cit. P. 91.

É ilustrativa desta tendência a decisão monocrática proferida pelo Ministro Celso de Mello na ADI nº 5.022, em que o Banco Central do Brasil foi admitido a intervir como *amicus curiae*. Na decisão é fácil observar a centralidade que o STF tem conferido à fundamentação de suas decisões em termos democráticos:

“AMICUS CURIAE”. CONTROLE NORMATIVO ABSTRATO. INTERVENÇÃO DESSE “COLABORADOR DO TRIBUNAL” JUSTIFICADA PELA NECESSIDADE DE PLURALIZAR O DEBATE CONSTITUCIONAL E DE AFASTAR, COM TAL ABERTURA PROCEDIMENTAL, SEMPRE EM RESPEITO AO POSTULADO DEMOCRÁTICO, UM INDESEJÁVEL “DEFICIT” DE LEGITIMIDADE DAS DECISÕES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO EXERCÍCIO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL. AS QUESTÕES DA REPRESENTATIVIDADE ADEQUADA E DA DEFINIÇÃO DOS PODERES PROCESSUAIS RECONHECIDOS AO “AMICUS CURIAE”. DOCTRINA. PRECEDENTES. ADMISSÃO, NA ESPÉCIE, DO BACEN. DECISÃO: As razões invocadas pelo Banco Central do Brasil – BACEN para justificar sua pretensão de ingresso neste processo ajustam-se aos objetivos subjacentes à regra legal que instituiu a figura do “amicus curiae”, conformando-se ao entendimento que expus em decisão proferida na ADI 2.130/SC, Rel. Min. CELSO DE MELLO(...). A Lei nº 9.868/99, ao regular o processo de controle abstrato de constitucionalidade, prescreve que “Não se admitirá intervenção de terceiros no processo de ação direta de inconstitucionalidade” (art. 7º, “caput” – grifei). (...). **É certo, no entanto, que a regra constante do art. 7º, § 2º, da Lei nº 9.868/99 abrandou, em caráter inovador, o sentido da vedação pertinente à intervenção assistencial, permitindo, agora, na condição de “amici curiae”, o ingresso de entidades dotadas de representatividade adequada no processo de controle abstrato de constitucionalidade. A norma legal em questão, ao excepcionalmente admitir a possibilidade de ingresso formal de terceiros no processo de controle normativo abstrato (...). Sabemos que entidades que possuem representatividade adequada podem ingressar, formalmente, em sede de controle normativo abstrato, na condição de terceiros interessados, para efeito de participação e manifestação sobre a controvérsia constitucional suscitada por quem dispõe de legitimidade ativa para o ajuizamento de referida ação constitucional. **Tal como assinei em decisões anteriores (ADI 2.130-MC/SC, Rel. Min. CELSO DE MELLO, DJU 02/02/2001), a intervenção do “amicus curiae”, para legitimar-se, deve apoiar-se em razões que tornem desejável e útil a sua atuação processual na causa, em ordem a proporcionar meios que viabilizem uma adequada resolução do litígio constitucional. Impõe-se destacar, por necessário, a ideia nuclear que anima os propósitos teleológicos que motivam a intervenção do “amicus curiae” no processo de fiscalização normativa abstrata. **Não se pode perder de perspectiva que a intervenção processual do “amicus curiae” tem por objetivo essencial pluralizar o debate constitucional, permitindo que o Supremo Tribunal Federal venha a dispor de todos os elementos informativos possíveis e necessários à resolução da controvérsia, visando-se, ainda, com tal abertura procedimental, superar a grave questão pertinente à legitimidade democrática das decisões emanadas desta Corte, quando no desempenho de seu extraordinário poder de efetuar, em abstrato, o controle concentrado de constitucionalidade, tal como destacam, em pronunciamento sobre o tema, eminentes doutrinadores (GUSTAVO BINENBOJM, “A Nova Jurisdição Constitucional Brasileira”, 2ª ed., 2004, Renovar; ANDRÉ RAMOS TAVARES, “Tribunal e Jurisdição******

Constitucional”, p. 71/94, 1998, Celso Bastos Editor; ALEXANDRE DE MORAES, “Jurisdição Constitucional e Tribunais Constitucionais”, p. 64/81, 2000, Atlas; DAMARES MEDINA, “Amicus Curiae: Amigo da Corte ou Amigo da Parte?”, 2010, Saraiva, v.g.). Valioso, a propósito dessa particular questão, o magistério expendido pelo eminente Ministro GILMAR MENDES (“Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade”, p. 503/504, 2ª ed., 1999, Celso Bastos Editor), em passagem na qual põe em destaque o entendimento de PETER HÄBERLE, para quem **o Tribunal “há de desempenhar um papel de intermediário ou de mediador entre as diferentes forças com legitimação no processo constitucional” (p. 498), em ordem a pluralizar, em abordagem que deriva da abertura material da Constituição, o próprio debate em torno da controvérsia constitucional, conferindo-se, desse modo, expressão real e efetiva ao princípio democrático, sob pena de se instaurar, no âmbito do controle normativo abstrato, um indesejável “deficit” de legitimidade das decisões que o Supremo Tribunal Federal venha a pronunciar no exercício, “in abstracto”, dos poderes inerentes à jurisdição constitucional.** Daí, segundo entendo, a necessidade de assegurar, ao “amicus curiae”, mais do que o simples ingresso formal no processo de fiscalização abstrata de constitucionalidade, a possibilidade de exercer o direito de fazer sustentações orais perante esta Suprema Corte (ADI 2.777-QO/SP e RISTF, art. 131, § 3º), além de dispor da faculdade de submeter, ao Relator da causa, propostas de requisição de informações adicionais, de designação de perito ou comissão de peritos, para que emita parecer sobre questões decorrentes do litígio, de convocação de audiências públicas e, até mesmo, a prerrogativa de recorrer da decisão que tenha denegado o seu pedido de admissão no processo de controle normativo abstrato, como esta Corte tem reiteradamente reconhecido. (...) Na verdade, consoante ressalta PAOLO BIANCHI, em estudo sobre o tema (“Un’Amicizia Interessata: L’amicus curiae Davanti Alla Corte Suprema Degli Stati Uniti”, “in” “Giurisprudenza Costituzionale”, Fasc. 6, nov/dez de 1995, Ano XI, Giuffrè), **a admissão do terceiro, na condição de “amicus curiae”, no processo objetivo de controle normativo abstrato, qualifica-se como fator de legitimação social das decisões do Tribunal Constitucional, viabilizando, em obséquio ao postulado democrático, a abertura do processo de fiscalização concentrada de constitucionalidade, em ordem a permitir que, nele, se realize a possibilidade de participação de entidades e de instituições que efetivamente representem os interesses gerais da coletividade ou que expressem os valores essenciais e relevantes de grupos, classes ou estratos sociais.** (...) É por tais razões que entendo que a atuação processual do “amicus curiae” não deve limitar-se à mera apresentação de memoriais ou à prestação eventual de informações que lhe venham a ser solicitadas ou, ainda, à produção de sustentações orais perante esta Suprema Corte. **Essa visão do problema – que restringisse a extensão dos poderes processuais do “colaborador do Tribunal” – culminaria por fazer prevalecer, na matéria, uma incompreensível perspectiva reducionista, que não pode (nem deve) ser aceita por esta Corte, sob pena de total frustração dos altos objetivos políticos, sociais e jurídicos visados pelo legislador na positivação da cláusula que, agora, admite o formal ingresso do “amicus curiae” no processo de fiscalização concentrada de constitucionalidade. Cumpre permitir, desse modo, ao “amicus curiae”, em extensão maior, o exercício de determinados poderes processuais.(...).** Cabe observar que o Supremo Tribunal Federal, em assim agindo, não só garantirá maior efetividade e atribuirá maior legitimidade às suas decisões, mas, sobretudo, valorizará, sob uma perspectiva eminentemente pluralística, o sentido essencialmente democrático dessa participação processual, enriquecida pelos elementos de informação e pelo acervo de experiências que o “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, de indiscutível magnitude e de inquestionável significação para a vida do País e a de seus cidadãos. Impende destacar, finalmente, considerada a fase ritual em que se acha a presente causa, que se revela oportuno o ingresso, neste processo de controle abstrato, na condição de “amicus curiae”, do BACEN, eis que o pedido de intervenção processual em questão foi deduzido antes da inclusão em pauta do processo em referência, para efeito de seu julgamento final (ADI 4.071-AgR/DF, Rel. Min. MENEZES DIREITO). Sendo assim, em face das razões expostas, admito, na condição de “amicus curiae”, o Banco Central do Brasil, pois se acham atendidas, na espécie, as condições fixadas no art. 7º, § 2º, da Lei nº 9.868/99. Proceda-se, em consequência, às anotações pertinentes. (ADI 5022-MC, Relator Min. Celso de Mello, julgado em 16/10/2013, publicado em 23/10/2013; grifou-se).

Realmente, a tendência de atenuar o rigor da análise dos requisitos de admissibilidade e conferir destaque ao fato de que a presença do *amicus* ajuda a superar a dificuldade democrática do controle de constitucionalidade, condiz com a centralidade que o STF tem ganhado no cenário político. Afinal, se o tribunal exerce um papel de protagonismo nesse cenário, passa-se a demandar que o seu processo decisório seja reconectado às bases da democracia.

Resta, então, avaliar se a figura do *amicus curiae*, na prática, realmente tem permitido a participação de novos grupos nas deliberações do STF.

3.2. O *amicus curiae* e a participação da sociedade civil nas deliberações do STF

3.2.1 A abertura para entidades que não participavam do controle de constitucionalidade

A partir da análise da experiência do STF com a participação dos *amici curiae* nos processos de controle de constitucionalidade, verifica-se que esse tipo de intervenção permitiu que grupos sociais que antes não participavam das deliberações da Corte passassem a oferecer contribuições ao tribunal.

O *amicus curiae* ajudou a amenizar os efeitos da jurisprudência restritiva do STF com relação às entidades legitimadas à propositura de ações diretas. Com efeito, nos anos que se seguiram à promulgação da Constituição de 1988, o STF firmou um entendimento restritivo, particularmente na interpretação de quem seriam as “confederações sindicais” e as “entidades de classe de âmbito nacional”, legitimadas na forma do art. 103, IX, da Constituição.

Por exemplo, o STF firmou o entendimento de que não se qualificavam como entidades de classe as chamadas “associações de associações”. No entender do tribunal, pessoas de direito privado, ainda que coletivamente representativas de categorias profissionais ou econômicas não constituiriam classe alguma.³²⁶ Além disso, a jurisprudência também passou a exigir que as confederações e as entidades de classe de âmbito nacional comprovassem a pertinência temática entre a sua atividade e a matéria arguida na ação³²⁷ e entendeu, ainda, que não constituem entidades de classe as associações compostas por membros vinculados a extratos sociais, profissionais ou econômicos diversificados, cujos objetivos, individualmente considerados, se revelem contrastantes.³²⁸

Seguindo essa interpretação restritiva, o STF já negou a legitimidade de diversas organizações que se prestam à defesa de direitos fundamentais. Foi assim que, na ADI nº 61 o Plenário entendeu não constituir “entidade de classe, para legitimar-se à ação direta de inconstitucionalidade (CF, art. 103, IX), associação civil (Associação Brasileira de Defesa do Cidadão), voltada à finalidade altruísta de promoção e defesa de aspirações cívicas de toda a cidadania”, porquanto não protegeria interesse específico de determinado setor da sociedade.³²⁹ Em sentido semelhante, o julgamento da ADI nº 2.366 foi prejudicado, pois os membros da Associação Brasileira de Eleitores (ABRAE) não representariam uma classe definida.³³⁰ No julgamento da ADI nº 1.693, o relator, Ministro Marco Aurélio, não conheceu da ação por entender que “[a] abrangência da representatividade da Associação Brasileira de Consumidores - e todos os cidadãos o

³²⁶ RTJ 147/401, Relator Ministro Celso de Mello. Registre-se que esse entendimento foi posteriormente reformado pelo Plenário do STF, que passou a admitir a propositura de ações por “associação de associação” por ocasião do julgamento do AgReg na ADI 3153, Rel. Min. Celso de Mello, Rel. p/ Acórdão: Min. Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, julgado em 12/08/2004, DJ 09/09/2005.

³²⁷ ADI 202 MC, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, julgado em 23/03/1990, DJ 02/04/1993. A propósito, vale registrar a crítica do Ministro Gilmar Mendes no sentido de que “[a] figura-se excessiva a exigência de que haja uma *relação de pertinência* entre o objeto da ação e a atividade de representação da entidade de classe ou da confederação sindical.

Cuida-se de inequívoca restrição ao direito de propositura, que, em se tratando de processo de natureza objetiva, dificilmente poderia ser formulada até mesmo pelo legislador ordinário. A *relação de pertinência* assemelha-se muito ao estabelecimento de uma condição da ação (...) que não decorre dos termos expressos da Constituição (...).” (MENDES, Gilmar. Curso de Direito Constitucional. Gilmar Ferreira Mendes, Inocência Mártires Coelho, Paulo Gustavo Gonet Branco – 4ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009. P. 1157.

³²⁸ ADI 108 QO, Rel. Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, julgado em 13/04/1992, DJ 05/06/1992,

³²⁹ ADI 61, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, julgado em 29/08/1990, DJ 28/09/1990.

³³⁰ ADI 2366, Rel. Min. Nelson Jobim, julgado em 12/12/2000, publicado em DJ 19/12/2000.

são - obstaculiza o enquadramento na previsão do inciso IX do artigo 103 da Carta Política da República”.³³¹

Também é digna de registro, como exemplo emblemático de restrição à participação de grupos da sociedade civil, a ADI nº 894, em que se entendeu que a União Nacional dos Estudantes (“UNE”) não é entidade de classe de âmbito nacional, para fins de aplicação do art. 103, IX, CF. O exemplo é emblemático, pois o STF reconheceu tanto a representatividade quanto a relevância da atuação da entidade, mas ainda assim entendeu que não se tratava de parte legítima à propositura da ação:

A UNIÃO NACIONAL DOS ESTUDANTES, COMO ENTIDADE ASSOCIATIVA DOS ESTUDANTES UNIVERSITÁRIOS BRASILEIROS, TEM PARTICIPADO, ATIVAMENTE, AO LONGO DO TEMPO, DE MOVIMENTOS CÍVICOS NACIONAIS NA DEFESA AS LIBERDADES PÚBLICAS, AO LADO DE OUTRAS ORGANIZAÇÕES DA SOCIEDADE; E INSUSCETÍVEL DE DÚVIDA SUA POSIÇÃO DE ENTIDADE DE ÂMBITO NACIONAL NA DEFESA DE INTERESSES ESTUDANTIS, E MAIS PARTICULARMENTE, DA JUVENTUDE UNIVERSITÁRIA. (...)

OS MEMBROS DA DENOMINADA "CLASSE ESTUDANTIL" OU, MAIS LIMITADAMENTE, DA "CLASSE ESTUDANTIL UNIVERSITÁRIA", FREQUENTANDO OS ESTABELECIMENTOS DE ENSINO PÚBLICO OU PRIVADO, NA BUSCA DO APRIMORAMENTO DE SUA EDUCAÇÃO NA ESCOLA, VISAM, SEM DÚVIDA, TANTO AO PLENO DESENVOLVIMENTO DA PESSOA, AO PREPARO PARA O EXERCÍCIO DA CIDADANIA, COMO A QUALIFICAÇÃO PARA O TRABALHO. NÃO SE CUIDA, ENTRETANTO, NESSA SITUAÇÃO, DO EXERCÍCIO DE UMA PROFISSÃO, NO SENTIDO DO ART. 5, XIII, DA LEI FUNDAMENTAL DE 1988. (ADI 894 MC, Rel. Min. Néri da Silveira, Tribunal Pleno, julgado em 18/11/1993, DJ 20/04/1995)

Em que pese se tratar de entidade representativa, de âmbito nacional, e participante ativa da vida política do país, ela não se revestiria de legitimidade para a propositura de ações diretas de inconstitucionalidade. De acordo com o entendimento do STF na ocasião, a interpretação conferida à “classe” seria no sentido não de simples segmento social, de “classe social”, mas de “categoria profissional” e, por este motivo, não conheceu da ação.

