XXV CONGRESSO DO CONPEDI - CURITIBA

CONSTITUIÇÃO E DEMOCRACIA I

RIVA SOBRADO DE FREITAS

LUCAS GONÇALVES DA SILVA

ANDERSON ORESTES CAVALCANTE LOBATO

Copyright © 2016 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos.
Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN
Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP
Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC
Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:
Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches – UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)
Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF
Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDi
Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC
Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG
Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA
Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

C758
Constituição e democracia I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UNICURITIBA;
Coordenadores: Anderson Orestes Cavalcante Lobato, Lucas Gonçalves da Silva, Riva Sobrado De Freitas – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-288-0
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: CIDADANIA E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL: o papel dos atores sociais no Estado Democrático de Direito.
1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Congressos. 2. Constituição. 3. Democracia. I. Congresso Nacional do CONPEDI (25. : 2016 : Curitiba, PR).

CDU: 34

CONPEDI
Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Florianópolis – Santa Catarina – SC
www.conpedi.org.br

XXV CONGRESSO DO CONPEDI - CURITIBA

CONSTITUIÇÃO E DEMOCRACIA I

Apresentação

A sociedade brasileira continua fortemente marcada pelo processo de transição democrática que permitiu a adoção da atual Constituição brasileira de 1988. De fato, o desafio da nova Constituição brasileira continua sendo o da efetividade. Se no final dos anos noventa a problemática da efetividade da Constituição encontrou no Judiciário um espaço de pressão para a concretização dos direitos sociais, a atualidade da crise econômica e política questiona fortemente a atuação do Judiciário que cotidianamente se envolve em questões políticas e sociais.

O GT Constituição e Democracia I nos ofereceu primeiramente uma série de trabalhar críticos sobre a atuação do Judiciário. A problemática da legitimidade desloca a expectativa de efetividade da Constituição para o espaço democrática de decisão política. Observa-se não somente a crise de legitimidade dos poderes do Estado, mas sobretudo, surge uma nova expectativa de participação política que não se contenta com os instrumentos do sistema representativo, exigindo uma escuta da vontade das ruas, dos movimentos sociais, das manifestações apartidárias, que ultrapassam claramente a vontade dos representantes eleitos ou selecionados pelos concursos públicos de provas e títulos. As críticas e questionamos fundamentos no espaço democrática de decisão política denunciam os limites do constitucionalismo brasileiro pós-1988, ou de outro modo, pós-transição democrática. Com efeito, novo constitucionalismo exige respeito ao texto constitucional; sinceridade na aplicação dos valores e princípios constitucionais e, sobretudo, reconhecimento da diversidade cultural marcada pelo pluralismo jurídico e à crítica ao positivismo das decisões de Justiça.

Pensar a diversidade cultural, econômica e social no Brasil contemporâneo implica necessariamente enfrentar escolhas antagônicas no debate político e partidário, cujo único ponto de contato seria a promoção da justiça social. De fato, a problemática da efetividade da Constituição deixa de ser um objetivo em si mesmo, para despertar a importância sobre o método de promoção dos direitos constitucionalmente protegidos.

Profa. Dra. Riva Sobrado De Freitas - UNOESC

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS

Prof. Dr. Anderson Orestes Cavalcante Lobato - FURG

OS INSTRUMENTOS DE DEMOCRACIA PARTICIPATIVA NA JURISDIÇÃO CONCENTRADA BRASILEIRA

THE PARTICIPATORY DEMOCRATIC INSTRUMENTS IN BRAZILIAN CONCENTRATED JURISDICTION

Marília Nascimento de Sousa [1]

Resumo

Resumo: Este artigo visa identificar no processo concentrado, exercido pelo Supremo Tribunal Federal (STF), os instrumentos que objetivam democratizar a interpretação e o acesso à jurisdição constitucional concentrada. Analisar-se-á, portanto, a adoção da audiência pública e do amicus curiae enquanto mecanismos de abertura democrática do controle de constitucionalidade concentrado brasileiro.

Palavras-chave: Palavras-chave: instrumentos de democracia participativa, Audiência pública, Amicus curiae, Controle de constitucionalidade concentrado

Abstract/Resumen/Résumé

Abstract: This article aims to identify in the concentrated process exercised by the Supreme Court, the instruments that aim to democratize the interpretation and the access to the concentrated constitutional jurisdiction. This article will analyze, therefore, the inclusion of public hearings and amicus curiae as democratic opening mechanisms of the Brazilian concentrated control of constitutionality.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Keys words: participatory democratic instruments, Public hearing, Amicus curiae, Concentrated control of constitutionality

[1] Mestranda no PPGD/UFSC. Graduada em Direito na UFPA. Bolsista CNPQ. Advogada. E-mail: mariliansousa@outlook.com

1. Introdução

Objetiva-se identificar os instrumentos de democracia participativa no processo constitucional concentrado e quais ações admitem sua utilização. Assim, destacar-se-á a previsão legislativa, como tais instrumentos foram inseridos e consolidados pela jurisprudência da Corte brasileira em sede de controle concentrado.

