

**UNIVERSIDADE ESTADUAL PAULISTA “JÚLIO DE MESQUITA FILHO”
FACULDADE DE CIÊNCIAS HUMANAS E SOCIAIS**

GUILHERME PINHO RIBEIRO

**AMICUS CURIAE E ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO
FUNDAMENTAL (ADPF): O aprimoramento da legitimidade democrática e
plural das decisões**

**FRANCA
2017**

GUILHERME PINHO RIBEIRO

**AMICUS CURIAE E ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO
FUNDAMENTAL (ADPF): O aprimoramento da legitimidade democrática e
plural das decisões**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”, como requisito para obtenção do título de Mestre em Direito. Área de concentração: Sistemas Normativos e Fundamentos da Cidadania.

Orientador: Prof. Dr. José Duarte Neto

FRANCA

2017

Ribeiro, Guilherme Pinho.

Amicus curiae e arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF): o aprimoramento da legitimidade democrática e plural das decisões / Guilherme Pinho Ribeiro. – Franca : [s.n.], 2017.

185 f.

Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Estadual Paulista. Faculdade de Ciências Humanas e Sociais.

Orientador: José Duarte Neto.

1. Direito constitucional. 2. Arguição de descumprimento de preceito fundamental. 3. Amici curiae. I. Título.

CDD – 341.206

GUILHERME PINHO RIBEIRO

**AMICUS CURIAE E ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO
FUNDAMENTAL (ADPF): O aprimoramento da legitimidade democrática e
plural das decisões**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”, como requisito para obtenção do título de Mestre em Direito. Área de concentração: Sistemas Normativos e Fundamentos da Cidadania.

BANCA EXAMINADORA

PRESIDENTE: _____

Prof. Dr. José Duarte Neto

1º EXAMINADOR: _____

2º EXAMINADOR: _____

Franca, ____ de _____ de 2017.

Dedico este trabalho aos meus pais, Ismar e Ana Lúcia, pela incessante luta na criação de seus filhos. Aos meus irmãos, Rodrigo e André, pela paciência que sempre tiveram com este caçula que ora escreve. Por fim, aos meus avós Marcello e Luiza, presentes e entusiasmados quando da idealização deste projeto, mas que, pela força do destino, não puderam presenciar seu epílogo.

RIBEIRO, Guilherme Pinho. **Amicus Curiae e Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF): o aprimoramento da legitimidade democrática e plural das decisões.** 2017. X f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”, Franca, 2017.

RESUMO

Este trabalho investiga a atuação do *amicus curiae* no âmbito do controle concentrado de constitucionalidade e, mais particularmente, nas arguições de descumprimento de preceito fundamental (ADPFs) cujo mérito foi julgado pelo Supremo Tribunal Federal (STF) até julho de 2017. Inspirado em estudos empíricos que se debruçaram sobre o *amicus curiae* no direito norte-americano, especialmente no âmbito da Suprema Corte, são examinadas onze ADPFs, levantando-se os argumentos trazidos pelos principais atores do processo, aí inclusos os *amici curiae*, e verificando como esses argumentos reverberaram nas decisões da Corte. A dissertação está organizada em três capítulos. Os dois primeiros são de caráter propedêutico, ao passo que o terceiro encerra o centro da investigação. Naqueles, examinam-se, respectivamente, os traços principais da ADPF e do *amicus curiae*. Neste, procede-se ao exame detalhado das onze ADPFs selecionadas. As principais conclusões do estudo são as seguintes: os *amici curiae* apresentam argumentos novos no processo, embora invariavelmente também retomem argumentos já expressos por outros atores do processo; os argumentos dos *amici* são levados em consideração nas decisões dos ministros, embora de modo irregular e, por isso, imprevisível; não há correlação entre o desfecho majoritariamente defendido pelos *amici* em um dado processo e a decisão do STF, de modo que a chamada “teoria do barômetro” não é apta a explicar o impacto dos *amici* no processo decisório no universo aqui considerado.

Palavras-chave: arguição de descumprimento de preceito fundamental. *amicus curiae*. direito constitucional. Supremo Tribunal Federal.

RIBEIRO, Guilherme Pinho. **Amicus Curiae and the Claim of Non-Compliance with a Fundamental Precept (ADPF)**: the search for democratic and pluralistic legitimacy in Brazilian Supreme Court rulings. 2017. X f. Master Thesis (Master of law) – Faculty of Human and Social Sciences, Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”, Franca, 2017.

ABSTRACT

This work investigates the participation of the *amicus curiae* in the Brazilian system of abstract judicial review, more particularly in the so-called *arguição de descumprimento de preceito fundamental* (literally, Claim of Non-Compliance with a Fundamental Precept, an action aimed at countering the violation of a fundamental constitutional norm, hereafter ADPF). The scope of the investigation is all the ADPFs having been decided with prejudice until July 2017, which amounts to eleven cases. The major source of inspiration for this work was a set of US empirical studies devoted to the *amicus curiae*, especially in the context of Supreme Court cases. The arguments raised by the different participants of the trial are listed and confronted with the votes of the Brazilian Supreme Court (*Supremo Tribunal Federal*, STF) ministers. The dissertation is divided in three chapters. The first two are introductory, examining the key features of the ADPF and of the *amicus curiae* in Brazilian law, whereas the third comprises the empirical examination of the ADPFs. The main results of the study are: the *amici curiae* have presented many new arguments in the context of each case, although they never fail to repeat arguments already voiced by other participants; the arguments of the *amici* are taken in consideration in the votes, but in an irregular and therefore unpredictable way; there is no correlation between the outcome expected by the *amici* in a case and the Court's decision, which renders the so-called “Barometer Theory” unable to explain the impact of the *amici* on the decision process, at least within the set of decisions examined in this investigation.

Keywords: claim of non-compliance with a fundamental precept. *amicus curiae*. constitutional law. Supreme Federal Court.

LISTA DE SIGLAS

ADC	Ação Declaratória de Constitucionalidade
ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
ADO	Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão
ADPF	Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
AGU	Advocacia-Geral da União
CPC	Código de Processo Civil
OAB	Ordem dos Advogados do Brasil
PGR	Procuradoria-Geral da República
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	14
CAPÍTULO 1 ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO	
FUNDAMENTAL	17
1.1 Histórico	17
1.1.1 Previsão Normativa Constitucional	17
1.1.1.1 <i>Considerações Gerais</i>	17
1.1.1.2 <i>Eficácia da Norma Constitucional</i>	19
1.1.2 Previsão Normativa Infraconstitucional	22
1.1.2.1 <i>Considerações Gerais</i>	22
1.1.2.2 <i>Vetos Presidenciais</i>	23
1.1.2.3 <i>Críticas Doutrinárias</i>	24
1.1.2.4 <i>Constitucionalidade da Lei</i>	26
1.2 Do Preceito Fundamental (Parâmetro da Sindicância Constitucional)	27
1.3 Do Objeto da ADPF	31
1.3.1 Descumprimento da Constituição	31
1.3.2 Dos Atos do Poder Público	33
1.3.3 Do Direito Municipal e Estadual	35
1.3.4 Do Direito Pré-Constitucional	36
1.4 Princípio da Subsidiariedade	41
1.5 Legitimidade para Propositura	47
1.6 Manifestações no Curso do Processo	50
1.6.1 Defesa do Ato Impugnado	50
1.6.2 Oitiva de Interessados	51
1.7 Modalidades de ADPF	52
1.7.1 Observações Iniciais	52
1.7.2 Arguição Autônoma ou Direta	52
1.7.3 Arguição Incidental ou por Derivação	53
1.8 Processo, Julgamento e Efeitos	57

CAPÍTULO 2 AMICUS CURIAE:	59
2.1 Nota Introdutória	59
2.2 Surgimento e Evolução do Instituto: Tradição Romana e Inglesa	59
2.3 Direito Brasileiro	61
2.4 Direito Americano	65
2.4.1 Apontamentos Históricos e Dogmáticos	65
2.4.2 Observações Empíricas na doutrina americana.....	70
CAPÍTULO 3 AMICUS CURIAE E SUA INTERVENÇÃO NO JULGAMENTO DE MÉRITO DAS ARGUIÇÕES DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL	74
3.1 Apontamentos Metodológicos	74
3.2 ADPF 33	76
3.2.1 Petição Inicial (22 de junho de 2002)	76
3.2.2 Concessão da Liminar	77
3.2.3 Parecer Ministerial	78
3.2.4 Requerimento e Ingresso na Condição de Amicus Curiae	78
3.2.5 Memoriais dos Amici Curiae.....	78
3.2.6 Acórdão	79
3.2.7 Observações	80
3.3 ADPF 46	81
3.3.1 Petição Inicial (22 de junho de 2002)	81
3.3.2 Manifestação da Arguida.....	82
3.3.3 Manifestação Advocacia-Geral da União.....	84
3.3.4 Parecer da Procuradoria-Geral da República.....	85
3.3.5 Requerimento e Ingresso na Condição de Amicus Curiae	86
3.3.5.1 <i>Sindicato Nacional das Empresas de Encomendas Expressas (SNEEE):</i>	86
3.3.5.2 <i>Federação Nacional dos Trabalhadores nas Empresas de Correios e Telégrafos e Similares (FENTECT)</i>	86
3.3.5.3 <i>Sindicato dos Trabalhadores em Empresas de Correios e Telégrafos e Similares do Estado de Minas Gerais (SINTECT/MG)</i>	86
3.3.5.4 <i>Associação Brasileira de Empresas de Transporte Internacional (ABRAEC)</i> ...	87
3.3.6 Acórdão (05 de agosto de 2009).....	87
3.3.6.1 <i>Relator originário</i>	87

3.3.6.2 <i>Divergência</i>	88
3.3.7 Observações	89
3.4 ADPF 47	90
3.4.1 Petição Inicial (14 de janeiro de 2004)	90
3.4.2 Concessão da Liminar (07 de dezembro de 2005)	91
3.4.3 Requerimento e Ingresso na Condição de Amicus Curiae	91
3.4.4 Acórdão (12 de dezembro de 2007)	91
3.4.5 Observações	92
3.5 ADPF 54	92
3.5.1 Petição Inicial (22 de junho de 2002)	92
3.5.2 Indeferimento do ingresso da ANIS como amicus curiae e deferimento da cautelar	93
3.5.3 Manifestações da Procuradoria-Geral da República.....	94
3.5.3.1 <i>Primeira manifestação (18 de agosto de 2004)</i>	94
3.5.3.2 <i>Segunda manifestação (06 de julho de 2009)</i>	95
3.5.4 Manifestação da Advocacia-Geral da União (03 de abril de 2009)	95
3.5.5 Requerimento e Ingresso na Condição de Amicus Curiae e a audiência pública .	96
3.5.6 Acórdão (12 abril de 2012)	97
3.5.6.1 <i>O voto do relator</i>	97
3.5.6.2 <i>Demais votos</i>	98
3.5.7 Observações	99
3.6 ADPF 97	100
3.6.1 Petição Inicial (1º de fevereiro de 2006)	100
3.6.2 Manifestação dos Arguidos	102
3.6.2.1 <i>Assembleia Legislativa do Estado do Pará</i>	102
3.6.2.2 <i>Governo do Estado do Pará</i>	102
3.6.3 Requerimento e Ingresso do Amicus Curiae	102
3.6.3.1 <i>Associação dos Delegados de Polícia do Estado do Pará (ADEPOL)</i>	102
3.6.3.2 <i>Estado do Pará</i>	103
3.6.4 Manifestação da Procuradoria-Geral da República	104
3.6.5 Manifestação da Advocacia-Geral da União	105
3.6.6 Acórdão (21 de agosto de 2014).....	105
3.6.7 Observações	106

3.7 ADPF 101	107
3.7.1 Petição Inicial (1º de fevereiro de 2006)	107
3.7.2 Manifestação dos Arguidos	109
3.7.3 Requerimento, Ingresso e Participação dos Amici Curiae	109
3.7.4 Manifestação da Procuradoria-Geral da República	110
3.7.5 Manifestação da Advocacia-Geral da União	111
3.7.6 Acórdão (21 de agosto de 2014).....	111
3.7.6.1 <i>Voto da relatora</i>	111
3.7.6.2 <i>Demais votos</i>	113
3.7.7 Observações	113
3.8 ADPF 130	114
3.8.1 Petição Inicial (19 de fevereiro de 2008).....	114
3.8.2 Manifestação dos Arguidos	116
3.8.2.1 <i>Presidência da República</i>	116
3.8.2.2 <i>Congresso Nacional</i>	117
3.8.3 Requerimento, Ingresso e Participação dos Amici Curiae	117
3.8.3.1 <i>Federação Nacional dos Jornalistas Profissionais (FENAJ)</i>	117
3.8.3.2 <i>Associação Brasileira de Imprensa – ABI</i>	117
3.8.3.3 <i>Artigo 19 Brasil</i>	118
3.8.4 Manifestação da Procuradoria-Geral da República	119
3.8.5 Acórdão (30 de abril de 2009)	122
3.8.5.1 <i>Voto do relator</i>	122
3.8.5.2 <i>Demais votos</i>	123
3.8.6 Observações	124
3.9 ADPF 144	125
3.9.1 Petição Inicial (25 de junho de 2008)	125
3.9.2 Manifestação dos Arguidos	127
3.9.2.1 <i>Presidência da República</i>	127
3.9.2.2 <i>Câmara dos Deputados</i>	128
3.9.2.3 <i>TSE</i>	128
3.9.2.4 <i>Senado Federal</i>	129
3.9.3 Requerimento e Ingresso dos Amici Curiae	129
3.9.3.1 <i>Associação Nacional dos Membros do Ministério Público (CONAMP)</i>	129
3.9.3.2 <i>Associação Nacional dos Procuradores da República (ANPR)</i>	130

3.9.3.3 Partido Progressista (PP).....	130
3.9.3.4 Associação dos Juízes Federais do Brasil (AJUFE).....	131
3.9.4 Manifestação da Procuradoria-Geral da República	131
3.9.5 Acórdão (06 de agosto de 2008).....	131
3.9.5.1 Voto do relator.....	131
3.9.5.2 Demais votos.....	132
3.9.6 Observações	134
3.10 ADPF 153.....	134
3.10.1 Petição Inicial (21 de outubro de 2008)	134
3.10.2 Manifestação dos Arguidos.....	137
3.10.2.1 Câmara dos Deputados.....	137
3.10.2.2 Senado Federal.....	137
3.10.2.3 Presidência da República.....	138
3.10.3 Requerimento e Ingresso dos Amici Curiae.....	140
3.10.3.1 Associação Juízes para a Democracia.....	140
3.10.3.2 Centro pela Justiça e o Direito Internacional (CEJIL).....	141
3.10.3.3 Associação Brasileira de Anistiados Políticos (ABAP)	142
3.10.3.4 Associação Democrática e Nacionalista de Militares (ADNAM)	143
3.10.4 Manifestação da Procuradoria-Geral da República	145
3.10.5 Pedido de realização de audiência pública	146
3.10.6 Acórdão (29 de abril de 2010)	146
3.10.6.1 Voto do relator.....	146
3.10.6.2 Demais votos.....	147
3.10.7 Observações	149
3.11 ADPF 186.....	150
3.11.1 Petição Inicial (20 de julho de 2009).....	150
3.11.2 Manifestação dos Arguidos	152
3.11.3 Requerimento e Ingresso dos Amici Curiae	153
3.11.3.1 Central Única dos Trabalhadores (CUT/DF)	154
3.11.3.2 Defensoria Pública da União (DPU).....	154
3.11.3.3 Instituto de Advocacia Racial e Ambiental (IARA), Sociedade Afro-brasileira de Desenvolvimento Sociocultural (AFROBRAS), Instituto Casa da Cultura Afro-brasileira (ICCAB), Instituto de Defensores dos Direitos Humanos (IDDH) e CRIOLA	154

3.11.3.4 Movimento Pardo-Mestiço Brasileiro (MPMB).....	155
3.11.3.5 Fundação Nacional do Índio (FUNAI).....	156
3.11.3.6 Fundação Cultural Palmares.....	156
3.11.3.7 Movimento Negro Unificado (MNU).....	157
3.11.3.8 Educação e Cidadania de Afrodescendentes e Carentes (EDUCAFRO)..	158
3.11.3.9 CONECTAS Direitos Humanos.....	159
3.11.3.10 Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (CFOAB).....	159
3.11.3.11 Instituto de Direito Público e Defesa Comunitária Popular e Movimento contra o Desvirtuamento do Espírito da Política de Ações Afirmativas nas Universidades Federais (IDEP).....	159
3.11.3.12 Associação Nacional dos Advogados Afrodescendentes (ANAAD).....	160
3.11.3.13 Partido dos Trabalhadores (PT).....	161
3.11.3.14 Diretório Central dos Estudantes da Universidade de Brasília (DCE/UnB).....	161
3.11.4 Manifestação da Procuradoria-Geral da República.....	161
3.11.5 Manifestação da Advocacia-Geral da União.....	163
3.11.6 Audiência Pública (3, 4 e 5 de março de 2010).....	164
3.11.7 Acórdão (26 de abril de 2012).....	164
3.11.7.1 Voto do relator.....	164
3.11.7.2 Demais votos.....	164
3.11.8 Observações.....	165
3.12 ADPF 187.....	166
3.12.1 Petição Inicial (21 de julho de 2009).....	166
3.12.2 Manifestação dos Arguidos.....	167
3.12.2.1 Presidência da República.....	168
3.12.3 Manifestação da Advocacia-Geral da União.....	168
3.12.4 Requerimento e Ingresso dos Amici Curiae.....	168
3.12.4.1 Associação Brasileira de Estudos Sociais do Uso de Psicoativos (ABESUP).....	168
3.12.4.2 Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM).....	169
3.12.5 Acórdão (15 de junho de 2011).....	170
3.12.5.1 Voto do relator.....	170
3.12.5.2 Demais votos.....	172
3.12.6 Observações.....	172

CONCLUSÃO	174
Questionamentos instrumentais	175
Questionamentos principais	176
REFERÊNCIAS.....	179

INTRODUÇÃO

A despeito de recentes iniciativas alvissareiras – a exemplo do projeto permanente Supremo em Pauta, desenvolvido pela Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas (FGV DIREITO SP, 2017) – o estudo da jurisdição constitucional no Brasil está ainda aprisionado pelas agendas dos estudos dogmáticos tradicionais, com pouca abertura para a realidade da tomada de decisões pela cúpula do Judiciário nacional. Entretanto, estudos estrangeiros e alguns estudos brasileiros, por vezes em áreas outras que os estudos jurídicos, notadamente na sociologia, na ciência política e na história, mostram que há uma série de fatores que interferem na realidade da tomada de decisões para além da esmerada interpretação dos dispositivos legais. Daí a necessidade do desenvolvimento de estudos empíricos, que permitam colher, na realidade vivida do direito, os critérios para a realização de diagnósticos e prognósticos aptos a resultarem no incremento qualitativo tanto do processo decisório tomado em si mesmo quanto dos efeitos que ele gera para a sociedade.

O exercício da jurisdição constitucional, máxime no controle concentrado de constitucionalidade, impõe esse desafio de modo mais premente, tendo em vista a repercussão social que tem uma decisão com efeitos vinculantes que se espraiam para todos os demais órgãos do Estado brasileiro e para o conjunto dos jurisdicionados. Entender, tanto quanto possível, como funciona o Supremo Tribunal Federal nessa função de altíssimo relevo e identificar acertos e desacertos, bem como os mecanismos para maximizar os primeiros e minimizar os segundos, é, assim, tarefa premente para os estudos jurídicos no Brasil.

Esta dissertação de mestrado pretende ser uma contribuição para o atingimento do desiderato de uma jurisdição constitucional aperfeiçoada, investigando instituto que ainda assume feição plástica no controle de constitucionalidade brasileiro: o *amicus curiae*, que, conforme se verá, chegou ao direito brasileiro nas últimas décadas e, mais especificamente, na jurisdição constitucional nos estertores da década de 1990, quando as Leis 9.868/99 e 9.882/99 (BRASIL, 1999a, 1999b) vieram a precisar – ainda que insuficientemente, conforme se verá oportunamente – o processo constitucional brasileiro.

Figura associada a elevados objetivos jurídicos e, mais amplamente, sociais, tais como a valorização do pluralismo, o reforço da democracia participativa, a

proteção às minorias e mesmo a legitimação do próprio Poder Judiciário, o terceiro interveniente que, sob o nome – apenas mui recentemente positivado – de *amicus curiae*, ou “amigo da Corte”, alarga o espectro de considerações a serem pesadas e sopesadas pelos magistrados na gravíssima tomada de decisão consubstanciada na possível extirpação do ordenamento jurídico de normas editadas por outros órgãos do Estado brasileiro. Parece que a correta absorção dessa personagem nova em muito contribuiria para o perseguimento daquela sociedade plural e democrática que a Constituição da República se compromete a instaurar, mas também é verdade que um manejo inapropriado pode resultar em engodo e, ao fim e ao cabo, na frustração da alta promessa constitucional.

Tomando essas considerações por alicerce, esta dissertação foi concebida em três capítulos.

O primeiro, de caráter propedêutico, examina um dos veículos processuais do controle concentrado de constitucionalidade, a arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF), novidade introduzida pela Constituição Republicana de 1988 (BRASIL, 1988) que, manejada de fato apenas após a regulamentação legal advinda em 1999, é o mais recente instrumento de controle concentrado a integrar sistema brasileiro de controle de constitucionalidade.

O segundo capítulo, também de natureza preparatória, examina a figura do *amicus curiae*, complementando seu perfil no direito pátrio – ainda muito singelamente definido – com seu delineamento na tradição anglo-saxônica e mais particularmente na jurisdição constitucional estadunidense, onde, no espaço que medeia entre a década de 1900 e a década de 2000, a participação do *amicus curiae* só fez crescer, resultando inclusive em relevantes estudos empíricos que fornecem preciosas balizas para a consecução do presente estudo.

O terceiro capítulo, enfim, que concentra o cerne da investigação, principia por enunciar as questões específicas que a pesquisa pretende ver respondidas e o método que será seguido, seja para a delimitação do *corpus*, seja para a sua análise. Fundamentalmente, são analisadas todas as ADPFs que, cumulativamente, tiveram seu mérito apreciado pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal e em que houve participação de *amici curiae*, resultando em um *corpus* de onze ADPFs. Por meio de um levantamento dos argumentos aduzidos pelos diferentes atores de cada processo, busca-se fundamentalmente entender se e como a participação dos *amici* teve algum reflexo na decisão tomada – o que envolve, naturalmente, todo um

complexo de problemas, tendo em vista as dificuldades, já apontadas por outros acadêmicos, do processo decisório no Supremo Tribunal Federal.

Os questionamentos elencados na abertura do terceiro capítulo, que guiam toda a análise das ADPFs, são sucintamente respondidos em conclusão. Com isso, esperamos contribuir para o debate sobre a jurisdição constitucional brasileira e, ainda que em modesta medida, para que, aos poucos, ela possa ser aperfeiçoada realizando todo o seu potencial de, dando cumprimento à Carta da República, promover a sociedade justa projetada pelo constituinte.

CAPÍTULO 1 ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL

1.1 Histórico

1.1.1 Previsão Normativa Constitucional

1.1.1.1 *Considerações Gerais*

A ação constitucional denominada arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF) foi introduzida no Art. 102, parágrafo único, da Constituição Federal, em sua redação original. Após a promulgação da Emenda Constitucional n. 3, de 17 de setembro de 1997, no entanto, passou a figurar no mesmo Art. 102, porém em seu parágrafo 1º. Não houve modificação do conteúdo do dispositivo normativo, mas apenas uma realocação acarretada pelo acréscimo de outras previsões no referido artigo (TAVARES, 2001, p. 20). Assim, desde a promulgação da Constituição Federal de 1988, a redação permanece idêntica: “A arguição de descumprimento de preceito fundamental decorrente desta Constituição será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal na forma da Lei.”

A intenção do constituinte, ao introduzir a figura da ADPF no texto constitucional, foi a de instituir um veículo processual apto a proteger a sociedade brasileira das diversas situações que pudessem atingir aquilo que lhe é mais sagrado e valioso (BASTOS; VARGAS, 2000). Pelo entendimento desses autores, não é apta a ensejar a ADPF lesão a qualquer norma formalmente constitucional, mas tão somente aos preceitos maiores da Constituição. Como será oportunamente exposto, o delineamento de quais são esses preceitos caberia à doutrina e à jurisprudência.

Apesar de expressamente prevista desde a promulgação da Constituição da República, em 5 de outubro de 1988, a ADPF intrigou os estudiosos pelos anos que se seguiram, sem que ela tenha sido manejada de imediato. Manoel Gonçalves Ferreira Filho (2000, p. 2) aponta como razão para o interesse da doutrina o entendimento implícito de que, dentre as normas constitucionais, existem umas que são fundamentais e outras que não o são. Ferreira Filho avança ainda que já existiam meios aptos para a tutela das normas constitucionais, fossem elas

consideradas fundamentais ou não: a Ação Direta de Inconstitucionalidade genérica (ADI) e a Ação de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO). Assim, entendendo-se que a norma que introduziu a ADPF na Constituição da República não apresentava eficácia imediata, dependendo de norma infraconstitucional para que pudesse ter uma vida prática, ela viveu, em um primeiro momento, apenas na pena dos constitucionalistas.

Celso Ribeiro Bastos e Alexis Galiás de Souza Vargas (2000, p. 70) apontam que os mecanismos de controle concentrado de constitucionalidade previstos na Constituição Federal (ADI e ADO) visam à proteção da Constituição contra violações provenientes de “lei ou ato normativo federal ou estadual”. Indo além dessa previsão expressa, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF) se mostrou bastante restritiva, permitindo a sindicância constitucional apenas dos atos normativos federais e estaduais primários, ou seja, aqueles decorrentes diretamente da Constituição e com força normativa de lei (em sentido amplo), conforme se depreende da ementa colacionada a seguir¹:

INCONSTITUCIONALIDADE. Ação direta. Portaria n. 796/2000, do Ministro de Estado da Justiça. Ato de caráter regulamentar. Diversões e espetáculos públicos. Regulamentação do disposto no Art. 74 da Lei federal n. 8.069/90 - Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA). Ato normativo não autônomo ou secundário. Inadmissibilidade da ação. Inexistência de ofensa constitucional direta. Eventual excesso que se resolve no campo da legalidade. Processo extinto, sem julgamento de mérito. Agravo improvido. Votos vencidos. Precedentes, em especial a ADI n. 392, que teve por objeto a Portaria n. 773, revogada pela Portaria n. 796. Não se admite ação direta de inconstitucionalidade que tenha por objeto ato normativo não autônomo ou secundário, que regulamenta disposições de lei

Conforme apontado por parte da doutrina (TAVARES, 2001, p. 21), o Poder Constituinte Originário visou a introduzir na Constituição todos os mecanismos de acesso ao STF aptos à defesa de suas normas. Além dos instrumentos de controle concentrado de constitucionalidade (ADI e ADO), o Constituinte entendeu por bem introduzir um “último recurso” para as hipóteses em que a apreciação pela Corte se fizesse necessária, mas os instrumentos tradicionais não fossem aptos para tanto. Para Tavares, a razão da introdução da ADPF no texto constitucional originário seria, assim, a de dar azo à montagem de um instrumento capaz de suprir eventuais lacunas existentes no sistema de controle concentrado de constitucionalidade.

¹ AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE (ADI) nº 2.398/DF. Relator: Ministro Cezar Peluso. Julgado em: 25 jun. 2009. DJ: 31 ago. 2007.

Elival da Silva Ramos (2010, p. 324) expõe, adotando um viés crítico:

[...] imprecisão semântica é uma das notas características da linguagem constitucional, porém não se pode admitir a inserção na Lei Maior de dispositivos cuja anemia de significado comprometa a sua funcionalidade e, por consequência, a própria supremacia da Constituição. No caso, se a intenção do Constituinte, louvável, diga-se de passagem, era a de instituir um instrumento processual adicional para assegurar o cumprimento da Carta Magna, no tocante às disposições que compõem a sua espinha dorsal (preceitos fundamentais), cabia-lhe formatá-lo, desde logo, indicando, claramente, as hipóteses em que poderia ser manejado e quais os efeitos que produziria.

Dessa maneira, de acordo com o autor, o que se podia extrair do dispositivo constitucional é tão somente que se tratava de instrumento de provocação da tutela jurisdicional, de competência originária do Supremo Tribunal Federal, para a defesa de efetivo ou potencial descumprimento de preceito fundamental. O posicionamento doutrinário de Silva Ramos (2010) em relação ao instituto da ADPF fica evidenciado pelo título que atribui ao capítulo a ela dedicado em seu *Controle de Constitucionalidade no Brasil: Perspectivas de evolução*: “Enfim, a Panaceia: a arguição de descumprimento de preceito fundamental”.

1.1.1.2 Eficácia da Norma Constitucional

Em consonância com o que acaba de ser dito, a doutrina entendeu, majoritariamente, que a eficácia do dispositivo constitucional referente à ADPF era de natureza limitada e de aplicabilidade indireta e mediata (RAMOS, 2010, p. 324). Essa interpretação é extraída do próprio texto normativo constitucional, pois aí está previsto que a arguição se opera “na forma da lei”. Caberia, assim, ao legislador infraconstitucional dar corpo e operacionalidade ao novo instrumento da jurisdição constitucional.

A jurisprudência se alinhou no mesmo sentido, entendendo que a arguição de descumprimento de preceito fundamental não teria aplicabilidade enquanto o legislador infraconstitucional não produzisse norma regulamentadora do instituto. É o que se depreende do julgamento conduzido no Agravo Regimental em Agravo de Instrumento n. 145.860, de relatoria do Ministro Marco Aurélio Mello, conforme passagem a seguir transcrita:

A previsão do parágrafo único do Art. 102 da Constituição Federal tem eficácia jungida à lei regulamentadora. A par desse aspecto, por si só suficiente a obstaculizar a respectiva observância, não se pode potencializar a arguição a ponto de colocar-se em plano secundário as regras alusivas ao próprio extraordinário, ou seja, o preceito não consubstancia forma de suprir-se deficiência do quadro indispensável à conclusão sobre a pertinência extraordinária.²

Esse posicionamento persistiu, no STF, desde a promulgação da Carta Constitucional – que previu pela primeira vez o instrumento – até a edição da norma regulamentadora, a Lei n. 9.882, de 3 de dezembro de 1999. Essa Lei será analisada, mais adiante, no que interessa à presente dissertação, justamente por conferir contornos e aplicabilidade à ADPF. Portanto, passaram-se mais de 11 anos entre a previsão inovadora da Carta da República e a regulamentação do instrumento de autodefesa constitucional tratado neste trabalho.

É importante assinalar, no entanto, entendimento diverso, minoritário, a respeito da eficácia do dispositivo constitucional relativo à ADPF. Na obra *Tratado da Arguição de Preceito Fundamental*, André Ramos Tavares (2001, p. 94-96) posiciona pela eficácia plena do dispositivo constitucional.

O autor justifica tal posicionamento em razão da unidade do texto constitucional. Ou seja, deve a Constituição ser compreendida como documento único, cujas normas são intimamente relacionadas entre si e devem ser interpretadas de acordo com os princípios regentes, de maneira sistemática. Nesse sentido, seria possível partir do fato de que a ADPF foi inserida na Carta Magna como ação de competência originária do Supremo Tribunal Federal e, mais que isso, de modo a claramente configurar instrumento de jurisdição concentrada da constitucionalidade. Associando essas balizas a outros dispositivos constitucionais, a Constituição conferiria, segundo o autor, contornos precisos à ADPF, permitindo a sua aplicação desde logo.

A localização da ADPF no texto da Carta da República a configuraria como forma de defesa dos preceitos fundamentais da própria Constituição. Ou seja, foi ela criada para proteção da própria Constituição Federal, ao lado dos demais instrumentos desenhados para tanto. Expõe Tavares (2001, p. 95):

A norma é de aplicabilidade imediata já que conta, por força de uma interpretação sistemática do Texto Magno, com um conteúdo mínimo que lhe confere o necessário nível de concretude. E seu enquadramento

² STF. Plenário. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO n° 145.860/SP. Relator: Marco Aurélio Mello. Julgado em: 9 fev.1993. DJ: 12 mar. 1993.

essencial, como visto, outro não pode ser que aquele referente ao controle da constitucionalidade das leis. Isso não impediria que a lei viesse a realinhar, posteriormente, a medida (o que de fato ocorreu).

Descendo a um maior nível de concretude, caso admitida como dotada de eficácia plena, logo sendo passível de aplicação imediata, como se procederia ao efetivo manejo da arguição? A resposta de Tavares (2001, p. 95) acena, sistematicamente, para a interação entre os mecanismos de autodefesa previstos pela Constituição Federal.

Defende o autor que a Constituição previu núcleo de normas relacionadas ao denominado “processo objetivo”, estabelecendo legitimados ativos para a propositura das ações e indicando o legitimado para proceder à defesa em tese da norma impugnada. Considera que essas regras são mínimas e atribuídas em comum às ações do controle concentrado de constitucionalidade, devendo ser aplicadas também à arguição de descumprimento de preceito fundamental até que sobreviesse norma infraconstitucional regulamentadora do instituto. Em seu entender, assim, “[...] a norma, pois é de eficácia imediata, sendo, porém, regulamentável.” (TAVARES, 2001, p. 96).

Feito esse registro, cumpre salientar que, no tocante à presente dissertação, adota-se posição consonante com a doutrina majoritária e com jurisprudência consolidada, ou seja, conforme classificação amplamente difundida por José Afonso da Silva quanto à eficácia das normas constitucionais, o Art. 102, parágrafo 1º (antigo parágrafo único), da Constituição se apresenta como de eficácia limitada. Isso decorre da ausência de especificidade redacional e da expressa previsão do constituinte originário: “na forma da lei”. Por isso que, até a edição da norma infraconstitucional regulamentadora, não houve julgamento de mérito de ADPFs. Nesse sentido³:

5. Natureza da arguição de descumprimento de preceito fundamental da Constituição, prevista em seu Art. 102, § 1º. 6. Enquanto não se editar lei estabelecendo a forma pela qual será apreciada a “arguição de descumprimento de preceito fundamental decorrente da Constituição”, o Supremo Tribunal Federal não poderá processá-la e julgá-la. Regra não auto-aplicável. Precedentes do Plenário do STF (Agravo Regimental na Petição n. 1140; Agravo Regimental no Mandado de Segurança n. 22.427-4). 7. Inviabilidade de processar a arguição de descumprimento de

³ STF. Plenário. QUESTÃO DE ORDEM NA PETIÇÃO n° 1.365/DF. Relator: Ministro Néri da Silveira. Julgado em: 3 dez. 1997. DJ: 23 mar. 2001.

preceito fundamental (Constituição, Art. 102, § 1º) como Ação Cível Originária, com base nos dispositivos do Regimento Interno do STF.

1.1.2 Previsão Normativa Infraconstitucional

1.1.2.1 Considerações Gerais

Como se expôs na seção anterior, editou-se, em 3 de dezembro de 1999, a Lei n. 9.882, com o fito de regulamentar a arguição de descumprimento de preceito fundamental.

Como aponta André Ramos Tavares (2001, p. 23), essa regulamentação foi produto de discussão travada entre Celso Ribeiro Bastos e Gilmar Ferreira Mendes em maio de 1997, como possível solução à chamada “guerra das liminares”.

Na sequência da discussão, o anteprojeto dessa Lei foi elaborado por comissão composta pelos constitucionalistas Celso Ribeiro Bastos, Gilmar Ferreira Mendes, Ives Gandra Martins e Oscar Dias Corrêa (SARMENTO, 2001, p. 95), nos quadros de uma Comissão Especial instituída no âmbito do Ministério da Justiça, em 4 de julho de 1997, pelo então Ministro Iris Resende, por meio da Portaria 527, com o fim de “[...] apresentar sugestões ao Poder Executivo, no prazo de 30 dias contados da publicação desta Portaria, objetivando a regulamentação do disposto no Art. 102, parágrafo 1º, da Constituição Federal.” (TAVARES, 2001, p. 24). A Comissão Especial ficou conhecida como “Comissão Celso Bastos”, em homenagem a seu presidente. Os trabalhos se encerraram em novembro de 1997, com a oferta de anteprojeto de lei.

Após sua conversão em Projeto de Lei e sua regular tramitação, o projeto foi sancionada em 3 de dezembro de 1999, com a numeração de Lei Ordinária Federal n. 9.882. Ao sancionar a Lei, no entanto, o Presidente da República entendeu por bem vetar alguns dispositivos da Lei⁴.

⁴ STF. Mensagem de Veto n. 1.807, remetido pela Presidência da República ao Senado Federal em 3 de dezembro de 1999. DOU: 6 dez. 1999. p. 10. Col. 2.

1.1.2.2 Vetos Presidenciais

O primeiro dispositivo vetado da Lei foi o Art. 1º, parágrafo único, inciso II. Tratava sobre a possibilidade de utilizar a ADPF em face de interpretação e aplicação dos regimentos internos das Casas Legislativas e do Congresso Nacional. Esse dispositivo restara da redação inicial do Projeto de Lei n. 2.872/97 (STARLING, 1997). Entendeu o Presidente da República que não caberia ao Supremo Tribunal Federal intervir de modo genérico e ilimitado nos regimentos internos das Casas Legislativas, por tratar-se de questão *interna corporis*. Pelas mesmas razões, o Art. 5º, parágrafo 4º, e o Art. 9º também foram vetados.

Outro dispositivo vetado foi o Art. 2º, inciso II, que tratava da possibilidade de propositura direta, individual e irrestrita da ADPF por “[...] qualquer pessoa lesada ou ameaçada por ato do Poder Público.” Entendeu a Presidência da República, a uma, que criar uma via de acesso direta à jurisdição constitucional para qualquer pessoa inviabilizaria os trabalhos do Supremo Tribunal Federal e, a duas, que, por se tratar de ação do controle concentrado de constitucionalidade, não há propriamente direito subjetivo à prestação jurisdicional.

Motivo semelhante levou ao veto do Art. 2º, parágrafo 2º. Tendo em vista a possibilidade de representação ao Procurador-Geral da República (PGR), para que ele aforesse a ADPF (Art. 2º, parágrafo 1º), o dispositivo vetado – parágrafo 2º, do Art. 2º – possibilitava representação ao STF em caso de indeferimento do pedido de propositura da ação. Mais uma vez os argumentos são a viabilidade funcional do STF – que restaria comprometida devido ao elevado número de ações que teriam de ser apreciadas – e a inexistência de direito subjetivo ao manejo da ADPF. Dessa maneira, manteve-se a possibilidade de representação ao Procurador-Geral da República (PGR), mas não cabe representação ao STF na hipótese de a PGR não ajuizar a ação. Logo, recai sobre o Procurador-Geral da República o exame da relevância e da consistência da fundamentação da representação para, na sequência, propor ou não a ADPF, sendo tal decisão insuscetível de ser impugnada.

Por fim, vetou-se o Art. 8º, parágrafo 1º – assim como o parágrafo 2º, intimamente ligado àquele. Tratava o artigo do quórum, exigindo o voto de 2/3 dos Ministros para que se declarasse procedente a ADPF. Tal quórum era, com efeito, exagerado, tendo a Presidência da República agido bem ao vetá-lo, tendo em vista que, nas outras ações do controle concentrado de constitucionalidade, exige-se tão

somente a maioria absoluta dos votos. Com a exigência do quórum qualificado, poderia restar inviabilizado o exercício da ADPF, contrariando o fundamento primeiro da sua introdução no ordenamento: ampliar a eficácia e o alcance do sistema de controle de constitucionalidade.

Os vetos foram mantidos na íntegra após votação do Senado Federal e da Câmara dos Deputados, em sessão conjunta realizada no dia 20 de maio de 2004⁵. A Lei n. 9.882, de 3 de dezembro de 1999, não sofreu quaisquer modificações legislativas desde então.

1.1.2.3 Críticas Doutrinárias

Apesar lapso temporal decorrido entre a promulgação da Constituição da República e a edição da norma regulamentadora da ADPF e da significativa produção doutrinária de que os redatores do anteprojeto puderam se valer, a opinião da doutrina se dividiu quanto ao resultado produzido.

Elival da Silva Ramos (2010, p. 235-236) adotou posição crítica em relação ao texto da Lei n. 9.882/99, apontando que a regulamentação infraconstitucional frustrou as expectativas da doutrina, por trazer texto normativo lacunoso e repleto de ambiguidades.

No mesmo sentido, Luís Roberto Barroso (2012, p. 528) assevera que, além de deixar de explicitar os contornos e o alcance exatos da arguição de descumprimento de preceito fundamental, a lei ainda trouxe “perplexidades adicionais”. Para além de criticar a redação original da Lei n. 9.882/99, entende que os vetos presidenciais desfiguraram a proposta inicial do instituto, pois a ADPF, no anteprojeto da Comissão Celso Bastos, trazia dupla função institucional (BARROSO, 2012, p. 529):

I – a de instrumento de governo, consubstanciada na possibilidade de os legitimados do Art. 103 alçarem diretamente ao conhecimento do Supremo Tribunal Federal a discussão de questões sensíveis, envolvendo risco ou lesão a preceito fundamental ou relevante controvérsia constitucional (Lei n. 9.882/99, Art. 1º e parágrafo único, c/c o Art. 2º, I); e II – a de instrumento de cidadania, de defesa de direitos fundamentais, ao admitir a propositura da arguição por qualquer pessoa lesada ou ameaçada por ato do Poder Público (Art. 2º, II, do PL n. 17/99).

⁵ STF. Sessão Conjunta realizada entre Senado Federal e Câmara dos Deputados para a análise de diversos vetos presidenciais em 20 de maio de 2004. DCD: 3 jun. 2004, supl., p. 3.

Conclui que, com o veto presidencial, a função passou a ser apenas uma: a de instrumento de governo, não mais subsistindo a função de defesa dos direitos fundamentais por qualquer pessoa lesada ou ameaçada por ato do Poder Público.

Daniel Sarmiento (2001, p. 96) posiciona-se em termos semelhantes, apontando que, já na forma em que foi concebida, a Lei não se prestava a servir de instrumento de promoção da cidadania – fato agravado pelos vetos presidenciais –, mas antes como instrumento de governabilidade.

Em nosso entendimento, contudo, essas críticas não prosperam. Ora, a Constituição Federal, em seu Art. 103, trouxe extenso rol de legitimados para a propositura das ações do controle concentrado de constitucionalidade, e é o mesmo rol que foi adotado pela Lei n. 9.882/99 tal qual promulgada. Não é possível acusar a Lei de se constituir em mero “instrumento de governabilidade” pelo fato de não franquear acesso irrestrito ao manejo da ADPF. Caso contrário, necessário seria admitir que todas as ações do controle concentrado de constitucionalidade (ação direta de inconstitucionalidade genérica, ação direta de inconstitucionalidade por omissão e ação declaratória de constitucionalidade) não são instrumentos de defesa da cidadania. Os legitimados são exatamente os mesmos, e não há razão para a distinção em desfavor da ADPF.

O exame de alguns casos concretos referenda a posição de que a redução dos legitimados pelo veto presidencial não representa desnaturação do instituto, transformando-o em mero instrumento de governo. A ADPF 54 discutiu a possibilidade de antecipação terapêutica do parto quando comprovada a anencefalia do feto. Ao final, decidiu o Tribunal pela possibilidade de interrupção da gravidez nessa hipótese, prestigiando a dignidade da pessoa humana. Evidentemente, não se manejou a ação constitucional como instrumento de governabilidade, mas sim como mecanismo em favor da cidadania em caso em que inexistia outro meio processual igualmente eficaz.

Apontando para a mesma conclusão, a ADPF 130 tratou de questão relevante para a sociedade civil: a recepção da Lei de Imprensa. Discutiu-se aí a “[...] plenitude da liberdade de imprensa como reforço ou sobretutela das liberdades de manifestação do pensamento, de informação e de expressão artística, científica,

intelectual e comunicacional.⁶ Mais uma vez, não se brandiu a ADPF como instrumento de governabilidade, mas na defesa das liberdades públicas.

Outras arguições manejadas *in concreto* poderiam ser citadas como tendo se prestado ao resguardo e à promoção da cidadania, levando à apreciação do STF questões relevantes para sociedade civil. No terceiro capítulo, quando do exame pormenorizado das ADPFs objetos desta dissertação, poder-se-á colher mais subsídios para a posição aqui defendida, de que a ADPF é instrumento de primeira relevância na defesa da cidadania.

1.1.2.4 Constitucionalidade da Lei

Em meio aos críticos da disciplina legal da ADPF, vicejou até mesmo a alegação da inconstitucionalidade de dispositivos da Lei n. 9.882/99. Para além da diatribe doutrinária, a questão foi suscitada por meio da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2.231, ajuizada pela Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), em petição distribuída em 27 de junho de 2000 à relatoria do Ministro Néri da Silveira. A OAB pugnavia pela declaração de inconstitucionalidade do Art. 1º, parágrafo único; do Art. 5º, parágrafo 3º; do Art. 10, *caput*, e do Art. 11 da Lei n. 9882/99.

O Relator, Min. Néri da Silveira, na sessão plenária de 5 de dezembro de 2001, deferiu, em parte, a medida liminar requerida, suspendendo a aplicação do disposto no Art. 1º, parágrafo único, inciso I, nas controvérsias constitucionais concretamente aduzidas em juízo. Ainda, na mesma decisão, suspendeu a aplicação do Art. 5º, parágrafo 3º, da Lei, atribuindo eficácia *ex nunc* à decisão (MENDES, G. F., 2007, p. 30). Até o fechamento deste trabalho, o mérito da ADI proposta contra a Lei da ADPF encontra-se, contudo, pendente de julgamento.

Para efeitos práticos da aplicação da Lei, entende-se, majoritariamente, que a pendência de apreciação do mérito da ADI 2.231 não obsta a que a Lei continue a irradiar seus efeitos – respeitando-se as suspensões liminares – e, conseqüentemente, a que o STF exerça a jurisdição constitucional também por esse

⁶ STF. Plenário. ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL (ADPF). LEI DE IMPRENSA. ADEQUAÇÃO DA AÇÃO. REGIME CONSTITUCIONAL DA "LIBERDADE DE INFORMAÇÃO JORNALÍSTICA", EXPRESSÃO SINÔNIMA DE LIBERDADE DE IMPRENSA. A "PLENA" LIBERDADE DE IMPRENSA COMO CATEGORIA JURÍDICA PROIBITIVA DE QUALQUER TIPO DE CENSURA PRÉVIA. ADPF 130/DF. Relator: Ministro Ayres Britto. Julgado em: 30 abr. 2009. DJ: 6 nov. 2009.

instrumento. Tal entendimento foi firmado na análise de mérito da ADPF 33, em que a questão foi suscitada como preliminar (RAMOS, 2010, p. 338-339).

1.2 Do Preceito Fundamental (Parâmetro da Sindicância Constitucional)

O parâmetro indicado no próprio nome da ADPF levanta o seguinte questionamento: existem normas constitucionais merecedoras de mais proteção do que outras? Dimitri Dimoulis (2005, p. 18) entende que foi justamente essa a posição adotada pelo constituinte originário, em uma “[...] surpreendente manifestação de automenosprezo da Constituição.” Ou seja, existiriam normas constitucionais que, quando descumpridas, não seriam tão graves a ponto de autorizar o manejo da ADPF. A ideia é a de que a violação de determinadas normas traria consequências mais graves para o sistema do que a violação de outras. Daí a intenção atribuída ao constituinte originário, embora o autor não tenha se arriscado a indicar quais seriam os preceitos reputados mais relevantes para o sistema, já que, formalmente, não há qualquer tipo de hierarquia das normas constitucionais.

