



UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA  
FACULDADE DE DIREITO  
MESTRADO EM DIREITO

RAFAEL MENEZES TRINDADE BARRETTO

*AMICUS CURIAE*

E DEMOCRATIZAÇÃO DO DEBATE CONSTITUCIONAL

SALVADOR

JANEIRO DE 2007

RAFAEL MENEZES TRINDADE BARRETTO

*AMICUS CURIAE*

E DEMOCRATIZAÇÃO DO DEBATE CONSTITUCIONAL

Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado em  
Direito da Faculdade de Direito da Universidade  
Federal da Bahia, na área de Direito Público, Linha de  
Pesquisa Cidadania e Efetividade dos Direitos.

Orientador: Prof. Saulo José Casali Bahia

SALVADOR

JANEIRO DE 2007

## TERMO DE APROVAÇÃO

Esta dissertação foi julgada APTA para obtenção do título de Mestre em Direito e aprovada em sua forma final pela Coordenação do Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia – PPGD – UFBA.

---

Prof. Doutor Edvaldo Brito  
Coordenador do PPGD-UFBA,

Salvador, de de 2007.

Banca Examinadora:

---

Prof. Doutor Saulo José Casali Bahia  
Universidade Federal da Bahia

---

Prof. Doutor Willis Santiago Guerra Filho  
Universidade Federal da Bahia

---

Prof. Doutor Gustavo Binenbojm  
Universidade Estadual do Rio de Janeiro

## AGRADECIMENTOS

O ato de reconhecer a importância de outras pessoas nos êxitos pessoais é uma grande virtude que pode ter o ser humano. De outro lado, é comum, no agradecimento, esquecer de mencionar pessoa que, de igual forma, contribuiu para o sucesso do trabalho, sendo certo que quem agradece sempre corre o risco de cometer pequenas injustiças.

Muitos são aqueles a quem agradeço por ter conseguido superar esta etapa em minha vida, e tenho certeza que cada um deles sabe disso, o quanto valoro a participação que tiveram neste trabalho, independente de seus nomes serem aqui mencionados expressamente.

Por isso, sinto-me a vontade, sem temer ser injusto, de registrar aqui apenas o nome de três, que são referências profissionais e acadêmicas para mim, em nome dos quais agradeço a todos os demais que estão imortalizados em meus sentimentos, como a doce e eterna Wendy e o alegre e festivo Adib, fontes de energia em minha vida.

Arx Tourinho (*in memoriam*), Mestre que me iniciou nos estudos de Ciência Política e de Direito Constitucional, cujas idéias eu compartilho e permanecem presentes. Ter sido seu aluno fez e faz uma diferença enorme em minha vida. Obrigado por ter cruzado meu caminho.

Roque Aras, pessoa ímpar, paradigma de integridade, lisura, luta e jovialidade, cuja sabedoria tanto me enriquece a cada dia. Se algum dia alcançar um décimo de sua sapiência já serei merecedor de um lugar no Olimpo.

Saulo José Casali Bahia, meu orientador, grande referência para os mais jovens que iniciam no longo caminho acadêmico, de quem me tornei profundo admirador. Faço questão de registrar que as Academias seriam muito, mas muito-muito melhores, se, no lugar de tantas pessoas vaidosas que lecionam pensando e si imaginam saber o que é ser um verdadeiro professor, houvesse mais pessoas como ele.

*“A regra inscrita no art. 7º, § 2º da Lei nº 9.868/99 – que contém a base normativa legitimadora da intervenção processual do amicus curiae – tem por objetivo pluralizar o debate constitucional, permitindo que o Supremo Tribunal Federal venha a dispor de todos os elementos informativos possíveis e necessários à resolução da controvérsia.*

*Vê-se que a aplicação da norma legal em causa – que não outorga poder recursal ao amicus curiae – não só garantirá maior efetividade e legitimidade às decisões deste Tribunal, mas, sobretudo, valorizará, sob uma perspectiva eminentemente pluralística, o sentido essencialmente democrático dessa participação processual, enriquecida pelos elementos de informação e pelo acervo de experiência que esse mesmo amicus curiae poderá transmitir à Corte Constitucional, notadamente em um processo – como o de controle abstrato de constitucionalidade – cujas implicações políticas, sociais, econômicas, jurídicas e culturais são de irrecusável importância e de inquestionável significação.” (Ministro Celso de Mello, ADIN 2130 AgR)*

## RESUMO

Este estudo versa sobre a participação do *amicus curiae* no processo de interpretação constitucional, defendendo uma atuação efetiva por parte desse sujeito processual como uma forma de democratizar o debate constitucional. Propondo uma discussão hermenêutica, centrada no papel do intérprete, o estudo demonstra que a Constituição termina sendo aquilo que os Ministros do Supremo dizem sobre a Constituição. Constatando que o processo de investidura dos Ministros do Supremo ocorre sem participação popular, o estudo defende a necessidade de o Tribunal inserir a sociedade no processo de interpretação constitucional, o que pode ser feito mediante a participação do *amicus curiae*. Defendendo que a participação do *amicus curiae* democratiza o debate constitucional e legitima a atuação do Tribunal, o estudo demonstra que o Supremo Tribunal Federal vem sendo bastante receptivo à idéia proposta nesta pesquisa.

Palavras-chave: *amicus curiae*, interpretação, democracia, debate constitucional.

## ABSTRACT

This study is about the participation of the *amicus curiae* on the constitutional interpretation process, defending an effective actuation of him as a form to democratize the constitutional debate. Proposing a hermeneutics debate, centered in the paper of the interpreter, the study shows that the Constitution is what the member of the Supreme Court says about Constitution. Showing that the Brazilians Supreme Court is composed without direct people participation, the study defends a necessity to the Court insert the society on the process of constitutional interpretation, what can be reach by the *amicus curiae* participation. Defending that the participation of the *amicus curiae* democratize the constitutional debate and legitimate the actuation of the Tribunal, the study demonstrate that Brazilians Supreme Court is being very receptive about this idea.

Keywords: *amicus curiae*, interpretation, democracy, constitutional debate.

## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO, p. 1.

CAPÍTULO I - A VELHA HERMENÊUTICA E O *AMICUS CURIAE*, p. 4.

1. Breves considerações sobre o *Amicus Curiae*, p. 4.
2. Hermenêutica e Interpretação, p. 5.
3. A velha hermenêutica da razão-formal e o *Amicus Curiae*, p. 8.
  - 3.1. *Prólogo*, p. 8.
  - 3.2. O desencadeamento do pensar cartesiano na hermenêutica jurídica, p. 12.
  - 3.3. *Voluntas legis x voluntas legislatoris*, p. 21.
  - 3.4. Alguns métodos da velha hermenêutica, p. 24.
  - 3.5. A velha hermenêutica e o *Amicus Curiae*, p. 29.

CAPÍTULO II - A NOVA HERMENÊUTICA E O *AMICUS CURIAE*, p. 31.

- 1 A insuficiência do modelo cartesiano e as insurgências anti-positivistas, p. 31.
2. A proposta hermenêutica de Gadamer, p. 34.
3. A Tópica de Viewheg, p. 41.
4. A razão prática argumentativa de Perelman, p. 55.
5. A principiologia de Dworkin, p. 60.
6. O realismo jurídico de Alf Ross, p. 67.
7. A nova hermenêutica e o *Amicus Curiae*, p. 71.
8. Rediscutindo velhas idéias a partir do desenvolvimento hermenêutico, p. 72.

CAPÍTULO III - INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL, p. 78.

1. Interpretação, revelação e compreensão da Constituição. Um passeio entre a velha e a nova hermenêutica, p. 78.

2. Peculiaridades da interpretação constitucional, p. 80.
3. Princípios específicos da interpretação constitucional, p. 91.
  - 3.1. O princípio da força normativa, p. 95.
  - 3.2. O princípio da máxima efetividade, p. 102.

#### CAPÍTULO IV – O STF E A INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL PLURALISTA, p. 111.

1. Texto e norma. Constituição como produto da interpretação do STF, p. 111.
2. Potencialidade de decisões, complexidade de algumas demandas e isolamento do STF na tarefa de interpretação constitucional, p. 119.
3. Déficit de legitimidade do STF, visão panóptica da Corte e o *Amicus Curiae*, p. 127.
4. O processo de democratização e a interpretação constitucional pluralista, p. 134.

#### CAPÍTULO V - *AMICUS CURIAE E DEMOCRATIZAÇÃO DO DEBATE CONSTITUCIONAL*, p. 151.

1. O que é o *Amicus Curiae*, p. 151.
2. Origem do Instituto, p. 152.
3. O *Amigo do Juízo* no ordenamento jurídico brasileiro, p. 158.
4. Natureza jurídica do *Amicus Curiae*, p. 163.
5. A participação do *Amicus Curiae* no controle de constitucionalidade, p. 168.
6. A admissibilidade do *Amicus* nos processos objetivos, p. 184.
7. Poderes processuais do *Amicus Curiae*, p. 193.
8. O *Amicus Curiae*, o Supremo e a democratização do debate constitucional, p. 200.

CONCLUSÕES, p. 206.

REFERÊNCIAS, p. 224.

## INTRODUÇÃO

A presente dissertação aborda a participação do *amicus curiae* no processo de interpretação constitucional, defendendo uma atuação efetiva por parte desse sujeito processual como forma de democratizar o debate sobre a Constituição.

Os dois primeiros capítulos propõem uma discussão hermenêutica, abordando a mudança metodológica acontecida no plano hermenêutico e destacando o papel do sujeito que interpreta no processo de compreensão e aplicação do Direito, sempre relacionando o tema com o *amicus curiae*.

O *capítulo inicial*, após distinguir hermenêutica e interpretação, adentra no estudo da velha hermenêutica, ou hermenêutica da razão-formal, passeando desde um breve prólogo até o desenvolvimento do pensar cartesiano na hermenêutica jurídica.

Analisando esse modelo interpretativo, constata-se o predomínio da idéia de que o objeto continha um significado em si, em detrimento da postura do sujeito-intérprete, que não assumia um papel decisivo no processo interpretativo; demais, enfrenta-se a discussão sobre *voluntas legis vs. voluntas legislatoris* e se discorre sobre os métodos hermenêuticos tradicionais.

O *segundo capítulo* trata da nova hermenêutica, realçando a insuficiência da aplicação do método cartesiano ao Direito e as reações anti-positivistas; pontua, ainda, o pensamento de alguns autores que se insurgiram contra esse modelo, a exemplo de Ronald Dworkin, Chaim Perelman e Theodor Viehweg.

Nessa etapa, é sobrelevado o papel assumido pelo sujeito-intérprete no processo interpretativo, enfatizando que o desenvolvimento hermenêutico provocou uma mudança de eixo central no processo, deslocando o vetor principal do *objeto* para o *sujeito*; também são rediscutidas velhas idéias da antiga hermenêutica.

O *capítulo terceiro* discorre sobre a interpretação constitucional, expondo as peculiaridades dessa interpretação e os princípios específicos que a presidem, dando um destaque especial aos princípios da força normativa e da máxima efetividade.

O *quarto capítulo* discute o papel do Supremo Tribunal Federal na interpretação constitucional.

Inicia trazendo a distinção entre texto e norma e defendendo que, em última instância, o sentido da Constituição termina sendo construído pela interpretação que o Supremo confere ao texto constitucional.

Ainda no referido capítulo, é analisada a potencialidade de decisões da Corte Maior, a complexidade de algumas demandas que lhe são postas à apreciação e o isolamento do Tribunal na tarefa de interpretação constitucional.

Indo adiante, é focado o déficit de legitimidade do Supremo, se fazendo uma leitura panóptica dele e verificando em que medida a participação do *amicus curiae* pode atenuar o quadro apresentado.

Terminando o capítulo, discute-se, a partir das idéias de Peter Häberle, o processo de democratização e a interpretação pluralista, defendendo uma participação efetiva do *amicus curiae* como um fator de democratização do debate constitucional e de legitimação da atuação do Supremo Tribunal Federal.

O *quinto capítulo* analisa pormenorizadamente o *amicus curiae*, pontuando o quem vem a ser esse sujeito processual, qual a origem dele, o seu reconhecimento na ordem jurídica brasileira, a sua natureza jurídica, sua participação nos processos de controle de constitucionalidade, a admissibilidade dele nos processos objetivos e seus poderes processuais.

No último ponto do capítulo, é feita uma aproximação entre o *amicus curiae*, o Supremo Tribunal Federal e a democratização do debate constitucional, defendendo a participação efetiva do *amigo do juízo* no processo de interpretação constitucional, pluralizando os sujeitos interpretativos para inserir segmentos sociais e legitimando a atuação do STF.

Durante o decorrer do trabalho, é feita análise de jurisprudência, abordando casos relevantes da jurisdição constitucional brasileira que contaram com participação atuante de *amici* e pontuando que o Supremo Tribunal Federal vem demonstrando-se extremamente receptivo à ampliação dos sujeitos na interpretação constitucional, assumindo uma postura pluralista e democrática, compatível com os fundamentos que alicerçam o Estado brasileiro.

Finalizando a dissertação, conclusões e, em anexo, a norma regente da atuação do *amicus curiae* na Suprema Corte norte-americana, norma matriz do instituto no direito comparado.

## Capítulo I

### A VELHA HERMENÊUTICA E O *AMICUS CURIAE*

#### 1. Breves considerações sobre o *Amicus Curiae*

A participação do *Amicus Curiae* no processo de interpretação constitucional é o ponto central do presente estudo, e essa figura é merecedora de um capítulo específico ao final da pesquisa.

Por sua vez, visando possibilitar uma melhor compreensão do desenvolvimento do trabalho, e começar a perceber a importância que o *amicus* pode assumir no processo interpretativo e na formação das decisões judiciais, é importante, desde o início, ter uma breve noção sobre o que vem a ser esse sujeito processual, o que realmente ele representa.

O *amicus curiae*, ou *amigo da Corte*, é um sujeito processual que intervém na causa no intuito de auxiliar o julgador, ainda que não tenha interesse jurídico em que a sentença seja favorável a alguma das pessoas envolvidas no processo, no sentido exigido pelo art. 50/CPC.

Trata-se de um representante da sociedade que comparece no processo trazendo elementos para municiar os julgadores, pluralizando o debate da questão posta em julgamento e legitimando a atuação do Tribunal.

Oriundo do direito norte-americano, esse sujeito processual foi acolhido pela ordem jurídica brasileira e, gradativamente, tem assumido uma posição de destaque na jurisdição constitucional.

Decerto, como será comentado no decorrer do trabalho, o Supremo Tribunal Federal, numa perspectiva extremamente democrática e pluralista, tem sido extremamente receptivo ao *amicus*, ampliando o círculo de intérpretes constitucionais, bem na linha do pensamento de Peter Häberle, que é o grande marco teórico do presente estudo.

## **2. Hermenêutica e Interpretação**

De modo a adentrar no estudo da interpretação do Direito, é prudente fazer uma prévia distinção entre hermenêutica e interpretação, palavras que, apesar de estarem intimamente ligadas, não se confundem, possuindo distinta significação.

O vocábulo *hermenêutica* origina-se do grego “*hermeneuein*”. Na mitologia grega, havia o deus Hermes, incumbido de transmitir aos homens as mensagens e as vontades dos demais deuses reunidos no Olimpo, estabelecendo uma espécie de canal de comunicação entre estes e aqueles. Filho de Zeus e de Maia, Hermes era o deus da eloquência, do comércio, dos ladrões e o mensageiro dos deuses<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Koogan/Houaiss, *Enciclopédia e Dicionário Ilustrado*, Edições Delta.

A palavra hermenêutica designa uma ciência que tem por objeto de estudo o conjunto de técnicas utilizadas na interpretação e na compreensão. Conforme escrito em outra oportunidade<sup>2</sup>:

Hermenêutica é a arte de interpretar o sentido das palavras, das leis, dos textos. É a arte de compreender, é a ciência que estuda a compreensão e significação das coisas, é a busca organizada do sentido das coisas. Pode-se conceber as coisas teologicamente, politicamente, matematicamente, juridicamente, etc. Dentro da hermenêutica jurídica, pode-se buscar o sentido civil, penal, administrativo, constitucional e tantas mais possibilidades haja no Direito.

Para Palmer<sup>3</sup>, “*a hermenêutica é o estudo da compreensão, é essencialmente a tarefa de compreender texto*”. O referido autor afirma que a palavra hermenêutica sugere o processo de tornar compreensível, e que o seu uso antigo possui três orientações significativas, que são *hermenêutica como dizer* ou *expressir*, *hermenêutica como explicar* e *hermenêutica como traduzir*<sup>4</sup>.

A hermenêutica como *dizer* ou como *expressir* se relaciona com a função anunciadora de Hermes, que diz para os homens as mensagens dos deuses, ressaltando a dimensão expressiva da interpretação.

A hermenêutica como *explicar* dá ênfase ao aspecto discursivo da compreensão, apontando para a dimensão explicativa da interpretação, mais do que para a sua dimensão expressiva. Aqui, as palavras não se limitam a dizer algo, senão que explicam, racionalizam e clarificam.

---

<sup>2</sup> BARRETTO, Rafael. *Responsabilidade civil decorrente do exercício abusivo do direito de greve*. Em *Novos nomes em Direito do Trabalho, volume III*. Orientador: Rodolfo Pamplona Filho. Salvador, 2003, p. 261.

<sup>3</sup> PALMER, Richard E. *Hermenêutica Jurídica*. Lisboa: Edições 70, p. 19.

<sup>4</sup> Idem, p. 23.

A hermenêutica como *traduzir* trabalha com um aspecto especial do processo interpretativo, o de tornar compreensível algo que está em outra língua, fazendo uma mediação entre os dois mundos diferentes. Aqui, a tradução torna consciente de que a própria língua contém uma interpretação.

Interessante pontuar que, em qualquer das hipóteses avançadas, a hermenêutica implica a *compreensão*, quer seja a compreensão daquilo que se deve dizer, daquilo que se explica, ou daquilo que se traduz; e é exatamente a preocupação com a compreensão que deve constituir o cerne da hermenêutica, é em torno dela que essa deve se desenvolver.

Já a palavra interpretação se refere ao ato pelo qual se atribui sentido a algum objeto, tornando-o compreensível, ou, como diz Maria Margarida Lacombe Camargo<sup>5</sup>, interpretação é “*a ação mediadora que procura compreender aquilo que foi dito ou escrito por outrem*”.

Na mesma linha, Larenz pontua que interpretar “*é uma actividade de mediação, pela qual o intérprete traz à compreensão o sentido de um texto que se lhe torna problemático*”<sup>6</sup>.

Interpretar é atribuir significado, é compreender, e nisso se distingue da hermenêutica, pois enquanto a interpretação traduz o ato de tornar compreensível, a hermenêutica pressupõe o estudo da compreensão.

---

<sup>5</sup> CAMARGO, Maria Margarida Lacombe. *Hermenêutica e Argumentação. Uma Contribuição ao Estudo do Direito*. 3 ed. Revista e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 19.

<sup>6</sup> LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*, 3. ed. Tradução de José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 439.

É possível mesmo dizer que hermenêutica é mais do que uma interpretação, pois constitui uma ciência, que tem esta última como objeto de estudo, ou seja, *“hermenêutica não é uma simples interpretação, é uma ciência que envolve um conjunto de técnicas e princípios de onde aquela se extrai”*<sup>7</sup>.

Na perspectiva deste estudo, se trabalhará tanto com a hermenêutica, como uma maneira de conceber a compreensão do objeto de estudo, quanto com a interpretação, enquanto ato pelo qual se compreende, dedicando, ainda, atenção específica ao problema da interpretação constitucional.

E, no que toca ao ato de compreender o Direito, é bom registrar logo, e ter sempre presente em mente, a advertência precisa do Professor Paulo Bonavides, no sentido de que *“Não há norma jurídica que dispense interpretação”*<sup>8</sup>.

### **3. A velha hermenêutica da razão-formal e o *Amicus Curiae***

#### ***3.1. Prólogo***

Durante um período da história da humanidade, marcado por grandes incertezas acerca do mundo, e da própria existência humana, vingou a idéia de que o conhecimento seria algo mítico, acessível apenas a poucos, chegando a prevalecer o entendimento de que Deus era a fonte de todo o conhecimento e que somente os emissários dele tinham acesso ao verdadeiro conhecimento.

---

<sup>7</sup> BARRETTO, Rafael. *Responsabilidade civil...*, p. 261.

<sup>8</sup> BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 11 ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 398.

Àquela época, o conhecimento científico não era bem visto pela Igreja. Ilustrativamente, a principal obra de Nicolau Copérnico, “*Sobre a Revolução dos Mundos Celestes*”, de 1543, na qual defendia que a Terra não era o centro do Universo, mas sim um satélite móvel que se movia em torno do Sol, foi colocada pela Igreja no *Index* dos livros proibidos durante 200 anos.

Também é de lembrar que Galileu Galilei foi perseguido pela *Inquisição* e acusado de heresia por ter defendido a teoria heliocêntrica de Copérnico. Em razão da publicação de seu “*Diálogo sobre os Dois Principais Sistemas do Mundo*”, de 1632, Galileu respondeu um processo perante o *Santo Ofício*, no qual teve que abjurar publicamente a crença em sua teoria científica para não ser condenado à morte e, ainda assim, foi condenado à prisão domiciliar perpétua e a repetir, semanalmente e por três anos, sete salmos penitenciais<sup>9</sup>.

Ante o misticismo e a dificuldade de ter acesso ao conhecimento, não é de estranhar que a História tenha presenciado os Estados Absolutistas, em que alguns governantes reinavam de maneira despótica em detrimento dos cidadãos ao argumento de que seu poder emanaria da vontade de Deus (*teorias do direito divino sobrenatural e providencial*), que investiria o governante como um representante seu na Terra, portanto inquestionável pela comunidade<sup>10</sup>.

---

<sup>9</sup> Cf. *Enciclopédia Delta Universal*, volume 7. Rio de Janeiro: Editora Delta S.A.

<sup>10</sup> A idéia é a de que o monarca representaria a vontade soberana de Deus e, por isso, somente a Deus haveria de prestar contas. Desta forma, se legitimava a monarquia absolutista, onde o rei governava despoticamente, sem nada dever aos cidadãos. O despautério era tamanho que, na França, o rei Luis XIV chegou a afirmar que ele seria o próprio Estado (*L'État c'est moi!*) e, na Inglaterra, vigorava a máxima de que o rei não cometia erros (*the king can do no wrong!*). Como bem pontuam José Jobson de A. Arruda e Nelson Piletti, “a teoria do poder absoluto apresentava o rei como representante de Deus na Terra, defensor da Igreja e da pátria, protetor das artes, legislador e representante do Estado, cujos interesses estavam acima dos interesses particulares”. (*Toda a História*, 3. edição. São Paulo: Editora Ática, p. 168).

Nessa conjuntura, a hermenêutica, essencialmente ligada à teologia, e referindo-se aos princípios de interpretação bíblica, reduzia a tarefa da interpretação à revelação da palavra de Deus.

Entrementes, a sociedade foi aos poucos passando por uma evolução cultural, marcada por movimentos como o *Renascimento*, o *Barroco* e o *Iluminismo*, que apresentavam como denominador comum “a tendência ao predomínio da visão racionalista do mundo”<sup>11</sup>, e que desencadearam efeitos também no âmbito da interpretação.

A partir do desenvolvimento dos movimentos de tendências racionalistas, consolidou-se a idéia de que seria possível compreender os objetos racionalmente, mediante alguns testes lógicos de verificação.

Fazer ciência significava encontrar proposições racionalmente verdadeiras sobre a essência de algum objeto de estudo. A interpretação, nessa nova conjuntura, se prestaria a revelar as verdades racionais existentes no objeto da pesquisa.

Um dos marcos teóricos do modelo racional de pensar/interpretar o mundo foi René Descartes<sup>12</sup>, que propôs um método matemático para encontrar a verdade dos objetos, o qual ficou identificado como *método cartesiano* de pensar.

O método cartesiano, chamado por Descartes de *método da matemática aplicado à filosofia*<sup>13</sup>, foi edificado a partir de uma razão estritamente formal, deduzida de imperativos lógico-matemáticos que permitiam encontrar as verdades do objeto estudado.

---

<sup>11</sup> José Jobson de A. Arruda e Nelson Piletti, ob. cit., p. 171.

<sup>12</sup> DESCARTES, René. *Discurso do Método*. São Paulo: Editora Martin Claret, 2003.

<sup>13</sup> DESCARTES, René. ob. cit., p. 13.

Segundo essa concepção, as verdades do objeto existiam em si mesmas, independente da atuação do sujeito. Ao sujeito caberia a tarefa de encontrar aquelas verdades, que eram por eles desconhecidas, e isto era feito por via de operações lógicas. A interpretação, assim, se reduzia a um processo de revelar as verdades do objeto e a tarefa do intérprete não ia muito além de encontrar essas verdades pré-existentes.

Resumidamente, o método cartesiano impunha observar quatro preceitos:

- a) O primeiro é nunca aceitar como verdadeira nenhuma coisa que não se conheça de maneira evidente como tal, de modo a evitar a precipitação. Trata-se do princípio cartesiano da dúvida, pelo qual se deve duvidar de tudo.
- b) O segundo preceito consiste em dividir as dificuldades examinadas em tantas partes quanto possível e necessário para resolvê-las.
- c) Num terceiro momento, se deve conduzir ordenadamente o pensamento, iniciando pelos objetos mais simples para chegar, gradativamente, aos mais compostos.
- d) Enfim, o quarto preceito, que impõe que sejam feitas, para cada caso, enumerações tão completas e revisões tão gerais que tragam a certeza de não ter sido omitido nada<sup>14</sup>.

Esse método de conceber o acesso ao conhecimento, pautado numa razão matemática e em uma lógica de índole estritamente formal, imperou durante longo tempo na hermenêutica, permeando todo o campo da interpretação, quer no plano literário, quer no plano artístico, quer no plano da hermenêutica jurídica.

Essa concepção de hermenêutica, aqui identificada como a *velha hermenêutica*, deveria traduzir métodos interpretativos que propiciassem ao sujeito encontrar as

---

<sup>14</sup> Ibidem, p. 31-32.

verdades do objeto, quer fosse uma obra literária, uma obra artística ou ainda um texto jurídico, como uma lei.

Tendo em vista a delimitação deste estudo, será centrada atenção ao desencadeamento do método cartesiano no plano da hermenêutica jurídica, o que se inicia no próximo tópico.

### ***3.2. O desencadeamento do pensar cartesiano na hermenêutica jurídica***

O cartesianismo influenciou a hermenêutica jurídica durante longo período. À idéia de que um objeto contém verdades em si mesmo, independente do intérprete, corresponderam as idéias de que a lei continha, em si mesma, respostas para todos os problemas jurídicos, e de que cabia ao aplicador, diante de um caso concreto, encontrar, na moldura hermética da lei, a resposta para o problema posto.

Interpretar o Direito, nessa conjuntura, significava descobrir as verdades objetivas das leis, revelando ao mundo respostas que já existiam previamente.

Havia o predomínio da crença de que o ordenamento jurídico, dotado de completude, teria respostas exatas, deduzidas de imperativos racionais *a priori*, para todo e qualquer conflito jurídico que surgisse, assim como as operações matemáticas sempre chegam a um resultado exato.

A crença na perfeição da lei pode ser bem estampada na máxima de que “*a lei não contém palavras inúteis*”, de modo que se algo na lei parece estranho ao intérprete é porque ele não conseguiu ainda alcançar a verdade existente na lei.

Um dos grandes projetos racionalistas, que bem estampa essa crença na perfeição da lei, é o Código Civil Napoleônico, de 1804, criado com a intenção de ser um corpo sistemático de normas capaz de uniformizar o direito, e sob o qual pairava a idéia de ser capaz de propiciar respostas para todos os conflitos<sup>15</sup>.

Aplicar o Direito seria algo similar a realizar uma operação matemática e, nesse cenário, o intérprete tinha uma missão singular: descobrir, nas leis, as *verdades* para resolver o caso sob apreciação, ou, de outra forma, descobrir a lei a ser aplicada no caso concreto, e isso sempre considerando que as respostas já existiam de antemão no ordenamento jurídico, cabendo a ele tão só a tarefa de encontrá-las e aplicá-las ao caso.

Essa busca de respostas pré-existentes para solucionar o problema jurídico se dava por um processo lógico-formal de subsunção do quadro fático à lei, mediante um procedimento equivalente a um silogismo aristotélico, aonde, a partir de uma premissa maior, e de uma premissa menor, se extraía uma conclusão.

A premissa maior seria a situação normativa descrita na lei. A premissa menor seria o quadro fático posto sob apreciação. Uma vez constatado que o quadro fático se subsumia à situação normativa prevista na lei extraía-se a conclusão da aplicação integral da lei ao caso concreto.

---

<sup>15</sup> Bem percebe Maria Margarida Lacombe Camargo (*Hermenêutica e argumentação...*, p. 66), referindo-se ao Código civil francês, que “havia uma pretensão de se encontrar na lei a resposta para todos os conflitos”, e que, “em um momento de pouca complexidade social e progresso em lenta evolução, o código napoleônico conseguiu manter-se praticamente inalterado até o final do século, e com ele as propostas da Escola de Exegese”.

O juiz, considerado como o intérprete final da lei<sup>16</sup>, seria assim um autômato com a tarefa de aplicar mecanicamente a lei ao fato social, encontrando as respostas para o problema num quadro normativo hermético e racionalmente construído *a priori*.

A interpretação era algo mecanicista e o intérprete não passava de um mero aplicador da lei, limitado à literalidade do diploma legal, lhe sendo vedado interpretar além da lei, até porque a lei seria clara e “*in claris cessat interpretatio*”.

Nesse contexto, a grande discussão interpretativa que pairava sobre o juiz consistia em saber se deveria fazer prevalecer a *vontade da lei (voluntas legis)* ou a *vontade do legislador (voluntas legislatoris)*, tema que será analisado acuradamente mais adiante.

Esse modelo hermenêutico, em que o juiz deveria encontrar respostas prontas *a priori*, deduzidas da razão-lógico-formal, foi amplamente propagado pela *Escola de Exegese* francesa, encontrou tribunos em outras escolas doutrinárias e corresponde, em períodos mais recentes, ao modelo do *positivismo jurídico*.

A *Escola de Exegese*, como observa Maria Margarida Lacombe Camargo<sup>17</sup>, representa um movimento doutrinário proveniente dos grandes comentadores do Código Napoleônico, cujos integrantes defendiam que a atividade dos juízes deveria ser a mais restrita possível, limitando-se a reproduzir o que estava na lei, o que se explica até por razões históricas, na medida em que os juízes franceses, comprometidos com o modelo absolutista pretérito, não eram bem vistos pelos revolucionários e pela comunidade.

---

<sup>16</sup> O juiz não é o único intérprete da lei, mas será aqui considerado como intérprete final no sentido de que é ele quem dá a palavra final na solução de um problema jurídico posto sob julgamento.

<sup>17</sup> *Hermenêutica e Argumentação...*, p. 66.

Conforme Maria Margarida Lacombe Camargo<sup>18</sup>:

Os componentes da Escola de Exegese propugnam uma atuação restrita do poder judiciário mediante um apego excessivo às palavras da lei. A atividade dos juízes na França, então comprometidos com o Antigo Regime, seria controlada pelo atendimento severo e restrito aos termos da lei. Lei feita pelo povo, em cujo conteúdo encontra-se a vontade geral. [...] Qualquer poder, além daquele que verifica o conteúdo expresso da lei, transforma-se em arbítrio. E assim, o juiz passa a ser visto como um funcionário do Estado e mero aplicador do texto legal.

Para Chaim Perelman, a Escola de Exegese pretendeu reduzir o Direito à lei, de modo mais particular, o direito civil ao Código de Napoleão. Suas técnicas de raciocínio jurídico eram fundamentadas na idéia de que “*os códigos nada deixam ao arbítrio do intérprete*”, e, nesse quadro, o juiz parece tomar parte de uma operação de natureza impessoal, em que, estabelecidos os fatos, era bastante formular o silogismo judiciário, o que daria a idéia de não se estar à mercê dos homens, mas ao abrigo de instituições, relativamente impessoais<sup>19</sup>.

Esse modelo formalista de aplicação do direito, de apego exacerbado à literalidade da lei, terminou ecoando na Alemanha com o trabalho de juristas oriundos da Escola Histórica<sup>20</sup>, que possuía lastro na atividade dos pandectistas<sup>21</sup>.

Entre os germanos, particularmente na doutrina de Puchta, se desenvolveu a genealogia dos conceitos, mais tarde identificada como *Jurisprudência dos Conceitos*, que se preocupava em estabelecer conceitos jurídicos bem definidos que pudessem

---

<sup>18</sup> Ibidem.

<sup>19</sup> PERELMAN, Chaim. *Lógica Jurídica: nova retórica*. Tradução de Vergínia K. Puppi. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 32 e 33.

<sup>20</sup> Cf. Maria Margarida Lacombe Camargo, *Hermenêutica e Argumentação...*, p. 83.

<sup>21</sup> Os pandectistas compunham um grupo de estudiosos que se dedicavam a interpretar o *Corpus Iuris Civilis* de Justiniano, visando fundamentar nas leis romanas instituições jurídicas ainda existentes e fazer um paralelo entre elas e os costumes locais de origem germânica.

estabelecer maior segurança às relações jurídicas em face da vagueza de alguns termos legais.

E, novamente com apoio em Margarida Maria Lacombe Camargo<sup>22</sup>:

Foi por meio da elaboração de conceitos gerais, posicionados na parte superior da figura de uma pirâmide, capazes de conter e dar origem a outros conceitos de menor alcance, numa união total, perfeita e acabada, que o direito alcançou o seu maior grau de abstração e autonomia como campo de conhecimento. Esse alto grau de racionalidade deu origem ao “dogma da subsunção”, que irá se impor no século seguinte. O direito era tido como fruto de um desdobramento lógico-dedutivo entre premissas capazes de gerar por si sós uma conclusão que servisse de juízo concreto para cada decisão. [...] será este formalismo conceitual que garantirá a base dogmática do positivismo jurídico prevalecente durante todo o século XX.

Efetivamente, o modelo do formalismo jurídico se desenvolveu por diversos outros países e triunfou por longo período no plano de interpretação e aplicação do Direito, reduzindo tão demasiadamente o papel do sujeito-intérprete que talvez não fosse tão exagerado imaginar a substituição dos juízes por máquinas programadas para fornecer as respostas corretas para os problemas jurídicos.

O grande momento do formalismo no âmbito da interpretação e aplicação do Direito se deu com o *Positivismo Jurídico*, a vertente da filosofia positivista aplicada ao Direito.

Norberto Bobbio<sup>23</sup> aponta sete pontos fundamentais do positivismo jurídico, dentre os quais é importante destacar dois que se relacionam diretamente com o âmbito deste estudo, um dizendo respeito ao *modo de abordar o Direito* e o outro ao *método da ciência jurídica* ou *problema da interpretação*.

---

<sup>22</sup> *Hermenêutica e Argumentação...*, p. 85.

<sup>23</sup> *O Positivismo Jurídico. Lições de Filosofia do Direito*. Compiladas por Nello Morra. Tradução e notas de Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995, p. 131.

No que toca ao *modo de abordar, de encarar* o Direito, os positivistas encaram-no como um fato e não como um valor, de modo que o jurista deve estudar o direito da mesma forma que o cientista estuda a realidade natural, isto é, abstendo-se absolutamente de formular juízos de valor.

E, com Margarida Maria Lacombe Camargo<sup>24</sup>, “*é justamente a rejeição aos valores e a qualquer orientação de caráter metafísico o que caracteriza o positivismo, inclusive o jurídico*”.

No que diz respeito ao *método da ciência jurídica*, isto é, o *problema da interpretação*, o positivismo jurídico sustenta a teoria da interpretação mecanicista, que faz prevalecer, na atividade do jurista, o elemento declarativo sobre o elemento produtivo ou criativo do direito.

É possível sustentar que a filosofia do positivismo jurídico se assenta nas premissas do formalismo jurídico, se tendo, em resumo, que o Direito representa um conjunto de normas objetivamente elaboradas de maneira válida, segundo o procedimento legislativo previamente estabelecido, incumbindo aos juízes aplicar o direito positivado, isto é, o direito legislado, criado validamente pelo Estado, sem fazer incursões valorativas sobre a justeza da lei, não lhe sendo dado criar o direito, mas tão somente declarar o direito existente na lei.

A doutrina do positivismo jurídico, acolhida por muitos pensadores, encontra seu cume na *Teoria Pura do Direito* de Hans Kelsen<sup>25</sup>.

---

<sup>24</sup> *Hermenêutica e Argumentação...*, p. 116.

<sup>25</sup> *Teoria Pura do Direito*. 6ª ed., 5ª tiragem Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

Kelsen é tão importante para o formalismo que Maria Margarida Lacombe Camargo<sup>26</sup> chega a distinguir formalistas ou kelsenianos e não formalistas ou não kelsenianos, sendo que “*Os primeiros se caracterizam por privilegiar o que está escrito na lei validamente posta, sem qualquer indagação de cunho crítico-valorativo, com o intuito maior de dar segurança às relações sociais e garantir a ordem pública*”.

Em sua *Teoria Pura*, Kelsen idealizou o ordenamento jurídico como um conjunto de normas positivas, situadas em diferentes planos hierárquicos<sup>27</sup>, postas por uma autoridade competente para produzir validamente essas normas, independente do conteúdo que elas contivessem.

Na construção kelseniana, o conteúdo da norma não assume nenhum relevo, porque o que confere validade a uma norma jurídica é tão só o fato de ela ter sido criada de acordo com o processo pré-determinado para sua criação.

Nas palavras autênticas:

Uma norma jurídica não vale porque tem um determinado conteúdo, quer dizer, porque o seu conteúdo pode ser deduzido pela vida de um raciocínio lógico de uma norma fundamental pressuposta, mas porque é criada por uma forma determinada – em última análise, por uma forma fixada por uma norma fundamental pressuposta. Por isso, e somente por isso, pertence ela à ordem jurídica cujas normas são criadas de conformidade com esta norma fundamental. Por isso, todo e qualquer conteúdo pode ser Direito<sup>28</sup>.

---

<sup>26</sup> *Hermenêutica e Argumentação...*, p. 101.

<sup>27</sup> Nas palavras do próprio Kelsen, “a ordem jurídica não é um sistema de normas jurídicas ordenadas no mesmo plano, situadas umas ao lado das outras, mas é uma construção escalonada de diferentes camadas ou níveis de normas jurídicas” (*Teoria Pura...* p. 247).

<sup>28</sup> *Idem*, p. 221.

No mesmo sentido, o doutrinador austríaco ainda afirma que “*a nenhuma ordem jurídica positiva pode recusar-se a validade por causa do conteúdo das suas normas. É este um elemento essencial do positivismo jurídico*”<sup>29</sup>.

A Constituição, para ele, “*representa o escalão de Direito positivo mais elevado*”<sup>30</sup> dentro do sistema, cuja função seria estabelecer a maneira pela qual outras normas de escalão inferior poderiam ser criadas, funcionando, assim, como fundamento de validade desse processo de criação.

No que toca à norma que criou a Constituição, ou seja, ao fundamento da validade da própria Constituição, Kelsen remonta a uma norma hipotética fundamental, pressuposta, cuja autoridade está fora de questionamento.

Nessa esteira, Kelsen aborda a Constituição em duplo sentido: em um sentido *jurídico-positivo*, representando o direito positivo de maior escalão, que fornece o fundamento de validade da criação do direito positivo de menor escalão; e em um sentido *lógico-jurídico*, representando a norma hipotética fundamental, que fornece o fundamento de validade da Constituição no primeiro sentido ora referido.

O problema da interpretação do Direito não mereceu uma atenção aprofundada por parte da *Teoria Pura* de Kelsen, que reservou apenas poucas páginas ao tema, no último capítulo de obra.

---

<sup>29</sup> Idem, p. 242.

<sup>30</sup> Idem, p. 247.

Interpretação, para ele, é a “*operação mental que acompanha o processo da aplicação do Direito no seu progredir de um escalão superior para um escalão inferior*”<sup>31</sup>, é a “*fixação por via cognoscitiva do sentido do objeto a interpretar*”<sup>32</sup>.

Kelsen distingue duas espécies de interpretação do Direito, a que é feita pelo órgão aplicador do Direito, e a que não é realizada por um órgão jurídico, mas por pessoas privada, especialmente pela ciência jurídica<sup>33</sup>.

A primeira interpretação, feita por um órgão aplicador do Direito, é uma interpretação *autêntica*, no sentido de que ela cria o Direito, produzindo uma norma de escalão inferior, a sentença judicial<sup>34</sup>.

Conforme sua posição, o Direito a aplicar forma uma espécie de moldura dentro da qual existem várias possibilidades de aplicação<sup>35</sup> e o resultado de uma interpretação jurídica somente pode ser a fixação da moldura que representa o Direito a interpretar, sendo certo ainda que a questão de saber qual a possibilidade correta não é sequer uma questão de conhecimento dirigido ao Direito positivo, mas um problema de política do Direito<sup>36</sup>.

Em resumo, o modelo hermenêutico do positivismo pautava-se na idéia de um Direito completo e hermético, com respostas para tudo contidas em si mesmo, que haveriam de ser deduzidas pelo intérprete por meio de uma razão lógico-formal, equiparando-se o intérprete a um autômato que se valia do processo de interpretação para descobrir respostas já contidas nas leis.

---

<sup>31</sup> Idem, p. 387.

<sup>32</sup> Idem, p. 390.

<sup>33</sup> Idem, p. 388.

<sup>34</sup> Idem, p. 394.

<sup>35</sup> Idem, p. 390.

<sup>36</sup> Idem, p. 393.

Nessa conjuntura, havia prevalência das verdades do objeto (*as normas interpretadas*) em detrimento de uma postura construtiva do intérprete, a quem era vedada a realização de incursões valorativas de índole pessoal.

### ***3.3. Voluntas legis x voluntas legislatoris***

Na época da hermenêutica formalista, pairava uma grande discussão interpretativa, consistente em saber se o juiz deveria fazer prevalecer a *vontade da lei* (*voluntas legis*) ou a *vontade do legislador* (*voluntas legislatoris*).

Resumidamente, aproveitando as palavras de Margarida Maria Lacombe Camargo:

Questiona-se sobre o que deve prevalecer em termos hermenêuticos: se a “vontade da lei” ou a “vontade do legislador”. O que se apresenta como correto para a atividade do intérprete ou aplicador da lei: buscar a vontade de quem fez a lei, ou a vontade que, de forma objetiva, podemos extrair do seu texto?

Ainda, com Alf Ross:

É freqüente se fazer uma distinção entre as chamadas *interpretação subjetiva* e *interpretação objetiva*, no sentido de que a primeira visa a descobrir o significado que se buscou expressar, isto é, a idéia que inspirou o autor e que este quis comunicar, enquanto a segunda visa a estabelecer o significado comunicado, isto é, o significado contido na comunicação como tal, considerada como um fato objetivo<sup>37</sup>.

---

<sup>37</sup> ROSS, Alf. *Direito e Justiça*. Tradução de Edson Bini. São Paulo: Edipro, 1ª reimpressão, 2003, p. 149.

Uma primeira corrente, chamada de *subjetivista*, sustentava que, na aplicação do Direito, haveria de prevalecer a vontade do legislador, de modo que o juiz deveria se esforçar para descobrir o pensamento autêntico do criador da lei.

Segundo Tércio Sampaio Ferraz Jr.:

A doutrina subjetivista insiste em que, sendo a ciência jurídica um saber dogmático (a noção de dogma enquanto um princípio arbitrário, derivado de vontade do emissor de norma lhe é fundamental), é, basicamente, uma compreensão do pensamento do legislador; portanto, interpretação *ex tunc* (desde então, isto é, desde o aparecimento da norma pela positivação da vontade legislativa), ressaltando-se, em consonância, o papel preponderante do aspecto genético e das técnicas que lhe são apropriadas (método histórico)<sup>38</sup>.

Uma segunda corrente, a corrente *objetivista*, pregava que a lei tinha uma dimensão normativa própria, cujo *dever ser valia por si só*, independente do seu autor, e que era essa vontade objetiva da lei que deveria prevalecer na aplicação do direito<sup>39</sup>.

Para a doutrina objetivista, novamente conforme Tércio Sampaio Ferraz Jr.:

a norma goza de um sentido próprio, determinado por fatores objetivos (o dogma é um arbitrário social), independente até certo ponto do sentido que tenha lhe querido dar o legislador, donde a concepção da interpretação como uma compreensão *ex nunc* (desde agora, isto é, tendo em vista a situação e o momento atual de sua vigência), ressaltando-se o papel preponderante dos aspectos estruturais em que a norma ocorre e as técnicas apropriadas a sua captação (método sociológico)<sup>40</sup>.

A teoria objetivista, segundo Karl Larenz:

afirma não apenas que a lei, uma vez promulgada pode, como qualquer palavra dita ou escrita, ter para outros uma significação em que não pensava o seu autor – o que seria um truísmo – mais ainda que o *juridicamente decisivo* é, em lugar do que pensou o autor da lei,

<sup>38</sup> FERRAZ JR. Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão, dominação*. 4. ed. Revista e ampliada. São Paulo: Atlas, 2003, p. 266.

<sup>39</sup> Cf. Margarida Maria Lacombe Camargo, “Com isso, a norma ganha uma dimensão própria e independente de quem a fez”. (*Hermenêutica e Argumentação...*, p. 109).

<sup>40</sup> *Introdução ao Estudo do Direito...*, p. 267.

uma significação “objetiva”, independente dele e imanente à mesma lei. [...] As opiniões e intenções subjectivas do legislador, dos redactores da lei ou das pessoas singulares que intervieram na legislação não têm relevo: a lei é mais racional do que o seu autor e, uma vez vigente, vale por si só. Por isso é a partir dela apenas, do seu próprio contexto significativo, que deve ser interpretada<sup>41</sup>.

De Karl Larenz extrai-se que a teoria objetivista foi formulada pelos pandectistas alemães, desenvolveu-se sob a influência do positivismo racionalista e acabou por prevalecer na doutrina jurídica do século XX<sup>42</sup>.

A idéia de vontade objetiva da lei pode ser aproximada ao pensamento de Kelsen, para quem o dever ser da norma é válido mesmo depois da vontade do ato originário ter cessado.

Larenz sustenta que tanto a teoria *subjetivista* quanto a teoria *objetivista* subjazem uma parte de verdade<sup>43</sup>.

Em sua opinião, a verdade da primeira é que a lei jurídica, ao invés da lei natural, é feita por homens e para homens, é expressão de uma vontade dirigida à criação de uma ordem tanto quanto possível justa e adequada às necessidades da sociedade.

Já a verdade da segunda é que uma lei, logo que seja aplicada, irradia uma ação que lhe é peculiar, que transcende aquilo que o legislador tinha intentado. A lei intervém em relações da vida diversas e em mutação, cujo conjunto o legislador não podia ter abrangido e dá resposta a questões que o legislador ainda não tinha colocado a si próprio. Adquire, com o decurso do tempo, cada vez mais como que uma vida própria e afasta-se, deste modo, das idéias dos seus autores.

---

<sup>41</sup> *Metodologia da Ciência do Direito*, 3. ed. Tradução de José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 41.

<sup>42</sup> *Ibidem*.

<sup>43</sup> *Idem*, p. 446.

Margarida Maria Lacombe Camargo conclui que qualquer das duas posições “*é válida à medida que se apresente como argumentativamente apta a produzir um resultado de consenso*”<sup>44</sup>.

De fato, o recurso à vontade do legislador ou à vontade da lei podem ser úteis no processo de interpretação, mas jamais serão determinantes ou condicionantes da interpretação levada a cabo pelo intérprete.

Como será defendido, sustentar, num caso concreto, que prevalece a vontade da lei ou a vontade do legislador é falsear a verdade, é tentar ocultar algo inocultável, que é o fato de que o que prevalece sempre é a vontade do sujeito que interpreta, sendo certo que a invocação da *voluntas legis* ou da *voluntas legislatoris* se justificam apenas como plano de fundo das razões argumentativas do intérprete.

### ***3.4. Alguns métodos da velha hermenêutica***

Na conjuntura da velha hermenêutica, pairava a idéia de que a lei já era *suficientemente clara e não continha palavras inúteis*; mas, se, ainda assim, o intérprete tivesse dificuldades de descobrir as verdades da lei a serem aplicadas no caso concreto, deveria se valer de alguns métodos para auxiliar sua tarefa.

Basicamente, o intérprete deveria se valer de quatro métodos: *gramatical, sistemático, histórico ou teleológico*. Demais, nada obsta a utilização em conjunto

---

<sup>44</sup> *Hermenêutica e Argumentação...*, p. 132.

desses métodos, pois, conforme Inocêncio Mártires Coelho<sup>45</sup>, remontando a Savigny, esses métodos, embora distintos, representam quatro operações cuja integração é indispensável para o êxito da interpretação.

Pelo método *gramatical* ou *literal* ou *filológico*, o intérprete deveria privilegiar a exata letra da lei, a literalidade das palavras constantes do texto legal, sendo oportuno destacar, desde logo, a importância da literalidade da lei para toda e qualquer interpretação.

Quer se entenda que a tarefa da interpretação é descobrir o sentido existente *a priori* na norma<sup>46</sup>, quer se entenda que a tarefa da interpretação é construir o sentido da norma<sup>47</sup>, a literalidade do texto legal assume enorme importância, pois ela é sempre o ponto de partida da interpretação e encerra o limite das possibilidades interpretativas.

Como destaca muito bem Larenz<sup>48</sup>, invocando Méier-Hayoz:

O teor literal tem, por isso, uma dupla missão: é ponto de partida para a indagação judicial do sentido e traça, ao mesmo tempo, os limites da actividade interpretativa. Uma interpretação que se não situe já no âmbito do sentido literal *possível*, já não é interpretação, mas modificação de sentido.

A função limitativa da literalidade do texto também é ressaltada por Inocêncio Mártires Coelho, para quem “*ao aplicador da lei não é dado atribuir significado arbitrário aos enunciados normativos, indo além do sentido literal linguisticamente possível*”<sup>49</sup>.

---

<sup>45</sup> COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação Constitucional*. Rio Grande do Sul: Sergio Antonio Fabris, 1997, p. 62.

<sup>46</sup> Como predominava na hermenêutica formalista.

<sup>47</sup> Como predomina na nova hermenêutica, que será abordada logo em seguida.

<sup>48</sup> *Metodologia da Ciência do Direito...*, p. 453.

<sup>49</sup> COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação Constitucional*. Rio Grande do Sul: Sergio Antonio Fabris, 1997, p. 56.

Ainda, Celso Ribeiro Bastos destaca que a letra da lei é o ponto de referência obrigatório para a interpretação de qualquer norma e, ao mesmo tempo, o ponto de partida da interpretação e o limite da mesma<sup>50</sup>.

