

INSTITUTO BRASILEIRO DE ENSINO, DESENVOLVIMENTO E PESQUISA
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* EM DIREITO
MESTRADO EM DIREITO CONSTITUCIONAL

BRUNO GIOVANI LIMA SOUZA

A NECESSIDADE OU NÃO DE VINCULAÇÃO ENTRE A FUNDAMENTAÇÃO
DECISÓRIA E OS ARGUMENTOS LEVANTADOS PELO *AMICUS CURIAE* NO
CONTROLE ABSTRATO DE CONSTITUCIONALIDADE

TERESINA

2023

BRUNO GIOVANI LIMA SOUZA

**A NECESSIDADE OU NÃO DE VINCULAÇÃO ENTRE A FUNDAMENTAÇÃO
DECISÓRIA E OS ARGUMENTOS LEVANTADOS PELO AMICUS CURIAE NO
CONTROLE ABSTRATO DE CONSTITUCIONALIDADE**

Dissertação de Mestrado desenvolvida sob a orientação do Prof. Dr. Osmar Paixão Côrtes e apresentada ao PPGD/IDP como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito Constitucional.

TERESINA

2023

Código de catalogação na publicação – CIP

S729n Souza, Bruno Giovanni Lima

A necessidade ou não de vinculação entre a fundamentação decisória e os argumentos levantados pelo amicus curiae no controle abstrato de constitucionalidade / Bruno Giovanni Lima Souza. Brasília: Instituto Brasileiro Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa, 2023.

95 f.

Dissertação - Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa – IDP, Mestrado Acadêmico em Direito Constitucional, 2023.

Orientador(a): Prof. Dr. Osmar Paixão Côrtes.

1. Amicus curiae. 2.Fundamentação. 3. Argumentação. 4. Controle de Constitucionalidade.
I.Título

CDD 341.2

Elaborada pela Biblioteca Ministro Moreira Alves

BRUNO GIOVANI LIMA SOUZA

**A NECESSIDADE OU NÃO DE VINCULAÇÃO ENTRE A FUNDAMENTAÇÃO
DECISÓRIA E OS ARGUMENTOS LEVANTADOS PELO AMICUS CURIAE NO
CONTROLE ABSTRATO DE CONSTITUCIONALIDADE**

Dissertação de Mestrado desenvolvida sob a orientação do Prof. Dr. Osmar Paixão Côrtes e apresentada ao PPGD/IDP como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito Constitucional.

Teresina-PI, 04 de julho de 2023.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Osmar Mendes Paixão Côrtes (Orientador)
Instituição: IDP

Prof. Dr. Fábio Lima Quintas
Instituição: IDP

Prof. Dr. André Macedo de Oliveira
Instituição: UnB

AGRADECIMENTOS

Ser grato é consequência de saber que esforços solitários são sempre vãos. Conta-se que, certa vez, Isaac Newton, um dos pais da física clássica, escreveu em uma carta endereçada a Robert Hooke: “Se eu vi mais longe, foi por estar sobre ombros de gigantes”. Hoje sei reconhecer o privilégio de poder ter contado com muitos gigantes ao longo da minha caminhada acadêmica, os quais me fizeram dar passos além de onde eu imaginava que poderia chegar. São professores e colegas de turma que me ensinaram e proporcionaram ricos debates durante esses anos de pesquisa. A eles a minha profunda gratidão. Sou grato especialmente ao Prof. Osmar Côrtes pela orientação sempre atenciosa e gentil.

Agradeço pelo suporte da minha família e dos meus amigos. O apoio incondicional daqueles que nos amam é capaz de nos dar força para chegarmos a lugares incríveis.

*“Com efeito, para argumentar, é preciso ter apreço pela adesão do interlocutor,
pelo seu consentimento, pela sua participação mental.”*

(Chaim Perelman)

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1. CONSIDERAÇÕES INTRODUTÓRIAS SOBRE O <i>AMICUS CURIAE</i>	14
1.1. Origens e evolução histórica do <i>amicus curiae</i>	14
1.2. Previsão do <i>amicus curiae</i> no direito brasileiro	19
1.3. Características, natureza jurídico-processual e funções do <i>amicus curiae</i>	22
1.4. A pluralização da interpretação constitucional através do <i>amicus curiae</i>	27
2. JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E A DIALÉTICA NO CONTROLE ABSTRATO DE CONSTITUCIONALIDADE	35
2.1. A natureza e o papel da jurisdição constitucional	35
2.1.1. Os dois principais modelos de jurisdição constitucional: o modelo norte-americano e o modelo austríaco-kelseniano:	37
2.1.2. Natureza jurídica e política da jurisdição constitucional.....	41
2.2. Algumas considerações sobre o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade	42
2.2.1. O poder contramajoritário do STF	44
2.2.2. A inovação do ordenamento pelo STF	47
2.3. A dialética do controle abstrato de constitucionalidade	49
2.4. Natureza objetiva do controle abstrato de constitucionalidade e causa de pedir aberta.....	53
3. FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES NO CONTROLE ABSTRATO DE CONSTITUCIONALIDADE	58
3.1. Racionalidade da decisão e argumentação jurídica	58
3.2. O auditório do STF no controle abstrato de constitucionalidade	63
3.3. O papel da fundamentação decisória.....	66
3.4. O princípio da motivação analítica.....	71
4. A VINCULAÇÃO ENTRE A FUNDAMENTAÇÃO E OS ARGUMENTOS LEVANTADOS PELO <i>AMICUS CURIAE</i>	74
4.1. Panorama do problema.....	74
4.2. Refutação como adaptação do STF ao seu auditório	80
4.3. Refutação como essência da fundamentação	84
4.4. Novos questionamentos.....	86
CONCLUSÃO	89
REFERÊNCIAS	92

RESUMO

A presente pesquisa analisa a eventual exigibilidade de vinculação entre a fundamentação decisória do STF e os argumentos apresentados pelos *amici curiae* no controle abstrato de constitucionalidade. Analisa se é necessário que a fundamentação do acórdão enfrente todos os argumentos deduzidos pelos *amici curiae* para que a decisão seja considerada legítima. O estudo justifica-se por contribuir no entendimento sobre a natureza da participação do *amicus curiae* e o grau de relevância atribuível aos seus argumentos, o que pode refletir na qualidade das decisões do STF. A metodologia utilizada foi a revisão da literatura relativa à teoria da decisão e da argumentação jurídica. A pesquisa parte de um exame sobre o papel exercido pelo *amicus curiae* no processo, considerando suas origens e sua previsão em nosso ordenamento, abordando a tentativa de democratizar e pluralizar o processo de interpretação constitucional no STF. Em seguida, são examinadas as implicações que a natureza objetiva do controle abstrato de constitucionalidade traz ao processo dialético entre os participantes do processo, observando os limites de atuação desses atores, em especial as faculdades processuais dos *amici curiae* e os critérios utilizados para sua admissão. Trata da fundamentação jurídica como meio de legitimação da decisão judicial, ressaltando o papel que a interpretação e a argumentação jurídica assumem na sua construção. Aborda-se a teoria da argumentação de Chaïm Perelman no processo deliberativo do STF e na elaboração dos respectivos fundamentos decisórios. Analisa a disciplina conferida à fundamentação das decisões judiciais pelo Código de Processo Civil de 2015. Por fim, conclui se o princípio da fundamentação analítica é aplicável ao controle abstrato de constitucionalidade no que se refere aos argumentos levantados pelos *amici curiae*.

Palavras-chave: *Amicus curiae*; Fundamentação; Argumentação; Controle de constitucionalidade.

ABSTRACT

This research analyzes the eventual enforceability of a link between the Supreme Court decision-making basis and the arguments presented by the amici curiae in the abstract control of constitutionality. It analyzes whether it is necessary for the reasoning of the judgment to face all the arguments deduced by the amici curiae for the decision to be considered legitimate. The study is justified by contributing to the understanding of the nature of the participation of the amicus curiae and the degree of relevance attributable to its arguments, which may reflect on the quality of the decisions of the Supreme Court. The methodology used was the review of the literature on the theory of decision and legal argumentation. The research starts from an examination of the role played by the amicus curiae in the process, considering its origins and its prediction in our legal system, addressing the attempt to democratize and pluralize the process of constitutional interpretation in the Supreme Court. Then, the implications that the objective nature of the abstract judicial review brings to the dialectical process between the participants of the process are examined, observing the limits of action of these actors, in particular the procedural faculties of the amici curiae and the criteria used for their admission. It deals with the legal basis as a means of legitimizing the judicial decision, highlighting the role that legal interpretation and argumentation assume in its construction. Chaïm Perelman's theory of argumentation is discussed in the deliberative process of the Supreme Court and in the elaboration of the respective decision-making grounds. It analyzes the discipline given to the reasoning of judicial decisions by the Civil Procedure Code of 2015. Finally, it concludes whether the principle of analytical reasoning is applicable to the abstract control of constitutionality with regard to the arguments raised by the amici curiae.

Keywords: *Amicus curiae*; Motivation; Argumentation; Constitutional control.

INTRODUÇÃO

A introdução do *amicus curiae* no direito brasileiro partiu da constatação de que era necessário pluralizar o debate constitucional, expandindo os campos interpretativos da Constituição para além de um círculo fechado de hermenutas jurídicos e abrir espaço para que a Constituição pudesse ser legitimamente interpretada pelos próprios cidadãos destinatários da norma. Ao rever a constitucionalidade dos atos normativos, as decisões do Supremo Tribunal Federal geram consequências que incidem diretamente na vida dos cidadãos, que, a princípio, não teriam a oportunidade de ter seus argumentos ouvidos e apreciados dentro de um processo judicial formal. Deste modo, a participação dos *amici curiae* nas ações do controle concentrado de constitucionalidade surge como um mecanismo que busca amenizar o déficit democrático da jurisdição constitucional, na medida em que os setores sociais que serão diretamente afetados pelas decisões podem expor informações e argumentos, com potencial de influenciar o pronunciamento final da corte.

A importância da função representativa que o *amicus curiae* assume no controle de constitucionalidade dá ensejo à expectativa de que sua contribuição possa exercer real influência sobre o julgamento. Isto é, espera-se que as teses, informações e argumentos suscitados por ele sejam devidamente enfrentados e levados em consideração quando da elaboração da fundamentação decisória. Todavia, a prática distancia-se da expectativa, visto que frequentemente as decisões do Supremo Tribunal Federal deixam de empreender uma análise sobre os fatos e argumentos abordados por esses terceiros e, em certos casos, tais argumentos nem mesmo são mencionados na fundamentação. Assim, apesar do notável avanço em se permitir o ingresso de órgãos e entidades capazes de ampliar o debate no controle abstrato de constitucionalidade, muitas vezes o *amicus curiae* tem se mostrado um instituto apenas simbólico, já que dispõe de reduzida capacidade de influência.

Mais do que isso, em determinados casos, o Tribunal faz o uso seletivo dos argumentos levantados pelos *amici curiae*, ressaltando apenas os argumentos e informações relevantes para sustentar a tese adotada pelo julgador e silenciando sobre os argumentos que não corroboram os fundamentos da decisão. Essa utilização estratégica dos argumentos apresentados revela que a Corte proferiu sua decisão sem atentar-se para a pluralidade de argumentos e abordagens proporcionada pela participação do amigo da corte.

Desse modo, em uma análise mais aprofundada acerca da participação do *amicus curiae* no controle concentrado de constitucionalidade, é necessário atentar para a funcionalidade das decisões que a sobrevêm, averiguando-se o grau de vinculação que deve haver entre os argumentos expostos pelos *amici curiae* e as razões de decidir apresentadas na fundamentação do acórdão.

Com efeito, o exercício da função jurisdicional dentro de um Estado Democrático de Direito, diferentemente do que ocorre em estados autoritários, pressupõe a justificação do poder de forma racional e argumentativa através da fundamentação das decisões proferidas. Por esta razão, o artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal, determina que todas as decisões dos órgãos do Poder Judiciário devem ser fundamentadas, sob pena de nulidade. A motivação decisória cumpre, assim, uma relevante função política de legitimação dos provimentos jurisdicionais. Tendo em vista que os membros do Poder Judiciários não são escolhidos pelo voto popular, seus atos decisórios são legitimados através da justificação. Eles devem expor, em sua fundamentação, o percurso metodológico e interpretativo por meio do qual se possa concluir que a decisão proferida é racionalmente aceitável.

A propósito, foi atento à fundamentação como fator de legitimação das decisões judiciais, que o Código de Processo Civil tratou de disciplinar o tema, indicando hipóteses de vícios de fundamentação. Nessa perspectiva, o Código consagra o princípio da motivação analítica ao estabelecer que “não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador” (art. 489, §1º, inciso IV).

Diante da previsão normativa expressa na lei processual, a aplicabilidade do princípio da fundamentação analítica passou a ser incontroversa quanto aos processos do juízo ordinário. A divergência sobre o tema remanesce, no entanto, no que tange à necessidade de sua aplicação aos processos do controle abstrato de constitucionalidade. Isso se deve ao fato de que as ações do controle concentrado possuem natureza objetiva e causa de pedir aberta, o que significa que tais ações não se prestam à resolução de litígios entre partes antagônicas. Em verdade, a jurisdição constitucional tem por função a adequação do ordenamento jurídico à Constituição, de modo a preservar-lhe a unidade e a coerência interna. Essa constatação pode dar origem à objeção de que a fundamentação do STF não necessita estar vinculada às informações e teses

levantadas pelos participantes do processo, podendo o Tribunal julgar a constitucionalidade de certa lei por fundamentos autônomos, diversos daqueles trazidos no processo.

Dessa forma, a pesquisa pretende responder à seguinte pergunta: no âmbito do controle abstrato de constitucionalidade, é necessário que a fundamentação do acórdão enfrente todos os argumentos deduzidos pelos *amici curiae* para que a decisão seja considerada legítima? Ou, ao contrário, a participação do *amicus curiae* serviria de simples vetor interpretativo, sem necessária vinculação entre seus argumentos e as razões de decidir do tribunal?

A importância da pesquisa se revela na medida em que responder ao questionamento proposto nos permitirá inferir sobre a natureza da participação do *amicus curiae* e o grau de relevância atribuível aos seus argumentos.

O objetivo geral da pesquisa consiste em analisar a eventual exigibilidade de vinculação entre as razões de decidir do STF e os argumentos apresentados pelos *amici curiae* no controle abstrato de constitucionalidade. A pesquisa parte de um exame sobre o papel exercido pelo *amicus curiae* no processo, considerando suas origens e sua previsão em nosso ordenamento, abordando a tentativa de democratizar e pluralizar o processo de interpretação constitucional no STF.

Em seguida, examinam-se as particularidades da natureza e do papel da jurisdição constitucional, ao tempo em que são tecidas certas considerações sobre o sistema de controle de constitucionalidade brasileiro. Nesse contexto, explica-se de que forma o poder contramajoritário exercido pelo STF e seu poder de inovar o ordenamento jurídico evidenciam a necessidade de fundamentação convincente. São examinadas as implicações que a natureza objetiva do controle abstrato de constitucionalidade traz ao processo dialético entre os participantes do processo, observando os limites de atuação desses atores, em especial as faculdades processuais dos *amici curiae* e os critérios utilizados para sua admissão no processo.

Trata-se da fundamentação jurídica como meio de legitimação da decisão judicial, ressaltando o papel que a interpretação e a argumentação jurídica assumem na sua construção. Diante disso, valendo-se da teoria da argumentação de Chaïm Perelman, procede-se a uma análise acerca da racionalidade das decisões e da respectiva fundamentação decisória no Supremo Tribunal Federal, identificando-se o auditório a que o Tribunal se dirige. Analisa-se a disciplina conferida à fundamentação das decisões judiciais pelo Código de Processo Civil de

2015, especialmente no que se refere ao princípio da fundamentação analítica, ocasião em que se questiona a aplicabilidade do referido princípio à jurisdição constitucional.

Por fim, a pesquisa conclui que, embora não seja uma condição de validade da decisão, é necessário que o Supremo Tribunal Federal analise e se pronuncie sobre todos os argumentos levantados pelos *amici curiae* para que a fundamentação decisória cumpra eficazmente a sua função e assegure seu potencial de convencimento. Infere-se que a refutação aos argumentos suscitados pelo *amicus curiae* é essencial à própria natureza da argumentação jurídica e é o meio pelo qual o Supremo Tribunal Federal adequará o discurso ao auditório que busca convencer.

1. CONSIDERAÇÕES INTRODUTÓRIAS SOBRE O *AMICUS CURIAE*

1.1. *Origens e evolução histórica do amicus curiae*

O esforço teórico para construir uma definição precisa de *amicus curiae* defronta-se com o fato de que, ao longo do tempo, a jurisprudência buscou preservar exatamente a flexibilidade do instituto, evitando que recaíssem sobre ele parâmetros muito rígidos quanto à sua atuação e sua natureza.¹ Assim, conforme ressalta Macy Mirsane, “a definição de *amicus curiae* é baseada em suas funções, e como o papel do *amicus curiae* tem mudado ao longo do tempo, deve ser definido no contexto especial ou jurisdição sob consideração”.²

Sem correr o risco de reduzir a abrangência conceitual do *amicus curiae*, podemos dizer que o termo em latim, que significa “amigo da corte”, é usado para referir-se a alguém que, não sendo parte formal do processo, traz ao conhecimento do tribunal informações e suscita perspectivas que ainda não haviam sido consideradas sobre a matéria posta para julgamento, com o objetivo de assegurar uma melhor qualidade da decisão.³

Assim, para a finalidade da presente pesquisa, mais relevante do que fornecer uma definição exaustiva do instituto do *amicus curiae*, é compreender as suas origens e como o seu papel tem evoluído durante o decorrer dos anos, até apresentar-se sob a forma encontrada no ordenamento jurídico brasileiro atualmente.

Encontram-se nos institutos romanos as origens mais remotas do *amicus curiae*. Constatam-se indícios de ter raízes no sistema inquisitorial do direito romano ainda no século III. Nessa época, os altos cargos de responsabilidade do Império dispunham de ministros ou de um *consilium*, o qual era responsável por fornecer sua opinião consultiva. A propósito, a consulta realizada por uma autoridade antes da tomada de decisão consistia em verdadeiro dever moral imposto pela tradição romana, de sorte que o próprio Imperador contava com um corpo de conselheiros formado por seus amigos íntimos.⁴

¹ KRISLOV, Samuel. *The amicus curiae brief. From friendship to advocacy*. Yale Law Journal, v.72, 1962, p. 695.

² MIRSANE, Macy. *The roles of amicus curiae (friend of the court) in judicial systems with emphasis on Canada and Alberta*. Alta. L. Rev., v. 59, 2021, p. 670. Em tradução livre. No original lê-se: “The definition of *amicus curiae* is a function-based one, and since the role of *amicus curiae* has changed over time, it should be defined in the special context or jurisdiction under consideration.”

³ *Ibidem*.

⁴ *Idem*, p. 671.

Esse *consilium* funcionava como órgão de natureza consultiva também perante o juiz romano, em questões políticas, religiosas, administrativas, dentre outras. Dessa forma, o *consillarius* romano prestava auxílio ao juiz caso fosse convocado para tanto – ou seja, sua intervenção era sempre provocada – e manifestava-se livremente conforme suas próprias convicções.⁵

A origem romana do instituto não é unanimidade entre os pesquisadores, visto que certos autores consideram que o perfil do *consillarius* guardaria mais semelhança com o perito judicial do que propriamente com o *amicus curiae* encontrado do direito penal inglês, conforme aponta Damares Medina Coelho.⁶

O instituto avança e se desenvolve durante a Idade Média, período em que os juízes poderiam recorrer aos sábios do direito, os quais compunham o *consilium sapientis*.

No sistema da *common law*, as primeiras aparições do *amicus curiae* remontam ao século XIV, quando estes eram incumbidos de recordar os juízes de como haviam sido julgados casos anteriores, na ausência de uma sistematização de precedentes.⁷ Cassio Scarpinella Bueno aponta que, a partir do século XVII, já é possível identificar a presença do instituto de forma mais sistematizada no direito inglês. Nessa época, o *amicus curiae* se apresentava diante das cortes na condição de *attorney general* ou *counsel*, com o encargo de informar, de maneira sistemática e atualizada, as leis e precedentes que porventura não fossem de conhecimento dos magistrados.⁸ Nesse contexto, a admissão do *amicus curiae* e os limites de sua atuação eram preponderantemente condicionados pela discricionariedade do juiz.

Assim, originalmente, o *common law* concebeu o *amicus curiae* como alguém que, sem possuir interesse na causa, prestava ao magistrado esclarecimentos a respeito de questões de fato e de direito que pudessem passar despercebidas.⁹

Até os dias de hoje, o *amicus curiae* na Inglaterra preserva, em certa medida, características clássicas do instituto. Com isso se quer dizer que o *amicus curiae* inglês se expressa na admissão de pessoa investida em cargo de prestígio e em posição de neutralidade, que emite sua opinião acerca de questões de fato ou de direito, a fim de auxiliar a corte na

⁵ BUENO, Cassio Scarpinella. *Amicus Curiae no Processo Civil Brasileiro - Um terceiro enigmático*, 3ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2012, p. 111-112.

⁶ COELHO, Damares Medina. *Amicus curiae: amigo da corte ou amigo da parte?* São Paulo: Editora Saraiva, 2010, p. 13.

⁷ MIRSANE, *op. cit.*, p. 673

⁸ BUENO, *op. cit.*, p. 114.

⁹ KRISLOV, *op. cit.*, p. 695.

tomada de decisão.¹⁰ A intervenção do *amicus curiae* se reserva aos casos em que o *Attorney General* (figura que a nós se equipara ao Procurador-Geral da República ou ao Advogado-Geral da União) é conclamado para prestar esclarecimentos nos casos que envolvam interesses da Coroa ou interesses públicos, e ainda, possivelmente, quando entidades profissionais são chamadas a juízo para prestar informações relativas à sua área de atuação.¹¹

O desenvolvimento do instituto no direito norte-americano foi decorrência direta do *amicus curiae* concebido pelo direito inglês. Identifica-se o ano de 1812 como o marco inaugural da intervenção de *amicus curiae* nos Estados Unidos, quando o *Attorney General* foi admitido no caso *The Schooner Exchange v. McFaddon*, a fim de que manifestasse sua opinião sobre questões relativas à Marinha.¹²

Interessa observar que, no princípio, a admissão de *amicus curiae* nos Estados Unidos restringia-se aos casos em que algum dos entes federados ou a Administração Federal ingressavam em juízo reivindicando a tutela de certo interesse público em detrimento de interesses privados, situações estas que acabavam por demandar esclarecimentos sobre a correta aplicação da lei federal ou estadual.¹³

Com o tempo, as características clássicas do *amicus curiae* passaram a ser flexibilizadas, abrindo espaço para o surgimento dos “*partisan amici*” ou “*amici partidários*”, isto é, *amici* que possuíam interesse no julgamento da causa. Mirsane considera que o aparecimento de *amici* partidários no *common law* data do século XVIII, quando as regras sobre a intervenção de terceiros no processo ainda não haviam sido delineadas. Desse modo, os primeiros *amici* partidários admitidos eram, na verdade, terceiros que não se encontravam representados no processo, mas que possuíam interesse direto sobre o direito em litígio.¹⁴

Segundo Bueno, nos Estados Unidos, ao lado da atuação do *Attorney General* nos casos que envolviam interesse público, a jurisprudência norte-americana, a partir do início do século XX, passou a reconhecer a possibilidade de intervenção de *amicus* nas ações que tratavam de interesses exclusivamente privados. No início, era admitida a intervenção de pequenas associações privadas e, mais adiante, já era comum a ideia de intervenção dos “*amici corporativos*”. Todavia, foi apenas no ano de 1938 que a Suprema Corte norte-americana

¹⁰ MIRSANE, *op. cit.*, p. 673.

¹¹ BUENO, *op. cit.*, p. 115.

¹² KRISLOV, *op. cit.*, p. 698.

¹³ BUENO, *op. cit.*, p. 116.

¹⁴ MIRSANE, *op. cit.*, p. 676.

disciplinou a atuação do *amicus*, estabelecendo que era necessário o consentimento das partes como requisito dessa intervenção. Cumpre registrar que, apesar disso, sempre foi possível que o próprio *amicus curiae* requeresse diretamente à Corte a sua admissão no processo.¹⁵

Essa evolução histórica do *amicus curiae* no direito norte-americano levou a doutrina e a jurisprudência a dividirem o instituto em duas categorias: os *amici* governamentais e os *amici* particulares. Aos *amici* governamentais conferem-se poderes de atuação bem mais amplos que aos *amici* privados. Isso por entender-se que aqueles conduzem uma manifestação imparcial e neutra em prol do interesse público, diferentemente destes, conhecidos também como “*litigant amici*” ou “*amici litigantes*”.¹⁶

Desta feita, constata-se que, no processo de incorporação do *amicus curiae* do direito inglês para o norte-americano, o instituto sofreu alteração no que diz respeito a uma das suas características essenciais, qual seja, a alegada neutralidade de sua participação. Vale dizer, no direito norte-americano, o *amicus curiae* passa, então, a ser um interessado na solução do litígio.

Devido às particularidades deste novo modelo de *amicus*, bem como ao avolumamento de intervenções de *amici curiae* litigantes, a Suprema Corte dos Estados Unidos foi levada a disciplinar sua participação, o que foi feito especialmente através da Regra 37 do seu Regimento Interno. Além disso, a Regra 29 das *Federal Rules of Appellate Procedure* também dispõe de requisitos específicos para a intervenção de *amicus curiae*.¹⁷

Atualmente, a Regra 37 da Suprema Corte determina que a intervenção do *amicus curiae* somente será deferida caso agregue ao conhecimento da Corte um assunto relevante que ainda não tenha sido objeto de apreciação. Além disso, o *amicus* necessita ser devidamente representado por advogado que tenha capacidade de postular perante o Tribunal e sua participação é condicionada ao consentimento das partes ou, em última análise, à permissão concedida pela Corte.¹⁸ Vale ressaltar que, em contraste a esta última exigência, a Regra 29 das *Federal Rules of Appellate Procedure* dispõe que os entes públicos podem manifestar-se na qualidade de *amicus curiae* sem a necessidade de prévio consentimento das partes ou mesmo de autorização do Tribunal.¹⁹

¹⁵ BUENO, *op. cit.*, p. 117.

¹⁶ *Idem*, p. 118-121.