Insta observar que a participação do *amicus curiae* visa conferir um horizonte mais amplo de esclarecimento da Corte em matérias sensíveis à Constituição. Sobretudo, no processo objetivo, onde não há partes nem contraditório perfeito, a admissão da atuação dessa figura processual possibilita o desenvolvimento de um contraditório ainda que imperfeito.

A relevância destes aspectos processuais emerge devido o processo, sendo método de resolução, buscar promover a realização prática dos objetivos imprimidos na Constituição do Estado, o qual tem seu conceito indissociável ao de Jurisdição, enquanto Estado Democrático de Direito.

Destarte, o impacto social inexorável de certas decisões contribuiu à existência do *amicus curiae* como um reflexo do clima democrático, expressão de um direito do pluralismo e da participação, principalmente nos casos de controle concentrado de in/constitucionalidade (MEDINA; WAMBIER; 2010, p. 494).

Ademais, uma das características do Estado moderno é a inevitabilidade da sujeição dos indivíduos as suas decisões. Ele age com base no seu poder e, com isso, assume objetivos, funções e escolhas políticas. Como a tutela constitucional projeta a índole e características do Estado sobre o sistema processual (DINAMARCO, 2009, p. 199), o contraditório/participação componente do regime democrático deve ser valorizado.

Como se pontuará tal abertura do processo constitucional ocorre na Suprema Corte e Tribunais de Justiça locais. Além disso, a introdução prática dessa figura evidencia problemas solucionados pelo STF, principalmente diante da omissa legislação. No mais, ressalte-se que o amigo da Corte não recebe honorários, sua atuação não vincula o Tribunal e não é similar ao perito no processo (FERRAZ, 2012, p. 119).

De estudos recentes sobre a efetividade desses instrumentos de democracia participativa introduzidos no âmbito da jurisdição concentrada para densificar a legitimidade das decisões tomadas pela Corte, extraiu-se ainda a carência de participação popular na construção destas.

Pontua-se a análise de casos realizada por Miguel Godoy que partiu de uma metodologia de análise comparativa entre as razões e argumentos trazidos através dos

instrumentos de democracia participativa, audiências e *amici curiae,* com aquelas presentes nos votos dos Ministros do Supremo.

Além de destacar o resultado da avaliação comparativa dessa pesquisa de Godoy que apesar de demonstrar referências expressas às audiências públicas com certa influência nas decisões dos Ministros, observa que não há a promoção de um espaço deliberativo de efetiva participação popular em face da construção das decisões que transparecem o déficit de legitimidade das decisões prolatas em sede de controle concentrado.

A abordagem desta pesquisa soma a outras expressões de pesquisadores que apontam a abertura do processo concentrado à participação popular como o aspecto positivo desta medida, mas com ela há a constatação de que a lógica empreendida com a introdução destes instrumentos de democracia participativa não foi plenamente captada pelos atores daquela Corte.

Como se indicará ainda constitui desafio a legitimidade das decisões da Corte, o que preocupa em tempos de objetivação do processo com decisões tomadas nos gabinetes.

2. Os instrumentos de democracia participativa no controle de constitucionalidade concentrado brasileiro

De início, a pesquisa intenta identificar os instrumentos de democracia participativa dispostos no controle concentrado. Para tanto, é necessário identificar quais são as ações existentes neste processo de controle concentrado de constitucionalidade. Das ações diretas, cumpre frisar a figura excepcional da Representação Interventiva (RI), pontuando sua natureza de controle concreto (MARINONI, 2014, p. 1.300).

À competência do STF, as ações diretas dispostas no processo constitucional concentrado são: Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI), Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC), Ação Declaratória de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO), Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) e a Representação Interventiva (RI).

Aponta-se que a participação democrática no processo constitucional concentrado consagrou-se com a edição das Leis 9.868, de 10 de novembro de 1999, que regula o processo e julgamento da ADI e ADC, e 9.882, 03 de dezembro de 1999, que disciplina o processo e julgamento da ADPF, possibilitando abertura à participação de representantes da comunidade nacional ao prever os institutos audiência pública e *amicus curiae*.

Embora seja no âmbito do controle abstrato de constitucionalidade, há a hipótese como no artigo 9º, §1º da Lei 9.868/99 de discussão de circunstâncias fáticas, posto que a decisão nesse controle não pode ignorar as consequências concretas decorrentes da norma em tese.

É o caso da ADPF 101 (importação de pneus usados e remoldados) com discussão de questões concretas, por exemplo, acerca da existência de danos ao meio ambiente com a utilização de pneus usados como matéria prima. Também na ADPF 54 (interrupção de gravidez de feto anencéfalo) levantaram-se questões concretas como: se poderia ser diagnosticada com 100% de certeza a condição de anencefálico e se tal feto teria viabilidade de vida.

