

INSTITUTO BRASILIENSE DE DIREITO PÚBLICO – IDP

DE QUEM A CORTE QUER SER AMIGA?

Análise estratégica da funcionalidade do *amicus curiae*

Ferreira, Débora Costa

Orientador(a): Professor Doutor Paulo Gustavo Gonet
Branco

Mestrado Acadêmico em Direito Constitucional

Área de concentração: Direitos e garantias fundamentais

BRASÍLIA

2017

DÉBORA COSTA FERREIRA

AGRADECIMENTOS

Agradeço ao meu orientador, que me inspira a seguir uma vida acadêmica leve, desprendida de egos e aparências, na qual a busca do conhecimento é a verdadeira realização pessoal.

Agradeço aos meus pais e familiares que propiciaram terreno fértil para florescer ideias, questionar o posto e pensar em novos caminhos.

Agradeço aos meus professores e colegas de mestrado, graduação e escola, que questionaram minhas verdades e me confrontaram com minhas incoerências.

Agradeço aos meus chefes e colegas de trabalho, por me trazerem experiências profissionais tão ricas, que o mais elevado nível do mundo das ideias jamais me traria, e, assim, me ensinarem a ser mais sensível na conciliação entre teoria e prática.

Agradeço ao Ricardo Bravo pela revolução tecnológica que representou na minha vida, tornando possível esse trabalho.

Agradeço aos amigos que tornaram mais leve o fardo de pensar e seguir problematizando os desafios que o Direito nos apresenta.

“Nas ciências sociais, descobre-se, frequentemente o que se tornou invisível por excesso de visibilidade” – Álvaro P. Pires

FERREIRA, D. C. 2017. *De quem a corte quer ser amiga?* Análise estratégica da funcionalidade do *amicus curiae* – Instituto Brasileiro de Direito Público, Brasília.

RESUMO

Apesar do grande entusiasmo doutrinário e jurisprudencial com que a figura do *amicus curiae* foi acolhida no Direito brasileiro, pouco se investiga acerca da sua efetividade prática na jurisdição constitucional, a ponto de se mostrar cada vez mais evidente um velado incômodo com o funcionamento atual do instituto com relação à teoria. Nesse contexto, o presente estudo analisa estratégica e empiricamente se o *amicus curiae*, para além do discurso doutrinário e jurisprudencial, tem efetivamente desempenhado as funções de legitimação democrática e ampliação da cognição do juízo, no sentido de aprimorar a qualidade deliberativa da corte, ou se essa figura tem servido a outros interesses, tanto para a corte e quanto para os atores sociais que dela se utilizam. Os resultados da análise empírica – relativo às ações de controle concentrado de constitucionalidade com participação de ao menos um *amicus curiae* julgadas entre 1990 e 2017 –, a corroborar os padrões identificados na análise estratégica, revelam que a Suprema Corte faz o uso estratégico da figura do *amicus curiae*, ao citar mais aqueles tipos que tragam maior apoio difuso para a corte perante a opinião pública (*amicus curiae* representantes da sociedade civil) e ao se deixar influenciar mais por participantes com maior poder de barganha institucional e credibilidade argumentativa e informacional (*amicus curiae* governamentais). Conclui-se, assim, que a corte é “mais amiga” de alguns tipos de *amicus curiae* do que de outros, sendo que, talvez, o maior deles seja o próprio Procurador-Geral da República. Caso se deseje alterar esse cenário no sentido de ampliar a cognição do juízo propõe-se que se estabeleça norma processual que determine que o peticionário antecipe resumidamente os argumentos e informações que pretende apresentar e informe a parte que deseja apoiar, o seu interesse na demanda e quem eventualmente patrocina a sua intervenção.

Palavras-chave: direito constitucional. *Amicus curiae*. Jurisdição constitucional. Análise estratégica.

FERREIRA, D. C. 2017. *De quem a corte quer ser amiga?* Análise estratégica da funcionalidade do *amicus curiae* – Instituto Brasiliense de Direito Público, Brasília.

ABSTRACT

Despite the great doctrinal and jurisprudential enthusiasm with which the amicus curiae was accepted in Brazilian law, there is little investigation around its effectiveness in Supreme Court jurisdiction, in a way that is becoming more and more evident a veiled annoyance with the current functioning of the institute with respect to theory. In this context, this study analyzes strategically and empirically if the amicus curiae, beyond the doctrinal and jurisprudential discourse, has effectively performed the functions of democratically legitimizing and expanding background information of the court in order to improve the quality of your deliberative process or if this figure has served to other interests, both for the court and for the social actors who use it. The results of the empirical analysis – related to the cases of centralized system of judicial review with participation of at least one amicus curiae, judged between 1990 and 2017 –, to corroborate the standards identified in the strategic analysis, reveal that the Brazilian Supreme Court makes strategic use of the figure of amicus curiae, citing more of those types that bring greater diffuse support with public opinion to the court (amicus curiae representatives of civil society) and to be more influenced by participants with greater institutional bargaining power and argumentative and informative credibility (amicus curiae governmental organizations). It follows, therefore, that the court is "friendlier" to some types of amicus curiae than to others, and perhaps the best friend is the Attorney General himself. If it is desired to change this scenario in order to broaden the information and arguments available to the court, it is proposed to establish a procedural rule that determines that the petitioner briefly anticipates the arguments and information that he intends to present and inform the party which want to support, his interest in the demand and who eventually sponsors his intervention.

Keywords: constitutional law. Amicus curiae. Constitutional Jurisdiction. Strategic analysis.

LISTA DE ILUSTRAÇÕES

Figura 1 - Jogo Legislativo e Executivo

Figura 2: nível de citação das contribuições dos *amici curiae* no tempo

Figura 3: visão geral das redes de interação entre *amici curiae*

Figura 4: principais redes de interação entre *amici curiae*

Figura 5: redes de interação entre *amici curiae* governamentais

Figura 6: redes de interação entre *amici curiae* representantes da sociedade civil

LISTA DE TABELAS

Tabela 1 – Número de processos com *amicus curiae* por classe

Tabela 2 - Estimativa dos parâmetros da análise 1

Tabela 3 - Estimativa da razão de chances da análise 1

Tabela 4 - Estimativa dos parâmetros do modelo 2 com interação

Tabela 5 - Estimativa da razão de chances do modelo 2 com interação

Tabela 6 - Estimativa dos parâmetros do modelo 2 sem interação

Tabela 7 - Estimativa da razão de chances do modelo 2 com interação

Tabela 8 – frequência de *amicus curiae* por relator

Tabela 9 - Frequência de *amici curiae* favoráveis e desfavoráveis por Relator

Tabela 10 – frequência de ações em que o relator cita ou não contribuições dos *amici curiae*

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
1. ESCLARECENDO A FIGURA DO <i>AMICUS CURIAE</i> NO DIREITO BRASILEIRO	17
1.1. Histórico e direito comparado do <i>amicus curiae</i>	19
1.2. Arcabouço normativo e jurisprudencial acerca do <i>amicus curiae</i> no Brasil	26
1.3. Fundamento doutrinário da incorporação do <i>amicus curiae</i> ao Direito Brasileiro.....	32
1.3.1. A teoria de Peter Häberle.....	33
1.3.2. Explicitação das premissas teóricas das participações no processo constitucional.....	36
1.3.2.1. Participação dos afetados pela decisão constitucional.....	36
1.3.2.2. Participação dos experts	37
1.3.2.3. Participação dos não afetados pela decisão.....	38
1.3.3. Conclusões parciais	38
1.4. Incongruências práticas	39
1.4.1. Dois discursos e confusão entre premissas teóricas	39
1.4.2. Incoerências entre discursos	41
1.4.2.1. Ampliação da participação e quantidade de informações úteis.....	42
1.4.2.2. Ampliação da participação e nível de consideração.....	43
1.4.2.3. Princípio da imparcialidade do juiz e consideração do peso e da representatividade político-social dos agentes.....	44
1.5. Resultado prático	44
2. ANÁLISE ESTRATÉGICA DA INTERAÇÃO ENTRE SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E <i>AMICUS CURIAE</i>	47
2.1. O que incentiva a Suprema Corte na prática?	47
2.1.1. Teorias do comportamento judicial.....	47
2.1.1.1. Modelo legal convencional.....	48
2.1.1.2. Modelo dos grupos de interesse	49
2.1.1.3. Modelo atitudinal estratégico.....	51
2.1.2. Padrões de atuação estratégica das cortes constitucionais.....	53
2.1.2.1. Legitimidade, apoio difuso e opinião pública.....	54
2.1.2.2. Interação estratégica entre atores institucionais.....	59
2.1.2.3. Assimetria de informação e credibilidade argumentativa e informacional.....	63
2.1.3. Conclusões parciais	64
2.2. O que incentiva os diferentes tipos de <i>amicus curiae</i> na prática?	64
2.2.1. <i>Amicus curiae</i> corporativos	67
2.2.2. <i>Amicus curiae</i> governamentais	69
2.2.3. <i>Amicus curiae</i> representantes da sociedade civil	71
2.2.4. Conclusões parciais	72
2.3. Proposta para aumentar a eficácia da função de ampliação da cognição do <i>amicus curiae</i>	73
3. ANÁLISE EMPÍRICA DO <i>AMICUS CURIAE</i>	77
3.1. Revisão de literatura	78
3.1.1. Literatura internacional	78
3.1.2. Literatura nacional	84
3.2. Metodologia.....	88
3.3. Resultados.....	95
3.3.1. Análise da citação das contribuições dos <i>amici curiae</i>	95
3.3.2. Análise da influência na decisão final.....	97
3.3.3. Análise exploratória	101
3.3.3.1. Evolução da participação dos <i>amici curiae</i>	101
3.3.3.2. Perfil do relator.....	102
3.3.3.3. Análise de redes de interação entre <i>amici curiae</i>	105
CONCLUSÕES.....	110

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS..... 112

INTRODUÇÃO

A figura processual do *amicus curiae* foi incorporada ao direito brasileiro com grande entusiasmo e ainda desperta expressivo interesse acadêmico e jurisprudencial por sua propagada capacidade de realizar concomitantemente as funções de ampliação da cognição do juízo e de legitimação democrática da jurisdição constitucional, em prol do aprimoramento das decisões e interpretações constitucionais.

Além dos paradigmáticos estudos de Peter Häberle¹, que estabeleceram as bases das teorias nas quais se assenta a figura atualmente, observa-se grande quantidade de trabalhos acadêmicos e manuais jurídicos que enfatizam e reafirmam tais funções, sem maiores problematizações quanto à sua funcionalidade prática. Tais teorias estão incorporadas nos fundamentos dos textos normativos que regulam o tema, além de serem diuturnamente apropriadas nos discursos vocalizados pelos membros do Supremo Tribunal Federal para justificar a participação do amigo da corte nos processos de sua competência.

Ocorre que, após dezoito anos de sua implementação normativa na jurisdição constitucional brasileira, ainda são recorrentes as situações em que os ministros se confrontam com incongruências e disfuncionalidades da figura do *amicus curiae* na sua aplicação prática com relação ao que postula a teoria, que os obrigam a realizar conformações marginais e paliativas. Tanto assim o é que, apesar de ainda velado o incômodo com o funcionamento prático do instituto, esse já transparece na manifestação dos próprios membros do STF:

Aliás, penso que o Tribunal, em algum momento, terá que meditar a respeito da figura do *amicus curiae* no processo².

O tribunal tem encontro marcado com a definição do que é o *amicus curiae*³.

Esse incômodo decorre do fato de que não há clara percepção acerca da efetividade prática dessa figura no aprimoramento das deliberações e interpretações da Suprema Corte e da função que se deseja que ela realize na jurisdição constitucional brasileira.

Até o presente momento, não há estudo que investigue o que de fato tem motivado o STF no tratamento que confere aos diferentes atores sociais que requerem a participação na

¹ HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional. A sociedade aberta de intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997; HÄBERLE, Peter. *Pluralismo y constitución: estudios de teoría constitucional de la sociedad abierta*. Trad. Emilio Milkunda-Franco. Madrid: Tecnos, 2002, p. 98-99.

² Voto sobre questão de ordem do Ministro Teori Zavascki, na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 190/SP, julgada em 29/09/2016.

³ Fala da ministra Cármen Lúcia, presidente do Supremo Tribunal Federal, na seção plenária de 02/02/2017.

jurisdição constitucional como *amicus curiae*. Esse instituto tem realmente servido à corte como fonte eficaz de obtenção de novos elementos informativos e argumentativos para melhor definir realidades públicas e o âmbito de proteção dos direitos? Os seus membros têm cuidadosamente admitido e tratado adequadamente o amigo da corte para contrabalancear o *déficit* democrático que lhe é intrínseco? Ou será que existem outras intenções que cercam a atuação da corte na sua interação com o *amicus curiae*?

Por outro lado, pouco se reflete acerca dos incentivos⁴ que incidem sobre esses atores sociais no momento de requerer a sua entrada nos processos de competência do STF como *amicus curiae*. É de fato seu objetivo participar do processo de interpretação constitucional para melhorar a qualidade deliberativa e decisória, ao trazer aos ministros, ainda que com viés para a parte que apoia, contribuições úteis e adequadas à resolução da controvérsia? Esse instrumento processual é veículo pelo qual esses atores sociais conseguem pluralizar o debate constitucional, possibilitando que a corte conheça e considere sua posição na controvérsia? Ou existem outros objetivos escusos para além desses propalados pela doutrina?

Eis o que o presente estudo visa a analisar: como se dá e o que motiva a interação entre STF e os *amici curiae*.

A tese central que se estabelece é a de que, na falta de balizas legais e jurisprudenciais mais precisas e da clara definição institucional acerca de qual função o *amicus curiae* deva servir, a Suprema Corte faz o uso estratégico⁵ da figura do *amicus curiae*, de modo a retirar maior proveito possível dessa participação, de acordo com o que cada participante possa-lhe oferecer, desde que esse também reste satisfeito com o tratamento que lhe é conferido. Assim, não basta estudar a teoria do *amicus curiae* e reproduzir seus fundamentos para encontrar a real funcionalidade desse instituto, é preciso investigar os incentivos que efetivamente incidem nessa interação.

Apesar de o ponto central da pesquisa se ancorar na análise estratégica e empírica, o estudo não pode se furtar de esclarecer os principais aspectos teóricos, legais e jurisprudenciais que envolvem esse instituto processual, para que se clarifiquem as balizas existentes para tal interação.

⁴ O termo incentivo será utilizado nesse estudo de acordo com a conotação adotada pela Economia e pela Ciência Política, no sentido de que o agente racional terá incentivos a adotar uma estratégia se ela lhe proporcionar maior satisfação com relação a todas as demais alternativas (SHEPSLE, Kenneth A.; BONCHEK, Mark S. *Analyzing politics: rationality, behavior, and institutions*. Nova Iorque: W. W. Norton & Company, 1997.p. 15).

⁵ O agir estratégico ora mencionado é aquele definido nas teorias da escolha racional, em que o agente racional adotará como estratégia de atuação o comportamento que lhe proporcione maior satisfação.

Por isso, volta-se, em primeiro momento, a observar o que motivou o surgimento dessa figura e como ela se desenvolveu no direito comparado, para tentar compreender a sua essência e como os outros países têm conformado a sua funcionalidade prática. Nessa incursão, sobressai o fato de que o *amicus curiae* foi criado com o intuito de expandir a cognição do juízo, existindo desde o início diferenças no tratamento entre *amicus* públicos e privados, pendendo para a maior consideração do primeiro. Nesses países em que o instituto se desenvolveu inicialmente, a experiência fez necessária a escolha institucional consciente acerca da função desejada para essa figura com vistas a garantir sua efetividade, expressa por delimitações processuais. Já a função de legitimação democrática surgiu posteriormente, com a teoria de Peter Häberle, sobretudo em países de tradição romano-germânica, produzindo certa confusão entre essa nova função e a de ampliação da base informacional da corte, o que, em sentido contrário, acaba por obscurecer a efetividade prática do instrumento processual.

Ao sintetizar o arcabouço normativo e jurisprudencial relativos ao *amicus curiae*, demonstra-se que essa confusão está presente no Direito brasileiro, na medida em que as duas funções se entrelaçam nos fundamentos dos diplomas normativos e dos entendimentos jurisprudenciais, sem clara definição quanto à missão que deve cumprir e delegando ampla discricionariedade ao relator para decidir acerca da oportunidade dessa intervenção.

Do mesmo modo, a investigação da aplicação jurisprudencial da principal teoria que fundamenta a incorporação do *amicus curiae* na jurisdição constitucional brasileira – a teoria de Peter Häberle – revela que o desrespeito aos seus pressupostos, as incoerências dos discursos de ampliação da cognição do juízo e de legitimação, assim como o seu entrelaçamento, fazem com que seja possível que um prepondere sobre o outro discurso, a depender do momento processual, de diferentes tipos de petionários e da compreensão pessoal dos ministros a respeito da função do *amicus curiae*, abrindo dilargada margem de atuação para os membros da Suprema Corte no momento de interagir com essa figura.

Com efeito, em se constatando a ampla discricionariedade legal e jurisprudencial na conformação do instituto do *amicus curiae* na jurisdição constitucional brasileira, o presente estudo tem capacidade de contribuir para a compreensão da efetividade prática desse instituto a partir da análise estratégica da interação entre STF e *amicus curiae*, com base no arcabouço teórico disponibilizado pela corrente doutrinária norte-americana do realismo jurídico – ou pragmatismo jurídico –, mais especificamente da teoria da escolha racional (*rational choice*) e das teorias de comportamento judicial (*judicial behavior theories*).

Nesse contexto, a primeira pergunta que se faz é: o que incentiva a corte na prática? Em resposta, extraem-se três padrões de comportamento estratégico.

Em primeiro lugar, em vistas da fragilidade do seu papel contramajoritário e das predições do modelo dos grupos de interesse, a corte precisa recorrentemente obter apoio difuso junto à opinião pública, para que possa conservar sua capacidade de tomar decisões contra a maioria⁶. Nesse sentido, a corte tem incentivos a se utilizar da figura do *amicus curiae* da forma que eleve mais eficientemente seu apoio difuso: enaltecendo e divulgando em maior medida a participação daqueles *amicus* que possuam maior representatividade social.

Já na sua relação entre os poderes e demais atores institucionais, o STF não pode prescindir, segundo o modelo atitudinal estratégico, de considerar a posição dos demais poderes e atores institucionais para que não seja diluída a factibilidade de suas decisões e para maximizar a chance de sua visão ideológica ser adotada institucionalmente. Em sendo o amigo da corte veículo pelo qual se transmite a posição desses atores, para que ela realize os devidos cálculos acerca da melhor decisão a ser tomada, pode-se prever que a corte se deixará influenciar mais pelas posições dos *amici curiae* governamentais, que possuem, em geral, maior poder de barganha nesse jogo.

Enfim, em razão da assimetria de informação e como não é faticamente possível, diante da elevada carga de trabalho, que os ministros, ainda que estritamente legalistas, leiam todas as contribuições trazidas pelos *amici curiae*, é racional o uso da sua credibilidade na produção de bons argumentos e informações, no sentido de que, quando se confrontam com um memorial de *amicus curiae* que possui melhor reputação na produção de bons argumentos e informações, os julgadores ficam mais propícios a se dedicar à leitura das respectivas contribuições, se comparado com os memoriais dos demais participantes.

Trata-se de motivações não aventadas pelas teorias tradicionais do *amicus curiae*, as quais alteram o comportamento previsto para corte na sua interação com essa figura, que faz com que aquela confira tratamento distinto para diferentes tipos desse participante, por força de peculiaridades institucionais. Assim, os diferentes níveis de representatividade social, poder de barganha institucional e credibilidade argumentativa e informacional justificam porque a corte é “mais amiga” de alguns tipos de *amicus curiae* do que de outros.

Justamente por isso é que o presente estudo, para analisar seus incentivos, subdivide fundamentadamente – e por aproximação – esses participantes em três categorias, com base nas três características acima descritas:

⁶ Na análise, o julgamento contramajoritário será tratado como aquele que não atende à vontade da maioria dos integrantes da sociedade, no momento da decisão constitucional.

- (i) coorporativos: baixa representatividade social, baixo poder de barganha institucional e baixa credibilidade argumentativa e informacional;
- (ii) governamentais: baixa representatividade social, alto poder de barganha institucional e alta credibilidade argumentativa e informacional; e
- (iii) representantes da sociedade civil: alta representatividade social, baixo poder de barganha institucional e indefinida credibilidade argumentativa e informacional.

A partir dessa divisão, é possível prever, com base nos padrões analisados que:

- (i) o *amicus curiae* corporativo tenderá a não ser citado e a não influenciar na decisão final;
- (ii) o *amicus curiae* governamental tenderá a não ser citado e a influenciar na decisão final; e
- (iii) o *amicus curiae* representante da sociedade civil tende a ser citado e a não influenciar na decisão final.

Seguindo-se tal predição, a corte citará mais os *amici curiae* representantes da sociedade civil e se deixará influenciar mais pelos amigos da corte governamentais.

Se esses atores sociais estiverem se beneficiando desses padrões, então ter-se-á, no âmbito da análise estratégica, três situações de equilíbrio⁷. Passa-se então a questionar: o que incentiva os diferentes tipos de *amicus curiae* a participar?

No caso do *amicus curiae* corporativo, postula-se que atuam, em geral, sob o sistema de legitimação para a base, ingressando em arenas políticas para marcar posição, mas principalmente, para que os sindicatos, federações, confederações e associações se legitimem perante seus representados. Por esse motivo, mesmo não sendo citados nem considerados, pedem para entrar, já que não é indispensável que eles efetivamente influenciem a decisão final da corte com bons argumentos e informações, basta para eles entrar e mostrar que estão atuando em prol dos direitos e benefícios da classe. Há, portanto, equilíbrio nessa interação.

Com relação ao *amicus curiae* governamental, mesmo não havendo tendência de que seja citado, esse tipo de participante tem incentivos para entrar, porquanto não precisa desse mecanismo para obter legitimidade. Deseja, de fato, influenciar a decisão final, o que tende a se realizar, consoante previsões do presente estudo, seja pela via argumentativa, seja pela via política. Beneficiando-se ambas as partes, vislumbra-se uma segunda situação de equilíbrio.

⁷ A situação de equilíbrio ora adotada é aquela descrita pela teoria dos jogos, em que ambos os agentes estão agindo da forma que lhe traz mais satisfação – nos termos da teoria, estão jogando sua melhor resposta –, razão pela qual não há incentivos à desvios desse comportamento.

Na relação com o *amicus curiae* representante da sociedade civil se conclui igualmente pelo equilíbrio dessa interação, na qual a corte auferiu benefício em expandir seu apoio difuso enquanto esses *amici curiae* obtêm vantagem da exposição de sua posição na vigiada vitrine democrática da Suprema Corte, não possuindo incentivos para ir de encontro ao padrão de citação e não influência na decisão final.

Da análise, observa-se que esses equilíbrios tendem a se dar com baixo nível de consideração dos argumentos e informações, com relação ao previsto pelas teorias tradicionais do *amicus curiae*, uma vez que a motivação de ampliar a cognição do juízo se dá somente em segundo plano, conforme incentivos descritos, e porque o modelo atual estabelece expressiva assimetria de informação entre ministros e *amicus curiae* com relação à capacidade desse último de produzir bons argumentos e trazer relevantes informações.

Com vistas a mitigar essa assimetria de informação e aprimorar a funcionalidade dessa figura processual no sentido da ampliação da cognição do juízo, propõe-se que se estabeleça norma processual que determine que o peticionário antecipe resumidamente os argumentos e informações que pretende apresentar.

Desse modo, permite-se que o relator tenha melhores condições de determinar se esse peticionário efetivamente contribuirá para essa função, além de aumentar a clareza do sistema, incumbindo maior ônus argumentativo ao relator que não admite um peticionário que demonstre por meio desse resumo de teses que trará pontos proveitosos, o que possibilita que os agentes que intencionem entrar antevejam o “tipo” do relator, de acordo com os modelos de comportamento judicial, decidindo se dispenderão ou não esforços na produção desse memorial resumido. Com efeito, a proposta permite que se expanda o arcabouço informacional da corte por meio da alteração dos incentivos que incidem sobre os agentes.

Outra sugestão no sentido de conferir maior clareza à figura do *amicus curiae*, seria a exigência de explicitação de qual parte o peticionário deseja apoiar, o seu interesse na demanda, e quem eventualmente patrocina a sua intervenção. Alteração regimental acatando tal sugestão apaziguaria a preocupação levantada pela Ministra Carmen Lúcia e compartilhada pelos demais membros da Suprema Corte com relação aos interesses escusos dessa amizade:

Nem de longe falaria em imparcialidade. Preocupo apenas quando alguém diz que é amigo de uma das partes. É preciso saber qual é o objetivo⁸.

⁸ Fala da ministra Cármen Lúcia, presidente do Supremo Tribunal Federal, na seção plenária de 02/02/2017.

Desmistificar-se-ia, assim, a suposta neutralidade de atuação dos amigos da corte, ao se aceitar e esclarecer – como já há tempos as doutrinas empíricas revelaram – que esses atores também são amigos das partes.

Apesar da coerência da construção teórica realizada, submetem-se seus resultados à análise empírica, com vistas a testar se esses padrões encontrados efetivamente se verificam na prática do controle concentrado de constitucionalidade realizado pelo STF. Para tanto, procedeu-se à análise estatística de dois modelos de regressão logística sobre dados das ações de controle concentrado julgadas pelo STF entre 1990 e 2017, nas quais houve a participação de ao menos um *amicus curiae*, em que se investigou (i) qual(is) tipo(s) de *amicus curiae* aumentam a chance de haver citação de argumentos dessa figura no voto, (ii) qual(is) tipo(s) de *amicus* influenciam no resultado da decisão e (iii) se a citação aumenta a chance de a ação ser julgada procedente.

Conforme esperado pela análise estratégica, os únicos *amici curiae* que, com significância estatística, aumentam a chance de citação no voto são os do tipo representantes da sociedade civil, especificamente aqueles que se posicionam desfavoravelmente à demanda do petionário. Assim, para cada *amicus curiae* representante da sociedade civil que participe do processo de controle concentrado de constitucionalidade do STF em desfavor do petionário eleva-se entre 15,0% e 67,7% a chance de haver citação das contribuições desses participantes.

O segundo resultado também caminha no mesmo sentido dos padrões encontrados, porquanto identifica que somente o *amicus curiae* governamental tem influência significativa, sob o ponto de vista estatístico, e positiva sobre a decisão final. A cada *amicus curiae* governamental favorável a mais do que os desfavoráveis desse mesmo tipo no processo, aumenta-se entre 18,1 e 50,8% a chance de a ação ser julgada procedente.

Outro resultado obtido pelo segundo modelo de regressão logística foi o de que a citação dos argumentos no voto não aumenta, com significância estatística, a chance de influência na decisão final, o que confirma, mais uma vez, hipóteses alcançadas pela análise teórica.

Todos esses resultados corroboram as premissas e as hipóteses ora estabelecidas no estudo, no sentido de que o *amicus curiae* não funciona exatamente da forma como preconiza a doutrina e os discursos que dela se utilizam. Daí porque se conclui que, na prática do controle concentrado de constitucionalidade, a corte trata diferentemente os diferentes tipos de participantes, de acordo com o que cada tipo possa melhor lhe oferecer, e de modo a atender igualmente aos anseios desses participantes, razão porque os propagados discursos de consecução das funções de ampliar a cognição do juízo e de aumentar a legitimidade

democrática da corte⁹ causam velado incômodo tanto aos seus destinatários quanto aos seus próprios emissários. Assim, tais discursos podem ser usados para escamotear comportamentos estratégicos e legitimar politicamente as decisões tomadas pelo STF.

Para além do escopo inicial do estudo, identificou-se relação estatística que traz pertinentes *insights* para a análise: o extremo poder de influência da manifestação do Procurador-Geral da República sobre a decisão final do STF. O posicionamento pela procedência da ação, em sua manifestação nos processos de controle abstrato com participação de ao menos um *amicus curiae*, aumenta entre 87,6% e 99,7% a chance de a ação ser julgada procedente, enquanto que, quando entende pela parcial procedência, essa chance aumenta em 30,2% e 95%. Diante desse contexto, não há como não se reconhecer que o melhor amigo do Supremo Tribunal Federal é o próprio Procurador-Geral da República¹⁰.

Esse resultado desvela interessante conclusão sob o ponto de vista estratégico: talvez seja mais interessante aos atores sociais que desejem efetivamente influenciar a Suprema Corte buscar apoio do Procurador-Geral da República do que atuar diretamente na corte pela via processual do *amicus curiae*. Em outros termos, tende a ser mais eficiente o “lobby” junto ao PGR do que o uso do *amicus curiae* para esse fim, sobretudo se os atores sociais pertencerem ao “tipo” de *amicus* desprestigiado pela corte sob o ponto de vista da influência na decisão final.

Além disso, a partir de análise exploratória dos dados, alcançou-se diagnóstico empírico que revela a crescente expansão dessa participação no decorrer do tempo, a ampla variação de tratamento do *amicus curiae* entre diferentes relatores e as estratégias de atuação conjunta entre os *amici curiae*, trazendo mais clareza à funcionalidade prática atual desses amigos, em um ambiente eminentemente estratégico.

Diante das análises e conclusões alcançadas, o estudo traz perspectiva original acerca do tema, ao combinar descrição objetiva da literatura jurídica e do papel institucional dos atores sociais com ferramental econômico de análise estratégica e parametrização de fenômenos sociais, permitindo-se formular diagnóstico mais fidedigno da realidade da jurisdição

⁹ Cite-se o voto do Ministro Celso de Mello, na ADPF nº 187, de que cabe ao *amicus curiae* “pluralizar o debate constitucional, permitindo que o Supremo Tribunal Federal venha a dispor de todos os elementos informativos possíveis e necessários à resolução da controvérsia, visando-se, ainda, com tal abertura procedimental, superar a grave questão pertinente à legitimidade democrática das decisões emanadas desta Corte, quando no desempenho de seu extraordinário poder de efetuar, em abstrato, o controle concentrado de constitucionalidade”.

¹⁰ A título de ressalva metodológica, não se está a comparar o *amicus curiae* com o Procurador Geral da República, uma vez que possuem posições institucionais distintas, tanto em termos de funções constitucionais e processuais quanto de capital político e presunção de isenção. Trata-se de um tipo especial de amigo da corte.

constitucional brasileira, bem como indicar proposições iniciais no sentido do seu aprimoramento.

Destrinchando os pontos brevemente tratados na presente introdução, o capítulo um explora a figura do *amicus curiae* no direito comparado, no arcabouço jurídico brasileiro e na célebre doutrina de Peter Häberle; o segundo capítulo desenvolve a análise estratégica, enquanto o terceiro apresenta os resultados da análise empírica. Em seguida, tecem-se as conclusões.

1. ESCLARECENDO A FIGURA DO *AMICUS CURIAE* NO DIREITO BRASILEIRO

Longe de ser figura processual de simples compreensão, o *amicus curiae*, como bem sintetizado por Cassio Scarpinella Bueno¹¹ é, na teoria e na prática, um terceiro enigmático. Em definição simples, ele seria um terceiro que participa no processo do qual não é parte, seja a pedido do relator, seja por iniciativa própria¹². Ele surge justamente do fato de que as decisões judiciais, sobretudo as de controle abstrato, marcadas pelo efeito vinculante¹³, afetam mesmo aqueles que não estão juridicamente vinculados à controvérsia.

Distingue-se das modalidades de intervenção de terceiros diante da (i) inexigibilidade da comprovação de interesse jurídico-processual, tal como compreendido tradicionalmente¹⁴, e (ii) da potencialidade de defesa e canalização de interesses e pontos de vista sociais¹⁵. Assim,

¹¹ BUENO, Cássio Scarpinella. *Amicus curiae no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático*. 2ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2008. p. 1.

¹² “O *amicus curiae* é um colaborador da Justiça que, embora possa deter algum interesse no desfecho da demanda, não se vincula processualmente ao resultado do seu julgamento. É que sua participação no processo ocorre e se justifica, não como defensor de interesses próprios, mas como agente habilitado a agregar subsídios que possam contribuir para a qualificação da decisão a ser tomada pelo Tribunal. A presença de *amicus curiae* no processo se dá, portanto, em benefício da jurisdição, não configurando, conseqüentemente, um direito subjetivo processual do interessado” (ADI 3460 ED, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, Tribunal Pleno, julgado em 12/02/2015, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-047 DIVULG 11-03-2015 PUBLIC 12-03-2015).

¹³ “A decisão do plenário no incidente de inconstitucionalidade haverá de vincular os órgãos fracionários do tribunal nos casos futuros. Daí a sobre-relevância desses julgamentos e a necessidade de se permitir que outros interessados na solução da questão jurídica de constitucionalidade possam ser ouvidos antes da deliberação, ainda que não sejam partes, nem mereçam a qualificação técnica de assistentes ou de litisconsortes. O controle *in casu* ganha, assim, conotações pluralísticas, reverberando preocupações próprias do controle abstrato” (BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; VALE, André Rufino do (orgs). *A Jurisprudência do STF nos 20 anos da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 230).

¹⁴ Cassio Scarpinella Bueno descreve essa situação como “a ausência de um ‘interesse jurídico’, entendido como aquele que decorre de uma específica relação jurídica-base entre dois ou pouco mais de dois indivíduos, que tem tudo para ser afetada, direta ou indiretamente, atual ou potencialmente, pela decisão (ou decisões) a ser(em) proferida(s) em processo em que contendem outras pessoas” (BUENO, op. cit., p. 128).

¹⁵ Idem. p. 670.

o *amicus curiae*, apesar de ser um estranho na relação processual – por não ser parte¹⁶ ou interessado –, teria condições efetivas, nos termos do que propaga a doutrina, de trazer benefícios para a jurisdição constitucional ao proporcionar meios que viabilizem uma adequada resolução do litígio constitucional, seja pela ampliação da sua cognição, seja pela agregação de legitimidade à decisão, apesar de já se reconhecer a parcialidade da sua participação¹⁷.

Contudo, remanesce obscuridade quanto ao nível em que o amigo da corte efetivamente aprimora a decisão e a interpretação constitucional brasileira, a partir dos incentivos derivados da conformação legal e jurisprudencial que lhe é dada. Em outras palavras, há ainda de se esclarecer em que medida os agentes sociais que intervêm no processo constitucional por essa via realmente trazem informações úteis e que são consideradas na fundamentação dos votos, ou até que ponto a sua participação de fato é capaz de contrabalancear o déficit democrático da jurisdição constitucional, ligando suas decisões aos anseios e valores dos cidadãos. Mais ainda: jamais se investigou se o *amicus curiae* serve à corte somente para essas funções ou se há outras motivações escamoteadas que conformam o modo como serão tratados esses participantes.

O fato é que pouco se reflete acerca da efetividade prática dessa figura e da função que se deseja que ela realize na jurisdição constitucional brasileira. Por esse motivo é que até hoje não se sabe ao certo para que tem servido o instituto do *amicus curiae* para a corte e para os atores sociais que dele se utilizam.

Com vistas a contribuir para o esclarecimento de tais lacunas, o presente capítulo compromete-se a investigar com maior profundidade os principais aspectos dessa figura processual, buscando no direito comparado a sua essência e funcionalidade para compará-la à conformação que lhe é dada na jurisdição nacional.

Em primeiro lugar, recorre-se ao seu desenvolvimento histórico para observar o que motivou o seu surgimento, conjuntamente com a percepção da função e formatação que foi dada à figura pelas principais jurisdições constitucionais que a adotaram. A existência de uma

¹⁶ No julgamento da ADPF 187, que discutiu a legalidade da marcha da maconha, o Ministro Celso de Mello registrou que “*Entendo que o amicus curiae, não obstante o inquestionável relevo de sua participação, como terceiro interveniente, no processo de fiscalização normativa abstrata, não dispõe de poderes processuais que, inerentes às partes, viabilizem o exercício de determinadas prerrogativas que se mostram unicamente acessíveis às próprias partes, como, por exemplo, o poder que assiste, ao arguente (e não ao amicus curiae), de delimitar, tematicamente, o objeto da demanda por ele instaurada*”.

¹⁷ KRISLOV, Samuel. The Amicus Curiae Brief: From Friendship to Advocacy. V. 72. *Yale Law Journal*, 1963, p. 694; BANNER, Stuart. The myth of the neutral amicus: american courts and their friends - 1790-1890. *Constitutional Commentary*. V. 20. N. 9, 2003. p. 116; LOWMAN, Michael, The litigating amicus curiae: when does a party begin after the friends leave? *American University Law Review*, v. 41, 1992, p. 1244. Damares Medina defende que “*o fato de perseguir interesses específicos não deslegitima a atuação do amigo da corte*” (MEDINA, Damares. *Amicus curiae: amigo da corte ou amigo da parte?* São Paulo: Saraiva, 2010).

série de jurisdições nacionais e internacionais que permitem a participação do *amicus curiae*, com diferentes regras procedimentais, que determinam menor ou maior abertura para influenciar na decisão final, assim como distintas fundamentações teóricas e evoluções jurisprudenciais, torna pertinente uma análise comparada da sua funcionalidade.

Em seguida, apresentam-se os diplomas normativos e os entendimentos jurisprudenciais que conformam as hipóteses e os requisitos de intervenção do *amicus curiae* no direito brasileiro, sobretudo na jurisdição constitucional, com vistas a observar quais são os direcionamentos institucionais quanto à função que se deseja que o *amicus curiae* cumpra e as tendências jurisprudenciais.

Passa-se, então, à análise pormenorizada dos pressupostos estabelecidos pela teoria de Peter Häberle – a qual balizou a incorporação da figura à jurisdição constitucional brasileira – para que a ampliação dessa participação cumpra concomitantemente a função de ampliação da base informacional da corte e de legitimação democrática.

Por fim, verifica-se o atendimento dos pressupostos teóricos acima descritos nos votos dos ministros do STF, em trechos em que fundamentam a participação do *amicus curiae*, investigando, ainda, eventuais incoerências nos discursos e as repercussões práticas dessas disjunções entre teoria e prática.

1.1. Histórico e direito comparado do *amicus curiae*

Diversos estudos anteriores já se debruçaram sobre a análise histórica das raízes do instituto do amigo da corte, buscando no direito comparado a sua razão de ser, motivo pelo qual este capítulo apenas traça um breve panorama dos aspectos históricos que contribuem para a análise que se desenvolverá adiante, sem pretender exaurir o assunto.

O primeiro registro histórico do que daria origem à figura processual do *amicus curiae* foi observado no Direito Romano, no qual o *consilium* (no plural, *consillarius*) era chamado às demandas judiciais pelo julgador, para esclarecer questões que, por extravasar o âmbito jurídico, abarcavam aspectos que não eram do seu domínio. Propugnava-se, pois, atuação neutra e desinteressada do participante¹⁸.

Apesar do seu surgimento ter se verificado na experiência romana, foi no direito inglês, imbuído na tradição do *common law*, que o instituto do *amicus curiae* experimentou expressiva

¹⁸ SILVESTRI, Elisabetta. L'amicus curiae: uno strumento per La tutela degli interessi non rappresentati. *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*. Milão: Griuffré, 1973, p. 679-680; LOWMAN, 1992, op. cit., p. 1244.

evolução, a partir de 1300¹⁹. Por meio da ampla liberdade processual e estratégica concedida a esse ator, na lógica do *adversary system*²⁰, suas principais funcionalidades eram (i) a de trazer casos, raciocínios jurídicos e precedentes que não eram do conhecimento da corte – para descrever tal função, utilizava-se a expressão “oral *shephardizing*”²¹ –, além (ii) da sua inicial função de prover informações e esclarecimentos acerca de temas que escapavam do conhecimento dos juízes, o que reduziria a probabilidade de erros e incompletudes na decisão judicial.