¹⁷ MIGLIAVACCA, Carolina Moraes. *Amicus Curiae no Código de Processo Civil de 2015: suas duas funções*. Londrina: Editora Thoth, 2021, p. 25.

¹⁸ USA. *Rules of the Supreme Court of the United States. Rule 37*. Disponível em: <https://www.supremecourt.gov/ctrules/2019RulesoftheCourt.pdf>. Acesso em 02.08.2022.

¹⁹ BUENO, *op. cit.*, p. 124.

Bueno expõe que o *amicus curiae* terminou por ser naturalmente incorporado no direito de outros países do sistema do *common law*, tais como Canadá, onde há previsão normativa expressa a regular o instituto, e a Austrália, onde a intervenção de *amicus curiae* é reconhecida pela praxe judiciária, em que pese não haver disciplina legal.²⁰

Entretanto, o fato de o *amicus curiae* ser figura típica do *common law* não impediu que certos países que adotam o sistema do *civil law* pudessem adaptar o instituto para seus próprios ordenamentos. A propósito, Mirsane chega a afirmar que “a instituição do *amicus curiae* é ainda mais compatível com a natureza do sistema do *civil law*”,²¹ tendo em vista que, historicamente, nesse sistema, os juízes possuem maior liberdade instrutória para extrair elementos de convicção diretamente de outras fontes que não aquelas fornecidas pelas partes no processo.

Este é o caso, por exemplo, do direito francês, que embora não possua previsão legal expressa que sistematize a intervenção de *amicus curiae*, tem admitido sua participação através do permissivo trazido nas regras que disciplinam a produção probatória, mais especificamente nas normas dispostas entre os artigos 179 e 183 do Código de Processo Civil Francês. O texto legal admite genericamente que o juiz se valha da oitiva de qualquer pessoa que possa contribuir para o alcance da verdade, a fim de melhor subsidiar a formação do seu convencimento. Assim, por meio dessa previsão normativa, os tribunais franceses têm permitido a intervenção de *amici curiae* para auxiliá-los na produção de decisões não somente corretas, mas que também estejam em harmonia com os valores presentes no contexto sociocultural.²²

De modo semelhante, o direito italiano, adepto do sistema da *civil law*, sem dispor de expressa previsão do instituto, passa a admiti-lo por analogia às regras de direito processual civil que permitem aos juízes “determinar, de ofício ou a requerimento das partes, que os sindicatos prestem determinadas informações em juízo, nos termos do art. 421, comma 2o, e art. 425, ambos do Código de Processo Civil italiano”.²³

Tal como outros países do *civil law*, o Brasil passou a admitir a possibilidade de intervenção de *amicus curiae*. Inicialmente, a previsão de sua intervenção foi contemplada em algumas leis esparsas que se destinavam a regular procedimentos específicos. Logo depois, sua

²⁰ *Idem*, p. 128-129.

²¹ MIRSANE, *op. cit.*, p. 673. Tradução livre. No original: “*The institution of amicus curiae is even more compatible with the nature of the civil law system since in the inquisitorial judicial system judges have historically had broad powers to control the litigation through soliciting and gathering information from sources other than parties.*”

²² BUENO, *op. cit.*, p. 130-131.

²³ *Idem*, p. 132.

participação passa a integrar o controle concentrado de constitucionalidade e, atualmente, é um instituto previsto expressa e nominalmente pelo Código de Processo Civil.

Nota-se que, ao longo do tempo, durante sua evolução e seu processo de incorporação pelos diferentes sistemas jurídicos, a figura do *amicus curiae* se viu contemplada em diversas formas, podendo apresentar variação de suas características a depender do ordenamento em que se acha inserido, bem como das finalidades a que se destina e circunstâncias de sua atuação no processo.

1.2. Previsão do *amicus curiae* no direito brasileiro

No Brasil, a primeira previsão legal do *amicus curiae* se deu com a edição da Lei 6.616/78, que, modificando a redação do art. 31 da Lei 6.385/76, passou a permitir que a Comissão de Valores Mobiliários oferecesse parecer ou prestasse esclarecimentos acerca das causas que envolvessem questões societárias sujeitas a seu âmbito de fiscalização.²⁴ Posteriormente, é possível constatar a previsão do *amicus curiae* expressa na possibilidade de intervenção da União nas causas que figurassem como parte os entes da administração federal indireta, conforme os termos da Lei 8.197/91 e da Lei 9.469/97. Além disso, a Lei 8.884/94, que dispunha sobre os crimes contra a ordem econômica, trouxe previsão da figura do *amicus curiae* ao permitir a intervenção do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). No mesmo sentido, a Lei 9.784/99, que regula o processo administrativo no âmbito federal, previu o instituto ao admitir a abertura de “período de consulta pública para manifestação de terceiros” sempre que o mérito do processo “envolver assunto de interesse geral”.²⁵

Todavia, foi com a edição da Lei 9.868/99, que incorporou o *amicus curiae* ao procedimento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal, que o instituto ganhou maior notoriedade no direito brasileiro. A referida lei, ao vedar a intervenção de terceiros no processo, faz uma ressalva em seu artigo 7º, §2º, estabelecendo que “o relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, poderá, por despacho irrecorrível, admitir,

²⁴ CABRAL, Antonio do Passo. *Pelas asas de Hermes: a intervenção do amicus curiae, um terceiro especial*. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, v. 234, out./dez. 2003, p. 115-116.

²⁵ BRASIL. Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999. *Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19784.htm. Acesso em: 09.08.2022.

observado o prazo fixado no parágrafo anterior, a manifestação de outros órgãos ou entidades.”²⁶

De modo semelhante, a Lei nº 9.882/99, que define o procedimento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, admite a intervenção de *amicus curiae* ao dispor que o relator pode autorizar, a seu critério, “sustentação oral e juntada de memoriais, por requerimento dos interessados no processo”.²⁷

Há de se ressaltar que, antes mesmo da edição da Lei 9.868/99, o Supremo Tribunal Federal, no ano de 1994, já havia permitido a intervenção de *amicus curiae* em ação direta de inconstitucionalidade, quando a Comissão de Constituição e Justiça da Assembleia Legislativa do Rio Grande do Sul manifestou-se na ADI 748,²⁸ apresentando estudos técnicos, pareceres e esclarecimentos sobre a matéria objeto da ação. Por ocasião do julgamento do Agravo Regimental interposto, o relator Ministro Celso de Mello referiu-se expressamente a essa manifestação como hipótese de intervenção de *amicus curiae*, assegurando não se tratar do caso de intervenção de terceiro:

Não se pode desconhecer, neste ponto – e nem há possibilidade de confusão conceitual com esse instituto –, que o órgão da Assembléia gaúcha claramente atuou, na espécie, como verdadeiro *amicus curiae*, vale dizer, produziu informalmente, sem ingresso regular na relação processual instaurada, e sem assumir a condição jurídica de sujeito do processo de controle normativo abstrato, peças documentais que, desvestidas de qualquer conteúdo jurídico, veiculam simples informações e meros subsídios destinados a esclarecer as repercussões que, no plano social, no domínio pedagógico

²⁶ BRASIL. Lei nº 9.868 de 10 de novembro de 1999. *Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19868.htm. Acesso em: 09.08.2022.

²⁷ BRASIL. Lei nº 9.882 de 3 de dezembro de 1999. *Dispõe sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do § 1º do art. 102 da Constituição Federal*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19882.htm. Acesso em: 09.08.2022.

²⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 748. Relator: Celso de Mello, Tribunal Pleno, julgado em 01/08/1994, DJ 18-11-1994. EMENTA: 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. Simples juntada, por linha, de peças documentais apresentadas por órgão estatal que, sem integrar a relação processual, agiu, em sede de ação direta de inconstitucionalidade, como colaborador informal da Corte (*amicus curiae*): situação que não configura, tecnicamente, hipótese de intervenção *ad coadjuvandum*. - Os despachos de mero expediente - como aqueles que ordenam juntada, por linha, de simples memorial expositivo -, por não se revestirem de qualquer conteúdo decisório, não são passíveis de impugnação mediante agravo regimental (CPC, art. 504). Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur117017/false>. Acesso em: 13.08.2022.

e na esfera do convívio familiar, tem representado, no Estado do Rio Grande do Sul, a experiência de implantação do Calendário Rotativo Escolar.²⁹

Vale observar que a presença do *amicus curiae* no Supremo Tribunal Federal não se restringe ao controle concentrado de constitucionalidade, mas o instituto também se faz presente no controle difuso, sendo possível sua admissão no julgamento de recurso extraordinário. A Lei nº 11.418/06, que deu regramento à repercussão geral como requisito para o conhecimento do recurso extraordinário, incluiu o art. 543-A no Código de Processo Civil de 1973, que, em seu parágrafo 6º, estabelecia: “O Relator poderá admitir, na análise da repercussão geral, a manifestação de terceiros, subscrita por procurador habilitado, nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal”.³⁰ Posteriormente, o Código de Processo Civil de 2015 transpôs integralmente o texto desse dispositivo para o seu art. 1.035, §4º.³¹ Vale dizer, o novo código preservou a possibilidade interventiva do *amicus curiae* no julgamento do recurso extraordinário tal como o código anterior.

Outrossim, o Código de Processo Civil de 1973 já autorizava a intervenção de *amicus curiae* no julgamento de recursos especiais repetitivos pelo Superior Tribunal de Justiça, ao dispor que o relator, julgando ser relevante a matéria discutida, poderia “admitir manifestação de pessoas, órgãos ou entidades com interesse na controvérsia”, segundo redação do art. 543-C, §4º, daquele diploma legal.³²

Além das já citadas fontes normativas que fundamentam a participação do amigo da corte no processo, também é possível identificar referências a este instituto na Lei 9.279/96, que regulamenta a propriedade industrial, bem como no Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil e na Lei nº 10.259/01, que rege a uniformização da jurisprudência nos juizados especiais federais.³³

Essas diversas previsões da intervenção de *amicus curiae* na legislação esparsa que, embora não se referissem nominalmente ao instituto, já possibilitavam a sua intervenção como

²⁹ *Idem.*

³⁰ BRASIL. Lei nº 11.418, de 19 de dezembro de 2006. Acrescenta à Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil, dispositivos que regulamentam o § 3º do art. 102 da Constituição Federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11418.htm#art2. Acesso em: 13.08.2022.

³¹ BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11418.htm#art2. Acesso em: 13.08.2022.

³² BRASIL. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15869impressao.htm. Acesso em: 13.08.2022.

³³ MIGLIAVACCA, *op. cit.*, p. 25-26.

um terceiro anômalo no processo, geravam uma série de questionamentos quanto à aplicabilidade, poderes processuais, e critérios de sua admissibilidade. Foi esse cenário que motivou a criação de um regramento mais sistemático para o instituto, que se encontra atualmente previsto no artigo 138 do Código de Processo Civil de 2015.³⁴ Na prática, essa expressa previsão no Código de Processo Civil generaliza a possibilidade de participação de *amici curiae* em qualquer processo cível sujeito às suas regras.

Como se observa, o legislador optou por incluir a figura do *amicus curiae* no Título III do Livro III do Código, que trata das formas de intervenção de terceiros, enquadramento que suscita dissensão doutrinária a respeito da natureza do instituto, como será abordado no tópico seguinte.

O mencionado artigo 138 do CPC estabelece como critério autorizador de admissão de *amici curiae* “a relevância da matéria, a especificidade do tema objeto da demanda ou a repercussão social da controvérsia”. O *amicus curiae* admitido poderá ser tanto pessoa natural como pessoa jurídica, ou mesmo órgão ou entidade especializada. No que tange à limitação dos seus poderes processuais, a lei determina que o *amicus curiae* é impedido de interpor recursos, à exceção de embargos declaratórios e de recurso contra decisão que julga o incidente de resolução de demandas repetitivas. À parte isso, cabe ao próprio juiz ou relator definir quais serão os poderes do *amicus curiae* que admitir.³⁵

Vê-se, portanto, que a figura do *amicus curiae* encontra respaldo legal que justifica sua intervenção tanto no controle de constitucionalidade perante o STF quanto nos processos cíveis de um modo geral, seja qual for o grau de jurisdição considerado.

1.3. Características, natureza jurídico-processual e funções do amicus curiae

Uma vez compreendida a evolução histórica do *amicus curiae* e o modo como se apresenta no ordenamento jurídico brasileiro, é necessário que se compreenda qual o papel exercido por ele no processo. Ou seja, cumpre-nos analisar quais as funções por ele desempenhadas a partir da natureza jurídico-processual de que se reveste.

Como visto, o legislador elencou o *amicus curiae* dentre as modalidades de intervenção de terceiros. Este enquadramento dado pelo Código de Processo Civil ao *amicus curiae* é um

³⁴ *Idem*, p. 28.

³⁵ BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil, *op. cit.*

ponto que deve nos conduzir ao seguinte questionamento: a manifestação de *amicus curiae* pode, de fato, ser considerada uma forma de intervenção de terceiro?

Por certo, a classificação legislativa se vale da concepção literal e genérica segundo a qual “terceiro” é todo aquele que não compõe a relação processual na qualidade de parte em sentido estrito (isto é, autor e réu, estejam estes polos em litisconsórcio ou não). Entretanto, aquilo que justifica a intervenção do *amicus curiae* difere do fundamento que embasa as modalidades de intervenção de terceiros previstas entre os artigos 119 a 137 (assistência, denúncia da lide, chamamento ao processo e incidente de desconsideração da personalidade jurídica).³⁶

Segundo Carolina Migliavacca, a acepção técnica de intervenção de terceiro pressupõe a existência de interesse jurídico imediato no direito material que está sob litígio, com a necessária demonstração de que o terceiro será atingido pela decisão judicial, situação que autoriza-o a tomar parte no contraditório e contribuir na produção de provas. Além disso, o terceiro deve demonstrar a existência de relação jurídica com pelo menos uma das partes do processo. Desse modo, o interesse jurídico do terceiro interveniente não se confunde com o interesse do *amicus curiae*, que encontra em outro plano a justificativa de sua participação. Segundo a autora:

O terceiro, para intervir (provocada ou espontaneamente) por meio de uma das formas de intervenção deve demonstrar (ou ter demonstrado por quem requer a intervenção provocada) a potencial repercussão que aquela decisão poderá gerar para a sua *esfera jurídica* no plano do direito material (não econômica, não social, não moral, não institucional, não representativa, não afetiva).³⁷

Com isso, o esclarecimento que deve ser tomado como ponto inicial é que a natureza do *amicus curiae* não é a mesma que a do assistente nem que a dos terceiros intervenientes na denúncia à lide, no chamamento ao processo ou no incidente de desconsideração da personalidade jurídica, exatamente porque o *amicus curiae* não possui, e nem mesmo deve possuir, relação jurídica de direito material com as partes do processo, de maneira que o seu interesse na demanda é essencialmente institucional e instrutório. Quando a lei e parte da doutrina referem-se ao *amicus curiae* como terceiro interveniente, o fazem em termos

³⁶ MIGLIAVACCA, *op. cit.*, p. 34-37.

³⁷ *Idem*, p. 35-36.

genéricos, como o faz Antonio do Passo Cabral, que considera o amigo da corte como “um terceiro *sui generis* (ou terceiro especial, de natureza excepcional) e sua intervenção pode ser classificada como atípica.”³⁸

Talamini distingue ainda a função desempenhada pelo *amicus curiae* daquela exercida pelo perito e pelo Ministério Público na condição de *custos legis*. Embora o *amicus* possa ser admitido no processo para contribuir com informações técnico-científicas de determinada área, ele não se destina à finalidade probatória própria do perito, que busca a reconstituição de fatos pretéritos discutidos no litígio. Tampouco atua no processo para fiscalizar a ordem jurídica, como faz o Ministério Público.³⁹

Para que se possa compreender melhor o papel que o *amicus curiae* desenvolve no processo, deve-se atentar ao fato de que o instituto é, antes de tudo, um mecanismo de abertura do sistema jurídico. Por um lado, consiste na abertura para a apreensão de informações e conhecimentos extrajurídicos, com a finalidade de trazer esclarecimentos técnicos sobre a matéria objeto da demanda e, por outro lado, representa a abertura interpretativa do direito, através da inclusão de novos agentes no processo hermenêutico, os quais representam grupos sociais e os valores por eles defendidos.

Bueno considera superado o modelo de sistema jurídico cognitivamente fechado em si. Para ele, a tradicional ideia de pureza metodológica da ciência jurídica, lastreada em uma rígida separação entre o que pode e o que não pode ser objeto de apreciação do direito (ou nos termos da teoria kelseniana, fale-se na distinção entre o “ser” e o “dever-ser”) já não é suficiente para garantir ao intérprete e aplicador do direito a adequada solução dos casos que são postos diante de si. Compreende-se atualmente que o sistema jurídico se abre para a apreensão dos diferentes valores que se encontram dispersos na sociedade, a fim de integrá-los ao sistema e enxergá-los como verdadeira matéria-prima a ser manuseada pelo aplicador do direito.⁴⁰

Ao interpretar e aplicar o direito, o julgador não se vale meramente de uma lógica mecânica de subsunção, desvinculada de qualquer exercício valorativo. Ao contrário, a atividade de interpretação e concretização do direito é inegavelmente uma atividade criadora. É durante este processo de suprir lacunas para ajustar o direito ao caso concreto que o julgador

³⁸ CABRAL, *op. cit.*, p. 119.

³⁹ TALAMINI, Eduardo. *O amicus curiae e as novas caras da Justiça*. A&C-Revista de Direito Administrativo & Constitucional, v. 20, n. 79, p. 133-185, 2020, p. 146-147.

⁴⁰ BUENO, *op. cit.*, p. 49-73.

se pautará em elementos notadamente não jurídicos para conduzir sua escolha a respeito de qual será o melhor sentido aplicável à norma, dentre os muitos possíveis.⁴¹

Diante desse cenário, os métodos de interpretação do direito devem ser colocados à disposição do julgador, a fim de tornar possível que ele leve em consideração informações e dados que não fazem parte de sua tradicional formação jurídica.⁴² As novas técnicas hermenêuticas partem do pressuposto que o campo fático e o campo normativo se entrelaçam e devem ser indissociavelmente levados em conta na produção de decisões racionalmente adequadas a cada caso. Nesta tarefa de compreender os fatos através da perspectiva de dos diversos segmentos sociais, bem como entender a real extensão das consequências ali envolvidas, o juiz necessita de auxílio. Para tanto, o papel exercido pelo *amicus curiae* se mostra fundamental.

Com essa compreensão, entende-se que o *amicus curiae* desempenha duas funções no processo: a função instrutória e a função representativa, conforme distinção de que se vale Migliavacca.⁴³

Haverá casos complexos para os quais a solução do mérito necessariamente demandará do magistrado um aprofundamento sobre questões técnicas em que não possui expertise, o que justificará o ingresso de *amici* instrutórios no processo, que o auxiliarão no esclarecimento de tais questões. Não raras vezes o magistrado se defrontará com casos que lhe exijam adentrar no campo de conhecimento da economia, da antropologia, da medicina, e assim por diante. Em razão disso, a figura do *amicus curiae* assume uma posição essencial no processo, exatamente por trazer embasamento de conhecimentos que não se pode esperar serem de domínio do juiz, possibilitando-lhe equacionar as questões fáticas alcançadas pela norma e as consequências práticas que devem condicionar a interpretação e a aplicação do direito.⁴⁴

A título de exemplo, podemos mencionar o julgamento da ADI 3.510, que avaliou a constitucionalidade da Lei nº 11.105/05 (Lei de Biossegurança), a qual autoriza a utilização de células-tronco embrionárias originadas de fecundação *in vitro* para fins de pesquisa e terapia. Com o intuito de analisar se o procedimento de manipulação de tais embriões consistiria violação do direito à vida, o relator da ação, Ministro Ayres Britto, admitiu como *amicus curiae* o Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero – ANIS, em nome de quem se manifestou

⁴¹ *Idem*, p. 54.

⁴² *Idem*, p. 57.

⁴³ MIGLIAVACCA, *op. cit.*

⁴⁴ BUENO, *op. cit.*, p. 69.

a professora da Universidade de Brasília Débora Diniz, trazendo um posicionamento científico a respeito do tema. Vale dizer que nesta mesma ação foram ouvidas em audiência pública vinte e duas autoridades científicas, dentre elas a Dra. Mayana Zatz, professora de genética da Universidade de São Paulo, e a Dra. Lenise Aparecida Martins Garcia, professora do Departamento de Biologia Celular da Universidade de Brasília.⁴⁵

Haverá, porém, outros casos em que a relevância da intervenção do *amicus curiae* não se encontra na possibilidade de trazer conhecimento extrajurídico para o processo, mas na capacidade de atuar como representante da pluralidade de vozes que compõem a sociedade, democratizando a interpretação e o debate do direito, o que contribui para acentuar o grau de legitimidade da decisão proferida.

Este papel representativo do *amicus curiae* pode ser percebido no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26, que equiparou para fins de responsabilização criminal, por meio de interpretação conforme a Constituição, a prática de homofobia e transfobia ao conceito de racismo previsto na Lei nº 7.716. Nesta ação, foram admitidos como *amici curiae* a Frente Parlamentar ‘Mista’ da Família e Apoio à Vida, a Convenção Brasileira de Igrejas Evangélicas Irmãos Menonitas – COBIM, a Associação Nacional de Juristas Evangélicos – ANAJURE, o Grupo Dignidade – Pela Cidadania de Gays, Lésbicas e Transgêneros, o Partido Socialista dos Trabalhadores Unificados – PSTU, o Conselho Federal de Psicologia, a Associação Nacional de Travestis e Transsexuais – ANTRA, a Defensoria Pública do Distrito Federal, o Grupo Gay da Bahia – GGB, a Associação de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais – ABGLT e o Grupo de Advogados pela Diversidade Sexual – GADVS.⁴⁶ Tais entidades funcionaram como representantes dos grupos sociais interessados na decisão.

Note-se que o próprio artigo 138 do Código de Processo Civil contempla as duas funções mencionadas. A lei refere-se à função instrutória do interveniente ao dispor que o *amicus curiae* poderá ser admitido ou solicitado em face da “especificidade do tema objeto da demanda”, caso em que sua atuação será voltada a trazer esclarecimentos técnicos a respeito do tema tratado.

⁴⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3510, Relator: Ayres Britto, Tribunal Pleno, julgado em 29/05/2008, DJe-096. DIVULG 27-05-2010 PUBLIC 28-05-2010. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=611723>. Acesso em: 15.08.2022.

⁴⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26, Relator: Celso de Mello, Tribunal Pleno, julgado em 13/06/2019, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-243 DIVULG 05-10-2020 PUBLIC 06-10-2020. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754019240>. Acesso em: 15.08.2022.

No mesmo dispositivo, a lei faz referência à função representativa ao estabelecer que o *amicus curiae* poderá ser igualmente admitido ou solicitado em virtude da “relevância da matéria” ou da “repercussão social da controvérsia”.

A questão que serve de fundamento para o ingresso do *amicus curiae* no processo é que define se estamos diante de um *amicus curiae* exercendo papel instrutório ou papel representativo. Há de se ressaltar todavia que não há qualquer impedimento para que o mesmo *amicus* exerça simultaneamente ambas as funções na mesma intervenção, o que, à propósito, é comum nas ações do controle abstrato de constitucionalidade.⁴⁷

Deste modo, entendido como um terceiro anômalo (ou *sui generis*), distinto das demais modalidades de intervenção de terceiros pela finalidade que motiva sua atuação, compreende-se a relevância do seu papel, na medida em que instrui o processo com informações técnicas indispensáveis a um julgamento racional da causa e, sob outra perspectiva, funciona como representante dos setores da sociedade que se relacionam com o objeto da demanda.

A presente pesquisa se volta à análise mais aprofundada do *amicus curiae* no exercício da função de representante dos diversos grupos que compõem a sociedade. O estudo recai mais precisamente sobre o desenvolvimento desse papel no âmbito do controle de constitucionalidade perante o STF. É nesse aspecto que o amigo da corte é visto como agente de pluralização da interpretação constitucional, capaz de conferir maior legitimidade democrática ao processo decisório.

1.4. A pluralização da interpretação constitucional através do amicus curiae

A figura do *amicus curiae* foi introduzida nas leis 9.868 e 9.882 com o propósito principal de democratizar e pluralizar a interpretação da Constituição no Supremo Tribunal Federal. A ideia é permitir que se manifestem perante a corte os grupos que serão diretamente alcançados pelas decisões do tribunal, permitindo que a interpretação da Constituição deixe de ser exclusividade dos participantes jurídicos do processo constitucional formal e passe a ser atividade de uma sociedade aberta de intérpretes, segundo os termos cunhados por Peter Häberle.

⁴⁷ MIGLIAVACCA, *op. cit.*, p. 89.

A evolução da hermenêutica constitucional ampliou o debate para além das discussões sobre o método utilizado pelo magistrado no momento de interpretar e aplicar a disposição normativa. A questão que agora também ganha espaço diz respeito ao sujeito que exerce a atividade interpretativa, mais precisamente à necessidade de inclusão de atores não judiciais no processo hermenêutico de uma Constituição que estrutura as relações em uma sociedade plural e democrática.

É nesse contexto que Häberle desenvolve relevante exposição teórica, que pode ser compreendida através da sua obra “A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição”. A propósito, Gilmar Ferreira Mendes reconhece que a institucionalização do *amicus curiae* no controle de constitucionalidade é fruto da influência da doutrina de Häberle no direito brasileiro.⁴⁸

O autor argumenta que a Constituição foi tradicionalmente objeto da interpretação formal realizada por uma sociedade muito restrita de intérpretes jurídicos. Entretanto, a realidade aponta que, paralelamente, há uma interpretação que se opera difusamente entre um círculo muito mais abrangente de sujeitos.⁴⁹ Nesse sentido, expõe:

Propõe-se, pois, a seguinte tese: no processo de interpretação constitucional estão potencialmente vinculados todos os órgãos estatais, todas as potências públicas, todos os cidadãos e grupos, não sendo possível estabelecer-se um elenco cerrado ou fixado com *numerus clausus* de intérpretes da Constituição.⁵⁰

Para Häberle, uma interpretação constitucional aberta, plural e democrática torna-se uma exigência decorrente da ideia de que há uma verdadeira interdependência entre a Constituição e a realidade vivenciada em sociedade: ao mesmo tempo em que a norma constitucional condiciona a formação cultural, sofre ela própria das inovações interpretativas surgidas a partir das transformações sociais. Isto é, “o Direito se apresenta, então,

⁴⁸ MENDES, Gilmar Ferreira. *A influência de Peter Häberle no constitucionalismo brasileiro*. REI-Revista Estudos Institucionais, v. 2, n. 1, p. 30-56, 2016.

