

10/05/2012

PLENÁRIO

AG.REG. NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3.396  
DISTRITO FEDERAL

RELATOR : MIN. CELSO DE MELLO  
AGTE.(S) : ANILDO FABIO DE ARAUJO  
ADV.(A/S) : ANILDO FABIO DE ARAUJO

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO – (Relator): Trata-se de recurso de agravo interposto contra decisão *que não admitiu, na posição de "amicus curiae", a intervenção do Procurador da Fazenda Nacional ora agravante, pelo fato de tal recorrente não se ajustar à condição especial exigida pelo § 2º do art. 7º da Lei nº 9.868/99, que se mostra inaplicável às pessoas físicas (ou naturais) em geral.*

**Inconformada** com essa decisão, a parte ora agravante **interpõe** o presente recurso, **postulando o seu formal ingresso**, neste processo, como "*amicus curiae*", **em ordem** a nele praticar todos os atos inerentes a essa condição processual, **notadamente** para promover a sustentação oral de suas razões na presente causa. **Alega, para tanto, em suas razões recursais, em síntese, o que se segue** (fls. 749):

*"A Constituição Federal de 1988, fundada sob o Estado Democrático de Direito e o princípio da cidadania, assegura o acesso à justiça.*

*Por tratar-se de princípio constitucional, a cidadania não pode ser restringida por norma infraconstitucional.*

*O art. 133 da Constituição Federal de 1988, consagra que o advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inconstitucional interpretação restritiva, literal, da art. 7º, § 2º, da Lei Federal nº 9.868/1999.*

## ADI 3396 AGR / DF

*Na aplicação do art. 7º, § 2º, da Lei Federal nº 9.868, de 10 de novembro de 1999, deve ser feita interpretação conforme à Constituição, no sentido de assegurar aos cidadãos a atuação perante o Tribunal Constitucional, na qualidade de 'Amicus Curiae', sob pena de violação dos princípios constitucionais da cidadania e do acesso à justiça.*

*A interpretação restritiva, literal, do art. 7º, § 2º, da Lei Federal nº 9.868/1999 visa excluir direitos fundamentais do cidadão, quais sejam, o acesso à justiça, o exercício pleno da cidadania e a participação no sistema concentrado de controle de constitucionalidade.*

*Tal interpretação poderá ensejar também na restrição legal dos institutos do 'Habeas Corpus', do 'Habeas Data', do Mandado de Segurança, do Mandado de Injunção, etc., consagrando-os apenas para as pessoas jurídicas, violando a história, o Direito e os princípios seculares desses 'writs' constitucionais." (grifei)*

**Sendo** esse o contexto, **submeto** à apreciação do Egrégio Plenário do Supremo Tribunal Federal **o presente** recurso de agravo.

**É o relatório.**

10/05/2012

PLENÁRIO

AG.REG. NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3.396  
DISTRITO FEDERAL

V O T O

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO – (Relator):  
*Preliminarmente, **conheço** do presente recurso de agravo, **considerando**, para tanto, a **jurisprudência** do Supremo Tribunal Federal **que admite** a possibilidade de impugnação recursal, *por parte de terceiro*, quando **recusada**, como na espécie, a sua intervenção como “amicus curiae” (ADI 3.105-ED/DF, Rel. Min. CEZAR PELUSO – ADI 3.934-ED-**-segundos-AgR/DF**, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, v.g.):*

**“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO OPOSTOS POR ‘AMICUS CURIAE’. AUSÊNCIA DE LEGITIMIDADE. INTERPRETAÇÃO DO § 2º DA LEI N. 9.868/99.**

**1. A jurisprudência deste Supremo Tribunal é assente quanto ao não-cabimento de recursos interpostos por terceiros estranhos à relação processual nos processos objetivos de controle de constitucionalidade.**