Na linha do entendimento do STF, somente se reconhece legitimidade para a propositura de ações do controle concentrado de constitucionalidade às

³³¹ ADI 1693, Rel. Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 23/10/1997, DJ 06/02/1998.

associações de classe de âmbito nacional que representem categorias profissionais ou econômicas.³³²

Por esse motivo, apesar de Constituição de 1988 ter ampliado o rol de legitimados, essa abertura não alcançou grande parte dos grupos representativos da sociedade, especialmente aqueles que se articulam para a defesa de direitos, a exemplo de organizações não governamentais, entidades filantrópicas, associações protetoras de direitos do consumidor, do meio ambiente, dentre outras.

Por mais que esses setores pudessem se fazer representar pela via do controle difuso de constitucionalidade, os efeitos produzidos pelas ações de controle concentrado tornam premente a abertura para a participação de representantes dos setores diretamente afetados pela decisão vinculante *erga omnes*.³³³

Com a introdução da figura do *amicus*, então, por mais que essas entidades continuem sem poder ajuizar ações de controle concentrado, elas ao menos passaram a poder participar dos processos, e contribuir com as suas perspectivas.

Realmente, questões debatidas pelo STF que diziam respeito à defesa de direitos fundamentais de minorias – a exemplo do reconhecimento da igualdade de negros, homossexuais e mulheres – só contaram com a contribuição formal dos grupos diretamente afetados nos autos dos processos pela via do *amicus curiae*.

Alguns desses casos são dignos de nota.

A ADPF nº 186, como se viu, discutiu a constitucionalidade do sistema de cotas da Universidade de Brasília – UnB. A arguição foi ajuizada pelo Partido Democratas e questionou a adoção do critério racial para a instituição da política afirmativa.³³⁴ Por meio da intervenção dos *amici curiae*, diversas entidades da sociedade civil – especialmente aquelas ligadas ao movimento negro – puderam se manifestar.

³³² Nesse sentido, ADI 3.413, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 1º/6/2011, DJE de 1º/8/2011 e ADI 4.029, Rel. Min. Luiz Fux, j. 8/3/2012, Plenário, DJE de 27/6/2012.

³³³ Nesse sentido, é interessante o comentário do Ministro Luiz Fux: “A postura do magistrado é muito diferente quando ele aprecia um processo subjetivo aquela postura que adota quando analisa um processo objetivo, onde há opções políticas adotadas pela Constituição Federal, onde há valores. E nós temos sempre o vezo de entendermos que a grande legitimação das decisões da Suprema Corte nesse processo objetivo é alcançada exatamente por meio da voz da sociedade. Por isso é que, sempre que possível, convocamos audiências públicas em temas interdisciplinares e, também, gostamos de ouvir *amicus curiae*, que tem aquele entendimento técnico especializado”. (Notas Taquigráficas da audiência pública promovida no bojo da ADI nº 4.650).

³³⁴ Nesse caso foi convocada audiência pública, de forma que o *amicus curiae* não foi o único canal de abertura para manifestações da sociedade que foi estabelecido pelo tribunal.

O caso gerou grande mobilização e, ao todo, participaram onze entidades como *amicus curiae*. Foram elas a Educação e Cidadania de Afro-Descendentes e Carentes – EDUCAFRO; a Fundação Cultural Palmares; o Movimento Negro Unificado – MNU; o Movimento Pardo-Mestiço Brasileiro – MPMB; Fundação Nacional do Índio – FUNAI; o Instituto de Advocacia Racial e Ambiental – IARA; a Defensoria Pública da União; o Instituto de Direito Público e Defesa Comunitária Popular – IDEP; a Associação Nacional dos Advogados Afrodescendentes – ANAAD; o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil – CFOAB; o Movimento Contra o Desvirtuamento do Espírito da Política de Ações Afirmativas nas Universidades Federais; e a Associação Direitos Humanos em Rede - CONECTAS Direitos Humanos.³³⁵ Dessas entidades, apenas o MPMB e o Movimento Contra o Desvirtuamento do Espírito da Política de Ações Afirmativas nas Universidades Federais se manifestaram de forma favorável ao pleito do Partido Democratas. Todas as demais defenderam a constitucionalidade da política de cotas adotada pela UnB.

Outro julgamento do STF digno de nota por conta da participação de *amici curiae* foi o que envolveu a discussão a respeito das uniões homoafetivas. Na ocasião, o tribunal analisou dois processos, a ADPF nº 132, ajuizada pelo Governador do Estado do Rio de Janeiro e a ADI nº 4.277, ajuizada pelo Procurador Geral da República.³³⁶ Nas duas se postulava o reconhecimento do *status* de família à união homoafetiva, a fim de equipará-la ao instituto jurídico da união estável. A questão era estender aos homossexuais o tratamento conferido pelo ordenamento jurídico às relações familiares que têm como núcleo essencial casais heterossexuais.

O caso também gerou mobilização importante por parte das entidades que atuam na defesa dos direitos dos homossexuais. Como consignou o Ministro Ayres Britto no relatório do acórdão, “*em razão da complexidade do tema e da sua incomum relevância, deferi os pedidos de ingresso na causa a nada menos que 14 amici curiae. A sua maioria, em substanciosas e candentes defesas, a perfilhar a tese do autor*”.

³³⁵Afora estes *amici curiae*, outras entidades requereram ingresso, mas tiveram seu pedido indeferido. Foram o Centro de Estudos das Relações do Trabalho e Desigualdade – CEERT, a Central Única dos Trabalhadores do Distrito Federal – CUT/DF, o Diretório Central dos Estudantes da Universidade de Brasília – DCE-UnB e o Partido dos Trabalhadores. Não obstante o indeferimento, as suas manifestações constam na versão eletrônica dos autos e podem ser acessada livremente pelo *site* do STF.

³³⁶Vale a nota de que, na petição inicial da ADI nº 4.277, originalmente ajuizada como ADPF, o Procurador Geral da República requereu a realização de audiência pública para tratar da matéria, mas o Relator, Ministro Ayres Britto, não a convocou.

Tiveram a oportunidade de se manifestar a associação Conectas Direitos Humanos; o EDH – Escritório de Direitos Humanos do Estado de Minas Gerais; o GGB – Grupo Gay da Bahia; o ANIS – Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero; o Grupo de Estudos em Direito Internacional da Universidade Federal de Minas Gerais – GEDI-UFMG; o Centro de Referência de Gays, Lésbicas, Bissexuais, Travestis, Transexuais e Transgêneros do Estado de Minas Gerais - Centro de Referência GLBTTT; o Centro de Luta pela Livre Orientação Sexual – CELLOS; a Associação de Travestis e Transexuais de Minas Gerais – ASSTRAV; o Grupo Arco-Íris de Conscientização Homossexual; a Associação Brasileira de Gays, Lésbicas, Bissexuais, Travestis e Transexuais – ABGLT; o Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM; a Sociedade Brasileira de Direito Público – SBDP; a Associação de Incentivo à Educação e Saúde do Estado de São Paulo; a Conferência Nacional dos Bispos do Brasil – CNBB e, por fim, a Associação Eduardo Banks. Apenas os dois últimos se manifestaram de forma contrária ao pedido, todos os demais apresentaram manifestações em prol do reconhecimento do *status* de família às uniões de casais do mesmo sexo.

Por fim, também cabe mencionar o julgamento do STF que tratou da constitucionalidade da Lei Maria da Penha (Lei nº 11.340/2006), que cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher. O julgamento teve repercussão social menor, possivelmente porque as ações não pretendiam conquistar ou anular direitos (como foi o caso dos dois julgamentos anteriores), a intenção foi confirmar a constitucionalidade da lei e intensificar a proteção à mulher.

Foram duas as ações julgadas pelo STF. A primeira delas, a ADC nº 19, foi proposta pelo então Presidente Luís Inácio Lula da Silva, para dar fim à divergência jurisprudencial quanto à validade da Lei Maria da Penha, particularmente com relação ao afastamento da competência dos juizados especiais criminais, bem como pelo afastamento das demais regras da lei dos juizados (Lei nº 9.099/98), mais flexíveis no geral. A segunda, a ADI 4.424/DF, por sua vez, foi ajuizada pelo Procurador-Geral da República, e arguia a inconstitucionalidade do art. 12, inciso I e do art. 16 da Lei Maria da Penha, que condicionavam a ação penal à representação da vítima. A intenção, portanto, era tornar incondicionadas as ações penais que tratam da violência contra a mulher.

A ação declaratória de constitucionalidade contou com cinco *amici curiae*, todos a favor de validade da lei. Foram eles: o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; o instituto THEMIS – Assessoria Jurídica e Estudos de Gênero; o IPÊ – Instituto para a Promoção da Equidade; o Instituto Antígona e o Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM. As manifestações acentuaram a importância de instrumentos como a Lei Maria da Penha no debate a respeito da promoção da igualdade de gênero em sua dimensão material.

Igualdade entre negros e brancos; homossexuais e heterossexuais; mulheres e homens. Os três exemplos são relevantes para ilustrar a importância da figura do *amicus curiae* em levar a perspectiva dos grupos diretamente afetados ao conhecimento da jurisdição constitucional. Nenhuma das ações mencionadas foi ajuizada por grupos de interesse, então foi principalmente pela via do *amicus curiae* que se permitiu a vocalização dos diretamente afetados pela questão.

3.2.2 Dados empíricos a respeito do *amicus curiae* no STF

Dados empíricos a respeito da experiência do STF com o *amicus curiae* dão conta dessa abertura.

Pesquisa realizada por Eloísa Machado de Almeida assinala que, no período entre 1999 a 2005, 67% das manifestações de *amicus curiae* foram endereçadas ao STF por entidades que não detinham legitimidade para ajuizar ações do controle concentrado de constitucionalidade.³³⁷

Esse é o primeiro início de que o *amicus curiae* permitiu a entes que originariamente não eram *intérpretes autorizados* a participarem do processo de hermenêutica constitucional. Trata-se de uma evidência de que, além de o instituto ter sido criado para promover a pluralização do debate no âmbito do STF, a prática se

³³⁷ De acordo com a autora, “(...) é significativo que mais de 67% das manifestações adveio de organizações e entes que não são legitimados às ações de controle concentrado de constitucionalidade, representando um real desbloqueio do acesso à jurisdição constitucional (...)”

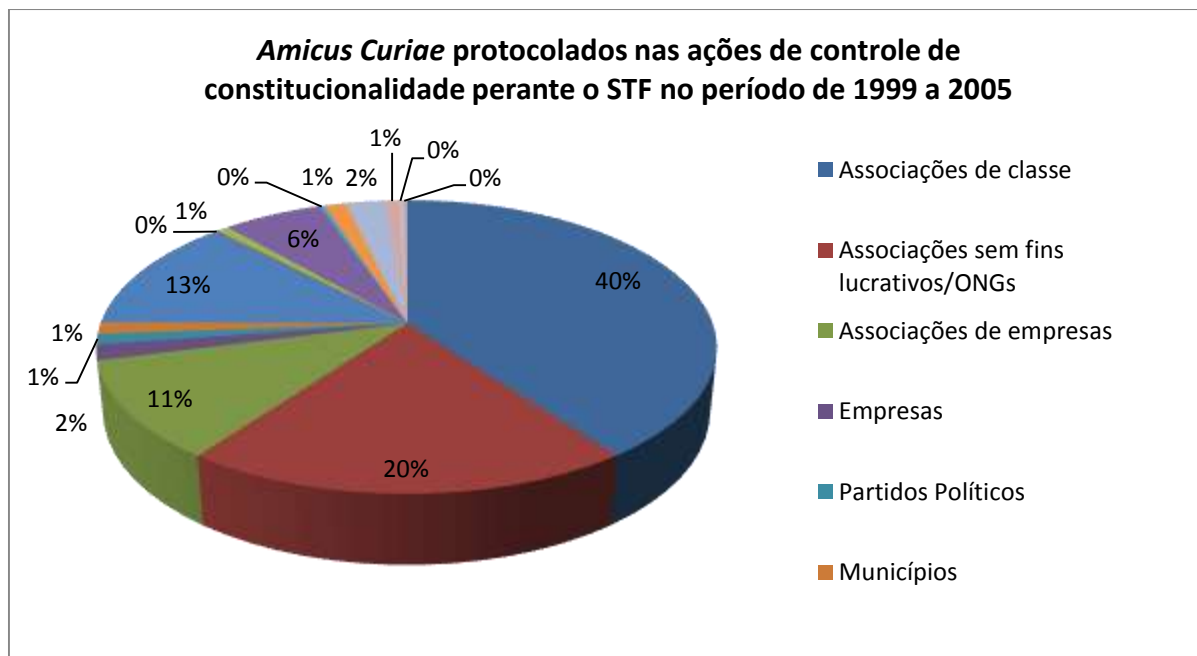
A grande participação destes atores como *amicus curiae* nos processos de controle concentrado de constitucionalidade indica que havia uma demanda de acesso à jurisdição constitucional que estava reprimida pela legitimação apenas de outros atores.” ALMEIDA, Eloísa Machado de. Op. Cit. p. 89.

revelou condizente com os propósitos idealizados pelo legislador que, como se viu, inspirou-se nas lições de Peter Härbele.

É bem verdade que a introdução do *amicus* no processo constitucional brasileiro não resolveu a barreira que a jurisprudência criou no que tange ao ajuizamento de ações por determinados grupos da sociedade civil. Essa barreira de entrada continua sendo um entrave a que uma série de questões cheguem à apreciação dos ministros. Ainda assim, dentro das possibilidades de atuação do amigo da corte, verificou-se uma efetiva pluralização do debate.

Outro dado que vale destacar é que, considerados todos os pedidos de ingresso como *amicus curiae* – incluídos neste levantamento, também, entidades legitimadas na forma do art. 103 da Constituição – identifica-se uma concentração importante de representantes da sociedade civil. De todas as petições de *amicus curiae* do período de 1999 a 2005, cerca de 71% corresponde a pedidos de associações de classe, associações sem fins lucrativos, organizações não governamentais e associações de empresas. Veja-se a distribuição no gráfico abaixo:

Gráfico 1 – Petições de *amicus curiae* protocoladas de 1999 a 2005.



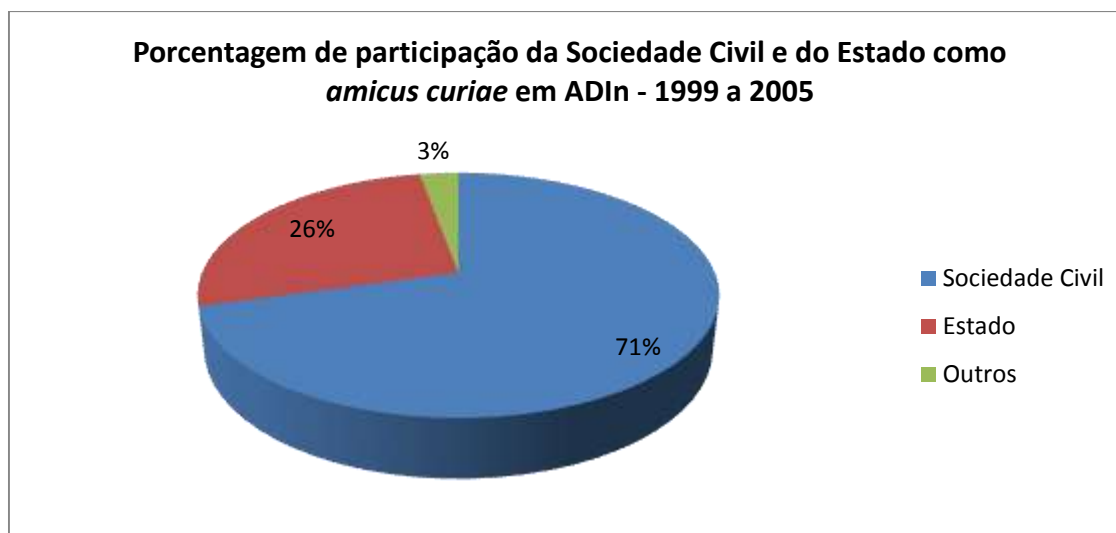
De acordo com Eloísa Machado de Almeida,

A participação da sociedade civil como *amicus curiae* no Supremo Tribunal Federal ficou comprovada, bem como sua preponderância, totalizando mais de 70% das manifestações enviadas no período de 1999 a 2005. Esta predominância corrobora a tese de que havia, de fato, o pleito da sociedade civil à participação na jurisdição constitucional e a instituição de mecanismos formais para tanto deram vazão à participação.³³⁸

O estudo também analisou resultados de acordo com cada tipo de ação do controle concentrado, chegando a conclusões semelhantes às do primeiro apanhado geral.