Desde o surgimento dessa figura processual, a sua utilização pelo *Attorney General* – agente público que acumula funções do Procurador-Geral da República e do Advogado Geral da União – era concebida nos moldes do que, no Brasil, corresponderia à atuação do membro do Ministério Público como *custus legis*, com teor neutro de tutela de interesses públicos; ao passo que em outros participantes se vislumbrava proveito no conhecimento pessoal ou institucional trazido à cognição da corte²². Eis a primeira distinção de tratamento entre diferentes *amici curiae*.

A experiência inglesa serviu de base para posterior implementação do instituto na Suprema Corte norte-americana. Inicialmente, tal intervenção circunscrevia-se a agentes e entes públicos, sobretudo na resolução de questões federativas, passando, posteriormente à admissão de associações privadas, as quais a literatura denominou de *amici* corporativos. Somente na década de 1930 que a utilização da figura do *amicus curiae* se tornou mais frequente, motivo pelo qual já em 1937 foram estabelecidos os primeiros requisitos processuais para o seu ingresso. Passou-se, na oportunidade, a se exigir o consentimento das partes, exceto no caso do *Solicitor General* – representante da União – e dos *Attorneys General* estaduais (exigência essa que perdurou até 1998)²³.

¹⁹ ANGELL, Ernest. The *amicus curiae*: American Development of English Institutions. *International and Comparative Law Quarterly*. V. 16, 1967, pp. 1017-1044.

²⁰ SORESON, Nancy Bage. The ethical implications of *amicus* briefs: a proposal for reforming rule 11 of the texas rules of appellate procedure. *30 St. Mary's L.J.*, 1998. p. 1225. Nesse sentido, Soreson comentava: “*não mais um mero amigo da corte — resume Lowman —, o amicus se tornou um lobista, um advogado, e, mais recentemente, um paladino dos politicamente fracos.*” (SORESON, op. cit., 1245 *apud* BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Jurisdição Constitucional democrática e participativa: a ADI-MC 2.321 e o amicus curiae*. In: MENDES, Gilmar Ferreira (org.) *A jurisprudência do STF nos 20 anos da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 13-21; BRANCO, 2010, op. cit., p. 218.

²¹ BESON, Joseph Fred. The Court Needs its Friends. V. 70. N. 8, *ABA Journal*, Agosto, 1984, p. 16.

²² BUENO, 2008, op. cit., p. 94.

²³ MCLAUCHLAN, Judithanne Scourfield. *Congressional Participation as Amicus Curiae before the U.S. Supreme Court*. New York: LFB Scholarly Publishing LLC, 2005. p. 5.

Nesse contexto, aprofundou-se a percepção quanto à atuação interessada dos *amici* privados, ao fornecer informações úteis à vitória de uma das partes, sobretudo a partir do século XVIII, com o caso *Coxe vs. Phillips* e a publicação de artigos acadêmicos que apontavam tal parcialidade, como o de Samuel Krislov²⁴, Michael Lowman²⁵ e Stuart Banner²⁶. Cingia-se, desse modo, o tratamento entre *amici curiae* governamentais e privados, no sentido de que o primeiro manteria ainda sua posição de neutralidade por força do interesse público que institucionalmente defendia, atuando para a consecução da devida harmonia e separação entre Poderes, na lógica do que dispõe Cassio Scarpinella Bueno no seguinte trecho:

(...) considerando que o *amicus* governamental poderá colaborar com a implementação concreta da decisão a ser proferida pelo Judiciário (sua execução ou, mais amplamente, sua efetivação) e considerando que ele, como ente governamental que é, tem condições de oferecer maiores detalhamentos de políticas públicas e diretrizes governamentais, minimiza-se qualquer interferência indevida de uma função governamental na outra, é dizer, conserva-se intacta a cláusula da separação dos Poderes, ao mesmo tempo em que se consegue, na atuação judicial de uma entidade do governo na qualidade de *amicus*, melhor realizar a imprescindível “cooperação” e “harmonização” das distintas funções governamentais²⁷.

Em consequência dessa percepção, esculpia-se tratamento claramente diferenciado para tais grupos na determinação das regras processuais para sua participação. Além da exigência da concordância das partes, os *amici* privados passaram a ter que cumprir as exigências de (i) juntar à petição de ingresso “declaração de interesses”, que descreveria qual é o seu interesse, quem patrocinava a intervenção²⁸ e a conveniência de seu ingresso em juízo, (ii) não ultrapassar metade das páginas autorizadas às manifestações das partes, (iii) manifestar-se no máximo 7 dias após a apresentação das razões da parte e (iv) não repetir argumentos das partes que apoiavam²⁹.

Tais barreiras processuais decorreram de período em que o endereçamento de

²⁴ KRISLOV, 1963, op. cit., p. 694.

²⁵ LOWMAN, 1992, op. cit., p. 1244.

²⁶ BANNER, 2003, op. cit., p. 116.

²⁷ BUENO, 2008, opt. cit., p. 97.

²⁸ Regra 37, §6º, do Rules of the Supreme Court of the United States: “*indicate whether counsel for a party authored the brief in whole or in part and . . . identify every person or entity . . . who made a monetary contribution to the preparation or submission of the brief.*”. Os *amici* privados devem indicar se o advogado de uma das partes ou outrem redigiu a petição em que proporção, além de indicar toda pessoa ou entidade, que não o próprio *amicus*, seus membros ou o seu advogado.

²⁹ Regra 29 das Federal Rules of Appellate Procedure. (STERN, Eugene Gressman, SHAPIRO, Stephen, and Kenneth Geller. *Supreme Court Practice, 7th ed.* Washington, D.C.: Bureau of National Affairs, 1993 *apud* MCLAUCHLAN, op. cit, p.6).

memoriais de *amicus curiae* à Suprema Corte se deu em patamar exagerado, em que as contribuições se mostravam repetitivas e irrelevantes, a ponto de se externar normativamente³⁰ a função a que os membros da Corte desejavam que o *amicus curiae* desempenhasse:

Um memorial de *amicus curiae* que chama a atenção da Corte sobre assuntos relevantes que as partes já não levaram à sua atenção pode ser de grande ajuda para o Tribunal. Um memorial de *amicus curiae* que não serve para este fim onera o Tribunal, e sua admissão não é aconselhável³¹.

Das regras processuais moldadas para intervenção do *amicus curiae*, observa-se clara escolha institucional pela sua função de ampliação da cognição da jurisdição constitucional, independentemente da parcialidade das informações trazidas e sem recorrer a argumentos de legitimidade democrática para justificar essa participação. Tal clareza de objetivos permitiu que as regras procedimentais fossem desenhadas de modo a conferir maior efetividade possível a essa função, incentivando a cooperação entre as partes apoiadas e os *amici curiae* para que esses complementassem o arcabouço argumentativo, tanto com apresentação de possíveis interpretações, quanto pela explicitação de impactos e dados que poderiam ser ignorados pela corte.

Outra relevante experiência de direito comparado é a do Canadá, cuja Suprema Corte inicialmente adotou postura de máxima abertura possível para a participação de amigos da corte, atribuindo unicamente à discricionariedade do juiz a decisão dos pedidos de admissão, exceto quanto ao *Attorney General* e às províncias estatais, que não possuíam qualquer requisito de ingresso. Esse processo de ampla abertura procedimental foi freado pela preocupação dos membros da corte com a excessiva carga de trabalho e de contribuições repetitivas e irrelevantes que se sucederam a essa abertura, implantando-se o requisito de apresentação de informações ou argumentos novos para o debate constitucional³².

Da experiência canadense e norte-americana extrai-se a percepção de que a excessiva abertura da jurisdição constitucional, admitindo-se grande número de *amici curiae*, prejudicou a concretização dos benefícios esperados com essa participação, diante da menor factibilidade de absorção de informações e argumentos jurídicos úteis à resolução da controvérsia, em decorrência do expressivo aumento da carga de trabalho da corte. Essa percepção conduziu, em

³⁰ No regulamento Rules of the Supreme Court of the United States, Regra 37, adotado em 17 de janeiro de 1997.

³¹ Tradução livre de: “*An amicus curiae brief that brings to the attention of the Court relevant matter not already brought to its attention by the parties may be of considerable help to the Court. An amicus curiae brief that does not serve this purpose burdens the Court, and its filing is not favored*” (MCLAUCHLAN, opt. cit., p. 7).

³²DAMARES, 2010, op. cit., p. 49.

ambos os casos, a alterações processuais no sentido da restrição e condicionamento processual dessa forma de participação.

Apesar de constituir instituto típico do *common law*, a figura processual do *amicus curiae* se infiltrou por diversos países de tradição romano-germânica (*civil law*), superando a dificuldade inicial imposta por esse sistema de justificar o ingresso de agente que não possua interesse jurídico, na sua conceituação clássica, na controvérsia judicial³³.

Na França, a jurisprudência tem admitido a participação de *amicus curiae* como “técnica de informação”, exigindo-se conhecimento especializado consistente com as questões postas pela corte, que ultrapassem seus conhecimentos prévios³⁴. No direito italiano, há previsão expressa do *amicus curiae*³⁵, mesmo na primeira instância jurisdicional, atribuindo aos magistrados a liberdade para valer-se de auxiliares para a realização de seu convencimento.

Já o Tribunal Constitucional Federal alemão permite a participação de qualquer pessoa ou entidade de classe como “*knowledgeable third person*”, desde que seus memoriais sejam aprovados em análise prévia realizada por catedráticos e por eles propostos perante a corte³⁶. Por meio desse filtro, a jurisdição alemã busca mais o esclarecimento e verificação de fatos do que a obtenção de opiniões legais³⁷.

Acerca desse sistema, Camilo Oliveira de Carvalho explicita a insatisfação doutrinária e suas críticas quanto à impermeabilidade de anseios democráticos e pluralísticos no âmbito da Suprema Corte:

Isso é muito criticado pelos doutrinadores, uma vez que não se coaduna com a noção ideal de democracia. Os debates apresentados por cada um dos catedráticos, em muitos casos, afastam-se completamente da razão social da discussão. Em vez de garantir o pluralismo do debate, o acesso de todos os discursos possíveis à inteligência da Corte, acaba por transformar-se em um debate técnico, distante dos anseios populares e mesmo bem diferente do

³³ SILVESTRI, 1973, op. cit. p. 685.

³⁴ Artigo R-625-3 do Código da Justiça Administrativa: “o painel de avaliação pode convidar qualquer pessoa, cuja competência ou conhecimento seja útil para resolver o litígio, para produzir conhecimento geral sobre os pontos que ela determina”.

³⁵ Art. 68, do Código de Processo Civil italiano: “(Altri ausiliari) Nei casi previsti dalla legge o quando ne sorge necessità, il giudice, il cancelliere o l’ufficiale giudiziario si può fare assistere da esperti in una determinata arte o professione e, in generale, da persona idonea al compimento di atti che egli non è in grado di compiere da sé solo” (DEL PRÁ, Carlos Gustavo Rodrigues. *Amicus Curiae: instrumento de participação democrática e de aperfeiçoamento da prestação jurisdicional*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 33).

³⁶ Para cada membro do Tribunal Constitucional Federal, há o suporte de três catedráticos que realizam as funções acima especificadas (MARTINS, Leonardo. *Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Federal Alemão*. Coletânea original. Jürgen Schwabe. Montevideo, Uruguay: Fundación Konrad-Adenauer, 2005).

³⁷ Estudo “*Comparative State Practice on Amicus Curiae Participation*”, 2010. Disponível em: <http://www.mreza-mira.net/wp-content/uploads/Amicus-Briefs-CSP-Memo.pdf>

memorial inicial que houvera sido proposto por um leigo. É o que se costuma chamar de “debate de catedráticos”³⁸.

Essa crítica é capitaneada por Peter Häberle, cuja teoria passa a exigir do *amicus curiae*, além da mera expansão da carga informacional da corte, que cumpra a função de legitimar e pluralizar a jurisdição constitucional, por meio da máxima consideração de valores e pontos de vista sociais. Tal linha doutrinária foi adotada em diversos países, dentre os quais o Brasil se destaca.

Essa preocupação com a legitimidade também se verifica na Argentina. Miguel Angel Ekmekdjian entende que, no país, a razão de ser do amigo da corte, de “*fornecimento ao tribunal, voluntariamente ou a pedido dele próprio de informações, opiniões, ou indicando a existência de alguma questão jurídica que tenha escapado de sua consideração*”³⁹, deriva da necessidade de se implementar princípios democráticos nesse controle. Carlos Gustavo Del Prá aponta, assim, para uma maior utilidade do *amicus curiae* para a legitimação das decisões do que para ampliar as informações da jurisdição constitucional argentina⁴⁰.

Do mesmo modo, afastando-se do papel informacional do *amicus curiae*, na Itália a participação é conscientemente fundamentada na sua função de agregação de legitimidade das decisões, em razão do reconhecimento da insuficiência do contraditório tradicional para tratamento de questões constitucionais⁴¹.

A figura processual expandiu-se não somente para outros países, mas também para organizações e órgãos jurisdicionais internacionais, como a Corte Internacional de Justiça, a Corte Europeia de Direitos Humanos, o Tribunal Penal Internacional, a Corte Interamericana de Direitos Humanos e a Câmara de Apelação da Organização Mundial do Comércio⁴². Nesse

³⁸ CARVALHO, C. O.. *A função do amicus curiae no estado constitucional e democrático de direito*. In: equipe do conpedi. (org.). 1ed. Santa Catarina: Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito, 2012, p. 8831-8861.

³⁹ EKMEKDJIAN, Miguel Angel. *Apud DEL PRÁ, Carlos Gustavo Rodrigues. Amicus Curiae: instrumento de participação democrática e aperfeiçoamento da prestação jurisdicional*. 1a ed. Curitiba: Juruá, 2011.

⁴⁰ *Ibidem*, p. 35.

⁴¹ SILVESTRI, 1973, op. cit., p. 4751.

⁴² BARTHOLOMEUSZ, Ance, *The amicus curiae before international courts and tribunals, Non-State Actors and International Law*, v. 5, 2005, p. 209-286; BAZÁN, Víctor, *El amicus curiae en el derecho comparado y su instrumentación reglamentaria por la Corte Suprema de Justicia argentina, Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, n. 10, 2006, p. 15-50. APUD BRANCO, opt. cit. P. 223. CICHOWSKI, Rachel A. *The European Court of Human Rights, Amicus Curiae, and Violence against Women. Law & Society Review*. V. 50. N. 4, 2016, p.890-919.

caso, contudo, prevaleceu a função do *amicus curiae* de ampliação da cognição do juízo com relação à de legitimação⁴³.

Na Corte Europeia de Direitos Humanos, “o Presidente da Corte pode, no interesse da boa administração da justiça, convidar qualquer pessoa em causa que não seja o requerente para apresentar comentários escritos ou participar de um processo” (Protocolo 11, artigo 36(2)). O Tribunal Penal Internacional permite o ingresso de qualquer estado, organização ou pessoa, desde que seja desejável para a resolução adequada do caso, nos termos da regra 74 do *Internal Criminal Tribunal for Rwanda Rules of Procedure*, enquanto a Organização Mundial do Comércio admite a participação de *amici curiae* para prover informações e pareceres técnicos, com o máximo de 20 páginas, desde que esses constituam fonte relevante e especializada no assunto controverso, consoante determina o artigo 13 do *WTO Dispute Settlement Understanding*.

Como visto, todas essas previsões caminham claramente no sentido da função do *amicus curiae* de ampliação da cognição do juízo, sobretudo quanto a aspectos técnicos desconhecidos pela Corte, estabelecendo-se, para tanto, requisitos processuais rígidos, sendo que na Corte Europeia de Justiça chega-se a exigir a configuração de interesse direto e presente na resolução do caso.

Diante do histórico e das experiências internacionais acima relatadas, observa-se que o instituto do *amicus curiae* surgiu com o intuito de expandir a cognição do juízo, por meio da provisão de informações técnicas e de fato que a corte não teria conhecimento ou não possuiria acesso⁴⁴, da exposição de argumentos jurídicos relevantes e que não teriam sido aventados pelas partes, da alerta para possíveis implicações e consequências públicas e privadas da decisão. Eis a sua razão de ser.

Lateralmente, desenvolveu-se, sobretudo em países de tradição romano-germânica, por impulso da teoria de Peter Häberle, a funcionalidade do *amicus curiae* como instrumento processual para contrabalancear o déficit de legitimidade democrática da corte constitucional, com vistas a permitir atuação ativa dos cidadãos no processo judicial, pluralizando-o⁴⁵.

⁴³ RAZZAQUE, Jona. *Changing role of supreme court in international courts and tribunals*. Non-state actors and international law. Holanda: Kluwer international law, 2002, p. 169-200.

⁴⁴ Estudo “*Comparative State Practice on Amicus Curiae Participation*”, 2010. Disponível em: <http://www.mreza-mira.net/wp-content/uploads/Amicus-Briefs-CSP-Memo.pdf>

⁴⁵ COELHO, Inocêncio Mártires. As ideias de Peter Häberle e a abertura da interpretação constitucional no direito brasileiro, *Revista de Informação Legislativa*, n. 137, 1998 p. 157-164. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/343>.

Outro aspecto que sobressai na análise diz respeito à semelhante reação das Supremas Cortes dos Estados Unidos e do Canadá à excessiva participação por meio da filtragem processual de argumentos úteis e inéditos para *amicus* privados, como meio de garantir a efetividade do *amicus curiae* como veículo de ampliação da cognição do juízo. Dessa forma, a experiência internacional parece apontar que a escolha institucional consciente acerca da função que essa figura deve cumprir contribui para sua efetividade.

Diferentemente das experiências internacionais, no Direito brasileiro as duas funcionalidades se entrelaçam, o que fica evidente dos diplomas normativos e dos precedentes que incorporaram o *amicus curiae* ao ordenamento jurídico, sobretudo no caso da jurisdição constitucional, conforme se verifica da digressão legislativa e jurisprudencial a seguir realizada.

1.2. Arcabouço normativo e jurisprudencial acerca do *amicus curiae* no Brasil

No Brasil, o primeiro diploma legal a contemplar hipótese de intervenção processual compatível com o que hoje se enquadra como *amicus curiae* foi o artigo 31 da Lei nº 6.385, de 7 de dezembro de 1976, o qual previa a possibilidade de intervenção da Comissão de Valores Mobiliários – CVM, em processos subjetivos relativos a direito societário de sua competência, de modo a mitigar a insuficiência de informação altamente técnica disponível ao juízo.

A Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, também previu em seu artigo 89 a possibilidade de interferência do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE nos processos judiciais que envolvessem a aplicação da respectiva lei, sem necessidade de comprovação de interesse. O mesmo se observa na Lei nº 9.279, de 14 de maio de 1996, a qual determina a participação do Instituto Nacional de Propriedade Intelectual – INPI relacionados à sua competência, para fornecer elementos relevantes à causa.

No âmbito da jurisdição constitucional, já havia a participação informal de grupos e entidades representativos nos moldes do que hoje funciona o *amicus curiae*, admitidos, inclusive, por expressa permissão dos Ministros⁴⁶. À época, oportunizava-se a juntada, “por linha”, de documentos e memoriais aos autos do processo, o que já demonstrava a abertura da

⁴⁶“AÇÃO 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. Simplex juntada, por linha, de pecas 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 748 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 01/08/1994, DJ 18-11-1994 PP-31392 EMENT VOL-01767-01 PP-00010).

corte para influxos informacionais e políticos para além daqueles apostos pelas “partes” do processo⁴⁷. Contudo, a informalidade dessa contribuição não possuía qualquer poder de vinculação ou dever de consideração pelos Ministros, conforme destacado no voto do Agravo Regimental na ADI nº 748-RS:

(...) não se pode desconhecer, nesse ponto – e nem há possibilidade de confusão conceitual com esse instituto –, que o órgão da Assembleia gaúcha claramente atuou, na espécie, como verdadeiro *amicus curiae*, vale dizer, produziu informalmente, e sem assumir condição jurídica de sujeito do processo de controle normativo abstrato, peças documentais que, **desvestidas de qualquer conteúdo jurídico, veiculam simples informações ou meros subsídios destinados a esclarecer as repercussões.**

Foi somente por meio da Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999, que o legislador adotou explicitamente a intervenção do *amicus curiae* na ação direta de inconstitucionalidade, proibindo, contudo, qualquer forma convencional de intervenção de terceiros:

Art. 7º Não se admitirá intervenção de terceiros no processo de ação direta de inconstitucionalidade.

§ 1º (VETADO)

§ 2º O relator, considerando a **relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, poderá**, por despacho irrecorrível, admitir, observado o prazo fixado no parágrafo anterior, a manifestação de outros órgãos ou entidades.

Proibiu-se a intervenção de terceiros, na linha da jurisprudência e da doutrina corrente à época, sob o fundamento de que o processo objetivo não seria âmbito de discussão de direitos e interesses subjetivos, visando-se primariamente à manutenção da higidez do sistema jurídico-constitucional, motivo pelo qual não haveria interesse jurídico subjetivo a ser defendido por terceiro, tal como ocorreria nos demais processos⁴⁸.

⁴⁷ Nesse sentido, Gonet Branco comenta: “*Mesmo antes dessas leis, não destoava do corriqueiro que advogados se acercassem de integrantes do STF — Supremo Tribunal Federal, apresentando estudos e pareceres, na tentativa de influir sobre o juízo a ser formado em julgamentos de controle de constitucionalidade. O procedimento, contudo, bem-entendido, era informal e não gerava para o STF a obrigação de contemplar as razões deduzidas*” (BRANCO, 2010, op. cit., p. 224).

⁴⁸ “*A ação direta de inconstitucionalidade é espécie de processo objetivo no qual se deflagra o controle abstrato de normas. Não cabe nesse procedimento especial a defesa de interesses ou direitos subjetivos. Não é por outra razão que o caput do art. 7º da Lei 9.868/99 veda, expressamente, ‘a intervenção de terceiros no processo de ação direta de inconstitucionalidade’*” (ADI 4.140, rel. min. Ellen Gracie, decisão monocrática, julgamento em 16-12-2008, DJE de 2-2-2009)

Do §2º, observa-se que a lei impõe dois requisitos para a admissão do *amicus curiae* no processo: (i) a relevância da matéria e (ii) a representatividade dos postulantes, os quais se submetem à discricionariedade do relator quanto à necessidade e oportunidade dessa intervenção. Os dois requisitos legais alinham-se com a função pluralizadora e democratizante do procedimento constitucional, enquanto o filtro de discricionariedade do relator relaciona-se às convicções do juiz acerca de qual das funções o *amicus curiae* deve servir e à sua percepção das peculiaridades do caso diante dessa perspectiva. Outro ponto de relevante percepção é que o diploma nada dispõe acerca da necessidade de fornecimento de informação, mas somente de “manifestação”, ficando a cargo do relator determinar se usará ou não essa funcionalidade.

Apesar de sucessivas tentativas de melhor delimitação, remanesce na jurisprudência imprecisão quanto à especificação de tais requisitos, uma vez que, na prática, a noção de “representatividade adequada” e “relevância do caso” inserem-se no âmbito da discricionariedade do relator, exigindo-se, ao menos⁴⁹, no caso de entidades representativas de classe e associações, procuração com outorga de poderes específicos⁵⁰. A referida imprecisão constituirá objeto de detida investigação desse estudo. Extrai-se que não há, como no caso dos Estados Unidos, requisitos processuais que facilitem a identificação de quem o *amicus curiae* representa e de quem o patrocina, como na declaração de interesses exigida legalmente pelos tribunais norte-americanos.

Quanto ao prazo de ingresso, o projeto de lei originalmente aprovado no Congresso Nacional estabelecia prazo máximo para o ingresso do *amicus curiae* no §1º do seu artigo 7º. Contudo, o referido parágrafo foi vetado, gerando dúvidas relativas a quando seria o limite temporal para que o *amicus curiae* participasse. Observada essa lacuna, assentou-se o entendimento de que o prazo máximo para o pedido de ingresso seria a data em que o Relator

⁴⁹ "Reduzir a pertinência temática ao que disposto no estatuto das entidades sem considerar a sua natureza jurídica colocaria o Supremo Tribunal Federal na condição submissa de ter que admitir sempre qualquer entidade em qualquer ação de controle abstrato de normas como amicus curiae, bastando que esteja incluído em seu estatuto a finalidade de defender a Constituição da República." (ADI 3.931, rel. min. Cármen Lúcia, decisão monocrática, julgamento em 6-8-2008, DJE de 19-8-2008.)

Considera-se ainda a pertinência temática como outro requisito para admissão, nos termos das ADIs n. 3931/DF, 4.403/DF, 4.167/DF, ADPF 205/PI.

⁵⁰ "O Sindicato dos Servidores do Poder Judiciário do Estado do Rio Grande do Norte - SISJERN requer a sua participação na presente Ação Direta de Inconstitucionalidade na qualidade de amicus curiae (...). Para o ingresso como amicus curiae em Ação Direta de Inconstitucionalidade exige-se a juntada de procuração que tenha sido outorgada com poderes específicos para tanto, conforme decidido no julgamento da Questão de Ordem na Ação Direta de Inconstitucionalidade 2.187" (ADI 4.303, rel. min. Cármen Lúcia, decisão monocrática, julgamento em 8-4-2010, DJE de 16-4-2010).

liberasse o processo para pauta⁵¹, sendo que a sua entrada após a fase instrutória apenas acarretaria o ônus de que o *amicus curiae* receberia o processo no estado em que se encontrasse⁵². Após a inclusão em pauta de processo, ainda se permite a juntada “por linha” de suas contribuições⁵³.

No sentido da expansão do papel dessa figura processual, permitiu-se que o *amicus curiae* realizasse sustentação oral⁵⁴, a partir da Emenda Regimental n. 15/2004, que alterou o artigo 131, §3º, do RISTF. Contudo, por não ser parte no processo, o STF não admitiu que o

⁵¹ "Como bem se sabe, o § 1º do art. 7º da Lei n. 9.868/98 foi vetado pelo Presidente da República, do que resultou certa dúvida quanto ao prazo que se deve observar para a admissão de pedidos de ingresso dos amici curiae nos processos de fiscalização abstrata perante este Supremo Tribunal Federal, haja vista a expressão 'observado o prazo no parágrafo anterior' contida logo no § 2º desse mesmo dispositivo. O que se observa atualmente, contudo, é que a Corte tem sido flexível na admissão dos amici curiae mesmo depois de passado o prazo das informações." (ADI 3.725, rel. min. Menezes Direito, decisão monocrática, julgamento em 1º-8-2008, DJE de 7-8-2008.).

"O *amicus curiae* somente pode demandar a sua intervenção até a data em que o Relator liberar o processo para pauta." (ADI 4.071-AgR, rel. min. Menezes Direito, julgamento em 22-4-2009, Plenário, DJE de 16-10-2009.) No mesmo sentido: ADI 4.246, rel. min. Ayres Britto, decisão monocrática, julgamento em 10-5-2011, DJE de 20-5-2011.

⁵² "Como bem se sabe, o § 1º, do art. 7º, da Lei n. 9.868/98 foi vetado pelo Presidente da República, do que resultou certa dúvida quanto ao prazo que se deve observar para a admissão de pedidos de ingresso dos amici curiae nos processos de fiscalização abstrata perante este Supremo Tribunal Federal, haja vista a expressão 'observado o prazo no parágrafo anterior' contida logo no § 2º desse mesmo dispositivo. O que se observa atualmente, contudo, é que a Corte tem sido flexível na admissão do amici curiae mesmo depois de passado o prazo das informações, como ilustra o seguinte trecho da decisão que proferiu o ministro Gilmar Mendes, na ADI n. 3.998, DJ de 4-4-08, in verbis:(...) Por sua vez, o ministro Cezar Peluso manifestou, em decisão que proferiu na ADI 3.329, DJ de 25-5-06, interpretação segundo a qual, vetado o dispositivo, sequer haveria prazo para admissão, recebendo, todavia, o interveniente processo no estado em que se encontra, verbis: 'Se o dispositivo que previa prazo para o ingresso do *amicus curiae* no processo foi objeto de veto, não descubro fundamento normativo para induzir aplicabilidade do que se projetava como norma, que, vetada sem remédio, não chegou a integrar o ordenamento jurídico positivo, de modo a condicionar a possibilidade de intervenção. No silêncio da lei, mais razoável é reputá-la admissível, ainda ao depois do termo do prazo das informações, interpretação que, já acolhida neste Tribunal (ADI n. 1.104, rel. min. Gilmar Mendes, DJ de 29-10-2003), encontra suporte analógico na disciplina da intervenção do assistente (art. 50, § único, do CPC). A consequência da intervenção tardia do *amicus* há de ser apenas a impossibilidade de praticar atos processuais cujo prazo já se tenha exaurido. Em outras palavras, o interveniente recebe o processo no estado em que o encontra'. No mais, creio ser inequívoca a representatividade do petionário, que, aliás, é direto destinatário dos dispositivos impugnados. Ante o exposto, admito o ingresso do *amicus curiae*." (ADI 3.408, rel. min. Menezes Direito, decisão monocrática, julgamento em 23-9-2008, DJE de 1º-10-2008.) [...]” (ADI 2.997, rel. min. Cezar Peluso, decisão monocrática, julgamento em 1º-12-2003, DJ de 9-12-2003.).

⁵³ ADIn-ED 2.791, DJ 11-2-2008. ADIn 1.923, DJ 1-8-2007, na ADIn 1.625, DJ 17-9-2007, e na ADIn 2.139, DJ 17-9-2007.

⁵⁴ ADIns 2.675 (Plenário, 26-11-2003) e 2.777 (Plenário, 27-11-2003) e RISTF, art. 132, § 2º.

amicus curiae interpusesse recursos, exceto contra a decisão que indeferisse seu ingresso⁵⁵, nem que realizassem pedidos além daqueles já previstos na petição inicial⁵⁶.

Além da expressa permissão da Lei n. 9.868/98 para participação do *amicus curiae* na ação direta de inconstitucionalidade, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal estendeu gradativamente seu alcance, permitindo inicialmente o seu ingresso na ação declaratória de constitucionalidade (ADC 14⁵⁷), na arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF n. 46/DF e 73/DF) e no recurso extraordinário (RE 597.165⁵⁸), para posteriormente admiti-lo em praticamente todas as classes processuais de competência da Suprema Corte.

A participação do *amicus curiae* foi estendida pela Lei n. 9.868/99 igualmente ao controle incidental. O diploma acrescentou parágrafos ao art. 482 do Código de Processo Civil, com o propósito de permitir participação mais ativa de interessados na manifestação a ser produzida pelo tribunal na sua composição plena.

⁵⁵ "Incognoscível o recurso. É que a Corte já assentou não ter, o *amicus curiae*, legitimidade para recorrer de decisões proferidas em processo de ação direta de inconstitucionalidade, senão apenas para, na condição de requerente, impugnar a decisão que lhe não admita a intervenção na causa, naquela outra qualidade (cf.: ADI n. 2.591-ED, Plenário, rel. min. Eros Grau, j. 14-12-2006, Informativo STF n. 452, 11 a 15 de dezembro de 2006). Diante do exposto, não conheço dos embargos de declaração. Observem o disposto no artigo 7º, § 2º, da Lei n. 9.868/99. Não cabe recurso contra o ato mediante o qual o relator decide sobre a admissibilidade, ou não, da intervenção de terceiro no processo revelador de ação direta de inconstitucionalidade. (...)" (ADI 4.022, rel. min. Marco Aurélio, decisão monocrática, julgamento em 13-4-2008, DJE de 25-4-2008.) No mesmo sentido: ADI 3.248-ED, rel. min. Ricardo Lewandowski, decisão monocrática, julgamento em 7-6-2011, DJE de 17-6-2011; ADPF 183-ED, rel. min. Carlos Britto, decisão monocrática, julgamento em 1º-9-2009, DJE de 8-9-2009.

"Embargos de declaração opostos por *amicus curiae*. Ausência de legitimidade. Interpretação do § 2º da Lei n. 9.868/99. A jurisprudência deste Supremo Tribunal é assente quanto ao não-cabimento de recursos interpostos por terceiros estranhos à relação processual nos processos objetivos de controle de constitucionalidade. Exceção apenas para impugnar decisão de não-admissibilidade de sua intervenção nos autos. Precedentes." (ADI 3.615-ED, rel. min. Cármen Lúcia, julgamento em 17-3-2008, DJE de 25-4-2008.) No mesmo sentido: ADI 3.934-ED-segundo-AgR, rel. min. Ricardo Lewandowski, julgamento em 24-2-2011, Plenário, DJE de 31-3-2011.

⁵⁶ "Entendo que o "amicus curiae", não obstante o inquestionável relevo de sua participação, como terceiro interveniente, no processo de fiscalização normativa abstrata, não dispõe de poderes processuais que, inerentes às partes, viabilizem o exercício de determinadas prerrogativas que se mostram unicamente acessíveis às próprias partes, como, p. ex., o poder que assiste, ao argüente (e não ao "amicus curiae"), de delimitar, tematicamente, o objeto da demanda por ele instaurada" (ADPF n. 187/DF).

⁵⁷ "Entendo (...) perfeitamente possível a aplicação analógica do referido art. 7º, § 2º, da Lei 9.868/99, às ações declaratórias de constitucionalidade, cuja natureza tanto se assemelha com a que possui a ação direta de inconstitucionalidade. [...] Neste caso, atento ao fato de que esta ação integra o sistema de controle concentrado de constitucionalidade, não há razão lógica jurídica, plausível, para deixar de aplicar o § 2º do art. 7º da Lei 9.868/99, específico das ações diretas de inconstitucionalidade, às ações declaratórias de constitucionalidade." (ADC 14, rel. min. Ellen Gracie, decisão monocrática, julgamento em 16-12-2008, DJE de 3-2-2009.) No mesmo sentido: ADC 24, rel. min. Cármen Lúcia, decisão monocrática, julgamento em 17-3-2010, DJE de 24-3-2010.

⁵⁸ "Cabe observar, preliminarmente, que esta Suprema Corte tem admitido o ingresso, na relação processual, do *amicus curiae*, mesmo que se trate, como ocorre na espécie, de recurso extraordinário interposto contra acórdão que consubstancie julgamento emanado de Tribunal local, proferido em processo de controle normativo abstrato." (RE 597.165, rel. min. Celso de Mello, decisão monocrática, julgamento em 4-4-2011, DJE de 12-4-2011.) No mesmo sentido: RE 595.964, rel. min. Cármen Lúcia, decisão monocrática, julgamento em 16-12-2010, DJE de 16-2-2011.

A mais recente previsão do instituto do *amicus curiae* – a primeira de forma expressa – se deu no Código de Processo Civil de 2015, o qual autoriza que qualquer juiz ou o relator – independentemente da instância jurisdicional – admita a intervenção dessa figura em qualquer classe processual, extravasando essa participação para além do âmbito da jurisdição constitucional:

Art. 138. O juiz ou o relator, **considerando a relevância da matéria, a especificidade do tema objeto da demanda ou a repercussão social da controvérsia**, poderá, por **decisão irrecurável, de ofício ou a requerimento** das partes ou de quem pretenda manifestar-se, solicitar ou admitir a participação de **pessoa natural ou jurídica, órgão ou entidade especializada, com representatividade adequada**, no prazo de 15 (quinze) dias de sua intimação.

§ 1º A intervenção de que trata o caput não implica alteração de competência nem autoriza a interposição de recursos, **ressalvadas a oposição de embargos de declaração e a hipótese do § 3º**.

§ 2º Caberá ao juiz ou ao relator, na decisão que solicitar ou admitir a intervenção, **definir os poderes do *amicus curiae***.

§ 3º O *amicus curiae* **pode recorrer da decisão que julgar o incidente de resolução de demandas repetitivas**.

Os dispositivos trazem como novidade (i) a permissão expressa de participação de pessoas naturais como *amicus curiae*; (ii) a possibilidade de interposição de recursos contra a decisão em incidente de resolução de demandas repetitivas; e (iii) a delegação ao juiz ou ao relator da definição dos poderes dos *amici curiae*. Apesar de a análise da participação do *amicus curiae* nos processos subjetivos extravasar o escopo deste estudo, tal inovação legislativa aponta para a preponderância da discricionariedade do julgador na determinação da funcionalidade dessa figura processual, havendo, contudo, o expresso dever de consideração de todos os argumentos aventados pelos *amici curiae* que venham a ser admitidos, por força da determinação constante do artigo 489, § 1º, do novo CPC. Essa maior discricionariedade do juiz ou relator na determinação dos poderes processuais do *amicus curiae* pode aprofundar eventuais diferenciações no tratamento entre diferentes petionários.

Destarte, o resgate do arcabouço normativo e jurisprudencial que traçou as hipóteses de intervenção dos *amici curiae* e seus requisitos processuais no Brasil explicita o fato de que, apesar de as primeiras previsões legais destinarem-se ao fornecimento de informações técnicas ao juízo, a figura foi internalizada na jurisdição constitucional sem clara definição quanto à função que deve cumprir e delegando ampla discricionariedade ao relator para decidir acerca da oportunidade dessa intervenção. Assim, o instituto vem sendo ampliado para novas hipóteses com grande entusiasmo sem haver, contudo, suficiente consciência da sua funcionalidade e da conformação processual necessária para consecução dessas funções.

1.3. Fundamento doutrinário da incorporação do *amicus curiae* ao Direito Brasileiro

Por trás da incorporação doutrinária, legal e jurisprudencial da figura do *amicus curiae* no Brasil está a premissa de que tal mecanismo de abertura processual possui as prementes funções (i) de conferir legitimidade democrática à jurisdição constitucional e (ii) de ampliar a cognição do juízo. Tal pressuposto assenta suas bases em ideias inicialmente desenvolvidas por Peter Häberle, no seu artigo “*Hermenêutica Constitucional – A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: contribuição para Interpretação Pluralista e “Procedimental” da Constituição*”⁵⁹:

No Brasil, desde a primeira tradução, para o português, da obra ‘Hermenêutica Constitucional: Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição - contribuição para a Interpretação Pluralista e Procedimental da Constituição’, a doutrina de Peter Häberle tem sido incorporada com evidente vivacidade, seja no âmbito acadêmico, por meio da vertiginosa produção bibliográfica ou da prática docente e discente nas faculdades de direito, seja pelos poderes constituídos, na forma de produção legislativa e na jurisprudência dos tribunais. **No âmbito legislativo, a Lei nº 9.868/99, ao institucionalizar a figura do *amicus curiae* na jurisdição constitucional brasileira, representa um eloquente exemplo da forte influência da doutrina de Häberle que propugna por uma interpretação aberta e pluralista da Constituição. Na jurisprudência, decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em tempos recentes demonstram a inestimável contribuição de Peter Häberle ao desenvolvimento do direito constitucional no Brasil**⁶⁰.

Conforme reconhece o excerto, a teoria de Peter Häberle foi adaptada para o contexto do Supremo Tribunal Federal, por uma série de estudos doutrinários pátrios⁶¹, com tal sucesso e aceitabilidade a ponto de fazer parte do embasamento doutrinário do *amicus curiae* em quase totalidade dos manuais de direito constitucional⁶² e da exposição de motivos dos diplomas normativos que o adotam⁶³, razão porque é imprescindível a apresentação sucinta da linha de

⁵⁹ HÄBERLE, Peter. *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 Editor, 1997. *Passim*.

⁶⁰ MENDES, Gilmar Ferreira; RUFINO, André do Vale. O pensamento de Peter Häberle na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. *Observatório Constitucional*. Ano 2, 2008/2009. p. 2.

⁶¹ MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*. 2ª ed. São Paulo: Celso Bastos editor, 1999. P. 503/504; TAVARES, André Ramos. *Tribunal e jurisdição constitucional*. São Paulo: Celso Bastos editor, 1998, p.71-94; MORAES, Alexandre de. *Jurisdição constitucional e tribunais constitucionais*. São Paulo: Atlas, 2000, 64-81. MAMARI FILHO, Luís Sérgio Soares. *A comunidade aberta de intérpretes da Constituição: o amicus curiae como estratégia de democratização da busca do significado das normas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. COELHO, 1998, op. cit., *passim*; DEL PRÁ, 2007, *passim*.