**2. Exceção apenas para impugnar decisão de não-admissibilidade de sua intervenção nos autos.**

**3. Precedentes.**

**4. Embargos de declaração não conhecidos.”**

**(ADI 3.615-ED/PB, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA – grifei)**

**Vê-se, portanto, que o Plenário do Supremo Tribunal Federal **entende cabível** o recurso de agravo **quando** interposto contra decisão do Relator *que não admite* a intervenção formal de terceiro, *como “amicus curiae”*, no processo de controle normativo abstrato.**

## ADI 3396 AGR / DF

Esta Corte Suprema, na realidade, buscando viabilizar o acesso de terceiros com representatividade adequada e, assim, permitir a pluralização do debate constitucional, construiu entendimento jurisprudencial no sentido de submeter à revisão do Plenário do Supremo Tribunal Federal, mediante recurso de agravo, o ato decisório que nega a possibilidade de intervenção do “amicus curiae”.

O recurso em questão, unicamente cabível na hipótese de recusa da intervenção de terceiros como “amicus curiae”, qualifica-se, na vasta tipologia das espécies recursais, como recurso “secundum eventum litis”.

É por isso – insista-se – que esta Corte tem reconhecido legitimidade recursal ao terceiro quando não admitido, pelo Relator, como “amicus curiae” (ADI 3.105-ED/DF, Rel. Min. CEZAR PELUSO – ADI 3.615-ED/PB, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, v.g.).

Entendo essencial admitir, por todas essas razões, o controle recursal, pelo Plenário, da decisão do Relator que nega ao terceiro o ingresso como “amicus curiae”, especialmente se se considerar que o objetivo precípua da participação do colaborador da Corte consiste em pluralizar o debate constitucional e em conferir maior coeficiente de legitimidade democrática aos julgamentos do Supremo Tribunal Federal em sede de fiscalização abstrata de constitucionalidade.

Desse modo, e com apoio em tais fundamentos, conheço do presente recurso de agravo.

Superada essa questão prévia, passo a examinar o pleito recursal. E, ao fazê-lo, assinalo não assistir razão à parte ora agravante, por não dispor de representatividade adequada, que traduz – tal como assinalado na decisão recorrida – um dos requisitos legitimadores da intervenção do “amicus curiae” no processo objetivo de controle normativo abstrato.

## ADI 3396 AGR / DF

**Não vejo**, pois, **como reconhecer**, ao Procurador da Fazenda Nacional ora recorrente, **legitimidade** para intervir, **como** “*amicus curiae*”, neste processo de fiscalização normativa abstrata.

Como se sabe, **terceiros** não dispõem, *ordinariamente*, em nosso sistema de direito positivo, **de legitimidade para intervir** no processo de fiscalização normativa abstrata (**RDA** 155/155 – **RDA** 157/266 – **ADI 575-AgR/PI**, Rel. Min. CELSO DE MELLO, *v.g.*).

A Lei nº 9.868/99, **ao regular** o processo de controle abstrato de constitucionalidade, **prescreve** que “*Não se admitirá intervenção de terceiros no processo de ação direta de inconstitucionalidade*” (art. 7º, “*caput*” – grifei).

A razão de ser *dessa vedação legal* – **adverte** o magistério da doutrina (OSWALDO LUIZ PALU, “**Controle de Constitucionalidade**”, p. 192/193, item n. 9.9.1, 2ª ed., 2001 RT; ZENO VELOSO, “**Controle Jurisdicional de Constitucionalidade**”, p. 89, item n. 109, 3ª ed./2ª tir., 2003, Cejup; ALEXANDRE DE MORAES, “**Direito Constitucional**”, p. 755/756, item n. 9.2, 27ª ed., 2011, Atlas, *v.g.*) – **repousa** na circunstância de o processo de fiscalização normativa abstrata **qualificar-se como processo de caráter objetivo** (**RTJ** 113/22 – **RTJ** 131/1001 – **RTJ** 136/467 – **RTJ** 164/506-507).