No levantamento das ações diretas de inconstitucionalidade ainda se constatou a predominância de atores da sociedade civil dentre as entidades que figuraram como *amicus curiae*. As associações civis representaram 70,64% das manifestações do Supremo Tribunal Federal no período de 1999 a 2005, contra 26,5% de atores do Estado e 2,86% de manifestações de conselhos, partidos políticos e empresas, como se pode verificar na distribuição do gráfico abaixo:

Gráfico 2 – Porcentagem de participação de entes da sociedade civil e do Estado de 1999 a 2005.

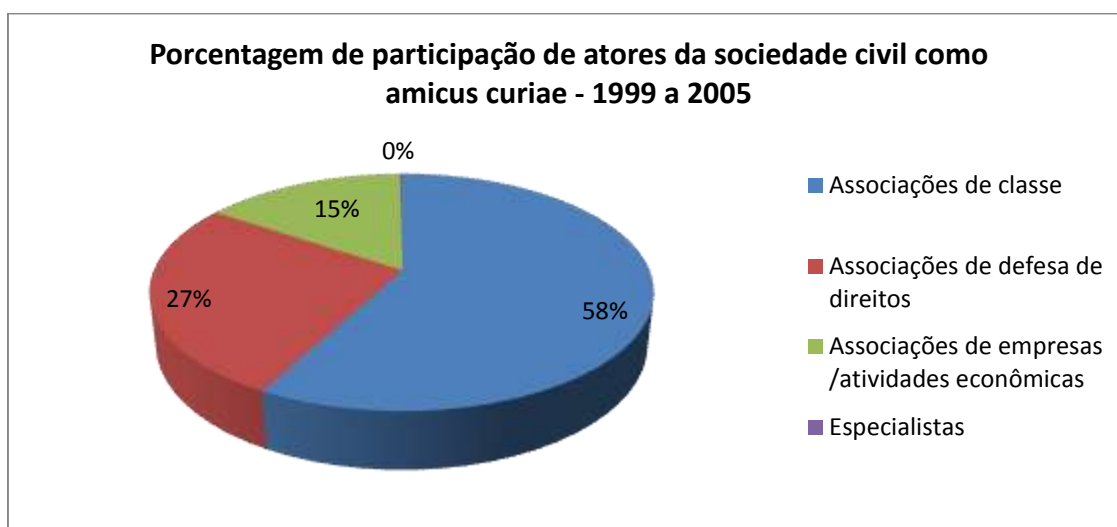


Destacadas essas associações civis que compõem 70,64% do total dos *amici curiae*, elas foram classificadas em três grupos distintos: associações de classe ou profissionais, organizações não governamentais sem fins lucrativos de proteção de

³³⁸ ALMEIDA, Eloísa Machado de. Op. Cit. p. 90

direitos e associações de empresas ou de atividades econômicas, de acordo com suas finalidades estatutárias e composição. Nesse levantamento, constatou-se uma predominância das associações de classe, que representaram, somente elas, 57,8% das manifestações da sociedade civil e 40% da totalidade de *amici curiae* protocolados no período de 1999 a 2005. Elas foram distribuídas na forma do gráfico abaixo:

Gráfico 3 –Porcentagem de participação de atores da sociedade civil como *amicus curiae* de 1999 a 2005.



Essa distribuição reflete quais são os temas que mais são levados ao STF. De acordo com estudo realizado por pesquisadores da Universidade de Brasília, (UnB), devido ao perfil dos atores que ajuízam ações diretas, os temas que mais costumam ser analisados pelo tribunal têm natureza institucional ou corporativa, e não se sintonizam propriamente com a defesa de direitos fundamentais.³³⁹ Assim, o viés econômico-profissional das entidades de classe que podem ajuizar ações diretas se reflete na natureza dos temas que chegam à apreciação do STF e, por conseguinte, no perfil das entidades que atuam na qualidade de *amicus curiae*.

³³⁹COSTA, Alexandre Araújo da. BENVINDO, Juliano Zaiden. (Coord.) *A quem interessa o controle de constitucionalidade*. Relatório de Pesquisa da Universidade de Brasília, financiada pelo CNPQ. Disponível em <http://fd.unb.br/images/stories/FD/Eventos_e_Noticias/Relat%C3%B3rio_Divulgacao_-_Pesquisa_CNPq.pdf>; acesso em 20/06/2014.

O estudo é analisado em maior detalhe no Capítulo 5.

Em todo caso, já naqueles primeiros anos de atuação dos *amici curiae*, o estudo identificou uma tendência de incremento da participação de associações que atuam em defesa de direitos nas ações diretas de inconstitucionalidade.³⁴⁰

Ainda de acordo com a pesquisa, os temas que mais atraíram a participação de atores de associações de defesa de direitos foram justamente as ações que veicularam questionamentos a respeito de temas candentes de direitos fundamentais. Ação afirmativa em universidades, desarmamento civil, trabalho escravo, demarcação de terras de quilombolas, foram alguns dos temas destacados como os que mais atraíram essas entidades nos primeiros anos de experiência com o *amicus curiae* no STF.³⁴¹

Outro estudo que apresenta dados empíricos elucidativos a respeito da experiência do STF com os *amici curiae* foi realizado no livro “*Amicus curiae: amigo da Corte ou amigo da parte?*”, de Damares Medina. A pesquisa foi realizada até o ano de 2008 e comprovou a tendência do STF de admitir os pedidos de ingresso como *amicus curiae*, assim como confirmou a constatação de que a maioria dos pedidos é feita por associações.

Quanto à tendência do STF à admissão dos postulantes, a pesquisa localizou 1.440 pedidos de ingresso, dos quais 1.235 (85,8%) foram juntados aos autos e 205 (14,2%) foram devolvidos, na forma do gráfico abaixo:

³⁴⁰ “(...) as associações civis de defesa de direitos aumentaram significativamente sua participação nas ações diretas de inconstitucionalidade nos últimos três anos do período estudado, saltando de uma média de 3,5 manifestações de 1999 a 2002 para 36,6 ao ano, de 2003 a 2005, tendo o ano de 2003 como ápice de manifestações, chegando a 73 *amici curiae* protocolados”. ALMEIDA, Eloísa Machado de. Op. Cit. p. 81.

³⁴¹ ALMEIDA, Eloísa Machado de. Op. Cit. p. 82.

Gráfico 4 –Porcentagem de pedidos de *amicus curiae* juntados e devolvidos até 2008.

Dentre os principais motivos para indeferimento dos pedidos de ingresso, o estudo destacou quatro: (a) ausência de informação relevante ou simples reiteração das razões da petição inicial; (b) pedido após o término da fase de instrução da ação (fora do prazo das informações; às vésperas ou após iniciado o julgamento); (c) superposição e (d) ausência de representatividade.

Em todo caso, a tendência que se constata na evolução da jurisprudência é de progressiva admissão dos *amici curiae*. Conforme assinalado anteriormente, o entendimento que oferecia alguma resistência à admissão dessas entidades, por conta da impossibilidade da intervenção de terceiros em processos objetivos, perdeu espaço. Atualmente, a figura do *amicus curiae* já foi plenamente assimilada à experiência do STF. Além disso, também se constata que o tribunal progressivamente se refere ao *amicus curiae* como um instrumento de democratização da sua atividade, tendo se tornado cada vez mais receptivo à sua admissão.

Os dados empíricos a respeito do *amicus curiae* confirmam essa tendência. De acordo com os levantamentos do estudo de Damares Medina, identificou-se uma clara tendência de ampliação do emprego do *amicus curiae* no período analisado, que foi de 1999 a 2008. O incremento ocorreu particularmente a partir de 2003, quando o percentual de ADIs julgadas com a presença desse tipo de intervenção girava em torno de 19%, chegando ao seu ápice em 2007, quando esse percentual

chegou a 30%. De acordo com a autora, a tendência identificada foi a de que o crescente uso do *amicus curiae* continuasse a se ampliar no futuro.

Além disso, a pesquisa também constatou a presença importante de atores da sociedade civil com *amicus curiae*. De acordo com o levantamento realizado, a grande maioria dos pedidos é formulada por associações, o que ratifica o resultado realizado na pesquisa de Eloísa Machado de Almeida.

Em complemento, a autora corrobora a percepção de que a introdução da figura do *amicus curiae* no Brasil foi realizada em contexto sensivelmente diferente daquele dos Estados Unidos, tal como pontuado anteriormente. Aqui, este tipo de intervenção foi porta de entrada para grupos sociais. Lá, os *amici curiae* – ao menos na sua origem – em grande parte representavam entidades públicas que contribuía com a sua visão para o julgamento de casos individuais em que a questão constitucional era suscitada. Nas palavras da autora,

A grande maioria dos pedidos de *amicus curiae* é feita por associações, o que confirma o perfil diferenciado do STF, em comparação com a Suprema Corte dos EUA, onde o *amicus curiae* surge como forma de viabilizar a participação do Estado e demais entes federativos nas disputas individuais que surtiriam imediato reflexo no sistema federativo.

No STF os entes públicos (em especial a União, por intermédio do Presidente da República, e os Estados) sempre estiveram presentes na jurisdição constitucional, como legitimados para agitar o controle concentrado de constitucionalidade. As evidências empíricas indicam que o ingresso na forma de amigos da corte, haja vista a vedação expressa de intervenção de terceiros tipicamente objetivos do controle de constitucionalidade. (...)

No STF, o *amicus curiae* é usado preponderantemente por associações e entidades sindicais que buscam intervir nos processos de controle concentrado de constitucionalidade ou naqueles, do modelo incidental, aos quais foi atribuída repercussão geral ou indireta nos interesses dos grupos representados pelos *amici*. O crescente uso do *amicus curiae* nos últimos anos deve continuar a se ampliar no futuro.³⁴²

Além disso, comparando os processos com e sem *amicus curiae*, Damares Medina identificou duas tendências relevantes: primeiro, que a presença do *amicus* aumenta as chances de conhecimento da ação e, segundo, que ela aumenta as chances de êxito do lado por ele apoiado. Como o levantamento realizado pela autora é estatístico, e como se está diante de matéria de Direito, não se pode adotar as inferências

³⁴² MEDINA, Damares. Op. Cit. p. 118-120.

como regra, mas, em todo caso, os dados empíricos levantados indicam a inclinação relevante do STF em prol do amigo da corte.

Para aferir o aumento nas chances de conhecimento da ação, a autora realizou um levantamento comparativo entre as ações do controle concentrado de constitucionalidade com e sem *amicus curiae*. Propôs, assim, estudo com objetivo semelhante ao realizado no contexto norte-americano por Gregory Caldeira e John R. Wright, que constataram que o ingresso do *amicus curiae* aumenta as chances de o *writ of certiorary* (exame que se aproxima ao exame de admissibilidade da ação no Direito brasileiro) ser conhecido.³⁴³

Foram realizadas comparações separadamente por cada tipo de ação (mais especificamente, das ADIs, ADCs e ADPFs); de todas as ações em conjunto e, ainda, foram comparadas as ações dos períodos de 1998 a 2002 e de 2002 a 2008, com o objetivo de verificar se a jurisprudência defensiva que se seguiu à Constituição de 1988 poderia alterar os resultados. Em todos os casos, porém, a constatação foi semelhante: a evidência empírica revelou, em todos os casos, um aumento superior a 22% das chances de conhecimento do processo.³⁴⁴

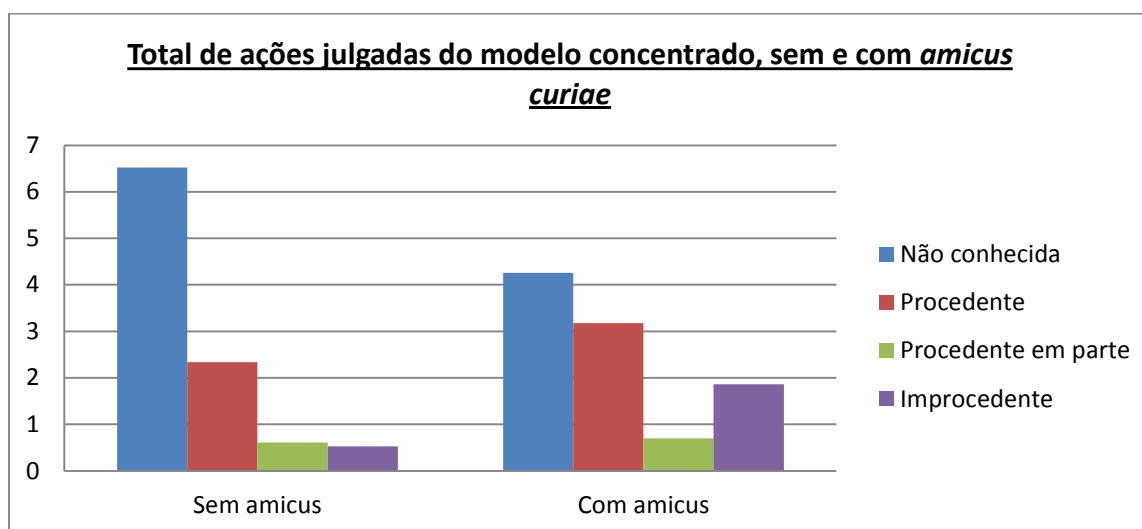
Destaque-se a comparação entre todas as ações do controle concentrado, tanto em números, quanto na respectiva representação gráfica:

Tabela 2 - Total de ações julgadas do modelo concentrado, sem e com *amicus curiae* até 2008.

Variável	Sem <i>amicus</i>	%	Com <i>amicus</i>	%	Varição
Não conhecida	1.739	65,2	55	42,6	-22,6%
Procedente	624	23,4	41	31,8	8,4%
Procedente em parte	162	6,1	9	7,0	0,9%
Improcedente	141	5,3	24	18,6	13,3%
Total	2.666	100,0	129	100,0	---

³⁴³ CALDEIRA, Gregory A.; WRIGHT, John R. *The discuss list: agenda building in The Supreme Court*. Law and Society Review, v. 24, n. 3, p. 807–836.

³⁴⁴ MEDINA, Damares. Op. Cit. p. 127.

Gráfico 5 – Ações julgadas do modelo concentrado, sem e com *amicus curiae* até 2008.

A partir desse levantamento de dados, é possível constatar, também, o aumento do percentual das ações julgadas procedentes e improcedentes com a presença do *amicus curiae*. Com relação às ações julgadas procedentes, as sem *amicus* correspondiam a 23% do total, enquanto as com *amicus* totalizavam 31,8% do total, identificando-se uma elevação da ordem de 8,9%. Já com relação às ações julgadas improcedentes, as sem *amicus* correspondiam a 5,4% do total, enquanto as com *amicus* totalizavam 19,3% do total, identificando-se uma elevação da ordem de 14%.

Verificou-se, então, se haveria alguma relação de causalidade entre o resultado das ações e a intervenção do *amicus* pela procedência ou improcedência da ação. A fim de investigar o ponto, a autora separou as ações em dois subgrupos (“*amicus* pela procedência” e “*amicus* pela improcedência”) e reorganizou-as de acordo com o resultado do julgamento.

