

*A*micus Curiae: a democratização do debate nos processos de controle concentrado de constitucionalidade

AMICUS CURIAE: THE DEMOCRATIZATION OF THE DEBATE
IN THE PROCESSES OF CONCENTRATED CONTROL OF CONSTITUTIONALITY

Barbara Andrzejewski Massuchin

Bacharel em Direito pela UniCuritiba (2006); Especialista em Direito Constitucional pela Fempar/UniBrasil (2007); Mestranda em Direito pela UniBrasil (2009-2010) / Advogada; Procuradora do Município de Rio Negro – PR / Membro do PATRIAS - Plataforma de Análises Acadêmicas e Técnica de Relações Internacionais da América do Sul. E-mail: barbaramassuchin@hotmail.com. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/8499700710286287>.

Maira Portes

Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná; Especialista em Processo Civil Contemporâneo pela mesma instituição de ensino. Assessora Jurídica no Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. E-mail: maiportes@gmail.com. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/7157315769692073>.

RESUMO: O controle de constitucionalidade concentrado é realizado no âmbito do Supremo Tribunal Federal. Os ministros do STF decidem sobre a validade das normas infraconstitucionais e sobre o conteúdo de normas constitucionais, elaboradas pelo poder constituinte originário, o que envolve questões complexas. Com o advento da Lei nº 9.868/99, foi positivada a figura do *amicus curiae*. Trata-se de auxiliar processual que traz seus conhecimentos e experiências à instrução processual, e só é admitido se verificada sua representatividade. Este instituto tem matriz democrática na medida em que pluraliza o debate e promove a abertura da interpretação constitucional.

Palavras-chave: Democracia. Constituição. Controle de Constitucionalidade. *Amicus Curiae*.

The concentrated control of constitutionality is held under the Supreme Court. The ministers of the Supreme Court decide on the validity of **ABSTRACT:**

federal and state statutes and on the content of constitutional rules, drawn up by the constituent power originates, which may involve complex issues. With the enactment of Law No. 9868/99 was positively valued the *amicus curiae*. This is an procedural auxiliary who brings his knowledge and experience to procedural instruction and is only permitted if verified their representativeness. This institute has the democratic to the extent which pluralistic debate and promotes the opening of constitutional interpretation.

Keywords: Democracy. Constitution. Control of Constitutionality. *Amicus Curiae*.

INTRODUÇÃO

O controle de constitucionalidade brasileiro é um dos mais sofisticados do mundo, aliando o controle difuso, exercido por qualquer juiz ou tribunal, ao concentrado feito exclusivamente pelo Supremo Tribunal Federal, no qual a lei ou ato normativo impugnado é submetido à Corte, para que esta analise sua adequação com a Constituição Federal, norma hierarquicamente superior e parâmetro de validade das demais.

O momento atual é de pluralização, em que se busca conferir maior legitimidade para as Cortes Constitucionais através da democratização do debate nos processos de controle de constitucionalidade.

No Brasil, esta pluralização vem sendo impulsionada pela doutrina, que defende a abertura hermenêutica para outros intérpretes e não apenas aos onze Ministros e demais envolvidos diretamente nos processos. A jurisprudência vem mostrando-se interessada em ampliar o debate e vem aceitando a oitiva de pessoas de outras áreas do saber e de pessoas que vivenciam o cotidiano do comando normativo.

Foi com esse espírito que foi editada a Lei nº 9.868, a qual regulamentou o procedimento da ação direta de inconstitucionalidade e positivou a figura do *amicus curiae*. Este instituto tem por objetivo permitir que entidades representativas dos setores da sociedade que serão atingidos pela decisão prolatada em processo objetivo de controle de constitucionalidade de determinada lei contribuam com a instrução processual.

É o papel deste instituto como matriz democratizante do processo de controle de constitucionalidade que será abordado nesse trabalho.

1 CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE: BREVES COMENTÁRIOS

O controle de constitucionalidade é a verificação da adequação de uma lei ou ato normativo com a Constituição, através da análise de seus requisitos formais e materiais (MORAES, 2006, p. 637).

