VI CONGRESSO INTERNACIONAL CONSTITUCIONALISMO E DEMOCRACIA: O NOVO CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO

SISTEMAS DE JUSTIÇA CONSTITUCIONAL

S624
Sistemas de justiça constitucional [Recurso eletrônico on-line] organização Rede para o Constitucionalismo Democrático Latino-Americano Brasil;

Coordenadores: José Ribas Vieira, Cecília Caballero Lois e Mário Cesar da Silva Andrade – Rio de Janeiro: UFRJ, 2017.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-511-9
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Constitucionalismo Democrático e Direitos: Desafios, Enfrentamentos e Perspectivas

1. Direito – Estudo e ensino (Graduação e Pós-graduação) – Brasil – Congressos internacionais. 2. Constitucionalismo. 3. Justiça Constitucional. 4. Controle de Constitucionalidade. 5. América Latina. 6. Novo Constitucionalismo Latino-americano. I. Congresso Internacional Constitucionalismo e Democracia: O Novo Constitucionalismo Latino-americano (6:2016 : Rio de Janeiro, RJ).

CDU: 34

REDE PARA O CONSTITUCIONALISMO DEMOCRÁTICO LATINO-AMERICANO
BRASIL

FACULDADE NACIONAL DE DIREITO
PPGD - UFRJ

VI CONGRESSO INTERNACIONAL CONSTITUCIONALISMO E DEMOCRACIA: O NOVO CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO

SISTEMAS DE JUSTIÇA CONSTITUCIONAL

Apresentação

O VI Congresso Internacional Constitucionalismo e Democracia: O Novo Constitucionalismo Latino-americano, com o tema "Constitucionalismo Democrático e Direitos: Desafios, Enfrentamentos e Perspectivas", realizado entre os dias 23 e 25 de novembro de 2016, na Faculdade Nacional de Direito (FND/UFRJ), na cidade do Rio de Janeiro, promove, em parceria com o CONPEDI – Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito, a publicação dos Anais do Evento, dedicando um livro a cada Grupo de Trabalho.

Neste livro, encontram-se capítulos que expõem resultados das investigações de pesquisadores de todo o Brasil e da América Latina, com artigos selecionados por meio de avaliação cega por pares, objetivando a melhor qualidade e a imparcialidade na seleção e divulgação do conhecimento da área.

Esta publicação oferece ao leitor valorosas contribuições teóricas e empíricas sobre os mais diversos aspectos da realidade latino-americana, com a diferencial reflexão crítica de professores, mestres, doutores e acadêmicos de todo o continente, sobre SISTEMAS DE JUSTIÇA CONSTITUCIONAL.

Assim, a presente obra divulga a produção científica, promove o diálogo latino-americano e socializa o conhecimento, com criteriosa qualidade, oferecendo à sociedade nacional e internacional, o papel crítico do pensamento jurídico, presente nos centros de excelência na pesquisa jurídica, aqui representados.

Por fim, a Rede para o Constitucionalismo Democrático Latino-Americano e o Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro (PPGD/UFRJ) expressam seu sincero agradecimento ao CONPEDI pela honrosa parceira na realização e divulgação do evento, culminando na esmerada publicação da presente obra, que, agora, apresentamos aos leitores.

Palavras-chave: Justiça Constitucional. Controle de Constitucionalidade. América Latina. Novo Constitucionalismo Latino-americano.

Rio de Janeiro, 07 de setembro de 2017.

Organizadores:

Prof. Dr. José Ribas Vieira – UFRJ

Profa. Dra. Cecília Caballero Lois – UFRJ

Me. Mário Cesar da Silva Andrade – UFRJ

A LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA NO PROCESSO DE TOMADA DE DECISÃO NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: UMA ANÁLISE CRÍTICA DO INSTITUTO DO AMICUS CURIAE

DEMOCRATIC LEGITIMACY IN THE PROCESS OF DECISION MAKING IN THE BRASILIAN SUPREME COURT: A CRITICAL ANALYSIS OF THE AMICUS CURIAE INSTITUTE

Camila Salgueiro da Purificação Marques [1]
Claudia Maria Barbosa [2]

Resumo

O amicus curiae foi introduzido no ordenamento jurídico brasileiro pela Lei n. 9.868/99 e renovado no Artigo 138 do Novo Código de Processo Civil, vigente desde 2016. Trata-se de um importante meio de legitimar a decisão judicial pela participação de pessoas físicas ou jurídicas que possuem interesse "institucional" na causa e podem contribuir para a elaboração de uma decisão de maior qualidade e mais adequada à realidade da parcela da sociedade envolvida na temática discutida em juízo. Sua análise, em vários de seus aspectos formais e substanciais, especialmente no que tange ao interesse do amigo da corte interveniente na demanda e da consideração do seu parecer nas decisões do Supremo Tribunal Federal é necessária para que se possa compreender o alcance do instituto. Para tanto, primeiramente, trata-se das questões pertinentes ao Poder Judiciário e os mecanismos de legitimação das decisões, tendo em vista a transferência da responsabilidade de efetivação dos direitos prescritos na Constituição de 1988 para o Poder Judiciário. Segue o estudo do instituto do amicus curiae em seus pressupostos fáticos e jurídicos, bem como a análise de pesquisas indutivas que consideraram alguns dos julgamentos em que o Supremo Tribunal Federal realizou audiências públicas com a admissão de amicus curiae. Conclui-se que o instituto pode ser um mecanismo de aproximação da sociedade à discussão, no Judiciário, de demandas específicas para cuja solução não existe uma única resposta correta. Contudo, seu uso até o momento privilegiou o aspecto burocrático da participação social, sem que se possa depreender no processo de tomada de decisão a efetiva participação e a intensidade com que os argumento pró e contra determinada "tese" foram nele considerados.

Palavras-chave: Democracia, Poder judiciário, Legitimidade, Amicus curiae

Abstract/Resumen/Résumé

The amicus curiae was introduced in the Brazilian legal system by the Law n. 9.868 / 99 and

---

[1] Professora. Doutoranda em Direito na Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Barachel em Direito pela Universidade Estadual de Ponta Grossa.

[2] Professora titular de Direito Constitucional da Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Pesquisadora na área de Política Judiciária e Administração da Justiça.

renovated in the Article 138 of the New Civil Procedure Code, in force since 2016. It is an important way of legitimizing the ruling by participation of individuals or entities that have "institutional" interest in the cause and can contribute to the preparation of a decision of a higher quality and more suitable to the reality of part of society involved in the issue discussed in court. His analysis, in several of its formal and substantial aspects, especially with regard to his interest of intervening cut demand and consideration of its opinion in the decisions of the Supreme Court is necessary so that one can understand the scope of the institute. Therefore, first, these are the issues related to the judiciary and the mechanisms of legitimation of decisions with a view to the transfer of responsibility for realization of the rights prescribed in the 1988 Constitution for the Judiciary. Following the study of amicus curiae of the institute in its factual and legal assumptions as well as the inductive research analysis that considered some of the trials in which the Supreme Court held public hearings with the admission of amicus curiae. It follows that the institute may be an approximation mechanism of society to the discussion, the judiciary, specific demands for whose solution there is no single correct answer. However, their use to date privileged bureaucratic aspect of social participation, without being able to deduce the decision-making process the effective participation and the intensity with which the pro argument and determined against "theory" were it considered.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Democracy, Judicial power, Legitimacy, Amicus curiae

1. Introdução

A temática enfrentada neste artigo constitui-se na análise do instituto do *amicus curiae*, enquanto instrumento de legitimação da decisão judicial pela participação de pessoas físicas ou jurídicas na demanda com informações e subsídios importantes sobre a questão envolvida em determinado processo, mormente quando este processo trata de direitos de questões relevantes, como os direitos fundamentais.