Das 82 ações em que o *amicus curiae* apoiava a improcedência do pedido, 17 foram julgadas improcedentes, o que corresponde ao percentual de 20,7%. Comparando esse resultado ao grupo de ações que não contaram com a intervenção do *amicus curiae* – em que, como se viu, o percentual de ações julgadas improcedentes foi de 5,4% – verificou-se que a presença do *amicus* em prol da improcedência do pedido aumentou em 15,3% esse resultado da ação.

Das 31 ações em que o *amicus curiae* apoiava a procedência do pedido, 13 foram julgadas procedentes, o que corresponde ao percentual de 41,9%. Comparando esse resultado ao grupo de ações que não contaram com a intervenção do *amicus curiae*

– em que, como se viu, o percentual de ações julgadas procedentes foi de 23,8% – verificou-se que a presença do *amicus* em prol da procedência do pedido aumentou em 18,1% esse resultado da ação.

Em conclusão, a autora aponta 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”.³⁴⁵

Tendo em vista o número elevado de ações que contam com a participação do *amicus curiae*, não foi possível pesquisar o teor dos acórdãos já julgados pelo STF com esse tipo de intervenção, para avaliar o quanto os ministros utilizam as informações trazidas pelos interessados. Esse seria um dado interessante de ser incorporado à pesquisa, mas, de toda forma, com os elementos apresentados é possível realizar uma avaliação crítica a respeito da introdução da figura do *amicus curiae* no processo constitucional brasileiro.

3.3 Análise crítica da experiência do STF com o *amicus curiae*

À luz de todas as considerações tecidas ao longo do presente capítulo é possível concluir, em primeiro lugar, que a introdução da figura do *amicus curiae* permitiu que novas entidades participassem do controle de constitucionalidade brasileiro. Assim, retomando-se o primeiro parâmetro desenvolvido no Capítulo 2 para aferir se o instituto incrementa a legitimidade das decisões do STF – *i.e.*, a verificação a respeito da pluralização do debate – pode-se dizer que ele foi atendido de maneira satisfatória.

Com efeito, é emblemático que 67% das entidades que postularam ingresso nas ações de controle concentrado como *amicus curiae* de 1999 a 2005 não fossem legitimadas à propositura dessas ações.³⁴⁶ Isso significa que, por mais que o *amicus* não elimine a barreira de entrada que a jurisprudência do STF criou, ele ao menos permite que grupos que não se assimilam à defesa de direitos profissionais e econômicos possam participar de ações já ajuizadas. Os exemplos mencionados no item anterior – das ações que versaram a respeito da política de cotas em universidades, das

³⁴⁵ MEDINA, Damares. Op. Cit. p. 135.

³⁴⁶ ALMEIDA, Eloísa Machado de. Op. Cit. p. 89.

uniões homoafetivas e da Lei Maria da Penha – são ilustrativos da presença de *amici* com esse perfil.

Além disso, também é relevante que a maior parte das entidades que postulam ingresso como *amicus curiae* tenham sido representantes da sociedade civil. Essa é uma diferença fundamental, por exemplo, com relação à atuação do *amicus curiae* perante a Suprema Corte dos Estados Unidos, onde esse tipo de intervenção surgiu como forma de viabilizar a participação de entidades públicas em disputas individuais que repercutiam sobre o sistema federativo.³⁴⁷ No Brasil, diferentemente, o promoveu uma porta de entrada para grupos da sociedade.

Portanto, a primeira observação a respeito da intervenção do *amicus curiae* no controle de constitucionalidade brasileiro é que ela realmente promove uma abertura importante da jurisdição constitucional brasileira para grupos sociais.

Em segundo lugar, no que se refere à incorporação dos argumentos trazidos pelo *amicus* aos debates do STF – segundo parâmetro delineado no Capítulo 2 –, os dados obtidos não oferecem conclusões claras. Identificou-se uma alteração tendencial do comportamento do tribunal em favor dos processos que contam com a presença de *amicus curiae*, mas isso não significa, necessariamente, que os argumentos dessas entidades tenham sido determinantes para a solução dos casos. Explica-se.

A pesquisa realizada por Damares Medina constatou que a presença do *amicus curiae* nos processos de controle de constitucionalidade aumenta as chances de a ação ser conhecida em aproximadamente 22%, e também as chances de êxito do lado apoiado pelo *amicus* (de 15,3% nos casos em que ele apoia a improcedência do pedido, e de 18,1% nos casos em que ele apoia a procedência do pedido).³⁴⁸

Esses dados, todavia, devem ser interpretados com cautela. Primeiro porque se trata de um estudo estatístico a respeito de matéria jurídica e, na realidade, são muitos os fatores que podem influenciar os julgadores. Segundo porque é preciso analisar essas tendências de comportamento à luz das circunstâncias em que os

³⁴⁷ De acordo com pesquisa elaborada por Damares Medina “a grande maioria dos pedidos de *amicus curiae* é feita por associações, o que confirma o perfil diferenciado do STF, em comparação à Suprema Corte dos EUA, onde o *amicus* surge como forma de viabilizar a participação do Estado e demais entes federativos nas disputas individuais que surtiam imediato reflexo no sistema federativo”. (MEDINA, Damares. Op. cit. p. 118).

³⁴⁸ MEDINA, Damares. P. 134.

processos são julgados pelo STF. E a visão sobre como o tribunal julga seus processos oferece uma perspectiva realista, que oferece temperamentos aos dados apresentados.

No que concerne à experiência com o *amicus curiae*, a sua atuação se dá principalmente de duas formas: por meio de manifestação nos autos e por meio de sustentação oral.

Quanto à manifestação do *amicus* nos autos do processo, cabe tecer algumas considerações a respeito do tempo de que os ministros dispõem para analisar os autos.

De acordo com o art. 21, X do Regimento Interno do STF, incumbe ao relator pedir dia para julgamento dos feitos para os quais está habilitado, ocasião em que o pedido de inclusão em pauta é publicado no Diário Oficial. No entanto, essa publicação não quer dizer que o processo será julgado na sessão seguinte. Quem define os processos que serão julgados a cada sessão é o Presidente do tribunal,³⁴⁹ e a escolha é divulgada às sextas feiras, quando é disponibilizada no *site* do STF a relação dos feitos.³⁵⁰ As sessões, por sua vez, costumam ocorrer entre terça e quinta feira da semana seguinte.³⁵¹

Ou seja, fora o caso do relator, os demais ministros possuem em média entre um e dois dias para analisar os processos que serão julgados na próxima semana, considerando-se que eles não trabalharão no fim de semana.³⁵² O ministro recebe a notícia de que a Turma ou o Plenário apreciará o processo na sexta-feira, e o julgamento ocorre entre terça e quinta-feira da semana seguinte.

É verdade que, desde o momento em que o relator libera o processo para julgamento, os demais ministros já podem preparar seus votos. No entanto, dado o assoberbamento das suas agendas, também é certo que eles não têm como preparar os votos de todos os processos com essa antecedência.

³⁴⁹ Há uma diversidade de processos que já foram liberados para julgamento pelo relator, mas que jamais foram levados à sessão pelo presidente do tribunal. Mencione-se, a título exemplificativo, a ADI nº 1352, que foi liberada para julgamento em 12/05/2006, mas até hoje não foi levada a julgamento.

³⁵⁰ Informação obtida no site do tribunal:

<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=pautainicio>; Acesso em 01/07/2014.

³⁵¹ As sessões ordinárias ocorrem às terças-feiras, no caso das Turmas, e às quartas-feiras, no caso do Plenário, enquanto que as sessões extraordinárias via de regra ocorrem às quintas-feiras.

³⁵² O art. 83 do RISTF apenas estipula a antecedência mínima de 48 horas entre a publicação da pauta e a sessão.

O ponto que se pretende levantar com essas considerações é que, ao menos com relação a grande parte dos processos, os ministros possuem um prazo exíguo para analisar os autos. Esse é um problema geral, que na realidade não diz respeito apenas ao *amicus curiae*. Mas com pouco tempo para analisar os autos, o método de deliberação do STF não oferece incentivos a que o ministro se debruce sobre todos os memoriais oferecidos pelos *amici curiae*, mas apenas sobre as principais peças do processo.

Não se quer, com isso, dizer que os membros da Corte não analisam as contribuições dos *amici*. A intenção é apenas introduzir mais um fator para a reflexão a respeito da influência de seus memoriais na formação do convencimento dos magistrados: a exiguidade do tempo de que eles dispõem para analisar os processos não estimula que as razões dos *amici* (ainda mais quando há um número grande deles) sejam todas consideradas.

Já no que se refere à sustentação oral, a segunda característica dos julgamentos que enseja reflexão crítica diz respeito ao fato de que, especialmente nos casos de grande repercussão, os ministros costumam chegar à sessão de julgamento com seus votos prontos.³⁵³ É possível afirmar que a participação do *amicus* no julgamento possui um papel relevante, ainda que simbólico, pois representa a veiculação da opinião de interessados na tribuna. Mas a ponderação que se deseja suscitar é que, uma vez que a praxe dos membros do tribunal nos casos de grande repercussão é preparar os seus votos antes das sessões, evidencia-se, também, que o potencial que as sustentações orais têm de influenciar o convencimento dos ministros nesses casos é reduzido.

Assim, ainda que as estatísticas apontem uma tendência favorável ao *amicus* nos processos, isso não significa, necessariamente, que os seus argumentos sejam o fator determinante a explicar essa tendência. Justamente porque o método de deliberação não cria estímulos à consideração dos argumentos dos *amicus curiae*.

Uma hipótese para explicar essa alteração no padrão de comportamento é que a *presença* do *amicus* seria o fator determinante para a propensão a seu favor.

³⁵³ O STF adota o modelo de deliberação conhecido como *seriatim*, em que os ministros apresentam seus votos de maneira seriada. Cada um formula sozinho a sua opinião a respeito do caso e o julgamento expressa o conjunto das onze opiniões dos membros da Corte. (a respeito do tema, v. SILVA, Virgílio Afonso da. *Deciding without deliberating*. Oxford International Journal of Constitutional Law. V. 11, issue 3, pp. 557-584). No caso específico do tribunal, além de cada ministro apresentar as suas razões de maneira independente dos demais, há o costume de os magistrados chegarem cada um com seu voto pronto às sessões de julgamento.

Dentro de um universo em que o tribunal deve julgar um número elevado de processos, aqueles que contam com a intervenção de muitos *amici* normalmente são os casos de maior repercussão. Assim, a hipótese seria que a intervenção do *amicus* oferece aos ministros a perspectiva sobre quais os casos que ensejam maior mobilização, e isso ajudaria a destaca-los dentre os demais, o que explicaria o aumento das chances de conhecimento e de êxito constatadas por Damares Medina. Em todo caso, esta é apenas uma hipótese de interpretação dos dados colhidos, que dependeria de pesquisa empírica mais aprofundada.

Portanto, retomando as conclusões a respeito da experiência do STF com o *amicus curiae*, pode-se dizer que não há evidência clara sobre se os argumentos levados pelo *amicus curiae* costumam ser realmente levados em consideração. Por esse motivo, a sua intervenção *pode* implicar um ganho de legitimidade democrática da decisão, mas isso há de ser aferido caso a caso. Conforme observam Margarida Lacombe e Fernando Gama, de nada valerá a intervenção do *amicus curiae* se o STF não se sentir obrigado a arcar com o ônus de apreciar os argumentos lançados pelos interessados.³⁵⁴

Pois bem. Traçados essas principais considerações a respeito do potencial que o *amicus* possui de incrementar a legitimidade das decisões do STF, também cabe destacar alguns pontos positivos e críticas que são suscitadas a respeito da experiência do tribunal.

Os pontos positivos estão ligados, especialmente, ao fato de que o amicus permite que novas entidades participem dos processos. Essa circunstância possibilita, em primeiro lugar, o incremento do volume de informações levadas ao tribunal. Ou seja, além de se permitir que um número maior de atores participe do processo de interpretação, a segunda decorrência dessa abertura é o aumento da quantidade de elementos de que os julgadores dispõem para resolver a questão constitucional, o que tende a aprimorar a qualidade das decisões.

Além disso, outro ponto positivo da experiência analisada diz respeito ao fato de que a participação do amicus curiae no processo constitucional promove uma aproximação entre o STF e a sociedade brasileira, que contribui para o ganho de apoio popular por parte do tribunal. Como o amicus curiae é a via mais utilizada por entes da

³⁵⁴ NETTO, Fernando Gama de Miranda. CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. Op. Cit. p.1351.

sociedade civil para o acesso a debates acerca do conteúdo da Constituição, ele contribui para a construção da imagem do tribunal como uma instituição disposta a ouvir os grupos interessados o que, por conseguinte, lhe confere credibilidade institucional. Em outras palavras, a figura do *amicus curiae* contribui para o ganho de apoio difuso por parte do tribunal.

Delineados os aspectos positivos da experiência com o *amicus curiae* cabe, então, apresentar as críticas mais relevantes que são dirigidas à experiência do STF. São duas. A primeira, formulada por parte da doutrina diz respeito ao risco de desequilíbrio informacional no processo. A segunda, de sua vez, é a de que ele não seria propriamente um amigo da Corte, mas sim um amigo da parte, que atua na defesa de interesses sectários.

A primeira reflexão crítica que se suscita diz respeito ao risco de desequilíbrio informacional, a ideia é que a presença do amicus curiae na defesa de apenas um dos lados desequilibra a relação processual. Na doutrina brasileira a crítica é trabalhada especialmente por Damares Medina, para quem a existência de uma vantagem informacional pode aumentar a assimetria de informações entre as partes e o juízo, o que comprometeria o equilíbrio processual.³⁵⁵

Os exemplos da ADPF nº 186, em que se declarou a constitucionalidade do sistema de cotas, da ADPF nº 132 e da ADI nº 4.277, em que se reconheceu o *status* de família à união homoafetiva e da ADC nº 19 e da ADI 4.424, em que se declarou a constitucionalidade da Lei Maria da Penha, ajudam a ilustrar o ponto. Como se viu, todas elas contaram com a participação um número considerável de *amici curiae* que, na sua grande maioria, defenderam os direitos de negros, homossexuais e mulheres. Coincidentemente ou não, o STF decidiu de forma favorável aos intervenientes. A hipótese, então, seria a de que a distribuição assimétrica de informações criaria uma propensão aos ministros julgarem de uma determinada forma.

Outro problema ligado ao desequilíbrio dentro do processo estaria ligado ao fato de que as entidades que participam do processo podem não refletir as opiniões manifestadas na sociedade. Como o ingresso é espontâneo e não há uma forma de controlar quantos intervenientes atuarão de cada lado, é possível que haja distorções na representação dos grupos interessados na questão constitucional. Grupos mais bem

³⁵⁵ MEDINA, Damares. Op. Cit. p. 163.

articulados, ainda que não sejam os mais representativos, podem transmitir ao tribunal um cenário que não corresponda à distribuição das verdadeiras forças sociais que se articulam em torno da questão. Essa possibilidade de enviesamento comprometeria o ideal de democratização do processo.

Além disso, possivelmente o risco mais grave do desequilíbrio informacional estaria em sede de controle difuso de constitucionalidade, em que há interesses subjetivos em jogo. Por mais que as vias do controle difuso tenham passado por um processo de “objetivação”, o objeto do processo em que a questão constitucional é suscitada não deixa de ser uma demanda que diz respeito a uma pretensão intersubjetiva. Ao se permitir que terceiros absolutamente alheios ingressem para defender um dos lados, cria-se o favorecimento a uma das partes, rompendo-se com a igualdade de armas essencial à isonomia processual.

Todas essas críticas apontam riscos reais trazidos pela atuação do *amicus curiae*, mas elas não chegam a deslegitimar sua atuação e nem de perto superam os aspectos positivos desse tipo de intervenção. Realmente, é possível que a concentração de intervenientes de um dos lados traga algum desequilíbrio à relação processual. No entanto, uma vez assegurada a uniformidade dos critérios de admissão dos *amici*, a presença de um número de intervenientes maior para um dos lados seria reflexo da mobilização social, o que é legítimo.