Inicialmente, nesta seção, investigaremos o significado constitucional de “preceito”. Posteriormente, o qualificativo “fundamental”, a partir de posicionamentos doutrinários.

A opção do constituinte pela expressão “preceito” gerou dúvidas na literatura específica. Como salienta André Ramos Tavares (2001, p. 116), não há menção na doutrina a qualquer espécie de norma ou gênero autônomo de normas denominadas “preceitos”. O autor (TAVARES, 2001, p. 117) define preceito como “aquilo que regula a conduta”, mas como as normas são justamente os instrumentos de regulamentação da conduta, os dois conceitos acabariam por se sobrepor. Dimitri Dimoulis vai mais além, identificando verdadeira sinonímia. Para este, “preceito = norma” é a equação que se mostra mais plausível (DIMOULIS, 2005, p. 18).

Mas as angústias hermenêuticas não são de todo aplacadas, já que é questionável o emprego do termo “preceito” quando a palavra “norma” é amplamente utilizada no texto constitucional. Nesse sentido, Tavares (2001, p. 117) denuncia a incorreção hermenêutica consistente em se atribuir sentido idêntico a dois vocábulos na Constituição. Assim, a sinonímia não poderia ser aceita, tomando-se preceito como norma.

Para o autor, ao se analisar a utilização da expressão “norma” no texto da Constituição, verifica-se um sentido distinto daquele em torno do qual vai convergindo a doutrina moderna e que é adotado no presente trabalho, isto é, o de norma como gênero cujas espécies são regras e princípios. No texto constitucional, “norma” assume sentidos os mais vários: quando empregada no singular, em geral, significa “lei”; quando no plural, a expressão é polissêmica, “[...] de forma que jamais se assimilaria ao conteúdo unívoco que se atribui a preceito.” (TAVARES, 2001, p. 119).

Há, assim, verdadeira dificuldade hermenêutica, devendo-se reconhecer, com Meirelles, Wald e Mendes (2014, p. 659), que “é muito difícil indicar, *a priori*, os preceitos fundamentais da Constituição.” Entendemos, no entanto, que, *a priori*, sob o risco de configurar atitude injustamente restritiva, é preferível entender que “preceito” se refere “qualquer norma”, princípios ou regras, alinhando-nos aqui com Meirelles, Wald e Mendes (2014, p. 662) quando afirmam que

A lesão a preceito fundamental não se configurará apenas quando se verificar possível afronta a um princípio fundamental, tal como assente na ordem constitucional, mas também a disposições que confirmam densidade normativa ou significado específico a esse princípio.

Ocorre que a Constituição Federal traz uma qualificadora para que o preceito (norma) constitucional seja tutelado pela ADPF: sua fundamentalidade.

Considera-se fundamental o preceito que “[...] apresentar-se como imprescindível, basilar ou inafastável.” (TAVARES, 2001, p. 121). Portando, com arrimo no quanto já ficou dito quanto ao sentido de “preceito”, entendemos que os preceitos fundamentais são os princípios constitucionais considerados norteadores do sistema constitucional, bem como suas regras cardeais, “[...] essencialmente, pelo conjunto normativo assecuratório dos direitos humanos.” (TAVARES, 2001, p. 122).

Pela indeterminação semântica, a delimitação do conceito foi, na prática, deixada a cargo do Supremo Tribunal Federal, mediante análise *in concreto* das ADPFs levadas a seu conhecimento, acumulando-se progressivamente um conjunto de preceitos de reconhecida fundamentalidade, decorrentes da Constituição (TAVARES, 2001, p. 154). Ocorre que, mesmo 17 anos após a edição da Lei, o STF não apresenta posição consolidada quanto às normas constitucionais passíveis de servir como parâmetro para a ADPF. Mais que isso, a doutrina já se manifestou, por

diversas vezes, apresentando um mapeamento mais ou menos pacífico dos ditos preceitos fundamentais e, na prática, essa orientação vem sendo seguida nas decisões do STF.

Assim, apesar de a tarefa de definição dos preceitos efetivamente fundamentais ter em tese repousado na Suprema Corte, não seria cabível, no atual estágio democrático, confiar tarefa de tal monta apenas ao órgão de cúpula do Poder Judiciário (TAVARES, 2001, p. 114). Corroborando essa afirmativa, cabe mencionar, de passagem, trecho obra relevante para este trabalho, de autoria de Peter Häberle (1997), denominada *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição*⁷. Não resta dúvidas quanto à contribuição desse trabalho para a teoria constitucional moderna, conforme reconhece Gilmar Ferreira Mendes (2009, p. 2):

São muitos os doutrinadores brasileiros de renome que defendem a necessidade de consolidação da ideia de uma sociedade aberta de intérpretes da Constituição, formulada por Peter Häberle. Segundo essa concepção, o círculo de intérpretes da Lei Fundamental deve ser alargado para abarcar não apenas as autoridades públicas e as partes formais nos processos de controle de constitucionalidade, mas todos os cidadãos e grupos sociais que, de uma forma ou de outra, vivenciam a realidade constitucional.

Ou seja, a decisão final quanto à definição de preceito fundamental é, em tese, da Suprema Corte. Ocorre que é necessário um debate constitucional aberto e constante com os integrantes da sociedade civil nessa definição. Afinal, sendo os preceitos fundamentais aqueles essenciais a um sistema constitucional, a toda uma ordem normativa, incabível delimitá-los sem um diálogo amplo com a sociedade.

Isso posto, venhamos ao detalhe. Pode-se afastar, de plano, a interpretação de que o constituinte originário pretendeu abarcar todas as normas contidas na Constituição como epíteto de “fundamental”, embora se deva registrar a posição, nesse sentido, de Manoel Gonçalves Ferreira Filho (2000, p. 14). Entende o autor que a Constituição, ao não definir expressamente “preceito fundamental”, implicitamente admite que toda norma constitucional possa servir de parâmetro à arguição.

⁷ Utilizaremos esta obra ao tratarmos da introdução da figura do *amicus curiae* nas ações do controle concentrado de constitucionalidade. Trata-se de um instituto de aprimoramento democrático com objetivo de, justamente, abrir o debate constitucional a todos aqueles que vivem a realidade constitucional. A princípio, cabe apenas expor esta ideia inicial, pois trataremos deste ponto oportunamente.

Afastado esse entendimento minoritário, não há controvérsia quanto à qualidade de “preceitos fundamentais” atribuída aos direitos e garantias individuais tratados no Art. 5º da Constituição. Também pacífica é a qualidade de fundamentalidade das chamadas “cláusulas pétreas” do Art. 60, parágrafo 4º, da Constituição da República: voto direto, secreto, universal e periódico; princípio federativo e separação dos poderes (MENDES, G. F., 2011, v. 1, p. 248).

Luís Roberto Barroso (2012, p. 534-535) atribui abrangência larga a “preceito fundamental”, considerando os princípios fundamentais da República, expressos entre o Art. 1º e o 4º da Constituição Federal. Inclui, ainda, todos os direitos e garantias fundamentais (sejam os individuais, sociais, coletivos ou políticos) e aqueles princípios constitucionais ditos sensíveis expressos no Art. 34, inciso V, da Constituição.

Interpretando-se a Constituição, conclui-se que a norma-parâmetro passível de utilização na ADPF não são apenas aquelas insculpidas como princípios do sistema, mas também “[...] as disposições que confirmam densidade normativa ou significado específico a esse princípio.” (MENDES, G. F., 2011, p. 152). É possível inferir ainda, segundo diversos autores, que não só as regras e os princípios fundamentais em sentido estrito podem ser consideradas preceitos fundamentais para fins de sindicância, mas também aquelas normas que se encontram no campo gravitacional das primeiras.

Apesar de ampliar, justamente nesse sentido, o conjunto de normas passíveis de parametrização, alerta Luís Roberto Barroso (2012, p. 536-544) que o manejo da ADPF deve ser cuidadoso. Isso porque não seria difícil conduzir, argumentativamente, a discussão para qualquer dos ditos preceitos fundamentais, ainda que de forma indireta ou reflexa. Ora, não há grandes dificuldades em incluir em um debate jurídico questões como “isonomia” ou “liberdade”, justamente pelo sentido amplo atribuído aos direitos e garantias fundamentais. No mesmo sentido, na divergência acerca da interpretação de uma lei, possível alegar-se violação ao princípio da legalidade. Portanto, doutrina e jurisprudência devem trabalhar no sentido de definir elementos precisos na delimitação das matérias aptas a ensejar a ADPF, sob pena de banalização do instrumento. Por essas razões, Barroso (2012, p. 536-537) propõe os seguintes parâmetros a serem verificados para se admitir ou não a ADPF:

A questão constitucional discutida: (a) deve interferir com a necessidade de fixação do conteúdo e do alcance do preceito fundamental; (b) não pode depender de definição prévia de fatos controvertidos; e (c) deve ser insuscetível de resolução a partir da interpretação do sistema infraconstitucional.

Uma espécie de controle quanto ao alcance desse parâmetro mostra-se necessária, justamente para que não haja indiscriminada utilização da ADPF, sob alegada violação (reflexa ou indireta) de preceitos fundamentais cujo conteúdo seja abrangente e vago, como os exemplos utilizados: liberdade, isonomia, legalidade etc.. Conforme entendimento do STF⁸:

AGRAVO REGIMENTAL NA ARGUIÇÃO DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. ALEGADA OFENSA AO TEXTO CONSTITUCIONAL QUE, SE EXISTENTE, APENAS SE MOSTRARIA DE FORMA REFLEXA E INDIRETA. IMPOSSIBILIDADE DE SUA ANÁLISE NO CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE. NECESSÁRIA ANÁLISE DA LEGISLAÇÃO ESTADUAL ATINENTE À MATÉRIA. PROVIDÊNCIA DESCABIDA NESTE MOMENTO PROCESSUAL. PRECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. Os atos que consubstanciem mera ofensa reflexa à Constituição não ensejam o cabimento das ações de controle concentrado de constitucionalidade. Precedentes: ADPF 169-AgR, rel. Min. Ricardo Lewandowski, Pleno, DJe de 14/10/2013; ADPF 210-AgR, rel. Min. Teori Zavascki, Pleno, DJe de 21/6/2013; ADPF 93-AgR, rel. Min. Ricardo Lewandowski, Pleno, DJe de 7/8/2009.

2. *In casu*, o cotejo entre as decisões judiciais impugnadas e os preceitos fundamentais tidos por violados implicariam a análise da legislação estadual atinente, providência descabida nesta via processual.

3. Agravo regimental a que se nega provimento.

1.3 Do Objeto da ADPF

1.3.1 Descumprimento da Constituição

O controle de constitucionalidade *lato sensu* consiste em mecanismo de garantia de imperatividade da Constituição. Conforme Ferreira Filho (2000, p. 2), sem um conjunto de instrumentos eficazes de fiscalização de compatibilidade, a norma constitucional perde sua força normativa, tornando-se “[...] um conjunto de

⁸ STF. Plenário. ADPF 192/RN. Relator: Ministro Luiz Fux. Julgado em: 19 ago. 2015. DJ: 17 set. 2015.

meras recomendações cuja eficácia fica à mercê do governante, mormente do Poder Legislativo.”

No entendimento de André Ramos Tavares, ao utilizar a expressão “descumprimento”, o constituinte originário tratou de uma espécie abrangente de inconstitucionalidade. Somente é possível falar em descumprimento quando há imperatividade de observância, o que demanda uma ordem advinda de posição superior (TAVARES, 2001, p. 165). Trata-se de obrigação implícita, não de mera recomendação. Portanto, descumprir “[...] significa exatamente desobedecer, desviando-se daquilo que se prescreve.” Em âmbito constitucional, descumprimento é a “existência de atos ou fatos desconformes” à Constituição. Nesse sentido, o autor conceitua inconstitucionalidade como (TAVARES, 2001, p. 182):

Um fenômeno atrelado à estrutura hierárquica do sistema jurídico, verificada na relação entre a Lei Maior e as demais leis e atos ou, eventualmente, comportamentos de órgãos públicos, existentes dentro de um sistema, na medida em que estes não se curvem aos padrões previamente estabelecidos por aquela, violando-os, seja no seu aspecto formal, seja na matéria.

Daí advém a possibilidade de manejar os remédios aptos a controlar a desconformidade. Tais instrumentos são justamente as ações do controle concentrado de constitucionalidade. Dentre eles, insere-se, desde a promulgação da Constituição de 1988 e sua subsequente regulamentação pela Lei 9.882/99, a ADPF, com o objetivo de conformar à Constituição os atos, leis e comportamentos a ela contrários.

André Ramos Tavares (2001, p. 188-189) entende que o constituinte, ao se valer do termo “descumprimento”, tratando da ADPF, não equiparou o vocábulo a “inconstitucionalidade”, termo utilizado para tratar da ação direta de inconstitucionalidade, da ação direta de inconstitucionalidade por omissão e da ação declaratória de constitucionalidade. De maneira mais ampla, pretendeu abranger fatos do mundo concreto contrários à realidade constitucional.

Isso porque o constituinte, quando trata de “inconstitucionalidade”, refere-se expressamente a “leis e atos normativos” como únicos objetos ensejadores do controle concentrado. De maneira oposta, optou, ao tratar do descumprimento, por delimitar tão somente o parâmetro de aferição – preceitos fundamentais –, não fazendo restrição quanto ao objeto do controle.

Daí se pode concluir que o objeto de sindicabilidade por meio da ADPF são tanto os atos normativos, quanto os administrativos e mesmo os atos materiais (TAVARES, 2001, p. 197). Não utilizar o termo “inconstitucionalidade” é um silêncio eloquente da Constituição (TAVARES, 2001, p. 189).

No mesmo sentido, Bastos e Vargas (2000, p. 75-76) compreende que há uma correlação inversa entre objeto e parâmetro na ADPF e na ADI, já que, na arguição de descumprimento de preceito fundamental, ao passo que se amplia o objeto de aferição da constitucionalidade, o parâmetro “restringe-se drasticamente através da necessária fundamentalidade do dispositivo constitucional eleito como parâmetro”.

Há, em tese, uma zona comum entre ADPF e ADI, o que poderia ensejar a o manejo de um ou outro meio processual, como, por exemplo, para se combater lesão a um preceito fundamental por lei federal ou estadual. No caso em tela, é possível valer-se de ADI, pois o parâmetro dessa modalidade de ação constitucional é toda a Constituição, e seu objeto, uma lei federal ou estadual. Mas também se poderia manejar a ADPF, pois o parâmetro é um preceito fundamental, e o objeto, lei federal ou estadual que descumpra esse preceito (BASTOS; VARGAS, 2000, p. 75-76). Justamente para dirimir eventuais controvérsias no manejo de um ou outro instrumento é que o legislador, ao regulamentar a ADPF (Lei n. 9.882/99), introduziu a chamada “cláusula de subsidiariedade” em seu Art. 4º, parágrafo 1º.

A conclusão é a de que a previsão e a subsequente regulamentação da ADPF cumpriram a missão de completar o sistema de controle (relativamente) concentrado da constitucionalidade, tendo em vista que algumas questões, até então excluídas da sindicância constitucional concentrada, passaram a poder ser controladas, em abstrato, mediante propositura de uma ADPF (MENDES, G. F., 2011, p. 113). Trata-se, verdadeiramente, de um “soldado de reserva” no sistema brasileiro de controle de constitucionalidade.

1.3.2 Dos Atos do Poder Público

Consoante o Art. 1º, *caput*, da Lei 9.882/99, a ADPF “terá por objeto evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público”. A princípio, devemos entender por “Poder Público” o Estado brasileiro, o que, por

óbvio, impossibilita o manejo da ADPF para a sindicância constitucional de atos de Estados estrangeiros ou supranacionais (TAVARES, 2001, p. 209).

Inclui-se, nesse conceito, os Poderes Legislativo, Judiciário e Executivo atuantes nos três níveis de governo. No mesmo sentido, devem ser abrangidos também os atos dos particulares que praticam atos equiparados aos poderes públicos, ou seja, aquelas entidades que agem por delegação do Poder Público, sejam de natureza privada ou pública (BARROSO, 2012, p. 559). Essa interpretação advém da analogia com o mandado de segurança, que a jurisprudência, já de há muito, admite seja impetrado contra atos de particulares nessas situações, desde que no exercício de atribuições do Poder Público (SARMENTO, 2001, p. 101).

Daniel Sarmento (2001, p. 102), defende que a abrangência da norma deveria ser ainda maior, abarcando atos de entidades não-estatais atuando exclusivamente na condição de particulares. Seria uma manifestação da chamada “eficácia horizontal dos direitos fundamentais”, permitindo que o STF se pronunciasse nos casos graves e emblemáticos de lesão coletiva envolvendo violação dos preceitos fundamentais no âmbito eminentemente privado. Esse posicionamento, entretanto, não predomina na doutrina, sob o fundamento de que o regime jurídico que incide sobre os atos dos particulares possui natureza distinta daquele aplicado ao Poder Público. O princípio da legalidade tem contornos diversos em uma e em outra esfera.

Portanto, o sentido da introdução da ADPF no sistema brasileiro de controle concentrado de constitucionalidade é o de abarcar, da forma mais abrangente possível, o objeto de aferição de conformidade constitucional, podendo ser utilizado para solver controvérsias constitucionais de atos de todos os Poderes no âmbito federal, estadual e municipal, bem como aos atos daquelas entidades que atuam sob o regime jurídico do direito público. Note-se que se reconhece, até mesmo, a possibilidade de manejo da ADPF para controle de direito já revogado, “[...] desde que subsista interesse no pronunciamento judicial.” (MENDES, G. F., 2011, p. 113). Destaque-se, dentre as inovações da regulamentação da ADPF, a possibilidade de se aferir a constitucionalidade de atos não legislativos do Poder Público, do direito municipal, e do direito pré-constitucional. A seguir, serão analisadas algumas dessas novidades.

1.3.3 Do Direito Municipal e Estadual

A possibilidade de realizar o controle concentrado da constitucionalidade do direito municipal é uma das mais relevantes inovações trazidas pela ADPF. Até a edição da Lei n. 9.882/99, não havia possibilidade de exercer controle de constitucionalidade do direito municipal adotando como parâmetro a Constituição Federal, tendo em vista o Art. 102, inciso I, alínea “a”, da Carta da República. O único meio para se controlar a compatibilidade da norma municipal com a Constituição Federal seria o controle difuso de constitucionalidade. Alternativamente, restava a via concentrada tendo como parâmetro a Constituição do respectivo Estado (ação de competência do respectivo Tribunal de Justiça estadual). Com a regulamentação da ADPF, passou-se a admitir a sindicância constitucional do direito municipal, tendo como parâmetros os preceitos fundamentais decorrentes da Constituição nas hipóteses de relevante controvérsia constitucional.

Tal solução mostrou-se necessária, tendo em vista que algumas entidades comunais são dotadas da mesma relevância, do ponto de vista econômico e social, que determinadas unidades federadas (MENDES, G. F., 2011, p. 130). Não seria razoável que os atos do Poder Público por elas produzidos ficassem desprovidos de mecanismo apto a aferir sua compatibilidade constitucional, mormente face à existência de lesão a direito.

Conforme entendimento de Barroso (2012, p. 562), deve-se ampliar a aplicabilidade da norma regulamentadora, para abraçar também as situações em que, havendo controvérsia quanto à constitucionalidade da norma municipal ou estadual, torna-se necessário pronunciamento definitivo, funcionando então a ADPF como a ação declaratória de constitucionalidade, e não como a ação direta de inconstitucionalidade, mas com objeto distinto (direito municipal ou estadual). Esse desenho da arguição completa o quadro das ações declaratórias, permitindo-se controle de constitucionalidade não apenas de norma federal, mas também municipal e estadual frente à Constituição Federal (MENDES, G. F., 2011, p. 131).

Em um primeiro momento, pode-se acreditar que o manejo de instrumento de controle concentrado de constitucionalidade exercido no âmbito das atribuições do STF, tendo como objeto o direito de todos os municípios de um país continental como o Brasil, tornaria inviável os trabalhos da Corte. Ocorre que a intenção é

justamente oposta, qual seja, trazer celeridade à prestação jurisdicional e segurança jurídica às decisões por meio da uniformização na aplicação do direito. Explica-se.

Havendo possibilidade de dirimir definitivamente e com eficácia *erga omnes* as controvérsias envolvendo direito municipal, evita-se que as demandas sejam discutidas na seara do controle difuso de constitucionalidade, por meio de recursos extraordinários envolvendo questão idêntica. O STF resolverá a questão por um instrumento com eficácia ampla e definitiva, além de mais célere que a via recursal, “[...] pois cada ADPF sobre lei municipal julgada corresponderá, seguramente, a um grande número de recursos extraordinários, envolvendo a mesma questão que o Pretório Excelso não terá de apreciar.” (SARMENTO, 2001, p. 103).

Defensor da chamada Teoria dos Fundamentos Determinantes, Gilmar Ferreira Mendes (2011, p. 130) entende que, além da lei municipal declarada inconstitucional, todas aquelas de idêntico teor, emanadas de outros municípios também seriam automaticamente expurgadas do ordenamento. Não é, todavia, o posicionamento que prevalece na Corte, tendo sido rejeitado em repetidas decisões colegiadas⁹.

Diante da impossibilidade – até o fechamento deste trabalho – de aplicação da Teoria dos Fundamentos Determinantes, o instrumento apto a garantir a decisão do STF e a estendê-la a normas idênticas de outros municípios é a Reclamação. Será ela proposta “[...] com pedido de declaração incidental de inconstitucionalidade de norma de teor idêntico que foi objeto de declaração de inconstitucionalidade em ADPF.” (MENDES, G. F., 2011, p. 131).

1.3.4 Do Direito Pré-Constitucional

Em um primeiro momento, o Supremo Tribunal Federal admitia verificação de compatibilidade entre o direito pré-constitucional e a Constituição superveniente. A representação, em si, era julgada improcedente, mas se reconhecia a existência de colisão de normas e, incidentalmente, a incompatibilidade do direito pré-

⁹ STF. Plenário. **AGRAVO REGIMENTAL NA RECLAMAÇÃO - CABIMENTO DA AÇÃO CONSTITUCIONAL – AUSÊNCIA DE IDENTIDADE DE TEMAS ENTRE O ATO RECLAMADO E O PARADIGMA DESTA CORTE – TRANSCENDÊNCIA DE MOTIVOS – TESE NÃO ADOTADA PELA CORTE – AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.** Reclamação 3.294-AgR, Relator: Ministro Dias Toffoli, Pleno. Julgado em: 3 nov. 2011. DJ: 29 nov. 2011.

constitucional com a nova Constituição. A Corte tratava dessa questão preliminarmente em controle de constitucionalidade (MENDES, G. F., 2011, p. 114).

Ocorre que tal posicionamento acabou por ser revisto, e, até a regulamentação da ADPF, não havia possibilidade de se verificar a compatibilidade da norma pré-constitucional via controle concentrado de constitucionalidade, cujos efeitos são *erga omnes* e vinculantes. O argumento central, a embasar esse entendimento, ainda defendido pela Corte, é o de que a constitucionalidade da norma se verifica no plano da validade, e não de sua vigência.

Conforme Barroso (2012, p. 563), há duas regras básicas que regem a relação entre as normas pré-constitucionais e a nova Constituição: I – toda norma anterior à entrada em vigor da Constituição, que com ela seja compatível, subsiste validamente e continua em pleno vigor, mesmo que adquira um novo fundamento de validade¹⁰, fenômeno conhecido como recepção de normas; II – norma infraconstitucional, incompatível com a nova Constituição, fica automaticamente revogada, ou não recepcionada.

Conforme a esse entendimento, o posicionamento atual do Supremo Tribunal Federal é o de que a incompatibilidade entre o direito pré-constitucional e a Constituição superveniente é questão de direito intertemporal, não sendo necessário recorrer à ideia de inconstitucionalidade (TAVARES, 2001, p. 208). Portanto, para dar ensejo às ações do controle concentrado de constitucionalidade, seria necessário que a alegação de inconstitucionalidade recaísse sobre norma posterior à entrada em vigor da Constituição, pois a verificação de validade de uma norma pressupunha uma norma superior e anterior a ela. A incompatibilidade de normas pré-constitucionais era verificada por simples aplicação do princípio de que *lex posterior derogat priori*, em exame efetuado na jurisdição ordinária, ou seja, incidentalmente (RAMOS, 2010, p. 332).

¹⁰ Exemplo clássico deste fenômeno jurídico é a recepção do Código Penal Brasileiro. Quando editado, em 7 de dezembro de 1940, adquiriu a forma de um “Decreto-Lei”. Ocorre que com a entrada em vigor das sucessivas constituições, esta modalidade normativa deixou de existir dentro do processo legislativo. A verificação que deve ser feita, quando da recepção ou não da norma pré-constitucional, à compatibilidade material, e não à “roupagem” que o novo sistema constitucional lhe atribuir. Na vigência da Constituição de 1937, as normas de direito penal foram editadas através do Código Penal, que era a modalidade normativa compatível. O Código Penal foi recepcionado (nas disposições que não confrontam materialmente a Constituição de 1988), mas na forma de Lei (em sentido estrito), pois é a forma exigida pela Constituição de 1988 em seu Art. 5º, XXXIX.

A Constituição de 1988 não tratou expressamente da incompatibilidade de seu texto com a norma pré-constitucional, mas, desde a ordem constitucional de 1946, a solução apresentada era a do princípio *lex posterior derogat priori*.

Já na atual ordem constitucional, inaugurada pelo texto de 1988, a ADI 02/DF¹¹, sob relatoria do Ministro Paulo Brossard, o STF continuou a adotar a mesma postura, conforme ementa colacionada a seguir:

CONSTITUIÇÃO. LEI ANTERIOR QUE A CONTRARIE. REVOGAÇÃO. INCONSTITUCIONALIDADE SUPERVENIENTE. IMPOSSIBILIDADE. 1. A lei ou é constitucional ou não é lei. Lei inconstitucional é uma contradição em si. A lei é constitucional quando fiel à Constituição; inconstitucional na medida em que a desrespeita, dispondo sobre o que lhe era vedado. O vício da inconstitucionalidade é congênito à lei e há de ser apurado em face da Constituição vigente ao tempo de sua elaboração. Lei anterior não pode ser inconstitucional em relação à Constituição superveniente; nem o legislador poderia infringir Constituição futura. A Constituição sobrevinda não torna inconstitucionais leis anteriores com ela conflitantes: revoga-as. Pelo fato de ser superior, a Constituição não deixa de produzir efeitos revogatórios. Seria ilógico que a lei fundamental, por ser suprema, não revogasse, ao ser promulgada, leis ordinárias. A lei maior valeria menos que a lei ordinária. 2. Reafirmação da antiga jurisprudência do STF, mais que cinquentenária. 3. Ação direta de que se não conhece por impossibilidade jurídica do pedido.

Cabe mencionar que, quando do julgamento da ADI 02/DF, o Ministro Sepúlveda Pertence se manifestou no sentido de rever a orientação até então adotada, possibilitando que as normas pré-constitucionais pudessem ser objeto da análise de constitucionalidade em sede de ação direta. A seguir, transcrevemos trecho de seu voto¹², vencido, proferido na ADI 02/DF:

Reduzir o problema às dimensões de simples revogação de norma infraconstitucional pela norma constitucional posterior – se é alvitre que tem por si a redução da aparente simplicidade –, redundaria em fechar-lhe a via de ação direta. E deixar, em consequência, que o deslinde das controvérsias suscitadas flutue, durante anos, ao sabor dos dissídios entre juízes e tribunais de todo o país, até chegar, se chegar, à decisão da Alta Corte, ao fim de longa caminhada pelas vias frequentemente tortuosas do sistema de recurso. De resto, nem a decisão do Supremo Tribunal, despida de força vinculante *erga omnes*, encerrará as contradições. Perderão com tudo isso, inevitavelmente, não só a rapidez, mas a uniformização dos resultados da tarefa jurisdicional de conformação do direito velho às novas diretrizes da Lei Fundamental, com patente perda da efetividade desta e da segurança jurídica dos jurisdicionados.

¹¹ STF. Plenário. ADI 02/DF. Relator: Paulo Brossard. Julgado em: 6 fev. 1992. DJ: 21 nov. 1997.

¹² STF. Trecho do Voto do Ministro Sepúlveda Pertence, proferido na sessão de julgamento da ADI 02/DF, p. 82-83. Julgado em: 6 fev. 1992. DJ: 21 nov. 1997.

Prevaleceu a orientação tradicional. Haveria, contudo, a possibilidade de se realizar o controle concentrado de constitucionalidade das normas pré-constitucionais, desde que utilizada como parâmetro a Constituição em cuja vigência a norma fora editada, justamente pelo critério da validade, e não da vigência. Portanto, a ação direta de inconstitucionalidade tem como objetivo tutelar a Constituição vigente, e não aquelas revogadas (RAMOS, 2010, p. 332).

O posicionamento amplamente acatado pelo Supremo Tribunal Federal é, no entanto, passível de críticas. Isso porque o postulado *lex posteriori derogat priori* pressupõe idêntica densidade normativa (MENDES, G. F., 2011, p. 120-121). Nesse sentido, a própria Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, antiga Lei de Introdução ao Código Civil, Lei n. 4.657/42 (BRASIL, 1942), expressa, em seu Art. 2º, parágrafo 2º, que “[a] lei nova, que estabeleça disposições gerais ou especiais a par das já existentes, não revoga nem modifica a lei anterior.”

A vigência de uma Constituição não tem por objetivo substituir o direito ordinário, pois tanto sua densidade normativa quanto seus princípios regentes são distintos. Os postulados de resolução de conflitos aparentes de norma, insculpidos na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro, tem por objeto as normas infraconstitucionais, com o objetivo da substituição do direito antigo pelo novo (MENDES, G. F., 2011, p. 121).

Apesar de apresentar argumentos válidos e convincentes, a tese de que o conflito entre norma constitucional superveniente e norma pré-constitucional devem ser resolvidos pelos postulados de resolução de antinomias (típicos da legislação infraconstitucional) não parece prosperar.

Conforme voto do Ministro Sepúlveda, afastar a possibilidade de controle de constitucionalidade do direito pré-constitucional traz consequências jurídicas graves, principalmente envolvendo a isonomia, a segurança jurídica e a celeridade das decisões. Isso porque os princípios de resolução de conflitos aparentes de normas são resolvidos no âmbito da jurisdição ordinária, possibilitando que cada juiz ou tribunal tenha posicionamento próprio, culminando em interpretações divergentes entre si. Essa lógica não permite que o órgão de cúpula do Poder Judiciário se pronuncie sobre a questão desde logo, a não ser de forma incidental e preliminar em processos cujos resultados não gozam de efeitos vinculante e *erga omnes*.

No mesmo sentido, Gilmar Ferreira Mendes (2011, p. 124) já insistia na necessidade de revisão da jurisprudência do STF, tendo em vista a razoabilidade e a segurança jurídica, princípios orientadores da atuação jurisdicional.

A Lei n. 9.882/99 trouxe resposta a essa lacuna até então existente, conforme se depreende da literalidade do dispositivo:

Art. 1º A arguição prevista no § 1º do Art. 102 da Constituição Federal será proposta perante o Supremo Tribunal Federal, e terá por objeto evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público. Parágrafo único. Caberá também arguição de descumprimento de preceito fundamental:

I - quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, **incluídos os anteriores à Constituição**. (BRASIL, 1999b, grifo nosso).

Portanto, apesar de a jurisprudência do STF ser contrária ao manejo das ações tradicionais do controle concentrado de constitucionalidade, a inovação legislativa, ao regulamentar a ADPF, possibilitou a utilização de norma pré-constitucional como objeto de aferição de compatibilidade com a Constituição.

Trata-se de solução parcial à questão levantada por Sepúlveda Pertence no trecho do voto transcrito acima. Parcial porque ainda resta uma lacuna, um ponto cego em que não é possível utilizar o controle concentrado de constitucionalidade: o caso de controvérsia constitucional cujo objeto seja direito pré-constitucional, mas cujo parâmetro não se enquadre nos limites de aplicabilidade da ADPF, ou seja, norma constitucional não considerada preceito fundamental decorrente da Constituição da República.

Nesses casos, inexistente alternativa à discussão incidental da compatibilidade de uma norma pré-constitucional cujo descumprimento se refere a preceito não fundamental da Constituição de 1988. A solução para colmatar esta lacuna no complexo sistema de verificação de compatibilidade constitucional brasileiro é a modificação da orientação do Supremo Tribunal Federal, ou seja, que o Tribunal admita que o controle de constitucionalidade da norma pré-constitucional se opere por meio de ADI.

Assim, até o momento, não é possível afirmar que todos os atos emanados do Poder Público são passíveis de sindicância constitucional em sede de controle concentrado, com efeito vinculante e *erga omnes*.

Caso se processe essa mudança de orientação no STF, a ADPF perderia, ao menos em tese, a função de sindicância do direito pré-constitucional, tendo em vista o caráter subsidiário que dirige os limites de sua atuação. Ou seja, o dispositivo da Lei 9.882/99 que permite expressamente que a norma pré-constitucional seja objeto de verificação do controle de constitucionalidade perderia sua eficácia.

1.4 Princípio da Subsidiariedade

O tema da subsidiariedade da ADPF foi objeto de controvérsia doutrinária. O postulado tem assento na própria Lei n. 9.882/99:

Art. 4º A petição inicial será indeferida liminarmente, pelo relator, quando não for o caso de arguição de descumprimento de preceito fundamental, faltar algum dos requisitos prescritos nesta Lei ou for inepta.

§ 1º Não será admitida arguição de descumprimento de preceito fundamental quando houver qualquer outro meio eficaz de sanar a lesividade. (BRASIL, 1999b, grifo nosso).

O debate envolve as seguintes indagações: I – poderia o legislador infraconstitucional limitar a vontade do constituinte quando nem mesmo ele o fez?; II – admitindo-se a subsidiariedade, quais os limites de sua aplicação?

A tese defendida por Elival da Silva Ramos (2010, p. 329) e por outros autores é a de que o constituinte optou por meramente criar a arguição, atribuindo ampla liberdade de conformação da matéria ao legislador infraconstitucional, impondo-lhe como única condicionante a compatibilidade com a própria Constituição. Esse posicionamento tem como base argumentativa o texto constitucional, acenando para que a ADPF será operacionalizada “na forma da Lei”. Esse dispositivo constitucional, prossegue o autor, não pode ser interpretado como delegação ao legislador de decisões meramente procedimentais, mas como mandamento autorizativo de modelagem ampla, o que envolve a definição dos legitimados, do objeto, do parâmetro, dos efeitos da decisão, entre diversos outros pontos. Afinal, se esses elementos não foram definidos pela própria Constituição, subtrair a definição ao legislador infraconstitucional redundaria em promover a ineficácia do dispositivo constitucional.

Luís Roberto Barroso (2012, p. 545-546) aponta no mesmo sentido. Trata-se, segundo ele, de caso longe de ser isolado, e mesmo relativamente comum, como se

comprova pelas leis que regulamentam o mandado de segurança, a ação popular e a ação civil pública. Entre outros pontos, esses diplomas definem pontos cruciais como legitimidade, cabimento, objeto, efeitos da decisão e, inclusive, prazo decadencial para exercício de cada ação – uma questão que suscitou amplo debate jurídico, tendo sido, no entanto, pacificada a constitucionalidade da limitação¹³. Evidente que esses textos normativos extrapolam a simples modelagem procedimental das ações, impondo verdadeiros limites ao seu exercício. Ocorre o mesmo com a ADPF. Não é imperativo que a Lei que a instituiu deva ter contornos estritamente procedimentais, tendo sido delegada ao legislador infraconstitucional a determinação dos contornos necessários à sua aplicação prática – desde que não extrapole os limites constitucionais na tarefa.

Gilmar Ferreira Mendes (2011, p. 180) adere à corrente que considera válido o princípio da subsidiariedade insculpido na lei reguladora. Conforme o autor, porém, essa subsidiariedade deve ser analisada com cautela, pois, se interpretada literalmente, inevitável o esvaziamento da aplicabilidade da ADPF, não produzindo qualquer efeito prático, uma consequência indesejada no âmbito da hermenêutica constitucional. Afinal, sob o enfoque da tutela subjetiva de direitos, poder-se-ia imaginar que somente quando não houvesse qualquer outro meio para dirimir a controvérsia constitucional é que a ADPF se revelaria hábil para sanar a lesão ou ameaça a preceitos fundamentais. Essa interpretação literal pressuporia, inclusive, o esgotamento da jurisdição ordinária, com todos os seus desdobramentos.

Essa tese de subsidiariedade máxima restou afastada, consagrando-se uma subsidiariedade mitigada. A ADPF se encontra no rol das ações de controle concentrado de constitucionalidade (*lato sensu*) e, como tal, deve ser interpretada em seu viés de ação objetiva de controle – apesar de possível a modalidade incidental. Seu manejo não visa à defesa de direitos subjetivos, mas sim à defesa da ordem constitucional em seus preceitos fundamentais. Portanto, o “meio eficaz para sanar a lesividade” deve ser interpretado com vistas ao sistema global do controle de constitucionalidade. Conforme Gilmar Ferreira Mendes (2011, p. 180), “[...] meio eficaz de sanar a lesão parece ser aquele apto a solver a controvérsia constitucional relevante de forma ampla, geral e imediata.”

¹³ STF. Plenário. *APROVAÇÃO DA SÚMULA 632*: É constitucional lei que fixa o prazo de decadência para a impetração demandado de segurança. Precedentes: RMS 21503; MS 21743; RMS 21504; RMS 21480; RMS 21387; RMS 21476. Aprovada a Súmula em: 24 set. 2003. DJ: 9 out. 2003.

É fato que a ADPF pode ser aforada sob duas formas distintas: uma como ação do controle de constitucionalidade objetivo, de forma direta; outra incidentalmente, quando há demanda em curso tratando de direitos subjetivos. Essa última modalidade – que será apresentada oportunamente – permite que qualquer dos legitimados à propositura da ADPF, em especial o Procurador-Geral da República, a quem cabe receber a representação de interessados, possa pleitear a proteção de situação específica. Mesmo nas hipóteses em que a ADPF é conduzida perante um processo concretamente instaurado, pressuposto para sua admissão é que o resultado a ser alcançado tenha relevância para o ordenamento constitucional objetivo, não apenas àquela situação concretamente posta *sub judice* (MENDES, G. F., 2011, p. 182).

A corrente doutrinária defensora da subsidiariedade mitigada interpreta esse postulado em consonância com o complexo sistema de controle concentrado de constitucionalidade insculpido na Constituição da República. É, assim, cabível a ADPF sempre que não houver outra ação de controle concentrado de constitucionalidade – ADI e ADC – hábil para tutelar determinada controvérsia constitucional. O que distingue essas ações daquelas que visam a tutelar direitos subjetivos são seus efeitos intrínsecos: *erga omnes* e vinculante.

Justamente nesse sentido é que deve ser interpretada a subsidiariedade: quando a controvérsia constitucional for merecedora do controle concentrado de constitucionalidade – com os efeitos que lhe são próprios – e não houver outro meio igualmente eficaz para saná-las, deve-se manejar a ADPF. Nesse sentido, expõe Gilmar Ferreira Mendes (2011, p. 184):

Não sendo admitida a utilização de ações diretas de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, isto é, não se verificando a existência de meio apto a solver a controvérsia constitucional relevante de forma ampla, e geral e imediata, há de se entender possível a utilização da arguição de descumprimento de preceito fundamental.

Tal é a corrente majoritariamente adotada tanto pela doutrina quanto pela jurisprudência do STF. Justamente em decorrência dessa posição é que surgem as aplicações práticas da ADPF, já tratadas nas seções anteriores. Ou seja, maneja-se o instituto quando a controvérsia constitucional se referir a direito pré-constitucional, a direito municipal, a norma pós-constitucional já revogada (desde que subsista interesse jurídico) e a atos concretos do Poder Público, cuja validade não emane

diretamente da Constituição, mas da lei. Até a edição da Lei da ADPF, havendo conflito entre quaisquer dessas situações descritas e a Constituição, não havia instrumento processual hábil para sanar a lesividade de forma direta, vinculante e *erga omnes*.

A possibilidade de propositura de ações de caráter subjetivo ou quando cabíveis recursos no caso concreto não obstam a propositura da ADPF. Isso porque estas medidas processuais não são idôneas à produção de soluções imediatas, de caráter vinculante e *erga omnes* (BARROSO, 2012, p. 548). Conforme salienta Barroso, além da impossibilidade de manejar os instrumentos clássicos do controle de constitucionalidade, há outro requisito para que a controvérsia constitucional possa ser dirimida por meio da ADPF: relevância da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo, em se tratando da modalidade incidental de ADPF.

Nesse mesmo sentido, Daniel Sarmento (2001, p. 103) expõe que um dos objetivos da regulamentação da ADPF foi justamente possibilitar que o STF se pronunciasse definitivamente sobre controvérsias constitucionais antecipadamente, quando vedado o manejo da ADI ou ADC. Dispensável, portanto, o longo percurso das vias ordinárias, próprio das ações de caráter subjetivo, para atingimento de decisão definitiva do STF. Ainda quando se pronuncia sobre determinada matéria, em controle difuso e concreto, não se operam automaticamente os efeitos próprios das ações do controle concentrado de constitucionalidade.

Portanto, interpretado o princípio da subsidiariedade na literalidade esvaziaria as finalidades desse instrumento processual, já que muitas das matérias que lhe são próprias podem ser dirimidas pela via jurisdicional ordinária, o que acarretaria a possibilidade de posicionamentos distintos dos órgãos jurisdicionais, trazendo insegurança jurídica à ordem constitucional. Não é esse o resultado desejado.

Exposta a corrente majoritária a respeito da configuração do postulado da subsidiariedade da ADPF (subsidiariedade mitigada, a ser entendida no conjunto dos processos objetivos de controle de constitucionalidade), cabe mencionar a posição defendida por André Ramos Tavares.

Trata-se de posicionamento que alça a ADPF a posição central no controle concentrado de constitucionalidade, não se contentando com os contornos atribuídos pelo legislador infraconstitucional, principalmente no que tange ao princípio da subsidiariedade. Isso porque o Poder Constituinte Originário, ao dispor sobre a arguição, não deu sinais de se tratar de instrumento subsidiário, secundário,

subalterno. A indagação feita por Tavares (2001, p. 237) é: “Se assim fosse, por que não atribuir caráter residual à ação direta de inconstitucionalidade?” Afinal, tanto ADI quanto ADPF estão localizadas no mesmo texto constitucional, foram ambas criadas pelo mesmo Poder Constituinte, não sendo possível estabelecer relação de subsidiariedade entre eles.

O argumento histórico de que a ADI já era prevista em textos constitucionais anteriores não se reveste de conteúdo jurídico suficiente para estabelecer relação de submissão entre ADI e ADPF. Tratar-se-ia de aplicação rasa do método histórico, a contrapelo, ademais, do quanto sugerem os demais procedimentos interpretativos. Atribuir a condição de centralidade à ADI em detrimento da ADPF, mesmo após os contornos constitucionalmente traçados, seria, segundo o autor, privilegiar a ordem constitucional anterior em detrimento da inaugurada pela Constituição de 1988 (TAVARES, 2001, p. 338).

A ADPF possui posição específica na ordem constitucional, não podendo o legislador infraconstitucional contrariá-la. Entende Tavares (2001, p. 239) que:

Seria realmente absurdo que se considerasse o cabimento da arguição apenas naquelas hipóteses nas quais o sistema, no momento em que foi editada a Lei da Arguição (L.A), não contasse com outra medida para combater a lesão. Essa tese seria contrária ao sistema traçado na Constituição.

Mostra-se, assim, crítico às soluções apresentadas pela doutrina majoritária – que admite a subsidiariedade, interpretando-a de forma mitigada –, tendo em vista que, se fosse a intenção do constituinte originário atribuir à ADPF a função de controlar a constitucionalidade do direito municipal, teria ele feito expressa referência a isso, não se referindo a “descumprimento” de forma genérica (TAVARES, 2001, p. 241).

Outro argumento afastado por Tavares (2001, p. 241) diz respeito à aplicabilidade da ADPF para sanar lesividade da Constituição em relação ao direito pré-constitucional. Ora, de fato parece solução de bases sólidas, tendo em vista que a impossibilidade da sindicância de direito pré-constitucional por meio de ADI advém não da Constituição, mas da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Portanto, ocorrendo modificação do entendimento da Corte Suprema, automaticamente perderia a ADPF sua principal função prática, qual seja, a de controle de constitucionalidade do direito pré-constitucional.

O autor atribui o caráter subsidiário relegado à ADPF a uma “aversão ao novo” (TAVARES, 2001, p. 247). Isso se deve a uma carga de experiência histórica na mente do intérprete, fato que impede a aplicação pura dos institutos e significados tratados no texto constitucional “quando esteja imbuído de preconceitos oriundos de uma prática jurídica por décadas consolidada”.

Há, ainda, posicionamento que busca equilíbrio entre as duas correntes expostas, encampada por Dimitri Dimoulis (2005). Em linhas gerais, esse autor sustenta que seria possível considerar tanto a ADI quanto a ADPF como ação principal, a depender dos contornos atribuídos pelo legislador infraconstitucional, a quem foi atribuída – implicitamente – a competência para realizar a escolha.

De fato, a Constituição trouxe instrumentos de autoproteção que, em tese, sobrepõem-se. Dimoulis (2005, p. 23) apresenta duas soluções ao aparente dilema: I – aceitar a aleatoriedade e a concomitância ou; II – hierarquizar os institutos. Por razões de segurança jurídica, a opção da hierarquização é a mais desejável. Ocorre que essa hierarquização deve partir de critérios constitucionalmente fundamentados – sob pena de incorrer em outra aleatoriedade.

Nesse sentido, prossegue o autor, a Constituição da República, em seu Art. 102, parágrafo 2º, ao tratar da ADPF, fixa o parâmetro específico para a sindicância constitucional: preceitos fundamentais. Portanto, o próprio texto constitucional, ao instituir a ADPF, atribuiu-lhe caráter especializante, devendo ser compreendida como a sua regulamentação como *lex specialis*. Disso decorre a posição doutrinária do autor, crítica à atribuição de posição principal à ADPF em relação aos demais mecanismos de controle concentrado de constitucionalidade.

A crítica de Dimoulis (2005, p. 25) à Lei n. 9.882/99 é justamente nesse sentido: sendo opção legislativa a de hierarquizar os institutos, por que o fez o legislador da maneira como está posta? Ou seja, poder-se-ia atribuir à ADPF o caráter principal – tendo em vista o caráter de especialidade atribuído pela própria Constituição – e aos outros mecanismos de sindicância constitucional, o caráter subsidiário. Como mencionado no início desta seção, não foi essa a escolha do legislador infraconstitucional. O próprio autor aponta incoerências da tese defendida (DIMOULIS, 2005, p. 25):

Como explicar o fato de o constituinte ter deixado aos cuidados do legislador ordinário a configuração de uma ação relacionada com a parte mais relevante das normas constitucionais, os preceitos fundamentais, no

momento em que estabeleceu com precisão o objeto, a legitimação e os efeitos da ação direta de inconstitucionalidade, que, nessa visão, seria destinada a tutelar normas de menor relevância (preceitos não fundamentais)?

Sua resposta é no sentido de que a ADPF foi, de fato, pensada pelo constituinte originário para servir como espécie de “ação de reserva”, não como instrumento principal, devendo adaptar-se às necessidades práticas do complexo sistema de controle de constitucionalidade.