Tendo em vista uma suposta ausência de confiança nos Poderes Legislativo e Executivo para efetivar os direitos sociais prescritos na Constituição da República de 1988, assim como o período histórico de regime totalitário vivenciado no Brasil, passou-se a buscar o Poder Judiciário, transferindo para este a responsabilidade de efetivação dos direitos fundamentais do cidadão. Por isso, é necessário verificar de que modo o Judiciário vem tratando de questões e direitos tão relevantes e buscar mecanismos que possibilitem a sua democratização, de modo a resguardar a legitimidade da decisão, tendo em vista seu déficit democrático.

Assim, em decorrência do reconhecimento da "justiciabilidade" desses direitos, primeiramente, é necessário traçar um panorama geral sobre a questão da democratização do Poder Judiciário, para, posteriormente, especificar o estudo, tratando de forma crítica o instituto do *amicus curiae*, mormente no que diz respeito ao interesse da eventual pessoa física ou jurídica na causa e da consideração do seu parecer de fato nas decisões dos magistrados, mormente do Supremo Tribunal Federal.

No que diz respeito à metodologia utilizada, a técnica de pesquisa é a documentação indireta, fazendo uso das seguintes espécies: pesquisa bibliográfica, documental, legislativa e jurisprudencial. E o método de abordagem é o lógico-dedutivo, que parte de premissas genéricas com o fim de particularizar o conhecimento. Espera-se, assim, que este trabalho desperte o interesse e a consciência do leitor para que também passe a refletir acerca de eventuais soluções e contribuições ao estudo da questão.

2. A legitimidade democrática no processo de tomada de decisão do Judiciário brasileiro.

No contexto histórico após a Segunda Grande Guerra Mundial, na Europa, houve a transição de regimes autoritários para regimes democráticos, com um maior reconhecimento de direitos, mormente dos denominados direitos sociais. E como preceitua Juan Ramón Capella, "*el calificativo de sociales se aplica a ciertos derechos de uma razón de historia cultural: con su reconocimiento se ha pretendido aplazar o dar por zanjada – y neutralizar*

en cualquier caso -, la cuestión sociale". E, segundo o mesmo autor, os direitos que todos adjetivam como sociais foram reconhecidos pela confluência dos jogos de forças diferentes sobre os objetivos que podiam ser coincidentes com determinadas políticas reformistas. (CAPELLA, 2001).

No Brasil, a primeira Constituição que apresenta os direitos sociais como questão fundamental do Estado é a de 1934. Esta foi fruto do processo de reconstitucionalização, resultado de um paradigma de modernização conservadora imposto pelas emergentes condições da Revolução de 1930. No entanto, as diretrizes liberal-reformistas não acompanhavam o grau de determinadas conquistas como estas, ainda se resguardava princípios do velho federalismo republicano e do regionalismo liberal elitista. As massas trabalhadoras, por exemplo, não tinham garantias e instrumentos para colocar em prática tais direitos. (1989, p. 137-141). Dessa forma, Antônio Carlos Wolkmer alerta para a maneira que esses direitos apareceram em nosso ordenamento jurídico:

> Os direitos sociais não apareceram de forma espontânea e acabada mediante processos democráticos, lutas populares e avanços da sociedade civil, sendo, portanto, muito mais resultante de oposições e resistências, concessões e favores no jogo estratégico das velhas elites oligárquicas. Comprova-se, assim, a inexistência em nossa evolução político-jurídica de uma tradição participativa de base popular-burguesa, pois o constitucionalismo brasileiro, quer seja o político, quer seja o social, tem sido, até hoje, o permanente produto da "conciliação-compromisso" entre o autoritarismo social modernizante e o liberalismo burguês conservador. (WOLKMER, 1989, p. 137-141)

Desse modo, é no início do século XX – Constitucionalismo Social – que se percebe a democracia social, o intervencionismo estatal e a crescente proletarização das massas. (WOLKMER, 1989, p. 53). O Estado Social, protetor desses direitos, de acordo com Paulo Bonavides, "aí está para produzir as condições e os pressupostos reais e fáticos indispensáveis ao exercício dos direitos fundamentais". Não há para tanto outro caminho senão reconhecer o estado atual de dependência do indivíduo em relação às prestações do Estado e fazer com que este último cumpra a tarefa igualitária e distributivista sem a qual não haverá democracia nem liberdade. (BONAVIDES, 2007, p. 378-379). Os direitos sociais, também denominados de direitos humanos de segunda dimensão, exigem atuação positiva do Poder Público e objetivam implementar a igualdade social, a igualdade material.

Inclusive, no Brasil, com o reconhecimento dos direitos sociais, também houve maior aproximação dos campos da hermenêutica jurídica, da filosofia do direito, da teoria constitucional e de certo modo da sociologia jurídica e da ciência política. Isto é, esses documentos abertos e principiológicos reconhecem a primazia da dignidade humana e asseguram a "justiciabilidade de um amplo rol de direitos fundamentais, cuja proteção e

alcance depende, em maior ou menor grau, da intervenção do intérprete, o que ressalta o papel do discurso e da linguagem no processo de legitimação do Judiciário atualmente". (BARBOSA, 2013, p. 147-148)

Além disso, verifica-se o prestígio dado ao Judiciário, por um suposto discurso mais racional e técnico, enquanto os outros poderes agiriam por impulsos "mesquinhos", como consequência de um processo de transição de um período autoritário para um período que se quer fazer democrático, sobretudo quando se tem um vácuo de legitimidade discursiva no terreno dos direitos. O que também ocorreu na democracia alemã, que caminhou para a consolidação de um tribunal constitucional que age como superego da sociedade ou como um forte órgão centralizador de questões constitucionais, ou mesmo como uma corte que surge de "uma típica reação institucional a uma experiência totalitária". (BENVINDO, 2014, p. 78). Assim, disputas que ocorriam na esfera política e políticas públicas concebidas e implementadas pelos poderes Executivo e Legislativo sofrem interferência do Poder Judiciário. Ou seja, o Judiciário assume certo papel político, devendo-se, por isso, analisar a sua legitimação e tornar este espaço cada vez mais democrático.