A medida que pode ser tomada com vistas a atenuar eventuais consequências negativas da concentração dos *amici* de um dos lados do processo é conferir publicidade ainda mais ampla à admissão dos intervenientes no processo. De acordo com Damares Medina, por exemplo, a implementação do processo eletrônico ajuda a minimizar eventuais efeitos deletérios do desequilíbrio informacional, na medida em que aumenta a transparência do processo.³⁵⁶

Além disso, cabe ao magistrado ter em mente que a concentração de intervenientes de um dos lados pode gerar algum enviesamento, e ter essa circunstância em mente ao analisar o processo. Quando se tratar de controle difuso o magistrado deve ficar ainda mais atento a esse tipo de questão. Vale lembrar que, em todos os casos, se o julgador entender que lhe faltam elementos para formar a sua convicção, ele pode determinar a realização de perícias, ouvir especialistas e convocar audiências públicas.

³⁵⁶ MEDINA, Damares. Op. Cit. p. 167.

Como se viu no capítulo anterior, já houve casos em que a audiência pública foi convocada depois de muitas entidades requererem ingresso como *amicus curiae*, como foi o caso daquela que tratou a respeito da interrupção da gravidez de feto anencefálico.³⁵⁷ Realmente, a audiência pública pode auxiliar a corrigir eventual desequilíbrio informacional do processo, ainda mais quando o relator define previamente os temas que pretende esclarecer.

A segunda crítica que é dirigida à intervenção por parte do amicus curiae diz respeito à defesa de interesses sectários, que representariam uma espécie de captura do processo constitucional. De acordo com os críticos, a atuação do *amicus curiae* muitas vezes se daria na defesa do bem do grupo interessado, e não na promoção do bem comum. Ele seria um amigo da parte, e não um amigo da Corte, o que demandaria um maior controle sobre as atuações desses intervenientes. É ilustrativo desse pensamento o comentário de Isabel da Cunha Bisch:

(...) no caso do *amicus curiae* à brasileira, se algumas instituições possuem inegável legitimidade e respaldo social para opinarem sobre determinadas questões, pois ultrapassam os limites meramente corporativos, é preciso alertar que, sob o pretexto de interpretar a Constituição, variados grupos tem se valido desse instituto processual para lutar por interesses sectários, buscando atingir fins egoísticos. Interpreta-se, então, a Constituição de modo não isento, o que já indica que o prestigiado princípio do pluralismo pode ser utilizado contra o bem comum. (...)

A interpretação da Constituição feita pelos grupos de interesse, no mais das vezes, deixa de considerar o bem geral para beneficiar parcela, às vezes ínfima, da sociedade, especialmente quando está em jogo a esfera patrimonial de determinadas categorias. Cria-se o risco de fazer prevalecer o interesse particular, imediatista e de curta visão sobre o interesse de maiorias não mobilizáveis. Nos Estados Unidos já foi constatado que o *amicus curiae* está antes para amigo da parte do que para amigo da Corte. O mesmo pode ser dito sobre o Brasil, em relação à grande parte das intervenções.

Parece-nos claro que há necessidade de maior controle das atuações do *amicus curiae*.³⁵⁸

A crítica soa incorreta por uma série de razões. Ela parece partir do pressuposto de que a defesa de interesses econômicos seria em si contraditória com a

³⁵⁷ No entanto, é importante pontuar que nos parece absolutamente desacertado o entendimento do Ministro Marco Aurélio naquela ocasião, pois ele indeferiu a intervenção de todos os *amicus*. A convocação de audiência pública não substitui a presença do *amicus curiae* no processo. Ao contrário disso, são instrumentos que se somam.

³⁵⁸ BISCH, Isabel da Cunha. Op. Cit. p. 153.

promoção do interesse público. Mas essa incompatibilidade revela uma visão romantizada a respeito do interesse público.

Um exemplo ajuda a demonstrar porque. Tome-se por referência a ADPF nº 101, que tratou da importação de pneus usados, em que diversos representantes da indústria ingressaram como *amicus curiae*. O que moveu essas entidades, decerto, foi o interesse econômico que possuíam em continuar trabalhando com essas importações. De outra parte, o que moveu o pedido formulado pelo Presidente da República na qualidade de arguente foi principalmente a defesa do meio ambiente. Seguindo a linha de raciocínio de Isabel da Cunha Bisch, a participação dos primeiros seria menos legítima, pois se destinaria a beneficiar o interesse de uma pequena parcela.

No entanto, a crítica formulada desconsidera a relevância de o STF saber quais são os impactos econômicos que a proibição desse tipo de importação poderia gerar. Tomar conhecimento dos prejuízos ocasionados para a indústria ou dos reflexos no fechamento de postos de trabalho são informações importantes de serem levadas aos julgadores. Por mais que, ao final, o STF tenha dado provimento ao pedido formulado na arguição, e proibido a importação de pneus usados, esse resultado não torna menos legítima a contribuição dos empresários do setor envolvido.

Em grande parte dos casos levados ao STF, o resultado do julgamento parte de uma ponderação e é importante que todos os interesses em jogo estejam representados. Em um outro cenário, eventualmente, as perdas econômicas poderiam determinar um resultado diferente para o julgamento. Portanto, o primeiro equívoco do raciocínio está em desqualificar *ex ante* a defesa de interesses econômicos por grupos de interesse.

Nesse cenário, não obstante, um ponto a respeito do qual caberiam reflexões diz respeito à concentração de *amicus curiae* que defendem interesses profissionais e econômicos. A crítica não residiria na ilegitimidade da defesa de interesses econômicos. O problema estaria na predominância da defesa de interesses corporativos sobre direitos da cidadania.

De acordo com a pesquisa de Eloísa Machado de Almeida, dentro do universo das associações que atuaram como *amicus curiae* no período analisado, 58% são associações de classe, 27% são associações de defesa de direitos e 15% são

associações ligadas a atividades econômicas.³⁵⁹ Portanto, existe uma predominância de representantes de categorias profissionais e econômicas com relação àquelas que se dedicam à defesa de direitos.

No entanto, essa distribuição é um reflexo do controle de constitucionalidade em geral, e não um problema específico do *amicus curiae*. Como se verá no próximo capítulo, na atividade do STF, a apreciação de temas ligados à defesa de direitos fundamentais não ligados a interesses corporativos é excepcional, representando uma parcela bem pequena dos trabalhos do tribunal. Assim, a solução não passaria por um controle maior das atuações do *amicus curiae*, como sugere Isabel da Cunha Bish, mas por uma transformação mais abrangente no controle de constitucionalidade, a fim de reorientá-lo para que passe a dar centralidade às discussões a respeito de direitos fundamentais.³⁶⁰

O segundo equívoco do raciocínio está em desqualificar a atuação do *amicus curiae* porque ele seria um amigo da parte, e não da Corte. Ao que parece, de acordo com a autora, a participação do interveniente deveria ser imparcial e pautada por uma visão idealizada de interesse público. No entanto, como pontuado anteriormente, no Brasil, uma das funções mais relevantes do *amicus curiae* é permitir a participação de representantes da sociedade civil que de outra forma não poderiam integrar a discussão constitucional. Logo, se o principal papel é levar as contribuições de grupos de interesse, a conclusão a que se chega é que as suas contribuições, em regra, serão contribuições partidárias.

Dito de outra forma, no ordenamento constitucional pátrio, o *amicus curiae* assumiu uma feição própria, e essa feição é partidária. Sejam interesses econômicos, sejam interesses ligados à defesa de direitos da cidadania, via de regra a intervenção se dá em prol de um dos lados da controvérsia constitucional. Essa inclinação do *amicus curiae*, bem ao contrário de desvirtuar a interpretação da Constituição, é o que democratiza o debate e aproxima o STF da qualidade de uma instância deliberativa.

Portanto, a conclusão a que se chega é justamente o oposto da conclusão de Isabel da Cunha Bish. Ao contrário de se aumentar o rigor no controle da atuação

³⁵⁹ ALMEIDA, Eloísa Machado de. Op. Cit. p. 90.

³⁶⁰ O tema é retomado no próximo capítulo.

do *amicus curiae*, nos parece que a flexibilização dos critérios para a admissão desse tipo de intervenção é a orientação mais consentânea com a promoção do interesse público. É por meio do aumento do volume de informações levadas ao tribunal, e não pela seleção de discursos ‘autorizados’, que se atua em prol do ganho de legitimidade e qualidade das decisões.

Se existe alguma preocupação com os temas que predominam no controle de constitucionalidade, a forma de redirecionar as atividades do tribunal é alterar os critérios de seleção dos casos a serem julgados e ampliar o rol de entidades autorizadas a ajuizar ações diretas perante o STF (*i.e.* permitir que entidades que atuam na defesa de direitos da cidadania ajuízem ações). Ou seja, a solução está em refletir a respeito de como reorientar o foco do tribunal, e não em controlar a participação do *amicus curiae*.

Nesse sentido, nos parece acertada a jurisprudência do STF que tem flexibilizado a análise dos critérios para a admissão do *amicus curiae* e que firmou a possibilidade de realização de sustentação oral nos julgamentos. Por outro lado, seguindo essa mesma linha de raciocínio, deve-se reconhecer a legitimidade recursal desses intervenientes especiais, assim como todas as faculdades processuais, como uma decorrência da democratização do processo. Se a via do *amicus curiae* atua como uma forma de interessados na questão manifestarem seus pontos de vista, diante da prolação de decisão que seja contrária aos interesses do grupo representado pelo *amicus*, impedir que ele possa interpor recursos significa que a abertura do processo a entrada de novos atores não foi plena.

4. DIÁLOGOS SOCIAIS NO STF: O PONTO A QUE CHEGAMOS

Passadas mais de duas décadas desde a promulgação da Constituição de 1988, a atividade do STF passou por transformações sensíveis. O controle de constitucionalidade, que no marco constitucional anterior foi utilizado como um instrumento do regime autoritário, hoje atua em prol da democracia do país. Além disso, o processo decisório de dentro do tribunal também se tornou mais democrático, sendo o *amicus curiae* e as audiências públicas exemplos dessa transformação. Portanto, é pertinente a observação de Luís Roberto Barroso, no sentido de que, modo geral, a jurisdição constitucional tem servido bem à causa do constitucionalismo democrático.³⁶¹

Nada obstante, dizer que o STF tem contribuído para a estabilidade institucional do país e que tem estado mais aberto às vozes da sociedade civil não é o mesmo que dizer que o STF se tornou uma nova Ágora. O tribunal tem passado por um processo de democratização, mas isso não faz dele – ao menos até o momento – uma instância de deliberação democrática.

Essa conclusão se deve a alguns motivos. Embora o *amicus curiae* e as audiências públicas tenham criado importantes canais de comunicação com grupos da sociedade civil, esses instrumentos somente são utilizados depois que a ação já foi ajuizada. O ajuizamento das ações do controle concentrado, no entanto, não é franqueado de maneira equânime entre os grupos da sociedade civil.

Como se viu na seção 4.2, o STF firmou interpretação restritiva com relação a quais são as entidades de classe legitimadas a propor ações do controle concentrado de constitucionalidade. De acordo com o tribunal, somente se consideram entidades de classe aquelas que representam categorias profissionais e econômicas. Esse entendimento impede que associações, organizações e movimentos que atuam na defesa de direitos da cidadania acessem diretamente o STF.

Na realidade, dentre os legitimados na forma do art. 103 da Constituição Federal, predominam entes que atuam na defesa de interesses institucionais e corporativos, e não em prol da tutela de minorias. O acesso ao controle concentrado de constitucionalidade atualmente é dividido basicamente entre entidades corporativas, partidos políticos e instituições ligadas ao governo.

³⁶¹BARROSO, Luís Roberto. Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo. Op. Cit. p. 15

Estudo realizado pela Universidade de Brasília sob o título “A quem interessa o controle de constitucionalidade” identificou os quatro principais demandantes das ações diretas de inconstitucionalidade, são eles: as entidades corporativas; os governadores de Estado e do Distrito Federal; o Procurador Geral da República (“PGR”) e os partidos políticos, cada um correspondente a mais de 15% das ações ajuizadas e juntos representam mais de 90% do total de ADIs.³⁶²

Dentre eles, o PGR é institucionalmente responsável pela defesa de direitos individuais e coletivos e, de acordo com o estudo, é o legitimado que atua de forma mais consistente nesse sentido. Dentre os demais legitimados de quem, ao menos em princípio, também se esperaria uma atuação em prol de interesses da sociedade civil – o Conselho Federal da OAB, os partidos políticos, as confederações sindicais e as entidades de classe – o estudo identificou a predominância da defesa de interesses corporativos.³⁶³

Nesse cenário, é importante destacar que grupos que atuam em movimentos sociais pela defesa de direitos de minorias não possuem lugar entre os postulantes.

O resultado dessa distribuição no acesso à jurisdição constitucional se reflete diretamente nos temas que mais são levados ao STF. Matérias ligadas à defesa de direitos da cidadania não são as mais frequentes. De acordo com o estudo da Universidade de Brasília, existe uma “*predominância jurisprudencial de argumentos*

³⁶² Precisamente, as entidades corporativas representam 29,34% dos demandantes; os governadores 24,05%; o PGR 20,20% e os partidos políticos 17,83%. O estudo identificou, ainda, a OAB como demandante de médio porte, tendo ajuizado 5,18% do total de ADIs. Cf. em COSTA, Alexandre Araújo da. BENVINDO, Juliano Zaiden. (Coord.) *A quem interessa o controle de constitucionalidade*. Op. Cit. p. 24-25.

³⁶³ Com relação ao Conselho Federal da OAB, identificou-se que todas as decisões de procedência das ADIs se vinculam a interesses ligados a demandas judiciais, e não a uma defesa ampla de direitos individuais e coletivos (p. 68). No que se refere aos partidos políticos, notou-se uma participação corporativa em defesa dos interesses dos próprios partidos e também de interesses corporativos de grupos que conseguem mobilizar a atuação partidária (p. 71). Quanto às entidades de classe e confederações sindicais (que foram agrupadas na qualidade de “entidades corporativas”), o estudo identificou que a exigência de pertinência temática, estabelecida pela jurisprudência do STF, limitou a sua atuação à defesa dos interesses de seus associados, deixando pouco espaço para a defesa de direitos individuais e coletivos (p. 68). Nesse grupo, foi constatada uma concentração relevante de temas ligados à defesa de servidores públicos do Sistema de Justiça e da Polícia. Por fim, também é digna de nota a participação dos Governadores de Estado como legitimados pelo art. 103 da Constituição, pois se observou que a sua atuação se deu especialmente na defesa de direitos fundamentais e do erário. Mas com a ressalva de que, apesar de não se ter identificado uma cooptação dos governadores, a sua atuação ainda é limitada (p. 70).

*formais ou de organização do Estado, cumulada com uma atuação ligada a direitos fundamentais cuja maior parte é ligada à garantia de interesses corporativos”.*³⁶⁴

Ao final, o estudo conclui que, devido ao perfil dos atores que ajuízam ações diretas, o modelo de controle concentrado de constitucionalidade brasileiro prioriza interesses institucionais e corporativos, em detrimento da defesa de direitos fundamentais. Vale destacar o seguinte trecho:

O perfil geral das decisões e dos atores mostra que a combinação do perfil político dos legitimados com a jurisprudência restritiva do STF em termos de legitimidade conduziu a um modelo de controle concentrado que privilegia a garantia dos interesses institucionais ou corporativos. Apesar dos discursos de legitimação do controle concentrado normalmente se justificarem na necessidade de oferecer proteção adequada aos direitos dos cidadãos, o que se observa na prática é uma garantia relativamente efetiva dos interesses corporativos e não do interesse público. E mesmo quando o interesse público é efetivamente garantido por decisões em ADI baseadas na aplicação de direitos fundamentais, quase sempre pelo MP ou pelos governadores, a maior parte das intervenções é no sentido de anular benefícios concedidos de forma indevida, e não de garantir direitos individuais, coletivos e difusos, que têm uma participação minoritária. (...)