Para a existência de controle de constitucionalidade são necessárias duas premissas: a supremacia e a rigidez constitucionais. A supremacia da Constituição revela sua posição hierárquica mais elevada dentro do sistema, a qual confere o fundamento de validade de todas as demais normas. Nenhuma lei ou ato normativo poderá subsistir validamente se estiver em desconformidade com a Constituição.

Para que possa figurar como parâmetro de validade de outros atos normativos, a norma constitucional precisa ter um processo de elaboração diverso e mais complexo do que aquele apto a gerar normas infraconstitucionais. Esse fenômeno é denominado rigidez constitucional, e é imprescindível para o controle, pois assim existe distinção formal entre a espécie normativa objeto de controle e aquela em face da qual se dá o controle. (BARROSO, 2009, p. 1-2)

Há três sistemas de controle de constitucionalidade repressivo realizados pelo poder judiciário: o difuso, o concentrado e o misto. O controle difuso caracteriza-se pela permissão a todo e qualquer juiz ou tribunal realizar, no caso concreto, o controle de constitucionalidade. Tal controle é de origem norte-americana (caso *Madison versus Marbury* – 1803) e foi incorporado ao ordenamento brasileiro desde a primeira Constituição republicana de 1891. (MORAES, 2006, p. 647)

Neste controle, qualquer juiz ou tribunal, concluindo que determinada norma é inconstitucional, poderá afastar sua aplicação ao caso concreto, o que não implica na anulação da lei ou o ato normativo, nem a extensão dos efeitos dessa decisão *erga omnes*, uma vez que a (in)constitucionalidade será analisada incidentalmente. A declaração de inconstitucionalidade é necessária para o deslinde do caso concreto, mas não é o objeto da ação.

O controle de constitucionalidade concentrado, de origem austríaca, foi incluído pela Emenda Constitucional nº 16 (pós 1965); antes disso, o Brasil adotava apenas o controle difuso (STRECK, 2004, p. 541). O ordenamento brasileiro passou então a adotar o controle misto: o difuso, realizado por qualquer juiz ou tribunal; e o concentrado, realizado exclusivamente pelo Supremo Tribunal Federal.

O controle concentrado se dá por via de ação direta e a Corte se manifesta abstratamente sobre a validade da norma. No plano federal, o paradig-

ma é a Constituição Federal e as ações disponíveis são: ação direta de inconstitucionalidade; ação declaratória de constitucionalidade; ação de inconstitucionalidade por omissão; ação por descumprimento de preceito fundamental, tendo sido a ADI¹ e a ADC² regulamentadas pela Lei nº 9.868/99.

O modelo brasileiro trazido pela Carta de 1988 prevê tanto o controle difuso quanto o concentrado, que ficou reservado ao STF.

Atualmente, verifica-se uma aproximação entre os modelos, chamada de abstrativização do controle difuso, já que este vem absorvendo institutos do modelo concentrado. Isso pode ser observado na Emenda Constitucional nº 45, que estabeleceu a repercussão geral como requisito de admissibilidade para o Recurso Extraordinário, o que leva a concluir que não é qualquer interesse subjetivo que vai comportar uma resposta da Corte Suprema, sendo necessário demonstrar a transcendência de tais interesses.

1.1 A natureza objetiva das ações de controle de constitucionalidade

A jurisdição constitucional do controle concentrado de constitucionalidade, que se dá por via de ação, tem natureza objetiva. São processos em que não há lide propriamente dita, por não haver direitos subjetivos em conflito, como ocorre no controle difuso. Não há sujeito ativo ou passivo, mas tão somente a defesa objetiva da Constituição, em face de lei ou ato normativo confrontante, não havendo, portanto, contraditório (CUNHA JUNIOR, In: DIDIER JR.; WAMBIER, 2004. p. 151). Neste sentido pronunciou-se o Ministro Moreira Alves no julgamento da ADC 1-1/DF:

Esta corte já firmou o entendimento, em vários julgados, de que a ação direta de inconstitucionalidade se apresenta como *processo objetivo*, por ser processo de controle de normas em abstrato, em que não há prestação de jurisdição em conflitos de interesses que pressupõem necessariamente partes antagônicas, mas em que há, sim, a prática, por fundamentos jurídicos, do ato político de fiscalização dos Poderes constituídos decorrente da aferição da observância, ou não, da Constituição pelos atos normativos deles emanados. (CUNHA JUNIOR, 2004, p. 151-152)

A decisão no controle de constitucionalidade limita-se, assim, a declarar se determinado comando normativo coaduna-se ou não com o texto cons-

¹ Ação Direta de Inconstitucionalidade.