⁶² Por exemplo: MORAES, Alexandre. *Direito Constitucional*. 33. ed. rev. e atual. até a EC no 95, de 15 de dezembro de 2016 – São Paulo: Atlas, 2017. P. 541.

⁶³ “Nos dois diplomas legais de 1999, o legislador emprestou relevo ao papel esperado dos amici curiae de

raciocínio desenvolvida pelo autor e de suas premissas, para que se verifiquem os requisitos sem os quais os objetivos teóricos não podem ser alcançados na prática.

1.3.1. A teoria de Peter Häberle

A teoria de Peter Häberle pressupõe o fato de que a jurisdição constitucional representa espaço de composição de conflitos políticos e de realização de escolhas constitucionais, na busca do equilíbrio entre a proteção dos direitos fundamentais e o autogoverno do povo⁶⁴, em meio à indelével marca de pluralidade das sociedades modernas. Diante dessa conjectura, a mera legitimidade derivada da delegação constitucional e das garantias de independência e imparcialidade do juiz não seriam suficientes para evitar o que Dieter Grimm⁶⁵ denominou de “risco democrático”, no sentido de uma atuação introvertida – e até abusiva – do intérprete⁶⁶, porquanto não haveria qualquer mecanismo de controle democrático das suas decisões⁶⁷.

Nesse contexto, Peter Häberle concebe sua teoria com vistas a propor uma sociedade aberta de intérpretes da Constituição, sob a premissa de que quem vive a Constituição acaba por interpretá-la. A intuição por trás de tal assertiva é a de que a maior quantidade de informação acerca das peculiaridades da incidência prática e das consequências da norma, colocariam os titulares do direito e destinatários da norma em melhor condição para definir “realidades públicas”⁶⁸ e o âmbito de proteção do direito⁶⁹:

propiciar maior correção e legitimidade aos julgamentos de ordem constitucional. As comissões que se desincumbiram da tarefa de elaborar os anteprojatos que se converteram nas referidas leis sustentaram-se nas idéias de Peter Häberle sobre a necessidade de se expandir a comunidade dos intérpretes da Constituição, conforme dão ciência os estudos de Gilmar Ferreira Mendes, jurista que guiou os trabalhos de ambos os comitês” (MENDES, Gilmar Ferreira. *Arguição de descumprimento de preceito fundamental: comentários à Lei n. 9.882, de 3-12-1999*, São Paulo: Saraiva, 2007, p. 126-140)

⁶⁴ BICKEL, Alexander. *The Least Dangerous Branchs: The Supreme Court at the bar of the politics*. Bobbs-Merrill, 1962. *Passim*.

⁶⁵ GRIMM, Dieter, *Verfassungsgerichtsbarkeit - Funktion und Funktionsgrenzen in demokratischem Staat*, in: *Jus-Didaktik*, Munique: Heft 4, 1977, p. 83.

⁶⁶ “A vinculação judicial à lei e a independência pessoal e funcional dos juizes não podem escamotear o fato de que o juiz interpreta a Constituição na esfera pública e na realidade (HÄBERLE, 1997, op. cit., p. 36).

⁶⁷ MENDES, 1999, op. cit., p. 504.

⁶⁸ “A ampliação do círculo dos intérpretes aqui sustentada é apenas a consequência da necessidade, por todos defendida, de integração da realidade no processo de interpretação. É que os intérpretes em sentido amplo compõem essa realidade pluralista. Se se reconhece que a norma não é uma decisão prévia, simples e acabada, há de se indagar sobre os participantes no seu desenvolvimento funcional, sobre as forças ativas da *Law in public action* (personalização, pluralização da interpretação constitucional!)” (HÄBERLE, 1997, op. cit., p. 37).

⁶⁹ Frederich Miller denomina de elemento objetivo dos direitos fundamentais. F. Miller, *Juristische Methodik*, 1971, p. 30s., 37 s. “A relevância dessa concepção e da correspondente atuação dos indivíduos ou de grupos, mas também a dos órgãos estatais, configura uma excelente e produtiva forma de vinculação da interpretação constitucional em sentido lato ou em sentido estrito. Tal concepção converte-se em um “elemento objetivo dos direitos fundamentais” (*grundrechtliches Sachelement*). Assume idêntico relevo o papel cointerpretativo do técnico ou expert no âmbito do processo legislativo ou judicial” (HÄBERLE, 1997, op. cit., p. 29).

Todo aquele que vive no contexto regulado por uma norma e que vive com este contexto é, indireta, ou até mesmo diretamente, um intérprete dessa norma. O destinatário da norma é participante ativo, muito mais ativo do que se pode supor tradicionalmente, do processo hermenêutico.

Häberle também enfatiza que “*assume idêntico relevo o papel co-interpretativo do técnico ou expert no âmbito do processo legislativo ou judicial*”, fazendo com que “*experts e “pessoas interessadas” da sociedade pluralista também se convert[am] em intérpretes do direito estatal*”:

Isto significa que não apenas o processo de formação, mas também o desenvolvimento posterior, revela-se pluralista: a teoria da ciência, da democracia, uma teoria da Constituição e da Hermenêutica propiciam aqui uma mediação específica entre Estado e Sociedade!

Ocorre que, em face da necessidade de integrar a realidade e a publicidade no processo de interpretação constitucional, seria necessário incluir também aqueles que não são diretamente afetados pelas normas interpretadas⁷⁰. Somente desse modo, a teoria da constituição estaria em consonância com a teoria democrática, por permitir a concretização de projetos de sociedade e, assim, estabelecer nova forma de representação democrática para além do processo eleitoral, realizada no âmbito da concretização dos direitos fundamentais⁷¹.

Tal compreensão deriva das influências que Peter Häberle herdou de Rudolf Smend, relativas à busca da conciliação entre o texto da Constituição e os valores reais de uma comunidade histórica por meio da interpretação constitucional⁷², superando-se o convencional modelo de subsunção judicial:

Uma teoria jurídica que fique limitada a lógica normativa perde de vista a vinculação social da jurisdição. A negação da ideologia da subsunção não significa que os órgãos de aplicação do direito devam atuar como “geradores de casualidades” (Poslech, AöR 95 [1970], p. 185 [190 f.]). Cf., a propósito, também, Schefold, JuS 1972, p. 1 (6).

⁷⁰ “*Tem-se aqui uma derivação da tese segundo a qual todos estão inseridos no processo de interpretação constitucional, até mesmo aqueles que não são diretamente por ela afetados*” (MENDES, 1999, op. cit., p. 504).

).

⁷¹ “*Todos aqueles que têm suas vidas dirigidas pela Constituição estão, logicamente, autorizados a efetuar a sua interpretação*” (MAMARI FILHO, 2005, op. cit., p. 74).

⁷² “*Os autores pertencentes a esta escola partem do pressuposto de que a diversidade social e o pluralismo político são características das sociedades contemporâneas, que, paralelamente, possuem formas democráticas de participação em assuntos públicos. Neste contexto não seria correto tomar o ordenamento constitucional como um sistema hermético e ordenado. Ao contrário, por sua abertura estrutural, qualquer interpretação metodologicamente formalista se mostra incapaz de atingir resultados satisfatórios*”(CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, Direito e justiça distributiva*. 2a ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000, p. 29.).

Para dar concretude ao empreendimento, seria necessária a máxima abertura dos procedimentos e critérios de interpretação da jurisdição constitucional, situação em que o *amicus curiae* entraria em cena para constituir um entre os diversos pré-interpretres da Constituição, cuja participação passaria por um filtro de consistência e racionalidade, pautado pelos princípios e métodos convencionais de interpretação constitucional utilizados pelos membros da Suprema Corte, nos termos de “*catálogo sistemático*” sugerido pelo autor⁷³.

Assim, o pluralismo da sociedade seria absorvido pela democratização da participação na Suprema Corte, como mais uma forma de mediação entre Estado e Sociedade, entre política e “práxis cotidiana”, motivo pelo qual Häberle exigia que, “*quanto mais ampla for, do ponto de vista objetivo e metodológico, a interpretação constitucional, mais amplo há de ser o círculo dos que delas devam participar. É que se cuida de Constituição enquanto processo público (Verfassung als öffentlichen Prozess)*”.

⁷³ “As funções estatais:

a) Na decisão vinculante (da Corte Constitucional): decisão vinculante que é realizada mediante o instituto do voto vencido;

b) Nos órgãos estatais como poder de decisão vinculante, submetidos, todavia, a um processo de revisão; jurisdição, órgão legislativo (submetido a controle em consonância com objeto de atividade): órgão do Executivo, especialmente na (pré)formulação do interesse público²⁵;

(2) Os participantes do processo de decisão nos casos 1a e 1b, que não são necessariamente, órgãos do Estado, isto é:

a) O requerente ou recorrente e o requerido ou recorrido, no recurso constitucional (*Verfassungsbeschwerde*), autor e réu, em suma, aqueles que justificam a sua pretensão e obrigam o Tribunal a tomar uma posição ou assumir um “diálogo jurídico” (“*Rechtsgespräch*”);

b) Outros participantes do processo, ou seja, aqueles que têm direito de manifestação ou de integração à lide, nos termos da Lei Orgânica da Corte Constitucional (v.g., §§ 77, 85, no 226, 94, nos 1 a 4, §§ 65, 82, no 2, 83, no 2, 94, no 5), ou que são, eventualmente, convocados pela própria Corte Constitucional (v.g., § 82, no 4, da Lei do Bundesverfassungsgericht);

c) Pareceristas ou experts, tal como se verifica nas Comissões Especiais de Estudos ou de Investigação (§ 73, no 3, do Regimento Interno do Parlamento Federal);

d) Peritos e representantes de interesses nas audiências públicas do Parlamento (§ 73, no 3, do Regimento Interno do Parlamento Federal alemão), peritos nos Tribunais²⁷, associações, partidos políticos (frações parlamentares), que atuam, sobretudo, mediante a longa manus da eleição de juízes²⁸ (NT 2);

Os grupos de pressão organizados (§ 10, o Regimento Interno do Governo Federal);

f) Os requerentes ou partes nos procedimentos administrativos de caráter participativo²⁹;

(3) A opinião pública democrática e pluralista e o processo político como grandes estimuladores: media (imprensa, rádio, televisão, que, em sentido, estrito, não são participantes do processo, o jornalismo profissional, de um lado, a expectativa de leitores, as cartas de leitores, de outro, as iniciativas dos cidadãos, as associações, os partidos políticos fora do seu âmbito de atuação organizada (Cf. 2, d), igrejas, teatros, editoras, as escolas da comunidade, os pedagogos, as associações de pais³⁰);

(4) Cumpre esclarecer, ainda, o papel da doutrina constitucional nos nos 1, 2 e 3; ela tem um papel especial por tematizar a participação de outras forças e, ao mesmo tempo, participar nos diversos níveis” (HÄBERLE, 1997, op. cit., p. 29).

Reforça-se que o presente estudo não visa a questionar os objetivos democráticos a que a teoria se propõe a alcançar, mas apenas analisar os requisitos que ela exige que sejam cumpridos para que efetivamente alcance esse fim. Se esses pressupostos não estiverem sendo cumpridos, então a teoria não atingirá resultados e não estará sendo aplicada na prática.

1.3.2. Explicitação das premissas teóricas das participações no processo constitucional

Consoante defendido pela teoria apresentada, o objetivo de controle democrático das decisões da corte constitucional só pode ser realizado pela permissão da participação (i) dos titulares de direitos e destinatários das normas constitucionais analisadas no âmbito do processo objetivo; (ii) dos experts e (iii) de outros agentes e grupos sociais não diretamente afetados pela decisão.

Em uma primeira análise, é possível segregar as premissas que fundamentam a participação de cada um desses “pré-intérpretes”, o que se fará a seguir.

1.3.2.1. Participação dos afetados pela decisão constitucional

Segundo o autor, o motivo que justificaria a participação dos afetados pela decisão constitucional liga-se à mesma premissa que fundamentou o surgimento da figura do *amicus curiae* na maior parte dos países descritos: a assimetria de informação. Em razão de os envolvidos na questão constitucional possuírem maior estoque de informações acerca das suas peculiaridades e consequências práticas, far-se-ia proveitosa a sua contribuição, para agregar influxos informacionais aos quais a corte não possuía acesso para conformar mais adequadamente o âmbito de proteção dos direitos fundamentais no processo de interpretação constitucional:

Aqui não se cuida apenas da práxis estatal (por exemplo, a interpretação do art. 54 e seguintes da Lei Fundamental pelo Presidente da República ou do art. 65 pelo Primeiro-Ministro) (NT 1). Em se tratando de muitos direitos fundamentais, já se processa a interpretação (talvez inconscientemente?) no modo como os destinatários da norma preenchem o âmbito de proteção do art. 4º, nºs 1 e 2, da Lei Fundamental, com o auxílio da concepção da igreja, das organizações religiosas e de opinião. Semelhante significado poderia ter a própria concepção do artista para a interpretação aberta da garantia da liberdade artística (art. 5º, III, LF). Também para uma liberdade científica, concebida de modo pluralista e processualmente orientada, coloca-se a questão de se saber em que medida esse direito, com o seu conceito “aberto” de ciência, deve ser co-interpretado pelas ciências singulares (e suas metateorias). Em suma, deve-se indagar como direitos fundamentais hão de ser interpretados em sentido específico. Em um sentido mais amplo, poder-se-ia introduzir aqui uma interpretação orientada pela realidade da moderna democracia partidária (art. 21 e 38), a doutrina da formação profissional, a doação de um conceito amplo de liberdade de imprensa ou de sua ‘atividade

pública' (öffentlich Aufgabe) ou da interpretação da chamada liberdade de coalizão (art. 9º, nº 3) desde que ela considere a concepção de coalizão⁷⁴.

Reconhece-se aí o déficit informacional da corte para resolver certos tipos de questões constitucionais que chegam ao seu crivo, as quais perpassam a superação de “questões de fato”⁷⁵, que só são melhor esclarecidas por intermédio da participação dos envolvidos, para se alcançar o que o teórico denominou de “elemento objetivo dos direitos fundamentais”.

Nesse âmbito, para que as predições teóricas se efetivem na prática, é imprescindível que os membros da corte constitucional se empenhem na consideração do máximo possível de informações e argumentos trazidos pelos *amici curiae*.

1.3.2.2. Participação dos experts

Pela defesa da participação dos experts no processo de interpretação constitucional, a teoria visa a contornar a falta de expertise técnica que recai sobre a corte em determinadas questões constitucionais que lhes são postas. São casos que não podem prescindir de respostas que se encontram no domínio da ciência⁷⁶, tal como a decisão sobre as leis estaduais que proíbem a utilização de amianto na construção civil⁷⁷, a permissão da interrupção da gravidez de feto anencéfalo⁷⁸ e da realização de pesquisas com células tronco⁷⁹.

⁷⁴ HÄBERLE, 1997, op. cit., p. 5.

⁷⁵ Acerca da análise de questões de fato pelo STF, vale transcrever comentário de Paulo Gustavo Gonet “A jurisprudência anterior (defensiva) não tolerava ações diretas em que “questões de fato” tivessem que ser enfrentadas como pressuposto para se firmar um juízo de constitucionalidade da lei atacada. Nesse mesmo precedente de 2005 referido, o Ministro Gilmar Mendes afirmou a “comunicação entre norma e fato” como “condição da própria interpretação constitucional”, promovendo um giro na visão do STF sobre o tema. O modelo de jurisdição constitucional abstrata haveria de ser permeável à “verificação de fatos e prognoses legislativos”, a exigir que o Tribunal se valesse “de todos os elementos técnicos disponíveis para a apreciação do ato questionado [e também reconhecesse] um amplo direito de participação por parte de terceiros (des)interessados”. O decisório prosseguiu, afirmando que “o Tribunal não pode deixar de exercer a sua competência, especialmente no que se refere à defesa dos direitos fundamentais em face de uma decisão legislativa, sob a alegação de que não dispõe dos mecanismos probatórios adequados para examinar a matéria” (BRANCO, VALE, 2010, op. cit., p. 230).

⁷⁶ “Esses temas, como disse o ministro Fux, “que escapam ao suposto conhecimento enciclopédico da magistratura” (LEAL, Fernando. *Para que servem as audiências públicas no STF*. Jota, 16/05/2015. Disponível em: <https://jota.info/artigos/para-que-servem-as-audiencias-publicas-no-stf-16062015>).

⁷⁷ ADPF 109, rel. min. Edson Fachin; ADI 3.356, rel. min. Eros Grau; ADI 3.357, rel. min. Ayres Britto; e ADI 3.937, rel. min. Marco Aurélio.

⁷⁸ ADPF 54, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 12/04/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-080 DIVULG 29-04-2013 PUBLIC 30-04-2013 RTJ VOL-00226-01 PP-00011.

⁷⁹ ADI 3510, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 29/05/2008, DJe-096 DIVULG 27-05-2010 PUBLIC 28-05-2010 EMENT VOL-02403-01 PP-00134 RTJ VOL-00214-01 PP-00043

No ponto, não há que se falar em preocupações relativas à legitimidade democrática da decisão, mas à sua correção em termos epistêmicos⁸⁰ – tal como na experiência romana e inglesa –, permitindo-se a aprendizagem e o uso de conceitos e categorias teóricas de outras áreas do conhecimento, estranhas ao Direito.

Novamente, a eficácia prática dessa linha de raciocínio só se dará se os argumentos e informações técnicas dos *amici curiae* forem levados em conta no momento da decisão da questão constitucional.

1.3.2.3. Participação dos não afetados pela decisão

Já a terceira categoria de participantes – aqueles sem envolvimento direto com a questão constitucional – promoveria o aprimoramento das decisões da Suprema Corte a partir da vinculação que estabeleceriam entre seu processo de interpretação e a posição dos mais diversos grupos sociais, conforme seus valores, com relação àquele conflito específico. Em outras palavras, seria necessário o alinhamento da atuação da corte constitucional com a opinião pública para que os Ministros pudessem realizar os projetos constitucionais daqueles que vivem a constituição e, assim, livrar essa sociedade do “risco democrático” da atuação “introvertida” do intérprete.

Extraí-se que o fundamento dessa participação se assenta na premissa de que os ministros levarão em conta a posição – e não as informações – trazidas por esses grupos para tomar sua decisão.

1.3.3. Conclusões parciais

Da exposição de tais premissas, conclui-se que, para realizar na prática a teoria de Peter Häberle, a Suprema Corte não pode deixar de considerar (i) as informações e argumentos trazidos pelos afetados pela decisão e pelos experts, assim como (ii) a posição dos participantes não afetados diretamente pela questão constitucional.

⁸⁰ Trata-se do desafio da comunicação com outros “mundos epistêmicos” debatido por Ginter Teubner e Jurgen Habermas. “*Será que existe um minimum epistêmico na sociedade moderna, que sirva de denominador comum para discursos sociais, apesar de toda autonomização? Será que existe algum tipo de covariação ou até de coevolução entre epistemes? Ou será que a ligação só é possível quando uma episteme é reconstruída no quadro de uma outra episteme?*” Teubner trata essa questão em dois níveis: no do saber fático, econômico, técnico, psiquiátrico e científico em geral, que é estranho e precisa ser traduzido para o código do direito e aí reconstruído sem que o sistema jurídico possa assumir a ‘completa autoridade epistêmica’ para a confiabilidade do saber estranho assim incorporado; e no nível regulativo do ‘influenciamento’ indireto de áreas sociais estranhas” (HABERMAS, Jurgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Jurídico, 2012, p. 78; TEUBNER, G. Die episteme des rechts. In: D. Grimm (ed.) *Wachsende Staatsaufgaben – sinkende Steuerungsfähigkeit des rechts*. Baden-Baden, 1990, p. 126).

A implementação da teoria também deveria ter o cuidado de não misturar as premissas teóricas dos diferentes tipos de participantes, sob pena de criar incongruências na sua aplicação prática e tornar confusa a percepção da real funcionalidade do *amicus curiae*.

1.4. Incongruências práticas

Após a introdução das premissas nas quais se assentam as defesas pela abertura procedimental da jurisdição constitucional, clarifica-se a percepção de que a aplicação das teorias convencionais sobre *amicus curiae* introduzem pontos de conflito na atuação do julgador.

Selecionam-se, para tanto, trechos de votos dos ministros do STF que fundamentam a participação do amigo da corte, analisando (i) a sua adequação aos pressupostos teóricos acima descritos e (ii) a coerência interna dos discursos veiculados.

1.4.1. Dois discursos e confusão entre premissas teóricas

Da análise dos precedentes por meio dos quais os Ministros enunciam seu entendimento acerca da utilidade da figura do *amicus curiae*, ficam claros dois discursos principais. O primeiro esclarece que o amigo da corte serve essencialmente para trazer informações úteis e novas para subsidiar a resolução isenta e acurada da controvérsia constitucional:

O amicus curiae é um colaborador da Justiça que, embora possa deter algum interesse no desfecho da demanda, não se vincula processualmente ao resultado do seu julgamento. É que sua participação no processo ocorre e se justifica, não como defensor de interesses próprios, mas como agente habilitado a **agregar subsídios que possam contribuir para a qualificação da decisão a ser tomada pelo Tribunal**. A presença de *amicus curiae* no processo se dá, portanto, em benefício da jurisdição, não configurando, conseqüentemente, um direito subjetivo processual do interessado. A participação do *amicus curiae* em ações diretas de inconstitucionalidade no STF possui, nos termos da disciplina legal e regimental hoje vigentes, **natureza predominantemente instrutória**, a ser deferida segundo juízo do Relator⁸¹.

Essa posição encontra-se em consonância com as premissas teóricas estabelecidas para a participação dos afetados pela decisão e dos experts, mas não se destina à justificação de terceiros que não sejam diretamente afetados. Contudo, consoante exposto no trecho do voto do Ministro Teori Zavascki, esse discurso tem se destinado à admissão de todos os *amici curiae*.

⁸¹ ADI 3.460-ED, rel. min. Teori Zavascki, julgamento em 12-2-2015, Plenário, DJE de 12-3-2015.

Já o segundo discurso enaltece a função pluralizadora e democratizante do *amicus curiae* no debate constitucional, ao permitir a visualização do posicionamento dos mais diversos grupos de interesse com representatividade na sociedade:

Processo objetivo de controle normativo abstrato. Possibilidade de intervenção do *amicus curiae*: **um fator de pluralização e de legitimação do debate constitucional**⁸².

O Ministro Celso de Mello sublinhava a importância da admissão do ‘*amicus curiae*’ porque, de um lado, permitiria **a pluralização do debate constitucional e, de outro, conferiria maior legitimidade às decisões do STF**, quando tomadas, como na espécie, em sede de controle normativo abstrato⁸³.

Tal discurso caminha no mesmo sentido dos fundamentos utilizados por Peter Häberle para justificar a participação dos mais diversos agentes e grupos sociais, ainda que não vinculados diretamente à controvérsia constitucional. Novamente, o discurso não faz distinção entre os diferentes participantes.

Observe-se que, se o objetivo é a admissão de *amicus curiae* diretamente afetado pela questão constitucional ou aquele que possui proeminência técnica no assunto, não faz sentido invocar o argumento da legitimação democrática, visto que o julgador irá conferir preferência na consideração dos argumentos dos envolvidos e dos especialistas com relação às demais posições sociais sobre o assunto, o que se divorcia, em parte, da lógica democrática, como a regra da maioria.

Do mesmo modo, a fundamentação da admissão de *amicus curiae* que não possua qualquer envolvimento com a questão constitucional não pode se dar pelo discurso do aumento do arcabouço informacional, uma vez que não se espera que esse participante traga subsídios necessariamente úteis à resolução da controvérsia, mas apenas anuncie sua posição, como meio de sinalização para os membros da Suprema Corte.

Diante dessa confusão entre o nível de consideração dos elementos oferecidos pelos diferentes *amici curiae*, desrespeitam-se os pressupostos da teoria de Peter Häberle, o que prejudica – ou mesmo impede – o alcance dos resultados projetados pela teoria, além de demonstrar a distinção entre teoria e prática.

⁸² ADI 2.321-MC, rel. min. Celso de Mello, julgamento em 25-10-2000, Plenário, DJ de 10-6-2005.) No mesmo sentido: ADI 3.808, rel. min. Rosa Weber, decisão monocrática, julgamento em 8-5-2013, DJE de 20-5-2013.

⁸³ ADI n. 747, Informativo 747.

1.4.2. Incoerências entre discursos

Agravando a situação, os dois discursos acima apresentados são colocados recorrentemente lado a lado, como se possuíssem intrínseca relação lógica entre si – como se o aumento da cognição do juízo, por si, aumentasse a legitimidade democrática e vice-versa:

A intervenção de terceiros no processo da ação direta de inconstitucionalidade é regra excepcional prevista no art. 7º, § 2º, da Lei 9.868/1999, que visa a permitir 'que terceiros -- desde que investidos de representatividade adequada -- possam ser admitidos na relação processual, para efeito de manifestação sobre a questão de direito subjacente à própria controvérsia constitucional. A admissão de terceiro, na condição de *amicus curiae*, no processo objetivo de controle normativo abstrato, qualifica-se como fator de legitimação social das decisões da Suprema Corte, enquanto Tribunal Constitucional, pois viabiliza, em obséquio ao postulado democrático, a abertura do processo de fiscalização concentrada de constitucionalidade, em ordem a permitir que nele se realize, sempre sob uma perspectiva eminentemente pluralística, a possibilidade de participação formal de entidades e de instituições que efetivamente representem os interesses gerais da coletividade ou que expressem os valores essenciais e relevantes de grupos, classes ou estratos sociais. Em suma: a regra inscrita no art. 7º, § 2º, da Lei n. 9.868/99 -- que contém a base normativa legitimadora da intervenção processual do *amicus curiae* -- tem por precípua finalidade pluralizar o debate constitucional.' (ADI 2.130-MC, rel. min. Celso de Mello, DJ 2-2-2001). **Vê-se, portanto, que a admissão de terceiros na qualidade de *amicus curiae* traz ínsita a necessidade de que o interessado pluralize o debate constitucional, apresentando informações, documentos ou quaisquer elementos importantes para o julgamento da ação direta de inconstitucionalidade⁸⁴.**

No estatuto que rege o sistema de controle normativo abstrato de constitucionalidade, o ordenamento positivo brasileiro processualizou, na regra inscrita no art. 7º, § 2º, da Lei n. 9.868/99, a figura do *amicus curiae*, permitindo, em consequência, que terceiros, desde que investidos de representatividade adequada, sejam admitidos na relação processual, para efeito de manifestação sobre a questão de direito subjacente à própria controvérsia constitucional. Cabe advertir, no entanto, que a intervenção do *amicus curiae*, **para legitimar-se, deve apoiar-se em razões que tornem desejável e útil a sua atuação processual na causa, em ordem a proporcionar meios que viabilizem uma adequada resolução do litígio constitucional.** [...] Não se pode perder de perspectiva que a regra inscrita no art. 7º, § 2º da Lei n. 9.868/99 -- que contém a base normativa legitimadora da intervenção processual do *amicus curiae* -- **tem por objetivo essencial pluralizar o debate constitucional, permitindo que o Supremo Tribunal Federal venha a dispor de todos os elementos informativos possíveis e necessários à resolução da controvérsia, visando-se, ainda, com tal**

⁸⁴ ADI 3.921, rel. min. Joaquim Barbosa, decisão monocrática, julgamento em 24-10-2007, DJ de 31-10-2007.) No mesmo sentido: ADI 4.010, rel. min. Rosa Weber, decisão monocrática, julgamento em 26-6-2012, DJE de 2-8-2012

abertura procedimental, superar a grave questão pertinente à legitimidade democrática das decisões emanadas desta Corte⁸⁵.

A própria Exposição de Motivos⁸⁶ do projeto legislativo que resultou na Lei n. 9.868/1999 incidiu na mesma confusão:

Constitui, todavia, inovação significativa a autorização para que outros titulares do direito de propositura da opção direta possam manifestar-se por escrito, sobre o objeto da ação, pedir a juntada de documentos **úteis** para exame da matéria no prazo de informações, bem como apresentar memoriais (art. 7º, §1º, e 18, §1º).

Trata-se de providencia que **confere um caráter pluralista ao processo objetivo de controle abstrato de constitucionalidade, permitindo que o Tribunal decida com pleno conhecimento dos diversos aspectos envolvidos na questão.**

Da mesma forma, afigura-se digna de realce a proposta formulada com o sentido de permitir que o relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, admita a manifestação de outros órgãos ou entidades (arts. 7º, § 2º, e 18, § 2º). Positiva-se, assim, a figura do "*amicus curiae*" no processo de controle de constitucionalidade, ensejando a **possibilidade de o Tribunal decidir as causas com pleno conhecimento de todas as suas implicações ou repercussões⁸⁷.**

Há três aspectos que fazem com que os dois discursos possuam incoerências entre si, os quais são descritos a seguir.

1.4.2.1. Ampliação da participação e quantidade de informações úteis

A simples pluralização da participação não implica necessariamente na exigência de apresentação de argumentos, fatos e informações pertinentes por parte dos que participam. Isso porque nem todos os participantes têm ou desejam agregar informações ao processo.

Isso ocorrerá, em geral, com os *amici curiae* não afetados pela decisão, porquanto não terão, provavelmente, informações privilegiadas acerca de elementos fáticos e técnicos do caso. Por isso, aos julgadores só caberia a expectativa de contribuir com seu posicionamento. Em outras palavras, a mera possibilidade de externalizar a sua posição no debate já realiza o fim democrático a que se destina a participação do *amicus curiae* nesse caso, que será levada em conta em razão do seu peso social e não pela relevância dos seus argumentos.

⁸⁵ ADI 3.045, voto do rel. min. Celso de Mello, julgamento em 10-8-2005, DJ de 1º-6-2007.) No mesmo sentido: ADPF 41-AgR, rel. min. Ellen Gracie, decisão monocrática, julgamento em 15-6-2009, DJE de 19-6-2009.

⁸⁶ Disponível em:

http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=25D870B5B5F6C11D074DE6FACB3E979B.proposicoesWebExterno1?codteor=1130464&filename=Dossie+-PL+2960/1997

⁸⁷ Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1999/lei-9868-10-novembro-1999-369587-exposicaodemotivos-150030-pl.html>

1.4.2.2. Ampliação da participação e nível de consideração

Por outro lado, a admissão de todas as participações de agentes com representatividade social diminui a factibilidade de que os argumentos úteis eventualmente trazidos pelos *amici curiae* sejam identificados e incorporados às razões de decisão dos ministros. Isso porque o excesso de trabalho que a elevada participação agrega impossibilita, em termos práticos, que os ministros considerem todos os influxos informacionais apresentados.

Fernando Leal⁸⁸ aponta, em problema paralelo no âmbito das audiências públicas, a perda da qualidade deliberativa em termos técnicos:

Obter, contudo, *mais* opiniões sobre um assunto técnico controvertido não é necessariamente o melhor caminho para lidar com o déficit epistêmico da corte.

Em uma democracia, opiniões são fundamentais. Mas elas têm pouco a contribuir para esclarecer certos tipos de fatos ou relações entre fatos cruciais para a tomada de decisões jurídicas. De que adianta o STF conhecer o resultado de uma pesquisa nacional de opinião sobre os efeitos do álcool na condução de veículos, ou das fibras do amianto sobre o organismo humano?

Enfatiza, ainda, a diminuição do nível de consideração das contribuições dos *amici curiae* e, portanto, da substancialidade da inclusão do debate pluralista nas razões de decisão dos ministros:

Essa tendência de identificação entre *amicus* e audiências traz consigo um efeito perverso. Quando o ponto central deixa de ser superar limitações de conhecimento técnico e passa a ser ouvir mais e mais vozes, o diálogo em si com os argumentos e **debates apresentados nas audiências se torna totalmente opcional. Há ministros que sequer citam as autoridades convocadas em seus votos.** Uns citam nomes diferentes; outros não citam nenhum especialista. Em muitos casos, se citam, **fazem-no apenas para constar, sem dialogar ou enfrentar as questões levantadas nas manifestações.**

Em estudo anterior⁸⁹, constatou-se por meio de análise exploratória dos processos de controle concentrado de constitucionalidade que as informações ou argumentos dos *amici curiae* foram expressamente citados em apenas 30% dos processos nos quais se admitiu sua participação, indicando que a função informacional dessa figura não tem sido tão aproveitada pelos ministros quanto poderia o ser.

⁸⁸ LEAL, Fernando. *Para que servem as audiências públicas no STF?* Jota, 2015. Disponível em: <https://jota.info/artigos/para-que-servem-as-audiencias-publicas-no-stf-16062015>. Acesso em: 13/08/2016.

⁸⁹ FERREIRA, Débora Costa. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Amicus curiae em números. Nem amigo da corte, nem amigo da parte?* *Revista de Direito Brasileira*, v. 16, n. 7, Jan./Abr. 2017, p. 169 - 185.

Na sua própria construção teórica, Häberle já antecipa pontos problemáticos da aplicação prática da sua teoria. Em primeiro lugar, reconheceu a dificuldade de acomodar e sintetizar interesses na construção do consenso e da unidade política⁹⁰. Em segundo lugar, pôs em dúvida a própria possibilidade de incorporação de todas as informações apresentadas.

Com efeito, a admissão de grande número de *amici curiae* para legitimar a decisão pode representar menor consideração de informações e argumentos úteis.

1.4.2.3. Princípio da imparcialidade do juiz e consideração do peso e da representatividade político-social dos agentes

A terceira incoerência deriva do fato de que Peter Häberle não se divorcia da base da teoria jurídica convencional que se alicerça na imparcialidade dos juízes, os quais deveriam conferir igual atenção a todos os argumentos a eles apresentados. Isso se verifica especialmente na consideração das contribuições dos terceiros afetados e dos especialistas, em que se espera que o juiz imparcial leve em conta sua decisão com base na força dos argumentos e das conclusões fáticas e técnicas apresentadas.

Assim, entrelaçando-se os discursos, exige-se do julgador sua imparcialidade e insulamento político, considerando igualmente os argumentos de todos os participantes do processo, ao mesmo tempo em que estabelece o dever de consideração do peso e da representatividade político-social dos agentes que venham a requerer o ingresso como *amicus curiae*, para decidir o nível de atenção que o franqueará, com vistas a contrabalancear o déficit de legitimidade democrática da jurisdição constitucional. Não havendo possibilidade lógica de adotar ambos os pressupostos, o julgador se vê obrigado a adotar uma entre as duas posturas possíveis: de igual consideração ou de ponderação de aspectos democráticos do interlocutor.

1.5. Resultado prático

O desrespeito aos pressupostos da teoria de Peter Häberle, as incoerências dos discursos e o seu entrelaçamento fazem com que seja possível que um prepondere sobre o outro discurso, a depender do momento processual, de diferentes tipos de petionários e da compreensão pessoal dos ministros a respeito da função do *amicus curiae*, o que torna problemática a previsão da forma como a influência final do *amicus curiae* se dará e para que essa participação servirá à Corte.

Exemplo disso é o momento da admissão do *amicus curiae*, no qual a legislação impõe como requisito (i) a relevância da matéria, (ii) a representatividade dos postulantes e (iii) a

⁹⁰ HÄBERLE, 1997, op. cit., p. 35.

discricionariedade do relator. O primeiro e o segundo requisitos decorrem evidentemente da linha da pluralização do procedimento, ao passo que o terceiro dependerá das convicções pessoais e dos incentivos do relator a respeito da utilidade e da funcionalidade do *amicus curiae*, o que permite que ele molde os requisitos literais do artigo 7º, §1º, da Lei n. 9.868/1999, seja para incorporar o requisito da utilidade e novidade dos argumentos, seja para abrir ainda mais os procedimentos da jurisdição constitucional.

Essa discricionariedade também ocorre no momento de os ministros decidirem (i) se irão citar os argumentos e as informações dos *amici curiae* no voto e (ii) se, de fato, serão influenciados por suas posições.

Justamente em face dessa dilargada margem de atuação, o tratamento diferenciado pode não depender somente das convicções pessoais dos ministros, mas também das características institucionais do *amicus curiae* e do grupo que ele representa. Nesse sentido, nada impede que o Supremo Tribunal Federal esteja lidando de formas diversas com os mais diferentes tipos de *amicus curiae*, conferindo-lhes tratamento distinto a depender de quais das suas peculiaridades possam ser melhor aproveitadas à corte. Essa distinção de tratamento é o que o presente estudo passa a investigar.

Com efeito, postula-se que, sem balizas legais, processuais e jurisprudenciais bem definidas, que direcionem a conformação do *amicus curiae* para uma dada funcionalidade, a corte tende a fazer o uso estratégico desse mecanismo de abertura procedimental de modo a retirar maior proveito possível dessa participação, o que pode ocorrer de maneira distinta de acordo com o que o participante possa-lhe oferecer. Demonstrar-se-á também que a funcionalidade conferida ao *amicus curiae* pela corte decorre de situação de equilíbrio, porquanto a forma como os diferentes *amici curiae* são de fato tratados, em geral, atende às expectativas e objetivos de sua participação.

Contudo, as ferramentas convencionais do direito não permitem analisar com maior profundidade a funcionalidade prática dos diferentes tipos de *amicus curiae*, uma vez que nem as normas jurídicas nem a jurisprudência balizam suficientemente essa interação no âmbito da jurisdição constitucional, sendo oportuna a incorporação de análises estratégicas e empíricas para o estudo do comportamento do *amicus curiae* e dos ministros do STF.

Nesse passo, somente a investigação minuciosa da relação entre membros da Suprema Corte e *amicus curiae* – hábil a apontar a forma como esses tenderão a agir estrategicamente⁹¹

⁹¹ O agir estratégico ora mencionado é aquele definido nas teorias da escolha racional, em que o agente racional adotará como estratégia de atuação o comportamento que lhe proporcione maior satisfação.

em cada cenário –, acompanhada da análise empírica do efeito líquido dessa interação, é capaz de explicitar a funcionalidade dos diferentes tipos de *amicus curiae* na prática da jurisdição constitucional e a sua potencialidade de influência na interpretação do Supremo Tribunal Federal, o que se fará a seguir.

No próximo capítulo, realizar-se-á análise estratégica da interação entre os membros da Suprema Corte e os diferentes tipos de *amici curiae*, adotando-se as bases disponibilizadas pelo marco teórico selecionado, para encontrar padrões de utilização da figura processual no STF que se mostrem estáveis do ponto de vista estratégico. Propõe-se, ao final, solução processual capaz de contribuir para a maior efetividade da função de ampliação da cognição do juízo, caso a corte realize escolha institucional consciente de que o *amicus curiae* deve cumprir de fato essa função. Em seguida, no terceiro capítulo, testam-se empiricamente se os padrões de comportamento encontrados na análise estratégica efetivamente se verificam na prática do controle concentrado de constitucionalidade no Supremo Tribunal Federal.

2. ANÁLISE ESTRATÉGICA DA INTERAÇÃO ENTRE SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E *AMICUS CURIAE*

2.1. O que incentiva a Suprema Corte na prática?

Antes de adentrar na análise estratégica da relação entre o Supremo Tribunal Federal e os *amici curiae*, é imprescindível assentar as premissas acerca dos aspectos que incentivam a corte a atuar e o que motiva de fato esse relacionamento. A base dessas premissas é construída utilizando-se o arcabouço teórico apresentado pelas teorias do comportamento judicial a seguir descritas.

