

## Diálogo institucional através do *amicus curiae*: repensando a legitimidade do Supremo Tribunal Federal

### Institutional dialogue through *amicus curiae*: rethinking the legitimacy of the Supreme Federal Court

Carlos André Maciel Pinheiro Pereira<sup>a</sup>, Sybil Anne Eaton<sup>b</sup>

<sup>a</sup> Mestre, com distinção acadêmica, em Direito Constitucional (2018) pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN). Especialista em Direito Tributário (2016) pelo Instituto Brasileiro de Estudos Tributários (IBET). Bacharel em Direito (2014) pelo Centro Universitário do Rio Grande do Norte (UNI-RN). É Professor da Escola de Direito da Universidade Potiguar (UnP). E-mail: [andre.pinheiro@unp.br](mailto:andre.pinheiro@unp.br).

<sup>b</sup> Bacharela em Direito pela Universidade Potiguar (UnP). Advogada. E-mail: [sybil\\_10@hotmail.com](mailto:sybil_10@hotmail.com)

#### Resumo

O presente estudo qualitativo tem como objetivo discutir o diálogo institucional entre os poderes e o Supremo Tribunal Federal a partir do instituto do *amicus curiae*. Utiliza do método indutivo com suporte de pesquisa bibliográfica e análise jurisprudencial. Traz, como ponto de partida, a prática do ativismo judicial consolidada em diversos julgados. Após, discute a legitimidade da corte a partir de referencial doutrinário. Por fim, aponta no *amicus curiae* um instrumento efetivador do diálogo entre executivo, legislativo e judiciário.

**Palavras-chave:** Ativismo judicial, Legitimidade da jurisdição constitucional, *Amicus curiae*.

#### Abstract

The present qualitative study aims to discuss the institutional dialogue between the powers and the Federal Supreme Court from the *amicus curiae* institute. It uses the inductive method with support of bibliographic research and jurisprudential analysis. It brings, as a starting point, the practice of judicial activism consolidated in several judgments. After, it discusses the legitimacy of the court from a doctrinal referential. Finally, it points out in the *amicus curiae* an effective instrument of dialogue between the executive, the legislature and the judiciary.

**Keywords:** Judicial Activism, Constitutional Jurisdiction Legitimacy, *Amicus Curiae*.

## 1. Introdução

Este trabalho tem o objetivo de trazer uma visão acerca do instituto do ativismo judicial praticado pelas cortes brasileiras. Usando-se do método indutivo, foram exibidos conceitos, posicionamentos a favor e contra ao ativismo, e uma possível solução para a discussão que gira em torno da legitimidade da respectiva prática. Dessa forma, ao assumir a função de legislador, as decisões tomadas pelas cortes em relação a grandes temas que envolvem política e direitos fundamentais têm chamado atenção tanto da mídia como de vários juristas, gerando discussões acerca da sua legitimidade, tendo em vista que a referida prática é considerada por muitos como um atentado à democracia.

A vigente atuação do poder judiciário brasileiro vem sendo delineada por muitos como ativista. O ativismo judicial se resume pela criação de dispositivos legais feita pelo poder judiciário, diante da omissão dos demais poderes ou ineficácia da norma jurídica, nos casos desembocados para julgamento. Nesse contexto, ao analisar o exercício do ativismo judicial no ordenamento jurídico brasileiro, faz-se necessário avaliar uma solução que envolva um diálogo entre os três poderes. Uma sugestão de solução será apresentada nesse trabalho por meio do instituto do *amicus curiae*.

Na primeira seção, o “Diagnóstico do ativismo judicial no direito brasileiro”, inicia-se com uma breve narrativa do histórico do ativismo judicial, seguindo com a diferenciação de ativismo judicial e judicialização, delimitando seus conceitos, sendo expostos posicionamentos adeptos e críticos ao ativismo, além de demonstrar de que forma ele é exercido no ordenamento jurídico brasileiro.

Na segunda seção, discorre-se sobre a problemática do ativismo judicial no Brasil, expõe-se a discussão que existe acerca de sua legitimidade, e se a prática exercida pelas cortes brasileiras consiste em violação à democracia, uma vez que estaria ocorrendo uma possível interferência no espaço dos demais poderes, por meio de análise de decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal (STF).

Por fim, na terceira seção, é trazida uma forma de solução para o conflito existente entre a prática do ativismo judicial e o princípio democrático de direito. Aponta-se a possibilidade da existência de um diálogo institucional entre os poderes por meio do *amicus curiae*, uma vez que, ao oportunizar os legitimados do artigo 103 da Constituição Federal de participar em processos de ordem constitucional, estaria proporcionando a participação dos demais poderes nas escolhas dessas decisões, respeitando, assim, o princípio democrático de direito.