Pelo método *sistemático*, o intérprete não deve interpretar a lei isoladamente, a partir única e exclusivamente dela própria, senão que deve considerar que a lei faz parte de um sistema dotado de coerência ao qual ela está integrada. Aqui, o intérprete deve considerar que se, por um lado, *a lei é um todo à parte*, por outro *ela faz parte de um todo*.

Com o brilhantismo e poesia que lhe é peculiar, o Ministro Carlos Ayres Britto aponta que a função eidética do método sistemático:

é procurar o sentido peninsular da norma jurídica; isto é, o significado desse ou daquele texto normativo, não enquanto ilha, porém enquanto península ou parte que se atrela ao corpo de dispositivos do diploma em que ele, texto normativo, se ache engastado. Equivale a dizer: por esse método de compreensão das figuras de Direito o que importa para o intérprete é ler nas linhas e entrelinhas, não só desse ou daquele dispositivo em particular, como também de toda a lei ou de todo o código de que faça parte o dispositivo interpretado. Logo, o que verdadeiramente importa é fazer uma interpretação casada do texto-alvo ou do dispositivo-objeto, e não apenas uma exegese solteira.

A interpretação sistemática, como bem observa Saulo José Casali Bahia, “é regra sempre a considerar na exegese de qualquer texto”<sup>51</sup>. Veja-se, por exemplo, que, com base no método sistemático, o STF manteve a exigência de realização de exame criminológico para fins de progressão de regime<sup>52</sup>.

---

<sup>50</sup> BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e Interpretação Constitucional*. 2. ed. revista e ampliada. São Paulo: Celso Ribeiro Bastos Editor, 1999, p. 110.

<sup>51</sup> BAHIA. Saulo José Casali; DIAS, Sérgio Novais. *Constituição e a revisão de 1993*. Brasília: Ciência Jurídica, 1992, p. 78.

<sup>52</sup> HC 86.631, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, 5.9.2006.

Na espécie, fora impetrado habeas corpus onde se alegava que o art. 112 da Lei de Execução Penal<sup>53</sup>, com a redação dada pela Lei 10.792/03, tinha estabelecido requisitos objetivos para obter a progressão de regime, dentre os quais não se incluía a realização do exame.

Todavia, a partir de interpretação sistemática do ordenamento, particularmente levando em consideração o art. 33, § 2º do Código Penal e o art. 8º da própria Lei de Execução Penal, o STF concluiu que a citada alteração não objetivou a supressão do exame criminológico para fins de progressão do regime, mas, ao contrário, introduziu critérios norteadores à decisão do juiz para dar concreção ao princípio da individualização da pena.

O método sistemático assume grande relevância na interpretação constitucional e na interpretação do ordenamento jurídico como um todo que extrai seu fundamento de validade na Constituição.

Em relação à interpretação da Constituição propriamente dita, o método sistemático impõe que se considere a Constituição como um todo, dotado de unidade, cujas normas devem ser harmonizadas, o que é peculiarmente útil na resolução de conflito entre normas constitucionais.

No que toca à interpretação do ordenamento jurídico a partir da Constituição, o método sistemático impõe que a leitura dos demais diplomas legais reverta à Lei Maior, exigindo uma proeminência dos princípios constitucionais no processo de

---

<sup>53</sup> LEP, art. 112: “A pena privativa de liberdade será executada em forma progressiva com a transferência para regime menos rigoroso, a ser determinada pelo juiz, quando o preso tiver cumprido ao menos um sexto da pena no regime anterior e ostentar bom comportamento carcerário, comprovado pelo diretor do estabelecimento, respeitadas as normas que vedam a progressão.”

interpretação das leis, de modo a compatibilizar as normas legais com o sistema constitucional.

O método *histórico* impõe ao intérprete levar em consideração o processo histórico de formação da lei, buscando, nos antecedentes históricos que levaram ao surgimento do diploma legal, como nos debates parlamentares, a exata dimensão possuída pela lei.

Considerando a evolução histórica da legislação, os Ministros Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski, Eros Grau, Ayres Britto e Sepúlveda Pertence entenderam pela não incidência do Imposto sobre Veículos Automotores (IPVA) sobre embarcações, e assim por considerar que esse imposto veio substituir a extinta Taxa Rodoviária Única (TRU), que não incidia sobre embarcações e aeronaves<sup>54</sup>.

Demais, cabe realçar que a consideração de elementos históricos é realmente importante na interpretação das leis, pois o que se almeja é que estas reflitam a realidade cultural de uma determinada comunidade em um determinado momento histórico.

Enfim, o método *teleológico* ou *finalístico*, por intermédio do qual deve ser buscada a finalidade da lei, o propósito para o qual foi formulado o diploma legal, o que, inclusive, pode ser extremamente valioso para superar ambigüidades emergentes do texto normativo.

Todos esses métodos, de uso tradicional na velha hermenêutica, são extremamente úteis no processo de interpretação do ordenamento jurídico e permanecem aproveitáveis pela nova hermenêutica, sendo exato que os Tribunais

---

<sup>54</sup> RE 379.572.

valem-se deles na atividade interpretativa quando necessário, como se pode verificar em alguns julgados analisados.

### ***3.5. A velha hermenêutica e o Amicus Curiae***

Após algumas noções sobre o método de pensar o Direito que predominava na velha hermenêutica do formalismo, cabe agora verificar em que medida é possível aproximá-la do *amicus curiae*, que é o objeto da presente pesquisa.

Como foi visto, na conjuntura do formalismo, tinha-se que o sentido do Direito já estava pronto, existente na lei, independente do sujeito, a partir de postulados racionais. Ao sujeito cabia encontrar as verdades da lei, o que era feito a partir de um processo lógico-formal de dedução.

A interpretação não era construtiva, senão que meramente reprodutiva. Interpretar o Direito era tido como algo mecanicista e, nesse contexto, o papel do intérprete era bastante limitado, afinal, ele não criava o sentido da norma a ser aplicada, mas se limitava a reproduzir verdades racionalmente postas num *a priori*.

Sua atividade era essencialmente mecânica. Seu ponto de vista, sua opinião sobre a correção da lei era irrelevante para a aplicação da lei. O fundamental era encontrar a *vontade da lei* ou *vontade do legislador*. Incursões valorativas de índole pessoal não eram admissíveis. Os únicos valores possíveis de serem aplicados eram os valores objetivos existentes na lei.

Ante esse cenário, é possível ponderar que o *amicus curiae*, enquanto um novo sujeito no processo de compreensão do ordenamento jurídico, enquanto um agente da sociedade que participa do debate judicial de modo a contribuir com o processo interpretativo e de formação das decisões judiciais trazendo novos pontos de vista, não assumia nenhuma relevância.

E se afirma isto porque o ponto de vista do *amicus* seria indiferente para a aplicação do Direito, afinal, o juiz não deveria buscar a resposta para solucionar problemas jurídicos na opinião de algum intérprete, mas sim nos *a priori* racionais existentes na vontade objetiva da lei ou na vontade do legislador.

## Capítulo II

### A NOVA HERMENÊUTICA E O *AMICUS CURIAE*

#### 1. A insuficiência do modelo cartesiano e as insurgências anti-positivistas

Com a evolução da sociedade, e o natural incremento de complexidade nos problemas sociais, o modelo cartesianista de conceber o Direito, capitaneado pela Escola de Exegese e agigantado com a doutrina de Kelsen, foi falhando em sua missão de resolver os problemas levados à apreciação do Poder Judiciário, tornando concludente que as verdades objetivas das leis já não conseguiam solucionar todas as questões jurídicas.

A abstração de conteúdo e o distanciamento dos valores por parte das leis comumente faziam com elas se mostrassem insuficientes para solucionar conflitos, ou mesmo levassem à respostas inconciliáveis com alguns princípios morais que imperavam na comunidade.

E acresça-se a isso tudo o fato de que a constante dinâmica social envelhecia as leis, tornando-as obsoletas para a nova realidade social, que se impunha de maneira efervescente.

O declínio do pensar cartesiano dava-se ao mesmo tempo em que linhas de pensamentos filosóficos que lhe eram opostas iam se expandindo. Aliás, mesmo nos períodos áureos do formalismo, a aplicação do pensar cartesiano ao Direito teve

opositores, como os adeptos do *Movimento para o Direito Livre* e os adeptos da *Jurisprudência dos Valores*.

O primeiro, cujo marco é uma conferência apresentada por Eugen Ehrlich em 1903 na Alemanha sobre *A luta pela ciência do direito*, quando defende a livre busca do direito em lugar da aplicação mecânica da vontade do legislador prevista na lei<sup>55</sup>, propõe que o juiz deve levar em consideração, ao decidir, os fatos sociais relacionados ao litígio e os valores que orientam a moral e os costumes.

Já a *Jurisprudência dos Valores*, passeando pela mesma linha, trabalha com a idéia de que as leis contêm determinados valores que imperam na comunidade e que devem ser levados em consideração pelo aplicador do Direito.

Adepto a essa corrente, Larenz destaca que compreender uma norma jurídica requer o desvendar da valoração nela imposta e o seu alcance, de modo que “*a sua aplicação requer o valorar do caso a julgar em conformidade a ela, ou, dito de outro modo, acolher de modo adequado a valoração contida na norma ao julgar o caso*”<sup>56</sup>.

Para Larenz, de modo algum a aplicação das normas se esgota no procedimento lógico da subsunção, pois antes de chegar lá se passa por um ato de julgar que exige sempre realizar uma valoração, daí ele falar em *pensamento orientado a valores*<sup>57</sup>.

Exemplificativamente, recorde-se o advento do Tribunal de Nuremberg, quando do julgamento dos crimes praticados por agentes nazistas durante a 2ª Guerra Mundial, oportunidade em que aquela Corte Internacional baseou os julgamentos muito mais em princípios e valores consagrados em costumes do que no direito legislado.

---

<sup>55</sup> Cf. Margarida Maria Lacombe Camargo (*Hermenêutica e Argumentação...*, p. 98).

<sup>56</sup> *Metodologia...*, p. 298.

<sup>57</sup> *Idem*, p. 299.

A dogmática jurídica tradicional foi atacada em diversos flancos e a hermenêutica do formalismo foi sucumbindo a passos largos, ganhando força um movimento crítico, formado por diversas correntes de pensamento que se esforçam em demonstrar a insuficiência do pensar matemático na solução dos problemas jurídicos e propõem a necessidade de superação do paradigma lógico-dedutivo para o campo do Direito.

Esse movimento crítico pode ser identificado como pós-positivismo ou hermenêutica pós-positivista, e é identificado neste estudo como *nova hermenêutica*.

Nessa nova linha estão os pensamentos de Theodor Viehweg, Chaim Perelman, Ronald Dworkin, Alf Ross, Robert Alexy, Recaséns Siches, Gomes Canotilho, Castanheira Neves, Paulo Bonavides, Miguel Reale, Tércio Sampaio Ferraz Jr., Luis Roberto Barroso, Lênio Luis Streck, dentre outros. Também, no plano da hermenêutica filosófica, mas com reflexos na hermenêutica jurídica, os pensamentos de Martin Heidegger e Hans-Georg Gadamer merecem destaque.

Esta pesquisa não irá adentrar no exame do pensamento de todos esses autores, senão que se limitará a abordar a idéia de alguns. Tampouco é pretensão esgotar o pensamento dos autores comentados, mas tecer as linhas gerais que balizam as idéias de cada pensador.

Desde logo se adverte não ser de esperar, necessariamente, uma identidade de idéias no pensamento dos autores que serão debatidos, e sim verificar que há um denominador comum que permite relacionar suas doutrinas, consistente exatamente na incompatibilidade dos modelos que propõem com o modelo positivista de interpretação.

## 2. A proposta hermenêutica de Gadamer

Gadamer<sup>58</sup> não se insurge especificamente contra o positivismo jurídico, até porque esse não é o objeto central de seus estudos, voltados mais para a hermenêutica filosófica; mas se pode afirmar que a obra dele é de todo incompatível com o modelo formalista de interpretação proposto pela doutrina positivista.

Para Gadamer, o conhecimento do objeto não pode ser estudado isolando-o do sujeito, senão que a partir do sujeito, até porque o *objetivo* só existe no *subjetivo* do sujeito que interpreta e compreende.

Em sua proposta hermenêutica, o sujeito assume um papel importantíssimo, sendo exato que “*a palavra interpretadora é a palavra do intérprete*”<sup>59</sup>, a denotar que o processo interpretativo se pauta menos em imperativos racionais existentes *a priori* do que na postura subjetiva do sujeito que interpreta.

Gadamer afasta as idéias de que a interpretação é um processo mecânico e o intérprete é um autômato, defendendo que a interpretação não é um ato puramente racional, de puro conhecimento, mas sim um ato criativo, de natureza construtiva, feito pela postura ativa do intérprete. Interpretar é compreender, é construir um sentido para o objeto interpretando.

---

<sup>58</sup> GADAMER. Hans-Georg. *Verdade e Método I. Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. Tradução de Flávio Paulo Meurer. Petrópolis, RJ: Vozes, Bragança Paulista, SP: Editora Universitária São Francisco, 1997.

<sup>59</sup> Ob. cit., p.610.

Ele rejeita a idéia de que a interpretação visa colocar o intérprete no lugar do autor, descobrindo sua real intenção, como chegou a ser proposto por Schleiermacher<sup>60</sup>. De outro modo, propõe que, frente à real experiência hermenêutica que compreende o sentido do texto, a reconstrução do que o autor realmente pensava é uma tarefa de somenos importância<sup>61</sup>, até porque o sentido de um texto supera seu autor não ocasionalmente, mas sempre<sup>62</sup>.

A hermenêutica gadameriana visa, isto sim, possibilitar a compreensão do objeto, ou, como afirma o autor, “*é tarefa da hermenêutica explicar esse milagre da compreensão, que não é uma comunhão misteriosa das almas, mas uma participação num sentido comum*”<sup>63</sup>.

Importante, no estudo da compreensão, é a noção de horizonte hermenêutico, definido por Gadamer como o âmbito de visão que abarca e encerra tudo o que pode ser visto a partir de um determinado ponto<sup>64</sup>.

Aquele que não tem um horizonte é um homem que não vê suficientemente longe e que, por conseguinte, supervaloriza o que lhe está mais próximo. Ao contrário, ter horizontes significa não estar limitado ao que há de mais próximo, mas poder ver para além disso<sup>65</sup>.

Conforme sua lição, o horizonte é algo no qual trilhamos nosso caminho e que conosco faz o caminho<sup>66</sup>, sendo exato que ganhar um horizonte quer dizer sempre

---

<sup>60</sup> SCHLEIERMACHER, Friedrich D. E. *Hermenêutica: arte e técnica da interpretação*. Tradução de Celso Reni Braida. Bragança Paulista: Editora Universitária São Francisco, 2003. Coleção Pensamento Humano.

<sup>61</sup> Ob. cit., p. 486.

<sup>62</sup> Idem, p. 392.

<sup>63</sup> Idem, p. 387.

<sup>64</sup> Idem, p. 399.

<sup>65</sup> Idem, p. 400.

<sup>66</sup> Idem, p. 402.

aprender a ver para além do que está próximo e muito próximo, não para abstrair dele, mas precisamente para vê-lo melhor, em um todo mais amplo e com critérios mais justos<sup>67</sup>.

A compreensão se dá mediante uma fusão de horizontes, o do texto com o do intérprete.

O horizonte do texto se apresenta ao intérprete como se estivesse lhe indagando, e, se quiser compreender, é preciso que o intérprete se mostre aberto ao perguntar do texto, isto é, *“quem quer compreender um texto deve estar disposto a deixar que este lhe diga alguma coisa. Por isso, uma consciência formada hermeneuticamente deve, desde o principio, mostrar-se receptiva à alteridade do texto”*<sup>68</sup>.

O texto coloca sempre uma pergunta ao intérprete, e compreender um texto significa compreender essa pergunta que está latente no texto, de modo que quem quiser pensar deve perguntar.

A compreensão da pergunta posta pelo texto ocorre quando se conquista o horizonte hermenêutico, o que é definido por Gadamer como sendo o horizonte do perguntar, no qual se determina a orientação de sentido do texto<sup>69</sup>.

O horizonte do intérprete, por sua vez, é limitado por algumas circunstâncias que, de certa forma, condicionam a interpretação. O sujeito que interpreta não é totalmente livre na interpretação, pois está limitado pela tradição, no qual o próprio sujeito já está imerso, e pelos seus preconceitos, que integram sua pré-compreensão.

---

<sup>67</sup> Idem, p. 403.

<sup>68</sup> Idem, p. 358

<sup>69</sup> Idem, p. 482.

Conforme Gadamer, o que é consagrado pela tradição e pela herança histórica possui uma autoridade que se tornou anônima, “*e nosso ser histórico e finito está determinado pelo fato de que também a autoridade do que foi transmitido, e não somente o que possui fundamentos evidentes, tem poder sobre nossa ação e nosso comportamento*”<sup>70</sup>.

Em termos mais precisos:

A realidade dos costumes é e continua sendo, em sentido amplo, algo válido a partir da herança histórica e da tradição. Os costumes são adotados livremente, mas não são criados nem fundados em sua validade por um livre discernimento. É isso, precisamente, que denominamos tradição: ter validade sem precisar de fundamentação<sup>71</sup>.

A tradição deve ser vista como algo que interpela o intérprete, no sentido de condicioná-lo, mas, ao mesmo tempo, como algo que pode ser superado. Por isso é que a elaboração da situação hermenêutica significa então a obtenção do horizonte e o questionamento correto para as questões que se colocam frente à tradição<sup>72</sup>. Nesse sentido, Dworkin chega a afirmar que Gadamer “*acerta em cheio ao apresentar a interpretação como algo que reconhece as imposições da história ao mesmo tempo que luta contra elas*”<sup>73</sup>.

No que toca à estrutura da compreensão mesma, Gadamer retoma a idéia de Heidegger de estrutura circular da compreensão e trabalha com a noção de círculo hermenêutico.

---

<sup>70</sup> Ob. cit., p. 372.

<sup>71</sup> Ibidem.

<sup>72</sup> Idem., p. 400.

<sup>73</sup> DWORKIN, Ronald. *Império do Direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. Revisão técnica de Gildo de Sá Leitão Rios. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 75.

A compreensão se verifica mediante um processo de natureza circular, no qual o intérprete é pautado pela regra hermenêutica segundo a qual é preciso compreender o todo a partir do individual e o individual a partir do todo.

Para compreender, o intérprete precisa ter uma noção sobre o objeto (*o todo*), ainda que seja uma noção breve, e essa noção é o que se chama *pré-compreensão*, que representa o conhecimento preliminar que o sujeito tem do objeto a ser compreendido.

Conforme Gadamer, compreender significa em primeiro lugar ser versado na coisa em questão, e somente secundariamente destacar e compreender a opinião do outro como tal. Assim, a primeira de todas as condições hermenêuticas é a pré-compreensão que surge do ter de se haver com essa mesma coisa<sup>74</sup>.

Acontece que a pré-compreensão somente é insuficiente para possibilitar a plenitude da compreensão, representando apenas o ponto de partida do processo compreensivo. Ela decerto condiciona a compreensão das partes, mas, à medida que o intérprete vai compreendendo as partes, vai sendo modificada sua noção inicial do todo, modificando-se assim a própria compreensão, como que numa espécie de condicionamento recíproco, em que “*a antecipação de sentido que visa o todo chega a uma compreensão explícita através do fato de que as partes que se determinam a partir do todo determinam, por sua vez, a esse todo*”<sup>75</sup>.

Desse processo de *vai e vem* decorre a idéia de estrutura circular, pois o intérprete parte do todo para as partes e retorna das partes para o todo, e isso incessantemente, e assim ele vai aumentando sua compreensão. Como diz Gadamer:

---

<sup>74</sup> GADAMER. Hans-Georg. *Verdade e Método I...*, p. 390.

<sup>75</sup> Ob. Cit., p. 385.

O movimento da compreensão vai constantemente do todo para a parte e desta para o todo. A tarefa é ir ampliando a unidade do sentido compreendido em círculos concêntricos. O critério correspondente para a justeza da compreensão é sempre a concordância de cada particularidade com o todo. Se não houver tal concordância, significa que a compreensão malogrou<sup>76</sup>.

O doutrinador comentado chega a reconhecer que a estrutura circular da compreensão já estava presente na teoria da hermenêutica do século XIX, mas sempre inserida na moldura de uma relação formal entre o individual e o todo, na qual o sentido a se buscar do texto já estava pronto previamente e era desconhecido ao intérprete, tendo tido seu apogeu na teoria do ato adivinhatório de Schleiermacher, mediante o qual o intérprete se transporta inteiramente no autor e resolve, a partir daí, tudo que é desconhecido e estranho no texto<sup>77</sup>.

Completamente diferente é o círculo hermenêutico heideggeriano, em que a descrição do círculo mostra que a compreensão do texto se encontra constantemente determinada pelo movimento de concepção previa da pré-compreensão e que, quando se realiza a compreensão, o círculo do todo e das partes não se dissolve; alcança, ao contrário, sua realização mais autêntica<sup>78</sup>. Destarte, Gadamer afirma que:

O círculo, portanto, não é de natureza formal. Não é objetivo nem subjetivo, descreve, porém, a compreensão como o jogo no qual se dá o intercâmbio entre o movimento da tradição e o movimento do intérprete. [...] O círculo da compreensão não é, portanto, de modo algum, um círculo metodológico; ele descreve antes um momento estrutural ontológico da compreensão<sup>79</sup>.

Entretanto, é de ponderar que a imagem de uma estrutura circular não é a mais adequada para representar o movimento da compreensão, pois uma estrutura circular

---

<sup>76</sup> Idem, p. 386.

<sup>77</sup> Idem, p. 388.

<sup>78</sup> Ibidem.

<sup>79</sup> Ibidem.

transmite a idéia de algo que vai e retorna sempre ao ponto de partida, situação bem diversa do que ocorre com o fenômeno da compreensão.

Na compreensão, o movimento de retorno das partes ao todo e vice-versa caminha sempre em frente, avançando para novos horizontes, nos quais a compreensão já se expandiu e alcançou novos horizontes, bem diferentes da compreensão que se tinha no ponto de partida.

Daí a advertência de Larenz de que *“a imagem do círculo não será adequada senão na medida em que não se trata de que o movimento circular do compreender retorne pura e simplesmente ao seu ponto de partida – então tratar-se-ia de uma tautologia - mas de que eleva a um novo estágio de compreensão do texto”*<sup>80</sup>.

Enfim, vale salientar que a compreensão gadameriana não é estanque, nunca chega a uma resposta correta e definitiva, senão que é sempre provisória e expansiva ao infinito, de modo que toda *“resposta”* que se alcance será sempre uma resposta provisória, fruto da limitação momentânea daquele que compreende, e passível de expansão à medida em se expanda o horizonte hermenêutico e se alcance uma nova compreensão.

Essa concepção infinita da interpretação, em que não se chega a uma resposta definitiva, é o bastante para concluir pela impossibilidade de conciliar essa proposta hermenêutica com a proposta hermenêutica do formalismo jurídico, na medida em que nessa última a interpretação visava encontrar respostas que já estavam contidas nas leis, extraídas de imperativos racionais *a priori*, a partir da razão do legislador ou da

---

<sup>80</sup> LARENZ, Karl. *Metodologia...*, p. 286.

razão da própria lei, o que, como visto, não encontra nenhum suporte na doutrina da Gadamer.

### **3. A Tópica de Viehweg**

O professor alemão Theodor Viehweg, em sua tese de livre docência na Universidade de München<sup>81</sup>, realizou um estudo sobre a tópica, que deu grande contribuição para a superação do método formalista de conceber o Direito e que, como bem destacado por Tércio Sampaio Ferraz Jr. no prefácio da versão brasileira, constitui um dos marcos importantes na Filosofia do Direito na segunda metade do século XX.

Como já foi comentado nesta pesquisa, durante longo período, triunfou a concepção de que o Direito poderia ser entendido a partir de conexões dedutivas, como se dava em relação às ciências matemáticas, e o estudo de Viehweg ajudou na superação dessa idéia.

Em sua pesquisa, Viehweg chama atenção para aspectos do pensamento jurídico que já haviam sido pinçados por Aristóteles, mas que haviam caídos no ocaso em razão do triunfo do método cartesiano de conceber o Direito.

Aristóteles havia distinguido raciocínios apodícticos e raciocínios dialéticos, os primeiros baseados em demonstrações, a partir de premissas verdadeiras que pudessem ser comprovadas mediante um procedimento silogístico, e os segundos baseados em

---

<sup>81</sup> VIEHWEG, Theodor. *Tópica e Jurisprudência*. Tradução de Tércio Sampaio Ferraz Jr. Brasília: Departamento de Imprensa Nacional, 1979.

argumentações, a partir de premissas aceitas pela comunidade como se fossem verdadeiras.

Apenas as demonstrações apodíticas constituíam ciência, pois conseguiam comprovar a verdade das suas premissas. O campo dos raciocínios apodíticos, pois, é o campo da verdade.

As argumentações dialéticas, por sua vez, não trabalham com verdades, mas no campo do verossímil, ocasionando uma insegurança muito grande, pelo que deveriam ser rejeitadas, ficando restritas ao campo da retórica.

A Tópica pertence ao campo do dialético, e, não, do apodítico, o que significa dizer que a tópica não trabalha com verdades deduzidas de premissas logicamente comprováveis, mas, sim, com a argumentação.

A tópica realça que as respostas não estão prontas, contidas em verdades prévias, mas devem ser construídas, dialeticamente, visando solucionar um problema. No desenvolver da tópica, o que importa é resolver o problema posto sob apreciação, valendo-se de argumentos razoavelmente aceitos, sem se preocupar com a busca de verdades universais.

O problema é o cerne da questão, e ele provoca um jogo de suscitações que se denomina tópica ou arte da invenção<sup>82</sup>. É ao redor dele que o intérprete deve buscar construir a solução e, nisso, pode-se distinguir cabalmente a tópica do método cartesiano.

---

<sup>82</sup> Idem, p. 33.

No cartesianismo, o pensamento é sistemático. As respostas para os problemas estão todas contidas em um sistema lógico racional, de modo que todos os problemas devem ser reconduzidos ao sistema. Se algum problema não apresenta solução é porque suas premissas estão erradas e ele não é verdadeiro, o que significa dizer que o problema é inválido.

Diferentemente ocorre com o pensamento tópico, que é problemático. Nele, a ênfase está no problema e a resposta está sempre por construir. Se a solução do problema não estiver contida no sistema, não significa que o problema é inválido, mas sim que se devem buscar outros sistemas.

A diferença fundamental é que, no cartesianismo, a ordem está pronta, sistematicamente perfeita, enquanto que a tópica sugere “*uma ordem que está sempre por ser determinada*”<sup>83</sup>, de modo que, enquanto no primeiro impera o método dedutivo, o segundo opera com um método criativo.

Aqui, cabe a advertência de Viehweg, no sentido de que “*quando se logra estabelecer um sistema dedutivo, a que toda ciência, do ponto de vista lógico, deve aspirar, a tópica tem de ser abandonada*”<sup>84</sup>, e isso porque a dedução torna totalmente desnecessária a invenção, na medida em que as proposições do sistema são demonstráveis de modo inteiramente lógico e rigoroso, verdadeiros ou falsos<sup>85</sup>.

---

<sup>83</sup> Idem, p. 35.

<sup>84</sup> Idem, p. 43.

<sup>85</sup> A Tópica foi bastante criticada por causa do rompimento com o sistema, e a constante vinculação ao problema, tendo sido acusada de trazer uma insegurança muito grande, tendente ao arbítrio, em detrimento da estabilidade proporcionada pelo método lógico-dedutivo. Como disse Viehweg, a tópica “*supõe uma perturbação da dedução, ante a qual não se pode estar seguro em lugar nenhum*” (ob. cit., p. 95). Entretanto, cabe ponderar que a segurança proposta pelo modelo formalista é fictícia, pois, no fundo, a escolha dos dogmas que compõem o ordenamento resulta sempre de um ato arbitrário de vontade, de modo que, seriamente, não há como se esquivar da tópica. Sobre isso, Viehweg é extremamente feliz quando afirma que “*os próprios axiomas, como*

A tópica, assim, é uma técnica de pensar por problemas, desenvolvida pela retórica<sup>86</sup>.

Como afirmado por Viehweg, “o ponto mais importante no exame da tópica constitui a afirmação de que se trata de uma *techne* do pensamento que orienta para o problema”<sup>87</sup>.

Segundo Tércio Sampaio Ferraz Jr:

A tópica não é propriamente um método, mas um estilo. Isto é, não é um conjunto de princípios de avaliação da evidência, cânones para julgar a adequação de explicações propostas, critérios para selecionar hipóteses, mas um modo de pensar por problemas, a partir deles e em direção deles. Assim, num campo teórico como o jurídico, pensar topicamente significa manter princípios, conceitos, postulados, com um caráter problemático, na medida em que jamais perdem sua qualidade de tentativa. Como tentativa, as figuras doutrinárias do Direito são abertas, delimitadas sem maior rigor lógico, assumindo significações em função dos problemas a resolver, constituindo verdadeiras <fórmulas de procura> de solução de conflito<sup>88</sup>.

O pensamento problemático se orienta por *topoi*, que, para Aristóteles, são pontos de vista utilizáveis e aceitáveis em toda parte, que se empregam a favor ou contra o que é conforme a opinião aceita e que podem conduzir a verdade<sup>89</sup>.

*Topoi* são pontos de vista, argumentos, que têm a função de orientar para o problema, sem se prender necessariamente a nenhum encadeamento lógico-sistemático. É com base em diferentes *topoi* que se deve chegar até a solução do problema.

---

*proposições nucleares do direito, continuariam sendo, no entanto, logicamente arbitrários, e as operações intelectuais para escolher um axioma e não outro conservariam um inevitável resíduo tópico”* (ob. cit., p. 84).

<sup>86</sup> Idem, p. 17.

<sup>87</sup> Idem, p. 33.

<sup>88</sup> Prefácio de VIEHWEG, Theodor. *Tópica e Jurisprudência...*, p. 3.

<sup>89</sup> VIEHWEG, Theodor. *Tópica e Jurisprudência...*, p. 27.

O raciocínio tópico é extremamente freqüente, e Viehweg acerta em cheio quando afirma que “*se alguém olha ao ser redor encontra a tópica com uma freqüência muito maior do que podia supor*”<sup>90</sup>.

Os Ministros do Supremo Tribunal Federal corriqueiramente se valem da tópica em seus julgamentos, sendo comum constatar a utilização, por parte dos julgadores, de pontos de vistas completamente conflitantes até se chegar a uma decisão plenária.

Em alguns casos, os *topoi* levantados são até curiosos, como ocorreu, por exemplo, no julgamento da medida cautelar na ação direta de inconstitucionalidade 2.553-8.

O tema central da discussão nesta demanda era saber se, à luz do art. 125, § 1º/CF<sup>91</sup>, a Constituição do Estado poderia outorgar foro por prerrogativa de função a Procuradores do Estado, Procuradores da Assembléia Legislativa, Defensores Públicos e Delegados de Polícia, como havia sido feito pela Constituição do Maranhão.

O Ministro Sepúlveda Pertence, relator, invocando um precedente<sup>92</sup>, entendeu que a Constituição Estadual poderia outorgar foro privilegiado aos Procuradores do Estado, da Assembléia e aos Defensores Públicos, por exercerem funções de advocacia de Estado; entretanto, não poderia fazê-lo em relação aos Delegados de Polícia, por faltar razoabilidade à medida.

---

<sup>90</sup> Idem, p. 41.

<sup>91</sup> Esse dispositivo estabelece competir à Constituição do Estado definir a competência do Tribunal de Justiça.

<sup>92</sup> Adi 469, julgamento no qual o STF reconheceu a constitucionalidade de dispositivo de Constituição Estadual que instituíra prerrogativa de foro para Procuradores do Estado e Defensores Públicos.

Argumentou, para tanto, que a atividade policial se submete ao controle externo por parte do Ministério Público<sup>93</sup>, e que a outorga do foro privilegiado dificultaria a atuação dos órgãos ministeriais de atribuições territoriais coexistentes aos Delegados.

O Ministro Moreira Alves, divergindo, suscitou alguns *topoi* interessantes, e deu início a um debate entre os dois julgadores.

De início, argumentou que não se poderia “*partir do princípio de que todo delegado é torturador*”. Em seguida, pontuou que, se o que estava em jogo era razoabilidade, não faria nenhum sentido atribuir a prerrogativa aos Procuradores da Assembléia. Demais, disse que não sabia qual a razão de se atribuir o foro privilegiado ao Defensor e que, se fosse assim, qualquer advogado deveria ter o benefício.

O Ministro Pertence, em defesa de sua tese, ponderou que não se deveria retirar do controle externo da atividade policial a capilaridade da organização do Ministério Público, no que Moreira Alves retrucou que isso poderia até ser inconveniente, mas o que estava em jogo era saber se seria inconstitucional.

Indo adiante, Moreira Alves disse que, se fosse por conveniência, todas aquelas autoridades deveriam ser abrangidas pelo benefício de foro, mas, se fosse para considerar desarrazoado, tudo ali seria desarrazoado, principalmente porque não se pode “*partir do princípio de que delegado vai ser torturador e, conseqüentemente, trará consigo a polícia inteira*”.

Após mais alguns debates acerca de se deveriam ou não dar prerrogativa de foro aos policiais, o Ministro Moreira Alves sugeriu que se suspendesse a prerrogativa de

---

<sup>93</sup> Art. 129, VIII/CF.

todas as autoridades ali envolvidas, no que foi acompanhado pelo Ministro Carlos Velloso, que a essa altura também participava do diálogo.

O Ministro Néri da Silveira chamou atenção para o fato de que o Supremo tinha considerado que o art. 241/CF, em sua redação original<sup>94</sup>, equiparava os delegados de carreira exatamente aos procuradores e aos defensores.

Aderindo a esse ponto de vista, o Ministro Moreira Alves reforçou sua tese, propondo que a Corte considerasse todos no mesmo plano, ou reconhecendo o foro privilegiado para todos ou considerando desarrazoado para todos.

A Ministra Ellen Gracie acompanhou o raciocínio do Ministro Pertence no que toca à inviabilidade de atribuir prerrogativa de foro aos delegados ante o mandamento constitucional que atribui ao Ministério Público o controle externo da atividade policial.

Por seu turno, aderiu aos argumentos do Ministro Moreira Alves sobre a falta de razoabilidade de fazê-lo em relação aos Procuradores e Defensores e, desse modo, concluiu que o Supremo deveria suspender o benefício para todas as autoridades ali envolvidas.

O Ministro Maurício Corrêa, aderindo à proposta da Ministra Ellen Gracie, pontuou ainda que excetuar apenas os delegados de polícia soaria como discriminação.

O Ministro Carlos Velloso também acompanhou a Ministra Ellen Gracie, mas suscitou novos *topoi*, inserindo o princípio republicano e a questão da simetria no feixe de discussão.

---

<sup>94</sup> Art. 241. Aos delegados de polícia de carreira aplica-se o princípio do art. 39 § 1º, correspondente às carreiras disciplinadas no art. 135 desta Constituição.

Para ele, a instituição de foro privilegiado mitiga o princípio republicano da igualdade e, por isso, somente deve ser admitido quando deferido expressamente na Constituição Federal ou quando estabelecido com observância da simetria federal.

O Ministro Sydney Sanches também aderiu ao entendimento da Ministra Ellen.

Já o Ministro Néri da Silveira, centrado em novos *topoi*, divergiu de ambas as teses até então colocadas e apresentou uma terceira proposta.

Ele rejeitou a tese do Ministro Pertence por entender que instituir o foro do Tribunal de Justiça para julgar crimes dos delegados de polícia “*não retirará ao promotor da comarca a possibilidade de continuar exercendo seu controle externo*”.

Por outro lado, recordando o precedente da Corte, que havia reconhecido a possibilidade de a Constituição do Estado conceder prerrogativa de foro para autoridades locais, o Ministro propugnou a inviabilidade de, em sede de medida cautelar, opor-se a uma decisão definitiva do Tribunal sobre questão idêntica.

O ponto de vista do Ministro Néri da Silveira recebeu acompanhamento do Ministro Marco Aurélio, que também indeferiu a medida cautelar.

Moreira Alves, redargüindo, ponderou que, no precedente, não se levou em conta o critério da razoabilidade; convicto que não havia razoabilidade em conceder foro privilegiado a Defensor e a Procurador do Estado e da Assembléia, acompanhou o voto da Ministra Ellen Gracie para suspender a prerrogativa de foro a todas as autoridades ali envolvidas.

Assim, por maioria, triunfou a tese da Ministra Ellen Gracie.

O que sobressai da análise desse julgado é perceber que a decisão final foi construída a partir de diferentes *topoi*, que oscilaram entre extremos opostos, como reconhecer o benéfico para todas as autoridades ou suspendê-lo para todos.

A tópica é utilizada por intermédio da interpretação, sendo exato, como diz Viehweg, que o pensamento interpretativo tem de se mover dentro do estilo da tópica<sup>95</sup>. Mais que isso, como defluiu do julgado comentado, a interpretação com base na tópica é extraordinariamente apropriada para a mudança de entendimentos, porque o pensamento tópico abre novas possibilidades, permitindo a superação de posições anteriores<sup>96</sup>.

A mudança tópica de entendimento pode ser observada, de maneira bastante incisiva, no julgamento das Reclamações 370-1 e 383-3, que giraram em torno do mesmo tema, qual seja, definir o órgão competente para realizar controle concentrado de constitucionalidade no caso em que se adota como parâmetro de confronto norma da Constituição Estadual que reproduz norma central da Constituição Federal, precisamente definir se a competência é do TJ ou do STF.

Como se perceberá, a discussão nesses casos foi eminentemente tópica.

No caso da Reclamação 370, havia sido proposta, junto ao Tribunal de Justiça do Mato Grosso, uma representação de inconstitucionalidade impugnando diplomas legais daquele Estado que dispunham sobre pensão parlamentar e sobre o Fundo de Assistência Parlamentar (FAP), ao argumento de que eles violariam dispositivos da Constituição Estadual.

---

<sup>95</sup> *Tópica...*, p. 81.

<sup>96</sup> *Idem*, p. 42.

A Assembléia Legislativa mato-grossense e o FAP, ao argumento de que os preceitos da Constituição Estadual especificados na petição inicial como parâmetro de confronto seriam, em verdade, preceitos centrais da Constituição Federal, reproduzidos no diploma local, ingressaram com uma reclamação junto ao STF sustentando que o parâmetro de confronto seriam normas da Constituição Federal, pelo que estaria sendo usurpada a competência da Suprema Corte para realizar o controle abstrato.

O Tribunal, por maioria, na linha dos argumentos do Ministro Octávio Gallotti, relator, e, principalmente, do Ministro Sepúlveda Pertence, concluiu que, nos casos de normas das Constituições estaduais que reproduzem normas centrais da Constituição Federal, o parâmetro de confronto efetivo é a Constituição Federal e, portanto, a competência para realizar o controle abstrato é do STF.

Em linhas gerais, o argumento que fundamenta a tese vitoriosa é o de que preceitos da Constituição do Estado que repetem dispositivos centrais da Constituição Federal são ociosos, desprovidos de normatividade própria, possuindo fundamento de validade única e diretamente na Lei Fundamental da República.

O Ministro Gallotti sustentou que não seria necessário muito esforço para concluir que a verdadeira causa de pedir da demanda seria a incompatibilidade do ato normativo estadual perante a Constituição Federal; que a inconstitucionalidade decorria da Carta local apenas formalmente, estando presa em substância à Federal, e que o processamento da ação só se inscreve na competência do STF, *verbis*:

Verifica-se, então, sem maior esforço, que a verdadeira causa de pedir é a incompatibilidade do ato normativo estadual perante a Constituição Federal, o que, em sede de ação direta, só se inscreve na competência do Supremo Tribunal (Constituição, 102, I, a), não na consentida aos Tribunais estaduais (art. 125, § 2º).

Nas palavras do Ministro Pertence:

Essas normas de reprodução, na dicotomia do autor recordado, - e que talvez fosse melhor chamar de normas federais de absorção compulsória -, não são, sob o prisma jurídico, preceitos estaduais: e, conseqüentemente, a violação delas, não apenas pelo constituinte local, mas também por todas as instâncias locais de criação ou execução normativas, traduz ofensa à Constituição Federal – da qual, e unicamente da qual, deriva a vinculação direta e imediata ao seu conteúdo de todos os órgãos do ordenamento estadual.

A tese contou ainda com a adesão dos Ministros Carlos Velloso, Ilmar Galvão, Celso de Mello, Néri da Silveira e Sydney Sanches. Divergiu, isoladamente, o Ministro Marco Aurélio, que, argumentando que não havia como causa de pedir explícita na ação a discrepância do ato impugnado com a Constituição Federal, mas sim com a Constituição local, concluiu “*que o julgamento da presente ação direta compete realmente ao Tribunal de Justiça e não ao Supremo Tribunal Federal*”.

Apesar do entendimento quase unânime, o Tribunal, no julgamento da Reclamação 383, pouco tempo após o primeiro caso, modificou radicalmente sua posição sobre o tema, o que se explica com base em novos *topoi* que foram levantados.

O caso era basicamente o mesmo. Proposta uma ação de inconstitucionalidade junto ao Tribunal de Justiça, ajuizou-se reclamação, junto ao STF, ao argumento de que o parâmetro de confronto na ação local seriam normas da Constituição Estadual que reproduziam preceitos centrais da Constituição Federal, pelo que esta seria o verdadeiro parâmetro de confronto.

Acontece que esse julgamento contou com a presença do Ministro Moreira Alves, que esteve ausente no primeiro caso, e ele levantou *topoi* que não foram

enfrentados no caso anterior, e que vieram a triunfar, ensejando a mudança de posição do Tribunal sobre o tema.

Para o Ministro Moreira Alves, o grande problema era saber se as normas centrais da Constituição Federal, reproduzidas nas Constituições dos Estados, “*dão margem a controle concentrado em face de dois parâmetros diversos (o da Constituição Federal e o da Constituição Estadual), ou se só permitiam esse controle com referência ao parâmetro da Constituição Federal*”.

Ele chegou a reconhecer a profundidade do voto do Ministro Pertence no julgamento da Reclamação 370, mas se esforçou em demonstrar que a solução adotada pelo Tribunal, apesar de seduzir pelo encadeamento lógico, conduz a conseqüências inadmissíveis no ordenamento jurídico.

Primeiro porque adotar a restrição feita pelo Ministro Pertence implicaria reduzir a quase nada a parametricidade da Constituição estadual, dada a amplitude da abrangência das normas constitucionais federais obrigatórias.

Segundo, porque iria desaparecer um dos casos em que a Constituição Federal admite a intervenção do Estado nos Municípios: o do inciso IV do art. 35/CF, que possibilita a intervenção quando o Município descumprir princípios constantes da Constituição Estadual. Como bem afirmou o Ministro Moreira Alves:

A prevalecer a tese de que as normas estaduais de reprodução dos preceitos obrigatórios da Carta Magna Federal não são normas jurídicas também estaduais, mas exclusivamente federais, e estando todos os princípios constitucionais sensíveis previstos na Constituição Federal, a intervenção no município, que se faz também por meio de representação de inconstitucionalidade pelo parâmetro da Constituição estadual (e representação que acarreta a suspensão, com eficácia erga omnes, de execução da norma municipal impugnada como providência preliminar), ou não se poderá fazer, porque as normas de reprodução são ociosas e sem qualquer eficácia, ou – illogicamente –

poderá ser feita, controlando-se, por via dela, a constitucionalidade das leis municipais em face de todos os princípios contidos na Constituição estadual (inclusive os federais obrigatórios inocuamente reproduzidos) e por ela tido como sensíveis.

Terceiro, excluir do âmbito da ação direta estadual a impugnação de leis em face de preceitos de reprodução implicaria subverter princípios que decorrem da natureza da própria ação, particularmente desconsiderar que a *causa petendi* em tais processos não é a inconstitucionalidade em face dos dispositivos invocados na petição inicial, mas em face de qualquer dispositivo da Constituição confrontada, tanto que não é preciso que o Tribunal concorde quanto ao dispositivo da Constituição que se entende violado, sendo possível cada Ministro concluir que dispositivos diversos foram violados.

Por isso é que, para se poder concluir, em sede de reclamação, que:

a inconstitucionalidade argüida em face da Constituição Estadual seria uma argüição só admissível em face de princípios de reprodução estadual que, em verdade, seria princípio constitucional federal, mister se faria que se examinasse a argüição formulada perante o Tribunal local não apenas – como o parecer da Procuradoria-Geral da República fez no caso presente, no que foi acompanhado pelo eminente Ministro Velloso no voto que proferiu – em face dos preceitos constitucionais indicados na inicial, mas também, de todos o da Constituição estadual. E mais. Julgada procedente a reclamação, estar-se-ia reconhecendo que a lei municipal ou estadual impugnada não feriria nenhum preceito constitucional estritamente estadual, o que impossibilitaria nova argüição de inconstitucionalidade em face de qualquer desses preceitos [...]

De outra parte, ter-se-ia de admitir que qualquer ação direta de inconstitucionalidade de ato normativo estadual ou municipal em face da Constituição estadual daria margem a um julgamento preliminar do Supremo Tribunal Federal, por via de reclamação, para verificar-se a natureza das normas da Constituição estadual – se normas estritamente estaduais, ainda que de imitação, ou se normas de reprodução de preceitos constitucionais obrigatórios [...] a fim de se decidir se a ação cabível seria contra a Constituição estadual verdadeiramente, ou se verdadeiramente contra a Constituição Federal.

Quarto, fosse verdadeira a tese de que normas de reprodução não têm eficácia jurídica autônoma, ter-se-ia que concluir que a norma federal ordinária, que reproduz preceito da Constituição Federal, não tem eficácia jurídica, não dando margem, portanto, à interposição de recurso especial, pois ela dissimularia uma norma constitucional.

Com base em todos esses *topoi*, o Ministro Moreira Alves considerou ser inadmissível considerar que as normas da Constituição Estadual seriam inócuas, concluindo que elas eram juridicamente eficazes também no ordenamento local e deveriam ser consideradas como normas estaduais, motivo pelo qual o parâmetro de confronto seria a Constituição local e, portanto, a competência para julgar seria do Tribunal de Justiça.

Por maioria, a Corte aderiu aos argumentos do Ministro Moreira Alves, modificando sua posição sobre a matéria, fixando, doravante, a competência do TJ para exercer o controle abstrato de constitucionalidade quando o parâmetro de confronto for norma da Constituição local que reproduza preceito central da Constituição Federal.

O confronto entre os dois julgados evidencia o impacto que *topoi* suscitados por um Ministro podem causar em relação ao entendimento dos demais julgadores. Na primeira reclamação, o Tribunal foi unânime em seguir uma linha de entendimento. Já na segunda, a partir de *topoi* sustentados por um Ministro que esteve ausente do primeiro debate, o Tribunal modificou sua posição sobre o tema.

Interessante é que o problema enfrentado nos dois julgados era basicamente o mesmo, mas os resultados alcançados foram diametralmente opostos, o que demonstra que a solução não estava pré-definida no ordenamento jurídico, mas foi construída diante do problema.

A análise de todos esses julgados autoriza concluir que o processo de aplicação do Direito não é uma atividade mecânica de subsunção, senão que resulta de uma atividade criativa, em que assumem relevo os diversos pontos de vistas suscitados pelos intérpretes, sempre focados no problema a ser resolvido, o que rompe definitivamente com o modelo formalista da velha hermenêutica.

#### **4. A razão prática argumentativa de Perelman**

Chaim Perelman é um opositor ferrenho do cartesianismo e pode ser considerado um dos precursores da retomada dos estudos sobre a argumentação. Nascido em Varsóvia, veio a se destacar como Professor da Universidade de Bruxelas, sendo um dos grandes nomes da Escola de Bruxelas.

O pensamento de Perelman é profundamente influenciado por sua experiência pessoal, particularmente pelos influxos provocados pela ascensão nazista no período da 2ª Guerra. Ele era judeu e, como acontecia na época, sentiu de perto a perseguição nazista.

Em plena ocupação alemã da Polônia, Perelman retornou à sua cidade natal para cursar uma disciplina na Universidade de Varsóvia, a ser ministrada pelo Reitor da

Instituição, e foi discriminado pelos demais estudantes por se recusar a sentar em “bancos de gueto” reservados para judeus. A situação chegou a tal ponto que foi preciso o Reitor intervir, ameaçando ministrar o curso apenas para o filósofo belga<sup>97</sup>.

Influenciado pela realidade da 2ª Guerra, a tônica do pensamento perelmaniano é uma tônica de aversão à violência, sendo exato, conforme a precisa observação de Cláudia Servilha Monteiro, estar-se diante de um pensador com um olhar humano em constante preocupação com o seu tempo<sup>98</sup>.

Para Perelman, o modelo positivista de identificar o Direito como conjunto de normas criadas validamente, com total abstração de conteúdo valorativo, de modo a equiparar os planos da legalidade e da legitimidade, se tornara insustentável, pois estava a legitimar a violência.

A razão lógico-dedutiva, própria ao cartesianismo, havia se tornado irracional, e haveria de ser superada no plano da aplicação do Direito, recorrendo-se a um novo modelo, capaz de reagir aos abusos cometidos pelo nazismo.

Assim, com essa preocupação, Perelman desenvolve seus estudos em busca de um novo paradigma de razão, capaz de se adequar à nova realidade, que exigia a inserção de conteúdo valorativo no plano do Direito.

Essa nova razão é a razão prática, que não se pauta em verdades matemáticas, mas que se ampara na argumentação e na adesão de espíritos. Racional deixa de ser o que é comprovado geometricamente e passa a ser aquilo que é argumentativamente aceito pela comunidade.

---

<sup>97</sup> Cf. MONTEIRO, Cláudia Servilha. *Teoria da Argumentação e Nova Retórica*. 2. ed. Revista. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003, p. 15.

<sup>98</sup> Ibidem.

Como ponto de partida, ele, assim como Viehweg, retoma as idéias de Aristóteles sobre raciocínios analíticos e dialéticos, sendo válido recordar aqui que os primeiros trabalhavam com proposições evidentes, cujas verdades poderiam ser demonstradas por um silogismo, ao passo que os segundos se exprimiam em enunciados prováveis, que levariam a conclusões verossímeis, aceitas por todos, pela maioria ou pelos sábios.

Nas palavras do próprio Perelman:

Os raciocínios analíticos são aqueles que, partindo de premissas necessárias, ou pelo menos indiscutivelmente verdadeiras, redundam, graças a inferências válidas, em conclusões igualmente necessárias ou válidas. Os raciocínios analíticos transferem à conclusão a necessidade e a verdade das premissas: é impossível que a conclusão seja falsa, se o raciocínio foi feito corretamente, a partir de premissas corretas.

[...]

Os raciocínios dialéticos [...] se referem, não às demonstrações científicas, mas às deliberações e às controvérsias. Dizem respeito aos meios de persuadir e de convencer pelo discurso, de criticar as teses do adversário, de defender e de justificar as suas próprias, valendo-se de argumentos mais ou menos fortes<sup>99</sup>.