⁴⁹ HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional – A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997, p. 11, 12.

⁵⁰ *Idem*, p. 13.

simultaneamente como um produto e também como uma causa cultural”, conforme aponta Mônia Leal.⁵¹

Compreendida nesse aspecto, a Constituição passa por um processo contínuo e aberto de interpretação e ressignificação de suas normas através do tempo. Neste processo de mutação constitucional, todos os cidadãos que vivenciam a Constituição assumem também a posição de participantes da construção do seu sentido.⁵² Aquele, pois, que vive as consequências da aplicação da norma constitucional é seu legítimo intérprete.⁵³

Esta premissa segundo a qual a Constituição pode ser interpretada de forma ampla e legítima por um cidadão hermeneuta que vivencia diariamente a aplicação dos preceitos constitucionais é contrastada com a postura mais tradicional da jurisdição constitucional. Sem a existência de mecanismos de abertura interpretativa, o Poder Judiciário, composto por membros não eleitos pelo povo, profere decisões que incidem diretamente nas mais diversas esferas sociais, sem que os cidadãos afetados tenham a oportunidade de manifestar-se no processo decisório. Com efeito, tal situação traduz-se em um déficit democrático observado tanto na composição do órgão judiciário quanto no processo judicial de controle de constitucionalidade.

As principais críticas à revisão judicial podem ser contempladas em importante artigo escrito pelo jurista neozelandês Jeremy Waldron, intitulado “The Core of the Case Against Judicial Review”. Neste ensaio, Waldron põe sob questionamento o fato de que atos produzidos pelo Legislativo no contexto de um processo democrático possam ser invalidados pela decisão de juízes não eleitos, expondo, a partir daí, a carência de legitimidade democrática da revisão judicial.⁵⁴

O argumento inicial que se desenvolve a favor da revisão judicial da legislação refere-se ao papel estrutural que o Poder Judiciário desenvolve dentro de um sistema de freios e contrapesos. Considerando que os tribunais possuem uma habilidade particular para lidar com questões de direito, o âmbito judicial seria o campo mais adequado para proceder ao controle e aferição da compatibilidade das leis com a Constituição. O grande problema observado por

⁵¹ LEAL, Mônia Clarissa Hennig Leal. *La noción de Constitución abierta de Peter Häberle como fundamento de una jurisdicción constitucional abierta y como presupuesto para la intervención del amicus curiae en el derecho brasileño*. Estudios Constitucionales, año 8, nº 1, 2010, p. 285.

⁵² *Idem*, p. 286, 287.

⁵³ HÄBERLE, *op. cit.*, p. 15.

⁵⁴ WALDRON, Jeremy. *The Core of the Case Against Judicial Review*. The Yale Law Journal, n. 115, 2006. p. 1346-1406.

Waldron é que nem sempre as matérias revistas pelos tribunais são essencialmente jurídicas, mas políticas e morais, e nem sempre a Constituição dispõe de uma solução jurídica clara para as questões envolvidas. Isto é, grande parte das questões que são levadas ao Judiciário a fim de ser discutidas do ponto de vista da interpretação jurídica, na verdade consistem em dissensos sociais em torno de questões de moralidade e política.

Mais do que um procedimento de tomada de decisões que seja convencionado e aceito por todas as partes da controvérsia (*process-related reasons*), é necessário que este seja um procedimento por meio do qual se possa chegar ao resultado mais apropriado e correto (*outcome-related reasons*).⁵⁵ Ao mesmo tempo, tal procedimento deve levar em consideração as reivindicações das pessoas que serão diretamente afetadas pela decisão tomada. Quanto a isso, é de se ressaltar que falta aos juízes certa capacidade de avaliar concretamente qual a decisão mais justa para o caso analisado, tendo em vista a carência de identificação pessoal com as circunstâncias particulares e com as pessoas que serão atingidas pela decisão.

Outro problema que Waldron encontra no processo de tomada de decisão judicial refere-se ao método argumentativo para se chegar a determinada resolução. Isso porque, ao tentar vincular seu raciocínio ao texto constitucional, à doutrina e aos precedentes, os juízes desviam sua atenção das reais questões que estão em jogo, levando-os a proferir decisões que possivelmente não responderão satisfatoriamente o problema.

De fato, é incômodo ao princípio democrático pensar que alguns poucos juízes não eleitos possam tornar inválidas as resoluções dos representantes do povo construídas dentro de um processo legislativo legítimo. Entretanto, a melhor solução para a carência de legitimação democrática da jurisdição constitucional não deve consistir em aniquilar seu poder de rever os atos do Legislativo, mas sim, em dotar os tribunais de instrumentos para que o controle de constitucionalidade praticado pelo Judiciário se dê em proximidade e em consonância com a interpretação desenvolvida no entorno cultural e social. A ideia é permitir aos tribunais a adoção de uma forma de interpretação constitucional mais aberta, plural e democrática.

Dentro dessa nova perspectiva de interpretação judicial da Constituição, os métodos hermenêuticos tradicionais assumem a função de absorver, filtrar e transpor para dentro do

⁵⁵ *Idem*, p. 1375-1377.

sistema jurídico as percepções e argumentos construídos difusamente através da interpretação pluralista.⁵⁶

Tudo isso leva à compreensão de que é necessário criar e aperfeiçoar instrumentos que viabilizem, de forma prática, a interpretação democrática e plural dentro do Supremo Tribunal Federal, e que permitam ao juiz constitucional identificar a diversidade de argumentos trazida por intérpretes extrajudiciais, com vistas a fundamentar suas decisões, de modo a ajustá-las à realidade. É dentro deste contexto que nasce o propósito do *amicus curiae*, que busca trazer para dentro do processo constitucional construções argumentativas que guardem harmonia com pluralismo achado na sociedade civil.⁵⁷

Nesse aspecto, Cabral argumenta que a capacidade democrática do cidadão de participação nos processos decisórios estatais não deve se restringir ao âmbito legislativo, mas transcender para o processo judicial:

Dentre os escopos políticos do processo destaca-se a missão de permitir a participação do indivíduo na vida política do país. Trata-se de peculiar espectro da condição de cidadão, o *status activae civitatis*, que consubstancia o direito fundamental de participação ativa nos procedimentos estatais decisórios, vale dizer, direito de influenciar a formação de normas jurídicas vinculativas.⁵⁸

É levando em consideração os aspectos até aqui expostos que comumente nos deparamos com o conceito de *amicus curiae* associado ao papel de suprir a carência de legitimidade democrática do Poder Judiciário, precipuamente do Supremo Tribunal Federal, que assume a incumbência de controlar em última instância a constitucionalidade dos atos normativos. Todavia, consideramos precipitada a ideia de que, por si só e do modo como é previsto em nosso ordenamento, a intervenção de *amici curiae* no processo seja capaz de proporcionar legitimidade às decisões da corte.

Para que possamos analisar se o *amicus curiae* tem capacidade de legitimar democraticamente as decisões judiciais em consideração, o primeiro passo, naturalmente, é ter em vista quais critérios serão utilizados para aferir se o processo decisório na jurisdição constitucional é compatível com as exigências de um regime democrático. Em outras palavras,

⁵⁶ LEAL, *op. cit.*, p. 292.

⁵⁷ BUENO, Cassio Scarpinella. *Quatro perguntas e quatro respostas sobre o amicus curiae*. Revista da Escola Nacional da Magistratura, Brasília, v. 2, n. 5, p. 132-138, abr. 2008.

⁵⁸ CABRAL, *op. cit.*, p. 112.

deve-se primeiramente questionar quais são os fatores apontados como meios de conferir legitimidade democrática ao exercício da atividade jurisdicional. Nesta análise, pelo menos dois fatores devem ser levados em consideração, a saber: a garantia de efetivo contraditório e a formulação de fundamentação decisória adequada.

No que se refere ao primeiro fator, Eduardo Talamini ressalta que a garantia do contraditório consiste em elemento intrínseco de legitimação do ato decisório, porquanto é fundamental que as partes possam ser colaboradoras da produção jurisdicional:

O fator fundamental de atribuição de legitimidade à atuação do Judiciário não é extrínseco. Concerne a um aspecto inerente à atividade jurisdicional no Estado de Direito. Como escreveu Carnelutti, a participação da parte na formação do comando, em colaboração com a autoridade, é o dado fundamental na distinção entre jurisdição (produção interpartes) e legislação (produção superpartes). Não apenas esse é o aspecto distintivo da jurisdição, como é o seu fundamento de legitimação. Portanto, é o efetivo exercício da garantia do contraditório que legitimará a atuação jurisdicional.⁵⁹

Levando em consideração que a atividade de interpretar e aplicar o direito importa em um exercício de criação normativa, muitas vezes interferindo em políticas públicas e produzindo resultados que se irradiam por toda a coletividade, a garantia do contraditório não deve permanecer restrita aos sujeitos admitidos na qualidade de partes do processo, mas deve estender-se aos setores da sociedade que vivenciarão as consequências do ato jurisdicional e que podem contribuir para a formação de decisões mais ajustadas e em consonância com a realidade social.⁶⁰

Entretanto, de acordo com Marjorie Marona e Marta Rocha, para que seja capaz de legitimar uma deliberação judicial que se pretenda democrática, o contraditório necessita observar alguns pressupostos, dentre eles, o da inclusividade, segundo o qual, todos os que serão afetados pela decisão, ainda que indiretamente, devem ter a oportunidade de participar do processo deliberativo. Ademais, o contraditório necessita preservar o “o intercâmbio regulado de argumentos e razões”, isto é, impõe-se que as regras processuais sejam capazes de permitir

⁵⁹ TALAMINI, *op. cit.*, p. 144.

⁶⁰ *Idem*, p. 145.

“a interação face-a-face entre os participantes, com a apresentação de argumentos, réplicas e trélicas”.⁶¹

A ampla margem de discricionariedade a que está sujeito o ato de admissão do *amicus curiae*, além da limitação dos poderes processuais a que está submetido, sendo impedido de interpor recursos (à exceção da oposição de embargos declaratórios), conduzem à compreensão de que as condições de ingresso e atuação desse “terceiro” não lhe proporcionam a possibilidade de tomar parte no contraditório de forma ampla e integral, segundo os critérios aqui expostos. Consequentemente, nesse aspecto, resta prejudicada a concepção de *amicus curiae* como agente legitimador da decisão.

O segundo fator de legitimação da decisão judicial é a sua fundamentação. Com efeito, ao expor os motivos de sua decisão, o julgador presta contas perante os jurisdicionas do poder que lhe é conferido⁶², justificando, de forma racional e argumentativa, todas as razões que o levaram a concluir que a solução tomada foi a mais adequada ao caso.⁶³ Este será um tópico abordado com maior profundidade no capítulo 3.

Pode-se afirmar que a validade da fundamentação está condicionada à análise de todo o substrato fático e jurídico apresentado pelas partes durante o contraditório, tanto é que a própria lei processual assegura que “não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador” (art. 489, §1º, inciso IV, do Código de Processo Civil). A partir dessa premissa nasce o ponto central desta pesquisa: compreender se o julgador está obrigado a enfrentar os argumentos dos *amici curie* para que a

⁶¹ MARONA, Marjorie Corrêa; ROCHA, Marta Mendes da. *As audiências públicas no Supremo Tribunal Federal: ampliando sua legitimidade democrática?* Revista Teoria & Sociedade, 2014. Neste estudo, as autoras avaliaram o impacto trazido pelas audiências públicas no que se refere à legitimidade democrática das decisões do STF. Para tanto, buscaram os critérios de legitimação na teoria deliberativa de Habermas, Cohen e Bohman. Os parâmetros abordados são: (a) inclusividade, que “estabelece que todos os atores direta ou indiretamente interessados ou afetados pela decisão tenham a oportunidade de participar do processo que a originou”; (b) igualdade, que “remete à oportunidade dos diferentes grupos de colocarem temas e questões na agenda e falarem em apoio às suas propostas e demandas”; (c) liberdade, que garante a “ausência de coerções” no desenvolvimento argumentativo; (d) razoabilidade, o qual afirma que “afirma que os argumentos utilizados para justificar decisões políticas (sobre questões de justiça básica e princípios constitucionais essenciais, no caso de Rawls) devem ser aceitos (ou não rejeitados) por todos como legítimos”; (e) intercâmbio regulado de argumentos e razões, que “remete à necessidade de justificação dos pontos de vista por meio da interação face-a-face entre os participantes, com a apresentação de argumentos, réplicas e trélicas”.

⁶² GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *A motivação das decisões penais*. 2. ed. São Paulo: RT, 2013, p. 64-68.

⁶³ KRELL, Andreas J. *Entre desdém teórico e aprovação na prática: os métodos clássicos de interpretação jurídica*. Revista Direito GV, São Paulo, 10 (1), p. 295-320, jan-jun. 2014.

decisão seja considerada legítima. Busca-se entender qual o grau de vinculação que deve haver entre a motivação decisória e os argumentos suscitados por esses intervenientes.

De toda sorte, há de se reconhecer que a abertura da atividade interpretativa por meio da admissão de *amicus curiae* reflete diretamente na qualidade da decisão proferida, pois demanda do julgador um maior esforço argumentativo, na medida em que deverá refutar teses levantadas sob diversos pontos de vista, pronunciando-se sobre a multiplicidade de abordagens dadas à mesma questão.

Conclui-se que a abertura do debate constitucional por meio da admissão de *amici curiae* confere ao processo interpretativo e decisório uma pluralidade argumentativa e variedade de enfoques sobre um determinado tema. Isso impõe ao julgador o dever de se manifestar acerca dos diversos pontos levantados no momento de fundamentar sua decisão, trazendo, assim, um incremento argumentativo que dificilmente seria alcançado com uma interpretação cerrada em um círculo restrito, composto unicamente por intérpretes judiciais.

2. JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E A DIALÉTICA NO CONTROLE ABSTRATO DE CONSTITUCIONALIDADE

O primeiro passo dado para compreender a relação entre a fundamentação decisória e a participação do *amicus curiae* foi investigar as características e o papel desse instituto, esclarecendo acerca de sua importância para a pluralização do debate e da interpretação constitucional. De igual relevância agora é analisar o campo de atuação específico que se apresenta como objeto de observação desta pesquisa, qual seja, o controle abstrato de constitucionalidade.

Dessa forma, passa-se a tratar da natureza institucional do órgão responsável por realizar o controle de constitucionalidade, apontando as particularidades que distinguem a jurisdição constitucional da jurisdição ordinária e tomando por perspectiva a atuação do Supremo Tribunal Federal no controle de constitucionalidade no Brasil.

Para o objetivo da pesquisa, o presente capítulo versará sobre a natureza objetiva das ações do controle concentrado de constitucionalidade, aspecto que influenciará diretamente o modo como se opera a dialética entre os diferentes participantes do processo, bem como a formulação da decisão e de sua respectiva fundamentação.

2.1. A natureza e o papel da jurisdição constitucional

É válido partir da premissa de que o papel da jurisdição constitucional é o exercício do controle de constitucionalidade, que consiste em um mecanismo destinado ao reestabelecimento da unidade e da ordem do sistema jurídico, por meio do qual se verifica a compatibilidade de qualquer lei ou ato normativo infraconstitucional frente à sua respectiva Constituição.⁶⁴

O surgimento de mecanismos utilizados pelo Poder Judiciário para controlar a constitucionalidade do ordenamento jurídico faz nascer uma forma especial de jurisdição, dissociada da ideia tradicional de contencioso e na qual se mitiga a concepção de partes processuais detentoras de interesses concretos, tão típica da jurisdição ordinária. Diz-se, assim, que a jurisdição constitucional existe não para atuar na tutela de interesses subjetivos

⁶⁴ BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 9ª ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022, p. 23.

contrapostos, mas para garantir a preservação da ordem jurídico-constitucional.⁶⁵

José Adércio Leite Sampaio explica que, para a correta compreensão do significado de jurisdição constitucional, dois aspectos da acepção do termo devem ser levados em conta: um formal-orgânico e outro material. Do ponto de vista formal-orgânico, a jurisdição constitucional é a atividade tipicamente exercida por um tribunal especializado, incumbido de solucionar as controvérsias de natureza constitucional que lhe são apresentadas. Noutro plano, ao levar-se em consideração o aspecto material, a jurisdição constitucional pode ser compreendida pelo conjunto dos processos jurisdicionais voltados a controlar a produção político-normativa, compatibilizando-a com os comandos da Constituição.⁶⁶

Dessa forma, pode-se dizer que a jurisdição constitucional compreende tanto o exercício do poder de adequação do ordenamento à Constituição exercido por um tribunal específico, como o controle realizado difusamente pelos diversos órgãos integrantes da estrutura do Poder Judiciário.

Antes da ascensão das formas de revisão constitucional que se apresentaram como parâmetro aos atuais meios de controle de constitucionalidade, a História já registrava casos em que a validade dos atos normativos era aferida com base em leis de posição hierárquica superior. É o caso, por exemplo, do *Privy Council* do rei, que, durante o século XVIII, detinha o poder de se pronunciar sobre a legitimidade das leis editadas pelas colônias inglesas na América em face daquelas promulgadas pelo Parlamento de Westminster. Paralelamente, as leis publicadas pelos colonos eram controladas com base no que dispunham as Cartas Coloniais outorgadas pela Coroa Britânica.⁶⁷

Porém, é o controle de validade realizado após o surgimento das Constituições escritas, formais e rígidas, que constitui o objeto de análise deste capítulo. Nesse contexto, o Estado passa a contar com uma Constituição que, nas palavras de Sampaio, se revela

(...) a um só tempo um texto de lei, integrante de um sistema positivo, pretendente à unicidade e completude, e um conjunto de disposições, em si mesmas, de conteúdo aberto e poroso a uma ordem de valores, orbitados na atmosfera quase imperceptível de um direito natural evaporado.⁶⁸

⁶⁵ SAMPAIO, José Adércio Leite. *A Constituição reinventada pela jurisdição constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 21.

⁶⁶ *Idem*, p. 23-24.

⁶⁷ *Idem*, p. 28.

⁶⁸ *Ibidem*.

Para que admitamos a necessidade de uma jurisdição constitucional a aferir a validade das normas, é imprescindível, antes de tudo, que se reconheça que a Constituição ocupa posição de supremacia no ordenamento jurídico, funcionando como parâmetro de validade de todas as demais normas que integram o sistema. Ao se falar em supremacia da Constituição, está-se a considerar que a norma constitucional ocupa o grau hierárquico mais elevado de um sistema de normas estruturado de modo escalonado. Em razão dessa supremacia, qualquer ato normativo só pode ser considerado válido se for compatível com os preceitos da Constituição.⁶⁹

A Constituição, assim compreendida como *lex superior*, é quem define como será o processo legislativo capaz de produzir leis válidas, estabelecendo, portanto, as fontes formais do direito e consolidando-se como “fonte das fontes”, nos termos de García de Enterría.⁷⁰

O princípio da supremacia da Constituição já encontrava lugar entre as linhas do art. VI da Constituição norte-americana, que previa expressamente que “a Constituição e as leis dos Estados Unidos feitas em conformidade com ela e os tratados feitos por sua autoridade serão a lei suprema do país, a despeito de qualquer disposição em contrário na constituição ou nas leis de qualquer Estado”.⁷¹ Ao mencionar a grande controvérsia que se desenrolava em torno dessa cláusula, Hamilton já defendia que a supremacia conferida à norma constitucional (à qual as leis federais deveriam se ajustar) era nada mais que uma “implicação necessária e inevitável” do próprio modelo de federalismo que ali se propunha.⁷²

2.1.1. Os dois principais modelos de jurisdição constitucional: o modelo norte-americano e o modelo austríaco-kelseniano:

Uma vez reconhecido que a Constituição é a norma que ocupa a posição mais elevada na hierarquia de um sistema normativo positivado, de sorte que dela deriva o fundamento de validade de todas as demais normas, o questionamento que vem em seguida é: qual deverá ser o órgão encarregado de realizar a análise da compatibilidade das leis com a Constituição? Duas respostas diferentes a essa pergunta deram origem aos dois principais modelos de jurisdição constitucional. Um deles desenvolvido no sistema de *common law* dos Estados Unidos e o outro teorizado por Hans Kelsen na Europa.

⁶⁹ BARROSO, *op. cit.*, p. 23.

⁷⁰ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *La Constitución como norma jurídica*. Anuario de Derecho Civil, fascículo 2-3, 1979, p. 299.

⁷¹ HAMILTON, Alexander. *Os artigos federalistas, 1787-1788*: Edição integral. Tradução Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993, p. 126, 127.

⁷² *Ibidem*.

Nos Estados Unidos, o próprio Hamilton já defendia a competência dos juízes para determinar o sentido da Constituição e para figurar como intermediário entre o legislador e o povo, de sorte que os tribunais estariam habilitados para recusar aplicação de uma lei que considerassem contrária ao texto constitucional.⁷³ Entretanto, é a partir do caso *Marbury v. Madison* que Marshall, então Presidente da Suprema Corte dos Estados Unidos, reconhecendo a densidade normativa e a superioridade da Constituição, lança o precedente para que o Poder Judiciário possa realizar o controle das leis com base na Constituição, influenciando assim a criação de modelos de controle judicial de constitucionalidade de diversos outros países.

O caso *Marbury v. Madison* cuidava de um *writ of mandamus* proposto por William Marbury, um juiz de paz nomeado por John Adams, mas que havia sido impedido de tomar posse no governo do Presidente Thomas Jefferson.⁷⁴ Embora a Constituição americana não previsse explicitamente a competência do Poder Judiciário para realizar o controle de constitucionalidade, Marshall cuidou de argumentar que a *judicial review* era uma decorrência lógica do próprio sistema. Segundo ele, a Suprema Corte estaria autorizada a deixar de aplicar uma lei que considerasse contrária à Constituição, visto que tal ato deveria ser reconhecido como nulo. Argumentava ele:

É uma afirmação bastante evidente para ser contestada a de que a Constituição controla qualquer ato legislativo que lhe seja contrário, de outro modo, o Legislativo pode alterar a Constituição por meio de uma lei ordinária. Entre estas alternativas não há meio termo. Ou a Constituição é uma lei superior, suprema, imutável por meios ordinários, ou está no mesmo nível dos atos legislativos ordinários e, como as outras leis, é modificável quando o legislador entender por bem alterá-la. Se a primeira alternativa for verdadeira, então um ato legislativo contrário à Constituição não é lei; se a última for verdadeira, então as Constituições escritas são tentativas absurdas por parte do povo de limitar um poder que em sua própria natureza é ilimitável. Certamente todos aqueles que formularam Constituições escritas contemplam-nas como a lei fundamental e suprema da nação e, conseqüentemente, a teoria de tais governos deve ser a de que um ato do Legislativo contrário à Constituição é nulo.⁷⁵

⁷³ HAMILTON, *op. cit.*, p. 482-485.

⁷⁴ BARROSO, *op. cit.*, p. 26-27.

⁷⁵ USA. Supreme Court. *Marbury v. Madison*, 5 U.S. 1 Cranch 137 137 (1803). Tradução livre do autor. No original lê-se: "It is a proposition too plain to be contested that the Constitution controls any legislative act repugnant to it, or that the Legislature may alter the Constitution by an ordinary act. Between these alternatives there is no middle ground. The Constitution is either a superior, paramount law, unchangeable by ordinary means, or it is on a level with ordinary legislative acts, and, like other acts, is alterable when the legislature shall please to alter it. If the former part of the alternative be true, then a legislative act contrary to the Constitution is not law; if the latter part be true, then written Constitutions are absurd attempts on the part of the people to limit a power in

Prosseguindo na exposição dos fundamentos da sua decisão, Marshall sustenta ser atividade típica do Poder Judiciário a análise da compatibilidade das leis com a Constituição.

Embora o direito americano tenha consagrado a competência dos juízes para o exercício do controle de constitucionalidade das leis, o tema foi objeto de aprofundada discussão pela doutrina dos países de família romano-germânica.

Partindo de perspectiva diversa da americana, Hans Kelsen desenvolveu uma sofisticada teoria acerca do controle de constitucionalidade e sobre o órgão encarregado de operá-lo.⁷⁶ Discordando de Carl Schmitt, que vislumbrava no Presidente do Reich alemão a figura do legítimo guardião da Constituição, Kelsen traçou um arquétipo de controle de constitucionalidade que se opera de forma concentrada perante um tribunal especial, desvinculado da jurisdição ordinária e portador de um senso político e conhecimento jurídico proeminentes, cujas decisões pudessem ser dotadas de efeito geral e vinculante.⁷⁷

O modelo de Tribunal Constitucional proposto por Kelsen (adotado pela Constituição Austríaca de 1920) não se confunde com um tribunal ordinário, já que seu objetivo não é aplicar o direito a casos concretos. Cuida-se de um órgão que tem por escopo averiguar a adequação das leis ao texto constitucional, anulando todas aquelas que forem consideradas incompatíveis com a Constituição. Este Tribunal atrairia para si todas as divergências que envolvessem a constitucionalidade de normas, de maneira que, se a discussão fosse abordada incidentalmente no juízo ordinário, o processo deveria ser suspenso e a questão submetida à apreciação do Tribunal Constitucional.⁷⁸

Desse modo, a análise abstrata da compatibilidade de uma lei à Constituição realizada pelo Tribunal Constitucional não caracterizaria o desempenho de uma função propriamente judicial, segundo aponta García de Enterría:

El sistema de control de la constitucionalidad de las Leyes se configura como una

its own nature illimitable. Certainly all those who have framed written Constitutions contemplate them as forming the fundamental and paramount law of the nation, and consequently the theory of every such government must be that an act of the Legislature repugnant to the Constitution is void.” Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/5/137/#tab-opinion-1958606> . Acesso em 28.11.2022.

⁷⁶ KELSEN, Hans. *La garantía jurisdiccional de la Constitución (La justicia constitucional)*. Trad. Rolando Tamayo y Salmorán. Ciudad de México: Editado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, 2001.

⁷⁷ SAMPAIO, *op. cit.*, p. 37.