**É certo**, no entanto, que a regra constante do art. 7º, § 2º, da Lei nº 9.868/99 **abrandou**, em caráter inovador, o sentido da vedação **pertinente** à intervenção assistencial, **permitindo**, agora, na **condição** de “*amicus curiae*”, o **ingresso** de entidades dotadas **de representatividade adequada** no processo de controle abstrato de constitucionalidade.

## ADI 3396 AGR / DF

A norma legal em questão, ao excepcionalmente admitir a possibilidade de ingresso formal **de terceiros** no processo de controle normativo abstrato, **assim dispõe**:

*“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.” (grifei)*

**Sabemos** que entidades **que possuem representatividade adequada** podem ingressar, *formalmente*, em sede de controle normativo abstrato, na condição de terceiros interessados, **para efeito** de participação e manifestação sobre a controvérsia constitucional **suscitada por quem dispõe** de legitimidade ativa para o ajuizamento de referida ação constitucional.

**Tal como assinaei** em decisões anteriores (**ADI 2.130-MC/SC**, Rel. Min. CELSO DE MELLO, **DJU** 02/02/2001), **a intervenção** do “amicus curiae”, para legitimar-se, **deve apoiar-se** em razões **que tornem desejável e útil** a sua atuação processual na causa, *em ordem a proporcionar* meios que viabilizem uma adequada resolução do litígio constitucional.

**Impõe-se destacar**, neste ponto, por necessário, **a idéia nuclear** que anima os propósitos teleológicos *que motivam* a intervenção do “amicus curiae” no processo de fiscalização normativa abstrata.

*Não se pode perder de perspectiva* que a intervenção processual do “amicus curiae” **tem por objetivo essencial pluralizar o debate constitucional, permitindo** que o Supremo Tribunal Federal **venha** a dispor **de todos** os elementos informativos possíveis e necessários à resolução da controvérsia, *visando-se*, ainda, *com tal abertura procedimental*, **superar a grave questão pertinente à legitimidade democrática** das decisões emanadas desta Corte, **quando** no desempenho de seu **extraordinário**

## ADI 3396 AGR / DF

poder de efetuar, *em abstrato*, o controle concentrado de constitucionalidade, **tal como destacam**, em pronunciamento sobre o tema, eminentes doutrinadores (GUSTAVO BINENBOJM, “A Nova Jurisdição Constitucional Brasileira”, 2ª ed., 2004, Renovar; ANDRÉ RAMOS TAVARES, “Tribunal e Jurisdição Constitucional”, p. 71/94, 1998, Celso Bastos Editor; ALEXANDRE DE MORAES, “Jurisdição Constitucional e Tribunais Constitucionais”, p. 64/81, 2000, Atlas; DAMARES MEDINA, “Amicus Curiae: Amigo da Corte ou Amigo da Parte?”, 2010, Saraiva, v.g.).

**Valioso**, a propósito dessa particular questão, o **magistério** expendido pelo eminente Ministro GILMAR MENDES (“Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade”, p. 503/504, 2ª ed., 1999, Celso Bastos Editor), em passagem *na qual põe em destaque* o entendimento de PETER HÄBERLE, **para quem** o Tribunal “há de desempenhar um papel de intermediário ou de mediador entre as diferentes forças com legitimação no processo constitucional” (p. 498), **em ordem a pluralizar**, em abordagem que *deriva da abertura material da Constituição*, o **próprio debate** em torno da controvérsia constitucional, **conferindo-se**, desse modo, **expressão real e efetiva** ao princípio democrático, **sob pena** de se instaurar, **no âmbito** do controle normativo abstrato, *um indesejável “deficit” de legitimidade* das decisões que o Supremo Tribunal Federal venha a pronunciar no exercício, “*in abstracto*”, dos poderes **inerentes** à jurisdição constitucional.