Bem ainda, como leciona Fabio Ulhoa Coelho<sup>100</sup>, os raciocínios dialéticos haviam sido relegados ao plano dos sofismas, identificados à técnicas de persuasão sem compromisso ético e à discursos vazios de oradores hábeis em convencer auditórios, não tendo alcançado o estatuto de seriedade e consistência concedido aos raciocínios analíticos.

Na obra *“Tratado da Argumentação: a nova retórica”*, Perelman se propõe a recuperar a importância dos raciocínios dialéticos, demonstrando que eles se prestam a servir como um novo modelo de razão a ser aplicado no âmbito do Direito, capaz de

---

<sup>99</sup> PERELMAN, Chaim. *Lógica Jurídica: nova retórica*. Tradução de Vergínia K. Puppi. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 2 e 3.

<sup>100</sup> Prefácio de PERELMAN, Chaim. OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Tratado da Argumentação: a nova retórica*. Tradução de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. XII.

superar o paradigma cartesiano, que os havia desprezado durante longos séculos, bem como capaz de servir como um modelo apto a evitar arbitrariedades.

É sustentado, na obra, que as premissas sob a qual assenta o Direito não devem ser arbitrariamente impostas como verdades absolutas *a priori*, extraídas de uma razão lógica formal, senão que devem ser construídas com base em argumentações convincentes que obtenham a adesão da maioria da comunidade.

A aplicação do Direito para Perelman não é um processo mecânico e o juiz não é um ser inanimado que fica impedido de moderar a força e o rigor da lei. De outro modo, a aplicação do Direito resulta sempre de opções feitas pelos juízes.

De forma a possibilitar o controle sobre suas opções, os juízes têm o dever de justificar sua postura mediante argumentos razoavelmente aceitos pela comunidade, e assim evitam-se as arbitrariedades.

A razão, nesse viés, deixa de ser uma razão teórica, formal e apriorística, e passa a ser uma razão prática e argumentativa, mudando seu domicílio da lógica apodítica para o âmbito do dialético, residindo doravante na idéia de aceitação pela comunidade.

Assume grande relevo na teoria perelmaniana a noção de *Auditório Universal*, pois é na aceitação do argumento por esse auditório que se alcança o patamar de racionalidade. Em outras palavras, racional será aquilo que for aceito pelo auditório universal, e será aceito pelo auditório universal aquilo que for proposto com argumentos convincentes.

O auditório, para Perelman, “*é o conjunto daqueles que o orador quer influenciar com sua argumentação*”<sup>101</sup>, e o auditório universal é constituído pela humanidade inteira, ou pelo menos por todos os homens adultos e normais<sup>102</sup>. Destarte, será racional o que obtiver adesão da maioria da humanidade.

Como o assentimento do auditório universal é o critério primeiro para qualificar uma solução como razoável<sup>103</sup>, tem-se que a determinação do que é razoável “*é feita pelo que a própria Sociedade entende como aceitável. Desta forma, o que é razoável não pode estar predeterminado como um conceito apriorístico*”<sup>104</sup>.

A rejeição às verdades *a priori*, a valorização da argumentação como caminho para se alcançar a razão, bem como a incorporação dos valores no plano do que deve ser tido como razoável, implicam num rompimento com o cartesianismo peculiar à hermenêutica positivista.

As idéias de Perelman podem ser encontradas com muita freqüência na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, inclusive elas se encontram bem evidentes nos julgamentos que foram analisados neste estudo quando dos comentários sobre a Tópica de Viehweg.

Em cada qual daqueles julgamentos, cada *topoi* levantado pelos Ministros era exposto e defendido por meio da argumentação. As soluções ali não foram deduzidas de imperativos *a priori*, extraídos de uma razão formal.

---

<sup>101</sup> *Tratado...*, p. 22.

<sup>102</sup> *Idem*, p. 34.

<sup>103</sup> MONTEIRO, Cláudia Servilha *Teoria da Argumentação...*, p. 187.

<sup>104</sup> *Idem*, p. 161.

Pelo contrário, as respostas para os problemas resultaram da aceitação de determinados argumentos por parte da maioria dos julgadores, o que evidencia um triunfo da razão prática argumentativa a que se refere Perelman.

Decerto, a grande contribuição de Perelman para a superação do formalismo positivista é a valorização da argumentação no plano da aplicação do Direito como caminho para se encontrar a solução dos problemas.

Aqui, cabe destacar a precisa advertência de Ronald Dworkin:

A diferença entre dignidade e ruína pode depender de um simples argumento que talvez não fosse tão poderoso aos olhos de outro juiz, ou mesmo o mesmo juiz no dia seguinte. As pessoas frequentemente se vêem na iminência de ganhar ou perder muito mais em decorrência de um aceno de cabeça do juiz do que de qualquer norma geral que provenha do legislativo<sup>105</sup>.

A aplicação do Direito, doravante, deve ser feita argumentativamente e a argumentação deve ser responsável por obter a adesão do auditório e evitar o arbítrio.

E, como destaca Perelman, “*Apenas a existência de uma argumentação, que não seja nem coercitiva nem arbitrária, confere um sentido à liberdade humana, condição de exercício de uma escolha racional*”.<sup>106</sup>

## 5. A principiologia de Dworkin

---

<sup>105</sup> DWORKIN, Ronald. *Império do Direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. Revisão técnica de Gildo de Sá Leitão Rios. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 3.

<sup>106</sup> PERELMAN, Chaim. OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Tratado da Argumentação: a nova retórica*. Tradução de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 581.

Ronald Dworkin<sup>107</sup> é um ferrenho opositor do positivismo jurídico, pois entende que esse modelo trabalha com regras que prescindem de qualquer teste de conteúdo e que se submetem apenas a um teste de validade formal (*pedigree*), que seria suficiente para identificar quais as regras jurídicas válidas, mas não traduz verdadeiramente a maneira como o Direito é aplicado pelos juízes<sup>108</sup>.

Para ele, a estrutura do positivismo está pautada em um modelo de regras<sup>109</sup>, que se demonstra insuficiente para resolver os casos jurídicos, principalmente os casos difíceis (*hard cases*)<sup>110</sup>.

Um exemplo de caso difícil em que o modelo de regras se mostrou insatisfatório é o caso *Riggs vs. Palmer*, em 1889, no qual um tribunal de Nova Iorque teve que decidir se um herdeiro nomeado no testamento de seu avô poderia herdar o disposto naquele testamento, muito embora ele tivesse assassinado seu avô com esse objetivo<sup>111</sup>.

De acordo com as regras vigentes, a propriedade teria que ser transferida ao assassino. Entretanto, o Tribunal, por maioria, observando que ninguém pode lucrar com sua própria fraude, nem beneficiar-se com seus próprios atos ilícitos, negou a herança ao herdeiro.

Na opinião de Dworkin, os problemas do Direito não são meras questões de hierarquia normativa, senão que, no fundo, são problemas relativos a princípios

---

<sup>107</sup> DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002; DWORKIN, Ronald. *Império do Direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. Revisão técnica de Gildo de Sá Leitão Rios. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

<sup>108</sup> *Levando os direitos a sério...*, pp. 28 e ss. e pp. 73-74.

<sup>109</sup> *Idem*, pp. 36 e ss. e pp. 73-74.

<sup>110</sup> *Idem*, pp. 127 e ss.

<sup>111</sup> *Idem*, p. 37; *Império do Direito...*, p. 20 a 25.

morais, e nisso se pode verificar uma posição radicalmente oposta entre sua teoria e a teoria de Kelsen, que afastava qualquer discussão de conteúdo do âmbito do Direito.

Por isso é que, para ele, o Direito se pauta não apenas em regras, como também em princípios<sup>112</sup>, que traduzem os valores morais que imperam na comunidade, e que exercem forte influência no processo interpretativo.

Ele denomina princípio “*um padrão que deve ser observado não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade*”<sup>113</sup>.

Dworkin afasta as concepções de Direito do modelo do *convencionalismo* e do modelo do *pragmatismo*, propondo um novo modelo, que seria a *teoria da integridade*.

Para a teoria do convencionalismo<sup>114</sup>, que, em linhas gerais, se equivale ao modelo do positivismo, o Direito resulta de convenções que foram celebradas no passado, cabendo ao juiz extrair delas as respostas para os litígios.

Nessa conjuntura, tem-se que as respostas já estariam contidas *a priori* nas convenções, cabendo ao juiz apenas a tarefa de aplicá-las no caso concreto, sem poder modificá-las, até porque “*em um regime convencionalista, os juízes não se considerariam livres para alterar regras adotadas conforme as convenções jurídicas correntes*”<sup>115</sup>.

---

<sup>112</sup> Idem, p. 39 a 50 e 113 a 125.

<sup>113</sup> Idem, p. 36.

<sup>114</sup> Idem, p. 118 e 141 a 183.

<sup>115</sup> *Império do Direito...*, p. 181.

O convencionalismo pode ser bem resumido no lema de que *“O direito é o direito. Não é o que os juízes pensam ser, mas aquilo que realmente é. Sua tarefa é aplicá-lo, não modificá-lo para adequá-lo à sua própria ética ou política”*<sup>116</sup>.

A linha do pragmatismo considera que os juízes têm total liberdade para criar o Direito, não ficando limitados por regras do passado, havendo de se entender como Direito aquilo que os juízes decidem<sup>117</sup>.

O programa do pragmatismo estimula os juízes a decidir e a agir segundo seus próprios pontos de vista, pressupondo que essa prática servirá melhor à comunidade do que qualquer outro programa alternativo que exija coerência com decisões já tomadas por outros juízes ou pela legislatura<sup>118</sup>.

A teoria da integridade, diferentemente, rejeita ambas as idéias, a de que convenções do passado contêm respostas para os casos e a de que os juízes têm toda liberdade para criar o Direito.

Como afirma Dworkin:

O direito como integridade nega que as manifestações do direito sejam relatos factuais do convencionalismo, voltados para o passado, ou programas instrumentais do pragmatismo jurídico. Insiste em que as afirmações jurídicas são opiniões interpretativas que, por esse motivo, combinam elementos que voltam tanto para o passado quanto para o futuro: interpretam a prática jurídica contemporânea como uma política em processo de desenvolvimento<sup>119</sup>.

---

<sup>116</sup> Idem, p. 141.

<sup>117</sup> Idem, p. 119 e 185 a 213.

<sup>118</sup> Idem, p. 186.

<sup>119</sup> Idem, p. 271.

A teoria da integridade diz respeito a princípios<sup>120</sup>. Nela, o juiz desempenha uma função criativa, devendo construir o Direito a ser aplicado no caso concreto com base nos princípios valorativos que imperam na comunidade.

Segundo o Direito enquanto integridade, as proposições jurídicas devem derivar dos princípios de justiça, equidade e devido processo legal que oferecerem a melhor interpretação construtiva da prática jurídica da comunidade<sup>121</sup>.

Na obra de Dworkin, o sujeito interpretativo desempenha um papel fundamental, pois o juiz é o responsável pela criação do Direito; mas, ao fazê-lo, não pode agir segundo suas convicções pessoais, senão que deve observar conjunto de princípios morais que imperam na comunidade.

Dworkin traça um paralelo interessante entre a atividade dos juízes e a de um conjunto de escritores que escrevem um romance em cadeia<sup>122</sup>, espécie de projeto no qual um grupo de diferentes romancistas escreve em série, um sucedendo ao outro.

Cada romancista da cadeia interpreta os capítulos que recebeu de seus antecessores para escrever um novo capítulo, o qual é então acrescentado na obra e encaminhado ao romancista seguinte, e assim por diante<sup>123</sup>.

A liberdade que cada romancista tem para criar seu capítulo é limitada por aquilo que os que lhe antecederam criaram, sendo que cada um deve escrever seu capítulo de modo a criar da melhor maneira possível o romance em elaboração, e a

---

<sup>120</sup> Idem, p. 266.

<sup>121</sup> Idem, p. 272.

<sup>122</sup> Idem, p. 275 e ss.

<sup>123</sup> Idem, p. 276.

complexidade dessa tarefa reproduz a complexidade de decidir um caso difícil de direito como integridade<sup>124</sup>.

A partir dessa idéia, tem-se que o juiz, ao decidir um caso, principalmente se for um caso novo, deve criar o Direito, mas sempre observando a idéia de justiça, equidade e devido processo legal que vem imperando na prática jurídica da comunidade<sup>125</sup>.

Nessa conjuntura é possível, em certa medida, aproximar as teorias de Dworkin e Gadamer, pois ambos reconhecem que o sujeito não é totalmente livre na interpretação, sendo que o que o primeiro identifica como princípios morais que imperam na comunidade está contido naquilo que o segundo insere nos limites postos pela tradição.

Dworkin chega mesmo a afirmar que Gadamer “*acerta em cheio ao apresentar a interpretação como algo que reconhece as imposições da história ao mesmo tempo que luta contra elas*”<sup>126</sup>.

A interpretação para Dworkin, assim como para os demais autores que vêm sendo trabalhados, não é um processo mecânico, e o intérprete não é um autômato<sup>127</sup>.

A interpretação não visa descobrir a intenção do legislador e não é meramente um ato racional, de puro conhecimento, mas algo criativo, resultante de ato de

---

<sup>124</sup> Ibidem.

<sup>125</sup> No mesmo sentido, Rodolfo Luis Vigo afirma que “O juiz atua de maneira similar a esse novelista em cadeia, no momento em que decide o caso inédito no sentido de um exercício construtivo da totalidade da prática jurídica e institucional segundo a justiça e a equidade, visando alcançar a melhor interpretação possível do direito vigente”. (VIGO, Rodolfo Luis. *Interpretação Jurídica. Do modelo juspositivista-legalista do século XIX às novas perspectivas*. Tradução de Susana Elena Dalle Mura. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, p. 69).

<sup>126</sup> *Império do Direito...*, p. 75.

<sup>127</sup> Idem, pp. 54 e ss. (Capítulo II).

natureza construtiva por parte do intérprete, e nisso se aproxima novamente sua teoria com a de Gadamer.

Outro ponto que merece destaque na teoria de Dworkin é a sua busca pela *resposta correta* para o problema posto à apreciação do juiz. Segundo o autor, e isso é bem observado por Rodolfo Luis Vigo<sup>128</sup>, é possível encontrar, em todos os casos, inclusive nos *hard cases*, a resposta jurídica correta.

A resposta correta, única possível para o problema, será aquela que melhor se amolde aos princípios morais que imperam na comunidade, sendo tarefa do julgador alcançá-la mediante interpretação das práticas sociais da comunidade.

Para cumprir essa difícil missão, Dworkin idealizou um juiz dotado de capacidade, sabedoria, paciência e sagacidade sobre humanas, a quem denominou de Hércules<sup>129</sup>.

Hércules sempre alcança a resposta correta porque ele é capaz de realizar uma interpretação plena de todo o direito que rege sua comunidade, verificando, com completude, qual sistema de princípios foi estabelecido e desenvolvendo uma teoria política e filosófica que justifique a ordem jurídica como um todo.

Evidente que não se encontram no mundo real juízes com a capacidade de Hércules, e reconhecendo isto é que Dworkin imaginou um juiz hercúleo<sup>130</sup>, que, mesmo imaginário, deve servir de referência para os verdadeiros julgadores, os quais devem procurar imitá-lo até certo ponto.

---

<sup>128</sup> VIGO, Rodolfo Luis. *Interpretação Jurídica. Do modelo juspositivista-legalista do século XIX às novas perspectivas*. Tradução de Susana Elena Dalle Mura. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, p. 67.

<sup>129</sup> DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério...*, p. 165. Também *Império do Direito...*, p. 287.

<sup>130</sup> *Império do Direito...*, p. 294.

Hércules não deve ser visto como um formalista, e não há de se enquadrar o seu encontro com a resposta correta como algo mecânico, pois essa não existe como algo *a priori*, a ser descoberto pelo juiz mediante operações dedutivas, senão que é alcançada pela interpretação criativa e construtiva do juiz, que se pauta em princípios morais que imperam na comunidade.

Importante ainda pontuar que a resposta correta pode variar no tempo, na medida em que mudanças sociais modifiquem os princípios morais que imperam na comunidade, e assim se mantém sempre aberto o processo interpretativo.

Em linhas gerais, pois, tem-se, também para Dworkin, que a aplicação do Direito não se pauta em verdades objetivadas, contidas *a priori* nas leis, mas que resulta de atividade criativa do intérprete, donde assume posição de destaque o sujeito interpretativo.

## **6. O realismo jurídico de Alf Ross**

Alf Ross<sup>131</sup> é um dos integrantes do movimento do realismo jurídico. Como ele mesmo afirma, sua proposta teórica é uma proposta jurídica realista em contraposição à teoria jurídica idealista<sup>132</sup>, essa última, em linhas gerais, equivalendo ao modelo positivista de Direito.

---

<sup>131</sup> ROSS, Alf. *Direito e Justiça*. Tradução de Edson Bini. São Paulo: Edipro, 1ª reimpressão, 2003.

<sup>132</sup> *Idem*, p. 91.

Ross se propõe a definir o que é o *direito vigente*, defendendo que este não corresponde a um conceito *a priori*, extraído duma intuição direta e irreduzível da razão, como propuseram os idealistas.

Do ponto de vista tradicional, idealista, positivista, o direito vigente é o direito válido, correspondendo ao conjunto de normas postas por uma autoridade competente.

E, nesta percepção:

afirmar que o direito vige ou vale é atribuir-lhe uma qualidade irreduzível derivada de princípios *a priori* ou postulada como um pré-requisito do conhecimento jurídico. A validade de uma norma particular é derivada da norma superior de acordo com a qual foi criada. Com tais premissas, obviamente o conceito de validade tem que ser absoluto: uma regra vale ou não vale<sup>133</sup>.

Em outra perspectiva, Ross concebe Direito vigente como aquilo que é aplicado na prática pelos Tribunais<sup>134</sup>, de forma que um ordenamento jurídico nacional, considerado como um sistema vigente de normas, corresponde ao conjunto de normas que efetivamente operam na mente do juiz, porque ele as sente como socialmente obrigatórias e por isso as acata<sup>135</sup>.

Ross critica o pensamento de Kelsen por este reduzir o pensamento jurídico a termos de “*dever ser*”, de modo a reconduzir a idéia de validade a uma categoria formal isenta de qualquer exigência ao conteúdo material que é apreendido<sup>136</sup>.

Segundo Ross, o Direito é um conjunto de proposições que se referem a fatos sociais, ao passo que Kelsen tentou determinar a natureza do direito positivo prescindindo da realidade psicológica e social e, assim, “*se impediu, desde o começo,*

---

<sup>133</sup> Idem, p. 70.

<sup>134</sup> Idem, p. 65.

<sup>135</sup> Idem, p. 59.

<sup>136</sup> Idem, p. 93.

*de lidar com o cerne do problema da vigência do direito: a relação entre o conteúdo ideal normativo e a realidade social*<sup>137</sup>.

O autor ora comentado define *interpretação* como sendo a atividade que colima expor o significado de uma expressão, assim como sendo também o resultado de tal atividade<sup>138</sup>.

A interpretação, em sua concepção, busca analisar a prática dos tribunais e descobrir os princípios ou regras que realmente os norteiam no trânsito da regra geral à decisão particular.

No que toca ao papel do juiz, Ross defende que a tarefa daquele é um problema prático, e que a teoria positivista oferecia um quadro muito simples que não se amolda à realidade, no qual o juiz é um autômato, que necessariamente se ajusta à lei e cuja função se limita a um ato puramente racional<sup>139</sup>.

Afirma que o quadro proposto pelo idealismo parte de uma premissa insustentável em relação ao juiz, que é desconsiderar que se trata de um ser humano e que, por trás da decisão tomada, encontra-se toda a personalidade desse ser.

Em palavras autênticas:

O juiz não é um autômato que de forma mecânica transforma regras e fatos em decisões. É um ser humano que presta cuidados atenção em sua tarefa social, tomando decisões que sente ser *corretas* de acordo com o espírito da tradição jurídica e cultural. Seu respeito pela lei não é absoluto. A obediência a esta não constitui o único motivo. Aos seus olhos, a lei não é uma fórmula mágica, mas uma manifestação dos ideais, posturas, padrões ou valorações que denominamos tradição cultural<sup>140</sup>.

---

<sup>137</sup> Idem, p. 97.

<sup>138</sup> Idem, p. 145.

<sup>139</sup> Idem, p. 166 e 167.

<sup>140</sup> Idem, p. 168.

De outro modo, numa perspectiva realista, o juiz, ao aplicar o Direito vigente, tem que fazer escolhas, que sempre terão origem numa valoração e, por isso, sua tarefa resulta sempre num ato de natureza construtiva, não um ato de puro conhecimento<sup>141</sup>.

A atividade do juiz é valorativa sempre, e não às vezes, de modo que está presente em todas as decisões a consciência jurídica material do juiz, entendida como conjunto dos ideais, posturas, padrões e valorações que vivem no espírito dele<sup>142</sup>.

Na medida do possível, o juiz compreende e interpreta a lei à luz de sua consciência jurídica material, a fim de que sua decisão possa ser aceita não só como correta, mas também como justa ou socialmente desejável<sup>143</sup>.

A aplicação do Direito não se reduz a uma mera atividade intelectual, senão que se trata, isto sim, de *“uma interpretação construtiva, a qual é, simultaneamente, conhecimento e valoração, passividade e atividade”*<sup>144</sup>.

Ross afirma ainda que a separação entre o ato cognoscitivo e o ato valorativo é artificial na medida em que ambos se fundem na prática, impossibilitando afirmar com precisão onde uma termina e começa a outra, sendo impossível distinguir entre as valorações em que se manifestam as preferências pessoais do juiz e as valorações atribuídas ao legislador<sup>145</sup>.

Em linhas gerais, tem-se que, para Ross, o Direito não é um conjunto de regras extraídas a partir de definições racionais *a priori*, mas corresponde àquilo que os

---

<sup>141</sup> Idem, p. 167.

<sup>142</sup> Idem, p. 169.

<sup>143</sup> Idem, p. 168.

<sup>144</sup> Idem, p. 169.

<sup>145</sup> Idem, p. 170.

Tribunais aplicam ao julgar os casos que lhe são submetidos à apreciação, e o conhecimento do Direito baseia-se certamente na posição dos Tribunais sobre determinada matéria.

O juiz, enquanto sujeito interpretativo, desempenha um papel fundamental, sendo o responsável pela criação do Direito, até porque Direito vigente é aquilo que os juízes aplicam.

Na aplicação do Direito, o juiz sempre, e não às vezes, realiza incursões valorativas, valendo-se de sua consciência jurídica material.

A interpretação não visa descobrir a intenção do legislador, e nem é um ato puramente racional, de puro conhecimento, senão que é algo criativo, produto de um ato de natureza construtiva.

Conclusivamente, se percebe um contraste cabal entre a proposta de Ross e o modelo positivista, considerado insuficiente e não correspondente à maneira como os juízes aplicam o Direito na prática.

## **7. A nova hermenêutica e o *Amicus Curiae***

No modelo hermenêutico do pós-positivismo – *nova hermenêutica* – a interpretação não é vista mais como uma tarefa de revelação de respostas prontas, existentes *a priori* no objeto interpretando. De outro modo, as respostas têm que ser construídas diante do caso concreto, a partir da compreensão do intérprete-aplicador do Direito.

O Direito aplicado pelos juízes deixou de ser tão hermético e passou a ser mais aberto, sofrendo influxos de índole valorativa e trazendo consigo a experiência pessoal do julgador-aplicador.

A interpretação deixou de ser “*revelativa*” do objeto para se tornar compreensiva, criativa, construtiva e, nessa linha, o juiz deixou de ser um autômato para assumir um papel fundamental no processo de criação do Direito.

Nessa *novel* conjuntura, não se concebe mais o Direito a partir do objeto, senão que o Direito é compreendido a partir do sujeito que o interpreta, até porque, não custa repetir, *o objetivo do Direito só existe no subjetivo do sujeito que interpreta e aplica o Direito.*

Ante esse cenário, é possível ponderar que o *amicus curiae*, enquanto um novo sujeito no processo de compreensão do ordenamento jurídico, enquanto um agente da sociedade apto a participar do processo interpretativo e de formação das decisões judiciais, passa a assumir grande relevância, podendo levar novos pontos de vista aos julgamentos, abrindo um canal de diálogo da sociedade para com os Tribunais.

## **8. Rediscutindo velhas idéias a partir do desenvolvimento hermenêutico**

O desenvolvimento hermenêutico permitiu um deslocamento do eixo da interpretação do objeto para o sujeito. Outrora, havia a idéia de que o objeto continha um significado em si, independente do sujeito, que já estava pronto. Hodiernamente,

percebe-se que é o sujeito quem atribui significado ao objeto, que o significado do objeto é aquele que o sujeito lhe concede.

O sujeito, particularmente o juiz, desta maneira, deixou de ser um mero autômato, para ser o construtor, o criador do sentido do Direito aplicado ao caso concreto.

A concepção de que leis continham verdades em si, extraídas de imperativos racionais *a priori* aptos a propiciar soluções para os problemas jurídicos cedeu lugar para uma concepção em que as soluções são construídas pelo intérprete, inclusive valendo-se de considerações valorativas.

Essa *novel* proposta hermenêutica permite rever algumas idéias que imperavam no modelo da antiga hermenêutica, como a de que “*a lei não contém palavras inúteis*” e a de que “*in claris cessat interpretatio*”.

A máxima de que a lei não contém palavras inúteis parte de uma suposição absurda de que o Legislador é um ser perfeito, quase divino, e que não há um erro sequer na produção legislativa, o que, *data venia*, não encontra o mínimo suporte na práxis.

Imaginar uma perfeição no Legislador é abstrair completamente que os legisladores são seres humanos como outros tantos, que cometem erros nos seus afazeres, inclusive erros de redação.

Não é incomum encontrar, nos textos legais, e até mesmo na Constituição, expressões redundantes, desnecessárias, inúteis ou mesmo incompreensíveis, que

reclamam do intérprete um esforço interpretativo de modo a tentar corrigir as imperfeições legislativas.

Recorde-se, por exemplo, que a redação do art. 14, § 5º/CF induz que a inelegibilidade atinge quem tiver *sucedido* ou *substituído* o titular do Poder Executivo, mas o Supremo teve que reconhecer que “*não foi feliz o Constituinte na redação*” do referido dispositivo, que deve ser entendido como a alcançar somente quem tiver *substituído* o Chefe daquele Poder<sup>146</sup>.

Também o § 3º do art. 77/CF, que prescreve que o segundo turno eleitoral se realizará em até 20 dias após o primeiro, e só está no texto da Constituição porque esqueceram de retirá-lo quando da redação da Emenda 16, a qual alterou o *caput* do artigo, fixando que o segundo turno das eleições se realizará no último domingo de outubro.

Por todos, que dizer da Emenda 52, aprovada em 8 de março de 2006, mas cujo art. 2º prevê que ela será aplicada “*às eleições que ocorrerão no ano de 2002*”?

Insustentável também é a máxima de que no claro não há o que interpretar, pois não existe texto jurídico que seja suficientemente claro ao ponto de prescindir da interpretação. Como bem disse Paulo Bonavides, “*Não há norma jurídica que dispense interpretação*”<sup>147</sup>.

Colocando uma pá de cal, é de fixar as primorosas palavras do Ministro Paulo Brossard, no julgamento da Adi 2, *verbis*

Diz-se que a lei clara dispensa interpretação. Mas, que vem a ser lei clara? Quantas vezes o que é obscuro para o noviço nos estudos

---

<sup>146</sup> RE 366.488, DJ 28.10.05.

<sup>147</sup> *Curso de Direito Constitucional...*, p. 398.

jurídicos não é claro para o jurista consumado, experiente e culto? A claridade da lei é variável na medida da sabedoria ou mediania do intérprete.

Outra questão que pode ser revisitada, sob a ótica da nova hermenêutica, é a discussão entre *voluntas legis* e *voluntas legislatoris*.

A primeira dificuldade em descobrir a intenção do legislador seria definir, precisamente, quem é o tal legislador, sendo adequada a ponderação de Alf Ross, no sentido de que “*a real vontade do legislador se encontra, em última instância, nos membros da Câmara que votaram o projeto de lei*”<sup>148</sup>.

Acontece que o Congresso Nacional, e suas Casas, são bastante heterogêneos, havendo de se reconhecer que uma lei aprovada não representa a intenção de muitos que participaram de sua elaboração.

A vontade do legislador seria então a vontade daqueles que votaram à favor da lei?

Quando a dinâmica da vida envelhece as leis fica mais inócuo ainda perquirir qual é a vontade do legislador. Qual a vontade do legislador sobre antecipação terapêutica do parto do menor anencéfalo, por exemplo?

O Código Penal é omissivo sobre o assunto, até porque, quando foi redigido, não havia tecnologia para precisar a anencefalia fetal. Entretanto, o Supremo Tribunal Federal enfrenta exatamente essa discussão na Adpf 54.

Há uma passagem de Ross muito interessante que espelha bem essa realidade, quando ele afirma que “*Apesar de certas idéias dogmáticas referentes à vontade do*

---

<sup>148</sup> *Direito e Justiça...*, p. 173.

*legislador, é praticamente inevitável que o juiz resista ao poder dos mortos se as condições da vida presente favorecerem uma interpretação animada por um novo espírito”<sup>149</sup>.*

Que dizer então quando o legislador já tenha falecido? Da forma como diz Dworkin, “*é bastante difícil descobrir as intenções de amigos e colegas, de adversários e amantes. De que modo ele pode ter esperanças de descobrir as intenções de estranhos pertencentes a uma outra época, que podem estar todos mortos?*”<sup>150</sup>.

De maneira precisa, a forma de descobrir a real intenção do legislador seria entrar em contato diretamente com ele, quem nem se sabe precisamente quem é, e eventualmente pode já nem existir mais, sendo conclusivo que não há como sustentar a idéia de que a interpretação deve alcançar a vontade do legislador, colocando o intérprete no lugar dele, havendo, isso sim, de rejeitar definitivamente essa vetusta e ultrapassada ficção.

E vontade da lei, por seu turno? Será mesmo que a lei contém um significado objetivo, em si mesma, que transcende ao seu próprio autor? Será que a lei se comunica por si só?

*Data venia*, trata-se de um enorme paralogismo!

É mais do que evidente que lei não tem vontade nenhuma. A lei é algo amorfo, que não tem existência em si. A vontade da lei é a vontade daquele que aplica a lei,

---

<sup>149</sup> Idem, p. 174.

<sup>150</sup> *Império do Direito...*, p. 382.

daquele que diz algo sobre a lei. O significado contido na lei é aquele que quem aplica a lei quer dizer que ela contém.

No máximo, admitir-se-ia falar em significado contido na lei no sentido da *tradição* a que se refere Gadamer, mas, lembrando sempre que o sentido posto como limite pela tradição não existe como algo objetivado na lei, mas como algo que impera na consciência do sujeito que interpreta, que o leva a respeitar o significado que outros tantos sujeitos naturalmente já atribuem à lei.

Decididamente, o desenvolvimento hermenêutico demonstra, com clareza solar, que não prevalece vontade da lei nem vontade do legislador, mas sim a vontade do intérprete, bem como que o objetivo só existe no subjetivo daquele que interpreta.

Desse modo, pondera estar evidente que a interpretação, compreensão e aplicação do Direito resulta de uma atividade construtiva do juiz do caso concreto, o que autoriza dizer, em termos constitucionais, que a compreensão da Constituição passa pela atividade subjetiva daqueles que a interpretam, em última instância, pela atividade subjetiva dos Ministros do Supremo Tribunal Federal.

Os próximos pontos abordarão exatamente isto.

### Capítulo III

## INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL

### **1. Interpretação, revelação e compreensão da Constituição. Um passeio entre a velha e a nova hermenêutica.**

O giro hermenêutico acerca da interpretação do Direito, prenunciado na etapa anterior, se verificou também no plano da interpretação constitucional.

Em certo momento histórico, sob os influxos da velha hermenêutica formalista, a tarefa da interpretação constitucional era descobrir e revelar as verdades contidas na Constituição, assim reduzindo o papel do sujeito no processo interpretativo.

Num possível paralelo, cabe constatar a predominância da hermenêutica formalista durante o período da Constituição *negativa*, entendida esta como estatuto constitucional cuja função seria tão somente limitar o poder do Estado, repartindo competências entre órgãos estatais, e, quando muito, estabelecendo liberdades negativas do indivíduo em face do Estado.

Naquela época, a interpretação constitucional era bem menos problemática, cingia-se a analisar questões de competência, de limites ao poder do Estado e de direitos negativos em face do poder estatal, trabalhando, em sua maioria, com categorias normativas precisas e de baixa abstração, o que não exigia um esforço hermenêutico maior.

Acontece que a evolução do constitucionalismo, decorrente da natural modificação na dinâmica das relações sociais, principalmente a partir do período entre guerras e após guerras, deu nova dimensão às Constituições, inserindo normas de definição mais imprecisas, dotadas de maior abertura e de elevada carga axiológica, além de normas de índole programática, que vinculavam os agentes estatais no sentido de prestar positivamente.

A vinculação do Estado a determinados programas sociais, aliado à necessidade de trabalhar com as cláusulas abertas, passa a exigir do intérprete um esforço hermenêutico maior no sentido de encontrar as respostas necessárias à concretização da Constituição.

E aí, *pari passo* com a viragem metodológica que se dava no âmbito da hermenêutica do Direito, o sujeito ganha posição de destaque no processo interpretativo, e a interpretação constitucional passa a ser encarada não mais como revelação de verdades *a priori*, mas sim como busca da compreensão de sentido, como uma atividade criativa que procura construir respostas, e isso se valendo das novas propostas metodológicas anteriormente comentadas, como a *Tópica* de Viehweg.

Particularmente, essa nova situação interpretativa é mais fácil de ser visualizada no plano da interpretação constitucional do que no plano legal porque a Constituição representa uma ordem de valores, que, por sua vez, estão contidos em princípios, consagrados em normas de tessitura aberta, de conteúdo axiológico variável no tempo e no espaço.

Diferentemente da lei no âmbito da velha hermenêutica, a Constituição não contém resposta prontas e pré-definidas para os problemas jurídicos, sendo certo que

sua abertura axiológica permite encontrar fundamentos para construir respostas, variáveis conforme o contexto do caso concreto, o que já revela a impropriedade de aplicação do método formalista no processo de interpretação constitucional.

Certamente, e isso deve ser bem fixado, a interpretação constitucional não deve fornecer respostas pré-moldadas que se adaptem a todo e qualquer caso, senão que ela deve possibilitar a compreensão do sentido da Constituição a ser aplicado diante das especificidades do caso interpretando, o que é tarefa mais problemática do que a compreensão das leis, consideradas as especificidades que operam no âmbito dessa interpretação.

## **2. Peculiaridades da interpretação constitucional**

A interpretação constitucional é o ato de atribuir sentido à Constituição, tornando-a compreensível. As técnicas e especificidades da interpretação constitucional se inserem no âmbito da hermenêutica constitucional, a qual, como afirmado em outra oportunidade *“tem por objeto o estudo e a sistematização dos processos aplicáveis para determinar o sentido e o alcance das normas constitucionais”*<sup>151</sup>.

A Constituição, assim como as demais leis que compõem o ordenamento jurídico, é um texto jurídico, e como tal deve ser interpretado. Entretanto, a interpretação da Constituição se reveste de algumas especificidades que lhe são

---

<sup>151</sup> BARRETTO, Rafael. *Responsabilidade civil...*, p. 262.

próprias, peculiares, que permitem destacá-la em um capítulo à parte na interpretação do Direito.

A interpretação constitucional deve se valer dos métodos de interpretação do Direito, os antigos e os novos, sem que isso implique o retorno ao formalismo no processo interpretativo.

A utilização dos métodos literal, sistemático, histórico e teleológico não implica retrocesso, senão que, num caso concreto, podem se mostrar extremamente úteis no plano da interpretação constitucional, assim como o são as contribuições da *Tópica* de Viehweg, da lógica argumentativa de Perelman e da hermenêutica filosófica de Gadamer, dentre outras.

Mas, aliado aos elementos que permeiam a interpretação do repositório jurídico em geral, somam-se, no plano da interpretação da Constituição, peculiaridades e princípios específicos, que devem ser levados em conta na busca do significado do texto constitucional.

Como bem observa Willis Santiago Guerra Filho:

A intelecção do texto constitucional também se dá, em um primeiro momento, recorrendo aos tradicionais métodos filológico, sistemático, teleológico, etc. Apenas haverá de ir além, empregar outros recursos argumentativos, quando com o emprego do instrumental clássico da hermenêutica jurídica não se obtenha o resultado da operação exegética uma “interpretação conforme a Constituição”, a *verfassungskonforme Auslegung* dos alemães, que é uma interpretação de acordo com as opções valorativas básicas, expressas no texto constitucional<sup>152</sup>.

---

<sup>152</sup> *Hermenêutica constitucional, direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade*. Em BOUCALT, Carlos E. de Abreu; RODRIGUEZ, José Rodrigo (Organizadores). *Hermenêutica Plural*. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 401.

A interpretação constitucional, como adverte Luis Roberto Barroso<sup>153</sup>, é dotada, basicamente, de quatro grandes peculiaridades, que, em verdade, são peculiaridades inerentes à própria Constituição.

A primeira delas é a *superioridade hierárquica* de que se reveste o texto constitucional.

As normas constitucionais são dotadas de *primariedade e superioridade hierárquica*, o que implica dizer que elas principiam o ordenamento jurídico e colocam-se em posição de supremacia em relação a todo o restante do conjunto normativo do ordenamento, figurando no ápice da pirâmide normativa, servindo de fundamento de validade de todo o repertório.

No que toca à interpretação, a superioridade hierárquica impõe jamais interpretar a Constituição com base em algum dispositivo infraconstitucional, mas sim levar em consideração que as normas constitucionais estão no topo do ordenamento.

No processo de interpretação do texto constitucional, o intérprete não pode jamais olvidar que a Constituição é a lei hierarquicamente superior, dotada de força normativa que vincula todas as normas legais.

Assim, em nenhuma hipótese poderá o intérprete reconduzir o sentido e o alcance das normas constitucionais a algum dispositivo constante de diploma normativo hierarquicamente inferior.

---

<sup>153</sup> BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 6. ed. Versão atualizada e ampliada. São Paulo: Saraiva, 2004.

Uma lei jamais pode valer mais do que a Constituição, o que implicaria subverter toda lógica do ordenamento jurídico, ou seja, como bem afirma Celso Ribeiro Bastos, “a Constituição é a norma superior em qualquer ocasião”<sup>154</sup>.

Definidamente, *Direito não é mais Direito Civil*, como se afirmava no período do Código Civil Napoleônico, e muito menos *Constituição é perfumaria jurídica*, como já se chegou a afirmar pelo Brasil<sup>155</sup>.

*Direito é, antes de tudo, Direito Constitucional*. É a partir da Constituição que se deve compreender todo o ordenamento jurídico, sendo certo que a principiologia constitucional condiciona e vincula o desenvolvimento de todos os subsistemas jurídicos.

A segunda peculiaridade da interpretação constitucional é a natureza da linguagem adotada pela Constituição, peculiar em relação à linguagem dos demais diplomas normativos que compõem o ordenamento jurídico.

A linguagem da Constituição é uma linguagem essencialmente principiológica, aberta, abstrata e dotada de menor densidade normativa, o que exige do intérprete um maior esforço hermenêutico na busca da concretização de suas normas.

Como muito bem observou Inocêncio Mártires Coelho:

Se as Constituições, pela sua natureza e finalidade, são essencialmente, *catálogos de princípios*, - na sua parte *dogmática*, pelos menos, isto se mostra evidente – então esse dado é fundamental para o reconhecimento da especificidade e da autonomia da interpretação constitucional, enquanto *atividade hermenêutica que opera com princípios*, isto é, com preceitos cuja estrutura normativo-

<sup>154</sup> BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e Interpretação Constitucional*. 2. ed. revista e ampliada. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999, p. 101.

<sup>155</sup> O eminente Professor Dalmo de Abreu Dallari, em palestra proferida no programa *Aula Magna* exibida pela TV Justiça, comenta que, durante o seu curso universitário, alguns de seus Professores orientavam-no a não “perder tempo” aprofundando estudos de Direito Constitucional porque esse seria perfumaria jurídica.

material é *aberta e indeterminada* e, por isso, geradora de significados múltiplos (*polissemia*), situação bem diferente daquela que se verifica no domínio das leis<sup>156</sup>.

A Constituição trabalha com signos dotados de uma abertura significativa muito ampla, como *igualdade, dignidade, bem-estar*, que não comportam uma definição precisa, senão que têm que ser concretizados caso a caso, diante das especificidades do problema, mediante sucessivas operações hermenêuticas.

Por exemplo, densificando o sentido normativo da cláusula *dignidade*, para entendê-la como direito à integridade do próprio corpo, o Supremo entendeu que uma pessoa não poderia ser obrigada a realizar exame de DNA<sup>157</sup>.

Ou, densificando o sentido da cláusula *igualdade*, o STF entendeu que, ainda que presentes razões de transferência funcional por parte da Administração Pública, o estudante oriundo de universidades privadas não teriam direito a obter transferência para universidades públicas, porque isto implicaria emprestar tratamento desigual e desproporcional em relação àqueles que tiveram que se submeter ao processo seletivo realizado pela instituição pública<sup>158</sup>.

A terceira peculiaridade é o conteúdo específico da Constituição, que contém um conjunto de normas de estruturação (organização e competência), e, principalmente, um conjunto de normas programáticas, que veiculam determinados programas de ação social a serem cumpridos pelo Estado.

Uma das funções da Constituição consiste justamente em estruturar o Estado, repartindo competências entre os Entes e os órgãos estatais, assim como traçar

---

<sup>156</sup> *Interpretação Constitucional...*, p. 85.

<sup>157</sup> HC 71.373.

<sup>158</sup> Adi 3324.

programas sociais a serem implementados pelo próprio Estado na busca da concretização de direitos fundamentais.

O conteúdo constitucional no que toca à estruturação dos Entes e Poderes constitui instrumento importante na busca do perfil institucional de cada unidade federada e de cada órgão que integra a estrutura constitucionalmente delineada para cada um dos Poderes da República, propiciando descobrir qual o modelo de federalismo e de separação entre poderes que está consagrado na Constituição, sendo certo não existir um modelo único e engessado de federalismo e de separação entre os poderes no âmbito da Ciência Política.

Veja-se, por exemplo, que, para adotar o entendimento de que a Assembléia Legislativa precisa autorizar a instauração de processo crime contra o Governador - o que não está expresso no texto constitucional -, o STF, atento ao princípio da Federação, considerou que o recebimento da denúncia por parte do STJ (art. 105, I, a/CF) importa na suspensão funcional do Chefe do Poder Executivo estadual, que ficará afastado, temporariamente, do exercício do mandato que lhe foi conferido por voto popular, em detrimento da própria autonomia político-institucional da unidade federada a que dirige<sup>159</sup>.

Ou, para concluir que a criação do Conselho Nacional de Justiça não viola o modelo brasileiro de separação entre poderes, o Tribunal, na esteira do voto condutor do Ministro Cezar Peluso, considerou que:

trata-se de órgão próprio do Poder Judiciário (art. 92-A), composto, na maioria, por membros desse Poder (art. 103-B), nomeados sem interferência direta dos outros Poderes, dos quais o Legislativo apenas

---

<sup>159</sup> HC 80.511.

indica, fora de seus quadros e, pois, sem laivos de representação orgânica, dois dos quinze membros<sup>160</sup>.

Destacou-se, ainda, que o Conselho não julga causa alguma, nem dispõe de nenhuma atribuição, de nenhuma competência, cujo exercício fosse capaz de interferir no desempenho da função típica do Judiciário, a jurisdição.

A interpretação de normas programáticas, particularmente, pode se revelar bastante problemática ao intérprete se ele levar em consideração que essas normas são categorias que exigem prestações positivas por parte do Estado, que dependem de recursos financeiros e de decisões alocativas que normalmente passam por opções valorativas do Poder Executivo, que, de regra, não podem ser submetidas ao arbítrio do Poder Judiciário.

De outra monta, a problemática na interpretação das normas programáticas pode derivar também do fato de, sem embargo de considerar essas limitações ora enunciadas, optar-se por privilegiar a força normativa da Constituição e buscar dar efetividade aos direitos sociais, ponderando que a supremacia de que se revestem os comandos constitucionais dimana eficácia jurídica subordinante de todos os comportamentos estatais, de todos os Poderes da República.

Foi exatamente esse o entendimento adotado à unanimidade pela 2ª Turma do STF no julgamento do Recurso Extraordinário 436.996, oportunidade em que o Colegiado, aderindo ao entendimento do Ministro Celso de Mello, relator, obrigou o Município paulista de Santo André a criar condições objetivas que possibilitassem, de maneira concreta, o efetivo acesso e atendimento em creches e unidades de pré-

---

<sup>160</sup> Adi 3367, voto do Ministro Peluso, relator.

escola às crianças de zero a seis anos de idade, tudo de modo a concretizar o art. 208, IV/CF.

Naquela oportunidade, o Colegiado destacou, acerca da efetividade dos direitos sociais, da discricionariedade administrativa e da possibilidade de controle por parte do Judiciário:

- A educação infantil, por qualificar-se como direito fundamental de toda criança, não se expõe, em seu processo de concretização, a avaliações meramente discricionárias da Administração Pública, nem se subordina a razões de puro pragmatismo governamental.

- Os Municípios – que atuarão, prioritariamente, no ensino fundamental e na educação infantil (CF, art. 211, § 2º) – não poderão demitir-se do mandato constitucional, juridicamente vinculante, que lhes foi outorgado pelo art. 208, IV, da Lei Fundamental da República, e que representa fator de limitação da discricionariedade político-administrativa dos entes municipais, cujas opções, tratando-se do atendimento das crianças em creche (CF, art. 208, IV), não podem ser exercidas de modo a comprometer, com apoio em juízo de simples conveniência ou de mera oportunidade, a eficácia desse direito básico de índole social.

- Embora resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário, determinar, ainda que em bases excepcionais, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam estas implementadas pelos órgãos estatais inadimplentes, cuja omissão – por importar em descumprimento dos encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatório – mostra-se apta a comprometer a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional<sup>161</sup>.

Enfim, mas não em último, a quarta peculiaridade da interpretação constitucional reside no acentuado caráter político de que se reveste a Constituição, sendo de reconhecer que as normas constitucionais condicionam o desenvolvimento da atividade política e, por isso mesmo, estão submetidas aos influxos dessa própria atividade.

---

<sup>161</sup> RE 436996 AgR.

No plano constitucional, há como que uma simbiose entre o político e o jurídico, e não haveria de ser diferente, pois a Constituição resulta da atividade de um Poder Constituinte originário, de essência político-jurídica, o qual visa disciplinar juridicamente o poder político, estruturando o Estado, repartindo competências e estabelecendo limites ao poder estatal ante o reconhecimento de direitos fundamentais do indivíduo e da coletividade.

Não é por acaso que algumas controvérsias político-institucionais terminam desaguando no Supremo Tribunal Federal, e que, por vezes, ressalta-se o caráter político de determinada interpretação dada pela Corte Constitucional.

Ilustrativamente, a sindicabilidade judicial das Comissões Parlamentares de Inquérito que é feita pela Corte termina por interferir no âmbito institucional do Parlamento, mas se faz legítima quando no sentido de preservar garantias constitucionais asseguradas aos indivíduos.

Recorde-se o célebre *caso José Dirceu*<sup>162</sup>, julgado no final de novembro de 2005.

No auge das investigações parlamentares sobre possível esquema de compra de parlamentares do Congresso Nacional por parte do Governo Federal (*CPI do Mensalão*), instaurou-se, na Câmara Federal, processo ético visando à decretação de perda do mandato do Deputado Federal José Dirceu, ex-Ministro Chefe da Casa Civil, por quebra de decoro parlamentar (art. 55, II/CF).

Após serem ouvidas todas as testemunhas de defesa, foi convocada para depor, como testemunha de acusação, a então Presidente do Banco Central, que, em seu depoimento, formulou alegações contrárias à tese do parlamentar réu, o qual, ante o

---

<sup>162</sup> MS 25647.

fato novo, requereu a produção de nova prova testemunhal, mas seu pleito foi indeferido pelo órgão do Legislativo.

*Ipso facto*, o Deputado ingressou com um mandado de segurança junto ao STF pedindo que, em observância à ampla defesa, ao contraditório e ao devido processo legal, fosse-lhe assegurado a produção da prova requerida, de modo a poder infirmar o depoimento daquela testemunha de acusação.

A impetração do mandado de segurança por José Dirceu foi como que um estopim para instaurar uma crise institucional entre o STF e o Congresso Nacional, pois, àquela altura, muitos parlamentares já atacavam de maneira veemente o Tribunal, acusando-o de interferir no funcionamento da CPI, em virtude das liminares que a Corte vinha proferindo no sentido de impedir a quebra de sigilo de dados de algumas pessoas investigadas.

A Câmara, cautelosa, optou por aguardar o julgamento do Supremo para, somente após, dar prosseguimento ao processo de cassação do mandato parlamentar.

Iniciado o julgamento, sem a presença do Ministro Sepúlveda Pertence, ausente por problemas de saúde, houve empate em cinco a cinco, o que atrasou a decisão final do Tribunal e, por conseguinte, atrasou os trabalhos no âmbito da Casa Legislativa, ensejando uma nova série de acusações contra o Supremo, e, particularmente, contra o Ministro faltoso.

Concluído o julgamento dias após, triunfou a tese de que teriam sido violadas garantias constitucionais e, a partir dali, abriram-se duas possibilidades para o deferimento da medida cautelar postulada: assegurar ao impetrante a produção de

novas provas testemunhais ou determinar que fosse suprimido, da leitura do relatório, na sessão de votação da cassação parlamentar, o depoimento da Presidente do Banco Central, sendo certo que a primeira opção atrasaria o andamento dos trabalhos na Casa Legislativa.

O Supremo optou pela segunda corrente, atenuando o desgaste institucional vivenciado.

É fundamental destacar que a postura do Supremo no caso foi exatamente no sentido de aplicar a Constituição, assegurando a supremacia dos comandos constitucionais, não se afigurando indevida sua interferência no funcionamento do Poder Legislativo, como alegavam alguns parlamentares.

Como fez questão de afirmar o Ministro Celso de Mello, *“a prática do judicial review – ao contrário do que muitos erroneamente supõem e afirmam – não pode ser considerada um gesto de indevida interferência jurisdicional na esfera orgânica do Poder Legislativo”*.

O conflito político-institucional, que se diz ter existido, foi exclusivamente em virtude da postura de alguns Congressistas que se supuseram superiores à ordem constitucional, o que infelizmente não é conduta rara na prática política brasileira.

O Supremo não agiu, *e nem poderia* agir, no sentido de cancelar o Governo; apenas assegurou a defesa da ordem constitucional, o que é um dever seu, cabendo registrar, *e fixar bem*, que o Tribunal não há de ter compromissos com o Governo, com partidos políticos ou com parlamentares, mas sim com a Constituição.