² Ação Declaratória de Constitucionalidade.

titucional, a fim de atender exclusivamente ao *interesse público de controle*, expressão atribuída ao Ministro Gilmar Mendes para designar o único interesse em questão nesse tipo de procedimento. (DEL PRÁ, 2004, p. 68)

Não havendo direitos subjetivos em conflito e, portanto, teses confrontantes, o trabalho de interpretação e conformação acaba sendo exclusivo dos Ministros que julgam estes processos.

2 INSTITUTO DE MATRIZ DEMOCRÁTICA

Apenas onze ministros decidiam, baseando-se apenas em seu inegável conhecimento jurídico e sua vivência, além das teses trazidas pelos advogados envolvidos no processo e pelo Procurador Geral da República.

As questões submetidas ao controle concentrado podem envolver apenas inconstitucionalidade formal, mas algumas podem envolver questões complexas que demandam conhecimento em outras áreas do saber para que a interpretação seja completa, conhecimentos sobre a realidade e sobre o cotidiano daqueles que vivenciam os comandos normativos.

O Supremo Tribunal Federal tem competência para afastar leis aprovadas por representantes do povo, eleitos democraticamente, e para definir o conteúdo de normas estabelecidas pelo poder constituinte originário, sendo, de outro lado, único juiz de sua própria autoridade. Os ministros, na condição de juizes, não são eleitos, não se submetem a controles periódicos da democracia representativa e suas decisões não estão sujeitas a nenhum tipo de controle democrático.

Cria-se, dessa forma, uma aparente lacuna democrática. Diz-se aparente, porque há argumentos no sentido de que tal lacuna é suprida, quando são submetidas à apreciação do judiciário, questões que envolvam as escolhas feitas pelos representantes do povo e pelo poder constituinte, pela representação argumentativa. Nas palavras de Marinoni, citando John Rawls, Robert Alexy e Roberto Gargarella:

É preciso que a representação argumentativa supere a representação política. Isso se torna possível quando se compreende que a democracia não se resume apenas a um processo de decisão marcado pela existência de eleições periódicas e pela regra da maioria. Um conceito adequado de democracia deve envolver não somente decisão mas também discussão. A inclusão da discussão no conceito de democracia torna a democracia deliberativa. A democracia deliberativa é uma tentativa de institucionalizar o discurso tanto quanto possível como um instrumento para a produção de decisões públicas. Essa dimensão discursiva da democracia

é exercida pela representação argumentativa, e é nela que se situam as bases da convivência política legítima. O controle judicial de constitucionalidade da lei se justifica quando os juízes demonstram publicamente que seus julgamentos estão amparados em argumentos que são reconhecidos como bons argumentos, ou, ao menos, como argumentos plausíveis, por todas aquelas pessoas racionais que aceitam a Constituição. (MARINONI, 2006. p. 87-88)

No entanto, persistem na doutrina os questionamentos sobre a legitimidade democrática daquela Corte para decidir sobre questões que envolvem atos derivados da representatividade popular, como é o caso do controle de constitucionalidade. (MATTOS, 2005, p. 66-67)

Diante desse quadro, doutrina, legisladores e os próprios Tribunais têm se empenhado para democratizar o processo de controle concentrado de constitucionalidade, de maneira a promover a abertura do processo interpretativo das normas constitucionais a representantes da sociedade, aos cidadãos, destinatários finais de tais normas. (CUNHA JUNIOR, 2004, p. 162)