⁷⁸ SAMPAIO, *op. cit.*, p. 38.

función constitucional que no sería propiamente judicial, sino, en los explícitos términos de Kelsen, de “legislación negativa”. En concreto, el Tribunal Constitucional no enjuicia ningún supuesto de hecho singular – esto queda reservado al Tribunal *a quo* que ha suscitado el incidente de constitucionalidad –, sino sólo el problema abstracto de compatibilidad lógica (*Vereinbarkeit*) entre el pronunciamiento, también abstracto, de una Ley y la norma (abstracta) de la Constitución. Por eso sostiene Kelsen que no hay en ese juicio puramente lógico una verdadera aplicación de la Ley a um caso concreto y, por tanto, no se estaría en presencia de uma actividad judicial, que supone una decisión singular.⁷⁹

Levando em consideração o poder de anular leis por força de decisões com eficácia *erga omnes*, Kelsen considera que o Tribunal constitucional faria as vezes de um “legislador negativo”.⁸⁰ Desta feita, o Poder Legislativo se apresentaria sob duas faces: um Poder Legislativo positivo, encarregado da função de produzir as leis, e um Poder Legislativo negativo, incumbido da tarefa de retirar do ordenamento as leis contrárias à Constituição.⁸¹

O modelo de jurisdição constitucional desenhado por Kelsen está intrinsecamente relacionado ao momento histórico que vivia o mundo jurídico romano-germânico do início do século XX, quando se erguiam movimentos como o da “escola livre do Direito” e o da “livre jurisprudência”, os quais instigavam uma insubmissão dos juízes em relação à lei. O ambiente era favorável a que os magistrados se utilizassem dos princípios constitucionais dotados de elevado grau de abstração para justificar sua insurgência contra a legislação. Isso leva Kelsen a retirar dos juízes ordinários a capacidade de se pronunciar sobre a constitucionalidade das leis e transportá-la para um órgão especial, a cujas decisões esses juízes estariam vinculados. Ao mesmo tempo, Kelsen tem a cautela de reservar ao Tribunal Constitucional unicamente a apreciação abstrata de constitucionalidade, evitando, dessa forma, que esse Tribunal se envolvesse com a valoração e as paixões próprias dos julgamentos de casos concretos.⁸²

Além disso, a configuração dada ao Tribunal Constitucional kelseniano deveu-se ao fato de a Áustria (assim como os países de família romano-germânica) não possuir um mecanismo de *stare decisis* do modo como os países de tradição da *common law*. No controle judicial norte-americano, a fixação de uma tese pela Suprema Corte forma precedente que vincula todas as cortes inferiores. De um modo semelhante, Kelsen julgava necessária a criação de um órgão

⁷⁹ GARCÍA DE ENTERRÍA, *op. cit.*, p. 304-305.

⁸⁰ KELSEN, *op. cit.*, p. 54.

⁸¹ SAMPAIO, *op. cit.*, p. 38.

⁸² GARCÍA DE ENTERRÍA, *op. cit.*, p. 305.

cujas decisões em matéria constitucional vinculassem todo o restante do sistema jurisdicional.⁸³

2.1.2. *Natureza jurídica e política da jurisdição constitucional*

Há diferentes formas de compreender a natureza da jurisdição constitucional. Existe uma primeira corrente, influenciada por Schmitt, que visualiza o caráter notadamente político do órgão responsável por efetuar o controle de constitucionalidade. Essa percepção provém do fato de que tal órgão não realiza exercício de subsunção de casos concretos a normas, como os órgãos de jurisdição ordinária, todavia, ao revisar os atos legislativos, acaba por provocar uma verdadeira inovação do ordenamento jurídico, caracterizando-se como “instância política suprema”.⁸⁴ De fato, as cortes constitucionais atuam como um contraponto de força frente ao Poder Legislativo ao invalidar leis por este elaboradas.

Em sentido diverso, Kelsen defende o caráter jurisdicional do Tribunal Constitucional. Todavia, conforme abordado anteriormente, Kelsen compreende que o Tribunal Constitucional faz as vezes de um “legislador negativo”, haja vista sua competência para abolir do ordenamento leis incompatíveis com a Constituição. De fato, o desenho de Tribunal Constitucional feito por Kelsen não incorpora nem uma função jurisdicional e tampouco uma função legislativa em sentido estrito, mas formula a ideia de um legislador negativo que se vale de técnicas próprias da jurisdição.

Não se deve correr o risco de supor que o exercício do controle de constitucionalidade pode ser feito unicamente no plano da política, afastado das técnicas de raciocínio jurídico, porém, tampouco se deve acreditar que a operação da técnica jurídica não interfere em questões políticas. Há um entrelaçamento necessário entre essas duas dimensões,⁸⁵ de modo a ser possível afirmar que a jurisdição constitucional é o campo onde a política encontra o direito.

Ao examinar a adequação do ordenamento à Constituição, por diversas vezes, a corte constitucional deverá lidar com questões morais controversas, conflito entre valores extrajurídicos divergentes, interesses sociais contrastantes, dentre outras situações para as quais a Constituição não prevê uma solução jurídica precisa. Destarte, o juiz constitucional deverá traduzir todos esses dissensos em linguagem jurídica e solucionar a colisão entre valores por meio de uma ponderação entre princípios constitucionais.

⁸³ BARROSO, *op. cit.*, p. 23.

⁸⁴ SAMPAIO, *op. cit.*, p. 58.

⁸⁵ SAMPAIO, *op. cit.*, p. 59.

Esta situação exige que o Tribunal encarregado do controle de constitucionalidade possua, por um lado, o domínio da técnica jurídica que garanta a preservação da coerência e da lógica interna do sistema normativo, mas, por outro lado, demanda a sensibilidade política para mensurar o alcance das repercussões práticas de suas decisões e compreender todas as questões que motivam a discussão.

Diante disso, os juízes constitucionais têm assumido a postura de promover amplo debate junto à sociedade em torno das questões constitucionais em jogo, a fim de que a deliberação se dê em proximidade com a opinião pública política e leve em consideração os problemas reais enfrentados, buscando não somente a correção da decisão, mas também a diminuição do risco de ruptura ou de desprestígio do tribunal. A título de ilustração, Sampaio relembra que “o Tribunal Constitucional Federal alemão criou ‘as jornadas do Tribunal’, durante as quais vários assuntos são publicamente discutidos ou mais precisamente informados à população”, além de o processo constitucional contar com “a possibilidade de oitivas de diversas personalidades políticas e técnicas”.⁸⁶ No Brasil, a intermediação entre a sociedade e o Supremo Tribunal Federal no exercício do controle de constitucionalidade é promovida especialmente por meio da admissão de *amicus curiae* e da realização de audiências públicas.

A promoção de um diálogo com a sociedade é observada ainda no ato de divulgação do teor das decisões dos tribunais constitucionais, contendo a exposição dos motivos que os levaram a decidir em determinado sentido, submetendo-se, dessa forma, ao controle da opinião pública.⁸⁷ A propósito, a fundamentação das decisões no âmbito do controle abstrato de constitucionalidade será objeto específico de capítulo à parte.

Uma vez compreendidas, de modo geral, as características e as funções desempenhadas pela jurisdição constitucional, serão analisados alguns pontos específicos relacionados à jurisdição constitucional brasileira, que se apresentam como questões prévias para entender a relação entre *amicus curiae* e fundamentação decisória no controle abstrato de constitucionalidade.

2.2. Algumas considerações sobre o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade

A classificação e as características do sistema brasileiro de controle de

⁸⁶ *Idem*, p. 93.

⁸⁷ *Idem*, p. 92.

constitucionalidade tomam por parâmetro os dois principais modelos de controle jurisdicional que se desenvolveram no mundo ocidental, os quais foram objeto de análise do tópico anterior.

Em breve recapitulação, percebe-se que, sob uma perspectiva orgânica (ou subjetiva),⁸⁸ é possível realizar uma distinção entre dois modelos de sistemas de controle de constitucionalidade: o modelo norte-americano (difuso) e o modelo austríaco (concentrado). No modelo norte-americano, qualquer órgão jurisdicional possui legitimidade para declarar a inconstitucionalidade de normas a partir da análise dos casos concretos. A Suprema Corte se impõe como instância recursal ou como instância originária nas hipóteses legalmente previstas, mas igualmente exercendo o controle de constitucionalidade dentro de casos concretos. É esse, portanto, um sistema difuso, descentralizado, incidental e posterior.

No modelo austríaco, diferentemente, o controle de constitucionalidade caracteriza-se por ocorrer de forma concentrada em um órgão especial, situado fora da estrutura hierárquica da jurisdição ordinária, detendo, dessa maneira, o monopólio de aferição da constitucionalidade das leis. A autorização para postular perante este órgão é restrita a autoridades específicas ou determinados representantes da sociedade.⁸⁹

Apesar da distinção teórica entre os dois modelos, vale registrar que, na prática não é possível apontar a existência de um sistema de controle puramente concreto e difuso ou puramente abstrato e concentrado. Ao observar o próprio sistema norte-americano, é possível vislumbrar na Suprema Corte certas feições de um Tribunal Constitucional, já que, por sua posição institucional, termina por proferir a última palavra sobre a constitucionalidade das normas e, em virtude do mecanismo de *stare decisis*, tem o poder de fixar precedentes que vinculam todos os demais órgãos jurisdicionais. Outrossim, em sistemas que adotam o modelo austríaco, “há sempre uma competência residual para as instâncias ordinárias conhecerem, ainda que indiretamente, de temas constitucionais”.⁹⁰

É bastante comum a existência de sistemas mistos de jurisdição constitucional, que agregam características tanto do modelo americano quanto do modelo austríaco. É o caso do sistema brasileiro de controle de constitucionalidade, em que a Suprema Corte, além de apreciar questões constitucionais de casos concretos por via recursal, também detém o poder de controle concentrado de constitucionalidade das leis em abstrato.

⁸⁸ BARROSO, *op. cit.*, p. 69.

⁸⁹ SAMPAIO, *op. cit.*, p. 46.

⁹⁰ *Idem*, p. 52.

Com efeito, a Constituição de 1988 adotou um sistema híbrido de controle de constitucionalidade (podendo ser também denominado como “misto” ou “ecclético”), já que incorporou o modelo difuso e incidental americano ao mesmo tempo que prevê um sistema concentrado, por via direta (modelo austríaco).⁹¹ Desse modo, no Brasil, o controle de constitucionalidade pode ser exercido de modo incidental, por todos os juízes e tribunais, bem como de modo concentrado, pelo Supremo Tribunal Federal.

O controle concentrado se dá por meio da ação direta de inconstitucionalidade (ADI), que se desdobra nas modalidades de ação direta de inconstitucionalidade por ação, ação direta de inconstitucionalidade por omissão (ADO) e ação direta de inconstitucionalidade interventiva (ou representação interventiva), além da ação declaratória de constitucionalidade (ADC) e da arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF), conforme previsão dos artigos 102 e 103 da Constituição Federal.⁹² O processo e o julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade são regulados pela Lei nº 9.868/99,⁹³ enquanto a arguição de descumprimento de preceito fundamental é regulada pela Lei nº 9.882/99.⁹⁴

Para os fins do presente estudo, deve-se atentar para o papel que a jurisdição constitucional tem exercido na prática do controle de constitucionalidade no Brasil. Trata-se de uma questão que nos conduzirá a pelo menos duas conclusões: (i) o Supremo Tribunal Federal atua no exercício de uma função contramajoritária, invalidando atos produzidos por uma maioria deliberante; (ii) o STF distancia-se da concepção de simples “legislador negativo” idealizada por Kelsen, na medida em que atua de forma positiva na inovação do ordenamento jurídico. Essas duas conclusões muito têm a ver com a necessidade de fundamentação de suas decisões e com a forma que tal fundamentação deve assumir, como se observará adiante.

2.2.1. O poder contramajoritário do STF

Conforme brevemente abordado no capítulo anterior, a prerrogativa conferida ao Poder

⁹¹ BARROSO, *op. cit.*, p. 27.

⁹² Cf. BRASIL. *Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 04.12.2022.

⁹³ Cf. BRASIL. Lei nº 9.868 de 10 de novembro de 1999. *Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19868.htm. Acesso em: 04.12.2022.

⁹⁴ Cf. BRASIL. Lei nº 9.882 de 3 de dezembro de 1999. *Dispõe sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do § 1º do art. 102 da Constituição Federal*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19882.htm. Acesso em: 04.12.2022.

Judiciário para controlar a constitucionalidade das leis não foi incorporada sem o enfrentamento de diversas críticas. Alega-se que, por sua carência de legitimidade democrática, não caberia ao juiz constitucional declarar inválida uma lei devidamente aprovada dentro de um processo legislativo do qual participaram os representantes do povo, eleitos através do voto. A fim de contornar tais críticas, certos argumentos foram desenvolvidos em defesa da legitimidade da jurisdição constitucional.

O discurso de legitimidade das cortes constitucionais se apoia na premissa de que, dentro de um sistema de freios e contrapesos, é necessário que a legislação seja reexaminada a partir de um olhar técnico, a fim de que seja preservada a racionalidade interna do sistema, harmonizando-se o ordenamento, de modo a formar um todo uno e coerente, pautado nos princípios da Constituição.⁹⁵

Sabe-se que, em um sistema de freios e contrapesos, a harmonia e a interdependência entre os Poderes da República pressupõem a existência de um Poder Judiciário independente, que seja capaz de garantir que os atos dos Poderes Legislativo e Executivo não exorbitem os moldes de legitimidade estabelecidos pelo direito posto.⁹⁶ Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal tem o papel de assegurar que as normas constitucionais não serão violadas por tais atos, ainda que hajam sido referendados por uma maioria deliberante.

É a partir desse ponto que exsurge uma das grandes questões envolvendo o estado democrático, a qual a doutrina tem denominado “dificuldade contramajoritária”.⁹⁷ Significa que os juízes das supremas cortes e das cortes constitucionais, os quais não foram escolhidos por meio do voto, têm o poder de invalidar atos produzidos pelos representantes do povo, eleitos por votação popular majoritária, diga-se ainda, invalidar atos que, no âmbito legislativo, foram aprovados por uma maioria parlamentar.

Para compreender as razões que legitimam este poder contramajoritário do Supremo Tribunal Federal em nossa democracia, é imprescindível atentar para os elementos e princípios que constituem um Estado Democrático. Ao explicar este ponto, Norberto Bobbio parte de um conceito procedimental da democracia: consiste no conjunto de regras de procedimento para a

⁹⁵ SAMPAIO, *op. cit.*, p. 68.

⁹⁶ CORREIO, Daniel Barile da Silveira. *O Supremo Tribunal Federal e seu poder contramajoritário sobre as medidas provisórias*. Revista Direito e Práxis, v. 7, n. 2, 2016, p. 70.

⁹⁷ A expressão foi cunhada por Alexander Bickel, em sua obra “*The least dangerous branch: the Supreme Court at the bar of politics*”, publicada em 1962, conforme anota Barroso (BARROSO, Luís Roberto. *A razão sem voto: a função representativa e majoritária das cortes constitucionais*. REI-Revista Estudos Institucionais, v. 2, n. 2, p. 517-546, 2016).

formação de decisões coletivas. Daí afirmar que o exercício da democracia pressupõe o respeito às “regras do jogo”. Com efeito, os estados democráticos são necessariamente estados que se submetem ao direito. Nas palavras de Bobbio, “direito e poder são duas faces da mesma moeda: só o poder pode criar o direito e só o direito pode limitar o poder”.⁹⁸ Desta feita, a democracia está pautada nos preceitos que definem quais são as pessoas que estão autorizadas a tomar as decisões coletivas e por meio de quais procedimentos.

Além disso, é necessário acentuar como uma condição para a existência da democracia a garantia dos direitos de liberdade aos indivíduos. Há uma interdependência entre estado liberal e estado democrático, na medida em que as liberdades garantem o exercício do poder democrático, e a democracia é que garante os direitos de liberdade.⁹⁹ É nesse aspecto que o Supremo Tribunal Federal tem o poder de atuar como garantidor de direitos fundamentais de minorias, evitando assim que venham a ser oprimidas pelo “risco da tirania das maiorias”, conforme pontua Barroso.¹⁰⁰

Dessa forma, nota-se que a higidez de uma democracia não está associada exclusivamente aos procedimentos de deliberação política majoritária, mas se encontra igualmente vinculada ao respeito aos princípios constitucionais e aos direitos e garantias fundamentais dos cidadãos. Certo é que a Constituição de 1988 atribuiu ao STF o papel de guardião dessas condições da democracia por meio do exercício do controle de constitucionalidade, segundo previsão do artigo 102 do texto constitucional.

Desta sorte, sempre que a constitucionalidade de uma lei ou ato normativo for posta sob questionamento perante o Supremo Tribunal Federal, aquela matéria deixará o campo das razões políticas próprias do Legislativo e do Executivo, e passará a ser analisada sob o prisma jurídico dos princípios constitucionais.¹⁰¹ Logo, ao juiz constitucional é reservado valer-se das técnicas de interpretação e argumentação jurídicas como meio de justificação e

⁹⁸ BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo*. Trad. Marco Aurélio Nogueira. 6 ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986.

⁹⁹ *Idem*.

¹⁰⁰ BARROSO, Luís Roberto. *A razão sem voto: a função representativa e majoritária das cortes constitucionais*. REI-Revista Estudos Institucionais, v. 2, n. 2, 2016, p. 241.

¹⁰¹ Perelman esclarece que mesmo questões de controvérsia moral assumem contornos jurídicos quando devem ser decididas por um juiz e passam a ser analisadas segundo os valores e princípios do direito. Segundo o autor, “uma solução social e moralmente aceitável em dado meio não é uma consideração extrajurídica como o queria, por exemplo a teoria pura do direito, que se esforça para excluir da ciência do direito qualquer juízo de valor. Pelo contrário, são os juízos de valor relativos ao caráter adequado da decisão, que guiam o juiz em busca daquilo que, no caso específico, é justo e conforme o direito” (PERELMAN, Chaïm Perelman. *Lógica Jurídica*. Trad. Vergínia K. Puppi. 2ª. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 114).

legitimação das suas decisões.

Não se desconhece que, em um plano mais pragmático, a atividade de controlar a constitucionalidade dos atos emanados pelos demais Poderes pode ser condicionada por uma série de variáveis extrajurídicas que se depreendem dos conflitos político-sociais judicializados. Assim, como bem aponta Silveira Correio, haverá momentos em que a Corte analisará os custos políticos das decisões por meio de um olhar notadamente consequencialista.¹⁰² Entretanto, há de se observar que o aspecto circunstancial não altera o fato de que o Supremo Tribunal Federal necessita atuar pautado nas premissas de direito da Constituição, cabendo-lhe, portanto, a apresentação de fundamentação jurídica, por meio da qual deverá expor as razões e os critérios que o conduziram à solução tomada.

2.2.2. A inovação do ordenamento pelo STF

O objetivo deste tópico não é esgotar a discussão bastante ampla acerca do ativismo da jurisdição constitucional brasileira, ou tampouco esboçar qualquer valoração sobre a atuação proativa do Supremo Tribunal Federal. A breve análise se restringirá ao modo como as decisões proferidas pelo Tribunal tem promovido a inovação do ordenamento jurídico brasileiro.

Em verdade, não é possível dispor de critérios universalmente aceitos para traçar de forma objetiva a fronteira que separa a interpretação da criação judicial do direito. Através da análise das diversas correntes hermenêuticas – partindo do positivismo jurídico, que defendia o uso da lógica de subsunção como forma de garantir a vinculação do juiz ao texto legal, até chegar às correntes do pragmatismo e do moralismo jurídico, cujo fundamentalismo axiológico conferia ao magistrado ampla liberdade interpretativa para decidir com base em uma ordem de valores instituídos¹⁰³ – somente é possível concluir que, em menor ou maior grau, a atividade criativa dos juízes estará inevitavelmente presente no processo interpretativo.

Ao abordar o tema, Elival da Silva Ramos considera que, de fato, há situações em que a decisão judicial estará aceitavelmente compreendida dentro do campo exegético de incidência do dispositivo de norma, mas haverá outras situações em que a decisão transcenderá “os limites normativos substanciais da função jurisdicional”, imiscuindo-se na esfera de atuação típica dos

¹⁰² CORREIO, *Ibidem*.

¹⁰³ RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. 2ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2015, p. 102-140.

demais Poderes, em especial do Poder Legislativo.¹⁰⁴

No âmbito do controle de constitucionalidade, a questão ganha contornos ainda mais expressivos, seja pela condição de supremacia hierárquica da Constituição e seu caráter nomogenético, seja pela estrutura principiológica do texto, que conduz à fluidez e à “decorrente imprecisão semântica (vagueza e ambiguidade) da linguagem constitucional, frequentemente referida a conceitos indeterminados de cunho valorativo”; seja ainda pela posição institucional do Supremo Tribunal Federal, que tem o poder de proferir a última palavra sobre matéria constitucional, conforme aponta Ramos.¹⁰⁵

É certo que, em regra, as decisões tomadas em controle de constitucionalidade declaram a nulidade de disposições normativas que descumpram pressupostos de validade, materiais ou formais, à luz da Constituição. Todavia, o Supremo Tribunal Federal pode se valer de determinadas técnicas decisórias por meio das quais não se limita a suprimir normas reputadas inconstitucionais, indo além, ao produzir ou modificar normas.

Uma técnica decisória que merece ser destacada é aquela utilizada pelo STF em decisões denominadas “manipulativas”, nas quais o Tribunal introduz um novo sentido à lei, que não se encontra explicitamente entre as possíveis aplicações dentro de seu programa normativo. A doutrina classifica as decisões manipulativas em “aditivas” e “substitutivas”. No primeiro caso, o Tribunal cria novas formas de incidência da lei, a fim de que se amolde aos valores constitucionais. Nos termos de Barroso, “a técnica corresponde a uma atuação do STF como legislador positivo, por meio da qual se acrescenta conteúdo à norma a fim de suprir uma omissão violadora da Constituição”.¹⁰⁶ O mesmo autor adverte que “a alteração promovida pelo Tribunal deve ser passível de recondução argumentativa a normas constitucionais”.¹⁰⁷

Pode-se exemplificar a utilização dessa técnica no julgamento da ADPF 54, em que o STF considerou que a interrupção da gestação de fetos anencefálicos deveria equiparar-se às excludentes de ilicitude previstas no artigo 128 do Código Penal.¹⁰⁸ Assim, na prática, o Tribunal criou uma nova excludente de ilicitude para o crime de aborto.

As decisões manipulativas substitutivas, por seu turno, conduzem à substituição da

¹⁰⁴ *Idem*, p. 141-145.

¹⁰⁵ *Idem*, p. 142-143.

¹⁰⁶ BARROSO, *op. cit.*, p. 33.

¹⁰⁷ *Ibidem*.

¹⁰⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão na Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 54. Relator: Ministro Marco Aurélio. Publicado no DJ de 12/04/2012. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3707334>. Acesso em: 28.12.2022.

aplicação inconstitucional da lei por outra que se julga mais adequada à Constituição.¹⁰⁹ Esse foi o caso da decisão proferida na ADI 4424, que rechaçou a necessidade de representação para o processamento dos crimes de lesão corporal culposa resultante de violência doméstica contra a mulher, decidindo que o caso deve constituir hipótese de ação penal pública incondicionada.¹¹⁰

Levando em consideração que a inovação do ordenamento jurídico promovido pelo STF consiste em ingerência nas funções típicas dos Poderes Legislativo e Executivo, mostra-se imprescindível que a Corte demonstre que sua atuação não seria arbitrária. Ou seja, a necessidade de fundamentação decisória é ainda mais evidenciada porquanto revela-se essencial que o STF invoque as razões jurídicas que justifiquem a legitimidade das decisões proferidas.

2.3. A dialética do controle abstrato de constitucionalidade

Embora alguns autores, a exemplo de Eduardo Talamini, enxerguem a existência de contraditório nos processos do controle concentrado de constitucionalidade,¹¹¹ optou-se, no presente estudo, pela utilização do termo “dialética”, em vez de “contraditório”, para referir-se à interação entre teses antagônicas desenvolvidas pelos diferentes participantes do processo.¹¹² Isso porque, segundo discorre Welder Queiroz dos Santos, o efetivo contraditório pressupõe a observância de três condições processuais de ordem subjetiva: (i) o direito da parte de ter ciência de todos os atos do juízo e das manifestações emitidas pelo polo oposto; (ii) o direito de se posicionar sobre cada uma das questões de fato e de direito suscitadas no decorrer do processo e; (iii) o direito da parte de ter seus argumentos e provas analisados pelo juízo no momento da decisão.¹¹³ Tais condições não integram necessariamente a essência do procedimento de controle abstrato de constitucionalidade, conforme se evidenciará.

Observa-se que, nos processos de controle abstrato de constitucionalidade, os

¹⁰⁹ BARROSO, p. 33.

¹¹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4.424. Relator: Ministro Marco Aurélio, julgado em 09/02/2012. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6393143>. Acesso em: 28.12.2022.

¹¹¹ TALAMINI, Eduardo. *O amicus curiae e as novas caras da Justiça*. A&C-Revista de Direito Administrativo & Constitucional, v. 20, n. 79, 2020, p. 176.

¹¹² ATIENZA, Manuel. *As razões do direito. Teorias da argumentação jurídica*. São Paulo: Landy, 2002, p. 21-25.

¹¹³ SANTOS, Welder Queiroz dos. *Princípio do Contraditório e Vedação de Decisão Surpresa*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 56.

argumentos iniciais são apresentados em petição inicial por algum dos legitimados do elenco previsto no artigo 103 da Constituição. A propósito, a ausência de fundamentos jurídicos na petição inicial consiste em causa para seu indeferimento liminar, segundo disposto no artigo 4º da Lei nº 9.868/99.

A Constituição de 1988 (diferentemente da Constituição anterior, que atribuía unicamente ao Procurador-Geral da República a legitimidade para arguir a inconstitucionalidade das leis) ampliou de forma significativa o rol de legitimados para a propositura das ações do controle de constitucionalidade. Vale dizer, segundo o art. 103, podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade o Presidente da República, a Mesa do Senado Federal, a Mesa da Câmara dos Deputados, a Mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal, o Governador de Estado ou do Distrito Federal, o Procurador-Geral da República, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, partido político com representação no Congresso Nacional e confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.¹¹⁴

Nesse ponto, Ana Paula de Barcellos considera que a inclusão de determinadas entidades representantes de setores da sociedade civil (confederações sindicais, partidos políticos e entidades de classe) contribuiu para conferir maior grau de legitimação democrática à jurisdição constitucional.¹¹⁵

Vale ressaltar que a jurisprudência do STF construiu o requisito da “pertinência temática”, segundo o qual os legitimados ditos “especiais”, quais sejam, a Mesa da Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal, os Governadores de Estado ou do Distrito Federal, as confederações sindicais e entidades de classe de âmbito nacional, devem demonstrar a existência denexo entre o mérito da ação e sua atuação institucional.¹¹⁶

Em confronto aos argumentos iniciais, o órgão ou autoridade que deu origem à lei ou ato normativo questionado é chamado ao processo para prestar informações (art. 6º da Lei nº 9.868/99 e art. 6º da Lei 9.882/99). Em seguida, o Advogado-Geral da União é responsável por realizar a defesa do dispositivo impugnado, enquanto ao Procurador-Geral da República cabe

¹¹⁴ BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm . Acesso em 29.01.2023.