Essas constatações conduzem a corroborar a hipótese de que, na atuação concentrada, o STF realiza basicamente um controle da própria estrutura do Estado, voltada à preservação da competência da União e à limitação da autonomia dos estados de buscarem desenhos institucionais diversos daqueles que a Constituição da República atribui à esfera federal. Além disso, nas poucas decisões em que o STF anula normas com base na aplicação dos direitos fundamentais, existe uma preponderância de interesses corporativos.³⁶⁵

Com efeito, muitos dos casos envolvendo direitos de minorias propriamente ditos chegam ao STF por meio de negociações entre grupos não corporativos da sociedade civil e os legitimados à propositura de ações diretas. Esses grupos precisam encontrar junto aos legitimados alguém que se disponha a levar a questão ao STF e, eventualmente, arcar com os ônus políticos do patrocínio da causa. O cenário se torna ainda mais restritivo pela exigência de pertinência temática no caso das entidades de classe, que limita a possibilidade de adotarem uma atuação que ultrapasse a defesa corporativa dos seus interesses.³⁶⁶

³⁶⁴ Idem, p. 78.

³⁶⁵ Idem, p. 77.

³⁶⁶ Segundo o estudo da UnB, “devemos ressaltar que a jurisprudência sobre legitimidade ativa para as ADIs fixa padrões que limita a atuação das Entidades Corporativas à defesa dos interesses de seus

Em alguns casos, grandes questões de Direito Constitucional só chegaram ao STF por motivos circunstanciais. Há relatos, por exemplo, de que a relação de amizade do então Governador do Estado do Rio de Janeiro, Sérgio Cabral, com o estilista Carlos Tufvesson foi uma influência relevante para que o governador ajuizasse a ADPF nº 132, que tratou das uniões homoafetivas.³⁶⁷ Ou seja, a ação não pôde ser ajuizada pelos próprios representantes da causa gay. Questão de tamanha importância para a conquista de direitos por parte desse grupo foi levada ao STF por um governador de Estado.

Também é digna de destaque no que tange a defesa de direitos da cidadania a atuação da subprocuradora geral da república Deborah Duprat. Ela comandou a Procuradoria Geral da República no plenário do STF no período de transição entre a saída de Antônio Fernando Souza e a posse de Roberto Gurgel, escolhido pelo então presidente Lula como novo procurador-geral.

No período de transição, que durou apenas um mês, ela (i) ajuizou a ADI nº 4.277 a favor das uniões homoafetivas; (ii) ajuizou a ADI nº 4.275 em que postulou o reconhecimento do direito de os transexuais a mudança de nome, independentemente da realização de cirurgia para mudança de sexo; (iii) emitiu parecer favorável à interrupção da gravidez em caso de fetos anencéfalos na ADPF nº 54; (iv) ajuizou a ADI nº 4.274, para afastar a criminalização de manifestações em prol da legalização das drogas (também conhecida como “marcha da maconha”); (v) ajuizou a ADI nº 4.269, que tratou da questão da regularização fundiária da Amazônia; (vi) ajuizou a ADI nº 4.267, contra lei paulista que exigia a identificação de cães-guia para ingresso e permanência em locais públicos e privados e (vii) ajuizou a ADPF nº 183, com o objetivo de acabar com a regulamentação da profissão de músico.

Ou seja, no período de apenas um mês, diversas questões relativas a direitos fundamentais de minorias foram levadas ao STF pelo empenho de uma integrante da Procuradoria Geral da República que utilizou a oportunidade da ocupação

associados, deixando espaço apenas para uma eventual defesa reflexa dos interesses coletivos por parte dessas instituições” (Idem, p. 68).

³⁶⁷ Há diversos registros da relação de amizade de Sergio Cabral com Carlos Tufvesson. O estilista assinou o vestido de noiva da esposa do ex-governador (<http://zankyou.terra.com.br/p/vestidos-noiva-carlostufvesson>), e o casal já esteve presente em diversos desfiles do estilista (<http://oglobo.globo.com/blogs/lula/posts/2008/06/12/fashion-rio-sergio-cabral-aplaude-de-pe-desfile-de-carlos-tufvesson-107930.asp>).

temporária do cargo de Procuradora Geral. A iniciativa é digna de aplausos, especialmente porque posiciona a jurisdição constitucional como instrumento da defesa de direitos fundamentais não corporativos, fugindo ao padrão das questões que normalmente são levadas ao STF.

No entanto, esse exemplo também revela que ainda existe uma demanda reprimida de participação da sociedade civil na jurisdição constitucional brasileira. Não fosse a jurisprudência restritiva do STF quanto às entidades de classe, essas ações poderiam ter sido ajuizadas diretamente por entidades ligadas à causa LGBT; à legalização das drogas; à questão socioambiental da Amazônia;³⁶⁸ à defesa de direitos de pessoas com deficiência e à classe dos músicos brasileiros.

Temas relevantes de direitos fundamentais não deveriam ser levados ao STF por conta de negociações de grupos não corporativos da sociedade civil com os legitimados na forma do art. 103 da Constituição, nem somente por conta de afinidades pessoais dos legitimados com movimentos que atuam em prol da conquista de direitos. Ainda mais quando a própria Constituição atribuiu competência às entidades de classe de âmbito nacional para a propositura de ações na via concentrada.

Portanto, a interpretação firmada pelo STF a respeito das entidades de classe constitui um dos obstáculos ao estabelecimento de diálogos sociais na jurisdição constitucional brasileira.

Avaliando a questão sob a perspectiva da sociedade aberta de intérpretes da Constituição de Peter Häberle, da representação argumentativa de Robert Alexy e dos teóricos da democracia deliberativa, para que o processo decisório se torne um processo democrático, é fundamental que ele esteja aberto à participação de todos os grupos sociais interessados.

No caso do controle concentrado de constitucionalidade, contudo, o STF somente abre as portas para movimentos sociais que atuam pela conquista de direitos civis em um momento posterior ao ajuizamento das ações, principalmente pela via do *amicus curiae* e, ocasionalmente, por meio das audiências públicas.

³⁶⁸ A ADI nº 4.269 tratou de uma série de questões em que, de acordo com Deborah Duprat, a Lei nº 11.952/2009 se afastou de seus objetivos principais, que seriam promover a inclusão social e a justiça agrária, por meio, *e.g.*, da proteção de posseiros que de boa-fé tiram seu sustento da terra, de povos indígenas e quilombolas. Portanto, a referência feita à “questão socioambiental” da Amazônia a intenção é abranger todas as questões que circundam a regularização fundiária.

Assim, por mais que a Constituição de 1988 tenha ampliado consideravelmente o rol de legitimados à propositura de ações diretas, e por mais que essa abertura tenha sido complementada pela introdução da figura do *amicus curiae* e pela realização de audiências públicas, a desigualdade no acesso ainda dificulta a democratização do processo de tomada de decisão do STF.³⁶⁹

Nada obstante, este é um problema que não é difícil de ser resolvido. A situação pode ser significativamente melhorada com a revisitação da jurisprudência a respeito da interpretação do art. 103, IX, da Constituição, de forma a que se passe a adotar entendimento mais alargado a respeito do conceito de “entidade de classe”, permitindo que representantes de movimentos sociais que atuam em busca da conquista de direitos civis ajuízem ações do controle concentrado. Não é necessária a edição de lei, nem de nenhuma regulamentação nesse sentido, pois essa restrição foi criada pela própria jurisprudência do tribunal. Então basta que o tribunal mude a orientação da jurisprudência.

Com relação a esse ponto, vale registrar que o STF alterou a sua composição nos últimos anos³⁷⁰ e, além disso, as decisões do tribunal têm revelado uma maior preocupação com a sua própria legitimidade, o que conforma um ambiente propício à revisitação da jurisprudência relativa às entidades de classe.

Inclusive, vale destacar que o Ministro Luiz Fux já reconheceu expressamente a existência de um “*descompasso entre as aspirações democráticas da Constituição e o rigor interpretativo do Pretório Excelso*” no que se refere às entidades de classe. No julgamento da ADI nº 4.029, realizado em 08 de março de 2012, o

³⁶⁹ Crítica ainda mais severa é formulada na conclusão do estudo da Universidade de Brasília:

“... deve ser repensada a narrativa comum que atribui um grande mérito à Constituição de 1988 por ela ter ampliado substancialmente o rol de legitimados para propor ações de controle concentrado. De fato, o rol foi ampliado, mas basicamente com a introdução de entidades que atuam na defesa dos seus interesses corporativos e que são muito abertas a serem cooptadas por interesses de grupos de pressão. Além disso, devemos ter em mente que a jurisprudência defensiva do STF, com a afirmação e ampliação dos requisitos de pertinência temática, limitou sensivelmente a possibilidade de que as entidades corporativas pudessem adotar uma atuação que ultrapassasse a defesa corporativa dos seus próprios interesses. Todavia, essa percepção também deve ser temperada pela constatação de que as decisões obtidas pela única entidade corporativa que não está sujeita à pertinência temática, a OAB, estão longe de mostrar uma especial concentração na defesa do interesse público e dos direitos da coletividade.” (COSTA, Alexandre Araújo da. BENVINDO, Juliano Zaiden. (Coord.) *A quem interessa o controle de constitucionalidade*. Op. Cit. p. 78.)

³⁷⁰ Desde 2009, cinco novos ministros ingressaram no STF – os Ministros Dias Toffoli, Luiz Fux, Rosa Weber, Teori Zavaschi e Luís Roberto Barroso – e, ao final da conclusão deste trabalho, foi anunciada a aposentadoria do Ministro Joaquim Barbosa, o que ensejará o ingresso de mais um novo membro do tribunal.

ministro teceu longas considerações a respeito desse tema, invocando a doutrina dos Ministros Gilmar Mendes e Luís Roberto Barroso.

No caso, o Ministro Fux admitiu a Associação Nacional dos Servidores do IBAMA como parte legitimada a ajuizar a ADI, afastando o entendimento contrário manifestado pela AGU na ocasião. Por mais que o caso trate de uma entidade que congrega associados ligados por um vínculo profissional, o ministro teceu considerações mais abrangentes, destacando a importância da participação da sociedade civil como um todo nos processos de controle de constitucionalidade. Vale destacar algumas passagens do seu voto:

(...) a manifestação da sociedade civil organizada ganha papel de destaque na jurisdição constitucional brasileira. **Como o Judiciário não é composto de membros eleitos pelo sufrágio popular, sua legitimidade tem supedâneo na possibilidade de influência de que são dotados todos aqueles diretamente interessados nas suas decisões.** Essa a faceta da nova democracia no Estado brasileiro, a democracia participativa, que se baseia na generalização e profusão das vias de participação dos cidadãos nos provimentos estatais. (...)

A interferência do povo na interpretação constitucional, traduzindo os anseios de suas camadas sociais, prolonga no tempo a vigência da Carta Magna, evitando que a insatisfação da sociedade desperte o poder constituinte de seu estado de latência e promova o rompimento da ordem estabelecida.

À luz dessas considerações deve ser interpretado o inciso IX do art. 103, não se recomendando uma exegese demasiadamente restritiva do conceito de “entidade de classe de âmbito nacional”. A participação da sociedade civil organizada nos processos de controle abstrato de constitucionalidade deve ser estimulada em vez de limitada, quanto mais quando a restrição decorre de construção jurisprudencial, à míngua de regramento legal.

Não se deve olvidar que os direitos fundamentais, dentre eles o da participação democrática, merecem sempre a interpretação que lhes dê o maior alcance e efetividade. Recorrendo à lição de Luís Roberto Barroso, merece ser ressaltado que o fundamento para que o Judiciário possa sobrepor a sua vontade à dos agentes eleitos dos outros Poderes reside justamente na confluência de ideias que produzem o constitucionalismo democrático (Curso de Direito Constitucional Contemporâneo. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 286). Essa a configuração de democracia deliberativa engendrada por Carlos Santiago Nino (La Constitución de la democracia deliberativa. Barcelona: Gedisa, 1997), estimulando o pluralismo do debate político, da qual não pode esta Corte descurar.

O Ministro Gilmar Mendes, em obra elaborada em coautoria com Ives Gandra, noticia que até 28 de fevereiro de 2008 foram extintas por ilegitimidade ativa da entidade de classe 154 (cento e cinquenta e quatro) Ações Diretas de Inconstitucionalidade (Op. cit. p. 175-185). Descrevendo a conjuntura por outro ângulo, Luís Roberto Barroso relata que até o final do ano de 2005 somente 34 (trinta e quatro) confederações sindicais e entidades de classe de âmbito nacional tiveram seu direito de propositura reconhecido

(O controle de constitucionalidade no Direito brasileiro. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 148-149). **O quadro relatado revela um descompasso entre as aspirações democráticas da Constituição e o rigor interpretativo do Pretório Excelso.**³⁷¹

É relevante observar que, ao alterar o critério de seleção dos legitimados à propositura dessas ações, além de ampliar o número de atores habilitados a interpretar a Constituição, também se estimula que temas ligados ao núcleo de direitos fundamentais sejam levados à apreciação do STF com maior frequência.

O estudo da Universidade de Brasília também se debruça sobre esse ponto. Ao final da pesquisa empírica a respeito dos postulantes e das decisões proferidas pelo tribunal, o estudo identifica a questão da seletividade como o principal tema a ser enfrentado em sede de controle concentrado de constitucionalidade. De acordo com a conclusão do estudo, é preciso reorientar a forma de se selecionarem os participantes e os temas decididos pelo tribunal.

Com efeito, não se ignora que a mudança de orientação da jurisprudência relativa às entidades de classe poderia ensejar um incremento significativo no número de ações de controle concentrado ajuizadas perante o STF, em um contexto em que o tribunal já se encontra assoberbado. No entanto, a nosso ver, esse argumento pragmático não se sobrepõe aos benefícios da democratização do controle de constitucionalidade concentrado no Brasil.

Portanto, reconectando essas considerações ao eixo central do presente trabalho, pode-se dizer que, por mais que se reconheça que houve uma importante abertura da jurisdição constitucional brasileira aos chamados diálogos sociais, isto é, uma intensificação da troca de informações entre o tribunal e a sociedade civil, a democratização da atividade do STF ainda não é plena. O primeiro problema identificado reside no acesso ao controle concentrado de constitucionalidade.

Observe-se, por fim, que por mais que os grupos da sociedade civil que hoje não são legitimados na forma do art. 103, IX, da Constituição, tivessem acesso à via difusa do controle de constitucionalidade, esse acesso não supre a demanda pela via concentrada. Não se nega a relevância das conquistas obtidas em sede recursal, não obstante, a questão é que a atuação do STF na qualidade de corte constitucional deve

³⁷¹STF. ADI 4029, Relator Min. Luiz Fux, Tribunal Pleno, julgado em 08/03/2012.

estar mais voltada para a defesa de minorias e para o núcleo de direitos fundamentais, de forma que o acesso de grupos sociais ao STF pela via recursal não supre a demanda por atuação na via concentrada.

Ultrapassada a questão relativa à propositura de ações, cabe, então, realizar um balanço final a respeito da experiência do STF com as audiências públicas e com o *amicus curiae*. Modo geral, ambos os instrumentos têm servido ao aprimoramento do processo decisório do tribunal, tanto por aumentar o espectro de participantes dos debates constitucionais, quanto por incrementar a instrução dos processos, muitas vezes com esclarecimentos técnicos que são relevantes à correta compreensão da matéria a ser decidida. Ainda assim, esses mecanismos são passíveis de ajustes que visam ao aperfeiçoamento da deliberação.

Com relação às audiências públicas, pode-se dizer que constituem uma experiência institucional em desenvolvimento.³⁷² A partir da análise das audiências já realizadas, observa-se que os contornos do instituto foram definidos pouco a pouco pela prática do tribunal. Como a regulamentação da matéria é econômica e abre uma margem de discricionariedade considerável ao ministro que preside a audiência, identificaram-se perfis bastante variados nas convocações já realizadas.