Habërle propõe a abertura hermenêutica e ressalta a necessidade de relativização da interpretação constitucional através de um processo aberto, no qual se reconheça a pluralização da interpretação constitucional. (HABÉRLE, 1997, p. 11-12.) O autor afirma que as formas de participação na interpretação acentuam-se, e essa relativização deve levar em conta a

posição que antecede a interpretação constitucional 'jurídica' dos juízes (*Im Vorfeld juristischer Verfassunsisterpretation der Richter*), são muitos os interpretes, ou, melhor dizendo, todas as forças pluralistas públicas são, potencialmente, interpretes da Constituição. O conceito de 'participante do processo constitucional' (*Am Verfassungsprozess Beteiligte*) relativiza-se na medida em que se amplia o círculo daqueles que, efetivamente, tomam parte na interpretação constitucional. A esfera pública pluralista (*die pluralistische Offentlichkeit*) desenvolve força normatizadora (*normierende Kraft*). Posteriormente, a Corte Constitucional haverá de interpretar a Constituição em correspondência com a atualização pública. (HABÉRLE, 1997, p. 41-42)

Destaca ainda que:

O raio de interpretação normativa amplia-se graças aos intérpretes da Constituição da sociedade aberta. Eles são os participantes fundamentais

no processo de 'trial and error', de descoberta e de obtenção do direito. A sociedade torna-se aberta e livre, porque todos estão potencial e atualmente aptos a oferecer alternativas para a interpretação constitucional. A interpretação constitucional jurídica traduz (apenas) a pluralidade da esfera pública e da realidade (*die pluralistische Öffentlichkeit Wirklichkeit*), as necessidades e as possibilidades da comunidade, que constam do texto, que antecedem os textos constitucionais ou subjazem a eles. A teoria da interpretação tem a tendência de superestimar sempre o significado do texto. (HABERLE, 1997, p. 42-43)

Nesse sentido, a figura do *amicus curiae* é uma possibilidade de se ampliar o debate constitucional, já que terceiro alheio a relação jurídico processual vai à Corte para auxiliar os julgadores com conhecimentos e experiências. O *amicus curiae* poderá ensejar significativo efeito democratizante nos processos objetivos de controle da constitucionalidade, pois permite-se, além da apresentação formal de memoriais de conteúdo jurídico, a oitiva daqueles que vivenciam a realidade constitucional e são os destinatários das normas objeto de controle. (BINENBOJM, 2001, p. 159)

Para Mendes (2009, p. 244-245) o instituto “confere 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”.

O *amicus curiae* pode ser concebido como: amigo da corte³, aquele que lhe presta informações sobre matéria de direito, objeto da controvérsia e tem como função:

(...) chamar a atenção dos julgadores para alguma matéria que poderia, de outra forma, escapar-lhe ao conhecimento. Um memorial de *amicus curiae* é produzido, assim, por quem não é parte no processo, com vistas a auxiliar a Corte para que esta possa proferir uma decisão acertada, ou com vistas a sustentar determinada tese jurídica em defesa de interesses públicos ou privados de terceiros, que serão indiretamente afetados pelo desfecho da decisão. (BINENBOJM, 2001, p. 158)

³ “*Amicus Curiae* é uma expressão que vem do latim e significa, literalmente, “amigo da corte”. O vocábulo latino *curiae* possui diversos sentidos, dentre os quais “sala de sessões de qualquer assembleia” e, neste sentido, é que se faz razoável empregá-lo, contextualizando-o com a Modernidade, como corte ou tribunal”. (MATTOS, 2005, p. 66).

A finalidade de pluralizar o debate constitucional é destacada por LENZA (2008, p. 192) na análise do voto do Ministro Celso de Mello na ADI 2.130-MC/SC, decisão que consolidou o instituto do *amicus curiae*:

(...) a admissão de terceiro, na condição de *amicus curiae*, no processo objetivo de controle normativo abstrato, qualifica-se como **fator de legitimação social das decisões da Suprema Corte**, enquanto o Tribunal Constitucional, pois viabiliza, em obséquio ao postulado democrático, a abertura do processo de fiscalização concentrada de constitucionalidade, em ordem a permitir que nele se realize, sempre sob uma **perspectiva eminentemente pluralística** a possibilidade de participação formal de entidades e de instituições que efetivamente representem os **interesses gerais da coletividade** ou que expressem os **valores essenciais e relevantes de grupos, classes ou estratos sociais**. Em suma: a regra inscrita no art. 7º, § 2º, da Lei 9.868/99 – que contém a base normativa e legitimadora da intervenção processual do *amicus curiae* – tem por precípua finalidade **pluralizar o debate constitucional**. (grifos nossos).