## 2. Diagnóstico do ativismo judicial no direito brasileiro

Não restam dúvidas de que recentemente o poder judiciário tem deixado de ser um poder inerte para se tornar um poder participante democrático, o que gera controvérsias acerca da legitimidade de seu comportamento. Hodiernamente, a atuação dos juízes e, principalmente do STF, tem ganhado grande destaque no cenário político brasileiro. Taxada como ativista, esta performance do STF pode ser objeto de análises críticas.

Entretanto, faz-se necessário iniciar um novo debate, pois os juízes possuem respaldo constitucional para praticar o ativismo, haja vista que a própria Constituição Federal lhes confere o cargo de guardiões da constituição em seu artigo 102, *caput*, que dispõe o seguinte: “compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição”. Todavia, é necessário que sejam impostos mecanismos que limitem a atuação do poder judiciário como proposta de solução ao excesso de ativismo para que haja harmonia com o princípio democrático constitucional.

O termo “ativismo judicial” foi usado pela primeira vez em um artigo publicado na revista *Fortune* pelo escritor Arthur Schlesinger Jr, onde a matéria se concentrava em revelar as antipatias que os juízes nutriam uns pelos outros e suas divergências pessoais, vistas como a melhor explicação para as polarizações de mérito nas questões levadas ao tribunal. Assim, com essas marcas de superficialidade, a expressão ganhou enorme público e vários adeptos de seu uso, chegando, mais proximamente, também ao vocabulário dos juristas brasileiros (Branco, 2011).

Antes de adentrar aos diversos conceitos existentes sobre o tema, é necessário fazer uma breve distinção entre este e a judicialização da política, haja vista serem dois temas que se cruzam e podem ser confundidos, devendo-se evitar que a expressão ativismo judicial seja usada para fenômenos diversos. Logo, a judicialização dá-se quando questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do poder judiciário e não pelas instâncias a quem incube decidir, ocorrendo uma transferência de poder para juízes e tribunais, em razão do modelo constitucional vigente; já o ativismo é delineado como uma atitude, uma forma proativa de interpretar a Constituição que expande o seu sentido e alcance (Barroso, 2011).

Perante o apontado, conclui-se que a judicialização deriva do próprio modelo constitucional vigente ao considerar o que a Constituição Federal dispõe em seu artigo 5º, inciso XXXV: “a lei não excluirá da *apreciação* do poder judiciário lesão ou ameaça a direito”, sendo a judicialização uma obrigação e o ativismo uma escolha do modo de interpretar a Constituição Federal pela qual o poder judiciário materializa seus valores.

Formalizada a distinção entre os dois institutos, passa-se à análise aos diversos conceitos do ativismo judicial e suas hipóteses. Consoante anteriormente mencionado, não existe um conceito uniforme à expressão ativismo judicial, sendo as opiniões doutrinárias divididas entre os que condenam e os que enobrecem o ativismo. Não obstante, no Brasil há uma pré-compreensão de que ativismo judicial tem a ver com desenho de separação dos poderes e com exercício de atribuições do judiciário que parecem destoar de algum esquema de divisão de tarefas (Branco, 2011).

Admitindo o ponto de vista negativo, o ativismo judicial é compreendido como um exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento que incube. Trata-se de “descaracterização da função típica do judiciário, com incursão insidiosa sobre o núcleo essencial de funções constitucionalmente atribuídas a outros poderes” (Ramos, 2010, p. 129). Nessa linha de pensamento o ativismo é tido como algo maléfico, onde o poder judiciário ultrapassa sua competência constitucional e viola o princípio constitucional da separação dos poderes previsto no artigo 2º da Constituição Federal, o qual dispõe que “são Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”, uma vez que ao proferir uma decisão dotada de ativismo judicial, o poder judiciário estaria exercendo função de legislador (RAMOS, 2010).

Neste mesmo norte, Moraes (2013) afirma que:

O ativismo judicial decorre de uma opção política do poder judiciário, em que este, ao invés de submeter-se ao direito vigente, entende-se como capaz de criar livremente o direito que lhe cabe aplicar, retirando da atuação do poder judiciário a margem de controlabilidade desejada pelo ideal constitucionalista na realização de qualquer função estatal.

Com base nessas concepções, entende-se que as mais notáveis questões políticas e sociais estão sendo decididas pelo STF, que, além de interpretar, passou também a criar direitos. Tal atividade tem gerado preocupação, pois esse protagonismo judicial exagerado estaria transformando a Constituição Federal em mero objeto à sua disposição (Glauco, 2017).