**Daí, segundo entendo**, a necessidade **de assegurar**, ao “amicus curiae”, **mais** do que o **simples ingresso formal** no processo de fiscalização abstrata de constitucionalidade, **a possibilidade de exercer** o direito **de fazer sustentações orais** perante esta Suprema Corte, **além de dispor da faculdade** de submeter ao Relator da causa **propostas de requisição** de informações adicionais, **de designação** de perito **ou** comissão de peritos, **para que emita parecer** sobre questões decorrentes do litígio, **de convocação** de audiências públicas, **sem prejuízo da prerrogativa de recorrer** – tal como esta Corte tem **reiteradamente** reconhecido – da decisão

**que tenha denegado** o seu pedido **de admissão** no processo de controle normativo abstrato.

**Cumpr** **rememorar**, *nesta passagem*, **a irrepreensível observação** do eminente Ministro GILMAR MENDES, **no fragmento** doutrinário já referido, **constante** de sua **valiosíssima** produção acadêmica, **em que expõe** considerações de irrecusável pertinência **em tema** de intervenção processual do “*amicus curiae*” (“*op. loc. cit.*”):

*“Vê-se, assim, que, enquanto órgão de composição de conflitos políticos, passa a Corte Constitucional a constituir-se em elemento fundamental de uma sociedade pluralista, atuando como fator de estabilização indispensável ao próprio sistema democrático.*

*É claro que a Corte Constitucional não pode olvidar a sua ambivalência democrática. Ainda que se deva reconhecer a legitimação democrática dos juízes, decorrente do complexo processo de escolha e de nomeação, e que a sua independência constitui requisito indispensável para o exercício de seu mister, não se pode deixar de enfatizar que aqui também reside aquilo que Grimm denominou de ‘risco democrático’ (...).*

*É que as decisões da Corte Constitucional estão inevitavelmente imunes a qualquer controle democrático. Essas decisões podem anular, sob a invocação de um direito superior que, em parte, apenas é explicitado no processo decisório, a produção de um órgão direta e democraticamente legitimado. Embora não se negue que também as Cortes ordinárias são dotadas de um poder de conformação bastante amplo, é certo que elas podem ter a sua atuação reprogramada a partir de uma simples decisão do legislador ordinário. Ao revés, eventual correção da jurisprudência de uma Corte Constitucional somente há de se fazer, quando possível, mediante emenda.*

*Essas singularidades demonstram que a Corte Constitucional não está livre do perigo de converter uma vantagem democrática num eventual risco para a democracia.*

*Assim como a atuação da jurisdição constitucional pode contribuir para reforçar a legitimidade do sistema, permitindo a*

## ADI 3396 AGR / DF

*renovação do processo político com o reconhecimento dos direitos de novos ou pequenos grupos e com a inauguração de reformas sociais, **pode ela também bloquear** o desenvolvimento constitucional do País.*

.....  
*O **equilíbrio instável** que se verifica e que parece constituir o autêntico problema da jurisdição constitucional na democracia afigura-se necessário e inevitável. Todo o esforço que se há de fazer é, pois, no sentido **de preservar** o equilíbrio e **evitar** disfunções.*

*Em **plena** compatibilidade com essa orientação, **Häberle** não só defende a existência de instrumentos de defesa da minoria, **como também propõe uma abertura hermenêutica** que possibilite a esta minoria o **oferecimento de 'alternativas'** para a interpretação constitucional. **Häberle** esforça-se por demonstrar que a interpretação constitucional **não é – nem deve ser – um evento exclusivamente estatal. Tanto** o cidadão que interpõe um recurso constitucional, **quanto** o partido político que impugna uma decisão legislativa **são intérpretes da Constituição**. Por outro lado, **é a inserção da Corte no espaço pluralista – ressalta Häberle – que evita distorções** que poderiam advir da independência do juiz e de sua estrita vinculação à lei." (grifei)*