Portanto, se de fato o Poder Constituinte tivesse pensado na ADPF como instrumento principal do sistema, ter-se-ia procedido com maior atenção à sua regulamentação no próprio texto constitucional, como fez em relação à ADI, tratando dos legitimados e dos principais contornos de seu procedimento.

Conclui o autor que não há bases normativas suficientes – dentro da interpretação da Constituição – para determinar, de forma cabal, qual o modelo constitucionalmente imposto, e logo, se seria a ADPF subsidiária à ADI ou vice-versa. Dessa maneira, de fato, coube ao legislador infraconstitucional traçar os limites e regras, atribuindo à ADPF o caráter subsidiário. Ocorreu uma espécie de delegação tácita do constituinte originário ao legislador infraconstitucional, que teria se baseado em indícios relevantes, mas não concludentes, do texto constitucionais.

1.5 Legitimidade para Propositura

Considerando-se que a ADPF tem natureza objetiva, as partes são assim consideradas apenas de maneira formal. Final, arguente e arguido não atuam na defesa de direitos próprios, mas tão somente em prol da “[...] higidez objetiva do ordenamento jurídico.” (BARROSO, 2012, p. 555-556).

Conforme Art. 2º, inciso I, da Lei da Arguição, podem manejar o instituto os mesmos legitimados para a propositura da Ação Direta de Inconstitucionalidade:

Art. 2º Podem propor arguição de descumprimento de preceito fundamental:
I - os legitimados para a ação direta de inconstitucionalidade;
II - (VETADO)
§ 1º Na hipótese do inciso II, faculta-se ao interessado, mediante representação, solicitar a propositura de arguição de descumprimento de preceito fundamental ao Procurador-Geral da República, que, examinando os fundamentos jurídicos do pedido, decidirá do cabimento do seu ingresso em juízo.

O dispositivo legal faz referência ao Art. 103 da Constituição da República, que originalmente elencou os legitimados para a Ação Direta de Inconstitucionalidade, com alterações realizadas pela Emenda Constitucional n. 45/2004 (Reforma do Judiciário):

Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade: (Redação dada pela Emenda Constitucional n. 45, de 2004)
I - o Presidente da República;
II - a Mesa do Senado Federal;
III - a Mesa da Câmara dos Deputados;
IV - a Mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; (Redação dada pela Emenda Constitucional n. 45, de 2004)
V - o Governador de Estado ou do Distrito Federal; (Redação dada pela Emenda Constitucional n. 45, de 2004)
VI - o Procurador-Geral da República;
VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil;
VIII - partido político com representação no Congresso Nacional;
IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.
(BRASIL, 2004).

Conforme observa Barroso (2012, p. 556), apesar da possibilidade de controle dos atos do Poder Público municipal mediante ADPF, não houve a inclusão de legitimidade para as câmaras municipais e para os prefeitos.

Em sua redação original, a ADPF apresentava um rol mais amplo de legitimados ativos: qualquer afetado por decisão do Poder Público poderia ajuizar a arguição. Conforme Gilmar Ferreira Mendes (2011, p. 156), foi justamente a falta de qualquer limitação ao exercício da ADPF que levou ao veto do dispositivo. A previsão guardava nexos com as hipóteses de ADPF incidental, caso em que seria necessário ao interessado demonstrar a lesividade no caso concreto (BARROSO, 2012, p. 556-557).

Atualmente, o cidadão que tiver interesse na propositura de uma ADPF pode peticionar ao Procurador-Geral da República, requerendo que tome as medidas cabíveis (MENDES, G. F., 2011, p. 157), conforme redação expressa do Art. 2º, parágrafo 1º, da Lei da ADPF. Essa representação, no entanto, não vincula o Chefe do Ministério Público, que realiza juízo de conveniência e oportunidade quanto ao ajuizamento da ação.

Conforme expõe Barroso (2012, p. 557), há entendimento doutrinário que defende a legitimidade de qualquer interessado para a arguição incidental, mesmo com os vetos presidências à Lei da ADPF, resultando assim que o rol de legitimados

da arguição incidental deve ser distinto daquele da arguição autônoma. Tanto a doutrina majoritária quanto a jurisprudência do STF não aderiram a essa corrente, não se entendendo que os argumentos sejam capazes de superar as consequências do veto presidencial.

Conforme Gilmar Ferreira Mendes (2011, p. 157), faz-se necessária a regulamentação, pelo legislador, da legitimidade para o exercício da arguição incidental, sob pena de esvaziamento da ADPF incidental. Observa, no entanto, que a norma deve ser editada de modo a não inviabilizar o funcionamento do STF pelo excesso de demandas. Aponta como solução o manejo combinado do recurso extraordinário com a arguição incidental. Com essa sistemática, qualquer legitimado para a propositura da ação – rol do Art. 103 da Constituição da República – poderia solicitar a conversão do recurso extraordinário em ADPF. Ou, ainda, poder-se-ia prever a faculdade de interposição de recurso extraordinário juntamente com a arguição, facultando-se à Corte a decisão de julgar a controvérsia constitucional do ponto de vista meramente subjetivo ou proceder ao julgamento da ação em caráter objetivo.

As soluções para o manejo da arguição incidental expostas por Gilmar Mendes são apenas alguns exemplos de medidas tendentes a conferir efetividade ao instituto. Nos termos do autor (MENDES, G. F., 2011, p. 158):

Essas breves digressões demonstram que o instituto da arguição de descumprimento parece dotado de grande flexibilidade, o que pode permitir desenvolvimento de soluções criativas para a adequação do modelo jurídico-institucional às demandas dos novos tempos.

Conclui-se, portanto, que o modelo pretendido pela Comissão Celso Bastos, quando da redação original do projeto, era de ampla legitimidade ativa do instituto. Quando da aprovação da Lei pelo Poder Legislativo, foi mantida integralmente a estrutura da legitimidade. Mas, no momento da sanção pelo Chefe do Poder Executivo, em razão dos vetos já analisados, operou-se a restrição dos legitimados. A Lei da ADPF foi originalmente editada como um sistema composto de duas modalidades: incidental ou principal. O veto presidencial acabou minimizando a forma incidental, tirando-lhe o interesse, tendo em vista que, facultada sua propositura apenas aos mesmos legitimados do Art. 103 da Constituição da República, os legitimados preferem se valer da modalidade principal.

1.6 Manifestações no Curso do Processo

1.6.1 Defesa do Ato Impugnado

Na Lei n. 9.882/99, há menção ao Advogado-Geral da União (AGU) em relação com o pedido de concessão de medida liminar. Trata-se da faculdade que tem o relator de proceder à sua oitiva antes de decidir sobre a liminar, no prazo de 5 dias. É o que consta do Art. 5º, parágrafo 3º, da referida Lei. Não há exigência, note-se, de realização de audiência com o AGU, havendo mera faculdade do relator. O mesmo dispositivo faz menção ao Procurador-Geral da República.

Não havendo pedido de concessão liminar, o relator deverá solicitar informações aos responsáveis pelo ato impugnado no prazo de 10 dias, conforme dispõe o Art. 6º da Lei da ADPF.

Embora a Lei da ADPF seja silente nesse ponto, a Constituição da República traz, em seu Art. 103, parágrafo 3º, a determinação de que o AGU defenda a constitucionalidade do ato normativo impugnado. Portanto, por disposição constitucional, é considerado o AGU espécie de “curador do ato” (TAVARES, 2001, p. 369), entendendo a doutrina majoritária pela necessidade de sua manifestação, independentemente da natureza do ato impugnado ou do ente federativo de origem.

Ocorre que esta manifestação não deve consistir em uma defesa incondicionada da norma, embora imperativo o pronunciamento sobre a questão. Conforme salienta Gilmar Ferreira Mendes (2011, p. 199): “Sustentar, por exemplo, a obrigatoriedade de defesa de ato impugnado, havendo decisão anterior da Suprema Corte, representaria anomalia institucional incompatível com a efetividade das normas constitucionais.”

Após receber as informações requeridas às autoridades responsáveis pela edição do ato (dentro do prazo de 10 dias), cabe ao relator formular o relatório e enviar cópia a todos os Ministros do STF, além de solicitar ao presidente da Corte data para o julgamento.

Em relação ao PRG, o Art. 103, parágrafo 1º, da Constituição determina que, em todas as ações de inconstitucionalidade ou de competência do STF, ele deverá ser ouvido. Em complemento ao dispositivo constitucional, determina o Art. 7º da Lei n. 9.882/99 que o Ministério Público terá vistas dos autos no prazo de 5 dias após decorrido o prazo para informações das autoridades responsáveis pela edição do

ato. Depreende-se, da literalidade do texto normativo, que somente haverá manifestação sua manifestação quando ele próprio não for o autor da ADPF.

Apesar da expressa previsão legal, Tavares (2001, p. 371) apresenta postura divergente. O autor entende que, mesmo nas ações em que o PRG for o arguente, deverá se manifestar também na condição de *custos legis*. Justifica seu entendimento por não haver impedimento para que uma mesma instituição figure como parte e, ao mesmo tempo, fiscal da ordem jurídica. Nesse sentido (TAVARES, 2001, p. 372):

Numa interpretação conforme a Constituição, há de ser tal regra compreendida no sentido de que, além de pronunciar-se, necessariamente, naqueles processos em que já funciona, as palavras do membro do Ministério Público terão acolhimento também nos demais processos de arguição de descumprimento, seja na principal, seja na de caráter incidental. Independe, pois, da verificação de quem seja o requerente.

1.6.2 Oitiva de Interessados

A Lei da ADPF, em seu Art. 6º, parágrafo 2º, possibilita que o relator autorize a juntada de memoriais e a manifestação oral dos interessados. Ainda aqui, trata-se de faculdade relator, que poderá ou não autorizar a manifestação do interessado após sua solicitação.

Tavares (2001, p. 365) esclarece que, nesse ponto, a Lei n. 9.882/99 faz referência aos legitimados para a propositura da ADPF outros que aquele que deu início ao processo. Explica ainda que o AGU e o PGR não podem se valer desse mecanismo, pois a Lei da ADPF prevê meios específicos de atuação desses órgãos.

A distinção que se faz entre o parágrafo 2º e o parágrafo 1º do Art. 6º diz respeito à posição do relator. No caso do parágrafo 1º, há atuação ativa, podendo, por iniciativa própria, requerer a realização de perícias e agendar audiência pública, indicando especialistas determinados para se manifestarem sobre a questão. Já na hipótese do Art. 6º, parágrafo 2º, o relator assume postura passiva, recebendo requerimentos dos interessados para que possam se pronunciar no processo.

Vale observar que não se confunde a previsão do Art. 6º com a possibilidade de oitiva de interessados como *amici curiae*, cuja atuação se abriga em dispositivo

de outro diploma normativo, aplicado analogicamente às ADPFs, conforme se verá mais adiante.

1.7 Modalidades de ADPF

1.7.1 Observações Iniciais

Conforme já mencionado brevemente, a ADPF foi estruturada em duas modalidades, incidental e principal.

1.7.2 Arguição Autônoma ou Direta

Essa modalidade de ADPF encontra previsão expressa no Art. 1º, *caput*, da Lei n. 9.882/99:

Art. 1º A arguição prevista no § 1º do Art. 102 da Constituição Federal será proposta perante o Supremo Tribunal Federal, e terá por objeto evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público.

Na lição de André Ramos Tavares (2001, p. 281), a modalidade é chamada de autônoma “[...] por não depender da existência de qualquer outro processo no qual se controverta sobre a aplicação de preceito fundamental.” É a modalidade que realiza a típica função de controle concentrado de constitucionalidade das leis, atos normativos e demais atos típicos da atividade estatal. Ou seja, é instrumentalizada para a análise da compatibilidade entre todo ato emanado da atividade estatal frente às normas constitucionais fundamentais – os chamados preceitos fundamentais, já analisados em seção própria.

Para o manejo da arguição na via autônoma, além da inexistência de qualquer outro meio eficaz de sanar a lesividade (princípio da subsidiariedade), são necessários outros dois elementos: I – ameaça ou violação a preceito fundamental; II – ato estatal ou equiparável capaz de provocá-la (BARROSO, 2012, p. 531).

É a modalidade de ADPF que se assemelha aos instrumentos típicos do controle concentrado de constitucionalidade, não havendo verdadeiramente lide – entendida, segundo a célebre formulação carneluttiana, como o conflito de interesses qualificado por uma pretensão resistida.

Entendia-se, tradicionalmente, que a aferição de compatibilidade entre as normas impugnadas e o texto constitucional devia ser feita de maneira desprendida da realidade fática, por meio da simples comparação entre as normas. Esse entendimento, contudo, está sendo gradualmente afastado, em prol de uma compreensão segundo a qual a realidade fática se imbrica inextricavelmente com o controle de constitucionalidade das normas.

A experiência mostra que essa modalidade de ADPF é a mais utilizada, pois, conforme já se explicou acima, em razão do veto presidencial no dispositivo relativo à legitimidade ativa, restou praticamente neutralizada a segunda modalidade da arguição, a incidental.

1.7.3 Arguição Incidental ou por Derivação

Trata-se de sistema complexo e inovador instituído pela Lei da ADPF, mas, conforme já observamos, não é, na dinâmica constitucional atual, instrumento de grande utilização.

A modalidade incidental é vista, pela doutrina, como verdadeiro entrelaçamento entre o controle de constitucionalidade difuso e o concentrado, já que, na arguição incidental, suscita-se um “incidente de inconstitucionalidade” no curso de processo judicial concreto, remetendo a questão constitucional, imediatamente, à análise daquele que detém a última palavra sobre a controvérsia, o STF.

Conforme reporta Tavares (2001, p. 286), o sistema de controle de constitucionalidade canadense prevê sistema semelhante. Além da *judicial review*, há naquele país a possibilidade de se levar a controvérsia constitucional concretamente posta, *per saltum*, à apreciação da Suprema Corte. Tal incidente leva, inevitavelmente, à suspensão do processo em curso.

Portanto, conclui-se não se tratar de ação autônoma, direta, mas sim de um incidente emergido no curso de demanda judicial em concreto, esta sim envolvendo conflito de interesses e partes propriamente ditas. A doutrina entende que essa modalidade de ADPF tem assento do Art. 1º, parágrafo único, da Lei n. 9.882/99 conforme se verifica:

Art. 1º A arguição prevista no § 1º do Art. 102 da Constituição Federal será proposta perante o Supremo Tribunal Federal, e terá por objeto evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público.

Parágrafo único. Caberá também arguição de descumprimento de preceito fundamental:

I – quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição;

II – (VETADO)

Para compreender esse dispositivo como a fonte da ADPF incidental, é necessário interpretá-lo de maneira atenta. O argumento é apresentado por Tavares (2001, p. 294): quando o dispositivo prevê ser “relevante o fundamento da controvérsia constitucional”, pressupõe a existência de uma demanda judicial, tendo em vista que não é possível a existência de controvérsia constitucional fundamentada entre particulares ou meramente doutrinária. Compreende-se que somente existirá controvérsia constitucional quando ela tiver sido levada a juízo.

Um segundo argumento a justificar a existência da ADPF incidental se deriva dos requisitos da petição inicial, elencados no Art. 3º da Lei n. 9.882/99:

Art. 3º A petição inicial deverá conter:

I - a indicação do preceito fundamental que se considera violado;

II - a indicação do ato questionado;

III - a prova da violação do preceito fundamental;

IV - o pedido, com suas especificações;

V - se for o caso, a comprovação da existência de controvérsia judicial relevante sobre a aplicação do preceito fundamental que se considera violado.

Parágrafo único. A petição inicial, acompanhada de instrumento de mandato, se for o caso, será apresentada em duas vias, devendo conter cópias do ato questionado e dos documentos necessários para comprovar a impugnação. (BRASIL, 1999b, grifo nosso).

Ora, este dispositivo é expresso em exigir comprovação da controvérsia levada a juízo. A interpretação mais razoável a ser atribuída é, assim, justamente a da existência da ADPF incidental.

Elival da Silva Ramos (2010, p. 335-336), sem refutar a existência da modalidade incidental, posiciona-se, no entanto, diversamente da doutrina majoritária no que tange ao seu fundamento normativo. Para ele, o parágrafo 1º não dispõe sobre a modalidade incidental, devendo-se descobri-la antes no *caput* do Art. 1º, juntamente com a modalidade direta. Tal interpretação leva em consideração que o *caput* prevê a possibilidade de manejo da ADPF em face de ato do Poder Público e, portanto, incluindo as decisões judiciais. Para o autor, essa conclusão é, ademais,

corroborada pelo quanto disposto no Art. 6º, parágrafo 1º, da referida Lei, em que se consigna expressamente a possibilidade de o relator ouvir as partes nos processos que ensejaram a arguição, conforme transcrição a seguir:

Art. 6º Apreciado o pedido de liminar, o relator solicitará as informações às autoridades responsáveis pela prática do ato questionado, no prazo de dez dias.

§ 1º Se entender necessário, poderá o relator ouvir as partes nos processos que ensejaram a arguição, requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou ainda, fixar data para declarações, em audiência pública, de pessoas com experiência e autoridade na matéria.

§ 2º Poderão ser autorizadas, a critério do relator, sustentação oral e juntada de memoriais, por requerimento dos interessados no processo. (BRASIL, 1999b, grifo nosso).

Assim, apesar de uma pequena controvérsia teórica sobre o assento normativo da ADPF incidental, é praticamente unânime o entendimento de que ela de fato está prevista.

Consoante essa posição, podemos extrair da lei e da posição doutrinária majoritária que, além dos requisitos da subsidiariedade e da ameaça ou lesão de ameaça a preceito fundamental, outros são imprescindíveis para o manejo do instrumento. Conforme Barroso (2012, p. 532), é necessário, cumulativamente, que: I – seja relevante o fundamento da questão constitucional e; II – o objeto da relevância seja lei ou ato normativo, não qualquer ato emanado do Poder Público. Eventuais processos em andamento envolvendo a questão constitucional estarão sujeitos a terem seu andamento ou, caso já se tenha proferido decisão, seus efeitos suspensos liminarmente.

Após a decisão definitiva do STF, os processos em questão serão devolvidos aos juízos de origem – em observância ao princípio do juiz natural, afastando entendimento de que seria uma renovação da chamada “avocatória” – para julgamento em concreto da questão. Ao se pronunciarem, os juízos onde o feito estava suspenso devem observar, obrigatoriamente, a tese firmada pelo STF no que tange à controvérsia constitucional levada a seu conhecimento, tendo em vista o efeito *erga omnes* atribuído às decisões proferidas em sede de ADPF – trataremos dos efeitos das decisões em momento oportuno. Conforme informa Daniel Sarmento (2001, p. 97), essa sistemática se assemelha àquela envolvendo o incidente de arguição de inconstitucionalidade nos tribunais locais, característico do controle

difuso – em virtude da previsão constitucional da reserva de plenário, previsto no Art. 97 da Constituição da República.

Embora o posicionamento acima exposto seja majoritariamente adotado na doutrina, Elival da Silva Ramos (2010, p. 336) diverge. Expõe que as decisões em sede de controle de incidental de constitucionalidade no STF não gozam de eficácia *erga omnes*, sendo necessário pronunciamento do Senado Federal, em conformidade ao Art. 52, X, da Constituição da República para atribuição deste efeito. Desta maneira, não seria razoável atribuir que o incidente de ADPF, criação estritamente infraconstitucional, tivesse tal efeito.

O Art. 1º, inciso II, possibilitava a ampla legitimação para o manejo da ADPF incidental. Ocorre que, em razão do veto presidencial, houve o “engessamento da legitimação”, fazendo com que somente aqueles previstos para manejar o instrumento na modalidade autônoma possam suscitar o incidente capaz de iniciar sua tramitação na modalidade incidental. Esta é a razão pela qual a ADPF incidental não logrou êxito: os requisitos para a ADPF autônoma são menos exigentes, e o efeito prático é o mesmo.

Restou a possibilidade de manejo da ADPF incidental em uma situação específica, prevista no Art. 2º, inciso II da Lei da Arguição:

Art. 2º Podem propor arguição de descumprimento de preceito fundamental:
I - os legitimados para a ação direta de inconstitucionalidade;

II - (VETADO)

§ 1º Na hipótese do inciso II, faculta-se ao interessado, mediante representação, solicitar a propositura de arguição de descumprimento de preceito fundamental ao Procurador-Geral da República, que, examinando os fundamentos jurídicos do pedido, decidirá do cabimento do seu ingresso em juízo. (BRASIL, 1999b, grifo nosso).

Ou seja, quando um interessado, no curso de uma ação judicial, verificar o cabimento de uma ADPF incidental, poderá representar ao Procurador-Geral da República para que ingresse em juízo com o incidente. Ocorre que caberá ao Procurador-Geral da República a análise de oportunidade e conveniência da propositura, podendo ou não ingressar com a ADPF.

1.8 Processo, Julgamento e Efeitos

Em se tratando dos procedimentos de sindicância concentrada de constitucionalidade, o quórum mínimo de instalação da sessão pelo STF é de 2/3 de seus membros, ou seja, oito ministros. Apesar de a Lei da ADPF ser silente, Gilmar Ferreira Mendes (2011, p. 265) compreende que deve ser aplicado, por analogia, o disposto no Art. 23 da Lei n. 9.868/99, no sentido de que somente pela maioria absoluta dos membros da Corte é que poderá ser pronunciada a procedência ou a improcedência da ação. Não sendo alcançado o quórum mínimo para deliberação, o julgamento deve ser suspenso até que seja possível o preenchimento deste requisito.

Relevante apontar divergência doutrinária quanto à necessidade de a ADPF ser julgada procedente pela maioria absoluta dos membros. Barroso (2012, p. 573) compreende que, no silêncio da Lei da ADPF, deve ser considerada a maioria simples para efeitos da procedência da ação.

Em relação ao julgamento, há deliberação dos ministros quanto à interpretação atribuída ao preceito fundamental e eventual cassação de atos ou decisões que exorbitem o entendimento fixado, conforme Art. 10 da Lei da ADPF. Conforme Gilmar Ferreira Mendes (2011, p. 301), trata-se da possibilidade de a Corte não apenas declarar eventual legitimidade ou ilegitimidade de determinado ato frente ao preceito fundamental, mas, desde logo, fixar interpretação e limites atribuídos ao preceito.

Nos termos do parágrafo único, do Art. 10, as autoridades e os órgãos envolvidos na edição do ato impugnado serão notificadas para que tomem as medidas necessárias para cessação da lesão ao preceito fundamental. Conforme Barroso (2012, p. 574), da decisão que julga procedente ou improcedente a ADPF, não cabem recursos nem ação rescisória. Dentro de dez dias do trânsito em julgado da decisão que julgou a ADPF deve ser publicada a parte dispositiva do acórdão na imprensa oficial. Havendo descumprimento da decisão transitada em julgado, cabível reclamação ao STF, nos termos do Art. 13 da Lei.

A Suprema Corte vem aceitando, sem maiores ressalvas, embargos de declaração contra decisão que julga a ADPF, com intuito de aclarar a questão decidida. Não se admitem, contudo, embargos declaratórios com efeitos

infringentes, embora sejam admitidos para a retificação de questões meramente materiais (MENDES, G. F., 2011, p. 302).

Outro tema amplamente abordado pela doutrina refere-se à possibilidade de modulação dos efeitos das decisões proferidas em sede de ADPF. O Art. 11 da Lei que regulamente o instituto consagra expressamente esta possibilidade. Conforme Gilmar Ferreira Mendes (2011, p. 341), para que se aplique o dispositivo em questão, deve haver ponderação entre o princípio da nulidade – teoria adotada no que tange o controle concentrado de constitucionalidade – e postulados de segurança jurídica e relevante interesse social. Além disso, para que se opere a modulação dos efeitos da decisão, necessário que haja voto favorável de 2/3 dos ministros, ou seja, 8 ministros do STF.

CAPÍTULO 2 AMICUS CURIAE

2.1 Nota Introdutória

Este capítulo tem por objetivo traçar o perfil do instituto do *amicus curiae*, com relevo para sua atuação na jurisdição constitucional. Ao fim, serão examinados, sempre com a brevidade necessária, aspectos da atuação do *amicus curiae* no direito estadunidense, em que o instituto é amplamente utilizado, e os trabalhos acadêmicos, principalmente empíricos, são abundantes.

2.2 Surgimento e Evolução do Instituto: Tradição Romana e Inglesa

Há na doutrina, tanto nacional quanto estrangeira, controvérsia quanto às origens históricas do instituto. Victor Bázan (2003, p. 677) é enfático ao tratar do *amicus curiae* como instituto de origens romanas, adotado pelo sistema jurídico inglês no período medieval.

Para outros autores, como o clássico Giovanni Crisculi (1973, p. 197), não se pode confundir a figura do *consiliarius* romano com a do *amicus curiae*, este último proveniente da tradição inglesa. O *consiliarius* era, de acordo com o autor, figura de função consultiva, à disposição do magistrado romano para complementar seu conhecimento sobre questões políticas, financeiras, religiosas, administrativas, militares, legislativas e judiciárias. Teria sido o *consiliarius* amplamente utilizado desde o período romano arcaico, protraindo-se pelos períodos republicano e imperial.

Crisculi (1973, p. 198) informa que a figura do *consiliarius*, membro do *consilium*, apresentava duas características marcantes: a) sua intervenção em um processo judicial dependia da convocação do magistrado, não podendo ocorrer de maneira espontânea; b) o auxílio ao magistrado era prestado conforme seu próprio e livre convencimento. São justamente essas duas características que levam Crisculi (1973, p. 198) à conclusão de que o *amicus curiae* não se confunde com o *consiliarius*. Afinal, são diversas tanto a natureza da intervenção (provocada pelo magistrado) quanto a liberdade de sua atuação (neutra).

Já no direito inglês, desde as origens remotas, o *amicus curiae* poderia apresentar-se espontaneamente perante o juízo e, ainda, aduzir elementos para

garantir a vitória de um dos litigantes, agindo conforme sua própria convicção (BUENO, 2006, p. 89). Portanto, para os autores que consideram o direito inglês como precursor do instituto, os argumentos se centram justamente na natureza espontânea da intervenção e na liberdade de sua atuação.

Diante desses argumentos, irrespondíveis, assentimos com a corrente que considera o *amicus curiae* um instituto jurídico de origem inglesa, passando a um breve aceno a respeito de sua posição nessa tradição jurídica.

Conforme aponta Cássio Scarpinella Bueno (2006, p. 90), o *amicus curiae* se apresentava no direito inglês nos casos em que estavam ausentes quaisquer interesses governamentais, atuando na condição de *attorney general*, com a função de apontar e sistematizar *cases* e *statutes* que se supunham desconhecidos pelo magistrado.

Mais especificamente, na Idade Média inglesa, o *amicus* atuava em processos criminais. Segundo dados coligidos por Frank M. Covey Junior (1959, p. 34), o *amicus curiae* não podia atuar contrariamente ao réu, mas somente em seu favor, assim atuando como garantidor do devido processo legal substancial, e não meramente formal, tendo em vista que os acusados de crimes graves, no período, eram muitas vezes desprovidos de defensores. Tal qual descrito pelo autor, o instituto do *amicus curiae* apresentava duas características marcantes durante o período medieval inglês: a) a possibilidade de atuação espontânea, sem provocação da corte; b) a impossibilidade de atuação contra o réu (ao passo que, na tradição romana, era permitido ao *consiliarius* atuar contra o réu).

Apesar de aparentar tomar parte, ou lado, no contraditório, o que ampliou gradativamente a atuação de *amici curiae* nos processos judiciais foi justamente o fato de serem eles figuras estranhas à relação processual (BUENO, 2006, p. 91), mas colaboradores em efetivas condições de fornecer subsídios à corte para a resolução de questões jurídicas que fugiam a seu conhecimento.

Atualmente, na tradição inglesa, o instituto não é mais rotineiramente utilizado. Perante as cortes inglesas, atua, como espécie de sucedâneo do *amicus curiae*, o *Attorney General*, quando estão em debate questões de interesse público ou, ainda, quando se coloca o problema da tutela de interesses da própria corte (o que configura, como é forçoso reconhecer, hipótese oposta àquela do período medieval). No direito brasileiro, tal função é compatível com as exercidas pelo Procurador-Geral da República e o Advogado-Geral da União. Portanto,

comparativamente com nossa tradição jurídica, o *amicus curiae* exerce função distinta.

2.3 Direito Brasileiro

A legislação brasileira, até a promulgação do Código de Processo Civil de 2015, não havia utilizado a expressão *amicus curiae* em qualquer diploma normativo, devendo-se o reconhecimento da existência de tal figura em nosso direito à interpretação jurisprudencial e à elaboração doutrinária.

Foi em 1976, com a Lei que criou a Comissão de Valores Mobiliários (Lei n. 6.385/76), que o *amicus*, ainda que sem nome, teria se insinuado em nosso ordenamento jurídico. Como reporta Carolina Tupinambá (2011, p. 117), esse diploma buscou criar figura processual capaz de formar um elo entre o mercado financeiro e o Poder Judiciário, por ser a matéria tratada pela Comissão de Valores Mobiliários eminentemente técnica e, portanto, a resolução de controvérsias potencialmente facilitada pela presença de interveniente capaz de esclarecer pontos obscuros. O artigo que introduziu essa figura é o seguinte:

Art. 31 - Nos processos judiciais que tenham por objetivo matéria incluída na competência da Comissão de Valores Mobiliários, será esta sempre intimada para, querendo, oferecer parecer ou prestar esclarecimentos, no prazo de quinze dias a contar da intimação.

Há outros exemplos no ordenamento jurídico brasileiro que tratam de figuras com perfil semelhante, sendo o mais recente o já citado Código de Processo Civil de 2015, que trouxe, pela primeira vez, como modalidade de intervenção de terceiros, o *amicus curiae*.

Como o objetivo do presente trabalho não é analisar instituto nos vários ramos do direito pátrio, mas tão somente investigar sua atuação nas ações do controle concentrado de constitucionalidade e, mais especificamente, nas ADPFs, passamos diretamente a considerações atinentes a esse domínio.

Segundo já expusemos no capítulo anterior, o modelo de controle constitucionalidade conformado pelo ordenamento jurídico brasileiro é, majoritariamente, judicial, cabendo ao Supremo Tribunal Federal, nos termos do Art. 102, *caput*, da Carta da República, a guarda da Constituição Federal.

A ideia do modelo hermenêutico clássico, conforme também já restou dito, ao tratar o controle de constitucionalidade das normas como mero contraste entre a norma inferior e superior, perdeu força. É verdade, no entanto, que, ainda sob influência desse modelo, em certos casos, o STF continua a se pronunciar no sentido de não ser possível analisar determinada questão em sede de controle concentrado de constitucionalidade, sob o argumento de que o exame demandaria dilação probatória e análise fática (MENDES, G. F., 2011, p. 200). A postura se nos afigura como equivocada, pois, em certos casos, é necessário que a Corte proceda à análise fática e a prognoses legislativas como forma de dar solução a relevante questão constitucional trazida à sua apreciação.

Nesse panorama de verdadeira mudança paradigmática, o instituto americano do *amicus curiae* parece-nos apto a contribuir para o aprofundamento da nova visão do controle de constitucionalidade – e, avance-se desde já, muitos dos problemas concretos que serão evidenciados na análise a que se procederá no próximo capítulo, decorrem, é o que aparenta, da persistência de hábitos vinculados ao antigo modelo. Conforme Gilmar Ferreira Mendes (2011, p. 202), utilizando-se dessa figura, é possível “[...] converter o processo aparentemente subjetivo de controle de constitucionalidade em um processo verdadeiramente objetivo (no sentido de um processo que interessa a todos) [...]”, na medida em que a formação da decisão pela Suprema Corte se abre à participação das mais diversas entidades e pessoas.

A competência para que o STF aprecie questões fáticas e realize prognoses legislativas está insculpida na própria Constituição da República, ao atribuir àquele órgão competência para a “[...] aferição de leis ou atos normativos em face do parâmetro constitucional.” (MENDES, G. F., 2011, p. 202). No sentir de Gilmar Ferreira Mendes, é a desconsideração da realidade fática que gera o perigoso risco de que a aferição da constitucionalidade se distancie da realidade, ensejando decisões meramente intuitivas, o que não é desejável quando se considera o impacto da decisão tomada em sede de controle concentrado de constitucionalidade. A participação de diferentes grupos da sociedade civil cumpre, assim, a função integrativa almejada (MENDES, G. F., 2011, p. 203).

Por meio do *amicus curiae*, ao menos idealmente, a discussão constitucional é aberta para grupos da sociedade civil – de acordo com os requisitos que, na interação entre lei, doutrina e jurisprudência, foram se assentando.

A doutrina aponta como fonte normativa do *amicus curiae*, no âmbito das ações do controle de constitucionalidade, o Art. 7º, parágrafo 2º, da Lei n. 9.868/99, que regulamenta o julgamento da ADI e da ADC, dispositivo analogicamente aplicado aos procedimentos envolvendo a ADPF:

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

§ 1º (VETADO)

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

A introdução do *amicus curiae* no constitucionalismo brasileiro foi celebrada pela doutrina, que passou a entendê-lo como instrumento democrático de aprimoramento das ações do controle concentrado de constitucionalidade, uma vez que permite o acesso de entidades da sociedade civil às ações do controle concentrado de constitucionalidade. Ou seja, haveria assim acréscimo na legitimidade quando da verificação da compatibilidade entre as normas e a Constituição, função essa exercida pelo Poder Judiciário que sofre de questionamentos relativos à sua legitimidade distintos daqueles que atingem os Poderes eleitos. O conceito de *amicus curiae* é assim formulado por Damares Medina (2010, p. 17):

Terceiro que intervém no processo, do qual não é parte, para oferecer à Corte sua perspectiva acerca da questão constitucional controversada, informações técnicas acerca de questões complexas cujo domínio ultrapasse o campo legal ou, ainda, defender os interesses dos grupos por ele representados, no caso de serem, direta ou indiretamente, afetados pela decisão a ser tomada.

Embora a Lei 9.868/99 seja sucinta ao tratar do *amicus curiae*, aparentando conferir caráter meramente informativo ao instituto, doutrina e jurisprudência são uníssonas ao interpretar sua introdução como mecanismo de participação social nas ações do controle concentrado de constitucionalidade. Nesse sentido, Gilmar Ferreira Mendes (2005, p. 5):

O instituto em questão (*amicus curiae*), de longa tradição no direito americano, visa um objetivo dos mais relevantes: viabilizar a participação no processo de interessados afetados pelas decisões tomadas no âmbito do controle de constitucionalidade. Como há facilmente de se perceber, trata-

se de medida concretizadora do princípio do pluralismo democrático que rege a ordem constitucional brasileira.

Conforme Elival da Silva Ramos (2010, p. 466):

Os instrumentos de participação nos processos de controle e a motivação e publicidade das decisões neles produzidas constituem antídotos poderosos ao isolamento esquizofrênico, sob o prisma democrático-funcional, das Cortes Constitucionais.

A compreensão do *amicus curiae* na sistemática do controle de constitucionalidade está intimamente relacionada à recepção, em terras brasileiras, da já citada obra de Peter Häberle – em tradução devida a Gilmar Ferreira Mendes (2009) que participou do processo de elaboração do anteprojeto que redundou na Lei n. 9.868/99 – e da ideia de uma “Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição” nela veiculada. A sùmula do pensamento do autor está na ideia de que a interpretação da Constituição cabe a todos aqueles que vivem a sua realidade.

Diante da necessidade de abertura da interpretação constitucional, seria incompatível com a concepção de pluralismo político e de democracia participativa (RAMOS, 2010, p. 462) um absoluto monopólio do STF – acessado por um restritíssimo rol de legitimados, sem qualquer canal de abertura – na tarefa de controlar a constitucionalidade das normas. Ainda conforme Ramos (2010), o meio encontrado para conciliar o modelo do controle de constitucionalidade posto e os novos anseios de ampliação do debate em matéria constitucional é justamente a figura do *amicus curiae*.

Gilmar Ferreira Mendes (2011, p. 203-204) expõe que a introdução do *amicus curiae* nas ações do controle de constitucionalidade possibilita a intervenção de possíveis interessados na questão, permitindo ao STF acesso a subsídios técnicos, informações quanto às implicações político-jurídicas de determinada decisão e outros elementos atinentes à repercussão econômica. Além de contribuir para a prestação jurisdicional da Corte, devido à ampliação dos elementos informacionais colhidos, o instituto garante legitimação ao controle de constitucionalidade das normas exercido pelo STF.

Inicialmente, a introdução dos *amici curiae* nos processos de controle concentrado de constitucionalidade ocorriam exclusivamente pela apresentação de memoriais (MENDES, G. F., 2011, p. 208). Ocorre que, a partir do julgamento das

ADIs 2675/PE e 2777/SP, passou-se a admitir a sustentação oral dos *amici curiae*. Tal decisão se deu pela concomitância de julgamentos em sede de controle concentrado (via ação direta) e controle difuso (via recurso extraordinário). Dessa maneira, o Plenário do STF entendeu possível que as partes envolvidas nos recursos extraordinários se manifestassem no julgamento das ADIs na condição de *amici curiae*. A partir desta questão de ordem, o STF passou a admitir, quando do julgamento de ADIs, ADCs e ADPFs, que os *amici curiae* realizem sustentações orais.

2.4 Direito Americano

2.4.1 Apontamentos Históricos e Dogmáticos

A experiência *amicus curiae* no direito americano é referência para os sistemas jurídicos que adotam o instituto. Para os fins deste trabalho, após expor o regramento do *amicus curiae* no direito americano, apontando os principais assentos normativos e as alterações legislativas relevantes, indicaremos alguns dos principais estudos empíricos referentes ao *amicus curiae* na experiência americana, que, em grande medida, serviram de inspiração a esta dissertação.

Conforme Bueno (2006, p. 93), a doutrina americana noticia como primeira intervenção de *amicus curiae* aquela ocorrida em 1812, em que o *Attorney General* dos Estados Unidos da América (EUA) foi admitido em processo para manifestação, em juízo, a respeito de questão referente à marinha americana.

O ponto central debatido na literatura americana diz respeito à intervenção crescente de entes particulares como *amicus curiae* – figuras distintas dos entes públicos, que atualmente se manifestam em grande parte dos casos de grande relevância e com potencial impacto na sociedade.

Conforme Mônica Clarissa Hennig Leal (2010, p. 293), a real difusão do *amicus curiae* se iniciou no começo do século XX, momento em que o instituto se desenvolveu e chamou atenção em razão da relevância que foi adquirindo no âmbito jurídico. Passou-se a admitir que figuras sem laços com as partes elaborassem e apresentassem pareceres jurídicos sobre a questão em debate, trazendo a lume cases não examinados ou invocados pelas partes, além de outras questões pertinentes à resolução da questão. Ainda segundo a autora, quando do

florescimento do instituto na tradição americana, sua característica distintiva era a neutralidade. Ou seja, quando um sujeito alheio ao processo se manifestava nessa condição, não se tratava de mecanismo defensivo ou de qualquer tomada de partido em favor dos envolvidos na questão.

A doutrina aponta como primeira aparição de um *amicus curiae* privado o parecer apresentado pelo advogado Louis D. Brandeis perante a Suprema Corte em 1908 (LEAL, 2010, p. 294). Tratava-se de processo debatendo a inconstitucionalidade de uma lei do Estado de Oregon versando sobre o máximo de horas trabalhadas pela mulher. O *brief* – como é chamada a manifestação do *amicus curiae* nos EUA, podendo ser traduzida como “memorial”, “parecer” ou “sumário” – possibilitou aos juízes daquela Corte uma visão abrangente da situação e de suas implicações sociais.

Esse *case* favoreceu a difusão do *amicus* em solo americano, onde vem sendo amplamente utilizado desde então. Observa-se que suas manifestações não se restringem a matéria jurídicas, alcançando os campos das ciências exatas, da medicina, da antropologia, bem como envolvendo outras questões relevantes para a resolução do litígio (LEAL, 2010, p. 295). Desde então, passaram a manejar o instrumento tanto organizações da sociedade civil como entes estatais.

Em trabalho publicado no ano de 2000, intitulado “*The Influence of Amicus Curiae Briefs on the Supreme Court*”, Joseph Kearney e Thomas Merrill (2000, p. 744) noticiam que, no início do século XX, quando o instituto passou a ser crescentemente utilizado, apenas 10% dos processos decididos pela Suprema Corte Americana tinham pedidos de manifestações por *amici curiae*. Este percentual foi drasticamente alterado já no final do século XX, quando, segundo os autores, em 85% dos casos decididos pela Corte, havia ao menos um sujeito na condição de *amicus curiae* (KEARNEY; MERRIL, 2000, p. 744): “*Thus, at the close of the twentieth century, cases without amicus briefs have become nearly as rare as cases with amicus briefs were at the beginning of the century.*”

Até o ano de 1938, não havia qualquer regramento formal disciplinando o *amicus curiae*, sendo, portanto, necessária a permissão expressa da Suprema Corte para que cada *amicus curiae* pudesse se manifestar no curso de um processo. A partir daquele ano, com a edição da Rule 27(9), para que uma figura estranha ao processo possa se manifestar na condição de *amicus curiae*, exige-se concordância de todos os litigantes, com exceção dos entes estatais, dispensada qualquer

autorização prévia da Corte (KRISLOV, 1963). Após isso, o *amicus* protocola seu *brief* e encerra sua atuação naquela demanda (COLLINS JUNIOR, 2004, p. 808). Havendo consentimento das partes, é permitido ao *amicus curiae* realizar sustentação oral perante a Corte, o que raramente ocorre.

Apesar de a regra geral exigir que ambas as partes consentam, na prática é possível que o interessado peticione diretamente à Suprema Corte, caso em que o Tribunal poderá autorizar a apresentação do *brief*. O posicionamento da Corte é o de permitir a manifestação dos pretensos *amici curiae* em quase todas as situações (KEARNEY; MERRIL, 2000, p. 762).

Noticia-se, ainda, que, em 1997, houve relevante modificação na legislação referente ao peticionamento do *amicus curiae* perante a Suprema Corte. Conforme Kearney e Merrill (2000, p. 767), a edição da “Rule 37.6” passou a exigir que a manifestação do *amicus curiae – brief* – apresente, em nota de rodapé da primeira página, informações relacionadas a todas as pessoas naturais ou entidades que contribuíram financeiramente para a edição do *brief*, além de expor quais os vínculos entre o *amicus* e as partes litigantes.

Diante da possibilidade de o *Attorney General* apresentar manifestações em litígios de interesse público, sem prévia autorização das partes ou da Corte, a doutrina americana criou classificação amplamente utilizada, fazendo distinção entre *amicus curiae* público e privado. Para aquele ordenamento jurídico, tal classificação é dotada de relevância, tendo em vista o regramento diferenciado que recai sobre cada um deles. As distinções não estão apenas no momento de ingresso, mas também nos poderes conferidos a cada um deles.

Conforme Bueno (2006, p. 97), aos *amici curiae* governamentais, no ordenamento jurídico americano, são conferidos poderes próprios às partes litigantes, fato que não possibilita a atuação de um rol mais amplo de faculdades processuais. Já os poderes dos *amici* privados são restritos, observadas as limitações e distinções impostas, naquele ordenamento jurídico, entre partes e terceiros intervenientes.

Cumprе salientar que, em um período recente, os *amici* privados passaram a exercer papel distinto daquele inicialmente apresentado. Dentro da referida modalidade de *amici* (privados), passou-se a distinguir os chamados *neutral amici* e os *litigant amici* (ou *partisan amici*). Nos trabalhos acadêmicos mais recentes, é esse o grande debate. A função desempenhada pelos *litigant amici* caminham mais no

sentido de defesa de seus interesses particulares do que propriamente no fornecimento de subsídios e informações à Corte em busca da mais acertada solução do litígio (BUENO, 2006, p.97-98).

No mesmo sentido aponta Bázan (2003, p. 682), que considera o perfil processual do *amicus curiae* no direito americano antagônico àquele inicialmente preconizado. Ocorreu, em verdade, mutação de suas funções quando da transposição do direito inglês para o americano. É o que se verifica na seguinte passagem do autor chileno:

Si bien en un principio la participación del “amigo del tribunal” estaba enderezada principalmente a ayudarlo neutralmente y proporcionarle información en torno de cuestiones esencialmente jurídicas respecto de las que aquél pudiere albergar dudas o estar equivocado en el criterio asumido hasta entonces sobre el particular, acercándole fallos jurisprudenciales o antecedentes doctrinarios útiles para dirimir casos con cierto grado de complejidad, actualmente ha abandonado su carácter otrora imparcial, para convertirse en una suerte de interviniente interesado y comprometido, que argumenta jurídicamente para obtener un pronunciamiento favorable a la posición que auspicia. (BÁZAN, 2003, p. 682).

Apesar dessa transformação, em que o *amicus curiae* passou a defender abertamente uma das teses postas em litígio, o instituto ainda é considerado relevante nos processos cujo resultado possa trazer implicações para a coletividade. Na posição adotada por Roberto Gargarella (1996, p. 105), trata-se de instituto que possibilita a inclusão, nos debates constitucionais, de atores sociais que antes não tinham essa prerrogativa. Essa inclusão auxilia os *justices* (no caso brasileiro, os Ministros do STF) na tomada de decisões contramajoritárias, na medida em que traz ao debate figuras da sociedade civil ligadas às questões postas em debate.

A doutrina clássica enxerga como principal relevância do instituto a de permitir que conhecimento especializado e informações omitidas pelas partes em litígio cheguem à Corte (BROSS; CORBALLY; FLANGO, 2006, p. 180), apontando os autores três das principais funções exercidas pelo *amicus curiae* nos processos julgados pela Suprema Corte: a) ampliar ou suplementar os argumentos legais e factuais apresentados pelas partes e, em certos casos, apresentar alternativas não expostas anteriormente; b) informar a Corte acerca das implicações da postura por ela adotada no julgamento de determinada demanda, elencando possíveis impactos sociais que podem ser gerados pela decisão; c) indicar à Corte, pela simples

presença de elevado número de *amici curiae*, a relevância daquele caso concreto posto sob julgamento.

Cabe, neste momento, tecermos breves apontamentos quanto ao modelo de controle de constitucionalidade adotado pelo sistema americano. Não existem, como ocorre em nosso ordenamento jurídico, ações cujo objeto seja a aferição em abstrato da constitucionalidade de uma norma. O controle de constitucionalidade, nos EUA, apresenta perfil concreto e difuso. Ou seja, é por meio de processo com litigantes típicos – diferentemente do controle concentrado e abstrato, em que os litigantes são atípicos, por não buscarem a tutela de direito subjetivo próprio –, que a constitucionalidade da norma é verificada, não sendo o pronunciamento sobre a constitucionalidade o objeto principal do processo.

Ocorre que, em virtude do sistema de precedentes, característica marcante daquele ordenamento jurídico, uma vez decidida determinada questão constitucional, incidentalmente posta à apreciação da Suprema Corte, os juízes e tribunais inferiores são vinculados à decisão por ela tomada – trata-se do conhecido instituto do *stare decisis*. Portanto, os *amici curiae*, na sistemática de controle de constitucionalidade americano, ingressam nessa condição diante de um caso concretamente posto, em que as partes litigam com a finalidade de tutelar direitos subjetivos próprios.

Por essa razão, afasta-se – para efeitos deste trabalho e da sistemática do controle concentrado de constitucionalidade brasileiro – uma das funções atribuídas aos *amici curiae* exposta por Donald Bross, Sarah Cobarly e Victor Flango (2006): indicar à Corte, pela simples presença de elevado número de *amici curiae* petionantes, a relevância daquele caso concreto posto sob julgamento. No sistema americano, essa função mostra-se plausível, pois o julgamento recai sobre um caso concreto e, nem sempre a Corte percebe, à primeira vista, a possível repercussão social de determinada demanda.