Tais perspectivas encontram-se ultrapassadas e equivocadas, pois, como já afirmado, há respaldo legal para a atuação dos juízes, haja vista que a própria Constituição Federal lhes confere o cargo de guardiões da Constituição, discussão que será demonstrada ao longo desta pesquisa. Por conseguinte, não há motivos para se falar em invasão a outros poderes, pois os juízes estão apenas cumprindo sua função constitucional.

Em contrapartida, apreciando de forma positiva, o ativismo judicial figura-se associado a uma participação mais ampla e intensa do poder judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, por meio da maior interferência no espaço de atuação dos outros poderes. Os juízes, ao declararem a inconstitucionalidade de atos normativos do legislador, ou aplicarem diretamente a Constituição à situações não previstas expressamente em seu texto sem a manifestação do poder legislativo, e ainda ao impor condutas ao poder público, estariam atuando em busca da concretização dos direitos fundamentais (Barroso, 2009).

Essa direção aponta que enquanto os corpos legislativos e executivos são descompromissados com direitos básicos e agem de forma não democrática e omissiva, o poder judiciário se acha impelido a agir para assegurar a proteção aos direitos fundamentais. Por este motivo as condenações ao ativismo fundamentadas em invasão de poderes encontram-se sem justificativa (Irons, 1990). Particularmente, os pensamentos em comento se encontram mais próximos da realidade do ativismo praticado pelos tribunais brasileiros, considerando-se que “[...] uma ordem constitucional como a nossa – vale o mesmo raciocínio, em que se atribui ao STF o poder de editar súmulas vinculantes, não há de ter como ativista o desempenho da função quase normativa que é ínsita ao exercício dessa competência” (Branco, 2011).

No Brasil, existe um debate entre essas duas linhas de raciocínio devido ao fato de que o ativismo judicial tem despertado grande repercussão no cenário nacional no que tange à “centralização da interpretação da Constituição da República Federal de 1988 nas mãos do Supremo Tribunal Federal” (Glauco, 2017).

É notável que o comportamento da maior instância do poder judiciário tem se transformado desde a concepção da Constituição Federal. Conforme Campos (2013), o “Supremo elevou seu padrão de interação com os Poderes Executivo e Legislativo: ele não é mais um simples coadjuvante, mas sim, um participante ativo na formulação de políticas públicas e na condução do processo democrático brasileiro”. Esta atuação ativista do STF decorre muitas vezes em razão do modelo constitucional vigente e da imprescindibilidade da observância dos princípios constitucionais presentes na Constituição Federal.

A Constituição Federal em seu artigo 102 ampliou o papel de atuação do STF ao conferir-lhe um largo número de competências com grande concentração de poderes de decisão, especialmente nos controles de constitucionalidade abstrato e concentrado (Campos, 2013). O STF tem se deparado com grandes controvérsias políticas, sociais e econômicas, bem como questões em que se veem presentes omissões dos demais poderes nas demandas que são ali desembocadas para julgamento.

Diante da sua função de assegurar o efetivo cumprimento da Constituição Federal, o tribunal tem atuando nas decisões de diversas questões do Brasil contemporâneo, desde a titularidade de cargos eletivos até as condições de funcionamento parlamentar dos partidos políticos, criação de municípios, demarcação de terras indígenas, reforma da previdência, guerra fiscal entre estados, união estável homoafetiva e ilicitude do aborto de anencéfalos (Campos, 2013).

Essas demandas chegam, na maioria das vezes, no STF por meio dos mecanismos de controle de constitucionalidade, em destaque pelas ações de inconstitucionalidade, que a Constituição Federal apresenta e concede à corte o poder de decisão sobre eles. Por meio desses mecanismos de controle de constitucionalidade, o STF conseguiu firmar seu papel de guardião da Constituição Federal, promovendo algum equilíbrio entre as forças políticas, exercendo sua função contramajoritária e promovendo equilíbrio entre as forças políticas

(Campos, 2013).

A Constituição Federal, como norma fundamental do sistema jurídico, regula o modo de produção das leis e demais atos normativos e impõe balizamentos a seu conteúdo. A contrariedade a esses mandamentos deflagra os mecanismos de controle de constitucionalidade (Barroso, 2012). Tais instrumentos são disponibilizados pela Constituição Federal para que os devidamente legitimados zelem pelo respeito à ordem constitucional. Existindo incompatibilidade entre uma lei ou ato normativo infraconstitucional e a Constituição Federal, essa divergência desencadeará os mecanismos constitucionais de correção, sendo os de controle de constitucionalidade o principal deles (Barroso, 2012).