Como indica a doutrina, sob influência da obra de Peter Haberle[1], decorreram as inovações de abertura à participação democrática na jurisdição constitucional concentrada brasileira a partir destas Leis 9.868/99 e 9.882/99, onde as duas figuras mencionadas eram desconhecidas.

Isso porque, anteriormente, a audiência pública existia apenas no âmbito do Poder Legislativo e Executivo. No Judiciário a presença do *amicus curiae*, sem usar este termo expressamente, estava determinada no artigo 31 da Lei Federal 6.385 de 1976 em decorrência da natureza do direito e objeto em debate, impondo a participação da Comissão de Valores Mobiliários (CVM) nos processos que tenham por objeto matéria de competência desta Comissão, similar a imposição de participação do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) nos processos sobre direito da concorrência, previsão disposta no artigo 89 da Lei Federal 8.884/94 (Lei Antitruste).

Constata-se que a Carta Magna de 1988 nada dispõe acerca do amigo da cúria, as Leis 9.868/99 e 9.882/99 que impulsionaram a construção jurisprudencial para a adoção desta figura processual (FERRAZ, 2012, pg. 114). Ademais, a edição dessas inovadoras leis aprimorou a atuação do *friend of court*, pois não indica previamente quem é o *amicus curiae* e permite a intervenção espontânea (DIDIER JR., 2006, p. 394).

Marinoni (2014, p. 229) salienta que se autoriza a intervenção de terceiro, sem interesse jurídico, pois embora não seja alcançado pela autoridade da coisa julgada ou dos efeitos reflexos, o *amicus curiae* possui interesse na prevalência de uma das teses. Sendo evidente a importância dessa figura processual no STF devido à amplitude significativa das

1 "Hermenêutica constitucional – A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição" de 1975– Em fevereiro de 1997, publicada a tradução realizada pelo Ministro do STF Gilmar Mendes.

normas, a complexidade fática e a clara disputa de valores, observada nos casos de delimitação do sentido de direitos fundamentais.

Desse modo, o *disinterested bystander* deixou de caracterizá-lo há bastante tempo, tem-se que a intervenção promovida pelo auxiliar da Corte é parcial ao se tornar ativa a sua participação no processo (MARINONI, 2014, p. 230).

A dependência de o *amicus curiae* comprovar a relevância da causa e sua representatividade evidencia seu interesse no resultado do processo. Sendo assim, é muito mais um amigo da causa ou como pontua o Ministro Joaquim Barbosa, citando Peter Haberle, um participante social no controle abstrato (FERRAZ, 2012, p. 116). *Vide* ADI 2.134.

Em suma, a Audiência Pública e o *Amicus Curiae* são os instrumentos identificados de participação popular na jurisdição constitucional concentrada. Ambos os institutos inseridos pela Lei 9.868/99 e, após, pela Lei 9.882/99.

3. Audiência Pública

Pontuar-se-á a previsão legislativa dos supracitados instrumentos de democracia participativa no plano do controle concentrado, observando como foram introduzidos na prática processual constitucional pela Corte brasileira. De forma prática, destacam-se quais ações os admitem.

A Audiência Pública está expressa no artigo 9º, §1º e 20,§1º da Lei 9.868/99 no controle concentrado em sede de Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI), de Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC), incluindo a Ação Declaratória de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO). Já a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) está prevista no artigo 6º, §1º da Lei 9.882/99 e a Representação Interventiva (RI) disposta no artigo 7º, *caput*, da Lei 12.562 de 2011.

Inobstante a inaplicabilidade imediata e a demorada regulamentação, desde 2006 utiliza-se tal instrumento no âmbito da ADPF e ADI em debates relevantes. O primeiro caso é a ADI 3.510/DF (utilização de células-tronco embrionárias) proposta pelo Procurador Geral da República (PGR), em 30 de maio de 2005, objetivando a declaração de inconstitucionalidade do artigo 5º e parágrafos da Lei 11. 105, de 24 de março de 2005 (Lei de Biossegurança). Nesta oportunidade, o legitimado requereu a realização de audiência pública com base na Lei instituidora deste instrumento de democratização, artigo 9º, §1º da Lei 9.868/99.

O Ministro Carlos Ayres Britto, relator, admitiu a realização da audiência pública em despacho do dia 19 de dezembro de 2006, a qual ocorreu em 20 de abril de 2007, com transmissão pela TV Justiça, bem como a participação de *amici curiae* inscritos. Frente à omissão normativa acerca do procedimento a ser adotado, como padrão utilizou dispositivos compatíveis do Regimento Interno da Câmara dos Deputados (RICD) para aplicação no processo constitucional da Corte. Concluído os trabalhos, a Corte decidiu pela improcedência do pedido de inconstitucionalidade.