2.1.1. Teorias do comportamento judicial

Teóricos norte-americanos há tempos se debruçam sob a análise dos incentivos que incidem sobre o juiz – sobretudo, sobre os membros da Suprema Corte – no momento da decisão dos casos a eles submetidos, investigando o que motiva sua atuação e as circunstâncias que afetam as escolhas judiciais. Apesar de incipiente a literatura brasileira sobre o tema, há crescente interesse acadêmico pelo estudo do processo de tomada de decisão no Supremo Tribunal Federal, inclusive com análise estatística e empírica dos dados disponíveis⁹².

As teorias de *judicial behavior* encontram-se abarcadas na corrente doutrinária norte-americana do realismo jurídico⁹³, surgida na primeira metade do século XX e que compreende o direito a partir da sua aplicação pelos juízes, razão porque o foco de análise recai sobre o comportamento desses agentes e sobre os incentivos que o cercam. Essa investigação é feita por meio da construção de modelos teóricos que sejam capazes tanto de explicar decisões passadas quanto decisões futuras. Afasta-se, assim, da visão positiva do direito – da dimensão do dever ser – e do moralismo jurídico⁹⁴.

Existem três modelos principais sobre comportamento judicial: (i) modelo legal, (ii) modelo dos grupos de interesse, e (iii) modelo atitudinal, o qual tem evoluído para o atitudinal estratégico. Tais teorias, a partir do esclarecimento das premissas e crenças judiciais acerca da função que o *amicus curiae* desempenha na jurisdição constitucional, têm condão de trazer compreensão aprofundada sobre como os ministros lidam com essa participação,

⁹² FERREIRA, Pedro Fernando Nery. *Como Decidem os Ministros do STF: Pontos Ideais e Dimensões de Preferências*. Dissertação de mestrado em Ciências Econômicas, 2013; MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Nos bastidores do STF*. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

⁹³ Entre seus principais precursores, pode-se citar Karl N. Llewellyn, Jerome Frank e Felix S. Cohen.

⁹⁴ ARNAUD, André-Jean et. al. (org.). *Dicionário enciclopédico de teoria e de sociologia do direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 668.

complementando e enriquecendo a massa teórica disponibilizada pela filosofia política acerca da jurisdição constitucional e do seu papel contramajoritário.

2.1.1.1. Modelo legal convencional

O modelo legal⁹⁵, tem o postulado de que os ministros da Suprema Corte julgam os casos observando as especificidades fáticas para aplicar os exatos termos da normatividade da Constituição, a intenção do legislador, os precedentes e a ponderação de interesses sociais, sem qualquer contaminação de posições pessoais do julgador ou influência política de agentes externos⁹⁶. Trata-se da visão veiculada pelo direito positivo⁹⁷ – sobretudo nas regras processuais pertinentes –, de um julgador imparcial que busca resolver casos judiciais da forma mais adequada possível com a decisão idealmente correta e com os requisitos legais, buscando, para tanto, o maior nível de informação factual, argumentativa e técnica possível⁹⁸.

Por isso, os *amici curiae* teriam especial importância na transmissão de informações e subsídios relevantes para a decisão judicial. Contudo, sua utilidade só se daria na medida em que ele trouxesse argumentos e informações importantes para a Corte, inclusive a respeito das consequências das mais diversas alternativas de interpretação – tal como locucionado pelo primeiro discurso do STF apresentado na seção 1.4.1. –, sob pena de representar empecilho às suas atividades⁹⁹. Em outras palavras, o *amicus curiae* só terá influência na decisão final, por meio da devida consideração da sua participação, se trouxer argumentos (i) relevantes e que (ii) não tenham ainda sido antecipados por qualquer das partes no processo, os quais serão

⁹⁵ CROSS, Frank B., Political Science and the New Legal Realism: A Case of Unfortunate Interdisciplinary Ignorance, V. 92. N. 76. *Northwestern University Law Review*, 1997, p. 255-64; SCALIA, Antonin. *The Rule of Law as a Law of Rules*, 1989.

⁹⁶ “[O] modelo jurídico [...] postula que as decisões da Corte se baseiam nos fatos do caso, tendo em vista o significado simples dos estatutos e da Constituição, a intenção dos autores, precedentes e um equilíbrio de interesses sociais” (SEGAL, Jeffrey A.; SPEATH, Harold j. Spaeth. *The supreme court and the attitudinal model*, 1993, p. 65-73).

⁹⁷ Trata-se de abordagem normativa, cujo foco recai, em geral, sobre a análise qualitativa dos textos e discussões da decisão dos ministros. Richard Posner⁹⁷ defende que essa é a “teoria oficial do Judiciário”.

⁹⁸ BIX, Brian H. *New Legal Realism and the Explanation of Judicial Behavior: Doctrine, Data, and High Theory*. Legal Studies Research Paper Series Research Paper No. 14-42, 2009.

⁹⁹ “Since 1990, the Court's rules governing the filing of amicus briefs have begun with this admonition: An amicus curiae brief that brings to the attention of the Court relevant matter not already brought to its attention by the parties may be of considerable help to the Court. An amicus curiae brief that does not serve this purpose burdens the Court, and its filing is not favored”. (KEARNEY, Joseph D.; MERRILL, Thomas W. The Influence of Amicus Curiae Briefs on the Supreme Court. *Faculty Publications*. Paper 568, 2000, p. 776).

utilizados para que o Ministro realize ideal ponderação de interesses coletivos, assim como postulam as teorias tradicionais sobre *amicus curiae*¹⁰⁰.

Desse modo, a apresentação de contribuições irrelevantes ou repetitivas não deveria ter qualquer impacto na decisão final da Suprema Corte, podendo, ainda, ter influência negativa sobre ela, em razão do custo e da perturbação que essa prática provoca no sistema judicial e no adequado fluxo do processo. Além disso, o número de *amicus curiae* defendendo uma ou outra posição não deve ter influência significativa, uma vez que o peso político dos agentes envolvidos não é determinante para a decisão judicial.

Explicitados tais pontos, conclui-se que o juiz do modelo legal convencional irá sempre considerar todos os argumentos relevantes apresentados pelo *amicus curiae*, exceto se a sua carga de trabalho atingir um nível crítico¹⁰¹, a partir do qual não haveria possibilidade fática, dados os recursos humanos e materiais disponíveis aos membros da Suprema Corte, de ler e considerar todos os argumentos apresentados no caso. Essa carga de trabalho dependerá do número dos demais processos a serem julgados e do número de *amicus curiae* que ingressaram no caso, fatores plenamente observados pelo julgador e pelo *amicus curiae*.

Já quanto à influência política que o *amicus curiae* possa tentar utilizar, essa não terá qualquer consideração por parte do juiz legalista, independentemente do esforço que o primeiro dispenda nessa estratégia, porque tal consideração iria de encontro com as determinações e balizas legais que circunscrevem o papel do juiz na sociedade.

2.1.1.2. Modelo dos grupos de interesse

A segunda visão a respeito do comportamento judicial apresentada é o modelo dos grupos de interesse¹⁰², o qual estipula a premissa de que os membros da Suprema Corte não possuem preferências pré-estruturadas sobre todas as questões que chegam ao seu crivo, inclinando-se, pois, pelas posições com maior suporte de grupos de interesse mais bem

¹⁰⁰ “Os argumentos de *amicus* devem afetar a probabilidade de sucesso de uma parte no Supremo Tribunal, mas somente na medida em que sejam de alta qualidade, ou seja, fornecem novas informações legalmente relevantes ao Tribunal além da fornecida pelas partes” (KEARNEY, Joseph D.; MERRILL, Thomas W. The Influence of Amicus Curiae Briefs on the Supreme Court. *Faculty Publications*. Paper 568, 2000. p. 788)

¹⁰¹ O nível crítico a que se refere trata de carga de trabalho a partir da qual os recursos humanos e materiais disponíveis à corte não são capazes de processar as informações trazidas. Esse nível pode variar a depender de peculiaridades institucionais e de gestão processual.

¹⁰² TRUMAN, David B. The governmental process. *The Oxford Handbook of Classics in Public Policy and Administration*, 1951, DOI: 10.1093/oxfordhb/9780199646135.013.16; BARKER, Lucius J.. Third Parties in Litigation: A Systemic view of the Judicial Function, *J. POL. V* 41, n. 41, 1967; HARPER, Fowler V.; ETHERINGTON, Edwin D.. Lobbyists Before the Court. *U. PA. L. REV. V.* 101, n. 8. p.1172-1173, 1953.

organizados e com maior poder de barganha social. Há, no caso, a transposição da lógica do funcionamento do lobby no Legislativo para a Corte Constitucional – como o parlamentar que atua com vistas à maximização do número de votos na próxima eleição. Nesse sentido, Lee Epstein e Knight¹⁰³ comentam:

Simplificando, não temos motivos para suspeitar que juízes, assim como outros americanos, não obtém informações sobre eventos atuais da televisão, rádio e jornais. Na verdade, todas as evidências disponíveis sugerem que os juízes realmente, como diz o ditado, "seguem os retornos eleitorais"¹⁰⁴.

Nesse sentido, uma série de estudos passam a adotar ferramentais das teorias de “*public choice*” e de grupos de interesse da política para analisar a Suprema Corte¹⁰⁵, como uma nova arena política que se abre, na qual é possível expor posições políticas de grupos de interesse de forma clara e eficaz.

Dieter Grimm também reconhece na Suprema Corte a função de servir como vitrine democrática das controvérsias constitucionais, na qual os mais diversos grupos sociais estampam sua posição, independentemente da existência de efetivo debate de ideias e teses jurídicas¹⁰⁶. Nesse mesmo caminho, a teoria de Peter Häberle também vislumbra essa utilidade para o *amicus curiae*, quando da consideração das posições dos agentes não afetados diretamente pela controvérsia constitucional.

Quanto aos membros da Corte, essa corrente postula que haverá incentivos para que os Ministros levem em conta a posição dos grupos de interesse, porquanto aqueles estariam preocupados com o prestígio e o apoio difuso da Corte com relação à opinião pública¹⁰⁷, sob

¹⁰³ EPSTEIN, Lee, KNIGHT, Jack. Mapping Out the Strategic Terrain: The Informational Role of *Amici Curiae*. IN: CLAYTON, C. GILLMAN, H., eds., *Supreme Court Decision Making: New Institutional Approaches*. Chicago: Chicago Univ. Press, 1999, p. 220.

¹⁰⁴ Tradução livre de: “*Simply put, we have no reason to suspect that justices, just like other Americans, do not obtain information about current events from television, the radio, and newspapers. Indeed, all the available evidence suggests that justices do, as the saying goes, 'follow the election returns'*”.

¹⁰⁵ KOMESAR, Neal. K. Imperfect alternatives: choosing institutions in law, economics, and public policy. V. 53. N. 97, pp. 123-50, 1994; ELHAUGE, Einer R.. Does Interest Group Theory Justify More Intrusive Judicial Review? *YALE L.J.* V. 101. N. 31. pp. 35-48, 1991; Saul Levmore, *Voting Paradoxes and Interest Groups*, 28 *J. LEGAL STUD.* 259, 278-79 (1999); MERRILL, Thomas W.. Does Public Choice Theory Justify Judicial Activism After All? *Harv. J.L. & Pub. Policy.* V. 21. N. 220, 1997.

¹⁰⁶ GRIMM, 1977, op. cit. *passim*.

¹⁰⁷ O termo “opinião pública” é utilizado no estudo no sentido veiculado por Barry Friedman (FRIEDMAN, Barry. *The will of the people: How Public Opinion Has Influenced the Supreme Court and Shaped the Meaning of the Constitution*. Nova Iorque: Farrar, Straus & Giroux, 2009), relacionado consensos sociais difusos acerca de temas relevantes para a sociedade.

pena de não obter suficiente legitimidade para atuar contramajoritariamente quando necessário¹⁰⁸, consoante será melhor explicitado na seção 2.1.2.1..

Por esse motivo, a Suprema Corte utilizaria a participação do *amicus curiae* como forma de transmissão de dados a respeito de como se posiciona em determinado assunto a opinião pública, ou, ao menos, a opinião publicada e bem organizada, em outras palavras, a opinião dos grupos de interesse mais bem organizados (a que mais importaria para a Suprema Corte). Dessa forma e considerando-se ainda que não são recorrentes as pesquisas acerca do posicionamento da sociedade sobre questões constitucionais levadas à corte, o *amicus curiae* serviria como um termômetro da opinião pública.

Consequentemente, a produção de contribuição com argumentos e informações relevantes não teria utilidade prática considerável nem para os Ministros, nem para os *amici curiae*, visto que aqueles somente se interessariam pela posição de cada grupo de interesse e pelas repercussões políticas das diversas alternativas de decisão. Mas, como já antecipado, os julgadores desse modelo tenderiam a ser mais atenciosos com os grupos de interesse capazes de conferir maior legitimidade à corte, até para ter maior maleabilidade para decidir de acordo com os interesses desses grupos.

2.1.1.3. Modelo atitudinal estratégico

A partir de 1937, após a consistente atuação da Suprema Corte norte-americana em sentido contrário às políticas do Governo Roosevelt, em processo posteriormente intitulado de revolução constitucionalista, uma série de teóricos passaram a analisar os aspectos políticos envolvidos na atuação da Suprema Corte, dando origem ao modelo atitudinal, o qual constitui corrente de maior aderência entre os teóricos norte-americanos atualmente, por sua maior capacidade de predição de resultados da Suprema Corte¹⁰⁹.

Esse modelo assenta-se na premissa de que os Ministros possuem convicções ideológicas formadas, as quais constituem único e exclusiva motivação para a decisão judicial,

¹⁰⁸ Aponta-se, além disso, expectativas de benefícios individuais dos membros da Corte, como prestígio político e profissional, ou até retribuições monetárias, o que poderia ser corretamente traduzido em formas de corrupção, o que não será tratado no presente estudo, por não haver forma acurada de mensuração e por não se tratar de prática disseminada e inequivocamente observada no âmbito do Poder Judiciário, tratando-se de casos laterais à discussão.

¹⁰⁹ SEGAL, Jeffrey A.; SPEATH, Harold j. Spaeth. *The supreme court and the attitudinal model*, p. 65-73, 1993; SEGAL, Jeffrey A.; COVER, Albert D.. *Ideological Values and the Votes of U.S. Supreme Court Justices*, *American Political Science Review*. V. 83. N. 557, 1989, p. 561-63. SEGAL, Jeffrey A.. *Supreme Court Justice as Human Decision Makers: An Individual-Level Analysis of the Search and Seizure Cases*. *Journal of Politics*. V. 48. N. 938, pp. 941-43, 1986; GEORGE, Tracey E.; EPSTEIN, Lee. *On the Nature of Supreme Court Decision Making*, *American Politics and Science Reriew*. V. 323, pp. 331-32, 1992.

sendo a decisão final da Corte apenas a soma das posições dos seus membros¹¹⁰. Nessa conjuntura, os julgadores não sofreriam influência, nem dos seus pares nem dos argumentos e informações trazidas pelo *amicus curiae*, porquanto necessitariam apenas do mínimo de informações para compreender o caso e se posicionar.

Por tal motivo, a participação dos *amici curiae* teria importância praticamente insignificante, ocorrendo somente em raros casos em que esses trouxessem informação crucial o bastante para mudar a perspectiva do julgador a respeito do enquadramento fático no qual ele acreditaria estar lidando.

Autores brasileiros¹¹¹ já observaram esse comportamento se sobressair no Supremo Tribunal Federal, nas circunstâncias em que os julgadores se apresentam nas sessões preparados e com convencimento formado sobre a causa, com votos prontos, vindo na prática uma predisposição para que os votos sejam conhecidos, mais do que debatidos eles próprios, no momento da audiência pública e das sessões de julgamento. A isso acresce a extrema importância do relator na condução do resultado do caso¹¹².

Daí decorreria a sensata preocupação dos advogados com a distribuição e fixação da prevenção de suas ações, motivando minuciosa investigação da vida pregressa dos julgadores, para tentar traçar um perfil decisório mais aproximado com a forma que o relator atuará, sobretudo com o crescente poder de decisão individual dos ministros¹¹³.

Após críticas doutrinárias consistentes, o modelo atitudinal tem sido reformulado para captar as mudanças de posição dos Ministros em razão da posição de outros atores institucionais e das possíveis retaliações e consequências de cada escolha interpretativa, incorporando elementos do modelo do “ator estratégico”¹¹⁴.

A partir de então, os Ministros passam a ser considerados agentes estratégicos, que decidem os casos em busca da maximização da chance de sua visão ideológica ser adotada

¹¹⁰ Parte da doutrina da teoria do Direito, da Ciência Política e da Economia apontam que a fluidez de conceitos e técnicas de decisão jurídica permitem a racionalização de qualquer tipo de decisão, ainda que essa tenha motivação não jurídica.

¹¹¹ SILVA, Virgílio Afonso da. “Um voto qualquer”? O papel do ministro relator na deliberação no Supremo Tribunal Federal. *Revista de Estudos Institucionais*, Vol. 1, N. 1, 2015.

¹¹² ALMEIDA, Danilo dos Santos; BOGOSSIAN, André Martins. Nos termos do voto do relator”: considerações acerca da fundamentação coletiva nos acórdãos do STF. *Revista Estudos Institucionais*, Vol. 2, 1, 2016; SILVA, 2015, op. Cit., p. 65; SILVA, Virgílio Afonso da. O relator dá voz ao STF? Uma réplica a Almeida e Bogossian., *Revista de Estudos Institucionais*. Vol. 2, N. 2, 2016.

¹¹³ FALCÃO, Joaquim; ARGUELHES, Diego Werneck; RECONDO, Felipe. *Onze Supremos: o Supremo em 2016*. Belo Horizonte: Letramento, 2017.

¹¹⁴ BAUM, Lawrence. *The puzzle of judicial behavior*. Michigan: University of Michigan Press, 1997, pp. 89-124.

institucionalmente, como na forma de diretrizes de governo ou políticas públicas¹¹⁵. Isso exige, em algumas situações, que ele altere seu comportamento, inicialmente vinculado unicamente às suas preferências ideológicas, diante das possíveis reações e retaliações dos demais atores institucionais.

Nesse último caso, o julgador será mais influenciado pelas posições dos *amici curiae* com maior poder de barganha institucional do que pelas preferências dos demais tipos de participantes. Assim, os membros da corte agirão, segundo tal vertente, de acordo com o modelo atitudinal puro, exceto com relação aos *amici curiae* que desempenhem papéis institucionais de destaque, os quais terão seus argumentos e posições levados em conta em maior nível, a depender de seu poder de barganha no contexto de diálogos institucionais.

2.1.2. Padrões de atuação estratégica das cortes constitucionais

O fato é que não há qualquer julgador que se comporte unicamente de acordo com um desses modelos¹¹⁶. Na prática, os Ministros combinam esses comportamentos no momento da atuação, a depender também do agente que requeira o ingresso como *amicus curiae*. Por isso, a apresentação de tais modelos não pretende categorizar de forma estanque os julgadores, mas visa apenas a contribuir para o esclarecimento das premissas sob as quais se assentam as suas escolhas¹¹⁷. Mais ainda, dessas premissas exurgem padrões de atuação estratégica das cortes constitucionais no âmbito da sua relação com a opinião pública e com os demais poderes, o que motiva a forma como ela se utilizará da figura processual do *amicus curiae*.

Na subseção seguinte, apresentam-se três padrões, já diagnosticados pelo marco teórico adotado, os quais constituem as hipóteses sobre as quais se assenta o presente estudo para modelar o tratamento da participação dos diferentes *amici curiae* pela Suprema Corte e testá-lo por meio da análise empírica.

Em primeiro lugar, explicita-se a relação intrínseca entre atuação da Suprema Corte e a opinião pública, na qual a legitimidade da corte para atuar contramajoritariamente é medida

¹¹⁵ No Brasil, essa visão tem sido desenvolvida por teorias dos diálogos institucionais

¹¹⁶ Tais teorias “podem ser resumidas na concepção de comportamento judicial de Gibson (1983, p. 9), para quem as decisões dos juízes “são uma função do que eles preferem fazer, temperada pelo que eles pensam que devem fazer, mas restringida pelo que eles sentem que é factível fazer” (FERREIRA, 2013, op. cit., p. 4).

¹¹⁷ “Com base em entrevistas com antigos funcionários da Suprema Corte, Stephen M. Shapiro concluiu que, embora os gabinetes de cada membro lida com os esclarecimentos de *amicus* de forma diferente (por exemplo, alguns juízes leram todos os próprios resumos, enquanto outros juízes pediam aos seus funcionários de leis que resumissem os argumentos feitos em um memorial e outros pedem a seus funcionários que leiam os resumos e encaminhem as passagens-chave)[...] Lee Epstein concluiu que ‘alguns juízes acham-nos realmente úteis. Outros não. Cada pesquisa mostra que eles têm algum efeito, mas é incrivelmente difícil dizer o que esse impacto é’” (tradução livre de MCLAUHLAN, 2005, op. cit., p. 12)

pelo apoio difuso que a corte obtém ao tomar decisões em consonância com os anseios da opinião pública.

O segundo padrão reconhece a interação estratégica da corte com os demais poderes e agentes institucionais, com vistas a maximizar o seu espaço de conformação das interpretações constitucionais, estabilizadas no tempo.

Enfim, o terceiro padrão decorre da própria natureza da interação entre corte e *amicus curiae*, marcada pela assimetria de informação, em que é preciso adotar mecanismo de sinalização, relativo à credibilidade institucional que o *amicus curiae* detém quanto ao oferecimento de argumentos e informações relevantes para a resolução da controvérsia constitucional.

2.1.2.1. Legitimidade, apoio difuso e opinião pública

Desde que as cortes constitucionais avocaram para si a suposta prerrogativa de dar a última palavra sobre a interpretação da Constituição, a sustentação desse papel tem sido calcada em árdua e delicada conciliação entre atuação contramajoritária, que lhe serve de fundamento, e alinhamento com a opinião pública¹¹⁸, ou, nos termos do constitucionalismo popular, com a “vontade popular”¹¹⁹. Isso porque, como bem metaforizou Alexander Hamilton¹²⁰, o Judiciário, como “o poder menos perigoso”, não é capaz de auferir legitimidade nem da espada (poder de violência) nem da chave do cofre (controle do orçamento). Nesse passo, resta à Suprema Corte, no âmbito de suas competências eminentemente políticas¹²¹, obter, paradoxalmente, apoio da maioria para que possa atuar contra ela, quando for preciso. Assim a suprema corte vive um eterno dilema: decidir ou não de acordo com a opinião pública?

Eis o que os teóricos que estudam a legitimidade das cortes constitucionais observam. David Easton¹²², já em 1965, estudou os mecanismos utilizados pela Suprema Corte dos Estados Unidos para agregar legitimidade à sua atuação, no sentido de acumular uma reserva de apoio, por meio de uma série de atitudes que auxiliam os membros a aceitar ou tolerar

¹¹⁸ Repisa-se que, o termo “opinião pública” é utilizado no estudo no sentido veiculado por Barry Friedman (FRIEDMAN, Barry. *The will of the people: How Public Opinion Has Influenced the Supreme Court and Shaped the Meaning of the Constitution*. Nova Iorque: Farrar, Straus & Giroux, 2009), relacionado consensos sociais difusos acerca de temas relevantes para a sociedade.

¹¹⁹ ACKERMAN, Bruce. *We the people*. Estados Unidos: Harvard University Press, 1991.

¹²⁰ Um dos “*founding fathers*” da constituição americana.

¹²¹ DAHL, Robert A. *Decision-Making in a Democracy: The Supreme Court as a National Policy-Maker*. *Journal of Public Law* 6: 279-95, 1957.

¹²² EASTON, David. *A systems analysis of political life*. Nova Iorque: John Wiley & Son Inc., 1965.

decisões, ainda que, isoladamente, discordem com ela ou que gerem danos às suas pretensões. Ao assim fazer, o autor acaba por distinguir os conceitos de apoio específico e apoio difuso, o que é explicitado por Tyler e Mitchell¹²³, no ponto de que aquele é a deferência concedida a decisões específicas enquanto esse constitui a sustentação política conferida de forma ampla à instituição.

Nesse âmbito, Gibson, Caldeira e Spence¹²⁴ esclarecem que esse conceito de legitimidade não se confundiria com a mera confiança nas instituições, mensurada normalmente pelas pesquisas de opinião pública – nos EUA, chamados de General Social Survey (GSS)¹²⁵ –, porquanto essas seriam fortemente influenciadas pela performance imediata da instituição¹²⁶, enquanto a legitimidade estaria mais alinhada à noção acima apresentada de apoio difuso, combinando-se tanto fatores de curto quanto de longo prazo para compor sua base, de modo a construir algo relacionado a uma lealdade popular à instituição.

Em outros termos, juristas e cientistas políticos norte-americanos reconheceram a necessidade de as cortes constitucionais adquirirem apoio difuso, decidindo de forma majoritária, para expandir sua capacidade de tomar factíveis decisões que desagradem a opinião pública, sem significativos riscos de ser revertida por outras instâncias democráticas ou desmoralizadas pela sociedade, diminuindo seu capital político¹²⁷. Isso decorre do fato de que os membros da suprema corte têm em mente que a prolação de reiteradas decisões que sejam consideradas inaceitáveis pelas majorias, aumenta a chance de uso de mecanismos de reação política¹²⁸.

¹²³ TYLER, Tom R.; MITCHELL, Gregory. Legitimacy and the empowerment of discretionary legal authority: The United States Supreme Court and abortion rights. *Duke Law Journal*. V. 43, n. 1994, p. 703-815.

¹²⁴ GIBSON, J. L.; CALDEIRA, G. A.; SPENCE, L. K. Measuring Attitudes toward the United States Supreme Court. *American Journal of Political Science*, V. 47, 2003, p. 354–367. doi:10.1111/1540-5907.00025.

¹²⁵ CALDEIRA, Gregory A. Neither the purse nor the sword: dynamics of confidence in the U.S. Supreme Court. *American Political Science Review*. V.80. n. 4.,1986, p. 1209-26; MARSHALL, Thomas. *Public opinion and the Supreme Court*. Nova Iorque: Longman, 1989; MONDAK, Jeffery J. SMITHEY, Shannon Ishiyama. The dynamics of public support for the Supreme Court. *Journal of Politics*. V. 59, n. 4., 1997, p. 1114-11142; LIPSET, Seymour Martin; SCHNEIDER, William. *The confidence gap: business, labor, and government in the public mind*. Baltimore: John Hopkins University Press, 1987.

¹²⁶ GROSSKOPF, Anke; MONDAK, Jeffrey J.. Do attitudes toward specific Supreme Court decisions matter? The impact of webster and Texas v. Johnson on Public confidence in the Supreme Court. *Political Research Quarterly*. V. 51, n. 3, 1998, p. 633-654.

¹²⁷ GROSSKOPF, MONDAK, 1998, op. cit., p. 67; HOEKSTRA, Valerie. The Supreme Court and local public opinion. *American Political Science Review*. V. 94, n.1, 2000, p. 89-100.

¹²⁸ Nesse sentido, Paul Collins explica: “*In essence, two explanations exist for why the justices may be influenced by public opinion. First, because the justices genuinely care about having their decisions overridden, altered, or not enforced by their elected counterparts, they may have an incentive not to stray too far from public opinion (e.g., Epstein & Knight 1998; Stimson, MacKuen, & Erickson 1995). To be sure, the justices only share policymaking authority with the other branches of government. Should they stray too far from public opinion on*

Nessa senda, o alinhamento com a opinião pública não só garante condições para que a corte constitucional desempenhe suas funções contramajoritárias, essa estratégia também sobreleva o espaço de poder da corte com relação aos demais poderes, visto que se impõe maior custo político para o não cumprimento de decisões judiciais que agradem a maioria, ou, ainda que não seja o caso, que provenham de instituição com alto grau de apoio difuso. Na situação, nem a espada nem a chave do cofre passam a ser suficientes para reverter a “vontade do povo”, cuja voz a corte propugna veicular. Por isso, receber influxos do que agrada a opinião pública é de grande valia para a corte.

Tanto é que o Ministro Luiz Fux, nas audiências públicas acerca das queimadas em canaviais, externou sua posição de que esse instrumento de abertura procedimental “*permit[e] que o cidadão (...) contribua para que uma solução judicial seja legitimada democraticamente, porque o grande trunfo de uma decisão da Suprema Corte é obter a confiança do povo. Essa é a grande arma do Judiciário: a confiança do povo*”¹²⁹.

Analisando a teoria desenvolvida em torno dessa inter-relação entre poderes, há o estudo de Vanberg¹³⁰, em que se desenvolve um modelo de teoria dos jogos para descrever as relações entre Legislativo e Judiciário, concluindo que, quanto maior o apoio do público à atuação do tribunal, menor será a submissão desse ao Legislativo. Apesar desse processo ocorrer, em certa medida, em todas as instâncias do Judiciário, ele prepondera no âmbito das cortes constitucionais, justamente por tangenciar mais questões políticas¹³¹.

Os autores exploram se os tribunais federais atuam como instituições contramajoritárias ao investigar a influência do humor público na tomada de decisão nos tribunais de recursos dos Estados Unidos de 1961 a 2002. Os resultados indicam que a opinião pública afeta os tribunais

*an issue, it is likely that the legislature may attempt to alter or override their decision or the executive may indifferently enforce the decision. Such a concern could induce the justices to carefully consider public opinion surrounding a case. Second, it has been noted that the justices may be influenced by public opinion to ensure the institutional legitimacy of the Court (e.g., Flemming & Wood 1997; Mishler & Sheehan 1993). With neither the purse nor the sword, the justices must rely on the goodwill of the citizenry to follow its decisions (and the executive to enforce them). Should the justices ignore the views of the public, it is likely that the Court will lose some of its institutional legitimacy and support. In addition, by deciding a case in line with the litigant supported by the largest number of interest groups, the justices may not only be influenced by interest group opinion on an issue, but may in turn use this in an attempt to shape public opinion themselves. In this sense, just as Chief Justice Marshall used news- paper space to respond to his critics (Beveridge 1947), the justices may use interest group opinion on an issue to reassure the public that the Court is responsive to its demands” (COLLINS JR., Paul M. Friends of the Court: Examining the Influence of Amicus Curiae Participation in U.S. Supreme Court Litigation. *Law and Society Review*. V. 38, n. 807, 2004, p. 812-813).*

¹²⁹ Disponível em:

<https://www.youtube.com/watch?v=GtNGR1zhEyc&list=PLippyY19Z47vSUdzoXYw4mNEclKHMKVaa>

¹³⁰ VANBERG, Georg. Legislative-Judicial Relations: A Game-Theoretic Approach to Constitutional Review. *American Journal of Political Science*, vol. 45, no 2, pp. 346-361, 2001.

¹³¹ COLLINS, 2008, op. cit. p. 34.

de apelar a tomada de decisões indiretamente através de substituições judiciais e institucionais restringe o Congresso, mas os autores não conseguem evidenciar que os juízes dos tribunais respondem diretamente às mudanças na opinião pública. Eles concluem que, na ausência de rotação de membros no circuito ou no Congresso, os tribunais de recurso não respondem à vontade do público.

Trata-se, em termos metafóricos, de uma cota de decisões contramajoritárias que somente pode ser elevada pela combinação entre tomada de decisões majoritárias e manutenção de aparência de neutralidade política – o que, por si, também envolve outra contradição, como apontado na subseção 1.4.2.3.. Nesse sentido, o apoio difuso se torna mais importante quando o apoio específico está baixo, razão porque nem sempre será racional por parte dos seus membros decidir contra majorias para resguardar direitos de minorias. Por isso que, de posse das conclusões de Gibson et al.¹³², Rodrigo Brandão¹³³ afirma que “o apoio difuso define o quanto a Suprema Corte pode andar com suas próprias pernas, distanciando-se da opinião pública”¹³⁴.

Nessa conjuntura, os mecanismos de reação dos poderes políticos a decisões judiciais indesejadas e a atuação de grupos de interesse promovem uma razoável sincronização entre jurisprudência e opinião pública, estabelecendo nova forma de *accountability* e de obtenção de legitimidade, tanto é que há muitas decisões que caminham em consonância com a opinião pública, mas contrariamente às instâncias majoritárias. A circunstância de haver forte apoio popular difuso à independência judicial revela que os juízes podem se utilizar desse apoio para adequar o comportamento dos demais poderes a visões populares majoritárias ou para atuar de forma efetivamente contramajoritária.

Autor de expressiva parcela dessas conclusões, Barry Friedman, um dos principais teóricos que analisou a relação da Suprema Corte com a opinião pública, reconhece, em seu livro “*the will of the people*”¹³⁵, uma relação “matrimonial” entre a corte e o povo, que tem o condão de passar por cima da tradicional representatividade das instâncias eleitas, desde que a reversão das decisões dessas instâncias não se afaste demasiadamente da vontade do povo. Defende que o amadurecimento dessa relação permitiu que a corte encontrasse meio alternativo

¹³² GIBSON, CALDEIRA, SPENCE, 2003, op. cit. p. 15.

¹³³ BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia judicial versus diálogos constitucionais*. A quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição? 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2017.

¹³⁴ Ibidem, p. 351.

¹³⁵ FRIEDMAN, Barry. *The will of the people: How Public Opinion Has Influenced the Supreme Court and Shaped the Meaning of the Constitution*. Nova Iorque: Farrar, Straus & Giroux, 2009.

de se mostrar responsiva, tornando-se cada vez mais habilidosa em reverter situações em que essa relação resta estremecida. Conclui, ao final, aduzindo que a “coleira” da corte se mede pelo nível de apoio difuso que ela acumulou até aquele momento.

Nesse contexto é que se insere o *amicus curiae*, porquanto esse instituto constitui-se em um dos veículos mais eficazes para (i) transmissão de dados a respeito de como se posiciona em determinado assunto a opinião pública e para (ii) obtenção de apoio difuso. Contudo, consoante já se derivou do modelo de grupos de interesse e reconhecendo-se que diferentes tipos de *amicus curiae* conferem diferentes acréscimos de apoio da opinião pública, a depender das características do grupo que representa, a corte tende a ser mais atenciosa com aqueles participantes capazes de conferir maior legitimidade à corte.

A maior legitimidade auferida – ou, em termos dos conceitos ora apresentados, o maior apoio difuso – tem relação direta com o nível de representatividade social do grupo que o *amicus curiae* defende. Isso porque o fato de haver representados desse *amicus* em diversos espectros da sociedade permite que o alcance do discurso de sintonia e cuidado com seus direitos seja maior. Consequentemente, há incentivos para que a corte se dedique mais em propagar e enaltecer a participação de grupos com maior alcance social, visto que o retorno, em termos de apoio difuso, é muito maior.

Mas essa representatividade não é medida somente em termos de número de representados – tal como na *accountability* eleitoral –, sobretudo em razão de detalhe que não pode passar despercebido na presente análise: a opinião pública, por vezes, se confunde com a opinião publicada, a qual é manipulada pelos principais meios de comunicação que se dedicam à transmissão de notícias e da imagem da Suprema Corte, os quais selecionam as informações de modo a gerar viés na comunicação que implique maior audiência. A mídia fala o que o povo quer ouvir.

Entre os temas que mais atraem a atenção do público que consome informações acerca da Suprema Corte, destacam-se as controvérsias morais e políticas juridicizadas¹³⁶. Nesse âmbito, o discurso de defesa de minorias e correntes ideológicas aumenta a visibilidade para com a parte da população a quem importa a suprema corte agradar, a qual, por nem sempre constituírem as minorias defendidas, não se importam necessariamente com o efetivo êxito das diferentes correntes ideológicas minoritárias em concorrência na decisão final. Portanto, importa que as posições desses grupos de maior representatividade tenham lugar de destaque

¹³⁶ TOCQUEVILLE, Alexis de. *A democracia na América*. São Paulo: Ed. Universidade de São Paulo, 1977.

na “vitrine democrática” da Suprema Corte, ampliando, ainda, a sensação social de que essa instituição se encontra fortalecida por mecanismos democráticos.

Sobre o tema, há insuficientes análises de como o Supremo Tribunal Federal lida com esses grupos, sobretudo aqueles bem articulados. Pode-se citar o estudo de Patrícia Perrone, que identifica e debate quais são os fatores que efetivamente influenciam os votos dos ministros e como os diferentes grupos utilizam dados da vida real e os argumentos capazes de sensibilizá-los. De forma semelhante às conclusões ora alcançadas, a autora conclui que, em casos de maior visibilidade pública, a Corte comprovadamente toma maior cuidado em citar e explicitar todos os argumentos da maior parte dos participantes, para mostrar-se mais sensível à opinião pública. Já em questões de menor repercussão política e que não atraia atenção de grupos políticos e econômicos influentes, “a Suprema Corte frequentemente voa abaixo do radar”¹³⁷.

Diante do exposto, o arcabouço teórico ora agregado permite observar o padrão de que as cortes constitucionais têm maior tendência a divulgar a participação, pela via do *amicus curiae*, de grupos sociais que possuam maior representatividade, em vistas do mais amplo apoio difuso que ela obtém com essa estratégia. Adota-se, pois, essa assertiva como hipótese do estudo, a ser testada na análise empírica.

2.1.2.2. Interação estratégica entre atores institucionais

Além da atuação estratégica para obter de forma mais eficiente legitimidade e apoio difuso, a corte ainda se insere em arena estratégica quando disputa por espaço de poder e pelo prevailecimento de sua interpretação constitucional com os demais poderes e agentes institucionais, como bem diagnosticou Robert Dahl já em 1957¹³⁸ e mais contemporaneamente Richard Pildes¹³⁹, ao questionarem a função contramajoritária das cortes constitucionais na prática.

Essas cortes também já reconheceram, há tempos, que a intransigente atuação contramajoritária, desagradando recorrentemente as demais instâncias de poder, é fator capaz de reduzir veementemente sua expectativa de existência, razão porque não é racional que seus membros temem decisões sempre de modo isolado, sem considerar e ponderar as posições das demais instâncias de poder. Veja-se o caso da resistência das cortes contra as políticas do New

¹³⁷ MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Nos bastidores do STF*. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

¹³⁸ DAHL, 1957, op. cit., *passim*.

¹³⁹ PILDES, Richard H. Is the Supreme Court a “Majoritarian Institution”? New York University School of Law, Public Law & Legal Theory Research Paper Series. Working Paper n° 11-01, jan. 2011. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1733169>>.

Deal. Tais experiências só provam que a espada e a chave do cofre podem efetivamente ameaçar a suposta competência constitucional das cortes de dizer a última palavra acerca da constituição, ainda que apoiada pela opinião pública¹⁴⁰.

Como já antecipado pelo modelo atitudinal estratégico, o Judiciário precisa considerar a posição dos demais poderes e atores institucionais para que não seja diluída a factibilidade de suas decisões¹⁴¹ e para maximizar a chance de sua visão ideológica ser adotada institucionalmente. Nesse sentido, a teoria do equilíbrio, de William Eskridge¹⁴², reconhece que a separação dos poderes é um jogo que faz com que os poderes tenham que abrir mão, em certa medida, de suas preferências iniciais para que a interpretação final (ou provisória) se aproxime no maior nível possível de sua posição ideológica, diante das possíveis reações e retaliações dos demais atores institucionais. Confira-se, nesse sentido, assertiva de Lee Epstein e Jack Knight¹⁴³:

Os juízes são atores estratégicos que percebem que sua capacidade de atingir seus objetivos depende da consideração das preferências de outros atores, das escolhas que eles esperam que outros façam e do contexto institucional em que atuam¹⁴⁴.

Assim, há uma tendência para o alinhamento e sincronização entre preferências de atores institucionais para estabelecimento de visões coletivistas sobre a relação Estado-indivíduo, em um sofisticado diálogo para a construção de entendimentos constitucionais¹⁴⁵.

Os padrões até o momento apresentados foram constatados por estudos que se enquadram no âmbito das teorias empíricas, que veem a jurisdição constitucional como ela

¹⁴⁰ MENDES, Conrado Hubner. *Direitos fundamentais, separação dos poderes e deliberação democrática*. São Paulo: Saraiva, 2011.