As formas de controle presentes no ordenamento brasileiro são classificadas como controle por via incidental e difuso e controle por via principal e concentrado. O controle incidental acha-se por via de exceção ou defesa, onde a inconstitucionalidade é arguida pela própria parte em uma demanda, em que visa escusar-se do cumprimento de uma norma que julga ser inconstitucional. Trata-se de controle exercido fora de um caso concreto, independente de uma disputa entre partes, tendo por objeto a discussão acerca da validade da lei em si (Barroso, 2012).

O controle elencado é exercido de modo difuso por todos os juízes e tribunais, enquanto o controle principal por via de ação direta tem a competência concentrada no STF, pelas seguintes maneiras: a) Ação direta de inconstitucionalidade genérica; b) Ação direta de inconstitucionalidade por omissão; c) Ação declaratória de constitucionalidade; d) Ação direta interventiva; e) Arguição de descumprimento de preceito fundamental (Barroso, 2012).

Ante a sua importância, tendo em vista que são as vias mais usadas na atualidade para levar questões relevantes ao STF, merecem serem destacadas e conceituadas as ações constitucionais. A Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) surge quando os legitimados ativos provocam o exercício da jurisdição constitucional a fim de guardar o ordenamento constitucional acometido por certa lacuna normativa ou pela existência de ato normativo tido como insatisfatório (Barroso, 2012).

O controle feito por meio de Ação Direta de Constitucionalidade (ADC) é usado quando, em razão de interpretações judiciais divergentes em relação à compatibilidade de determinada norma infraconstitucional com a Constituição Federal, vê-se necessário reclamar ao STF o reconhecimento da harmonia entre estas (Barroso, 2012)

A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) é elencada no artigo 102, parágrafo 1º da Constituição Federal, devendo ser pleiteada perante o STF, com o propósito de evitar ou reparar lesão a preceito fundamental decorrente de ato do poder público. A respectiva ação deve ser utilizada de forma subsidiária, cabendo ser empregada apenas quando houver inexistência de qualquer outro meio eficaz capaz de sanar a lesividade (Barroso, 2012).

Nos exemplos a seguir, encontram-se demandas propostas perante STF por meio das ações constitucionais supracitadas que envolvem garantias fundamentais e este tomou uma posição ativista. No ano de 2011, os ministros do STF, ao julgarem a ADI nº 4277 e a ADPF nº 132, reconheceram a equiparação entre união a união estável homoafetiva e união estável heteroafetiva. Sustentando como fundamento da decisão, os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da isonomia: “a corte tem expandido o conteúdo dos princípios constitucionais e fortalecido os direitos fundamentais” (Campos, 2013).

Em outro momento, ao ser provocado pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde (CNTS) por meio da ADPF nº 54, acerca da inconstitucionalidade da tipificação da interrupção da gravidez de feto anencéfalo nos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II do Código Penal, o STF decidiu por maioria de votos

julgar procedente o pedido contido na ADPF nº 54, decidindo que essa modalidade de aborto não é crime, criando uma nova hipótese de excludente de ilicitude de aborto, exercendo, assim, função de legislador, ou seja, atuando para além dos seus limites e atribuições constitucionais.

No caso da “Raposa do Sol”, que dizia respeito à posse indígena em relação a uma fazenda em Mato Grosso do Sul que havia sido declarada pela União como área de posse imemorial (permanente) da etnia guarani-kaiowá, integrando a Terra Indígena Guyraroká, por maioria de votos, a Segunda Turma do STF deu provimento ao Recurso Ordinário em Mandado de Segurança (RMS) 29087, reconhecendo não haver posse indígena na determinada área. A referida decisão é dotada de ativismo, haja vista que ao emitir a referida sentença o STF feriu a proteção de um grupo vulnerável, atingindo claramente diversos princípios constitucionais.

Além de questões sociais, tem restado ao STF decidir sobre questões políticas. Em 2010 a corte foi questionada sobre o início da vigência da lei da “ficha limpa” e sua constitucionalidade, onde por maioria dos votos de 7 a 4, foi decidida pela constitucionalidade da lei. Essas matérias e outras demandas políticas ilustraram que o STF se encontra, atualmente, no centro de importantes assuntos nacionais.

Um dos casos mais recentes e mais polêmicos em que o STF realizou um julgamento dotado de ativismo foi o caso decidido em fevereiro de 2018, que trata do habeas corpus nº 152752/PR – Paraná, do ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva, de relatoria do Ministro Edson Fachin. O habeas corpus abordava a questão da impossibilidade da realização da prisão do ex-presidente com base na sua condenação em segunda instância, tendo em vista que ninguém poderá ser considerado culpado antes de sentença penal condenatória transitada em julgado.