¹¹⁵ BARCELLOS, Ana Paula. *O controle concentrado e abstrato de constitucionalidade e o princípio da não surpresa e do contraditório substancial e o da motivação específica*. Revista EMERJ, Rio de Janeiro, v. 21, n. 3, t. 1, p. 121-136, set.-dez., 2019, p. 128.

¹¹⁶ DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya. *Curso de Processo Constitucional - Controle de Constitucionalidade e Remédios Constitucionais*, 4ª edição. São Paulo: Atlas, 2016, p. 105.

apresentar parecer conforme seu livre posicionamento.

Dimitri Dimoulis e Soraya Lunardi consideram que a oposição de argumentos contrários aos iniciais, levantados pelo Advogado-Geral da União na defesa do ato normativo é importante para conferir ao processo as características de contraditório, o que repercute de forma positiva na qualidade da decisão e ajuda a afastar da discussão a influência política. Segundo os autores, “o confronto de posicionamentos contribui para a tomada de uma decisão mais bem fundamentada e torna o procedimento mais jurídico e menos político”.¹¹⁷

É importante notar que, embora a lei institua como dever do Advogado-Geral da União a defesa do ato normativo questionado, o STF, no julgamento da ADI 3.916, relativizou o imperativo constitucional que dá ao Advogado-Geral o múnus de defesa do ato impugnado, e facultou-lhe a possibilidade de manifestação conforme suas próprias convicções. Além disso, segundo o entendimento da Corte, o Advogado-Geral da União também não teria a obrigação de defender a constitucionalidade do ato normativo caso o Tribunal já tivesse se manifestado pela inconstitucionalidade em casos semelhantes anteriores.¹¹⁸

Como se sabe, o procedimento das ações do controle concentrado de constitucionalidade não admite a intervenção de terceiros. Todavia, a lei autoriza que o relator, por despacho irrecorrível, admita a participação de *amicus curiae* no processo ou fixe “data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e autoridade na matéria”.¹¹⁹

Como observa Eloísa Almeida, a lei não impõe condições desrazoáveis que possam configurar grandes óbices à acessibilidade dos órgãos ou entidades para que assumam a condição de *amicus curiae*.¹²⁰ Não há, por exemplo, exigência de pagamento de taxas ou custas processuais (em que pese a necessidade de advogado e o pagamento dos honorários respectivos), tampouco é imposto prazo demasiado exíguo para apresentar requerimento de admissão.¹²¹

Com efeito, a lei prevê como condições de admissibilidade apenas “a relevância da

¹¹⁷ *Idem*, p. 106.

¹¹⁸ DIMOULIS; LUNARDI, *op. cit.*, p. 106.

¹¹⁹ BRASIL. Lei nº 9.868 de 10 de novembro de 1999. *Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19868.htm. Acesso em: 09.08.2022.

¹²⁰ ALMEIDA, Eloísa Machado de. *Capacidades institucionais dos amici curiae no Supremo Tribunal Federal: acessibilidade, admissibilidade e influência*. Revista Direito e Práxis, vol.10, n.1, pp.678-707, 2019.

¹²¹ No julgamento do AgRg na ADI 4071-DF, o STF estabeleceu que “a possibilidade de intervenção do *amicus curiae* está limitada à data da remessa dos autos à mesa para julgamento”.

matéria e a representatividade dos postulantes”. Isto é, exige-se, por um lado, que a matéria apresente complexidade ou grande repercussão social e, por outro lado, a especialidade do requerente no tema a ser tratado ou sua vinculação a pessoas que serão diretamente afetadas pela decisão do tribunal.¹²²

No que tange à condição de “relevância da matéria”, Scarpinella Bueno argumenta que o fato de a matéria ser objeto de exame em controle abstrato de constitucionalidade, por si só, já demonstra a relevância do tema. O mencionado requisito deveria ser interpretado, portanto, como a necessidade ou a conveniência de que o Tribunal promova um diálogo com outros entes, a fim de que sejam trazidos ao processo novos elementos de convicção. Segundo o autor, se o tema envolver questão estritamente jurídica ou a controvérsia puder ser solucionada recorrendo-se a consulta documental, não haverá relevância da matéria que justifique o ingresso do *amicus curiae* na ação.¹²³

Em relação ao requisito “representatividade dos postulantes”, Scarpinella Bueno acentua que a doutrina e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal têm convergido no sentido de adotar como parâmetro o mesmo conceito de pertinência temática a que estão submetidos os legitimados especiais na propositura da ação. Isto é, o órgão ou entidade que postular a admissão no processo na qualidade de *amicus curiae* deve demonstrar que sua atuação institucional está diretamente relacionada à matéria tratada na ação. A propósito, não há qualquer impedimento a que as mesmas instituições que poderiam figurar como legitimados para propor a ação sejam ouvidos na condição de *amicus curiae*.¹²⁴

Além das condições legais, o Supremo Tribunal Federal tem firmado o entendimento de que aquele que pretende ser admitido como *amicus curiae* deve demonstrar que possui capacidade de contribuir com argumentos e informações novas, diferentes daquelas já trazidas pelas partes e pelos demais *amici curiae*, e que possam, de fato, influenciar no convencimento e decisão do tribunal.¹²⁵

Na prática, a falta de critérios mais objetivos termina por conferir ao relator do caso uma ampla discricionariedade para admitir ou inadmitir o requerente na qualidade de *amicus curiae* por meio de despacho.¹²⁶ Tal juízo de conveniência e oportunidade exercido pelo relator aponta

¹²² ALMEIDA, *op. cit.*, p. 687.

¹²³ BUENO, *op. cit.*, p.156.

¹²⁴ *Idem*, p. 159-161.

¹²⁵ ALMEIDA, *op. cit.*, p. 687.

¹²⁶ *Idem*, p. 689.

para o risco de que sejam deixados de fora muitos sujeitos com potencial para alargar o campo de interpretação em volta do texto constitucional. Toma-se como exemplo o ocorrido na ADPF 54, que julgou acerca da possibilidade de interrupção da gravidez de feto anencefálico. Nesse caso, o relator, Ministro Marco Aurélio indeferiu todos os requerimentos de admissão de *amicus curiae* sob a justificativa de se evitar tumulto processual.¹²⁷

Nem o *amicus curiae*, nem a autoridade responsável pelo ato impugnado, têm reconhecido o direito de se manifestar, em contraditório, acerca dos argumentos apresentados por qualquer das partes.¹²⁸

Após a exposição argumentativa de todos os participantes mencionados, cada Ministro apresenta seu voto separadamente, em sessão pública. Vale dizer, são apresentadas fundamentações individuais de cada um dos Ministros votantes. Dimoulis e Lunardi ressaltam que essa forma de votação é diferente daquela comumente observada em diversos outros países, como na Alemanha, em que o Tribunal se reúne em sessão secreta e é redigido um voto conjunto pela maioria vencedora, considerado a “opinião do Tribunal”.¹²⁹ Com efeito, a apresentação de fundamentação individual torna mais difícil identificar as razões que levaram o Tribunal a decidir de determinada forma, tendo em vista que os Ministros podem chegar a uma mesma conclusão percorrendo caminhos argumentativos diversos. Isso acaba por obscurecer o vínculo entre a decisão e a *ratio decidendi* da Corte.

Nota-se, dessa forma, que a dialética desenvolvida no controle de constitucionalidade, embora imprescindível para a formação da decisão da Corte, não guarda as mesmas características do contraditório contencioso dos processos que tramitam perante os juízos ordinários. Para esclarecer as razões dessa distinção, vale expor o que significa a natureza objetiva das ações do controle abstrato de constitucionalidade e em que consiste a *causa petendi* aberta em tais ações.

2.4. Natureza objetiva do controle abstrato de constitucionalidade e causa de pedir aberta

Por tudo até aqui explanado, é possível traçar uma distinção entre a natureza das ações

¹²⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 54/DF. Relator: Marco Aurélio Mello. Julgamento: 12/04/2012. Publicação: Diário da Justiça de 30/04/2013. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3707334> . Acesso em 05.01.2023.

¹²⁸ BARCELLOS, *op. cit.*, p. 125.

¹²⁹ DIMOULIS; LUNARDI, *op. cit.*, p. 112.

ordinárias e a das ações do controle concentrado de constitucionalidade. As ações ordinárias destinam-se à obtenção da tutela estatal de direitos materiais em conflito. Assim, diz-se que tais ações possuem natureza subjetiva, visto que buscam a solução de litígios, consistentes em pretensões de direito material resistidas envolvendo sujeitos diversos.¹³⁰

As ações do controle abstrato de constitucionalidade, por sua vez, possuem natureza objetiva, o que significa que tais ações não cuidam de interesses jurídicos contrapostos de diferentes partes em uma lide propriamente dita, mas discutem a adequação, em tese, abstratamente, de leis e atos normativos à Constituição. Isto é, a ação direta de inconstitucionalidade, a ação declaratória de constitucionalidade e a arguição de descumprimento de preceito fundamental têm como finalidade precípua a manutenção da ordem jurídico-constitucional, e não a tutela de pretensões subjetivas. Desse modo, não havendo a discussão de casos concretos pelas partes, mas a análise abstrata da constitucionalidade das normas, as decisões não teriam o condão de impactar diretamente a esfera de subjetividade dos indivíduos.¹³¹

Tendo em vista as características de um processo de natureza objetiva, pode-se ainda fazer uma distinção entre a causa de pedir nas ações ordinárias e nas ações do controle de constitucionalidade. As ações que tramitam perante a jurisdição ordinária, são regidas pelo princípio da congruência, que determina a vinculação da sentença ao pedido e à causa de pedir. Em outras palavras, o juiz não está autorizado a prolatar uma sentença fora dos limites fixados no pedido e tampouco decidir a controvérsia a partir de fatos e fundamentos não apresentados pela parte.¹³²

Diferentemente, no controle concentrado de constitucionalidade, diz-se que a causa de pedir é aberta. Isto é, o Supremo Tribunal Federal não estaria vinculado aos fundamentos de direito apresentados pelo autor, de modo a poder declarar a inconstitucionalidade de um determinado dispositivo invocando razões jurídicas não mencionadas no processo. Ademais, considerando tratar-se de matéria de ordem pública, o Tribunal tem o poder de declarar inconstitucionais outros dispositivos do ato normativo impugnado, ainda que não tenham sido objeto da pretensão inicial do autor.¹³³

¹³⁰ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil - vol. 1: teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento, procedimento comum*. Rio de Janeiro: Forense, 2022, p. 97-134.

¹³¹ BARCELLOS, *op. cit.*, p. 127.

¹³² THEODORO JÚNIOR, *op. cit.*, 908.

¹³³ DIMOULIS; LUNARDI, *op. cit.*, p. 109.

Realizadas essas observações, é pertinente atentar para o fenômeno da objetificação do controle concreto de constitucionalidade, o que significa, de um modo geral, que esta forma de controle vem adotando mecanismos destinados a atribuir às decisões os efeitos gerais e, por vezes, vinculantes, próprios do controle abstrato de constitucionalidade. A esse respeito, Ana Paula de Barcellos tece pertinente crítica ao afirmar que a forma como o contraditório se opera em sede de controle difuso de constitucionalidade tem sido mais influenciada pelas características do controle concentrado do que o inverso. Segundo ela:

A lógica tradicional dos processos subjetivos tem sido pouco capaz de promover a rediscussão de alguns paradigmas do controle de constitucionalidade concentrado e abstrato. E isso porque, apesar da afirmação teórica acerca da natureza objetiva desses processos, é impossível esconder os interesses subjetivos existentes na discussão e que serão afetados – direta ou indiretamente – pela decisão acerca da validade ou invalidade das normas: esses interesses permanecem todo tempo a espreita e tanto quanto possível vêm a tona, tentando fazer-se ouvidos pelos órgãos encarregados de decidir a questão.¹³⁴

A autora é contrária à tese de que as decisões tomadas em controle abstrato de constitucionalidade incidiriam sobre um plano puramente objetivo. De fato, tais decisões têm o poder de repercutir de forma imediata nas instituições e na esfera privada dos indivíduos. Corroborando o entendimento de Barcellos, José Adércio Leite Sampaio ressalta que, embora seja verdade que o controle abstrato de constitucionalidade possua natureza objetiva, não se pode negar que esse controle responderá de forma reflexa a interesses subjetivos:

Há um componente importante para a exata compreensão da natureza hoje dos chamados tribunais de jurisdição constitucional e que não pode ser olvidado. É que se diz que o processo levado a efeito em suas turmas, salas, seções, plenário, o que for, tem a nota de um processo objetivo, de garantia de regularidade e harmonia do ordenamento jurídico enquanto tal, o que é verdade em relação ao controle de constitucionalidade abstrato e, em parte, naqueles de conflitos federativos ou de atribuição. No entanto, ainda que implicitamente nesse sistema, há um interesse privado ou individual reflexo, que termina sendo atendido, seja de situações individuais particulares – a sujeição a um tributo indevido, ou restrição a restrição ao acesso ao Judiciário –, seja de um interesse mais difuso – liberdade de expressão e publicidade dos atos governamentais em face de certos órgãos ou entidades

¹³⁴ BARCELLOS, *op. cit.*, p. 128.

responsáveis pela fiscalização do poder público.¹³⁵

O próprio procedimento das ações de controle concentrado mostra indicativos do caráter subjetivo que o permeia. A pertinência temática exigida dos legitimados especiais já aponta para uma interface entre os processos objetivos do controle de constitucionalidade e os processos de jurisdição ordinária. Tal exigência funciona como espécie de condição da ação que se expressa no interesse de agir, própria dos processos de natureza subjetiva.¹³⁶

Um outro aspecto que demonstra a existência de pretensões subjetivas no controle abstrato de constitucionalidade é a possibilidade de modulação dos efeitos da decisão, prevista no artigo 27 da Lei 9.868/99, o qual dispõe que “poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado”.¹³⁷ De fato, tal previsão não teria razão de existir se não admitíssemos que as decisões do controle abstrato guardam o potencial de projetar efeitos diretos sobre os indivíduos e entidades.¹³⁸

Um terceiro aspecto que demonstra que os julgamentos em sede de controle abstrato de constitucionalidade não se restringem à manutenção da ordem jurídico-constitucional, mas repercutem também diretamente nas esferas jurídicas subjetivas é exatamente a possibilidade de intervenção de *amici curiae*, porquanto isso pressupõe que determinados grupos sociais possuem interesse jurídico direto no objeto do julgamento, já que serão afetados de forma imediata pela decisão do Tribunal.¹³⁹

Vale registrar a crítica feita por Barcellos, que, ao enfatizar que a intervenção de *amicus curiae* e a convocação de audiências públicas consistem em importantes meios de participação ativa da sociedade no processo deliberativo do controle de constitucionalidade, considera que, em diversos casos, essa participação mostra-se meramente “ritual ou simbólica”, visto que as decisões do STF deixam de analisar os fatos e argumentos suscitados por esses terceiros e, em

¹³⁵ SAMPAIO, *op. cit.*, p. 59.

¹³⁶ BARCELLOS, *op. cit.*, p. 129.

¹³⁷ BRASIL. Lei nº 9.868 de 10 de novembro de 1999. *Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19868.htm. Acesso em: 09.08.2022.

¹³⁸ BARCELLOS, *op. cit.*, p. 131.

¹³⁹ *Idem*, p. 130.

outros casos, tais argumentos nem mesmo são mencionados.¹⁴⁰

Essa crítica poderia ser refutada sob o argumento de que os efeitos concretos das decisões do STF em controle de constitucionalidade dependeriam de atos decisórios de outras autoridades judiciais e administrativas, entretanto se está diante de argumento de cunho simplesmente retórico, tendo em vista que as pessoas não poderão rediscutir a matéria decidida pelo Supremo Tribunal Federal em um processo no qual não lhes foi dada a oportunidade de se manifestar.¹⁴¹

Portanto, embora seja patente a diferença entre a finalidade das ações de natureza objetiva e daquelas de natureza subjetiva, não se pode negar a existência de interesses coletivos subjacentes nem os reflexos políticos e sociais que as decisões do STF em controle de constitucionalidade podem produzir. Essas constatações demonstram a necessidade de se repensar a dialética no controle de constitucionalidade, de modo a permitir que as decisões do Tribunal sejam precedidas de uma produção argumentativa efetiva, com a plena participação das autoridades, entidades e órgãos interessados na matéria. Além disso, é mister que o conjunto de fundamentos levantados durante o processo seja levado em consideração na motivação dos acórdãos.

¹⁴⁰ *Ibidem.*

¹⁴¹ BARCELLOS, *op. cit.*, p. 128.

3. FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES NO CONTROLE ABSTRATO DE CONSTITUCIONALIDADE

Nos Estados Democráticos de Direito, para que um ato decisório seja considerado legítimo, não é suficiente que seja emanado por determinado agente investido de autoridade. É imprescindível que a autoridade deliberante submeta-se ao procedimento legalmente previsto e que, de forma transparente, explicita os motivos racionais que o conduziram à decisão tomada.¹⁴² Assim é que toda prestação jurisdicional deve vir acompanhada de sua devida fundamentação. Não à toa a Constituição prescreve, em seu artigo 93, IX, que “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões”.

O presente capítulo versará sobre a fundamentação das decisões jurídicas, conferindo-se ênfase à motivação decisória no controle abstrato de constitucionalidade. Conforme se observará, o estudo sobre a fundamentação se encontra intimamente relacionado ao problema da racionalidade das decisões judiciais. Portanto, será pertinente uma apreciação inicial acerca do tema, a fim de compreender como o raciocínio jurídico se expressa por meio da argumentação.

Ademais, será válido identificar quem são os destinatários da fundamentação decisória e a quem o Supremo Tribunal Federal direciona sua argumentação, tendo em vista que o auditório a quem é dirigida a argumentação influenciará diretamente na sua forma e no seu conteúdo, bem como na função que passa a assumir. Essas considerações tornarão mais claras a relação existente entre a motivação e os argumentos levantados no decorrer do processo de controle de constitucionalidade pelos *amici curiae*.

Por fim, o capítulo versará sobre o princípio da fundamentação analítica, previsto no artigo 489 do Código de Processo Civil, o qual exige que a motivação judicial examine cada um dos argumentos suscitados durante o processo, abordando-se, nesse contexto, as questões em torno da aplicabilidade desse princípio nas fundamentações do controle abstrato de constitucionalidade.

3.1. Racionalidade da decisão e argumentação jurídica

¹⁴² CORDEIRO, Carlos José; GOMES, Josiane Araújo. *Motivação das decisões judiciais e argumentação jurídica como fatores legitimantes da prestação jurisdicional*. Revista da AJURIS, v. 41, n. 134, 2014, p. 88.

Trazer racionalidade à decisão jurídica é, ao mesmo, afastar o plano deliberativo da influência da subjetividade do julgador e garantir a aplicação de métodos juridicamente legítimos para se alcançar a solução considerada mais acertada. A tarefa não é simples. Os métodos da decisão jurídica, diferentemente dos métodos utilizados nas ciências analíticas, não podem ser trabalhados à luz da concepção cartesiana, que condiciona o alcance da racionalidade do pensamento às estruturas lógico-formais de demonstração da verdade.

Segundo Descartes, tudo aquilo que não pudesse ser concluído através dos métodos formais de dedução escaparia à lógica e à razão. O grande problema dessa forma tão estrita de se conceber o conhecimento científico foi a impossibilidade de transpô-la para os campos do saber que não comportam a exatidão do cálculo,¹⁴³ como é o caso da ciência jurídica, das ciências humanas e da filosofia.

Por certo tempo, sobretudo após a edição do Código Napoleônico e do advento da escola da exegese, acreditou-se que, ao julgar um caso, o juiz deveria simplesmente subsumir o fato à norma jurídica, chegando a uma conclusão silogística.¹⁴⁴ Por isso, natural que se tenha tentado incorporar ao processo de decisão jurídica os métodos dedutivos das ciências analíticas.¹⁴⁵ Todavia, fato é que a singularidade do raciocínio jurídico o distancia daquele método de raciocínio. Se, de um lado, em uma demonstração lógica formal, partindo de premissas verdadeiras, é possível chegar a uma conclusão inevitável, por outro lado, a lógica jurídica atua exatamente na controvérsia de premissas, não sendo possível chegar a uma conclusão unívoca ou coercivamente verdadeira.¹⁴⁶ Em vez de almejar a solução incontestada, o raciocínio jurídico propõe-se à busca da solução mais razoável, que, ao final do processo será imposta mediante a autoridade de um juiz ou tribunal.¹⁴⁷

Primeiramente, a pretensão de uma decisão judicial tomada por meios absolutamente objetivos de raciocínio lógico se depara com o problema da imprecisão da linguagem no direito, que dá origem à multiplicidade de variantes interpretativas sobre um mesmo texto. Diga-se que, ainda que um texto jurídico seja redigido com o intuito de eliminar ambiguidades e delimitar o

¹⁴³ PERELMAN, Chaïm; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Tratado da argumentação: a nova retórica*. Trad. Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. 3ª ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2014, p. 1-3.

¹⁴⁴ ATIENZA, Manuel. *As razões do direito: teoria da argumentação jurídica*. Trad. Maria Cristina Guimarães Cupertino. 2ª. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2016, p. 78.

¹⁴⁵ PERELMAN, Chaïm. *Ética e Direito*. Trad. Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 506-507.

¹⁴⁶ *Idem*, p. 480.

¹⁴⁷ PERELMAN, Chaïm Perelman. *Lógica Jurídica*. Trad. Vergínia K. Pupi. 2ª. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 1-8.

máximo possível os conceitos de que trata, sempre será possível que a aplicação prática da disposição normativa suscite dúvida quanto à abrangência conceitual de certa palavra ou expressão, ou mesmo quanto às situações que são passíveis de regulamentação pela norma.¹⁴⁸

Na própria doutrina positivista, Hart admite que é ilusória a ideia de que se poderia simplesmente incluir um caso concreto em uma norma geral, chegando a uma conclusão silogística. A discricionariedade que a linguagem oferece ao aplicador da norma resulta no fato de que sua conclusão será sempre fruto de uma escolha. Isto é, sempre haverá pontos de imprecisão na legislação que demandarão do juiz alguma liberdade criativa. O ideal de uma norma tão detalhada que pudesse prever de antemão todas as situações futuras que demandariam sua aplicação é uma situação utópica, a qual Hart denomina “paraíso dos conceitos”.¹⁴⁹

Além disso, embora haja situações em que o legislador se esforçará para tornar precisos a norma e seu campo de incidência, a verdade é que por vezes o legislador, propositalmente, deixará uma “margem de liberdade ao intérprete”, inserindo termos vagos no texto, para que seu sentido e alcance sejam definidos ao longo do tempo pela tradição da jurisprudência. É nesse sentido que Perelman assinala:

Sabemos, porém, não só que o legislador abandona de quando em quando ao juiz o cuidado de precisar a regra, mas também que um texto que parece perfeitamente claro pode deixar de sê-lo quando é preciso aplicá-lo a situações imprevistas e nas quais o legislador não pôde pensar.¹⁵⁰

A decisão jurídica defronta-se amiúde com a possibilidade de escolha entre interpretações possíveis sobre determinado ato normativo, que culminam em soluções diferentes para o mesmo problema, não existindo um acordo ou critério objetivo que defina qual percurso interpretativo deve prevalecer em detrimento dos demais. Assim é que a aplicação automática do direito, sem levar em consideração as consequências da decisão e os valores em confronto, pode levar o julgador a conclusões inaceitáveis e injustas.

¹⁴⁸ PERELMAN, Chaïm. *Retóricas*. Trad. Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. 2ª. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 26.

¹⁴⁹ HART, Herbert L. A. *O conceito de direito*. Tradução de Antônio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009, p. 161-176.

¹⁵⁰ *Ibidem*.

Aqui se ressalta a dificuldade metodológica prática de se aferir a validade de normas tomando como parâmetro o texto da Constituição em sede de controle abstrato. No controle concentrado de constitucionalidade, o Supremo Tribunal Federal não se valerá de um simples silogismo, antes avaliará a adequação da lei aos valores constitucionais, que nem sempre possuem delimitação semântica tão precisa, como “dignidade da pessoa humana”, “função social da propriedade” e “solidariedade”. A ampla liberdade interpretativa do STF evidencia-se na dificuldade de estabelecimento de um método hermenêutico capaz de assegurar que o Tribunal possa manipular diversas variáveis em seu processo decisório, interpretando preceitos constitucionais com elevado grau de abstração, sem que isso acarrete insegurança jurídica e o particularismo das decisões.¹⁵¹

Pelo exposto, observamos que as conclusões a que chega o juiz não são formuladas com a precisão do cálculo matemático ou com a acuidade da demonstração das evidências científicas. Observamos também que, ao tomar sua decisão, o juiz inevitavelmente deverá ponderar os juízos de valor em confronto. O problema torna-se ainda mais pronunciado nas decisões do controle de constitucionalidade, devido ao elevado grau de abstração dos princípios constitucionais. Porém como manejar juízos de valor de um modo que as inferências não sejam reféns do arbítrio de cada um? Devemos nos perguntar: ao julgar questões jurídicas controvertidas, quais os métodos utilizados pelo juiz para alcançar a decisão que considera justa?

Perelman adverte que os esforços dos juristas, em todos os tempos, sempre foi o de conciliar a aplicação da lei com a garantia da equidade e da segurança jurídica, atentando sobretudo para a aceitabilidade social da decisão.¹⁵² Dessa forma, a decisão aceitável não é uma simples dedução silogística a partir da lei, porém tampouco é a solução que pareça equitativa aos olhos do juiz, mas consiste, de fato, na combinação entre a ordem jurídica e a equidade. Segundo o autor, “a tarefa que o juiz se impõe é portanto a busca de uma síntese que leve em conta, ao mesmo tempo, o valor da solução e sua conformidade ao direito”.¹⁵³

¹⁵¹ LEAL, Fernando. A. R. *Seis objeções ao direito civil constitucional*. Direitos Fundamentais & Justiça, Porto Alegre, v. 9, n. 33, p. 123-165, out./dez. 2015.