Por seu turno, esta posição institucional do Supremo, de área de atuação bem demarcada no sentido de proteger a Constituição (102, I, a/CF), não elide totalmente a dimensão política da interpretação constitucional, e é preciso que o intérprete se acostume a lidar com essa realidade com certa naturalidade.

### **3. Princípios específicos da interpretação constitucional**

Um dos princípios regentes da interpretação constitucional é o princípio da *supremacia da Constituição*, que, na linha do que foi discorrido no tópico anterior, impõe levar em consideração a superioridade hierárquica de que se revestem as normas constitucionais.

Outro princípio regente é o princípio da *unidade da Constituição*, que impõe considerar a Constituição como um todo, como um único sistema, composto de normas coesas, coerentes, harmonizáveis entre si e colocadas num mesmo patamar hierárquico, donde decorre a inexistência da hierarquia e de antinomia entre as normas constitucionais<sup>163</sup>.

O princípio da unidade, segundo Canotilho, significa que a Constituição deve ser interpretada de forma a evitar contradições, obrigando o intérprete a considerar a Constituição na sua globalidade e a procurar harmonizar os espaços de tensão

---

<sup>163</sup> Adi 815.

existentes entre as normas constitucionais a concretizar, tendo-as como preceitos integrados num sistema interno unitários de normas e princípios<sup>164</sup>.

Em decorrência da unidade da Constituição, os conflitos entre normas constitucionais não passam de conflitos abstratos e, conforme majoritário entendimento doutrinário, também não é possível o controle de constitucionalidade das normas constitucionais originárias, na medida em que todas essas compõem um sistema único, integralmente constitucional, do primeiro ao último preceito do texto.

Ainda em decorrência do princípio da unidade da Constituição, tem-se o princípio da *harmonização* ou *concordância prática*, que impõe ao intérprete o dever de harmonizar normas constitucionais eventualmente colidentes, superando conflitos, como, por exemplo, o que se dá entre o art. 5º, XXXVIII, d/CF, que reconhece a competência do Tribunal do Júri para o julgamento de crimes dolosos contra a vida e o art. 29, X/CF, que atribui competência ao Tribunal de Justiça para julgar o Prefeito.

Superando o conflito, o Supremo sufragou entendimento de que se o Prefeito comete crime doloso contra a vida deve ser julgado pelo Tribunal de Justiça, e não pelo Júri, em face de o dispositivo do art. 29/CF ser especial em relação ao dispositivo genérico do art. 5º/CF<sup>165</sup>.

Quando o conflito se dá entre normas definidoras de direitos fundamentais, o intérprete deve se valer do princípio da *proporcionalidade*, que segundo Willis

---

<sup>164</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7 ed. 2ª reimpressão Coimbra: Almedina, 2003, p. 1.223.

<sup>165</sup> RE 162.966.

Santiago Guerra Filho, é um “*princípio dos princípios*”, que determina a busca de uma solução de compromisso<sup>166</sup>.

O princípio da proporcionalidade - que na Alemanha decorre do princípio do Estado Democrático de Direito, e nos Estados Unidos é extraído da cláusula do devido processo legal substancial - estabelece diretrizes para a superação do conflito, que deve se dar de maneira proporcional, harmonizando os valores colidentes.

Esse princípio é decomposto em três sub-princípios, a *adequação*, a *necessidade* e a *proporcionalidade em sentido estrito*<sup>167</sup>.

Pelo sub-princípio da *adequação* ou da *pertinência* ou, ainda, da *aptidão*, exige-se que o meio empregado seja capaz de alcançar os objetivos pretendidos. Dito de outra forma, o meio escolhido tem que ser pertinente, tem que ser apto ao alcance dos objetivos pretendidos pelo agente.

O sub-princípio da *necessidade* ou *exigibilidade* ou, também, *meio mais suave*, impõe perquirir se o meio utilizado é o menos gravoso para os direitos fundamentais ou se, de outro modo, outro meio poderia atingir o mesmo resultado sem restringir tanto os direitos.

A *proporcionalidade stricto sensu* impõe que a medida seja adotada somente se os benefícios que ela propiciará justificarem os prejuízos que causará ao direito fundamental, e aqui já não se trata de saber se o meio é adequado ou é o mais suave, mas se a sua utilização trará mais vantagens do que acarretará infortúnios.

---

<sup>166</sup> *Hermenêutica constitucional...*, p. 405.

<sup>167</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. *O princípio da proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: novas leituras*. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ, Centro de Atualização Jurídica, v. 1, nº. 5, agosto, 2001. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em 15.01.2006.

O princípio do *efeito integrador* impõe o dever de se privilegiar, na interpretação do texto constitucional, opções que favoreçam a integração da Constituição na realidade política e social da comunidade.

O princípio da *justeza* ou *conformidade funcional* obsta a que o intérprete subverta o esquema organizatório funcional estabelecido pela Constituição, subvertendo o modelo de repartição de competências, v.g., para equivocadamente entender que a Justiça do Trabalho seria competente para julgar lides envolvendo servidores públicos submetidos ao regime estatutário<sup>168</sup>.

O princípio dos *poderes implícitos* impõe observar que quando a Constituição prescreve uma obrigação de finalidade a algum Ente ou a algum órgão, ela implicitamente autoriza que sejam utilizados todos os meios necessários ao cumprimento da finalidade.

Esse princípio advém da teoria dos poderes implícitos, formulada pela Suprema Corte norte-americana no julgamento do célebre caso *McCulloch vs. Maryland* (1819), oportunidade em que aquele Tribunal enfatizou que a outorga de competência expressa a determinado órgão estatal importa em deferimento implícito dos meios necessários à integral realização dos fins que lhe foram atribuídos.

Conforme Rui Barbosa<sup>169</sup>:

Uma vez conferida uma atribuição, nela se consideram envolvidos todos os meios necessários para a sua execução regular. Este o princípio; esta a regra.

[...]

---

<sup>168</sup> Adi 3395.

<sup>169</sup> *Comentários à Constituição Federal Brasileira*, vol. I/203-255, citado pelo Ministro Celso de Mello na Adi 2.797.

A questão, portanto, é saber da legitimidade quanto ao fim que se tem em mira. Verificada a legitimidade deste fim, todos os meios que forem apropriados a ele, todos os meios que a ele forem claramente adaptáveis, todos os meios que não forem proibidos pela Constituição, implicitamente se têm concedido ao uso da autoridade a quem se conferiu o poder.

Exemplificativamente, o princípio dos poderes implícitos permite sustentar que, se, ao Conselho Nacional de Justiça, foi atribuída a finalidade de zelar pela autonomia do Poder Judiciário e pelo cumprimento do Estatuto da Magistratura (art. 103-B, § 4º, I/CF), podendo expedir atos regulamentares, esse órgão está implicitamente autorizado a tomar todas as medidas necessárias ao cumprimento de suas finalidades, inclusive a edição de Resoluções vedando a prática do nepotismo no âmbito do Poder Judiciário<sup>170</sup>.

Por fim, mas não em último, os princípios da *força normativa* e da *máxima efetividade*, que, dada a importância que assumem no desenvolvimento da realidade constitucional e sua influência na interpretação da Constituição, são merecedores aqui de um aprofundamento, objeto dos sub-itens a seguir.

### **3.1. O princípio da força normativa**

O princípio da *força normativa* impõe ao intérprete o dever de reconhecimento da eficácia jurídica e do caráter imperativo da Constituição.

---

<sup>170</sup> Adc 12.

Não se deve perder de vista que a Constituição não é um código de conselhos políticos, senão que é um documento jurídico, dotado de eficácia jurídica subordinante, que prescreve como deve ser.

Na interpretação constitucional, é fundamental perceber que a Constituição não aconselha, ela impõe, ela determina, ela condiciona o desenvolvimento das relações sociais, enfim, ela norma, no sentido de prescrever como deve ser.

Reconhecer a força normativa da Constituição implica colocá-la no seu devido lugar, de fundamento de validade de todos os comportamentos sociais, públicos ou particulares.

A força normativa da Constituição é objeto de um estudo clássico de Konrad Hesse<sup>171</sup>, no qual se defende que a Constituição, sem deixar de ser conformada pela realidade dos fatos, possui uma *força normativa* capaz de conformar aquela própria realidade. Mais que isso, se sustenta que deve haver um ponto de equilíbrio entre a Constituição *real* e a Constituição *jurídica*.

O doutrinador alemão inicia a obra criticando a tese sustentada por Ferdinand Lassalle, de que os problemas constitucionais são problemas *políticos* - e, não, problemas *jurídicos* -, que a Constituição real seria tão só *a soma dos fatores reais de poder*, que a Constituição jurídica seria uma simples *folha de papel* e que, num eventual conflito entre ambas, a primeira sempre triunfaria sobre a segunda.

Para Hesse, admitir a procedência da posição de Lassalle resultaria não imprimir caráter imperativo e determinante à Constituição, bem como negar o Direito

---

<sup>171</sup> *A força normativa da Constituição (Die normative Kraft der Verfassung)*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

Constitucional enquanto ciência normativa, o que resultaria em identificá-lo com a Sociologia ou com a Ciência Política.

Em sentido diametralmente oposto<sup>172</sup>, o autor alemão defende o valor da Constituição jurídica e do Direito Constitucional, advogando que a Constituição não só é conformada pelas relações fáticas, como, também, *tem a capacidade de conformá-las*, determinando como elas devem suceder<sup>173</sup>.

É justamente nessa relação de conformação recíproca que deve haver entre realidade dos fatos e realidade das normas constitucionais que reside o ponto central do estudo do professor alemão, o qual, conforme palavras autênticas, consiste em saber se existiria:

[...] ao lado do poder determinante das relações fáticas, expressas pelas forças políticas e sociais, também uma força determinante do Direito Constitucional? Qual o fundamento e o alcance dessa força do Direito Constitucional? Não seria essa força uma ficção necessária para o constitucionalista, que tenta criar a suposição de que o direito domina a vida do Estado, quando, na realidade, outras forças mostram-se determinantes?<sup>174</sup>

---

<sup>172</sup> Em observação extremamente pertinente, Saulo José Casali Bahia pondera que as teses de Hesse e Lassalle não são inconciliáveis. Para ele, Lassalle não nega a *força normativa* a que refere Hesse, senão que cuida de um momento revolucionário, em que essa força já estaria superada. Hesse preocupava-se com o papel dos juristas ante o dilema entre as questões de direito e as questões de poder, sendo que caso estas últimas vencessem, a Constituição perderia sua força normativa, motivo pelo qual os juristas deveriam buscar uma dogmática que preservasse a vontade de Constituição. De outro modo, não caberia defender a força normativa de uma Constituição superada pelos fatores reais de poder que ensejassem a manifestação do poder constituinte. (BAHIA. Saulo José Casali; DIAS, Sérgio Novais. *Constituição e a revisão de 1993*. Brasília: Ciência Jurídica, 1992, p. 84)

<sup>173</sup> Na mesma linha de Hesse, Jorge Miranda afirma que “*a Constituição é elemento conformado e elemento conformador de relações sociais, bem como resultado e factor de integração política. Ela reflete a formação, as crenças, as atitudes mentais, a geografia e as condições econômicas de uma sociedade e, simultaneamente, imprime-lhe carácter, funciona como princípio de organização, dispõe sobre os direitos e os deveres de indivíduos e dos grupos, rege os seus comportamentos, racionaliza as suas posições recíprocas e perante a vida colectiva como um todo, pode ser agente ora de conservação, ora de transformação*”. (*Manual de Direito Constitucional, Tomo II*. Coimbra: Coimbra Editora, 4ª edição, 2000, p. 67).

<sup>174</sup> *A força normativa da Constituição...*, p. 11.

Hesse assevera que as respostas a essas indagações são fundamentais para o conceito de Constituição jurídica e da própria definição da Ciência do Direito Constitucional.

Ele reconhece que a força que constitui a essência e a eficácia da Constituição reside na natureza das coisas, mas destaca que essa mesma força é capaz de impulsionar a Constituição, imprimindo-lhe uma força ativa, ou *força normativa*. Consoante sua elocução:

A Constituição jurídica logra converter-se, ela mesma, em força ativa, que se assenta na natureza singular do presente (*individuelle Beschaffenheit der Gegenwart*). Embora a Constituição não possa, por si só, realizar nada, ela pode impor tarefas. A Constituição transforma-se em força ativa se essas tarefas forem efetivamente realizadas, se existir a disposição de orientar a própria conduta segundo a ordem nela estabelecida [...] Concluindo, pode-se afirmar que a Constituição converter-se-á em força ativa se fizerem-se presentes, na consciência geral – particularmente, na consciência dos principais responsáveis pela ordem constitucional –, não só a vontade de poder (*Wille zur Macht*), mas também a vontade de Constituição (*Wille zur Verfassung*)<sup>175</sup>.

O estudo do professor alemão é um estudo de defesa da *Constituição jurídica*, da Constituição enquanto instrumento de ordenação social no plano material, não apenas formal, o que seria possível por meio da implementação da força normativa do texto constitucional, que pode ser entendida como *capacidade da Constituição de determinar o mundo real, capacidade da Constituição de fazer com que a realidade dos fatos se desenvolva da maneira como o texto normativo estabelece que ela deve se desenvolver*.

Nas palavras do Ministro Celso de Mello, a força normativa da Constituição resulta “*da indiscutível supremacia, formal e material, de que se revestem as normas*

---

<sup>175</sup> Idem, p. 19.

*constitucionais, cuja integridade, eficácia e aplicabilidade, por isso mesmo, não de ser valorizadas, em face de sua precedência, autoridade e grau hierárquico”*<sup>176</sup>.

Hesse afirma que o desenvolvimento da força normativa da Constituição é condicionado pela presença de alguns fatores, referentes à práxis constitucional e ao conteúdo da Carta constitucional<sup>177</sup>.

Em primeiro lugar, o conteúdo da Constituição há de corresponder à natureza singular do presente, incorporando o estado espiritual de seu tempo, mas isso sem deixar de se mostrar capaz de adaptar-se às mudanças sociais.

Em segundo lugar, para além do conteúdo contextualizado, o desenvolvimento da força normativa da Constituição exige que todos os partícipes da vida constitucional exercitem uma práxis constitucional, no sentido de concretizar uma *vontade de Constituição*, o que pode ser verificado pelo respeito à Constituição e pelo desejo pleno de realizarem-na e vê-la cumprida por todos, a par de interesses momentâneos divergentes<sup>178</sup>.

Em terceiro, mas não por último, a *interpretação* da Constituição possui relevo decisivo para a consolidação e preservação da força normativa da Constituição, sendo certo que o Tribunal a que couber a última palavra sobre o significado da Constituição deve interpretá-la sempre visando concretizar o sentido da proposição normativa dentro das condições reais dominantes numa determinada situação.

---

<sup>176</sup> Adi 3.345/DF.

<sup>177</sup> Idem, p. 20.

<sup>178</sup> Nesse particular, Hesse frisa que “*todos os interesses momentâneos – ainda quando realizados – não logram compensar o incalculável ganho resultante do comprovado respeito à Constituição, sobretudo naquelas situações em que a sua observância revela-se incomoda*”. (Ob. cit., p. 21).

Na esteira das lições de Hesse, o Ministro Celso de Mello destaca que a força normativa da Constituição “*representa diretriz relevante no processo de interpretação concretizador do texto constitucional*”<sup>179</sup>.

Outros fatores importantes para a concretização da força normativa da Constituição são a *cultura ou consciência constitucional* e a *vontade ou sentimento de Constituição*. A primeira consiste no conhecimento e cultivo da Constituição e a segunda consiste no desejo de que a Constituição seja respeitada e cumprida por todos.

Na lição de Karl Loewenstein:

Con la expresión <sentimiento constitucional> (*Verfassunggefühl*) se toca uno de los fenómenos psicológico-sociales y sociológicos del existencialismo político más difíciles de captar. Se podría describir como aquella conciencia de la comunidad que, trascendiendo a todos los antagonismos y tensiones existentes politicopartidista, economicosociales, religiosos o de otro tipo, integra a detentadores y destinatario del poder en el marco de un orden comunitario obligatorio, justamente la constitución, sometiendo el proceso político a los intereses de la comunidad<sup>180</sup>.

Para que se consolide a força normativa da Constituição, e as relações fáticas aconteçam otimamente da maneira por ela determinada, é valioso que as pessoas conheçam o conteúdo da Lei Maior e que adotem o exercício da Constituição como uma prática cultural.

Inclusive, no caso brasileiro, o art. 64/Adct prevê expressamente a divulgação gratuita do texto constitucional em edição popular, “*de modo que cada cidadão brasileiro possa receber do Estado um exemplar da Constituição do Brasil*”.

---

<sup>179</sup> Adi 3.345/DF.

<sup>180</sup> *Teoría de la constitución*, 2 ed. Tradução de Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona: Editorial Ariel, 1976, p. 200.

O exercício de consciência constitucional fomenta a implementação da ordem constitucional e desperta a *vontade de Constituição*<sup>181</sup>, isto é, a capacidade dos indivíduos de exigirem, principalmente dos agentes públicos, o cumprimento da Constituição, fortalecendo a força ativa da Lei Fundamental, cuja autoridade normativa não há de ser desrespeitada, sendo certo que, como afirmado pelo Ministro Celso de Mello, “*não se pode tergiversar na defesa dos postulados do Estado Democrático de Direito e na sustentação da autoridade normativa da Constituição*”<sup>182</sup>.

Conclusivamente, o sucesso da Constituição e sua força normativa se relacionam com o estabelecimento de uma cultura constitucional, o exercício da consciência constitucional e a vontade de Constituição.

De outro modo, o baixo grau de cultura constitucional, muitas vezes resultante do desconhecimento do texto da Constituição<sup>183</sup>, é um fator que enfraquece a força normativa da Constituição e, desditosamente, é um problema enfrentado no Brasil, constituindo um desafio a ser superado.

---

<sup>181</sup> Karl Loewenstein destaca que o simbolismo nacional também contribui para o fortalecimento do sentimento constitucional. No verbo dele, “*También puede contribuir en algo al fortalecimiento del sentimiento constitucional el manejo consciente, pero no insistente, Del simbolismo nacional, Sin embargo, la formación del sentimiento constitucional depende ampliamente de los factores irracionales, de la mentalidad y la vivencia histórica de un pueblo, especialmente de si la constitución ha salido airosa también en épocas de necesidad nacional. El sentimiento constitucional no puede ser explicado exclusivamente por la longevidad de una constitución, aunque sin duda la validez de la Constitución de la Unión americana, sin modificar durante cerca de dos siglos, ha contribuido a su fuerza simbólica casi mística*”. (Ibidem).

<sup>182</sup> MS 25.617-6 MC.

<sup>183</sup> Karl Loewenstein ressalta que a falta de interesse do povo pela Constituição é algo indiscutível e alarmante. Para ele, um fator que contribui para a erosão da consciência constitucional é a manipulação que os agentes políticos fazem dela. Como ele assevera, “*La masa de la población ha perdido su interés en la constitución, y ésta, por tanto, su valor afectivo para el pueblo. Esto es un hecho indiscutible y alarmante. Los documentos constitucionales, bien pensados y articulado, fueron considerados em la época de su primera aparición como lallave mágica para la ordenación feliz de una sociedade estatal. Hoy, manipulada por los políticos profesionales, la constitución há cesado de ser uma realidade viva para la massa do los destinatários del poder*”. (Teoría de la constitución., p. 227).

Quanto mais pessoas tiveram conhecimento do texto da Magna Carta, maior será a cultura constitucional, tornando possível a ampliação da vontade de Constituição, bem como o incremento do controle de legitimidade das decisões constitucionais e da própria força normativa, o que revela a necessidade de divulgá-la cada vez mais, tornando-a conhecida por todos, assim como prenuncia a necessidade inserir novos sujeitos no processo de interpretação constitucional, ampliando e democratizando o debate constitucional.

### **3.2. O princípio da máxima efetividade**

O princípio da *máxima efetividade* impõe ao intérprete o dever de imputar ao texto da Constituição o significado mais expansivo da efetividade das normas constitucionais, o que se revela particularmente importante em matéria de direitos fundamentais, que reclamam uma interpretação no sentido de buscar sempre uma maior concretude e uma maior tutela.

Atento a esse mandamento, o Supremo interpreta o texto constante do art. 5º, LXII/CF no sentido de que o direito à não auto-incriminação é titularizado não apenas pelos presos, como também por toda e qualquer pessoa que se encontre depondo diante de uma autoridade pública, e isso na condição de réu, indiciado ou testemunha<sup>184</sup>.

Na mesma linha, o Tribunal atribuiu significado ao comando constante do 5º, XLVI/CF no sentido de que a individualização da pena alcança também a fase de

---

<sup>184</sup> HC 88.015.

execução criminal, e, com base nesse entendimento, declarou a inconstitucionalidade de dispositivo da lei de crimes hediondos que proibia a progressão de regime, assim modificando sua jurisprudência anterior, que restringia a aplicação da norma ao momento de dosimetria da pena<sup>185</sup>,

Deve-se ter em vista que o ato jurídico - e a Constituição é um ato jurídico - possui três planos distintos, o plano da existência, o plano da validade e o plano da eficácia. No primeiro, está a questão de saber se o ato existe na realidade fenomenológica. No segundo, o de saber se o ato, já existente, formou-se da maneira como deveria ter sido formado<sup>186</sup>. Enfim, no terceiro, o foco é saber se o ato é apto a produzir efeitos.

O plano da eficácia, por sua vez, se desdobra em dois sub-planos, que são o sub-plano da *eficácia jurídica*, correspondendo à capacidade do ato de emanar efeitos jurídicos, situada no plano do dever-ser; e o sub-plano da *eficácia social*, também chamado de plano da *efetividade*, correspondendo à capacidade do ato de realmente ser concretizado na realidade social, situada no plano do ser.

A questão da eficácia social ou efetividade, para Miguel Reale:

[...] tem um caráter experimental, porquanto se refere ao cumprimento efetivo do Direito por parte de uma sociedade, ao “reconhecimento” (*Anerkennung*) do Direito pela comunidade, *no plano social*, ou, mais particularizadamente, aos efeitos sociais que uma regra suscita através de seu cumprimento<sup>187</sup>.

No mesmo sentido, Luis Roberto Barroso destaca que:

---

<sup>185</sup> HC 82.959.

<sup>186</sup> Conforme Miguel Reale, para que um ato jurídico seja válido, é preciso que ela tenha sido criado por um órgão que tenha competência subjetiva e objetiva para tanto e, ainda, que tenha sido criado conforme o procedimento determinado. (*Lições preliminares de Direito*. São Paulo: Saraiva, 27ª edição, 2003, p. 110).

<sup>187</sup> *Idem*, p. 114.

A efetividade significa, portanto, a realização do Direito, o desempenho concreto de sua função social. Ela representa a materialização, no mundo dos fatos, dos preceitos legais e simboliza a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o *dever-ser* normativo e o *ser* da realidade social<sup>188</sup>.

A análise que se propõe no presente momento, tendo em vista a adequada compreensão do fenômeno constitucional, estará centrada na questão da eficácia social da Constituição, de sua máxima efetividade, lembrando, com Kelsen, que “*uma Constituição é eficaz se as normas postas de conformidade com ela são, globalmente e em regra, aplicadas e observadas*”<sup>189</sup>.

A eficácia jurídica da Constituição é tema que já não envolve tantas controvérsias, restando pacificado que os comandos constitucionais não são meros conselhos políticos e que toda norma constitucional é juridicamente eficaz, ainda que essa eficácia se resuma, num primeiro momento, na eficácia negativa<sup>190</sup>.

De outro modo, continua sendo um grande desafio para o Direito Constitucional conseguir imprimir eficácia social à Constituição<sup>191</sup>, fazer com que ela seja realmente cumprida na sociedade.

---

<sup>188</sup> *Interpretação e Aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 6. ed. Ver. Atualizada e ampliada. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 248. Ainda nas palavras de Luis Roberto Barroso, efetividade “*designa a atuação da norma, fazendo prevalecer, no mundo dos fatos, os valores por ela tutelados. Ela simboliza a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o dever-ser normativo e o ser da realidade social. Do ângulo subjetivo, efetiva é a norma constitucional que enseja a concretização do direito que nela se consubstancia, propiciando o desfrute real do bem jurídico assegurado*”. (Idem, p. 204)

<sup>189</sup> *Teoria Pura do Direito...*, p. 234.

<sup>190</sup> A eficácia jurídica pode ser *positiva* ou *negativa*. Na primeira, tem-se que a norma jurídica impõe uma obrigação de fazer, um comando positivo de conduta, enquanto que, na segunda, a norma jurídica impõe uma obrigação de não fazer, uma proibição de conduta. Na doutrina, conferir, por todos, a obra de José Afonso da Silva, “*Da aplicabilidade das normas constitucionais*”.

<sup>191</sup> Luis Roberto Barroso, analisando o problema da efetividade do constitucionalismo brasileiro, salienta que “*O malogro do constitucionalismo, no Brasil e alhures, vem associado à falta de efetividade da Constituição, de sua incapacidade de moldar e submeter a realidade social. Naturalmente, a Constituição jurídica de um Estado é condicionada historicamente pelas circunstâncias concretas de cada época. Mas não se reduz ela à mera expressão das situações de fato existentes. A Constituição tem uma existência própria, autônoma, embora relativa, que advém de sua força normativa, pela qual ordena e conforma o texto social e político. Existe, assim,*

Não é despiciendo lembrar que uma Constituição destituída de efetividade social é, inegavelmente, uma Constituição sem força normativa, incapaz de germinar uma “*vontade constitucional*” nos seus destinatários.

A questão da efetividade do texto constitucional traduz o nível de tensão existente entre a Constituição formal e a Constituição material do Estado, que vai da norma ao fato social na tentativa de condicioná-lo, e, ademais, desvela as possibilidades que a própria Constituição tem de imprimir sua existência sobre a sociedade enquanto realidade normativa concreta ou, de maneira diversa, quedar como um objeto inerme.

O ponto de partida para que se alcance a efetividade da Constituição reside na maneira de se compreender a própria Constituição, não havendo de reduzir o fenômeno constitucional a uma perspectiva estritamente formal, nem a uma perspectiva estritamente material.

O excesso de formalismo constitucional peca pela total abstração de conteúdo, desconsiderando a pragmática da vida social e isolando o Direito da realidade, levando a considerar a Constituição como um objeto que existe em função do próprio Direito positivo, quando, em verdade, a Carta Magna há de ser compreendida como um instrumento a serviço da sociedade<sup>192</sup>. Como acentua Paulo Bonavides, “As

---

*entre a norma e a realidade, uma tensão permanente. É nesse espaço que se definem as possibilidades e os limites do direito constitucional”*. (Interpretação..., p. 249).

<sup>192</sup> Nessa esteira, Luiz Magno Pinto Bastos Júnior destaca que “a pretensão de isolamento do objeto da ciência do direito aos textos jurídicos cede ante a necessidade de compreensão do fenômeno jurídico enquanto efetividade humana”. (A teoria constitucional como ciência cultural: a contribuição de Peter Häberle para a compreensão do vínculo entre constituição e democracia. SANTOS, Rogério Dutra do (organizador). *Direito e Política*. Porto Alegre: Síntese: 2004, p. 222).

*Constituições existem para o homem e não para o Estado; para a Sociedade e não para o Poder*<sup>193</sup>.

A Constituição não é tão só um fenómeno de direito positivo. Ela representa muito mais do que mera positividade de relações de poder e regras de competência em um texto escrito<sup>194</sup>, sendo certo que sua compreensão adequada impõe considerar sua perspectiva material. Como salienta Canotilho:

A Constituição não se legitima através da simples *legalidade*, ou seja, não é pelo facto de ela ser formalmente a lei superior criada por um poder constituinte, que ela pode e deve ser considerada legítima. A legitimidade de uma constituição (ou validade material) pressupõe uma conformidade substancial com a idéia de directo, os valores, os interesses de um povo num determinado momento histórico. Consequentemente, a constituição não representa uma simples positividade do poder<sup>195</sup>.

Compreender a Constituição numa perspectiva puramente formalista – como pretendeu Kelsen – implica afastá-la da própria realidade que se pretende conformar.

No particular, vale trazer novamente a doutrina de Canotilho:

O conceito formal de constituição não é um conceito de constituição constitucionalmente adequado. Além de assentar num *background* histórico-espiritual inaceitável (o estado autoritário e a “sociedade organizada”, pelo menos na formulação de Forsthoff), significa o regresso ao estado de direito formal, pois a insistência na tecnicidade, neutralidade e positividade da lei fundamental do estado de direito, com desprezo dos elementos democráticos, sociais e republicanos, materialmente caracterizadores das constituições atuais encobre um “falso positivismo”. Consistem este em eliminar dos documentos constitucionais a sua dimensão material (o seu conteúdo legitimador) e aceitar que os conteúdos sejam impostos, de forma existencial e fáctica, pela prática e decisões dos agentes políticos e administrativos (positivismo sociológico)<sup>196</sup>.

---

<sup>193</sup> *Curso de Direito Constitucional*. 11 ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 269.

<sup>194</sup> Como observado pelo Ministro Eros Grau (RE 357.950-9), “A Constituição é a ordem jurídica fundamental de uma sociedade em um determinado momento histórico e, como ela é um dinamismo, é contemporânea à realidade --- repito: o direito, instância da realidade social, é movimento, e não linguagem congelada”.

<sup>195</sup> *Direito Constitucional e Teoria da constituição*. 7 ed. 2 reimpressão Coimbra: Almedina, 2003, p. 1341.

<sup>196</sup> *Idem*, p. 1337.

De outra parte, o materialismo exagerado comete o não menos grave equívoco de abstrair da realidade social o elemento conformador que é necessário ao convívio social, ignorando que a Constituição há de ser capaz de adequar os comportamentos sociais ao texto normativo.

Encarar a Constituição numa ótica estritamente sociológica – como fez Lassalle – implica esvaziar sua força normativa e desconsiderar, com Häberle, que “*La Constitución es, desde luego, también una ley con una más elevada fuerza de validez formal*”<sup>197</sup>.

Como adverte Canotilho, “*A substantivização excessiva de uma constituição, onde por vezes avultam pedaços de utopia concreta, implica, de facto, sérios riscos, o principal dos quais é o do esvaziamento da sua força normativa perante a dinâmica social e política*”<sup>198</sup>.

Na busca da efetividade da Constituição, é de sobrelevar a observação de Bonavides<sup>199</sup>, no sentido de que “*a verdadeira Constituição está simultaneamente no texto e na realidade. Quando isso não ocorre, a Constituição formal se distancia da Constituição real e com a perda de juridicidade e eficácia se transforma num fantasma de papel*”.

---

<sup>197</sup> *Constitución como cultura*. Coleção Temas de Derecho Publico, nº 66. Tradução de Ana María Montoya. Bogotá: Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita – Universidad Externado de Colombia. 2002, p. 51.

<sup>198</sup> *Direito Constitucional e Teoria da constituição...*, p. 1337.

<sup>199</sup> *Curso de Direito Constitucional...*, p. 164.

A dicotomia entre teorias formais e teorias materiais da Constituição, pois, só há de prevalecer numa perspectiva didática, pois a máxima efetividade do fenômeno, que é o que se deseja, impõe a busca do equilíbrio entre ambos os enfoques<sup>200</sup>.

Para alcançar a efetividade da Constituição, é necessário promover um equilíbrio entre a ordenação político-material da sociedade com a perspectiva normativo-formal condicionante do texto constitucional<sup>201</sup>.

No particular, é precisa a doutrina de Maués:

Essas oposições, presentes nos dois últimos séculos do pensamento constitucional, indicam uma recorrente dicotomia entre a concepção da Constituição como ordem política, que produz normas e práticas que se sobrepõem às normas constitucionais escritas, e a concepção da Constituição como norma positiva, que organiza e limita poderes na comunidade política.

O que está em jogo neste debate não é simplesmente o grau de vinculatividade e efetividade da Constituição como norma em relação à Constituição como ordem. Se nos limitássemos a isso, só nos restaria apontar – como ocorre em outras áreas do direito positivo – a inadequação do texto à realidade, lamentando a impotência do direito perante o poder, ou defender a normatividade da Constituição, analisando os elementos dispostos pelo próprio direito constitucional para sua garantia. No entanto, a presença dessa dicotomia no pensamento constitucional pode também servir de estímulo para buscarmos as relações positivas entre os dois enfoques, isto é, a possibilidade de integrar em uma mesma análise algumas de suas características principais<sup>202</sup>.

---

<sup>200</sup> Esta é, outrossim, a doutrina de Luis Roberto Barroso, para quem “*é certo que o direito se forma com elementos colhidos na realidade, e seria condenada ao insucesso a legislação que não tivesse ressonância no sentimento social. O equilíbrio entre esses dois extremos é que conduz a um ordenamento jurídico socialmente eficaz*”. (*Interpretação e...*, p. 251).

<sup>201</sup> A necessidade de integrar o formal com o material pode ser extraída também a partir das idéias de Lassalle, que, mesmo adverso ferrenho ao formalismo constitucional, reconheceu que a Constituição escrita que refletisse os fatores reais de poder seria uma boa Constituição. Nas palavras dele, “*Quando podemos dizer que uma constituição escrita é boa e duradoura? A resposta é clara e parte logicamente de quanto temos exposto: Quando essa constituição escrita corresponder à constituição real e tiver suas raízes nos fatores reais de poder que regem o país. Onde a constituição escrita não corresponder à real, irrompe inevitavelmente um conflito que é impossível evitar e no qual, mais dia menos dia, a constituição escrita, a folha de papel, sucumbirá necessariamente, perante a constituição real, a das verdadeiras forças vitais do país*”. (*A essência da Constituição*. 6 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2001, p. 33).

<sup>202</sup> MAUÉS, Antonio. *Poder e democracia: o pluralismo político a Constituição de 1998*. Porto Alegre: Síntese, 1999, p. 31.

Nesse caminho, de integração entre o formal e o material, é condição necessária de efetividade que a Constituição formal seja vivida pelo Estado em conjunto e cada agente público em particular; que não seja uma mera declaração solene e fria, distante dos fatos e da consciência daqueles que se encaram na relação de poder<sup>203</sup>.

Decerto, para que a Constituição alcance eficácia social, é preciso que ela irradie a partir do seu texto e seja inserida dentro do contexto social, fazendo parte do cotidiano de todos aqueles que participam da sociedade, que devem vivê-la<sup>204</sup> como algo desejado e integrado às respectivas realidades de maneira natural.

Por sua parte, o *viver naturalmente a Constituição* como realidade e como força ativa passa pela existência de uma consciência e uma vontade constitucional, o que só é possível quando a Constituição repousa na consciência do povo e quando o povo tem apreço para com sua Constituição.

Em outras palavras, para alcançar a *máxima efetividade* da Constituição, é preciso ter *máxima afetividade* com a Constituição. Faltante a afetividade, ou seja, se a Constituição não for aceita pela maioria do povo, dificilmente se conseguirá torná-la efetiva e ela será reduzida a um pedaço de papel inócuo, ou, então, será imposta pela força coercitiva do Estado, hipótese em que, todavia, não haverá legitimação social na sua aplicação.

---

<sup>203</sup> Nagib Slaibi Filho. *Ação popular mandatória*. Rio de Janeiro: Forense, 2ª edição, 1990, p. 17.

<sup>204</sup> Acerca do viver a Constituição, é de fixar as advertências de Karl Loewenstein, no sentido de que “*Para que una constitución sea viva, debe ser, por lo tanto, efectivamente <vivida> por destinatarios y detentadores del poder, necesitando un ambiente nacional favorable para su realización. [...] Para que una constitución sea viva, no es suficiente que sea válida en sentido jurídico. Para ser real y efectiva, la constitución tendrá que ser observada lealmente por todos los interesados y tendrá que estar integrada en la sociedad estatal, y ésta en ella. La constitución y la comunidad habrán tenido que pasar por una simbiosis. Solamente en este caso cabe hablar de una constitución normativa: sus normas dominan el proceso político o, a la inversa, el proceso del poder se adapta a las normas de la constitución y se somete a ellas. Para usar una expresión de la vida diaria: la constitución es como un traje que siente bien y que se lleva realmente*”. (Teoria..., p. 217).

Disso tudo resulta que a questão efetividade da Constituição passa, também, pela necessidade de levar em consideração a consciência do povo acerca da Constituição, o que desvela a necessidade de democratizar o debate constitucional e de inserir a sociedade no processo de interpretação constitucional.

E isto, com toda certeza, pode ser viabilizado por intermédio do *Amicus Curiae*.

## Capítulo IV

### O STF E A INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL PLURALISTA

#### 1. Texto e norma, Constituição como produto da interpretação do STF

No desenvolvimento deste estudo, se pôde verificar que a interpretação do Direito é uma atividade criativa, onde assume relevo o papel do intérprete, responsável por atribuir sentido ao texto interpretando e delimitar o significado do ordenamento jurídico.

A idéia de que o texto das leis continha respostas prontas para a solução dos problemas jurídicos foi superada pela idéia de que as respostas não existem *a priori*, mas que devem ser construídas pelo intérprete diante do caso concreto.

Nessa viragem hermenêutica, abandonou-se a idéia de que os textos legais continham o Direito pronto e acabado, passando-se a encarar o Direito como algo a ser construído pelo intérprete na busca da resolução de um problema concreto.

Os textos legais deixaram de conter as verdades do Direito como algo em si, deduzido de imperativos racionais, mecanicamente encontrados pelos juízes, para ser o ponto de partida de uma interpretação construtiva do Direito, mediante a participação do sujeito, mas isso sem desprezar a importância da literalidade da lei no processo interpretativo.

Toda essa construção permite apontar uma diferença sensível entre *texto* e *norma*, esta última resultando da atividade interpretativa do sujeito e contendo o significado normativo da proposição textual.

Uma coisa é o texto da lei; outra coisa, bem diferente, é a norma contida na lei, é a norma extraída a partir da lei. Normas prescrevem; textos não. E, evidente, a normatividade do ordenamento jurídico resulta de normas, e não de textos.

Os textos legais não prescrevem nada e tampouco dizem qual é o significado do Direito, até porque textos não dizem coisa nenhuma. A lei não diz nada. Quem diz algo sobre a lei é o intérprete, mediante um processo de construção de significado que opera na interpretação e compreensão do Direito.

Importa perceber que, fenomenologicamente, os textos da lei nada mais são do que um conjunto de palavras sem significação autônoma. O texto só passa a ter algum significado quando algum intérprete lhe atribui algum significado. Dito de outra forma, o significado do texto é aquele significado que o seu intérprete lhe atribui.

Isso não quer dizer que o texto não contenha nenhum significado e que seu significado venha a ser aquele que o intérprete aleatoriamente lhe atribui, mas sim que o significado não existe como algo independente, decorrente de um *a priori*, que prescinde da intervenção do sujeito.

Nada obsta que o significado o qual o intérprete venha a atribuir ao texto esteja de certo modo vinculado a um que este tradicionalmente já possua por força do significado que outros tantos já lhe atribuíram, mas o significado que a tradição impõe

ao texto é algo distinto de um significado contido em si no texto, sem qualquer participação subjetiva.

O fato é que, com clareza solar, o significado normativo da lei, e do Direito, não está contido no texto em si, mas sim nas normas construídas pelos intérpretes para serem aplicadas no caso concreto, donde se justifica distinguir *texto* e *norma*, aquele representando o ponto de partida da interpretação e esta o ponto de chegada, um sendo a matéria prima, outra o produto final.

Como salientado pelo Ministro Eros Grau:

Apenas para explicitar, lembro que texto e norma não se identificam. O que em verdade se interpreta são os textos normativos; da interpretação dos textos resultam as normas. A norma é a interpretação do texto normativo. A interpretação é atividade que se presta a transformar textos --- disposições, preceitos, enunciados --- em normas<sup>205</sup>.

Na mesma linha tem-se a lição de Humberto Ávila:

É preciso substituir a convicção de que o dispositivo identifica-se com a norma, pela constatação de que o dispositivo é o ponto de partida da interpretação; é preciso ultrapassar a credence de que a função do intérprete é meramente descrever significados, em favor da compreensão de que o intérprete reconstrói sentidos, quer o cientista, pela construção de conexões sintáticas e semânticas, quer o aplicador, que soma àquelas conexões as circunstâncias do caso a julgar; importa deixar de lado a opinião de que o Poder Judiciário só exerce a função de legislador negativo, para compreender que ele concretiza o ordenamento jurídico diante do caso concreto<sup>206</sup>.

A partir daí, pode-se ponderar que, ontologicamente, a Constituição é apenas um texto, um conjunto de enunciados lingüísticos. Ela equivale, numa redução

---

<sup>205</sup> MI 712-8.

<sup>206</sup> *Teoria dos Princípios. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 25.

fenomenológica, para usar a consagrada expressão de Lassalle, a uma simples folha de papel.

Enquanto objeto em si mesmo, a Constituição não possui nenhuma conexão de sentido. Ela não é a lei fundamental hierarquicamente superior do Estado e nem representa a decisão política fundamental, sendo certo que essas concepções resultam da compreensão humana.

É a atividade construtiva dos intérpretes da Constituição que a transformam-na em lei fundamental hierarquicamente superior, ou seja, ela só é a lei fundamental hierarquicamente superior porque seus intérpretes dizem que ela é assim, e isso em virtude da aceitação das doutrinas do Poder Constituinte, da Supremacia Constitucional e da Rigidez da Constituição, tudo fruto da atividade criativa e interpretativa do homem.

O sentido normativo da Constituição, o seu conteúdo jurídico, é atribuído pelos seus intérpretes e, por evidente, em razão da posição assumida pelo Supremo Tribunal Federal na interpretação constitucional, o sentido normativo da Lei Fundamental é, em última instância, atribuído pelos Ministros da Corte.

O Supremo Tribunal Federal, órgão de cúpula do Poder Judiciário, tem a nobre função de ser o guardião da Constituição, sendo sua atribuição delimitar, em última instância, o significado e o alcance do texto constitucional (art. 102/CF).

Dessa prerrogativa do STF, de *interpretar por último* a Constituição, emerge, de maneira conclusiva, que o sentido normativo da Constituição termina sendo

demarcado pela atuação interpretativa dos Ministros da Corte, ou seja, *a Constituição termina sendo aquilo que o Supremo Tribunal diz que ela é.*

Como afirmado pelo Ministro Celso de Melo, o Supremo é “*o órgão autorizado pela própria Constituição a dar a palavra final em temas constitucionais. A Constituição, destarte, é o que o STF diz que ela é*”<sup>207</sup>.

A Constituição não tem vontade, como por vezes se afirma, equivocadamente, na jurisprudência. Aquilo que se chama de *vontade da Constituição* corresponde, em verdade, à vontade dos Ministros do STF, donde já se pode constatar a dimensão do poder que possuem os integrantes da Corte.

Falar em vontade da Constituição é tentar falsear uma verdade iniludível, que é o fato de que a Constituição nada diz; que quem diz por ela são os Ministros do Supremo.

Falar em vontade da Constituição é tentar amenizar um discurso, é tentar se isentar de responsabilidades pela interpretação dada, transferindo para a Constituição o ônus daquilo que se afirma; um ônus que não é dela, mas, sim, daquele Ministro que diz sobre ela, até porque, repita-se, ela não diz nada.

Exemplificativamente, é mais fácil justificar o esvaziamento do mandado de injunção com base na vontade objetiva da Constituição do que Ministros assumirem que a redução de uma garantia fundamental resulta da vontade deles, intérpretes do texto constitucional.

---

<sup>207</sup> Adi 3.345.

A vontade da Constituição, pois, é representada pela vontade dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, como teve oportunidade de assentar o Ministro Eros Grau, *verbis*:

A Constituição nada diz; ela diz o que esta Corte, seu último intérprete, diz que ela diz. E assim é porque as normas resultam da interpretação e o ordenamento, no seu valor histórico-concreto, é um conjunto de interpretações, isto é, conjunto de norma; o conjunto das disposições (textos, enunciados) é apenas o ordenamento em potência, um conjunto de possibilidades de interpretação, um conjunto de normas potenciais. Insisto que o sentido de suas normas (da Constituição) é construído por esta Corte<sup>208</sup>.

Na mesma esteira, o então Ministro Carlos Velloso frisou que a vontade da Constituição “*no fundo, é a vontade da Corte Constitucional*”<sup>209</sup>, ou seja, “*a Constituição, na verdade, é aquilo que a Corte Suprema diz ser*”<sup>210</sup>.

Ou ainda, com o *Justice* Charles Hughes, citado por Paulo Bonavides, “*We are under a constitution, but the constitution is what the judges say it is*” (vivemos debaixo de uma Constituição, mas a Constituição é aquilo que os juízes dizem que ela é)<sup>211</sup>.

Essas observações realçam a posição de destaque ostentada pelo STF na interpretação da Constituição e prenunciam o enorme poder que os Ministros possuem, cabendo observar, com Francisco Campos, citado pelo Ministro Celso de Melo<sup>212</sup>, que o poder de interpretar a Constituição, termina por envolver, muitas vezes, *o poder de formulá-la*.

---

<sup>208</sup> RE 357. 950.

<sup>209</sup> Adi 347.

<sup>210</sup> Reclamação 383-3.

<sup>211</sup> BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional...*, p. 285.

<sup>212</sup> Adi 3.345.

Acresça-se, no dimensionamento desse poder, o fato de que ele é socialmente inclusivo, no sentido de que pode atingir diretamente inúmeras pessoas e diversos segmentos sociais, o que eleva ainda mais a potencialidade que uma interpretação da Corte tem de interferir na realidade cotidiana de milhões de indivíduos.

É que muitas decisões do STF produzem eficácia contra todos e são dotadas de efeito vinculante, o que significa dizer que uma interpretação do STF pode atingir pessoas que sequer estavam participando diretamente da discussão judicial e que o entendimento da Corte não pode ser desrespeitado por outros órgãos públicos, que terminam por ficar vinculados ao pronunciamento do Tribunal.

Ilustrativamente, a interpretação dos Ministros do STF que concluiu pela possibilidade de incidir contribuição previdenciária sobre proventos de servidores públicos aposentados<sup>213</sup> compeliu inúmeras pessoas a arcar com o incremento da carga tributária patrocinada pela Emenda 41.

Ainda em exemplo, se os Ministros do STF interpretarem que a antecipação terapêutica do parto de menor anencefálico constitui crime de aborto<sup>214</sup>, essa conduta restará proibida a todas as mulheres, ficando os demais órgãos do Poder Judiciário impedidos de interpretarem o ordenamento jurídico de maneira diferente.

Ainda que se aparente hiper-dimensionado, não se pode olvidar a importância desse poder atribuído ao Supremo, podendo-se mesmo falar em sua verdadeira imprescindibilidade para a convivência social.

---

<sup>213</sup> Adi 3105-8.

<sup>214</sup> A questão está sendo enfrentada na Adpf 54, e a discussão será mas bem abordada adiante.

Como os textos nada dizem, mas sim os intérpretes, é certo que diferentes intérpretes podem fazer diferentes leituras do mesmo texto, o que significa que a Constituição pode ser compreendida de diferentes, e até contraditórias, maneiras.

Mas, assim como a Constituição compreendida pelos Ministros da Suprema Corte pode destoar bastante da Constituição compreendida por outros intérpretes, mais certo ainda é que a aquela se impõe como *aquilo que é a Constituição*, pois os pronunciamentos do Tribunal são cogentes, capazes de subjugar todos os demais discursos sobre o que seja constitucional.

Em toda e qualquer sociedade organizada, o poder institucionalizado é algo contingente e necessário para a coordenação das atividades sociais e, mais que isso, esse poder necessita ser soberano para que possa prevalecer sobre os demais poderes sociais.

A existência de um Tribunal com a prerrogativa de delimitar, em última instância, o sentido e o alcance das normas constitucionais, é imprescindível ao funcionamento da sociedade, obstando que cada qual adote sua própria Constituição e aja conforme sua vontade, o que culminaria num caos social, em detrimento de um mínimo de ordem necessário ao convívio harmônico.

Como adverte Kelsen, “*Se a norma geral deve ser aplicada, só uma opinião pode prevalecer. Qual, é o que tem de ser determinado pela ordem jurídica. É a opinião que se exprime na decisão do tribunal*”<sup>215</sup>.

---

<sup>215</sup> *Teoria Pura do Direito...*, p. 267.

Nesse viés, é importante fixar as palavras destacadas pelo Ministro Gilmar Mendes, no sentido de que “*a não observância da decisão desta Corte (STF) debilita a força normativa da Constituição*”<sup>216</sup>.

Por outra ótica, não se pode perder de vista que o agigantamento do poder do Tribunal pode se aparentar perigoso no contexto democrático, e isso ainda mais se forem consideradas a falta de legitimidade na composição do órgão e a ausência de mecanismos de controle de suas decisões.

Os próximos pontos da pesquisa abordarão essas questões, o que será feito sempre no sentido de aproximá-las do *amicus curiae*, apresentado como um agente capaz de atenuar os riscos e deficiências então apontadas na estrutura do sistema.

## **2. Potencialidade de decisões, complexidade de algumas demandas e isolamento do STF na tarefa de interpretação constitucional**

No tópico antecedente, enunciou-se, brevemente, a potencialidade de algumas decisões do Supremo Tribunal Federal, o que será agora retomado, inserindo no debate a questão da complexidade de algumas demandas que são levadas ao Tribunal e a questão do isolamento da Corte na interpretação constitucional.

As decisões do Supremo, em sede de controle concentrado de constitucionalidade, são dotadas de eficácia *erga omnes* e efeito vinculante, conforme

---

<sup>216</sup> RE 203.498-AgR/DF.

o art. 102, § 2º/CF, no que toca à Adi e à Adc, e conforme o art. 10, § 3º da lei 9.882/99, no que toca à Adpf.

A eficácia *erga omnes* implica em que a decisão do Supremo seja oponível no plano subjetivo a todos que possam ser alcançados pela situação normativa, mesmo aqueles que não tenham participado do processo, como no caso da decisão de constitucionalidade da cobrança de contribuição previdenciária de servidores aposentados, a qual atingiu todos os servidores que estavam em inatividade mesmo antes da Emenda 41.

Por sua vez, quando o STF concluiu pela constitucionalidade da aplicação do Código de Defesa do Consumidor aos bancos<sup>217</sup>, todos aqueles que mantêm relações de consumo com as instituições bancárias foram beneficiados, ainda que não tenham se habilitado no processo.

Já o efeito vinculante funciona como uma proibição para que demais órgãos públicos descumpram a decisão adotada pelo Tribunal sobre determinada matéria, porque a decisão dotada com esse efeito delimita o alcance da interpretação sobre as normas objeto de controle.

*Ad exemplum*, ao decidir pela inconstitucionalidade da prática do nepotismo no âmbito do Poder Judiciário, o Supremo proibiu que Tribunais mantivessem nos respectivos cargos os servidores que se encontravam na situação de parentesco, e, ademais, proibiu-se a concessão de provimentos judiciais em sentido contrário.

---

<sup>217</sup> Adi 2591.