Tendo em vista o perfil concentrado e abstrato de nosso sistema¹⁴, não há que se falar em uma sinalização ao STF sobre a relevância do caso posto sob julgamento. O rol taxativo dos legitimados ao manejo das ações do controle concentrado de constitucionalidade já demonstra a relevância presumida da matéria.

¹⁴ Não ignoramos a existência concomitante do controle difuso e concreto no sistema de controle de constitucionalidade brasileiro. Para os efeitos deste trabalho, no entanto, concentramo-nos no controle abstrato e concentrado de constitucionalidade e, mais especificamente, na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental.

Além disso, trata-se, em última instância, da declaração de nulidade – ou não recepção, no caso de atos pré-constitucionais – de normas editadas pelo Poder Legislativo, órgão cujos membros são eleitos diretamente pelos cidadãos.

Portanto, o STF, ao julgar uma ADI, ADC ou ADPF, sempre o faz consciente de que aquela decisão afetará a coletividade, não sendo necessário que entidades da sociedade civil sinalizem essa condição. Essa função pode, no entanto, ser reconhecida no controle concreto exercido pelo STF, por meio do chamado “Recurso Extraordinário”. Quando do julgamento desse recurso, a presença de grande número de petionantes na condição de *amici curiae* sinaliza à Corte que a questão posta, embora sob a forma de caso concreto, poderá impactar a sociedade como um todo, principalmente com a crescente relevância que os precedentes vêm adquirindo no ordenamento pátrio. Nota-se, nesse ponto, que há estreita aproximação com o modelo americano de sindicância da constitucionalidade das normas.

Mas, como já dito, as outras duas funções apontadas por Donald Bross, Sarah Cobarlly e Victor Flango (2006) mostram-se relevantes para compreensão do papel desempenhado pelos *amici curiae* no controle concentrado de constitucionalidade brasileiro. Ou seja, parte-se do pressuposto de que os *amici curiae* desempenham duas funções básicas: a) apresentar argumentos, dados, estudos e opiniões jurídicas não trazidos pelos atores que atuam nas ações do controle concentrado de constitucionalidade; b) apontar eventuais consequências e implicações nos âmbitos jurídico, político, social e econômico da decisão tomada pela Corte.

Há, porém, autores céticos quanto à relevância das informações levadas pelo *amicus curiae* à Suprema Corte. Joseph Kearney e Thomas Merrill (2000, p. 786) expõem que, de fato, as decisões da Suprema Corte são influenciadas pelos *amici curiae* não pelo conteúdo de suas manifestações, mas, tão somente, pela ânsia dos juízes em decidir questões de ampla visibilidade social conforme os anseios da opinião pública. É a denominada “Teoria do Barômetro”, segundo a qual os juízes observam, ao decidirem, qual das partes recebe maior suporte de entidades da sociedade civil e, ainda, qual o peso e a relevância de tais entidades perante a opinião pública.

2.4.2 Observações Empíricas na doutrina americana

Conforme observado anteriormente, as pesquisas empíricas, principalmente aquelas desenvolvidas no âmbito da ciência política americana, são relevantes para o desenvolvimento deste trabalho. Serão expostos, a seguir, resultados de algumas investigações empíricas desenvolvidas por estudiosos americanos.

Joseph Kearney e Thomas Merrill (2000, p. 755-760), em trabalho publicado na *University of Pennsylvania Law Review*, apontaram que, entre 1946 e 1955, apenas 23,45% dos processos decididos perante a Suprema Corte americana contaram com peticionantes na condição de *amici curiae*. Dentro desse universo, em apenas 17,6%, a Corte fez referência a um *amicus curiae* quando na decisão. Portanto, no feixe temporal analisado, do total de decisões proferidas, somente em 4,1% dos casos houve referência a um *amicus curiae*.

Em contrapartida, no período compreendido entre 1986 e 1995, em 85,1% de todos os processos julgados pela Suprema Corte, houve a presença de peticionante na condição de *amicus curiae*. Dentre esses litígios, houve menção ao *brief* apresentado em 36,97% dos casos. Em outras palavras, no total de processos julgados pela Suprema Corte americana no período em questão, a decisão fez menção a algum *amicus curiae* em 31,4% dos casos.

Isto significa que houve incremento de 765% na atenção dispensada ao *amicus curiae*, comparando-se os dois períodos. Tais dados confirmam a tese, já consolidada na doutrina americana, de que houve um crescimento vertiginoso no manejo e na relevância do instituto do *amicus curiae* ao longo do século XX.

A indagação realizada pelos autores Kearney e Merrill (2000, p. 767), é a seguinte: comprovado que houve expressivo crescimento no peticionamento de *amicus curiae* perante a Suprema Corte no século XX, esses *briefs* de fato influenciam a Corte no momento da decisão? Conforme os autores reconheceram (KEARNEY; MERRILL, 2000, p. 811), o fato de a posição majoritária adotada pela Corte utilizar-se do argumento trazido por um *amicus curiae* não significa, automaticamente, que houve qualquer tipo de influência na tomada de decisão. Os autores fazem um alerta relevante: é possível que a citação ao argumento aventado no *brief* de um *amicus curiae* tenha ocorrido apenas no momento de redigir a decisão, após a decisão já estar tomada pela Corte.

Outro ponto relevante diz respeito à qualidade da informação apresentada pelo *amicus curiae* em seu *brief*. A indagação feita é: há introdução de informações ainda não suscitadas pelos litigantes ou apenas repetição daquilo já ventilado?

Cumpra apontar que a “*Supreme Court Rule 37*”, norma que regula o instituto no ordenamento americano, é enfática ao expor, em sua Seção 37.1:

Regra 37. Memorial de Amicus Curiae.

1. Um memorial de *amicus curiae* que leva à consideração da Corte matéria que ainda não fora levada à sua atenção pelas partes pode ser de importante valia para a Corte. Um memorial de *amicus curiae* que não serve a esse propósito sobrecarrega a Corte, e seu peticionamento não é recomendado.

Portanto, a própria norma regulamentadora do instituto favorece a conduta do *amicus curiae* que exponha matéria ainda não aventada pelas partes. Do contrário, apenas serviria para sobrecarregar os trabalhos da Corte.

Em estudo conduzido por James Spriggs e Paul Wahlbeck (1997, p. 371-372), publicado no *Political Research Quarterly*, demonstrou-se que os *briefs* podem ser classificados qualitativamente de acordo com os argumentos neles encerrados. São encontrados três tipos distintos: a) *briefs* que apresentam informações não presentes nas petições das partes; b) *briefs* que não apresentam novos argumentos, repetindo aqueles já trazidos pelas partes; c) *briefs* que tanto apresentam novos argumentos quanto reiteram outros já existentes. Concluiu-se, mediante levantamento empírico, que, dos *briefs* analisados, 67,2% introduziram informações até então não ventiladas no processo. Por outro lado, em 74,8% dos *briefs* apresentados houve reiteração de informações já presentes no processo.

A conclusão a que chegam os autores é a de que grande parte dos *amici curiae*, ao peticionarem nessa condição, além de apresentarem argumentos novos no processo, ainda reiteram o que já foi trazido pela parte à qual estão dando suporte (SPRIGGS; WAHLBECK, 1997, p. 373).

Por outro lado, há autores que sustentam o papel secundário exercido pelos *amici* nos litígios em que se apresentam. Martha Humphries Ginn e John Szmer (2013), no trabalho intitulado “*Examining the Effects of Information, Attorney Capability, and Amicus Participation on U.S. Supreme Court Decision Making*”, observam que, em princípio, os *justices* da Suprema Corte observam os argumentos apresentados pelos patronos dos litigantes. Apenas não sendo eles fonte segura de informações, buscam argumentos aventados pelos *amici curiae*.

Paul Collins Junior (2004, p. 804-820) expõe duas possíveis hipóteses sobre a influência dos *amici curiae* nas decisões da Suprema Corte Americana. A primeira

delas já foi aludida acima, a denominada “Teoria do Barômetro”. Collins Jr. se refere a ela como a “Hipótese dos Grupos Afetados”, justamente para se referir à influência exercida pela simples presença de determinados atores sociais auxiliando uma ou outra parte do litígio. Essa hipótese se baseia na opinião pública e nos esforços de manutenção da legitimidade da Corte que, segundo o autor, “[...] *with neither the purse nor the sword, the justices must rely on the goodwill of the citizenry to follow its decisions (and the executive to enforce them).*” (COLLINS JUNIOR, 2004, p. 808).

A outra hipótese é a que denomina “Hipótese Informacional”, segundo a qual o *amicus curiae* introduz no processo novas informações e dados sociais, científicos e legais até então não ventilados. A diferença entre as duas hipóteses está no conteúdo do *brief*, em seu mérito. O autor aceita como mais plausível a teoria que leva em consideração para explicar a relevância da participação dos *amici* as informações trazidas ao processo, pelo seguinte motivo:

It is well established that, no matter how sophisticated the justices on the Supreme Court may be, they operate in an environment of complete information. Often, this means the justices must seek out information in order to direct them to policies that will maximize their policy preferences and create what they believe to be efficacious law. (COLLINS JUNIOR, 2004, p. 812).

Estas são, portanto, as duas principais linhas de explicação para a eventual influência exercida sobre a Corte pelos *briefs* dos *amici curiae*.

CAPÍTULO 3 AMICUS CURIAE E SUA INTERVENÇÃO NO JULGAMENTO DE MÉRITO DAS ARGUIÇÕES DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL

3.1 Apontamentos Metodológicos

O presente capítulo tem como objetivo analisar a intervenção dos *amici curiae* nas arguições de descumprimento de preceito fundamental julgadas no mérito pelo Supremo Tribunal Federal. Sua construção se dará a partir de metodologia distinta daquela utilizada nos capítulos anteriores: trata-se de levantamento de dados empíricos e análise indutiva dos resultados.

Pode-se dizer que é o núcleo da presente dissertação. O exposto até aqui se apresenta como substrato teórico para a correta análise dos dados a serem apresentados.

O objetivo específico deste capítulo é responder às seguintes indagações: (a) as informações apresentadas pelos *amici curiae*, quando de suas manifestações, mostram-se inovadoras no âmbito do processo ou apenas reforçam o quanto já exposto por uma das partes?; (b) as informações prestadas pelos *amici curiae* são utilizadas na fundamentação dos votos dos Ministros do STF no momento de decidirem?; (c) o fato de os *amici curiae* sustentarem um dos resultados possíveis da arguição – a declaração ou não de nulidade do ato impugnado ou sua não recepção – afeta, por si só, os julgamentos de mérito?

Os questionamentos secundários a serem respondidos são: (a) qual o perfil das entidades que ingressam na condição de *amicus curiae* nas arguições de descumprimento de preceito fundamental?; (b) qual o momento processual da intervenção?; (c) qual a forma de manifestação dos *amici curiae* no processo (escrita ou oral)?; (d) quais os critérios utilizados pelo relator para admitir ou não um peticionante nesta condição?; (e) quais das modalidades de ADPF são, de fato, manejadas perante o STF (autônoma ou por derivação)?

Para respondermos a esses questionamentos, a análise recairá sobre os seguintes elementos informativos: (a) a petição inicial da ADPF; (b) o parecer do Procurador-Geral da República (quando este figurar como fiscal da ordem jurídica); (c) o parecer do Advogado-Geral da União (quando este não figurar como autor da ação); (d) as petições de ingresso dos *amici curiae*; (e) os despachos admitindo ou

não o ingresso dos *amici curiae*; (f) os *briefs* dos *amici curiae* ingressantes e; (g) o acórdão de cada uma das ações.

Até o fechamento deste trabalho, o STF julgou no mérito um total de 12 ADPFs:

Quadro 1: Relação de ADPFs julgadas no mérito e *amici curiae* admitidos

ADPF	PETIÇÕES DE INGRESSO (AMICI)	AMICI ADMITIDOS	DECISÃO DE MÉRITO	MINISTRO RELATOR
	1	1	PROCEDENTE	GILMAR MENDES
ADPF 46	4	2	IMPROCEDENTE	EROS GRAU
ADPF 47	1	0	PROCEDENTE	EROS GRAU
ADPF 54	6	0	PROCEDENTE	MARCO AURÉLIO
ADPF 97	2	2	PROCEDENTE	ROSA WEBER
ADPF 101	16	14	PROCEDENTE	CÁRMEN LÚCIA
ADPF 130	3	3	PROCEDENTE	AYRES BRITO
ADPF 144	4	4	IMPROCEDENTE	CELSO DE MELLO
ADPF 153	5	4	IMPROCEDENTE	LUIS FUX
ADPF 156	0	0	PROCEDENTE	CARMEN LÚCIA
ADPF 186	14	12	IMPROCEDENTE	RICARDO LEWANDOSKI
ADPF 187	2	2	PROCEDENTE	CELSO DE MELLO

Fonte: elaborado por Guilherme Pinho Ribeiro

Cada ADPF supramencionada merecerá seção específica neste capítulo, em que se analisará cada um dos questionamentos anteriormente mencionados.

Parte-se da comparação entre a petição inicial protocolizada pelo legitimado constitucional e cada um dos *briefs* apresentado pelos *amici* aceitos no curso do processo. Este primeiro momento tem como objetivo identificar os elementos informativos inovadores trazidos pelos *amici* e aqueles que já foram anteriormente suscitados. A mesma comparação será realizada em relação aos pareceres apresentados pelo PGR e o AGU (quando presentes no processo).

Para tal análise, as informações apresentadas serão divididas seguindo a seguinte classificação: (a) jurídica; (b) econômica; (c) social; (d) política. Trata-se de elementos caracterizadores da chamada “repercussão geral”, uma condição específica de admissibilidade do “recurso extraordinário” no âmbito do STF. Estes

critérios estão expressamente expostos no Art. 102, parágrafo 3º da Constituição, em consonância com o Art. 543-A, parágrafo 1º da Lei n. 5.869/73 (BRASIL, 1973) e do Art. 1.035 da Lei n. 13.105/15 (BRASIL, 2015).

Após apreendidas essas informações – se determinado argumento é inovador no processo ou se se trata de reforço a outro argumento já exposto –, procedeu-se a análise minuciosa em cada um dos acórdãos de mérito, buscando aqueles argumentos inovadores trazidos pelos *amici* ou a menção expressa a qualquer um deles. O objetivo é responder à indagação quanto à utilização ou não destas informações apresentadas pelos *amici curiae* no âmbito do julgamento das ADPFs.

3.2 ADPF 33¹⁵

Note-se que essa ADPF tem especial relevo na série de arguições julgadas pelo STF, sendo o voto do relator considerado um marco na definição dos contornos da ADPF. Não é por outra razão que, em breve voto, o Min. Sepúlveda Pertence consigna que o relator deu “[...] mais um passo, no decifrar essa esfinge, que é a arguição de descumprimento de preceito fundamental, como regulada pela Lei n. 9.982.” (ADPF 33, f. 57 do acórdão).

3.2.1 Petição Inicial (22 de junho de 2002)

Impetrante: Governador do Estado do Pará.

Relator: Gilmar Ferreira Mendes.

Objeto: não recepção do Art. 34 do Regulamento de Pessoal do IDESP (Instituto de Desenvolvimento Econômico-Social do Pará), correspondente ao Decreto Estadual 4.307 de 12/05/1986, referindo-se à remuneração do pessoal dessa autarquia.

Parâmetros constitucionais: Art. 7º, inciso IV (vinculação do salário mínimo); Arts. 1º e 18 (princípio federativo)

¹⁵ Dada a forma de disponibilização das peças processuais pelo STF, a referenciação de citações lança grandes desafios: em alguns casos, a peça é disponibilizada com a numeração das folhas dos autos, mas em outros pontos conta-se apenas com a numeração da própria peça (começando em 1). Assim, optamos por indicar a citação com mera referência ao processo (e.g.: ADPF 33), seguida, via de regra, do número da folha dos autos (e.g.: ADPF 33, f. 187). Quando isso não é possível, pela razão exposta, a numeração é qualificada (e.g.: ADPF 33, f. 7 do acórdão).

Alega o impetrante a existência de duas inconstitucionalidades (*rectius*, duas incompatibilidades com a Constituição de 1988, tendo em vista que se trata de impugnação de ato normativo pré-constitucional): I – vinculação da remuneração dos servidores ao salário mínimo, em afronta ao disposto no Art. 7º, IV, da Constituição da 1988; II – desconformidade ao princípio federativo (Arts. 1º e 18), uma vez que cabe ao próprio Estado fixar a remuneração dos servidores atuantes tanto na administração direta quanto na indireta, observando-se que o salário mínimo é fixado no âmbito da União. Retirar-se-ia a autonomia do Governo do Estado e, por via oblíqua, passaria às mãos do Governo Federal a capacidade de fixação da remuneração de parcela dos servidores públicos. Haveria, ainda, violação ao Art. 60, parágrafo 4º, inciso I.

Houve pedido liminar, tendo em vista prejuízo causado à Fazenda estadual por decisões judiciais proferidas pela justiça estadual e do trabalho, de suspensão de todos os processos, bem como dos efeitos das decisões judiciais que versavam sobre o Art. 34 impugnado.

No que tange ao pedido principal, requereu o impetrante a desconstituição da coisa julgada formada nos processos que tiveram como causa de pedir o artigo de lei atacado, sob o fundamento de que “[...] o Art. 34 do Regulamento de Pessoal do extinto IDESP não foi recepcionado pela Constituição de 1988.” (ADPF 33, f. 27 da petição inicial).

3.2.2 Concessão da Liminar

O relator deferiu a liminar monocraticamente e, em 07 de dezembro de 2005, o deferimento foi ratificado *ad referendum* pelo plenário.

Em seu voto guia, o Relator expressa os resultados práticos da concessão da medida cautelar: I – possibilidade de decretar a suspensão direta do ato impugnado e; II – determinação para que os juízes e tribunais suspendam o andamento das ações judiciais.

No mérito da cautelar, o voto fundamentou-se no comprometimento das finanças no Estado e a necessidade de cumprimento da Lei de Responsabilidade Fiscal. A concessão liminar foi referendada pela unanimidade dos votos.

3.2.3 Parecer Ministerial

O Ministério Público, ao se manifestar sobre a controvérsia constitucional instaurada, pugnou pela procedência da ADPF e consequente não-recepção do Art. 34, do Decreto Estadual n. 4.307/86. Não houve apresentação de argumentos quanto ao mérito da questão, cingindo-se a exposição do *parquet* à admissibilidade de manejo da arguição.

3.2.4 Requerimento e Ingresso na Condição de *Amicus Curiae*

Em 11 de junho de 2004 houve inclusão da ADPF 33 à pauta de julgamento plenário. Ocorre que, em 16 de junho de 2004, Afonso Silva Mendes e outros 77 interessados no deslinde da demanda – pessoas naturais – peticionaram para que fossem admitidos na figura de *amici curiae*.

O relator da arguição, Ministro Gilmar Mendes, indeferiu o ingresso dos peticionantes na condição de *amici curiae* com fundamento no avançado estágio processual, conforme decisão proferida em 29 de junho de 2004.

Ocorre que, em decisão monocrática proferida em 24 de agosto de 2004, entendeu o relator pela pertinência do ingresso daqueles peticionantes como *amici curiae*, reconsiderando sua decisão inicial. Em razão da juntada de memoriais pelos recém-admitidos *amici curiae*, abriu-se vista para nova manifestação da Procuradoria-Geral da República, que se limitou a ratificar o parecer oferecido anteriormente.

3.2.5 Memoriais dos *Amici Curiae*

Aqueles admitidos na condição de *amici curiae* eram diretamente interessados na improcedência da arguição, por manterem relação jurídico-processual junto ao IDESP com fundamento no Art. 34 do Regulamento de Pessoal da referida autarquia, isto é, o dispositivo normativo impugnado na petição inicial.

Como preliminar, os *amici curiae* invocaram o trâmite da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2.231/DF contra a Lei fundadora da ADPF, o que deveria resultar na suspensão da ADPF 33 até o julgamento daquela ADI. Sustentaram, ainda, em sede de preliminares, ausência de capacidade postulatória,

tendo em vista que a petição inicial foi subscrita diretamente pelo Governador do Estado do Pará, e não por um advogado habilitado.

Ademais, os *amici* argumentaram que a ação perdeu o objeto em virtude da extinção do IDESP, que houve inobservância do princípio da subsidiariedade e que não houve comprovação de controvérsia judicial relevante.

Enfim, pugnaram pela modulação dos efeitos da decisão na hipótese de admissão e procedência da arguição.

Verifica-se que os dois principais argumentos que embasaram a petição inicial não foram objeto de considerações pelos *amici curiae* (violação aos Arts. 1º, 7º e 18 da Constituição da República). O memorial apresentado limitou-se à análise de questões relativas à admissibilidade da ADPF e, ainda, aos efeitos a serem considerados em caso de eventual procedência.

3.2.6 Acórdão

A demanda foi julgada procedente nos moldes da argumentação inicialmente exposta pelo proponente da ADPF.

Verifica-se que há menção expressa aos *amici curiae* (ADPF 33, f. 7 do acórdão), refutando a tese de inexistência de demonstração de controvérsia judicial relevante, com fundamento na jurisprudência do próprio STF.

Embora não os mencione expressamente (ADPF 33, f. 8 do acórdão), há enfrentamento de argumento ventilado exclusivamente pelos *amici curiae* no que se refere à necessidade de suspensão da ADPF em razão de ADI n. 2.231/DF, pendente de julgamento, cujo objeto era a própria Lei n.º 9.882/99. Concluiu-se que, embora tal ação estivesse em curso, não haveria óbice, já que aquela tramitação não retirara o pleno vigor da Lei n. 9.882/99.

No que se refere à alegada ilegitimidade do Governador de Estado para subscrever a petição, há, mais uma vez, menção expressa ao memorial apresentado pelos *amici curiae* (ADPF 33, f. 9 do acórdão), mas a tese foi repelida pelo STF – embora se deva indicar que, vencido, o Ministro Marco Aurélio não conheceu, em seu voto, da arguição sob o fundamento, justamente, de ausência de capacidade postulatória (ADPF 33, f. 53 do acórdão).

A Corte também se manifestou expressamente contra os argumentos dos *amici curiae* no que se refere ao requisito da subsidiariedade para manejo da ADPF

(ADPF 33, f. 36 do acórdão), com fundamento em uma interpretação do sistema de controle de constitucionalidade, atentando para os efeitos desejáveis de suas decisões. Tal é o padrão argumentativo ainda utilizado pela Corte até o fechamento deste trabalho.

No mérito, a demanda foi julgada procedente nos moldes da argumentação inicialmente aduzida pelo proponente da ADPF.

Na conclusão do voto do relator, houve nova menção aos *amici curiae* no que se refere à modulação da decisão, sendo a tese prontamente afastada com fundamento na inexistência de afronta à segurança jurídica ou excepcional interesse social (ADPF 33, f. 41 do acórdão).

3.2.7 Observações

Observa-se que as informações prestadas pelos *amici curiae* tratavam de questões puramente formais, mais especificamente relacionadas ao cabimento da própria ADPF e com a validade da norma reguladora dessa ação constitucional. Todos os argumentos ventilados pelos *amici curiae* foram enfrentados no acórdão e, em sua totalidade, desacolhidos. Houve, no entanto, voto divergente do Ministro Marco Aurélio Mello em relação à inexistência de capacidade postulatória do Governador do Estado nas ações do controle concentrado de constitucionalidade. Tal entendimento restou, contudo, vencido.

Apesar disso, tal linha de argumentação foi realizada somente pelos *amici curiae*, o que leva à assertiva de que eles trouxeram novos argumentos ao processo e de que esses argumentos foram levados em consideração, ainda que rejeitados.

Fica o questionamento: seria juridicamente necessário o enfrentamento de todos os argumentos trazidos pelo *amicus curiae*? Na análise empírica dessa primeira ADPF, verificou-se que o acórdão buscou rebater todos os possíveis posicionamentos contrários. Mas não se trata de uma característica própria às ações de sindicância constitucional que tem, como um de seus traços característicos, a *causa petendi* aberta, podendo a Corte decidir fundamentando-se em causa de pedir distinta daquela aduzida pelo ingressante.

3.3 ADPF 46

3.3.1 Petição Inicial (22 de junho de 2002)

Impetrante: ABRAED – Associação Brasileira das Empresas de Distribuição

Relator: Marco Aurélio

Objeto: Lei 6.538/78 (norma pré-constitucional).

Parâmetros constitucionais: Art. 1º, inciso IV (livre iniciativa); Art. 5º, inciso XIII (liberdade do exercício de qualquer trabalho); Art. 170, *caput*, inciso IV e parágrafo único (livre iniciativa e livre concorrência).

A arguente é associação civil em âmbito nacional que representa os interesses das empresas de distribuição (entidade de classe em âmbito nacional). Sua legitimidade ativa veio justificada por meio da correlação entre seus objetivos institucionais e o objeto da arguição (pertinência temática).

A controvérsia diz respeito à possibilidade de empresas privadas exercerem a atividade de distribuição de encomendas, revistas, periódicos, contas de água, luz etc., sem a intenção de prestar serviços relacionados à correspondência pessoal (cartas), entendidas pela própria arguente como de cunho pessoal, íntimo e sigiloso.

Ocorre que a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT – empresa pública federal) buscou eliminar qualquer tipo de concorrência, mesmo das empresas que prestavam serviços de entrega não relacionados a correspondências pessoais, sob o argumento do monopólio da atividade.

A Constituição Federal de 1969 permitiu a criação de monopólios por meio de leis infraconstitucionais, o que culminou na edição da Lei n. 6.538/78 (BRASIL, 1978), versando justamente sobre a questão, que, ao ver da arguente, não foi recepcionada pela Constituição da 1988.

Em apoio à não recepção daquele diploma, a arguente aduziu os princípios da livre concorrência e da livre iniciativa nela insculpidos, destacando que o regime monopolista foi admitido pela atual Constituição apenas nas hipóteses elencadas, taxativamente, em seu Art. 177. Por prever exceções a referidos princípios, deve ser interpretado restritivamente.

Ademais, a arguente alegou a relevância da manutenção das atividades das empresas de distribuição e da consequente conservação de um milhão e duzentos

mil postos de trabalhos, além da geração de receita aos cofres públicos pela tributação decorrente de tais atividades.

Consta na petição inicial a existência de considerável número de ações judiciais, contra as empresas que exerciam a atividade de entregas, em que se discutia a legalidade de seus serviços, manifestando-se o Poder Judiciário, tanto na esfera civil quanto criminal, de forma errática. Houve, portanto, argumento da quebra de segurança jurídica, justamente pela incerteza que circundava a atividade postal e pela necessidade de procedimento apto a gerar efeitos *erga omnes*.

Teceu, complementarmente, considerações quanto às intenções da Constituição de 1988 em manter o serviço postal e o correio aéreo nacional (Art. 21, X), e não de o exercer em caráter monopolista.

Requeru a arguente a concessão de liminar para suspensão de todos os processos judiciais em curso, bem como das decisões já proferidas, no âmbito da matéria objeto da ADPF, mediante ofícios dirigidos a todos os Tribunais Regionais Federais. Pleiteou, ainda, liminar permissiva do funcionamento das empresas que exploram atividades de entrega até o trânsito em julgado da arguição.

No mérito, pugnou pela declaração de incompatibilidade da Lei n. 6.538/78 frente à Constituição de 1988, bem como pela declaração, pela Suprema Corte, de seu entendimento sobre a expressão “carta” que, segunda a própria arguente, constitui monopólio da ECT.

3.3.2 Manifestação da Arguida

Preliminarmente, alegou a ECT ilegitimidade ativa da ABRAED para o exercício da ADPF.

No mérito, elencou uma série de argumentos, que se resumem na sequência.

A ECT refutou a tentativa de restrição do conceito de “carta”, buscado pela arguente, alegando tratar-se de conceito amplo que abrange “[...] a coleta, o transporte ou a transmissão, e a entrega de correspondências.” (ADPF 46, 924).

Prosseguiu argumentando que, conforme disposto no Art. 21, X, da Constituição de 1988, o serviço postal apresenta caráter público e, ainda, constitucionalmente necessário, sendo tal atividade um dever do Estado em face da população.

Dando lastro a esse argumento, a petição inicial diferenciou serviço público e atividade econômica exercida pelo Estado. Quanto ao primeiro, expõe como características obrigatórias o interesse coletivo, a prestação diretamente pelo Estado e o procedimento revestido de direito público. Sob a argumentação de revestir-se o serviço postal de exemplo típico de serviço público, afirmou tratar-se de direito de todos a sua prestação de forma eficiente e satisfatória, constituindo garantia constitucional o segredo epistolar (Art. 5º, inciso XII, da Constituição de 1988).

Diante da necessidade da prestação desse serviço público, a União editou o Decreto-lei n. 509, de 20 de março de 1969, criando a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT). Além disso, a Constituição Federal, em seu Art. 21, inciso X, delegou exclusivamente à União a titularidade do serviço público postal, podendo essa atividade ser exercida diretamente pelo ente federativo ou por quem outorgado, no caso, a ECT, o que resultaria compatibilidade entre a Lei impugnada e a Constituição Federal.

Rebatendo outro argumento da inicial, a arguida defendeu que o fato de não se inserir dentre as atividades de monopólio da União, isto é, no rol previsto no Art. 177, não afastaria o regime de monopólio delineado pela Constituição para o serviço postal, pois aquele dispositivo trata de atividades de natureza privada que o Poder Constituinte atribuiu ao Poder Público por questões estratégicas, enquanto o serviço postal apresenta caráter público.

Além disso, contas de água, energia elétrica e documentos bancários, periódicos, revistas, etc., caracterizam-se como “carta” no sentido da Lei sindicada, pois endereçadas a pessoas físicas ou empresas, inserindo-se na abrangência do monopólio estatal. Para o exercício dessa atividade por particulares, seria necessário procedimento licitatório para a concessão ou permissão do serviço público.

Para além da argumentação jurídica, relativa à definição de carta e à abrangência do monopólio, a ECT expôs argumentos relativos à situação fática. Assim, manifestou, primeiramente, prejuízo tanto financeiro quanto moral suportado pela ECT quando os serviços postais são prestados por particulares, tendo em vista a precária qualidade dos serviços oferecidos pela iniciativa privada.

Ademais, na mesma linha, a ECT expôs ser o monopólio postal prática em países como a Bélgica, Dinamarca, França, Alemanha, Grécia, Irlanda, Áustria e outros.

Apresentou, enfim, no que tange à situação fática, os seguintes dados: I – a CET é o 13^a maior Correio do mundo; II – responde por 90% do fluxo postal da América Latina; III – possui 98.015 empregados concursados; IV – está presente em 5.561 municípios; V – é a instituição pública de maior credibilidade perante a população; VI – a entrega de carta (contas de água, luz, telefone etc) corresponde a 47% de sua receita operacional. Além disso, ventilou o fato de ser obrigada a atuar em todo o território nacional, utilizando a tarifa cobrada dos usuários para a cobertura dos custos operacionais e para a expansão e a melhoria dos serviços.

Tudo isso posto, invocou a relevância social, política e econômica dos serviços prestados pelo fato de atender a localidades longínquas em que a iniciativa privada não tem interesse.

Forte nesses argumentos, pugnou pela declaração de recepção da Lei 6.538/78 e, portanto, pela manutenção do monopólio postal da ECT.

3.3.3 Manifestação Advocacia-Geral da União

A AGU apontou contradição nos argumentos ventilados pela arguente, na medida em que alegou não haver monopólio da ECT, em um primeiro momento e, posteriormente, aduziu havê-lo somente em relação ao objeto denominado “carta” (comunicação escrita).

Em relação ao Art. 21, inciso X, da Constituição, expôs a AGU que serviços postais e correio aéreo nacional são serviços cuja titularidade pertence à União, citando precedentes do STF em que se reconhece a natureza pública dos serviços prestados pela ECT, em que se afirma a impenhorabilidade de seu patrimônio e se reconhece a existência de imunidade tributária recíproca.

Quanto ao pedido de limitação e definição do conceito de “carta”, a que estaria adstrito o monopólio da ECT, expôs a AGU não ter cabimento em tal pedido, não só porque caberia à lei, e não à atividade jurisdicional, a definição, mas também porque, concretamente, a própria Lei sindicada definiu o conceito.

Do ponto de vista da adequação formal, a AGU se manifestou pela limitação da incidência da ADPF à impugnação da Lei n. 6.538/78, e não a atos concretos do Poder Público, tendo em vista o caráter incidental da arguição.

Enfim, relativamente aos pedidos da arguente, a AGU alegou a inexistência dos elementos essenciais à concessão do pedido liminar e pugnou, alinhada com a

ECT, que Lei n. 6.538/78 foi recepcionada pela ordem constitucional inaugurada pela Constituição de 1988.

3.3.4 Parecer da Procuradoria-Geral da República

Em seu parecer, a PGR manifestou-se, primeiramente, pela possibilidade de suspensão, mediante decisão liminar, das demandas subjetivas envolvendo as empresas de distribuição, por tratar-se de ADPF incidental.

A seguir, teceu observações quanto ao parâmetro a ser utilizado na sindicância constitucional, pugnando pelo afastamento da “livre concorrência” do rol dos preceitos fundamentais, “[...] razão pela qual não cabe a análise, em sede de descumprimento de preceito fundamental, da incompatibilidade entre a lei 6.538/78 e o aludido princípio.” (APF 46, 1031).

Na visão da PGR, o centro da controvérsia estaria no conceito de “atividade” econômica, que apresenta um sentido estrito (área de titularidade do setor privado) e um sentido amplo (incluindo o serviço público).

Em seu parecer, entende o Ministério Público que o Art. 173, parágrafo 1º, envolve atividades econômicas em sentido estrito, de modo que, quando o Poder Público exerce as atividades elencadas pelo dispositivo, atua em igualdade de condições com o particular. Portanto, exerce a ECT serviço público submetido a privilégios inerentes a esta atividade, afastando-se do conceito de atividade econômica em sentido estrito e, por consequência, do que dispõe o Art. 177 da Constituição da República, razão pela qual não se insere no rol das atividades descritas no dispositivo.

In verbis:

[...] ao contrário do afirmado pela arguente na exordial, o monopólio da atividade pela ECT, prevista na Lei n. 6.538/78 não é incompatível com o texto constitucional, na medida em que não sendo o serviço postal uma atividade econômica em sentido estrito, não haveria que estar incluído no rol do artigo 177, da Carta Constitucional, eis que tal dispositivo se refere, exclusivamente, a atividades que têm cunho econômico. (ADPF 46, 1034)

Em razão da argumentação exposta, defendeu a PGR a compatibilidade da Lei n. 6.538/78 com a Constituição de 1988, tendo a União o monopólio da atividade

postal justamente pela natureza de serviço público ostentada pela atividade em análise.

3.3.5 Requerimento e Ingresso na Condição de *Amicus Curiae*

3.3.5.1 Sindicato Nacional das Empresas de Encomendas Expressas (SNEEE):

O SNEEE requereu o ingresso na condição de *amicus curiae* em petição protocolizada em 31 de maio de 2005, fazendo juntar manifestações escritas (*brief*) sobre a controvérsia.

Em despacho datado de 08 de junho de 2005, o ministro relator Marco Aurélio deferiu o pedido de ingresso do SNEEE na condição de *amicus curiae*, tendo em vista a pertinência temática e a representação do sindicato. No entanto, determinou o desentranhamento e devolução dos documentos que acompanharam o peticionamento, dentre eles o *brief*, tendo em vista data de julgamento previamente pautada para o dia 15 de junho.

3.3.5.2 Federação Nacional dos Trabalhadores nas Empresas de Correios e Telégrafos e Similares (FENTECT)

Peticionou seu ingresso na condição de *amicus curiae*, fazendo juntar *brief* sobre a questão.

Em despacho proferido em 09 de junho de 2005, o ministro relator indeferiu o ingresso de referida Federação na condição de *amicus curiae*, fundamentando-se na ausência de pertinência temática para a intervenção pretendida, determinando a devolução das peças juntadas aos autos.

3.3.5.3 Sindicato dos Trabalhadores em Empresas de Correios e Telégrafos e Similares do Estado de Minas Gerais (SINTECT/MG)

A petição de ingresso é de 13 de junho de 2005, protocolizada juntamente com *brief* sobre a controvérsia.

Despacho proferido em 13 de junho de 2005 negou a intervenção, com fundamento nos mesmos termos de indeferimento do ingresso da FENTECT:

ausência de questão envolvendo, diretamente, a categoria profissional representada pelo requerente. Nos mesmos moldes, determinou a devolução das peças ao peticionante.

3.3.5.4 Associação Brasileira de Empresas de Transporte Internacional (ABRAEC)

Em petição protocolizada em 14 de junho de 2005, a ABRAEC requereu figurar na condição de *amicus curiae*, sem juntar manifestações escritas (*brief*), para efeito de sustentação oral.

Houve deferimento do ingresso da peticionante, em 14 de junho de 2005, para atuar como *amicus curiae*, tendo em vista a pertinência temática e a representatividade da ABRAEC no que se refere à temática da ADPF.

3.3.6 Acórdão (05 de agosto de 2009)

3.3.6.1 Relator originário

O Min. Relator Marco Aurélio Mello, votou pela procedência da ação, para que fosse declarada a não recepção dos dispositivos inicialmente impugnados. Fundamentou seu voto na necessidade da abertura dessa atividade à concorrência entre as diversas empresas do setor privado, incentivando a constante busca do desenvolvimento tecnológico, a redução de custos operacionais e a melhoria na prestação dos serviços.

Observou que a Lei impugnada foi editada sob a égide da Constituição de 1967, que permitia expressamente a criação de monopólios via instrumentos infraconstitucionais, liberalidade repetida pela Emenda Constitucional n. 1 de 1969 (BRASIL, 1969).

Salientou que a previsão constitucional quanto ao monopólio estatal dos serviços de correios está presente desde a Constituição de 1891, sendo necessária a realização de uma interpretação moderna do dispositivo, em linha com a chamada “mutação constitucional”. Destaca que a atividade deve ser considerada de Terceiro Setor, caracterizando-se a intervenção estatal mormente como atividade de regulação.

Acatou, ainda, a tese da taxatividade das atividades sujeitas a monopólio, no texto constitucional, em que não se inclui a atividade de serviços postais, pois não inseridos nos Artigos 21, inciso XXIII, e 177, da Constituição da República.

Para o relator, quando o texto constitucional, referindo-se aos serviços postais, utiliza o termo “manter”, na verdade expõe conjunto de serviços que devam ser garantidos necessariamente pela União, abrangendo, inclusive, a possibilidade de prestá-los diretamente quando ausente interesse econômico suficiente para implementá-los em determinadas regiões do território nacional. Defendeu, portanto, uma posição subsidiária dos serviços postais prestados pela União, para a viabilização da continuidade, eficiência e universalidade dos serviços públicos.

Quanto ao argumento ventilado pela arguida de que o monopólio estatal se justifica pela universalidade do serviço público, no sentido de que o valor pago pelo “cidadão-cliente” visa ao financiamento do serviço de correios e telégrafos nas regiões em que não há interesse pela iniciativa privada, expôs o modelo adotado no setor de telecomunicações. Para esse segmento, retirou-se o monopólio estatal e, em contrapartida, criou-se o “Fundo de Universalização do Setor de Telecomunicações”, quando as empresas privadas que atuam no ramo destinam parte dos lucros para a garantia da universalização do serviço¹⁶.

Concluiu pela procedência da ação e conseqüente não recepção dos artigos da Lei n. 6.538/78 que disciplinam o regime da prestação do serviço postas como monopólio exclusivo da União.

3.3.6.2 Divergência

Houve divergências. Prevaleceu a corrente inaugurada pelo ministro Eros Grau, que restou relator para o acórdão, seguido pelos Ministros Ellen Gracie, Cármen Lúcia, Joaquim Barbosa, Cezar Peluso e Carlos Ayres Britto. Decidiu-se, assim, por seis votos a quatro, que a Lei n. 6.538 foi recepcionada pela Constituição de 1988 e que cartas pessoais e comerciais, cartões postais e malotes apenas podem ser transportados e entregues pela ECT. Já os Ministros Celso de Mello,

¹⁶ Noticia-se, inclusive, Projeto de Lei n. 1.491/99, de iniciativa do Presidente da República, Fernando Henrique Cardoso, tratando sobre o tema. Relata-se a retirada do Projeto, em 2003, pelo então Presidente Luiz Inácio Lula da Silva.

Gilmar Mendes e Ricardo Lewandowski votaram pela quebra do monopólio em encomendas e cartas comerciais.

O voto do Min. Eros Grau partiu da ideia de que o serviço postal é serviço público, isto é de que “[...] o serviço postal não consubstancia atividade econômica em sentido estrito, a ser explorada pela empresa privada,” de modo que “[...] a argumentação em torno da livre iniciativa e da livre concorrência acaba caindo no vazio, perde o sentido” (ADPF 46, f. 88 do acórdão).

Do ponto de vista da teleologia da Constituição, o Ministro Eros Grau entendeu que, diante dos conflitos agudos da sociedade brasileira, não basta que o Estado atue de forma subsidiária, sendo ademais “[...] a proposta de substituição do Estado pela sociedade civil, vale dizer, pelo mercado, ... incompatível com a Constituição do Brasil.” (ADPF 46, f. 92 do acórdão).

3.3.7 Observações

Observe-se que, em seu relatório, o Min. Marco Aurélio Mello resume os argumentos da arguente (ADPF 46, ff. 22-32), os da AGU (ADPF 46, ff. 38-39) e os da PGR (ADPF 46, ff. 39-40), sem se referir a argumentos ou mesmo a manifestações dos *amici curiae*. Tampouco o voto do Min. Eros Grau, que abriu a divergência, referiu-se aos *amici*.

É de se consignar, no entanto, a manifestação, durante a sessão plenária do dia 05 de agosto de 2009, do advogado do *amicus curiae* ABRAEC, sustentando a incompatibilidade especificamente do Art. 42 da Lei n. 6.538 com a Constituição Federal, que atribui à União o monopólio sobre coleta, transporte, transmissão e distribuição de “objetos de qualquer natureza sujeitos ao monopólio da União,” tipificando como crime a violação desse monopólio.

Esse ponto fora abordado nos votos dos ministros Celso de Mello, Gilmar Mendes e Ricardo Lewandowski, mas houve intensa discussão na sequência (ADPF 46, ff. 191 e seguintes do acórdão). Seria objeto do pedido a largueza de redação do Art. 42? A partir de proposta do presidente, Min. Gilmar Mendes, admitiu a Corte, então, “[...] interpretar o artigo 42 em consonância com a expressão do monopólio do artigo 9º da lei.” (ADPF 46, f. 198 do acórdão).

3.4 ADFP 47

3.4.1 Petição Inicial (14 de janeiro de 2004)

Impetrante: Governador do Estado do Pará.

Relator: Eros Grau.

Objeto: Art. 2º, do Decreto Governamental n. 4.726, de 17 de fevereiro de 1987 (norma pré-constitucional).

Parâmetros constitucionais: Art. 7º, inciso IV (vinculação do salário mínimo); Arts. 1º e 18 (princípio federativo)

Note-se, de partida, que esta ação guarda grandes semelhanças com a ADFP 33. Ambas foram ajuizadas pelo Governador do Estado do Pará, em razão de questionamentos semelhantes, afetando duas autarquias estaduais, pelo que são os mesmos parâmetros constitucionais que foram ventilados.

O arguente alega, como fundamento da ação, dispositivo constitucional expresso que veda a vinculação do salário mínimo para qualquer fim, além da afronta ao princípio federativo.

Os dispositivos normativos impugnados criaram estrutura remuneratória no âmbito do Departamento de Estradas de Rodagem (DER), autarquia estadual, diretamente vinculada ao salário mínimo. O Governador do Estado alegou, ademais, que os Tribunais (Tribunal de Justiça e Tribunal Regional do Trabalho da 8ª Região) aplicavam o dispositivo para equiparação isonômica de outros servidores públicos estaduais, lesando os cofres públicos do Ente Federativo.

Como preliminar, suscitou o arguente a possibilidade de análise da ADFP mesmo com a pendência da ADI 2.231-8, que discutia a inconstitucionalidade da Lei n. 8.882/99 (Lei da ADFP).

No mérito, em resumo, o arguente alegou violação direta ao Art. 7º, inciso IV, que veda expressamente qualquer vinculação ao salário mínimo nacional e afronta ao princípio federativo, bem como aos Arts. 1º e 18, que consagram o princípio federativo.

Houve pedido liminar, demonstrando o arguente a tramitação de diversas demandas perante o Tribunal de Justiça local e o Tribunal Regional da 8ª Região, propostas por número considerável de servidores públicos que entenderam ser

beneficiados pela norma impugnada. Referidos Tribunais tenderam a deferir os pleitos, afetando os cofres públicos do Estado, na medida que foram majoradas as folhas de pagamento dos demandantes. Requereu a suspensão dos processos e decisões judiciais que tinham por objeto os dispositivos impugnados. Por fim, pleiteou o arguente a desconstituição da coisa julgada para todas as demandas versando sobre a matéria.

3.4.2 Concessão da Liminar (07 de dezembro de 2005)

Em despacho proferido em 15 de janeiro de 2004, o relator entendeu pela necessidade de oitiva do Ministério Público Federal antes de se pronunciar sobre o pedido liminar. Foi juntado, em 13 de fevereiro de 2004, parecer da PGR pelo indeferimento da medida liminar pleiteada.

Em sessão plenária, decidiu o Pleno do STF pelo deferimento do pedido liminar, nos mesmos moldes da decisão proferida na ADPF 33, exclusivamente para suspender as demandas em curso versando sobre a matéria debatida na arguição. Afastou, porém, a possibilidade de se desconstituir a coisa julgada por meio de cognição não exauriente.

3.4.3 Requerimento e Ingresso na Condição de *Amicus Curiae*

Houve apenas um pedido de ingresso de *amicus curiae*, originado da Federação Nacional dos Engenheiros (FNE), protocolizada em 13 de novembro de 2007. Na mesma data, o ministro relator indeferiu o pedido fundamentado no encerramento da instrução processual, ausência de demonstração da potencial colaboração do peticionante no feito e retardamento na prestação jurisdicional. Determinou a devolução dos documentos que acompanharam a petição.

3.4.4 Acórdão (12 de dezembro de 2007)

A arguição foi julgada procedente nos mesmos moldes da decisão proferida na ADPF 33, sob relatoria do Min. Gilmar Mendes, sem maiores delongas na fundamentação.

3.4.5 Observações

Em razão do indeferimento do ingresso do *amicus curiae*, fica prejudicada a análise dessa ADPF sob o ponto de vista dos possíveis impactos do posicionamento do *amicus* sobre a decisão da Corte.

3.5 ADPF 54

3.5.1 Petição Inicial (22 de junho de 2002)

Impetrante: CNTS – Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde

Relator: Marco Aurélio Mello

Objeto: Conjunto normativo representado pelos Arts. 124, 126, caput e 128, I e II, do Código Penal (norma pré-constitucional).

Parâmetros constitucionais: Art. 1º, inciso III (dignidade da pessoa humana); Art. 5º, inciso II (princípio da legalidade, liberdade e autonomia da vontade); Art. 6º, caput, e; Art. 196 (direito à saúde).

A arguente é confederação sindical de âmbito nacional que representa os interesses individuais e coletivos da categoria profissional dos trabalhadores da saúde, justificando sua legitimidade ativa por meio da correlação entre a atividade exercida por seus representados – responsáveis por proceder à interrupção terapêutica na hipótese de anencefalia – e a interpretação conferida por juízes e tribunais na aplicação da norma impugnada, quando no exercício dessa atividade.