A segunda audiência pública ocorreu na instrução da ADPF 54/DF (interrupção de gravidez de feto anencefálico) proposta pela Confederação Nacional dos Trabalhadores de Saúde (CNTS) em 17 de junho de 2004, com participação de *amici curiae* também. Posteriormente, houve a audiência pública no âmbito da ADPF 101/DF (importação de pneus usados) de autoria do Presidente da República, em 21 de agosto de 2006, tendo participado também os *amici curiae*.

Nesta ocasião, importante observar que a relatora, Ministra Carmem Lúcia, possibilitou a utilização do meio eletrônico para a inscrição, método constatado nas audiências posteriores, e sorteio dos *amici curiae*. Estas práticas foram apontadas como fatores de democratização da participação da sociedade no controle concentrado (FERRAZ, 2011, p. 107)

A regulamentação da audiência pública ocorreu apenas com a Emenda Regimental (ER) nº 29, de 20 de fevereiro de 2009, quando passou a integrar o Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal (RISTF).

Cumpre destacar que essa emenda ampliou a competência para convocação de audiência pública ao presidente da Corte (artigo 13, XVIII do RISTF), além de o relator; incluiu o requisito restritivo de "repercussão geral e interesse público relevância" e "debatidas no âmbito do Tribunal" (artigo 13, XVII, RISTF); e estabeleceu o procedimento para a convocação de audiência pública (artigo 154 e 155 do RISTF).

Ferraz (2011, pg. 113) salienta que a primeira audiência pública, sob a égide da regulamentação da ER nº 29, ocorreu no âmbito do controle difuso sobre o direito à saúde no Brasil, com transmissão pela TV Justiça e da Rádio Justiça. Nesta oportunidade, embora não previsto no RISTF, possibilitou-se requerimento de transmissão à Secretaria de Comunicação Social pelas transmissoras interessadas, prática facultada nas audiências seguintes também.

3. Amici curiae

Depois, na ADPF 186 (Cotas raciais nas Universidades Públicas) também se admitiram *amici curiae* a partir de critérios para admissão de segmentos diversos da sociedade e ampla variedade de abordagem, com defensores da constitucionalidade e inconstitucionalidade.

Já na ADI 3.880/DF (Inconstitucionalidade de artigos da Lei do Processo Eletrônico) proposta pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (CFOAB) foi indeferido o requerimento, transparecendo que a matéria não preenchia a relevância social necessária para a realização de audiência pública, assim como se inadmitiram *amici curiae*.

O *Amicus Curiae* está previsto nos artigos 7º, §2º e 20, §1º da Lei 9.868/99, de forma geral, admitindo-o em todas as ações diretas, assim, na ADI, na ADC, na ADO, na ADPF (artigo 6º, §2º da Lei 9.882/99) e na RI (artigo 7º, parágrafo único, da Lei 12.562 de 2011).

Quanto ao aspecto processual, natureza jurídica, considera-se o *Amicus Curiae* como nova modalidade de intervenção de terceiro. Esta sinalizada a partir da inovadora exceção expressa pelo §2º do artigo 7º da Lei 9.868/99, em relação ao *caput,* abrandando a vedação absoluta da intervenção de terceiros no processo de controle normativo abstrato (*Vide* ADI 2.130)

Ademais, o Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal (RISTF) refere-se expressamente como modalidade de intervenção de terceiros no seu §3º do artigo 131, bem como o Novo Código de Processo Civil (NCPC) os inclui de forma expressa no Título III pertinente a intervenção de terceiros, Capítulo V, artigo 138.

Aliás, este novo código amplia a legitimidade dos sujeitos capazes de admissão na qualidade de *amici curiae* ao incluir a pessoa natural e expressa na legislação os recursos autorizados, embargos de declaração e o recurso da decisão que julgar o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR). Este ultimo já em prática no âmbito do Superior Tribunal de Justiça (STJ) com fundamento na sua Resolução 8 de 2008.

Impende observar que se aplicam as disposições da ADI na ADO, posto que compatíveis, e na ADC há a mesma vedação de participação de terceiros da ADI, bem como não expressa a possibilidade de solicitação, mas a admissão por solicitação do relator para participar em audiência pública no artigo 20, §1º da Lei 9. 868/99.

Quanto a ADPF, além de não haver vedação à intervenção de terceiros, o artigo 6º, §2º da Lei 9.882/99 viabiliza a solicitação do *amicus curiae* ao relator, quem decide a admissão ou não. Expressa, ainda, que ao interessado no processo poderá ser autorizada a sustentação oral e juntada de memoriais. De modo geral, nas ações diretas, ele pode fazer

sustentação oral, apresentar memoriais, solicitar convocação de audiência pública ou designação de perito.

O prazo para a admissão de *amicus curiae* pelo relator na ADI e ADC resulta da análise da jurisprudência, uma vez que deveria ter sido disciplinado no artigo 2º,§1º da Lei 9.868/99, o qual foi vetado. Destarte, o STF entende que o amigo da corte pode ser admitido até a remessa dos autos à mesa de julgamento (DIDIER JR., 2006, pg. 399), nesse sentido ADI 3525.