¹⁴¹ Refere-se, inclusive, ao perigo do legislative override (BAKER, Dennis. *Not quite supreme: the Courts and coordinate constitutional construction*. Canada: McGill-Queen's University Press, 2010).

¹⁴² ESKRIDGE JR, William N. Overriding supreme court statutory decisions. *Yale Law Journal*, v. 101, n. 2, p. 331/417, 1991.

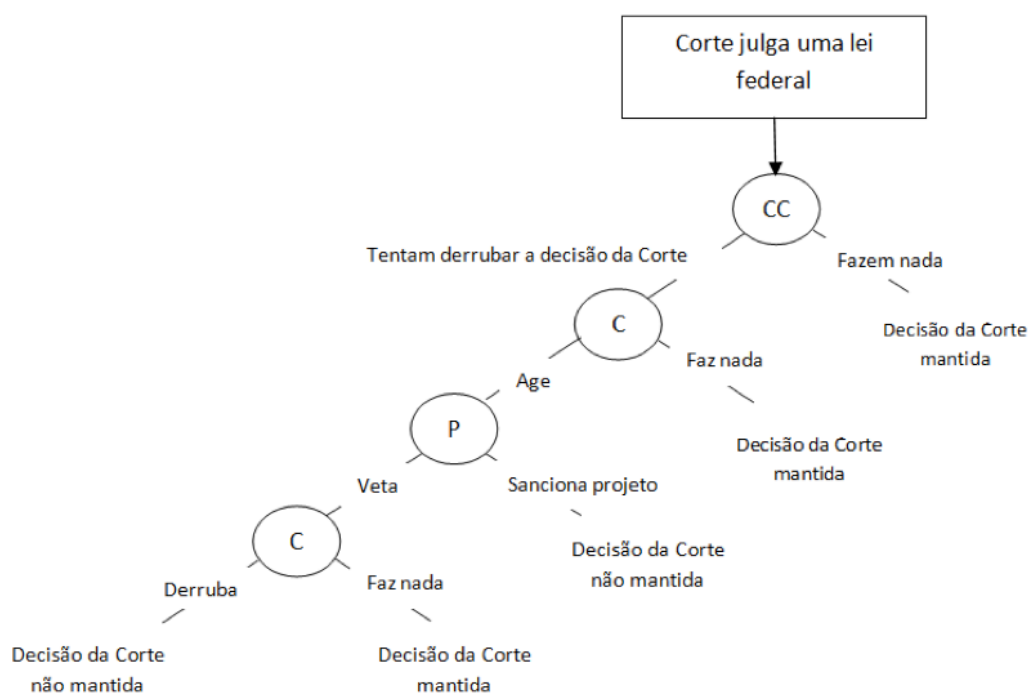
¹⁴³ EPSTEIN, Lee; KNIGHT, Jack. *The choices justices make*. Washington: CQ Press, 1998.

¹⁴⁴ Tradução livre de: “[J]ustices are strategic actors who realize that their ability to achieve their goals depends on a consideration of the preferences of other actors, the choices they expect others to make, and the institutional context in which they act”.

¹⁴⁵ MENDES, op. cit., 2011. GARGARELLA, Roberto. El nuevo constitucionalismo dialógico frente al sistema de los frenos y contrapesos. In: GARGARELLA, Roberto (comp.). *Por una justicia dialógica. El Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno, 2014. p. 2475-2480. Diego Werneck Arguelhes apontou para o aumento do número de ministros dispostos a conversar com o governo antes de tomar decisões, fenômeno que é acompanhado do aumento do exercício seu poder individual, por meio de decisões monocráticas e pedidos de vista (ARGUELHES, Diego Werneck. Supremo: porto seguro para ministros políticos. Jota, 07/02/2017. Disponível em: <http://jota.info/colunas/supra/disfuncao-stf-encoraja-escolha-de-alexandre-de-moraes-07022017#.WJsW5UVrSw4.facebook>. Acesso em 07/02/2017)

efetivamente é – diferentemente das teorias positivas, focadas no *dever ser*. As teorias empíricas são capazes de alcançar diagnósticos mais fidedignos com a realidade acerca dessa interação estratégica, por meio da utilização dos instrumentais disponibilizados pela teoria dos jogos¹⁴⁶ e pela teoria da decisão – combinados com análise empírica –, de modo a permitir a proposição e teste de hipóteses jurídicas. Exemplo disso é o estudo de Epstein e Knight¹⁴⁷, no qual desenvolveram um jogo modelando a interação entre Judiciário e Legislativo em torno do poder de veto do primeiro, como se verifica na figura a seguir:

Figura 1 - Jogo Legislativo e Executivo



Fonte: EPSTEIN, KNIGHT, 1998.

¹⁴⁶ Nesse sentido, é importante esclarecer que teoria dos jogos é o estudo de problemas de decisão que envolvem mais de um agente (GIBBONS, Robert. *Game Theory for applied economists*. New Jersey: Princinton University Press, 1992, p. 1.) – ou, na linguagem da teoria, mais de um jogador. Assim, seus ferramentais entram em cena para analisar a tomada de decisão em situações de interação estratégica, nas quais os participantes reconhecem a mútua interdependência de suas decisões e, por isso, consideram a decisão daqueles com quem interagem para escolher sua melhor estratégia de atuação (FIANI, Ronaldo. *Teoria dos Jogos: para cursos de administração e economia*. 2a ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2006, p. 2) .

Busca-se, desse modo, o alcance da “logica situacional”, substanciada na explicação das ações dos agentes a partir da consideração dos dados do caso e do seu comportamento racional, no sentido de que seria razoável esperar que qualquer indivíduo ou instituição agiria da mesma forma, na mesma situação. Nesse ponto, incide o arcabouço analítico da teoria da decisão.

¹⁴⁷ EPSTEIN e KNIGHT, 1998, op. cit, p. 67; KNIGHT, Jack; SHVETSOVA, Olga. The Role of Constitutional Courts in the Establishment and Maintenance of Democratic Systems of Government. *Law and Society Review*. vol. 35, no 1, pp.117-164, 2001.

Keele e Malmsheimer¹⁴⁸ também analisaram empiricamente a relação entre os três poderes para as “*district courts*” e as “*courts of appeals*”, concluindo que o modelo estratégico previu corretamente mais decisões do que o modelo atitudinal, em que o conflito ideológico de um juiz com as preferências de seus pares, da Suprema Corte, do Congresso e do Presidente encontraram um relacionamento significativo com as decisões dos juízes em graus variados.

É justamente nesse contexto que o *amicus curiae*, para além de outros mecanismos processuais, é veículo pelo qual se transmite a posição desses atores, para que a corte realize os devidos cálculos acerca da melhor decisão a ser tomada, dentro do espectro decisório do caso, sobretudo nas hipóteses de transferência do poder decisório de questões políticas cruciais às cortes¹⁴⁹. Diminui-se, por esse instituto, a assimetria de informações das posições dos demais órgãos institucionais.

Diante dessas percepções, e considerando-se a teoria da barganha, mais disseminada por John Elster¹⁵⁰ no âmbito do direito, os membros da corte tendem a utilizar o *amicus curiae* como meio de conhecimento das posições dos outros atores políticos, desde que esse possua suficiente poder de barganha institucional. Caso contrário, não vale a pena se deixar influenciar por posições exaradas por atores que não possuem considerável factibilidade de ameaçar a realização de suas preferências interpretativas.

Em geral, os *amici curiae* governamentais – entes, poderes, órgãos, entidades e agentes públicos – possuem representativo poder de barganha institucional, sobretudo em se comparando com os *amici curiae* privados. Formula-se, nesse sentido, a hipótese de que os *amici curiae* governamentais tendem a influenciar em maior medida a decisão final da Suprema Corte.

Tal premissa também se encontra em consonância com o histórico do próprio instituto do *amicus curiae* – conforme relatado na seção 1.1. –, o qual revela que desde o início da experiência inglesa, norte-americana e canadense, havia tratamento, inclusive processual, expressivamente diferente para os *amici curiae* governamentais, possuindo esses últimos maior grau de prestígio e consideração com relação aos participantes privados.

¹⁴⁸ KEELE, Denise M.; MALMSHEIMER, Robert W. *A Strategic Model of Judicial Behavior in the Lower Federal Courts*. Apresentação para Midwest Political Science Association, Chicago, Illinois. Session: 42-19, abril, 2008.

¹⁴⁹ HIRSCHL, Ran. *The judicialization of politics*. In: WHITTINGTON, Keith; KELEMEN, R. Daniel; CALDEIRA, Gregory. *The Oxford handbook of law and politics*. New York: Oxford University Press, 2008, p. 124-129.

¹⁵⁰ ELSTER, John. *Arguing and bargaining in the Federal Convention and the Assemblée Constituante*. Working paper n. 4. Universidade de Chicago: Center for the study of constitutionalism in eastern europe. 1991.

2.1.2.3. Assimetria de informação e credibilidade argumentativa e informacional

O aspecto argumentativo e informacional que o *amicus curiae* agrega é, conforme já explicitado, mais valorizado por julgadores que se comportem de forma mais aproximada com o modelo legal convencional. Apesar de não ser possível determinar que a corte adote um ou outro modelo de comportamento judicial, o fato é que em alguma medida os fundamentos desse modelo legal são levados em conta pelos ministros do STF no momento da decisão, o que também representa o nível em que se empenham na concretização da função de ampliação da cognição do juízo prevista para o *amicus curiae*.

De todo modo, existe empecilho prático à consideração de todos os argumentos e informações trazidos à jurisdição constitucional pelos ministros. Em se considerando a situação atual do Supremo Tribunal Federal¹⁵¹, pode-se admitir que a corte atua, em geral, em circunstâncias bem próximas do nível crítico de trabalho descrito na seção 2.1.1.1., ou até além dele. Por consequência, é proveitoso aos seus membros qualquer meio de redução de assimetrias de informação que sinalize, antes da leitura dos memoriais, se o *amicus curiae* trará ou não argumentos novos e relevantes para a resolução da controvérsia. Em outras palavras, como não é faticamente possível, diante da elevada carga de trabalho, que os ministros leiam todas as contribuições trazidas pelos *amici curiae*, é útil qualquer informação que antecipe para eles que valerá a pena a leitura do memorial, diante da relevância dos argumentos e informações apresentados.

Uma forma de sinalização existente é a reputação argumentativa ou técnica do *amicus curiae* que apresenta memoriais, que varia com os diferentes tipos desse participante. Assim, quando se confrontam com um memorial de *amicus curiae* que possui melhor reputação, os julgadores ficam mais propícios a se dedicar à leitura das respectivas contribuições, se comparado com os memoriais dos demais participantes, inclusive porque muitos dos *amici* apresentam suas razões em momento posterior ao pedido de ingresso no feito.

Nesse âmbito, em razão da assimetria de informação e da escassez de mecanismos mais acurados de sinalização, reduz-se a probabilidade de que sejam considerados argumentos e informações de *amici curiae* de tipos que tradicionalmente não possuem boa reputação

¹⁵¹ Dados do Justiça em Números ou Supremo em Números.

argumentativa, o que acaba por desincentivá-los a dispender esforço na produção de bons argumentos e informações, reafirmando as diferenças entre essas espécies de amigos da corte.

2.1.3. Conclusões parciais

A partir das bases oferecidas pelo marco teórico, foi possível observar três principais padrões de tratamento dos *amici curiae* pela Suprema Corte:

(i) mais ampla divulgação e enaltecimento da participação daqueles *amici curiae* que possuam maior representatividade social, o que tende a ser feito pela citação nos votos;

(ii) maior nível de consideração das posições dos *amici curiae* que detenham maior poder de barganha institucional, na relação de diálogos institucionais entre os poderes; e

(iii) maior receptividade para abstrair os argumentos e informações dos participantes que tenham adquirido maior credibilidade nesse aspecto.

Ocorre que a viabilidade da verificação desses padrões na prática da jurisdição constitucional, apesar da tendência da corte para agir de tal forma, depende da aceitação por parte dos *amici curiae* com relação às repercussões desses padrões para seus objetivos com a participação. Se esses agentes restarem insatisfeitos com a forma que a corte se utiliza do instrumento de abertura procedimental, eles tenderão a pressionar por alterações nesse formato, até que seja encontrado novo equilíbrio¹⁵² na relação.

Esse equilíbrio encontra paralelismo com aquele descrito na teoria dos jogos, o qual só pode ser alcançado quando todas as partes que interagem estiverem escolhendo suas melhores respostas para uma dada situação¹⁵³. Assim, também aqui é preciso que esse padrão não somente seja a melhor resposta para a corte constitucional, mas também para os atores que ingressam nas ações como *amicus curiae*, não possuindo, portanto, incentivos para desviar seu comportamento. Com vistas a verificar se isso efetivamente ocorre, investigam-se, na seção seguinte, os incentivos que incidem sobre os *amici curiae* e que motivam sua participação.

2.2. O que incentiva os diferentes tipos de *amicus curiae* na prática?

O presente estudo assenta a hipótese de que há duas motivações principais para a participação de um agente como *amicus curiae*: (i) influenciar a decisão final, ou (ii) agregar legitimização para com a base.

¹⁵² A situação de equilíbrio ora adotada é aquela descrita pela teoria dos jogos, em que ambos os agentes estão agindo da forma que lhe traz mais satisfação – nos termos da teoria, estão jogando sua melhor resposta –, razão pela qual não há incentivos à desvios desse comportamento.

¹⁵³ GIBBONS, 1992, op. cit. p. 1.

O primeiro fator que motiva os *amici curiae* a participarem do processo é a expectativa de que sua atuação terá probabilidade não nula de influenciar a decisão na jurisdição constitucional no sentido da obtenção de interpretação favorável, cuja obrigatoriedade lhe trará benefícios ou evitará prejuízos. No caso, a influência na decisão final pode ser obtida pela mera entrada no processo – beneficiando-se de seu poder de barganha institucional ou outra característica que lhe seja intrínseca – ou pela produção de argumentos e informações consistentes e úteis para a resolução da controvérsia constitucional.

Com a mera entrada no processo, acredita-se que somente a exposição de sua posição já tem condão de influenciar a decisão final, o que foi precisamente sintetizado pelo primeiro estudo brasileiro a analisar numericamente a efetividade do *amicus curiae*¹⁵⁴:

Os autointitulados amigos da corte buscam oferecer suas orientações com os mesmos objetivos e motivação que impulsionam os lobistas no processo legislativo. Nesse sentido, seriam raras as vezes em que os memoriais trazem [sic] insights ou argumentos que já não estavam presentes no processo. Nessas situações peculiares, nada impede que o *amicus curiae* ofereça seus argumentos diretamente para as partes do processo que pretendem apoiar. **O verdadeiro objetivo de um memorial de *amicus curiae* seria influenciar politicamente o julgamento, dando sinais de posições ideológicas a partir de qual lado do processo está sendo apoiado.**

Há, como bem apontado no excerto, grupos de interesse que sequer pedem o ingresso no feito como *amicus curiae*, distribuindo somente memoriais informalmente, de modo a sinalizar de forma mais econômica sua posição aos Ministros¹⁵⁵, tal como ocorria anteriormente à promulgação da Lei n. 9.868/1999, nos termos do relatado na seção 1.2..

Já no caso da influência pela via argumentativa, a disposição de o *amicus curiae* se esforçar na produção de bons argumentos e informações irá depender do nível em que a corte considera e valoriza essa qualidade argumentativa – o quanto se pauta pelo padrão de comportamento do modelo legal convencional –; do custo de produção ou contratação de memoriais com qualidade técnica e jurídica e da credibilidade argumentativa que sabidamente detém.

Por outro lado, o amigo da corte pode obter benefícios pela simples entrada no processo da jurisdição constitucional, em decorrência tanto (i) da exposição do seu posicionamento no caso quanto (ii) da legitimação que obtém ao “mostrar serviço” para sua “base”, ainda que não tenham o interesse precípua de aumentar a probabilidade de julgamento

¹⁵⁴ DAMARES, 2010, op. cit, p. 44.

¹⁵⁵ SONGER, Donald R.; SEEHAN, Reginald S.. Interest Group Success in the Courts: Amicus participation in the Supreme Court. *Political Research Quarterly*. Vol. 46, 1994, p. 351.

favorável da causa. Destarte, os representantes dos grupos sociais auferem benefícios simplesmente ao expor sua posição na “vitrine democrática” e, assim, agradar os seus membros, tal como é feito nas atividades parlamentares¹⁵⁶. Esse comportamento já foi descrito e analisado por autores norte-americanos¹⁵⁷:

Além disso, pode haver outros motivos além da vitória no caso em apreço que propõem os grupos a apresentar memoriais de *amicus curiae*. Por exemplo, o grupo pode esperar convencer seus membros de que eles estão “lutando a boa luta”, mesmo que eles esperem perder, ou, antecipando que o Tribunal apoiará sua política, eles podem estar em condições de obter crédito. O grupo pode estar tentando gerar publicidade sobre um caso que ajudará a mobilizar a opinião pública; o grupo pode esperar ajudar a moldar a política judiciária a longo prazo; ou o grupo pode querer influenciar o conteúdo ou moldar o argumento na opinião, mesmo se ele sabe que terá pouco impacto no resultado geral do caso¹⁵⁸.

Dameres Medina também reconhece esse processo no seguinte trecho:

O memorial de *amicus curiae* seria, portanto, **uma forma relativamente barata de alcançar uma boa exposição na mídia, mostrando o ativismo da entidade perante a sociedade e seus associados em especial**. Isso porque os *amici curiae*, em geral, estão livres de quaisquer ônus da litigância, como custas processuais e sucumbência. Logo, sai muito mais barato entregar um memorial de *amicus curiae* do que empreender todo um processo, especialmente nos casos dos memoriais em conjunto, nos quais os custos da confecção são divididos por diversas entidades.¹⁵⁹

O fato de o Supremo Tribunal Federal ter se tornado arena de ampla visibilidade e importância, sobretudo com as transmissões realizadas pela TV Justiça e pela Rádio Justiça faz com que a exposição de posição de certo grupo social nessa arena seja de grande interesse, em vistas do alcance que esse processo de legitimação para a base alcança¹⁶⁰.

¹⁵⁶ “o memorial de *amicus curiae* seria, portanto, uma forma relativamente barata de alcançar boa exposição na mídia, mostrando o ativismo da entidade perante a sociedade e a seus associados em especial” (DAMARES, 2010, op. cit., p. 40).

¹⁵⁷ HARPER. Fowler; ETHERINGTON, Edwin D. Lobbyists before the Court. *University of Pennsylvania Law Review*, v. 101, n. 8, p. 1172-1176, 1953.

¹⁵⁸ Tradução livre de: “Moreover, there may be reasons other than victory in the case at hand that propel groups to file *amicus* briefs. For example, the group may hope to convince its members that they are “fighting the good fight”, even if they expect to lose, or, anticipating that the Court will support their policy, they can be in a position to take credit. The group may be trying to generate publicity about a case that will help mobilize public opinion; the group may hope to help shape long-term court policy; or the group may want to influence the content or shape the argument in the opinion, even if it knows it will have little impact on the overall outcome of the case”.

¹⁵⁹ DAMARES, 2010, op. cit., p. 40.

¹⁶⁰ “Importante ressaltar que o art. 154 do Regimento prescreve que as audiências públicas devem ser transmitidas pela TV Justiça e pela Rádio Justiça, o que torna possível o conhecimento geral, irrestrito e imediato, por parte de toda a população, dos debates produzidos nas audiências” (Cf. MENDES, RUFINO, 2005, p. 5).

Com o objetivo de confrontar os padrões que a corte tenderá a agir, segundo hipóteses ora estabelecidas, com as motivações dos *amici curiae* acima apresentadas, dividem-se esses participantes com base em três aspectos principais que influenciam os referidos padrões, para a análise dessa interação: (i) a sua representatividade social, (ii) seu poder de barganha institucional e (iii) sua credibilidade argumentativa e informacional.

Dessas características, constituem-se três subespécies de *amicus curiae* para análise:

- I. corporativos;
- II. governamentais; e
- III. representantes da sociedade civil.

As características comuns a cada um desses subgrupos serão descritas a seguir, explicitando-se ainda se a sua motivação predominante para ingresso como *amicus curiae*.

2.2.1. *Amicus curiae* corporativos

Os *amici curiae* corporativos são compostos por grupos que defendem interesses particularistas e de classe. Em geral, constituem-se no formato de sindicatos, confederações, federações, conselhos de classe ou associações, em que são designados representantes para tomar decisões cruciais acerca do rumo de atuação do grupo, inclusive quanto ao ingresso ou não em ações constitucionais no âmbito do STF.

Apesar de seu alto nível de organização e capacidade de canalização de demandas, tais grupos não possuem representatividade ampla e difusa na sociedade, como, por exemplo, no caso de representantes de correntes ideológicas e minorias. Sua representatividade social é clara e restrita à classe a que busca beneficiar, por isso pode-se considerar que esse tipo de *amicus curiae* possui baixa representatividade social.

Sua luta não se prende, em geral, a questões morais e políticas relevantes, mas a consolidar e expandir benefícios e vantagens, direta ou indiretamente econômicos, para seus membros, em caráter excludente com relação aos interesses dos demais grupos, justamente em razão do aspecto econômico dessas demandas. Daí decorre o fato de que o atendimento de seus pleitos implica custo político adicional para o julgador, em vistas de que a sua decisão trará efeitos negativos para outros grupos sociais ou até para a sociedade como um todo.

Por exemplo, a concessão de aumentos ou outras vantagens a carreiras do funcionalismo público implica a diminuição do orçamento disponível para a realização de políticas públicas que atendam ao interesse do resto da sociedade, ao mesmo tempo em que a expansão de direitos para certa categoria de trabalhadores ou de empresas significa maior ônus para os empregadores

e concorrentes, e vice-e-versa. Por todos esses motivos, a divulgação da sua participação nos votos não tem representativo condão de ampliar o apoio difuso da corte.

Esses *amici curiae* também possuem, na maioria das vezes, baixo poder de barganha social, porque, apesar de serem eficientes na obtenção de seus pleitos no Legislativo, por força de sua organização e coesão, não conseguem carrear amplo apoio político e institucional, capaz de fazer a corte entender como factível que sua decisão seja facilmente revertida em outras instâncias democráticas.

Enfim, postula-se que esse tipo de *amicus curiae* possui baixa credibilidade argumentativa e informacional, por duas razões.

A primeira relaciona-se à presunção de atuação interessada que os *amici curiae* privados – sobretudo os corporativos – possuem¹⁶¹. Assim, uma informação viesada pode ser considerada inútil à resolução isenta da controvérsia, sem contar com a tendência, diagnosticada por Paul Collins¹⁶², de repetição de argumentos das partes que defende. Tanto assim o é que as supremas cortes norte-americanas estabeleceram norma procedimental proibindo que os *amici curiae* privados repetissem argumentos e informações já trazidos pelas partes e por outros *amici curiae*.

O segundo aspecto que fundamenta a sua baixa credibilidade argumentativa e informacional decorre da própria motivação preponderante desses grupos para a participação como *amicus curiae*. Os grupos corporativos atuam em geral sob o sistema acima descrito de legitimação para a base, ingressando em arenas políticas para marcar posição, mas principalmente, para que os sindicatos, federações, confederações e associações se legitimem perante seus representados. Por esse motivo, não é indispensável que eles efetivamente influenciem a decisão final da corte com bons argumentos e informações, basta para eles entrar e mostrar que estão atuando em prol dos direitos e benefícios da classe. Não há, portanto, incentivos para o esforço na produção de argumentos e informações relevantes.

Não se nega, contudo, que possa haver situações em que os *amici curiae* corporativos possam atuar com vistas a obter influência na decisão final e, para tanto, aduzam bons argumentos. Somente se desenha aqui uma tendência.

Desse panorama conclui-se que os *amici curiae* corporativos possuem:

- baixa representatividade social
- baixo poder de barganha institucional

¹⁶¹ KRISLOV, 1963, op. cit.. *passim*.

¹⁶² COLLINS, 2012, op. cit.. *passim*.

- baixa credibilidade argumentativa e informacional

Assim, considerando os padrões de comportamento da suprema corte ora traçados, os seus membros tendem a não citar esses *amici curiae* nos respectivos votos e suas posições não têm grandes chances de influenciar a decisão final.

Se não são citados nem considerados, por que pedem para entrar então? Observe-se que o objetivo de legitimação para base não exige nem a citação no voto, nem a efetiva influência, mas somente que o grupo conste entre os que participaram do debate, ou até que realize sustentação oral em rede nacional, graças à TV Justiça. Estando as duas partes satisfeita com a funcionalidade dada ao *amicus curiae* no caso, reconhece-se, pois, o equilíbrio dessa interação, sem tendências a desvios.

2.2.2. *Amicus curiae* governamentais

Os *amici curiae* governamentais são assim considerados os entes, órgãos, entidades ou agentes públicos que ingressam nas ações constitucionais sob essa condição e, conforme se fundamentará a seguir, possuem as seguintes características:

- baixa representatividade social
- alto poder de barganha institucional
- alta credibilidade argumentativa e informacional

A baixa representatividade social decorre do fato de que órgãos e agentes públicos não possuem a função de representar parcelas e grupos da sociedade, mas sim os objetivos do órgão que representam. Exceção disso são órgãos que possuem entre suas funções institucionais a representação judicial em defesa de direitos de grupos específicos, tal como a Defensoria Pública e o Ministério Público¹⁶³. Desse modo, a citação da participação desses agentes não traz, em geral, grande proveito à corte em termos de obtenção de apoio difuso.

Quanto ao poder de barganha institucional, estar-se a tratar de atores políticos com representativo peso político no âmbito das relações republicanas e federativas. A maior parte dos *amici curiae* governamentais são Estados e Municípios, assim como seus órgãos e entidades, que ingressam no feito com vistas a conformar questões federativas cruciais para seus interesses. O STF como corte federativa possui o precípua papel de regular cuidadosamente os imbrólios federativos, sob pena de ver minar essa sua competência,

¹⁶³ No caso, os estaduais, visto que não há interesse de o Ministério Público Federal ingressar como *amicus curiae* se já participa, pelo Procurador-Geral da República nas ações de controle concentrado.

obtendo os entes solução por via diversa, caso não se sintam devidamente considerados em suas posições.

No ponto, a atuação estratégica dos entes públicos é visualizada pelo centro de decisão conjunta estabelecido pelos estados na Câmara Técnica de Procuradores de Estado que funciona junto ao STF, em que seus membros decidem conjuntamente se pedirão ou não a entrada como *amicus curiae*. É comum, inclusive, se defrontar com ações em que vários estados figuram como *amicus curiae*.

Passa-se ao aspecto da credibilidade argumentativa e informacional.

Consoante apresentado na digressão histórica da seção 1.1, conferiu-se tratamento diferenciado entre os *amici curiae* governamentais e privados, em vistas de que as premissas de sua participação seriam distintas. Enquanto os primeiros ofereceriam participação neutra e técnica, destinada a trazer casos, raciocínios jurídicos e precedentes que não eram do conhecimento da corte e a prover informações e esclarecimentos acerca de temas que escapavam do conhecimento dos juízes, para que fosse reduzida a probabilidade de erros e incompletudes na decisão judicial; os segundos atuariam motivados por interesses particularistas e teriam utilidade para a corte desde que oferecessem novos argumentos e informações ou perspectivas diferenciadas da questão constitucional.

Essa posição de neutralidade dos *amici curiae* governamentais, por força do interesse público que institucionalmente defendia e presumivelmente voltada à consecução da devida harmonia e separação entre Poderes gerava, por si, credibilidade institucional desse tipo de amigo da corte, o que não se estendia para os *amici curiae* privados.

Postula-se que essa distinta visão da corte acerca desses dois tipos de *amicus* remanesce até hoje sobre a expectativa que possuem de que cada um desses agentes traga argumentos e informações úteis à corte. Assim, estabelece-se a hipótese de que os *amici curiae* governamentais possuem maior credibilidade argumentativa e informacional com relação aos privados.

Soma-se a isso a percepção de que certos órgãos, entidades ou agentes públicos que ingressam no processo constitucional como *amicus curiae*, o fazem, por vezes, na condição de especialistas técnicos, como, por exemplo, no caso do BACEN, para esclarecer peculiaridades da economia bancária e monetária, ou do CADE, para discorrer sobre direito concorrencial. Além disso, esses atores públicos, em geral, dispõem de profissionais de alta qualidade técnica para atuar juridicamente no âmbito da jurisdição constitucional, obtendo, pois, maior probabilidade de produzir contribuição dotada de consistentes argumentos jurídicos.

Ante a tais ponderações e assertivas, conclui-se que os *amici curiae* governamentais tendem a não ser citados nos votos dos ministros do STF, mas devem influenciar suas decisões finais, em vistas de seu maior poder de barganha institucional e/ou maior credibilidade argumentativa e informacional.

Mesmo não havendo tendência de que sejam citados, esse tipo de *amicus curiae* tem incentivos para entrar, porquanto não precisam desse mecanismo para obter legitimidade. Desejam, de fato, influenciar a decisão final, o que tende a se realizar, consoante previsões do presente estudo, seja pela via argumentativa, seja pela via política.

2.2.3. *Amicus curiae* representantes da sociedade civil

O terceiro tipo de *amicus curiae* é aquele que as teorias tradicionais, tal como a de Peter Häberle, aludem quando anunciam a função pluralizadora dessa figura. Sua participação confere à corte ar democrático, assemelhando-se às instâncias eleitas, em que delicadas controvérsias morais e políticas são discutidas em sua arena.

Trata-se de atores que veiculam pretensões de determinadas correntes ideológicas e de minorias que se encontram difusas na sociedade – representados por partidos políticos, institutos, ONGs, centros acadêmicos, fundações de defesa de direitos humanos, de minorias e outros interesses difusos e coletivos. Por exemplo: uma ONG que defenda o direito das pessoas com deficiência terá apoio de ampla parcela da sociedade, porque essas minorias encontram-se diluidamente distribuídas nas mais diferentes classes sociais e regiões do país. Assim, mostrar que esses atores estão envolvidos no debate constitucional que lhes diz respeito aumenta a sensação de pluralidade do funcionamento da jurisdição constitucional, ampliando-se o estoque de apoio difuso da corte.

De todo modo, a característica difusa dos representados diminui o seu poder de barganha social e, por consequência, institucional. Isso porque tais grupos não possuem capacidade de organização suficiente para mobilizar outras instâncias decisórias para que essas revertam as posições alcançadas pela Suprema Corte, exceto por algumas raras exceções, como é o caso da vaquejada, com a promulgação da Emenda Constitucional nº 96, de 6 de junho de 2017.

Na prática, poucos desses grupos, ao saírem perdedores nas disputas pela interpretação constitucional no âmbito do STF, mobilizam relevantes esforços para reverter essa decisão. A Conferência Nacional dos Bispos do Brasil – CNBB não atuou ostensivamente para reverter legislativamente as decisões da união homoafetiva e do aborto de fetos anencéfalos, mas

somente publicou notas públicas de repúdio e externou sua posição nos principais meios de comunicação¹⁶⁴.

Essa percepção também se relaciona com suas motivações para ingressar como *amicus curiae*. Consoante explicitado anteriormente, há incentivos à entrada justamente para mostrar a posição do grupo na “vitrine democrática”, em arena de amplo alcance social e de forte apelo para aqueles a quem visa representar. Só a citação já realiza esse escopo. Além disso, tais atores têm em mente que, em debates morais de significativa controvérsia social – que Jeremy Waldron¹⁶⁵ denomina de “desacordos morais razoáveis” –, vencer nem sempre é esperado, sendo importante apenas marcar sua posição ideológica.

Não há clareza quanto à sua credibilidade argumentativa e informacional, variando entre internamente nessa espécie. Centros acadêmicos renomados, por exemplo, investem na produção de memorial de elevada qualidade técnica e jurídica, enquanto outros atores apenas expressam seu posicionamento com relação à controvérsia constitucional, sem significativas elucubrações argumentativas. Mas, no caso, não é essa credibilidade que determina a forma que a corte irá tratar esse tipo de *amicus curiae*, mas o seu aspecto pluralístico, da ampla representatividade social.

Em resumo, os *amici curiae* representantes da sociedade civil possuem as seguintes características:

- alta representatividade social
- baixo poder de barganha institucional
- credibilidade argumentativa indefinida

Da descrição se conclui igualmente pelo equilíbrio dessa relação, na qual a corte auferiu benefício em expandir seu apoio difuso enquanto esses *amici curiae* obtêm vantagem da exposição de sua posição na vigiada vitrine democrática da Suprema Corte, não possuindo incentivos para ir de encontro ao padrão de citação e não influência na decisão final.

2.2.4. Conclusões parciais

As últimas seções demonstraram três padrões de tratamento diferenciados e estáveis para cada tipo de *amicus curiae*:

- (i) o *amicus curiae* corporativo não é citado nem influencia na decisão final;

¹⁶⁴ Disponível em: <http://politica.estadao.com.br/noticias/geral,cnbb-critica-decisao-do-stf-sobre-uniao-homoafetiva,717854>; <http://ciencia.estadao.com.br/noticias/geral,cnbb-diz-em-nota-que-nao-reconhece-decisao-do-stf-sobre-uniao-homoafetiva,717831>

¹⁶⁵ WALDRON, Jeremy. The core of the case against judicial review. *The Yale Law Journal*. N. 115, 2005, p. 1346-1406.

- (ii) o *amicus curiae* governamental não é citado, mas influencia na decisão final; e
- (iii) o *amicus curiae* representante da sociedade civil é citado, mas não influencia na decisão final.

Tais padrões serão testados no capítulo 3, por meio de análise econométrica, para verificar a veracidade das premissas adotadas nesse estudo.

Conclui-se também que a figura do *amicus curiae* funciona, mas não como preconizado pela doutrina tradicional, pendendo mais para a funcionalidade propalada pelo discurso da legitimação do que para o de ampliação da cognição do juízo. Assim, descortina-se clara distinção entre teoria e prática, a qual dá azo ao incômodo diuturnamente sentido ao se tratar o instituto, a despeito da sua exígua problematização na academia e na jurisprudência.

Dessas conclusões, observa-se o seguinte aspecto: esse equilíbrio tende a se dar com baixo nível de consideração dos argumentos e informações, com relação ao previsto pelas teorias tradicionais do *amicus curiae*, uma vez que a motivação de ampliar a cognição do juízo se dá somente em segundo plano, consoante incentivos ora descritos, e porque o modelo atual estabelece expressiva assimetria de informação entre ministros e *amicus curiae* com relação à capacidade desse último de produzir bons argumentos e trazer relevantes informações.

Tanto é que mesmo o julgador que se pautar unicamente pelo modelo legal convencional tem dificuldades de identificar se o *amicus curiae* trará bons argumentos, porquanto não há sinalização eficiente quanto a esse ponto, restando ao relator filtrar pela credibilidade do tipo do *amicus curiae*, o que gera perdas informacionais, que repercutem na menor qualidade da decisão.

Acerca dessa assimetria de informação propõe-se solução processual capaz de mitigar as perdas informacionais geradas e, assim, contribuir para o aprimoramento da funcionalidade do *amicus curiae* no sentido da ampliação da cognição do juízo, ainda que se mantenham os demais padrões até então apresentados.

2.3. Proposta para aumentar a eficácia da função de ampliação da cognição do *amicus curiae*

Após a apresentação dos equilíbrios interativos e da percepção de que esses equilíbrios estabelecem situações em que há tendência a baixos níveis de consideração e aproveitamento dos influxos informacionais e argumentativos dos amigos da corte, é preciso investigar os aspectos que estruturam contexto de elevada assimetria de informação e atacá-los, caso o STF defina claramente que deseja se utilizar melhor da função para o amigo da corte de ampliação da cognição do juízo.

Nesse contexto, fator determinante para analisar o quadro de assimetria informacional é o fato de que os atores não são obrigados a juntarem os memoriais que pretendem veicular no momento em que requerem o ingresso como *amicus curiae*. Há situações, inclusive, que esses participantes, após admitida a sua entrada sequer apresentam memoriais, o que não se coaduna com o objetivo de expansão do campo informacional da corte. Nessa conjuntura, o relator da ação tem que tomar a decisão sobre a admissão ou não do agente, sem qualquer sinalização clara quanto à sua capacidade de trazer argumentos e dados úteis à resolução da controvérsia, exceto pela credibilidade argumentativa e informacional do tipo no qual se insere o peticionário. Trata-se, como já explicado, de mecanismo insuficiente de sinalização, que gera ineficiência no sistema de triagem informacional.

Destarte, propõe-se o estabelecimento de novo mecanismo processual de sinalização: determinar que o peticionário antecipe resumidamente os argumentos e informações que pretende apresentar. Desse modo, permite-se que o relator tenha melhores condições de determinar se esse peticionário efetivamente contribuirá para a função de ampliação da cognição do juízo prevista para o amigo da corte.

Além disso, aumenta-se a clareza do sistema por esse meio, incumbindo maior ônus argumentativo ao relator que não admite um peticionário que demonstre por meio desse resumo de teses que trará pontos proveitosos. De fato, consoante dispõe o diploma normativo pertinente, o relator pode admitir o *amicus curiae* tanto pela sua capacidade de contribuir com a corte quanto pela representatividade, agregada à relevância do caso.

Assim, o relator pode admitir a entrada de agente que não pareça agregar significativas informações novas à controvérsia, desde que justifique que sua entrada se deva à sua representatividade ou outro fator relacionado. A presente proposta apenas traz à luz os fundamentos dessa admissão, anteriormente ocultados pela assimetria de informação, possibilitando também que os agentes que intencionem entrar antevejam o “tipo” do relator, de acordo com os modelos de comportamento judicial até então apresentados, decidindo se dispenderão ou não esforços na produção desse memorial resumido.

A prova que essa proposta tem condão de expandir o arcabouço informacional da corte por meio da alteração dos incentivos que incidem sobre os agentes pode ser demonstrada pela apresentação de situações hipotéticas em que os relatores seguem unicamente um dos modelos de comportamento judicial.

Analisa-se, em primeiro lugar, a situação em que o relator seja do tipo legalista. Se o peticionário for do tipo corporativo, cuja credibilidade argumentativa e informacional é baixa, o relator passará de uma situação em que praticamente não admite para uma que admite se esse

peticionário demonstrar que trará bons argumentos e informações. Em sendo do tipo governamental, a implementação da proposta produz uma redução no número desses peticionários, porquanto deixa de admitir somente por sua boa credibilidade, mas pela sua capacidade específica de contribuir no caso, comprovada por meio da antecipação dos argumentos e informações. Já se for representante da sociedade civil, admite-se se trouxer bons argumentos ou por questões de representatividade, desde que bem explicitados os motivos. Na hipótese, expande-se o arcabouço informacional e argumentativo, além de clarificar a função a que o *amicus curiae* servirá.

A segunda situação é a que o relator age de acordo com o modelo de grupos de interesse. Como esse relator admitia a maior parte de todos os tipos de *amicus curiae*, com a alteração procedimental ele tende ou a reduzir em certa medida a quantidade de admitidos sob o filtro da qualidade argumentativa ou passará a justificar a sua admissão por aspectos de representatividade ou relevância. A escolha entre essas duas situações dependerá das suas repercussões na sociedade. Novamente, diminui-se a carga de trabalho por meio da triagem pela via da qualidade argumentativa, permitindo que o esforço de consideração dos argumentos e informações seja mais eficiente e bem direcionado; ou, na pior das hipóteses, clarifica-se a intenção de utilizar o *amicus curiae* como meio de agregação de legitimidade. Dessa forma, reduz-se a quantidade de *amicus curiae* que não trazem bons argumentos e não possuam defensável representatividade.

Enfim, no caso de o relator ser do tipo atitudinal estratégico, a implementação da proposta deve aumentar a quantidade de *amicus curiae* corporativos e representantes da sociedade civil que tragam bons argumentos e diminuir os governamentais que não o fazem, promovendo, em certo nível, uma equalização de tratamento tendo-se como base a capacidade argumentativa e informacional.