Nesse contexto, a juridicidade das normas que eram tidas por programáticas, a previsão constitucional dos direitos sociais e o rol de direitos fundamentais, "são traços desse constitucionalismo que clama pela ampliação de espaços decisórios visando dar vazão a novas demandas que dele decorrem". Inclusive, "o debate e a deliberação que preferencialmente ocorriam na esfera política vêm hoje se deslocando para a Justiça, exigindo o redimensionamento do papel político do magistrado que tradicionalmente lhe era negado". Dessa forma, a definição e a condução de políticas públicas, a realização de um ou outro direito social, protegidos nos chamados "casos difíceis" são escolhas políticas típicas da esfera legislativa e executiva que o fenômeno da "judicialização" vem transferindo para o Judiciário. "Este no Brasil manifesta-se, sobretudo, na realização do controle de constitucionalidade, aqui exercido em uma amplitude que não encontra precedente em outro país". (BARBOSA, 2013, p. 150)

A população vê no Judiciário a possibilidade de ter os direitos sociais previstos na Constituição da República garantidos. E, no Brasil, há um cenário peculiar em relação à essa crescente utilização do Judiciário para efetivação de direitos:

> Convém citar, entre outros, a Constituição com um amplíssimo rol de direitos socioeconômicos exigíveis; recente pujança econômica acompanhada de uma forte desigualdade socioeconômica; cultura paternal que induz a dependência do cidadão em relação ao Estado; caminhos e mecanismos informais que tornam a busca pela justiça uma "aventura" relativamente barata, a exemplo dos milhares de processos em que há concessão da assistência judiciária gratuita; uso do Judiciário por grupos

> de interesse e ausência de fiscalização e regulamentação desses processos, entre outros. (BARBOSA, 2013, p. 150)

Assim, frisa-se que é necessário analisar como é esse Judiciário, se está preparado para tratar de fenômenos sociais cada vez mais interdisciplinares; além da excessiva erudição e ritualização dos procedimentos; a natureza da função jurisdicional, fortemente centrada na jurisdição contenciosa; o processo de seleção autoritário e ainda pouco transparente, excessivamente formal e legalista típico dos concursos públicos para carreiras jurídicas, "em contraposição ao processo eminentemente político, igualmente autoritário e pouco transparente típico das indicações e nomeações dos membros das Cortes Superiores"; a falta de transparência administrativa; a ausência de efetivo controle externo, por exemplo. (BARBOSA, 2013, p. 150). E é necessário ter em mente tais problemas enfrentados pelo Judiciário, tendo em vista que o fortalecimento deste encontra-se presente de maneira mais intensa em países que buscam uma construção de um tardio estado de Bem-estar Social, ou seja, onde as políticas públicas para efetivação de direitos sociais são ineficientes e raras, cresce o espaço para o ativismo judicial efetivá-las. [1]

A questão da multidisciplinariedade no Poder Judiciário, acima mencionada, por exemplo, é muito importante para que este decida da forma mais adequada ao caso concreto e para refletir a respeito do instituto do *amicus curiae*, que será abordado no próximo tópico. Inclusive, no item 6.3 dos Princípios de Bangalore de Conduta Judicial, editados pelas Nações Unidas, preceitua-se que um juiz deve tomar medidas sensatas para manter e aumentar o seu "conhecimento, habilidade e qualidades pessoais necessárias para a execução apropriada dos deveres judiciais", realizando treinamentos e utilizando outros recursos que possam estar disponíveis, sob controle judicial, para os juízes. (ONU, 2016)

No mesmo sentido é o artigo 30 do Código Ibero-Americano de ética judicial: "*La obligación de formación continuada de los jueces se extiende tanto a las materias específicamente jurídicas como a los saberes y técnicas que puedan favorecer el mejor cumplimiento de las funciones judiciales*". (CUMBRE JUDICIAL IBEROAMERICA, 2016). E também o Código de ética da magistratura brasileira estabelece que "a obrigação de formação contínua dos magistrados estende-se tanto às matérias especificamente jurídicas quanto no que se refere aos conhecimentos e técnicas que possam favorecer o melhor cumprimento das funções judiciais". (CNJ, 2016). Isto é, o estudo de matérias extrajurídicas integra a formação do julgador e não apenas para fornecer fundamentos à sua atuação. "Pelo

[1] Nesse sentido, também verificar: HIRSCHL, Ran. *The nordic counternarrative: democracy, human development, and judicial review*. In: *International Journal of Constitutional law.* v. 9, 2tir, 2011. p. 449-469. Oxford University Press e New York University School of law.

contrário, seu objetivo é proporcionar-lhe um entendimento mais verdadeiro, completo da realidade". (VILELA, 2015, p. 15)

Ademais, Rogério Bastos Arantes e Maria Tereza Sadek ressaltam os pontos críticos relacionados ao Judiciário e os distinguem em crise institucional, crise estrutural e a crise relativa aos procedimentos. A crise institucional diz respeito à relação com os outros dois Poderes – Executivo e Legislativo. Ressaltam, assim, que a Constituição da República de 1988 tornou ainda mais complexos os problemas institucionais ao criar um modelo singular de separação de poderes e ao consagrar o presidencialismo, pois, ao mesmo tempo em que fortaleceu o Legislativo, com a ampliação de seus poderes de controle e fiscalização, facultou ao Executivo a possibilidade de legislar mediante medidas provisórias, de modo a aumentar a responsabilidade do Judiciário "na mediação política entre eles e no controle constitucional dos atos legislativos e de governo". Esta situação de conflito entre o Executivo e o Legislativo estimula uma politização excessiva do Judiciário, exigindo-se deste que profira decisões não políticas, mas técnico-formais para um conflito institucional de natureza política. Inclusive, afirmam que além de constante árbitro de disputas entre os outros dois poderes, a estrutura descentralizada do Judiciário, e, de fato federativa, "permite-lhe paralisar políticas, proferir decisões sem uniformidade e, assim, suspender, ainda que temporariamente, medidas de impacto nacional". (ARANTES, 1994, p. 36-38)

Já a crise estrutural refere-se à pesada estrutura e falta de agilidade do Judiciário, destacando-se as deficiências no quadro de servidores da Justiça, a baixa qualificação dos bacharéis e o número reduzido de juízes. No tocante à crise relativa aos procedimentos, engloba a esfera legislativa e os ritos processuais, devendo-se discutir tais normas com vistas à simplificação do processo, com a implantação de procedimentos mais rápidos, simples e econômicos. (ARANTES, 1994, p. 38)

E é nesse contexto que se insere o problema da legitimidade do exercício da jurisdição, analisando-se o processo de legitimação a partir de três critérios: a) finalidade; b) legitimidade democrática no processo de tomada de decisão; e c) grau de *accountability* institucional.

Primeiramente, em relação à finalidade, o Judiciário deve proteger direitos individuais e coletivos; conceder mais e melhores direitos; proteger grupos minoritários; e assegurar os direitos previstos na Constituição de 1988. No entanto, em relação à legitimação pela finalidade, há alguns riscos:

> A legitimação pela finalidade em questões relativas a direitos sociais, cuja efetividade encontra obstáculos de ordem econômica, é ao mesmo tempo atrativa e arriscada. Atrativa porque seus efeitos podem ser mais rapidamente percebidos e

> auferidos pela via do acesso à justiça. Arriscada porque a decisão irá sustentar-se apenas na medida em que puder assegurar mais direitos a um maior número de cidadãos, ampliando-se então em momentos de pujança econômica e retraindo-se nos momentos de recessão. Assim quando, paradoxalmente, pode tornar-se mais necessário para manter as estruturas institucionais e resguardar o tecido social, o Judiciário estará enfraquecido e será incapaz de dar uma resposta que assegure o estado democrático. É o risco que correm hoje Grécia e Espanha, por exemplo. (BARBOSA, 2013, p. 154)