Decisões do Supremo na via difusa de controle também podem, por via oblíqua, alcançar terceiros estranhos à relação processual, quando, depois de reiteradas decisões sobre matéria constitucional, for editada súmula dotada de efeito vinculante.

Cabe acrescentar que algumas matérias sobre as quais o Supremo se vê compelido a decidir são extremamente complexas, exigindo um saber multidisciplinar, que vai além do mero conhecimento jurídico e que nem sempre os Ministros têm como possuir.

Na aplicação do Direito, os juízes lidam com a realidade humana e com a dinâmica da vida como um todo, enfrentando discussões que passam por sentimentos, opções políticas, filosóficas, religiosas e até mesmo por mistérios que nem mesmo todo o progresso da ciência será capaz de explicar.

O Supremo Tribunal Federal enfrenta, na Adpf 54, discussão sobre antecipação terapêutica do parto do feto portador de anencefalia, vendo-se compelido a decidir se tal fato constitui crime ou se é um direito assegurado à gestante, sendo que diversos segmentos sociais se manifestaram em ambos os sentidos, aí inseridos entidades médicas, entidades religiosas e até mesmo a OAB.

Há como mensurar a angústia suportada pela mãe que carrega em seu ventre um feto que sabe natimorto, pelo que não pretende prosseguir com a gestação? Ou, de outro modo, há como mensurar o sentido de devoção de uma mãe que, na mesma situação, faz questão de levar sua gestação até o fim?

Esses questionamentos, e outros tantos, haverão de atormentar os pensamentos dos Ministros na decisão a ser tomada no caso da anencefalia, a qual, por evidente, haverá de considerar muito além do estritamente jurídico.

É enfrentada, também, pela Corte, discussão sobre a obra de transposição do Rio São Francisco, que visa integrar o Rio com as Bacias Hidrográficas do Nordeste Setentrional, levando progresso e desenvolvimento a essas Regiões, mas que pode vir a causar alto impacto ambiental<sup>218</sup>.

Quais as conseqüências da mudança do leito de um rio? E do fechamento de meandros? Quais os impactos que transposição dessa envergadura pode causar sobre a fauna e a flora? Locais onde o rio habitualmente passa terão sua vazão diminuída?

Concluir que práticas como rinhas de “*briga de galos*”<sup>219</sup> ou como a “*farra do boi*”<sup>220</sup> degradam o ambiente porque submetem os animais a tratamento cruel, esbarrando no art. 225 da Constituição, é algo bastante fácil.

Mas, como dimensionar o impacto da alteração do curso de um rio sobre os animais que têm nele seu habitat natural? Será que uma perícia realmente conseguiria dimensionar o real impacto ambiental da medida, ainda mais se projetado no tempo? A interferência do homem sobre a natureza tem demonstrado resultados nefastos e por vezes irre recuperáveis.

Este estudo não pretende responder essas perguntas, e sim impor indagações maiores.

---

<sup>218</sup> Rcl 3074.

<sup>219</sup> Adi 2514-7. Também Adi 1856/MC.

<sup>220</sup> RE 153.531. A *farra do boi* é uma manifestação cultural verificada no interior do Estado de Santa Catarina, particularmente nas regiões em que se faz notada a influência da imigração açoriana, na qual uma multidão persegue bois no intento de agredi-los gratuitamente para satisfazer lascívia pessoal.

Quem deve decidir se uma mãe tem ou não o direito de interromper o parto de um feto natimorto? A quem compete decidir se deve ou não ser assumido o risco por uma eventual hecatombe ambiental? Seriam os Ministros do Supremo as pessoas mais aptas a tomar tais decisões? Seus conhecimentos jurídicos são suficientes para tomarem decisões desse porte, que vincularão toda a sociedade?

Essas decisões não deveriam ser deliberadas, ou, quando menos, discutidas e maturadas pela própria sociedade, diretamente, ou por intermédio de seus representantes? A sociedade não deveria ser chamada a se manifestar sobre essas questões?

A Constituição deve realmente ser aquilo que os Ministros do STF querem que seja e ponto final, a par do que eles vierem a querer? A sociedade não participa disso? Como fica do ponto de vista da democracia?

Malgrado a tamanha potencialidade dessas decisões, muitas vezes elas resultam de uma atividade extremamente isolada por parte dos juízes, em que eles se valem basicamente de seus conhecimentos jurídicos, contando, no máximo, com o apoio de uma prova pericial, ou de depoimentos de alguns poucos, ambos nem sempre idôneos.

O ato de decidir é extremamente solitário, e a práxis revela que até mesmo nas decisões colegiadas os julgadores terminam sendo como ilhas autônomas, que se comunicam entre si, confrontando pontos de vista sobre o tema jurídico em discussão, quando, em razão do poder que possuem, deveriam ser penínsulas, contíguas a toda a sociedade.

O Supremo jamais pode ser um órgão isolado da sociedade, que se coloca à margem da conjuntura social no construir-aplicar a Constituição. A inclusividade de suas decisões não deve observar apenas o fluxo dele para a sociedade, como também o caminho reverso.

A Corte deve construir a Constituição em compasso com a sociedade, inserindo-a em seus processos decisórios, até para que a Constituição não reflita apenas o pensamento dos seus Ministros, como também o da própria sociedade.

A não ser assim, se permite remontar, num respeitoso exercício de metáfora, à mitologia grega, nomeadamente à *Pallas Atenas*, deusa da prudência, aclamada deusa da sabedoria, da inteligência e da guerra, que, segundo os historiadores, nasceu já adulta, com armadura e coberta com o elmo do saber<sup>221</sup>.

Deusa da sabedoria, *Pallas Atena* era protetora da cidade de Atenas, aonde possuía seu mais importante templo, o *Partenon*, cujo nome deriva de *Parthenos*, expressão utilizada para denominar mulheres virgens, puras.

*Pallas Atena* foi denominada pelos romanos como deusa *Minerva*, fazendo referência ao julgamento de Orestes, que foi absolvido pelo voto de desempate proferido por ela, o qual ficou historicamente concebido como “*o voto de minerva*”.

Projetando a mitologia grega ao cenário da jurisdição constitucional brasileira, seria possível ter o Supremo Tribunal Federal como um *Partenon*, composto de 11

---

<sup>221</sup> Atenas é filha de Zeus com Métis. Diz-se que quando Métis estava grávida, Zeus foi advertido por sua avó Gaia que ela daria a luz a um guerreiro que iria depô-lo, tal qual ele, Zeus, tinha feito com Cronos. Temeroso, Zeus convenceu Métis a participar de uma brincadeira na qual cada um iria se transformar em um bicho. Métis, ingenuamente, se transformou numa mosca, que foi engolida por Zeus. Como ela já estava grávida, a gestação continuou dentro de Zeus até que ele, um dia, sentindo uma dor de cabeça, pediu a Hefestos que lhe desse uma machadada na cabeça e lhe abrisse o crânio, o que foi feito, vindo a sair, da cabeça de Zeus, a deusa Pallas Atena, já adulta, com armadura e coberta com o elmo do saber.

*Pallas Atenas*, encobertos pelo Elmo do Saber e fortemente armados com o efeito vinculante das decisões, cujo Presidente, quando necessário, emite o voto de Minerva...

Entretanto, pontua Mauro Cappelletti, “*humanos, naturalmente, não são deuses*”<sup>222</sup>. Demais, observa, precisamente, Calmon de Passos, não se trata de sacerdotes iluminados, mas de “*nossos vizinhos de apartamento e antigos colegas de escola alçados à condição de magistrados. Os novos magos sem o encantamento do mistério dos antigos magos*”<sup>223</sup>.

Talvez, em hipérbole, se chegasse na *síndrome de Abdula*, contada por Lênio Streck<sup>224</sup>.

Conta Lênio que Abdula é o escriba que escreveu o texto do Alcorão, livro sagrado dos muçulmanos, e que isto foi feito da seguinte maneira: Alá ditava o texto para Maomé e este repassava para Abdula, que o ia escrevendo. Em certo momento, Maomé não escutou o final de uma frase que Alá lhe ditava e, por isso, não repassou o texto para Abdula, que, por sua vez, para não deixar a oração incompleta, completou-a por conta própria e, procedendo dessa forma, perdeu a fé, pois descobriu que o Alcorão não dizia o que Alá queria ou o que Maomé queria, mas, sim, dizia o que ele, Abdula, queria que o Alcorão dissesse.

---

<sup>222</sup> CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. 2. ed., reimpressão. Tradução de Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999, p. 21.

<sup>223</sup> CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *Democracia e constitucionalismo. A produção do Direito num Estado de Direito Constitucional. A crise da democracia e do constitucionalismo. Reflexos nas funções legislativo e jurisdicional*. Salvador: Paper não publicado, fornecido aos discentes durante aulas ministradas no Curso de Mestrado em Direito Público da Universidade Federal da Bahia, 2005, p. 23.

<sup>224</sup> A história de Abdula é profundamente divulgada por Lênio em suas palestras e está disponível em artigo de autoria de Alexandre Câmara (CÂMARA, Alexandre Freitas. *Uma breve reflexão sobre Direito, Lei e Justiça*. In TUBENCHLAK, James (coordenação). *Doutrina*, nº 11. Rio de Janeiro: Instituto de Direito, 2001, p. 80).

Referindo-se a essa história, Alexandre Câmara argumenta que o mesmo acontece com o Direito, o que leva os juristas a perder a fé. Vale reproduzir as palavras do processualista:

O direito diz o que o jurista quer que diga. O jurista, ao interpretar as normas jurídicas, produz o seu sentido, e pode usar tal norma interpretada para dizer o que a ele parece ser adequado. E isto faz com que o Direito acabe por ser usado contra aqueles a quem, em uma sociedade justa, deveria servir. Intérpretes das normas, produzindo seu sentido, usam o Direito em seu próprio favor, massacrando aqueles que sempre foram massacrados, e que continuarão a sê-lo ainda por muito tempo. Por isso, perdi a fé no Direito. Não acredito no Direito como algo capaz de mudar o mundo, fazer dele um lugar melhor para se viver. Apesar disso, como um cavaleiro de triste figura, continuo a pregar o Direito, certo de que não prego sozinho. Muitos outros juristas, comprometidos com a luta pela construção de um mundo melhor, continuam a pregar. E assim, quem sabe, um dia será possível voltar a sonhar. Um dia, talvez, o Direito, interpretado em favor dos excluídos, aplicado em favor dos necessitados, seja capaz de mudar o mundo. Neste dia, que me parece estar ainda longe demais para ser vislumbrado, talvez possamos nos dar conta de que perdêramos a capacidade de sonhar sozinhos, mas isso não fez nenhuma diferença, já que o importante é sonhar acompanhado. Afinal, como já disse um grande artista brasileiro, “sonho que se sonha só é só um sonho que se sonha só, mas sonho que se sonha junto é realidade”<sup>225</sup>.

Por óbvio que não se deseja um Supremo *Partenon* composto de *Pallas Atenas* armados com decisões dotadas de efeitos vinculantes e reproduzidor de uma sociedade de Abdulas...

O que se busca é uma Corte democrática, que, ao construir o sentido da Constituição, insira segmentos sociais no processo de interpretação constitucional, reconhecendo-os como aptos a contribuir com a formação das decisões constitucionais, e isto pode ser concretizado mediante a participação do *amicus curiae*

---

<sup>225</sup> CÂMARA, Alexandre Freitas. *Uma breve reflexão sobre Direito, Lei e Justiça*. In TUBENCHLAK, James (coordenação). *Doutrina*, nº 11. Rio de Janeiro: Instituto de Direito, 2001, p. 80.

nos debates jurisdicionais, o que, inclusive, já tem sido feito pelo Supremo Tribunal Federal.

### **3. Déficit de legitimidade do STF, visão panóptica da Corte e o *Amicus Curiae***

Do ponto de vista da democracia, todo o poder assenta na vontade do povo e deve ser exercido diretamente por ele ou por representantes que ele venha a escolher. Na estrutura democrática, o desenvolvimento do poder só se legitima quando repousa no consentimento do povo e, assim, a democracia impõe que todo agente de poder seja escolhido pela soberana vontade popular.

Como adverte Bobbio, na democracia o fluxo poder é ascendente, e não descendente, ou seja, o poder democrático vem da base, de baixo para cima, não de cima para baixo<sup>226</sup>.

Com base no princípio democrático, o povo escolhe seus governantes, nomeadamente os membros do Poder Executivo e do Poder Legislativo, e é a partir daí é que a atuação desses dois Poderes se legitima.

Aliado a isso, e forte no princípio republicano, os representantes políticos exercem o poder por períodos limitados, necessitando se submeter, periodicamente, a uma revalidação por parte da vontade do povo, para que continuem legitimados àquele exercício.

---

<sup>226</sup> BOBBIO, Norberto. *O Futuro da Democracia*. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. 8 ed. São Paulo: Paz e Terra, 2002, p. 66.

O Poder Judiciário, tipicamente responsável pelo desempenho de uma precípua função estatal, também é integrado por agentes de poder e, do ponto de vista da democracia, seus agentes deveriam repousar na soberana vontade popular.

Acontece que, apesar do Judiciário ser apontado como *guardião da democracia*, o ingresso nos seus quadros, assim como a composição de seu órgão de cúpula, não repousa no consentimento do povo e, demais, seus membros são investidos vitaliciamente no poder (art. 95, I/CF).

Os Ministros do STF, mais do que agentes de poder, são comandantes de Poder, e isto de maneira vitalícia<sup>227</sup>. O Supremo Tribunal Federal é composto de 11 ministros, escolhidos dentre brasileiros natos, com mais de trinta e cinco e menos de sessenta e cinco anos de idade, dotados de notável saber jurídico e reputação ilibada, sendo nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pela maioria absoluta do Senado Federal (arts. 12, § 3º c.c 101/CF).

Como se verifica, o processo de escolha dos Ministros do STF não conta com um mínimo de participação direta popular, restando, no máximo, uma remissão indireta ao povo, por intermédio da participação do Presidente da República e do Senado, e isso ainda com a ressalva de que o Senado não representa o povo, mas sim os Estados (art. 46/CF).

Não é objeto da presente pesquisa o aprofundamento do debate sobre a maneira de investidura dos juízes, nem tampouco discutir alternativas democráticas para a

---

<sup>227</sup> Em razão da vitaliciedade, inclusive, Ministros que foram nomeados por governos autoritários do período militar permaneceram no cargo até idos de 2000, o que talvez ajude entender o porquê de algumas posições do Tribunal que beneficiaram o Governo em detrimento da tutela de direitos fundamentais, como o caso do direito de greve do servidor público, que foi praticamente inviabilizado, conforme decisão no Mandado de Injunção nº 20.

composição do Supremo Tribunal Federal, motivo pelo qual a temática não será verticalizada.

No âmbito do corte epistemológico aqui proposto, importa apenas constatar o déficit de legitimidade democrática do processo de investidura dos Ministros do STF e desenvolver um pouco em que medida pode haver controle da atuação do Tribunal, tudo de modo a aproximar a questão com o *amicus curiae*.

É o Supremo o órgão de cúpula do Judiciário (art. 92./CF), ao qual todos os demais órgãos estão subordinados. A ele, como já visto, incumbe a nobre função de ser o guardião da Constituição, sendo sua atribuição determinar, em última instância, o significado do texto constitucional (art. 102/CF).

Como decorrência desta função protetiva, o Supremo apresenta-se como um órgão de freio aos demais Poderes da República, lhe incumbindo, quando provocado, invalidar os atos destes que contrastem com a Constituição.

O aparente paradoxo, de permitir que um órgão cuja composição não assenta na vontade popular invalide as decisões tomadas pelos representantes do povo, há de ser superado pela compreensão de que nem mesmos os Poderes representativos podem praticar atos contrários à Constituição, lei fundamental do Estado, dotada de supremacia que subordina as condutas de todos os agentes públicos, inclusive dos representantes da soberania popular.

Pode-se dizer ainda, em certa perspectiva, que, enquanto os representantes políticos têm uma legitimidade de *origem*, assentada no voto popular, o Supremo

Tribunal Federal<sup>228</sup> ostenta uma legitimidade *de desenvolvimento*, no sentido de que os primeiros estão legitimados pela maneira como são investidos no Poder, ao passo que o segundo se legitima pela maneira como desenvolve o poder.

Para que possa se legitimar, o poder do Supremo deve ser desenvolvido *argumentativamente*, de modo que suas decisões estejam fundamentadas em argumentos convincentes, que justifiquem o entendimento adotado pelo Tribunal.

Aqui, com apoio em Alexy, tem-se que a legitimidade do Tribunal Constitucional também encontra apoio na vontade do povo, isto porque o princípio fundamental de que todo poder emana do povo:

exige compreender não só o parlamento mas também o tribunal constitucional como representação do povo. A representação ocorre, decerto, de modo diferente. O parlamento representa o cidadão politicamente, o tribunal constitucional argumentativamente<sup>229</sup>.

Por seu turno, os atos praticados pelo Supremo, em regra, não se submetem a controle por parte dos outros Poderes da República, ou tampouco por algum outro órgão do próprio Poder Judiciário, o que se seria de todo inviável no último caso, ante a posição de cúpula que o Tribunal ostenta.

É certo que há a possibilidade de apuração da responsabilidade dos Ministros da Corte, a ser processada junto ao Senado Federal (art. 52, II/CF), mas, ressalvadas as hipóteses tipificadas como crime da responsabilidade<sup>230</sup>, as decisões do Tribunal são

---

<sup>228</sup> E os demais órgãos do Poder Judiciário.

<sup>229</sup> ALEXY, Robert. *Direitos fundamentais no Estado Constitucional Democrático*. Em Revista de Direito Administrativo, 217, jul/set 199. Rio de Janeiro, p. 66.

<sup>230</sup> O art. 39 da lei 1.079/50 assim dispõe: “Art. 39. São crimes de responsabilidade dos Ministros do Supremo Tribunal Federal: 1- alterar, por qualquer forma, exceto por via de recurso, a decisão ou voto já proferido em sessão do Tribunal; 2 - proferir julgamento, quando, por lei, seja suspeito na causa; 3 - ser patentemente desidioso no cumprimento dos deveres do cargo; 4 - proceder de modo incompatível com a honra dignidade e decôro de suas funções”.

de todo irrecorríveis, não havendo realmente instrumentos de controle sobre o poder jurisdicional da Corte.

Afastese a idéia de que os atos praticados pelo Tribunal estariam submetidos a algum controle por parte do Conselho Nacional de Justiça, senão que é exatamente o inverso que ocorre.

O Conselho é um órgão que integra a estrutura interna do Poder Judiciário (art. 92, I-A/CF), dotado de poder meramente administrativo e regulamentar (art. 103-B, § 4º/CF), e submetido à jurisdição constitucional do Supremo, que pode lhe rever os atos, conforme preceitua o art. 102, I, “r”/CF.

No particular, cabe fixar as palavras do próprio STF sobre a relação entre a Corte e o Conselho:

PODER JUDICIÁRIO. Conselho Nacional de Justiça. Órgão de natureza exclusivamente administrativa. Atribuições de controle da atividade administrativa, financeira e disciplinar da magistratura. Competência relativa apenas aos órgãos e juízes situados, hierarquicamente, abaixo do Supremo Tribunal Federal. Preeminência deste, como órgão máximo do Poder Judiciário, sobre o Conselho, cujos atos e decisões estão sujeitos a seu controle jurisdicional. Inteligência do art. 102, *caput*, inc. I, letra “r” da CF. O Conselho Nacional de Justiça não tem nenhuma competência sobre o Supremo Tribunal Federal e seus ministros, sendo esse o órgão máximo do Poder Judiciário nacional, a que aquele está sujeito<sup>231</sup>.

Dentro deste contexto, em que se reconhece ausência de controle sobre as decisões do STF, e lembrando a posição de isolamento da Corte na interpretação constitucional, é possível fazer uma leitura do Tribunal a partir de uma ótica do

---

<sup>231</sup> Adi 3.367, Informativo 419/STF.

*Panóptico*, idealizado por J. Bentham, e descrito por Michel Foucault no clássico “*Vigiar e Punir*”<sup>232</sup>.

O *Panóptico* proporciona um sistema ótimo de controle no qual o agente controlador consegue manter todos sob sua vigília sem ser visto por ninguém, o que significa dizer, *in casu*, o Supremo controla a todos sem ser controlado por ninguém.

Como elucida Foucault, o *Panóptico* é uma estrutura prisional formada por um anel espesso, dividido em celas comunicáveis, contendo uma torre ao centro, dentro da qual fica um vigia. Cada cela possui duas janelas, uma voltada para a face externa e outra voltada para a torre central; a torre, por sua vez, possui diversas janelas voltadas para a face interna do anel.

Dentro da cela, a janela voltada para a face externa permite a entrada de luz, que projeta na parede a sombra do indivíduo que lá se encontra. A sombra pode ser vista pela janela voltada para torre central, permitindo, assim, que o vigia, de dentro da torre, verifique se o indivíduo realmente se encontra na cela. O detalhe interessante é que o vigia, no topo da torre, não é visto por quem está dentro da cela.

Assim, tem-se que o vigia enxerga todos sem ser visto por ninguém, ao passo que o indivíduo é visto, mas não vê e, desta forma, como salienta Foucault, o vigiado é “*objeto de uma informação, nunca sujeito numa comunicação*”<sup>233</sup>. Nessa situação, o poder, é “*visível e inverificável*”<sup>234</sup>.

A aproximação entre o *Panóptico* e o STF emerge no momento em que o poder da Corte se revela inverificável e ainda quando se considere os destinatários da

---

<sup>232</sup> FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir*. Tradução de Raquel Ramallete. 31 ed. Petrópolis: Editora Vozes, 2006.

<sup>233</sup> Idem, p. 166.

<sup>234</sup> Idem, p. 167.

prestação jurisdicional apenas como objetos de informação acerca das decisões do Tribunal, sem serem sujeitos no processo comunicativo de formação dessas decisões.

Nesse paralelo, o STF seria o vigia situado na torre, cujas decisões alcançam todos que se encontram nos anéis periféricos, os quais não participam do processo de formação das decisões judiciais. Do alto da torre, o STF é visto (*e obedecido*) por toda a sociedade, mas, na base, ele é inatingível, não havendo canal de comunicação com segmentos sociais, ou seja, na forma destacada por Foucault, “*no anel periférico, se é totalmente visto, sem nunca ver; na torre central, vê-se tudo, sem nunca ser visto*”<sup>235</sup>.

Deste quadro deflui uma forte tensão democrática, na medida em que a democracia, de modo a afastar o poder autocrático, há de proporcionar meios de incluir o povo no processo decisório de poder, ainda que isso se verifique de maneira representativa, e por vezes seja reduzido ao momento de escolha dos agentes dos Poderes.

Visando a atenuação do déficit de legitimidade democrática do STF, cabe ponderar a abertura do Tribunal para a sociedade, viabilizando instrumentos de efetiva participação social junto à Corte, *não com o intuito de lhe subtrair o poder de decisão, senão que com o intento de pluralizar o debate*, de levar ao Sodalício outras vozes que não apenas as dos seus Ministros, mas oriundas mesmo de manifestações do povo, por intermédio de determinados segmentos representativos.

Inclusive, o Ministro Cezar Peluso, invocando Benjamin Cardozo, teve oportunidade de ressaltar que é importante aos Ministros “*ter aberto os ouvidos*

---

<sup>235</sup> Idem, p. 177.

*sacerdotais ao apelo de outras vozes, ciente de que as palavras mágicas e as encantações são tão fatais à nossa ciência quanto a quaisquer outras*<sup>236</sup>.

Foucault mesmo chega a ressaltar que o arranjo da máquina *panóptica* não exclui uma presença do exterior e pode ser submetida a inspeções por parte do público<sup>237</sup>. Ele elucida que a máquina de ver é uma espécie de câmara escura em que se espionam os indivíduos, mas que pode se tornar um edifício transparente no qual o exercício do poder seja controlável pela sociedade inteira<sup>238</sup>.

Nessa linha, o que se propõe, neste estudo, é a participação ativa do *amicus curiae* no processo de formação das decisões constitucionais, de modo a pluralizar a interpretação constitucional, abrindo um canal de diálogo entre o Supremo Tribunal Federal e diversos segmentos sociais, atenuando o déficit de legitimidade democrática da Corte, o que se insere no contexto de uma interpretação constitucional pluralista.

#### **4. O processo de democratização e a interpretação constitucional pluralista**

O preâmbulo da Constituição brasileira revela que a Assembléia Nacional Constituinte instituiu um Estado democrático destinado a assegurar o desenvolvimento de uma sociedade pluralista e sem preconceitos.

Essa idéia fundante é retomada logo no primeiro artigo do texto constitucional, quando se consagra um Estado Democrático de Direito (art. 1º, *caput*) que adota o

---

<sup>236</sup> Adi 3367.

<sup>237</sup> FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir...*, p. 170.

<sup>238</sup> Idem, p. 171.

pluralismo político como fundamento (art. 1º, V) e que tem como objetivo fundamental promover o bem de todos sem preconceito de origem, raça, sexo, cor idade e quaisquer outras formas de discriminação (art. 3º, IV).

Democracia e pluralismo são idéias próximas, que apresentam em comum a insurgência contra abusos do poder, mas não se confundem, havendo exemplos históricos de sociedades democráticas não pluralistas e sociedades pluralistas não democráticas, conforme observa Norberto Bobbio<sup>239</sup>.

A democracia, enquanto regime político, representa um movimento contra o poder que parte do alto em nome do poder que vem de baixo, do povo, ao passo que o pluralismo atenta contra o poder concentrado em nome do poder distribuído<sup>240</sup>.

A idéia básica de democracia é a de participação do povo no poder, na vida política do Estado e na gestão da coisa pública; já a idéia de pluralismo é a de convivência com diferentes concepções sobre temas variados (política, religião, cultura, ciência etc.), possibilitando uma sociedade onde as pessoas tenham liberdade para dissentir.

A Constituição brasileira refere à democracia e ao pluralismo em diversas passagens do seu texto, a começar pelo preâmbulo e pelo artigo primeiro, *caput*, inciso V e parágrafo único.

---

<sup>239</sup> Bobbio se refere à sociedade feudal como exemplo de sociedade pluralista e não democrática, e, como exemplo de sociedade democrática não pluralista ele remonta à democracia dos antigos, na qual toda democracia se desenvolvia na pólis sem qualquer corpo intermediário entre o indivíduo e a cidade (BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia*. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. 8 ed. São Paulo: Paz e Terra, 2002, p.71).

<sup>240</sup> BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia...*, p. 72.

A soberania popular é exercida pelo sufrágio universal, pelo voto direito e secreto, com igual valor para todos, por plebiscito, referendo e iniciativa popular no plano federal, estadual e municipal<sup>241</sup>.

Demais, a opção pela democracia está na cooperação das associações representativas no planejamento municipal<sup>242</sup>, na participação de entidades da sociedade civil em audiências públicas realizadas nas comissões do Congresso Nacional e de suas Casas<sup>243</sup>, na participação de cidadãos nos Conselhos da República<sup>244</sup>, Nacional de Justiça<sup>245</sup> e Nacional do Ministério Público<sup>246</sup>, na participação de trabalhadores, empregadores e aposentados na administração da seguridade social<sup>247</sup>, na participação da comunidade nas ações e serviços de saúde<sup>248</sup>, na participação da população na formulação das políticas de assistência social e no controle das ações desta<sup>249</sup>, e ainda na colaboração da sociedade na promoção e incentivo da educação<sup>250</sup> e na gestão democrática do ensino público<sup>251</sup>.

A concepção pluralista, adotada logo no preâmbulo e no primeiro artigo, se encontra também na liberdade de manifestação de pensamento e de expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independente de censura, licença ou qualquer tipo de restrição<sup>252</sup>.

---

<sup>241</sup> Art. 14 c.c 27, § 4º c.c 29, XII c.c. 61, §1º/CF.

<sup>242</sup> Art. 29, XII/CF.

<sup>243</sup> Art. 58, § 1º, II/CF.

<sup>244</sup> Art. 89, VII/CF.

<sup>245</sup> Art. 103-B, XIII/CF.

<sup>246</sup> Art. 130-A, VI/CF.

<sup>247</sup> Art. 194, parágrafo único, VII/CF.

<sup>248</sup> Art. 198, III/CF.

<sup>249</sup> Art. 204, II/CF.

<sup>250</sup> Art. 205/CF.

<sup>251</sup> Art. 206, VI/CF.

<sup>252</sup> Art. 5º, IV e IX c.c. art. 220/CF.

Numa vertente religiosa do pluralismo, é reconhecida a liberdade de consciência e de crença, o livre exercício dos cultos religiosos, a proteção aos locais de culto e suas liturgias<sup>253</sup>, e consagra-se um Estado laico<sup>254</sup>.

Numa dimensão educacional, o ensino é norteado pelo princípio do pluralismo de idéias e de concepções pedagógicas<sup>255</sup>, e, numa dimensão cultural, o Estado deve apoiar e incentivar a valorização e difusão das manifestações culturais, a proteção das manifestações das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras e a valorização da diversidade étnica e regional<sup>256</sup>.

Democracia e pluralismo se complementam, e, segundo Bobbio, a democracia moderna, diferentemente do que ocorria com os antigos, deve fazer as contas com o pluralismo, que, antes de ser uma teoria, “*é uma situação objetiva na qual estamos imersos*”<sup>257</sup>.

Para ele, o pluralismo permite explicar uma característica fundamental da democracia dos modernos, que é a liberdade do dissenso, o qual, desde que mantido dentro de certos limites, não é destruidor da sociedade, mas estimulante, sendo certo que uma sociedade em que não se admite o dissenso é uma sociedade morta ou destinada a morrer<sup>258</sup>.

Numa conjuntura global, Bobbio anota um processo de democratização, resultante da gradativa passagem da democracia política para a democracia social, *verbis*:

---

<sup>253</sup> Art. 5º, VI/CF.

<sup>254</sup> Art. 19, I/CF.

<sup>255</sup> Art. 206, III/CF.

<sup>256</sup> Art. 215/CF.

<sup>257</sup> BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia...*, p. 71.

<sup>258</sup> Idem, p. 74.

Com uma expressão sintética, pode-se dizer que, se hoje se pode falar de processo de democratização, ele consiste não tanto, como erroneamente muitas vezes se diz, na passagem de democracia representativa para a democracia direta quanto na passagem da democracia política em sentido estrito para a democracia social, ou melhor, consiste na extensão do poder ascendente que até agora havia ocupado quase exclusivamente o campo da sociedade política para o campo da sociedade civil nas suas várias articulações<sup>259</sup>.

A democracia política antecede historicamente a democracia social, remontando ao surgimento do Estado liberal ou primeira versão do Estado de Direito, com a ampliação do sufrágio e o reconhecimento, no plano das Constituições liberais, de direitos políticos<sup>260</sup>.

A democracia social veio depois, como conseqüência dos insucessos do modelo liberal de Estado, que culminou com o surgimento do Estado social. Ela é algo relativamente novo, germinada no mundo do entre guerras e após-guerra, como resposta ao absentéismo estatal na ordem econômica.

O contexto histórico da passagem do Estado liberal para o Estado social, momento em que se implanta a social democracia, é bem ilustrado nas palavras de Sahid Maluf:

Sobre as ruínas do Estado individualista, no mundo de após-guerra, ergue-se uma nova ordem, alicerçada nos princípios de justiça social, que deveria substituir aquele quadro real refletido nas seguintes palavras do Deão de Canterbury: a imensa riqueza se ostentando no meio da fome, o homem sem o controle dos seus meios de vida, a escassez para uns e a opulência para outros, a busca do maior lucro em lugar da busca do maior bem, a liberdade formal e não a liberdade junto com a oportunidade, uma maioria que morre em inanição ao lado de uma minoria que se esbalda na opulência e na grandeza.

---

<sup>259</sup> Idem, p. 67.

<sup>260</sup> A democratização política se verificou pela conjunção entre a liberdade de participação no governo e a igualdade de participação no governo. Por liberdade de participação entendia-se a possibilidade de participar do processo político mediante a escolha dos governantes (sufrágio universal). Já a igualdade de participação implicava que a participação fosse paritária (*one man, one vote*). Dessa conjunção de idéias, resultava que todos eram livres para participar da vida pública em condições de igualdade.

Na iminência de perecer, o Estado liberal transigiu diante de certas verdades irrecusáveis pregadas pelo socialismo, e evoluiu, cedendo lugar ao Estado Social<sup>261</sup>.

A sociedade, “*politicamente democratizada*”, ao perceber que o *Estado Polícia* não era capaz de atender às novas aspirações sociais, deflagrou o processo de democratização social, ainda hoje em curso.

Neste ponto, é válido mencionar novamente a doutrina de Bobbio:

Uma vez conquistada a democracia política, nos damos conta de que a esfera política está por sua vez incluída em uma esfera mais ampla, que é a esfera da sociedade no seu todo e que não existe decisão política que não seja condicionada ou até mesmo determinada por aquilo que acontece na sociedade civil<sup>262</sup>.

A democratização mudou o perfil da sociedade, que passou a exigir cada vez mais do Estado, refletindo um aumento no número de demandas sociais<sup>263</sup> e, com isso, mudou-se sensivelmente o perfil do Estado, que precisava se amoldar à nova realidade.

O Estado assim ampliou sua área de atuação, passando a intervir *sobre* e *na* ordem econômica<sup>264</sup>, passando por uma reestruturação funcional que lhe permitisse

---

<sup>261</sup> MALUF, Sahid. *Teoria Geral do Estado*. 26 ed. Atualizada por Miguel Alfredo Malufe Neto. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 306.

<sup>262</sup> BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia...*, p. 68.

<sup>263</sup> O excesso de demandas foi uma consequência inevitável da democratização. Como diz Bobbio, “Quando os proprietários eram os únicos que tinham direito de voto, era natural que pedisse ao poder público exercício apenas de uma função primária: a proteção da propriedade. Daqui nasceu a doutrina do Estado limitado, do Estado carabiniere ou, como se diz hoje, do Estado mínimo, e configurou-se o Estado como associação de proprietários para a defesa daquele direito natural supremo que era exatamente, para Locke, o direito de propriedade. Quando o direito de voto foi estendido aos analfabetos, tornou-se inevitável que estes pedissem ao Estado a instituição de escolas gratuitas; com isto, o Estado teve que arcar com um ônus desconhecido pelo Estado das oligarquias tradicionais e da primeira oligarquia burguesa. Quando o direito de voto foi estendido também aos não proprietários, aos que nada tinham, aos que tinham como propriedade tão somente a força de trabalho, a consequência ffo que se começou a exigir do Estado a proteção contra o desemprego e, pouco a pouco, seguros sociais contra as doenças e a velhice, providencias em favor da maternidade, casas a preços populares etc. Assim aconteceu que o Estado de serviços, o Estado social foi, agrade ou não, a resposta a uma demanda vinda de baixo, a uma demanda democrática no sentido pleno da palavra”. (*O futuro da democracia...*, p. 47).

<sup>264</sup> Eros Roberto Grau ensina que quando o Estado intervém na ordem econômica, exerce atividades próprias ao setor privado, intervindo *na* ordem econômica ou *sobre* a ordem econômica. Quando intervém *na* ordem econômica, o Estado atua diretamente, em regime de *absorção* (monopólio) ou em regime de *participação*

suportar as novas exigências, dando surgimento a um aparato burocrático<sup>265</sup>, muitas vezes ineficiente<sup>266</sup>.

A ineficiência do Executivo, aliada à incapacidade do Legislativo em acompanhar a nova dinâmica da sociedade, leva a insatisfação social a desaguar no Judiciário, chamado para decidir tudo, absorvendo considerável parcela da tensão social e de poder regulador que não lhe é típico; acontece que a função jurisdicional, como adverte Calmon de Passos, “*é a menos legitimada democraticamente em termos de representatividade*”<sup>267</sup>.

Assim, urge analisar em que ponto o processo de democratização alcançou o Judiciário, e propor uma maior abertura do debate jurisdicional, por via do *amicus curiae*.

O processo de desenvolvimento da democracia é perceptível nos espaços de realização da própria democracia, sendo certo que, em quanto mais espaços sociais se verificar a prática democrática, maior será o grau de democratização social.

---

(competição). Intervindo *sobre* a ordem econômica, o Estado atua indiretamente, quer por *direção*, quando fixa normas imperativas (imposição de conduta), quer por *indução*, fixando normas dispositivas (indução de condutas) (GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 8ª edição, 2003).

<sup>265</sup> Bobbio chama atenção para o fato de que “Todos os Estados que se tornaram mais democráticos tornaram-se ao mesmo tempo mais burocráticos, pois o processo de burocratização foi em boa parte consequência do processo de democratização” (*O futuro da democracia...*, p. 47).

<sup>266</sup> Mais uma vez, nos ensinamentos de Bobbio, “tal processo de emancipação fez com que a sociedade civil se tornasse cada vez mais uma inesgotável fonte de demandas dirigidas ao governo, ficando este, para bem desenvolver sua função, obrigado a dar respostas sempre adequadas. Mas como pode o governo responder se as demandas que provêm de uma sociedade livre e emancipada são sempre mais numerosas, sempre mais urgentes, sempre mais onerosas? [...] A quantidade e rapidez destas demandas, no entanto, são de tal ordem que nenhum sistema político, por mais eficiente que seja, pode a elas responder adequadamente. Daí derivam assim a chamada sobrecarga e a necessidade de o sistema político fazer drásticas opções. Mas uma opção não exclui a outras. E as opções não satisfatórias criam descontentamento. Além do mais, diante da rapidez com que são dirigidas ao governo as demandas da parte dos cidadãos, torna-se contrastante a lentidão que os complexos procedimentos de um sistema político democrático impõem à classe política no momento de tomar as decisões adequadas” (Idem, p. 48).

<sup>267</sup> CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *Democracia e constitucionalismo. A produção do Direito num Estado de Direito Constitucional. A crise da democracia e do constitucionalismo. Reflexos nas funções legislativo e jurisdicional*. Salvador: Paper não publicado, fornecido aos discentes durante aulas ministradas no Curso de Mestrado em Direito Público da Universidade Federal da Bahia, 2005, 22.

Quando se deseja constatar o grau de desenvolvimento da democracia num dado país, a procura não deve ser pelo número dos quem têm o direito de participar nas decisões que lhe dizem respeito, mas sim pela quantidade de espaços nos quais podem exercer este direito<sup>268</sup>.

No processo de democratização do Estado brasileiro, *os princípios democráticos devem ser inseridos em todos os espaços sociais*; não apenas no processo eleitoral, como *também no espaço em que se desenvolve a própria ordem jurídica*, abrindo margem à participação efetiva da sociedade no debate jurisdicional, até mesmo para preservar a possibilidade de dissenso inerente ao pluralismo.

No particular, José Afonso da Silva observa que “*o democrático qualifica o Estado, o que irradia os valores da democracia sobre todos os elementos constitutivos do Estado e, pois, também sobre a ordem jurídica*”<sup>269</sup>.

Na mesma linha, o Ministro Celso de Mello defende que o respeito incondicional aos princípios sobre os quais se estrutura, constitucionalmente, a organização do Estado se impõe a todos os Poderes da República (a aos membros que os integram)<sup>270</sup>.

Como já visto, a Constituição brasileira impõe a participação popular no âmbito dos três Poderes, mas, paradoxalmente, é no Judiciário, aclamado como guardião da democracia, onde menos se verificam os influxos democráticos, a começar pelo processo de investidura de seus membros<sup>271</sup>.

---

<sup>268</sup> BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia...*, p. 40.

<sup>269</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 16ª edição, 1999, p. 123.

<sup>270</sup> Voto condutor no MS 24.831-9, no qual se discutiu a instauração da *CPI dos Bingos*.

<sup>271</sup> Há participação popular no Conselho Nacional de Justiça, no Conselho Nacional do Ministério Público e no Tribunal do Júri, composto por um juiz de direito e 21 jurados, escolhidos dentre cidadãos de notória idoneidade (art. 436/ CPP).

Viu-se também que, em última análise, são os Ministros do Supremo Tribunal Federal que definem o sentido da Constituição, dizendo o que é ou não constitucional, dizendo o que integra o sistema jurídico e aquilo que deve ser repellido para fora do sistema jurídico.

Na medida em que a Constituição se apresenta como o que os Ministros do STF dizem que ela é, há o risco de que o discurso constitucional seja imposto de maneira arbitrária, carecendo de consentimento legítimo, negando-se a possibilidade do dissenso por parte de segmentos sociais, em detrimento dos valores pluralistas e democráticos.

A democracia pluralista pressupõe uma dialética do debate, um convívio suportável do consenso com o dissenso, sendo certo que onde o consenso for imposto de cima para baixo, com exclusão da participação social, ele jamais será real.

A hipótese extremada culminaria em abstrair totalmente a participação da sociedade no debate constitucional, que ficaria reduzido subjetivamente aos Ministros da Corte, fechando a compreensão da Constituição para os demais intérpretes, tratando-a como se fosse um objeto ininteligível, acessível apenas a alguns poucos, dotados de notório saber jurídico.

Os Ministros do Supremo têm a prerrogativa de interpretar por último a Constituição, mas isso não significa que eles são os únicos aptos a compreender o fenômeno constitucional, esquecendo que *os princípios da democracia devem irradiar também sobre o Judiciário*.

Como adverte Manoel Jorge e Silva Neto, a compreensão da Constituição não é possível apenas a seres especiais e iluminados, havendo de abrir a porta da Lei Maior ao indivíduo comum, outorgando-lhe igualmente a oportunidade de participar do processo de concretização da vontade constitucional<sup>272</sup>.

Não se há de esquecer que a Constituição, mais do que um texto, é uma realidade viva, que se desenvolve cotidianamente na comunidade, sendo vivida e interpretada por milhões de pessoas.

A democracia pluralista instaurada pela Constituição, mais do que um exercício de retórica, deve possibilitar situações concretas de manifestação do dissenso por parte da sociedade, ou, como registrou o Ministro Celso de Mello:

Para que o regime democrático não se reduza a uma categoria político-jurídica meramente conceitual, torna-se necessário assegurar, às minorias, mesmo em sede jurisdicional, quando tal se impuser, a plenitude de meios que lhes permitam exercer, de modo efetivo, um direito fundamental que vela aos pés das instituições democráticas: o direito de oposição<sup>273</sup>.

A concretização da democracia pluralista com conseqüências efetivas na esfera das relações institucionais entre os Poderes da República<sup>274</sup> impõe inserir a sociedade no processo de interpretação constitucional, abrindo o debate jurisdicional levado a cabo pelos Ministros do Supremo para que novos sujeitos possam se manifestar, eventualmente dissentindo.

Nessa perspectiva, as portas e janelas do Supremo Tribunal Federal hão de ser abertas para que vozes da sociedade ecoem pelos arautos da Corte, o que democratiza

---

<sup>272</sup> SILVA NETO, Manoel Jorge. *Curso Básico de Direito Constitucional*, Tomo I. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004, p. 257.

<sup>273</sup> MS 24.831-9.

<sup>274</sup> Ainda excertos do Ministro Celso de Melo no MS 24.831-9.

e legitima o processo de dicção constitucional, evitando isolar o Tribunal do cidadão comum.

No momento em que o Tribunal pluraliza o debate constitucional, permitindo-se ouvir a sociedade, ele se deixa “influenciar” por vozes não judiciais, o que é muito salutar, cabendo lembrar lição de Benjamin Cardozo, invocada pelo Ministro Cezar Peluso<sup>275</sup>, segundo a qual o magistrado deve ter “*aberto os ouvidos sacerdotais ao apelo de outras vozes*”.

Num aforismo à passagem de Gadamer - “*quem quer compreender um texto deve estar disposto a deixar que este lhe diga alguma coisa*”<sup>276</sup> – se os Ministros do Supremo querem compreender a Constituição para a sociedade, é de bom tom que escutem da sociedade o que a Constituição é para ela.

Nessa linha, o presente estudo propõe a inserção da sociedade no debate constitucional por via da participação do *amicus curiae* como uma forma de democratizar o processo de interpretação da Constituição levado a cabo pelos Ministros do STF, o que em nada subverte a autoridade da Suprema Corte.

Não se trata de atacar a instituição Supremo Tribunal Federal e defender o anarquismo; o que se propõe é outra coisa: a democratização do processo interpretativo de construção de sentido da Constituição, ou seja, a democratização do *poder de discussão*, o que não subtrai o poder de mando.

Como já dito, é imperioso ter um órgão soberano no dizer sobre a Constituição, e este órgão é o STF; mas, numa perspectiva democrática e pluralista, é de se promover

---

<sup>275</sup> Adi 3.367-1, na qual o Supremo declarou a constitucionalidade do Conselho Nacional de Justiça.

<sup>276</sup> GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método...*, p. 358.

a abertura do debate constitucional para que a sociedade possa se manifestar, eventualmente dissentindo do entendimento dos julgadores, e quem sabe mesmo modificando o entendimento deles sobre determinados temas.

Crer numa democracia pluralista, e, nas palavras clássicas de Churchill, acreditar que *“a democracia é a pior de todas as formas imagináveis de governo, com exceção de todas as demais que já se experimentaram”*, implica abrir o debate constitucional e construir canais de diálogo entre o STF e a sociedade, lembrando sempre das lições de Bobbio, para quem *“a atitude do bom democrata é a de não se iludir com o melhor e a de não se resignar com o pior”*<sup>277</sup> e de Loewenstein, no sentido de que *“Uma nación vivirá tan sólo democráticamente cuando le esté permitido comportarse democráticamente”*<sup>278</sup>.

Esta proposta, de atribuir participação efetiva à sociedade no debate constitucional, se qualifica como interpretação constitucional pluralista, remontando às idéias de Peter Häberle sobre a sociedade aberta de intérpretes da Constituição.

Em obra profundamente difundida<sup>279</sup>, Häberle demonstra a existência de uma sociedade aberta de intérpretes constitucionais e propugna pelo reconhecimento de uma interpretação pluralista, com a consideração de novos sujeitos no processo de interpretação da Constituição.

---

<sup>277</sup> *O futuro da democracia...*, p. 76.

<sup>278</sup> LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la constitución*. 2 ed. Tradução de Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona: Editorial Ariel, 1976, p. 205.

<sup>279</sup> *Hermenêutica constitucional: A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.

Como o próprio professor alemão afirma, “*Uma análise genérica demonstra que existe um círculo muito amplo de participantes do processo de interpretação pluralista*”<sup>280</sup>.

Apresentando a versão brasileira do livro de Häberle, Gilmar Ferreira Mendes salienta que “*tendo em vista o papel fundante da Constituição para a sociedade e para o Estado, assenta Häberle que todo aquele que vive a Constituição é um seu legítimo intérprete*”<sup>281</sup>.

Este estudo compactua com a proposta Häberle por considerar a realidade empírica e a participação dos agentes sociais não apenas como algo conformado pela Constituição, senão também como algo *naturalmente conformador da própria Constituição*<sup>282</sup>.

Acredita-se que os *fatores reais de poder* a que refere Lassalle<sup>283</sup>, que correspondem a fatores empíricos determinantes da dinâmica da sociedade, não podem ser ignorados se se quer compreender a realidade constitucional em toda sua dimensão.

Bem verdade que a força normativa da Constituição conforma a realidade social, como muito bem defendido por Konrad Hesse<sup>284</sup>; mas é de reconhecer que a própria realidade social também é conformadora da Constituição<sup>285</sup>, e, demais, o grau de

---

<sup>280</sup> Idem, p. 11.

<sup>281</sup> Idem, p. 9.

<sup>282</sup> Häberle ressalta que “Se se considera que uma teoria da interpretação constitucional deve encarar seriamente o tema “Constituição e realidade constitucional” – aqui se pensa na exigência de incorporação das ciências sociais e também nas teorias jurídico-funcionais, bem como nos métodos de interpretação voltados para atendimento do interesse público e do bem-estar geral –, então há de se perguntar, de forma mais decidida, sobre os agentes conformadores da realidade constitucional” (Idem, p. 12).

<sup>283</sup> *A essência da Constituição*. 6 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2001.

<sup>284</sup> HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição (Die normative Kraft der Verfassung)*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

<sup>285</sup> Na mesma esteira, Kildare Gonçalves Carvalho afirma que “se por um lado a Constituição conforma a realidade, por outro lado, é por ela conformada, mas a tensão normatividade e realidade, não infirma a força

legitimidade do documento constitucional repousa na sua capacidade de correspondência com essa realidade<sup>286</sup>.

Reitere-se que *a Constituição é uma realidade viva e vivida* cotidianamente por todos; e viver a Constituição implica interpretá-la, atribuir sentido a ela, afinal, “*quem vive a norma acaba por interpretá-la ou pelo menos co-interpretá-la*”<sup>287</sup>.

É lição antiga que o Poder Judiciário não é o único intérprete das leis - inclusive da lei constitucional -, devendo reverência, quando menos, à interpretação levada a cabo pelo Poder Executivo e pelo Poder Legislativo, isso em atenção ao princípio da convivência harmônica entre os Poderes.

Ocorre que não apenas os Poderes da República, mas todos aqueles que vivem a Constituição, estão interpretando a Constituição, de modo que *a interpretação constitucional é um processo diário e contínuo*, o qual não cessa jamais, feito por todos aqueles que vivem a realidade constitucional.

*Todos*, não apenas o Supremo Tribunal Federal, não apenas os magistrados, promotores, procuradores, delegados, enfim, não apenas bacharéis em Direito, por estarem vivendo a Constituição, estão interpretando a Constituição, o que revela a existência da sociedade aberta de intérpretes a que se refere Häberle<sup>288</sup>.

---

normativa da Constituição, a que se refere Konrad Hesse” (CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito Constitucional*. 11. ed., rev. e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 196).

<sup>286</sup> Luiz Magno Pinto Bastos Júnior observa que Häberle “não nega a natureza vinculante do texto constitucional, mas funda sua legitimidade, não no argumento retórico da autoridade privilegiada do Poder Constituinte, mas no grau de sua identificação com a sociedade” (BASTOS JÚNIOR, Luiz Magno Pinto. *A teoria constitucional como ciência cultural: a contribuição de Peter Häberle para a compreensão do vínculo entre constituição e democracia*. Em SANTOS, Rogério Dutra do (organizador). *Direito e Política*. Porto Alegre: Síntese: 2004, p. 216).

<sup>287</sup> HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional...*, p. 13.

<sup>288</sup> Na mesma linha, Canotilho salienta que, “há que reconhecer que a constituição é sempre um processo público que se desenvolve hoje numa sociedade aberta”. (*Direito Constitucional...*, p. 1436).

Häberle fixa que, na interpretação constitucional, estão potencialmente vinculados todos os órgãos estatais, todas as potências públicas, todos os cidadãos e grupos, de modo a não ser possível estabelecer um elenco fixado com *numerus clausus* de intérpretes da Constituição<sup>289</sup>.

E, novamente com ele, “*como não são apenas os intérpretes jurídicos da Constituição que vivem a norma, não detém eles o monopólio da interpretação da Constituição*”<sup>290</sup>, até porque “*limitar a hermenêutica constitucional aos intérpretes jurídicos ou funcionais do Estado significaria um empobrecimento ou um autoengodo*”<sup>291</sup>.

