

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.*

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.*

ADI 3396 AGR / DF

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.