Alegou, como fundamento da ação, violação aos direitos fundamentais por juízes e tribunais na interpretação ao Código Penal, ao aplicar norma incriminadora conhecida como aborto às hipóteses de antecipação terapêutica do parto de fetos anencéfalos cuja vida extrauterina é absolutamente inviável. O centro da questão dizia com a inviabilidade desses fetos, o que se agravava pelo alto risco da gravidez, já que, diante do elevado índice de morte dos fetos ainda no período intrauterino, havia chances de que a genitora viesse a óbito, mais expressivas do que em uma gravidez normal.

Discutiu-se a uma possível interpretação, conforme à Constituição, das normas impugnadas, resultando no entendimento de existir direito subjetivo de a

mulher nessas condições proceder à antecipação terapêutica do parto, afastando-se a incidência da norma incriminadora à hipótese. A impugnação não recaiu, assim, especificamente, sobre norma penal incriminadora, propriamente dita, mas sobre a interpretação a ela conferida por juízes e tribunais quando aplicada à interrupção terapêutica do parto fetos anencéfalos.

Do ponto de vista constitucional, a questão dizia com a dignidade da pessoa humana, fundamento dos direitos de personalidade, sob dois enfoques: I – de natureza física, na medida em que a gestação de feto nessas condições impõe risco de vida à mulher; II – de caráter moral e psicológico, em razão da certeza da inviabilidade extrauterina do filho concebido, sendo equiparado à tortura psicológica. Alegou-se, ainda, a violação ao direito à saúde, definido como o “completo bem-estar físico, mental e social” (ADPF 54, 20).

Inusitadamente, a própria impetrante, quando da inicial, requereu o ingresso de uma entidade na condição de *amicus curiae*: a ANIS – Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero. Expõe que, em princípio, a ANIS, que prestou apoio técnico e institucional para a formulação da petição inicial, figuraria na condição de coautora da ação, mas que isso não seria possível em razão da ausência de legitimidade ativa para tanto à luz da jurisprudência do STF (ADPF 54, 4-5).

A arguente requereu a concessão de medida cautelar para suspensão de todos os processos judiciais envolvendo a questão no país, diante do elevado número de processos que tramitavam.

Por fim, o pedido final de mérito limitou-se à interpretação conforme à Constituição, para que as normas incriminadoras do aborto não figurassem como impeditivo jurídico à antecipação terapêutica do parto em casos de gravidez de feto anencéfalo, reconhecendo-se o direito subjetivo da gestante nessas condições a submeter-se a tal procedimento.

3.5.2 Indeferimento do ingresso da ANIS como *amicus curiae* e deferimento da cautelar

Em decisão de 25 de junho de 2004, o relator indeferiu o ingresso da ANIS como *amicus curiae* nos termos pleiteados na inicial, sob o argumento de que fica ao critério do relator, caso entenda oportuno, a admissão de pedido de ingresso, por analogia com o Art. 7º, § 2º, da Lei n. 9.868/99.

No dia 1º de julho de 2004, o relator, acolheu o pedido cautelar, tendo por sobrestados os processos e as decisões não transitadas em julgado e, mais que isso, também o reconhecimento do direito constitucional da gestante de submeter-se à operação terapêutica de parto de fetos anencéfalos, desde que haja laudo médico atestando a anomalia. Remeteu, na sequência, o processo ao plenário, que deliberou, em 02 de agosto de 2004 que a apreciação da matéria deveria ser julgada em definitivo no mérito, abrindo-se vista à PGR, cassando assim o reconhecimento liminar no direito, que teria caráter satisfativo, e não acautelatório.

3.5.3 Manifestações da Procuradoria-Geral da República

3.5.3.1 Primeira manifestação (18 de agosto de 2004)

Embora a PGR tenha se manifestado após já dois dos pedidos de ingresso de *amici curiae* terem sido formulados, por comodidade de exposição, agruparemos, em seção adiante (3.5.4) o conjunto de tais pedidos, cingindo-nos por ora à exposição da argumentação da PGR em sua manifestação.

Em primeiro lugar, argumento que ocupa a maior parte da peça, a PGR questiona o uso do instrumento de interpretação conforme à Constituição nesse caso, já que há norma específica a ser interpretada literalmente. Para a PGR, apenas seria de se proceder à interpretação conforme quando houvesse discrepância entre os sentidos literais do dispositivo normativo e a intenção do legislador ou a teleologia da lei, havendo tipificação fechada das hipóteses de exclusão de ilicitude do aborto.

Na sequência, a PGR se contrapõe ao mérito da inicial, ao afirmar a centralidade do direito à vida, que seria, em seus termos, “[...] marco primeiro, no espaço dos direitos fundamentais.” (ADPF 54, 215), havendo vida intrauterina que deve ser protegida. Em suma, vida haveria desde a concepção.

Enfim, um terceiro argumento é o de que a interrupção do parto dos fetos anencéfalos impediria que os órgãos do anencéfalo fossem doados a outros bebês, o que iria na contramão da construção de uma sociedade solidária.

Forte nesses argumentos, pugna a PGR pela improcedência da ADPF.

3.5.3.2 Segunda manifestação (06 de julho de 2009)

Instada a apresentar suas alegações finais, a PGR apresentou peça em que modificou a sua posição original, pugnano pela integral procedência da ação, por ser a anencefalia incompatível com a vida extrauterina e passível de diagnóstico seguro.

Consigne-se aqui que a PGR, em suas alegações finais, faz referência às sessões da audiência pública, referindo-se expressamente a esclarecimentos aí ocorridos. *In verbis*:

Nas audiências públicas realizadas nesta ação, foi devidamente esclarecido o fato de que a menina Marcela de Jesus, que teria supostamente sobrevivido por um ano e oito meses com anencefalia, não tinha na verdade esta patologia, ao contrário do que afirmaram os opositores da interrupção voluntária da gravidez, mas outra má-formação cerebral menos severa, ainda que também de caráter fatal. (ADPF 54, 1026)
Foi também esclarecido nas audiências públicas que gravidez do feto anencéfalo encerra um risco à saúde e à vida da gestante significativamente maior do que a gravidez normal, sem falar nos evidentes abalos psíquicos que ela tende a acarretar. (ADPF 54, 1026)

Fundamentando-se na ideia de que a dignidade da pessoa humana pressupõe uma esfera de autodeterminação, manifesta nos direitos à liberdade, à privacidade e à autonomia reprodutiva, a PGR indica que, mesmo não havendo direitos absolutos, como, no caso, não há qualquer possibilidade de vida, não há justificativa plausível para a restrição à autodeterminação da mulher.

3.5.4 Manifestação da Advocacia-Geral da União (03 de abril de 2009)

A AGU só veio a se manifestar em estado avançado da tramitação do processo, por determinação do STF.

A AGU partiu da ideia de que o deslinde da controvérsia teria de passar pelas condições oferecidas pelo sistema público de saúde, de modo a permitir que a gestante opte, de forma consciente, seja pela continuidade da gravidez, seja pela antecipação terapêutica do parto, concluindo que o sistema público oferece condições de diagnóstico para que a gestante possa exercitar essa opção, “[...] que encontra abrigo nos preceitos fundamentais da dignidade da pessoa humana, do

princípio da legalidade, liberdade e autonomia da vontade, bem como do direito à saúde.” (ADPF 54, 1015).

Isso posto, no sentir da AGU, o foco da discussão é a relação existente entre a saúde da gestante e a vida da gestante, sendo a anencefalia ela mesma incompatível com a vida.

Pugnou, assim, a AGU pelo acolhimento da inicial.

Note-se que a AGU fez referência à audiência pública, caracterizando as manifestações aí ocorridas como tendo corroborado o teor do pleito da autora (ADPF 54, 1016). Especificamente, refere-se aos “[...] lúcidos argumentos levados pelo Ministro da Saúde à audiência pública do Supremo Tribunal Federal.” (ADPF 54: 1019), a respeito da situação da controvérsia no cenário internacional.

3.5.5 Requerimento e Ingresso na Condição de *Amicus Curiae* e a audiência pública

Houve os seguintes requerimentos de ingresso na condição de *amicus curiae*: (1) da CNBB (Conferência Nacional dos Bispos do Brasil), sem argumentos sobre o feito, em princípio, mas com breve argumentação em pedido de reconsideração, datado de 06 de julho de 2004; (2) da associação Católicas pelo Direito de Decidir, em 28 de julho de 2004, tecendo alguns argumentos sobre o feito; (3) Associação Nacional Pró-Vida e Pró-Família, sem que tenha havido juntada do requerimento; (4) Associação do Desenvolvimento da Família, também sem juntada do requerimento.

A despeito do indeferimento, o relator, em decisão de 28 de setembro de 2004, decidiu ouvir, em audiência pública, as entidades que requereram admissão como *amici curiae*, mas também diversas outras cuja participação houve por bem determinar (ADPF 54, 241).

A partir desse momento, e às vésperas da realização das audiências, foram vários os requerimentos de oitiva, alguns deferidos. A PGR indicou nomes a serem ouvidos na audiência pública (ADPF 54, 270), que não foram acolhidos.

Precise-se que não fica claro se a oitiva dessas entidades em audiência pública mantém ou não o *status* de *amicus curiae* para cada uma delas.

A audiência pública – desdobradas em quatro dias – realizou-se em quatro sessões, nos dias 26 e 28 de agosto e 04 e 16 de setembro de 2008.

3.5.6 Acórdão (12 abril de 2012)

3.5.6.1 O voto do relator

Em seu relatório, o Min, Marco Aurélio faz um pormenorizado resumo das sessões de audiência pública, referindo-se aos diferentes argumentos levantados em cada um dos dias (ADPF 54, f. 20-29 do acórdão).

Para o relator, que vota pelo acolhimento da ADPF:

[...] a questão posta sob julgamento é única: saber se a tipificação penal da interrupção da gravidez de feto anencéfalo coaduna-se com a Constituição, notadamente com os preceitos que garantem o Estado laico, a dignidade da pessoa humana, o direito à vida e a proteção da autonomia, da liberdade, da privacidade e da saúde. (ADPF 54, f. 34 do acórdão)

As manifestações dos que falaram nas sessões da audiência pública informam o voto do relator em diversos pontos. São relevantes, assim, as referências àqueles que esclareceram a natureza da encefalia, “[...] inclusive com a apresentação de imagens que facilitaram a compreensão do tema[...].” (ADPF 54, f. 44 do acórdão). Com base nesses muitos esclarecimentos, conclui que o anencéfalo não tem aptidão para a vida.

Igualmente, sempre em seara técnica, as referências colhidas nas sessões a respeito das dificuldades inerentes à doação de órgãos (ADPF 54, ff. 53 e seguintes do acórdão), sobre o risco da gestação do anencéfalo (ADPF 54, ff. 60 e seguintes do acórdão).

Mas não apenas. O relator também levou em consideração os depoimentos de mulheres que “[...] expressaram, cada qual a sua maneira, a experiência vivida [...]” (ADPF 54, f. 63 do acórdão), relevantes para caracterizar o sofrimento da mulher gestante de um feto anencéfalo. O relator considerou a argumentação contrária da CNBB (ADPF 54, f. 66 do acórdão), concluindo não caber ao Estado, mas à mulher o sopesamento de sentimentos privados como a dor.

Tratou-se de voto claramente conectado com as manifestações em audiência pública, deixando o Ministro Marco Aurélio Mello a nota, ao fim de que votava “[...] ressaltando a valia maior da audiência pública realizada e do fato de ter colocado intencionalmente na prateleira o processo, já que não envolvia interesses objetivos, sendo um processo objetivo[...].” (ADPF 54, f. 86 do acórdão).

3.5.6.2 Demais votos

Em manifestação que pode dar a entender uma relativização do valor da audiência pública a Min. Rosa Weber entendeu que “[...] realizadas audiências públicas com o objetivo de dar voz aos diferentes setores da sociedade civil organizada, em especial à comunidade científica, delas emergem pontos altamente controversos e posições éticas e religiosas antagônicas [...]” (ADPF 54, f. 92 do acórdão). Note-se, no entanto, que a ministra chegou à Corte após a realização das audiências, tendo-as assistido em vídeo.

A ministra, ademais, entendeu que as demais áreas do conhecimento são úteis ao Direito para compreender os “[...] limites daquilo que pretende regular e para aplicação dos conceitos de forma coerente com seus próprios pressupostos[...]” (ADPF 54, f. 104 do acórdão). Mais que isso:

Os outros ramos do conhecimento informam ao Direito como se estabelecem e qual a gramática dos fenômenos que a ele estão submetidos em forma de ação, para que se mantenha coerente com seus princípios e objetivos. **É sob esta perspectiva que têm de ser interpretadas todas as colaborações presentes nas audiências públicas realizadas.** (ADPF 54, f. 104 do acórdão, grifo nosso).

Como o relator, o Min. Joaquim Barbosa destacou a importância das audiências públicas, especialmente do ponto de vista dos esclarecimentos técnicos que nelas foram prestados à Corte (ADPF 54, f. 147-152 do acórdão). Em geral, o Min. Joaquim Barbosa se refere, aliás, às audiências de forma mediada pelo voto do Min. Marco Aurélio Mello (ADPF 54, f. 159-160 do acórdão).

É também sob o viés técnico a alusão às audiências no voto do Min. Ricardo Lewandowski (ADPF 54, f. 247 do acórdão).

Muito interessante, no entanto, pelas considerações relativas à própria ocorrência das audiências públicas, são as observações expedidas pelo Min. Gilmar Mendes, logo no começo de seu voto. O Min. Gilmar Mendes relaciona a ocorrência das audiências públicas com a concepção, devida ao constitucionalista alemão Peter Häberle, de uma “[...] sociedade aberta dos intérpretes da Constituição.” Para o ministro:

As nossas leis sobre o tema, tanto a Lei n. 9.868 quanto a Lei n. 9.882, foram perfilhadas ou formuladas a partir dessa perspectiva da sociedade aberta dos intérpretes da Constituição, permitindo que se realizem audiências públicas com essa participação plural, que experts e peritos sejam designados, que os mais diversos interessados manifestem a sua visão da interpretação constitucional, no ambiente próprio deste Tribunal, do processo constitucional. (ADPF 54, f. 270).

Para Gilmar Mendes, a própria ideia de Estado laico expressa na Constituição da República abraça a participação até mesmo de organizações religiosas nos debates públicos, na medida em que eles se relacionem a razões públicas, e não apenas religiosas. Teceu considerações sobre o instituto do *amicus curiae* no direito estadunidense, concluindo pela relevância da “inovação institucional” no caso do controle de constitucionalidade, especialmente em ações que denomina delicadas (ADPF 54, f. 276 do acórdão).

Enfatizando a importância da realização das audiências públicas também se manifestaram os Ministros Celso de Mello (ADPF 54, f. 367 do acórdão), mas de forma lateralmente crítica – pelos resultados contraditórios – o Ministro Cezar Peluso (ADPF 54, ff. 380 e 398-99 do acórdão), que votou pela improcedência da ação.

3.5.7 Observações

Ponto sem dúvida controverso é o de saber se a realização de audiências públicas se equipara à participação de *amicus curiae*. Quem tocou no assunto, no julgamento da ADPF 54, foi o Min. Gilmar Mendes ao falar na importância de se escutar setores da sociedade “[...] não só por meio das audiências públicas, quanto por meio do instituto do *amicus curiae* [...]” (ADPF 54, f. 273 do acórdão). Embora breve, o comentário indica que se trata de dois mecanismos distintos para se atingir o mesmo fim de integração da sociedade aberta dos intérpretes da Constituição no bojo do processo objetivo.

A dúvida é legítima na medida em que, como ficou exposto no Capítulo 2 desta dissertação, apenas com o CPC/2015 (Lei n. 13.105) houve dispositivo legal que se valesse da expressão *amicus curiae*. No caso da ADPF, em que se aplica por analogia o Art. 7º, § 2º, da Lei n. 9.868/99, parece que os casos que parecem ser distinguidos pelo Min. Gilmar Mendes se confundem: “O relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, poderá, por despacho

irrecorrível, admitir, observado o prazo fixado no parágrafo anterior, a manifestação de outros órgãos e entidades.”

Isso posto, destaca-se três pontos relevantes para os propósitos desta dissertação.

O primeiro é o uso desigual que os ministros fazem das manifestações dos terceiros: se o relator as utiliza amplamente, defrontando-se com os seus argumentos, outros ministros as utilizam em menor medida ou sequer as mencionam.

O segundo é o uso desigual dos argumentos em função de sua natureza: argumentos técnicos parecem ser os mais prezados pelos ministros, em um caso que envolve questões médicas muito específicas, enquanto argumentos religiosos, por exemplo, são-no em menor medida, fundamentalmente para se afirmar que é importante que sejam ouvidos, mas sem que o conteúdo do que foi dito impacte diretamente na decisão.

Enfim, em terceiro lugar, em razão do quanto ficou dito, diante da marcada disparidade no uso que os votos fizeram das manifestações dos *amici* (ou quase *amici*, tendo em vista a questão preliminar evocada ao começo deste tópico), é de se questionar se permanece adequado o tratamento lacônico dispensado a essa modalidade de intervenção de terceiros pelos diplomas que regulam as ações constitucionais ou se, ao contrário, não seria oportuno delinear de forma mais segura os contornos do instituto, de forma a garantir um acesso menos errático da sociedade aberta dos intérpretes da Constituição à Corte Suprema, nos casos em que esse acesso se entenda relevante.

3.6 ADPF 97

3.6.1 Petição Inicial (1º de fevereiro de 2006)

Impetrante: ANAPE – Associação Nacional dos Procuradores dos Estados

Relator: Rosa Weber¹⁷

¹⁷ Originalmente distribuída para a Min. Ellen Gracie, tendo sucessivamente passado à relatoria do Min. Gilmar Mendes, voltado à relatoria da Min. Ellen Gracie e, desde 19 de dezembro de 2011, à relatoria da Min. Rosa Weber.

Objeto: Art. 65 da Lei Complementar Estadual n. 22/94, do Estado do Pará (direito estadual).

Parâmetros constitucionais: Arts. 37, XIII e 39, § 1º (impossibilidade de vinculação e equiparação de vencimentos)

A arguente principiou a argumentação tecendo considerações sobre sua legitimação ativa e pertinência temática. A uma, alegou ser uma entidade de classe de âmbito nacional, o que lhe confere legitimidade ativa; a duas, que, por defender os interesses dos procuradores do Estado do Pará, que são diretamente afetados pela equiparação dos vencimentos dos delegados de polícia aos dos procuradores, nos termos do dispositivo normativo impugnado, obedece ao requisito da pertinência temática para levar o assunto ao STF.

No mérito, a arguente afirmou que o Art. 65 da Lei Complementar Estadual n. 22/94, que promovia a referida equiparação de vencimentos, cujo cumprimento foi assegurado por meio de mandado de segurança impetrado pela Associação dos Delegados de Polícia do Estado do Pará (ADEPOL/PA), não foi recepcionado pela Emenda Constitucional n. 19/98, que vedou qualquer vinculação ou equiparação de remuneração para o pessoal do serviço público (Art. 37, XIII).

A referida equiparação feriria a diretriz constitucional (Art. 39, § 1º) segundo a qual os vencimentos devem ser fixados com base nas peculiaridades de cada cargo

A arguente formulou pedido de liminar para não apenas limitar os efeitos da decisão em sede de mandado de segurança e para obstar o trâmite de Reclamação em curso no Tribunal de Justiça do Estado do Pará por descumprimento da decisão do mandado de segurança, mas mesmo para já “[...] declarar a não-recepção do artigo 65, da LC estadual No. 22/94, pelo novo texto constitucional, oriundo da vigência da EC 19/98” (ADPF 97, 22). A concessão da liminar teria lastro no perigo de lesão grave ao erário estadual.

O pedido principal veiculado na ADPF foi o de declaração de não recepção do artigo 65 da LC estadual 22/94 do Pará, após a EC 19/98 e, conseqüentemente, da decisão judicial no MS impetrado pela ADEPOL na justiça paraense, extirpando do ordenamento jurídico o dispositivo normativo e desfazendo a coisa julgada para cassar a decisão do Judiciário paraense.

3.6.2 Manifestação dos Arguidos

Antes de decidir, a Ministra Ellen Gracie, então Presidente do STF, requisitou que prestassem informações as autoridades responsáveis pelo ato impugnado, devendo-se depois ouvir a PGR.

3.6.2.1 Assembleia Legislativa do Estado do Pará

Após uma breve retomada do processo legislativo que deu origem à LC referida, de que resulta a conclusão de que ela foi “[...] devidamente submetida ao processo legislativo constitucional antes de ingressar no ordenamento jurídico [...]” (ADPF 97, 354), o presidente em exercício da ALEPA, sem tecer qualquer consideração sobre a superveniência da EC 19/98, requereu o indeferimento da medida liminar e que ao final seja mantido o Art. 65 da LC 22/94.

3.6.2.2 Governo do Estado do Pará

O governador do Paraná, ao prestar seus esclarecimentos, considerou que o regime de equiparação se mantém mesmo após a edição da EC 19/98. Esclareceu que cumpriu as decisões da justiça paraense, sem formular ao fim qualquer requerimento, seja pela procedência, seja pela improcedência dos pedidos veiculados no processo.

3.6.3 Requerimento e Ingresso do *Amicus Curiae*

Como a PGR e a AGU se manifestaram de forma muito direta a partir do quanto argumentado pela ADEPOL, que figurou no feito como *amicus curiae*, convém expor primeiramente a participação dos *amici* para depois enfrentar as manifestações da PGR e da AGU.

3.6.3.1 Associação dos Delegados de Polícia do Estado do Pará (ADEPOL)

A ADEPOL requereu, em 09 de janeiro de 2007, seu ingresso na qualidade de *amicus curiae*, manifestando-se, desde logo, em extenso *brief* redigido com base

em parecer elaborado pelo jurista Gilberto Bercovici, então professor livre-docente de Direito Econômico na Universidade de São Paulo.

Argumentou, em síntese, o seguinte: I – o arguente, por não ter demonstrado sua representação em pelo menos 9 Estados da Federação, não deteria legitimidade ativa para propor a ADPF; II – não haveria pertinência temática, pois o dispositivo impugnado não afeta os procuradores do Estado, mas apenas os delegados de polícia; III – a ADPF não seria cabível, pois, estando em curso reclamação, não restaria atendido o requisito da subsidiariedade da ADPF; IV – os dispositivos constitucionais supostamente violados não seriam preceitos fundamentais; V – está em questão uma relação jurídica de natureza continuativa, tendo se formado um direito adquirido para os delegados de polícia do Estado do Pará; VI – uma emenda constitucional não pode desconstituir a coisa julgada.

Em decisão de 1º de fevereiro de 2007, o relator admitiu o ingresso da ADEPOL, anotando inclusive que “[...] tudo recomenda que, tal como na ação direta de inconstitucionalidade e na ação declaratória de constitucionalidade, a arguição de descumprimento de preceito fundamental assuma, igualmente, uma feição pluralista, com a participação de *amicus curiae*.” (ADPF 97, 473).¹⁸

3.6.3.2 Estado do Pará

O Estado do Pará também requereu sua admissão como *amicus curiae*, em 08 de julho de 2007, sem, no entanto, oferecer, desde logo, um *brief*, pugnando, no entanto, pela concessão da liminar pleiteada pela arguente, já que

[...] é sobre o Tesouro Estadual que já recaem as consequências econômico-financeiras da ordem concedida, por meio da qual ficou determinada a equiparação salarial entre as carreiras de Delegado e Procurador do Estado, em evidente maltrato ao texto constitucional. (ADPF 97, 491).

¹⁸ Nessa manifestação, o Min. Gilmar Mendes tece relevantes considerações sobre o momento e a forma de manifestação do *amicus curiae* na ADPF, consignando que, a despeito de divergências na própria jurisprudência do STF, embora, em princípio o *amicus* deva se manifestar no prazo para que sejam prestadas informações, é possível admitir que ele o faça fora do prazo, diante da especial relevância que pode ter sua contribuição para informar o Tribunal. Para o Ministro, “[...] esse modelo pressupõe não só a possibilidade de o Tribunal se valer de todos os elementos técnicos disponíveis para a apreciação da legitimidade do ato questionado, mas também um amplo direito de participação por parte de terceiros (des)interessados.” (ADPF 97, 478).

O Min. relator, em 14 de abril de 2008, deferiu o requerimento de ingresso do Estado do Pará na qualidade de *amicus curiae*, ao mesmo tempo em que indeferiu o pedido liminar e abriu vistas à PGR para que se manifestasse.

*

Consigne-se que a ADEPOL e o Estado do Pará tiveram atuação bastante frequente no feito, peticionando com mais documentos e esclarecimentos destinados a fazer valer os seus argumentos, a primeira contrária e o segundo favorável aos desígnios da arguente.

3.6.4 Manifestação da Procuradoria-Geral da República

Em 30 de setembro de 2009, manifestou-se a PGR, superando o argumento de que a arguente não estaria devidamente representada, também se posicionou contra a alegação de que a ANAPE não teria legitimidade ativa, até porque a mesma associação teve sua legitimidade reconhecida em outras ações no STF, e contra a preliminar de falta de pertinência temática, por dizer com a equivalência institucional entre as funções desempenhadas por delegados de polícia e por procuradores do Estado bem como por gerar dificuldades para que sejam aprovados aumentos para os procuradores do Estado do Pará.

Expostos e vencidos igualmente os argumentos de ausência de subsidiariedade e de não se tratar de preceitos fundamentais, a PGR entendeu que a ADPF só deveria ser admitida no que tange ao pedido de reconhecimento da não-recepção do ato normativo impugnado, não se constituindo em instrumento processual apto a desconstituir a coisa julgada formada em processo subjetivo.

Tudo isso posto, a PGR entendeu procedente o argumento da arguente de que, tendo a EC 19/98 vedado as equiparações automáticas entre os vencimentos das diversas carreiras, não pode subsistir o dispositivo normativo impugnado, que era válido até o advento da referida emenda e deixou de sê-lo na sequência.

Para se contrapor ao vácuo normativo que poderia ser gerado pela simples revogação do Art. 65 da LC 22/94 do Estado do Pará, a PGR opinou pela definição do valor da remuneração dos delegados de polícia, ressalvados aumentos posteriores, no montante vigente quando entrou em vigor a EC 19/98.

3.6.5 Manifestação da Advocacia-Geral da União

A AGU se manifestou por determinação da relatora, em 06 de maio de 2013.

No que diz respeito às preliminares, argumentou, como a PGR, que, no que tange ao pedido de desconstituição da coisa julgada no âmbito do mandado de segurança supracitado, a ADPF não deve ser conhecida, limitando-se o objeto da controvérsia ao dispositivo normativo impugnado.

Para a AGU, antes da EC 19/98, por força do Art. 241, em sua redação original, segundo interpretação do STF, a equiparação entre vencimentos de delegados de polícia e procuradores do Estado era admitida. Evoca a decisão do próprio STF, na ADI 774, como argumento de que, com a superveniência da referida emenda, a vinculação deixou de ser possível.

No entanto, a AGU entendeu que o artigo não é todo inconstitucional, sendo válido na porção que se refere ao escalonamento dos vencimentos no interior da carreira de delegado de polícia civil, não podendo a diferença entre uma e outra classe ser superior a 5%.

Opinou, assim, a AGU pela declaração de não-recepção parcial do Art. 65 da LC 22/94 do Estado do Pará.

3.6.6 Acórdão (21 de agosto de 2014)

Em voto que, fundamentalmente, seguiu a linha do quanto exposto pela AGU – declarando a não-recepção parcial do Art. 65 da LC 22/94 do Estado do Pará, no que tange à vinculação e à equiparação de vencimentos entre os delegados de polícia e os procuradores do Estado do Pará –, a Min. Rosa Weber conduziu a votação da Corte, que com ela se alinhou por maioria, vencido o Min. Marco Aurélio Mello, que entendia não ter a ANAPE interesse de agir para atuar no feito (ADPF 97, ff. 35-36 o acórdão).

Em seu relatório, a Min. Rosa Weber se deteve sobre os argumentos da ADEPOL (ADPF 97, ff. 6-7 do acórdão) e do Estado do Pará (ADPF 97, f. 7 do acórdão).

Vencidas as preliminares – que seguiam em realidade os pontos destacados pela ADEPOL e retomados nas manifestações da PGR e da AGU –, a relatora

conheceu da ADPF no que tange ao pedido de declaração de não-recepção do Art. 65 da LC 22/64.

Após expedir considerações sobre o teor da Reforma Administrativa introduzida pela EC 19/98, a relatora entendeu pela não-recepção do “Art. 65 da Lei Complementar n. 22/1994 do Estado do Pará, na parte em que vincula os vencimentos dos Delegados de Polícia aos dos Procuradores do Estado” (ADPF 97, f. 33 do acórdão), e pela compatibilidade do dispositivo “[...] naquilo em que tão somente determinada a fixação do vencimento básico do Delegado de Polícia Civil com diferença não superior a 5% (cinco por cento) de uma classe para outra da carreira [...]” (ADPF 97, f. 33 do acórdão).

Nos debates e votos dos demais ministros, não há menção direta aos *amici curiae*.

3.6.7 Observações

Embora não tenha havido, ao longo do voto dos ministros – tão somente no relatório – menção aos argumentos expedidos pelos *amici curiae*, não seria exagero dizer que, indiretamente, as manifestações dos *amici*, e notadamente da ADEPOL, acabou por pautar a construção de tais votos.

Isso se deve ao fato de que, tendo-se manifestado por meio de um extenso *brief*, fundamentado em denso parecer, anteriormente à PGR e à AGU, a ADEPOL levantou uma série de questionamentos que foram respondidos, um após o outro, pela PGR, que veio aos autos logo na sequência.

A manifestação da AGU dialogou estreitamente com a manifestação da PGR, apesar de trazer argumento relevante, até então inédito nos autos, que acabou sendo acolhido no julgamento, distinguindo dois pontos no dispositivo normativo impugnado.

Como a relatora seguiu de perto, em sua argumentação, as manifestações da PGR e da AGU, ela acabou, assim, por via reflexa, por lidar com os argumentos trazidos aos autos pela ADEPOL na qualidade de *amicus curiae*.

No entanto, é cabível a seguinte ponderação: se o deferimento ou indeferimento da participação do *amicus*, nos termos do Art. 7º, § 2º, da Lei n. 9.868/99 é faculdade discricionária do relator, não sendo recorrível – logo, não tendo

os demais ministros possibilidade de reverter a decisão do relator –,¹⁹ seria a forma da manifestação escrita a mais conveniente para que os *amici* de fato tivessem suas razões ponderadas pelo colegiado?

O teor dos demais votos e das discussões entretidas pelos ministros no julgamento da ADPF 97 levantam sérias dúvidas a respeito, indicando que o procedimento pelo qual os *amici* intervêm no controle objetivo de constitucionalidade poderia ganhar em vulto se houvesse um contato mais direto entre suas manifestações e o colegiado.

3.7 ADPF 101

3.7.1 Petição Inicial (1º de fevereiro de 2006)

Impetrante: Presidência da República

Relator: Cármen Lúcia Antunes Rocha

Objeto: decisões judiciais que autorizaram a importação de pneus usados

Parâmetros constitucionais: Arts. 196 (direito à saúde) e 225 (direito ao meio-ambiente ecologicamente equilibrado)

Pressionada por julgamento que estava para se realizar na Organização Mundial do Comércio (OMC), a arguente atacou diretamente o mérito em sua postulação, principiando por indicar a existência de portaria do Departamento de Comércio Exterior que proibia a importação de bens de consumo usados, cuja constitucionalidade foi reconhecida pelo STF em sede de recurso extraordinário. O escopo da norma, no que se aplica especificamente aos pneus usados que estavam no centro da controvérsia, é protetivo do meio-ambiente equilibrado (Art. 225 da CF/88) e da saúde (Art. 196 da CF/88).

À referida portaria se somariam outros parâmetros normativos, como a Convenção de Basileia sobre movimentos transfronteiriços de resíduos perigosos,

¹⁹ A irrecurribilidade consignada na lei vem sendo relativizada na prática do STF (cf. *infra*, seção 3.12.5.1. No entanto, pende de uma decisão do Plenário do STF sobre a matéria, no âmbito do julgamento – suspenso – do Ag. Reg. na ADI 3.396, sob a relatoria do Min. Celso de Mello, que pugnou aí pela admissibilidade do recurso em questão. Naquele julgamento haviam se manifestado pela admissibilidade de agravo regimental nesse caso os Min. Cezar Peluso, Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski e Marco Aurélio. Pela irrecurribilidade, posicionaram-se os Min. Ayres Britto, Dias Toffoli, Luiz Fux, Rosa Weber e Edson Fachin.

resoluções do Conselho Nacional do Meio Ambiente (CONAMA), decretos e outras portarias.

No entanto, segundo a arguente, diversas decisões judiciais vinham autorizando a importação de pneus usados de países estrangeiros, com esteio na livre iniciativa e na liberdade de comércio, na ofensa à isonomia, tendo em vista autorizações pontuais para importação de pneus remoldados provenientes do Mercosul, na distinção entre pneu usado e pneu recauchutado, na necessidade de lei em sentido formal para tal restrição, bem como em nova redação de resolução do CONAMA, que, por prever a destinação de pneus importados reformados, teria revogado a referida proibição.

Contrariamente a essas decisões, a arguente acenou, por um lado, com o perigo de que muitos milhões de pneus usados fossem introduzidos no país, gerando risco ao meio-ambiente e à saúde, dada a dificuldade de sua eliminação, sua propensão para causar incêndios, etc., e, por outro lado, com a constitucionalidade e legalidade da vedação da importação de pneus usados, constituindo perfeita aplicação do princípio da proporcionalidade, nos seguintes termos:

Com efeito, a vedação de importação de pneus usados é a forma mais eficaz existente de proteção ao meio ambiente (necessidade), presta-se adequadamente ao propósito (adequação) e representa medida dotada do mais legítimo interesse público (proporcionalidade em sentido estrito), consistente na proteção ao meio ambiente e à saúde pública... (ADPF 101, f 34 da petição inicial)

Os pontos elencados *supra*, que consistiriam fundamento das decisões judiciais favoráveis à importação dos pneus usados, foram rebatidos e, ao fim, a arguente indica a existência de controvérsia judicial relevante, por haver também diversas decisões judiciais contrárias à importação dos pneus, bem como a inexistência de outro meio eficaz de sanar a lesividade (subsidiariedade da ADPF).

Forte nesses argumentos, formulou pedido liminar para suspender os efeitos de decisões judiciais que autorizaram a importação de pneus usados e sustar a tramitação de processos em que se discutia a matéria. Como pedido principal, postulou que se declarasse a ilegitimidade e inconstitucionalidade das decisões que autorizavam a importação de pneus usados, mesmo as transitadas em julgado, que se declarasse a inconstitucionalidade e ilegitimidade da interpretação judicial que

amparavam essas importações e, enfim, a constitucionalidade e legalidade das portarias, decretos e resoluções que amparam as pretensões da arguente.

3.7.2 Manifestação dos Arguidos

A relatora, Min. Cármen Lúcia, solicitou informações aos juízos indicados na inicial como tendo proferido decisões que configurariam lesão a preceito fundamental.

Exemplificativamente, a 20ª Vara Federal da Seção Judiciária do Rio de Janeiro indicou que na verdade não proferiu sentença pela importação dos pneus usados, mas contrariamente a ela (ADPF 101, 4032 e seguintes), e a 28ª Vara Federal da Seção Judiciária do Rio de Janeiro se limitou a anexar a sentença (ADPF 101, 4506 e seguintes).

Houve resumo das informações prestadas no voto da relatora, Min. Cármen Lúcia (ADPF 101, f. 26-37 do acórdão). Na síntese da relatora:

De todos se vê que alguns responderam no sentido de não ter havido o deferimento de pedido formulado para se negar aplicação às normas e, os que os deferiram, basearam-se em interpretação conclusiva quanto à ilegalidade das normas proibitivas da importação dos pneus, especialmente quanto aos remoldados. (ADPF 101, f. 37 do acórdão).

3.7.3 Requerimento, Ingresso e Participação dos *Amici Curiae*

Houve diversos requerimentos de ingresso de *amici curiae* no feito, tendo participado nessa qualidade a Pneus Hauer do Brasil Ltda., a Associação Brasileira da Indústria de Pneus Remoldados, a Associação Nacional da Indústria de Pneumático, a Pneuback Indústria e Comércio de Pneus Ltda., o Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis (IBAMA), a Tal Remoldagem de Pneus Ltda., a BS Colway Pneus Ltda., a Conectas Direitos Humanos, a ONG Justiça Global, a Associação de Proteção do Meio Ambiente de Cia Norte, a Associação Brasileira do Segmento de Reforma de Pneus, a Associação de Defesa da Concorrência Legal e dos Consumidores Brasileiros, a Líder Remoldagem e Comércio de Pneus Ltda. e a Ribor – Importação, Exportação, Comércio e Representações Ltda..

Diante do número elevado de *amici* admitidos, valemo-nos da síntese global realizada pela PGR em sua manifestação, a respeito dos *amici* favoráveis à importação dos pneus usados:

26. Estabelece-se [a tese inversa, defendida por associações de empresas que têm por objetivo a reforma de pneus usados], inicialmente, que os pneus usados nacionais, em vista das condições de uso que aqui se processam, são inviáveis à remoldagem.

27. Nega que exista dano ambiental [...].

28. Assim, ao recusar que haja danos ambientais mais severos, argumenta ser compatível o exercício dessa atividade econômica com a preservação do meio ambiente, tornando sem validade o discurso da arguente. Desenvolvimento econômico e proteção do meio ambiente seriam postulados complementares, é o marco que apresenta.

29. Não existe justificativa legítima para ser proibida a importação de pneus usados, não só pelos argumentos antes deduzidos, mas também porque tais resíduos sequer constariam do rol de elementos perigosos tratados na Convenção de Basileia, ou mesmo em vista de existir a previsão de compensações ambientais prévias.

30. Avançando, lança luzes sobre a questão dos países integrantes do Mercosul, que têm autorização para exportar pneus remoldados para o Brasil. Num tal, quadro, ofenderia não só a liberdade de iniciativa e a livre concorrência, mas também o princípio da isonomia, o bloqueio à importação de matéria prima por fabricantes nacionais.

31. Por critérios formais, recusa-se que o Conama detenha atribuição para fixar pautas de tão grande extensão. Crê-se que restrições ao comércio exterior escapam ao campo de atuação da entidade (ADPF 101, f. 7 da manifestação da PGR).

Útil também é o anexo III do voto da Min. Cármen Lúcia (f. 172-191 do acórdão, com um resumo dos argumentos daqueles que se pronunciaram na audiência pública).

A relatora designou, para o dia 27 de junho de 2008, audiência pública, em que falaram diversos especialistas, a requerimento da relatora, bem como representantes dos *amici curiae* admitidos no feito.

3.7.4 Manifestação da Procuradoria-Geral da República

A PGR se manifestou, em 03 de novembro de 2008, pela admissibilidade da ADPF e por sua procedência, entendendo que as decisões judiciais impugnadas pela Presidência da República concretizaram “[...] quadro de preocupante reversão de determinada política pública.” (ADPF 101, f. 8 da manifestação da PGR).

Alega a PGR que já havia firmado sua posição sobre o problema na ADI 3.801, contra leis do Estado do Rio Grande do Sul que admitiam a importação de

pneus usados ou reformados. Teceu considerações sobre a centralidade atual do direito ao meio-ambiente equilibrado, aduziu fatos relevantes como a informação de que cerca de 30% dos pneus supostamente remoldados que chegam ao país não têm condições de uso, devendo ser de pronto descartados, configurando em transferência de lixo para o Brasil.

No sentir da PGR, o interesse pelos pneus importados atende apenas a interesses individuais de ordem econômica, promovendo a redução dos preços da matéria-prima.

Nessa toada, indicou que não apenas os Artigos 196 e 225 da Constituição da República sofrem lesão pelas decisões judiciais impugnadas pela arguente, mas também o Art. 170, incisos I e VI, atinentes à soberania nacional e à defesa do meio ambiente como princípios da ordem econômica destinada a promover a todos existência digna conforme os ditames da justiça social.

3.7.5 Manifestação da Advocacia-Geral da União

Os memoriais da AGU, datados de março de 2009, como não poderia deixar de ser, repisaram as teses brandidas na inicial, complementando-se de argumentos expedidos pela PGR.

É interessante notar que, na peça em questão, no entanto, houve referências diretas e citações aos memoriais apresentados por alguns *amici curiae* quando da realização da audiência pública, notadamente ao do IBAMA (ADPF 101, ff. 11-12 dos memoriais da AGU) e da Associação Nacional da Indústria de Pneumático (ADPF 101, f. 21 dos memoriais da AGU).

3.7.6 Acórdão (21 de agosto de 2014)

3.7.6.1 Voto da relatora

O resultado do julgamento foi de procedência parcial da ADPF, por maioria, vencido o Ministro Marco Aurélio Mello, que a julgava improcedente. Não foi provido o pedido de desconstituição da coisa julgada, tendo em vista os efeitos acabados produzidos por aquelas decisões.

A relatora destacou especificamente a realização da audiência sob o prisma da relevância da opinião dos especialistas. O que a levou ao agendamento da audiência foi “[...] a especificidade e a repercussão que abrangem o tema, somadas à necessidade de um exame mais acurado das razões e dos fundamentos veiculados na presente ação e melhor compreensão das questões aqui envolvidas [...]” (ADPF 101, f. 40 do acórdão).

O voto da Min. Cármen Lúcia é bastante alentado, com muitos dados técnicos sobre os pneus e uma extensa argumentação constitucional sobre os Arts. 170, 196 e 225, com profusão de referências a publicações científicas e a trabalhos doutrinários.

As manifestações dos *amici* foram tratadas genericamente, mas de forma direta, embora apenas fossem lembradas as posições favoráveis à importação de pneus usados, em seguida rebatidas e contrapostas aos resultados de pesquisas científicas e à interpretação constitucional (ADPF 101, f. 105, 107, 110, 118 do acórdão).

Não que as manifestações dos *amici* contrárias à importação de pneus usados não tenham tido impacto no voto, mas esse impacto não é direto, não sendo as manifestações desses *amici* citadas. O impacto se verifica pela atenção dispensada a argumentos técnicos ao longo da exposição.

Como se afere ao se cotejar o voto da Min. Cármen Lúcia com o Anexo III do mesmo voto (ADPF 101, f. 172-191), alguns dos argumentos dos *amici* contrários à importação foram levados em consideração. Exemplificativamente: (1) os dados do IBGE sobre a produção de lixo, trazidos ao processo pela Conectas Direitos Humanos, pela Justiça Global e pela Apromac (ADPF 101, f. 180 do acórdão) ecoaram provavelmente na argumentação via citação de levantamento de dados do mesmo instituto (ADPF 101, f. 115 do acórdão); (2) as informações do IBAMA sobre o ciclo de vida útil do pneu (ADPF 101, f. 179 do acórdão) muito provavelmente informaram as referências, no voto, a estudos do IBAMA sobre a taxa de aproveitamento dos pneus usados importados (ADPF 101, f. 119 do acórdão).

Nesse caso, a participação dos *amici* parece, aos olhos do voto, configurar, dentro do processo objetivo, uma espécie de processo de partes, já que “[...] [e]quilibrar e valorar os dados e os argumentos de Arguente e Interessados deve ser efetivado e solucionado com fundamento na Constituição [...]” (ADPF 101, f. 108).

3.7.6.2 Demais votos

Dentre os demais votos, apenas o do Min. Gilmar Mendes fez referência aos *amici curiae*, sintetizando as posições daqueles que são contrários à proibição de importação de pneus usados (ADPF 101, f. 243 do acórdão) e referindo-se à audiência pública realizada em 27 de junho de 2008 “[...] para permitir que se manifestassem a sociedade civil, as partes e os especialistas previamente indicados [...]” (ADPF 101, f. 244 do acórdão).

Interessante que o Min. Gilmar Mendes entenda que a questão transcende os interesses das autoridades aduaneiras e os do setor econômico responsável pela importação de pneus usados, “[...] afetando de forma difusa e irrestrita toda a sociedade [...]” (ADPF 101, f. 246 do acórdão). Isso porque tal concepção é argumento lúdimo para sustentar a relevância da manifestação de *amici curiae* – não apenas aqueles com interesses econômicos no deslinde da controvérsia – e da realização de audiências públicas (cf. as referências, genéricas, à audiência pública em ADPF 101, f. 257 do acórdão).

Mais ao ponto, o Ministro equiparou argumentos da PGR sobre o descarte de pneus àqueles trazidos por um *amicus curiae*, o IBAMA (ADPF 101, f. 262 do acórdão).

3.7.7 Observações

Do quanto exposto, verifica-se que, na ADPF 101, a participação dos *amici curiae* teve impacto relevante, seja no voto da relatora, seja no voto do Min. Gilmar Mendes.

A reflexão que se impõe é relativa ao formato da intervenção. Muitos *amici* pedem para ser admitidos em petições simples, sem *briefs* e, caso não venham a se manifestar em uma audiência pública, que pode ou não ser designada, acabam tendo como único recurso de efetiva participação no processo uma eventual admissão para que façam ou não uma sustentação oral no dia do julgamento, nos termos do Art. 131, § 3º do Regimento Interno do STF, segundo a Emenda Regimental n. 15, de 30 de março de 2004: “Admitida a intervenção de terceiros no processo de controle concentrado de constitucionalidade, fica-lhes facultado produzir

sustentação oral, aplicando-se, quando for o caso, a regra do § 2º do artigo 132 deste Regimento.”

No entanto, em que pese a possibilidade de que a manifestação do *amicus*, em momento tão avançado da tramitação processual, venha a impactar o voto de algum ministro, por exemplo, por meio da formulação de pedido de vista e consequente suspensão do julgamento, o caso analisado não demonstra que isso tenha de fato se produzido.

3.8 ADPF 130

Petição Inicial (19 de fevereiro de 2008)

Impetrante: Partido Democrático Trabalhista (PDT)

Relator: Carlos Britto

Objeto: Lei 5.250/67 (Lei de Imprensa)

Parâmetros constitucionais: Arts. 5º, inc. IV (manifestação do pensamento), V (direito de resposta), IX (liberdade de expressão), X (inviolabilidade da intimidade, vida privada, honra e imagem), XIII (liberdade do exercício profissional) e XIV (acesso à informação), e 220 a 223 (liberdade de comunicação).

A arguente, após se deter em argumentos atinentes aos pressupostos de admissibilidade da ADPF (indicação dos preceitos violados e do ato questionado, existência de controvérsia judicial e observância do requisito da subsidiariedade), expôs as razões de mérito que subjazeram ao pleito de “[...] declaração, com eficácia geral e efeito vinculante, de que determinados dispositivos da Lei de Imprensa não foram recepcionados e outros carecem de interpretação conforme a Constituição Federal de 1988.” (ADPF 130, f. 13).

No mérito, a arguente apontou, em primeiro lugar, que a Lei de Imprensa seria fruto de um autoritarismo congênito, ínsito à ditadura militar responsável pela promulgação da Lei, que teria restringido fortemente a liberdade de comunicação, como instrumento mesmo para manutenção de um regime político de cunho autoritário.

Na sequência aduziu que a Lei não se presta a uma adequada tutela dos direitos de personalidade, em uma espécie de ponderação de princípios, não se configurando em instrumento de solução de conflitos entre direitos fundamentais.