Embasado nessa realidade, se defende uma interpretação constitucional pluralista que integre novos sujeitos no processo interpretativo de construção de sentido da Constituição<sup>292</sup>, até mesmo porque, numa sociedade aberta, aquilo que os Ministros do Supremo dizem sobre a Constituição traduz apenas parcela do que a realidade constitucional realmente vem a ser na dinâmica social<sup>293</sup>.

Por motivos diversos, há questões constitucionais que sequer chegam ao conhecimento da Suprema Corte<sup>294</sup>, o que não significa dizer que elas não existam e clamem por solução; *v.g.*, controvérsias *interna corporis* do Legislativo são imunes à apreciação do Judiciário, devendo ser resolvidas no âmbito interno do próprio

---

<sup>289</sup> Idem, p. 13.

<sup>290</sup> *Hermenêutica constitucional...*, p. 15.

<sup>291</sup> Idem, p. 34.

<sup>292</sup> O próprio Häberle já afirmara que a ampliação do círculo de intérpretes é consequência da necessidade de integração da realidade no processo de interpretação, porque os intérpretes em sentido amplo compõem essa realidade pluralista (Idem, p. 30.).

<sup>293</sup> Um grande exemplo é o direito de greve do servidor público (art. 37, VI/CF), que, durante anos, foi tido pelo STF como inviabilizado, mas, mesmo assim, se impôs na prática, por força dos fatores reais de poder que imperam na realidade constitucional.

<sup>294</sup> Diversos fatores podem obstar a chegada de uma questão constitucional até o STF, como, por exemplo, a falta de legitimidade ou a ausência de prequestionamento da matéria.

Legislativo, o que não autoriza excluí-las da realidade constitucional de funcionamento desse Poder<sup>295</sup>.

Nesse sentido, eis novamente a lição de Häberle:

Muitos problemas e diversas questões referentes à Constituição material não chegam à Corte Constitucional, seja por falta de competência específica da própria Corte, seja pela falta de iniciativa de eventuais interessados. Assim, a Constituição material “subsiste” sem interpretação constitucional por parte do juiz. Considerem-se as disposições dos regimentos parlamentares! Os participantes do processo de interpretação constitucional em sentido amplo e os intérpretes da Constituição desenvolvem, autonomamente, direito constitucional material. Vê-se, pois, que o processo constitucional formal não é a única via de acesso ao processo de interpretação constitucional<sup>296</sup>.

Por conseguinte, para que a Constituição não se torne uma simples folha de papel no vácuo, sem eco na realidade social, o que enfraqueceria sua força normativa, ela *não deve ser reduzida àquilo que operadores do direito dizem que ela é*, havendo de considerar, também, a opinião de segmentos sociais representativos sobre a realidade constitucional.

Reduzir a interpretação da Constituição à atuação isolada dos Ministros do STF não se afigura legítimo no contexto de uma sociedade pluralista, desconsiderando que muitos outros sujeitos interpretam e vivem a Constituição, afinal, como sobreleva Häberle:

O juiz constitucional já não interpreta, no processo constitucional, de forma isolada: muitos são os participantes do processo; as formas de participação ampliam-se acentuadamente. [...] Na posição que antecede a interpretação constitucional “jurídica” dos juízes (*Im Vorfeld juristischer Verfassungsverstehensinterpretation der Richter*), são

---

<sup>295</sup> MS 22503-3.

<sup>296</sup> *Hermenêutica constitucional...*, p. 42.

muitos os intérpretes, ou, melhor dizendo, todas as forças pluralista são, potencialmente, intérpretes da Constituição<sup>297</sup>.

A realidade empírica também conforma a Constituição e deve ser integrada na realidade constitucional, e, ante a pluralidade de intérpretes constitucionais, que vai muito além dos bacharéis em Direito, se afigura legítima a ampliação do círculo de intérpretes constitucionais, como proposto no presente estudo.

Esta proposta coaduna perfeitamente com o modelo de democracia pluralista instaurado pela Constituição brasileira e, mais do que isso, atua como fator de legitimação da própria atividade do Supremo Tribunal Federal.

Assim, se propõe que o STF insira outros agentes sociais, dotados de representatividade, no debate jurisdicional sobre a Constituição, o que, com toda certeza, pode ser viabilizado por intermédio da participação ativa do *amicus curiae*.

---

<sup>297</sup> Idem, p. 41.

## Capítulo V

### *AMICUS CURIAE E DEMOCRATIZAÇÃO DO DEBATE CONSTITUCIONAL*

#### 1. O que é o *Amicus Curiae*

As ponderações já feitas convergem para a democratização do debate constitucional, no sentido de se ampliar o círculo de intérpretes da Constituição, abrindo-se um canal de diálogo entre Tribunais e sociedade, mormente naquelas decisões do Supremo Tribunal Federal que interferem diretamente na conduta de muitos indivíduos.

A democratização do debate constitucional é algo salutar, que tem se verificado na própria jurisprudência da Colenda Corte brasileira, a partir de mananciais já fornecidos pela dogmática, nomeadamente a figura do *Amicus Curiae*, que, no dizer de Mauro Cappelletti, são “*autoridades, não com vestes de verdadeiras partes, mas de simples terceiros interessados em facilitar a tarefa dos juízes*”, que “*manifestam ao tribunal sua opinião sobre a questão de constitucionalidade surgida no caso concreto*”<sup>298</sup>.

---

<sup>298</sup> CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. 2. ed., reimpressão. Tradução de Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999, p. 103.

Etimologicamente, a expressão *amicus curiae* significa *friend of the court* (Amigo da Corte), e nesse sentido, valorizando o próprio étimo da expressão – amigo da cúria –, Fredie Didier Jr. o identifica como “*verdadeiro auxiliar do juízo*”, cujo objetivo “*é o de aprimorar ainda mais as decisões proferidas pelo Poder Judiciário*”<sup>299</sup>.

O Amigo da Corte, para Gustavo Binbenbojm é “*aquele que lhe presta informações sobre matéria de fato e de direito, objeto da controvérsia. Sua função é chamar a atenção dos julgadores para alguma matéria que poderia, de outra forma, escapar-lhe ao conhecimento*”<sup>300</sup>.

De fato, o *amicus curiae* há de ser visto como um auxiliar do julgador. Trata-se de um representante da sociedade que comparece no processo trazendo elementos para municiar os julgadores, ampliando os sujeitos processuais e pluralizando o debate da questão posta em julgamento.

## 2. Origem do Instituto

---

<sup>299</sup> DIDIER JR. Fredie. *Possibilidade de sustentação oral do Amicus Curiae*. Revista Dialética de Direito Processual (RDDP) nº 8, novembro de 2003, p. 34.

<sup>300</sup> BINENBOJM, Gustavo. *A Dimensão do Amicus Curiae no Processo Constitucional Brasileiro: requisitos, poderes processuais e aplicabilidade no âmbito do direito estadual*. Salvador: Instituto de Direito Público da Bahia, Revista Eletrônica de Direito do Estado, nº 1, janeiro, 2005, p. 3. Disponível em <[www.direitodoestado.com.br](http://www.direitodoestado.com.br)> Acesso em 20 de novembro de 2005. Nos dizeres de Guilherme Peña de Moraes “O *amicus curiae* consiste na admissão formal, no controle de constitucionalidade concentrado, de autoridades, órgãos ou entidades interessados na discussão sobre a validade da lei ou ato normativo impugnado pela ação direta de inconstitucionalidade, por causa da relevância da matéria e representatividade dos postulantes, com o efeito de atribuir caráter pluralista ao processo objetivo, franqueando ao Supremo Tribunal Federal decidir com pleno conhecimento dos diversos aspectos envolvidos na questão constitucional”. (MORAES, Guilherme Peña de. *Direito Constitucional. Teoria da Constituição*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003, p. 232).

O *amicus curiae* é um instituto de origem tipicamente norte-americano<sup>301</sup>, o que, acordando com a lição de Antonio do Passo Cabral, justifica-se pela matriz jurídica adotada naquele país<sup>302</sup>.

Como se sabe, nos Estados Unidos, onde é adotado o sistema do *common law*, vigora a prática dos *stare decisis*, de modo que decisões judiciais, em regra, vinculam casos semelhantes que venham ocorrer no futuro, assim alcançando terceiros que não participaram da lide judicial.

Daí, como destaca Antonio do Passo Cabral, “*surge então a necessidade de possibilitar que setores sociais diversos possam influenciar as decisões judiciais, ainda que não possuam interesse ou relação direta com o objeto do processo em que se manifestam*”<sup>303</sup>.

A participação do *amicus* no direito norte-americano encontra previsão expressa na Regra 37 do regimento interno da Suprema Corte daquele país, o qual permite a apresentação de memoriais por parte do amigo, que, como condição de ingresso no feito, precisa indicar as razões da intervenção, o interesse na causa, e, em regra, deve obter o consentimento das partes do processo<sup>304</sup>.

Antonio do Passo Cabral menciona que entes da Federação norte-americana, sociedades e associações civis, grupos de pressão, organizações não governamentais e outras entidades valem-se da previsão regimental como instrumento participativo,

---

<sup>301</sup> Antonio do Passo Cabral aduz que alguns autores associam a origem do *amicus* ao direito romano, mas reconhece que foi no direito norte-americano onde a figura se desenvolveu (CABRAL, Antonio 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 (Repro) 117, ano 29, setembro/outubro de 2004, p. 12. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais).

<sup>302</sup> CABRAL, Antonio do Passo. *Pelas Asas de Hermes...*, p. 12.

<sup>303</sup> *Ibidem*.

<sup>304</sup> A norma regente encontra-se no anexo do presente estudo.

sendo notória a participação de *amicus* em célebres casos da jurisprudência americana<sup>305</sup>.

Conforme o autor, no caso *Romer vs. Evans*, que discutia a constitucionalidade de lei estadual restritiva de posições jurídicas de indivíduos homossexuais, a atuação de um grupo de entidades, na qualidade de *amicus*, contribuiu decisivamente para o resultado do processo.

Adhemar Ferreira Maciel, sobre o tema, relata o caso *Gideon vs. Wainright*<sup>306</sup>, que teve participação decisiva de mais de 20 *amici* e atingiu repercussão ao ponto de escreverem um livro relatando o ocorrido<sup>307</sup>.

Julgado em 1963, esse caso conta a história de luta de um homem pobre contra a dureza da lei estadual da Flórida, que permitia a realização de julgamento criminal sem a assistência de advogado.

Na hipótese, Clarence Earl Gideon foi acusado, perante a Justiça da Flórida, de ter invadido domicílio, conduta tipificada como crime grave não punível com pena de morte, sendo que, pela lei daquele Estado, não era necessária a assistência técnica de advogado em processos que apuravam crimes não punidos com a pena capital<sup>308</sup>.

---

<sup>305</sup> CABRAL, Antonio do Passo. *Pelas Asas de Hermes...*, p. 12. Na mesma linha, Gustavo Binenbojm menciona que “É da tradição do constitucionalismo norte-americano a admissão da figura do *amicus curiae* em processos alçados ao conhecimento da Suprema Corte, quando em discussão grandes questões constitucionais do interesse de toda a sociedade. O ingresso dos *amici curiae* serve, assim, para pluralizar o debate que, no sistema americano, é originariamente travado apenas entre as partes no processo. No âmbito da Suprema Corte norte-americana, a intervenção do *amicus curiae* é prevista na Rule 37 do Regimento Interno da Corte – Brief for na *Amicus Curiae*”. (BINENBOJM, Gustavo. *A Dimensão do Amicus Curiae...*, p. 3).

<sup>306</sup> MACIEL, Adhemar Ferreira. *Amicus Curiae: um instituto democrático*. Revista de Processo (Repro) 106, ano 27, abril/junho de 2002, pp. 282 a 284.

<sup>307</sup> *Gideon's Trumpet*, escrito por Anthony Lewis, jornalista, jurista e professor da Faculdade de Direito da Universidade de Columbia.

<sup>308</sup> A Emenda 6 da Constituição norte-americana assegura ao acusado em processo penal o direito de arrolar testemunhas e de ter assistência de um advogado para sua defesa. Até 1963, quando do caso sob comento, a Suprema Corte entendia que esse preceito constitucional aplicava-se obrigatoriamente aos Tribunais Federais, mas que os Estados tinham autonomia para disciplinar a matéria em leis próprias. Daí que os Estados de

O acusado, por não possuir recursos para contratar um advogado, pediu ao Tribunal que lhe nomeasse defensor dativo, pleito não atendido ao argumento de que a única hipótese em que o Tribunal estaria obrigado a nomear defensor dativo seria no caso de acusação de crime punido com a pena capital, o que forçou Gideon a fazer pessoalmente sua defesa.

Condenado a 05 anos de prisão, ele impetrou habeas corpus perante a Suprema Corte da Flórida, insistindo que sua condenação sem assistência técnica feria a Constituição e o *Bill of Rights*, de aplicação compulsória aos Estados membros; mas novamente não obteve êxito.

Como último suspiro, Gideon impetrou um *writ of certiorari* junto à Suprema Corte norte-americana, que finalmente veio a acolher sua pretensão.

Logo de início, a Suprema Corte norte-americana, considerando que o acusado era uma pessoa pobre, nomeou-lhe um advogado dativo, o Dr. Abes Fortas, que anos mais tarde viria ser juiz daquele Tribunal.

Como *amicus curiae* a favor de Gideon, figuraram a União Americana das Liberdades Civis e outras entidades. Como *amicus curiae* em defesa da tese da não obrigatoriedade da presença de advogado, atuou um representante do Ministério Público do Alabama.

Ao final, após participação de cerca de 22 *amici*, alguns com contribuições decisivas, a Corte proferiu resultado favorável à Gideon, assentando a imprescindibilidade da participação de advogado em qualquer processo criminal.

---

Alabama, Flórida, Mississippi, Carolina do Norte e Carolina do Sul não previam a assistência de advogado em processos crimes punidos com pena não-capital.

Ainda na jurisprudência americana, tem-se, com Dworkin<sup>309</sup>, a importante participação de alguns *Amicus* no problemático caso *DeFunis*.

Na hipótese, um judeu, chamado *DeFunis*, candidatou-se a uma vaga na Faculdade de Direito da Universidade de Washington e foi recusado, ainda que suas notas fossem tão altas que ele teria facilmente sido admitido se fosse negro, filipino, chicano ou índio americano.

Diante da recusa, ele procurou o Judiciário pedindo que fosse declarado que a conduta da Universidade de Washington violava a Décima Quarta Emenda à Constituição americana, que assegura igual proteção aos homens perante as leis.

A Faculdade de Direito chegou a reconhecer que qualquer candidato de um grupo minoritário que tivesse obtido a mesma média que *DeFunis* teria sido aceito, bem como que foram aceitos candidatos pertencentes a esses grupos que tiveram média menor do que ele.

Habilitaram-se no processo, na qualidade de *amicus* em favor de *DeFunis*, a *Liga Antidifamação B'nai Brith* e a *American Federation of Labor and Congress of Industrial Organization*; contra ele, o *American Hebrew Woman's Council*, a *United Auto Workers* e a *United Metal Workers of America*.

Instaurado o debate na sociedade americana, a Suprema Corte daquele país terminou por não julgar o caso, porque a Faculdade reconheceu a possibilidade de *DeFunis* concluir o curso e se formar, qualquer que fosse o resultado final da demanda, o que levou o Tribunal a considerar que sua decisão sob a matéria não teria nenhuma conseqüência.

---

<sup>309</sup> *Levando os direitos a sério...*, p. 343 e ss.

Ouro famoso caso da história americana que contou com participações de *amigos da Corte* foi a tumultuada eleição presidencial de 2000, entre George W. Bush e Albert Gore Jr., que desaguou em dois processos na Suprema Corte do Estado da Flórida, nos quais se discutia a nulidade de milhares de votos de eleitores daquele Estado.

Nos casos *George W. Bush, et al. vs. Albert Gore, Jr., et al* (processo 00-949) e *Bush vs. Palm Beach County Canvassing Board, et al.* (processo 00-836), em que se discutia a recontagem manual de votos de eleitores na Flórida, diversos *amicus curiae brief's* foram juntados aos autos dos processos<sup>310</sup>.

No caso *George Bush vs. Albert Gore*, o Estado do Alabama e diversos eleitores da Flórida, capitaneados pelo eleitor William H. Haynes, apresentaram *amicus briefs* em favor de Bush.

No caso *George Bush vs Palm Beach*, apresentaram *amicus briefs* em favor de Bush a União Americana dos Direitos Civis, o Estado do Alabama, o Secretário do Estado do Alabama, o Advogado Geral<sup>311</sup> do Estado do Alabama e, ainda, diversos eleitores da Flórida, capitaneados por William H. Haynes.

Em suporte ao *Respondent Palm Beach*, atuaram a União americana das liberdades civis e os Estados de Iowa, California, Connecticut, Hawaii, Indiana, Maine, Maryland, Massachusetts, Montana, Nevada, New Mexico, Oklahoma, Oregon e Rhode Island.

---

<sup>310</sup> Dados obtidos junto à *American Bar Association*. Consultar <<http://www.abanet.org/>>, seção *Presidential Election Cases*, onde se encontram disponíveis todas as petições juntadas pelos *Amicus*. Acesso em 15.05.2006.

<sup>311</sup> O *Attorney General*, conforme Adhemar Ferreira Maciel é “uma mistura de secretário estadual da Justiça e Procurador-geral”. (MACIEL, Adhemar Ferreira. *Amicus Curiae: um instituto democrático...*, p. 283).

Como *amicus* neutros, intervieram a Legislatura da Flórida (*Florida's Legislature brief*), composta pelo Senado e pela Casa de Representantes, uma Organização nacional de *Sovereignty* (*Coalition for Local Sovereignty brief*), e um grupo de eleitores que se declaravam independentes, por não estarem associados a nenhum grupo político em particular (*Disenfranchised Voters in the USA brief*), capitaneados pelos eleitores Charles J. Weiler, Patrick J. McFadden e Gregory Apelain.

Apesar de toda a polêmica que os processos geraram na sociedade americana, o caso não chegou até a Suprema Corte porque, como consabido, Al Gore desistiu do pleito eleitoral em benefício de Bush.

Conclusivamente, o que se verifica, na prática do constitucionalismo norte-americano, é a efetiva participação de diversos segmentos da sociedade na qualidade de *amicus curiae* nos processos em que há relevante interesse social em discussão, instaurando-se um diálogo entre os Tribunais e a sociedade, revelando um interessante grau de legitimidade democrática.

### **3. O *Amigo do Juízo* no ordenamento jurídico brasileiro**

O ordenamento jurídico brasileiro reconhece o *Amigo do Juízo* em algumas passagens.

O primeiro diploma legal a reconhecer a presença do *novel* auxiliar é a lei 6.385, de 07.12.1976, que dispõe sobre o mercado de valores mobiliários e cria a Comissão de Valores Mobiliários (CVM).

Conforme o art. 31 da lei, a CVM será sempre intimada nos processos judiciais que tenham por objetivo matéria incluída na sua competência para, querendo, oferecer parecer ou prestar esclarecimentos, no prazo de quinze dias a contar da intimação.

Ao intervir no feito, a CVM atua como verdadeiro auxiliar do Juízo, oferecendo parecer técnico e esclarecendo questões de direito societário sujeitas, no plano administrativo, à sua competência<sup>312</sup>, não intervindo como assistente de qualquer das partes no processo, e não sendo preciso demonstrar interesse jurídico no resultado da demanda.

Em seguida, a lei 8.197/91, em seu artigo segundo, autorizou a União a intervir nas causas em que figurarem como autoras ou rés as autarquias, as fundações, as sociedades de economia mista e as empresas públicas federais.

Essa lei foi revogada lei 9.469/97, cujo art. 5º praticamente repetiu o dispositivo anterior, autorizando a União a intervir nas causas em que figurem como partes autarquias, fundações públicas, sociedades de economia mista e empresas públicas federais.

Acerca desse dispositivo, Athos Gusmão Carneiro enfatiza a possibilidade de a União intervir nos feitos sem precisar demonstrar interesse estritamente jurídico em

---

<sup>312</sup> No mesmo sentido, Fredie Didier Jr. salienta que “a intenção era de promover a intervenção a título de *amicus curiae* para esclarecer, ao Poder Judiciário, questões sobre o mercado de capitais”. (DIDIER JR. Fredie. *A intervenção judicial do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (art. 89 da lei federal 8.884/1994) e da Comissão de Valores Mobiliários (art. 31 da lei federal 6.385/1976)*. Revista de Processo (Repro) 115, ano 29, maio/junho de 2004, p. 159).

que a sentença venha a ser favorável à entidade assistida, afinal, “*se existente o interesse jurídico, o caso estaria já subsumido nas previsões do Código de Processo Civil*”<sup>313</sup>.

Desse modo, ainda com o autor, a intervenção da União se apresenta como uma peculiar modalidade de ingresso do *amicus curiae* na relação processual, ao qual é facultado, por mero interesse mediato e de natureza econômica, apresentar alegações em favor do “assistido” – autarquias, fundações públicas, empresas públicas federais, sociedades de economia mista federais – e juntar documentos e memoriais<sup>314</sup>.

Conforme ainda o parágrafo único do artigo 5º da lei 9.469/97, as pessoas jurídicas de direito público poderão intervir nas causas cuja decisão possa ter reflexos, independentemente da demonstração de interesse jurídico, para esclarecer questões de fato e de direito, podendo juntar documentos e memoriais reputados úteis ao exame da matéria.

Prosseguindo na visitação ao ordenamento jurídico brasileiro, a lei 8.884/94, que dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica, estabelece, no art. 89, que, nos processos judiciais em que se discuta a aplicação de qualquer dispositivo do diploma legal, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) deverá ser intimado para, querendo, intervir no feito na qualidade de assistente.

Em verdade, o vernáculo *assistente*, posto na lei, deve ser lido *cum grano salis*, pois o Cade atua como um auxiliar do Juízo, apresentando pareceres técnicos, estudos

---

<sup>313</sup> CARNEIRO, Athos Gusmão. *Da intervenção da União Federal como Amicus Curiae. Ilegitimidade para, nesta qualidade, requerer a suspensão dos efeitos de decisão jurisdicional. Leis 8.437/92, art. 4º, e 9.469/97, art. 5º*. Revista de Processo (Repro) 111, ano 28, julho/setembro de 2003, p. 251.

<sup>314</sup> Idem, p. 252.

e relatórios sobre infrações à ordem econômica, não sendo lhe exigido interesse jurídico para intervir, situação distinta da do assistente, que, conforme o art. 50/CPC, precisa demonstrar interesse jurídico na causa em que pleiteia intervenção.

Fredie Didier Jr.<sup>315</sup> comenta haverem dois tipos de demanda que podem versar sobre a aplicação da lei de prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica, que são os processos que envolvam litígios individuais (v.g., litígio entre duas grandes empresas de comércio de cerveja), e as causas coletivas que discutam questões relativas à concorrência.

No caso de litígio individual, não se imagina o Cade como assistente de quem quer que seja, não se tratando de assistência, mas sim de intervenção na qualidade de *amicus curiae*, para auxiliar o magistrado na solução de intrincadas questões concorrenciais, pois assistir a qualquer das partes implicaria tomar partido de interesse individual, fugindo da vetusta regra de impessoalidade da administração<sup>316</sup>.

Já no caso de litígio coletivo, o professor baiano entende que intervenção do Cade não será a título de *amicus curiae*, assemelhando-se à de um assistente litisconsorcial.

Indo adiante, a lei 9.784/99, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, prevê, no art. 31, que, quando a matéria do processo envolver assunto de interesse geral, o órgão competente poderá, mediante despacho

---

<sup>315</sup> DIDIER JR. Fredie. *A intervenção judicial do Conselho Administrativo de Defesa Econômica...*, p. 156.

<sup>316</sup> Idem, p. 156. A impropriedade da terminologia da lei, ao fazer referência à *assistência*, também é destacada por Alexandre Alves Lazzarini, para quem o Cadê tem um interesse jurídico genérico no feito, não de que o autor ou o réu tenham êxito na ação, o que desautoriza a assistência. Mais adiante este autor conclui que o Cade atuaria como perito do Juízo para verificar da ocorrência ou não de fatos que caracterizem práticas econômicas abusivas (LAZZARINI, Alexandre Alves. *A intervenção do CADE no processo judicial*. Revista de Processo (Repro) 105, ano 27, janeiro/março de 2002, pp. 246 e 249).

motivado, abrir período de consulta pública para manifestação de terceiros, antes da decisão do pedido, se não houver prejuízo para a parte interessada, sendo exato que, conforme o parágrafo único do mencionado artigo, pessoas físicas e jurídicas, após examinarem os autos, poderão oferecer alegações escritas.

Mais ainda, o art. 32 do mesmo diploma autoriza a autoridade competente, diante da relevância da questão, a realizar audiência pública para debates sobre a matéria do processo; também, *ex vi* do art. 33, os órgãos e entidades administrativas, em matéria relevante, poderão estabelecer outros meios de participação de administrados, diretamente ou por meio de organizações e associações legalmente reconhecidas.

A lei 10.259/01, que institui os Juizados Especiais Federais, ao tratar, no art. 14, do incidente de uniformização de interpretação de lei federal quando há divergência entre decisões sobre questões de direito material proferidas por Turmas Recursais na interpretação da lei, prescreve, no § 7º, que eventuais interessados, ainda que não sejam partes no processo, poderão se manifestar, no prazo de trinta dias.

O Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, no art. 321, § 5º, III, ao disciplinar o processamento do recurso extraordinário interposto no âmbito dos Juizados Especiais Federais, estatui que, em sendo deferida medida cautelar para determinar o sobrestamento, na origem, dos processos nos quais a controvérsia esteja estabelecida, terceiros, eventualmente interessados, ainda que não sejam partes no processo, poderão se manifestar no prazo de 30 dias, a contar da publicação da decisão concessiva da ordem.

Enfim, o projeto de lei que regulamenta o instituto da *repercussão geral* para fins de cabimento de recurso extraordinário<sup>317</sup>, acrescenta o art. 543-A ao CPC, cujo § 6º dispõe que o relator poderá admitir, na análise da repercussão geral, a manifestação de terceiros, subscrita por procurador habilitado, nos termos do regimento interno do STF.

É interessante notar que, em todas essas hipóteses, pluraliza-se o debate originariamente travado apenas entre as partes e o julgador, pois os diplomas legais referidos possibilitam que terceiros intervenham na causa independente de interesse jurídico, no sentido de municiar o julgador com informações relevantes, afeiçoando-se, portanto, como verdadeiros auxiliares do Juízo.

Nessa esteira, de abertura do debate jurisdicional para novos sujeitos processuais, as normas que regem os processos subjetivos e objetivos de controle de constitucionalidade também admitem a participação de auxiliares do Juízo, e isto será examinado um pouco mais adiante, em pontos específicos, com mais acuidade.

#### **4. Natureza jurídica do *Amicus Curiae***

Precisar a natureza jurídica do *amicus* é objeto de divergência doutrinária, notadamente em saber se a sua participação no processo se tipificaria como uma intervenção de terceiros.

---

<sup>317</sup> PL 6.648/06, aprovado pela Comissão de Constituição e Justiça do Senado. A repercussão geral como condição de viabilidade do recurso extraordinário foi inserida no § 3º do art. 102/CF pela Emenda 45.

De início, cabe fixar, com apoio na doutrina de Antonio do Passo Cabral, que o *amicus* não é parte no processo, “*pois não formula pedido, não é demandado ou tampouco titulariza a relação jurídica objeto do litígio*”<sup>318</sup>.

Ainda inicialmente, também não há de confundir a figura do *amicus curiae* com a figura do perito, pois há nítidas diferenças entre ambos, e Fredie Didier Jr. bem explicita isso em argumentos ora sintetizadas da seguinte forma:

- a) o perito tem a função clara de servir como instrumento de prova e, pois, de averiguar o substrato fático, ao passo que o *amicus* auxilia o magistrado na tarefa hermenêutica, municiando-o com elementos mais consistentes para que melhor possa aplicar o direito ao caso concreto.
- b) a intervenção do *amicus* pode se dar por solicitação própria, ao passo que o perito só participa do feito se houver provocação das partes ou do próprio magistrado.
- c) o perito se submete às exceções de suspeição e impedimento, o que não se verifica com o *amicus*.
- d) o *amicus* não recebe honorários profissionais, que, de outro modo, são pagos aos peritos<sup>319</sup>.

O processualista baiano distingue ainda a função desempenhada pelo *amicus* da função desempenhada pelo *custos legis*, pois, em regra, sua intervenção não é obrigatória; não atua como fiscal da qualidade das decisões, mas como mero auxiliar; e pode atuar em lides que não envolvam direitos indisponíveis<sup>320</sup>.

Antes de cogitar se enquadrar a manifestação do *amicus* como intervenção de terceiros, cabe observar que o *caput* do art. 7º da lei 9.868/99 veda, expressamente, a intervenção de terceiros no processo de ação direta de inconstitucionalidade, o que

---

<sup>318</sup> CABRAL, Antonio do Passo. *Pelas Asas de Hermes...*, p. 16. Fredie Didier Jr. salienta que a própria expressão “Amigo da Corte” revela que se está diante muito mais de um auxiliar do juízo do que de um postulante, sujeito parcial do processo com interesse específico em determinado resultado para o julgamento (DIDIER JR. Fredie. *Possibilidade de sustentação oral do Amicus Curiae*. Revista Dialética de Direito Processual (RDDP) nº 8, novembro de 2003, p. 34).

<sup>319</sup> DIDIER JR. Fredie. *Possibilidade de sustentação oral...*, p. 36.

<sup>320</sup> Idem, p. 37.

decorre da natureza objetiva do controle abstrato de normas, que não se destina à tutela de interesses subjetivos, senão que à higidez do sistema constitucional.

Nesse sentido, Dirley da Cunha Junior destaca que “*o terceiro, na condição de particular subjetivamente interessado não tem legitimidade para intervir nos processos de controle abstrato de constitucionalidade*”<sup>321</sup>.

Para Guilherme Peña de Moraes, a natureza do *amicus* é a de instituto de participação da sociedade na jurisdição constitucional, e não a de intervenção de terceiros, vez que “*o órgão ou entidade postulante não adquire a qualidade de parte, sequer acessória, bem como não há a possibilidade de repercussão na competência do órgão jurisdicional exercente do controle de constitucionalidade*”<sup>322</sup>.

Já Antonio do Passo Cabral entende que, diante do conceito puramente processual de terceiro, e da etimologia da palavra intervenção, a intervenção do *amicus* deve ser considerada como intervenção de terceiro, malgrado o disposto no art. 7º da lei 9.868/99, que veda *in expressis* a intervenção de terceiros no processo de ação direta de inconstitucionalidade<sup>323</sup>.

Para o autor, essa vedação legal deve ser compreendida como proibição do manejo das modalidades de intervenção previstas no CPC (arts. 50 a 80), o que não desconfigura o *amicus curiae* como espécie de intervenção de terceiros.

---

<sup>321</sup> CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *A intervenção de terceiros no processo de controle abstrato de constitucionalidade – a intervenção do particular, do co-legitimado e do amicus curiae na AdI, AdC e Adpf*. Em *Aspectos polêmicos e atuais sobre os terceiros no processo civil (e assuntos afins)*. Fredie Didier Jr./Teresa Arruda Alvim Wambier (coordenadores). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 150.

<sup>322</sup> MORAES, Guilherme Peña de. *Direito Constitucional. Teoria da Constituição*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003, p. 169.

<sup>323</sup> CABRAL, Antonio do Passo. *Pelas Asas de Hermes...*, p. 17.

Nesse caminho, ele define o *amigo da Corte* como um terceiro *sui generis* e classifica a intervenção dele no feito como intervenção atípica, distinguindo-a das modalidades típicas de intervenção de terceiros, previstas no CPC.

Indo adiante, aponta algumas diferenças entre as modalidades de intervenção previstas no CPC e a intervenção do *amicus curiae*, que podem ser assim resumidas:

a) a intervenção de terceiros altera subjetivamente a relação processual, originariamente existente entre juiz, autor e réu, ora para substituí-los, ora para acrescentar-lhes outros sujeitos, que passarão a integrar a relação processual existente ou formarão, *in simultaneous processus*, uma nova relação jurídica processual com uma das partes, transformando o terceiro em parte. Diferentemente, o *amicus curiae* não altera subjetivamente a relação processual e não se transforma em parte.

b) o interveniente típico precisa demonstrar interesse jurídico para ser admitido no feito, o que não ocorre com o *amicus*, cuja atuação decore da compreensão do relevante interesse público na jurisdição e da busca de permitir a participação política por meio do processo.

c) nas intervenções típicas, os terceiros são alcançados pela autoridade da coisa julgada, ficando impedidos de discutir a matéria em outro processo, tratando-se daquilo que se denomina “eficácia da intervenção”. Por seu turno, o *amicus curiae* não se sujeita a esta peculiar preclusão resultante da coisa julgada, podendo livremente discutir a matéria que motivou sua intervenção em outros processos<sup>324</sup>.

Particularmente, pondera-se cabível uma adequação na terceira diferença apontada pelo autor, pois, ao menos nos processos objetivos de controle de constitucionalidade, o *amicus* se submeterá sim à coisa julgada, pois, em tais demandas, a decisão do Supremo Tribunal produz eficácia subjetiva *erga omnes* e é dotada de efeito vinculante, *ex vi* do § 2º do art. 102/CF.

Na mesma linha defendida por Antonio do Passo Cabral, Carlos Gustavo Rodrigues del Pra sustenta que “*não há óbice a reconhecer a figura do amicus curiae*

---

<sup>324</sup> Idem, pp. 17 e ss.

como uma nova forma de intervenção de terceiros no direito brasileiro”<sup>325</sup>, e conclui que “a intervenção voluntária do *amicus curiae* constitui forma especial e, portanto, nova de intervenção de terceiros no direito processual civil”<sup>326</sup>.

Também Dirley da Cunha Junior define o *amicus* como um terceiro especial, que pode intervir no feito para auxiliar a Corte, para defender interesse objetivo relacionado à questão constitucional controvertida<sup>327</sup>.

Para Gustavo Binenbojm, o *amicus* é mais do que um mero colaborador informal, sendo um terceiro especial, com direito a ingressar formalmente na relação processual<sup>328</sup>.

De outro modo, Edgard Silveira Bueno Filho, considerando que a participação do *amicus* no feito só seria admitida pelo Tribunal se constatada sua representatividade, conclui que sua intervenção é uma forma qualificada de assistência<sup>329</sup>.

Particularmente, concorda-se que há de entender o *amicus* como um terceiro atípico, especial, cuja participação no feito independe de interesse jurídico, havendo de interpretar o § 2º do art. 7º da lei 9.868/99 como um proibitivo apenas das intervenções de terceiros previstas nos arts. 50 a 80/CPC.

Coadunando com este entendimento, a Emenda Regimental nº 15, de 30 de março de 2004, acrescentou o parágrafo terceiro ao art. 131 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, prevendo expressamente a possibilidade de intervenção de

---

<sup>325</sup> DEL PRÁ, Carlos Gustavo Rodrigues. *Breves considerações...*, p. 63.

<sup>326</sup> Idem, p. 78.

<sup>327</sup> CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *A intervenção de terceiros...*, p. 157.

<sup>328</sup> BINENBOJM, Gustavo. *A Dimensão do Amicus Curiae...*, p. 14.

<sup>329</sup> BUENO FILHO, Edgard Silveira. *Amicus Curiae – a democratização do debate nos processos de controle da constitucionalidade*. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, nº 14, julho/agosto, 2002, p. 8. Disponível em <[www.direitopublico.com.br](http://www.direitopublico.com.br)>. Acesso em 05 de dezembro de 2004.

terceiros no processo de controle concentrado de constitucionalidade, hipótese que há de ser entendida justamente como participação do terceiro auxiliar do Juízo, que é o *amigo da Corte*.

## 5. A participação do *Amicus Curiae* no controle de constitucionalidade

Cumprе delimitar, de início, que não se fará aqui – e nem é esta a pretensão – análise acurada do sistema brasileiro de controle de constitucionalidade, tema de per si merecedor de estudo aprofundado, que exorbita da proposta da presente pesquisa, consistente na análise da participação do *amicus curiae* nos processos judiciais de controle de constitucionalidade como fator de pluralização do debate constitucional.

Por seu turno, atentando sempre aos limites do estudo, é válido reavivar algumas noções elementares sobre o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade.

O Brasil adota um sistema de controle de constitucionalidade duplamente híbrido. Isto porque o controle, quanto ao sistema, é misto, realizado tanto por órgãos políticos<sup>330</sup> quanto por órgãos do Judiciário e, no que toca ao sistema de controle

---

<sup>330</sup> O Poder Legislativo faz controle preventivo e repressivo de constitucionalidade. No plano preventivo, o controle é exercido pelas Comissões de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados e do Senado Federal (art. 58/CF c.c art. 32, III/RICD c.c. art. 101/RISF) e pelo próprio Plenário das Casas. No plano repressivo, incumbe ao Congresso sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites da delegação legislativa (art. 49, V/CF). O Poder Executivo faz controle preventivo quando o Presidente veta um projeto de lei por considerá-lo inconstitucional (art. 66, §1º/CF). Já no que concerne ao controle repressivo, se tem entendido que o Executivo não faz o controle, podendo tão somente, por sua chefia, determinar aos seus órgãos subordinados que deixem de aplicar administrativamente as leis ou atos com força de leis que considerem inconstitucionais (Adi 221 MC, Moreira Alves, 22.10.93). Particularmente, considerando que *a Administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial* (Súmula 473/STF), acredita-se que o Executivo faz controle repressivo quando anula um ato eivado de vício de inconstitucionalidade.

judicial, contempla elementos dos dois grandes sistemas judiciais de controle, o difuso e o concentrado.

No sistema difuso, do *judicial review*, o controle é feito por qualquer órgão do Poder Judiciário, de maneira incidental, no caso concreto, visando tutelar o direito subjetivo da parte no processo, motivo pelo qual se identifica esse sistema como difuso, incidental, concreto ou subjetivo.

A competência difusa, conferida a qualquer órgão do Judiciário para apreciar a questão de constitucionalidade, tem como fundamento o poder de interpretação do magistrado, que, ao interpretar a lei diante de um caso concreto, tem o dever de cotejá-la com a Constituição e preservar a supremacia desta, que é a lei fundamental, hierarquicamente superior, exatamente como teorizou Alexander Hamilton no capítulo 78 dos artigos federalistas, em palavras assim traduzidas:

A Constituição é e deve ser considerada pelos juízes como lei fundamental; e como a interpretação das leis é a função especial dos tribunais judiciais, a eles pertence determinar o sentido da Constituição, assim como de todos os outros atos do corpo legislativo. Se entre estas leis se encontrarem algumas contraditórias, deve preferir aquela, cuja observância é um dever mais sagrado; que é o mesmo que dizer que a Constituição deve ser preterida a um simples estatuto; ou a intenção do povo à dos seus agentes<sup>331</sup>.

No modelo concentrado, o controle é feito por um único órgão do Poder Judiciário – o Tribunal Constitucional –, de maneira principal, em abstrato, visando tutelar objetivamente a higidez do sistema constitucional, razão porque o sistema é identificado como concentrado, principal, abstrato ou objetivo.

---

<sup>331</sup> HAMILTON, Alexander. *O federalista/Hamilton, Madison e Jay*. Tradução de Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Editora Líder, 2003, p. 460.

Com Mauro Cappelletti, tem-se que o fundamento desse sistema não reside no plano da mera interpretação e conseqüente aplicação ou não da lei, mas sim na doutrina da supremacia da lei e/ou da nítida separação dos poderes, com a exclusão de um poder de controle da lei por parte dos juízes comuns, que são incompetentes para conhecer, mesmo *incidenter tantum*, da validade das leis, devendo sempre ter como boas as leis existentes<sup>332</sup>.

No Brasil, o sistema de controle difuso encontra amparo no art. 102, III/CF, que atribui competência ao Supremo Tribunal Federal para processar e julgar, em grau de recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância que envolvam questões de constitucionalidade; mas, para que o apelo chegue até a Excelsa Corte, é preciso que a questão constitucional tenha sido discutida nas instâncias inferiores (Súmulas 282 e 356/STF).

O sistema de controle concentrado tem amparo nos arts. 102, I, “a”, 102, § 1º e 103, § 2º/CF, que prevêm, respectivamente, a ação direta de inconstitucionalidade e a declaratória de constitucionalidade, a argüição de descumprimento de preceito fundamental e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão.

Vale ressaltar, pois dentro do âmbito da presente pesquisa, que, no Brasil, em todos os processos aonde se discuta questão de constitucionalidade, quer na via difusa quer nas ações típicas de controle concentrado, há a possibilidade de participação, no feito, de terceiros desprovidos de interesse jurídico, que atuam como auxiliares do Juízo.

---

<sup>332</sup> CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. 2. ed., reimpressão. Tradução de Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999, p. 84.

Pela via difusa, o processamento da questão de constitucionalidade nos Tribunais deve seguir o procedimento estabelecido nos arts. 480 *usque* 482/CPC, segundo os quais, argüida a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, junto ao órgão fracionário, o relator, ouvido o Ministério Público, submeterá a questão aos seus pares, que, acolhendo o incidente, submeterão a matéria ao Tribunal Pleno, em atenção à *reserva de plenário*<sup>333</sup>.

Recebido o incidente pelo Plenário, os legitimados para propositura da ação direta de inconstitucionalidade<sup>334</sup> poderão se manifestar no processo por escrito sobre a questão constitucional, apresentando memoriais ou juntando documentos.

Além disso, o relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, poderá admitir, por despacho irrecorrível, a manifestação de outros órgãos ou entidades, os quais atuarão como auxiliares do Juízo, i.é., como *amicus curiae*<sup>335</sup>.

Todavia, no julgamento do habeas corpus 82.959, no qual a Suprema Corte declarou a inconstitucionalidade da lei de crimes hediondos<sup>336</sup> naquilo que veda a progressão de regime, o Ministro Marco Aurélio, relator, indeferiu a habilitação, como *amicus*, da *Conectas Direitos Humanos* e do *Instituto Pro Bono*, ao argumento de

---

<sup>333</sup> Pela *cláusula de reserva de plenário*, prevista no art. 97/CF, os tribunais somente poderão declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial, daí a necessidade de o órgão fracionário submeter o incidente de constitucionalidade ao Tribunal Pleno. Esta *cláusula foi* introduzida no sistema brasileiro pela Constituição de 1934, com vistas a dar maior legitimidade às decisões de inconstitucionalidade proferidas pelo Judiciário. Destaque que ela é dispensada quando já houver pronunciamento do Plenário ou do órgão especial do próprio Tribunal ou do plenário do STF sobre a matéria, nos moldes do parágrafo único do art. 481/CPC. Demais, também não é aplicada no âmbito dos Juizados Especiais (RE 453744AgR).

<sup>334</sup> Art. 103/CF.

<sup>335</sup> Sobre a participação do *Amicus* em sede de controle incidental, Guilherme Peña de Moraes observa que “o procedimento de argüição de inconstitucionalidade admite o *amicus curiae*, traduzido como admissão formal, no processo de controle incidental, de órgãos ou entidades interessadas na discussão sobre a constitucionalidade de determinada norma jurídica”. (MORAES, Guilherme Peña de. *Direito Constitucional. Teoria da Constituição*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003, p. 169).

<sup>336</sup> Lei 8.072/90.

descaber a intervenção em habeas corpus, ainda que em benefício do impetrante. Eis o sumo da decisão:

HABEAS CORPUS. INTERVENÇÃO DE TERCEIROS.  
IMPROPRIEDADE. INDEFERIMENTO. MEMORIAL.  
RECEBIMENTO.

1. Eis as informações prestadas pelo Gabinete:

Conectas Direitos Humanos e Instituto Pro Bono requerem as respectivas admissões, na qualidade de *amicus curiae*, no habeas corpus acima citado, bem como o deferimento de sustentação oral. Alternativamente, pleiteiam o recebimento da petição como memorial.

Registro a remessa do processo ao Gabinete da ministra Ellen Gracie, ante o pedido de vista formulado, e a previsão de reinício, em 15 de fevereiro de 2006, do julgamento.

2. Descabe implementar a intervenção de terceiros em habeas corpus, pouco importando que se faça em benefício do paciente, cujos interesses estão sendo defendidos mediante impetração própria.

3. Indefiro o pleito.

4. Recebo a peça apresentada como memorial, devendo ser encaminhada cópia ao Gabinete da ministra Ellen Gracie ante o pedido de vista.

5. Publique-se.

Brasília, 4 de fevereiro de 2006.

Pondera-se que essa decisão se afigura destoante da legislação de regência, pois, a par da tutela do direito de liberdade, o processo envolvia incidente de constitucionalidade de uma lei, atraindo, assim, os arts. 480 *usque* 482/CPC, que, como visto, permitem a admissão no feito de outros órgãos ou entidades.

Ademais, a admissão no feito daquelas entidades ensejaria uma pluralização do debate constitucional, o que seria extremamente democrático e saudável aos próprios julgadores, considerando que o tema debatido possuía enorme repercussão jurídica e social.

O paradoxal é que, em momento anterior, no julgamento do habeas corpus 82.424, caso Siegfried Ellwanger, que não evolvia incidente de constitucionalidade, o Tribunal admitiu a participação de *amicus* no processo.

Nesse caso, o Supremo discutiu se a prática do anti-semitismo poderia ser enquadrada como prática de racismo, o que atrairia a cláusula de imprescritibilidade do delito, prevista no art. 5º, XLII/CF.

O paciente havia sido condenado pela Justiça do Estado do Rio Grande do Sul pela prática de racismo, por ter publicado livros fazendo apologia de idéias preconceituosas e discriminatórias contra a comunidade judaica.

O Ministro Moreira Alves, relator originário, defendendo que o crime não teria sido praticado contra uma raça, mas sim contra um povo - o judeu -, proferiu voto no sentido da não extensão, à prática anti-semita, da imprescritibilidade prevista no texto constitucional para o caso de racismo e, reconhecendo a prescrição da pretensão punitiva do delito no caso concreto, deferiu a ordem de habeas corpus.

Na mesma linha, o Ministro Marco Aurélio também deferiu a ordem por reconhecer a prescrição da pretensão punitiva do delito. A ordem foi igualmente deferida pelo Ministro Ayres Britto, só que este por entender que havia atipicidade da conduta.

Ocorre que os três Ministros foram vencidos, tendo o Tribunal, ao final, por maioria, indeferido o habeas, ao entendimento de que a prática anti-semita deveria ser considerada uma prática racista, imprescritível, portanto.

O processo contou com a participação de alguns juristas renomados, que, na qualidade de *amicus curiae*, juntaram aos autos estudos técnicos divergindo da posição sustentada pelo relator, que contribuíram para a formação do posicionamento final da Corte, a exemplo do parecer do Professor Celso Lafer, invocado expressamente pelos Ministros Mauricio Corrêa, Celso de Mello e Gilmar Mendes em seus respectivos votos.

No plano do controle concentrado, a lei 9.868/99, que regula os processos da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade, estabelece, no art. 7º, § 2º, que o relator poderá admitir a manifestação, no processo, de outros órgãos ou entidades que detenham representatividade.

Mais ainda, o parágrafo primeiro do artigo nono faculta ao relator realizar audiência pública para esclarecer matéria ou circunstância de fato ou para sanar insuficiência de informações existentes nos autos, oportunidade em que serão ouvidas pessoas com experiência e autoridade na matéria.

Comentando essa lei, Gustavo Binbenbojm salienta que:

o propósito do art. 7º, § 2º da Lei é claramente o de pluralizar o debate constitucional, permitindo que o Tribunal venha a tomar conhecimento, sempre que julgar relevante, dos elementos informativos e das razões constitucionais daqueles que, embora não tenham legitimidade para deflagrar o processo, serão destinatários diretos ou mediatos da decisão a ser proferida. Visa-se, ademais, a alcançar um patamar mais elevado de legitimidade nas deliberações do Tribunal Constitucional, que passará formalmente a ter o dever de apreciar e dar a devida consideração às interpretações constitucionais que emanam dos diversos setores da sociedade<sup>337</sup>.

---

<sup>337</sup> BINENBOJM, Gustavo. *A Dimensão do Amicus Curiae no Processo Constitucional Brasileiro: requisitos, poderes processuais e aplicabilidade no âmbito do direito estadual*. Salvador: Instituto de Direito Público da Bahia, Revista Eletrônica de Direito do Estado, nº 1, janeiro, 2005, p. 4. Disponível em <www.direitodoestado.com.br> Acesso em 20 de novembro de 2005.

Na mesma linha da lei 9.868/99, a lei 9.882/99, disciplinadora do processo da arguição de descumprimento de preceito fundamental, prescreve, no art. 6º, § 1º, que o relator pode realizar audiência pública para obter declarações de pessoas com autoridade na matéria, propiciando, assim, a abertura do debate constitucional para com outras pessoas além dos 11 Ministros integrantes da Corte.

Sobreleve que, antes mesmo da positivação operada pela lei 9.868/99, o STF já havia admitido a participação do *amicus* em demandas objetivas, por meio de juntada de memoriais.

Em 1994, no julgamento da Adi 748-4, o Ministro Celso de Mello, monocraticamente, permitiu a juntada aos autos do processo de um memorial preparado por um colaborador informal, e sua decisão foi confirmada pelo Pleno em julgamento de agravo regimental.

Neste caso, o Governador do Estado do Rio Grande do Sul ajuizou Adi impugnando decreto legislativo editado pela Assembléia gaúcha, cuja promulgação havia implicado na suspensão da eficácia de um decreto editado pelo chefe do Executivo, que dispunha sobre o calendário rotativo escolar na rede estadual de ensino, e o Pleno do Supremo deferiu cautelar suspendendo a execução do decreto parlamentar.

Quando os autos já se encontravam com o Advogado-Geral da União, o Presidente da Comissão de Justiça da Assembléia Legislativa do Estado do Rio Grande do Sul encaminhou aos autos um expediente contendo estudos técnicos e pareceres sobre o impacto pedagógico representado pela implantação do calendário rotativo escolar, e ainda um relatório referente a auditoria promovida pelo Tribunal de Contas

local acerca dos resultados alcançados pela medida instituída, vindo o Ministro Celso de Mello, relator, a determinar a juntada, por linha, da documentação.

Ante o teor do despacho, o Governador do Estado fez um “*pedido de reconsideração ou agravo regimental*”, sustentando a impossibilidade jurídica de manter-se nos autos a referida documentação, ainda que por linha, pois a Comissão requerente seria apenas um órgão interno da Assembléia, não possuindo legitimidade para juntar documentos nos autos.