Verifica-se o entendimento da jurisprudência da própria Corte que o *amicus* é um fator de legitimação social das decisões do STF e tem como finalidade pluralizar o debate constitucional.

3 “AMICUS CURIAE” NO DIREITO POSITIVO BRASILEIRO

Em 10 de novembro de 1999, foi editada a Lei nº 9.868 para regulamentar o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade, perante o Supremo Tribunal Federal. Tal norma positivou o *amicus curiae* no direito pátrio.

Importante destacar a posição de Streck, que defende que a Lei 9.868/99 não é uma simples regra de direito processual, pois define o funcionamento da jurisdição constitucional. Afirma que tal norma carece de legitimidade formal e é inconstitucional. Para o autor é necessário uma emenda constitucional autorizando uma lei a tratar desta matéria, o que de fato não existe, portanto há conflito com o artigo 22, I da Constituição. (STRECK, 2004, p. 542) Mas deixando esse assunto para uma futura discussão, passa-se à análise da Lei.

A Lei nº 9.868/99, em seu artigo 7º, estabelece expressamente a vedação à intervenção de terceiros nos processos de controle de constitucionalidade⁴.

⁴ Art. 7º Não se admitirá intervenção de terceiros no processo de ação direta de inconstitucionalidade. / No mesmo sentido, o Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

A jurisprudência não admite nenhuma forma de intervenção de terceiros nas ações do controle concentrado, pois considera que “o pedido de intervenção assistencial, ordinariamente, não tem cabimento em sede de ação direta de inconstitucionalidade, eis que terceiros não dispõe, em nosso sistema de direito positivo, de legitimidade para intervir no processo de controle normativo abstrato” (RDA 155/155, 157/266 – ADI 575-PI (AgRg), Rel. Min. Celso de Mello).

Esta vedação decorre da natureza objetiva desse tipo de processo, e direciona-se principalmente à intervenção do terceiro na condição de particular, como titular de direitos subjetivos, tendo em vista que estes não são objetos da ação (CUNHA JUNIOR, 2004, p. 152).

Entretanto, o parágrafo segundo da referida Lei estabelece a possibilidade de manifestação de outros órgãos ou entidades:

Art. 7º. (...)

Parágrafo 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.

Este comando introduziu essa importante figura em nosso sistema de controle de constitucionalidade: o *amicus curiae*.

Discute-se sua natureza jurídica. Alguns autores, como Rothenburg (2001, p. 276), tratam o instituto como intervenção de interessados. Outros como Lenza (2008, p. 196) defendem que é uma *modalidade sui generis* de intervenção de terceiros.

O STF já decidiu de diferentes maneiras: na ADI 2.581 o Ministro Mauricio Corrêa considerou o *amicus curiae* como um “colaborador informal da Corte” que não configura “tecnicamente, hipótese de intervenção *ad coadjuvandum*”; já na ADI 2.130 o Ministro Celso de Mello referiu-se a uma “intervenção processual”.

Independentemente destas classificações, é necessário que se demonstre interesse objetivo no deslinde da questão para que a entidade representativa, pessoa física ou jurídica, seja admitida como auxiliar do juízo.

O procedimento para o ingresso do amigo da corte é simplificado. O relator verifica a representatividade dos postulantes e, considerando que estes podem auxiliar a Corte na interpretação da norma sob discussão, admite seu ingresso como *amicus curiae*. Dessa decisão monocrática não cabe recurso,

nem mesmo o agravo regimental, conforme vedação contida no próprio texto da lei.

Em relação à decisão que indefere a admissão do auxiliar da corte, a possibilidade de recurso é extraída justamente da falta de proibição legal, uma vez que esta se refere apenas à decisão que admite a entrada do *amicus curiae*, tratando-se de exceção à regra da irrecorribilidade das decisões interlocutórias no controle concentrado de constitucionalidade. (DEL PRÁ, 2004, p. 74)

Entretanto, Lenza, analisando a jurisprudência (ADI 2.238, DJ, 09.05.2002), destaca que mesmo admitido pelo relator, o Tribunal poderá deixar de referendar o auxiliar do juízo.