*Na verdade, consoante **ressalta** PAOLO BIANCHI, em **estudo** sobre o tema ("Un'Amicizia Interessata: L'amicus curiae Davanti Alla Corte Suprema Degli Stati Uniti", "in" "Giurisprudenza Costituzionale", Fasc. 6, nov/dez de 1995, Ano XI, Giuffrè), **a admissão do terceiro**, na condição de "amicus curiae", no processo objetivo de controle normativo abstrato, **qualifica-se como fator de legitimação social** das decisões do Tribunal Constitucional, **viabilizando, em obséquio ao postulado democrático, a abertura** do processo de fiscalização concentrada de constitucionalidade, **em ordem a permitir** que, nele, se realize a possibilidade de participação de entidades e de instituições **que efetivamente representem os interesses gerais da coletividade ou que expressem os valores essenciais e relevantes** de grupos, classes ou estratos sociais.*

Essa percepção do tema foi lucidamente exposta pelo eminente Professor INOCÊNCIO MÁRTIRES COELHO (“As Idéias de Peter Häberle e a Abertura da Interpretação Constitucional no Direito Brasileiro”, “in” RDA 211/125-134, 133):

*“Admitida, pela forma indicada, a presença do ‘amicus curiae’ no processo de controle de constitucionalidade, não apenas se reitera a impessoalidade da questão constitucional, como também se evidencia que o deslinde desse tipo de controvérsia interessa objetivamente a todos os indivíduos e grupos sociais, até porque, ao esclarecer o sentido da Carta Política, as cortes constitucionais, de certa maneira, acabam reescrevendo as constituições.” (grifei)*

É por tais razões que entendo que a atuação processual do “amicus curiae” não deve limitar-se à mera apresentação de memoriais ou à prestação eventual de informações que lhe venham a ser solicitadas ou, ainda, à produção de sustentações orais perante esta Suprema Corte.

Essa visão do problema – que restringisse a extensão dos poderes processuais do “colaborador do Tribunal” – culminaria por fazer prevalecer, na matéria, uma incompreensível perspectiva reducionista, que não pode (*nem deve*) ser aceita por esta Corte, sob pena de total frustração dos altos objetivos políticos, sociais e jurídicos visados pelo legislador na positivação da cláusula que, *agora*, admite o formal ingresso do “amicus curiae” no processo de fiscalização concentrada de constitucionalidade.

Cumprir permitir, desse modo, ao “amicus curiae”, em extensão maior, o exercício de determinados poderes processuais.

Esse entendimento é perfilhado por autorizado magistério doutrinário, cujas lições acentuam a essencialidade da participação legitimadora do “amicus curiae” nos processos de fiscalização abstrata de constitucionalidade (GUSTAVO BINENBOJM, “A Nova Jurisdição Constitucional Brasileira”, p. 157/164, 2ª ed., 2004, Renovar;

## ADI 3396 AGR / DF

GUILHERME PEÑA DE MORAES, “Direito Constitucional/Teoria da Constituição”, p. 207/208, item n. 4.10.2.3, 4ª ed., 2007, Lumen Juris, v.g.), **reconhecendo-lhe** o direito de promover, **perante** esta Corte Suprema, **a pertinente** sustentação oral (FREDIE DIDIER JR., “Possibilidade de Sustentação Oral do Amicus Curiae”, “in” “Revista Dialética de Direito Processual”, vol. 8/33-38, 2003; NELSON NERY JR./ROSA MARIA DE ANDRADE NERY, “Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante”, p. 1.388, 7ª ed., 2003, RT; EDGARD SILVEIRA BUENO FILHO, “Amicus Curiae: a democratização do debate nos processos de controle de constitucionalidade”, “in” “Direito Federal”, vol. 70/127-138, AJUFE, v.g.) **ou**, *ainda*, a faculdade de solicitar a realização de exames periciais sobre o objeto **ou** sobre questões derivadas do litígio constitucional **ou** a prerrogativa de propor a requisição de informações complementares, **bem assim** a de pedir a convocação de audiências públicas, **sem prejuízo**, como esta Corte já o tem afirmado, **do direito** de recorrer de decisões **que recusam o seu ingresso formal** no processo de controle normativo abstrato.