Processado o pedido como agravo regimental, o Plenário da Corte, por unanimidade confirmou a decisão do relator, em ementa assim enunciada:

ACÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - INTERVENÇÃO ASSISTENCIAL - IMPOSSIBILIDADE - ATO JUDICIAL QUE DETERMINA A JUNTADA, POR LINHA, DE PECAS DOCUMENTAIS - DESPACHO DE MERO EXPEDIENTE - IRRECORRIBILIDADE - AGRAVO REGIMENTAL NÃO CONHECIDO. - O processo de controle normativo abstrato instaurado perante o Supremo Tribunal Federal não admite a intervenção assistencial de terceiros. Precedentes. *Simples juntada, por linha, de peças documentais apresentadas por órgão estatal que, sem integrar a relação processual, agiu, em sede de ação direta de inconstitucionalidade, como colaborador informal da Corte (amicus curiae)*: situação que não configura, tecnicamente, hipótese de intervenção *ad coadjuvandum*. - Os despachos de mero expediente - como aqueles que ordenam juntada, por linha, de simples memorial expositivo -, por não se revestirem de qualquer conteúdo decisório, não são passíveis de impugnação mediante agravo regimental (CPC, art. 504). (ADI-AgR 748/RS; Relator(a): Min. CELSO DE MELLO; Julgamento: 01/08/1994; Órgão Julgador: TRIBUNAL PLENO; Publicação: DJ 18-11-1994 PP-31392 EMENT VOL-01767-01 PP-00010)<sup>338</sup>.

Aliás, muito bem antes disso, em 3.5.67, no julgamento da Representação 700, sob a relatoria do Ministro Victor Nunes, o Supremo chegou a admitir a presença de *amicus curiae* no processo. Naquela oportunidade, o Ministro Aliomar Baleeiro,

---

<sup>338</sup> Grifos não constantes do original.

inclusive, cogitou da necessidade de inserir previsão expressa no regimento da Corte sobre a participação do *amigo*, *verbis*:

Sr. Presidente, antes de iniciar-se a sessão de ontem, conversei com o eminente Ministro Victor Nunes – cujos labores para a reforma do Regimento Interno todos nós louvamos e apreciamos – e discutimos a propósito de o novo Regimento admitir, como faculdade e debaixo da cláusula de relevância, a critério do Presidente da Casa, a figura do amicus curiae, como existe na Côrte Suprema dos Estados Unidos.

Em tempos recentes, tem sido freqüente a admissão, por parte do Supremo, de *amicus* nos processos objetivos, sendo oportuno destacar alguns casos de grande relevo social.

Na Adi 1127, na qual foi discutida a constitucionalidade de diversos dispositivos do Estatuto da OAB, o Supremo enfrentou, detalhadamente, argumentos levados à discussão por colaboradores informais, no caso, um memorial apresentado pela OAB e quatro pareceres elaborados por juristas renomados, José Afonso da Silva, Paulo Bonavides, Luis Roberto Barroso e Carmem Lúcia Antunes Rocha, hoje Ministra da Corte.

Na Adi 3345, que discutiu a constitucionalidade da Resolução do TSE que fixou o número de Vereadores de todos os Municípios brasileiros em conformidade com a decisão do Supremo no caso *Mira Estrela*<sup>339</sup>, o Partido Socialista Brasileiro (PSB) participou do debate na qualidade de *amicus curiae*, inclusive com direito de realizar sustentação oral, conforme decisão do Ministro Celso de Mello, relator<sup>340</sup>.

---

<sup>339</sup> RE 197.917.

<sup>340</sup> Eis o teor da decisão: “Admito, na condição de “*amicus curiae*”, o Partido Socialista Brasileiro - PSB (fls. 305), eis que se acham atendidas, na espécie, as condições fixadas no art. 7º, § 2º, da Lei nº 9.868/99. Proceda-se, em consequência, às anotações pertinentes. Após, voltem-me conclusos os presentes autos. 2. Assinalo, por necessário, que, em face da decisão plenária proferida em questão de ordem suscitada na ADI 2.777/SP, Rel. Min. CEZAR PELUSO (DJU de 15/12/2003, p. 5), o “*amicus curiae*”, uma vez formalmente admitido no

Na Adi 3685, na qual se discutiu a constitucionalidade da Emenda Constitucional 52, a Suprema Corte, numa perspectiva pluralista, ampliou os sujeitos do debate constitucional, admitindo o ingresso no feito, na qualidade de *amicus curiae*, de entes representativos da sociedade.

No caso, a Emenda Constitucional 52, publicada em 09.03.2006, alterou a redação do art. 17 da Constituição, pondo fim à verticalização das coligações partidárias para os certames eleitorais.

Como a modificação se deu em pleno ano eleitoral, houve discussão se a nova regra seria aplicada ao pleito eleitoral a ocorrer em outubro daquele ano, considerado o art. 16 da Constituição, que estabelece que a lei que alterar o processo eleitoral não se aplica às eleições que ocorram até um ano antes da data de sua vigência.

O Conselho Federal da OAB propôs, então, uma ação direta de inconstitucionalidade, que, considerada a relevância da matéria tratada, seguiu o rito do art. 12 da lei 9.868/99, que permite a abreviação do procedimento e o julgamento direto da ação.

Na sessão de julgamento, o Tribunal, por unanimidade, admitiu no feito, como *amicus curiae*<sup>341</sup>, a Assembléia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro, o Partido do Movimento Democrático Brasileiro (PMDB), o Partido da Frente Liberal (PFL), o Partido Democrático Trabalhista (PDT) e o Partido Popular Socialista (PPS).

---

processo de fiscalização normativa abstrata, tem o direito de proceder à sustentação oral de suas razões, observado, no que couber, o § 3º do art. 131 do RISTF, na redação conferida pela Emenda Regimental nº 15/2004. Publique-se. Brasília, 23 de agosto de 2005”.

<sup>341</sup> DJ 31.03.2006.

Na oportunidade, dois advogados realizaram sustentação oral pelos *amici*, um pela Assembléia Legislativa carioca e outro pelos partidos políticos.

No mérito, após ouvir as considerações dos auxiliares do Juízo, a Corte, por maioria, realizou uma interpretação conforme e julgou procedente a ação, fixando que a verticalização das coligações partidárias seria mantida para as eleições de 2006.

Também na ADC 12, que discute a validade constitucional da Resolução 7/2005 do Conselho Nacional de Justiça, ampliou-se de maneira relevante o numero de partícipes do debate constitucional.

O Conselho Nacional de Justiça, em 18.10.2005, editou a Resolução 7/2005, publicada no DJ 14.11.2005, vedando a prática do nepotismo no âmbito de todos os órgãos do Poder Judiciário e fixando prazo de 90 dias para que os Presidentes dos Tribunais promovessem a exoneração dos ocupantes de cargo de provimento em comissão e de funções gratificadas que se enquadrassem nas situações previstas no ato normativo.

A Resolução foi objeto de grande discussão nos segmentos sociais, tendo encontrado resistência em diversos setores, principalmente por aqueles que foram diretamente atingidos pelo diploma legal, que se viram na iminência de serem destituídos dos cargos ou perderem as gratificações.

Ante a controvérsia que se instaurou sobre a constitucionalidade da norma, inclusive judicial, pela via difusa, a Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB) propôs uma ação declaratória de constitucionalidade, visando paralisar a discussão generalizada.

O Ministro Carlos Ayres Britto, relator, admitiu o ingresso no feito, na qualidade de *amicus curiae*, do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, do Sindicato dos Trabalhadores do Poder Judiciário e do Ministério Público da União no Distrito Federal, do Conselho Federal da OAB e da Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho (ANAMATRA).

Na sessão de julgamento da medida liminar, realizada em 16.02.2006, dois advogados realizaram sustentação oral em nome dos *amici*, um pela OAB e pela ANAMATRA e outro pelo TJ/RJ.

No mérito, o Tribunal, por maioria, deferiu a medida para impedir que juízes e tribunais venham a proferir decisões que impeçam ou afastem a aplicabilidade da Resolução e para suspender, com eficácia *ex tunc*, os efeitos das decisões já proferidas, no sentido de afastar ou impedir a sobredita aplicação.

O processo continua tramitando e o relator admitiu no feito, como novos *amici*<sup>342</sup>, a Federação Nacional dos Trabalhadores do Judiciário Federal e Ministério Público da União (FENAJUFE) e a Associação Nacional dos Magistrados Estaduais (ANAMAGES).

É de sobrelevar a postura democrática e pluralista da Suprema Corte em todos esses casos, de grande repercussão social, abrindo suas portas e se dispondo a debater a matéria com importantes segmentos sociais, como o Conselho Federal da OAB, partidos políticos, Tribunais, Sindicatos e Associações, que foram admitidos nos processos na qualidade de *auxiliares dos julgadores*.

---

<sup>342</sup> DJ 24.02.2006.

Na célebre Adpf 54, na qual se discute a antecipação terapêutica do parto no caso de menor anencéfalo, diversas entidades<sup>343</sup> postularam admissão no feito na qualidade de *amicus*.

Inicialmente, o relator da ação, Ministro Marco Aurélio, indeferiu a admissão dos postulantes. Entretanto, em momento posterior<sup>344</sup>, acompanhando opinativo do Procurador-Geral da República, mudou seu entendimento, designando a realização de audiência pública para ouvir os postulantes, assim ampliando os participantes do debate constitucional.

Esta ação instaurou grande controvérsia na sociedade, que tem discutido a questão com frequência, principalmente, mas não apenas, no meio médico e no meio jurídico.

No caso, postula-se uma interpretação conforme para declarar a inconstitucionalidade da tipificação criminal da conduta da antecipação terapêutica do parto em casos de gravidez de fetos portadores de anencefalia e o reconhecimento do direito subjetivo da gestante de realizar tal procedimento sem necessidade de autorização judicial ou de qualquer outra forma de permissão específica do Estado.

Em julgamento monocrático em 01.07.2004 (Info 354/STF), o Ministro Marco Aurélio, relator, deferiu medida liminar *ad referendum* do Plenário, determinando o sobrestamento dos processos em curso e decisões não transitadas em julgado nos quais

---

<sup>343</sup> Requereram admissão no processo na qualidade de *amicus curiae*: Conferência Nacional dos Bispos do Brasil, Católicas pelo Direito de Decidir, Associação Nacional Pró-vida e Pró-família, Associação de Desenvolvimento da Família, Federação Brasileira de Ginecologia e Obstetrícia, Sociedade Brasileira de Genética Clínica, Sociedade Brasileira de Medicina Fetal, Conselho Federal de Medicina, Rede Nacional Feminista de Saúde, Direitos Sociais e Direitos Representativos, Escola de Gente, Igreja Universal, Instituto de Biotécnica, Direitos Humanos e Gênero e o deputado federal José Aristodemo Pinotti, este último em razão da especialização em pediatria, ginecologia, cirurgia e obstetrícia e na qualidade de ex-Reitor da Unicamp, onde fundou e presidiu o Centro de Pesquisas Materno-Infantis de Campinas - CEMICAMP.

<sup>344</sup> DJ 05.10.2004.

se discutisse a matéria, e reconhecendo o direito constitucional da gestante de submeter-se à antecipação terapêutica do parto de menor anencéfalo.

Os efeitos da decisão alcançaram enorme parcela da sociedade, principalmente as gestantes de baixa renda, que não possuem recursos para pleitear autorização judicial para realização do aborto e tampouco para realizar o procedimento em hospitais mais qualificados, terminando por fazê-lo de maneira clandestina.

Dada sua abrangência social, a decisão passou a ser amplamente discutida por diversos segmentos da sociedade, inclusive pela Imprensa.

No meio médico, os Conselhos de Medicina do Brasil realizaram diversos seminários para discutir o tema. Também o Conselho Federal da OAB se pronunciou expressamente sobre a matéria, por intermédio de parecer oficial, da lavra do então Conselheiro Federal e Professor de Direito Constitucional da Universidade Federal da Bahia, Arx da Costa Tourinho, no qual se defende a realização da antecipação terapêutica do parto<sup>345</sup>.

Em 20.10.2004, o Plenário do Supremo, resolvendo questão de ordem no sentido de assentar a adequação da Adpf como instrumento processual idôneo para o caso, decidiu, por maioria, revogar parcialmente a liminar, ficando vencidos os Ministros Carlos Ayres Britto, Celso de Mello e Sepúlveda Pertence.

Na espécie, referendou-se a liminar no que toca ao sobrestamento dos processos em curso e decisões ainda não transitadas em julgados e revogou-se o capítulo da

---

<sup>345</sup> TOURINHO, Arx da Costa. *Parecer da ordem dos Advogados do Brasil sobre a questão da antecipação terapêutica do parto do menor anencéfalo*. Brasília, Sessão Plenária de 16 de agosto de 2004. Disponível também em *Anencefalia e Supremo Tribunal Federal / Conselho Regional de Medicina do estado da Bahia* (Credeb). Brasília: Letras Livres, 2004.

decisão que reconhecia o direito constitucional da gestante de realizar a antecipação do parto<sup>346</sup>.

O processo está em curso e a audiência pública aguarda data para realização. A questão constitucional encontra-se em aberto e os debates sociais sobre a matéria continuam, donde emerge a relevância democrática da audiência pública a ser realizada, com a participação de segmentos da sociedade, ampliando os sujeitos do debate constitucional.

Vale destacar que, em todos esses casos, outras vozes que não as dos Ministros do STF ecoam pelo *Castelo do Saber* e o debate constitucional é democratizado, e nada mais salutar, afinal, por serem processos objetivos, não se analisam interesses subjetivos particularizados, mas se tutela um interesse de toda a coletividade, que será alcançada pela decisão.

Por essa razão, Gustavo Binenbojm ressalta tratar-se de *“inovação bem inspirada, que se insere no contexto de abertura da interpretação constitucional no*

---

<sup>346</sup> Decisão publicada no D.J e no D.O.U. (Lei nº 9.882, de 03/12/1999) [DJ Nr. 208 - 28/10/2004 - Ata Nr. 30 - Relação de Processos](#) Decisão: Após o voto do Senhor Ministro Marco Aurélio, Relator, resolvendo a questão de ordem no sentido de assentar a adequação da ação proposta, pediu vista dos autos o Senhor Ministro Carlos Britto. Em seguida, o Tribunal, acolhendo proposta do Senhor Ministro Eros Grau, passou a deliberar sobre a revogação da liminar concedida e facultou ao patrono da argüente nova oportunidade de sustentação oral. Prosseguindo no julgamento, o Tribunal, por maioria, referendou a primeira parte da liminar concedida, no que diz respeito ao sobrestamento dos processos e decisões não transitadas em julgado, vencido o Senhor Ministro Cezar Peluso. E o Tribunal, também por maioria, revogou a liminar deferida, na segunda parte, em que reconhecia o direito constitucional da gestante de submeter-se à operação terapêutica de parto de fetos anencefálicos, vencidos os Senhores Ministros Relator, Carlos Britto, Celso de Mello e Sepúlveda Pertence. Votou o Presidente, Ministro Nelson Jobim. Falaram, pela argüente, o Dr. Luís Roberto Barroso e, pelo Ministério Público Federal, o Dr. Cláudio Lemos Fonteles, Procurador-Geral da República. Plenário, 20.10.2004.

*país, permitindo que os indivíduos e grupos sociais participem ativamente das decisões do Supremo Tribunal Federal que afetem a seus interesses*”<sup>347</sup>.

Deste modo, cabe afirmar, desde já, que a participação do *amicus curiae* nos processos de controle de constitucionalidade, ao ampliar os sujeitos atuantes na discussão da questão constitucional, é um fator de democratização do debate constitucional e de legitimação dos pronunciamentos do Supremo Tribunal Federal.

## **6. A admissibilidade do *Amicus* nos processos objetivos**

O art. 7º, § 2º da lei 9.868/99 estabelece, como requisito para admissão do *amicus* no feito objetivo de constitucionalidade, a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, a serem auferidas por despacho irrecorrível do relator.

Mencionado dispositivo permite que se faça uma filtragem acerca da participação do terceiro especial no processo, exigindo uma espécie de pertinência temática, que, nas palavras do Ministro Celso de Mello<sup>348</sup>, representa uma relação de pertinência entre o objeto social da instituição postulante e o tema constitucional posto, ou seja, é o nexó objetivo entre a matéria objeto de discussão e as atividades desenvolvidas pelo interveniente.

O controle de admissibilidade do *amicus curiae* no processo constitucional afigura-se razoável, pois evita tumulto processual, permitindo que se evite a

---

<sup>347</sup> BINENBOJM, Gustavo. *A Dimensão do Amicus Curiae* ..., p. 3.

<sup>348</sup> Adi 305.

participação, no feito, de terceiros que não guardem representatividade sobre a matéria.

A habilitação de órgãos ou entidades sem a qualificação necessária não traria nenhum benefício ao debate jurisdicional e procrastinaria o andamento da ação injustificadamente; por isto, como afirma Häberle, “*a Corte Constitucional deve controlar a participação leal (faire Beteiligung) dos diferentes grupos na interpretação da Constituição*”<sup>349</sup>.

Mas, considerando a natureza democrática do instituto, o controle da admissibilidade há de ser o mais objetivo possível, não recaindo em arbítrio ou subjetivismo do relator, sempre atentando à necessidade de pluralizar o debate constitucional, notadamente em demandas cujo resultado interfere diretamente na conduta de considerável parcela da sociedade.

Pela lei, o controle de admissibilidade é feito pelo relator, emergindo a interessante questão de saber se o Plenário pode controlar a decisão monocrática, mormente porque a caligrafia do dispositivo legal indica que o despacho<sup>350</sup> é irrecorrível.

Na opinião de Gustavo Binenbojm, a previsão de irrecorribilidade se aplica apenas às decisões de conteúdo positivo, e isto porque “*o dispositivo menciona expressamente apenas como despacho irrecorrível a decisão que admite a manifestação do amicus curiae*”, de forma a que “*As decisões de cunho negativo –*

---

<sup>349</sup> HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional...*, p. 46.

<sup>350</sup> *Rectius*: trata-se de decisão interlocutória, e, não, de despacho de mero expediente, tendo em vista o eminente caráter decisório do ato judicial.

*indeferitórias do ingresso formal do amicus – podem, à evidência, ser impugnadas pelo interessado através do recurso cabível de agravo regimental<sup>351</sup>”.*

Além do argumento literal, o comentado autor fornece mais outros três para justificar a recorribilidade da decisão de conteúdo negativo, os quais, em síntese, são os seguintes:

a) um primeiro argumento, extraído da regra hermenêutica de que exceções se interpretam restritivamente, aduz que, como a regra é a recorribilidade das decisões, a irrecorribilidade deve ser interpretada restritivamente, de modo a alcançar apenas as decisões de conteúdo positivo.

b) um segundo argumento, extraído da lógica e da sistemática processual, aduz que, ao contrário das decisões de conteúdo positivo, a decisão denegatória do ingresso do *amicus* no feito causa um agravo específico ao postulante, sendo certo que, sofrendo ele um agravo ao seu direito, há de lhe ser reconhecido o direito de obter pronunciamento do colegiado sobre sua postulação.

c) um terceiro argumento, extraído da filtragem constitucional, aduz que, em prestígio ao contraditório, a ampla defesa e ao devido processo legal, há que se dar ao dispositivo legal a inteligência mais benéfica aos postulantes, permitindo que eles, por meio de agravo regimental, submetam a decisão indeferitória ao Plenário da Corte.

Manifestando entendimento no mesmo sentido, Carlos Gustavo Rodrigues del Prá defende que a irrecorribilidade é apenas da decisão positiva, concluindo que se deve reconhecer a legitimidade recursal do *amicus curiae* especificamente para fins de impugnar a decisão que indefere sua intervenção<sup>352</sup>.

Para ele, a legitimidade decorreria de uma perspectiva potencial, ou seja, o *amicus* tem legitimidade para recorrer daquela decisão porque é legitimado a pleitear

---

<sup>351</sup> BINENBOJM, Gustavo. *A Dimensão do Amicus Curiae* ..., p. 17.

<sup>352</sup> DEL PRÁ, Carlos Gustavo Rodrigues. *Breves considerações sobre o Amicus Curiae na Adi e sua legitimidade recursal*. Em *Aspectos polêmicos e atuais sobre os terceiros no processo civil (e assuntos afins)*. Fredie Didier Jr./Teresa Arruda Alvim Wambier (coordenadores). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 76.

sua intervenção. O interesse, de outra parte, adviria do efetivo indeferimento de sua intervenção<sup>353</sup>.

Compartilhando desse mesmo entendimento, este estudo defende que a irrecorribilidade limita-se apenas às decisões de cunho positivo, sendo plenamente viável o agravo da decisão que indefere a admissão do *amicus* no feito.

No que toca ao momento da manifestação processual do *amicus*, o § 2º do art. 7º da lei 9.868/99 prescreve que a manifestação deve se dar no “*prazo fixado no parágrafo anterior*”.

Acontece que o “parágrafo anterior” foi vetado pelo Presidente da República.

O dispositivo vetado prescrevia que “*Os demais titulares referidos no art. 2º poderão manifestar-se, por escrito, sob o objeto da ação e pedir a juntada de documentos reputados úteis para o exame da matéria, no prazo das informações, bem como apresentar memoriais*”.

O teor do veto presidencial é o seguinte:

A aplicação deste dispositivo poderá importar em prejuízo à celeridade processual.

A abertura pretendida pelo preceito ora vetado já é atendida pela disposição contida no § 2º do mesmo artigo. Tendo em vista o volume de processos apreciados pelo STF, afigura-se prudente que o relator estabeleça o grau da abertura, conforme a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes.

Cabe observar que o veto repercute na compreensão do § 2º do mesmo artigo, na parte em que este enuncia “observado o prazo fixado no parágrafo anterior”. Entretanto, eventual dúvida poderá ser superada com a utilização do prazo das informações previsto no parágrafo único do art. 6º.

---

<sup>353</sup> Idem, p. 76.

Assim, é de indagar se, ante o veto Presidencial, o prazo fixado para que os órgãos ou as autoridades das quais emanou o ato impugnado prestem informações - que é de 30 dias, conforme parágrafo único do art. 6º da lei - seria aplicado por analogia para fixar o prazo de manifestação dos *amici*.

Na Adi 2.937, que discute a constitucionalidade do Estatuto do Torcedor<sup>354</sup>, o Ministro Cezar Peluso, relator, indeferiu o ingresso no feito de alguns clubes de futebol na qualidade de *amicus*, entendendo ter operado a preclusão porque a admissão foi postulada após o prazo estabelecido na lei para que os órgãos ou as autoridades prestassem as informações.

Em sua decisão<sup>355</sup>, o Ministro salientou que:

O veto aposto ao § 1º do art. 7º da Lei Federal 9.868, de 10.11.1999, não exclui a necessidade de observância de prazo previsto no § 2º, para admissão dos chamados 'amici curiae'. A inteligência sistemática do disposto no § 2º, não podendo levar ao absurdo da admissibilidade ilimitada de intervenções, com graves transtornos ao procedimento, exige seja observado, quando menos, por aplicação analógica, o prazo constante do parágrafo único do art. 6º. De modo que, tendo-se exaurido tal prazo, na espécie, alias pela só apresentação das informações, a qual acarretou preclusão consumativa, já não é lícito admitir a intervenção requerida por Avaí Futebol Clube, Ceará sporting Club, América Futebol Clube, Santa Cruz Futebol Clube, Clube Atlético Paranaense, Associação Atlética Português, Cruzeiro Esporte Clube, Sociedade Esportiva Palmeiras e Gremio Foot-Ball Porto Alegre. Indefiro, pois, os pedidos, sem prejuízo da juntada 'por linha' das respectivas petições.

Carlos Gustavo Rodrigues del Prá critica o *decisum*, e sustenta não ocorrerem nem a preclusão temporal e nem a preclusão consumativa<sup>356</sup>.

---

<sup>354</sup> Lei 10.671/03.

<sup>355</sup> DJ 23.09.2003.

<sup>356</sup> DEL PRÁ, Carlos Gustavo Rodrigues. *Breves considerações ...*, pp. 69 a 71.

Em relação à última, afirma que considerar a apresentação das informações como óbice à manifestação processual do *amicus* seria o mesmo que dizer, *mutatis mutandi*, que havendo a parte apelado da sentença no 12º dia, o terceiro não poderia recorrer do ato judicial no 15º dia, pois o prazo teria se consumado pela atitude da parte, o que carece de fundamento.

Mais ainda, sustenta que tal entendimento levaria ao absurdo de se ter a apresentação das informações como fator de supressão da manifestação dos *amici curiae* ainda que aquelas fossem prestadas antes de exaurido o prazo, v.g., a apresentação no primeiro dia frustraria totalmente a atuação do *amigo*.

No que toca à preclusão temporal, sustenta que, diferentemente do que ocorre com as autoridades responsáveis pelo ato impugnado, que são notificadas para se manifestar, o *amicus* não é formalmente comunicado da existência do processo, donde ser incoerente a aplicação do prazo legal a ele.

Assim, o autor entende que, ante o silêncio da lei, nada obsta que o STF adote outro prazo para a manifestação, inclusive menor, mas a ser contado a partir do deferimento do pedido de intervenção feito pelo *amigo*.

Por seu turno, o afastamento do prazo do parágrafo único do art. 6º não significa que o *amicus* possa se manifestar a qualquer momento; a manifestação deve ocorrer até o momento anterior ao julgamento da ação, i.é., “*superada a fase instrutória, tendo o relator já lançado seu relatório (art. 9º, caput LAdi), deverá indeferir os pedidos de manifestação de novos amici curiae*”<sup>357</sup>.

---

<sup>357</sup> Idem, p. 70.

Dessa forma, Carlos del Prá admite a manifestação do *amicus* até o julgamento da Adi, em prazo a ser concedido pelo relator, independente daquele estabelecido no parágrafo único do art. 6º da lei, divergindo, portanto do entendimento adotado pelo Ministro Peluso.

O Ministro Gilmar Mendes já chegou a adotar a posição do Ministro Peluso, inclusive em momento anterior a ele, no julgamento da Adi 1.104, proposta pelo Procurador-Geral da República, na qual figuram como requeridos a Câmara Legislativa e o Governador do Distrito Federal.

Nesta ação, a Companhia Elétrica de Brasília, em 23.09.2002, requereu sua admissão no feito na qualidade de *amicus curiae*. Em 25.09.2002<sup>358</sup>, o Ministro Gilmar Mendes, relator, indeferiu a intervenção, argumentando que já teria expirado o prazo das informações, *verbis*:

Não obstante ter sido vetado o §1º do art.7º - o que eliminou a regra expressa quanto ao prazo para o relator exercer a faculdade de admitir a manifestação de outros órgãos ou entidades -, resta implícito no texto da lei nº 9.868, de 1999, que o despacho para admitir a participação do "amicus curiae" em Adi deve ocorrer no prazo das informações. Desse modo, afigura-se incabível o pedido formulado pela companhia energética de Brasília, sem prejuízo da juntada da manifestação "por linha". Assim, indefiro o pedido. junte-se "por linha"

Entretanto, em momento posterior, 21.10.2003, sua excelência reconsiderou a decisão, autorizando que o *amicus* se manifestasse num prazo de 5 dias, salientando que:

Não obstante a plausibilidade da interpretação adotada na decisão de fl. 73, no sentido de que o prazo das informações seria o marco para a abertura procedimental prevista no art. 7º, § 2º, da Lei nº 9.868, de

---

<sup>358</sup> DJ 02.10.2002.

1999, cabe reconhecer que a leitura sistemática deste diploma legal remete o intérprete a uma perspectiva pluralista do controle abstrato de normas. Assim, consideradas as circunstâncias do caso concreto, reconsidero a decisão de fl. 73, para admitir a manifestação da Companhia Energética de Brasília, que intervirá no feito na condição de *amicus curiae*. Fixo o prazo de cinco dias para a manifestação. Após o registro, na autuação, do nome da interessada e de seus patronos, publique-se.

Merece destaque, na reconsideração do Ministro, a ênfase dada à *perspectiva pluralista que há de reger o controle abstrato de normas*.

Julgando a *Adi 2.238* (v. *Info 267/STF*), o Plenário da Suprema Corte considerou que a manifestação do *amicus curiae* é para efeito de instrução, motivo pelo qual não admitiu sua participação no feito depois de iniciado o julgamento, vencidos os Ministros Ilmar Galvão, Carlos Velloso e Sepúlveda Pertence, que entendiam cabível a admissão do *amigo* mesmo após iniciado o julgamento<sup>359</sup>.

No caso, o julgamento iniciou-se em 28.09.2000 e, em 27.08.2001, o relator da ação, Ministro Carlos Velloso, admitiu a manifestação, na qualidade de *amicus*, da Associação Paulista dos Magistrados<sup>360</sup>.

---

<sup>359</sup> Informativo 267/STF: Retomado o julgamento de ação direta de inconstitucionalidade ajuizada pelo Partido Comunista do Brasil - PC do B, Partido Socialista Brasileiro - PSB e pelo Partido dos Trabalhadores - PT contra a Lei Complementar 101/2000, que estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências (v. Informativos 204, 206 e 218). Por maioria, o Tribunal, preliminarmente, deixou de referendar a admissibilidade, no processo, da Associação Paulista dos Magistrados na qualidade de *amicus curiae* (Lei 9.868/99, art. 7º, § 2º), uma vez que a mesma formulara o pedido de admissão no feito depois de já iniciado o julgamento da medida liminar. Considerou-se que a manifestação de *amicus curiae* é para efeito de instrução, não sendo possível admiti-la quando em curso o julgamento. Vencidos os Ministros Ilmar Galvão, relator, Carlos Velloso e Sepúlveda Pertence, que referendavam a decisão. [ADI MC 2.238-DF, rel. Min. Ilmar Galvão, 9.5.2002.\(ADI-2238\)](#).

<sup>360</sup> Eis o teor do despacho: “J. APAMAGIS requer, com base no art. 7º, § 2º, da lei 9868, seja admitida sua manifestação, na qualidade de *amicus curiae*, nesta adi 2238, que tem como objeto a LC nº 101/2000. ... Tais circunstâncias, portanto, permitem a extraordinária aplicação da regra do mencionado § 2º do art. 7º da lei 9868/99, com a conseqüente manifestação de órgãos e entidades alheias ao processo de controle abstrato de constitucionalidade. Isto posto, defiro o pedido formalizado pela APAMAGIS, determinado sua inclusão, como interessada, na autuação do presente feito”.

Todavia, em 09.05.2002, o Pleno, prosseguindo no julgamento da demanda, decidiu, preliminarmente, não referendar a decisão do relator, ficando vencidos, além do relator, os Ministros Ilmar Galvão e Sepúlveda Pertence<sup>361</sup>.

Para Gustavo Binenbojm, a posição dos Ministros vencidos parece mais adequada, por ser menos formalista e mais democrática, porquanto permite ao Tribunal ouvir as razões dos terceiros interessados, ainda que apenas via sustentação oral, na sessão de julgamento<sup>362</sup>.

Particularmente, este estudo defende que, em regra, tendo iniciado o julgamento, com a instauração dos debates entre os Ministros e a proclamação dos votos, não há de se admitir nova participação do *amicus*.

Contudo, havendo a interrupção da sessão, com o conseqüente adiamento, acredita-se não haver óbice para admitir o ingresso no feito de novos *amici*, e até mesmo de admitir outras manifestações dos *amici* já habilitados no processo.

Isto porque, com o adiamento dos trabalhos, as discussões sobre a matéria se estendem e são amadurecidas ainda mais, possibilitando o surgimento de novos pontos de vista sobre o tema, que podem ensejar novas reflexões por parte dos julgadores e se mostrar relevantes no deslinde da causa.

---

<sup>361</sup> O extrato da decisão é o seguinte: O Tribunal, preliminarmente, por maioria, deixou de referendar a admissibilidade, no processo, da Associação Paulista dos Magistrados, vencidos os senhores ministros Ilmar Galvão, relator, Carlos Velloso e Sepúlveda Pertence.

<sup>362</sup> BINENBOJM, Gustavo. *A Dimensão do Amicus Curiae ...*, p. 13.

Demais, é certo que há sempre a possibilidade de Ministros que já tenham votado modificarem seus votos na sessão posterior, e isso pode acontecer inclusive em atenção às contribuições trazidas por novos *auxiliares do Juízo*<sup>363</sup>.

Reforçando este entendimento, tem-se uma argumentação *a contrario sensu* da posição adotada pelo STF no julgamento das *Adi's* 1105 e 1127 (v. Info 427/STF), nas quais se questionava a constitucionalidade de dispositivos do Estatuto dos Advogados.

Julgando essas ações, a Corte entendeu inconstitucional a possibilidade de o advogado da parte se pronunciar nas sessões de julgamento após o voto do relator, *por entender haver afronta aos princípios do contraditório, que se estabelece entre as partes e não entre a parte o juiz, e do devido processo legal*.

Ora, em relação ao *amicus curiae* a situação é totalmente diferente, exatamente porque ele não é parte, mas mero auxiliar dos julgadores, não havendo de se falar em violação ao contraditório ou ao devido processo legal.

Designado o adiamento de sessão em curso, a manifestação no feito por parte de novos *amici* e de *amici* já habilitados, desde que antes do reinício do julgamento, não viola em nada essas garantias constitucionais, pois, como dito, eles não são partes, mas meros auxiliares.

Desta forma, pondera-se ser esta a posição mais compatível com aquilo que o Ministro Gilmar Mendes fez questão de enfatizar: *a perspectiva pluralista dos processos de controle de constitucionalidade de norma*.

---

<sup>363</sup> Recorde-se do ocorrido nas reclamações 370 e 383, analisadas neste estudo quando da abordagem sobre a tópica de Viehweg. O tema era o mesmo, mas as decisões foram totalmente opostas, tudo por causa dos *topoi* levantados pelo Ministro Moreira Alves.

## 7. Poderes processuais do *Amicus Curiae*

No modelo americano, os poderes processuais do *amigo da Corte* não são amplos, a começar pelo fato de que sua participação do feito depende do consentimento das partes e não se lhe reconhece poder recursal. Em breve síntese, tem-se, nesse modelo, que a participação do *amigo* se resume na apresentação de *brief's* (memoriais), não indo além em nada mais.

Em outra perspectiva, entende-se que os poderes processuais do *amicus* devem ser os mais amplos possíveis, isso em razão do *telos* de sua atuação no processo, que se faz em benefício dos próprios julgadores e no sentido de democratizar o debate jurisdicional, o que se coaduna com os ideais contidos na Constituição brasileira, como já referido.

O estudo dos poderes processuais do *amicus curiae* pode ser feito tomando como base o pronunciamento do Ministro Celso de Mello no julgamento da *Adi 2.310*, oportunidade na qual sua excelência assentou que:

A atuação do *amicus curiae* não deve limitar-se à mera apresentação de memoriais ou à prestação eventual de informações que lhe venham a ser solicitadas. Cumpre permitir-lhe, em extensão maior, o exercício de determinados poderes processuais, como aquele consistente no direito de proceder à sustentação oral das razões que justificaram a sua admissão formal na causa. Assim permitindo, o STF não só garantirá maior efetividade e atribuirá maior legitimidade às suas decisões, como, sobretudo, valorizará sob a perspectiva eminentemente pluralística, o sentido essencialmente democrático dessa participação processual, enriquecida pelos elementos de informação e pelo acervo de experiências que o *amicus curiae* poderá transmitir à Corte Constitucional, notadamente num processo como o de controle abstrato de constitucionalidade, cujas implicações, sociais, econômicas, jurídicas e culturais são de irrecusável importância e de inquestionável significação.

Como enfatizado pelo Ministro, a atuação do *amicus* não deve ficar limitada à mera apresentação de memoriais, havendo de se lhe reconhecer poderes processuais em extensão maior.

Assim, este estudo propõe assegurar ao *amigo da Corte* poderes processuais próprios de parte, nomeadamente a possibilidade de suscitar questão de ordem, de realizar sustentação oral e, principalmente, de recorrer.

No que diz respeito à possibilidade de sustentação oral, a proposta já é acolhida pelo Supremo, mas é interessante notar que, em princípio, ela foi rejeitada pela Corte.

Na Adi 2.321, o Ministro Celso de Mello, relator, em decisão monocrática, admitiu a participação da Federação Nacional dos Sindicatos de Trabalhadores do Judiciário Federal e Ministério Público da União (FENAJUFE), mas limitou-lhe a atuação a mera manifestação formal<sup>364</sup>.

Na mesma ação, o então Presidente do Tribunal, Ministro Carlos Velloso, entendeu que não seria possível sustentação oral de terceiros admitidos no processo na qualidade de *amicus curiae* (v. Info 208/STF<sup>365</sup>).

Tempos depois<sup>366</sup>, analisando questão de ordem na Adi 2.223 (Info 246/STF), a Corte, ao argumento de que a lei faculta sustentação oral aos representantes judiciais do requerente e das autoridades ou órgãos responsáveis pela expedição do ato,

---

<sup>364</sup> DJ 19.10.2000.

<sup>365</sup> Informativo 208 (ADI-2321) / Título - 11,98% e Sustentação Oral de Amicus Curiae / Artigo - Ainda no julgamento da ADI 2.321-DF, o Presidente do Tribunal, Min. Carlos Velloso, entendeu não ser possível a sustentação oral de terceiros admitidos no processo de ação direta de inconstitucionalidade na qualidade de *amicus curiae* [Lei 9.868/99, art. 7º, § 2º: "Não se admitirá intervenção de terceiros no processo de ação direta de inconstitucionalidade. ... § 2º O relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, poderá por despacho irrecorrível, admitir (...) a manifestação de outros órgãos ou entidades."]. ADI MC 2.321-DF, rel. Min. Celso de Mello, 25.10.2000.(ADI-2321)

<sup>366</sup> DJ 26.10.2001.

entendeu ser inviável a sustentação oral por parte do *amicus*, ficando vencidos, no ponto, os Ministros Nelson Jobim, Celso de Mello e Marco Aurélio.

Essa posição do Tribunal foi criticada pela doutrina, particularmente por Fredie Didier Jr., que contou com o referendo de Carlos Gustavo Rodrigues del Prá<sup>367</sup>.

Em trabalho específico sobre o tema, o professor baiano opôs interessantes argumentos ao entendimento da Suprema Corte, os quais, em apertada síntese, correspondem ao seguinte:

a) o § 2º do art. 7º da lei 9.868/99, fonte normativa para a intervenção do amigo, não estabelece a forma para sua manifestação, sendo certo que, não havendo previsão legal a respeito, o ato processual (manifestação) pode ser efetivado por qualquer forma (oral ou escrita), desde que atinja a finalidade (que, no caso, é a de ajudar o tribunal no julgamento), valendo, pois, a regra do art. 154 do CPC, que estabelece que os atos processuais não dependem de forma determinada senão quando a lei expressamente a exigir, reputando-se válidos os que, realizados de outro modo, lhe preenchem a finalidade essencial.

b) a permissão de sustentação oral dada aos representantes judiciais da requerente e das autoridades ou órgãos responsáveis pela expedição do ato não pode servir como argumento de que estaria proibida a manifestação oral do *amici*, não havendo qualquer nexo entre a permissão para uns e a proibição para o outro, como se a sustentação oral fosse algo esdrúxulo, excepcional, que somente pode ser permitido em situações de absoluta necessidade.

c) não se pode dizer que a concessão da palavra prejudicará a celeridade do julgamento, sendo certo que, se a sustentação oral serve ao esclarecimento dos magistrados; se o julgamento colegiado caracteriza-se pelos debates orais; se participação do *amicus curiae* no processo é um fator de aprimoramento da tutela jurisdicional, pois atua como um auxiliar do juízo, não há nenhum sentido na proibição que esse auxílio se dê pela via da palavra falada<sup>368</sup>.

Em novembro de 2003, resolvendo questão de ordem nas *Adi's* 2675 e 2.777 (v. Info 331/STF), o Supremo modificou o entendimento sobre a matéria, passando a

---

<sup>367</sup> DEL PRÁ, Carlos Gustavo Rodrigues. *Breves considerações...*, p. 70.

<sup>368</sup> DIDIER JR. Fredie. *Possibilidade de sustentação oral...*, p. 38.

admitir a realização de sustentação oral por parte do colaborador do Juízo, vencidos, no ponto, os Ministros Carlos Velloso e Ellen Gracie.

Naquela oportunidade, os Ministros Celso de Melo e Carlos Ayres Britto ressaltaram que o § 2º do art. 7º da lei 9.868/99, ao admitir a manifestação de terceiros no processo objetivo de constitucionalidade, não limita a atuação destes à mera apresentação de memoriais, mas abrange o exercício da sustentação oral, cuja relevância consiste na abertura do processo de fiscalização concentrada de constitucionalidade; na garantia de maior efetividade e legitimidade às decisões da Corte, além de valorizar o sentido democrático dessa participação processual.

Em seu decisivo voto, o Ministro Celso de Mello defendeu que:

A atuação processual do *amicus curiae* não deve limitar-se à mera apresentação de memoriais ou à prestação eventual de informações que lhe venham a ser solicitadas.

Essa visão do problema – que restringisse a extensão dos poderes processuais do “colaborador dos Tribunais”- culminaria por fazer prevalecer, na matéria, uma incompreensível perspectiva reducionista, que não pode (nem deve) ser aceita por esta Corte, sob pena de total frustração dos altos objetivos políticos, sociais e jurídicos visados pelo legislador na positivação da cláusula que, agora, admite o formal ingresso do *amicus curiae* no processo de fiscalização concentrada de constitucionalidade.

Cumprir permitir, desse modo, ao *amicus curiae*, em extensão maior, o exercício de determinados poderes processuais, como aquele consistente no direito de proceder à sustentação oral das razões que justificaram a sua admissão formal na causa.

[...]

Tenho para mim, Senhor Presidente, que o Supremo Tribunal Federal, em assim agindo, não só garantirá maior efetividade e atribuirá maior legitimidade às suas decisões, mas, sobretudo, valorizará, sob uma perspectiva eminentemente pluralística, o sentido essencialmente democrático dessa participação processual, enriquecida pelos elementos de informação e pelo acervo de experiências que o “*amicus curiae*” poderá transmitir à Corte Constitucional, notadamente em um processo – como o de controle abstrato de constitucionalidade – cujas implicações políticas, sociais, econômicas, jurídicas e culturais são de irrecusável importância, de

indiscutível magnitude e de inquestionável significação para a vida do país e a de seus cidadãos.

O Ministro Sepúlveda Pertence, por seu turno, não regulou a questão relativa a sustentação oral pelo *amicus curiae*, entendendo que competia ao Tribunal decidir a respeito através de norma regimental, razão pela qual, excepcionalmente e apenas no caso concreto, admitiu a sustentação oral.

Os votos vencidos, do Ministro Carlos Velloso e da Ministra Ellen Gracie, foram no sentido de que a admissão da sustentação oral por parte do *amicus curiae* poderia implicar a inviabilidade de funcionamento da Corte, pelo eventual excesso de intervenções, motivo pelo qual entenderam possível apenas a manifestação escrita.

Para Gustavo Binbenbojm, o direito à realização da sustentação oral “*se apresenta como uma extensão natural, corolário lógico da admissão formal do amicus curiae como terceiro especial*”<sup>369</sup>.

Na opinião do autor, ainda milita em favor desse entendimento o sentido finalístico da participação do *amigo*, que é o de democratizar o processo de controle concentrado de constitucionalidade, dando voz não apenas às partes formais, mas também a órgãos ou entidades representativas da sociedade civil que possam vir a sofrer a repercussão da decisão a ser proferida na ação.

A partir do julgamento da questão de ordem nas Adi's 2675 e 2.777, a jurisprudência do Supremo, acertadamente, pacificou no sentido da admissibilidade da sustentação oral por parte do *amicus*, reconhecendo, assim, maior extensão aos seus poderes processuais.

---

<sup>369</sup> BINENBOJM, Gustavo. *A Dimensão do Amicus Curiae...*, p. 16.

Colocando uma pá de cal, a Emenda Regimental nº 15, de 30 de março de 2004, alterou o regimento interno do Supremo Tribunal, acrescentando o § 3º ao art. 131, com a seguinte redação: “*Admitida a intervenção de terceiros no processo de controle concentrado de constitucionalidade, fica-lhes facultado produzir sustentação oral, aplicando-se, quando for o caso, a regra do § 2º do artigo 132 deste Regimento*”<sup>370</sup>.

Além da possibilidade de sustentação oral, se deve reconhecer ao *amicus* a possibilidade de suscitar questão de ordem, visando esclarecer questão de fato, ainda que se tenha iniciado o julgamento.

Demais, e principalmente, deve ser assegurado ao *amigo* amplo poder recursal, mesmo que ingresse no feito após o julgamento, exatamente com a petição recursal, que, por certo, deverá observar o prazo legal para o apelo.

Recursos podem se mostrar extremamente oportunos para corrigir eventuais imperfeições no julgado recorrido, a começar pelo agravo da decisão que não permite o ingresso do *amicus* no feito, na linha do entendimento já explicitado aqui no estudo.

Indo além, deve se reconhecer ao *amicus* a possibilidade de manejar recursos levando ao Supremo Tribunal Federal questões constitucionais discutidas de maneira incidental por Tribunal de Justiça, nos moldes dos arts. 480 *usque* 482/CPC, permitindo que a Corte Maior proceda à interpretação definitiva da Constituição.

Se o *amicus* pode se habilitar no incidente de constitucionalidade perante o Tribunal de Justiça, conforme arts. 480 *usque* 482/CPC, não se afigura razoável lhe retirar a possibilidade de recorrer do julgado.

---

<sup>370</sup> A regra do § 2º do art. 132 estabelece que se houver litisconsortes não representados pelo mesmo advogado, o prazo, que será contado em dobro, será dividido igualmente entre os do mesmo grupo, se diversamente entre eles não se convencionar.

No plano de recursos para o mesmo órgão, os embargos de declaração podem ser fundamentais no levantamento de questões que não tenham sido discutidas pelos julgadores, quem sabe até ensejando uma mudança de entendimento sobre o tema debatido.

Havendo um *topoi* que não tenha sido enfrentado pelos julgadores, entende-se extremamente democrático e pluralista a habilitação de um *amicus* via oposição de embargos declaratórios ao julgado, levando o argumento ao debate, possibilitando a rediscussão da matéria e eventualmente ensejando a mudança de entendimento, mas tudo desde que respeitado o prazo recursal.

Ao enfrentar o julgamento de embargos opostos por um *amigo*, o Tribunal poderá analisar o tema sob nova perspectiva, antes não percebida, além do que se terá democratizado o debate constitucional, com a inserção de um novo segmento social na discussão, conferindo maior legitimidade à atuação da Corte.

Pondera não haver nada tão próprio ao *amicus curiae* do que isto: *contribuir com o Tribunal levando aos julgadores o máximo de informações e argumentos possíveis, que permitam o necessário amadurecimento da decisão, com o enfrentamento da matéria sobre diversas óticas; assim, o amicus cumpre sua função, democratizando o debate constitucional e incrementando a legitimidade da Corte!*

Por isto, atento à perspectiva democrática e pluralista instaurada pela Constituição, este estudo defende reconhecer ao *amicus curiae* os mais amplos poderes processuais, próprios de parte, podendo realizar sustentação oral, suscitar questões de ordem e manejar todos os recursos cabíveis, inclusive embargos de declaração.

## 8. O *Amicus Curiae*, o Supremo e a democratização do debate constitucional

A linha defendida neste estudo tem sido a de democratizar o debate constitucional, por intermédio da participação do *amicus curiae*, enquanto um agente social capaz de contribuir com a jurisdição, municiando os julgadores com novos *topoi*.

A proposta, não é demais reiterar, não subverte a autoridade das decisões do Supremo; tão somente amplia os sujeitos do *poder-de-discussão* da matéria constitucional, inserindo, no debate, representantes da sociedade, que irão sofrer os efeitos do pronunciamento judicial.

A participação ativa do *amigo* nos processos é um fator de democratização do debate constitucional, que aproxima os Tribunais da sociedade e aumenta o círculo de intérpretes da Constituição, na linha defendida por Peter Häberle, legitimando a jurisdição constitucional e concretizando os ideais democráticos e pluralistas consagrados na Lei Maior brasileira.

Este entendimento é compartilhado por Dirley da Cunha Junior, para quem o *amicus* se apresenta como um instrumento democrático que permite ao Tribunal Constitucional manter permanente diálogo com a opinião pública, como forma de legitimar o exercício da jurisdição constitucional<sup>371</sup>.

---

<sup>371</sup> CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *A intervenção de terceiros...*, p. 158.

Também Gustavo Binbenbojm, que destaca que, num país que confere a última palavra sobre a interpretação da Constituição a um colegiado de juízes não eleitos, é salutar que as decisões do colegiado sejam precedidas de um amplo debate público envolvendo os diversos setores da sociedade civil<sup>372</sup>.

Igualmente, Antonio do Passo Cabral, para quem não se coadunaria com um Estado Democrático de Direito a prolação de uma decisão – expressão do poder estatal – sem a intervenção participativa dos indivíduos que sofrerão seus efeitos<sup>373</sup>.

Como já dissertado no estudo, a abertura ora proposta é salutar aos próprios julgadores, pois permite sejam levadas ao seu conhecimento novas observações sobre a matéria objeto de discussão, suscitando pontos eventualmente despercebidos por eles.

Não custa lembrar, com Fredie Didier Jr., que o objetivo da participação do *amicus* é o de aprimorar ainda mais as decisões proferidas pelo Poder Judiciário, consubstanciando-se sua participação em apoio técnico ao magistrado<sup>374</sup>.

A Suprema Corte lida, cotidianamente, com processos de enorme repercussão social, e profere decisões que têm o potencial de atingir diretamente enorme parcela da sociedade, donde emerge a necessidade de abrir suas portas aos segmentos sociais.

É importante destacar a receptividade que o Supremo tem manifestado à participação ativa de *amicus curiae* nos mais diversos casos, o que revela a consciência democrática e pluralista da mais alta Corte brasileira.

---

<sup>372</sup> BINENBOJM, Gustavo. *A Dimensão do Amicus Curiae...*, p. 2.

<sup>373</sup> CABRAL, Antonio do Passo. *Pelas Asas de Hermes...*, p. 27.

<sup>374</sup> DIDIER JR., Fredie. *Possibilidade de sustentação oral do Amicus Curiae...*, p. 34.

De início, recorde-se a discussão sobre a constitucionalidade do Estatuto da OAB<sup>375</sup>, em que contribuíram com o debate, na qualidade de colaboradores informais, levando, por via de pareceres, argumentos que foram formalmente enfrentados pelo Tribunal, os Professores José Afonso da Silva, Paulo Bonavides, Luis Roberto Barroso e Carmen Lúcia Antunes Rocha.

Na discussão sobre a constitucionalidade do fim da verticalização das coligações partidárias nos certames eleitorais<sup>376</sup>, o Tribunal permitiu a participação de juristas, órgão legislativo e partidos políticos representativos da sociedade.

Na discussão sobre a prática do nepotismo no âmbito do Poder Judiciário<sup>377</sup>, o Supremo abriu suas portas e inseriu no debate importantes segmentos da sociedade, como o Conselho Federal da OAB, Tribunais, Sindicatos e Associações.