Além de proporcionarem a oitiva de *experts* na matéria analisada, as audiências públicas também são convocadas como forma de conferir maior legitimidade democrática às decisões, e, ainda, para instaurar um diálogo institucional a respeito de políticas públicas (como foi o caso das audiências que trataram da judicialização da saúde e do regime prisional). Afora esses objetivos mais imediatos, as audiências contribuem, ainda, para a conquista do apoio popular difuso por parte do tribunal, pois ao se demonstrar aberto para o diálogo com a sociedade, o STF passa a imagem de uma instância democrática.

Em um balanço geral, foram identificados os principais aspectos positivos e negativos da experiência do STF com a convocação de audiências públicas, assim como foram oferecidas sugestões para a superação dos problemas identificados.

Dentre os principais aspectos positivos das audiências públicas, vale destacar (i) a pluralização do processo constitucional, que passa a contar com a participação de novos atores sociais; (ii) o aumento do volume de informações que são

³⁷² VALLE, Vanice Regina Lírio do. Op. Cit. p. 63.

colocadas à disposição dos ministros para os julgamentos; *(iii)* a possibilidade de se contraporem as ponderações dos diversos atores de forma dinâmica e *(iv)* a aproximação do STF com a sociedade civil que, ao mesmo tempo, fornece aos ministros um prognóstico a respeito de eventuais impactos da decisão e auxilia a conquista do apoio popular pelo tribunal.

Já os problemas identificados na experiência do tribunal podem ser separados entre aqueles ligados à incorporação das contribuições da audiência na decisão final do STF e aqueles ligados à escolha dos participantes.

No primeiro grupo, a crítica central é a de que a audiência pública perde a sua razão de ser se as exposições realizadas não auxiliarem a formação da convicção dos ministros. Nesse sentido, *(i)* a baixa frequência dos ministros nas audiências; *(ii)* a circunstância de os registros dos trabalhos muitas vezes não serem juntados aos autos dos processos e *(iii)* o fato de terem sido identificados votos em que os ministros passaram ao largo dos debates havidos em audiência, são indícios de que há casos em que o grau de penetração das contribuições dos expositores é baixo.

Como a experiência do tribunal varia bastante caso a caso, a crítica não se estende a todas as solenidades já realizadas. Ainda assim, os problemas ora identificados apontam para o risco de desvirtuamento das audiências públicas. Se as ponderações trazidas pelos expositores não alcançarem os debates realizados pelos ministros, a audiência pública deixa de ser um instrumento de diálogo social e de democratização da jurisdição constitucional e se tornam um meio de “legitimação” meramente formal – e sem nenhum conteúdo democrático – das decisões do STF.

O segundo grupo de problemas está ligado ao processo de seleção dos participantes das audiências públicas. Na mesma linha dos comentários tecidos com relação aos legitimados à propositura de ações do controle concentrado de constitucionalidade, no caso das audiências também se deve ampliar a possibilidade participação de grupos interessados. No entanto, *(iv)* houve casos em que apenas as partes do processo puderam indicar expositores, o que limitou o acesso ao debate por parte de interessados. Mais grave que isso, *(v)* também houve casos em que a seleção dos expositores foi totalmente desequilibrada, tendo se privilegiado apenas um dos pontos de vista sobre a questão, como foi o caso da audiência a respeito das biografias não autorizadas.

Assim, o propósito da audiência pública de democratizar a discussão também pode ser desvirtuado pelo processo de seleção dos participantes. Caso se constate uma inclinação bem marcada, no sentido de privilegiar um dos polos da demanda, aqui também a audiência pública deixa de ser um instrumento de diálogo social e passa a se tornar um meio de ratificar uma pré-compreensão do ministro responsável pela convocação e pela seleção dos participantes.

Em todos esses casos, porém, os problemas podem ser atenuados por meio da instituição de uma disciplina mais rígida sobre as audiências. Nessa toada, com o objetivo de aprimorar o instituto e evitar a sua distorção, foram apresentadas seis propostas objetivas. São elas: (i) fixação de regra no sentido de que o procedimento de inscrição deve ser aberto ao público, e não limitado às partes do processo; (ii) adoção de critérios objetivos para a seleção dos participantes das audiências (e.g. representatividade; escolha de participantes com teses diferentes; currículo do especialista e seleção de um número equilibrado de expositores para cada lado); (iii) institucionalização da prática de se definirem de antemão os pontos que a audiência pública visa a esclarecer; (iv) implementação da regra do art. 154, VI, do Regimento Interno do STF, com a juntada das notas taquigráficas aos autos dos processos; (v) estabelecimento de um quórum mínimo para a convocação da audiência pública, que passaria a ser realizada em sessão do Plenário do STF e (vi) incremento do ônus argumentativo dos ministros nos votos proferidos nos casos em que contaram com audiências públicas.

Em suma, as audiências públicas constituem um instrumento interessante de levar ponderações e opiniões dos grupos envolvidos na questão constitucional ao STF. Mas se trata de uma experiência institucional ainda em desenvolvimento – desde que foi introduzida no ordenamento, há quinze anos, o tribunal realizou apenas dezesseis audiências públicas – e que é passível de ser aprimorada, especialmente por meio da fixação de uma disciplina mais rígida.

Quanto ao *amicus curiae*, pode-se dizer que se trata de uma figura já consolidada no âmbito da jurisdição constitucional brasileira e que, atualmente, é a via mais frequente de acesso de grupos da sociedade civil às deliberações do STF. Por se tratar de um mecanismo mais usual, mesmo porque pode ser utilizado de forma espontânea pelos interessados (ao contrário das audiências públicas, que precisam ser convocadas), a figura do amigo da corte hoje é o principal canal de abertura do STF.

Desde a sua introdução na jurisdição constitucional brasileira, o STF tem flexibilizado os requisitos para admissão do *amicus*, permitindo cada vez mais que entidades interessadas intervenham nos processos. Essa flexibilização é acompanhada por um discurso cada vez mais frequente por parte dos ministros, no sentido de que a participação do *amicus curiae* pluraliza o debate, concretizando o ideal da *sociedade aberta de intérpretes da Constituição*, o que, por conseguinte, torna as suas decisões mais legítimas.

Assim, junto à intensificação do processo de judicialização da política, o tribunal parece externar uma maior preocupação com a legitimidade democrática das suas decisões e, com isso, amplia a possibilidade de participação de grupos interessados na questão constitucional, tornando cada vez mais frequente a presença do *amicus curiae* na jurisdição constitucional, tanto na via concentrada quanto na via difusa. De outra parte, entidades representativas de grupos sociais também parecem cada vez mais cientes do fato de que podem levar seus pontos de vista ao STF por meio desse tipo de intervenção.

Estudos empíricos a respeito do perfil das entidades que mais se utilizam do instituto do *amicus curiae* em ações diretas de inconstitucionalidade revelam que a grande maioria são entidades não legitimadas à propositura de ações diretas de inconstitucionalidade. Além disso, entre os *amici curiae* cerca de 70% são representantes da sociedade civil. Essa constatação revela que o *amicus curiae* constitui uma porta de entrada de membros da sociedade civil à jurisdição constitucional. Por mais que o *amicus* não tenha solucionado o problema central de acesso à jurisdição constitucional por meio da propositura de ações, ele ao menos permitiu que novos grupos oferecessem contribuições para o processo hermenêutico.

Além disso, os estudos empíricos também constataram que a presença do *amicus curiae* tende a aumentar as chances de admissibilidade da ação e, também, de vitória do lado por ele defendido. Ainda que não se disponha de dados precisos a respeito da influência das considerações do amigo da corte no conteúdo dos acórdãos, as diferenças de tendência de comportamento identificadas nos processos com e sem esse tipo de intervenção demonstram que a presença do *amicus curiae* tende a alterar o padrão de comportamento dos julgadores.

Em um apanhado geral, então, pode-se dizer que o *amicus curiae* realmente permitiu que atores que antes não participariam do processo de interpretação

passem a participar. Como principais aspectos positivos desse tipo de intervenção, destacam-se (i) a pluralização do processo constitucional, que passa a contar com a participação de novos atores sociais; (ii) o aumento do volume de informações que são colocadas à disposição dos ministros para os julgamentos e (iii) a aproximação entre o STF e a sociedade brasileira, que contribui para a conquista de apoio difuso pelo tribunal.

De outra parte, foram identificadas três críticas principais à experiência do STF com o *amicus curiae*. A primeira diz respeito, mais especificamente, ao modelo de deliberação do STF, que não estimula a que as razões dos *amici* sejam levadas em consideração pelos ministros. A exiguidade de tempo que os julgadores possuem para analisar os autos dos processos não cria incentivos para que todos os memoriais desses intervenientes sejam apreciados, enquanto que o fato de os ministros terem o costume de levar seus votos prontos reduz a chance de as sustentações orais dos *amicus* interferirem na formação do convencimento dos ministros. Essas ponderações revelam que, por mais que a presença do *amicus* pluralize o processo constitucional, ainda existem barreiras a que os seus argumentos sejam efetivamente levados em consideração.

A segunda crítica, esta suscitada pela doutrina,³⁷³ diz respeito ao risco de um eventual desequilíbrio informacional no processo, nos casos em que muitos *amici* intervêm por um dos lados da questão constitucional. De fato, este é um risco real, mas que não sobeja os ganhos em termos de legitimidade da decisão. Fora isso, eventual desequilíbrio pode ser atenuado pelo magistrado, que pode se valer de outros mecanismos para reforçar a instrução do processo nos pontos em que ele identifique uma carência de informações.

A terceira crítica diz respeito à defesa de interesses sectários por *amicus curiae*. De acordo com os críticos,³⁷⁴ muitas vezes as ponderações trazidas pelo interveniente refletem a defesa de grupos sectários, e não do interesse público geral. Isso representaria uma espécie de captura do processo constitucional, que demandaria um controle maior sobre a atividade dessas entidades. Essa crítica, contudo, parte de uma perspectiva idealizada e fora da realidade. No Brasil, como se viu, uma das

³⁷³ Cf. MEDINA, Damares. Op. Cit. p. 163.

³⁷⁴ Nesse sentido, BISCH, Isabel da Cunha. Op. Cit. p. 153.

principais contribuições do *amicus curiae* é permitir a entrada de novos grupos da sociedade civil nas deliberações do STF. Esse perfil do *amicus* no ordenamento pátrio tem por consequência natural que as intervenções defendam os pontos de vista daqueles que podem ser afetados pela decisão do tribunal, e isso não deslegitima, de forma nenhuma, a presença do *amicus*. Bem ao contrário, a abertura por ele promovida constitui uma relevante fonte de democratização da jurisdição constitucional pátria.

Diante de todas essas considerações a respeito dos diálogos sociais do STF, é possível dizer que desde a promulgação da Constituição de 1988 verificou-se um progressivo movimento de aproximação entre a sociedade e o tribunal, que se tornou mais democrático e atento aos movimentos de grupos de interesse.

Nada obstante, algumas constatações do trabalho revelam ainda não ser possível falar em uma plena democratização da jurisdição constitucional brasileira. Em primeiro lugar, devido à circunstância de o acesso ao tribunal, no momento do ajuizamento de ações de controle concentrado, não ser distribuído de forma equânime entre os grupos da sociedade civil. Além de uma barreira de entrada, o perfil dos legitimados também se reflete nas matérias que costumam ser levadas ao STF, normalmente relacionadas a questões federativas e a interesses corporativos, não à defesa de direitos das minorias.

Em segundo lugar, porque os canais de diálogos sociais do STF – notadamente as audiências públicas e o *amicus curiae* – permitem a contribuição de novos atores, mas não garantem que essas contribuições sejam efetivamente levadas em consideração por parte dos julgadores. Como se viu ao longo do trabalho, a forma como o tribunal decide não aumenta o ônus argumentativo dos ministros nos casos em que esses institutos são utilizados. Assim, ainda que novos atores participem, os julgadores podem passar ao largo de suas contribuições na hora de decidir, o que pode diminuir o potencial democratizante desses instrumentos.

Em uma linha, a conclusão é que esses instrumentos têm o potencial de incrementar a legitimidade das decisões do STF, mas isso depende da forma como os são utilizados. Para que se possa dizer que as decisões são mais legítimas, é imprescindível que os ministros arquem com o ônus argumentativo de debater os pontos suscitados pelos novos atores que ingressam na jurisdição constitucional, mas isso nem sempre ocorre.

Em todo caso, um saldo desse processo de aproximação do STF com a sociedade brasileira é certo: os diálogos sociais contribuem para a conquista de apoio popular pelo STF. Cada vez mais, o tribunal mostra para a sociedade uma disposição para receber as contribuições dos grupos afetados por suas decisões. Com isso, vem progressivamente ganhando a confiança do povo brasileiro, a ponto de ter sido considerado, no ano de 2013, uma das instituições de maior credibilidade, estando à frente do sistema eleitoral, do Congresso Nacional e até mesmo do restante do Poder Judiciário, de acordo com pesquisa realizada pelo IBOPE Inteligência.³⁷⁵ Ou seja, a aproximação entre o tribunal e a sociedade lhe confere um capital político relevante, que pode pavimentar os próximos passos da sua ascensão enquanto instituição.

³⁷⁵ Cf. <http://www.ibope.com/pt-br/noticias/Paginas/Confianca-do-brasileiro-no-STF-e-maior-do-que-na-Justica.aspx>

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. Balancing, constitutional review, and representation. *International Journal of Constitutional Law*, vol. 3 p. 572-581, 2005.

ALEXY, Robert. Teoria da argumentação jurídica: A teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. 2ª ed. São Paulo: Landy, 2005.

ALEXY, Robert. Direitos fundamentais no Estado constitucional democrático. Para a relação entre direitos do homem, direitos fundamentais, democracia e jurisdição constitucional. Tradução de Luís Afonso Heck. *Revista Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, p. 55-66, jul./set. 1999.

ALMEIDA, Eloísa Machado de. *Sociedade Civil e Democracia: a participação da sociedade civil como amicus curiae no Supremo Tribunal Federal*. 2006. Dissertação (Mestrado de Ciências Sociais) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2006.

ANASTASIA, Fátima; CASTRO, Mônica Mata Machado de; NUNES, Felipe. De lá para cá - As condições e as instituições da democracia depois de 1988. In: MELO, Carlos Ranülfo; SAEZ, Manuel Alcântara (Org.). *Democracia brasileira: Balanço e perspectivas para o século 21*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2007.

ARIEDE, Elouise Bueno. *Audiências Públicas no Supremo Tribunal Federal: um estudo comparativo de sua prática, antes e após o advento da Emenda Regimental nº 29 de 2009*. (Monografia) - Escola de Formação da Sociedade Brasileira de Direito Público – SBDP. São Paulo, 2011.

BALKIN, Jake M. *Bush v. Gore and the Boundary between Law and Politics*. Yale, 2000. Disponível em: <<http://digitalcommons.law.yale.edu>>. Acesso em: 20 abr. 2013.

BARNES, Jeb. Adversarial legalism, the rise of judicial policymaking, and the separation-of-Powers doctrine. MILLER, Mark; BARNES, Jeb (Ed.). *Making Policy, Making Law: an interbranch perspective*. Washington DC: Georgetown University Press, 2004.

BARROSO, Luís Roberto. *Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo*. Disponível em: <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2011/11/Direito-e-pol%C3%ADtica-no-Brasil-contempor%C3%A2neo_Lu%C3%ADs-Roberto-Barroso1.pdf>. Acesso em: 19 abr. 2013.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. *Dez anos da Constituição de 1988*. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 214, p. 1-25, out. 1998. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47263>>. Acesso em: 19 abr. 2013.

BATEUP, Christine. *Expanding the conversation: American and Canadian Experiences of Constitutional Dialogue in Comparative Perspective*. Temple International and Comparative Law Journal, Spring 2007, New York University Law School, Public Law Research Paper, n. 06. AVRITZER, Leonardo. Sociedade Civil e Estado no Brasil: da autonomia à interdependência política. In Opinião Pública [online]. Vol. 18, nº 2, novembro, 2012, p. 383-398.