¹⁵² PERELMAN. *Lógica Jurídica, op. cit.*, p. 13.

¹⁵³ *Idem.*, p. 114.

Para Perelman, dentro desta lógica de juízos de valor, em que o juiz procura conciliar a equidade com o direito, a teoria da demonstração dos lógicos deve ser complementada por uma teoria da argumentação,¹⁵⁴ recorrendo-se às técnicas de raciocínio dialético e retórico.¹⁵⁵

O pensamento de Perelman resgata a condição de racionalidade ao conhecimento e às deliberações que somente podem ser formulados através do discurso. Segundo o autor, o objeto da teoria da argumentação por ele desenvolvida consiste no “estudo das técnicas discursivas que permitem provocar ou aumentar a adesão dos espíritos às teses que se lhes apresentam ao assentimento”.¹⁵⁶ Sua teoria procede a uma releitura das técnicas de persuasão e convencimento difundidas pelos antigos gregos e latinos, bem como daquelas estudadas durante o Renascimento, motivo pelo qual intitula-a “nova retórica”.¹⁵⁷

A fim de compreender a teoria da argumentação de Perelman com vistas à sua aplicação no âmbito da decisão jurídica, faz-se necessário primeiramente a exposição de determinados conceitos preliminares dos quais o autor se utiliza para desenvolver seu raciocínio. É válida, portanto, a exposição dos conceitos de “discurso”, “orador” e “auditório”. Conforme o autor, o discurso consiste na própria argumentação, seja ela levada a efeito por meio escrito ou oral; o orador é aquele que emite o discurso, enquanto o auditório é o conjunto de todas as pessoas a quem o orador destina sua argumentação.¹⁵⁸

Quanto às espécies de auditório, é válida ainda a distinção entre “auditório particular” e “auditório universal”. O primeiro diz respeito a auditórios compostos por membros de um grupo que compartilham de valores e acordos específicos, os quais não se estendem de maneira geral a outros grupos. Por outro lado, o auditório universal consiste na ficção da universalidade de todos os seres dotados de razão.

A importância da figura do auditório universal é permitir o desenvolvimento de argumentos que sejam considerados racionalmente válidos e aceitáveis perante a generalidade das pessoas, independentemente “das contingências locais ou históricas”.¹⁵⁹ Apesar disso, Perelman assinala ser natural que o auditório universal seja imaginado por cada orador de forma diferente, a partir das suas próprias referências culturais e do seu entorno social:

¹⁵⁴ *Idem*, p. 11.

¹⁵⁵ PERELMAN. *Lógica Jurídica, op. cit.*, p. 135-139.

¹⁵⁶ PERELMAN, Chaïm; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Tratado da argumentação: a nova retórica, op. cit.*, p. 4.

¹⁵⁷ *Idem*, p. 5.

¹⁵⁸ *Idem*, p. 7; 22.

¹⁵⁹ *Idem*, p. 35.

Em vez de se crer na existência de um auditório universal, análogo ao espírito divino que tem de dar seu consentimento à “verdade”, poder-se-ia, com mais razão, caracterizar cada orador pela imagem que ele próprio faz do auditório universal que busca conquistar para suas opiniões. O auditório universal é constituído por cada qual a partir do que se sabe de seus semelhantes, de modo a transcender as poucas oposições de que tem consciência. Assim, cada cultura, cada indivíduo tem sua própria concepção do auditório universal.¹⁶⁰

Assim, percebe-se que, para Perelman, a racionalidade da decisão não é alcançada através de um raciocínio individual do juiz, mas é construída de forma intersubjetiva, em uma interação dialógica e argumentativa com os participantes do processo, com as instituições e com o meio social, os quais fornecerão os parâmetros de aceitabilidade da solução a ser proferida. No âmbito da jurisdição constitucional, o solipsismo do processo deliberativo deve dar lugar a um amplo diálogo com a sociedade e com as instituições, com especial atenção para os argumentos levantados pelos *amici curiae*, os quais figuram como representantes dos setores da sociedade interessados nas questões em julgamento.

Uma vez compreendido que a racionalidade das decisões do STF está condicionada a um exercício argumentativo do Tribunal, deve-se buscar compreender a quem os ministros dirigem sua argumentação e a quem buscam convencer. Analisar quem é o auditório do STF é tarefa de grande importância, pois a argumentação será estruturada de acordo com o seu destinatário.

3.2. O auditório do STF no controle abstrato de constitucionalidade

Considerando que toda argumentação é empreendida com o objetivo de convencer um auditório, pode-se dizer que a argumentação que se pretende racional é aquela que busca o convencimento do auditório universal, isto é, que visa a adesão de todo ser humano dotado de razão.¹⁶¹ Viu-se que a ideia de um auditório universal é compreendida muito mais como uma ficção ou um parâmetro de que se vale o orador para expor argumentos cuja aceitabilidade transcenda as diferenças locais, culturais, históricas, dentre outras, do que como uma entidade

¹⁶⁰ *Idem*, p. 37.

¹⁶¹ PERELMAN. *Retóricas*, *op. cit.*, p. 299.

objetiva.¹⁶² Entretanto, o estabelecimento do auditório universal como parâmetro à argumentação é fundamental para que o orador não se utilize de premissas que pudessem ser consideradas válidas somente para um grupo específico de pessoas e que poderiam ser facilmente contestadas por outros interlocutores.

Se admitirmos que as decisões do STF devem se pautar em motivos racionais, conseqüentemente entenderemos que o Tribunal deve dirigir sua fundamentação ao auditório universal. É a busca pelo convencimento do auditório universal que garantirá que o Supremo Tribunal Federal profira decisões não apenas justificáveis segundo a letra do texto da Constituição, mas sobretudo decisões que estejam em harmonia com os valores constitucionais reconhecidos e interpretados no entorno sociocultural.¹⁶³

No caso da argumentação jurídica, é válido ressaltar que dentro deste auditório universal encontram-se três auditórios em especial para os quais o juiz dirige sua fundamentação, a saber, as partes do processo, a comunidade jurídica (instâncias superiores e juristas) e a opinião pública esclarecida, que, segundo Perelman, “se manifestará pela imprensa e pelas reações legislativas às decisões dos tribunais”.¹⁶⁴

Conforme se observará mais adiante, a distinção entre esses auditórios relaciona-se com as diferentes funções atribuídas à fundamentação, tanto em um nível endoprocessual, quanto em um nível extraprocessual. Pode-se dizer que, em um primeiro plano, o juiz argumenta a fim de convencer as partes do processo e os tribunais que lhe exercem controle de que sua decisão se encontra em conformidade com o direito.¹⁶⁵ Cuida-se, portanto, de uma auditório endoprocessual. Isto é, primeiramente o juiz buscará convencer as pessoas que se encontram em relação direta com o processo: as partes do litígio (que, caso não convencidas, poderão recorrer) e o juízo *ad quem* (que poderá exercer controle sobre a decisão impugnada).

Todavia, o auditório do juiz não se restringe ao plano processual. A argumentação jurídica na motivação decisória destina-se igualmente à opinião pública e à sociedade de um

¹⁶² ATIENZA, Manuel. *As razões do direito: teoria da argumentação jurídica*. Trad. Maria Cristina Guimarães Cupertino. 2ª. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2016, p. 61.

¹⁶³ SOUZA, André Peixoto; NOGAROLLI, Roberta Sandoval França. *Teoria da argumentação jurídica: a ADPF 54 - Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental e a ADI 3.510 - Ação Direta de Inconstitucionalidade na perspectiva de Chaïm Perelman*. Revista de Direito Administrativo, Infraestrutura, Regulação e Compliance. n. 22. ano 6. p. 27-50. São Paulo: Ed. RT, jul./set 2022, p. 49.

¹⁶⁴ PERELMAN. *Lógica Jurídica*, *op. cit.*, p. 213, 223, 238.

¹⁶⁵ PERELMAN. *Ética e Direito*, *op. cit.*, p. 493.

modo amplo, manifestando-se como um fator de legitimação do poder jurisdicional.¹⁶⁶ No primeiro capítulo deste estudo, verificou-se que a legitimidade do Poder Judiciário não provém da forma como os juízes são investidos no cargo, visto que estes não são eleitos pelo povo. Tal legitimidade está amparada na demonstração da racionalidade das decisões e de sua coerência com o direito. Trata-se, portanto, de uma legitimação que se desenvolve discursivamente, de sorte que os cidadãos e as instituições da sociedade são importantes membros do auditório do juiz, em um nível extraprocessual.

Em um Estado democrático, o direito deixa de ser a imposição da vontade arbitrária do soberano para tornar-se a expressão da vontade popular, ditada dentro dos limites fixados pela Constituição. Portanto, uma das condições para que o direito funcione de modo eficaz é a sua aceitabilidade social. O direito como manifestação do poder estatal precisa ser reconhecido como legítimo pelos cidadãos sobre os quais tal poder é exercido. Por esta razão Perelman considera tão importante que a motivação da decisão judicial busque o convencimento da opinião pública.¹⁶⁷

A identificação dos diferentes auditórios elencados por Perelman é bastante clara quando se analisa a argumentação do magistrado na jurisdição ordinária. Entretanto, as diferenças de finalidade e procedimento que separam a jurisdição ordinária da jurisdição constitucional dão ao Supremo Tribunal Federal um arquétipo diferente de auditório no controle abstrato de constitucionalidade.

Primeiramente, há de se destacar que o STF não busca, com sua fundamentação, convencer nenhum órgão superior que lhe exerça controle, visto que já ocupa o ápice da hierarquia do Poder Judiciário e tem o poder de dizer a palavra final sobre o direito. Dessa forma, entende-se que a sua fundamentação não está relacionada ao controle judicial hierárquico da decisão.

O segundo ponto a ser observado é que, embora existam, de fato, interesses subjetivos indiretos de diferentes grupos da sociedade nos julgamentos do controle de constitucionalidade, o STF não julgará propriamente um litígio entre partes contrárias, mas avaliará abstratamente a constitucionalidade do dispositivo de norma. Dessa forma, o STF também não busca o convencimento das partes de um processo. Diferentemente, a fundamentação das suas decisões

¹⁶⁶ NOGUEIRA, Cláudia Albagli. *O Novo Código de Processo Civil e o sistema de precedentes judiciais: pensando um paradigma discursivo da decisão judicial*. Revista Brasileira de Direito Processual - RBDPro. Belo Horizonte, ano 23, n. 88, out./dez. 2014.

¹⁶⁷ PERELMAN. *Lógica Jurídica, op. cit.*, p. 241-242.

destina-se ao convencimento daqueles segmentos da sociedade que serão afetados pela decisão.

Diante disso, é possível vislumbrar com clareza o auditório extraprocessual do STF, levando em conta que o Tribunal almeja o assentimento dos demais Poderes, das instituições e dos atores sociais, como forma de legitimação política de suas decisões.

A democracia exige estabilidade na relação entre o poder estatal e o povo que outorga o poder. Dessa forma, note-se que o ato de invalidar leis elaboradas pelos representantes eleitos pelo povo poderia facilmente provocar ruptura democrática caso não houvesse justificação devida à sociedade e aos demais Poderes da República. O dever de justificar o controle de constitucionalidade se torna ainda mais evidente ante a constatação de que, em uma democracia, o Estado-juiz já não detém o monopólio da interpretação da lei. A sociedade destinatária da norma passa a integrar ativamente o processo hermenêutico,¹⁶⁸ cabendo ao juiz constitucional com ela dialogar e prestar-lhe contas de sua atuação.

Portanto, é correto afirmar que é do cidadão-hermeneuta que o STF busca adesão e consentimento, de sorte que a sociedade como um todo passa a ser auditório do Supremo Tribunal Federal em sua argumentação.

3.3. O papel da fundamentação decisória

Se considerarmos que motivar uma decisão significa expor-lhe as razões, concluímos que a motivação obriga o juiz a ter razões plausíveis para justificar sua decisão. Portanto, a fundamentação impõe ao juiz o dever de raciocinar de maneira coerente e aceitável, pois ele tem ciência de que deverá justificar a solução adotada. É deste modo que a fundamentação decisória se revela como uma forma de afastar arbitrariedades.¹⁶⁹ Perelman assim esclarece:

De fato, motivar é justificar a decisão tomada, fornecendo uma argumentação convincente, indicando a legitimidade das escolhas feitas pelo juiz. É esta justificação, específica do raciocínio jurídico, que devemos examinar mais de perto. É ela que, explicitando as razões do dispositivo, deve convencer as partes de que a sentença não resulta uma tomada de posição arbitrária.¹⁷⁰

¹⁶⁸ CORDEIRO; GOMES, *op. cit.*, p. 90.

¹⁶⁹ PERELMAN. *Lógica Jurídica, op. cit.*, p. 210.

¹⁷⁰ *Idem*, p. 222.

O juiz jamais deve perder de vista que sua sentença não deve exprimir suas convicções estritamente pessoais, mas deve corresponder àquilo que o direito determina, com equidade e razoabilidade, em conformidade com a opinião dos juristas e dos tribunais superiores.¹⁷¹ Tendo em vista que o poder jurisdicional é um múnus público e que o juiz é um representante da autoridade estatal, o magistrado não fala em seu próprio nome, mas em nome do Estado que ele representa. Isso impede que as suas decisões sejam tomadas com base em um senso individual de justiça e torna inadmissível que sejam arbitrariamente pautadas em critérios de índole subjetiva.¹⁷²

Assim, compreende-se que uma decisão é racional e juridicamente aceitável quando é justificada de modo razoável.¹⁷³ Perelman entende, portanto, o dever de fundamentar como um compromisso que o juiz necessita assumir com a coerência e a unidade do sistema jurídico,¹⁷⁴ devendo o julgador chegar a uma solução somente depois de proceder à interpretação e ao manuseio dos diferentes textos que podem se aplicar ao caso:

Se vários textos parecem poder resolver, de um modo contraditório, uma dada situação, o juiz deve dizer por que razões aplica o texto que tem sua preferência; se nenhum texto lhe permite, à primeira vista, decidir antes num sentido do que no outro, deve encontrar uma técnica de interpretação que lhe possibilite, ainda assim, encontrar uma solução.¹⁷⁵

O papel da fundamentação decisória por ser compreendido a partir de duas perspectivas: uma endoprocessual (garantia de que o juiz conheceu de todas as questões de fato e de direito relacionadas à demanda, o que permitirá à parte assentir ou recorrer aos tribunais superiores) e uma extraprocessual (atinente à função política legitimadora da motivação).¹⁷⁶

Partindo da perspectiva endoprocessual, observa-se que a fundamentação permite às partes identificarem os motivos e critérios que levaram o juiz a decidir de determinada forma, de modo a ser possível averiguar se as provas e argumentos por eles apresentados no curso do processo foram devidamente analisados e valorados no momento da decisão. A propósito, seria incoerente permitir que os litigantes pudessem se manifestar amplamente em contraditório se o

¹⁷¹ PERELMAN. *Lógica Jurídica*, op. cit., p. 220-221.

¹⁷² *Idem*, op. cit., p. 98.

¹⁷³ PERELMAN, Chaïm. *Ética e Direito*. Trad. Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 480.

¹⁷⁴ PERELMAN, Chaïm. *Retóricas*, op. cit., p. 349.

¹⁷⁵ PERELMAN. *Retóricas*, op. cit., p. 349.

¹⁷⁶ CORDEIRO; GOMES, op. cit., p. 93.

juiz não possuísse o compromisso de analisar todo o conjunto probatório e argumentativo que foi produzido por eles.¹⁷⁷

Com efeito, a identificação das razões de que se valeu o magistrado para decidir é fundamental para que as partes possam exercer devidamente seu direito de recorrer, pugnando por uma eventual reforma ou invalidação do provimento.¹⁷⁸

Além disso, ainda sob o aspecto endoprocessual, vale afirmar que a fundamentação serve como meio de controle da decisão, pois é através dela que se pode avaliar os critérios que conduziram o raciocínio do juiz na composição de sua sentença.¹⁷⁹ A motivação decisória permite aos tribunais superiores avaliar adequadamente as razões de decidir e a correção do provimento emitido pelo juízo *a quo*.¹⁸⁰

Sob outra abordagem, a motivação tem ainda a função de pacificação da vida social. A fundamentação decisória é uma resposta àqueles que foram vencidos no debate, para que tomem ciência dos motivos que conduziram à solução imposta, e saibam o porquê de haverem sido desfavorecidos pela decisão. Sob essa perspectiva, a fundamentação deve pretender possuir o poder convencimento suficiente para amenizar o inconformismo daqueles que tiveram suas pretensões negadas e, assim, proporcionar estabilidade às relações reguladas pelo julgamento. A propósito, Perelman defende que “a paz judicial só se restabelece definitivamente quando a solução, a mais aceitável socialmente, é acompanhada de uma argumentação jurídica suficientemente sólida”.¹⁸¹

Conforme explanado no capítulo anterior, as ações do controle abstrato de constitucionalidade não possuem partes em sentido estrito, tampouco se destinam a solucionar casos concretos. Isso, todavia, não significa que a fundamentação decisória, em tais casos, perca a sua pretensão de pacificação social. Em um nível diferente, mas de modo análogo, a motivação das decisões do controle de constitucionalidade é uma resposta aos segmentos da sociedade que tiveram seus interesses contrariados. O STF buscará, através da fundamentação, elidir a irresignação social, demonstrando que sua decisão não é fruto de escolha arbitrária, mas resultado de uma ponderação racional dos valores em confronto, em conformidade com a Constituição. Por esta razão, André Peixoto de Souza e Roberta Nogarolli afirmam que

¹⁷⁷ CORDEIRO; GOMES, *op. cit.*, p. 92.

¹⁷⁸ *Idem.*, p. 94.

¹⁷⁹ PERELMAN, Chaïm. *Ética e Direito*. Trad. Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 481.

¹⁸⁰ CORDEIRO; GOMES, *op. cit.*, p. 94.

¹⁸¹ PERELMAN. *Lógica Jurídica, op. cit.*, p. 191.

“argumentação jurídica é importante ferramenta de construção da paz social e da segurança jurídica”.¹⁸²

Conforme dito, a fundamentação decisória não está relacionada apenas à função que desempenha no processo. Ela representa, acima de tudo, uma garantia política inerente ao Estado Democrático de Direito. O Conceito de Estado democrático está atrelado à ideia de limitação do poder estatal, que deverá ser exercido de forma pública e transparente. Isso significa que as autoridades estatais estão permanentemente obrigadas a explicitar e a justificar os motivos dos seus atos; diferentemente do que ocorre nos Estados autoritários, onde o poder é exercido de forma oculta e absoluta.¹⁸³

Assim, de acordo com Perelman, se o juiz recebe seu poder da nação e atua em seu nome, é seu dever prestar contas perante a sociedade por meio da fundamentação de suas decisões.¹⁸⁴ Nesse mesmo sentido, Antônio Magalhães Gomes Filho esclarece que a motivação das decisões judiciais possibilita um controle difuso por parte da comunidade acerca da racionalidade da atuação jurisdicional:

(...) no Estado de direito os poderes públicos se exercem segundo um padrão de legitimação racional objetiva, que transfere à apreciação da comunidade uma espécie de controle democrático difuso sobre a racionalidade ou não arbitrariedade do poder; daí ser possível afirmar que nesse tipo de Estado os poderes não estão apenas submetidos à lei, mas também e sobretudo são orientados por procedimentos que satisfaçam as exigências de uma correção argumentativa.¹⁸⁵

Desse modo, considerando que a autoridade dos membros do Poder Judiciário não está diretamente vinculada a uma escolha da maioria democrática – vez que não são escolhidos por votação – a motivação decisória exerce um papel político essencial consistente em legitimar os atos decisórios dos juízes. Nos termos de Gomes Filho, a fundamentação trata-se “do meio por que os sujeitos investidos desse poder, membros do aparato instrumental da vontade popular, prestam contas da própria atuação à fonte de que deriva a sua investidura”.¹⁸⁶ A concepção de

¹⁸² SOUZA; NOGAROLLI, *op. cit.*, p. 29.

¹⁸³ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *A motivação das decisões penais*. 2. ed. São Paulo: RT, 2013, p. 64.

¹⁸⁴ PERELMAN. *Lógica Jurídica*, *op. cit.*, p. 242.

¹⁸⁵ GOMES FILHO, *op. cit.*, p. 64-65.

¹⁸⁶ *Idem*, p. 68.

poder democrático pressupõe que o exercício da função jurisdicional possa ser fiscalizada não apenas na esfera processual, mas também pela sociedade e pela opinião pública.¹⁸⁷

Diante disso, a fundamentação das decisões do STF possui um papel político que visa legitimar discursiva e racionalmente suas escolhas frente à sociedade a quem está obrigado a prestar contas. Repise-se que o controle de constitucionalidade consiste no exercício de um poder contramajoritário, o que torna imprescindível que a Corte justifique adequadamente suas escolhas, em busca de convencer o seu auditório (que é ao mesmo tempo jurídico, político e social) de que suas decisões expressam a garantia de preservação dos valores constitucionais.

O poder exercido pelas cortes constitucionais é justificado pela necessidade de que as escolhas do autogoverno do povo sejam contrabalanceadas pela segurança de que direitos fundamentais não serão violados e de que a vontade majoritária não se sobreporá às condições constitucionais que garantem a democracia. Daí a compreensão de que a legitimidade dessa função contramajoritária exercida pelas cortes constitucionais somente se materializa com a apresentação de fundamentação consistente perante a sociedade.¹⁸⁸ Portanto, é inevitável chegar à conclusão de que o Supremo Tribunal Federal necessita justificar-se perante o povo, titular do poder de um Estado democrático. Nas palavras de Débora Ferreira e Paulo Gustavo Gonet Branco, “da sua função garantidora das pré-condições da democracia decorre a legitimidade da jurisdição constitucional, consubstanciada pela consistente fundamentação judicial.”¹⁸⁹

No capítulo 2, observou-se que a textura aberta da Constituição e o elevado grau de abstração dos princípios constitucionais dão ao Supremo Tribunal Federal não apenas a ampliação da discricionariedade interpretativa, como também proporcionam situações em que o Tribunal fará as vezes de um legislador positivo, criando novas normas. Se esse contexto eleva o risco de subjetividade do julgador, deve aumentar na mesma proporção a responsabilidade com a motivação decisória, porquanto o juiz constitucional deverá empenhar-se em mostrar que suas inferências não partem de convicções íntimas, ideias pré-concebidas ou preferências pessoais, mas que refletem posições jurídicas racionalmente aceitáveis.¹⁹⁰

¹⁸⁷ STRECK, Lenio Luiz; RAATZ, Igor. *O dever de fundamentação das decisões judiciais sob o olhar da crítica hermenêutica do direito*. Revista Opinião Jurídica, Fortaleza, ano 15, n. 20, jan./jun. 2017, p. 160.

¹⁸⁸ FERREIRA, Débora Costa; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Amicus curiae em números. Nem amigo da corte, nem amigo da parte?* Revista de Direito Brasileira: São Paulo, v. 16, n. 7, jan./abr. 2017, p. 172.

¹⁸⁹ *Ibidem*.

¹⁹⁰ PERELMAN. *Lógica Jurídica, op. cit.*, p. 206.

3.4. O princípio da motivação analítica

Ao longo do tempo, uma ideia equivocada de supremacia judicial levou muitos magistrados a sustentarem que a contribuição das partes do processo restringia-se a apresentar os fatos e, a partir deles, o juiz lhes daria o direito aplicável ao caso concreto. Desse modo, atribuía-se às partes uma postura processual passiva e lhes cerceava a faculdade de influenciar de forma argumentativa e interpretativa no pronunciamento judicial. Como consequência, eram frequentemente produzidas decisões judiciais a partir de um raciocínio unilateral do juiz, sem o compromisso de análise detida dos argumentos apresentados pelos litigantes.¹⁹¹

Como se observa, decisões tais como essas, justificadas a partir de uma visão solipsista do magistrado, não podem ser consideradas fundamentadas segundo o papel a que se propõe a fundamentação decisória em um Estado Democrático de Direito. De fato, decisões judiciais que não enfrentam os argumentos suscitados no processo revelam que o julgador chegou à solução adotada sem antes averiguar todas as possibilidades interpretativas e normas possivelmente aplicáveis ao caso, o que dá margem ao arbítrio da decisão e viola o direito das partes de tomarem conhecimento dos motivos pelos quais suas pretensões foram indeferidas.

Compreende-se que a garantia de efetivo contraditório envolve não apenas o ato de possibilitar à parte adversa o direito de se manifestar sobre os fatos e teses levantadas no processo. É igualmente relevante que as manifestações dos participantes do processo sejam levadas em consideração no momento da decisão, facultando-se a eles a capacidade de influir, de fato, na deliberação do juiz. Segundo explica Alexandre Câmara, o contraditório substancial deve consistir não apenas no direito de manifestar-se, mas também no direito de receber uma resposta do juízo, de modo que a decisão final “seja fruto de um processo participativo, cooperativo, em que todos os seus atores trabalham juntos (ainda que buscando resultados diversos)”.¹⁹² No mesmo sentido Lenio Streck e Igor Raatz ressaltam:

(...) uma estrutura procedimental dirigida a uma espécie de formação unilateral de provimentos judiciais centrada no juiz cede espaço para uma noção de contraditório estruturada a, partir de um direito de participação das partes no processo e na formação dos provimentos judiciais. Isso, obviamente, coloca em xeque velhos dogmas do

¹⁹¹ STRECK; RAATZ, *op. cit.*, p. 163.

¹⁹² CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo CPC e o princípio do contraditório*. Disponível em: https://www.academia.edu/12213584/O_NOVO_CPC_E_O_PRINC%C3%8DPIO_DO_CONTRADIT%C3%93RIO. Acesso em 25.05.2023.

processo civil, como a artificial noção de que as partes teriam a tarefa exclusiva de trazer fatos ao processo e que as questões jurídicas seriam apanágio do juiz.¹⁹³

Ainda segundo Streck e Raatz, esse status positivo do contraditório, compreendido como a possibilidade de influência no provimento jurisdicional, não pode ser inteiramente garantido senão quando atrelado ao princípio da motivação das decisões. Dito de outra forma, o direito ao contraditório só se completa quando as partes recebem uma resposta do juiz acerca daquilo que argumentaram durante o processo. Portanto, a fundamentação decisória não pode se furtar a enfrentar, de modo racionalmente convincente, cada uma das teses arguidas pelos participantes, sob pena de a decisão não ser considerada suficientemente fundamentada.