**Cabe observar** que o Supremo Tribunal Federal, *em assim agindo*, **não só garantirá** maior efetividade **e atribuirá** maior legitimidade às suas decisões, **mas**, *sobretudo*, **valorizará**, *sob uma perspectiva eminentemente pluralística*, o sentido **essencialmente** democrático dessa participação processual, **enriquecida** pelos elementos de informação **e** pelo acervo de experiências que o “amicus curiae” **poderá transmitir** à Corte Constitucional, **notadamente** em um processo – *como o de controle abstrato de constitucionalidade* – cujas implicações políticas, sociais, econômicas, jurídicas e culturais são *de irrecusável* importância, *de indiscutível* magnitude *e de inquestionável* significação para a vida do País e a de seus cidadãos.

**Cumpré acentuar**, *de outro lado*, **ante** a sua inteira pertinência, que o sistema de controle normativo abstrato de constitucionalidade **não permite** que, *em seu âmbito*, **se discutam situações individuais**, **nem se examinem interesses concretos**.

**Cabe ter presente**, neste ponto, que o processo de fiscalização concentrada de constitucionalidade – **por revestir-se de caráter objetivo** – destina-se a viabilizar “o julgamento, não de uma relação jurídica concreta, mas de validade de lei em tese (...)” (RTJ 95/999, Rel. Min. MOREIRA ALVES – grifei).

A importância de **qualificar-se** o controle normativo abstrato de constitucionalidade como processo objetivo – **vocacionado**, como precedentemente enfatizado, à proteção “in abstracto” da ordem constitucional – **impede**, por isso mesmo, a apreciação de **qualquer** pleito que vise a **resguardar interesses de expressão concreta e de caráter individual**.

**Isso significa**, portanto, que, em face da **natureza objetiva** de que se reveste o processo de fiscalização concentrada de constitucionalidade, **nele não se discutem situações individuais** (RTJ 170/801-802, Rel. Min. CELSO DE MELLO), eis que inadmissível proceder à “defesa de direito subjetivo” (Min. CÉLIO BORJA, “in” ADI 647/DF – RTJ 140/36-42) em sede de controle normativo abstrato:

**“CONTROLE ABSTRATO DE  
CONSTITUCIONALIDADE – PROCESSO DE CARÁTER  
OBJETIVO – IMPOSSIBILIDADE DE DISCUSSÃO DE  
SITUAÇÕES INDIVIDUAIS E CONCRETAS.**

– O controle normativo de constitucionalidade **qualifica-se** como típico processo **de caráter objetivo**, vocacionado, **exclusivamente** à defesa, **em tese**, da harmonia do sistema constitucional. A **instauração** desse processo objetivo **tem por função instrumental** viabilizar o julgamento **da validade abstrata** do ato estatal em face da Constituição da República. O **exame** de relações jurídicas **concretas e individuais constitui** matéria juridicamente **estranha** ao domínio do processo de controle **concentrado** de constitucionalidade.

A **tutela jurisdicional de situações individuais**, uma vez suscitada a controvérsia de índole constitucional, **há de ser obtida**

## ADI 3396 AGR / DF

*na via do controle difuso de constitucionalidade, que, **supondo** a existência de um caso concreto, revela-se acessível a **qualquer** pessoa que disponha de interesse e legitimidade (CPC, art. 3º)."*

**(RTJ 164/506-509, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Pleno)**

**Concluo o meu voto:** preliminarmente, **conheço** do presente recurso de agravo, **apoiando-me**, para tanto, **nos precedentes** firmados pelo **Plenário** do Supremo Tribunal Federal.

**Caso conhecido** este recurso, **nego-lhe provimento**, *seja* em razão da *inobservância*, por parte do ora agravante, **da exigência** pertinente à *"adequacy of representation"*, *seja*, ainda, **em decorrência da inadmissibilidade** da defesa de direitos e interesses individuais **em sede de controle normativo abstrato**.

**É o meu voto.**