Prosseguindo, a arguente indicou que há dispositivos da Lei de Imprensa que o próprio STF já entendeu como não tendo sido recepcionados pela Constituição de 1988 (Arts. 51 e 52; *caput* do Art. 56, *in fine*; Art. 57, §§ 3º e 6º; Arts. 63 e Art. 60, §§ 1º e 2º). Mas aprofundou listando outros artigos que seriam claramente incompatíveis com a Constituição da República (parte inicial do § 2º do Art. 1º; Arts. 3º, 4º, 5º, 6º e 65; Arts. 20, 21 e 22; Art. 20, § 3º e Art. 23; Arts. 61, 62, 63 e 64).

Para além dos dispositivos claramente incompatíveis com a CF/88, outros foram apontados, na sequência, que precisariam de interpretação conforme (Art. 1º, § 1º; Art. 2º, final do *caput*; Art. 14; Art. 16, inc. I; Art. 17; Art. 37). Mas a arguente arrematou a argumentação de mérito defendendo a necessidade de que a interpretação conforme fosse fixada com relação ao todo da Lei de Imprensa,

[...] a fim de afastar qualquer possibilidade hermenêutica que represente censura de natureza política, ideológica e artística, constitua embaraço à liberdade de expressão e de informação jornalística ou ainda contrarie quaisquer preceitos fundamentais. (ADPF 130, f. 42).

Amparada por notícias veiculadas na mídia, indicando tentativa de censura, a arguente formulou pedido liminar para determinar que todos os juízes e tribunais suspendessem o andamento de processos e os efeitos de decisões judiciais, bem como de quaisquer outras medidas que apresentassem relação com a ADPF, excetuadas as decorrentes de coisa julgada.

Como pedido principal, pugnou, a uma, pela declaração da revogação integral da Lei de Imprensa ou, subsidiariamente, a revogação dos artigos especificados no decorrer da peça (parte inicial do § 2º do Art. 1º; § 2º do Art. 2º. Arts. 3º, 4º, 5º, 6º, 10, 21, 22, 23, 51 e 52; parte final do Art. 56; §§ 3º e 6º do Art. 57; §§ 1º e 2º do Art. 60; Arts. 61, 62, 64 e 65), e, a duas, pela interpretação conforme à CF/88 de determinados dispositivos (§ 1º do Art. 1º; parte final do *caput* do Art. 2º; Art. 14; Art. 16, inc. I; Art. 17; Art. 37), bem como em relação à lei em geral.

3.8.2 Manifestação dos Arguidos

A liminar foi deferida em partem em 21 de fevereiro de 2008, pelo Min. Relator Carlos Britto, e foram intimados o Congresso Nacional e a Presidência da República para prestar informações.

3.8.2.1 Presidência da República

Em manifestação de 09 de junho de 2008, pela Presidência da República, o Advogado-Geral da União entendeu que não foram impugnados todos os dispositivos da Lei de Imprensa e que não foi demonstrada concretamente a violação de preceitos constitucionais. Nesses termos, para a AGU, os pedidos genéricos de declaração de revogação e de interpretação conforme à Constituição Federal não deveriam ser conhecidos pelo STF.

No mérito, a AGU reconheceu a diferença de valores entre a ordem constitucional em que promulgada a lei e aquela inaugurada pela Constituição de 1988, mas insistiu em que a garantia de comunicação social não é direito absoluto, “[...] pois no sistema constitucional brasileiro não há direitos ou garantias que se revestem de caráter absoluto[...]” (ADPF 130, f. 322).

Sob essa premissa, a AGU passou a analisar os dispositivos nomeadamente impugnados pela arguente, concluindo ora pela procedência do quanto postulado na inicial, ora por sua improcedência, à luz de um exercício de ponderação. Dessa análise, resultou manifestação pela procedência apenas parcial do quanto pedido pela arguente, nos termos seguintes:

No mérito, espera-se também que seja acolhido o entendimento consubstanciado na fundamentação destas informações, no sentido de que sejam declarados revogados somente os seguintes dispositivos da Lei n. 5.250, de 1967: a) parte inicial do § 2º do Art. 1º [a expressão “... a espetáculos e diversões, que ficarão sujeitos à censura, na forma da lei, nem...”]; b) parte final do caput do Art. 3º [a expressão “... e a sociedade por ações ao portador.”]; c) §§ 1º, 2º e 7º do Art. 3º, d) a íntegra dos Arts. 4º, 5º, 6º, 51, 52 e 56; e) os §§ 1º e 2º do Art. 60; e f) a íntegra dos Arts. 62 e 63. (ADPF 130, 366-367).

3.8.2.2 Congresso Nacional

Em sua manifestação, datada de 16 de junho de 2008, o Congresso Nacional – representado pela advocacia do Senado Federal – entendeu, também, que não foi impugnada a totalidade da lei, mas apenas dispositivos específicos, em que pese o pedido ser formulado de forma geral.

No mérito, o Congresso Nacional noticiou que tramitam projetos de lei no Senado Federal para promover alterações substanciais na Lei de Imprensa.

3.8.3 Requerimento, Ingresso e Participação dos *Amici Curiae*

Houve, no processo, três pedidos de ingresso de *amicus curiae*, todos os quais foram deferidos.

3.8.3.1 Federação Nacional dos Jornalistas Profissionais (FENAJ)

A FENAJ, entidade sindical de nível superior que representa os jornalistas brasileiros, requereu sua admissão na categoria de *amicus curiae*, em petição de 30 de junho de 2008, em que destacou sua participação na vida política do país em defesa da liberdade de imprensa, na luta contra a censura e em diversas campanhas, assim como seu “[...] esforço na elaboração, discussão e aprovação do Projeto de Lei n. 2.232/92 no Congresso Nacional, visando atualizar a Lei de Imprensa aos novos paradigmas introduzidos pela Constituição da República.” (ADPF 130, f. 385).

Fundamentou sua admissão nesse histórico e especificamente no fato de que, sendo a Lei de Imprensa “questionada perante a essa [sic] e. Corte” (ADPF 130, f. 385), não poderia se omitir.

3.8.3.2 Associação Brasileira de Imprensa (ABI)

Em petição, mais alentada do que a da FENAJ, datada de 13 de agosto de 2008, a ABI pleiteou seu ingresso na ADPF 130 na condição de *amicus curiae*.

A peça está centrada em afirmar a legitimidade da ABI para atuar no feito, mas a entidade teceu considerações indicando sua concordância com o pleito da

arguente, sustentando que “[...] afora as restrições expressamente previstas na própria Constituição, a limitação da liberdade de expressão e de imprensa deve ser excepcional e justificada[...].” (ADPF 130, f. 411).

O ponto mais interessante da peça, no entanto, é que, além do pleito de ingresso, a ABI requereu, de forma muito específica, que lhe fosse facultado se manifestar de formas específicas: a sustentação oral na sessão de julgamento e, mais particularmente, a apresentação de memorial com subsídios ao julgamento, em prazo razoável, a ser desenvolvido em parceria com o Núcleo de Prática Jurídica da Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas.

Nesse ponto, cabe indicar o teor da decisão pela qual o Min. Carlos Britto deferiu o ingresso da ABI no feito. Após considerações sobre como o STF vinha aplicando por analogia as disposições da Lei n. 9.868/99 para admitir o ingresso de *amicus curiae* na ADPF e, mais que isso, relativizando o prazo para a formulação do pedido de ingresso (tudo isso nos mesmos termos em que se dera a inclusão da FENAJ, cf. ADPF 130, f. 402-403), o Min. Britto se posicionou em relação ao oferecimento de memoriais nos seguintes termos: “[...] [o]s memoriais poderão ser protocolados a qualquer momento, antes do início do julgamento da causa [...].” (ADPF 130, f. 438).

O memorial da ABI foi apresentado, enfim, em 25 de março de 2009, cerca de um mês antes da sessão de julgamento (ADPF 130, f. 872-917), pleiteando fosse declarada revogada a Lei de Imprensa em sua totalidade. Destacam-se os argumentos relativos à história do panorama normativo brasileiro em matéria de liberdade de imprensa e as considerações sobre o problema da responsabilidade civil, que contaria com outros instrumentos normativos para se efetivar, destacando especificamente a diferença entre censura prévia e responsabilidade civil bem como direito de resposta.

3.8.3.3 Artigo 19 Brasil

A Artigo 19, associação civil fundada no Reino Unido, em 1986, com o propósito de proteger e promover os direitos insculpidos no Art. XIX da Declaração Universal dos Direitos Humanos, tendo *status* consultivo junto à ONU desde 1991, pleiteou sua participação no feito por meio de petição, datada de 12 de fevereiro de 2009, à qual se juntou um alentado memorial, ou *brief*, sustentando a posição de

que devam ser declarados não recepcionados os Artigos 20 (especialmente § 3º), 21 (especialmente § 2º), 22, 23, 53, I (*in fine*) e 57, § 6º, da Lei de Imprensa.

Nas preliminares, a Artigo 19 defendeu sua legitimidade para figurar como *amicus curiae* na ADPF e teceu considerações sobre a figura do *amicus*, destacando que essa figura não assume a condição de sujeito do processo, limitando-se à veiculação de informações ou subsídios destinados a esclarecer a repercussão social do debate (ADPF 130, f. 750).

No mérito, fundamentando-se na ideia de que a liberdade de expressão e de manifestação do pensamento são prerrogativas imprescindíveis para que a personalidade humana se realize em sua plenitude – em uma argumentação que abraça autores como Stuart Mill e Owen Fiss –, a Artigo 19 destacou a centralidade da ponderação, tanto do legislador quanto do juiz, para que as restrições aos direitos fundamentais sejam adequadas, necessárias e proporcionais em sentido estrito.

Dessa argumentação, retirou a Artigo 19 o pleito de declaração de revogação dos artigos supracitados.

Na decisão que deferiu a inclusão da Artigo 19, exarada nos mesmos moldes que as anteriores, relativas à FENAJ e à ABI, o Min. Carlos Britto não teceu qualquer consideração sobre os memoriais.

3.8.4 Manifestação da Procuradoria-Geral da República

Em manifestação datada de 16 de dezembro de 2008, a PGR se manifestou pela necessidade de se promover um equilíbrio entre autonomia pública e autonomia privada, redundando em um pedido de procedência apenas parcial da ADPF. *In verbis*: “[...] uma democracia amadurecida apresenta padrões elevados não só de *livre fluxo de informações* mas também de *proteção da intimidade* das pessoas, como corolário da dignidade da pessoa humana [...]” (ADPF 130, f. 624).

Após ponderado e alentado introito sobre a democracia, defendendo, na esteira de Dahl, a ideia de uma democracia poliárquica, a PGR se manifestou no sentido de afirmar que a existência de uma Lei de Imprensa não viola o texto constitucional, mas antes “[...] reforça os fundamentos constitucionais relativos à preservação da intimidade e vida privada [...]” (ADPF 130, 643), caracterizando o que nomeia um “modelo de controle externo híbrido” pelo qual incumbe a diversos

órgãos do Estado realizar o controle da atividade jornalística, que não é absolutamente livre.

Após uma incursão no sistema de direito internacional e no direito comparado, a PGR questionou o pedido genérico, caracterizado como “pitoresco” de declaração de inconstitucionalidade *in totum* da Lei de Imprensa, cingindo-se, em virtude disso, ao questionamento dos dispositivos especificamente impugnados.

Neste ponto, parece elucidativa uma tabela em que se verifiquem, dentre aqueles que se manifestaram pela não-recepção de determinados artigos da Lei de Imprensa, qual a concordância com os propósitos do arguente.

Quadro 2: Relação dos argumentos defendidos pelos participantes na ADPF 130

DISPOSITIVOS IMPUGNADOS PELO ARGUENTE DE MODO ESPECÍFICO	PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA	ARTIGO 19	PGR	VOTO MINORITÁRIO PELA PROCEDÊNCIA PARCIAL DA ADPF
Art. 1. , § 1.				
Art. 1. , §2. , inciso				
Art. 2. , § 2.				
Art. 3.				
Art. 4.				
Art. 5.				
Art. 6.				
Art. 10				
Art. 14				
Art. 16, I				
Art. 17				
Art. 20				
Art. 21				
Art. 22				
Art. 23				
Art. 37				
Art. 51				
Art. 52				
Art. 56, fim				
Art. 57. § 3.				
Art. 57, § 6.				
Art. 60, § 1.				
Art. 60, § 2.				
Art. 61				

DISPOSITIVOS IMPUGNADOS PELO ARGUENTE DE MODO ESPECÍFICO	PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA	ARTIGO 19	PGR	VOTO MINORITÁRIO PELA PROCEDÊNCIA PARCIAL DA ADPF
Art. 62				
Art. 63				
Art. 64				
Art. 65				

Fonte: elaborado por Guilherme Pinho Ribeiro

Obs.: Tabela esse tipo de dados envolve algumas escolhas e, inevitavelmente, perda de informações. Fundamentalmente, encontram-se em verde aquelas posições consoantes com as do arguente (seja pela não-recepção, seja pela interpretação conforme do dispositivo) e, em vermelho, aquelas posições que discordam do arguente. Nessas últimas, encontram-se tanto aqueles casos em que nada foi dito sobre o dispositivo (dando a entender que ele deve ser mantido), quanto os casos em que se pugnou pela sua recepção pela CF/88 (apenas a PGR tratou dos casos de recepção especificadamente, dentro dos dispositivos apontados pelo arguente). Em laranja, estão casos em que há concordância parcial com o arguente. Achamos por bem inserir, ao fim, coluna em que se expressa uma das correntes de votos dos ministros, no acórdão, conforme se verá na próxima seção (Min Joaquim Barbosa e Ellen Gracie).

3.8.5 Acórdão (30 de abril de 2009)

3.8.5.1 Voto do relator

O Relator, Min. Carlos Britto, cujo voto foi sagrado vencedor, por maioria, em plenário, votou pela procedência da ação, para declarar como não-recepcionada pela Constituição da República a integralidade da Lei de Imprensa.

Trata-se de longo e substancial voto, com diversas considerações sobre a centralidade da imprensa livre para a democracia – seria a imprensa a “[...] irmã siamesa da democracia [...]” (ADPF 130, f. 40 do acórdão) – e, particularmente, para o Estado democrático de Direito tal qual desenhado pela Constituição Federal, constituindo-se em poderoso instrumento contra o autoritarismo. Para o ministro, haveria óbice lógico à existência mesma de uma lei de imprensa no Brasil, sendo vedada qualquer intromissão estatal na matéria.

Do ponto de vista que nos importa, cabe consignar que o relator não se referiu à participação dos *amici curiae*, nem mesmo no relatório de seu voto, e não foi possível discernir a presença de quaisquer dos argumentos que tivessem sido trazidos ao processo exclusivamente pelos *amici*.

3.8.5.2 *Demais votos*

É de se destacar que os diferentes votos não fizeram menção aos *amici curiae*, que não são nomeados uma vez sequer no extenso acórdão da ADPF 130.

No entanto, ao que nos parece, não foi desprezível a influência dos argumentos trazidos pelos *amici*.

De forma bastante indireta, possível verificar uma influência do *brief* da Artigo 19 nos votos dos Ministros Menezes Direito (ADPF 130, f. 88 e seguintes do acórdão) e Joaquim Barbosa (ADPF 130, f. 109 e seguintes do acórdão), que fizeram referências a obra de Owen Fiss que fora citada pela Artigo 19, e não por outros petionários, assim como no voto do Ministro Gilmar Mendes (ADPF 130, f. 213 e seguintes do acórdão), que fez referências ao pensamento de Stuart Mill, também citado pela Artigo 19, e não por outros petionários. É difícil, quiçá impossível, determinar ao certo se as referidas citações foram de fato impactadas pelo *brief* da Artigo 19 ou se foram fruto de pesquisa autônoma dos ministros e de suas assessorias.

Mais impactante parece ter sido o memorial apresentado pela ABI, em parceria com a Escola de Direito do Rio de Janeiro da Faculdade Getúlio Vargas. Isso nos parece sensível especialmente em dois pontos.

O primeiro é o panorama da história legislativa brasileira em matéria de liberdade de imprensa, que o *amicus* aduziu (ADPF 130, f. 885-891). A Ministra Cármen Lúcia, em seu voto (ADPF 130, f. 301-303) passou pelos mesmos argumentos, de forma ora ampliada, ora resumida, sendo que em algumas formulações talvez seja possível discernir uma influência textual mesmo.

Quadro 3 – Relação entre os memoriais da ABI e o voto da Min. Cármen Lúcia

MEMORIAL DA ABI	VOTO MIN. CÁRMEN LÚCIA
<p>[transcrição integral do Art. 122, § 15, da CF/37]</p> <p>(ADPF 130, 888-89)</p>	<p>[transcrição integral do Art. 122, § 15, da CF/37]</p> <p>(ADPF 130, f. 302-03 do acórdão)</p>
<p><u>A Constituição democrática de 1946 repetiu, em seu Art. 141, § 5., a redação da Constituição, restabelecendo a liberdade de expressão, apenas acrescentando uma restrição em função de propagandas que veiculassem preconceitos de classe de raça ou classe.</u></p> <p>(ADPF 130, f. 890)</p>	<p><u>A Constituição de 1946, em seu Art. 141, § 5., restabeleceu a liberdade de manifestação do pensamento (Art. 141, § 5.), e com isso resgatou a liberdade de imprensa e o direito do cidadão de informar e de ser informado.</u></p> <p>(ADPF 130, f. 303 do acórdão)</p>

Fonte: elaborado por Guilherme Pinho Ribeiro

O segundo ponto em que há aparência de nítido impacto do memorial da ABI é o tratamento particularizado que alguns dos ministros dispensam ao problema da responsabilidade civil e da distinção entre censura prévia e direito de resposta – problema que, repise-se, apenas nos memoriais da ABI foi tratado antes do acórdão. É o quanto se verifica nos votos dos Ministros Celso de Mello (ADPF 130, f. 185 e seguintes do acórdão) e Gilmar Mendes (ADPF 130, f. 260 e seguintes do acórdão).

Parece forçoso, assim, reconhecer que, embora não explicitado pelos ministros, por razões sobre as quais se poderia especular, sem garantia de chegar a respostas efetivas, votos que sequer mencionam os *amici curiae* foram influenciados por linhas argumentativas trazidas por eles ao processo.

3.8.6 Observações

Do ponto de vista que interessa a esta dissertação, cabem duas ordens de observações.

A primeira tem que ver com as formas de manifestação dos *amici curiae*. Na ADPF 130, cada *amicus* desenhou, nesse ponto, uma estratégia diversa, destacando-se a oferta de um *brief* conjuntamente com o pedido de ingresso no feito, por parte da Artigo 19, e o pleito, posteriormente cumprido, de juntada de memoriais em momento oportuno, estratégia adotada pela ABI. De algum modo

parece que a segunda estratégia teve impacto maior – possivelmente em função da coordenação entre o momento de juntada dos memoriais e a agenda interna dos gabinetes dos ministros, no que se refere à pesquisa e redação dos votos.

Pode ser que se trate essa juntada de memoriais em momento cirúrgico de estratégia eficiente, mas talvez também a falta de menção aos referidos memoriais denote que a informalidade no uso das razões do *amicus* poderia, e quiçá deveria, ser suplantada por uma forma mais regrada de diálogo processual.

A segunda ordem de considerações tem que ver com o fato de se tratar aqui de matéria, que, diversamente de outras ADPFs anteriormente analisadas neste capítulo, mormente as de números 54 e 97, a matéria controvertida não pode ser adequadamente descrita como de ordem técnica, no sentido de envolver esclarecimentos científicos advindos de áreas do conhecimento distantes do Direito. Haveria aí um princípio de explicação para, a uma, a não designação de audiência, como facultado pela Lei 9.992/99 e, a duas, a entrada informal e, logo, menos dignificada dos argumentos expendidos pelos *amicus*? Trata-se de questões a se manter em mente ao longo dos subitens seguintes deste capítulo.

3.9 ADPF 144

3.9.1 Petição Inicial (25 de junho de 2008)

Impetrante: AMB – Associação dos Magistrados Brasileiros

Relator: Celso de Mello

Objeto: Lei Complementar n. 64/1990, Art. 1º, inc. I, alíneas “d”, “e”, “g” e “h”; Art. 15 (em parte) (Lei de Inelegibilidade)

Parâmetros constitucionais: Art. 14, § 9º.

A arguente principiou sua argumentação por defender o cabimento da ADPF no caso em questão, por ser a norma impugnada (LC 64/90) anterior ao texto constitucional vigente (isto é, o Art. 14, § 9º da Constituição da República no texto que resultou da Emenda Constitucional de Revisão n. 4/94). Segundo a arguente, que entra desde logo no fulcro da questão, assim expôs sua posição:

Entende a AMB que (a) **a exigência do “trânsito em julgado”** das decisões mencionadas nas alíneas “d”, “e” e “h” do inciso I, do Art. 1º; (b) a ressalva quando **“a questão houver sido ou estiver sendo submetida à apreciação do Poder Judiciário”** mencionada na alínea “g”, do inciso I, do Art. 1º; (c) bem ainda a exigência de que tenha **“transitada em julgado”** a decisão mencionada no Art. 15, todos da Lei Complementar n. 64/90, **conflitam diretamente com o texto do § 9º** do ar. 14, da CF, com a redação dada pela ECR n. 4/94, no ponto em que estabeleceu a Lei de Inelegibilidade teria finalidade também “de proteger a probidade administrativa, a moralidade para o exercício do mandato, **considerada a vida progressa do candidato”**. (ADPF 144, f. 4).

Tratava-se, em suma, de lei que era menos rigorosa com as causas de inelegibilidade do que seria imposto pela nova redação do texto constitucional. Atente-se, para evitar equívocos, que se tratou de pleito formulado quando ainda não vigia a LC 135/90, conhecida como Lei da Ficha Limpa, que, segundo sua ementa:

[...] altera a Lei Complementar n. 64, [...], que estabelece, de acordo com o § 9º do Art. 14 da Constituição Federal, casos de inelegibilidade, prazos de cessação e determina outras providências, para incluir hipóteses de inelegibilidade que visem a proteger a probidade administrativa e a moralidade no exercício do mandato.

O Tribunal Superior Eleitoral (TSE) entendeu, em diferentes decisões, sustenta a arguente, que o Art. 14, § 9º, da CF, em sua nova redação não seria autoaplicável, formulando, com base nesse entendimento o Enunciado de n. 13 de sua Súmula. Desde então, deflagrada estaria uma controvérsia, com diferentes Tribunais Regionais Eleitorais (TREs) decidindo de forma contrária ao entendimento do TSE.

Sustentando na sequência sua legitimidade ativa e pertinência temática, bem como o atendimento ao requisito de subsidiariedade para o cabimento da ADPF, a arguente adentrou ao mérito para sustentar, em primeiro lugar, que o Art. 14, § 9º, da Constituição Federal constitui norma de eficácia plena, independente de alteração legislativa.

Na sequência, defende que a LC 64/90 não atendeu aos preceitos fundamentais (probidade administrativa e moralidade para o exercício do mandato) consignados na nova redação constitucional, exigindo o trânsito em julgado para diversas hipóteses de inelegibilidade. Para a AMB, teria havido a “[...] revogação ou não recepção da exigência do trânsito em julgado das decisões condenatórias dos candidatos a cargos eletivos [...]” (ADPF 144, f. 26).

É pela mesma razão, qual seja, a de na prática inviabilizar a consideração da vida pregressa do candidato, que a arguente impugnou a exigência de que a rejeição de contas por irregularidade insanável e irrecorrível do órgão competente não tenha sido submetida à apreciação do Poder Judiciário para que tal reprovação resultasse na inelegibilidade.

Forte nessas razões, a Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB) formula seus pedidos. Como pedido cautelar, postulou que fossem afastadas as exigências da LC 64/90 impugnadas na peça, permitindo que, desde logo, a Justiça Eleitoral pudesse aplicar o Art. 14, § 9º da Constituição de 1988. Como pedido principal, pleiteou que fossem tidos por revogados os dispositivos normativos referidos.

3.9.2 Manifestação dos Arguidos

Antes de apreciar o pedido cautelar, o Min. Relator, Celso de Mello, determinou, em despacho de 30 de junho de 2008, a audiência dos órgãos de que emanaram os atos questionados, a saber, os atores do processo legislativo e o TSE.

3.9.2.1 *Presidência da República*

A Presidência da República encaminhou suas informações, em 04 de julho de 2008, em forma de petição escrita pela AGU.

Em um primeiro momento, a AGU se deteve em razões pelas quais a APF não deveria ser admitida: não teria ficado comprovada controvérsia relevante, não havendo, por conseguinte, estado de insegurança jurídica; não teria ficado provada a vulneração a preceito fundamental.

Depois, a AGU adentrou no mérito das impugnações levantadas na exordial contra dispositivos determinados da LC 64/90. Para a AGU, o § 9º do Art. 14, da Constituição Federal não é norma de eficácia plena, até porque entender assim importaria em se reconhecer uma “[...] hiper-dimensionada hipótese de inelegibilidade, ... uma verdadeira norma em branco a ser complementada pelo crivo do julgador, ante a ausência de quaisquer parâmetros balizadores [...]” (ADPF 144, f. 298). O conceito de vida pregressa seria extremamente controvertido, e a condução da decisão judicial apenas com base nele redundaria em decisões de

cunho subjetivo e mesmo na possibilidade de perseguições políticas, como na legislação vigente antes da LC 64/90.

Em conclusão, louvando embora o anseio por ética e moralidade na gestão da coisa pública, a AGU entendeu que o meio não era adequado, devendo a ADPF não ser admitida.

3.9.2.2 *Câmara dos Deputados*

A Câmara dos Deputados encaminhou suas informações ao relator em breve petição de 08 de julho de 2008, limitando-se a informar que a LC 64/90 foi aprovada na Câmara “[...] seguindo todos os trâmites constitucionais e regimentais atinentes à espécie [...]” (ADPF 144, 305).

3.9.2.3 *TSE*

Em ofício datado de 1º de agosto de 2008, faz o TSE chegar ao STF suas informações, conforme requisitara o Min. Celso de Mello.

Entendendo que os requisitos de admissibilidade da ADPF foram cumpridos, o Presidente do TSE expôs a concepção da Corte de que o §9º do Art. 14 da Constituição da República estabelece uma reserva de lei complementar,

[...] de sorte que os valores ali homenageados (“probidade administrativa”, “moralidade para o exercício do mandato”, “normalidade e legitimidade das eleições”) somente poderiam ser concretamente protegidos quando da intervenção normativa do legislador infraconstitucional, pelo que o dispositivo em questão seria de eficácia limitada. (ADPF 144, f. 312).

Curioso que o próprio presidente do TSE, o Min. Carlos Britto, consignou, em suas informações, que, pessoalmente, havia se posicionado contrariamente à Súmula 13, em sentido próximo ao quanto pleiteado pela arguente, notadamente em contraponto à exigência do trânsito em julgado para se configurar a inelegibilidade, entendendo que o dispositivo constitucional alterado visa a tutelar valores coletivos, e não as pessoas dos candidatos.

Para o Min. Carlos Britto, avulta, assim, “[...] a exigência de uma honrada vida pessoal pregressa como inafastável condição de elegibilidade [...]” (ADPF 144, f.

320), ressaltando ao fim, mais uma vez, que seu posicionamento não obteve o apoio da maioria dos membros do TSE.

3.9.2.4 Senado Federal

Em 1º de agosto de 2008 também o Senado Federal encaminhou suas informações ao Min. Celso de Melo.

Alegou, em preliminar, a inadmissibilidade de impugnação de súmula, mesmo que por via reflexa, ao questionar o conteúdo de decisões judiciais que a aplicam e a ausência de impugnação a todo o conteúdo normativo.

No mérito, manifestou o Senado Federal pela improcedência da ADPF, insistindo na importância do requisito do trânsito em julgado como forma de “[...] proteger o processo eleitoral de eventuais excessos e casuísmos que poderiam macular, na prática, a presunção de inocência, esta sim, princípio maior a ser resguardado, ínsito ao próprio estado democrático de direito [...]” (ADPF 144, f. 517).

Em suma, no entendimento do Senado, os dispositivos inquinados da LC 64/90 cumpriram adequadamente o propósito de salvaguardar o processo eleitoral, impedindo que a vida pregressa do candidato fosse aferida por meio de critérios precários, dando azo à tirania.

3.9.3 Requerimento e Ingresso dos *Amici Curiae*

Houve quatro pedidos de ingressos de *amici curiae*, todos os quais foram deferidos pelo relator.

3.9.3.1 Associação Nacional dos Membros do Ministério Público (CONAMP)

Em 31 de julho de 2008, em petição breve, mas articulada, o CONAMP pleiteou sua admissão na ADPF 144 na condição de *amicus curiae*.

Após tratar da tempestividade do pedido e de seu interesse, manifestou-se, desde logo, pela procedência da ação. Entendeu que o deslinde da controvérsia deveria reger-se pelo “princípio da precaução, ou cautelar”, que não colide com a

presunção de inocência, sendo o voto em pessoas de vida pregressa ilibada entendido como fator de aprimoramento da democracia.

3.9.3.2 Associação Nacional dos Procuradores da República (ANPR)

A ANPR requereu sua admissão no feito, na condição de *amicus curiae*, em petição datada de 04 de agosto de 2008.

Defendidas a tempestividade do requerimento, sua legitimidade e pertinência temática, pugnou também pela procedência da ADPF. Em breve síntese argumentativa, aduziu o seguinte:

A fragilidade inequívoca a que é submetida a boa intenção do legislador é flagrante, quando se pretende admitir que um candidato somente é desprovido dos requisitos essenciais para habilitar-se a qualquer cargo eletivo, após o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, que possa, então qualificá-lo inelegível. (ADPF 144, f. 492).

3.9.3.3 Partido Progressista (PP)

Em 04 de agosto de 2008, peticionou o PP visando a ser admitido como *amicus curiae* na ADPF 144, “[...] posicionando-se contrário à postulação formulada na inicial da presente demanda, bem assim para apresentar, desde logo, memoriais propugnando pela garantia da elegibilidade dos que não possuem contra si decisão condenatória transitada em julgado [...]” (ADPF 144, 501).

Sem se demorar em preliminares, o PP adentrou na argumentação, pleiteando também sustentação oral quando da apreciação da medida liminar. Note-se, por forçoso, que a argumentação mostrou-se um tanto confusa, com citações não referenciadas e frases obscuras.

De todo modo, a argumentação foi toda voltada à improcedência, no mérito, da ADPF, cabendo ao povo, e não ao Poder Público, julgar a vida pregressa dos candidatos

3.9.3.4 Associação dos Juízes Federais do Brasil (AJUFE)

A AJUFE pediu para ingressar no feito, na qualidade de *amicus curiae*, em 06 de agosto de 2008, argumentando, em primeiro lugar, que o pedido era tempestivo, que ela era legitimada para tanto e detinha pertinência temática.

A argumentação de mérito juntada mostrou-se uma cópia, palavra por palavra, da manifestação da ANPR.

3.9.4 Manifestação da Procuradoria-Geral da República

Dada a questão de ordem levantada (cf., mais adiante, seção 3.9.5), a PGR deduziu suas razões oralmente, na sessão de julgamento, pugnando pela procedência dos pedidos.

3.9.5 Acórdão (06 de agosto de 2008)

Na esteira do voto do relator, a ADPF foi julgada improcedente por maioria, vencidos no mérito os Min. Carlos Britto e Joaquim Barbosa.

3.9.5.1 Voto do relator

No julgamento que, em princípio deveria versar sobre a liminar, o Min. Celso de Mello levantou questão de ordem e, entendendo que estavam atendidos todos os pressupostos para tanto, propôs que se votasse desde logo o mérito da controvérsia, proposta que foi acolhida por unanimidade.

Vencidas questões preliminares, decidindo-as pela possibilidade de que ministros com assento no TSE participem do julgamento e pela admissibilidade da ADPF, o Min. Celso de Mello passa ao voto sobre o mérito.

Abrindo a argumentação com uma veemente defesa do direito do eleitor a ser inteiramente informado sobre a conduta dos candidatos, inclusive de sua vida pregressa, o relator consignou que, no entanto, a controvérsia cingia-se a outros pontos, devendo-se responder a quatro indagações: (1) se o postulado da não-culpabilidade se restringe ao domínio penal; (2) em havendo projeção extrapenal, se situações processuais que não transitaram em julgado podem provocar

inelegibilidade; (3) se a exigência da coisa julgada é conflitante com os postulados da probidade administrativa e da moralidade para o exercício de mandato eletivo; (4) se o Art. 14, § 9º, da Constituição Federal é autoaplicável.

O Min. Celso de Mello responde, em apertada síntese, essas questões afirmando que o postulado da não-culpabilidade não se restringe ao âmbito penal, que a presunção de inocência não se esvazia progressivamente, à medida em que se sucedem os graus de jurisdição, mas só deixa de prevalecer com o trânsito em julgado da decisão, que não há colisão entre a exigência da coisa julgada e as cláusulas de probidade administrativa e de moralidade como requisito para o exercício de mandato eletivo, já que a inelegibilidade é gravíssima restrição à capacidade eleitoral do cidadão, e, enfim, que o Art. 14, § 9º, da Constituição Federal não é autoaplicável.

A conclusão se impôs assim, ao final do alentado voto, decidindo o relator pela improcedência do pedido.

No que interessa ao tema desta dissertação, impende indicar que os *amici curiae* foram lembrados pelo Min. Celso de Mello apenas no relatório, de maneira breve (ADPF 144, f. 364 do acórdão). Nem direta nem indiretamente se identifica que tenham tido impacto no voto.

3.9.5.2 *Demais votos*

Em centenas de páginas de votos e de debates, os *amici curiae* não aparecem diretamente. Trata-se de fato a ser explicado, segundo observaremos *infra*, na seção 3.9.6. Por ora, no entanto, é relevante destacar o que podem ser dois impactos indiretos da atividade dos *amici curiae* nos pronunciamentos dos ministros.

O primeiro é muito sutil, mas, tendo em vista que a terminologia “ficha suja” apenas figurou no processo, anteriormente ao voto do Min. Cezar Peluso, no memorial ofertado pelo Partido Progressista, e mais que isso, na cerrada proximidade de encadeamento de ideias entre os trechos correspondentes desse memorial e do voto, não parece descabida a inferência de que, de um modo ou outro, a peça acabou por direcionar, em alguma medida, uma passagem do voto. Confira-se:

Quadro 4 – Relação entre os memoriais do PP e o voto do Min. Cezar Peluso

MEMORIAL DO PP	VOTO MIN. CEZAR PELUSO
<p><i>Cumprе ressaltar, de logo, que o termo <u>ficha suja</u> é utilizado pela imprensa é por si só preconceituoso, discriminatório e arbitrário. Responder a processo não significa ser fichado. Somente com o trânsito em julgado de decisão condenatória é que se pode considerar, pelo período de duração da pena, <u>suja a ficha de alguns</u>.</i></p> <p>(ADPF 144, 503)</p>	<p><i>Que outra coisa pode justificar o predicado representado pelo adjetivo “sujo” nas expressões “ficha-suja”, “passado sujo”, senão a ideia de que o réu é um criminoso? Não é sujo, porque existe o processo; é sujo porque, sob a proposição da existência do processo, está latente a ideia de que ele é um criminoso. (...) / É lícito chamar alguém de criminoso antes do trânsito em julgado de uma sentença penal condenatória?</i></p> <p>(ADPF 144, ff. 588-89 do acórdão)</p>

Fonte: elaborado por Guilherme Pinho Ribeiro

O segundo impacto é indireto em outro sentido: ele é genérico. Trata-se de trecho do voto do Min. Gilmar Mendes em que ele associa o interesse de associações no tema a uma visão majoritária, que seria, para o ministro, simplista. Considerando-se que as associações de magistrados, procuradores e membros do Ministério Público admitidas como *amici curiae* no feito se manifestaram pela procedência da ação, não é difícil ler as considerações do ministro como resposta, em bloco, no sentido da impertinência dos argumentos por elas levantados. Veja-se:

É evidente que é compreensível a ação das várias associações e das várias organizações sociais tendo em vista a repercussão que esse tema tem na opinião pública. Sabemos que, para temas complexos em geral, há sempre uma solução simples e em geral errada. [...] [A]cabamos tendo de nos pronunciar de forma contra-majoritária, claro, tendo em vista a opinião pública, segundo as pesquisas de opinião. (ADPF 144, f. 624 do acórdão).

A ideia, expressa com veemência no voto, é a de que “[...] o direito deve ser achado na lei e não na rua [...]” (ADPF 144, f. 622 do acórdão), o que de certo modo condiciona um certo modo de olhar para a relevância da participação dos *amici curiae* nas ações de controle concentrado de constitucionalidade.

3.9.6 Observações

Diante do exposto, cumpre buscar entender por que razão os *amici curiae* tiveram pouca expressão – apenas indiretamente – nos argumentos desenvolvidos pelos ministros quando do julgamento da ADPF 144.

Um primeiro elemento de explicação pode ser de ordem inteiramente circunstancial. Afinal, ao suscitar questão de ordem transformando o que deveria ser momento de apreciação do pedido cautelar em julgamento do mérito, o Min. Celso de Mello abreviou a tramitação do processo, inviabilizando, na prática, que os *amici curiae* ofertassem memoriais escritos substantivos. Note-se inclusive que a AJUFE foi admitida como *amicus* no próprio dia do julgamento.

Um segundo elemento, de ordem estrutural, desta vez, repousa no sentido mesmo das manifestações dos *amici* e na corrente que prevaleceu no julgamento. Três dos quatro *amici* se manifestaram pela procedência do pedido, ao passo que o pedido foi julgado improcedente pela maioria do Plenário. Talvez seja justamente como decorrência desse distanciamento que a referência às associações aflore, no debate verbal, em fala do Min. Gilmar Mendes transcrita na seção 3.9.5.2, *supra*.

Um terceiro e último elemento, enfim, também de ordem estrutural, é o de estar em jogo controvérsia que não só não demanda esclarecimentos técnicos – como já tivemos a oportunidade de observar em comentário ao julgamento da ADPF 130 –, mas, mais que isso, sobre a qual os ministros já haviam firmado posição em outros julgamentos, seja atuando no TSE, seja no próprio STF. Sem dúvida, nesses casos, o *amicus* acaba por servir pouco ao esclarecimento da controvérsia, aproximando-se muito mais de uma espécie de assistente das “partes,” desafiando a natureza objetiva do processo.

3.10 ADPF 153

3.10.1 Petição Inicial (21 de outubro de 2008)

Impetrante: Conselho Federal da OAB

Relator: Eros Grau

Objeto: Lei n. 6.683/1979, Art. 1º, § 1º (Lei da Anistia)

Parâmetros constitucionais: Arts. 1º, *caput* (princípios democrático e republicano); 1º, III (dignidade da pessoa humana); 5º, *caput*, e XXXIX (isonomia e anterioridade da lei penal); 5º, XXXIII (dever do poder público de não ocultar a verdade)

O Conselho Federal da OAB ajuizou ADPF com o fito de questionar a constitucionalidade, à luz da ordem constitucional inaugurada em 1988, de dispositivo da Lei da Anistia que considerava conexos – e, por isso, anistiados com os crimes políticos – aqueles de qualquer natureza relacionados aos crimes políticos ou praticados por motivação política.

Após expender argumentos relativos ao cabimento da ADPF, a petição inicial se dedicou a argumentar que não pode prevalecer uma interpretação larga do dispositivo em comento. A redação teria sido propositadamente obscura, argumenta a arguente, “[...] a fim de incluir sub-repticiamente, no âmbito da anistia criminal, os agentes públicos que comandaram e executaram crimes comuns contra opositores políticos ao regime militar [...]” (ADPF 153, f. 13 da petição inicial).

O cerne da questão residia no fato de que a conexão exigiria comunhão de propósitos entre os crimes, não podendo haver, por isso mesmo, conexão (já que havia oposição, e não comunhão de propósitos) entre os crimes políticos cometidos pelos opositores do regime militar e os crimes comuns (uma vez que não atentavam contra a ordem política e a segurança do Estado) praticados por agentes governamentais – executores e mandantes – contra aqueles opositores.

Seria, portanto, segundo a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), necessário interpretar o Art. 1º, § 1º, da Lei da Anistia como abrangendo apenas os crimes comuns cometidos pelos mesmos autores dos crimes políticos, o que excluiria de sua incidência os agentes públicos que praticaram crimes comuns contra opositores políticos.

A petição inicial passou então a expor os dispositivos da Constituição de 1988 que são violados pela interpretação que açambarca no dispositivo questionado os crimes comuns praticados por agentes governamentais.

Em primeiro lugar, haveria quebra de isonomia em matéria de segurança, em afronta ao Art. 5º, *caput*, entre outros dispositivos, da Constituição de 1988. Isso porque a anistia, como forma de *abolitio criminis* para um determinado período, precisa tipificar com clareza a conduta que é seu objeto, já que uma redação vaga

impõe ao Judiciário, a cada caso, a tarefa de decidir, isto é, classificar os crimes que foram anistiados. No caso da interpretação questionada, os crimes anistiados “[...] só podem ser reconhecidos como tais no caso concreto e com referência a pessoa determinada [...]” (ADPF 153, f. 18 da petição inicial). O resultado é que “[...] nem todos são iguais perante a lei em matéria de anistia criminal [...]” (ADPF 153, f. 18 da petição inicial), pois cada magistrado, segundo suas próprias orientações, julgará de um modo.

A agravar a falta de isonomia, o Art. 1º, § 2º da Lei questionada excluiu da anistia, entre outros, os atos de “terrorismo”, e a aplicação dessa ressalva apenas aos opositores do regime, e não àqueles que praticaram verdadeiro “[...] terrorismo de Estado [...]” (ADPF 153, f. 19 da petição inicial) constitui desigualdade aberrante.

Em segundo lugar, a interpretação questionada viola o dever do Estado de não ocultar a verdade, afrontando especialmente o Art. 5º, XXXIII, da Constituição Federal. A anistia interpretada em favor dos crimes comuns cometidos por agentes de Estado impede que, por meio do devido processo legal, o povo tome conhecimento da identidade dos responsáveis por crimes de Estado, atentando por isso contra a própria soberania popular para resguardar aqueles que a empalmaram por duas décadas.

Em terceiro lugar, a interpretação impugnada na ADPF atenta contra os princípios democrático e republicano. A Lei da Anistia foi aprovada por um Congresso Nacional eleito de acordo com os desígnios dos comandantes militares e sancionada por um militar que não assumiu o poder por vontade popular, mas por determinação do Exército. Esse procedimento significa que os governantes se valeram da Lei para anistiar a si próprios e aos funcionários que executaram suas ordens, agindo não pelo bem comum, mas em interesse e benefício próprios. Trata-se, portanto de auto-anistia, argumentando o arguente que

[...] a Corte Americana de Direitos Humanos, cuja jurisdição foi reconhecida pelo Brasil no Decreto Legislativo n. 89, de dezembro de 1998, já decidiu, em pelo menos 5 (cinco) casos, que é nula e de nenhum efeito a auto-anistia criminal decretada por governantes [...]. (ADPF 153, f. 24 da petição inicial).

Em quarto lugar, enfim, a interpretação contestada atenta contra a dignidade da pessoa humana. Contra o argumento de que a Lei da Anistia foi resultado de um acordo, o arguente sustenta que o povo brasileiro, as vítimas do regime militar e

seus familiares não foram parte desse acordo, e que, mesmo que tal acordo tivesse existido, não se poderia jamais usar a dignidade das pessoas como moeda de troca em um acordo político. A tortura praticada por agentes da repressão é gravíssimo atentado contra a dignidade da pessoa humana, insuscetível de anistia segundo a Constituição Federal, não apenas porque assim positivado no texto constitucional, mas por ser “[...] fundamento de todo o sistema universal de direitos humano e do sistema constitucional brasileiro inaugurado em 1988 [...]” (ADPF 153, f. 26 da petição inicial).

Forte nesses argumentos, a arguente formula pedido de interpretação conforme, para que o STF declare “[...] que a anistia concedida pela citada lei aos crimes políticos ou conexos não se estende aos crimes comuns praticados contra opositores políticos, durante o regime militar (1964/1985) [...]” (ADPF 153, f. 29 da petição inicial).

3.10.2 Manifestação dos Arguidos

Distribuída ao Min. Eros Grau a inicial, o relator determinou que fossem solicitadas informações às autoridades responsáveis pelo ato questionado e que, depois, os autos fossem remetidos à PGR para o seu parecer (ADPF 153, 42).

3.10.2.1 Câmara dos Deputados

Em brevíssima manifestação datada de 07 de novembro de 2008, a Câmara dos Deputados informa apenas que a lei foi aprovada de acordo com os trâmites próprios (ADPF 153, f. 54).

3.10.2.2 Senado Federal

A Advocacia do Senado Federal, prestando informações, em 20 de novembro de 2008, tece argumentação pela inadmissibilidade e, se admitida, pela improcedência da ADPF.

Para o Senado, a inicial seria inepta por constituir o pedido logicamente e, logo, juridicamente impossível (trata-se de lei que se exauriu no mesmo instante em que entrou no mundo jurídico, projetando-se apenas os seus efeitos jurídicos; a Lei

da Anistia não incidia mais, em razão dessa incidência instantânea, quando a Constituição de 1988 entrou em vigor).

Ainda pela inadmissibilidade, argumenta a Advocacia do Senado que a arguente não teria interesse de agir, pois a mesma definição normativa foi prevista no Art. 4º da EC n. 26, de 1985 (BRASIL, 1985). Destarte,

[...] mesmo que o Supremo Tribunal Federal acolha a pretensão da OAB, permanece outra norma de estatura constitucional, com igual ou mais amplo conteúdo, e nada muda no ordenamento jurídico, sendo claro [sic] a inutilidade do provimento jurisdicional [...]. (ADPF 153, f. 75-76).

O último ponto evocado em desfavor da admissibilidade é a ausência de controvérsia constitucional, o que seria decorrente do fato do exaurimento do dispositivo tão logo promulgado, sendo a controvérsia relatada na inicial de cunho meramente jornalístico ou doutrinário, motivado por ideologia política, sem que seja apontado um só julgado em favor da existência de controvérsia.

Se porventura vencidos esses argumentos, no mérito, a Advocacia do Senado Federal alude ao contexto da Lei de Anistia, que teria feito parte de “acordo histórico que viabilizou um processo mais amplo: a redemocratização brasileira, fundada numa nova Carta Constitucional, com viés profundamente democrático” (ADPF 153, f. 78). A própria OAB seria contraditória ao dizer hoje que a anistia foi demasiado ampla, pois, em julho de 1979, se havia manifestado contrariamente ao projeto de lei que redundou na Lei da Anistia, considerando-o excessivamente restrito, em manifestação do então vice-presidente da OAB, futuro ministro do STF, Sepúlveda Pertence, em prol de uma anistia ampla, geral e irrestrita.

3.10.2.3 Presidência da República

Pela Presidência da República, a AGU prestou extensas informações ao STF em 02 de fevereiro de 2009, com notas técnicas da Secretaria Especial de Direitos Humanos (ADPF 153, f. 380-416), da Subchefia de Assuntos Jurídicos da Casa Civil da Presidência da República (ADPF 153, f. 527-573), do Ministério das Relações Exteriores (ADPF 153, f. 209-21), do Ministério da Justiça (ADPF 153, f. 418-473), do Ministério da Defesa (ADPF 153, f. 284-312) e da Consultoria-Geral da União (ADPF 153, f. 313-379).

Trata-se de riquíssimo dossiê, expressando vozes dissonantes do governo, como se vê pelo fato de que o Ministério da Justiça, a Secretaria Especial de Direitos Humanos da Presidência da República e a Subchefia de Assuntos Jurídicos da Casa Civil defenderam a procedência da ação, os demais órgãos sustentando o seu descabimento ou a sua improcedência. Nesta exposição, entretanto, centrar-nos-emos na manifestação da própria AGU (ADPF 153, f. 180-206), seja devido ao fato de que esta manifestação é resultado de ponderação a partir daquelas notas técnicas, seja porque, para os fins deste trabalho, tal incursão representaria desvio de rota.