Por outro lado, vislumbrando que o relator terá melhores condições de admitir a entrada do peticionário com base na qualidade argumentativa que imprimir especificamente no caso, isso dará incentivos para que ele se empenhe em maior medida na produção de bons argumentos e informações.

Ressalva-se aqui o fato de que os agentes não se despem de suas intenções originais para perquirir o objetivo de ampliar a cognição do júízo simplesmente a partir de alteração processual que diminua a assimetria de informação. Sempre é possível que os agentes se utilizem das brechas processuais, da abertura da linguagem e da subjetividade dos parâmetros

para fazer valer suas intenções¹⁶⁶, estabelecendo-se uma trincheira procedimentalista, no sentido de que os mecanismos processuais também constituem meios de tratamento desigual dos jurisdicionados. Mas, ainda assim, é possível alterar em certo nível a conduta dos membros da corte e dos *amici curiae*, com relação ao *status quo*, de modo a incrementar informações e argumentos à jurisdição constitucional para aumentar a sua qualidade deliberativa.

Essa proposta também possui o benefício de possibilitar melhor mensuração da qualidade argumentativa e informacional dos memoriais de *amicus curiae* e da medida em que esses subsídios são incorporados nos votos dos membros do STF. Essa mensuração atualmente encontra representativos empecilhos, visto que há não desprezível quantidade de *amicus curiae* que nem chegam a apresentar contribuições escritas. Em se determinando que a petição de ingresso fosse acompanhada de explicação resumida dos argumentos e informações que se pretenderia desenvolver, seria possível o uso de sistemas de software de análise de linguagem¹⁶⁷ para verificar empiricamente o nível de efetividade do *amicus curiae* como veículo de ampliação da cognição da jurisdição constitucional.

Outra sugestão no sentido de conferir maior clareza à figura do *amicus curiae*, seria a exigência de explicitação de qual parte o peticionário deseja apoiar, o seu interesse na demanda, e quem eventualmente patrocina a sua intervenção, tal como exigido nas cortes norte-americanas, trazendo à luz possíveis interesses escusos dos participantes.

Passa-se, no capítulo seguinte, à verificação empírica dos padrões de funcionamento do *amicus curiae* encontrados na análise estratégica, utilizando-se modelagens econométricas já estabelecidas e consolidadas pela literatura que realiza esse tipo de investigação. No primeiro caso, o número de *amicus curiae* de cada lado influenciará a decisão final, sendo essa a hipótese testada no estudo.

¹⁶⁶ Juliano Zaiden explica esse processo no STF no seguinte trecho: “*Especially from the 2000s onwards, the Supreme Court has increasingly adopted more active behavior towards matters of substantial social and political impact. Doctrines of self-restraint have been tempered by more flexible interpretative methodologies, such the principle of proportionality, and far-reaching concepts, such as the idea of human dignity as a super principle or, more recently, the “unconstitutional state of affairs.”* (ZAIDEN, Juliano Benvindo. Brazil’s Increasingly Politicized Supreme Court. ICONnect, 20/02/2017. Disponível em: <http://www.iconnectblog.com/2017/02/brazils-increasingly-politicized-supreme-court/>. Acesso em 20/02/2017).

¹⁶⁷ Como o Nvivo, por exemplo.

3. ANÁLISE EMPÍRICA DO *AMICUS CURIAE*

Somente o empenho na realização de análises empíricas é capaz de desvelar a efetividade prática dos postulados elaborados no plano teórico e dos discursos jurídicos veiculados com base nesses pressupostos. Não é diferente o caso do *amicus curiae*: a observação da sua conformação cotidiana por parte dos membros do Supremo Tribunal Federal pode alcançar conclusões consistentes, se embasadas em análises empíricas dotadas de rigor estatístico e adequabilidade com a realidade.

Além da maior precisão, os métodos de análise empírica têm a capacidade de retirar o viés dos especialistas com relação aos casos paradigmáticos, de modo a prever com maior precisão as relações entre variáveis e os resultados daquilo que se objetiva testar. Exemplo disso é que existe nos Estados Unidos modelo de previsão das decisões da Suprema Corte, denominado *The Supreme Court Forecasting Project*, o qual possui capacidade preditiva maior do que análises de especialistas¹⁶⁸.

Há de se reconhecer, contudo, que as análises empíricas envolvem uma série de limitações, as quais tendem a ser reduzidas com a evolução e o aprimoramento dos modelos. Sobretudo no Direito, em que o tratamento das questões jurídicas não é de fácil apreensão por modelos quantitativos, é preciso reconhecer que as conclusões e resultados devem ser interpretados com reservas, apresentando-se todas as restrições da análise. Não parece plausível, porém, que os acadêmicos do direito se privem dessa análise, simplesmente em razão dessas limitações, até porque o debate teórico da academia jurídica já parece exaurido e cada vez mais divorciado da realidade¹⁶⁹.

Diante dessas premissas, o presente trabalho visa justamente a evoluir no estado das artes da análise empírica do *amicus curiae*, seja na literatura nacional, seja na internacional, obtendo resultados e diagnósticos que auxiliem na melhor conformação possível desse instituto na jurisdição constitucional, ou ainda em todo ordenamento jurídico, em vistas da expansão procedida pelo novo Código de Processo Civil.

¹⁶⁸ Uma das análises utiliza modelo estatístico, sem fundamentação teórica, baseado em informações de ações julgadas no tribunal de 1994 até 2002. Comparando-se os resultados desse modelo com as previsões feitas por experts, professores de direito e advogados, observou-se que o modelo previu acuradamente 75% das decisões, enquanto os especialistas acertaram menos de 60% das vezes (RUGER, T. et al. *The Supreme Court Forecasting Project: Legal and Political Science Approaches to Predicting Supreme Court Decisionmaking*. *Columbia Law Review*, v. 104, 2004, p. 1150-210).

¹⁶⁹ AYRES, I. *Super Crunchers: Why Thinking by Numbers is the New Way to Be Smart*. New York: Bantam Dell, 2007.

Para tanto, apresenta-se o estado das artes da literatura internacional e nacional sobre análise empírica do *amicus curiae*. Em seguida, especifica-se a metodologia e os procedimentos econométricos adotados e, ao final, explicitam-se os resultados e suas possíveis conclusões, diante do contexto do presente estudo.

3.1. Revisão de literatura

3.1.1. Literatura internacional

A literatura internacional está em estágio de desenvolvimento das análises empíricas do *amicus curiae* significativamente mais avançado do que os estudos pátrios acerca do tema. Sobretudo nos Estados Unidos, há uma infinidade de análises quantitativas e qualitativas da participação do amigo da corte, realizadas por juristas, cientistas políticos e economistas.

Apesar de a constatação empírica da parcialidade da atuação do *amicus curiae* ter se dado já em 1963, com Samuel Krislov¹⁷⁰, a análise da influência dessa figura nas decisões finais das cortes constitucionais iniciou-se, nessa época, de forma mais incipiente e pontual, por meio de estudos realizados para casos ou assuntos particulares, em geral, de maior repercussão pública, como em questões raciais¹⁷¹, de direitos de gênero¹⁷² e outras ações afirmativas¹⁷³. A escassez de estudos quantitativos se devia ao fato de os dados necessários à análise dessa influência não estarem sistematizados e disponíveis para análise, carecendo de trabalhosa coleta de informações dos memoriais de *amicus curiae*, o que foi feito posteriormente.

O primeiro estudo empírico realizado nos Estados Unidos foi o de Steven Puro, em 1971¹⁷⁴, que visava a comparar o papel do *amicus curiae* no decorrer do tempo (de 1920 a 1966) e entre diferentes “tipos” de peticionários. Em sua análise, o autor calculou a taxa de sucesso desse participante, encontrando que os *amici curiae* apoiaram as partes vencedoras em 55% das observações, na média, encontrando resultados crescentes para o período. Registrou o status da instituição que ingressou por meio dessa figura processual e se suas contribuições possuíam caráter “liberal” ou “conservador”. Nesse aspecto, encontrou que os “liberais” possuíam maior

¹⁷⁰ KRISLOV, 1963, op. cit., p. 694.

¹⁷¹ VOSE, Clement E.. *Caucasians only: the supreme court, the NAACP and the restrictive covenant cases*. V. 163. N. 76, pp. 193-99, 1959.

¹⁷² O'CONNOR, Karen. *Women's organizations' use of the courts*. Lanham: Lexington Books, 1980; GEORGE, Tracey E.; EPSTEIN, Lee, *Women's Rights Litigation the 1980s: More of the Same? Judicature*. V. 74. N. 314, 1991.

¹⁷³ O'NEIL, Timothyj. *Bakke & the politics of equality: friends and foes in the classroom of litigation*. Pp.165-67, 1985.

¹⁷⁴ PURO, Steven. *The Role of Amicus Curiae in the United States Supreme Court: 1920-1966*. Dissertação de Mestrado da Universidade de Nova Iorque, 1971.

êxito na veiculação de suas demandas, e que grupos “desprestigiados” tinham maior tendência a ingressar como *amicus curiae* do que grupos empresariais ou outras organizações conservadoras. Contudo, uma crítica aposta foi a de que o maior êxito desses grupos poderia decorrer de estratégia processual, ao requerer a entrada como *amicus curiae* de modo a apoiar lados que presumivelmente ganhariam, para obter credibilidade e legitimidade para a sua base.

A próxima tentativa de mensuração da eficácia do amigo da corte foi a de Donald Songer e Reginald Sheehan¹⁷⁵, em que analisaram pares de casos similares, com partes dotadas de semelhantes características institucionais, em que em um dos casos havia um ou mais *amicus curiae* enquanto no outro não havia nenhum. Analisando 132 pares com essas características, de 1967 a 1987, não encontraram resultado que permitisse concluir que os *amici curiae* alteraram a chance de sucesso nos casos. Contrariamente a esse resultado, Kevin McGuire¹⁷⁶ encontrou influência positiva do *amicus curiae* nas decisões finais, utilizando o modelo de regressão multivariada.

Outros estudos passaram a perquirir a influência de *amici curiae* específicos, como o *Solicitor General*. Jeffrey Segal¹⁷⁷ identificou que esse ator apoiava cerca de 75% das partes que venceram o caso entre 1952 e 1982, independentemente de que parte o indicou para o cargo, com maior influência ainda em casos de discriminação sexual. No mesmo sentido, Rebecca Mae Salokar¹⁷⁸ identificou a taxa de sucesso de 72% entre 1959 e 1986. O mesmo sucesso não foi encontrado para os *state attorney generals* (procuradores de estado)¹⁷⁹. Enfim, Gregg Ivers e Karen O'Connor¹⁸⁰ constataram que os *American Civil Liberties Union* (ACLU) possuem influência na decisão final somente quando a corte está pré-disposta ideologicamente a alcançar o resultado.

O primeiro estudo a mensurar o nível de citação dos argumentos e contribuições dos *amici curiae* nos votos dos membros da Suprema Corte foi o de Karen O'Connor e Lee

¹⁷⁵ SONGER, SHEEHAN, 1994, op. cit., p. 334.

¹⁷⁶ MCGUIRE, Kevin T.. Explaining Executive Success in the U.S. Supreme Court. *Political Research Quarterly*. V. 4. N. 51. Pp. 505-522, 1998.

¹⁷⁷ SEGAL, Jeffrey A.. Amicus Curiae Briefs by the Solicitor General During the Warren and Burger Courts: A Research Note. *Political Research Quarterly*. V. 41. N. 135, 1988.

¹⁷⁸ SALOKAR, Rebecca Mae. The solicitor general: the politics of law. *Solicitor General: the politics of law. American Political Science Review*. pp. 145-50, 1992.

¹⁷⁹ MORRIS, Thomas R.. States Before the U.S. Supreme Court: State Attorneys General as Amicus Curiae. *Judicature*. V. 71. pp. 298-305, 1987.

¹⁸⁰ IVERS, Gregg. O'CONNOR, Karen. Friends as Foes: The Amicus Curiae Participation and Effectiveness of the American Civil Liberties Union and Americans for Effective Law Enforcement in Criminal Cases. *Law & Policy*. V. 9. N. 161. 1987, 1969-1982.

Epstein¹⁸¹, no qual encontraram um percentual de 18% do total de decisões em que houve participação dessa figura processual, entre 1969 a 1981.

Joseph D. Kearney e Thomas W. Merrill¹⁸², no seu artigo “*The Influence of Amicus Curiae Briefs on the Supreme Court*”, analisaram de forma mais aprofundada a influência do *amicus curiae* na decisão final da Suprema Corte norte-americana, de modo a testar qual dos modelos de comportamento judicial (legal convencional, atitudinal e dos grupos de interesse) prepondera nesse tratamento. Para tanto recolheram informações de decisões de mérito da Suprema Corte de 1946 a 1995, relativas ao resultado final, número de *amicus curiae* favoráveis ao peticionário, número de *amicus curiae* favoráveis à parte contrária (defendente) e agregou para análise isolada os amici curiae em quatro grupos: (i) *Solicitor General*, (ii) *American Civil Liberties Union (ACLU)*, (iii) *American Federation of Labor-Congress of Industrial Organizations ("AFL-CIO")* e (iv) estados da federação.

Sobre os dados aplicaram-se técnicas estatísticas convencionais para testar as hipóteses dos diferentes modelos de comportamento judicial sobre a influência do *amicus curiae*. Entre os resultados, os autores encontraram que:

- (i) houve um expressivo aumento no número de peticionários no decorrer do tempo, de quase 800%;
- (ii) os *amici curiae* que apoiam a parte contrária possuem maior êxito em influenciar a decisão final do que os que apoiam o peticionário;
- (iii) a diferença de um ou dois *amicus* de um lado contra nenhum do outro aumenta a chance de sucesso enquanto com maiores diferenças isso não ocorre;
- (iv) a citação do *amicus curiae* aumenta a sua chance de sucesso na decisão final;
- (v) memoriais elaborados por advogados mais experientes tendem a proporcionar maior sucesso para o *amicus curiae* do que o produzido por advogados menos experientes;
- (vi) em consonância com resultados de estudos anteriores, o *Solicitor General* tem alta taxa de sucesso quando atua como *amicus curiae*;
- (vii) os *amici curiae* enquadrados como *American Civil Liberties Union (ACLU)*, *American Federation of Labor-Congress of Industrial Organizations ("AFL-*

¹⁸¹ O’CONNOR, Karen; EPSTEIN, Lee. Court Rules and Wokload: A Case Study of Rules Governing Amicus Curiae Participation. *Justice Systems Journal*. N. 8. V. 35, 1983.

¹⁸² KEARNEY, J.; MERRILL, T. The Influence of Amicus Curiae Briefs on the Supreme Court. *University of Pennsylvania Law Review*, v. 148, p. 743-855, 2000.

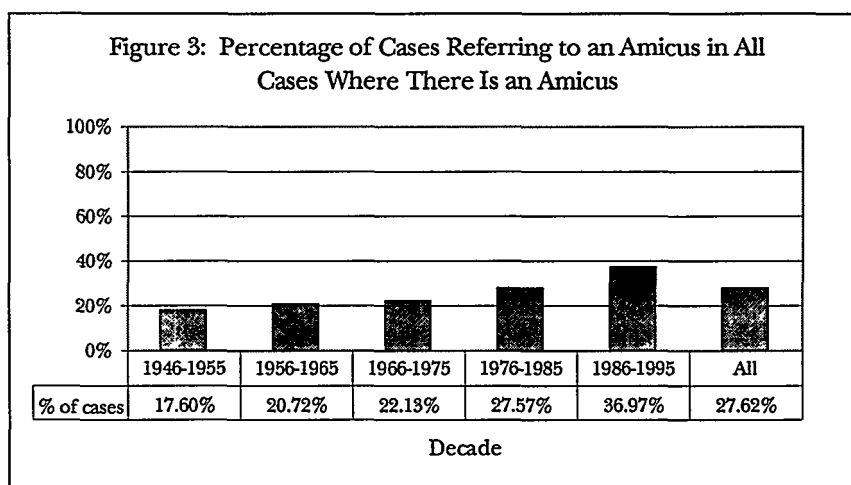
CIO") e estados da federação disfrutaram da mesma taxa de sucesso, no seu objetivo de influenciar a decisão final.

De posse desses resultados, os teóricos interpretaram que as evidências empíricas conferem maior suporte para as premissas do modelo legal, com relação ao atitudinal e ao dos grupos de interesse, uma vez que os amigos da corte apresentaram significantes taxas de sucesso em diferentes contextos, sem que o maior número de peticionários a mais de um lado com relação ao outro fosse determinante para a decisão final.

Conclui ainda que litigantes institucionais e advogados experientes obtêm maior taxa de sucesso porque possuem uma melhor noção de quais informações são úteis às cortes, o que se coaduna com a função de ampliação da cognição do juízo do *amicus curiae*, sobretudo no contexto do modelo legal.

Interessante reproduzir os resultados da evolução do nível de citação das contribuições dos *amici curiae* no tempo, obtendo-se a média de 27,62% entre 1946 e 1995:

Figura 2: nível de citação das contribuições dos *amici curiae* no tempo



Data Underlying Figure 3	1946-1955	1956-1965	1966-1975	1976-1985	1986-1995	All
Number of Cases Referring to an Amicus	44	81	158	290	363	936
Total Number of Cases with an Amicus	250	391	714	1052	982	3389

Fonte: Kearney, Merrill, 2000.

Entre os “tipos” de *amicus curiae* selecionados, o *Solicitor General* foi o mais citado, recebendo 40% do total das citações acima analisadas, com níveis crescentes no decorrer do tempo. Esse resultado, reforça o poder desse ator institucional na determinação das opiniões dos membros da Suprema Corte.

Expandindo as bases da pesquisa empírica acerca da figura do *amicus curiae*, Paul Collins¹⁸³ investigou duas razões teóricas para o evidente sucesso desses atores em influenciar as decisões da Suprema Corte. A primeira é de que esse instituto seria capaz de sinalizar quem seriam os possíveis afetados pela decisão¹⁸⁴ enquanto a segunda postula que a influência decorre do estoque adicional de informações, sociais, políticas e legais trazidas por esses participantes.

O autor procedeu a uma análise multivariada, cuja adequabilidade para analisar a eficácia de grupos de interesse na corte já havia sido reconhecida pela doutrina¹⁸⁵, em que são controlados outros fatores que podem influenciar a decisão final, segundo a literatura, usando o modelo logit. A variável dependente é o resultado da ação, enquanto as independentes são: número de memoriais favoráveis ao peticionário (*petitioner amicus briefs*), número de memoriais desfavoráveis ao peticionário (*respondente amicus briefs*), número de *amicus curiae* favoráveis (*petitioner amicus participants*) e desfavoráveis (*defendent amicus participants*). Para controlar o reconhecido efeito do Solicitor General, adiciona-se as variáveis: *SG Amicus Supporting Petitioner* e *SG Amicus Supporting Respondent*, se esse ator apoiar ou não o peticionário.

Controla-se também o efeito da alteração de composição ideológica da corte no período de investigação, com a variável *ideological congruence*, que combina o índice ideológico criado por Segal e Cover e o viés liberal ou conservador das cortes de origem (visto que o controle de constitucionalidade realizado nos Estados Unidos é difuso, assemelhando-se ao Recurso Extraordinário julgado pelo STF). O terceiro controle estabelecido diz respeito aos recursos institucionais das partes¹⁸⁶, ranqueando da seguinte forma: hipossuficientes = 1, minorias = 2, indivíduos = 3, grupos de interesse = 4, pequenas empresas = 5, grandes empresas

¹⁸³ COLLINS, Paul M. Friends of the Court: Examining the Influence of Amicus Curiae Participation in U.S. Supreme Court Litigation. *Law & Society Review*. N. 38, 2004, p. 807.

¹⁸⁴ ENNIS, Bruce L. Effective amicus briefs. *Catholic University Law Review*. Pp. 603-609, 1984; PURO, 1971, op. cit., *passim*; RUSTAD, Michel; KOENIG, Thomas. The supreme court and social Science: selective distortion in amicus briefs. *North Carolina Law Review*. V. 72. Pp. 91-162, 1993; SPRIGGS, James; WAHLBECK, Paul J. Amicus curiae and the role of information at the Supreme Court. *Political Research Quarterly*. V. 50, p. 365-386, 1997.

¹⁸⁵ EPSTEIN, Lee; ROWLAND C. K.. Debunking the Myth of Interest Group Invincibility in the Courts. *American Political Science Rev.* v. 85. Pp. 205-17, 1991; SONGER, SHEEHAN, 1993, op. cit., *passim*. Uma das razões do uso desse modelo é que ele permite isolar os efeitos da participação do *amicus curiae*, controlando por outras variáveis que reconhecidamente influenciam a decisão final.

¹⁸⁶ GALANTER, Marc. Why the 'Haves' Come Out Ahead: Speculations on the Limits of Legal Change. *Law & Society Rev.* V. 9. Pp. 95-160, 1974; SHEEHAN, Reginald S., MISHLER, William; SONGER, Donald R.. Ideology, Status and the Differential Success of Direct Parties Before the Supreme Court, *American Political Science Review*. V. 86, pp. 464-71, 1992.

= 6, corporações = 7, governos locais= 8, governos estaduais = 9, governo federal= 10. Assim, quanto maior o índice nesse ranking, maior a probabilidade de ter decisão favorável. O quarto controle incide para distinguir se o caso chegou à Suprema Corte pelo *writ of certiorari* ou por alguma outra regra legal (*certiorari*), identificando ainda se houve conflito na definição nas cortes inferiores se seria caso de *certiorari (lower court conflict)*.

Em primeiro lugar, os resultados alcançados levaram à conclusão de que, diferentemente da crítica apontada no trabalho de Puro de possível viés em razão da estratégia processual dos *amici*, os grupos de interesse não entram para apoiar aquelas partes que têm maior chance de vencer, mas dão suporte àquelas que efetivamente têm interesses em comum.

A regressão logística realizada foi capaz de prever com acuracidade quase 70% dos resultados, indicando que o número de memoriais de *amicus curiae* apresentados aumenta a probabilidade de sucesso da parte que apoia, o que não ocorre com a variável número de grupos de interesse que ingressam por esse meio. Conclui, a partir daí, que a influência se dá pela via dos memoriais, como uma sinalização do montante de recursos dispendidos combinada com o número de *amici curiae* que participam.

Observa-se significância na variável que mede ideologia. Outro output da regressão é o de que o *Solicitor General* é fator com grande poder de determinar a decisão final da Corte, aumentando em quase 15% a chance de ser julgado procedente caso assim se posicione e diminuindo em 23,6% essa chance, se for desfavorável ao peticionário¹⁸⁷.

Com relação ao papel informacional do *amicus curiae*, Spriggs e Wahlbeck¹⁸⁸ analisaram todos os memoriais apresentados no ano de 1992, encontrando que *os amici curiae* nem sempre apresentam elementos novos à controvérsia, utilizando-se recorrentemente da estratégia de reiterar os argumentos das partes que apoiam, e que os membros da Suprema Corte não são propensos a usar informações e argumentos novos trazidos pelos *amici curiae*, mesmo controlando pela variedade de explicações alternativas. Daí se conclui que os *amici* não possuem verdadeira influência argumentativa sobre a decisão final da corte.

¹⁸⁷ O maior efeito no caso de se posicionar contrariamente é explicado com o argumento de Kearney e Merrill: “*os respondents são mais propensos que os peticionários a serem representados por advogados inexperientes na Suprema Corte e, portanto, são mais propensos a se beneficiar de apoiar amici, que pode fornecer ao Tribunal argumentos e fatos legais adicionais negligenciado pelos advogados do entrevistado*” (KEARNEY, MERRILL, 2000, p. 750).

¹⁸⁸ SPRIGGS, WAHLBECK, 2009, op. cit. p. 369.

No mesmo sentido, Paul Collins *et al.*¹⁸⁹, pelo uso de *softwares* antiplágio, constataram que a repetição de argumentos das partes pelos *amici curiae* aumenta a chance desse argumento ser citado no voto, apontando-se, assim, a eficácia da estratégia de reforçar argumentos. Além disso, a incorporação da linguagem dos memoriais depende da qualidade dos argumentos aventados, da sua posição ideológica e do status institucional do *amicus curiae* (mensurado pela variável elite *amicus*).

Do breve apanhado da literatura internacional relacionada à análise empírica da influência e funcionalidade do *amicus curiae* na Suprema Corte norte-americana, observa-se que há relevante número de estudos que constataam influência significativa dessa figura na decisão final da corte, sendo que essa influência se mostrou diferenciada entre diferentes tipos de *amicus curiae*, o que caminha no sentido dos padrões encontrados na análise estratégica. A proeminência do *Solicitor General* na determinação dos resultados das decisões da Suprema Corte foi fato estilizado que se mostrou significativo e relevante em quase todos os estudos, merecendo também reflexão acerca desse ponto na jurisdição brasileira. Apesar de não haver convergência de todas as análises nesse sentido, os estudos mais recentes parecem caminhar para a conclusão de que o amigo da corte tem servido menos como instrumento não só de ampliação da cognição do juízo, mas também da sinalização das posições dos diferentes grupos sociais, consoante preconizado pela descrição teórica da seção 2.1.2.1..

Resta conferir, se esses processos se repetem ou se transmutam na jurisdição constitucional brasileira, no sentido dos padrões traçados na análise estratégica, aproveitando-se do arsenal estatístico e econométrico utilizado pelas pesquisas ora apresentadas. Verifica-se, a seguir, se os estudos nacionais também podem contribuir para esse escopo.

3.1.2. Literatura nacional

No Brasil, a maior parte dos estudos sobre *amicus curiae* têm se detido à análise teórica do instituto, sem maiores investigações da sua efetividade prática, por meio de análise empírica, seja porque juristas, em geral, não dominam métodos estatísticos e econométricos adequados para a realização das análises, seja porque o tema não despertou suficientemente o interesse de acadêmicos de outras áreas do conhecimento – ou do próprio direito – que dominam ferramentas de análise empírica.

Apesar de incipiente, alguns trabalhos pretéritos já se debruçaram sobre esse desafio. O primeiro e mais aprofundado deles foi o desenvolvido na dissertação de mestrado de Dameres

¹⁸⁹ COLLINS JR, Paul M.; CORLEY, Pamela C.; HAMNER, Jesse. The Influence of Amicus Curiae Briefs on U.S. Supreme Court Opinion Content. *Law & Society Review*, V. 49, N.4, 2015.

Medina¹⁹⁰, no qual se buscou analisar a influência do *amicus curiae* no processo decisório do STF. Em sua análise, a autora compilou e sistematizou informações acerca dos processos com participação de *amicus curiae* de competência da Suprema Corte. Na análise exploratória, constatou alto índice de admissão de *amicus curiae* (85%) e tendência de ampliação do número de *amicus curiae* no decorrer dos anos. No âmbito do controle concentrado, ao comparar o resultado das ações com e sem *amicus curiae*, concluiu que a presença dessa figura aumenta a chance de conhecimento da ação. Enfim, dividindo os *amici curiae* entre favoráveis e desfavoráveis ao peticionário e comparando os resultados com os processos que não tem *amicus*, o estudo concluiu pela robusta relação entre o ingresso de *amicus curiae* e o aumento das chances de êxito do lado por ele apoiado.

Diante de tais constatações, a pesquisa pode ser considerada paradigmática, no sentido de indicar e esclarecer a parcialidade da participação do *amicus* no âmbito acadêmico nacional, explicitando a tendência de influência dessa figura. Restou, contudo, por realizar análise empírica com métodos econométricos que possibilitassem a verificação de significância estatística da correlação entre a participação do *amicus curiae* e o resultado final das ações.

Avançando nesse ponto, Pedro Fernando Nery¹⁹¹, objetivando estimar um modelo econométrico preditivo (*probit*) para as decisões do Supremo Tribunal Federal em ações diretas de inconstitucionalidade (ADIs), identificou como variável estatisticamente significativa a existência ou não de *amicus curiae*, em uma base de 679 ações diretas de inconstitucionalidade julgadas em definitivo pelo Supremo entre junho de 2002 e dezembro de 2010. Observou-se que a presença de ao menos um *amicus curiae* se manifestando pela improcedência da ação ou de vários *amici curiae* com todos se manifestando pela improcedência está associado a uma redução de 27,7% na probabilidade da corte julgá-la procedente. Em outras palavras, *amici curiae* que ponderam pela improcedência da ação possuem influência estatisticamente relevante sobre a decisão do STF¹⁹². Esse resultado caminha no mesmo sentido daquele constatado por Kearney e Merrill, para o caso da Suprema Corte norte-americana.

¹⁹⁰ Cf. MEDINA, 2008.

¹⁹¹ FERREIRA, Pedro Fernando de Almeida Nery. *Modelos econométricos podem prever decisões judiciais? Um probit para julgamentos do STF em ADIs*. Apresentação no VI Congresso da Associação Brasileira de Direito e Economia, 2013.

¹⁹² No ponto, vale destacar a seguinte ressalva do autor: “os resultados não implicam que o STF ceda aos apelos dos *amici curiae*: a possibilidade de uma lei constitucional ser “injustamente” derrubada pode mobilizar a ação de grupos específicos, mas a motivação por essa defesa da norma pode ser a mesma que leva o STF a julgar o pedido improcedente”.

Por outro lado, quando todos os *amici curiae* presentes são pela procedência da ação, a probabilidade de ela ser julgada procedente não é afetada significativamente. Além disso, constatou-se significância estatística e efeito positivo sobre a possibilidade de a ação ser julgada procedente nas hipóteses de (i) o parecer pela procedência do Procurador-Geral da República, (ii) deferimento de medida cautelar e (iii) o fato de a norma ter origem estadual¹⁹³. Observe-se, novamente, a constatação da importância da posição do Procurador-Geral da República – agente análogo ao Solicitor General, na jurisdição nacional – na determinação da decisão final da Suprema Corte.

Mais recentemente, Miguel Godoy¹⁹⁴ realizou pesquisa qualitativa, por meio da análise de 11 ações¹⁹⁵ em que havia a participação de *amicus curiae*, no âmbito das ações julgadas definitivamente pelo STF em que foram realizadas audiências públicas, analisando individualmente cada voto. Da análise, o autor concluiu que o *amicus curiae* possui influência na decisão da Suprema Corte, porquanto em parte significativa das ações as razões dos ministros seriam semelhantes às dos *amici*. Destarte, na amostra analisada, a influência se daria pela via argumentativa, apesar de as audiências públicas se mostrarem mais efetivas nesse escopo. Crítica, porém, (i) a falta de mecanismos dialógicos, para que os ministros, juntamente com os *amici curiae*, se engajem no debate, e (ii) a insuficiente fundamentação para a admissão ou não desses participantes¹⁹⁶.

¹⁹³ Confira-se a tabela de resultados da regressão logística:

Variável	Coefficiente	p-valor
PGR	0,673	0,000
Cautelar Deferida	0,260	0,001
Estadual	0,272	0,000
Amicus Curiae*Amicus Curiae Improcedente	-0,277	0,002
Constante	-0,373	0,000

¹⁹⁴ GODOY, Miguel Gaulano. As audiências públicas e o *amicus curiae* influenciam as decisões dos ministros do Supremo Tribunal Federal? E por que isso deve(ria) importar? *Revista da Faculdade de Direito – UFPR*, Curitiba, vol. 60, n. 3, set./dez. 2015, p. 137-159. GODOY, Miguel Gualano. *Devolver da Constituição ao povo: críticas à supremacia judicial e diálogos institucionais*. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

¹⁹⁵ Lei de Biossegurança (ADI 3.510), Importação de Pneus Usados (ADPF 101), Interrupção da Gestação de Feto Anencefálico (ADPF 54), Saúde/Concessão de Medicamentos (STA 36, STA 175, STA 211, STA 278, SS 2.361, SS 2.944, SS 3.345, SS 3.355, SL 47 e SL 64) e Cotas (ADPF 189 e REEx 597.285).

¹⁹⁶ Cf. GODOY, 2017, p. 235.

O que restringe esse resultado, apesar do seu rigor metodológico, é a pequena base amostral, de 11 ações em um universo atual de 132, havendo ainda viés para maior consideração dos argumentos por parte dos ministros, em razão de constituírem ações de grande visibilidade pública. O viés também pode decorrer do método de seleção – processos de controle concentrado com realização de audiência pública –, porquanto os ministros tendem a convocar audiências públicas em casos de controvérsias morais relevantes, que possuem ampla repercussão social, o que, por si, implicaria maior cuidado dos ministros na consideração dos argumentos, inclusive como elemento agregador de legitimação, tal como pontuado no decorrer do desenvolvimento teórico e no estudo de Patrícia Perrone¹⁹⁷.

Apesar de não se voltar à análise especificamente do *amicus curiae*, artigo recente publicado por Thiago Sombra¹⁹⁸, debruça-se sobre investigação da influência no processo de deliberação do STF de figura processual que visa igualmente a pluralizar a jurisdição constitucional: a audiência pública. Das dezoito audiências públicas realizadas até o momento da pesquisa, o autor selecionou duas para serem submetidas a análise de dados qualitativos, com o uso do método *Set-fuzzy*¹⁹⁹ para diagnóstico de causalidades assimétricas paralelas, utilizando-se o software Nvivo.

Ao assim proceder, alcançou-se o resultado de que “*a representação ocorre em graus institucionais variados a depender do tema analisado, porém ainda abaixo do esperado*”, porquanto foi “*pouco significativo o poder dos cidadãos de serem ouvidos e de ter seus interesses igualmente considerados*”²⁰⁰, sendo que “*os votos evidenciaram um elevado apelo retórico, com um diminuto compromisso com a complexidade das informações apresentadas na audiência pública*”²⁰¹ e “*práticas judiciais despidas de racionalidade argumentativa e organicidade funcional*”²⁰². No ponto, apesar do pequeno espaço amostral, a profundidade da análise qualitativa permite supor tendência de atuação da corte no sentido de abrir a jurisdição, permitindo ampla participação, mas sem representativa influência dessa participação na decisão final da corte, assim como preconiza o presente estudo para o caso dos *amici curiae*

¹⁹⁷ MELLO, Patrícia Perrone Campos. Nos bastidores do STF. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

¹⁹⁸ SOMBRA, Thiago Luís Santos. *Supremo Tribunal Federal representativo? O impacto das audiências públicas na deliberação*. Revista Direito GV. V. 13 N. 1. Jan-abr, 2017. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rdgv/v13n1/1808-2432-rdgv-13-01-0236.pdf>

¹⁹⁹ RAGIN, Charles. C. *Fuzzy-set social science*. Chicago: University of Chicago Press, 2000.

²⁰⁰ Ibidem, p. 263.

²⁰¹ Ibidem, p. 258.

²⁰² Ibidem, p. 260.

representantes da sociedade civil, os quais são os mais comumente convidados para participar de audiências públicas.

Estudo recente, realizado em coautoria com Paulo Gustavo Gonet Branco²⁰³, deteve-se à análise do nível de consideração expressa dos argumentos dos *amici curiae* nas decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, em processos de controle concentrado, entre 1990 e 2015. Na oportunidade, identificou-se em primeiro lugar expressivo crescimento dessa participação nesse intervalo de tempo, demonstrando-se quantitativamente, por meio de análise exploratória, o entusiasmo com a figura do *amicus curiae*. A segunda e principal constatação foi a de que apenas 30% dos votos da amostra citam expressamente as contribuições dos amigos da Corte, confirmando a hipótese de que a efetividade da incorporação expressa de argumentos e informações nas decisões dos ministros é menor do que aquela que se espera do instituto, segundo as teorias tradicionais. De todo modo, esse patamar se coaduna com aquele verificado para a Suprema Corte norte-americana no estudo de Kearney e Merrill (27,62% na média do período), indicando que, na prática da jurisdição constitucional, não é comum que os *amici curiae* não sejam citados na maior parte das decisões de ações em que participaram.

Do apanhado da literatura nacional, evidencia-se a convergência entre os estudos no sentido de que existe certo nível de influência do *amicus curiae* nas decisões finais do Supremo Tribunal Federal, ainda que essa se dê em patamares inferiores aos desejados pela doutrina que fundamenta a existência do instituto, ou mesmo de modo insatisfatório com relação ao que essa prevê. De todo modo, até o presente momento, não há pesquisa empírica nacional, com uso de métodos jurimétricos, que analise se o Supremo Tribunal Federal confere tratamento distinto entre diferentes tipos de *amicus curiae*, quanto à consideração dos seus argumentos e ao nível que os ministros são influenciados por suas posições. Eis o refinamento que este estudo propõe, testando ainda os padrões interativos despontados da análise estratégica, os quais, até o presente momento, não haviam sido aventados.

3.2. Metodologia

Consoante delineado na seção 1, a imprecisão quanto à forma que o *amicus curiae* deve ser tratado pela corte segundo limites legais e jurisprudenciais, abre aos seus membros ampla margem de interação com esses participantes, podendo variar, ainda, de acordo com peculiaridades e características específicas de cada *amicus curiae*. Assim, a presente análise empírica visa a investigar se o STF, na prática do controle concentrado de constitucionalidade,

²⁰³ FERREIRA, Débora Costa. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Amicus curiae em números. Nem amigo da corte, nem amigo da parte?* *Revista de Direito Brasileira*, v. 16. n. 7. Jan./Abr. 2017, p. 169 - 185.

efetivamente confere tratamento distinto para diferentes tipos de *amicus curiae*, com relação ao nível em que citam seus argumentos nos votos e na medida em que são influenciados por suas posições, consoante padrões iterativos obtidos da análise estratégica.

Nessa análise, estabeleceu-se o pressuposto de que a corte utiliza a figura do *amicus curiae* estrategicamente, quando cita com maior frequência os participantes que proporcionem maior incremento de legitimidade perante a opinião pública, mas considera efetivamente as posições dos atores que possuem maior poder de barganha institucional ou maior credibilidade na provisão de informações e argumentos jurídicos úteis, gerando os seguintes padrões:

- (i) o *amicus curiae* corporativo não é citado, nem influencia na decisão final;
- (ii) o *amicus curiae* governamental não é citado, mas influencia na decisão final; e
- (iii) o *amicus curiae* representante da sociedade civil é citado, mas não influencia na decisão final.

Com o objetivo de testar se esses padrões, de fato, se verificam no controle concentrado de constitucionalidade realizado pelo STF, foram coletadas informações acerca de todas as ações nesse âmbito em que houve o ingresso de ao menos um *amicus curiae* e que já havia, de 01/01/1990 até 20/07/2017, sido proferida decisão²⁰⁴ e disponibilizada no sítio eletrônico do STF²⁰⁵²⁰⁶.

Delimitou-se a análise ao controle concentrado de constitucionalidade em razão de (i) a análise até o momento desenvolvida focar-se na participação do *amicus curiae* nesse âmbito, (ii) de essa figura processual ter sido inicialmente estabelecida no ordenamento jurídico para

²⁰⁴ Ressalta-se que o banco de dados produzido inclui apenas ações em que já houve ao menos decisão cautelar, porquanto somente nessas é possível a obtenção de informações acerca da citação ou não nos votos dos argumentos e posições dos *amici curiae* e da decisão final da corte. Desse modo, deixa-se de analisar, tal como foi feito por Medina, os processos em que não houve decisão de mérito, em que a ação não foi admitida por qualquer circunstância. Esclarece-se, no ponto, que ações em que havia decisão de mérito e cautelar, consideraram-se duas observações diferentes, uma vez que constituem análises divisíveis, com relação à citação e à influência na decisão final.

²⁰⁵ Desse universo, tiveram que ser excluídas das do banco de dados 27 ações, em razão de o site do STF, à época última atualização dos dados antes da análise econométrica (20/07/2017), não ter disponibilizado os acórdãos²⁰⁵. Outra limitação do estudo é a indisponibilidade de peças como votos, memoriais de *amici curiae* e manifestação do PGR em algumas das ações, as quais foram excluídas da análise, exceto se a falta do memorial ainda assim permitisse, por outro modo, descobrir se era favorável ou desfavorável ao peticionário.