No tocante à legitimação decorrente da *accountability*, primeiramente, destaca-se que este termo se refere à capacidade de assegurar que os agentes públicos respondem pelos seus atos, obrigados a justificar e a informar aos cidadãos sobre as suas decisões e possivelmente em algum momento serem sancionados por elas. A *accountability* do poder político pode ser estabelecida com bases legais ou políticas. E a noção de *accountability* legal se refere à um conjunto de mecanismos institucionais que objetivam assegurar que as ações de agentes públicos sejam legal e constitucionalmente formatadas. Ou seja, é guiada por uma lógica de adequação: atores políticos são julgados de acordo com o que é considerado procedimento adequado. Por meio da separação de poderes, do reconhecimento de direitos fundamentais e de um sistema de freios e contrapesos, o constitucionalismo moderno estabelece as instituições que permitem restringir a arbitrariedade do poder estatal. (PERUZZOTTI; SMULVITZ, 2006, p. 5)

E como bem preceitua Ilton Norberto Robl Filho, ao tratar de seu conceito analítico, a *accountability* é a possibilidade de alguém (principal ou agente) exigir informação e justificação pela prática de atos, omissões e resultados de um agente, sendo possível aplicar sanções. É dividida em vertical eleitoral (cidadãos sancionam por meio da eleição os agentes estatais) e vertical social (a sociedade civil e a imprensa sancionam, por meio de denúncia ou exposição, agentes estatais eleitos ou não); assim como horizontal institucional (agentes estatais ou supranacionais podem requerer informações e justificações de outros agentes estatais e os sancionar); e *accountability* legal (fornecimento de informações e justificações sob o cumprimento da lei e respectiva sanção). (ROBL FILHO, 2013, p. 31)

Já a *accountability* judicial pode ser considerada em três aspectos: a) a decisional seria a possibilidade de requerer informações e justificações dos magistrados pelas decisões judiciais; b) a judicial comportamental diz respeito ao recebimento de informações e justificações sobre o comportamento dos magistrados (honestidade, integridade, produtividade e outros); e c) a judicial institucional, que são as informações e justificações sobre ações institucionais não jurisdicionais (administração, orçamento, relações com outros poderes); todas autorizadoras de sanção. (ROBL FILHO, 2013, p. 31)

Dessa forma, no tocante ao Judiciário, este responde ao critério da boa governança e terá sua legitimidade aferida "na proporção direta em que se torna mais democrático, acessível, transparente, responsável, fiscalizado e socioambientalmente responsável". A *accountability* impõe um novo paradigma de atuação da Justiça que contraria alguns pilares sobre os quais se estruturou o Judiciário nos séculos XIX e XX. (BARBOSA, 2013, p. 160-163). E também importa destacar que:

> Medidas voltadas à superação desses obstáculos são necessárias, embora não suficientes, para assegurar a legitimação por esta via. De fato, a resposta do Judiciário à *accountability* da Instituição é um de seus maiores desafios e implica decisões políticas voltadas à sua visibilidade, transparência e responsabilidade. No sentido de aprimorar sua *accountability*, ainda verifica-se no Judiciário certa bipolaridade, que oscila entre uma medida de máxima transparência, sem paralelo no mundo, representada, por exemplo, na transmissão ao vivo das sessões do Supremo Tribunal Federal, à opacidade quase que completa em processos internos de promoção e sanção e uma recusa ilegítima a quaisquer formas de controle social à atuação (e não sobre a jurisdição) de seus membros. (BARBOSA, 2013, p. 160-163)

No tocante à legitimidade democrática no processo de tomada de decisão, foco de estudo no presente trabalho, considera-se a participação da sociedade neste processo. "Tal critério favorece concepções procedimentais do processo deliberativo e está condicionado, sobretudo, à eficácia de mecanismos que o tornem efetivos". É vantajoso, pois este processo de legitimação precederá as decisões da Justiça, que serão respeitadas em decorrência da legitimidade já previamente aferida da instituição, independente de quem decide e do conteúdo da decisão prolatada". (BARBOSA, 2013, v. 1, p. 154)

Nessa toada, é necessário buscar os ensinamentos de Peter Häberle, no sentido de que deve haver a participação dos cidadãos na interpretação e na construção constitucional, sendo importante o aspecto cultural. Assim, tendo em vista o constitucionalismo democrático e a busca pela efetividade dos direitos fundamentais, o que se propõe é uma teoria de interpretação aberta da Constituição. Nesta linha, tanto menor for a densidade das normas constitucionais, maior deverá ser o caráter amplo e participativo dos intérpretes para fins de se estabelecer os seus conteúdos. Devendo, para tanto, a legislação ser elástica e ocorrer a criação de instrumentos de participação. Peter Häberle, em entrevista concedida à Cesar Landa, ressalta que o primeiro passo rumo à efetividade dos direitos fundamentais é o seu ensino nas escolas, no sentido de uma "interpretação pedagógica da Constituição" [2]. (VALADÉS, 2009, p. 13)

---

[2] E sobre a ciência como cultura e participação dos cidadãos na interpretação e construção constitucional, afirma Peter Häberle na mesma entrevista:
"[...] Deve fazer compreender que, se bem que todos os cidadãos são 'guardiões da Constituição', justamente os tribunais constitucionais têm responsabilidade específica. Às vezes é necessário também julgar impopularmente, contra a opinião pública, que frequentemente na democracia de consenso é demasiado inconstante. A longo

Mônia Clarissa Henning Leal discorre acerca da teoria aberta da Constituição de Peter Häberle e também se reporta ao status *activus processualis* para tratar do instituto do *amicus curiae* previsto em nosso ordenamento.[3] Nesse sentido, tendo em vista o constitucionalismo democrático e a busca pela efetividade dos direitos fundamentais, o que se propõe é uma teoria de interpretação aberta da Constituição, sendo que a cultura atinge a Constituição. Além disso, para Peter Häberle, portanto, o Direito influencia a cultura e esta também influencia o Direito. Assim, a Constituição reflete a realidade e o fenômeno da mutação, nada mais é do que a decorrência do desenvolvimento da norma no tempo, sendo que a Constituição acaba sendo um trabalho de todos. É a "sociedade aberta de intérpretes da Constituição". (LEAL, 2008, p. 29)

Nesse contexto, o *status activus processualis* se trata de uma **democratização da tarefa interpretativa**, como consequência da incorporação da realidade à interpretação, isso porque os intérpretes constituem uma parte desta mesma realidade, mormente quando se reconhece que a norma não é uma decisão prévia, pronta e pré-determinada. Assim, a interpretação da Constituição, como um produto cultural e aberto, pressupõe um exercício democrático de participação não no sentido hermenêutico, técnico, propriamente dito, conforme já referido anteriormente, mas como um *locus* de exercício do *status activus processualis*. (LEAL, 2008, p. 35-36)

A democracia, assim, não se desenvolve unicamente a partir dos aspectos formais, ao contrário, na política e na práxis, é necessária tal participação até porque a supremacia do povo não se dá somente pelo voto, mas também a interpretação e a vivência da Constituição aparecem como um espaço de exercício e como condição necessária desse mesmo elemento democrático" (LEAL, 2008, p. 35-36), demonstrando- se a ampliação da legitimação democrática.