A manifestação da Presidência da República é pelo não conhecimento da ADPF e, no mérito, pela sua improcedência.

Em prol da inadmissibilidade, como matéria de preliminares, a AGU sustenta que não foi comprovada controvérsia judicial e que não houve impugnação de todo o complexo normativo, por não ter sido questionada a Emenda Constitucional n. 26 de 1985.

Pela improcedência, a AGU começa por defender que, considerada a *mens legislatoris*, o sentido da norma foi o de conceder uma anistia ampla e irrestrita e que isso ficou claro aos diferentes setores da sociedade, inclusive à OAB, “[...] sendo certo que não estabeleceu esse diploma legal qualquer discriminação, para concessão do benefício da anistia, entre opositores e aqueles vinculados ao regime militar [...]” (ADPF 153, f. 192). Entender de outro modo, viabilizando uma restrição da incidência da Lei da Anistia, redundaria em subverter situações jurídicas consolidadas e impor leitura mais gravosa da norma aos que porventura pudessem ser por ela atingidos.

Na sequência, milita a AGU pela compatibilidade entre a Lei da Anistia e a Constituição de 1988, em razão do princípio da segurança jurídica e da irretroatividade da lei penal mais severa, sendo a reversão de situação jurídica consolidada um atentado contra a Constituição da República. Se assim se procedesse, violar-se-ia o Art. 5º, inc. XL, da Constituição, fazendo retroagir a lei penal mais gravosa. Nessa linha de argumentação, a AGU rechaça o argumento de ter sido a Lei da Anistia aprovada por um Legislativo ilegítimo, pois “[...] a incorporação de ato normativo a ordem jurídica instaurada supervenientemente depende, apenas de sua compatibilidade material de seu conteúdo [sic] com a nova Constituição [...]” (ADPF 153, f. 201).

A AGU pontua, na mesma linha do Senado Federal, que a OAB tenta, nessa ADPF, reagir contra suas próprias interpretações, tendo em vista o já citado parecer de Sepúlveda Pertence, aprovado pelo Conselho Federal e secundado por diversos outros órgãos representativos da advocacia.

Enfim, a AGU sustenta que os tratados internacionais não podem ser invocados para aplicação interna de tipos penais recentemente admitidos nessas convenções. Isso porque os tratados aludidos não têm força de derogar a própria Constituição, nenhum deles tendo sido aprovado segundo o rito que a Emenda Constitucional n. 45 previu no Art. 5º, § 3º, da Carta da República (BRASIL, 2004).

Por esses argumentos, manifesta-se a AGU pela inadmissibilidade e, no mérito, pela improcedência da ADPF.

3.10.3 Requerimento e Ingresso dos Amici Curiae

Quatro *amici curiae* foram habilitados no feito. Houve apenas uma inadmissão, do Centro Acadêmico XI de Agosto, entidade representativa dos estudantes da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (ADPF 153, f. 1445-1466), já após o julgamento, em 02 de abril de 2012, quando a ADPF estava sob a relatoria do Min. Luiz Fux, com o fito de participar do julgamento dos embargos de declaração, isto é, após a prolação do acórdão. O pleito foi denegado por já ter o processo sido incluído em pauta para julgamento.

3.10.3.1 Associação Juízes para a Democracia

A Associação Juízes para a Democracia pleiteou seu ingresso na qualidade de *amicus curiae* em petição de 24 de novembro de 2008, para “[...] colaborar com esta E. Corte, prestando informações relevantes para o deslinde da controvérsia [...]” (ADPF 153, f. 98).

A manifestação é um misto de petição de ingresso e *brief*, tendo em vista que ingressa em alguns argumentos e, concomitantemente, se posiciona pela procedência da ação. Isso porque os atos praticados pelo regime militar teriam negado vigência a direitos fundamentais, havendo precedentes em países da América Latina e da Corte Interamericana de Direitos Humanos contra a anistia anteriormente concedida.

No sentir da Associação, a ADPF iria além da delimitação do âmbito de abrangência de uma norma específica, para “[...] determinar qual a natureza dos atos repressivos praticados pelo regime militar [...]” (ADPF 153, f. 102), de “[...] definir, de uma vez por todas, perante toda a sociedade brasileira, o grau de tolerância do Estado brasileiro diante das atrocidades cometidas na vigência de regime totalitário [...]” (ADPF 153, f. 102).

Além da admissão de seu ingresso, a Associação requereu prazo para sua manifestação.

A Associação Juízes para a Democracia foi admitida no feito ao argumento da “[...] relevância da questão e com o objetivo de pluralizar o debate constitucional [...]” (ADPF 153, f. 778).

3.10.3.2 Centro pela Justiça e o Direito Internacional (CEJIL)

O CEJIL, associação civil sem fins lucrativos que atua para a implementação de normas internacionais de direitos humanos nos Estados membros da OEA, em uma petição extensa de 10 de setembro de 2009, a um só tempo requereu admissão no feito e ofereceu verdadeiro *brief*, finalizado com pedido – que reproduz o sentido daquele da inicial – de que se declare que “[...] o conceito de crimes conexos aos crimes políticos, disposto no parágrafo 1º, do Art. 1º da Lei 6.683/79, não se estende aos graves delitos praticados sistematicamente pelos agentes da repressão contra opositores políticos durante o regime militar [...]” (ADPF 153, f. 688).

Preliminarmente, o CEJIL defende a admissibilidade da ADPF, defendendo, a respeito da controvérsia jurídica, que há iniciativas de responsabilização civil, criminal e administrativa de violadores de direitos humanos que, no entanto, em casos de investigação criminal, foram arquivadas pelo Poder Judiciário. São lembrados casos em aberto a comprovarem “[...] evidente controvérsia jurídica [...]” (ADPF 153, f. 655).

Ainda em matéria preliminar, a CEJIL, de modo coerente com seus objetivos, defende a necessidade de diálogo entre o direito internacional e o interno, que teria sido realçado pelo reconhecimento, pelo próprio STF, de que os tratados internacionais que versam sobre direitos humanos têm estatura supralegal. Mencionando os principais tratados de direitos humanos assinados pelo Brasil, a CEJIL entende que “[...] os parâmetros internacionais de proteção dos direitos

humanos têm exigido verdade, justiça e reparação integral como corolário da proteção de direitos fundamentais [...]” (ADPF 153, f. 658).

No mérito, o CEJIL desenvolve cinco vertentes argumentativas.

A primeira: o Estado brasileiro obrigou-se internacionalmente, ao ratificar tratados internacionais, e a legislação interna não pode ser evocada para se escusar do cumprimento de tais obrigações. Como reconhecem os diversos órgãos encarregados da aplicação de tais tratados, a anistia a crimes realizados por agentes do Estado, com graves violações aos direitos humanos, é incompatível com essas obrigações.

A segunda: toda a sociedade tem direito à verdade, conforme proclamado pela Comissão de Direitos Humanos da ONU, em 1998 e reconhecido, em 2007, pela Assembleia Geral da OEA, entre outras instituições de peso, devendo, como consequência, a verdade ser restabelecida por meio de processos judiciais.

A terceira: o contexto histórico brasileiro, entre 1964 e 1985, foi o de uma ditadura militar que buscou reprimir, inclusive legislativamente, a oposição ao regime. Em um contexto de forte pressão sobre o regime, a Lei da Anistia foi aprovada sem conter um dispositivo que claramente anistiasse os militares, e fazer prevalecer tal interpretação equivaleria a perpetuar os procedimentos legislativos manipulados pelo regime.

A quarta: não se podem utilizar as leis de anistia como obstáculo ao direito à verdade e à justiça.

A quinta: outros dispositivos legais tampouco podem ser utilizados como obstáculos ao direito à verdade e à justiça.

O CEJIL foi admitido pelo relator, em decisão idêntica àquela que deferiu o ingresso da Associação Juízes para a Democracia (ADPF 153, f. 806).

3.10.3.3 Associação Brasileira de Anistiados Políticos (ABAP)

A ABAP requereu seu ingresso na ADPF 153 em petição datada de 05 de setembro de 2009, argumentando pela procedência da ADPF, complementando que, além da violação aos dispositivos constitucionais aludidos na inicial, a concessão da anistia aos crimes comuns praticados por agentes públicos afronta “[...] a Convenção contra a tortura, da ONU, e jurisprudência da Corte Americana de Direitos Humanos

que declara ser nula e de nenhum efeito a auto-anistia criminal decretada por governantes [...]” (ADPF 153, f. 726).

A ABAP argumenta a um só tempo pela admissão de seu ingresso no processo, e pelo recebimento e procedência da ADPF 153, ressaltando-se, nos argumentos de admissibilidade da ação, a ideia de que já uma controvérsia notória, sendo “[...] esta polêmica uma das grandes discussões constitucionais da atualidade, com forte repercussão social e política [...]” (ADPF 153, f. 718).

Dentre os argumentos de mérito, a ABAP reproduz muito do quanto já fora dito pela arguente, em linguagem mais retórica que técnica. No entanto, há um tópico sobre a proibição do retrocesso que inova na argumentação. Segundo a ABAP, trata-se de princípio constitucional implícito. No caso,

[...] a realização desse direito, universal, atemporal, exige que se repudie qualquer interpretação que venha a retroceder em seus fundamentos, sendo da própria natureza da luta contra a tortura a necessidade de processamento e punição dos torturadores [...]” (ADPF 153, f. 723).

Em decisão idêntica às anteriores, foi admitida a ABAP pelo relator (ADPF 153, f. 807).

3.10.3.4 Associação Democrática e Nacionalista de Militares (ADNAM)

Com extensa argumentação, como os demais *amici*, defendendo a admissibilidade e, no mérito, a procedência da ADPF 153. A ADNAM pleiteou seu ingresso na condição de *amicus curiae* em 10 de abril de 2010.

A associação, formada por militares das três forças armadas, por policiais militares e corpos de bombeiros, argumenta sua representatividade na defesa, que é seu objetivo, de militares que foram punidos durante o regime militar por, apesar de seu vínculo institucional, não compactuarem com o regime de exceção.

No que se refere ao mérito da ADPF, a argumentação principia por conceituar os crimes praticados pelos agentes do Estado durante o regime militar como absolutamente nulos – que, segundo a dogmática dos atos administrativos, não podem jamais se convalidar – e que, por isso, são também impassíveis de anistia.

Aduz, na sequência, que a Lei da Anistia precisa ser interpretada conforme à Constituição e mormente de modo a

Fazer cumprir o direito à verdade e à memória como um compromisso constitucional do qual não se pode abrir mão: 1. para que o esquecimento não se traduza na lógica da barbárie ou na redução do homem a um cadáver anônimo; 2. para que a lembrança não seja a narração dos vencedores ou perpetradores como uma forma de sanar o desconforto, em nome da expiação de uma culpa que, para a maioria deles, no fundo, nunca aconteceu; e, por fim, para que a responsabilidade seja apurada e, pedagogicamente, através da aplicação do direito, o futuro não reproduza o passado. (ADPF 153, f. 825).

Como resultado da ratificação das Convenções de Genebra, de 1949, ademais, o Estado brasileiro tem a obrigação internacional de investigar permanentemente os crimes contra a humanidade, não se podendo considerar anistiados, por isso, os que cometeram crimes comuns e de tortura durante a ditadura militar no Brasil. São citados dispositivos relacionados da Convenção Interamericana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica: Arts. 2º 8º e 25) e decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos no sentido da antijuridicidade das leis de auto-anistia. Ademais, os crimes de desaparecimento forçado possuiriam caráter contínuo.

Prossegue a ADNAM sustentando que não houve nem pré-compromisso nem acordo em torno da Lei da Anistia, sendo esse diploma aprovado com senadores biônicos e em ambiente de abertura democrática meramente nominal, já que não havia liberdade para o dissenso e, logo, para a discussão. O texto foi aprovado por curta margem, aliás. Lembra a ADNAM a manifestação de Paulo Brossard, no Senado, contra a anistia irrestrita aos torturadores e parcial aos opositores do regime. Referindo-se a entrevista de Sepúlveda Pertence, cujo parecer na condição de vice-presidente do Conselho Federal da OAB já fora lembrado pelo Senado, pela AGU e pela AGR, a ADNAM indica que Pertence entendia que “[...] o § 1º do Art. 1º da Lei 6.683/79 era inegociável pelo regime militar e, portanto, estava de fora de qualquer acordo político viável à época.” (ADPF 153, 833). Havia assim, não um acordo, mas uma situação de tudo ou nada imposta pelo regime militar à sociedade brasileira.

Enfim, a ADNAM repisa os argumentos da petição inicial relativos à lesão a preceitos fundamentais.

Em decisão do mesmo teor das anteriores, o relator admitiu o ingresso da ADNAM (ADPF 153, f. 854).

3.10.4 Manifestação da Procuradoria-Geral da República

Em parecer datado de 29 de janeiro de 2010, a PGR se manifestou pela admissão e, no mérito, pela improcedência da ADPF, ponderando argumentos da inicial, da AGU e do Senado Federal.

Com efeito, a posição da PGR é a de que a relevância do tema “[...] recomenda afastar-se na espécie visão reducionista do instituto que inviabilize a apreciação pelo Supremo Tribunal Federal de questão de tamanha importância [...]” (ADPF 153, f. 578). Assim, não é necessária controvérsia judicial, exigível apenas quando se cuida de ADPF incidental, bastando a existência de controvérsia constitucional nos demais casos. Também pela admissibilidade, o não-questionamento da Emenda Constitucional 26, de 1985, não seria relevante, por apenas reforçar o *caput*, e não o § 1º, do Art. 1º da Lei da Anistia. Enfim, a ADPF também seria admissível porque a Lei da Anistia não é temporária e, de toda maneira, caberia ADPF contra lei temporária. Basta que a lei seja aplicada hoje a fatos acontecidos no período que ela determinou,

Adentrando a discussão do mérito, a PGR principia por sustentar a necessidade, para além dos argumentos estritamente técnicos – em que está alinhada, sustenta a PGR, com a avaliação da AGU – de examinar o “[...] contexto histórico em que veio à luz o dispositivo impugnado [...]” (ADPF 153, f. 593). Para a PGR, a anistia “[...] resultou de um longo debate nacional, com a participação de diversos setores da sociedade civil, a fim de viabilizar a transição entre o regime autoritário militar e o regime democrático atual [...]” (ADPF 153, f. 599). Seriam expressões disso o Movimento Feminino pela Anistia, surgido em 1975, os artistas, que se expressaram em parecer lido em plenário pelo Senador Franco Montoro, o Instituto dos Advogados Brasileiros e mesmo o Conselho Federal da OAB, consubstanciado no já amplamente rememorado parecer de Sepúlveda Pertence em defesa de uma anistia ampla, geral e irrestrita.

A própria transição democrática, sustenta a PGR, estaria assim lastreada nesse acordo, consistindo ele, destarte, limite ao poder constituinte originário:

Se o próprio processo constituinte, no desenvolvimento de seus atos, cria as barreiras de conformação jurídica do novo Estado, por meio da Constituição, é de se supor que as cláusulas de compromisso, firmadas nesse processo, sejam respeitadas sob a nova ordem constitucional, sob a pena de negar-se ao direito a força que possui de integração social e de

estabilizador das expectativas gerais de comportamento. (ADPF 153, f. 611).

Introduzindo, enfim, argumento relevante, a PGR entende que a manutenção da Lei da Anistia não deve, no entanto, embaraçar o direito à verdade, por meio do acesso aos documentos históricos do regime militar, pleiteado pela própria PGR na ADI 4077.

3.10.5 Pedido de realização de audiência pública

Em 04 de fevereiro de 2010, alegando a relevância do parecer da PGR, notadamente no que toca à observância dos preceitos fundamentais da Constituição da República e ao respeito aos princípios do direito internacional relativos aos direitos humanos, a OAB requereu a realização de audiência pública de modo a se “[...] abrir o debate assim instaurado, para que se ouça a abalizada opinião de especialistas de renome internacional nos assuntos acima indicados [...]” (ADPF 153, f. 1 da petição).

No entanto, em decisão de 8 de abril de 2010, o relator assenta que não ficou suficientemente demonstrada a necessidade da audiência, que resultaria apenas em retardamento do julgamento.

3.10.6 Acórdão (29 de abril de 2010)

A ADPF foi julgada improcedente pela maioria do Plenário, que seguiu o voto do relator, vencidos os Min. Ricardo Lewandowski e Ayres Britto, que a julgavam parcialmente procedente.

3.10.6.1 Voto do relator

Em seu voto, pela admissibilidade e pela improcedência da ADPF, que se sagrou vencedor, o Min. Eros Grau, com as considerações teóricas que recorrem em boa parte de seus votos mais extensos, segue, no essencial, a linha de argumentação consubstanciada no parecer da PGR, não apenas por admitir a ação e na sequência julgá-la improcedente, mas pela importância que confere ao contexto histórico da lei – máxime por se tratar do que chama de “lei-medida,” que disciplinam

imediatamente determinados interesses, consubstanciando, em trajes legais, um ato administrativo especial – e, como se vê, por interpretar a Emenda Constitucional 26, de 1985, como norma-origem da Constituição de 1985, logo, vendo no contexto histórico da anistia uma espécie de limitação ao poder constituinte originário responsável pela Carta Constitucional de 1988. Seria possível colocar lado a lado trechos do parecer da PGR e do voto para demonstrar a proximidade, mas, tendo em vista que o foco deste trabalho não é a PGR, deixamos de fazê-lo.

Do ponto de vista que nos interessa nesta dissertação, o Min. Eros Grau, em seu relatório, indica e resume os principais argumentos de um dos *amici curiae* – a Associação Juízes para a Democracia (ADPF 153, f. 7 do acórdão), limitando-se a lembrar o ingresso dos demais (ADPF 153, f. 10 do acórdão). O relator lembra, ao fim do relatório, o requerimento da Associação Juízes para a Democracia de juntada de manifesto de juristas e abaixo-assinado contra a anistia dos militares, que foi deferido.

Frise-se que a Associação em questão teve suas razões consideradas no voto. Assim, tomando a manifestação da Associação em conjunto com a exordial, o relator lembra que a “[...] Associação Juízes para a Democracia [AJpD] afirma, em razões aportadas aos autos, que neles se trata de delinear o conceito de crimes políticos e crimes conexos com estes, previstos na Lei n. 6.683/79, para que seja determinada a sua extensão.” (ADPF 153, f. 15 do acórdão).

Afora esses pontos, no entanto, não é possível discernir impactos específicos das manifestações dos *amici curiae* no voto do Min. Eros Grau.

3.10.6.2 Demais votos

Há pontos relevantes em que outros ministros tomaram em consideração argumentos trazidos pelos *amici curiae*. Vejamos.

Destaque-se, em primeiro lugar, a referência feita, no voto da Min. Cármen Lúcia, a argumento da CEJIL:

Inicialmente, atento para o que foi observado pela Senhora Advogada representante do *amicus curiae* Cejil, Dra. Helena de Souza Rocha, no sentido de que a postulação encampada pela entidade por ela representada fundamenta-se no direito à verdade, hoje reconhecido pela legislação internacional como inerente a todos os povos. De pronto enfatizo não haver qualquer dúvida de que ela dispõe de total razão em seus argumentos. Mas

também saliento que, ao contrário do que se poderia concluir a partir de tais ponderações, não há qualquer questionamento sobre isso, nem se está a decidir, aqui, como, aliás, se tem no parecer da Procuradoria-Geral da República, qualquer conclusão contrária sobre tal ponto (ADPF 153, f. 78-79).

Essa consideração mostra-se interessante por remeter não à peça escrita da CEJIL, mas à sustentação oral realizada na tribuna, o que levanta a questão relativa aos veículos pelos quais os argumentos dos *amici* chegam de forma mais efetiva à consciência dos julgadores.

Mas a conexão entre os votos e os argumentos dos *amici* é, no mais das vezes, indireta.

Talvez seja possível identificar na referência a julgamentos da Corte Interamericana de Direitos Humanos, no voto do Min. Lewandowski, um eco a argumentos trazidos pelos *amici* e, notadamente, pelo CEDIL.

É na mesma linha a conexão que se possa estabelecer entre as manifestações dos *amici* e o voto do Min. Celso de Mello, embora aqui seja melhor guardar uma dose maior de prudência, tendo em vista que os votos do Min. Celso de Mello tendem, com muita frequência, ao exame de tratados e convenções internacionais. É como uma resposta, de todo modo, a argumentos levantados pelos *amici* que se deve entender a crítica do Min. Celso de Mello à ideia de que a Lei de Anistia seria incompatível com os tratados por se tratar de auto-anistia – argumento, como se viu, levantado pelos *amici*, embora não citados diretamente no voto. Segundo o ministro:

É preciso ressaltar, no entanto, como já referido, que a lei de anistia brasileira, exatamente por seu caráter bilateral, não pode ser qualificada como uma lei de auto-anistia, o que torna inconsistente, para os fins deste julgamento a invocação dos mencionados precedentes da Corte Interamericana de Direitos Humanos. (ADPF 153, f. 184 do acórdão).

Tudo bem contado, talvez nessa manifestação do Min. Celso de Mello se tenha o caso mais saliente em que, embora sem citá-los, um ministro da Corte, no julgamento da ADPF 153, buscou considerar, ainda que para repeli-los, argumentos trazidos à baila pelos *amici*.

Talvez o Min. Ayres Britto esteja ecoando, também indiretamente, a presença da ADNAM no processo ao distinguir entre “militares torturadores” e “[...] os militares

honrados que acreditavam numa estruturação estatal e numa forma de governo boas para o Brasil [...]” (ADPF 153, f. 142 do acórdão).

A referência a discurso do Min. Paulo Brossard no Senado Federal, enfim, ao que nos consta, foi introduzida no processo na manifestação da ADNAM (ADPF 153, 833). É lembrada, entre outros – mas com sentido distinto daquele em que a entendia a ADNAM – no voto do Min. Gilmar Mendes (ADPF 153, f. 149 do acórdão).

3.10.7 Observações

À guisa de conclusão, impõem-se algumas considerações sobre os *amici curiae* na ADPF 153.

É de se destacar, em primeiro lugar, que parece ter havido uma nítida percepção de alinhamento entre o arguente e a totalidade dos *amici*. Assim, em seu voto, a Min. Cármen Lúcia consigna que “[...] não se teria a conexão de crimes, efetivamente, como pretendido pela Arguente e pelos *amici curiae* [...]” (ADPF 153, f. 94 do acórdão). Muito similar o que deita por escrito o Min. Gilmar Mendes em discussão: “[...] eu estou dizendo nas discussões alimentadas pelos arguentes e *amicus curiae* [...]” (ADPF 153, f. 149 do acórdão) e, depois, em seu voto, ao afirmar esse ministro que a Associação Brasileira de Anistiados Políticos “[...] em sua manifestação, reforça os pontos defendidos pelo Conselho Federal da OAB na petição inicial.” (ADPF 153, f. 222 do acórdão).

Essa percepção – talvez dissonante com o fundamento da admissão dos *amici* pelo relator, apoiada na ideia de pluralização do debate – não explica, no entanto, por que razão os votos que dão pela procedência, ainda que parcial, da ADPF não tiveram em maior conta os argumentos dos *amici*, que, como se viu, ainda que tendentes a sustentar a admissibilidade e a procedência da ação, traziam argumentos novos, a exemplo da ideia da vedação ao retrocesso, lembrada pela ABAP.

A variedade da construção argumentativa poderia, assim, estar mais ligada à forma pela qual os ministros constroem os seus votos, sem que haja qualquer necessidade de referência aos argumentos dos *amici*, do que à efetiva importância deles. É notável nesse sentido que seja possível reconhecer, como demonstramos *retro*, na seção 3.10.6.2, uma quantidade significativa de referências indiretas a argumentos dos *amici*.

3.11 ADPF 186

3.11.1 Petição Inicial (20 de julho de 2009)

Impetrante: Partido Democratas (DEM)

Relator: Ricardo Lewandowski

Objeto: Ata da Reunião Extraordinária do Conselho de Ensino, Pesquisa e Extensão da Universidade de Brasília (CEPE), realizada no dia 06 de junho de 2003; Resolução n. 38, de 18 de junho de 2003, do Conselho de Ensino, Pesquisa e Extensão da Universidade de Brasília (CEPE); Plano de Metas para a Integração Social, Étnica e Racial da Universidade de Brasília – UnB; Item 2, subitens 2.2., 2.2.1, 2.3, item 3, subitem 3.9.8 e item 7 e subitens, do Edital n. 2, de 20 de abril de 2009, do 2º Vestibular de 2009, do CESPE – Centro de Seleção e de Promoção de Eventos – órgão que integra a Fundação Universidade de Brasília e organiza a realização do concurso vestibular para acesso à UnB

Parâmetros constitucionais: Arts. 1º, *caput* (princípio republicado) e inc. III (dignidade da pessoa humana); 3º, inc. IV (contra preconceito de cor e discriminação); 4º, inc. VIII (repúdio ao racismo); 5º, inc. I (igualdade), II (legalidade), XXXIII (direito à informação dos órgãos públicos), XLII (combate ao racismo) e LIV (devido processo legal – princípio da proporcionalidade); 37, *caput* (princípios da legalidade, da impessoalidade, da razoabilidade, da publicidade e da moralidade, corolários do princípio republicano); 205 (direito universal à educação); 206, *caput* (autonomia universitária); 208, inc. V (princípio meritocrático – acesso ao ensino segundo a capacidade de cada um).

Em sua petição inicial, o DEM alega que determinações da Universidade de Brasília para que 20% do total de vagas das universidades fossem reservadas a candidatos negros (“cotas raciais”) seriam inconstitucionais, violando diversos preceitos fundamentais. Em termos vigorosos, a petição enquadra assim a controvérsia que deseja ver julgada a seu favor pelo STF: “[...] é ou não constitucional a racialização do País? É ou não constitucional a criação de Tribunais

Raciais nas universidades, como órgão capaz de determinar quem é negro no Brasil?” (ADPF 186, f. 23 da petição inicial).

Preliminarmente, o DEM argumenta por sua legitimidade ativa, por se tratar de partido político com representação no Congresso Nacional, e pertinência temática, reconhecidamente universal para tais entes, assim como pelo cabimento da ADPF. O cabimento estaria assentado na existência de ameaça a preceito fundamental, como decorrência de ato do Poder Público, não havendo outro meio eficaz para sanar a lesividade dentre os instrumentos de controle concentrado de constitucionalidade. Caso não seja aceita como ADPF, no entanto, a arguente invoca o princípio da fungibilidade processual para que então ela seja recebida como ADI.

No mérito, a arguente tece uma série de considerações, com argumentos de diversas ordens, buscando desde logo delimitar a controvérsia à ideia de que “[...] a adoção de políticas afirmativas racialistas – nos moldes em que adotadas pela UnB decorre [...] de um certo deslumbramento precipitado em relação ao modelo adotado nos Estados Unidos [...]” (ADPF 186, f. 26 da petição inicial), não sendo tendente a construir uma sociedade mais justa, igual e solidária no Brasil. É ao critério de raça como eixo definidor da ação afirmativa que se ataca o DEM.

Em primeiro lugar, a arguente sustenta que não existem raças, sendo os homens todos iguais, consenso científico desde a década de 1970 reforçado pelo Projeto Genoma Humano. O racismo estaria ligado ao tráfico negreiro, como justificativa pseudo-científica *a posteriori* para o que foi uma opção de cunho econômico.

Na sequência, evoca a arguente os exemplos de Ruanda e dos Estados Unidos. No primeiro caso, identifica que uma lógica de racismo institucionalizado, redundando na separação entre hutus e tutsis, para proteger aqueles da dominação destes, resultou em “[...] um profundo e tenebroso ódio entre irmãos [...]” (ADPF 186, f. 43 da petição inicial). No segundo caso, destaca a arguente diversas diferenças entre Brasil e Estados Unidos, que teria por resultado a inexistência de ódio racial no Brasil, com um ingresso lento, mas constante do negro livre na sociedade, ao contrário da violência do processo social nos Estados Unidos, com suas leis segregacionistas após a abolição da escravatura.

Prossegue a arguente para sustentar que os dados estatísticos com que se busca afirmar que o Brasil é um país racista são distorcidos, pois o fator

determinante nas desigualdades não seria a cor da pele, mas sim a renda, tendo brancos, negros e pardos pobres exatamente as mesmas dificuldades.

Passa então a arguente a distinguir o modelo multirracial brasileiro do modelo birracial americano, o que a leva à conclusão de que “[...] o brasileiro não possui a consciência exata à que cor pertence, o que é produto de um Estado não-racializado [...]” (ADPF 186, f. 62 da petição inicial). Não haveria assim como se determinar quem é efetivamente negro no Brasil.

Tecidas essas considerações, a arguente arremata sua argumentação com uma análise do programa afirmativo da UnB à luz do princípio da proporcionalidade. Segundo essa análise, a política de cotas raciais não passaria sequer pelo critério da adequação, já que a mazela a ser combatida a obstar o acesso à universidade é a pobreza, e não a cor da pele. No critério da necessidade, ainda que admitida a adequação, tratar-se-ia de medida excessiva, já que um modelo que atendesse aos pobres de todas as cores “[...] seria menos lesivo aos direitos fundamentais e terminaria por atingir também a finalidade pretendida, sem gerar a racialização do país [...]” (ADPF 186, f. 75 da petição inicial). Enfim, pelo critério da proporcionalidade em sentido estrito, que envolve um juízo de ponderação, a política teria um peso excessivo na limitação de outros direitos fundamentais (os preceitos fundamentais atingidos pela política de cotas da UnB): igualdade, moralidade, publicidade, mérito, autonomia universitária, vedação ao racismo.

Baseada nesses argumentos, a arguente formula seus pedidos. Cautelarmente, pede a suspensão da matrícula resultante do vestibular realizado segundo os critérios do edital impugnado, de modo que o CESPE divulgue nova listagem dos aprovados, considerando todos como se inscritos no sistema universal de ingresso, independentemente do critério racial e, como consequência, impedir novos editais com critérios raciais bem com suspender imediatamente todos os processos que envolvam a discussão de cotas na universidade. Como pedido principal, pede a declaração de inconstitucionalidade dos atos normativos impugnados.

3.11.2 Manifestação dos Arguidos

Foram requisitadas informações ao reitor da Universidade de Brasília (UnB), ao diretor do Centro de Seleção e de Promoção de Eventos (CESPE) e ao

presidente do Conselho de Ensino, Pesquisa e Extensão (CEPE), assim como as manifestações da AGU e da PGR. Eles se manifestaram conjuntamente em 19 de março de 2010, em forma de petição assinada pela Procuradoria Federal junto à Fundação Universidade de Brasília.

A UnB defende sua política de cotas, pugnando pela inadmissibilidade da ADPF (por não atender ao princípio da subsidiariedade, já que o ato poderia ser impugnado por meio de ADI) e, se conhecida, pela sua improcedência.

Impor-se-ia a improcedência da ADPF, se conhecida – é o primeiro ponto das informações prestadas – pela necessidade da política de cotas da UnB diante da segregação social permanente sobre o grupo ao qual se volta tal política. A discriminação racial e o racismo seriam notórios no Brasil, para o que se invocam manifestações doutrinárias do Min. Marco Aurélio Mello, bem como diversos indicadores do Instituto brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) e estudos especializados.

Passa então a UnB a atacar os argumentos da petição inicial, argumentando, em suma, que a dignidade humana é preservada, e não atacada, pela política de cotas (já que ela se assenta na promoção da igualdade, e não apenas na vedação da desigualdade), que a discriminação racial, existente, é tanto direta quanto indireta (neste caso, por meio da teoria do impacto desproporcional, segundo a qual “[...] medidas públicas ou privadas, aparentemente neutras do ponto de vista racial [...] uma vez aplicadas, acabam gerando prejuízos às minorias estigmatizadas [...]” ADPF 186, f. 2149), que a indefinição do conceito genético de raça não invalida a discriminação resultante da cor e da aparência do indivíduo, resultante, isto é, do seu fenótipo, que as cotas raciais são proporcionais, por tenderem a mitigar as desigualdades sociais, que, enfim, os dados em que se baseia a política de cotas na UnB não tiveram por base qualquer sistema estrangeiro.

3.11.3 Requerimento e Ingresso dos *Amici Curiae*

Há uma pluralidade de *amici* que pleitearam seu ingresso nessa ADPF e que foram admitidos, de modo que será necessário realizar um sumário breve da argumentação de cada um, de modo a não protrair a argumentação em demasiado.

3.11.3.1 Central Única dos Trabalhadores (CUT/DF)

Em 10 de agosto de 2009, a CUT/DF pleiteou seu ingresso no feito como *amicus curiae* em petição curta que invocava o fato de que ostenta, entre suas finalidades estatutárias a luta contra a discriminação racial, e a ideia segundo a qual sua admissão “qualifica-se como fator de legitimação social das decisões desta Excelsa Suprema Corte, enquanto Tribunal Constitucional, pois viabiliza, em benefício ao postulado democrático, a abertura do processo de fiscalização concentrada de constitucionalidade” (ADPF 186, 821).

O pleito foi indeferido.

3.11.3.2 Defensoria Pública da União (DPU)

Em petição de 16 de setembro de 2009, a DPU a um só tempo requereu ser admitida no feito como *amicus curiae* e defendeu, no mérito, a improcedência da ADPF, fundamentalmente pela existência do racismo no Brasil e pela constitucionalidade das ações afirmativas.

3.11.3.3 Instituto de Advocacia Racial e Ambiental (IARA), Sociedade Afro-brasileira de Desenvolvimento Sociocultural (AFROBRAS), Instituto Casa da Cultura Afro-brasileira (ICCAB), Instituto de Defensores dos Direitos Humanos (IDDH) e CRIOLA

O IARA, a AFROBRAS, o ICCAB, IDDH e o CRIOLA ajuizaram conjuntamente requerimento para participarem da ADPF 186 na condição de *amici curiae* em petição de 02 de setembro de 2009, argumentando, em primeiro lugar pela reunião para julgamento da referida ADPF com a ADI 3197, relativa ao questionamento da constitucionalidade de cotas raciais no Estado do Rio de Janeiro. Além de sua admissão, bem como da juntada de pareceres de especialistas e da realização de audiências públicas, pugnam pela inadmissibilidade da ADPF e, no mérito, por sua improcedência, acrescentando o pedido de que “[...] seja declarada a constitucionalidade da reserva de cotas em favor dos grupos mencionados no ato impugnado.” (ADPF 186, f. 937).

Os postulantes à condição de *amici* insistem nas cotas raciais – modalidades de ações afirmativas – como meio de promoção do pluralismo, em seu respaldo por diversas convenções internacionais de que o Brasil é signatário. Após atacar argumentos do arguente, tendentes a estabelecer que as cotas promovem desigualdade e atacam o mérito, as entidades referidas afirmam que a sociedade brasileira se manifesta pela necessidade de cotas raciais. Destaque-se argumento interessante, retirado a Petrucelli, segundo o qual os fenômenos associados à origem ou à identidade devem ser analisados em três dimensões (ordem jurídico-legal, cor e raça e linhagens).

Argumentando enfim no sentido de prevalência da dignidade humana, igualdade e justiça distributiva, bem como, argumento inédito, da importância das cotas raciais como meio de promover a mobilidade social e a redistribuição da riqueza, por meio da inserção dos negros no mercado de trabalho qualificado, os requerentes concluem ressaltando que o programa da UnB, projetado para 10 anos, após os quais deve sofrer reavaliação, foi extensamente debatido e deve ser preservado.

3.11.3.4 Movimento Pardo-Mestiço Brasileiro (MPMB)

Em petição datada de 15 de setembro de 2009, o MPMB requer sua admissão como *amicus curiae* no feito, pleiteando a procedência do pedido. A essa simples petição, são juntadas “Razões de Amicus Curiae pela Procedência do pleito da ADPF 186”, como peça apartada.

A entidade entende que a reserva de 20% de vagas para negros constitui inconstitucionalidade, nos termos de um “[...] manifesto assinado por 113 cidadãos anti-racistas contra as leis raciais no Brasil [...]” (ADPF 186, f. 1171). No manifesto, o argumento central é o de que a ação da UnB promoveria o racismo, criando uma fronteira entre os brasileiros. No corpo das razões, no entanto, é destacado o seguinte argumento, que tem que ver com a autodeclaração exigida pela UnB:

Se, conforme esta afirmação, os candidatos de cor preta ou parda estão em situação desvantajosa por esta característica, e não pelo modo como identificam a si mesmos em termos étnicos, tal exigência de identificar-se como negro criaria uma nova situação de desvantagem para aqueles candidatos pardos que se identificam como mestiços mulatos, cafuzos e

caboclos (descendentes de indígenas e brancos), uma violação da liberdade de consciência. (ADPF 186, f. 1171).

3.11.3.5 Fundação Nacional do Índio (FUNAI)

A FUNAI pleiteou seu ingresso no feito por meio de petição datada de 15 de outubro de 2009, pugnando pelo não conhecimento e, subsidiariamente, pela improcedência da ADPF.

A legitimidade da FUNAI estaria sustentada no fato de que “[...] uma decisão contrária às cotas raciais poderá afetar também as cotas para indígenas [...]” (ADPF 186, f. 1265).

A argumentação pela inadmissibilidade está baseada na inexistência de subsidiariedade da ADPF na espécie, por haver outros meios aptos a sanar a alegada lesividade.

A improcedência, por sua vez, está baseada em uma leitura da proposta dos antropólogos José Jorge de Carvalho e Rita Laura Segatto, que levaram à UnB o projeto de implementação das cotas, com dados políticos, históricos e estatísticos que, ao sentir da FUNAI, contêm argumentos suficientes para rebater o quanto afirmado na petição inicial.

A FUNAI rechaça a ideia da democracia racial brasileira, combatida com fundamento em dissertação de mestrado integralmente anexada aos autos, extensamente citada, de autoria de Damião Alves, entendendo que o Brasil tendeu não a incluir o negro e o índio – pois democracia significaria possibilidade de manutenção da identidade – mas a eliminar as minorias por meio da adesão e da incorporação.

Sustenta, ademais, que a discussão não se deve colocar em termos do benefício exclusivo que trariam as cotas raciais, sendo a discriminação dos negros um problema grave que demanda a complementação de diversas políticas públicas.

3.11.3.6 Fundação Cultural Palmares

Em extensa petição datada de 21 de outubro de 2009, a Fundação Cultural Palmares, entidade de direito público, requer seu ingresso no processo, na condição de *amicus curiae*, apresentando desde logo razões pela improcedência da arguição.

A Fundação Palmares traça um longo histórico relativo ao movimento pela reserva de vagas para estudantes negros nas instituições de ensino superior. Segundo a Fundação, seja a Constituição Federal, sejam os Tratados Internacionais de Direitos Humanos instituem, para o Estado brasileiro, o dever de “[...] promover medidas de igualdade de oportunidades quando detectadas violações de Direitos Humanos, nelas incluídas os efeitos do racismo e da discriminação racial na promoção da desigualdade entre indivíduos e grupos de indivíduos.” (ADPF 186, f. 1750).

Para além de enfatizar a mobilidade social promovida pelas cotas, como o fizera a IARA, a Fundação Palmares aduz argumento interessante por não ter sido aventado em outro ponto do processo até então: o de que as cotas não significam um sacrifício ao mérito acadêmico, tendo antes que ver com a insuficiência de oferta de vagas pelas instituições públicas, já que há uma nota mínima para todos, seja dentro ou fora do programa de cotas. Há, nos termos da Fundação, uma compatibilização do “[...] quesito conhecimento com o programa de inclusão racial [...]” (ADPF 186, f. 1777).

Outro argumento inovador é o da compatibilidade da política de cotas da UnB com a Lei de Diretrizes e Bases da Educação, que afirma, em seu Art. 53, a autonomia universitária para fixar o número de vagas de acordo com a capacidade institucional e as exigências de seu meio.

3.11.3.7 Movimento Negro Unificado (MNU)

O MNU requereu seu ingresso como *amicus curiae* em petição de 20 de novembro de 2009, pleiteando também a improcedência da ADPF 186.

Para além de argumentos já enfrentados por outras manifestações no processo, cabe destaque a argumentação relativa aos avanços democráticos conquistados com a implementação do sistema de cotas.

O MNU, primeiramente, observa que a política de cotas vem promovendo a construção de uma sociedade diversa, “[...] inclusive epistemologicamente [...]” (ADPF 186, f. 1882) dentro da UnB, inclusive ampliando pesquisas sobre relações raciais e outros temas “[...] a partir de novos olhares sobre o mundo.” (ADPF 186, f. 1883).

Destaca o requerente, na sequência, a iniciativa Brasil Afroatitude: Programa Integrado de Ações Afirmativas para Negros, de que participam diversas outras universidades, que fornece bolsas de pesquisas para negros que cursam graduação em universidades públicas, com especial foco na área da saúde. Essas pesquisas trariam um retorno prático à sociedade, via atividades de extensão, entre outros pontos.

Enfim, nessa linha argumentativa, o MNU destaca como a participação dos cotistas na universidade impacta seus locais de origem, suas comunidades e suas famílias, ajudando a construir uma vida coletiva verdadeiramente plural.

3.11.3.8 Educação e Cidadania de Afrodescendentes e Carentes (EDUCAFRO)

Em petição de 17 de fevereiro de 2010, a EDUCAFRO, projeto social mantido pela associação civil Francisco de Assis: Educação, Cidadania, Inclusão e Direitos Humanos, pleiteia seu ingresso no feito, destacando a trajetória da entidade, incluindo-se, em peça apartada, um memorial de *amicus curiae* pugnando pela improcedência da ADPF e pela declaração da constitucionalidade dos atos questionados da UnB bem como, mais genericamente, de ações afirmativas, consubstanciadas em cotas raciais, “[...] para promover o acesso de pessoas negras ao ensino superior público e privado [...]” (ADPF 186, f. 2089).

Nessa peça densa, a EDUCAFRO discorre sobre vários argumentos que se encontram também em manifestações de outros atores da ADPF, razão pela qual destacaremos dois que chamam a atenção por sua singularidade nesse contexto.

O primeiro deles é o racismo institucional, que, segundo a EDUCAFRO se encontra evidenciado em diversos diplomas legais, desde o século XIX, proibindo sua alfabetização, o ingresso de imigrantes negros no Brasil, propondo a esterilização dos negros, etc..

O segundo é a importância dos papéis sociais exercidos pelos negros na sociedade brasileira, destacando a fundamentalidade do acesso à universidade, “[...] na medida em que possibilita que as pessoas negras exerçam profissões relevantes e respeitadas na sociedade em muito contribuirá para reduzir, ao longo do tempo, a presença destes estereótipos em nossa sociedade [...]” (ADPF 196, f. 2082). Tratar-se-ia, assim, de forma de desnaturalizar os estereótipos de raça.

3.11.3.9 CONECTAS Direitos Humanos

Em petição de 29 de outubro de 2009, a Conectas Direitos Humanos pleiteou participar da audiência pública da ADPF 186, indicando já ter participado como *amicus curiae* em ADIs relevantes para as políticas públicas sobre ação afirmativa de reserva de vagas no ensino superior. Resume seus propósitos como segue, sem detalhar argumentação que expenderá quando da audiência:

[A] Requerente pretende trazer para a discussão sobre Políticas de Ação Afirmativa de Reserva de Vagas no Ensino Superior a obrigação do Estado em eliminar as desigualdades historicamente acumuladas, garantindo a igualdade de oportunidade e tratamento, bem como de compensar perdas provocadas pela discriminação e marginalização por motivos raciais, étnicos, religiosos, de gênero e outros. (ADPF 186, f. 1811).

3.11.3.10 Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (CFOAB)

A Conselho Federal da OAB limitou-se a requerer o seu ingresso em razão de proposição sobre tema afim a ser julgado pelo Conselho, nos dias 12 e 13 de abril de 2010 (ADPF 186, f. 2102).

3.11.3.11 Instituto de Direito Público e Defesa Comunitária Popular e Movimento contra o Desvirtuamento do Espírito da Política de Ações Afirmativas nas Universidades Federais (IDEP)

Em petição datada de 30 de junho de 2010, o IDEP e o Movimento contra o Desvirtuamento do Espírito da Política de Ações Afirmativas nas Universidades Federais pleitearam conjuntamente o ingresso como *amici curiae*, manifestando-se pelo conhecimento e procedência da ADPF, mas com um pedido distinto daquele formulado pelo arguente, visando a que o STF declare:

- a) parcialmente inconstitucional o sistema de cotas adotado nas universidades públicas, ou seja, declarar a inconstitucionalidade das cotas raciais e a constitucionalidade das cotas sociais;
- b) determinar aos dirigentes das universidades públicas que adotem critérios objetivos para comprovação de renda dos candidatos hipossuficientes, para evitar que à sombra da autonomia universitária sejam praticados atos de desvirtuamento do espírito do programa de ações

afirmativas no ensino superior público, tendo como parâmetro a Lei do PROUNI. (ADPF 186, f. 2333-2334).

Após transcrever diversos julgados e pareceres, ligados com casos do Rio Grande do Sul, os requerentes exprimem sua inconformidade não com as políticas afirmativas, mas com os critérios adotados pela UnB, pois, sendo o verdadeiro fator de desigualdade a pobreza, ao fundamento do Art. 3º, inc. III, da Constituição Federal, é ele que deveria ser o foco das políticas afirmativas de ingresso na universidade.

3.11.3.12 Associação Nacional dos Advogados Afrodescendentes (ANAAD)

A ANNAD, em petição de 25 de março de 2011, requereu seu ingresso como *amicus curiae* e juntou desde logo manifestação defendendo a reserva de vagas no ensino superior. Pugnou pela não admissão da ADPF por fato superveniente, qual seja, a promulgação do Estatuto da Igualdade Racial (Lei 12.288/2010) e, se conhecida, pela sua improcedência ao mesmo passo em que pediu a declaração da constitucionalidade da política de cotas.

O ponto original da argumentação diz respeito à apresentação de uma série de parâmetros para a legitimidade da reserva de vagas. Veja-se:

Quando se defende as ações afirmativas, no entanto, não se sustenta que toda e qualquer política desse tipo possa ser considerada legítima e constitucional. Há, na verdade, alguns parâmetros que devem ser respeitados, para que a ação afirmativa esteja em perfeita sintonia com o conjunto de normas da Constituição. (ADPF 186, f. 2417).

Tais parâmetros seriam: a finalidade ética da política (incluir, e não segregar, como, por exemplo, criando universidades separadas para negros e brancos); o caráter temporário (justifica-se apenas enquanto persistir a situação de desigualdade que pretende resolver); a juridicidade (sua instituição por atos normativos válidos e regulares, agora sob o amparo do Estatuto da Igualdade Racial); a razoabilidade do número de vagas (empiricamente justificável e não prejudicial aos demais candidatos); base fática para o critério do *discrímén* (destacando-se a importância da autoidentificação, não se podendo aceitar um rótulo racial oficial, que ofende a dignidade dos indivíduos); a contenção de abusos (mecanismos de controle de legalidade); conformidade às outras normas constitucionais (especialmente a

meritocracia e a autonomia universitária); a existência de políticas complementares (especialmente programas de acompanhamento dos alunos).

A conclusão da argumentação é a de que a política estabelecida pela UnB atende a todos esses parâmetros.

3.11.3.13 Partido dos Trabalhadores (PT)

O PT requereu seu ingresso como *amicus curiae* em petição de 26 de outubro de 2011, pugnando pela inadmissibilidade da ADPF e no mérito pela sua improcedência. O requerimento, no entanto, não foi admitido.