Ocorreu a votação em plenário, onde foi negado por maioria dos ministros o pedido de habeas corpus do ex-presidente. O respectivo acórdão viola o que está elencado no texto constitucional, onde se aduz que ninguém poderá ser considerado culpado antes de sentença penal condenatória transitada em julgado. Na decisão em comento o STF extrapola seus limites, ferindo severamente o princípio da presunção da inocência.

Nota-se que os correntes julgados do STF ensejam uma interpretação de caráter ativista, uma vez que em tais casos o tribunal, ao responder as provocações feitas pela sociedade, estaria legislando na omissão de um dos poderes em não regulamentar matéria específica. Esse excesso de ativismo acaba por gerar no mundo jurídico insegurança jurídica. É necessário que se vise uma solução para harmonizar o ativismo com o ordenamento jurídico brasileiro.

### **3. A problemática da legitimidade no ativismo judicial**

Conforme abordado previamente, não restam dúvidas sobre o fato de que STF tem sido protagonista de vários casos complexos, provocando as mais variadas reações no mundo jurídico devido aos seus julgados com tendências ativistas. A grande polêmica que gira em torno desse protagonismo judicial diz respeito à legitimidade das decisões judiciais. No caso, se estas possuem respaldo constitucional e se seriam apenas reflexos da exteriorização das opções pessoais, políticas e morais dos juízes, estando estes criando ao invés de estarem aplicando leis, e não aspirando a eficiente proteção dos direitos fundamentais (Barroso, 2011).

As críticas referentes às opiniões pessoais dos juízes consistem no fato de que, ao se deparar com várias possibilidades para a solução de um caso concreto, o juiz ao assumir aquela que lhe parece mais adequada, estaria elegendo uma escolha pessoal, abastecida de arbitrariedade (Streck, 2008). Essa escolha parcial consiste em um ato de vontade, fadado de uma ampla discricionariedade do intérprete judicial, infringindo, assim, os fundamentos do Estado democrático de direito. Já o debate que gira em torno da legitimidade das decisões

baseia-se no fato de que estaria ocorrendo uma indevida intromissão pelo poder judiciário nas atribuições dos demais poderes, quando este delibera sobre temas fora de sua competência ou invalida atos praticados pelos poderes eleitos, ferindo, portanto, o princípio da separação dos poderes e o Estado democrático de direito (Glauco, 2017).

Compreende-se que a Constituição Federal dispõe, em seu artigo 2º, os poderes presentes na União ao estabelecer que: “são poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”. Assim, entende-se que “todos os poderes confiados ao governo, estadual ou nacional, estão divididos em três grandes departamentos, o executivo, o legislativo e o judiciário”. Afinal, “os chamados três poderes podem ser determinados como três funções distintas e coordenadas do Estado, e que é possível definir fronteiras separando cada uma dessas funções” (Kelsen, 1998).

Cada um desses poderes possui sua função típica, sendo o poder legislativo a fonte de todas as normas gerais em parte diretamente e em parte indiretamente através dos órgãos aos quais delega competência legislativa; o poder judiciário estabelece em uma situação concreta que um delito foi praticado e determina uma sanção; o poder executivo com a função responsável típica de administrar, tentando obter uma determinada conduta vinculando um ato coercitivo, a sanção administrativa, à conduta contrária, o delito administrativo (Kelsen, 1998).

Essa divisão foi gerada para impedir que os poderes usurpem a função uns dos outros, com a finalidade de assegurar o Estado democrático de direito. O fundamento do Estado democrático de direito está previsto no artigo 1º, parágrafo único, da Constituição Federal e prevê que “todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta constituição”.

Extraí-se daí que o poder reside no povo e sua vontade é exteriorizada por meio de representantes eleitos para um mandato representativo. Logo, o poder do povo encontra-se nos poderes executivo e legislativo. O Estado democrático de direito é tão crucial que foi fixado como cláusula pétrea pela Constituição Federal, em seu artigo 60, §4º, inciso III e estabelece que “não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir a separação dos poderes”.

Portanto, ao dedicar-se a resolver litígios concernentes à legislação e a realização de políticas públicas, seja escolhendo as prioridades de governo ou legislando de forma genérica, sem qualquer provocação, o poder judiciário estaria possivelmente agindo com arbitrariedade, haja vista que tais competências estão delineadas na Constituição Federal como atribuições dos poderes executivo e legislativo (Sampaio Júnior, 2011).