---

prazo um tribunal constitucional deve lograr a 'aceitação' de sua continuada jurisprudência, deve lograr ser compreensível para o cidadão e, acima de tudo, provar ser o *tribunal dos cidadãos.* Com isso traz uma contribuição (a sua) à forja da consciência constitucional e cumpre uma função da constituição. A globalização para além dos continentes já está garantida pela comunidade ibero-americana de cultura de direito. [...] **Isso também seria uma contribuição para deixar atrás um falso eurocentrismo e para cultivar uma herança multicultural da humanidade (incluindo a herança indígena).** A ciência do direito, entendida como ciência da cultura, faz parte dessa totalidade." – g. n. (VALADÉS, 2009, p. 15)

[3] "[...] as noções de Constituição cultural e aberta – e a conseqüente "sociedade aberta de intérpretes da Constituição" – de Peter Häberle, entendida como fundamento teórico que possibilita e demanda a participação efetiva dos cidadãos na esfera hermenêutica e de aplicação dos conteúdos constitucionais, reforçada pela noção de status activus processualis, assentada na idéia de que, no contexto de um Estado Democrático, a participação constitui- se em status fundamental, sendo essencial à realização das tarefas do Estado e dos direitos fundamentais, notadamente no contexto de uma Constituição tida como um processo permanentemente aberto. E é exatamente nesta perspectiva que se enquadra o amicus curiae, enquanto mecanismo processual apto a viabilizar, institucionalmente, esta participação, ampliando-se, assim, o debate constitucional e, conseqüentemente, a legitimidade das decisões tomadas no âmbito da jurisdição democrática." (LEAL, 2008, p. 28)

Nesse sentido, Gabriel Dolabela Raemy Rangel preceitua que:

> O diálogo com o tecido social também pode acarretar na vantagem de a decisão judicial ser mais bem recebida pela sociedade, até mesmo por aqueles que dela discordam. Os que discordam das decisões ao menos poderão sentir o sabor de terem sido ouvidos, de terem suas opiniões aventadas e mencionadas na fundamentação da decisão. O diálogo público pode acarretar em consensos e dissensos saudáveis, para que melhor seja fundamentada a decisão e, com consequência, ser mais bem aceita e ser mais legítima democraticamente (...). (RANGEL, 2014, p. 149-150)

Lucio Grassi, no âmbito processual, também pontua que a decisão judicial legitima-se pela efetiva oportunidade dos agentes processuais participarem ativamente de sua construção, agentes que interagem, dialogam, participam e cooperam.[4] (GRASSI, 2009, p. 339)

A figura do *amicus curiae*, analisada no próximo tópico, as audiências públicas[5], a participação dos peritos no processo (o que nos remete à cooperação entre os sujeitos processuais), a conciliação, a mediação (as partes participam da decisão e assumem responsabilidade diante da decisão tomada) são exemplos que podem contribuir para a maior legitimidade na tomada de decisão do magistrado.

3. O *amicus curiae* como instrumento de legitimação democrática no processo de tomada de decisão?

Conforme se verificou no tópico supra, com a transferência da responsabilidade de efetivação dos direitos garantidos pela Constituição, do Legislativo e do Executivo, para o Poder Judiciário, busca-se meios de democratizá-lo. Nesse contexto é que se insere o instituto do *amicus curiae*, como instrumento processual que amplia a participação da sociedade e contribui para a legitimidade da tomada de decisão.

É como afirma Mônia Clarissa Henning Leal:

---

[4] Inclusive, não só no âmbito do Judiciário, é que se defende uma postura mais ativa, mas da Administração Pública. Nesse sentido, concorda-se com Daniel Wunder Hachem (2003, p. 133-168) quando afirma que o Estado tem de ser muito mais que um árbitro de conflitos de interesses individuais, partindo dos postulados da Constituição da República de 1988, "que institui um modelo de bem-estar atribuindo expressamente ao Estado, em diversas áreas, o dever de atuação direta em prol da realização de direitos fundamentais econômicos e sociais". (HACHEM, p. 136).

[5] Inclusive, sobre as audiências públicas, destaca-se:
"A Constituição inovou quando previu a possibilidade de realização de audiências públicas, hipótese agasalhada pela Lei 9.868/99, com a finalidade de propiciar debates sobre questões enfrentadas pelo Supremo Tribunal Federal no exercício do controle concentrado de constitucionalidade. Sua importância é facilmente observável sob pelo menos três aspectos: i. dotar os julgadores de informação e conhecimento especializado para informar sua decisão; ii. expor à sociedade a complexidade das situações analisadas e informá-la sobre quais bens e direitos são afetados, a fim de possibilitar uma reflexão sobre as questões levantadas; iii. viabilizar um debate transparente com a representação e participação de grupos com interesses divergentes, desencorajando a atuação "oficiosa" com que é comum serem tratados esses interesses no Legislativo e também no Executivo brasileiro. Medidas no sentido de ampliar tais processos e torná-los ainda mais representativos soam acertadas para a legitimação do Judiciário." (BARBOSA, 2013, 156-157).

> [...] as noções de Constituição cultural e aberta – e a conseqüente "sociedade aberta de intérpretes da Constituição" – de Peter Häberle, entendida como fundamento teórico que possibilita e demanda a participação efetiva dos cidadãos na esfera hermenêutica e de aplicação dos conteúdos constitucionais, reforçada pela noção de status *activus processualis*, assentada na idéia de que, no contexto de um Estado Democrático, a participação constitui- se em status fundamental, sendo essencial à realização das tarefas do Estado e dos direitos fundamentais, notadamente no contexto de uma Constituição tida como um processo permanentemente aberto. E é exatamente nesta perspectiva que se enquadra o *amicus curiae*, enquanto mecanismo processual apto a viabilizar, institucionalmente, esta participação, ampliando-se, assim, o debate constitucional e, conseqüentemente, a legitimidade das decisões tomadas no âmbito da jurisdição democrática. (LEAL, 2008, p. 28)

A figura do *Amicus curiae ("Friend of Court", "Freund des gerichts")* atualmente está prevista no artigo 138 do Código de Processo Civil de 2015[6], sendo exigido o interesse institucional da pessoa física (um médico, professor, etc.) ou jurídica (como associações, por exemplo). O cabimento da intervenção do *amicus curiae*, nos termos do artigo 138 do Novo Código de Processo Civil, ocorre quando há as seguintes condições: a) relevância da matéria; b) a especificidade do tema objeto da demanda; c) repercussão social da controvérsia. E o instituto já havia sido previsto no artigo 7º, § 2º, da Lei n. 9.868 de 1999[7]. Nas palavras de Gabriel Dolabela Raemy Rangel:

> Enfim, o amigo da Corte prestará ao Tribunal Constitucional informações sobre determinada área de conhecimento, aspectos sociais, opiniões políticas, religiosas, éticas, etc. Em última instância, essa figura, além de trazer elementos para facilitar o convencimento dos juízes, trará maior grau de legitimação e aceitação das decisões no seio da sociedade. Hoje, o Supremo do Brasil vem usando de maneira extremamente saudável esse instituto. É comuníssima a participação, em julgamentos, de membros da igreja, de classes profissionais, de estudiosos de várias áreas de conhecimento, dentre outras figuras. Consignem-se aqui os emblemáticos julgamentos sobre a possibilidade de aborto de fetos com anencefalia e sobre a união estável de pessoas do mesmo sexo, em que houve uma vasta participação de amigos da Corte. (RANGEL, 2014, p. 151)