BATEUP Christine. *The dialogic promise: assessing the normative potential of Theories of Constitutional Dialogue*. In: Brooklyn Law Review, v. 71, 2006. Disponível em: <<http://ssm.com/abstract=852884>> Acesso em: 19 abr. 2013.

BENHABIB, Seyla. Toward a deliberative model of democratic legitimation. In: BENHABIB, Seyla (org.). *Democracy and difference: contesting the boundaries of the political*. Princeton: Princeton University Press, 1996.

BICKEL, Alexander. *The least dangerous branch – The Supreme Court a te bar of politics*, Ed. New Haven: Yale University Press, 1986, p. 16-23.

BINENBOJM, Gustavo. A dimensão do amicus curiae no processo constitucional brasileiro: Requisitos, poderes processuais e aplicabilidade no âmbito estadual. *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, n.1, Instituto de Direito Público da Bahia, Salvador, jan./fev./mar. 2005.

BINENBOJM, Gustavo. A democratização da jurisdição constitucional e o contributo da Lei nº 9.868/99. In: SARMENTO, Daniel (Org.). *O controle de constitucionalidade e a Lei nº 9.869/99*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2001, p. 158.

BINENBOJM, Gustavo. *A nova jurisdição constitucional brasileira: legitimidade democrática e instrumentos de realização*. 4. ed. ver. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

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 Editora, 2010.

BOHAM, James e REHG, William. (Org.) *Deliberative Democracy: essays on Reason and Politics*. Cambridge, Mass.; London: The MIT Press, 1997.

BONAVIDES, Paulo; PAES DE ANDRADE. *História constitucional do Brasil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991.

BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia judicial versus diálogos constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Amicus curiae no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático*. São Paulo: Saraiva, 2006.

CABRAL, Antonio do Passo. *Pelas asas de Hermes: a intervenção do amicus curiae, um terceiro especial*. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 234, p. 111-142, out. 2003. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/45149>>. Acesso em: 19 abr. 2013.

CALDEIRA, Gregory A.; WRIGHT, John R. Amicus curiae before the Supreme Court: who participates, when and how much? *Journal of Political*.

CALMON DE PASSOS, José Joaquim. Democracia, participação e processo. In: PELLEGRINI, Ada (coord.) *Participação e Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, p. 95.

CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. *As Audiências Públicas no Supremo Tribunal Federal Brasileiro: o Exemplo da ADPF 54*. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=01d8bae291b1e472>> Acesso em: 15 jul. 2014.

CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*. Ed. Almedina, Lisboa, 1998.

CARVALHO, Flávia Martins de. *Audiência pública tenta legitimar decisão sobre aborto*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2011-mai-17/audiencia-publica-tenta-democratizar-decisao-aborto-anencefalo#_ftn5_6035>. Acesso em: 08 fev. 2014.

CARVALHO, Flávia Martins de. *Audiências Públicas no Supremo Tribunal Federal: uma alternativa democrática?* Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, 2011.

CITTADINO, Gisele. Judicialização da Política, Constitucionalismo Democrático e Separação de Poderes. In: WENECK VIANNA, Luíz (Org.). *A democracia e os três poderes no Brasil*. Ed. UFMG, Belo Horizonte, 2003.

COELHO, Inocêncio Mártires. As ideias de Peter Häberle e a abertura da interpretação constitucional no Direito Brasileiro. In *Revista de Informação Legislativa*. n. 137, p. 157-164, jan./mar., 1998.

COHEN, Joshua. Procedure and substance in deliberative democracy. In BOHAM, James e REHG, William (org.). *Deliberative Democracy: essays on Reason and Politics*. Cambridge, Mass.; London: The MIT Press, 1997. p. 407-438.

CORRÊA. Leticia França. *A Audiência Pública Jurisdicional no Supremo Tribunal Federal*. Relatório de Pesquisa apresentado ao Departamento de Direito da PUC- RIO. Orientação de José Ribas Vieira. Disponível em <<http://www.puc->

rio.br/pibic/relatorio_resumo2011/Relatorios/CSS/DIR/DIR_Let%C3%ADcia%20Fran%C3%A7a%20Corr%C3%AAa.pdf> Acesso em: 20 mar. 2014.

COSTA, Alexandre Araújo da. BENVINDO, Juliano Zaiden. (Coord.) *A quem interessa o controle de constitucionalidade*. Relatório de Pesquisa da Universidade de Brasília financiada pelo CNPQ. Disponível em <http://fd.unb.br/images/stories/FD/Eventos_e_Noticias/Relat%C3%B3rio_Divulgacao_-_Pesquisa_CNPq.pdf>. Acesso em 20 jun. 2014.

COSTA, Emília Viotti. *O Supremo Tribunal Federal e a Construção da cidadania*. São Paulo: Ed. UNESP, 2006.

DAHL, Robert. *Democracy and its critics*. New Haven: Yale University Press, 1989. Decision-making in a democracy: the supreme court as a national policy-maker. *Journal of Public Law*, 1967, p. 279-295.

DIAS NETO, Theodomiro. *Segurança urbana, o modelo da nova prevenção*. Editora RT, São Paulo, 2005

EASTON, David. *Uma teoria de análise política*. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1968.

ELSTER, John. The Market and the Forum. In: BOHAM, James; REHG, William (org.). *Deliberative Democracy: essays on Reason and Politics*. Cambridge, Mass.; London: The MIT Press, 1997. p. 3-34.

FALCÃO, Joaquim; CERDEIRA, Pablo de Camargo; ARGUELHES, Diego Werneck. *Supremo em Números*. Fundação Getúlio Vargas, 2011.

FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. A Projeção da Democracia Participativa na Jurisdição Constitucional no Brasil: As Audiências Públicas e a sua Adoção no Modelo Concentrado de Constitucionalidade. In: *Direito constitucional, estado de direito e democracia: homenagem ao Prof. Manoel Gonçalves Ferreira Filho*. São Paulo: Quartier Latin, 2011.

FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. O acesso à jurisdição constitucional como caminho para a sua democratização. In ROCHA, Maria Elizabeth Guimarães Teixeira; PETERSEN, Zilah Maria Callado Fadul. (Coord). *Coletânea de Estudos Jurídicos*. Superior Tribunal Militar, 2008. p. 479-500.

FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. O *amicus curiae* e a democratização e a legitimação da jurisdição constitucional concentrada. In *Revista Mestrado em Direito - Direitos Humanos Fundamentais*. Osasco: Edifício ano 8, n. 1.

FEREJOHN, John; PASQUINO, Pasquale. Constitutional courts as deliberative institutions: towards an institutional theory of constitutional interpretation. In: SA-DURSK, Wojciech. *Democratic legitimacy and constitutional courts in post- - communist Europe in*

FILHO, Edgard Silveira Bueno. *Amicus curiae – a democratização do debate nos processos de controle da constitucionalidade*. R. CEJ, Brasília, n. 19, out./dez. 2002, p. 88.

FISHER, Louis. *Constitutional Dialogues – interpretation as a political process*. Oxford: Princeton University Press, 1988.

FONTE, Felipe de Melo. *Votos do STF são dirigidos cada vez mais ao grande público*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-mai-20/felipe-fonte-votos-stf-sao-dirigidos-cada-vez-grande-publico>>. Acesso em 20 mai. 2013.

FRAGALLE, Roberto. *Audiências públicas e seu impacto no processo decisório. A ADPF 54 como estudo de caso*. Seminário apresentado no 37º Encontro Anual da Associação Nacional de Pós-Graduação e Pesquisa em Ciências Sociais – ANPOCS. Rio de Janeiro, set. 2013.

FRIEDMAN, Barry. *The politics of judicial review*. Texas Law Review. 2005.

FRIEDMAN, Barry. *The Will of the People: How Public Opinion Has Influenced the Supreme Court and Shaped the Meaning of the Constitution*. Farrar, Straus and Giroux, 2009, p. 373.

GIBSON, James L., CALDEIRA, Gregory A. *The Ethiology of Public Support for the Supreme Court*. American Journal of Political Science, vol. 36, n. 3, aug. 1992, p. 635-664.

GIFIS, Steven H. *Law Dictionary*, Steven H. Gifis, Woodbury: Barron's Educational Series, 1975.

GINSBURG, Tom. *Judicial review in new democracies - Constitutional courts in asian cases*. USA: Cambridge University Press, 2003 - The global spread of constitutional review. In: WHITTINGTON, Keith; KE-LEMEN, R. Daniel; CALDEIRA, Gregory A. *The Oxford handbook of law and politics*. New York: Oxford University Press.

GRIMM, Dieter. *Constituição e Política*. Tradução de Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

GUTTMAN, Amy. THOMPSON, Dennis. *O que significa democracia deliberativa*. Revista Brasileira de Estudos Constitucionais. Belo Horizonte, ano 1, n. 1, jan./mar. 2007

HABERMAS, Jürgen. *Between Facts and Norms: Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy*, Cambridge: MIT Press, 1996.

HABERMAS, Jürgen. *Más Allá del Estado Nacional*. Tradução de Manuel Jiménez Redondo, Madrid, Editorial Trotta, 1997.

HÄRBELE, Peter. *Hermenêutica Constitucional – a sociedade aberta de intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental da*

Constituição”. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Ed. Sergio Fabris, 1997.

HIRSCHL, Ran. Towards juristocracy - The origins and consequences of the new In: HOBBSAWM, Eric. *A era dos extremos: o breve século XX: 1914-1991*. Tradução de Marcos Santarrita. São Paulo: Companhia das Letras, 1994.

KRAMER, Larry D. *The People Themselves: Popular Constitutionalism and Judicial Review*. New York: Oxford University Press, 2004.

KRISLOV, Samuel. *The Amicus curiae Brief: from friendship to advocacy*. The Yale Law Journal. v. 72, 1963, p. 695-721.

LIMA, Bárbara Scavone Bellem de. *Participação Democrática no Controle de Constitucionalidade Brasileiro*. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 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*. (Monografia) - Sociedade Brasileira de Direito Público – SBDP.

LIRA, Daiane Nogueira de. *A audiência pública da saúde e o controle jurisdicional das políticas públicas de saúde*. Disponível em: <<http://www.carreirasjuridicas.com.br/downloads/dia08oficina13texto4.pdf>>. Acesso em: 27 jun. 2014.

LOWMAN, Michael K. *The litigating amicus curiae: when does the party begin after the friends leave?* American University Law Review, v. 41, 1992, p. 1243-1299.

MACIEL, Adhemar Ferreira. Amicus curiae: um instituto democrático. In *Revista de Informação Legislativa*. Brasília a. 38 n. 153, jan./mar. 2002.

MAIA, Rousiley C. M. Visibilidade Midiática e Deliberação Pública. In: *Comunicação e democracia: problemas & perspectiva*. São Paulo: Paulus, 2008.

MAMARI FILHO, Luís Sérgio Soares. *A comunidade aberta de intérpretes da Constituição: o amicus curiae como estratégia de democratização da busca do significado das normas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

MCGUIRE, KEVIN T. *The Institutionalization of the US Supreme Court*. Political analysis, Oxford University Press, v. 12, n. 2, 2004.

MEDINA, Damares. *Amicus curiae: amigo da corte ou amigo da parte?* São Paulo: Saraiva, 2010.

MENDES, Conrado Hübner. Direitos fundamentais, separação dos poderes e deliberação. (Doutorado) - Universidade de São Paulo. Faculdade de Filosofia, Letras, e Ciências Humanas. 2008.

- MENDES, Conrado Hübner. *Controle de constitucionalidade e democracia*. Oxford University Press, 2013.
- MENDES, Conrado Hübner. *Constitutional Courts and Deliberative Democracy*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.
- MENDES, Gilmar Ferreira. A evolução do Direito Constitucional Brasileiro e o Controle de Constitucionalidade da Lei. In: *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade*. São Paulo: Saraiva.
- MENDES, Gilmar Ferreira. *O Poder Executivo e o Poder Legislativo no Controle da Constitucionalidade*. COAD, Seleções Jurídicas, jun./1997.
- MENDES, Gilmar; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.
- MENDES, Gilmar. VALE, André Rufino do. *O pensamento de Peter Häberle na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*. Observatório da Jurisdição Constitucional. Brasília: IDP, a. 2, 2008/2009.
- MENDONÇA, Eduardo. Política constitucional: entre o inevitável e o excessivo, *Revista da Faculdade de Direito da UERJ*, n. 18, 2010.
- MISHLER, William. SHEENAN, Reginald. *Supreme Court as a Counter-majoritarian Institution? The impact of public opinion on Supreme Court Decisions*.
- NERY JUNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- NETTO, Fernando Gama de Miranda; CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. *Representação Argumentativa: fator retórico ou mecanismo de legitimação da atuação do Supremo Tribunal Federal? Anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI*. Fortaleza, jun. 2010.
- NOGUEIRA, Gustavo Santana. *Do Amicus Curiae*, *Revista de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro*, n. 63, abr./jun. 2005.
- PEREIRA, Milton Luiz. *Amicus curiae – intervenção de terceiros*. *Revista CEJ*, Brasília, n. 18, jul./set. 2002, p. 86.
- RAIS, Diogo. *A sociedade e o Supremo Tribunal Federal: o caso das audiências públicas*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.
- RAWLS, John. *O Liberalismo Político*. Tradução de Álvaro de Vita. ed. e ampl. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2011.
- RAWLS, John. The Idea of Public Reason. In BOHAM, James e REHG, William. (org.) *Deliberative Democracy: essays on Reason and Politics*. Cambridge, Mass.; London: The MIT Press, 1997.

RAWLS, John. *Uma Teoria da Justiça*. Nova tradução, baseada na edição americana revista pelo autor, Jussara Simões; revisão técnica e da tradução Álvaro de Vita, 3. ed., São Paulo: Editora Martins Fontes, 2008.

RAZABONI, Olívia Ferreira. *Amicus Curiae: Democratização da Jurisdição Constitucional*. (Mestrado em Direito do Estado) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009.

RODRIGUES, Leda Boechat. *A história do Supremo Tribunal Federal*. Vol. IV. Rio de Janeiro: Editora Civilização Brasileira, 1991.

ROUSSEAU, Dominique (org.). *La question prioritaire de constitutionnalité*. 2. ed. Lextenso éditions, Gazette du Palais, 2012.

SANTOS, Aline Sueli de Salles. *Que boca é esta? Limites e possibilidades das novas audiências públicas na legitimação democrática do STF*. Observatório da Jurisdição Constitucional. Ano 3, 2009/2010.

SILVA, Luís Virgílio Afonso. O STF e o controle de constitucionalidade: deliberação, diálogo e razão pública. *Revista de Direito Administrativo*, n. 250, 2009, p. 197-227.

SILVA, Virgílio Afonso da. *Deciding without deliberating*. Oxford International Journal of Constitutional Law. v. 11, issue 3.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Teoria constitucional da democracia deliberativa: um estudo sobre o papel do direito na garantia das condições para a cooperação na deliberação democrática*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

SUNSTEIN, Cass. R. *A Constitution of many minds - Why the founding document doesn't mean what it ment before*. New Jersey: Princeton University Press, 2009.

TAVARES, André Ramos. *Tratado de arguição de descumprimento de preceito fundamental*. São Paulo: Saraiva, 2001.

TUSHNET, Mark. *Taking the Constitution away from the courts*. New Jersey: Princeton University Press, 1999.

VALLE, Vanice Regina Lírio do. *Audiências Públicas e ativismo: diálogo social no STF*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

VESTENA, Carolina Alves. *Participação ou formalismo? O impacto das audiências públicas no Supremo Tribunal Federal Brasileiro*. (Dissertação) - Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, 2010.

VIEIRA, Oscar Vilhena. *A constituição e a sua reserva de justiça*. São Paulo: Malheiros, 1999.

VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremo Tribunal Federal: Jurisprudência política*. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

VIEIRA, Oscar Vilhena. “Supremocracia”. *Revista de Direito GV São Paulo*, jul./dez. 2008.

WERNNECK VIANNA, Luiz. *A democracia e os três poderes no Brasil*. Ed. UFMG, Belo Horizonte, 2003.