Entrementes, não pode o auxiliar da corte ampliar o objeto da demanda que é delimitado na peça inaugural (ADPF 187). No mais, não pode intentar pedido cautelar nem recorrer da decisão final (ADI 2904), sendo permitido apenas embargos de declaração, além de recorrer da decisão de inadmissão na condição de *amicus curiae*. Destarte, do juízo de admissibilidade realizado pelo relator, somente é irrecorrível o despacho que deferir o ingresso do amigo da corte, nos termos do artigo 7º, §2º da Lei 9. 868/99.

Os pressupostos de admissibilidade do *amicus curiae* são relevância da matéria e a representatividade do postulante. A primeira compreende ao grau de importância que a matéria tem para a parcela da sociedade de forma geral. A representação necessária do órgão da sociedade (órgão ou entidade) para admissão de ingresso como *amicus curiae* deve corresponder pelo menos à parcela da sociedade naquela matéria. Exemplo, na ADPF (aborto do feto anencefálico) admitiu-se em defesa da mulher e da vida do feto.

Embora a previsão seja de que o *amicus curiae* deve ser órgão ou entidade, ainda que destituídos de personalidade, e o STF entenda inadmissível pessoa física nessa condição (ADI 4178), este órgão de cúpula mitigou seu entendimento para admitir um Senador da República como *amicus curiae* em um processo de controle concreto, Mandato de Segurança, sobre processo legislativo de lei ordinária, com fundamento no grau de representatividade social do cargo que ocupa (MS 32033).

Portanto, o relator Ministro Gilmar Mendes admitiu, pois o projeto de lei atingiria a criação de partidos e quem quisesse se candidatar, bem como o direito da população de votar em quem quiser, sobretudo pelo solicitante ser um parlamentar.

Ademais, como mencionado há outros dispositivos que o prevêem. O Código de Processo Civil (CPC) dispõe no artigo 482, §3º a possibilidade de o plenário admiti-lo ao debate no incidente de inconstitucionalidade, na análise de repercussão geral no Recurso Extraordinário, artigo 543-A, §6º e no julgamento de Recurso especial em recursos repetitivos disposto no artigo 543-C, §4º.

No processo de edição, revisão ou cancelamento de enunciado de súmula vinculante prevê-se no artigo 3º, §2º da Lei 11. 417 de 2006, a intervenção deste terceiro. Também no juizado especial federal há previsão no artigo 14, §7º da Lei 10. 259 de 2001 quando da uniformização de interpretação de lei federal. Enfim, porquanto caracterizados pela transcendência subjetiva, a questão jurídica transcendente dos interesses das partes.

Insta salientar que no que tange a RI, admite-se também o instituto da audiência pública com fulcro no artigo 7º, cabeça, da Lei 12. 562/2011 e de *amici curiae* com base no parágrafo único do mesmo artigo. Está incluso, pois se apresenta no âmbito do controle concentrado, tendo esta ação direta legitimados específicos e o objeto é matéria constitucional.

Inobstante, representa exceção ao mito do binômio difuso/concreto e abstrato/concentrado, vez que se trata de controle concentrado concreto. Isso porque a finalidade desta ação direta abrange a decretação de inconstitucionalidade e a intervenção federal. O que resulta em um controle concentrado para fins concreto, considerado espécie de controle concreto (MENDES, 2005, p. 151).

Por fim, frise-se que no controle de constitucionalidade concentrado estadual, cujo parâmetro é a Constituição Estadual, ainda que seja norma de reprodução obrigatória da CRFB/88, exercido pelo Tribunal de Justiça estadual, tem se utilizado os instrumentos de democratização, audiências públicas e *amici curiae*, de acordo com a lógica discorrida.

Nesse diapasão, cumpre notar que o objeto da ADI estadual é a Lei ou Ato normativo Estadual ou Municipal (artigo 125,§2º da CRFB/88), sendo que da decisão em ADI, no caso de norma de reprodução obrigatória, cabe Recurso Extraordinário ao STF (RE 597165), sendo este de natureza de controle normativo abstrato.

4. Verificação empírica da influência e exame do uso dos instrumentos de democracia participativa na jurisdição concentrada brasileira

Para conferir se as informações e os argumentos trazidos pelos instrumentos de democracia participativa em questão tem influenciado as decisões dos Ministros, destaque-se o estudo findo por Miguel Godoy em 2015.

Até a escrita do trabalho, a análise dos casos parte das razões apresentadas nas audiências públicas, e as razões por escrito dos *amici curiae* quando admitidos, tendo sido coletado os dados no site do STF e os vídeos disponíveis na internet das audiências públicas – TV/Justiça.

Como metodologia de análise parte da comparação entre as razões e argumentos expressos nas audiências e pelos *amici curiae* com aquelas presentes nos votos dos Ministros do STF.