Quanto à sua natureza jurídica, questiona-se se seria terceiro ou mero auxiliar do juízo. No entanto, consoante a doutrina majoritária, é terceiro interveniente, distinguindo-se

---

[6] "Art. 138. O juiz ou o relator, considerando a relevância da matéria, a especificidade do tema objeto da demanda ou a repercussão social da controvérsia, poderá, por decisão irrecorrível, de ofício ou a requerimento das partes ou de quem pretenda manifestar-se, solicitar ou admitir a participação de pessoa natural ou jurídica, órgão ou entidade especializada, com representatividade adequada, no prazo de 15 (quinze) dias de sua intimação.
§ 1o A intervenção de que trata o caput não implica alteração de competência nem autoriza a interposição de recursos, ressalvadas a oposição de embargos de declaração e a hipótese do § 3o.
§ 2o Caberá ao juiz ou ao relator, na decisão que solicitar ou admitir a intervenção, definir os poderes do amicus curiae.
§ 3o O amicus curiae pode recorrer da decisão que julgar o incidente de resolução de demandas repetitivas."

[7] "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".

das típicas intervenções em razão do interesse diferenciado, que é institucional e jamais pessoal no deslinde da causa.[8]

Inclusive, há divergência a respeito dos poderes do *amicus curiae*. Tradicionalmente admite-se a manifestação escrita e sustentação oral. Diverge-se, entretanto, em especial quanto à sustentação oral, já que a questão da legitimidade recursal está resolvida por imposição legal. Desse modo, o Código de Processo Civil de 2015 não enfrentou todas as polêmicas referentes ao tema, limitando-se a prever no artigo 138, § 2º, que caberá ao juiz ou relator, na decisão que solicitar ou admitir a intervenção, definir os poderes do *amicus curiae*. Isto é, cabe ao juiz ou relator que deferir o pedido já indicar os seus poderes, de forma a evitar discussões posteriores no decorrer do processo. "E essa decisão, que pode tolher significativamente tais poderes, será definitiva", sendo que o *amicus curiae* dela não pode recorrer por vedação legal expressa, e as partes, embora tenham legitimidade para tanto, não terão interesse recursal. (NEVES, 2016, p. 226)

Destaca-se que a figura do *amicus curiae* surgiu no direito romano e se desenvolveu no direito norte-americano mais fortemente, com o propósito de melhorar a prestação da tutela jurisdicional, tendo em vista os seus conhecimentos, desinteressado na lide em tramitação especificamente. No entanto, reconhece-se que o *amicus curiae* "contribui com a qualidade da decisão dando sua versão a respeito da matéria discutida, de forma que ao menos o interesse para a solução da demanda no sentido de sua manifestação sempre existirá". (NEVES, 2016, p. 223-224)

> Por outro lado, demonstra-se a existência de um interesse institucional por parte do *amicus curiae*, que, apesar da proximidade com o interesse público, com esse não se confunde. O interesse institucional é voltado à melhor solução possível do processo por meio do maior conhecimento da matéria e dos reflexos no plano prático da decisão. Esse verdadeiro interesse jurídico, diferente do interesse jurídico do assistente, porque não diz respeito a qualquer interesse subjetivo, é justamente o que legitima a participação do *amicus curiae* ao processo.
> Essa constatação, entretanto, não é o suficiente para entender a intervenção do *amicus curiae* como hipótese de assistência, porque não há interesse jurídico por parte deste ou solução da demanda: tampouco equipará-lo com a atípica intervenção prevista pelo art. 5º da Lei n. 9.469/1997, fundada em mero interesse econômico. O interesse institucional que motiva a intervenção do *amicus curiae* não se confunde com o interesse próprio de natureza jurídica ou econômica, daí serem inconfundíveis as diferentes formas de intervenções ora analisadas. (NEVES, 2016, p. 224)

[8] "Tudo dependerá da elasticidade ao termo "atípico" que se pretenda atribuir, mas em meu entendimento a existência do interesse institucional que justifica a participação do *amicus curiae* o diferencia de forma substancial do mero auxiliar do juiz, tal qual o perito, o intérprete ou tradutor. Ainda que substancialmente diferente dos terceiros intervenientes tradicionais, prefiro o entendimento de que a intervenção ora analisada é uma espécie diferenciada da intervenção de terceiro, tendo como principal consequência a atribuição da natureza jurídica de parte após sua admissão no processo". (NEVES, 2016, p. 224).

Inclusive, o interesse não pode ser meramente corporativo, mas institucional. E consoante Cassio Scarpinella Bueno, o interesse que motiva e legitima a atuação do *amicus curiae* em juízo é um interesse "jurídico" diferenciado, que não pode ser confundido ou assimilado com o interesse que conduz um "assistente" ou outro "terceiro" qualquer a um processo entre outras pessoas para nele intervir das variadas formas que o ordenamento jurídico brasileiro, tradicionalmente, reconhece. "Não se trata, isto é certo, de um interesse jurídico *subjetivado*. Mas se trata, com essas ressalvas, de um interesse que é *jurídico"*. Destaca, assim, que é um interesse jurídico porque é previsto, porque é agasalhado pela ordem jurídica considerada como um todo. "E, se é assim, no plano do direito "material", não há razão para que não o seja também *no plano do direito processual.* É interesse *jurídico,* portanto". (BUENO, 2012, p. 459)

Desse modo, o autor ressalta que "o interesse *institucional*, contudo, é interesse *jurídico,* especialmente qualificado, porque transcende o interesse *individual* das partes". E é jurídico de estar previsto pelo sistema, e merecedor, por isso mesmo, de especial proteção. "Trata-se, claro, inequivocamente, de "direito" porque digno de tutela no plano material e também no plano *processual*." (BUENO, 2012, p. 460)

Além disso, o interesse institucional também é interesse público:

> (...). E o é justamente porque transcende o interesse individual de cada uma das partes litigantes e, o que para nós é mais saliente, porque transcende o próprio "interesse". Eventualmente titularizado pelo próprio *amicus curiae*. O *interesse institucional* é público no sentido do que deve valer em juízo pelo o que ele diz respeito às instituições, aos interesses corporificados no *amicus*, externos a eles e não pelos interesses que ele próprio *amicus* pode, eventualmente, possuir e os possuirá, não há como negar isso, legitimamente. Não é um interesse público do Estado, que caracteriza o Estado como tal, um "interesse estatal", mas pode haver um interesse público que também diga respeito ao Estado, mas especificamente aos valores que o Estado representa e tem como mister primeiro cumpri-los. É, nessas condições, um interesse *público primário*, para valermo-nos, aqui também, da dicotomia adotada, em geral, pelos administrativistas. (BUENO, 2012, p. 461)