Quanto ao momento de manifestação do *amicus curiae* verifica-se que o instituto está sendo prestigiado e se está promovendo a abertura do debate no âmbito do Supremo Tribunal Federal.

Inexiste previsão legal de prazo para o ingresso do *amicus curiae*. Em regra, esta deve se dar antes que os autos sejam conclusos para o relator, mas o STF já admitiu o ingresso até a entrada do processo em pauta (ADI 4071). Mendes (2009, p. 246) defende a admissão fora deste prazo diante da relevância do caso, ou ainda, em face da notória contribuição que a manifestação possa trazer para o julgamento da causa (ADI 2690-RN).

Quanto à forma de manifestação, verifica-se também a ampliação das possibilidades. Inicialmente era aceita apenas a apresentação de memoriais, mas em julgamento recente, o STF permitiu a realização de sustentação oral por terceiros admitidos no processo de fiscalização abstrata de normas, na condição de *amicus curiae* (MENDES, 2009, p. 245) (ADI 2.777-SP).

Para Mendes, essa nova orientação, apesar de ter contrariado os precedentes existentes, é acertada na medida em que viabiliza, em casos específicos, a possibilidade de que o procedimento de instrução da ação direta de inconstitucionalidade seja subsidiado por novos argumentos e diferentes alternativas de interpretação da Constituição. (MENDES, 2009, p. 245)

Outra inovação da Lei, que prestigia a abertura do debate para diversos intérpretes, é o disposto no artigo 9º, § 1º que prevê a hipótese de o relator requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão posta na ação, e também fixar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e autoridade na matéria (STRECK, 2004, p. 548).

Discute-se a possibilidade do *amicus curiae* na ADC, já que o artigo de lei que tratava dessa possibilidade para tal ação foi vetado (art. 18 da Lei nº. 9.868 de 1999). Para essa análise é imperioso ter em mente o caráter dúplice

da ADC e da ADI, não parecendo razoável, dessa forma, qualquer conclusão que elimine o direito de manifestação na ADC. Para Mendes (2009, p. 245), deve-se considerar aplicável à ADC a regra do art. 7º, § 2º, da Lei nº. 9.868, que admite o direito de manifestação de entidades representativas na ação direta de inconstitucionalidade.

Quanto ao cabimento para a ADPF⁵, o STF vem entendendo pela possibilidade, em virtude da interpretação do artigo 6º, § 2º, da Lei nº. 9.882/99 que estabelece que o relator poderá autorizar a juntada de memoriais e a sustentação oral por requerimentos de interessados no processo. Verifica-se nas ADPF's nº. 46-DF e nº. 73-DF, que o STF admitiu o *amicus curiae* com aplicação por analogia no disposto na Lei nº 9.868/99. (LENZA, 2008, p. 196)

4 ESTUDO DE CASO: A INTERVENÇÃO DOS *AMICUS CURIAE* NA ADPF 54

Na mesma linha de raciocínio, o Supremo Tribunal Federal entendeu pela possibilidade de intervenção do *amicus curiae* na ADPF 54, que trata da questão de aborto (ou antecipação terapêutica do parto), nos casos em que se verifique a anencefalia do feto e que seja de vontade da gestante interromper a gravidez.

O objetivo é exclusivamente apresentar a dinâmica da participação dos *amici curiae* na ADPF 54, limitando-se à sua análise procedimental, afastando-se de incursões no mérito.