No entanto, muitas vezes, os poderes legislativo e executivo deixam de obedecer aos valores constitucionais, seja por atos de omissão seja por descumprimento de obrigações. Diante disso, o poder judiciário, quando provocado, deve examinar os atos em desconformidade com a Constituição Federal, mesmo que para tanto acabe, de alguma forma, atuando em uma esfera política, com a finalidade de assegurar os direitos e garantias fundamentais dos cidadãos. (Sampaio Júnior, 2011).

Além do mais, as rejeições à atuação do poder judiciário encontram-se sem alicerce, não se caracterizando como invasão aos demais poderes, haja vista que o STF possui respaldo legal para sua performance. A Constituição Federal atribui ao STF, em seu artigo 102, o papel de guardião da Constituição. Tal ofício compreende fazer valer os valores constitucionais e garantir a tutela dos direitos e garantias fundamentais do cidadão. Essa prerrogativa é prevista de forma cristalina. Portanto, não há razão legal para contestar essa missão (Sampaio Júnior, 2011). Ao conferir-lhe a atribuição de julgar mecanismos de controle de constitucionalidade, a Constituição Federal determina que o STF possui aptidão para fazer com que a

democracia se substancie.

Os instrumentos de controle de constitucionalidade, sejam por omissão ou por ação, são indispensáveis para garantir que os valores constitucionais sejam respeitados pelos poderes públicos e particulares. (Sampaio Júnior, 2011). É cediço que na sociedade atual é inevitável que o poder judiciário tome uma posição mais ativa visando assegurar a materialização da democracia, bem como é inegável que o mesmo possui legitimidade para tanto. Nas palavras de Sampaio Júnior (2011):

A democracia não pode ser compreendida tão-somente como possibilidade de escolha de seus representantes, ou seja, como uma preocupação meramente formal, daí porque para sua realização como processo perene é indispensável que os direitos dos cidadãos sejam cumpridos pelo Poder Público e particulares.

Superado o conflito relativo à legitimidade, é necessário analisar a existência de harmonia com a prática do ativismo. Para solidificar a legitimidade das decisões, “o juiz deve tentar compatibilizar a necessidade de concretização dos valores que lhe são impostos pela Constituição com as regras que condicionam uma efetiva democracia” (Sampaio Júnior, 2011, p. 412). Para mais, é imperativo que seja incrementada uma proposta de solução que promova a harmonia entre o ativismo e o princípio constitucional do Estado democrático de direito. Tal providência deve ser feita através de um diálogo institucional entre os órgãos executivos, legislativos e judiciários.

#### **4. Uma proposta de solução: o diálogo institucional por meio do *amicus curiae***

Simplifica-se que as cortes e os demais poderes, embora separados organicamente, devem estar conectados dialogicamente a fim de que haja uma reconciliação entre a democracia e as decisões judiciais (Leite, 2017). Em busca deste intermédio entre os poderes, pode-se utilizar do diálogo institucional através do *amicus curiae*.

A gênese do instituto do *amicus curiae* provém da aplicação do direito inglês no sistema norte americano no momento em que o senador Henry Clay, no julgamento do caso Green vs. Biddle, solicitou uma audiência, na condição de representante do Estado de Kentucky e teve seu pedido atendido (Pereira, 2018), lugar em que evoluiu alcançando grande relevo, surgindo como instrumento que possibilitava, no processo, a manifestação daqueles que eram alheios ao caso, mas que, por algum motivo, tinham interesse ou contribuição a dar acerca da matéria em discussão (Leal, 2011). No Brasil, a natureza jurídica do *amicus curiae* era dividida entre a intervenção como auxiliar do juízo e na participação ativa enquanto interessado no processo (Pereira, 2018).

Inicialmente, as primeiras exteriorizações deste tipo de intervenção se deram pela possibilidade de manifestação da Comissão de Valores Mobiliários em processos judiciais que tratem de matéria incluída em sua competência, incorporada pela lei nº 6.716/1978, e a oportunidade de o Conselho Administrativo de Defesa Econômica se manifestar nos processos judiciais que discutam a aplicação da lei nº 12.529/2011 (Pereira, 2018).

Não obstante existirem estas e outras manifestações de intervenção por meio do *amicus curiae*, foi somente em 1999 que o instituto passou a ter previsão legal expressa, estando inserido no §2º do artigo 7º da lei nº 9.868/99, podendo-se encontrar dispositivo semelhante também na lei nº 9.882/99 (Leal, 2011).

Analisando ambos os dispositivos legais, identificam-se duas modalidades de *amicus curiae*, a voluntária e outra por requisição do juiz, que autorizam a intervenção perante ações de controle de constitucionalidade, ao permitir sua interpretação dos dispositivos legais sob julgamento (Pereira, 2018).