O fato de haver se tornado uma prática corriqueira a emissão de decisões desprovidas de fundamentação adequada levou o legislador a introduzir no Código de Processo Civil de 2015 disciplina voltada a coibir tal prática, elencando hipóteses em que a decisão judicial não será considerada fundamentada. Desta forma, a lei processual consagrou o princípio da fundamentação analítica (ou da fundamentação específica) ao dispor que “não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador”, nos termos do artigo 489, §1º, inciso IV, do Código de Processo Civil.¹⁹⁴

Diante da positivação do princípio da fundamentação analítica, que há muito tempo já era defendido pela doutrina, o ônus de examinar cada um dos argumentos das partes passou a ser uma imposição legal, não restando dúvidas sobre sua aplicabilidade nos processos ordinários. O problema que remanesce é compreender se esse dever de fundamentação específica seria aplicável também nas ações do controle abstrato de constitucionalidade. Isso nos remonta precisamente ao problema desta pesquisa: estaria o Supremo Tribunal Federal obrigado a analisar e refutar cada argumento suscitado no processo, especialmente os argumentos levantados pelos *amici curiae*?

Parte da doutrina opõe-se à exigência de motivação analítica nas decisões do controle concentrado de constitucionalidade, por considerar que tais ações possuem natureza objetiva e causa de pedir aberta, conforme explanado no capítulo 2. Desta feita, admitindo que o STF não

¹⁹³ STRECK; RAATZ, *op. cit.*, p. 164.

¹⁹⁴ BRASIL. Lei n. 13.105, de março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em 15.05.2023.

solucionará casos concretos entre partes detentoras de interesses subjetivos opostos, mas realizará o exame, em abstrato, de uma dada norma frente à Constituição, o Tribunal não estaria obrigado a vincular sua fundamentação aos argumentos dos participantes, podendo inclusive decidir com base em razões que não foram objeto de discussão no processo.

Outra parte da doutrina, a exemplo de Ana Paula de Barcellos, entende que o dever de fundamentação da jurisdição constitucional e o dever de fundamentar da jurisdição ordinária guardam em comum princípios e razões de ser similares e, portanto, a aplicação da garantia constitucional de fundamentação das decisões do controle abstrato de constitucionalidade deve levar a solução semelhante àquela adotada pelo art. 489 do Código de Processo Civil, ainda mais no que diz respeito aos argumentos deduzidos pelo *amicus curiae*, por ser este o representante dos interesses sociais subjacentes da ação.¹⁹⁵

A partir disso, analisa-se, no próximo capítulo, sob o enfoque da teoria geral da argumentação e da argumentação jurídica de Perelman, se deve o Supremo Tribunal Federal vincular a fundamentação de seus acórdãos à argumentação produzida pelos *amici curiae* nos processos do controle abstrato de constitucionalidade.

¹⁹⁵ BARCELLOS, *op. cit.*, p. 129.

4. A VINCULAÇÃO ENTRE A FUNDAMETAÇÃO E OS ARGUMENTOS LEVANTADOS PELO *AMICUS CURIAE*

Os capítulos precedentes discorreram acerca de questões fundamentais para construir uma conclusão adequada acerca da necessidade de vinculação entre a fundamentação decisória do acórdão e os argumentos levantados pelo *amicus curiae* em sede de controle abstrato de constitucionalidade. Em apertada síntese, o primeiro ponto foi conhecer a função representativa e democratizante desempenhada pelo amigo da corte no controle de constitucionalidade, para, então, compreender a natureza e o papel desenvolvido pela jurisdição constitucional. Por fim, somou-se a isso a análise da garantia da fundamentação decisória a ser observada pelo Supremo Tribunal Federal, enfatizando-se o papel da fundamentação e identificando-se quem integra o auditório do STF em sua argumentação.

Dispondo desse embasamento teórico, o presente capítulo tem por finalidade responder de forma específica a pergunta de pesquisa: é necessário que a fundamentação do acórdão enfrente cada um dos argumentos deduzidos pelos *amici curiae* para que a decisão seja considerada legítima?

Prosseguindo em um estudo da teoria da argumentação de Perelman, concluiu-se que a resposta a essa pergunta pode ser enfrentada a partir de duas perspectivas. Em primeiro lugar, a vinculação aos argumentos do *amicus curiae* por meio da refutação é necessária por seu uma forma de adequação da argumentação do Tribunal ao seu auditório. Sob outro enfoque, vê-se que a vinculação argumentativa através da refutação integra a própria essência da fundamentação decisória, conforme exposição adiante.

4.1. Panorama do problema

A pergunta a ser respondida no presente estudo não nasce de um problema somente teórico, sem grandes repercussões concretas. Pelo contrário, verificar a necessidade de vinculação entre a fundamentação decisória e a argumentação do *amicus curiae* é tarefa que decorre de um problema bastante prático e que vem se estendendo ao longo do tempo no exercício do controle de constitucionalidade abstrato brasileiro: tem-se verificado que, de um modo geral, o Supremo Tribunal Federal não examina detidamente os argumentos do amigo da corte quando da fundamentação dos seus acórdãos.

Ao pesquisar o tema, é possível deparar-se com estudos de casos que têm por finalidade averiguar a influência argumentativa do *amicus curiae* no pronunciamento final do STF.¹⁹⁶ É importante ressaltar que análises individuais de casos no tocante à fundamentação decisória de julgamentos específicos não são suficientes para projetar um padrão de comportamento do Supremo Tribunal Federal, em uma perspectiva mais ampla. Note-se que certas ações que apresentem maior visibilidade e repercussão midiática, por envolverem questões morais controvertidas, podem levar os ministros a apreciar mais detidamente cada um dos argumentos levantados pelos *amici curiae*.¹⁹⁷

Um retrato mais preciso da dimensão do problema aqui enfrentado pode ser visto na pesquisa empírica realizada por Débora Costa Ferreira e Paulo Gustavo Gonet Branco acerca da apreciação dos argumentos do *amicus curiae* no controle de constitucionalidade.¹⁹⁸ Os pesquisadores analisaram todos os processos do controle abstrato que contaram com a contribuição de *amicus curiae*, no intervalo compreendido entre os anos de 1990 e 2015. A partir do levantamento, computou-se a quantidade de acórdãos que fizeram menção expressa aos argumentos deduzidos pelos amigos da corte no processo. A relevância dessa pesquisa se evidencia sobretudo pela amplitude do seu campo amostral, que abrangeu dados relativos a período bastante significativo de atuação do *amicus curiae* perante o STF, o que favorece a obtenção de resultados mais confiáveis.

A análise dos dados permitiu concluir que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem reconhecido com entusiasmo a importância daquilo que o *amicus curiae* representa para o debate e, com isso, a Corte tem reafirmado o compromisso com a abertura do controle concentrado de constitucionalidade a um diálogo com a sociedade. Essa postura do STF pode ser visualizada nas palavras do Ministro Celso de Mello, que assim se manifestou no julgamento de Medida Cautelar na ADI nº 2.321/DF:

¹⁹⁶ Como exemplo, é possível apontar o estudo elaborado por Gladimir Adriani Poletto e Oksandro Gonçalves, que, dentre outros objetivos, buscou avaliar a efetividade de influência do *amicus curiae* no julgamento da ADI nº 4.627, relativo ao seguro DPVAT (POLETTO, Gladimir Adriani; GONÇALVES, Oksandro. *A efetividade dos mecanismos de participação da sociedade no processo normativo de seguros e a influência do amicus curiae no julgamento da ADI nº 4627 pelo STF*. Revista Jurídica Luso-Brasileira – RJLB, Ano 5, 2019, nº 5, p. 717-749).

¹⁹⁷ FERREIRA, Débora Costa. *De quem a corte quer ser amiga? Análise estratégica da funcionalidade do amicus curiae*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP). Brasília, 2017, p. 93-94.

¹⁹⁸ FERREIRA, Débora Costa; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Amicus curiae em números. Nem amigo da corte, nem amigo da parte?* Revista de Direito Brasileira: São Paulo, v. 16, n. 7, p. 169 – 185, jan./abr. 2017.

A ideia nuclear que anima os propósitos teleológicos que motivaram a formulação da norma legal em causa, viabilizadora da intervenção do “amicus curiae” no processo de fiscalização normativa abstrata, tem por objetivo essencial pluralizar o debate constitucional, permitindo, desse modo, 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 Suprema Corte, quando no desempenho de seu extraordinário poder de efetuar, em abstrato, o controle concentrado de constitucionalidade.¹⁹⁹

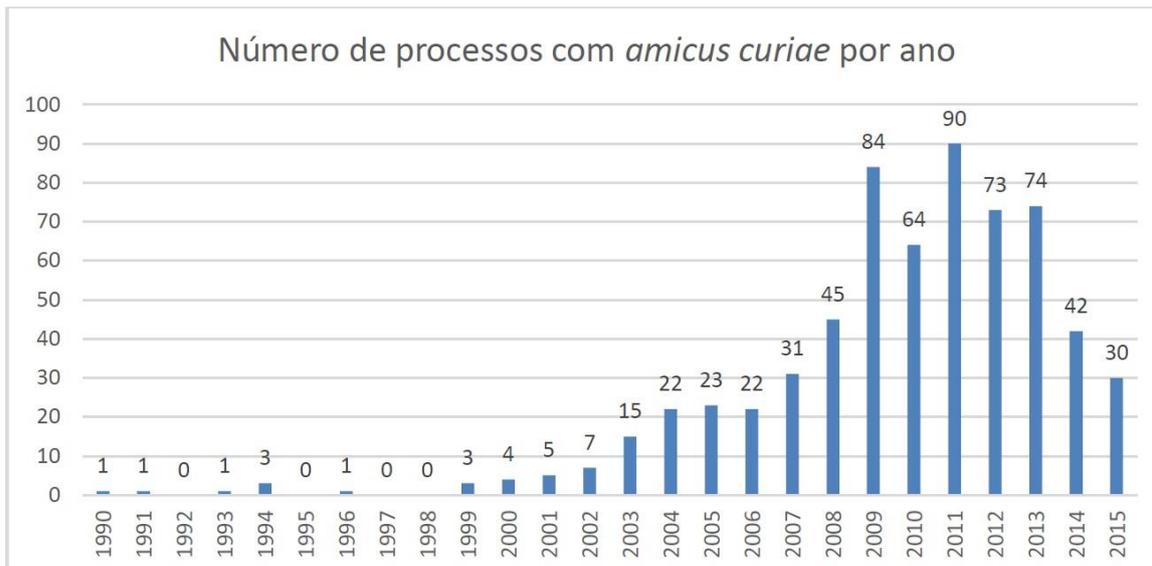
Em que pese o Supremo Tribunal Federal manifestar-se favorável à teoria que coloca a participação do *amicus curiae* como fator de legitimação do processo deliberativo do controle abstrato, a práxis tem revelado que o STF pouco tem se engajado em analisar efetivamente a contribuição argumentativa produzida pelo amigo da corte.

Inicialmente, a pesquisa mencionada expôs a quantidade de processos com intervenção de *amicus curiae* que tramitaram no Supremo Tribunal Federal no período verificado, chegando à conclusão de que a maior parte da atuação do *amicus curiae* está concentrada no controle abstrato de constitucionalidade. Do total de 640 processos com atuação de *amicus curiae*, 459 são ações do controle concentrado.²⁰⁰

Levando em consideração a quantidade de processos com intervenção de *amicus curiae* distribuídos de acordo com o ano em que tais processos foram protocolados, é possível enxergar uma curva ascendente na linha temporal, com maior concentração de processos nos últimos anos do intervalo pesquisado, conforme o gráfico abaixo:

¹⁹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na ADI nº 2.321/DF. Ministro Relator: Celso de Mello. DJ 10.06.2005. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=347543> . Acesso em 25.05.2023.

²⁰⁰ FERREIRA; BRANCO, *op. cit.*, p. 175.



(Fonte: FERREIRA, Débora Costa; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Amicus curiae em números. Nem amigo da corte, nem amigo da parte?* Revista de Direito Brasileira: São Paulo, v. 16, n. 7, jan./abr. 2017, p. 176.)

Em um segundo momento, o referido estudo testou se, na prática, o Supremo Tribunal Federal dispndia aos argumentos dos *amici curiae* a atenção condizente com o entusiasmo que a Corte manifestava em relação a esses participantes. Assim, os pesquisadores quantificaram os relatórios e votos que se referiam explicitamente aos argumentos dos *amici curiae*. Nessa etapa da pesquisa, a análise restringiu-se a 120 processos, sendo este o número total de processos com decisão definitiva de mérito ou cautelar. A síntese dos resultados pode ser exposta na forma da tabela abaixo:

Ações	Número de ocorrências	%
Relatório		
Menciona	74	62%
Considera	7	6%
Voto		
Menciona	3	2,5%
Considera	36	30%
Total	120	100%

(Fonte: FERREIRA; BRANCO, *op. cit.*, p. 182)

Os resultados obtidos indicaram que apenas 30% dos votos consideravam de maneira explícita os argumentos dos *amici curiae* e que somente 6% dos relatórios levavam explicitamente em consideração tais argumentos, o que sugere o baixo nível de influência que

o *amicus curiae* pode exercer, na prática, sobre as razões de decidir do Tribunal. Segundo os autores do estudo:

Os resultados demonstram que expressiva parcela das decisões do STF em processos de controle concentrado com participação de *amici curiae* não considera de forma explícita os argumentos por eles aventados (94% dos relatórios e 70% dos votos), demonstrando a fragilidade prática do instituto, de modo a confirmar a hipótese de que não há, formalmente, significativa influência sobre o processo de decisão constitucional pela via da argumentação deduzida, conforme enunciam as teorias sobre o tema.²⁰¹

Essas considerações vão ao encontro da crítica feita por Ana Paula de Barcellos, que considera que, em diversas vezes, a participação do *amicus curiae* torna-se “puramente ritual ou simbólica”,²⁰² haja vista que, em grande parte das vezes, as razões arguidas pelo *amicus curiae* não são efetivamente consideradas ou sequer são mencionadas.

Aprofundando-se no tema, Débora Ferreira elaborou, em sua dissertação de Mestrado, uma pesquisa que objetivou compreender de que maneira ocorre, na prática, a interação discursiva entre o Supremo Tribunal Federal e o *amicus curiae*. Na mencionada pesquisa, foram consideradas todas as ações do controle abstrato, com decisão proferida, no período compreendido entre janeiro de 1990 e julho do ano de 2017.²⁰³

Para tanto, a pesquisadora distinguiu os *amici curiae* em quatro grupos, a saber: corporativos, servidores públicos, governamentais e representantes da sociedade civil. O estudo revelou que o único grupo de *amicus curiae* que influenciou de maneira significativa a chance de que o voto mencionasse os argumentos desses participantes foi o *amicus curiae* representante da sociedade civil. De acordo com a pesquisa, “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 que haja citação das contribuições dos *amici curiae* no voto”.²⁰⁴

²⁰¹ FERREIRA; BRANCO, *op. cit.*, p. 182.

²⁰² BARCELLOS, Ana Paula de. *O controle concentrado e abstrato de constitucionalidade e o princípio da não surpresa e do contraditório substancial e o da motivação específica*. Revista EMERJ, Rio de Janeiro, v. 21, n. 3, t. 1, set.-dez., 2019, p. 130.

²⁰³ FERREIRA, Débora Costa. *De quem a corte quer ser amiga? Análise estratégica da funcionalidade do amicus curiae*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP). Brasília, 2017, p. 89.

²⁰⁴ *Idem*, p. 96-97.

Segundo a autora, uma interpretação possível para esses dados é a de que representantes da sociedade civil geralmente estão associados a causas de grande repercussão perante a opinião pública, o que gera uma propensão a que o Tribunal avalie mais cuidadosamente os argumentos dos *amici curiae*. Outrossim, é possível que o STF se utilize com mais frequência de argumentos de participantes que podem proporcionar-lhe maior apoio difuso.²⁰⁵

Isso não significa dizer que os *amici curiae* representantes da sociedade civil sejam capazes de exercer alguma forma significativa de influência sobre o pronunciamento da Corte. O que, de fato, a pesquisa aponta é que o Supremo Tribunal Federal tende a utilizar a contribuição dos *amici curiae* de modo estratégico, ora silenciando sobre certos argumentos, ora ressaltando outros, da maneira mais conveniente para sustentar um determinado posicionamento. Assim, em suas conclusões, a pesquisadora considera que “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”.²⁰⁶

Além dessa possível seleção estratégica de quais argumentos serão avaliados e quais deles serão ignorados, o próprio ato de selecionar quais órgãos e instituições serão admitidas no processo na condição de *amici curiae* possui a capacidade de direcionar a discussão por determinado viés, ou mesmo deixar de fora do debate interlocutores com potencial de trazer diferentes abordagens acerca do tema. Embora a admissão do *amicus curiae* esteja sujeita a uma decisão discricionária e irrecurável do relator da ação, cuida-se de uma decisão de grande relevância, visto que consiste na escolha de quais vozes serão ouvidas pela Corte. Por esta razão, Miguel Godoy acentua que tal faculdade do ministro relator tem o poder de “impossibilitar, restringir e até mesmo enviesar o debate”.²⁰⁷

Desse modo, é possível concluir que, embora o próprio Supremo Tribunal Federal admita a importância da participação do *amicus curiae* na promoção de um diálogo com a sociedade, as decisões do Tribunal não examinam adequadamente os argumentos trazidos pelos *amici curiae* quando da fundamentação decisória, o que termina por conferir ao instituto um baixo grau de influência nos julgamentos e um cunho notadamente simbólico à sua participação.

²⁰⁵ *Ibidem*.

²⁰⁶ FERREIRA, *op. cit.*, p. 110.

²⁰⁷ GODOY, Miguel Gualano. *As audiências públicas e os amici 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. 154.

4.2. Refutação como adaptação do STF ao seu auditório

Uma vez compreendido o problema prático que envolve a ausência de fundamentação adequada a examinar os argumentos do *amicus curiae*, passa-se a explorar a teoria da argumentação de Perelman aplicada à motivação decisória no controle abstrato de constitucionalidade. O estudo teórico leva-nos a concluir pela necessidade de fundamentação analítica que refute ou acolha os argumentos lançados pelos *amici curiae*, visto que a refutação é uma consequência à necessária adaptação do Supremo Tribunal Federal ao seu auditório, além de ser elemento integrante da própria essência da fundamentação.

Uma importante premissa da teoria perelmiana, que deve ser objeto de enfoque no presente estudo, afirma que “é em função de um auditório que qualquer argumentação se desenvolve”²⁰⁸. Isso significa que toda a estrutura da argumentação deve ser moldada para atingir de forma eficaz o público a que ela se destina. Portanto, a primeira tarefa do orador é conhecer o seu auditório, a fim de analisar como será possível estabelecer com ele uma conexão intelectual, de modo a imprimir à sua argumentação o maior potencial de convencimento possível.²⁰⁹

Conforme se observou no capítulo anterior, o auditório do Supremo Tribunal Federal é composto pela sociedade como um todo, destinatária da norma e dos efeitos da decisão, sendo ela titular do poder democrático e a quem o STF deve prestar contas de sua atuação. Seria equivocado, portanto, desconsiderar a relevância que a sociedade assume no balizamento do controle de constitucionalidade. Sabe-se que o sistema jurídico não consiste em um sistema fechado, mas, estando ele inserido em um meio social e cultural, recebe constantemente as influências do seu entorno.²¹⁰

Ademais, conforme se ressaltou no segundo capítulo, o papel do STF não é apenas jurídico, mas também político. Ao julgar a constitucionalidade das normas, o Tribunal necessita dar sentido ao texto da Constituição, analisando-a a partir de uma ordem de valores construída de forma intersubjetiva no meio social,²¹¹ ponderando as diferentes interpretações e perspectivas dispersas na sociedade, para enfim chegar a uma solução que seja considerada justa, razoável e aceitável.

²⁰⁸ PERELMAN; OLBRECHTS-TYTECA. *Tratado da argumentação: a nova retórica*, op. cit., p. 6.

²⁰⁹ *Idem*, p. 18-19.

²¹⁰ PERELMAN. *Lógica Jurídica*, op. cit., p. 115.

²¹¹ *Idem*, p. 116.

Não basta que a fundamentação jurídica seja baseada em princípios constitucionais. Se estes princípios podem dar azo a interpretações variadas, é essencial que o juiz constitucional lhes especifique o conteúdo. Precisar o conteúdo dos princípios da Constituição não é uma tarefa individual. Pressupõe um diálogo com o meio social. Assim, para conseguir a adesão do seu auditório, o juiz constitucional deverá compreender os sentidos que a sociedade e as instituições têm atribuído ao texto da Constituição.²¹²

Em uma sociedade plural, não há como fixar a extensão dos sentidos dados aos direitos fundamentais e aos demais preceitos constitucionais de forma isolada, sem voltar o olhar às informações e interpretações advindas dos atores sociais envolvidos na controvérsia.²¹³ Torna-se essencial que as considerações do STF, em seu processo decisório, reflitam a heterogeneidade e a multiplicidade de posicionamentos de uma sociedade plural. Desse modo, é necessário que o Tribunal não apenas promova a abertura interpretativa do controle de constitucionalidade aos atores sociais, mas que também leve efetivamente em consideração suas contribuições no momento de proferir sua decisão.

O discurso não deve fundar-se unicamente nas convicções e opiniões daquele que argumenta, mas deve tomar por parâmetro sobretudo as opiniões daquele a quem é dirigido, sob pena de tornar-se inócuo. Isso é o que Perelman entende como a “adaptação do orador ao auditório”.²¹⁴ Se considerarmos que o Supremo Tribunal Federal justifica suas decisões perante um auditório composto por atores sociais bastante variados, concluiremos que a Corte precisa atentar-se para aquilo que estes atores compreendem e para quais as possíveis interpretações do texto constitucional por eles adotadas. Em outras palavras, o Tribunal deve adaptar o seu discurso aos pensamentos de uma sociedade aberta de intérpretes da Constituição.

O pluralismo da sociedade à qual o STF dirige sua fundamentação deve refletir diretamente na seleção dos argumentos a serem utilizados. Um auditório tão heterogêneo demanda uma pluralidade de enfoques argumentativos que seja capaz de alcançar os diversos grupos sociais interessados na discussão. Nesse sentido, Perelman ressalta: “É muito comum acontecer que o orador tenha de persuadir um auditório heterogêneo, reunindo pessoas

²¹² PERELMAN. *Lógica Jurídica*, op. cit., p. 169-170.

²¹³ FERREIRA; BRANCO, op. cit., p. 172.

²¹⁴ PERELMAN; OLBRECHTS-TYTECA. *Tratado da argumentação: a nova retórica*, op. cit., p. 26-

diferenciadas pelo caráter, vínculos ou funções. Ele deverá utilizar argumentos múltiplos para conquistar os diversos elementos de seu auditório”.²¹⁵

Como já foi visto, a admissão de *amicus curiae* é um dos mecanismos adotados nos processos de controle abstrato de constitucionalidade para permitir ao STF conhecer a pluralidade de interpretações e argumentos provindos dos variados setores da sociedade. Por isso é possível considerar que a contribuição dos *amici curiae* fornece uma imagem das diferentes teses relacionadas à matéria constitucional em julgamento, possibilitando a visualização de um retrato mais preciso do auditório universal. É bastante razoável, portanto, que, no momento de fundamentar suas decisões, o Tribunal esteja atento para os argumentos levantados pelos *amici curiae*, confirmando-os ou refutando-os.

O primeiro passo para o desenvolvimento de uma argumentação é a escolha das premissas sobre as quais ela se pautará e que serão o seu ponto de partida. Essas premissas iniciais são originadas dos acordos do auditório. Perelman refere-se aos acordos como ideias previamente admitidas pelos ouvintes, sobre as quais não pairam controvérsias. Em síntese, o orador deverá partir das ideias sobre as quais existe consenso dos interlocutores e desenvolvê-las a fim de convencer o auditório a respeito da tese controvertida.²¹⁶

Na argumentação jurídica que se desenrola no controle concentrado de constitucionalidade, o acordo do auditório situa-se nas normas contidas no texto da Constituição²¹⁷, que naturalmente constitui o parâmetro inicial sobre o qual concordam todos os interlocutores que pretendem discutir acerca da constitucionalidade de um certo dispositivo legal. Entretanto, a significação atribuída a expressões da Constituição (a exemplo de termos com textura aberta, como “dignidade humana” ou “igualdade”) pode variar, assim como pode ser bastante diversificado o uso dos princípios constitucionais na argumentação, a depender da finalidade a que ela se destina.

Nesse sentido, o STF necessita atentar-se para as interpretações do texto constitucional manifestadas pelos *amici curiae*, expressando sua eventual concordância ou explicitando os

²¹⁵ PERELMAN, Chaïm; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Tratado da argumentação: a nova retórica*. *op. cit.*, p. 24.

²¹⁶ PERELMAN; OLBRECHTS-TYTECA. *Idem*, p. 73-75.