²⁰⁶ A primeira etapa do processo de coleta de dados se deu de forma automatizada, por meio do uso de SQL²⁰⁶. Em primeiro lugar, foram baixados todos os andamentos e características processuais dos processos de ações objetivas com decisão (nos quais consta documento na aba “jurisprudência”), para identificar todas as ações, exceto aquelas em que se decidiam questão de ordem, em que havia no cabeçalho do andamento processual a identificação de ao menos um “amicus curiae” ou “intdo” (alguns dos amici são classificados no site do STF como intdo, por imprecisão terminológica). Em razão dessa imprecisão quanto à natureza do interessado (“intdo”), foi realizada uma triagem manual de quais dos interessados seriam efetivamente *amicus curiae*, analisando se havia petição de ingresso de AC e/ou despacho admitindo no feito. Em seguida, foram baixadas todas as peças dos processos, dentre as quais somente foram analisadas (i) petições e memoriais de *amicus curiae*, (ii) manifestações do Procurador Geral da República e (iii) acórdãos (decisões cautelares ou de mérito).

processos objetivos e (iii) do maior número de ações com *amicus curiae* de natureza abstrata com relação às de controle concreto, segundo dados obtidos em estudo anterior²⁰⁷:

Tabela 1 – Número de processos com *amicus curiae* por classe

Controle Abstrato	
ADI	398
ADPF	48
ADC	7
ADO	6
Controle Concreto	
RE	146
ARE	20
PSV	7
Rcl	5
MS	2
AI	1

Fonte: FERREIRA, BRANCO, 2017, p. 175.

Os *amici curiae* identificados foram classificados entre os três subgrupos acima descritos, acrescentando também o subgrupo servidores públicos²⁰⁸, para os quais foram assentadas as seguintes características:

- (i) coorporativos: baixa representatividade social, baixo poder de barganha institucional e baixa credibilidade argumentativa e informacional;
- (ii) servidores públicos: baixa representatividade social²⁰⁹, alto poder de barganha institucional²¹⁰ e indefinida credibilidade na provisão de informações e argumentos jurídicos úteis²¹¹

²⁰⁷ Cf. FERREIRA, BRANCO, 2017, p. 175.

²⁰⁸ Na tabulação dos dados, classificaram-se os todos os *amici curiae* da amostra de acordo com um desses tipos e identificou-se se esse era favorável ou desfavorável ao pedido do peticionário. Foram considerados *amicus curiae* cooperativos confederações, sindicatos e associações de classe ou de determinado setor econômico, profissional, exceto servidores públicos. Os *amici curiae* servidores públicos são as associações, sindicatos e demais grupos de servidores públicos que se agregam juridicamente para pleitear questões do interesse da categoria ou questões institucionais que possam, ainda que indiretamente lhe prejudicar. Em agentes e órgãos públicos foram incluídas todas as pessoas jurídicas de direito público, seja ente público – tal como Estados e Municípios –, seja órgãos ou entidades integrantes desses entes. Enfim, foram considerados *amicus curiae* representante da sociedade civil todas aquelas aglomerações sociais que representam grupo de indivíduos com certas características relativamente homogêneas, ainda que difusas. Aí foram incluídos os partidos políticos, por, em tese, representar correntes ideológicas da sociedade.

²⁰⁹ Os servidores públicos representam parcela muito restrita da sociedade.

²¹⁰ O alto poder de barganha também derivaria da natureza pública de suas carreiras.

²¹¹ Não foi identificada homogeneidade quanto a esse parâmetro.

- (iii) governamentais: baixa representatividade social, alto poder de barganha institucional e alta credibilidade argumentativa e informacional; e
- (iv) representantes da sociedade civil: alta representatividade social, baixo poder de barganha institucional e indefinida credibilidade argumentativa e informacional.

O acréscimo do novo subgrupo servidores públicos se deve ao fato de ter se identificado na coleta de dados do estudo anterior²¹² considerável número de ações que tratavam sobre questões do funcionalismo público, nas quais a participação de *amici curiae* era realizada, em sua maioria, por esse tipo de atores. Pretendeu-se, assim, verificar se haveria algum padrão diferenciado de resultados para esse grupo de participantes. Ressalta-se, ainda, que há pequenas distinções institucionais entre grupos corporativos privados e servidores públicos, que motivaram a sua segregação, para testar isoladamente a interação desse grupo com a corte.

Diante das características descritas acima para cada subgrupo e dos pressupostos teóricos estabelecidos no capítulo 2, formulam-se as seguintes hipóteses:

Hipótese 1: o *amicus curiae* do tipo representante da sociedade civil tem maior chance de ser citado nos votos dos ministros do STF.

Hipótese 2: o *amicus curiae* do tipo governamental e do tipo servidor público tem maior chance de influenciar a decisão final do STF.

Um segundo objetivo do estudo é testar estatisticamente se o maior nível de citação dos argumentos e posições dos *amici curiae* nos votos repercute em maior nível de influência na decisão final. No ponto, constrói-se a terceira hipótese:

Hipótese 3: a citação das contribuições desse participante no voto aumenta a sua chance de influenciar a decisão final.

Se obedecer à análise estratégica do capítulo 2, essa hipótese será falseada.

Para tanto, foram realizadas duas análises econométricas a partir de banco de dados em que se obteve informações acerca das ações de controle concentrado em que há participação de ao menos um *amicus curiae* e que já houve alguma decisão, seja de mérito, seja cautelar:

- (i) a primeira consiste em testar quais tipos de *amicus curiae* aumentam a chance de os ministros citarem seus argumentos e posições nos votos; e
- (ii) a segunda análise destina-se tanto a verificar quais dos tipos de *amicus curiae* acima apresentados têm maior chance de influenciar a decisão final quanto testar a terceira hipótese acima apresentada.

²¹² Cf. FERREIRA, BRANCO, 2017.

Apesar de a coleta de dados, a escolha das variáveis e da intuição dos modelos ter sido realizada pela autora, as análises jurimétricas foram procedidas por empresa de consultoria estatística²¹³, com o objetivo de que os métodos estatísticos aplicados contribuíssem para o aprimoramento dos resultados encontrados.

Assim, explicitada a demanda de análise e informando que a literatura sobre o tema aponta os métodos de regressão logística, tal como o logit ou probit²¹⁴, como os mais adequados para analisar a eficácia de grupos de interesse na corte²¹⁵, a consultoria adotou esse modelo regressivo, realizando ainda diversos métodos e testes estatísticos destinados a escolher o modelo mais adequado²¹⁶ e a verificar a multicolineariedade²¹⁷ e consistência estatística²¹⁸ das variáveis.

Assim, explicitada a demanda de análise e informando que a literatura sobre o tema aponta os métodos de regressão logística, tal como o logit ou probit²¹⁹, como os mais adequados para analisar a eficácia de grupos de interesse na corte²²⁰, a consultoria estatística adotou esse modelo regressivo, realizando ainda diversos métodos e testes estatísticos destinados a escolher

²¹³ ESTAT Consultoria Estatística (<http://www.estatconsultoria.org>).

²¹⁴ Tais modelos só possuem diferenças significativas quando existe grande número de observações extremas (nas caudas da distribuição normal).

²¹⁵ Epstein & Rowland 1991; Songer & Sheehan 1993. Uma das razões do uso desse modelo é que ele permite isolar os efeitos da participação do *amicus curiae*, controlando por outras variáveis que reconhecidamente influenciam a decisão final.

²¹⁶ Em primeiro lugar, utilizaram-se os métodos de seleção de variáveis *foward*, *backward* e *stepwise*, selecionando os modelos que convergiram e que não apresentaram apenas o intercepto. Em seguida, para decidir o modelo mais adequado entre os selecionados, observaram-se os critérios AIC, SC e da log verossimilhança, o teste de Hosmer e Lemeshow, a curva ROC de cada um dos modelos, e as medidas DFbeta e Leverage, conforme descrito nos itens 5.2 e 5.3 do anexo 1.

²¹⁷ Em ambas as análises foram procedidos os testes de Kruskal-Wallis, Qui-Quadrado e Fisher, para verificar indícios de multicolineariedade entre as variáveis explicativas dos modelos dois a dois. Nas duas situações, apesar de haver associações com p-valor inferior a 0,05, não se considerou a existência de multicolineariedade, em razão do pequeno número de amostras, consoante explicitado na seção 5.1 do anexo 1.

²¹⁸ A consistência estatística é uma forma de medida baseada na correlação entre diferentes itens no mesmo teste (ou entre as mesmas subescalas em um teste mais longo). Ela mede se os diversos itens que se propõe a medir o mesmo construto geral produzem resultados semelhantes.

²¹⁹ Tais modelos só possuem diferenças significativas quando existe grande número de observações extremas (nas caudas da distribuição normal).

²²⁰ Epstein & Rowland 1991; Songer & Sheehan 1993. Uma das razões do uso desse modelo é que ele permite isolar os efeitos da participação do *amicus curiae*, controlando por outras variáveis que reconhecidamente influenciam a decisão final.

o modelo mais adequado²²¹ e a verificar a multicolineariedade²²² e consistência estatística das variáveis. Em termos práticos, a regressão logística permite que se preveja em quanto varia a chance de um dado resultado ocorrer por uma razão específica²²³: no caso, busca-se prever em quanto se altera a chance de haver citação no voto ou de a ação ser julgada procedente ou improcedente (variável dependente) em função da participação de *amicus curiae* de diferentes tipos (variável independente).

Na primeira análise, a variável dependente²²⁴ é aquela que informa se o *amicus curiae* foi citado ou não no voto (variável “cita no voto”) enquanto as variáveis independentes²²⁵ são: número de *amicus curiae* favoráveis corporativos, número de *amicus curiae* desfavoráveis corporativos, número de *amicus curiae* favoráveis servidores públicos, número de *amicus curiae* desfavoráveis servidores públicos, número de *amicus curiae* favoráveis governamentais, número de *amicus curiae* desfavoráveis favoráveis governamentais, número de *amicus curiae* favoráveis representantes da sociedade civil e número de *amicus curiae* desfavoráveis representantes da sociedade civil.

Com base na literatura apresentada, foram incluídas as seguintes variáveis de controle²²⁶: tipo de requerente, relator, posição do Procurador-Geral da República, tempo de tramitação, mérito/cautelar, composição da corte. Explicitam-se as razões para inclusão de cada uma das variáveis.

Os diferentes tipos de requerente, classificados com base no rol do artigo 103 da Constituição Federal, trazem discussões distintas à corte, podendo, algum deles trazer casos mais voltados a questões morais relevantes, as quais, consoante descrito na análise estratégica,

²²¹ Em primeiro lugar, utilizaram-se os métodos de seleção de variáveis *forward*, *backward* e *stepwise*, selecionando os modelos que convergiram e que não apresentaram apenas o intercepto. Em seguida, para decidir o modelo mais adequado entre os selecionados, observaram-se os critérios AIC, SC e da log verossimilhança, o teste de Hosmer e Lemeshow, a curva ROC de cada um dos modelos, e as medidas DFbeta e Leverage, conforme descrito nos itens 5.2 e 5.3 do anexo 1.

²²² Em ambas as análises foram procedidos os testes de Kruskal-Wallis, Qui-Quadrado e Fisher, para verificar indícios de multicolineariedade entre as variáveis explicativas dos modelos dois a dois. Nas duas situações, apesar de haver associações com p-valor inferior a 0,05, não se considerou a existência de multicolineariedade, em razão do pequeno número de amostras, consoante explicitado na seção 5.1 do anexo 1.

²²³ Em termos técnicos, A regressão logística é uma técnica estatística que tem como objetivo produzir, a partir de um conjunto de observações, um modelo que permita a predição de valores tomados por uma variável categórica, frequentemente binária, a partir de uma série de variáveis explicativas contínuas e/ou binárias.

²²⁴ Uma variável dependente representa uma grandeza cujo valor depende de como a variável independente é manipulada.

²²⁵ É aquela que é fator determinante para que ocorra um determinado resultado; é a condição ou causa para um determinado efeito ou consequência; é o estímulo que condiciona uma resposta.

²²⁶ É aquele fator ou propriedade que poderia afetar a variável dependente, mas que é neutralizado ou anulado, através de sua manipulação deliberada, para não interferir na relação entre a variável independente e a dependente.

podem fazer com que a corte tenha mais cuidado na citação de todos os participantes, diante da maior visibilidade pública desse processo.

O relator, o qual, em geral, profere o voto vencedor da corte pode ter diferentes convicções pessoais acerca da funcionalidade do *amicus curiae* e da oportunidade de citá-lo, o que também pode influenciar essa variável. Sob a mesma lógica, a composição da corte pode determinar, agora no agregado, essas convicções dos ministros, levando-os a citar mais ou menos os *amici curiae*.

O tempo de tramitação pode influenciar a citação no voto, visto que existe a possibilidade que em processos decididos muito rapidamente não haja tempo suficiente para ler e considerar todas as contribuições dos *amici curiae*. No mesmo sentido, decisões de mérito tendem a citar mais elementos trazidos por esses participantes do que as decisões cautelares, em razão da natureza perfunctória dessas últimas.

Assim, tem-se o modelo completo da primeira análise:

$$\text{Cita no voto} = \beta_0 + \beta_1 \text{n}^\circ \text{ AC favoráveis corporativos} + \beta_3 \text{n}^\circ \text{ AC desfavoráveis corporativos} + \beta_4 \text{n}^\circ \text{ AC favoráveis servidores públicos} + \beta_5 \text{n}^\circ \text{ AC desfavoráveis servidores públicos} + \beta_6 \text{n}^\circ \text{ AC favoráveis governamentais} + \beta_7 \text{n}^\circ \text{ AC desfavoráveis favoráveis governamentais} + \beta_8 \text{n}^\circ \text{ AC favoráveis representantes da sociedade civil} + \beta_9 \text{n}^\circ \text{ AC desfavoráveis representantes da sociedade civil} + \beta_{10} \text{tipo de requerente} + \beta_{11} \text{relator} + \beta_{12} \text{posição PGR} + \beta_{13} \text{tempo de tramitação} + \beta_{14} \text{mérito/cautelar} + \beta_{15} \text{composição da corte}^{227} + \varepsilon^{228}$$

Já na segunda análise, o resultado da ação constitui a variável dependente enquanto as mesmas variáveis do modelo anterior, além da “cita no voto”, constituem as variáveis independentes. Adotam-se os mesmos controles, mas sob outros fundamentos: os diferentes tipos de requerentes podem possuir distintos recursos institucionais para litigar no STF, como postulou Collins; o relator pode ser decisivo para determinar o resultado de uma ação do STF, inclinando-se a corte no sentido das suas preferências; a posição do Procurador-Geral da República, conforme análises anteriores, tende a ter grande poder de determinar o resultado final; esse resultado também pode variar com o fato de a decisão ser de mérito ou cautelar e com a composição da corte.

Eis o modelo completo para a segunda análise:

²²⁷ Em negrito, as variáveis de controle.

²²⁸ Trata-se do erro aleatório do modelo.

$$\text{Resultado} = \beta_0 + \beta_1 \text{n}^\circ \text{ AC favoráveis corporativos} + \beta_3 \text{n}^\circ \text{ AC desfavoráveis corporativos} + \beta_4 \text{n}^\circ \text{ AC favoráveis servidores públicos} + \beta_5 \text{n}^\circ \text{ AC desfavoráveis servidores públicos} + \beta_6 \text{n}^\circ \text{ AC favoráveis governamentais} + \beta_7 \text{n}^\circ \text{ AC desfavoráveis favoráveis governamentais} + \beta_8 \text{n}^\circ \text{ AC favoráveis representantes da sociedade civil} + \beta_9 \text{n}^\circ \text{ AC desfavoráveis representantes da sociedade civil} + \beta_{10} \text{ cita no voto} + \beta_{11} \text{ tipo de requerente} + \beta_{12} \text{ relator} + \beta_{13} \text{ posição PGR} + \beta_{14} \text{ tempo de tramitação} + \beta_{15} \text{ mérito/cautelar} + \beta_{16} \text{ composição da corte}^{229} + \varepsilon^{230}$$

3.3. Resultados

Aplicaram-se os métodos de seleção variáveis *foward*, *backward* e *stepwise*, com vistas a identificar quais as variáveis acima apresentadas são influentes para cada um dos dois modelos. Ao assim fazer, verifica-se quanto cada variável independente efetivamente explica a variável dependente²³¹, selecionando-se modelos em que as variáveis são mais influentes.

3.3.1. Análise da citação das contribuições dos *amici curiae*

Nesse processo, foram ajustados três modelos:

Modelo 1: cita no voto = $\beta_0 + \beta_{10}$ tipo de requerente

Modelo 2: cita no voto = $\beta_0 + \beta_9$ n° AC desfavoráveis representantes da sociedade civil + β_{10} tipo de requerente

Modelo 3: cita no voto = $\beta_0 + \beta_9$ n° AC desfavoráveis representantes da sociedade

Aplicando-se os testes X, verificou-se que o modelo mais adequado, do ponto de vista estatístico é o modelo 2.

$$\text{Cita no voto} = \beta_0 + \beta_9 \text{ n}^\circ \text{ AC desfavoráveis representantes da sociedade civil} + \beta_{10} \text{ tipo de requerente} + \varepsilon$$

Desse modo, foi realizada análise das estimativas dos coeficientes e dos parâmetros, bem como a análise da razão de chances:

Tabela 2 - Estimativa dos parâmetros da análise 1

Parâmetro	Estimativa	Erro Padrão	Estatística de Wald	P-valor
Intercepto	-1,4627	1,1051	1,7519	0,1856
Tipo de Requerente 4	14,86	407,2	0,0013	0,9709

²²⁹ Em negrito, as variáveis de controle.

²³⁰ Trata-se do erro aleatório do modelo.

²³¹ Mesmo com a confiança dos dados estatísticos, existe limitação com relação ao tamanho da base de dados, uma que o pequeno número de observações de um dado fenômeno pode gerar resultados destoantes, o que foi contrabalanceado pela redução do número de variáveis.

Tipo de Requerente 5	3,0288	1,2396	5,9706	0,0145
Tipo de Requerente 6	2,6555	1,2004	4,8936	0,0270
Tipo de Requerente 7	14,8676	470,2	0,0010	0,9748
Tipo de Requerente 8	3,3261	1,3023	6,5229	0,0106
Tipo de Requerente 9	2,1921	1,142	3,6579	0,0558
AC rep. da sociedade civil desfavoráveis	-0,6469	0,2472	6,8492	0,0089

Fonte: Relatório ESTAT.

Tabela 3 - Estimativa da Razão de Chances da análise 1

Efeito	Estimativa pontual	Intervalo de 95% Confiança de Wald	
Tipo de Requerente 4 vs 1	>999,999	<0,001	>999,999
Tipo de Requerente 5 vs 1	20,673	1,821	234,705
Tipo de Requerente 6 vs 1	14,232	1,354	149,640
Tipo de Requerente 7 vs 1	>999,999	<0,001	>999,999
Tipo de Requerente 8 vs 1	27,831	2,168	357,330
Tipo de Requerente 9 vs 1	8,954	0,947	84,660
AC rep. da sociedade civil desfavoráveis	0,524	0,323	0,850

Fonte: Relatório ESTAT.

Preliminarmente, explicita-se que os resultados das tabelas são interpretados da seguinte forma: observa-se em primeiro lugar se o p-valor da variável é maior do que 0,05 – porquanto o nível de significância é de 5%²³² –, em seguida, verifica-se o sinal da estimativa, para observar se o efeito é positivo ou negativo sobre a variável dependente: se o sinal for negativo, aumenta a chance de ser julgado procedente e se for positivo diminui, uma vez que a análise foi feita com relação à chance de julgamento improcedente. Em seguida, extrai-se do intervalo de confiança de Wald, da segunda tabela, os limites mínimos e máximos em que a influência se dá em termos de chance²³³, com o nível de confiança de 95%. Ressalta-se que se o intervalo de confiança contiver 1, então não se poderá afirmar que a variável independente influencia ou não a variável dependente.

Das tabelas 2 e 3, o primeiro e principal resultado é o de que para cada *amicus curiae* representante da sociedade civil que participe do processo de controle concentrado de

²³² Em termos gerais, admite-se um erro de 5%.

²³³ Chance é uma razão de probabilidades, o que não se confunde com probabilidade. Desse modo, a probabilidade de 100% de ocorrência de um evento é um evento certo, ao passo que não há situação correspondente para a chance. Por exemplo, se a probabilidade de um evento ocorrer é 80%, a sua chance constitui a razão entre 80% e 20% ($1 - \frac{1}{10}$).

constitucionalidade do STF em desfavor do peticionário eleva-se entre 15,0% e 67,7%²³⁴ a chance de que haja citação das contribuições dos *amici curiae* no voto, mantendo as demais variáveis constantes.

Esse resultado confirma a hipótese 1, visto que, entre todos os quatro tipos de *amicus curiae*, o único que influenciou significativamente a chance de haver citação no voto foi o representante da sociedade civil. Em outros termos, resta confirmado o padrão que prediz que a corte tende a citar aqueles participantes dos quais possam extrair maior apoio difuso.

Uma outra interpretação do resultado é a de que esses agentes tendem a participar de controvérsias constitucionais que se relacionem a controvérsias morais relevantes, as quais atraiam maior visibilidade da opinião pública, o que, consoante também previsto pela doutrina e pela análise estratégica, gera tendência para que os membros do STF tenham mais cuidado na consideração e citação dos respectivos participantes.

Quanto ao fato de só ter se identificado correlação estatística entre a citação e os *amici curiae* representantes da sociedade civil que tenham apresentado posição contrária ao peticionário, esse resultado corrobora aqueles encontrados por Kearney e Merrill e por Pedro Fernando Nery.

O fato de não ter sido identificada relação estatística significativa para os outros tipos de *amicus curiae* evidencia que não há um padrão claro referente à forma que esses são citados ou não nos votos dos ministros, não se podendo afirmar que a sua participação no processo aumenta a chance de serem citados.

Os resultados relativos ao tipo do requerente não interessam à análise, visto que a avaliação da influência da citação no voto com relação ao requerente Presidente não tem relevância para o modelo, em termos técnicos, não é juridicamente significativa para análise.

3.3.2. Análise da influência na decisão final

Após proceder aos métodos de seleção de variáveis e aos testes estatísticos anteriormente descritos, chegou-se a dois modelos mais adequados, um com interação entre variáveis e outro sem.

O modelo com interação selecionado foi o seguinte:

$$\text{Resultado} = \beta_0 + \beta_1(\text{n}^\circ \text{ AC favoráveis corporativos} - \text{n}^\circ \text{ AC desfavoráveis corporativos}) + \beta_6(\text{n}^\circ \text{ AC favoráveis governamentais} - \text{n}^\circ \text{ AC desfavoráveis governamentais}) + \beta_{13} \text{posição PGR}$$

²³⁴ Para obter esse valor utilizam-se os valores limites do intervalo de 95% de confiança de Wald na seguinte equação: $1 - \frac{1}{IC}$, se o intervalo é maior do que 1.

$$+ \beta_{14} \text{tempo de tramitação} + \beta_1 (\text{n}^\circ \text{ AC favoráveis corporativos} - \text{n}^\circ \text{ AC desfavoráveis corporativos}) \cdot \text{posição PGR} + \varepsilon^{235}$$

Para esse modelo, obtiveram-se as seguintes estimativas dos parâmetros e de razões de chance:

Tabela 4 - Estimativa dos parâmetros do modelo 2 com interação

Variável	Estimativa	Erro Padrão	Estatística de Wald	P-valor
Intercepto	-0,0494	0,3911	0,0159	0,8996
Tempo de tramitação	0,1899	0,0681	7,7798	0,0053
PGR 1	-4,0004	0,8880	20,2968	<,0001
PGR 2	-1,8810	0,6647	8,0081	0,0047
Diferença 1	0,1566	0,1544	1,0285	0,3105
Diferença 3	-0,4547	0,1303	12,1697	0,0005
Diferença 1 * PGR 1	-1,7228	0,4365	15,5766	<,0001
Diferença 1 * PGR 2	0,2637	0,2388	1,2195	0,2695

Fonte: Relatório ESTAT.

Tabela 5 - Estimativa da Razão de Chances do modelo 2 com interação

Efeito	Estimativa Pontual	Intervalo de 95% de Confiança de Wald	
Tempo de tramitação	1,209	1,058	1,382
Diferença 3	0,635	0,492	0,819

Fonte: Relatório ESTAT.

Essa regressão logística apresentou resultados que se relacionam às hipóteses 2 e 3.

O primeiro e mais importante resultado é o de que a diferença entre número de *amicus curiae* governamentais favoráveis e desfavoráveis ao peticionário aumenta a chance de a ação ser julgada procedente. Melhor especificando: com significância estatística de 95%, pode-se afirmar que a cada *amicus curiae* governamental favorável a mais do que os desfavoráveis desse mesmo tipo no processo, aumenta-se entre 18,1 e 50,8% a chance de a ação ser julgada procedente, o que também funciona de maneira inversa: quanto maior a diferença desfavorecendo o peticionário, sua chance de ser julgada procedente decai na mesma medida.

Tal resultado confirma parte da hipótese 2 do presente estudo, gerando a conclusão de que, assim como previsto na análise estratégica, os *amici curiae* governamentais exercem maior

²³⁵ Trata-se do erro aleatório do modelo.

influência sob a decisão final, porquanto foi o único grupo em que se constatou significância estatística para essa relação, apesar de o impacto dessa variável sobre a decisão da corte não ser tão expressivo e determinante. Quanto à influência do *amicus curiae* servidor público que se buscou testar na análise empírica, essa premissa não foi corroborada por evidências estatísticas.

O segundo resultado falseia a hipótese 3, ao não se observar significância estatística entre a citação no voto e a influência na decisão final. Isso quer dizer que o fato de os ministros citarem os argumentos e informações dos *amici curiae* nos seus votos não quer dizer que eles se deixarão levar, necessariamente por suas posições. Nesse ponto, a conclusão desse ponto caminha no mesmo sentido dos estudos de Miguel Godoy e Thiago Sombra, de que, apesar da ampla abertura para a participação dos *amici curiae* e até da citação das contribuições nos votos, não há, de fato, no STF processo deliberativo que efetivamente leve em conta todas as partes envolvidas no diálogo constitucional, o que também demonstra que o escopo de Peter Häberle de se instaurar uma “sociedade aberta de intérpretes da constituição” não tem sido efetivo na prática.

Enfim, constata-se que quanto menor o tempo de tramitação, maior a chance de a ação ser julgada procedente (entre 5,8 a 38,2%). Tal resultado não tem grande pertinência com a análise, mas pode indicar fonte de estudo de linhas de pesquisa que investigam o tempo como fator estratégico para agentes que atuam no âmbito do STF²³⁶.

O modelo sem interação é o seguinte

$$\text{Resultado} = \beta_0 + \beta_{11} \text{tipo de requerente} + \beta_{13} \text{posição PGR} + \beta_{14} \text{tempo de tramitação} + \varepsilon^{237}$$

Para esse modelo, obtiveram-se as seguintes estimativas dos parâmetros e de razões de chance:

Tabela 6 - Estimativa dos parâmetros do modelo 2 sem interação

Parâmetro	Estimativa	Erro Padrão	Estatística de Wald	P-valor
Intercepto	0.7885	1.811	0.4456	0.5044
Tempo de Tramitação	0.2006	0.0703	8.1426	0.0043
Tipo de Requerente 1	-2.0199	1.6450	1.5077	0.2195
Tipo de Requerente 4	-1.7416	1.3459	1.6744	0.1957
Tipo de Requerente 5	2.0431	1.2642	2.6116	0.1061

²³⁶ ALVES, P. O Tempo como Ferramenta de Decisão no STF: Um Mapeamento da Seletividade do Tribunal nos Tempos Processuais das Ações Diretas de Inconstitucionalidade. Monografia – Sociedade Brasileira de Direito Público, São Paulo. 2006.

²³⁷ Trata-se do erro aleatório do modelo.

Tipo de Requerente 6	-15.0299	650.6	0.0005	0.9816
Tipo de Requerente 7	-1.5459	1.3109	1.3907	0.2383
Tipo de Requerente 8	-0.4278	11.873	0.1298	0.7186
PGR 1	-3.9127	0.9296	17.7166	<.0001
PGR 2	-1.6818	0.6747	6.2131	0,0127

Fonte: Relatório ESTAT.

Tabela 7 - Estimativa da Razão de Chances do modelo 2 com interação

Efeito	Estimativa Pontual	Intervalo de 95% de Confiança de Wald	
Tempo de tramitação	1,222	1,065	1,403
Tipo de Requerente 4	0,133	0,005	3,334
Tipo de Requerente 5	0,175	0,013	2,451
Tipo de Requerente 6	7,714	0,647	91,923
Tipo de Requerente 7	<,001	<,001	>999,999
Tipo de Requerente 8	0,213	0,016	2,783
Tipo de Requerente 9	0,652	0,064	6,681
PGR1	0,020	0,003	0,124
PGR2	0,186	0,050	0,698

Fonte: Relatório ESTAT.

O resultado acompanha e reforça as conclusões de estudos empíricos anteriores do *amicus curiae*, assim como a própria descrição histórica da seção 1.1. ao explicitar que o posicionamento do Procurador-Geral da República pela procedência da ação aumenta entre 87,6% e 99,7% a chance de a ação ser julgada procedente, enquanto que quando entenda pela parcial procedência, essa chance aumenta em 30,2% e 95%.

Segundo a descrição teórica, a posição do Procurador-Geral tem grande importância para a decisão da corte, porquanto a instituição goza de credibilidade jurídica e normalmente produz pareceres com conteúdo jurídico substancial, inclusive explicitando precedentes da corte similares ao caso, na função que se convencionou chamar de *oral shepparzing*²³⁸. Apesar de não serem institutos comparáveis em essência, caso fosse um *amicus curiae*, o PGR se enquadraria no tipo governamental, dispondo, contudo, de uma das maiores – senão – a maior credibilidade argumentativa e informacional perante a corte, o que indica que ele seja um dos melhores, senão o melhor amigo da corte.

Ressalva-se, contudo, que o PGR possui papel institucional completamente distinto dos demais atores sociais, em razão de suas competências funcionais, que repercutem em maior

²³⁸ BESON, 1984, op. cit., p. 16.

proximidade com o cotidiano da Suprema Corte e, por conseguinte, melhores capacidades de comunicação com seus membros pela via das manifestações.

Esse resultado desvela uma interessante conclusão sob o ponto de vista estratégico: talvez seja mais interessante aos atores sociais que desejem efetivamente influenciar a Suprema Corte buscar apoio do Procurador-Geral da República do que atuar diretamente na corte pela via processual do *amicus curiae*. Em outros termos, tende a ser mais eficiente o *lobby* junto ao PGR do que o uso do *amicus curiae* para esse fim, sobretudo se os atores sociais pertencerem ao “tipo” de *amicus* desprestigiado pela corte sob o ponto de vista da influência na decisão final.

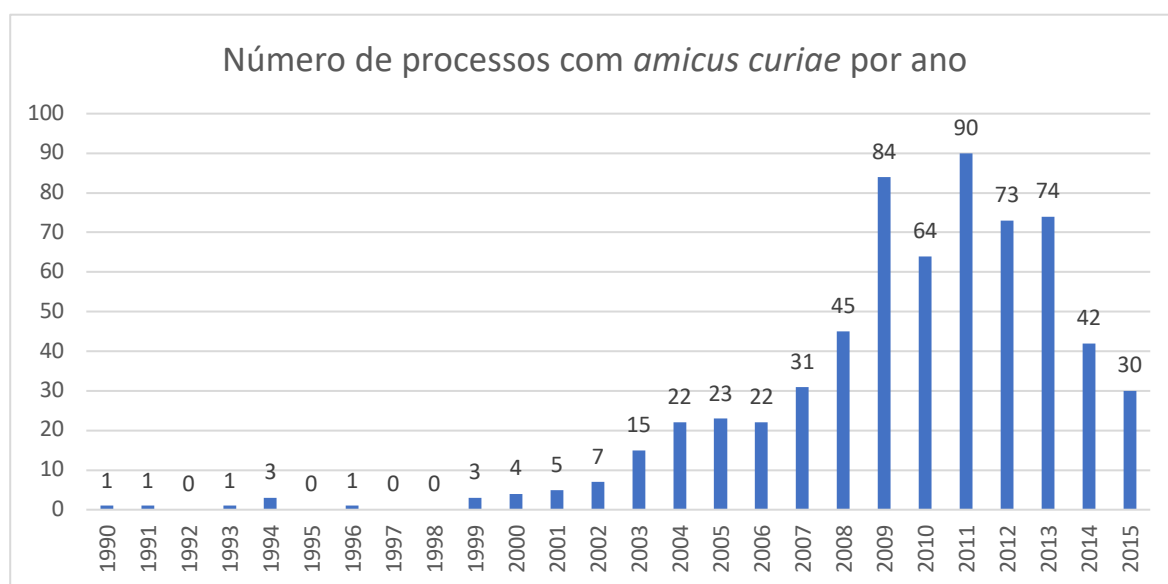
3.3.3. Análise exploratória

Apesar de, em geral, constituir a primeira etapa da pesquisa empírica, preferiu-se transferir a análise exploratória para esse ponto, porquanto seus *insights* mostram-se aptos a complementar e reafirmar as conclusões ora alcançadas. Por essa análise, visualiza-se de forma geral quais são os *amici curiae* que participaram dos processos de controle concentrado em que já houve julgamento no STF. Além disso, pode-se observar fatores individuais de cada relator nessa relação e interrelações entre diferentes amigos da corte.

3.3.3.1. Evolução da participação dos *amici curiae*

Consoante já diagnosticado em estudo anterior, o entusiasmo com essa figura processual se expressa pelo exponencial crescimento do número de petições de ingresso como *amicus curiae*:

Gráfico 1 – Número de processos com *amicus curiae* por ano de protocolo no STF



Fonte: FERREIRA, BRANCO, 2017.

De acordo com as conclusões desse estudo, esse vertiginoso aumento se deve à percepção de que a forma como a Suprema Corte está tratando os *amici curiae* tem atendido, na maior parte das vezes, a sua intenção com a participação, independentemente do tipo em que esses se incluam.

3.3.3.2. Perfil do relator

Outra possibilidade pertinente à análise é verificar o perfil de cada ministro como atua como relator e decide acerca da admissão ou não desses participantes. No modelo teórico foram relatados três tipos puros de relatores, de acordo com os três modelos de comportamento judicial apresentados. Assim, poder-se-ia verificar a tendência de que alguns dos ministros do STF se aproximassem a esses tipos puros. Além disso, demonstra-se a ampla margem de discricionariedade do relator na admissão ou não dos amigos da corte, sem que se tenha, atualmente, a obrigação de fundamentar essa decisão.

Ressalta-se, contudo, que não foi possível verificar com confiança o percentual de pedidos de *amicus curiae* que são admitidos por cada relator, verificando seu perfil para admitir mais ou menos *amici*, uma vez que, estando disponível somente informações acerca do número de petições por relator e do número de admitidos por relator, a análise fica prejudicada em razão de petições realizadas em conjunto por vários atores sociais.

Apesar disso, é possível realizar outras análises que levem a intuições aproximadas. Em primeiro lugar, realizou-se análise de frequência de *amicus curiae* admitidos por cada um dos relatores, dividindo-os pelo respectivo tipo:

Tabela 8 – frequência de *amicus curiae* por relator

Relator	AC			
	Cooperativo	Servidor Público	Órgao Público	Rep. Sociedade Civil
2	12	0	0	24
3	18	0	2	13
4	11	0	20	3
5	1	0	0	0
6	20	2	2	3
7	2	1	5	9
8	2	0	0	0
9	1	0	0	4
10	9	0	6	0
11	17	0	0	2
13	0	0	1	11
14	10	0	28	11
15	17	0	3	12
16	1	0	0	1
17	13	0	3	20
18	0	0	0	1
19	10	9	13	2
20	28	22	23	1
Total	172	34	106	137

Fonte: relatório ESTAT.

Legenda Relator:

1	NULL	11	Joaquim Barbosa
2	Ayres Britto	12	Luis Fux ²³⁹
3	Carmen Lúcia	13	Luís Roberto Barroso
4	Celso de Mello	14	Luiz Fux
5	César Peluso	15	Marco Aurélio
6	Dias Toffoli	16	Menezes Direito
7	Edson Fachin	17	Ricardo Lewandowski
8	Ellen Gracie	18	Roberto Barroso ²⁴⁰
9	Eros Grau	19	Rosa Weber
10	Gilmar Mendes	20	Teori Zavascki

Da tabela se observa que o relator com maior número de *amicus curiae* foi Teori Zavascki, com 74, 25 a mais que o segundo colocado, Luiz Fux. Isso pode indicar, a depender do número de petições a eles apresentadas, tanto que esses ministros admitiram mais *amicus* quanto que julgaram casos em que foi despertado maior interesse na participação.

²³⁹ Erro de grafia no sítio do STF.

²⁴⁰ Distinta referência ao mesmo Ministro no sítio do STF.

Outra observação pertinente é a de que os *amici curiae* mais admitidos foram os corporativos, seguidos dos representantes da sociedade civil, dos governamentais e, enfim, dos servidores públicos.

Quanto ao número de *amicus* favoráveis e desfavoráveis por relator, tem-se o seguinte quadro:

Tabela 9 - Frequência de *amici curiae* favoráveis e desfavoráveis por Relator

Relator	AC			
	Favorável	Desfavorável	Total	Porcentagem
Ayres Britto	19	17	36	8,02%
3	6	27	33	7,35%
4	25	10	35	7,80%
5	0	1	1	0,22%
6	3	22	25	5,57%
7	11	9	20	4,45%
8	0	2	2	0,45%
9	5	0	5	1,11%
10	7	9	16	3,56%
11	5	15	20	4,45%
13	5	7	12	2,67%
14	21	29	50	11,14%
15	12	19	31	6,90%
16	0	2	2	0,45%
17	14	19	33	7,35%
18	0	1	1	0,22%
19	12	23	35	7,80%
20	1	7	8	1,78%

Fonte: Relatório ESTAT.

Enfim, apresentam-se dados acerca da citação ou não das contribuições dos amigos da corte nos votos, por relator:

Tabela 10 – frequência de ações em que o relator cita ou não contribuições dos *amici curiae*

Relator	cita	não cita	total	%
<i>Menezes Direito</i>	1	0	1	100%
<i>Teori Zavascki</i>	3	1	4	75%
<i>Carmen Lúcia</i>	6	6	12	50%
<i>Edson Fachin</i>	2	2	4	50%
<i>Ellen Gracie</i>	1	1	2	50%
<i>Eros Grau</i>	1	1	2	50%
<i>Luiz Fux</i>	5	9	14	36%
<i>Ayres Britto</i>	4	8	12	33%
<i>Ricardo Lewandowski</i>	3	6	9	33%
<i>Rosa Weber</i>	3	7	10	30%
<i>Celso de Mello</i>	2	5	7	29%
<i>Marco Aurélio</i>	3	12	15	20%
<i>Dias Toffoli</i>	3	13	16	19%

<i>Gilmar Mendes</i>	1	8	9	11%
<i>César Peluso</i>	0	1	1	0%
<i>Joaquim Barbosa</i>	0	7	7	0%
<i>Luís Roberto Barroso</i>	0	2	2	0%
<i>Roberto Barroso</i>	0	1	1	0%

Fonte: elaboração própria.