Víctor Bázan ressalta que o *amicus curiae* é um instrumento proveitoso, destinado, dentre outros propósitos, a viabilizar a participação do cidadão *"en asuntos en que se debatan cuestiones de trascendencia institucional o que resulten de interés público, siempre que los presentantes cuenten con una reconocida idoneidad sobre la materia debatida"* (2014, p. 31). Também destacando o mesmo autor que "os amigos da Corte" estão em condições de trazer critérios técnicos-jurídicos aptos para *"una apropiada interpretación de los derechos fundamentales".* (BÁZAN, 2014, p. 32)

Sobre a questão da imparcialidade, deve-se ter em mente que o *amicus curiae* deve ser imparcial, e que possa essa qualidade ser, pelo próprio juiz, ou pelas partes, contrastada. "É de

sua natureza a *necessidade* dessa imparcialidade, que, contudo, não pode, a toda evidência, buscar *neutralizar* a razão última do ingresso do *amicus curiae* em juízo, que é o seu interesse *institucional"*. É uma espécie filtro pelo qual deverá passar. Dessa forma, o *amicus curiae* não é "estranho" ao litígio no sentido de que a doutrina italiana refere-se ao juiz, mas deve ser, tão somente, imparcial "no sentido de não pertencer pessoalmente à situação substancial litigiosa e não estar pessoalmente sujeito aos *efeitos* dessa decisão". (BUENO, 2012, p. 490)

> Não há como, à luz dessas considerações, não concluir que a imparcialidade do *amicus curiae* pode e deve ser contrastada como requisito indispensável para o seu ingresso e manifestação em juízo. Mas ainda naqueles casos em que a intervenção for espontânea. Nesses casos, não descartamos, até mesmo a abertura de diligências pelo juiz, no que é forte o atual regramento do direito norte-americano, para que constante, exaustivamente, a razão pela qual o *amicus* pretende intervir no processo. Questionando-o – por que não? – a respeito de quem paga os honorários do seu advogado ou, mais amplamente, "financia" ou "incentiva" sua atuação em juízo. Tudo isso com o fito único de contrastar adequadamente o único interesse que pode legitimar o seu ingresso em juízo. – g. n. (BUENO, 2012, p. 490)

Claudia Maria Barbosa destaca que o *amicus curiae* tem o condão de "ampliar o debate para a sociedade, além de contribuir para o equilíbrio entre as partes na defesa de interesses divergentes", constituindo-se, assim, "em uma política que facilita a democratização do processo deliberativo e contribui para legitimar o Judiciário perante a sociedade". Todavia, corre-se o risco de desequilibrar o debate quando "apropriado" por grupos de interesse que abandonam seu papel de amigos da corte para tornarem-se, conforme adverte "amigos da parte". E, por esta razão "deve ser utilizado de forma a ampliar a participação equânime de grupos pró e contra, especialmente quando envolvem questões que deveriam ser resolvidas na esfera política". (BARBOSA, 2013, p. 157)

Inclusive, as diversas questões políticas que o Judiciário tem decidido atualmente, consoante se verificou no tópico supra, não possuem uma "resposta certa", mas apenas "respostas possíveis", que poderiam ser fornecidas com a ajuda do *amicus curiae*, tendo em vista que este representa os diferentes setores da sociedade.

Além disso, o instituto não pode ser utilizado apenas em seu "aspecto burocrático", devendo se atentar para sua utilidade no sentido de esclarecer diferentes aspectos de questões complexas, ou seja, para o seu uso substancial. Nesse contexto, verifica-se se de fato as manifestações dos *amicus curiae* são consideradas pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal, por exemplo, nas suas decisões.

Nesse sentido, Letícia França Corrêa e José Ribas Vieira, ao analisarem o julgamento da ADI n. 4277, a respeito do reconhecimento das uniões homoafetivas, verificaram que uma linha de argumentação baseada fortemente no direito internacional esposada pelos *amici* CNH e ABGLT não foi explorada pelos ministros, sendo que apenas o Ministro

Lewandowski tangenciou tal argumentação ao invocar os Princípios de Yogyakarta, que foram expressamente citados por aquelas instituições. E concluem que é necessário um maior engajamento dos ministros do Supremo Tribunal Federal, nos debates eventualmente suscitados pela participação dos *amici curiae.* (CORRÊA; RIBAS, p. 23-24)

Do mesmo modo, Miguel Gualano Godoy analisou se as audiências públicas e os *amici curiae* influenciam ou não as decisões dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, verificando empiricamente os argumentos e razões expostos por eles, assim como as razões e argumentos esposados nos votos dos Ministros do Supremo Tribunal Federal. A análise parte do julgamento da ADI n. 3510 que tratava da constitucionalidade do art. 5º da Lei de Biossegurança, mas também trata de outras diversas ações, concluindo que os ministros se utilizam dos argumentos esposados nas audiências públicas e pelos *amici curiae* sim, mas muito mais na primeira hipótese do que dos pareceres destes últimos. (2015, p. 143, 149-150).

Contudo, o autor também conclui que a forma como o Supremo Tribunal Federal tem se valido da realização das audiências públicas e da admissão dos *amici curiae* tem sido pouco dialógica. Ressaltando que as audiências públicas têm se reduzido apenas à exposição de diferentes posições em relação a um dado caso e "têm funcionado somente como espaço de complementação informativa dos ministros", assim como não se tem permitido o debate, o desafio e a troca de argumentos. "Ademais, no atual modelo verifica-se que os ministros adotam uma participação eminentemente passiva, fazem poucas perguntas (muitas vezes nenhuma) e não se engajam no debate". E, ainda, destaca-se que a admissão ou recusa de *amici curiae*, precisa ser mais bem justificada pelo ministro relator, pois cabe a ele "possibilitar que mais vozes sejam ouvidas, sobretudo aquelas que têm poucas possibilidades de se fazerem audíveis". E, por fim, para que haja um debate público efetivo e um diálogo genuíno, é preciso que o Supremo Tribunal Federal reconheça e promova o debate "em todas as diferentes fases que envolvem o julgamento de um caso, notadamente a fase pré-decisional, a fase decisional e a fase pós-decisional". (2015, 157-158)

4. Considerações Finais

Conforme se verificou no presente trabalho, no século XX, houve um maior reconhecimento de direitos, inclusive os direitos denominados sociais, que exigem uma atuação do Estado perante o cidadão, mormente em relação àqueles mais necessitados. Desse modo, com documentos mais abertos, como a Constituição da República de 1988, há a "justiciabilidade" de tais direitos, isto é, passam a ser passíveis de efetivação pelo Judiciário.

Assim, transfere-se a responsabilidade de efetivação de tais direitos para o Judiciário, e, por isso, deve-se estudá-lo, buscando-se soluções para a sua morosidade, demasiada burocracia, formalismo, dentre tantas outras problemáticas apontadas. Inclusive, é necessário o maior preparo interdisciplinar para a solução de questões mais complexas. A importância da efetivação de direitos constitucionalmente garantidos, especialmente os sociais, e a transferência de sua proteção, em maior ou menor grau ao Judiciário, resulta em um protagonismo político do Judiciário incompatível com aquele poder "neutro" e "invisível" no qual estava escorada perspectiva mais positivista do direito. No contexto do novo constitucionalismo, a importância política do judiciário, antes escondida, torna-se evidente.

Um Poder mais forte demanda também a contrapartida de mecanismos efetivos de controle e participação externa, ambos facilitados, pelo menos em seu desenho institucional, pelo procedimento das audiências públicas e pelo instituto do *amicus curiae*.