Para Binenbojm (2004), as audiências públicas provenientes da intervenção do *amicus curiae* servem como instrumentos que permitem ao STF ter conhecimento das convicções e interpretações da Constituição formuladas pelos magistrados do País e pelos diversos segmentos da cidadania. Assim, o referente dispositivo é de suma importância para abertura do controle de constitucionalidade, já que permite ao judiciário buscar elementos seguros sobre os fatos subjacentes à lei cuja constitucionalidade é questionada e que viabilizem a formação do seu convencimento sob a tese daquele que postula (Leal, 2011).

A abertura da comunicação no controle de constitucionalidade confere segurança jurídica para a sociedade, tendo em vista que o acesso do *amicus curiae* ao processo deixa de ser decidido pelo julgador e se torna algo acessível (Pereira, 2018).

O *amicus curiae* é um grande aliado na desavença que gira em torno de um possível ativismo judicial negativo, pois auxilia o poder judiciário a tomar decisões legitimadas procedimentalmente para a sociedade. Através do instituto é formado um canal comunicativo que entre as esferas públicas e a jurisdição constitucional, através do qual os argumentos da sociedade civil são apreciados dialogicamente pelo órgão julgador (Pereira, 2018).

Trata-se de uma verdadeira forma de fomentar as mudanças necessárias pela sociedade civil o que pode ser feito no judiciário como palco político para concretização das mudanças tanto como uma maneira de demonstrar ao poder administrativo os argumentos que vem sendo lançados pela esfera pública (Pereira, 2018). O canal comunicativo do *amicus curiae* pode abrir caminho para relações dialógicas e não hierárquicas entre cortes e outros poderes, permitindo uma maior interação entre esses órgãos sem que nenhum deles tenha pretensões hegemônicas no esquema de divisão de poderes (Leite, 2017).

Essa interação ocorrerá através da participação dos co-legitimados no artigo 103 da Constituição Federal como *amicus curiae*. Na redação original redigida no § 1º do art. 7º da lei nº 9.866/1999 os co-legitimados poderiam atuar como assistentes litisconsorciais entre si, entretanto, a referida disposição foi objeto de veto presidencial em razão da celeridade processual (Pereira, 2018). Conquanto o STF no trâmite da ADI nº 2.999/RJ admitiu a participação de co-legitimado do artigo 103 como *amicus curiae* e não como assistente litisconsorcial.

Por conseguinte, podendo algum dos legitimados no artigo 103 da Constituição Federal atuar como *amicus curiae* em processo de jurisdição constitucional, é presenciada a possibilidade de copulação entre poderes, considerando-se que se acham no rol do mencionado artigo, representantes dos poderes legislativo e executivo, ocorrendo então, a viabilidade de um processo harmônico democrático entre os poderes.

A respeito do assunto Del Prá (2011) dispõe que:

[...] entendemos que os co-legitimados poderão sim intervir como assistentes litisconsorciais, entretanto, somente no caso de pretenderem auxiliar o assistido em sua vitória, ou seja, dede pretendem defender a tese da inconstitucionalidade (se ADIN) ou da constitucionalidade (se ADECON) da norma impugnada, aditando ou não o pedido. Caso contrário, não poderão ingressar nessa qualidade. E é exatamente nesse ponto que se insere a vantagem de seu ingresso como *amicus curiae*. De fato, como *amicus curiae* sua atuação é desvinculada, podendo defender qualquer das teses, independentemente da tese defendida pelo autor.

No atual cenário do direito constitucional brasileiro não é possível vislumbrar a possibilidade de extinguir o ativismo judicial, isso seria considerado um grande retrocesso na concretização dos valores constitucionais. Por isso, em vez de se optar por um ativismo excessivo ou por uma democracia majoritária, tem-se iniciado um profícuo debate sobre as teorias que rediscutem a supremacia judicial e que propõem um diálogo constitucional com os demais poderes (Leite, 2017).

O instituto do *amicus curiae* surge como uma forma de promover a participação dos demais poderes no processo de controle de constitucionalidade, através dos legitimados do artigo 103 da Constituição Federal, oportunizando assim um diálogo institucional entre os poderes, promovendo a reconciliação entre democracia e constitucionalismo.

## 5. Conclusões

Perante o que foi exposto ao longo do presente artigo, demonstra-se a relevância do estudo do instituto “*amicus curiae*” através de seu diagnóstico no ordenamento jurídico brasileiro, que se dá pela análise das decisões proferidas pelo STF.

A omissão dos poderes legislativo e executivo na concretização de direitos fundamentais fez com que gerasse uma participação mais ampla do poder judiciário nas decisões envolvendo tais direitos. Não há mais possibilidade de se negar a existência do ativismo, ele está presente e possui grande força, e o STF possui legitimidade para tanto. Todavia, o seu excesso faz com que se torne um problema no sistema democrático, pois ocorre uma interferência de poderes.