3.11.3.14 Diretório Central dos Estudantes da Universidade de Brasília (DCE/UnB)

Em 24 de março de 2010, o Diretório Central dos Estudantes da Universidade de Brasília pleiteou seu ingresso no feito na condição de *amicus curiae*, sustentando, desde logo que não fosse provida a ADPF 186. O ingresso, contudo, não foi deferido.

3.11.4 Manifestação da Procuradoria-Geral da República

Em manifestação datada de 28 de julho de 2009, a PGR defendeu o indeferimento da medida cautelar (por falta de *periculum in mora* e de *fumus boni juris*) e pela admissibilidade, mas improcedência da ADPF. Essa manifestação foi referendada pelos argumentados expendidos quando da realização da audiência pública (cf., *infra*, seção 3.11.6).

Os argumentos da PGR pela ausência de *fumus boni juris* no pedido veiculado pelo DEM resumem as razões pelas quais o Parquet entende pela improcedência da ADPF.

Em primeiro lugar, sustenta que o princípio da igualdade reclama políticas de ação afirmativa, “[...] para superação de desigualdades profundamente entrenchadas nas nossas práticas sociais e instituições [...]” (ADPF 186, f. 714), de modo que há um verdadeiro comando constitucional para que o Estado brasileiro persiga a máxima realização da igualdade, como se depreende de ações afirmativas consagradas na própria Constituição da República (e.g. Art. 7º, XX, e 37, VIII).

Diante de duas vias de tratamentos antidiscriminatórios – via antidiferenciação e antissubordinação –, a Constituição Federal adotou decididamente o modelo antissubordinação, que seria, no sentir da PGR, mais afeita a um país profundamente desigual.

Prossegue a PGR argumentando que, após mais de trezentos anos de escravidão negra, o Brasil possui cicatrizes profundas, desfrutando de uma mais baixa qualidade de vida que os brancos e de uma persistente, ainda que, na superfície, cordial, discriminação do negro. O mito da democracia racial nascido na década de 1930, “[...] transformou-se em retórica oficial, passando a servir como um alibi para que o Estado e a sociedade brasileira nada fizessem a respeito [...]” (ADPF 186, f. 719).

Destaca na sequência a PGR inconsistências argumentativas da arguente relativamente à inexistência de raças. Embora o critério raça careça de cientificidade, no entanto, a raça existe como construção histórico-social, voltada a justificar a desigualdade, como já reconheceu o próprio STF no julgamento do Habeas Corpus n. 82.424 (caso Ellwanger).

Passa a PGR então a questionar o argumento de que o principal argumento em prol das cotas raciais seria a justiça compensatória. No entanto, outros argumentos, de maior relevo, até, sustentam tal ação afirmativa, como a justiça distributiva e a promoção do pluralismo, ao mesmo tempo em que a ideia de que justiça compensatória apenas seria válida se operada entre ofensores e ofendidos imediatos é equivocada, na medida em que os efeitos da escravidão penalizam gerações sucessivas de descendentes de africanos.

Examinando o direito comparado, a PGR indica a Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, ratificada pelo Brasil, como diploma que autoriza as cotas raciais, que expressamente, pelo texto legal, não serão consideradas discriminação racial. Invoca casos de diversos países, para se contrapor ao caso norte-americano, cuja recente reticência em matéria de cotas se deveria à “[...] guinada conservadora do grande Tribunal norte-americano [...]” (ADPF 186, f. 727).

Enfim, a PGR questiona o princípio meritocrático, a ser ponderado e notadamente a levar em conta a diversidade dos pontos de partida, rechaça a ideia de que as cotas provocariam ódio racial, promovendo antes o convívio em ambiente plural, bem como repudia a alegada ausência de proporcionalidade, estando

atendidos os critérios de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

3.11.5 Manifestação da Advocacia-Geral da União

Em parecer de 24 de março de 2010, a AGU, em linha com a PGR, defende a improcedência dos pedidos da inicial, concentrando-se no mérito e notadamente no princípio da proporcionalidade em sua aplicação ao caso.

Antes, no entanto, a AGU insiste na existência de discriminação racial no Brasil, independentemente da existência de raças do ponto de vista genômico, e na existência de “[...] permissão no ordenamento jurídico para que o critério raça – sob a perspectiva histórico-social – seja utilizado como fator de *discrimen* legítimo em tais políticas [...]” (ADPF 186, f. 2194). Mais que isso, na obrigatoriedade de tais ações afirmativas em prol da inclusão social de pretos e pardos, ao fundamento do Art. 3º, inc. I, III e IV da Constituição da República, entre outros dispositivos.

Chegando ao cerne da argumentação, a AGU examina se a política de cotas raciais da UnB é compatível com o princípio da proporcionalidade, detendo-se, para isso, nos subprincípios da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito.

No que diz respeito à adequação, que se refere à relação entre os atos estatais e sua finalidade, como se trata de promover a igualdade, a justiça social e o pluralismo as cotas tendem, e com grande eficiência, a atingir a finalidade proposta, por diversas razões, como a quebra do círculo vicioso preconceito/exclusão e o incremento da experiência acadêmica de grau superior.

No que se refere à necessidade, advoga a AGU que se trata não apenas da melhor solução para o problema da exclusão, mas também a que propõe as medidas menos gravosas. Pondera a AGU pelo menos benefício que seria trazido por cotas exclusivamente sociais, pela insuficiência da criação de cursos pré-vestibulares gratuitos, etc..

No que tange à proporcionalidade em sentido estrito, enfim, afirma a AGU que não há prejuízo exacerbado infligido pelo programa de cotas raciais a outros direitos e valores protegidos pela Constituição da República, antes contribuindo para a concretização do princípio democrático.

3.11.6 Audiência Pública (3, 4 e 5 de março de 2010)

Na audiência pública realizada por determinação do relator, foram ouvidos, além dos *amici curiae*, diversos órgãos, entidades e pessoas convocados pelo relator por meio de despacho convocatório de 15 de setembro de 2009, havendo uma síntese bastante completa no relatório do acórdão (ADPF 186, ff. 25-42 do acórdão).

3.11.7 Acórdão (26 de abril de 2012)

No mérito, o julgamento da ADPF 186 foi unânime, todos seguindo o voto do relator para julgar a ADPF improcedente.

3.11.7.1 Voto do relator

Embora os mencione e resuma seus argumentos no relatório, o Min. Ricardo Lewandowski não traz, no voto, qualquer menção direta aos *amici curiae*.

No entanto, sem citar os *amici curiae*, é possível que alguns dos argumentos por eles trazidos à Corte tenham sido relevantes para o voto do relator. Assim, por exemplo, a ideia de que mérito e cotas raciais não são excludentes, mas compatíveis (argumento trazido pela Fundação Cultural Palmares) (ADPF 186, f. 58 do acórdão). Do mesmo modo, a ideia de que os cotistas não apenas se beneficiam das ações afirmativas, mas trazem um ganho à universidade com o pluralismo de ideias que permitem iluminar sob outra luz o campo acadêmico (ideia trazida ao processo pelo MNU) (ADPF 186, ff. 62-63 do acórdão). Note-se, ademais, que o voto transcreve trechos doutrinários de Daniela Ikawa, que atua no feito como advogada da Conectas Direitos Humanos.

3.11.7.2 Demais votos

Em diversos votos, os *amici curiae* são mencionados. O panorama é muito desigual, com votos que, no entanto, em momento algum apresentam diretamente e, ao mesmo tempo, respondem claramente a argumentos dos *amici*. É numa espécie

de presença em tudo informal que se pode localizar o papel reservado aos *amici curiae* nas razões de decidir dos ministros. Confira-se.

O Min. Luiz Fux alude aos *amici* de forma informal, na antecipação ao voto, falando no “[...] meu querido amigo Frei David, um grande amigo, dileto amigo Frei David [...].” (ADPF 186, f. 97 do acórdão), assim se referindo ao diretor executivo do *amicus curiae* EDUCAFRO. No mesmo tom, fala no advogado Humberto Adami Santos Júnior, da IARA e demais entidades que atuaram com ela, “[...] o eminente advogado que ontem ocupou a tribuna, o Adame, não sei se está aí também [...].” (ADPF 186, f. 87 do acórdão), que “[...] para o meu orgulho, citou que a UERJ foi a primeira universidade a instituir as cotas [...].” (ADPF 186, f. 100 do acórdão). No voto propriamente dito, as referências à Lei de Diretrizes e Bases fazem lembrar que apenas a Fundação Palmares tratara, ao que consta, diretamente desse argumento em suas manifestações (ADPF 185, f. 117 do acórdão).

A Min. Rosa Weber destaca a compatibilidade entre mérito e cotas, como já o fizera o relator, mas deixa claro que a inspiração vem das audiências e dos *amici*: “Os concorrentes às vagas de cotistas, como emerge das audiências e das informações dos *amici curiae*, devem passar por uma nota de corte, de forma que entre eles está presente o critério do mérito.” (ADPF 186, f. 129 do acórdão).

A Min. Cármen Lúcia, em antecipação ao voto, lembra genericamente os *amici curiae* por seus argumentos graves e consistentes (ADPF 186, f. 131 do acórdão; repetido no voto, f. 138 do acórdão). Lembra também, como o relator, a Lei de Diretrizes e Bases (ADPF 186, f. 149-151), o que, segundo argumentamos, pode trazer impacto argumentativo de *amicus*.

Em intervenção oral, o Min. Gilmar Mendes lembra as tensões sobre cotas no Rio Grande do Sul (ADPF 186, f. 158), o que talvez se possa relacionar com a manifestação do IDEP, que, dentre os peticionantes, foi quem trouxe o assunto à baila.

3.11.8 Observações

A análise da ADPF 186 mostra que há um descompasso estrutural entre o dispêndio de recursos dos *amici* para se fazerem ouvir pelo STF e o retorno, ao menos diretamente aferível, que eles obtêm no sentido de fazerem com que a Corte se pronuncie sobre as razões que aduzem.

Evidentemente, não se trata de sustentar aqui que a intervenção se mostrou inútil, até porque se o critério utilidade for mensurado pelo sucesso ou insucesso da pretensão veiculada pelos postulantes, fato é que a posição majoritariamente defendida pelos *amici* – a improcedência da ação – foi de fato alcançada. No entanto, a participação, no registro formal ao menos parece ser mais a de um monólogo, ou a de um acúmulo de monólogos, que a de um efetivo diálogo.

Como afirmado anteriormente, isso parece ter que ver com o desenho processual – em tudo solto e displicente – da intervenção dos *amici*, já que parece que a proximidade com o momento de julgamento e o contato pessoal, a se acreditar no testemunho do Min. Luiz Fux em sua antecipação ao voto, têm maior potencial de cobrar uma resposta aos ministros do que um arrazoado bem fundamentado.

Evidentemente que uma tal constatação abre caminhos para uma série de outras indagações. A principal é: afinal, se são pouco ouvidos pela Corte, por que há tantos *amici* interessados em participar da jurisdição constitucional no STF? Sem dúvida, trata-se de tema profícuo para futuras pesquisas empíricas.

3.12 ADPF 187

3.12.1 Petição Inicial (21 de julho de 2009)

Impetrante: PGR – Procuradoria-Geral da República

Relator: Celso de Mello

Objeto: Art. 287 do Decreto-Lei n. 2.848/40 (Código Penal)

Parâmetros constitucionais: Art. 5º, inc. IV e IX, e 220 (liberdade de expressão); Art. 5º, inc. XVI (liberdade de reunião)

Diante de diversas decisões judiciais que vinham invocando o dispositivo normativo em sentido contrário, a PGR ajuizou ADPF com o objetivo de fazer com que o STF realize interpretação conforme à Constituição do Art. 287 (apologia de crime ou criminoso) do Código Penal, “[...] de forma a excluir qualquer exegese que possa ensejar a criminalização da defesa da legalização das drogas, ou de qualquer substância entorpecente específica, inclusive através de manifestações e eventos públicos[...]” (ADPF 187, f. 14). Requer também medida cautelar para que, até o

juízo da ação, nenhuma autoridade judicial ou administrativa possa, com arrimo no Art. 287 do Código Penal, tratar como criminosa a defesa da legalização das drogas, inclusive em manifestações e eventos públicos.

Em item introdutório da petição, a PGR invoca a proibição, por decisões judiciais, da chamada “Marcha da Maconha” em diversos municípios brasileiros, nos anos de 2008 e 2009, o que, por sua vez, veio a suscitar declaração firme do Relator Especial sobre a Liberdade de Expressão da Comissão Interamericana de Direitos Humanos em favor da liberdade de Expressão.

Após rapidamente abordar o cabimento da ADPF – no caso, autônoma –, em razão da existência de lesão a preceito fundamental, de atos comissivos ou omissivos dos Poderes Públicos e da inexistência de outro instrumento capaz de sanar a lesão, adentra a PGR no mérito de sua postulação.

Em primeiro lugar, trata de afronta, naquelas decisões judiciais, à liberdade de expressão, que seria um pressuposto da democracia e direito essencial ao livre desenvolvimento da personalidade humana. Elemento essencial desse direito é o fato de que, como instituto contramajoritário, ele protege todas as ideias, inclusive e sobretudo as consideradas absurdas e perigosas. Essa liberdade “[...] garante o direito daqueles que defendem posições minoritárias, que desagradam ao governo ou contrariam os valores hegemônicos da sociedade, de expressarem suas visões alternativas [...]” (ADPF 187, f. 11).

Em segundo lugar, a petição cuida da violação, nos mesmos julgados, à liberdade de reunião, ao permitir ser tratada como ilícito penal reunião pública, pacífica e sem armas, “[...] apenas porque voltada à defesa da legalização das drogas [...]” (ADPF 187, f. 13). Não se trata de reunião para consumo de drogas ilegais ou para fazer com que terceiros as consumam, mas de crítica à legislação penal e às políticas públicas em vigor.

3.12.2 Manifestação dos Arguidos

Em despacho de 23 de julho de 2009, o Presidente da Corte, Min. Gilmar Mendes, determinou que os arguidos prestassem informações e que se manifestassem a AGU e a PGR. Esta última se limita a apontar os fundamentos da inicial.

3.12.2.1 Presidência da República

Em sua manifestação, datada de 07 de agosto de 2009, a Presidência da República, por meio da AGU, que anexa despacho do Consultor-Geral da União, sustenta que a ação não deve ser conhecida e que, caso o STF não o entenda assim, ela deve ser julgada improcedente, ao argumento de que a configuração ou não do ilícito penal apenas pode ser verificado no caso concreto, e não *a priori*.

Fundamentalmente, a Presidência concorda com a defesa da liberdade de expressão e de reunião, mas entende que é possível que, em tais eventos, alguém utilize a situação para incentivar o uso da droga, incorrendo no ilícito penal. É subsidiada a manifestação notadamente por parecer técnico da Consultoria Jurídica do Ministério da Justiça, transcrita em sua integralidade.

Haveria, assim, entende a Presidência “[...] uma linha tênue entre o tipo penal e a liberdade de expressão pela mudança legislativa que só é verificável caso a caso, de acordo com o fato relevante eventualmente levado ao Poder Judiciário.” (ADPF 187, f. 105).

3.12.3 Manifestação da Advocacia-Geral da União

A AGU, em petição própria, de 10 de agosto de 2009, por óbvio, também pugna pelo não cabimento e, no mérito, pela improcedência da ADPF.

Argumenta que a liberdade de expressão, instrumentalizada muita vez pela liberdade de reunião, não é direito absoluto, como nenhum direito o é.

Conclui, no mesmo sentido da manifestação da Presidência, pela necessidade de análise caso a caso para “[...] verificar se houve a configuração ou não do tipo penal ou, caso contrário, se estão presentes as excludentes constitucionais de liberdade de expressão.” (ADPF 187, f. 116).

3.12.4 Requerimento e Ingresso dos *Amici Curiae*

3.12.4.1 Associação Brasileira de Estudos Sociais do Uso de Psicoativos (ABESUP)

A ABESUP, associação civil que congrega profissionais que realizam estudos sociais sobre o uso de substâncias psicoativas, requereu seu ingresso na

condição de *amicus curiae* em petição simples, sem razões, datada de 04 de novembro de 2009.

Admitida em despacho de 18 de novembro de 2009, a ABESUP juntou seu memorial, datado de 16 de março de 2010, em prol da procedência do pedido.

Aduz, primeiramente, que é preciso conferir a máxima amplitude ao direito à liberdade de expressão, já que muitos acabam por se abster de seu direito de expressão por se sentirem ameaçados pela possibilidade de serem processados criminalmente. O crime consistiria em “[...] elogiar fato criminoso, real e determinado, ocorrido anteriormente à apologia criminosa [...]” (ADPF 187, f. 4 das razões do *amicus*).

A ABESUP introduz então uma questão de ordem, para que o STF considere

[...] atípico o cultivo doméstico da cannabis, em quantidade módica/razoável, vedado expressamente o comércio, sendo admitido o uso tão-somente no âmbito privado e, ainda, tolerado o porte de pequena quantidade, tudo dentro dos parâmetros da razoabilidade, por inexistir qualquer ofensa aos ditames legais e/ou constitucionais. (ADPF 187, f. 26-27 das razões do *amicus*).

A ela se somam as questões de ordem para reconhecer a atipicidade do uso da *cannabis* para fins medicinais *lato sensu* e para uso religioso, e enfim para reconhecer a atipicidade da utilização do cânhamo para fins econômicos.

Trata-se, assim, muito além da defesa da procedência da ADPF, da formulação de todo um conjunto de pedidos no sentido de descriminalização, via decisão judicial, do uso de drogas, e não apenas do discurso em sua defesa.

3.12.4.2 Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM)

O IBCCRIM requereu seu ingresso no feito em petição datada de 4 de fevereiro de 2011. O pedido foi deferido em 05 de abril de 2011, por decisão do relator, e, em 23 de maio de 2011, o Instituto apresentou suas razões, pela procedência do pedido.

Diferentemente da ABESUP, o IBCCRIM exclui as políticas públicas relativas à *cannabis sativa* do âmbito da discussão, tratando das manifestações que, em expansão ilegítima do âmbito de incidência do Art. 287 do Código Penal, vêm sendo criminalizadas.

O IBCCRIM lembra a configuração dos direitos à liberdade de expressão e de reunião em relevantes tratados internacionais de direitos humanos, adotados pelo Brasil, a ensejar não apenas a obrigação negativa de não intromissão, por parte dos Poderes Públicos, mas um efetivo dever de proteção.

Alinhado com a PGR, o IBCCRIM entende que o caráter contramajoritário desses direitos é condição para a estruturação de uma sociedade democrática.

3.12.5 Acórdão (15 de junho de 2011)

O julgamento foi unânime em rejeitar as preliminares de inadmissibilidade e de ampliação do objeto da demanda, bem como em julgar procedente a ADPF 187, dando interpretação conforme à Constituição ao Art. 287 do Código Penal.

Destaque-se que, em razão do inusitado pedido da ABESUP, esta ADPF deu margem a importantes considerações acerca do papel do *amicus curiae* em sede de arguição de descumprimento de preceito fundamental.

3.12.5.1 Voto do relator

Já no relatório o Min. Celso de Mello trata dos *amici curiae*, que, segundo ele, se pronunciaram

[...] dando especial ênfase às liberdades constitucionais de reunião e de manifestação do pensamento, [de modo que] convergem, em seus aspectos essenciais, no sentido exposto pelo autor da presente arguição de descumprimento de preceito fundamental [...]. (ADPF 187, f. 12-13 do acórdão).

O Min. Celso de Mello divide seu voto em três partes (sobre a preliminar, sobre o pedido da ABESUP, sobre o mérito).

Interessa aqui particularmente o voto sobre o pedido formulado pela ABESUP, em que há importantes considerações sobre o papel do *amicus*, especialmente no que tange à extensão e aos limites de seus poderes processuais em sede de controle concentrado de constitucionalidade.

A conclusão é a seguinte:

Entendo que o “amicus curiae”, não obstante o inquestionável relevo de sua participação, como terceiro interveniente, no processo de fiscalização normativa abstrata, não dispõe de poderes processuais que, inerentes às

partes, viabilizem o exercício de determinadas prerrogativas que se mostram unicamente acessíveis às próprias partes, como, p. ex., o poder que assiste, ao arguente (e não ao “amicus curiae”), de delimitar, tematicamente, o objeto da demanda por ele instaurada. (ADPF 187, f. 39 do acórdão).

O objetivo essencial da intervenção do *amicus* seria a de pluralizar o debate constitucional,

[...] permitindo que o Supremo Tribunal Federal venha a dispor de todos os elementos informativos possíveis e necessários à resolução da controvérsia, visando-se, ainda, com tal abertura procedimental, superar a grave questão pertinente à legitimidade democrática das decisões emanadas desta Corte, quando no desempenho de seu extraordinário poder de efetuar, em abstrato, o controle concentrado de constitucionalidade. (ADPF 187, f. 41 do acórdão).

Daí decorreria, segundo o relator a necessidade de garantir ao *amicus* os seguintes direitos: realizar sustentações orais, submeter ao relator propostas de requisição de informações adicionais, de designação de peritos, de convocação de audiências públicas e mesmo de recorrer da decisão que tenha indeferido seu pleito de admissão no processo.

Ao pedido formulado pela ABESUP, o Min. Celso de Mello contrapõe a intervenção do IBCCRIM, “cujo teor bem revela sua correta percepção do objeto da presente ação constitucional, tal como ele foi delineado, de modo claro e preciso, pela doutra Procuradoria-Geral da República” (ADPF 187, ff. 52-53 do acórdão). Essa afirmação é retomada, ao depois, no quinto item da seção do voto sobre o mérito, em que trechos do *brief* do IBCCRIM são transcritos, em apoio à correta delimitação material do objeto da demanda (ADPF 187, f. 94-95 do acórdão).

O terceiro item do voto sobre o mérito, em consonância com a importância reconhecida ao *amicus* na seção anterior, faz menção à manifestação do IBCCRIM, para referendar a “[...] primorosa sustentação de sua posição a respeito do tema [...]” (ADPF 187, f. 82-83 do acórdão), a do caráter contramajoritário dos direitos fundamentais em causa. O *brief* é citado extensamente nesse ponto, sendo ressaltado que o IBCCRIM propôs tais reflexões “[...] em sua legítima condição de *amicus curiae* [...]” (ADPF 187, f. 84 do acórdão).

3.12.5.2 Demais votos

Dada a centralidade da temática do *amicus* e a opção do relator por tratar do pedido *sui generis* da ABESUP em seção apartada de seu voto, dois outros ministros tecem considerações sobre o papel do *amicus curiae* no controle concentrado de constitucionalidade.

Assim, o Min. Marco Aurélio assenta, em breve intervenção, que “[...] o terceiro recebe o processo no estágio que se encontrar, a partir do requerimento formalizado. Não pode... elastecer as balizas objetivas e subjetivas desse mesmo processo [...]” (ADPF 187, f. 121 do acórdão). Em certo ponto, espirituosamente, intervém no debate para dizer que não sabe se são “[...] bem amigos da Corte, porque acabam nos dando um trabalho maior.” (ADPF 187, f. 122 do acórdão).

O Min. Luiz Fux apresenta um voto sobre a preliminar dos *amici*, sustentando, na linha do relator, a limitação da intervenção dos *amici* a uma espécie de “[...] custos legis especializado naquele tema que é objeto.” (ADPF 187, f. 122 do acórdão).

3.12.6 Observações

Trata-se, sem dúvida, no *corpus* aqui analisado, do tratamento mais direto do *amicus curiae*, tendo o pleito peculiar de um *amicus* levado a uma extensa consideração de suas faculdades processuais. Mais que isso, é o que se verifica no voto do relator, os argumentos dos *amici* foram levados em consideração e extensamente referenciado nos votos. Impõem-se algumas considerações.

A primeira é que, como insiste o Min. Celso de Mello, embora não possa alterar subjetiva ou objetivamente o processo, o *amicus curiae* detém uma série de faculdades processuais, para além da apresentação de razões escritas e da sustentação oral, podendo notadamente formular uma série de propostas ao relator. Ora, constata-se, pela análise até aqui empreendida que os *amici* raramente peticionam com tal objetivo, limitando-se a requerer sua própria oitiva – juntada posterior de memoriais, oitiva em audiência pública, tempo em sustentação oral. Estariam os *amici* aproveitando convenientemente as oportunidades de que dispõem?

A segunda consideração diz respeito à ausência de regulação clara desses poderes, chegando o Min. Luiz Fux a falar que “[...] muito embora não esteja regulado o *amicus curiae* na intervenção de processos subjetivos, até a *de lege ferenda*, a sua intervenção ficará adstrita mesmo a de um amigo da Corte, ou ao Conselho da Corte [...]” (ADPF 187, f. 122 do acórdão). A dicção do Código de Processo Civil (Lei n. 13.105, de 2015), em seu Art. 138, § 2º, de que “caberá ao juiz ou ao relator, na decisão que solicitar ou admitir a intervenção, definir os poderes do *amicus curiae*,” não avança na solução da controvérsia. Pendendo mesmo a pacificação de determinados entendimentos elementares no próprio STF – como a da recorribilidade da decisão que indefere o ingresso do *amicus*, tratada no AgR da ADI 3.396, com julgamento suspenso –, seria talvez desejável que houvesse um mais efetivo tratamento legislativo do tema.

Enfim, a terceira consideração é a de que a deferência que se verifica no voto do Min. Celso de Mello às razões ofertadas pelos *amici* contrasta, no interior do processo, com a ausência de respostas da maioria dos ministros a essas razões e, no conjunto do *corpus* considerado nesta dissertação, com a forma errática pela qual às vezes os *amici* veem suas razões enfrentadas, ainda que parcialmente, e muitas vezes não. Ainda que se compreenda os problemas que seriam decorrentes da criação de um dever de enfrentamento de todos os argumentos deduzidos por cada um dos *amici* na fundamentação do acórdão, a exemplo do que tenta fazer para outros argumentos, o Art. 489, § 1º, do Código de Processo Civil, é preciso atacar-se ao tema, em busca de uma fórmula que, sem inviabilizar a prestação jurisdicional e sem impor um ônus demasiadamente pesado ao julgador, de fato concretize, nessa mesma prestação, a alegada teleologia pluralística e de aprofundamento democrático do instituto do *amicus curiae*.

CONCLUSÃO

Este trabalho teve origem no cruzamento entre a observação da dinâmica de julgamento das ações de controle concentrado de constitucionalidade no Supremo Tribunal Federal e a leitura de estudos empíricos norte-americanos, vertente de pesquisa ainda pouco cultivada na academia brasileira. Desde pronto, chamava-nos a atenção a presença do *amicus curiae*, um “terceiro enigmático”, na feliz expressão de Cássio Scarpinella Bueno.

Como pano de fundo de nossos questionamentos, levantavam-se questões de peso: afinal, qual a natureza jurídica desta figura? Quais os poderes, limites de atuação, regramento e, finalmente, o impacto no cotidiano jurisdicional do Supremo Tribunal Federal? Para responder a alguns desses questionamentos, os estudos até aqui desenvolvidos se mostraram satisfatórios. No caso de outras, contudo, mormente daquelas relativas ao efetivo funcionamento e aos reais impactos da intervenção do *amicus curiae*, as respostas não estavam dadas. Foi nesse espaço que esta pesquisa buscou se inserir.

O primeiro e o segundo capítulos apresentaram os principais traços do sistema de controle concentrado de constitucionalidade brasileiro e da figura do *amicus curiae*, com base sobretudo em estudos precedentes que lograram responder a algumas das questões acima enunciadas, especialmente as de ordem dogmática. Já o terceiro capítulo, que é o coração desta dissertação, dedicou-se a sondar o terreno em que se poderiam responder aos questionamentos de ordem fundamentalmente prática a que não obtivemos resposta na bibliografia compulsada.

Foi justamente na abertura do terceiro capítulo, *supra*, que formulamos os questionamentos, principais e secundários, ou instrumentais, que pretendíamos responder, na medida do possível, com a análise das ADPFs em que houve participação de *amici* e cujo mérito foi julgado até o momento em que concluímos a coleta de dados.

Na sequência, passamos a indicar, de forma forçosamente sintética, os resultados obtidos, principiando pelos questionamentos instrumentais para, enfim, abordar os principais. As respostas serão breves, porque não se busca aqui resumir tudo o que ficou dito no capítulo terceiro, mas tão somente indicar, em primeiro lugar, que o estudo realizado permitiu chegar a respostas e, em segundo lugar, qual o sentido geral dessas respostas.

Questionamentos instrumentais

(a) *Qual o perfil das entidades que ingressam na condição de amicus curiae nas arguições de descumprimento de preceito fundamental?*

O perfil dos *amici curiae* é dos mais variados. Obedecendo a requisitos já pacificados pelo STF – a representatividade do Art. 7º, § 2º, da Lei 9.868/99 e a pertinência temática –, trata-se de entes públicos (notadamente órgãos com atuação voltada para determinado grupo, setor ou atividade, como a FUNAI e o IBAMA, por exemplo) ou privados (especialmente associações de classe). É de se notar a participação frequente de alguns *amici* (como a Conectas Direitos Humanos) e de partidos políticos. Note-se que, em alguns casos, até mesmo movimentos informais, peticionando conjuntamente com associações civis, fizeram suas razões chegar ao Supremo Tribunal Federal.

(b) *Qual o momento processual da intervenção?*

Em que pese a matéria ainda se encontrar pendente de julgamento definitivo pela Corte (em sede do Ag. Reg. na ADI 3.396), o STF vem permitindo que se postule o ingresso no processo, na condição de *amicus curiae* em qualquer momento processual, antes da disponibilização pelo relator para pauta de julgamento.

(c) *Qual a forma de manifestação dos amici curiae no processo (escrita ou oral)?*

Os *amici curiae* se manifestam seja por meio escrito, com a apresentação de memoriais, que, por vezes acompanham já a petição em que pleiteiam o ingresso – como seção dela ou como anexo apartado – e por vezes são juntados posteriormente, seja por meio oral, em audiência pública, caso seja convocada pelo relator, nos termos do Art. 6º, § 1º, da Lei 9.882/99, ou em sustentação oral na sessão de julgamento. É comum que, já na petição de ingresso, o postulante a *amicus* declare o seu interesse em realizar sustentação oral e, caso já não o faça imediatamente, requeira que lhe seja concedido prazo para apresentação de memoriais.

(d) *Quais os critérios utilizados pelo relator para admitir ou não um peticionante nesta condição?*

É excepcional, conforme se constata no quadro que figura na seção 3.1, *supra*, o indeferimento de participação do *amicus curiae*. Em geral, o indeferimento se dá em razão de o pedido ser posterior ao julgamento, quando pendentes de apreciação embargos de declaração, conforme se pôde constatar. A argumentação para o deferimento do ingresso tende a ser padronizada nas decisões de cada ministro em um mesmo processo, com breves e genéricos apontamentos a respeito da importância do pluralismo e da participação da sociedade no controle de constitucionalidade.

(e) *Quais das modalidades de ADPF são, de fato, manejadas perante o STF (autônoma ou por derivação)?*

Restou evidente que, na prática, é a modalidade autônoma de ADPF que é manejada.

Questionamentos principais

a) *As informações apresentadas pelos amici curiae, quando de suas manifestações, mostram-se inovadoras no âmbito do processo ou apenas reforçam o quanto já exposto por uma das partes?*

Em linhas gerais, os *amici* tendem, especialmente quando apresentam memoriais, a apresentar uma combinação de argumentos já anteriormente apresentados pelos outros atores processuais e de argumentos novos. Não há uniformidade, no entanto, nesse ponto. Os exemplos de argumentos inovadores seriam muitos para serem resumidos aqui, mas, apenas a título exemplificativo, lembre-se, pela dimensão que tomou, a tentativa de ampliação do objeto do processo intentada pela ADEPOL na ADPF 97.

Não houve, no entanto, manifestação apenas inovadora, em que se encontrassem única e exclusivamente argumentos não ventilados anteriormente no processo. Essa conclusão sugere que, na nossa jurisdição constitucional, há ainda mais vinculação entre a argumentação dos *amici* e a dos demais autores do que nos Estados Unidos, segundo os dados do estudo de James Spriggs e Paul Wahlbeck

(2000, p. 371-372), que observaram repetição de argumentos em 74,8% dos cases analisados pela Suprema Corte americana.

b) As informações prestadas pelos amici curiae são utilizadas na fundamentação dos votos dos Ministros do STF no momento de decidirem?

Sim. Foi possível verificar, em todos cases analisados, que argumentos ventilados apenas pelo *amicus* foram, direta ou indiretamente, incorporados aos votos. Mas é notável que a forma de incorporação dos argumentos é muito variada. Afora o caso excepcional da ADPF 97, motivado pela postura ousada do *amicus*, que buscou ampliar o objeto do processo, e casos que envolvem conhecimentos técnicos, como os das ADPFs 54 e 101, relativos à interrupção terapêutica do parto de fetos anencéfalos e à importação de pneus usados, no entanto, predomina a incorporação episódica, lateral ou indireta dos argumentos dos *amici*. No entanto, o problema certamente deve ser visto à luz da problemática mais genérica da argumentação constitucional no STF, cujas falta de sistematicidade e dispersão entre os integrantes da Corte já foi apontada em uma série de estudos empíricos relevantes.

(c) o fato de os amici curiae sustentarem um dos resultados possíveis da arguição – a declaração ou não de nulidade do ato impugnado ou sua não recepção – afeta, por si só, os julgamentos de mérito?

Aparentemente não. Mesmo em casos em que os *amici* se voltam, em grandíssima maioria, para a defesa de determinado ponto de vista – lembremos o exemplo da ADPF 153, relativa à Lei da Anistia –, a Corte não pareceu se alinhar com a posição majoritária dos *amici*, devendo-se concluir pela independência entre as posições dos ministros e aquelas dos *amici*. Assim, a “teoria do barômetro”, de que falam Kearny e Merrill (2000) e Collins Jr. (2004), não parece explicar a prática constitucional do Supremo Tribunal Federal, em sua relação com as manifestações dos *amici curiae*. A título de nota para trabalhos futuros, para obtenção de resposta mais precisa para este questionamento, mostra-se necessária condução de pesquisa quantitativa, especificamente, no âmbito das Ações Diretas de Inconstitucionalidade, tendo em vista superior número de julgamentos de mérito (1842, até o fechamento do trabalho), resultando em elevada amostragem para aplicação de técnicas quantitativas.

*

Pelo quanto ficou dito ao longo desta dissertação, é evidente o potencial da intervenção do *amicus curiae* no exercício da jurisdição constitucional e, mais particularmente, no controle concentrado de constitucionalidade, para fazer chegar ao Supremo Tribunal Federal informações e argumentos que não se fariam ouvir apenas pelas manifestações dos sujeitos processuais necessários. Esse potencial, no entanto, impacta as decisões de forma ainda errática, cada ministro, em cada caso, incorporando ou não as contribuições do *amicus* conforme critérios que sequer restam explicitados. Contribui para isso o desenho normativo, em tudo precário, dessa intervenção, que resulta da combinação de dispositivos lacônicos em dois diplomas distintos, assim como de uma prática do STF que, mesmo em pontos cruciais, como o do momento até o qual se admite o ingresso do *amicus*, não atinge o necessário consenso para que o instituto possa render todos os seus frutos. Diante disso, seria bem-vinda uma reforma legislativa nos diplomas que regem o processo constitucional, especialmente as Leis 9.868/99 e 9.882/99, para que o potencial pluralista, democrático e contramajoritário da intervenção do *amicus curiae* possa se realizar de forma plena.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de; FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. O constitucionalismo contemporâneo na recente jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, v. 18, n. 71, p. 7-33, abr./jun. 2010.

AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. Processo constitucional no Brasil: nova composição do STF e mutação constitucional. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, v. 17, n. 57, p. 100-108, 2006.

BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito Brasileiro**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BASTOS, Celso Ribeiro; VARGAS, Alexys Galias de Souza. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, v. 30, p. 69-77, 2000.

BAZÁN, Víctor. El amicus curiae y la utilidad de su intervención procesal: una visión de derecho comparado con particular énfasis en el derecho Argentino. **Estudios Constitucionales**: Revista del Centro de Estudios Constitucionales, Buenos Aires, v. 1, n. 1, p. 675-714, 2003.

BOX-STEFFENSMEIER, Janet M.; CHRISTENSON, Din. P. The evolution and formation of amicus curiae networks. **Social Networks**, Manchester, v. 36, p. 82-96, 2014.

BRASIL. Lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942. Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro. **Diário Oficial da União**, Rio de Janeiro, 9 set. 1942. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657.htm>. Acesso em: 27 ago. 2017.

_____. Emenda Constitucional n. 1, de 17 de outubro de 1969. Edita o novo texto da Constituição Federal de 24 de janeiro de 1967. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 20 out. 1969. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc01-69.htm>. Acesso em: 27 ago. 2017.

_____. Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 17 jan. 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm>. Acesso em: 27 ago. 2017.

_____. Lei n. 6.538, de 22 de junho de 1978. Dispõe sobre os Serviços Postais. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 23 jun. 1978. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6538.htm>. Acesso em: 27 ago. 2017.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 27 ago. 2017.

_____. Lei n. 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. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 11 nov. 1999a. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9868.htm>. Acesso em: 27 ago. 2017.

_____. Lei n. 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. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 6 dez. 1999b. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9882.htm>. Acesso em: 27 ago. 2017.

_____. Emenda Constitucional n. 26, de 14 de fevereiro de 2000. Altera a redação do art. 6º da Constituição Federal. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 20 out. 2000. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc26.htm>. Acesso em: 27 ago. 2017.

_____. Emenda Constitucional n. 45, de 30 de dezembro de 2004. Altera dispositivos dos arts. 5º, 36, 52, 92, 93, 95, 98, 99, 102, 103, 104, 105, 107, 109, 111, 112, 114, 115, 125, 126, 127, 128, 129, 134 e 168 da Constituição Federal, e acrescenta os arts. 103-A, 103B, 111-A e 130-A, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 30 dez. 2004. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc45.htm>. Acesso em: 27 ago. 2017.

_____. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Institui o Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 17 mar. 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 27 ago. 2017.

_____. **Supremo Tribunal Federal**. Brasília, DF, 2017. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/principal/principal.asp>>. Acesso em: 27 ago. 2017.

BROSS, Donald C.; COBARLLY, Sarah; FLANGO, Victor E. Amicus curiae brief: the court's perspective. **Justice System Journal**, Williamsburg, v. 27, n. 2, p. 180-190, 2006.

BUENO, Cássio Scarpinella. **Amicus curiae no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. Ação direta de inconstitucionalidade: Intervenção de amicus curiae. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 138, p. 165-184, 2006.

CALDEIRA, Gregory; WRIGHT, John. Amici Curiae before the Supreme Court: who participates, when, and how much? **The Journal of Politics**, Chicago, v. 52, n. 3, p. 782-806, 1990.

CLÈVE, Clèmerson Merlin; DIAS, Cibele Fernandes. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. **Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado de Goiás**, Goiânia, v. 21, p. 49-54, 2001.

COLLINS JUNIOR, Paul M. Friends of the Court: examining the Influence of Amicus Curiae participation in U.S Supreme Court Litigation. **Law and Society Review**, Salt Lake City, v. 38, n. 4, p. 807-832, 2004.

_____.; SOLOWIEJ Lisa A. Interest group participation, competition, and conflict in the U.S. Supreme Court. **Law and Social Inquiry**, Chicago, v. 32, n. 4, p. 955-984, 2007.

COVEY JUNIOR, Frank M. Amicus Curiae: friend of the court. **DePaul Law Review**, Chicago, v. 9, n. 1, p. 30-37, 1959.

CRISCUOLI, Giovanni. Amicus Curiae. **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**, Milano, ano 27, n. 1, p. 187-216, 1973.

DIMOULIS, Dimitri. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental: problemas de concretização e limitação. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 832, p. 11-36, 2005.

DUARTE NETO, José. **Rigidez e estabilidade constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

EPSTEIN, Lee; O`CONNER, Karen. Amicus Curiae Participation in U.S Supreme Court Litigation: An Appraisal of Hakman`s "Folklore". **Law and Society Review**, Salt Lake City, v. 16, n. 2, p. 311-320, 1982.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. O sistema constitucional brasileiro e as recentes inovações n. controle de constitucionalidade (Leis nº 9.868, de 10 de novembro e nº 9.982 de 3 de dezembro de 1999). **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 220, p. 1-17, 2000.

_____. **Aspectos do direito constitucional contemporâneo**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

FGV DIREITO SP. **Supremo em Pauta**. São Paulo, 2017. Disponível em: <<http://direitosp.fgv.br/supremoempauta>>. Acesso em 27 ago. de 2017.

GARGARELLA, Roberto. **La justicia frente al gobierno**: sobre el carácter contramayoritario del poder judicial. Barcelona: Ariel, 1996.

GINN, Martha Humphries; SZMER John. Examining the effects of information, Attorney Capability, and Amicus Participation on U.S. Supreme Court Decision Making. **American Politics Research**, Cambridge, MA, v. 42, n. 3, p. 441-471, 2013.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional**: a sociedade aberta de intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1997.

HENNIG LEAL, Mônica Clarissa. 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**: Revista del Centro de Estudios Constitucionales, Buenos Aires, v. 8, n. 1, p. 283-304, 2010.

KEARNEY, Joseph; MERRILL, Thomas. The influence of amicus curiae briefs on the Supreme Court. **University of Pennsylvania Law Review**, Philadelphia, v. 148, n. 3, p. 743-855, 2000.

KRISLOV, Samuel. The Amicus Curiae Brief: from friendship to advocacy. **The Yale Law Journal**, New Haven, v. 72, n. 4, p. 694-721, 1963.

LEAL, Mônica Clarissa Hennig. La n.ção 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**, Santiago, año 8, n. 1, p. 283-304, 2010.

LEAL, Roger Stiefelmann. **O efeito vinculante na jurisdição constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2006.

MEDINA, Damares. **Amicus Curiae**: amigo da corte ou amigo da parte? São Paulo: Saraiva, 2010.

MEIRELLES, Hely Lopes; WALD, Arnaldo; MENDES, Gilmar Ferreira. **Mandado de Segurança e ações constitucionais**. 36. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

MELLO FILHO, José Celso de. O Supremo Tribunal Federal e a defesa das liberdades públicas sob a Constituição de 1988: alguns tópicos relevantes. In: MORAES, Alexandre de (Coord.). **Os 20 Anos da Constituição da República Federativa do Brasil**. São Paulo: Atlas, 2009.

MENDES, Conrado Hübner. **Controle de constitucionalidade e democracia**. São Paulo/Rio de Janeiro: Campus Elsevier, 2007.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição constitucional**: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental**: comentários à Lei n. 9.882, de 3-12-1999. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. **Homenagem à doutrina de Peter Häberle e sua influência no Brasil**. Brasília, DF, 2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticia/ArtigoDiscurso/anexo/dischHaberle.pdf>>. Acesso em: 27 ago. 2017.

_____. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 1.

MORAES, Alexandre de (Coord.). **Os 20 Anos da Constituição da República Federativa do Brasil**. São Paulo: Atlas, 2009.

MORAIS, George Ventura. Direito e desenvolvimento: a ampliação da participação processual e o amicus curiae no anteprojeto do novo código de processo civil. **Direito e Desenvolvimento**, João Pessoa, v. 3, n. 5, p. 146-168, 2012.

NUNES, Jorge Amaury Maia. A participação do Amicus Curiae no procedimento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. **Revista de Direito Público**, Brasília, DF, v. 20, p. 47-64, 2008.

PASCUAL VIVES, Francisco José. El desarrollo de la institución del amicus curiae en la jurisprudencia internacional. **Revista Electrónica de Estudios Internacionales**, n. 21, p. 2, 2011. Disponível em: <<http://www.reei.org/index.php/revista/num21/articulos/desarrollo-institucion-amicus-curiae-jurisprudencia-internacional>>. Acesso em: 27 ago. 2017.

RAMOS, Elival da Silva. **Perspectivas de evolução do controle de constitucionalidade no Brasil**. 1998. Tese (Concurso de Professor Titular) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 1998.

_____. **Controle de constitucionalidade no Brasil**: perspectivas de evolução. São Paulo: Saraiva, 2010.

SAGER, Lawrence G. Constitutional justice. **New York University Journal of Legislation and Public Policy**, New York, n. 6, p. 11–19, 2002.

SALDANHA, Jânia Maria Lopes; ESPINDOLA, Ângela Araújo da Silveira. A jurisdição constitucional e o caso da ADIN 3.510: do modelo individualista – e liberal – ao modelo coletivo – e democrático – de processo. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 154, p. 265-283, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental: alguns aspectos controversos. **Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)**, Salvador, n. 19, 2009. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/artigo/ingo-wolfgang-sarlet/arguicao-de-descumprimento-de-preceito-fundamental-alguns-aspectos-controversos>>. Acesso em: 27 ago. 2017.

SARMENTO, Daniel. Apontamentos sobre a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 224, p. 95-116, 2001.

SHEENAN, Reginald; SONGER, Donald. Interests groups success in the courts: amicus participation in the Supreme Court. **Political Research Quarterly**, Salt Lake City, v. 46, n. 2, p. 339-354, 1993.

SILVA, Virgílio Afonso da. O STF e o Controle de Constitucionalidade: deliberação, diálogo e razão pública. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 250, p.197-227, 2009.

SINNOTT-ARMSTRONG, Walter. Weak and strong judicial review. **Law and Philosophy**, New York, v. 22, n. 3, p. 381-392, 2003.

SPILL, Rorie; HERBERLIG, Eric. Communicating to the Court and Beyond: why members of congress participate as amicus curiae. **Legislative Studies Quarterly**, Iowa City, v. 29, n. 4, p. 591-610, 2004.

SPRIGGS, James F. II; WAHLBECK, Paul J. Amicus Curiae and the Role of information at the Supreme Court. **Political Research Quarterly**, Salt Lake City, v. 50, n. 2, p. 365-386, 1997.

STARLING, Sandra. Projeto de Lei n. 2.872, de 19 de março de 1997. Projeto de lei que dispõe sobre a reclamação ao Supremo Tribunal Federal em caso de descumprimento de preceito constitucional no processo legislativo e dá outras providências. **Diário da Câmara dos Deputados**, Brasília, DF, 9 maio 1997. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=41078>>. Acesso em: 27 ago. 2017.

STONE, Alec. **The birth of judicial politics in France**. Oxford: Oxford University Press, 1992.

SZMER, John; GINN, Martha Humphries. Examining the Effects of Information, Attorney Capability, and Amicus Participation on US Supreme Court Decision Making. **American Politics Research**, Cambridge, MA, v. 42, p. 441-471, 2013.

TAVARES, André Ramos. **Tratado de Arguição de Preceito Fundamental**: lei 9.868/99 e lei n. 9.882/99. São Paulo: Saraiva, 2001.

TROPER, Michel. The Logic of Justification of Judicial Review. **International Journal of Constitutional Law**, New York, n. 1, p. 99-121, 2003.

TUPINAMBÁ, Carolina. Novas tendências de participação processual: o amicus curiae no anteprojeto do novo CPC. In: FUX, Luiz (Coord.). **O novo processo civil brasileiro**: direito em expectativa: (reflexões acerca do projeto do novo Código de processo civil). Rio de Janeiro: Forense, 2011.

TUSHNET, Mark. Alternative Forms of Judicial Review. **Michigan Law Review**, Ann Arbor, v. 101, p. 2781-2802, 2003.

WALDRON, Jeremy. **Law and disagreement**. New York: Oxford University Press, 1999.