A arguição de descumprimento de preceito fundamental ajuizada pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde - CNTS visa conferir interpretação aos dispositivos do Código Penal, que tipificam o crime de aborto (arts. 124, 126, *caput*, e 128, I e II), conforme o texto constitucional, com base no princípio da dignidade humana (art. 1º, IV), da legalidade, liberdade e autonomia da vontade (art. 5º, II) e no direito à saúde (arts. 6º, *caput* e 196), conforme se extrai do texto da petição inicial:

(...) Por todo o exposto, a CNTS requer seja julgado procedente o presente pedido para o fim de que essa Eg. Corte, procedendo à interpretação conforme a Constituição dos arts. 124, 126 e 128, I e II do Código Penal (Decreto-lei nº 2.848/40), declare inconstitucional, com eficácia *erga omnes* e efeito vinculante, a interpretação de tais dispositivos como impeditivos da antecipação terapêutica do parto em casos de gravidez de feto anencefálico, diagnosticados por médico habilitado, reconhecendo-

⁵ Ação por Descumprimento de Preceito Fundamental

se o direito subjetivo da gestante de se submeter a tal procedimento sem a necessidade de apresentação prévia de autorização judicial ou qualquer outra forma de permissão específica do Estado⁶.

A CNBB⁷ requereu o ingresso no feito na condição de *amicus curiae* com base do art. 6º, § 1º da Lei 9.882/99⁸, o que foi, em um primeiro momento, indeferido, tendo como justificativa que o pedido da requerente não se enquadrava no dispositivo legal evocado. Ressalte-se que referida lei não prevê a possibilidade de intervenção do *amicus curiae*, o que, segundo o mesmo despacho, somente seria possível através da aplicação analógica da lei 9.868/99, relativa às ações diretas de inconstitucionalidade e declaratórias de constitucionalidade.

Mesmo após o pedido de reconsideração, o ingresso da CNBB, assim como o de várias outras instituições interessadas, como a “Católicas pelo direito de decidir”; “Pró-vida e pró-família” e “Associação de desenvolvimento da família”, foi indeferido, agora sob o fundamento de ausência de conveniência e necessidade. Por esta última entidade foi interposto agravo regimental, ao qual se negou seguimento por ser incabível, conforme interpretação conferida ao art. 7º, § 2º da Lei nº. 9.868/99.

Entretanto, antes de submeter questão de ordem suscitada pela Procuradoria Geral da República (admissibilidade da arguição de descumprimento de preceito fundamental) ao plenário, o relator designou audiência pública, admitindo a manifestação de todas as entidades que pleitearam o ingresso como *amicus curiae* (inclusive daquelas que tiveram seu pedido indeferido inicialmente, como a CNBB), bem como de outras por ele indicadas, como a Federação Brasileira de Ginecologia e Obstetrícia; Conselho Federal de Medicina; Igreja Universal; Deputado Federal José Aristodemo Pinotti, por sua especialização na área de ginecologia, pediatria, obstetrícia e cirurgia, tendo sido reitor da Unicamp e fundador e presidente do Centro de Pesquisas Materno-Infantis de Campinas – CEMICAMP, entre outras.

⁶ Conforme texto da petição inicial, disponível em: <redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=2226954>. Acesso em: 24 maio 2010.

⁷ Confederação Nacional dos Bispos do Brasil.

⁸ Art. 6º Apreciado o pedido de liminar, o relator solicitará as informações às autoridades responsáveis pela prática do ato questionado, no prazo de dez dias. § 1º Se entender necessário, poderá o relator ouvir as partes nos processos que ensejaram a arguição, requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou ainda, fixar data para declarações, em audiência pública, de pessoas com experiência e autoridade na matéria.

É possível observar que a questão relativa à admissão das instituições na qualidade de *amicus curiae* foi paulatinamente flexibilizada. Após a análise da viabilidade do pleito pelo plenário, foi aberta a possibilidade de que representantes da área médica, da sociedade civil organizada, parlamentares e organizações religiosas, participassem do debate na condição de auxiliares do juízo, sendo indeferidos apenas os pedidos que não explicitavam a qualificação dos envolvidos e a sua pertinência para o assunto, como foi o caso dos profissionais indicados pela Procuradoria Geral da República.

Foi indeferido também o pedido de ingresso de pessoa natural na qualidade de curador dos nascituros, sob o fundamento de que, por se tratar de ação objetiva, não se admitiria intervenção em nome de direito subjetivo.

Os pedidos feitos após a elaboração do rol das entidades inscritas para audiência pública foram inicialmente indeferidos; mas a decisão foi reconsiderada e, em homenagem à relevância e representatividade das pessoas que requereram tardiamente o ingresso, a decisão foi reconsiderada e foram admitidas as oitavas.