Além disso, e consoante acima destacado, a finalidade, a forma do processo deliberativo e da tomada de decisão, e o grau de *accountability* institucional são critérios distintos, mas complementares, para se constatar a legitimidade do Judiciário.

O grande desafio no âmbito do Poder Judiciário é o de encontrar a justa medida entre a independência no ato de julgar, a democratização dos debates que precedem as decisões, "sem cair no populismo ou no isolacionismo, ou sucumbir à tentação do sucesso momentâneo e fácil do "jogar pra torcida" quando a questão recomendar mais parcimônia e razão e menos paixão". (BARBOSA, 2013, p. 158-159)

Nesse contexto, ao se analisar a figura do *amicus curiae*, verifica-se que é um meio útil a contribuir com a maior legitimação da decisão jurisdicional, tendo em vista que privilegia a participação de pessoas físicas e jurídicas que possuem expertise na temática que está discutida. No entanto, ainda é necessário que se amplie a sua utilização, inclusive para grupos "prós" e "contra", especialmente quando a questão, embora de aparência jurídica, trata, em verdade, de uma questão política, para a qual a procedência ou não alinha-se sobretudo a questões de interpretação. Mister também verificar se as manifestações dos expertos convidados são consideradas nas respectivas decisões dos magistrados, e se o são de forma equânime, privilegiando o diálogo.

REFERÊNCIAS

ARANTES, Rogério Bastos; SADEK, Maria Tereza. A crise do judiciário na visão dos juízes. **Revista USP**, São Paulo, n. 21, p. 36-38, 1994.

Bazán, Víctor. *Amicus curiae*, justicia constitucional y fortalecimiento cualitativo del debate jurisdicional. **Revista Derecho del Estado**, Bogotá, n. 33, p. 03-34, julio-diciembre, 2014.

BARBOSA, Claudia Maria. A legitimidade do exercício da jurisdição constitucional no contexto da judicialização da política. In: BARRETTO, Vicente de Paulo; DUARTE, Francisco Carlos, SCHWARTZ (org.). **Direito da sociedade policontextual**. Curitiba: Appris, 2013. v. 1.

BENVINDO, Juliano Zaiden. A "última palavra", o poder e a História: O Supremo Tribunal Federal e o discurso de supremacia no constitucionalismo brasileiro. **Revista de informação legislativa**, v. 51, n. 201, p. 71-95, jan./mar. 2014. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/502953>. Acesso em: 24 out. 2016.

Francisco Carlos, SCHWARTZ (org.). **Direito da sociedade policontextual.** Curitiba: Appris, 2013. v. 1.

____. O Processo de Legitimação do Poder Judiciário Brasileiro. In: **Anais do XIV do CONPEDI**. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/XIVCongresso/080.pdf>. Acesso: 15 jul. 2016.

CABRAL, Antônio do Passo. Pelas asas de Hermes: a intervenção do amicus curiae, um terceiro especial: uma análise dos institutos interventivos similares: o amicus e o *Vertreter des öffentlichen interesses*. **Revista de Processo**, Porto Alegre, v. 29, n. 117, set./out. 2004.

CORRÊA, Letícia França; VIEIRA, José Ribas. **A figura do *amicus curiae* no Supremo Tribunal Federal.** Disponível em: <http://www.puc-rio.br/pibic/relatorio_resumo2012/relatorios_pdf/ccs/DIR/JUR-Let%C3%ADcia%20Fran%C3%A7a%20Corr%C3%AAa.pdf>. Acesso em: 26 out. 2016.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional.** São Paulo: Malheiros, 2007.

BUENO, Cassio Scarpinella. ***Amicus Curiae* no processo civil brasileiro:** um terceiro enigmático. São Paulo: Saraiva, 2012.

____. **Curso Sistematizado de Direito Processual Civil:** Teoria geral do direito processual civil. São Paulo: Saraiva, 2011.

CAPELLA, Juan Ramón. **Fruta prohibida:** una aproximación histórico-teorética al estudio del derechoy del estado. Madrid: Editorial Trotta, 2001.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Código de ética da magistratura brasileira.** Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/publicacoes/codigo-de-etica-da-magistratura>. Acesso em: 01 jul. 2016.

CRISTOFARO, Marco De. A motivação das decisões judiciais. Tradução de Ariana Julia de Almeida Anfe. Palestra proferida em 27 ago. 2014 no **I Colóquio Brasil-Itália de Direito Processual Civil**, USP e pela AASP.

CUMBRE JUDICIAL IBEROAMERICANA. **Código Ibero-Amerciano de ética judicial.** Disponível em: <http://www.cumbrejudicial.org/c/document_library/get_file?uuid=8c73bef9-ea33-4a72-912c-18a482bc1639&groupId=10124/>. Acesso em: 01 jul. 2016.

GODOY, Miguel Gualano. **Revista da Faculdade de Direito**, Curitiba. v. 60, n. 3, p. 137-159, set./dez. 2015.

GRADI, Marco. **Il principio del contradditorio e la nullità dela sentenza dela "terza via"**. Disponível em: <http://www.academia.edu/4253433/Il_principio_del_contraddittorio_e_la_nullit%C3%A0_delle_sentenze_della_terza_via>. Acesso em: 26 ago. 2016.

GRASSI, Lucio. A função legitimadora do princípio da cooperação intersubjetiva no processo civil brasileiro. **Revista de Processo**, v. 172, jun. 2009.

HACHEM, Daniel Wunder. A noção constitucional de desenvolvimento para além do viés econômico – Reflexos sobre algumas tendências do Direito Público brasileiro. **Revista de Direito Administrativo e Constitucional**, Belo Horizonte, a. 3, n. 11, jan/mar., 2003.

HIRSCHL, Ran. The nordic counternarrative: democracy, human development, and judicial review. **International Journal of Constitutional law,** Oxford University Press e New York University School of law, v. 9, p. 449-469, 2011.

LEAL, Mônia Clarissa Henning. Jurisdição Constitucional Aberta: a Abertura Constitucional Como Pressuposto de Intervenção do Amicus Curiae no Direito Brasileiro. **DPU**, n. 21, maio/jun., 2008.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Novo Código de Processo Civil comentado artigo por artigo.** Salvador: JusPodvm, 2016.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Princípios de Bangalore de Conduta Judicial.** Disponível em: <https://pt.scribd.com/doc/29436805/Principios-de-Bangalore-de-Conduta-Judicial>. Acesso em 01 jul. 2016.

RANGEL, Gabriel Dolabela Raemy. **A legitimidade do Poder Judiciário no regime democrático:** uma reflexão no pós-positivismo. São Paulo: Laços, 2014.

ROBL FILHO, Ilton Norberto. **Conselho Nacional de Justiça:** Estado democrático de direito e accountability. São Paulo: Saraiva, 2013.

VALADÉS, Diego. **Conversas acadêmicas com Peter Häberle**. São Paulo: Saraiva, 2009.

VILELA, Hugo Otávio Tavares. **Além do Direito:** o que o juiz deve saber – a formação multidisciplinar do juiz. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2015.

WOLKMER, Antônio Carlos. **Constitucionalismo e Direitos Sociais no Brasil.** São Paulo: Acadêmica, 1989.