O uso do *amicus curiae* surge como uma alternativa para que a atividade jurisdicional não cometa excessos usurpando a função dos demais poderes, na medida em que possibilita a participação deles na tomada de decisões que fazem parte de sua competência. O *amicus curiae* atua como uma ferramenta que abre caminho para a existência de um diálogo entre os três poderes, pois pode promover por meio da participação dos legitimados o artigo 103 da Constituição Federal, a participação de representantes de todos os poderes no julgamento de decisões de jurisdição constitucional, encorajando assim uma democracia sustentável.

Conclui-se que o ativismo judicial é um instituto usado pelas cortes brasileiras como mecanismo de concretização de valores e direitos fundamentais para remediar a omissão dos poderes legislativo e executivo em sua missão de garantir tais direitos ao cidadão. Logo, o ativismo judicial não deve ser mais objeto de discussão, e sim aceito. O que deve ser colocado em pauta é uma forma de conciliar a sua utilização e limites com a democracia. Em vez de discutir a respeito da legitimidade do ativismo é vital que se explore um modelo de diálogo institucional que se relacione com a jurisdição constitucional. O *amicus curiae* surge nesse contexto como uma solução ao ativismo em excesso que deve ser explorada.

## Referências

Barroso, L. R. (2011) Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil contemporâneo. In: Fellet, A. L. F. et al. (orgs.). As novas faces do ativismo judicial, Jus Podivm, Salvador, p. 225-270

\_\_\_\_\_. (2011). Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. In: Coutinho, J. N. de M. et al. (orgs.). *Constituição & ativismo judicial: limites e possibilidades da norma constitucional e da decisão judicial*, Lumen Juris, Rio de Janeiro, p. 275-290.

\_\_\_\_\_. (2012). *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise*, 6ed, Saraiva, São Paulo.

Binenbojm, G. (2004). *A nova jurisdição constitucional: legitimidade democrática e instrumentos de realização*, 2. Ed, Renovar, Rio de Janeiro.

Branco, P. G. G (2011). Em busca de um conceito fugidio – o ativismo judicial. *In: Fellet, A. L. F. et al. (orgs). As novas faces do ativismo judicial*, Jus Podivm, Salvador, p. 387-401.

Campos, C. A. de A. (2013) Explicando o Avanço do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal. *In: Fellet, A.&Novelino, M. (orgs.). Constitucionalismo e democracia*, Jus Podivm, Salvador, p. 349-408.

Del prá, C. G. R. (2011). *Amicus curiae*: instrumento de participação democrática e de aperfeiçoamento da prestação jurisdicional, Juruá, Curitiba.

Irons, P. (1989-1990). *Making law*: the case for judicial activism. *Valparaiso University Law Review* 24.

Kelsen, H. (1998). *Teoria geral do direito e do estado*. Trad. de Luís Carlos Borges, 3. ed., Martins Fontes, São Paulo.

Leal, M. C. H. (2011) Ativismo judicial e participação Democrática: A audiência Pública como Espécie de *Amicus curiae* e de abertura da jurisdição Constitucional – a experiência do Supremo Tribunal Federal Brasileiro na audiência pública da saúde. *In: Leal, R.G. & Leal, M. C.H. (orgs.). Ativismo judicial e déficits democráticos: algumas experiências Latino-Americanas e Européias*, Lumen Juris, Rio de Janeiro, p. 221-244.

Leite, G. S. (2017). *Juristocracia e constitucionalismo democrático: do ativismo judicial ao diálogo constitucional*, Lumen Juris, Rio de Janeiro.

Morais, D. S. (2013) Democracia e Direitos Fundamentais: Propostas para uma jurisdição constitucional democrática. *In: Fellet, A.&Novelino, M. (orgs.). Constitucionalismo e democracia*, Jus Podivm, Salvador, p. 161-188.

Pereira, C. A. M. P. (2018). *Jurisdição procedimental: o agir comunicativo da opinião pública através do amicus curiae*, Juruá, Curitiba.

Ramos, E. da S. (2010). *Ativismo judicial*, Saraiva, São Paulo.

Sampaio Júnior, J. H. (2011) Ativismo judicial: Autoritarismo ou cumprimento dos deveres constitucionais? *In: Fellet, A. L. F. et al (orgs.). As novas faces do ativismo judicial*, Jus Podivm, Salvador, p. 403-429.

Streck, Lenio (2008). *Verdade e consenso*, Lumen Juris, Rio de Janeiro.