A avaliação dessa comparação se valeu de dois critérios: objetivo e subjetivo. O objetivo seria a referência expressa aos pretensos instrumentos de democracia participativa. Na fundamentação dos votos, o critério subjetivo analisa se há razões ou argumentos iguais ou próximos aos expostos nas audiências públicas e pelos *amici curiae*, ainda que não tenha referência expressa a estes instrumentos.

Após essa avaliação da comparação, apresenta os resultados obtidos com a pesquisa. Pontua que se demonstram mais referências expressas às audiências públicas e que há influência nas decisões dos Ministros. Com isso, considera que o Supremo é permeável à participação popular (GODOY, 2015, p. 202):

> "(...) De toda forma, praticamente todos os Ministros em todos os casos valeram-se, de forma expressa ou não, das razões e dos argumentos expostos em audiência pública ou pelos *amici curiae*. Esses dados demonstram a efetiva permeabilidade do Supremo Tribunal Federal à participação de pessoas e instituições que se somam à análise dos casos sob julgamento. Essa abertura do Supremo Tribunal Federal à sociedade por meio de audiências públicas e *amici curiae* deve, assim, ser reconhecida como algo fundamental, pois ela efetivamente colabora com a tomada de decisão pelos Ministros quando do momento do julgamento dos casos."

Todavia, expõe que para a criação de um espaço deliberativo, efetivamente dialógico, há muito para melhorar. A abertura com aqueles instrumento de participação é bem vista pelo autor, mas acredita que deve ser aprimorada a forma de utilização destes instrumentos e a deliberação do STF.

O primeiro ponto que nota se refere a discricionariedade do Ministro Relator na escolha dos participantes da audiência pública e dos *amici curiae,* tendo escolhas muito seletivas e pouco transparente. Indica que "a decisão do Ministro Relator de aceitá-los ou não como amigos da corte deve ser bastante clara em suas razões." (GODOY, 2015, p. 203).

Além dessa questão da escolha pelo Ministro Relator, vê a necessidade de reformulação da metodologia de realização das audiências públicas, pois tem se caracterizado como pouco deliberativa. Reduzida a exposição de diferentes posições em relação ao caso, sendo para os Ministros mais um espaço de complementação informativa, o que se nota na ausência de referência as audiências públicas nos seus votos (GODOY, 2015, p. 204).

Destaca o subaproveitamento da audiência pública no caso da Lei de Biossegurança, pois o Ministro Relator Carlos Ayres Britto além de vetar os debates e

questionamentos que surgiram, exigiu restrição aos argumentos científicos. Assim expressa (GODOY, 2015, p. 204):

> "(...) Isso mostra o subaproveitamento da audiência pública como espaço de debate, de troca de argumentos não apenas científicos, mas também morais, já que a questão levantada pela ADI 3.510 era justamente uma questão moral – a de proteção da vida e da dignidade da pessoa humana. O argumento sustentado pelo Ministro Relator de que o espaço adequado para o debate era o julgamento em plenário tampouco se verificou verdadeiro. O debate não apenas não aconteceu entre os Ministros – e raramente tal debate acontece – como ainda que acontecesse, seria um debate apenas entre os julgadores e não entre eles e as partes, amigos da corte e especialistas."

Outro ponto toca importância da fase pré-decisional. Consta que no Supremo essa fase de deliberação interna, no colegiado, é quase inexistente. A fase pós-decisional que deveria traduzir os compromissos éticos deliberados em uma peça escrita, não corresponde ao modelo decisório da Corte que pratica decisões fracionadas individuais. A decisão final não apresenta uma racionalidade decisória uniforme.

Com isso, evidencia que a pesar dos motivos envolvendo outros campos de conhecimento que direcionaram para uma nova forma de conduzir os processos, abrindo a Corte à sociedade, a forma tradicional de julgamento permanece em descompasso com essa nova lógica introduzida no âmbito da Corte. Nesse sentido (GODOY, 2015, p. 208):

> "Se o caso da Lei de Biossegurança estreou uma nova forma de conduzir-se processos que envolvam questões que exigem a abertura do Supremo Tribunal Federal à sociedade, a outros campos do conhecimento, por outro lado, a forma tradicional de julgamento agregativo tem permanecido inalterada. O que se tem como resultado são decisões que, apesar de serem defensáveis e poderem ser consideradas, não se fundamentam em um raciocínio coerente e coeso, mas em uma pluralidade de razões e argumentos nem sempre lógicos ou ligados entre si. Tem prevalecido, assim, mais os saberes enciclopédicos e individuais de cada Ministro do que a construção de uma decisão coletiva em favor de uma efetiva opinião da corte. Ou seja, o resultado final ainda é uma decisão meramente agregativa, tomada com base na soma dos dispositivos de cada voto. Nem mesmo a participação de terceiros, por intermédio dos *amici curiae* e dos convocados para a audiência pública, tem retirado dos julgamentos o caráter pessoal da decisão de cada um dos Ministros. Vale dizer, a dinâmica decisória, ainda que aberta a participação de terceiros, segue sendo pessoal, opinativa, de tal forma que os Ministros se comportam como membros e representantes de uma instituição cuja função é destrinçar o Direito, apresentar os melhores argumentos e, assim, solucionar os casos e justificar suas decisões racionalmente. A decisões continuam sendo individuais, e não construídas em função de um padrão argumentativo adequado ao caso."