²¹⁷ Conforme explica Perelman: “(...) seja qual for o fundamento dos textos de direito positivo ou de teologia positiva – problema que não nos diz respeito atualmente –, o essencial é que eles constituem o ponto de partida de novos raciocínios. A argumentação jurídica ou teológica deve desenvolver-se no interior de um sistema definido, o que colocará no primeiro plano certos problemas, notadamente os relativos à interpretação dos textos”. (PERELMAN, Chaïm; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Tratado da argumentação: a nova retórica*. *Op. cit.*, p. 114).

motivos da insubsistência de tais interpretações. De fato, a escolha unilateral das premissas iniciais utilizadas na fundamentação decisória, em evidente desconsideração aos argumentos trazidos anteriormente na discussão, reduz a capacidade de convencimento da fundamentação e compromete a adesão dos interlocutores à tese adotada pelo Tribunal. Isso porque, na medida em que os interlocutores percebem que seus argumentos foram ignorados, a motivação decisória pode ser considerada parcial ou tendenciosa.²¹⁸

No raciocínio jurídico, o julgador necessita voltar sua atenção para as teses que são admitidas de antemão pelo auditório para, a partir delas, fazer uma ponte para a argumentação usada para motivar sua decisão.²¹⁹

Percebe-se, portanto, que em qualquer processo que conte com a contribuição de argumentos provindos de diferentes participantes, seja um processo ordinário, seja um processo de controle de constitucionalidade, a interação dialética demanda que o julgador, ao proferir sua decisão, não desconsidere os pontos abordados na discussão. Não é suficiente que o juiz escolha uma linha de argumentação partindo de proposições escolhidas unilateralmente por ele. É essencial que a fundamentação da decisão enfrente as objeções suscitadas nos argumentos daqueles que o precederam no processo, no intuito de evitar resistência ao convencimento. Somente deste modo o juiz conseguirá adaptar o discurso ao seu auditório. É nesse sentido que Perelman afirma:

O princípio capital, nessa matéria, continua a ser a adaptação ao auditório, às teses por ele admitidas, levando em conta a intensidade dessa adesão. Não basta escolher premissas nas quais se apoiar; cumpre prestar atenção, uma vez que a força do argumento se deve em grande parte à sua possível resistência às objeções, a tudo quanto o auditório admite, mesmo ao que não se tem nenhuma intenção de usar, mas que poderia vir opor-se à argumentação.²²⁰

Cumpramos chegar a uma conclusão a partir da combinação das seguintes premissas: (i) o auditório do Supremo Tribunal Federal é composto por toda a sociedade, incluídos aí os órgãos, instituições e segmentos que sofrerão os impactos da decisão; (ii) os *amici curiae* são

²¹⁸ PERELMAN, Chaïm; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Tratado da argumentação: a nova retórica*. *op. cit.*, p. 73.

²¹⁹ PERELMAN, *Ética e direito*, *op. cit.*, p. 493; PERELMAN. *Lógica Jurídica*, *op. cit.*, p. 146.

²²⁰ PERELMAN, Chaïm; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Tratado da argumentação: a nova retórica*. *op. cit.*, p. 525.

representantes da sociedade no processo de controle de constitucionalidade e são responsáveis por trazer ao conhecimento da Corte as interpretações, argumentos, valores e posicionamentos dispersos no meio social; (iii) a argumentação jurídica do STF, expressa na fundamentação decisória, deve adaptar-se ao seu auditório, por meio da refutação das teses admitidas por este. Logo, a fundamentação decisória em controle abstrato de constitucionalidade somente assegura seu potencial de convencimento quando considera e examina os argumentos suscitados pelos *amici curiae*, representantes do auditório que o STF pretende convencer.

4.3. Refutação como essência da fundamentação

Além de a refutação analítica dos argumentos deduzidos no processo ser decorrência da necessidade de adaptação do Tribunal ao seu auditório, é imperioso destacar que a refutação se manifesta como própria essência da argumentação, segundo a teoria perelmiana.

Diferentemente do raciocínio analítico, o raciocínio dialético se opera mediante o diálogo, em um empenho destinado a confirmar as teses do interlocutor ou refutar as objeções arguidas contra a ideia que se defende.²²¹

Ao permitir o ingresso de novos interlocutores no raciocínio dialético do processo de controle de constitucionalidade por meio da admissão de *amicus curiae*, a abordagem da matéria discutida ganha novos contornos que não podem ser ignorados pelo STF. É exatamente a análise das perspectivas abordadas e dos argumentos levantados que permitirá enxergar a decisão do Tribunal não como fruto da opinião pessoal de cada ministro, mas como “expressão da opinião razoável de seu meio”.²²²

Perelman insiste em que “o juiz esclarecido é aquele que decide depois de ter ouvido o pró e o contra. Poderíamos dizer que a retórica, mais do que formar o pleiteante, deve formar o juiz”.²²³ De fato, a realização de um cotejo entre os argumentos pró e contra suscitados durante a dialética do controle de constitucionalidade revela ao auditório que o Tribunal tomou sua decisão somente depois de haver esgotado a análise de todas as questões em debate e que não julgou simplesmente a seu arbítrio, sob uma perspectiva unilateral, mas sim atento à pluralidade

²²¹ PERELMAN, Chaïm. *Retóricas*. Trad. Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. 2ª. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 4.

²²² PERELMAN. *Retóricas, op. cit.*, p. 53.

²²³ *Idem*, p. 90.

de interpretações que se encontram dispersas no meio social e materializadas na argumentação dos *amici curiae*.

Assim como podemos afirmar que é incoerente e ilógico garantir a ampla defesa e contraditório às partes no processo ordinário se o juiz não tiver a obrigação de se manifestar sobre os argumentos que foram apresentados,²²⁴ é também possível concluir que não há coerência em garantir a participação do *amicus curiae* nas ações do controle de constitucionalidade se o Tribunal não tiver o compromisso de se posicionar sobre os argumentos que foram suscitados.

A necessidade de motivar a decisão pressupõe que a conclusão a que o julgador chegou não é uma unanimidade e que existem eventuais motivos para discordar da tese por ele formulada. Dessa forma, é precisamente a existência da controvérsia jurídica que impõe a fundamentação da decisão como um dever do juiz, porquanto ninguém argumenta a favor daquilo que é evidente ou se justifica diante da concordância generalizada. Nos termos de Perelman:

A justificação só diz respeito ao que é a um só tempo discutível e discutido. Daí resulta que o que é absolutamente válido não deve ser submetido a um processo de justificação e, inversamente, o que se tende a justificar não pode ser considerado incondicional e absolutamente válido.²²⁵

A decisão jurídica implica uma escolha entre soluções possíveis. Para tanto, a fim de justificar a escolha da solução preferível, o juiz deve identificar quais os pontos de desacordo relacionados à matéria em julgamento, para então realizar uma comparação entre as teses antagônicas suscitadas no curso do processo pelas diferentes partes. Não é suficiente que o julgador apoie sua motivação em uma única tese e desconsidere todos os demais argumentos em sentido contrário defendidos anteriormente. Nesse sentido ressalta Perelman:

Para quem deve tomar uma posição, é essencial estabelecer os pontos de desacordo e reconduzir, a partir deles, os discursos a um plano em que as teses opostas possam ser comparadas, e no qual os argumentos alegados a favor da primeira solução se tornem objeções à segunda e vice-versa.²²⁶

²²⁴ CORDEIRO; GOMES, *op. cit.*, p. 92.

²²⁵ PERELMAN. *Retóricas, op. cit.*, p. 169.

²²⁶ PERELMAN. *Lógica Jurídica, op. cit.*, p. 165.

Por esta razão, a decisão jurídica só se encontra suficientemente justificada quando enfrentar todas as objeções contra a tese aplicada, refutando cada um dos argumentos contrários que foram expostos no decorrer do processo. Vale dizer, o auditório somente se convence da tese fixada na decisão na medida em que os argumentos contrários não são capazes de enfraquecer o seu assentimento. Sob essas circunstâncias Perelman entende que toda justificação consiste na refutação das razões efetivas que podem haver para se criticar um posicionamento.²²⁷ Em síntese, a fundamentação de uma decisão jurídica é, antes de tudo, um exercício de refutação.²²⁸

Miguel Godoy defende que, se os argumentos apresentados pelos *amici curiae* não forem apreciados de forma efetiva pelo Supremo Tribunal Federal, sua participação no processo torna-se inócua e o objetivo de um diálogo com a sociedade acaba se perdendo em meio a uma tentativa de legitimar apenas formalmente a decisão:

Diante disso, mais do que possibilitar a participação popular, é preciso que essa participação na fase pré-decisional seja levada a sério, que haja não apenas uma escuta dos intervenientes e convocados, mas que se promova um efetivo debate entre eles. É necessário que seus argumentos sejam levados em conta na hora da decisão, quer para compor o fundamento da decisão, quer para rejeitar os apontamentos realizados. Se essa participação popular passa a ser utilizada apenas como mais um passo para legitimar formalmente a decisão a ser exarada, perde-se o sentido da abertura dialógica do Supremo Tribunal Federal, esvaziam-se as inovações normativas e transforma-se um desejável diálogo em mera retórica formal de oitiva e participação.

Portanto, na medida em que o Supremo Tribunal Federal deixa de se manifestar contrária ou favoravelmente aos argumentos deduzidos pelo *amicus curiae*, remanescem lacunas na argumentação, que comprometem a eficácia do convencimento da sociedade, deixando em aberto pontos de discussão e de divergência. Assim, a fundamentação decisória deixa de cumprir integralmente o seu papel de fornecer uma resposta satisfatória à sociedade e à opinião pública.

4.4. Novos questionamentos

²²⁷ PERELMAN. *Retóricas*, op. cit., p. 171.

²²⁸ PERELMAN. *Ética e Direito*, op. cit., p. 488-489.

Diante de tudo o que se expôs, chegou-se à compreensão de que é necessário que o Supremo Tribunal Federal enfrente de forma responsável os argumentos deduzidos pelo amigo da corte, a fim que a fundamentação cumpra integralmente o seu papel, bem como para que a participação do *amicus curiae* não se torne o mero cumprimento de uma formalidade simbólica, incapaz de democratizar efetivamente o debate no controle constitucionalidade. Há de se ressaltar que essa conclusão apresenta-se, naturalmente, acompanhada de um novo questionamento: como seria possível proceder a uma análise genuína da argumentação construída pelo *amicus curiae* na prática?

A busca por meios de operacionalizar e tornar possível a aplicação do princípio da fundamentação analítica no controle de constitucionalidade nos conduz a uma série de questões, tais como: todo e qualquer argumento deduzido pelo *amicus curiae* deve ser objeto de análise na fundamentação decisória, ou existem certos argumentos fracos ou construídos sem suficiente coerência a ponto de não merecerem ser examinados? É válida a utilização de técnicas argumentativas que permitam o acolhimento tácito ou refutação implícita das teses abordadas?

Além disso, um dos principais desafios a ser enfrentado é a técnica de decisão colegiada de que se vale o STF. Atualmente o Tribunal conta com um modelo de decisão fracionária, em que cada um dos ministros apresenta seu voto individualmente, de sorte que a decisão final é resultado de um cálculo aritmético dos dispositivos dos votos. Como consequência a isso, tem-se que a fundamentação decisória do Supremo Tribunal Federal se apresenta fragmentada e dispersa nos diferentes votos de cada ministro, o que torna bastante complexa a identificação exata das razões que levaram a Corte como um todo a decidir de determinada forma, levando o acórdão a carecer de uma “racionalidade decisória uniforme”, segundo ressalta Miguel Godoy.²²⁹

Ao mesmo tempo, não se pode desconsiderar o ônus demasiadamente laborioso que consistiria a exigência de que cada um dos ministros se empenhasse na análise pormenorizada dos argumentos suscitados por cada um dos amigos da corte, sobretudo quando uma grande quantidade de *amici curiae* são admitidos no processo.

Futuras pesquisas podem almejar entender que modelo de decisão colegiada se mostraria mais adequada ao controle abstrato de constitucionalidade, de sorte a aprimorar a funcionalidade da motivação das decisões. Seria necessário questionar se o sistema de decisão

²²⁹ GODOY, *op. cit.*, p. 154.

fracionária poderia ser substituído pelo sistema *per curiam*, no qual uma única de decisão é proferida, manifestada como a “opinião da corte”, ou mesmo um sistema intermediário, em que os votos divergentes são apresentados em separado.²³⁰

De fato, embora o presente estudo tenha concluído pela necessidade de que o STF enfrente genuinamente os argumentos deduzidos pelos *amici curiae*, a amplitude do objetivo desta pesquisa não possibilita o aprofundamento nos novos questionamentos supracitados, sendo necessário o desenvolvimento de estudos complementares a fim de esclarecer como colocar em prática a construção de uma fundamentação que cumpra integralmente os propósitos aqui apresentados.

²³⁰ *Idem*, p. 153.

CONCLUSÃO

A participação do *amicus curiae* no controle de constitucionalidade, na qualidade de representante dos interesses sociais e institucionais, simboliza um importante avanço em direção à pluralização e democratização do processo interpretativo e deliberativo do Supremo Tribunal Federal. O instituto encontra fundamento na ideia de que a Constituição não deve ser objeto de interpretação restrita a um círculo de hermeneutas jurídicos, mas também pode e deve ser interpretada de forma legítima pelos cidadãos que vivenciam os efeitos da norma. Essa abertura da atividade interpretativa promovida pelo *amicus curiae* é capaz de auxiliar na emissão de decisões melhor ponderadas e mais adequadas à realidade e aos valores socioculturais, na medida em que o Tribunal se colocará a par da multiplicidade de argumentos, perspectivas e informações dispersas em uma sociedade plural. Dessa forma, possibilita-se um incremento argumentativo que gera reflexos positivos na qualidade da decisão.

Em que pesem os benefícios incorporados pela admissão do *amicus curiae* no controle de constitucionalidade, as fundamentações decisórias não têm se empenhado em proceder a uma análise aprofundada sobre os argumentos desses representantes da sociedade. Argumenta-se que as ações do controle abstrato de constitucionalidade possuem natureza objetiva, porquanto não julgam interesses subjetivos contrapostos em casos concretos, mas tão somente a adequação, em tese, de leis e atos normativos à Constituição. Diante disso, o juiz constitucional não se submete ao princípio da congruência, tendo em vista que os processos do controle de constitucionalidade possuem causa de pedir aberta. Logo, diferentemente do juiz ordinário, que vincula sua sentença aos pedidos, fatos e fundamentos apresentados pelas partes, o Supremo Tribunal Federal poderia respaldar sua decisão em motivos que sequer foram objeto de discussão durante o processo.

Apesar da diferença entre a finalidade das ações do controle de constitucionalidade e as ações do juízo ordinário, é necessário ressaltar que existem, de fato, interesses sociais difusos em torno das matérias discutidas em sede de controle abstrato, de maneira que as decisões do Supremo Tribunal Federal são capazes de repercutir diretamente na esfera de subjetividade dos cidadãos. Desse modo, a forma como o STF deve fundamentar suas decisões é uma questão que diz respeito ao papel pretendido pela fundamentação e à garantia de racionalidade da decisão.

A função primordial da motivação é afastar arbitrariedades e garantir a racionalidade e a coerência das decisões. Segundo Perelman, tal racionalidade não pode ser obtida por meio de uma lógica solipsista do magistrado. Ao contrário, a solução adequada deve ser construída de forma intersubjetiva, em uma interação dialógica e argumentativa que forneça os critérios de aceitabilidade da decisão. Assim, torna-se essencial que o Supremo Tribunal Federal promova um diálogo amplo e genuíno com as instituições e órgãos representantes dos setores da sociedade interessados na controvérsia sob julgamento, levando em consideração os argumentos trazidos ao processo pelos *amici curiae*.

A fundamentação decisória no controle de constitucionalidade possui um evidente papel político. Ministros do Supremo Tribunal Federal não são investidos no cargo através do voto, e o poder do Tribunal não deriva diretamente da outorga popular por instrumentos de escolha democrática majoritária. Mesmo assim, o STF tem autoridade para invalidar leis que foram aprovadas por uma maioria parlamentar, composta por representantes eleitos diretamente pelo povo. Nesse contexto, a fundamentação decisória funciona como meio discursivo de legitimação das decisões da Corte, visto que, por meio da argumentação o Tribunal buscará convencer a sociedade, as instituições e a opinião pública de que sua decisão não é uma deliberação arbitrária ou fruto da subjetividade de cada ministro, mas que representa a solução mais acertada, considerando todas as possíveis interpretações admissíveis e implicações possíveis. O exercício deste poder contramajoritário desprovido de fundamentação adequada a demonstrar que a decisão se baseia em motivos racionalmente convincentes pode enfraquecer a estabilidade das relações de poder em uma democracia.

À luz da teoria da argumentação e da decisão jurídica, concluímos que a fundamentação decisória do Supremo Tribunal Federal no controle abstrato de constitucionalidade somente cumpre integralmente sua função política e imprime de maneira eficaz seu potencial de convencimento quando examina a argumentação do *amicus curiae* em sua integralidade, acolhendo ou refutando cada uma das razões arguidas. Entende-se que a sociedade, intérprete da Constituição e destinatária da norma assume a posição de auditório do STF, uma vez que é dela que o Tribunal buscará assentimento. Por meio da participação dos *amici curiae*, a mesma sociedade também apresentará ao STF a heterogeneidade e pluralidade de argumentos sobre a matéria a ser julgada, ampliando assim as perspectivas de análise da questão. Com a finalidade de convencer o seu auditório o Supremo Tribunal Federal deverá adaptar sua argumentação de modo a contemplar as teses previamente admitidas pela sociedade, teses estas que se encontram

representadas nos argumentos dos *amici curiae*. Por esta razão, compreende-se ser necessária a vinculação entre a fundamentação do STF e os argumentos suscitados pelos amigos da corte.

Embora não possamos concluir que seja ilegítima a decisão que não enfrenta todos os argumentos do *amicus curiae* (visto que ainda assim é decisão fundamentada e emitida por autoridade constitucionalmente instituída), pode-se inferir que, quando o STF se abstém de enfrentar as teses e argumentos produzidos pelo *amicus curiae*, a Corte deixa de fornecer uma resposta satisfatória à sociedade e à opinião pública. A fundamentação torna-se omissa, e a eficácia de convencimento da argumentação resta comprometida. Ademais, permitir a participação do *amicus curiae* no processo sem que haja o compromisso de considerar seus argumentos é reduzir sua admissão a um ato meramente simbólico.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Eloísa Machado de. *Capacidades institucionais dos amici curiae no Supremo Tribunal Federal: acessibilidade, admissibilidade e influência*. Revista Direito e Práxis, vol.10, n.1, p. 678-707, 2019.

ATIENZA, Manuel. *As razões do direito. Teorias da argumentação jurídica*. São Paulo: Landy, 2002.

BARCELLOS, Ana Paula. *O controle concentrado e abstrato de constitucionalidade e o princípio da não surpresa e do contraditório substancial e o da motivação específica*. Revista EMERJ, Rio de Janeiro, v. 21, n. 3, t. 1, p. 121-136, set.-dez., 2019.

BARROSO, Luís Roberto. *A razão sem voto: a função representativa e majoritária das cortes constitucionais*. REI-Revista Estudos Institucionais, v. 2, n. 2, p. 517-546, 2016.

_____. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 9ª ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022.

BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo*. Trad. Marco Aurélio Nogueira. 6 ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986.

BRASIL. *Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 09.08.2022.

_____. Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999. *Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19784.htm. Acesso em: 09.08.2022.

_____. Lei nº 9.868 de 10 de novembro de 1999. *Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19868.htm. Acesso em: 09.08.2022.

_____. Lei nº 9.882 de 3 de dezembro de 1999. *Dispõe sobre o processo e julgamento da argüição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do § 1º do art. 102 da Constituição Federal*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19882.htm. Acesso em: 09.08.2022.

_____. Lei nº 11.418, de 19 de dezembro de 2006. Acrescenta à Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil, dispositivos que regulamentam o § 3º do art. 102 da Constituição Federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11418.htm#art2. Acesso em: 13.08.2022.

_____. Lei nº 13.105, de março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em 15.05.2023.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3510, Relator: Ayres Britto, Tribunal Pleno, julgado em 29/05/2008, DJe-096. DIVULG 27-05-2010 PUBLIC 28-05-2010. Disponível em:

<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=611723>. Acesso em: 15.08.2022.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4.424. Relator: Ministro Marco Aurélio, julgado em 09/02/2012. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6393143>. Acesso em: 28.12.2022.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26, Relator: Celso de Mello, Tribunal Pleno, julgado em 13/06/2019, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-243 DIVULG 05-10-2020 PUBLIC 06-10-2020. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754019240>. Acesso em: 15.08.2022.

_____. Supremo Tribunal Federal. Acórdão na Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 54. Relator: Ministro Marco Aurélio. Publicado no DJ de 12/04/2012. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3707334>. Acesso em: 28.12.2022.

_____. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 748. Relator: Celso de Mello, Tribunal Pleno, julgado em 01/08/1994, DJ 18-11-1994.

_____. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na ADI nº 2.321/DF. Ministro Relator: Celso de Mello. DJ 10.06.2005. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=347543>. Acesso em 25.05.2023.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Amicus Curiae no Processo Civil Brasileiro - Um terceiro enigmático*, 3ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

_____. *Quatro perguntas e quatro respostas sobre o amicus curiae*. Revista da Escola Nacional da Magistratura, Brasília, v. 2, n. 5, p. 132-138, abr. 2008.

CABRAL, Antonio do Passo. *Pelas asas de Hermes: a intervenção do amicus curiae, um terceiro especial*. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, v. 234, out./dez. 2003.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo CPC e o princípio do contraditório*. Disponível em: https://www.academia.edu/12213584/O_NOVO_CPC_E_O_PRINC%C3%8DPIO_DO_CONTRADIT%C3%93RIO. Acesso em: 25.05.2023.

COELHO, Damares Medina. *Amicus curiae: amigo da corte ou amigo da parte?* São Paulo: Editora Saraiva, 2010.

CORDEIRO, Carlos José; GOMES, Josiane Araújo. *Motivação das decisões judiciais e argumentação jurídica como fatores legitimantes da prestação jurisdicional*. Revista da AJURIS, v. 41, n. 134, 2014.

CORREIO, Daniel Barile da Silveira. *O Supremo Tribunal Federal e seu poder contramajoritário sobre as medidas provisórias*. Revista Direito e Práxis, v. 7, n. 2, 2016.

DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya. *Curso de Processo Constitucional - Controle de Constitucionalidade e Remédios Constitucionais*, 4ª edição. São Paulo: Atlas, 2016.

FERREIRA, Débora Costa; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Amicus curiae em números. Nem amigo da corte, nem amigo da parte?* Revista de Direito Brasileira: São Paulo, v. 16, n. 7, jan./abr. 2017.

FERREIRA, Débora Costa. *De quem a corte quer ser amiga? Análise estratégica da funcionalidade do amicus curiae*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP). Brasília, 2017.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *La Constitución como norma jurídica*. Anuario de Derecho Civil, fascículo 2-3, 1979.

GODOY, Miguel Gualano. *As audiências públicas e os amici 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.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *A motivação das decisões penais*. 2. ed. São Paulo: RT, 2013.

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

HAMILTON, Alexander. *Os artigos federalistas, 1787-1788*: Edição integral. Tradução Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993.

HART, Herbert L. A. *O conceito de direito*. Tradução de Antônio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

KELSEN, Hans. *La garantía jurisdiccional de la Constitución (La justicia constitucional)*. Trad. Rolando Tamayo y Salmorán. Ciudad de México: Editado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, 2001.

KRELL, Andreas J. *Entre desdém teórico e aprovação na prática: os métodos clássicos de interpretação jurídica*. Revista Direito GV, São Paulo, 10 (1), p. 295-320, jan-jun. 2014.

KRISLOV, Samuel. *The amicus curiae brief. From friendship to advocacy*. Yale Law Journal, v.72, 1962.

LEAL, Fernando. A. R. *Seis objeções ao direito civil constitucional*. Direitos Fundamentais & Justiça, Porto Alegre, v. 9, n. 33, p. 123-165, out./dez. 2015.

LEAL, Mônia Clarissa Hennig Leal. *La noción de Constitución abierta de Peter Häberle como fundamento de una jurisdicción constitucional abierta y como presupuesto para la intervención del amicus curiae en el derecho brasileño*. Estudios Constitucionales, año 8, nº 1, 2010.

MARONA, Marjorie Corrêa; ROCHA, Marta Mendes da. *As audiências públicas no Supremo Tribunal Federal: ampliando sua legitimidade democrática?* Revista Teoria & Sociedade, 2014.

MENDES, Gilmar Ferreira. *A influência de Peter Häberle no constitucionalismo brasileiro*. REI-Revista Estudos Institucionais, v. 2, n. 1, p. 30-56, 2016.

MIGLIAVACCA, Carolina Moraes. *Amicus Curiae no Código de Processo Civil de 2015: suas duas funções*. Londrina: Editora Thoth, 2021.

MIRSANE, Macy. *The roles of amicus curiae (friend of the court) in judicial systems with emphasis on Canada and Alberta*. Alta. L. Rev., v. 59, 2021.

NOGUEIRA, Cláudia Albagli. *O Novo Código de Processo Civil e o sistema de precedentes judiciais: pensando um paradigma discursivo da decisão judicial*. Revista Brasileira de Direito Processual - RBDPro. Belo Horizonte, ano 23, n. 88, out./dez. 2014.

PEREMAN, Chaim. *Ética e Direito*. Trad. Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

_____. *Lógica Jurídica*. Trad. Vergínia K. Pupi. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

_____; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Tratado da argumentação: a nova retórica*. Trad. Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. 3ª ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2014.

_____. *Retóricas*. Trad. Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

POLETTO, Gladimir Adriani; GONÇALVES, Oksandro. *A efetividade dos mecanismos de participação da sociedade no processo normativo de seguros e a influência do amicus curiae no julgamento da ADI nº 4627 pelo STF*. Revista Jurídica Luso-Brasileira (RJLB), Ano 5 (2019), nº 5, p. 717-749.

RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. 2ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2015.

SAMPAIO, José Adércio Leite. *A Constituição reinventada pela jurisdição constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

SANTOS, Welder Queiroz dos. *Princípio do Contraditório e Vedação de Decisão Surpresa*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

SOUZA, André Peixoto; NOGAROLLI, Roberta Sandoval França. *Teoria da argumentação jurídica: a ADPF 54 - Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental e a ADI 3.510 - Ação Direta de Inconstitucionalidade na perspectiva de Chaim Perelman*. Revista de Direito Administrativo, Infraestrutura, Regulação e Compliance. n. 22. ano 6. p. 27-50. São Paulo: Ed. RT, jul./set 2022.

STRECK, Lenio Luiz; RAATZ, Igor. *O dever de fundamentação das decisões judiciais sob o olhar da crítica hermenêutica do direito*. Revista Opinião Jurídica, Fortaleza, ano 15, n. 20, jan./jun. 2017.

TALAMINI, Eduardo. *O amicus curiae e as novas caras da Justiça*. A&C-Revista de Direito Administrativo & Constitucional, v. 20, n. 79, 2020.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil - vol. 1: teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento, procedimento comum*. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

USA. *Rules of the Supreme Court of the United States. Rule 37*. Disponível em: <https://www.supremecourt.gov/ctrules/2019RulesoftheCourt.pdf>. Acesso em 02.08.2022.

USA. Supreme Court. *Marbury v. Madison*, 5 U.S. 1 Cranch 137 137 (1803). Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/5/137/#tab-opinion-1958606>. Acesso em 28.11.2022.

WALDRON, Jeremy. *The Core of the Case Against Judicial Review*. The Yale Law Journal, n. 115, 2006.