Por todos, na discussão sobre a possibilidade de antecipação terapêutica do parto do menor anencéfalo, tema que está sendo enfrentado na Adpf 54, diversos *amici* já foram admitidos no feito, estando-se no aguardo da realização de audiência pública.

A decisão a ser tomada neste caso estará revestida de relevância social incomensurável, autorizando refletir se o debate que precede o julgamento haveria de recair nos ombros e nas vozes de apenas 11 pessoas, desvestidas de legitimação democrática.

Aqui, cabe, *mutatis mutandis*, a indagação feita por Dworkin:

Quem deve decidir essas questões controversas de teoria moral e política? Deveria ser uma maioria de um tribunal em Washington, cujos membros são vitalícios e não podem ser

---

<sup>375</sup> Adi 1127.

<sup>376</sup> Adi 3685.

<sup>377</sup> Adc 12.

responsabilizados politicamente perante o público cuja vida será afetada pela decisão? Ou deveriam ser os legisladores estaduais ou nacionais, que foram eleitos e têm essa atribuição?<sup>378</sup>

Antes que se afirme peremptoriamente que, do ponto de vista da democracia, apenas o Poder Legislativo poderia tomar a decisão, cabe ponderar que o Poder Judiciário desempenha papel relevante na concretização de questões morais e políticas.

Recorde, como exemplo contundente, que foi a Suprema Corte norte-americana quem deu o pontapé inicial para por fim à segregação racial naquele país, quando, em 1954, julgando o caso *Brown vs. Board of Education*, decidiu que nenhum Estado tinha o direito de segregar as escolas públicas por raça, o que fomentou a mais profunda revolução social já deflagrada por qualquer outra instituição política<sup>379</sup>.

E, destaque que, anos antes, em 1896, no caso *Plessy vs. Ferguson*, a segregação racial foi tolerada pela mesma Suprema Corte, que não viu nenhuma ilegalidade no fato de negros terem que viajar na parte de trás dos ônibus e só poderem freqüentar escolas segregadas, junto com outros negros<sup>380</sup>.

Conclusivamente, a participação de *amici* representativos no processo propicia a abertura do debate constitucional, democratizando e legitimando a atuação da Suprema Corte, diminuindo o déficit de legitimação democrática do Tribunal.

Assim, concordando com Gustavo Binbenojm, para quem o *amicus*, mais do que um *amigo da corte*, se convola em verdadeiro amigo da democracia<sup>381</sup>, louva-se a postura do Supremo Tribunal Federal, que tem admitido amplamente a participação do

---

<sup>378</sup> Levando os direitos a sério..., p. 220.

<sup>379</sup> DWORKIN, Ronald. *Império do Direito...*, p. 4 e 36.

<sup>380</sup> Idem, p. 36.

<sup>381</sup> BINENBOJM, Gustavo. *A Dimensão do Amicus Curiae...*, p. 2.

*amicus curiae* no enfrentamento de matérias relevantes pra sociedade, revelando uma consciência democrática e pluralista.

Finalizando, registra-se que Peter Häberle tem esta mesma percepção, como externou abertamente em visita ao Brasil, onde recebeu o título de doutor *honoris causa* pela Universidade Nacional de Brasília (UnB), destacando a “*rica vida constitucional do Brasil*” e distinguindo a mais alta Corte brasileira como “*tribunal do cidadão par excellence*”, *verbis*:

As grandes decisões, a exemplar revalorização do direito processual constitucional, os votos de alto nível de ministros, o manejo das petições do *amicus curiae*: tudo isto torna o Supremo Tribunal Federal (também graças ao controle concreto de constitucionalidade) um ‘tribunal do cidadão’ *par excellence*<sup>382</sup>.

Na entrevista concedida aos Professores Ingo Sarlet e Pedro Scherer de Mello Aleixo<sup>383</sup>, ele se disse positivamente surpreendido com a “*práxis constitucional vivida no Brasil*”, e que, “*em todos os planos de uma Constituição viva, em todos os âmbitos de uma sociedade aberta dos intérpretes constitucionais*”, realizou apenas observações positivas, o que é extremamente engradecedor, dado o nível do observador.

---

<sup>382</sup> Disponível no site Consultor Jurídico <[www.conjur.com.br](http://www.conjur.com.br)> Acesso em 23.8.2006.

<sup>383</sup> Disponível no site Consultor Jurídico <[www.conjur.com.br](http://www.conjur.com.br)> Acesso em 23.8.2006.

## CONCLUSÕES

Concluindo a pesquisa, apresenta-se breve síntese dos pontos mais importantes que foram debatidos ao decorrer do trabalho, sem a pretensão, decerto, de exaurir, nestes pequenos excertos, a inteireza dos temas enfrentados, senão que apenas visando propiciar ao leitor uma amostragem do estudo.

- 1) O *amicus curiae*, ou *amigo da Corte*, é um sujeito processual que intervém na causa no intuito de auxiliar o julgador, ainda que não tenha interesse jurídico em que a sentença seja favorável a alguma das pessoas envolvidas no processo, no sentido exigido pelo art. 50/CPC. Trata-se de um representante da sociedade que comparece no processo trazendo elementos para municiar os julgadores, pluralizando o debate da questão posta em julgamento e legitimando a atuação do Tribunal.
- 2) Hermenêutica implica a *compreensão*, quer seja a compreensão daquilo que se deve dizer, daquilo que se explica, ou daquilo que se traduz; e é exatamente a preocupação com a compreensão que deve constituir o cerne da hermenêutica, é em torno dela que essa deve se desenvolver.
- 3) Interpretação se refere ao ato pelo qual se atribui sentido a algum objeto, tornando-o compreensível. Interpretar é atribuir significado, é compreender, e nisso se distingue da hermenêutica, pois enquanto a interpretação traduz o ato de tornar compreensível, a hermenêutica pressupõe o estudo da compreensão.

4) A partir do desenvolvimento dos movimentos de tendências racionalistas, consolidou-se a idéia de que seria possível compreender os objetos racionalmente, mediante alguns testes lógicos de verificação. Fazer ciência significava encontrar proposições racionalmente verdadeiras sobre a essência de algum objeto de estudo. A interpretação, nessa nova conjuntura, se prestaria a revelar as verdades racionais existentes no objeto da pesquisa.

5) Um dos marcos teóricos do modelo racional de pensar/interpretar o mundo foi René Descartes, que propôs um método matemático para encontrar a verdade dos objetos, que ficou identificado como *método cartesiano* de pensar. O método cartesiano foi edificado a partir de uma razão estritamente formal, deduzida de imperativos lógico-matemáticos que permitiam encontrar as verdades do objeto estudado.

6) Segundo a concepção cartesiana, as verdades do objeto existiam em si mesmas, independente da atuação do sujeito. Ao sujeito caberia a tarefa de encontrar aquelas verdades, que eram por eles desconhecidas, e isto era feito por via de operações lógicas. A interpretação, assim, se reduzia a um processo de revelar as verdades do objeto e a tarefa do intérprete não ia muito além de encontrar essas verdades pré-existentes.

7) O método cartesiano de conceber o acesso ao conhecimento, pautado numa razão matemática e em uma lógica de índole estritamente formal, imperou durante longo tempo na hermenêutica, permeando todo o campo da interpretação, quer no plano literário, quer no plano artístico, quer no plano da hermenêutica jurídica.

8) O cartesianismo influenciou a hermenêutica jurídica durante longo período. À idéia de que um objeto contém verdades em si mesmo, independente do intérprete, correspondeu às idéias de que a lei continha, em si mesma, respostas para todos os problemas jurídicos, e de que cabia ao aplicador, diante de um caso concreto, encontrar na moldura hermética da lei a resposta para o problema posto. Interpretar o Direito, nessa conjuntura, significava descobrir as verdades objetivas das leis, revelando ao mundo respostas que já existiam previamente.

9) Havia o predomínio da crença de que o ordenamento jurídico, dotado de completude, teria respostas exatas, deduzidas de imperativos racionais *a priori*, para todo e qualquer conflito jurídico que surgisse, assim como as operações matemáticas sempre chegam a um resultado exato. A crença na perfeição da lei pode ser bem estampada na máxima de que “*a lei não contém palavras inúteis*”, de modo que se algo na lei parece estranho ao intérprete é porque ele não conseguiu ainda alcançar a verdade existente na lei.

10) Aplicar o Direito seria algo similar a realizar uma operação matemática e, nesse cenário, o intérprete tinha uma missão singular: descobrir, nas leis, as *verdades* para resolver o caso sob apreciação, ou, de outra forma, descobrir a lei a ser aplicada no caso concreto, e isso sempre considerando que as respostas já existiam de antemão no ordenamento jurídico, cabendo a ele tão só a tarefa de encontrá-las e aplicá-las ao caso.

11) Essa busca de respostas pré-existentes para solucionar o problema jurídico se dava por um processo lógico-formal de subsunção do quadro fático à

lei, mediante um procedimento equivalente a um silogismo aristotélico, aonde a partir de uma premissa maior e de uma premissa menor se extraía uma conclusão. A premissa maior seria a situação normativa descrita na lei. A premissa menor seria o quadro fático posto sob apreciação. Uma vez constatado que o quadro fático se subsumia à situação normativa prevista na lei extraía-se a conclusão da aplicação integral da lei ao caso concreto.

12) O juiz, considerado como o intérprete final da lei, seria assim um autômato com a tarefa de aplicar mecanicamente a lei ao fato social, encontrando as respostas para o problema num quadro normativo hermético e racionalmente construído *a priori*.

13) A interpretação era algo mecanicista e o intérprete não passava de um mero aplicador da lei, limitado à literalidade do diploma legal, lhe sendo vedado interpretar além da lei, até porque a lei seria clara e “*in claris cessat interpretatio*”.

14) A filosofia do positivismo jurídico se assenta nas premissas do formalismo jurídico, se tendo, em resumo, que o Direito representa um conjunto de normas objetivamente elaboradas de maneira válida, segundo o procedimento legislativo previamente estabelecido, incumbindo aos juízes aplicar o direito positivado, isto é, o direito legislado, criado validamente pelo Estado, sem fazer incursões valorativas sobre a justeza da lei, não lhe sendo dado criar o direito, mas tão somente declarar o direito existente na lei.

15) O modelo hermenêutico do positivismo pautava-se na idéia de um Direito completo e hermético, com respostas para tudo contidas em si mesmo,

que haveriam de ser deduzidas pelo intérprete por meio de uma razão lógico-formal, equiparando-se o intérprete a um autômato que se valia do processo de interpretação para descobrir respostas já contidas nas leis.

16) Na época da hermenêutica formalista, pairava uma grande discussão interpretativa consistente em saber se o juiz deveria fazer prevalecer a *vontade da lei* (*voluntas legis*) ou a *vontade do legislador* (*voluntas legislatoris*). Uma primeira corrente, chamada de *subjetivista*, sustentava que, na aplicação do Direito, haveria de prevalecer a vontade do legislador, de modo que o juiz deveria se esforçar para descobrir o pensamento autêntico do criador da lei. Uma segunda corrente, a corrente *objetivista*, pregava que a lei tinha uma dimensão normativa própria, cujo *dever ser valia por si só*, independente do seu autor, e que era essa vontade objetiva da lei que deveria prevalecer na aplicação do direito.

17) O recurso à vontade do legislador ou à vontade da lei podem ser úteis no processo de interpretação, mas jamais serão determinantes ou condicionantes da interpretação levada a cabo pelo intérprete. Sustentar, num caso concreto, que prevalece a vontade da lei ou a vontade do legislador é falsear a verdade, é tentar ocultar algo inocultável, que é o fato de que o que prevalece sempre é a vontade do sujeito que interpreta, sendo certo que a invocação da *voluntas legis* ou da *voluntas legislatoris* se justificam apenas como plano de fundo das razões argumentativas do intérprete.

18) Na conjuntura da velha hermenêutica, o intérprete deveria se valer de quatro métodos: *gramatical*, *sistemático*, *histórico* ou *teleológico*.

- 19) Pelo método *gramatical* ou *literal* ou *filológico*, o intérprete deveria privilegiar a exata letra da lei, a literalidade das palavras constantes do texto legal.
- 20) Pelo método *sistemático*, o interprete não deve interpretar a lei isoladamente, a partir única e exclusivamente dela própria, senão que deve considerar que a lei faz parte de um sistema dotado de coerência ao qual ela está integrada. Aqui, o interprete deve considerar que se, por um lado, *a lei é um todo à parte*, por outro *ela faz parte de um todo*.
- 21) O método *histórico* impõe ao intérprete levar em consideração o processo histórico de formação da lei, buscando, nos antecedentes históricos que levaram ao surgimento do diploma legal, como nos debates parlamentares, a exata dimensão que possuía pela lei.
- 22) Pelo método *teleológico* ou *finalístico*, deve ser buscada a finalidade da lei, o propósito para o qual foi formulado o diploma legal, o que, inclusive, pode ser extremamente valioso para superar ambigüidades emergentes do texto normativo.
- 23) Na conjuntura do formalismo, o *amicus curiae*, enquanto um novo sujeito no processo de compreensão do ordenamento jurídico, enquanto um agente da sociedade que participa do debate judicial de modo a contribuir com o processo interpretativo e de formação das decisões judiciais trazendo novos pontos de vista, não assumia nenhuma relevância, e isto porque o ponto de vista do *amicus* seria indiferente para a aplicação do Direito, afinal, o juiz não deveria buscar a resposta para solucionar problemas jurídicos na opinião de algum

intérprete, mas sim nos *a priori* racionais existentes na vontade objetiva da lei ou na vontade do legislador.

24) Com a evolução da sociedade, e o natural incremento de complexidade nos problemas sociais, o modelo cartesianista de conceber o Direito, capitaneado pela Escola de Exegese e agigantado com a doutrina de Kelsen, foi falhando em sua missão de resolver os problemas levados à apreciação do Poder Judiciário, tornando concludente que as verdades objetivas das leis já não conseguiam solucionar todas as questões jurídicas.

25) A dogmática jurídica tradicional foi atacada em diversos flancos e a hermenêutica do formalismo foi sucumbindo a passos largos, ganhando força um movimento crítico, formado por diversas correntes de pensamento que se esforçam em demonstrar a insuficiência do pensar matemático na solução dos problemas jurídicos e propõem a necessidade de superação do paradigma lógico-dedutivo para o campo do Direito. Esse movimento crítico pode ser identificado como pós-positivismo ou hermenêutica pós-positivista, e é identificado neste estudo como *nova hermenêutica*.

26) Nessa nova linha estão os pensamentos de Theodor Viehweg, Chaim Perelman, Ronald Dworkin, Alf Ross, Robert Alexy, Recaséns Siches, Gomes Canotilho, Castanheira Neves, Paulo Bonavides, Miguel Reale, Tércio Sampaio Ferraz Jr., Luis Roberto Barroso, Lênio Luis Streck, dentre outros. Também, no plano da hermenêutica filosófica, mas com reflexos na hermenêutica jurídica, os pensamentos de Martin Heidegger e Hans-Georg Gadamer merecem destaque.

27) No modelo hermenêutico do pós-positivismo – *nova hermenêutica* – a interpretação não é vista mais como uma tarefa de revelação de respostas prontas, existentes *a priori* no objeto interpretando. De outro modo, as respostas têm que ser construídas diante do caso concreto, a partir da compreensão do intérprete-aplicador do Direito.

28) O Direito aplicado pelos juízes deixou de ser tão hermético e passou a ser mais aberto, sofrendo influxos de índole valorativa e trazendo consigo a experiência pessoal do julgador-aplicador. A interpretação deixou de ser “*revelativa*” do objeto para se tornar compreensiva, criativa, construtiva e, nessa linha, o juiz deixou de ser um autômato para assumir um papel fundamental no processo de criação do Direito.

29) Nessa *novel* conjuntura, não se concebe mais o Direito a partir do objeto, senão que o Direito é compreendido a partir do sujeito que o interpreta, e aí o *amicus curiae* passa a assumir grande relevância, podendo levar novos pontos de vista aos julgamentos, abrindo um canal de diálogo da sociedade para com os Tribunais.

30) O desenvolvimento hermenêutico permitiu um deslocamento do eixo da interpretação do objeto para o sujeito. O sujeito, particularmente o juiz, desta maneira, deixou de ser um mero autômato, para ser o construtor, o criador do sentido do Direito aplicado ao caso concreto. A concepção de que leis continham verdades em si, extraídas de imperativos racionais *a priori* aptos a propiciar soluções para os problemas jurídicos cedeu lugar para uma concepção em que as

soluções são construídas pelo intérprete, inclusive valendo-se de considerações valorativas.

31) A máxima de que a lei não contém palavras inúteis parte de uma suposição absurda de que o Legislador é um ser perfeito, quase divino, e que não há um erro sequer na produção legislativa, o que, *data venia*, não encontra o mínimo suporte na práxis. Insustentável também é a máxima de que no claro não há o que interpretar, pois não existe texto jurídico que seja suficientemente claro ao ponto de prescindir da interpretação.

32) Acerca da discussão entre *voluntas legis vs. voluntas legislatoris*, o desenvolvimento hermenêutico demonstra, com clareza solar, que não prevalece vontade da lei nem vontade do legislador, mas sim a vontade do intérprete, bem como que o objetivo só existe no subjetivo daquele que interpreta.

33) A Constituição representa uma ordem de valores, que, por sua vez estão contidos em princípios, consagrados em normas de tessitura aberta, de conteúdo axiológico variável no tempo e no espaço. Diferentemente da lei no âmbito da velha hermenêutica, a Constituição não contém resposta prontas e pré-definidas para os problemas jurídicos, sendo certo que sua abertura axiológica permite encontrar fundamentos para construir respostas, variáveis conforme o contexto do caso concreto, o que já revela a impropriedade de aplicação do método formalista no processo de interpretação constitucional.

34) A interpretação constitucional não deve fornecer respostas pré-moldadas que se adaptem a todo e qualquer caso, senão que deve possibilitar a compreensão do sentido da Constituição a ser aplicado diante das especificidades

do caso interpretando, o que é tarefa mais problemática do que a compreensão das leis, consideradas as especificidades que operam no âmbito dessa interpretação.

35) A Constituição, assim como as demais leis que compõem o ordenamento jurídico, é um texto jurídico, e como tal deve ser interpretado. Entretanto, a interpretação da Constituição se reveste de algumas especificidades que lhe são próprias, peculiares, que permitem destacá-la em um capítulo à parte na interpretação do Direito.

36) Aliado aos elementos que permeiam a interpretação do repositório jurídico em geral, somam-se, no plano da interpretação da Constituição, peculiaridades e princípios específicos, que devem ser levados em conta na busca do significado do texto constitucional.

37) A interpretação constitucional é dotada, basicamente, de quatro grandes peculiaridades, que são a superioridade hierárquica, a natureza da linguagem, o conteúdo específico e o caráter político.

38) A superioridade hierárquica coloca as normas constitucionais em posição de supremacia em relação a todo o restante do ordenamento, figurando no ápice da pirâmide normativa, servindo de fundamento de validade de todo o repertório.

39) No que toca à interpretação, a superioridade hierárquica impõe jamais interpretar a Constituição com base em algum dispositivo infraconstitucional, mas sim levar em consideração que as normas constitucionais estão no topo do ordenamento.

40) A linguagem da Constituição é uma linguagem essencialmente principiológica, aberta, abstrata e dotada de menor densidade normativa, o que exige do intérprete um maior esforço hermenêutico na busca da concretização de suas normas.

41) No que toca ao conteúdo específico da Constituição, ela contém um conjunto de normas de estruturação e, principalmente, um conjunto de normas programáticas, que veiculam determinados programas de ação social a serem cumpridos pelo Estado.

42) As normas constitucionais condicionam o desenvolvimento da atividade política e, por isso mesmo, estão submetidas aos influxos dessa própria atividade, havendo, no plano constitucional, como que uma simbiose entre o político e o jurídico.

43) São princípios específicos da interpretação constitucional os princípios da supremacia da Constituição, da unidade da Constituição, da harmonização, da proporcionalidade, do efeito integrador, da justeza, dos poderes implícitos, da força normativa e da máxima efetividade.

44) O princípio da *força normativa* impõe ao intérprete o dever de reconhecimento da eficácia jurídica e do caráter imperativo da Constituição. A Constituição não é um código de conselhos políticos, senão que é um documento jurídico, dotado de eficácia jurídica subordinante, que prescreve como deve ser. A Constituição não aconselha, ela impõe, ela determina, ela condiciona o desenvolvimento das relações sociais, enfim, ela norma, no sentido de prescrever como deve ser.

45) Reconhecer a força normativa da Constituição implica colocá-la no seu devido lugar, de fundamento de validade de todos os comportamentos sociais, públicos ou particulares.

46) O princípio da *máxima efetividade* impõe ao intérprete o dever de imputar ao texto da Constituição o significado mais expansivo da efetividade das normas constitucionais, o que se revela particularmente importante em matéria de direitos fundamentais, que reclamam uma interpretação no sentido de buscar sempre uma maior concretude e uma maior tutela.

47) Continua sendo um grande desafio para o Direito Constitucional conseguir imprimir eficácia social à Constituição, fazer com que ela seja realmente cumprida na sociedade.

48) Para alcançar a efetividade da Constituição, é necessário promover um equilíbrio entre a ordenação político-material da sociedade com a perspectiva normativo-formal condicionante do texto constitucional.

49) Para alcançar a *máxima efetividade* da Constituição, é preciso ter *máxima afetividade* com a Constituição. Faltante a afetividade, ou seja, se a Constituição não for aceita pela maioria do povo, dificilmente se conseguirá torná-la efetiva e ela será reduzida a um pedaço de papel inócuo, ou, então, será imposta pela força coercitiva do Estado, hipótese em que, todavia, não haverá legitimação social na sua aplicação.

50) Há uma diferença sensível entre *texto* e *norma*, esta última resultando da atividade interpretativa do sujeito e contendo o significado normativo da

proposição textual. Uma coisa é o texto da lei; outra coisa, bem diferente, é a norma contida na lei, é a norma extraída a partir da lei. Normas prescrevem; textos não. A lei não diz nada. Quem diz algo sobre a lei é o intérprete, mediante um processo de construção de significado que opera na interpretação e compreensão do Direito.

51) Enquanto objeto em si mesmo, a Constituição não possui nenhuma conexão de sentido. É a atividade construtiva dos intérpretes da Constituição que a transformam-na em lei fundamental hierarquicamente superior

52) O sentido normativo da Constituição, o seu conteúdo jurídico, é atribuído pelos seus intérpretes e, em razão da posição assumida pelo Supremo Tribunal Federal na interpretação constitucional, o sentido normativo da Lei Fundamental é, em última instância, atribuído pelos Ministros da Corte.

53) Da prerrogativa do STF de *interpretar por último* a Constituição, emerge, de maneira conclusiva, que o sentido normativo da Constituição termina sendo demarcado pela atuação interpretativa dos Ministros da Corte, ou seja, *a Constituição termina sendo aquilo que o Supremo Tribunal diz que ela é.*

54) Falar em vontade da Constituição é tentar falsear uma verdade iniludível, que é o fato de que a Constituição nada diz; que quem diz por ela são os Ministros do Supremo. A vontade da Constituição, pois, é representada pela vontade dos Ministros do Supremo Tribunal Federal.

55) O Supremo Tribunal Federal profere decisões dotadas de eficácia *erga omnes* e de efeito vinculante, as quais potencialmente atingem enorme parcela da

sociedade, o que permite dimensionar a amplitude e inclusividade do poder exercido pelo Tribunal.

56) O Supremo Tribunal Federal lida, cotidianamente, com demandas que envolvem matérias complexas, exigindo um saber multidisciplinar, que vai além do mero conhecimento jurídico e que nem sempre os Ministros têm como possuir.

57) O processo de escolha dos Ministros do STF não conta com um mínimo de participação direta popular, havendo, portanto, um déficit de legitimidade democrática no processo de composição da Corte.

58) Em certa perspectiva, enquanto os representantes políticos têm uma legitimidade de *origem*, assentada no voto popular, o Supremo Tribunal Federal ostenta uma legitimidade *de desenvolvimento*, no sentido de que os primeiros estão legitimados pela maneira como são investidos no Poder, ao passo que o segundo se legitima pela maneira como desenvolve o poder.

59) Para que possa se legitimar, o poder do Supremo deve ser desenvolvido *argumentativamente*, de modo que suas decisões estejam fundamentadas em argumentos convincentes, que justifiquem o entendimento adotado pelo Tribunal.

60) É possível fazer uma leitura do Tribunal a partir de uma ótica do *Panóptico*, idealizado por J. Bentham, e descrito por Michel Foucault no clássico *“Vigiar e Punir”*.

61) A aproximação entre o *Panóptico* e o STF emerge no momento em que o poder da Corte se revela inverificável e ainda quando se considere os

destinatários da prestação jurisdicional apenas como objetos de informação acerca das decisões do Tribunal, sem serem sujeitos no processo comunicativo de formação dessas decisões. Nesse paralelo, o STF seria o vigia situado na torre, cujas decisões alcançam todos que se encontram nos anéis periféricos, os quais não participam do processo de formação das decisões judiciais. Do alto da torre, o STF é visto (*e obedecido*) por toda a sociedade, mas, na base, ele é inatingível, não havendo canal de comunicação com segmentos sociais.

62) Visando a atenuação do déficit de legitimidade democrática do STF, cabe ponderar a abertura do Tribunal para a sociedade, viabilizando instrumentos de efetiva participação social junto à Corte, *não com o intuito de lhe subtrair o poder de decisão, senão que com o intento de pluralizar o debate*, de levar ao Sodalício outras vozes que não apenas as dos seus Ministros, mas oriundas mesmo de manifestações do povo, por intermédio de determinados segmentos representativos.

63) Nessa linha, este estudo propõe a participação ativa do *amicus curiae* no processo de formação das decisões constitucionais, de modo a pluralizar a interpretação constitucional, abrindo um canal de diálogo entre o Supremo Tribunal Federal e diversos segmentos sociais, atenuando o déficit de legitimidade democrática da Corte, o que se insere no contexto de uma interpretação constitucional pluralista.

64) O preâmbulo da Constituição brasileira revela que a Assembléia Nacional Constituinte instituiu um Estado democrático destinado a assegurar o desenvolvimento de uma sociedade pluralista e sem preconceitos.

65) A Constituição brasileira refere à democracia e ao pluralismo em diversas passagens do seu texto, a começar pelo preâmbulo e pelo artigo primeiro, *caput*, inciso V e parágrafo único.

66) No processo de democratização do Estado brasileiro, os princípios democráticos devem ser inseridos em todos os espaços sociais; não apenas no processo eleitoral, como também no espaço em que se desenvolve a própria ordem jurídica, abrindo margem à participação efetiva da sociedade no debate jurisdicional, até mesmo para preservar a possibilidade de dissenso inerente ao pluralismo.

67) A concretização da democracia pluralista com conseqüências efetivas na esfera das relações institucionais entre os Poderes da República impõe inserir a sociedade no processo de interpretação constitucional, abrindo o debate jurisdicional levado a cabo pelos Ministros do Supremo para que novos sujeitos possam se manifestar, eventualmente dissentindo.

68) Nessa perspectiva, as portas e janelas do Supremo Tribunal Federal hão de ser abertas para que vozes da sociedade ecoem pelos arautos da Corte, o que democratiza e legitima o processo de dicção constitucional, evitando isolar o Tribunal do cidadão comum.

69) O presente estudo propõe a inserção da sociedade no debate constitucional por via da participação do *amicus curiae* como uma forma de democratizar o processo de interpretação da Constituição levado a cabo pelos Ministros do STF, o que em nada subverte a autoridade da Suprema Corte. Não se trata de atacar a instituição Supremo Tribunal Federal e defender o

anarquismo; o que se propõe é outra coisa: a democratização do processo interpretativo de construção de sentido da Constituição, ou seja, a democratização do *poder de discussão*, o que não subtrai o poder de mando.

70) Todos aqueles que vivem a Constituição, estão interpretando a Constituição, de modo que *a interpretação constitucional é um processo diário e contínuo*, o qual não cessa jamais, feito por todos aqueles que vivem a realidade constitucional. *Todos*, não apenas o Supremo Tribunal Federal, não apenas os magistrados, promotores, procuradores, delegados, enfim, não apenas bacharéis em Direito, por estarem vivendo a Constituição, estão interpretando a Constituição, o que revela a existência de uma sociedade aberta de intérpretes.

71) Reduzir a interpretação da Constituição à atuação isolada dos Ministros do STF não se afigura legítimo no contexto de uma sociedade pluralista, desconsiderando que muitos outros sujeitos interpretam e vivem a Constituição.

72) A democratização do debate constitucional é algo salutar, que tem se verificado na própria jurisprudência da Colenda Corte brasileira, a partir de mananciais já fornecidos pela dogmática, nomeadamente a figura do *amicus curiae*.

73) O *amicus curiae* há de ser visto como um auxiliar do julgador. Trata-se de um representante da sociedade que comparece no processo trazendo elementos para municiar os julgadores, ampliando os sujeitos processuais e pluralizando o debate da questão posta em julgamento.

74) O *amicus curiae* é um instituto de origem tipicamente norte-americano, encontrando previsão expressa na Regra 37 do regimento interno da Suprema Corte daquele país, o qual permite a apresentação de memoriais por parte do amigo, que, como condição de ingresso no feito, precisa indicar as razões da intervenção, o interesse na causa, e, em regra, deve obter o consentimento das partes do processo.

75) Precisar a natureza jurídica do *amicus* é objeto de divergência doutrinária, notadamente em saber se a sua participação no processo se tipificaria como uma intervenção de terceiros. O *amicus* não é parte no processo, não se confunde com a figura do perito nem com a do *custos legis*. Trata-se de um terceiro atípico, especial, diverso das intervenções de terceiros previstas nos arts. 50 a 80/CPC.

76) Há de reconhecer ao *amicus curiae* os mais amplos poderes processuais, próprios de parte, podendo realizar sustentação oral, suscitar questões de ordem e manejar todos os recursos cabíveis, inclusive embargos de declaração.

77) A participação do *amicus curiae* nos processos de controle de constitucionalidade, ao ampliar os sujeitos atuantes na discussão da questão constitucional, é um fator de democratização do debate constitucional e de legitimação dos pronunciamentos do Supremo Tribunal Federal.

78) É importante destacar a receptividade que o Supremo tem manifestado à participação ativa de *amicus curiae* nos mais diversos casos, o que revela a consciência democrática e pluralista da mais alta Corte brasileira.

## REFERÊNCIAS

- AGUIAR, Mirella de Carvalho. **Amicus Curiae**. Salvador: JusPodivm, 2005.
- ALEXY, Robert. **Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no Estado de Direito Democrático**. Em Revista de Direito Administrativo, 217, jul/set 199. Rio de Janeiro.
- \_\_\_\_\_. **Direito Constitucional e Direito Ordinário. Jurisdição Constitucional e Jurisdição Especializada**. Em RT/79, maio de 2002. São Paulo: RT, 2002.
- \_\_\_\_\_. **Direitos fundamentais no Estado Constitucional Democrático**. Em Revista de Direito Administrativo, 217, jul/set 199. Rio de Janeiro.
- \_\_\_\_\_. **Teoría de los derechos fundamentales**. Tradução de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 3ª reimpressão, 2002.
- ALVES, Marcelo. **O lugar do Direito na Política**. Em SANTOS, Rogério Dutra do (organizador). **Direito e Política**. Porto Alegre: Síntese: 2004.
- AMARAL, Gustavo. **Direito, Escassez & Escolha**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- \_\_\_\_\_. **A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade**. Em Revista Diálogo Jurídico, Salvador, v. I, nº 4, julho de 2001. Disponível em: <[www.direitopublico.com.br](http://www.direitopublico.com.br)>. Acesso em 05.12.2004.
- ARRUDA, José Jobson de A; PILLETI, Nelson. **Toda a História**, 3. edição. São Paulo: Editora Ática, p. 168.
- AZAMBUJA, Darcy. **Teoria geral do Estado**. 44. ed. São Paulo: Globo, 2003.
- BAHIA. Saulo José Casali; DIAS, Sérgio Novais. **Constituição e a revisão de 1993**. Brasília: Ciência Jurídica, 1992.

BARRETTO, Rafael. **Responsabilidade civil decorrente do exercício abusivo do direito de greve.** Em **Novos nomes em Direito do Trabalho**, volume III. Orientador: Rodolfo Pamplona Filho. Salvador, 2003.

BARROSO, Luis Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. **O começo da história: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro.** Em SILVA, Virgílio Afonso da (organizador). **Interpretação constitucional.** São Paulo: Malheiros, 2005.

BARROSO, Luís Roberto. **A viagem redonda: Habeas data, direitos constitucionais e provas ilícitas.** Em WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coordenação) **Habeas Data.** São Paulo: RT, 1998.

\_\_\_\_\_. **Interpretação e Aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora.** 6. ed. atualizada e ampliada. São Paulo: Saraiva, 2004.

\_\_\_\_\_. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas – limites e possibilidades da Constituição brasileira.** 8. ed. atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Teoria do Estado e Ciência Política.** 6. ed. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2004.

\_\_\_\_\_. **Hermenêutica e Interpretação Constitucional.** 2. ed. revista e ampliada. São Paulo: Celso Ribeiro Bastos Editor, 1999.

BASTOS JÚNIOR, Luiz Magno Pinto. **A teoria constitucional como ciência cultural: a contribuição de Peter Häberle para a compreensão do vínculo entre constituição e democracia.** Em SANTOS, Rogério Dutra do (organizador). **Direito e Política.** Porto Alegre: Síntese: 2004.

BINENBOJM, Gustavo. **A Dimensão do Amicus Curiae no Processo Constitucional Brasileiro: requisitos, poderes processuais e aplicabilidade no âmbito do direito estadual.** Salvador: Instituto de Direito Público da Bahia, Revista Eletrônica de Direito do Estado, nº 1, janeiro, 2005. Disponível em <[www.direitodoestado.com.br](http://www.direitodoestado.com.br)> Acesso em 20 de novembro de 2005.

\_\_\_\_\_. **A interferência do amigo da corte nas ações do Supremo.** Rio de Janeiro: Jornal Virtual da Fundação Escola do Ministério Público do Rio de Janeiro, 11.09.2004. Disponível em <[www.femperj.org.br/jornal/11092004.htm](http://www.femperj.org.br/jornal/11092004.htm)>. Acesso em 30.12.2004.

\_\_\_\_\_ **A Nova Jurisdição Constitucional brasileira. Legitimidade democrática e instrumentos de realização.** 2 ed. revista e ampliada. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

BOAVENTURA, Edivaldo. **Metodologia da pesquisa: monografia, dissertação, tese.** São Paulo: Atlas, 2004.

BOBBIO, Norberto. **Do poder ao direito e vice-versa.** Em CARDIM, Carlos Henrique (organizador). **Bobbio no Brasil: um retrato intelectual.** Brasília: Editora Universidade de Brasília: São Paulo: Imprensa Oficial do Estado, 2001.

\_\_\_\_\_ **O futuro da democracia.** Tradução de Marco Aurélio Nogueira. 8 ed. São Paulo: Paz e Terra, 2002.

\_\_\_\_\_ **O Positivismo Jurídico. Lições de Filosofia do Direito.** Compiladas por Nello Morra. Tradução e notas de Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995.

\_\_\_\_\_ **Teoria da norma jurídica.** Tradução de Fernando Pagam Baptista e Ariani Bueno Sudatti. Bauru, São Paulo: Edipro, 2001.

\_\_\_\_\_ **Teoria do Ordenamento jurídico.** Tradução de Maria Celeste C. J. Santos. 10 ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional.** 11 ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

\_\_\_\_\_ **Teoria Constitucional da Democracia Participativa.** 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

\_\_\_\_\_ **Teoria do Estado.** 4 ed. revista e ampliada. São Paulo: Malheiros, 2003.

BUENO. Cássio Scarpinella. **Amicus Curiae no Processo Civil Brasileiro. Um terceiro enigmático.** São Paulo: Saraiva, 2006.

BUENO FILHO. Edgard Silveira. **Amicus Curiae – a democratização do debate nos processos de controle da constitucionalidade.** Revista Diálogo Jurídico, Salvador, nº 14, julho/agosto, 2002. Disponível em <[www.direitopublico.com.br](http://www.direitopublico.com.br)>. Acesso em 05 de dezembro de 2004.

CABRAL, Antonio 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 dês öffentlichen Interesses*. Revista de Processo (Repro)

117, ano 29, setembro/outubro de 2004. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.

CALMON DE PASSOS, José Joaquim. **Democracia e constitucionalismo. A produção do Direito num Estado de Direito Constitucional. A crise da democracia e do constitucionalismo. Reflexos nas funções legislativo e jurisdicional.** Salvador: *Paper* não publicado, fornecido aos discentes durante aulas ministradas no Curso de Mestrado em Direito Público da Universidade Federal da Bahia, 2005.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**, volume I. 4. ed. Revista e atualizada. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2000.

\_\_\_\_\_ **Uma breve reflexão sobre Direito, Lei e Justiça.** Em TUBENCHLAK, James (coordenação). **Doutrina**, nº 11. Rio de Janeiro: Instituto de Direito, 2001.

CAMARGO, Maria Margarida Lacombe. **Eficácia constitucional: uma questão hermenêutica.** Em Em BOUCALT, Carlos E. de Abreu; RODRIGUEZ, José Rodrigo (organizadores). **Hermenêutica Plural.** São Paulo: Martins Fontes, 2005.

\_\_\_\_\_ **Hermenêutica e Argumentação. Uma Contribuição ao Estudo do Direito.** 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição.** 7 ed. 2ª reimpressão Coimbra: Almedina, 2003.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes irresponsáveis?** Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto alegre: Sergio Antonio Fabris, 1989.

\_\_\_\_\_ **Juízes legisladores?** Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999.

\_\_\_\_\_ **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado.** 2. ed., reimpressão. Tradução de Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999.

CARNEIRO, Athos Gusmão. **Da intervenção da União Federal como *Amicus Curiae*. Ilegitimidade para, nesta qualidade, requerer a suspensão dos efeitos de decisão jurisdicional. Leis 8.437/92, art. 4º, e 9.469/97, art. 5º.** Revista de Processo (Repro) 111, ano 28, julho/setembro de 2003. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito Constitucional**. 11. ed., rev. e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

COELHO, Fabio Ulhoa. **Para entender Kelsen**. São Paulo: Saraiva, 4ª edição, 2001.

COELHO, Inocêncio Mártires. **Constitucionalidade/inconstitucionalidade: uma questão política**. Revista Jurídica Virtual, n. 13, junho/2000.

\_\_\_\_\_. **Interpretação Constitucional**. Rio Grande do Sul: Sergio Antonio Fabris, 1997.

COMPARATO. Fábio Konder. **Democracia Direta Já**. Jornal Folha de São Paulo, 05.08.2005. Disponível em <[www.abdconst.com.br](http://www.abdconst.com.br)> Acesso em 06.08.2005.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **A intervenção de terceiros no processo de controle abstrato de constitucionalidade – a intervenção do particular, do co-legitimado e do *amicus curiae* na Adi, Adc e Adpf**. Em **Aspectos polêmicos e atuais sobre os terceiros no processo civil (e assuntos afins)**. Fredie Didier Jr./Teresa Arruda Alvim Wambier (coordenadores). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

\_\_\_\_\_. **Argüição de descumprimento de preceito fundamental**. Em **Ações Constitucionais**. Fredie Didier Jr. (organizador). Salvador, Jus Podivm, 2006.

\_\_\_\_\_. **Controle de constitucionalidade: Teoria e prática**. Salvador: JusPodivm, 2006.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 24 ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

\_\_\_\_\_. **O poder dos juízes**. 2. ed. revista e ampliada. São Paulo: Saraiva, 2002.

DEL PRÁ, Carlos Gustavo Rodrigues. **Breves considerações sobre o *Amicus Curiae* na Adi e sua legitimidade recursal**. Em **Aspectos polêmicos e atuais sobre os terceiros no processo civil (e assuntos afins)**. Fredie Didier Jr./Teresa Arruda Alvim Wambier (coordenadores). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

DESCARTES, René. **Discurso do Método**. São Paulo: Editora Martin Claret, 2003.

DIDIER JR. Fredie. **A intervenção judicial do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (art. 89 da lei federal 8.884/1994) e da Comissão de Valores Mobiliários (art. 31 da lei federal 6.385/1976)**. Revista de Processo (Repro) 115, ano 29, maio/junho de 2004. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.

\_\_\_\_\_ **Direito Processual Civil**, volume I. 2. ed. Salvador: Jus Podivm, 2003.

\_\_\_\_\_ **Possibilidade de sustentação oral do *Amicus Curiae***. Revista Dialética de Direito Processual (RDDP) nº 8, novembro de 2003.

\_\_\_\_\_ **Recurso de terceiro: juízo de admissibilidade**. São Paulo: Editora Revista dos tribunais, 2002.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

\_\_\_\_\_ **Império do Direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. Revisão técnica de Gildo de Sá Leitão Rios. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

ECO, Umberto. **Como se faz uma tese**. Tradução de Gilson César Cardoso de Souza. São Paulo: Perspectiva, 2005.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **A ciência do direito**. São Paulo: Atlas, 2ª edição, 1980.

\_\_\_\_\_ **Constituição de 1988: legitimidade, vigência e eficácia, supremacia**. São Paulo: Atlas, 1989.

\_\_\_\_\_ **Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão, dominação**. 4. ed. Revista e ampliada. São Paulo: Atlas, 2003.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direito Constitucional**. 30. ed. revista e ampliada. São Paulo: Saraiva, 2003.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**. Tradução de Raquel Ramallete. 31 ed. Petrópolis: Editora Vozes, 2006.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método I. Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. Tradução de Flávio Paulo Meurer. Petrópolis, RJ: Vozes, Bragança Paulista, SP: Editora Universitária São Francisco, 1997.

GIL, Antônio Carlos. **Como Elaborar Projetos de Pesquisa**. São Paulo: Atlas, 4ª edição, 2002.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na constituição de 1988**. São Paulo: Malheiros, 8ª edição, 2003.

\_\_\_\_\_. **O direito posto e o direito pressuposto**. São Paulo: Malheiros, 5ª edição, 2003.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Hermenêutica constitucional, direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade**. Em BOUCALT, Carlos E. de Abreu; RODRIGUEZ, José Rodrigo (organizadores). **Hermenêutica Plural**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

\_\_\_\_\_. **Princípio da Proporcionalidade e Devido Processo Legal**. Em SILVA, Virgílio Afonso da (Organizador). **Interpretação constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2005.

\_\_\_\_\_. **Processo Constitucional e Direitos Fundamentais**. 4. ed. revista e ampliada. São Paulo: RCS Editora, 2005.

\_\_\_\_\_. **Teses sobre direitos fundamentais, princípios jurídicos e Estado Democrático de Direito**. Em ALMEIDA FILHO, Agassiz de; CRUZ, Danielle da Rocha (coordenadores). **Estado de Direito e Direitos Fundamentais. Homenagem ao jurista Mário Moacyr Porto**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

HÄBERLE, Peter. **Constitución como cultura**. Coleção Temas de Derecho Publico, nº 66. Tradução de Ana María Montoya. Bogotá: Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita – Universidad Externado de Colombia. 2002.

\_\_\_\_\_. **Hermenêutica constitucional: A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.

\_\_\_\_\_. **Libertad, igualdad, fraternidad. 1789 como historia, actualidad y futuro del Estado constitucional**. Traducción de Ignacio Gutiérrez Gutiérrez. Madrid: Minima Trotta, 1998.

HAMILTON, Alexander. **O federalista/Hamilton, Madison e Jay**. Tradução de Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Editora Líder, 2003.

HERKENHOFF, João Baptista. **Deve a Justiça ser controlada?** Disponível em <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em 06 de julho de 2005.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição (Die normative Kraft der Verfassung)**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 6ª edição, 5ª tiragem, 2003.

LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. Tradução de José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 3ª edição, 1997.

LASSALLE, Ferdinand. **A essência da Constituição**. 6 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2001.

LAZZARINI, Alexandre Alves. **A intervenção do CADE no processo judicial**. Revista de Processo (Repro) 105, ano 27, janeiro/março de 2002. São Paulo: RT.

LOEWENSTEIN, Karl. **Teoria de la constitución**. 2 ed. Tradução de Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona: Editorial Ariel, 1976.

LOPES, Ana Maria D'Ávila. **A hermenêutica jurídica de Gadamer**. Revista de Informação Legislativa n. 145, jan/mar 2000.

MACIEL, Adhemar Ferreira. **Amicus Curiae: um instituto democrático**. Revista de Processo (Repro) 106, ano 27, abril/junho de 2002. São Paulo: RT. Também em Revista de Informação Legislativa nº 153, janeiro/março de 2002. Brasília.

MALUF, Sahid. **Teoria Geral do Estado**. 26 ed. Atualizada por Miguel Alfredo Malufe Neto. São Paulo: Saraiva, 2003.

MAMARI FILHO, Luis Sérgio Soares. **A comunidade aberta de intérpretes da Constituição. O amicus curiae como estratégia de democratização da busca do significado das normas**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005.

MARTINS, Daniele Comin. **Democracia Participativa e participação popular**. Em SANTOS, Rogério Dutra do (organizador). **Direito e Política**. Porto Alegre: Síntese: 2004.

MAUÉS, Antonio Gomes Moreira. **Poder e democracia: o pluralismo político na Constituição de 1998**. Porto Alegre: Síntese, 1999.

MENDES, Gilmar Ferreira. **O princípio da proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: novas leituras**. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ, Centro de Atualização Jurídica, v. 1, nº. 5,

agosto, 2001. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em 15.01.2006.

\_\_\_\_\_; MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Controle Concentrado de Constitucionalidade: comentários à lei n. 9.868, de 10-11-1999**. São Paulo: Saraiva, 2001.

MENDONÇA, Paulo Roberto Soares. **A argumentação nas decisões judiciais**. 2. ed. atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

\_\_\_\_\_. **A tópica e o Supremo Tribunal Federal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

MEZZAROBA, Orides; MONTEIRO, Cláudia Servilha. **Manual de Metodologia da Pesquisa no Direito**. São Paulo: Saraiva, 2003.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**, Tomo II. Coimbra: Coimbra Editora, 4ª edição, 2000.

MONTEIRO, Cláudia Servilha. **Teoria da Argumentação Jurídica e Nova Retórica**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2ª edição, 2003.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. São Paulo: Atlas, 19ª edição, 2006.

MORAES, Guilherme Peña de. **Direito Constitucional. Teoria da Constituição**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003.

\_\_\_\_\_. **Direito Constitucional. Teoria da Constituição**. 3. ed. revista, ampliada e atualizada. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006.

MULLER, Friedrich. **Quem é o povo? A questão fundamental da democracia**. Tradução de Peter Naumann. São Paulo: Max Limonad, 2ª edição, 2000.

NETO, Joaquim de Arruda Falcão. **Cultura Jurídica e Democracia: a favor da democratização do Judiciário**. Em LAMOUNIER, Bolívar; WELFORT, Francisco C.; BENEVIDES, Maria Victoria (Organizadores). **Direito, cidadania e Participação**. São Paulo: T. A. Queiroz, 1981.

NUNES, Rizzatto. **O Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana**. São Paulo: Saraiva, 2002.

PALMER, Richard E. **Hermenêutica Jurídica**. Lisboa, Edições 70.

PEREIRA, Milton Luiz. **Amicus curiae – intervenção de terceiros**. Revista de Processo (Repro) 109, ano 28, janeiro/março de 2003. São Paulo: RT. Também em Revista de Informação Legislativa nº 156, outubro/dezembro de 2002. Brasília

PERELMAN, Chaim. **Lógica Jurídica**. Tradução de Verginia K. Pupi. São Paulo: Martins Fontes, 3ª tiragem, 2000.

\_\_\_\_\_; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. **Tratado da Argumentação: a nova retórica**. Tradução de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de Direito**. São Paulo: Saraiva, 27ª edição, 2003.

RODRIGUES, Sandra Martinho. **A Interpretação jurídica no pensamento de Ronald Dworkin (Uma abordagem)**. Coimbra: Almedina, 2005.

ROSS, Alf. **Direito e Justiça**. Tradução de Edson Bini. São Paulo: Edipro, 1ª reimpressão, 2003.

ROTHENBURG, Walter Claudius. **Princípios Constitucionais**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2ª tiragem, 2003.

SCHLEIERMACHER, Friedrich D. E. **Hermenêutica: arte e técnica da interpretação**. Tradução de Celso Reni Braida. Bragança Paulista: Editora Universitária São Francisco, 2003. Coleção Pensamento Humano.

SERRANO, Pablo Jiménez. **Metodologia do ensino e da pesquisa jurídica**. Barueri, São Paulo: Manole, 2003.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 16ª ed., 1999.

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 25ª ed. revista e atualizada, 2005.

SILVA NETO, Manoel Jorge. **Curso Básico de Direito Constitucional**, Tomo I. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004.

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro, Lúmen Júris, 2006.

SLAIBI FILHO, Nagib. **Ação popular mandatória**. Rio de Janeiro: Forense, 2ª edição, 1990.

\_\_\_\_\_. **Direito Constitucional**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

SOUZA JÚNIOR, Antonio Umberto. **O Supremo Tribunal Federal e as questões políticas: o dilema brasileiro entre o ativismo e a autocontenção no exame judicial das questões políticas**. Porto Alegre: Síntese, 2004.

STRECK, Lênio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência Política e Teoria Geral do Estado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

STRECK, Lênio Luiz. **A hermenêutica, a lei e a justiça: discussão dos obstáculos ao acontecer da Constituição**. In TUBENCHLAK, James (coordenação). **Doutrina**, nº 11. Rio de Janeiro: Instituto de Direito, 2001.

\_\_\_\_\_. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. 3 ed. Porto Alegre: livraria do Advogado, 2001.

\_\_\_\_\_. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**. Uma nova crítica do Direito. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

TARANTO, Caio Marcio Gutterres. **O juiz na qualidade de Amicus Cúria em precedentes judiciais aptos a ensejar a produção de súmula com efeito vinculante**. Revista da Associação dos Juízes Federais do Brasil, ano 23, número 82, 4º trimestre/2005.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

TEIXEIRA. J. H. Meirelles. **Curso de Direito Constitucional**. Organizado e atualizado por Maria Garcia da Pontifca Universidade Católica de São Paulo. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991.

TOURINHO, Arx da Costa. **Parecer da ordem dos Advogados do Brasil sobre a questão da antecipação terapêutica do parto do menor anencéfalo. Brasília, Sessão Plenária de 16 de agosto de 2004**. Disponível também em **Anencefalia e Supremo Tribunal Federal / Conselho Regional de Medicina do estado da Bahia** (Cremeb). Brasília: Letras Livres, 2004.

VIEHWEG, Theodor. **Tópica e Jurisprudência**. Tradução de Tércio Sampaio Ferraz Jr. Brasília: Departamento de Imprensa Nacional, 1979.

VIGO. Rodolfo Luis. **Interpretação jurídica. Do modelo juspositivista-legalista do século XIX às novas perspectivas**. Tradução de Susana Elena Dalle Mura. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.