Constatou que na fase pós-decisional não observa os pressupostos deliberativos anteriores, pois as decisões são individuais, caracterizadas como de gabinete. A fase pré-decisional, então, não é levada a sério. Não há uma decisão deliberativa escrita que resulte em uma expressão da Corte. As decisões resultam da mera soma dos dispositivos dos votos,

oposto a dinâmica que se espera de uma corte colegiada.

Ocorre apenas a escuta da participação popular, não a promoção de um efetivo debate entre eles que leve a sério os argumentos no momento da decisão seja para constituir seu fundamento seja para rejeitá-los.

Esses instrumentos introduzidos tem sido utilizado como mais um passo de legitimação formação da decisão da Corte. Há uma retórica formal que esvazia e faz perder o sentido desta abertura no controle concentrado exercido pelo STF.

Há caracterizado o decisionismo, como expressa Godoy (2015, p. 209):

> "Dessa forma, iniciativa como as audiências públicas realizadas até agora pelo Supremo Tribunal Federal, ainda que abertas ao reconhecimento de diversas vozes, terminam em instâncias típicas de um decisionismo judicial – a decisão isolada de cada Ministro em seu gabinete. Se, por um lado, as audiências públicas tiveram importância para as decisões dos Ministros, por outro elas consistiram quase tão somente em uma esfera informativa, e não de debate e diálogo."

Pontua, assim, que o principal problema da iniciativa destes instrumentos de democracia participativa ainda caminha atrelada a ideia de supremacia judicial. Embora sutil esse liame, indica que a Corte se vale de instrumentos dialógicos, não que ela constitua um Tribunal dialógico. O que já é o suficiente para atentarmos a qualquer traço do decisionismo Schmittiano que possa derivar em uma suspensão do direito em razão de um direito à autopreservação (SCHMITT, p. 92).

Expõe ainda:

> (...) Mais do que isso, a forma como o Supremo Tribunal Federal decide hoje, apesar de sua paulatina abertura, busca reafirmar a sua supremacia na definição do significado da Constituição. Ou seja, sua atuação tem se dado e sido por ele reafirmada dentro de um modelo de separação entre os Poderes que privilegia a disputa ao invés de promover o diálogo entre as instituições, especialmente entre o Poder Judiciário e o Poder Legislativo. Dessa forma, essas aberturas aos diálogos tendem a ser pontuais, promovidas por agentes públicos bem intencioandos, mas não ocorrem e tampouco se descrevem como práticas dialógicas efetivas, entre iguais. (GODOY, 2015, p. 211)

Ainda assim o autor acredita que a qualidade deliberativa e argumentativa das decisões na Corte é alcançável. Todavia, pontua que precisa ser construída para que seja ou se torne instituição deliberativa exemplar.

Interessante também observar o trabalho de Costa (2011) que estuda o *amicus curiae* no contexto da Teoria das Ações Coletivas como Ações Temáticas. Parte dessa teoria para apontar que o *amicus curiae* foi pensado a partir do sistema representativo, ou seja,

aqueles com permissão legal tem a permissão para participar do debate e da construção da decisão de mérito.

Naquele momento expressa que o legislador não tinha a preocupação efetiva da participação do destinatário do provimento e do sistema participativo como parâmetro para este instrumento. Não à toa considera uma pseudo-participação destes sujeitos no processo.

Acredita que é legitimador do exercício autoritário da jurisdição, chegando a afirmar ser um instituto antidemocrático. Nesse sentido:

> (...) o instituto do *Amicus Curiae* encontra o seu fundamento jurídico no sistema representativo, o que por sua vez legitima o exercício autoritário da jurisdição ao permitir que o julgador profira solitariamente seus julgamentos a partir de seu convencimento pessoal. (COSTA, 2011)

A partir de sua pesquisa, trata de expressar os fundamentos que o faz considerar um instrumento antidemocrático à construção efetiva do provimento jurisdicional:

> Tal critica se deve a partir dos seguintes fundamentos: a) não é plausível pensar a democratização de participação dos destinatários do provimento jurisdicional na sua construção se ainda continuarmos pensando o processo coletivo a partir **do sistema representativo.** A efetiva participação na construção do provimento jurisdicional perpassa necessariamente pela ruptura com o sistema representativo e a construção de um **modelo de processo coletivo democrático pelo sistema participativo, cuja implementação dar-se-á pela Teoria das Ações Coletivas como Ações Temáticas.** b) ao ser oportunizada a participação dos destinatários na construção do provimento jurisdicional é imperioso que o magistrado, no momento em que for proferir o julgamento, viabilize a implementação dos princípios do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal mediante a manifestação expressa do julgador acerca das alegações fáticas e jurídicas apresentadas pelas partes ao longo do procedimento. Não se efetivará a construção democrática e participada do provimento estatal se os julgamentos forem de natureza unilateral e centrado na autoridade e onisciência do julgador. O requisito para a legitimidade democrática do provimento estatal é que a participação dos destinatários na construção do provimento jurisdicional efetivamente ocorra. (COSTA, 2011)