Desta forma, conclui-se que paulatinamente o Supremo Tribunal Federal vem assimilando a pertinência da admissão de membros da sociedade civil e de instituições representativas dos setores da sociedade que se consideram afetados pela matéria em debate (como foi o caso da comunidade médica e das organizações religiosas, por se tratar de questão que interfere diretamente no âmbito de atuação de cada uma), na qualidade de *amicus curiae*.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A doutrina vem defendendo a abertura hermenêutica para que a interpretação não fique restrita apenas aos onze Ministros do STF e aos envolvidos diretamente no processo, já que nas questões que envolvem o aspecto constitucional dos direitos materiais, são discussões de alta complexidade e envolvem diversas áreas do conhecimento.

O legislador, atento a essa necessidade, editou a Lei nº 9.868/99, e positivou a figura do *amicus curiae* no ordenamento jurídico brasileiro. Tal instituto possui matriz democrática na medida em que traz à Corte *experts* em áreas do conhecimento e instituições que representam as pessoas direta e indiretamente envolvidas nas situações em que a norma discutida se aplica, para participar da instrução processual.

A jurisprudência do Supremo tem se mostrado atenta a necessidade de pluralizar o debate, e vem admitindo o *amicus curiae* em diversos processos, flexibilizando o momento de ingresso e os modos de participação, permitindo inclusive a sustentação oral.

Com institutos como o *amicus curiae* há maior legitimidade democrática para as decisões do Supremo, por preencher a lacuna aparente que se apresenta por se tratar de uma Corte de juízes não eleitos decidindo sobre a constitucionalidade de normas estabelecidas por membros eleitos, ou ainda discutindo sobre o conteúdo de normas estabelecidas pelo poder constituinte originário.

A figura do auxiliar do juízo representa muito mais do que a ampliação do debate, que não fica mais restrito apenas às teses jurídicas e ao conhecimento e vivências dos envolvidos diretamente no processo. Representa a participação efetiva dos cidadãos na solução dos problemas apresentados na condição de verdadeiros protagonistas do processo de controle de constitucionalidade, e não mais como meros expectadores da prestação jurisdicional.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luiz Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2009.

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 9.868/99**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

BRASIL. Presidência da República. <www.planalto.gov>.

CUNHA JUNIOR, Dirley. A intervenção de terceiros no processo de controle abstrato de constitucionalidade – a intervenção do particular, do co-legitimado e do *amicus curiae* na ADIN, ADC e ADPF. In: DIDIER JR., Fredie; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; BRONZATTO, Alexandre Novelli (Coord.). **Aspectos polêmicos e atuais sobre os terceiros no processo civil (e assuntos afins)**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

DEL PRÁ, Carlos Gustavo Rodrigues. Breves considerações sobre o *amicus curiae* na ADIN e sua legitimidade recursal. In: DIDIER JR., Fredie; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; BRONZATTO, Alexandre Novelli (Coord.). **Aspectos polêmicos e atuais sobre os terceiros no processo civil (e assuntos afins)**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

HABERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional, a sociedade aberta de interpretes da Constituição**: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição, trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre, 1997.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. São Paulo: Saraiva, 2008.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de processo civil**. Volume 1: teoria geral do processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MATTOS, Ana Letícia Queiroga de. *Amicus Curiae* e a democratização do controle de constitucionalidade. **Revista Jurídica**, n. 332, jun./2005.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2006.

MORAES, Alexandre de. **Jurisdição Constitucional e Tribunais Constitucionais**. São Paulo: Atlas, 2000.

ROTHENBURG, Walter Claudius. Velhos e Novos Rumos das Ações de Controle Abstrato de Constitucionalidade à Luz da Lei nº 9.868/99. In: SARMENTO, Daniel. (Org.). **O Controle de Constitucionalidade e a Lei 9.868/99**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

STRECK, LÊNIO LUIZ. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica, uma nova crítica do Direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. <www.stf.jus.br>.

Recebido em: 29/06/2011;

Aceito para publicação em: 18/07/2011.