Da tabela, observa-se a grande variabilidade de nível de citação entre relatores, apontando também para os baixos percentuais desse parâmetro, tal como previsto pela análise estratégica. No ponto, há de se ressaltar a limitação do número de observações, como no caso do Ministro Menezes Direito: se ele só foi relator em um processo julgado com participação de *amicus curiae* e a corte citou os argumentos desse(s) participante(s) no voto, não se pode concluir que ele tenderia sempre a gerar esse resultado. Nesse sentido, quanto maior o número de ações por relator, melhor conclusão pode-se extrair do seu perfil.

Observa-se, pois, que, ainda existem obstáculos para o *amicus curiae* que deseje influenciar a decisão final por meio da apresentação de argumentos e informações úteis à resolução da controvérsia constitucional, sobretudo em razão da assimetria de informação decorrente do fato de não haver obrigatoriedade de antecipação dos argumentos, o que reduz a probabilidade de que seus argumentos e informações sejam efetivamente lidos e considerados.

Com efeito, a distinção de tratamento em prol da máxima consideração de informações e argumentos relevantes decorre da assimetria de informação quanto à qualidade e utilidade dessas informações e desses argumentos. Dessa forma, se o objetivo é aumentar o nível de citação e consideração dos aproveitáveis influxos informacionais e argumentativos, uma possível solução seria determinar que os *amici* antecipassem seus argumentos, de forma resumida, no momento do peticionamento para entrada, com a possibilidade de detalhar e complementar tais informações em oportunidade posterior, consoante proposto na seção 2.3.

3.3.3.3. Análise de redes de interação entre *amici curiae*

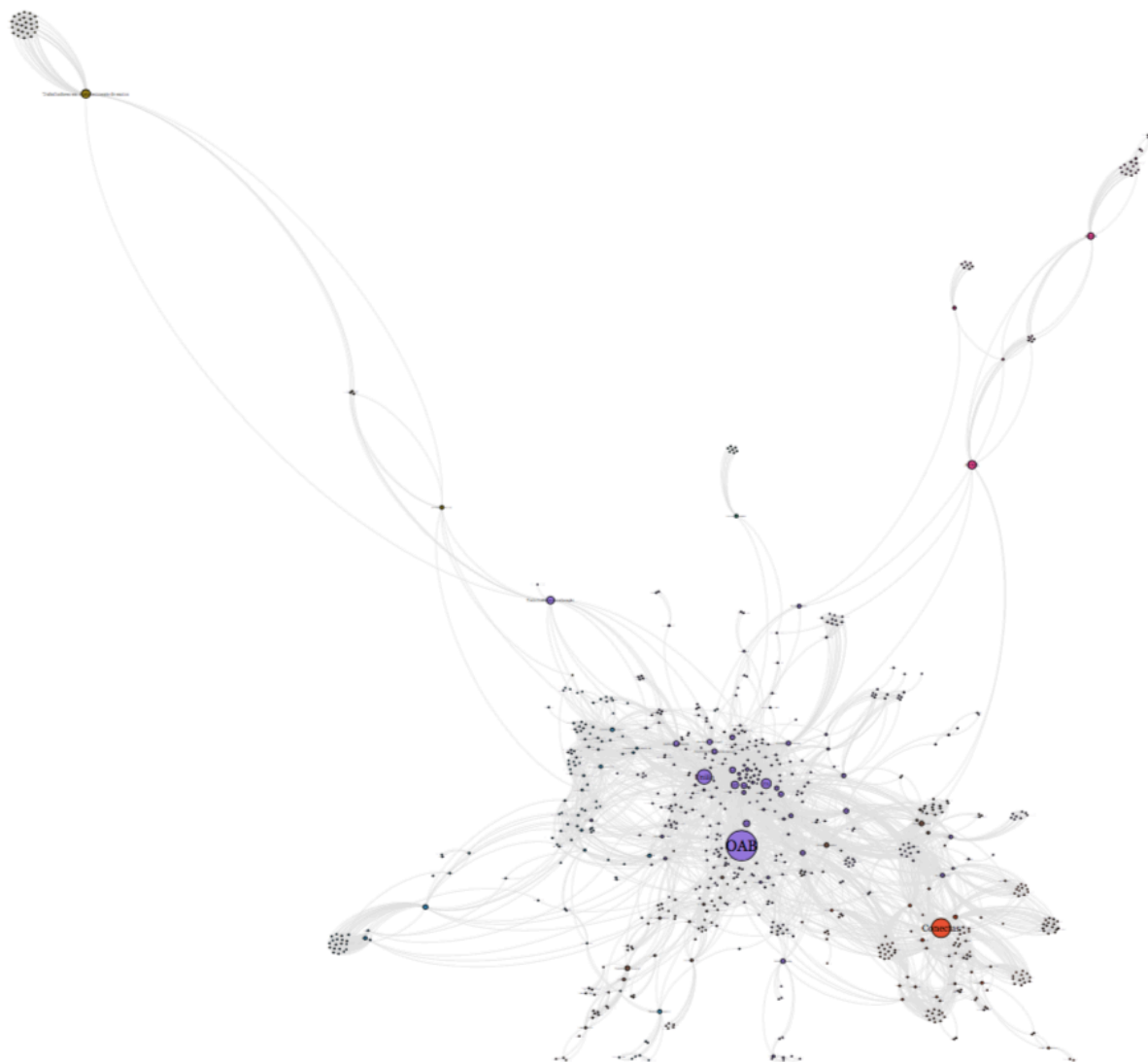
A última análise exploratória realizada²⁴¹ utilizando-se os dados coletados sobre a participação dos *amici curiae* nos processos de controle concentrado foi a de redes de interação, por meio do programa de visualização gráfica Gephi²⁴². A figura 3 apresenta mapa geral das relações entre *amici curiae*, em termos de processos em comum. Ou seja, cada linha de ligação significa um processo em comum, sendo que quanto mais processos em comum, mais próximos

²⁴¹ Essa análise foi realizada em parceria com o pesquisador Pedro Fernando Nery.

²⁴² Gephi é um software livre colaborativo mantido por um consórcio sediado na França. Disponível em: <https://gephi.org>.

estarão os *amici curiae* (representados por círculos). Os círculos – nós ou *hubs*, na linguagem de redes –, que ora representam cada *amicus curiae*, serão maiores quanto mais ligações fizerem e mais centrais quanto mais ligações diferentes tiverem, sendo que sua coloração é determinada pelo que o sistema denomina de “comunidades”, a partir da identificação de padrões internos similares de atuação.

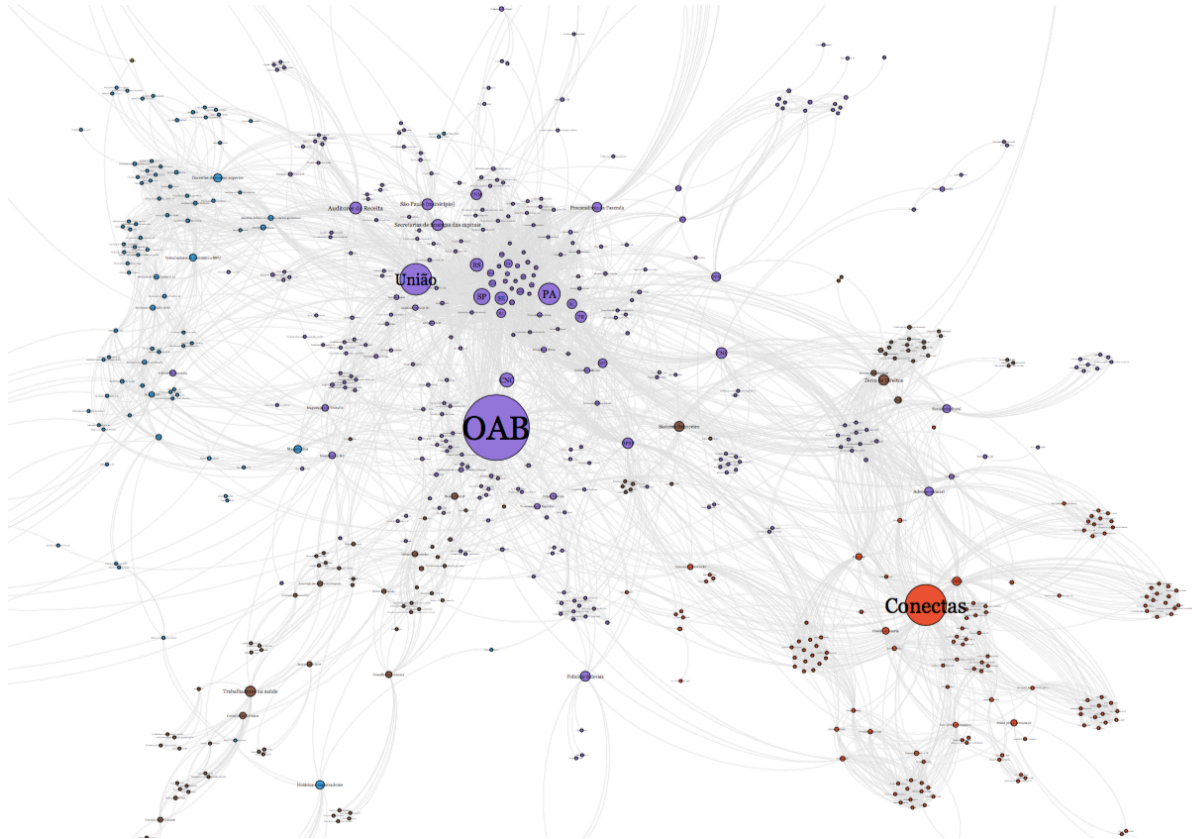
Figura 3: visão geral das redes de interação entre *amici curiae*



Fonte: elaboração própria a partir do software Gephi.

A figura 4 apresenta recorte mais aproximado do emaranhado principal de relações entre *amicus curiae*:

Figura 4: principais redes de interação entre *amici curiae*

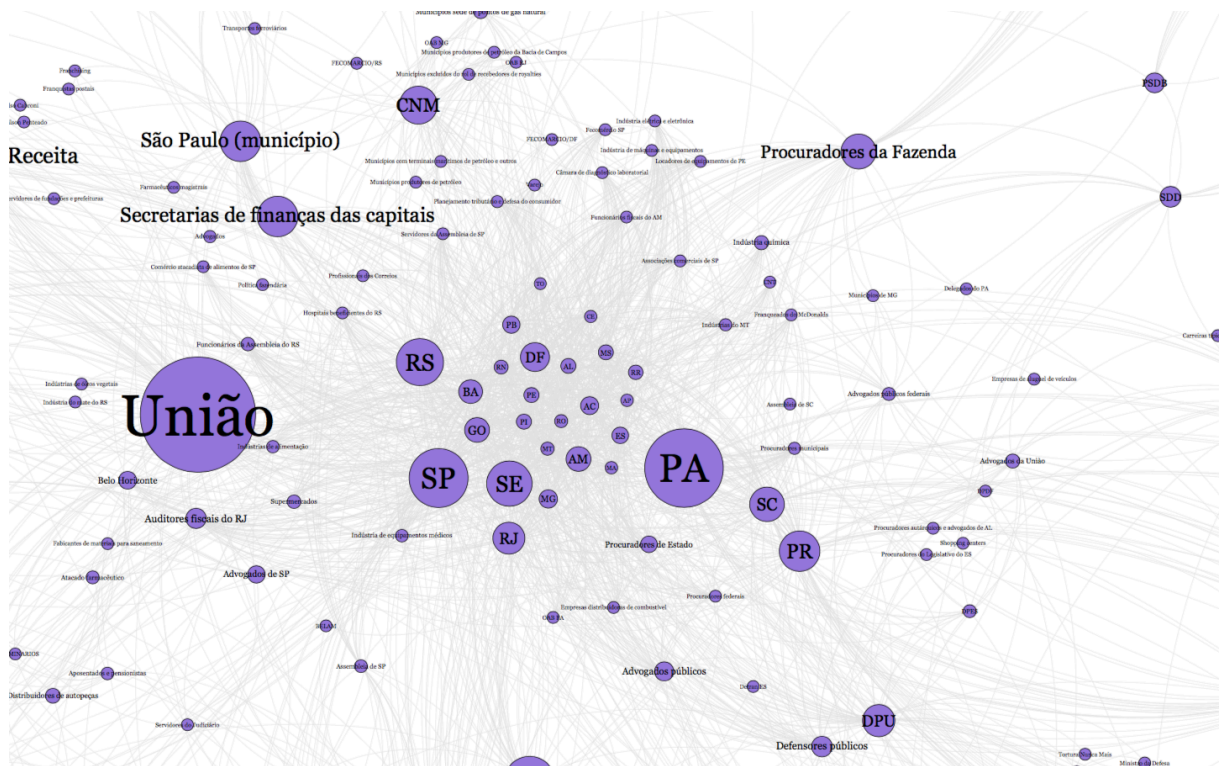


Fonte: elaboração própria a partir do software Gephi.

Das figuras 3 e 4 é possível observar que existem diferentes centros de integração entre *amici curiae*, sendo que a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) ocupa posição central nessa rede, porquanto participa como amiga da corte em diversas ações com maior diversidade de outros agentes sociais. Em termos de magnitude do *hub*, segue-se a ONG Conectas Direitos Humanos, interagindo e intermediando a relação entre os mais diversos *amici curiae* do tipo representantes da sociedade civil. Já o terceiro maior hub é a União, a qual, apesar de ser o *amicus curiae* que mais ingressa em processos de controle concentrado, não alcança papel tão central quanto a Ordem por não atuar em áreas tão diversas.

O tipo de *amicus curiae* cujos participantes se encontram mais próximos entre si e possuem maior número de ligações, indicando maior coordenação e coesão, são os governamentais, mais especificamente, os entes públicos, consoante melhor se observa da figura 5:

Figura 5: redes de interação entre *amici curiae* governamentais



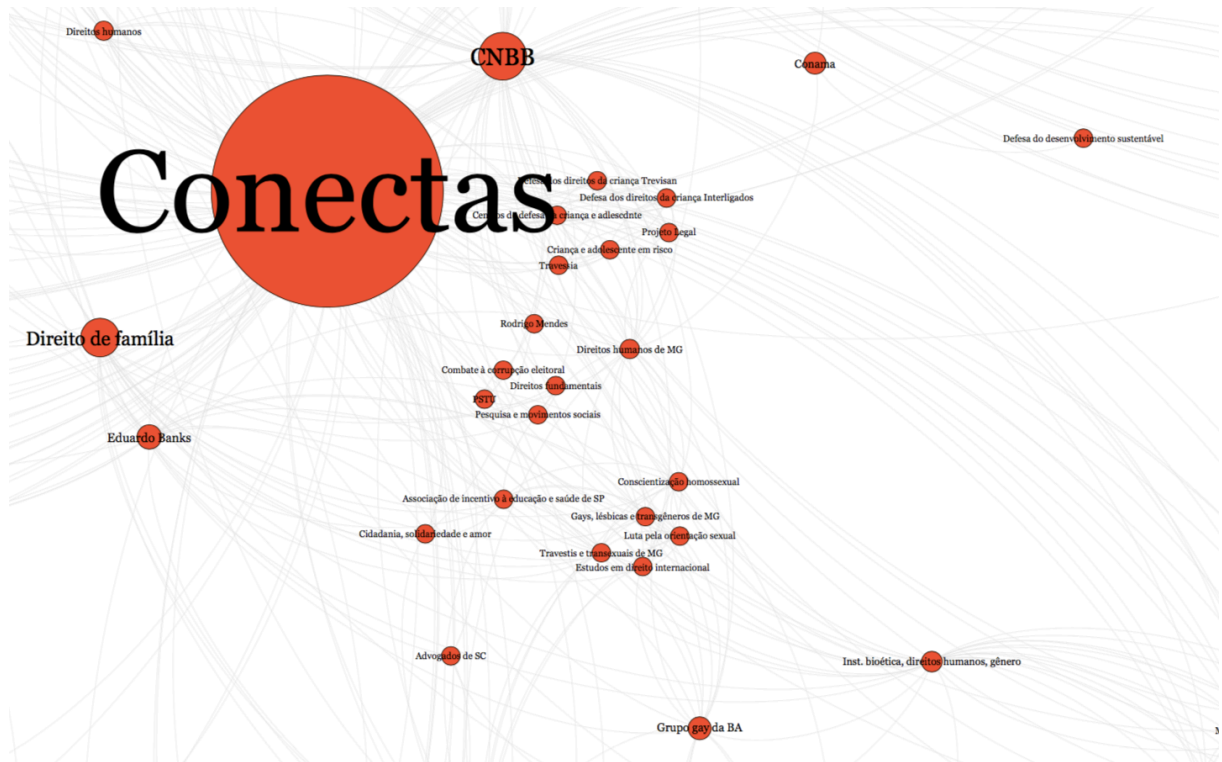
Fonte: elaboração própria a partir do software Gephi.

Essa maior inter-relação pode ser explicada pelos imbróglis federativos que o STF é recorrentemente chamado a se pronunciar, tanto no âmbito de repartição de competências constitucionais quanto em questões de federalismo fiscal. Esse resultado de maior coesão interna entre esses amigos pode se dever à atuação estratégica dos entes públicos viabilizada pelo centro de decisão conjunta estabelecido na Câmara Técnica de Procuradores de Estado²⁴³ que funciona junto ao STF, em que seus membros decidem conjuntamente se pedirão ou não a entrada como *amicus curiae*. Isso também pode explicar o maior êxito dos *amici curiae* governamentais em influenciar a decisão final, visto que quanto maior a organização e coesão do grupo de interesse maior a probabilidade de alcance dos objetivos desejados.

Outra clara “comunidade” é a de representantes da sociedade civil, com marcante atuação da ONG Conectas, o nó central dessa comunidade, que participa em diversos temas analisados pelo STF. Ela “liga” subgrupos de organizações que atuam pela descriminalização das drogas, direitos LGBT, religião, movimento negro, defesa do meio ambiente, agronegócio, quilombolas, defensores públicos. Parte dessa relação pode ser visualizada a partir da figura 6:

²⁴³ Sítio oficial: <http://anape.org.br/site>.

Figura 6: redes de interação entre *amici curiae* representantes da sociedade civil



Fonte: elaboração própria a partir do software Gephi.

De forma mais difusa, há relações mais pulverizadas entre *amici curiae* corporativos, sejam aqueles que defendam interesses econômicos específicos, sejam os que representam classes de trabalhadores ou categorias do funcionalismo público. Dentro desta comunidade, destacam-se subgrupos de Ministérios Públicos, associações de donos de cartórios e de carreiras fazendárias. O maior grupo é o de carreiras do Judiciário, de nível médio aos juízes – com relevância para a Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB).

A análise das redes de interação entre os *amici curiae* tem condão de revelar a atuação estratégica que esses agentes desenvolvem conjuntamente, para aumentar a efetividade no alcance dos seus objetivos. Assim como na política, quem tem amigos, tem tudo.

Desse modo, essa análise expande, por mais um aspecto, a clareza em relação à funcionalidade prática da figura do *amicus curiae* na jurisdição constitucional.

CONCLUSÕES

O estudo indica a razão porque paira certo incômodo na aplicação prática da teoria do *amicus curiae* adotada pela doutrina e jurisprudência brasileiras. Existem incongruências e disfuncionalidades que decorrem do desrespeito aos seus pressupostos, das incoerências dos discursos de ampliação da cognição do juízo e de legitimação, assim como do seu entrelaçamento, as quais caminham no sentido contrário dos incentivos que incidem sobre a corte e sobre o *amicus curiae* no momento de sua interação.

Nesse contexto, a teoria se divorcia da prática, na medida em que, não havendo clara escolha institucional acerca da função que o *amicus curiae* deve cumprir e das respectivas balizas processuais para sua conformação, a Suprema Corte faz o uso estratégico da figura do *amicus curiae*, de modo a retirar maior proveito possível dessa participação, de acordo com o que cada participante possa lhe oferecer, desde que esse também reste satisfeito com o tratamento que lhe é conferido. No presente caso, há evidências empíricas de que isso repercute em padrão em que o STF cita mais daqueles tipos que tragam maior apoio difuso para a corte perante a opinião pública (*amicus curiae* representantes da sociedade civil) e se deixa influenciar mais por participantes com maior poder de barganha institucional e credibilidade argumentativa e informacional (*amicus curiae* governamentais), sendo que a citação não leva à maior chance de influência na decisão final. Destarte, alcançou-se o objetivo estabelecido de analisar como se dá e o que motiva a interação entre STF e os *amici curiae*.

Assim, conclui-se que a Suprema Corte tem escolhido seus amigos de forma bem consciente, apesar de ainda continuar veiculando os discursos tradicionais de pluralização do debate constitucional e de ampliação da cognição do juízo. Não obstante, conserva-se a cumplicidade com seu amigo de mais longo prazo: o Procurador-Geral da República, o qual, há tempos se dedica à produção de consistentes análises jurídicas e à apresentação consolidada de precedentes da corte pertinentes à questão constitucional em debate. Além disso, o diagnóstico da crescente expansão dessa participação no decorrer do tempo, da ampla variação de tratamento do *amicus curiae* entre diferentes relatores e das estratégias de atuação conjunta entre os *amici curiae* traz mais clareza à funcionalidade prática atual desses amigos, em um ambiente eminentemente estratégico.

Agora, o Supremo Tribunal Federal realmente “tem encontro marcado com a definição do que é o *amicus curiae*”²⁴⁴, em face do esclarecimento de sua feição mais crua e pragmática,

²⁴⁴ Fala da ministra Cármen Lúcia, presidente do Supremo Tribunal Federal, na seção plenária de 02/02/2017.

sem quaisquer floreios da doutrina tradicional. Cabe a ela aproveitar a oportunidade para definir com clareza perante a sociedade a função a que se deseja que esse instituto cumpra na jurisdição constitucional brasileira. Caso efetivamente caminhe no sentido de ampliar a base argumentativa e informacional por intermédio do *amicus curiae*, duas propostas já estão lançadas: estabelecer regra processual que determine que o peticionário antecipe resumidamente os argumentos e informações que pretende apresentar e informe, assim como é exigido nos principais países que se utilizam desse instituto, a parte que deseja apoiar, o seu interesse na demanda, e quem eventualmente patrocina a sua intervenção. Não cabe mais alegar a ingenuidade de uma amizade desinteressada contra a seletividade que os dados revelam.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ACKERMAN, Bruce. *We the people*. Estados Unidos: Harvard University Press, 1991.
- ALMEIDA, Danilo dos Santos; BOGOSSIAN, André Martins. Nos termos do voto do relator”: considerações acerca da fundamentação coletiva nos acórdãos do STF. *Revista Estudos Institucionais*, Vol. 2, 1, 2016.
- ALVES, P. O Tempo como Ferramenta de Decisão no STF: Um Mapeamento da Seletividade do Tribunal nos Tempos Processuais das Ações Diretas de Inconstitucionalidade. Monografia – Sociedade Brasileira de Direito Público, São Paulo. 2006.
- ANGELL, Ernest. The amicus curiae: American Development of English Institutions. *International and Comparative Law Quaterly*. V. 16, 1967.
- ARGUELHES, Diego Werneck. Supremo: porto seguro para ministros políticos. Jota, 07/02/2017. Disponível em: <http://jota.info/colunas/supra/disfuncao-stf-encoraja-escolha-de-alexandre-de-moraes-07022017#.WJsW5UVrSw4.facebook>. Acesso em 07/02/2017.
- ARNAUD, André-Jean et. al. (org.). *Dicionário enciclopédico de teoria e de sociologia do direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- AYRES, I. *Super Crunchers: Why Thinking by Numbers is the New Way to Be Smart*. New York: Bantam Dell, 2007.
- BAKER, Dennis. *Not quite supreme: the Courts and coordinate constitutional construction*. Canada: MCGill-Queen’s University Press, 2010.
- BARKER, Lucius J.. Third Parties in Litigation: A Systemic view of the Judicial Function, J. POL. V 41, n. 41, 1967.
- BANNER, Stuart. The myth of the neutral amicus: american courts and their friends - 1790-1890. *Constitutional Commentary*. V. 20. N. 9, 2003.
- BAUM, Lawrence. *The puzzle of judicial behavior*. Michigan: University of Michigan Press, 1997
- BESON, Joseph Fred. The Court Needs its Friends. V. 70. N. 8, *ABA Journal*, Agosto, 1984.
- BIX, Brian H. *New Legal Realism and the Explanation of Judicial Behavior: Doctrine, Data, and High Theory*. Legal Studies Research Paper Series Research Paper No. 14-42, 2009.
- BICKEL, Alexander. *The Least Dangerous Branchs: The Supreme Court at the bar of the politics*. Bobbs-Merrill, 1962.
- BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; VALE, André Rufino do (orgs). *A Jurisprudência do STF nos 20 anos da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 2010.

BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia judicial versus diálogos constitucionais*. A quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição? 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2017.

BUENO, Cássio Scarpinella. *Amicus curiae no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático*. 2ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2008.

CALDEIRA, Gregory A. Neither the purse nor the sword: dynamics of confidence in the U.S. Supreme Court. *American Political Science Review*. V.80. n. 4.,1986.

COELHO, Inocêncio Mártires. As ideias de Peter Häberle e a abertura da interpretação constitucional no direito brasileiro, *Revista de Informação Legislativa*, n. 137, p. 157-164, 1998. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/343>.

COLLINS JR., Paul M. Friends of the Court: Examining the Influence of Amicus Curiae Participation in U.S. Supreme Court Litigation. *Law and Society Review*. V. 38, n. 807, 2004. _____; CORLEY, Pamela C.; HAMNER, Jesse. The Influence of Amicus Curiae Briefs on U.S. Supreme Court Opinion Content. *Law & Society Review*, V. 49, N.4, 2015.

COVER, Albert D.. *Ideological Values and the Votes of U.S. Supreme Court Justices*, *American Political Science Review*. V. 83. N. 557, 1989.

CROSS, Frank B., Political Science and the New Legal Realism: A Case of Unfortunate Interdisciplinary Ignorance, V. 92. N. 76. *Northwestern University Law Review*, 1997.

DAHL, Robert A. *Decision-Making in a Democracy: The Supreme Court as a National Policy-Maker*. *Journal of Public Law* 6: 279-95, 1957.

EASTON, David. *A systems analysis of political life*. Nova Iorque: John Wiley & Son Inc., 1965.

ELHAUGE, Einer R.. Does Interest Group Theory Justify More Intrusive Judicial Review? *YALE L.J.* V. 101. N. 31. Pp. 35-48, 1991.

ENNIS, Bruce L. Effective amicus briefs. *Catholic University Law Review*. Pp. 603-609, 1984.

EPSTEIN, Lee. On the Nature of Supreme Court Decision Making, *American Politics and Science Review*. V. 323, pp. 331-32, 1992. _____; ROWLAND C. K.. Debunking the Myth of Interest Group Invincibility in the Courts. *American Political Science Rev.* v. 85. Pp. 205-17, 1991. _____; KNIGHT, Jack. Mapping Out the Strategic Terrain: The Informational Role of *Amici Curiae*. IN: CLAYTON, C. GILLMAN, H., eds., *Supreme Court Decision Making: New Institutional Approaches*. Chicago: Chicago Univ. Press, 1999.

ELSTER, John. *Arguing and bargaining in the Federal Convention and the Assemblée Constituante*. Working paper n. 4. Universidade de Chicago: Center for the study of constitutionalism in eastern europe. 1991.

EPSTEIN, Lee; KNIGHT, Jack. *The choices justices make*. Washington: CQ Press, 1998.

ESKRIDGE JR, William N. Overriding supreme court statutory decisions. *Yale Law Journal*, v. 101, n. 2, p. 331/417, 1991.

FALCÃO, Joaquim; ARGUELHES, Diego Werneck; RECONDO, Felipe. *Onze Supremos: o Supremo em 2016*. Belo Horizonte: Letramento, 2017.

FERREIRA, Débora Costa. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Amicus curiae em números. Nem amigo da corte, nem amigo da parte?* *Revista de Direito Brasileira*, v. 16. n. 7. Jan./Abr. 2017, p. 169 - 185.

FERREIRA, Pedro Fernando Nery. *Como Decidem os Ministros do STF: Pontos Ideais e Dimensões de Preferências*. Dissertação de mestrado em Ciências Econômicas, 2013.

FIANI, Ronaldo. *Teoria dos Jogos: para cursos de administração e economia*. 2a ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2006, p. 2.

FRIEDMAN, Barry. *The will of the people: How Public Opinion Has Influenced the Supreme Court and Shaped the Meaning of the Constitution*. Nova Iorque: Farrar, Straus & Giroux, 2009.

GALANTER, Marc. Why the 'Haves' Come Out Ahead: Speculations on the Limits of Legal Change. *Law & Society Rev.* V. 9. Pp. 95-160, 1974.

GARGARELLA, Roberto. El nuevo constitucionalismo dialógico frente al sistema de los frenos y contrapesos. In: GARGARELLA, Roberto (comp.). *Por una justicia dialógica. El Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno, 2014.

GIBBONS, Robert. *Game Theory for applied economists*. New Jersey: Princinton University Press, 1992.

GIBSON, J. L.; CALDEIRA, G. A.; SPENCE, L. K. Measuring Attitudes toward the United States Supreme Court. *American Journal of Political Science*, V. 47, 2003, p. 354–367. doi:10.1111/1540-5907.00025.

GODOY, Miguel Gaulano. As audiências públicas e o *amicus curiae* influenciam as decisões dos ministros do Supremo Tribunal Federal? E por que isso deve(ria) importar? *Revista da Faculdade de Direito – UFPR*, Curitiba, vol. 60, n. 3, set./dez. 2015.

_____. *Devolver da Constituição ao povo: críticas à supremacia judicial e diálogos institucionais*. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

GRIMM, Dieter, Verfassungserichtsbarkeit - Funktion und Funktionsgrenzen in demokratischem Staat, in: *Jus-Didaktik*, Munique: Heft 4, 1977.

GROSSKOPF, Anke; MONDAK, Jeffrey J.. Do attitudes toward specific Supreme Court decisions matter? The impact of webster and Texas v. Johnson on Public confidence in the Supreme Court. *Political Research Quaterly*. V. 51, n. 3, 1998.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional. A sociedade aberta de intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997.

HÄBERLE, Peter. *Pluralismo y constitución: estudios de teoria constitucional de la sociedad abierta*. Trad. Emilio Milkunda-Franco. Madrid: Tecnos, 2002.

HABERMAS, Jurgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Jurídico, 2012.

HARPER. Fowler; ETHERINGTON, Edwin D. Lobbyists before the Court. *University of Pennsylvania Law Review*, v. 101, n. 8, 1953.

HIRSCHL, Ran. *The judicialization of politics*. In: WHITTINGTON, Keith; KELEMEN, R. Daniel; CALDEIRA, Gregory. *The Oxford handboock of law and politics*. New York: Oxford University Press, 2008.

HOEKSTRA, Valerie. The Supreme Court and local public opinion. *American Political Science Review*. V. 94, n.1, 2000.

IVERS, Gregg. O’CONNOR, Karen. Friends as Foes: The Amicus Curiae Participation and Effectiveness of the American Civil Liberties Union and Americans for Effective Law Enforcement in Criminal Cases. *Law & Policy*. V. 9. N. 161. 1987.

KEARNEY, Joseph D.; MERRILL, Thomas W. The Influence of Amicus Curiae Briefs on the Supreme Court. *Faculty Publications*. Paper 568, 2000.

KEELE, Denise M.; MALMSHEIMER, Robert W. *A Strategic Model of Judicial Behavior in the Lower Federal Courts*. Apresentação para Midwest Political Science Association, Chicago, Illinois. Session: 42-19, abril, 2008.

KOMESAR, Neal. K. Imperfect alternatives: choosing institutions in law, economics, and pubic policy. V. 53. N. 97, pp. 123-50, 1994.

KNIGHT, Jack; SHVETSOVA, Olga. The Role of Constitutional Courts in the Establishment and Maintenance of Democratic Systems of Government. *Law and Society Review*. vol. 35, no 1, pp.117-164, 2001.

KRISLOV, Samuel. The Amicus Curiae Brief: From Friendship to Advocacy. V. 72. *Yale Law Journal*, 1963.

LEAL, Fernando. *Para que servem as audiências públicas no STF?* Jota, 2015. Disponível em: <https://jota.info/artigos/para-que-servem-as-audiencias-publicas-no-stf-16062015>. Acesso em: 13/08/2016.

LOWMAN, Michael, The litigating amicus curiae: when does a party begin after the friends leave? *American University Law Review*, v. 41, 1992.

LIPSET, Seymour Martin; SCHNEIDER, William. *The confidence gap: business, labor, and government in the public mind*. Baltimore: John Hopkins University Press, 1987.

MAMARI FILHO, Luís Sérgio Soares. *A comunidade aberta de intérpretes da Constituição: o amicus curiae como estratégia de democratização da busca do significado das normas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

MARSHALL, Thomas. *Public opinion and the Supreme Court*. Nova Iorque: Longman, 1989.

MCGUIRE, Kevin T.. Explaining Executive Success in the U.S. Supreme Court. *Political Research Quarterly*. V. 4. N. 51. Pp. 505-522, 1998.

MCLAUCHLAN, Judithanne Scourfield. *Congressional Participation as Amicus Curiae before the U.S. Supreme Court*. New York: LFB Scholarly Publishing LLC, 2005.

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

MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Nos bastidores do STF*. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*. 2a ed. São Paulo: Celso Bastos editor, 1999.

_____. *Argüição de descumprimento de preceito fundamental: comentários à Lei n. 9.882, de 3-12-1999*, São Paulo: Saraiva, 2007.

_____; RUFINO, André do Vale. O pensamento de Peter Häberle na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. *Observatório Constitucional*. Ano 2, 2008/2009.

MENDES, Conrado Hubner. *Direitos fundamentais, separação dos poderes e deliberação democrática*. São Paulo: Saraiva, 2011.

MERRILL, Thomas W.. Does Public Choice Theory Justify Judicial Activism After All? *Harv. J.L. & Pub. Policy*. V. 21. N. 220, 1997

MONDAK, Jeffery J. SMITHEY, Shannon Ishiyama. The dynamics of public support for the Supreme Court. *Journal of Politics*. V. 59, n. 4., 1997.

MORAES, Alexandre de. *Jurisdição constitucional e tribunais constitucionais*. São Paulo: Atlas, 2000.

MORRIS, Thomas R.. States Before the U.S. Supreme Court: State Attorneys General as Amicus Curiae. *Judicature*. V. 71. pp. 298-305, 1987.

O'CONNOR, Karen. *Women's organizations' use of the courts*. Lanham: Lexington Books, 1980.

_____; EPSTEIN, Lee. Court Rules and Wokload: A Case Study of Rules Governing Amicus Curiae Participation. *Justice Systems Journal*. N. 8. V. 35, 1983.

O'NEIL, Timothyj. Bakke & the politics of equaliy: friends and foes in the classroom of litigation. Pp.165-67, 1985.

PILDES, Richard H. Is the Supreme Court a “*Majoritarian Institution*”? New York University School of Law, Public Law & Legal Theory Research Paper Series. Working Paper n° 11-01, jan. 2011. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1733169>>.

PURO, Steven. *The Role of Amicus Curiae in the United States Supreme Court: 1920-1966*. Dissertação de Mestrado da Universidade de Nova Iorque, 1971.

RAGIN, Charles. C. *Fuzzy-set social science*. Chicago: University of Chicago Press, 2000.

RUGER, T. et al. The Supreme Court Forecasting Project: Legal and Political Science Approaches to Predicting Supreme Court Decisionmaking. *Columbia Law Review*, v. 104, 2004.

RUSTAD, Michel; KOENIG, Thomas. The supreme court and social Science: selective distortion in amicus briefs. *North Carolina Law Review*. V. 72. Pp. 91-162, 1993.

SALOKAR, Rebecca Mae. The solicitor general: the politics of law. Solicitor General: the politics of law. *American Political Science Review*. pp. 145-50, 1992.

SCALIA, Antonin. *The Rule of Law as a Law of Rules*, 1989.

SEGAL, Jeffrey A.. Supreme Court Justice as Human Decision Makers: An Individual-Level Analysis of the Search and Seizure Cases. *Journal of Politics*. V. 48. N. 938, pp. 941-43, 1986.

_____. Amicus Curiae Briefs by the Solicitor General During the Warren and Burger Courts: A Research Note. *Political Research Quarterly*. V. 41. N. 135, 1988.

_____; SPEATH, Harold j. Spaeth. *The supreme court and the atitudinal model*, 1993.

SILVA, Virgílio Afonso da. “Um voto qualquer”? O papel do ministro relator na deliberação no Supremo Tribunal Federal. *Revista de Estudos Institucionais*, Vol. 1, 1, 2015.

_____. O relator dá voz ao STF? Uma réplica a Almeida e Bogossian. *Revista de Estudos Institucionais* Vol. 2, 2, 2016.

SHEEHAN, Reginald S., MISHLER, William; SONGER, Donald R.. Ideology, Status and the Differential Success of Direct Parties Before the Supreme Court, *American PoliticalScience Review*. V. 86, pp. 464-71, 1992.

SHEPSLE, Kenneth A.; BONCHEK, Mark S. *Analyzing politics: rationality, behavior, and institutions*. Nova Iorque: W. W. Norton & Company, 1997.p. 15

SILVESTRI, Elisabetta. L'amicus curiae: uno strumento per La tutela degli interessi non rappresentati. *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*. Milão: Griuffré, 1973.

SOMBRA, Thiago Luís Santos. *Supremo Tribunal Federal representativo? O impacto das audiências públicas na deliberação*. Revista Direito GV. V. 13 N. 1. Jan-abr, 2017. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rdgv/v13n1/1808-2432-rdgv-13-01-0236.pdf>

SONGER, Donald R.; SEEHAN, Reginald S.. Interest Group Success in the Courts: Amicus participation in the Supreme Court. *Political Research Quarterly*. Vol. 46, 1994.

SORESON, Nancy Bage. The ethical implications of amicus briefs: a proposal for reforming rule 11 of the texas rules of appellate procedure. *30 St. Mary's L.J.*, 1998.

SPRIGGS, James; WAHLBECK, Paul J. Amicus curiae and the role of information at the Supreme Court. *Political Research Quaterly*. V. 50, p. 365-386, 1997.

STERN, Eugene Gressman, SHAPIRO, Stephen, and Kenneth Geller. *Supreme Court Practice, 7th ed.* Washington, D.C.: Bureau of National Affairs, 1993.

TAVARES. André Ramos. *Tribunal e jurisdição constitucional*. São Paulo: Celso Bastos editor, 1998.

TEUBNER, G. Die episteme des rechts. In: D. Grimm (ed.) *Wachsende Staatsaufgaben – sinkende Steuerungsfähigkeit des rechts*. Baden-Baden, 1990.

TOCQUEVILLE, Alexis de. *A democracia na América*. São Paulo: Ed. Universidade de São Paulo, 1977.

TRUMAN, David B. The governmental process. *The Oxford Handbook of Classics in Public Policy and Administration*, 1951, DOI: 10.1093/oxfordhb/9780199646135.013.16

TYLER, Tom R., MITCHELL, Gregory. Legitimacy and the empowerment of discretionary legal authority: The United States Supreme Court and abortion rights. *Duke Law Journal*. V. 43, n. 1994.

VANBERG, Georg. Legislative-Judicial Relations: A Game-Theoretic Approach to Constitutional Review. *American Journal of Political Science*, vol. 45, no 2, pp. 346-361, 2001.

VOSE, Clement E.. Caucasians only: the supreme court, the NAACP and the restrictive covenant cases. V. 163. N. 76, pp. 193-99, 1959.

WALDRON, Jeremy. The core of the case against judicial review. *The Yale Law Journal*. N. 115, 2005, p. 1346-1406.

ZAIDEN, Juliano Benvindo. Brazil's Increasingly Politicized Supreme Court. ICONnect, 20/02/2017. Disponível em: <http://www.iconnectblog.com/2017/02/brazils-increasingly-politicized-supreme-court/>. Acesso em 20/02/2017.