Nota-se que a pesquisa de Godoy (2015) converge em certos pontos com as conclusões de Costa (2011) ao refletir sobre a abertura processual posto que toca no elemento da seletividade daqueles que podem participar da construção do provimento jurisdicional e a forma tradicional de decidir tradicional de o julgador decidir.

5. Conclusão

A difusão da abertura do processo constitucional concentrado pondo em pauta posicionamentos diversos visa pluralizar o debate, ser fator de legitimidade social e de

democratização das decisões da Suprema Corte e Tribunais de Justiça locais, sobretudo pela via do controle normativo concentrado, com a possibilidade de realização de audiências e a admissão de *amici curiae*.

Assim, o núcleo central da norma legal permissiva de ingresso formal do amigo da corte, tem como objetivo essencial pluralizar o debate constitucional no Supremo (ADI 2321 – MC/DF). Com isso, atribuir caráter democrático às decisões da Corte brasileira em sede de controle concentrado.

A adoção desses instrumentos funda-se nas críticas direcionadas a legitimidade das decisões do órgão supremo da jurisdição constitucional, STF, em sede de controle concentrado, tendo em vista a necessidade de atenção ao princípio do pluralismo político e promoção da transparência das decisões judiciais.

Isso porque enquanto o debate constitucional no controle difuso ocorre em vários níveis até chegar ao Supremo, no controle concentrado as ações são propostas pelos legitimados diretamente ao STF, note-se que apesar de a ADPF, no geral, decorrer do controle difuso, não apresenta o debate necessário da matéria constitucional quando proposta.

A problemática da inefetividade de tais medidas na prática da Corte em comento reaviva a reflexão sobre a legitimidade de suas decisões. De forma breve, impende salientar que estudos dos casos tem evidenciado uma falha de efetividade desses mecanismos como instrumentos de democracia participativa no seio do sistema de controle concentrado de constitucionalidade.

Sobretudo, ao se constar através dos estudos que as atuais práticas decorrem em uma espécie de decisionismo e que para a construção de instituições deliberativas há muito que se aprimorar por esta perspectiva.

Isso se deve porque apesar dos elevados objetivos políticos, sociais e jurídicos advindos da referida legislação para permitir a realização da audiência pública e da atuação do *amicus curiae*, não se pode afirmar, a exemplo, que esta figura efetivamente representa juridicamente os "interessados na construção democrática do provimento jurisdicional", além disso o julgador não está vinculado aos argumentos fático-jurídicos dispostos por este ator processual (COSTA, 2011).

6. Referências

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. 6ª ed. rev. e atual. volume I. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

COSTA, Fabrício Veiga. **A compreensão crítico-constitucional-democrática do amicus curiae a partir da teoria das ações coletivas como ações temáticas.** In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XIV, n. 93, out 2011. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10550&revista_caderno=9>. Acesso em set 2012.

DIDIER JR., Fredie. (org.). **Ações constitucionais**. Salvador: Juspodivm, 2006.

FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. **A projeção da democracia participativa na jurisdição constitucional: As audiências públicas e sua adição no modelo de constitucionalidade concentrado de constitucionalidade.** In:_Direito Constitucional, Estado de Direito e Democracia. São Paulo: Quartier Latin, 2011.

FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. **Inovações na jurisdição constitucional brasileira.** In:_Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional. nº 16. Madrid: 2012.

GODOY, Miguel Gualano de. **Devolver a constituição ao povo: crítica à supremacia judicial e diálogos inteinstitucionais**. Curitiba, 2015. 267 p. Tese de Doutorado. Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná. 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme. **O sistema constitucional brasileiro.** In:_SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; Mitidiero, Daniel. Curso de Direito Constitucional. 3ª.ed.rev.atual.ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

MARINONI, Luiz Guilherme. **O STJ enquanto corte de precedentes: recompreensão do sistema processual da Corte Suprema**. 2.ed.rev.atual.ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

MEDINA, José Miguel Garcia; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Amicus Curiae. In:_DIDIER JR, Fredie et al. **O terceiro no processo civil brasileiro e assuntos correlatos** – Estudos em homenagem ao Professor Athos Gusmão Carneiro. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

MENDES, Gilmar. A Representação interventiva. **Academia Brasileira de Letras Jurídicas**, Rio de Janeiro, Revista nº 27, 2005.

SHIMITT, Carl. **Teologia Política.** Belo Horizonte: Del Rey, 2006.