

Carolina Campos Salles Zarif

**OS PODERES E LIMITAÇÕES DO AMICUS
CURIAE NO CONTROLE DE
CONSTITUCIONALIDADE**

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

COGEAE – Curso de Especialização

DIREITO PROCESSUAL CIVIL

Carolina Campos Salles Zarif

**OS PODERES E LIMITAÇÕES DO AMICUS
CURIAE NO CONTROLE DE
CONSTITUCIONALIDADE**

Monografia apresentada à Coordenadoria Geral de Especialização, Aperfeiçoamento e Extensão – COGEAE da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP, como exigência parcial para obtenção do grau de especialista em Direito Processual Civil, sob orientação do Professor Rodrigo Barioni.

COGEAE/PUC-SP

São Paulo

2013

Sumário

Introdução.....	.05
I - A relevância da participação do <i>amicus curiae</i> em nosso ordenamento..	07
II - Breve histórico e panorama do instituto no Direito estrangeiro.....	12
III - O controle de constitucionalidade no Direito brasileiro.....	16
3.1 O Controle Judicial no Brasil	
3.1.1 Histórico.....	18
3.1.2 Formas de Controle de constitucionalidade judicial	
3.1.2.1 O controle difuso de constitucionalidade.....	20
3.1.2.2 O controle concentrado de constitucionalidade.....	22
3.1.2.2.1 A Ação Direta de Inconstitucionalidade.....	23
3.1.2.2.2 A Ação Declaratória de Constitucionalidade.....	27
3.1.2.2.3 A Ação de Arguição de Preceito Fundamental.....	30
3.1.3 Considerações finais sobre o controle de constitucionalidade..	34
IV – Poderes e Limitações do <i>Amicus Curiae</i>	35
4.1. Casos que autorizam a manifestação do <i>amicus</i>	36
4.2. Legitimidade para atuar como <i>amicus curiae</i>	44
4.3. O prazo para manifestação.....	46
4.4. Possibilidade de realização de sustentação oral	50
4.5. Recursos.....	53

4.5.1	Recurso contra a decisão que indefere a participação do <i>amicus</i>	54
4.5.2	Recurso contra a decisão que admite a participação do <i>amicus</i>	57
4.5.3	Possibilidade de o <i>amicus</i> apresentar recurso contra a decisão final ou qualquer outra que possa interferir concretamente nos interesses que motivam seu ingresso.....	58
4.6.	Pedido de prova pelo <i>amicus</i>	61
4.7.	Contraditório.....	62
4.8.	Sucumbência.....	63
4.9.	Responsabilidade do <i>amicus</i> por dano processual.....	64
V -	Conclusão.....	65
	Bibliografia.....	67

Introdução

O presente trabalho visa analisar a figura do *amicus curiae*, instituto que, não obstante jamais tenha sido mencionado com o *nomen iuris* supra na Legislação Pátria¹, vem dia após dia ganhando espaço no Direito brasileiro.

Daí porque, em razão da constante participação desse terceiro especial nos processos que visam o controle de constitucionalidade, mostra-se necessário o exame de seus poderes e limitações.

Em outras palavras, o objetivo do presente estudo é reunir os principais entendimentos jurisprudenciais e doutrinários sobre a atuação do *amicus curiae*.

Contudo, antes de adentrarmos especificamente nas questões que tratam dos poderes e limitações do instituto em estudo, mostra-se de suma importância uma breve introdução para que se possa visualizar a relevância da participação do *amicus curiae* em nosso ordenamento, sucintas referências ao instituto no direito alienígena, além de um panorama geral do controle de constitucionalidade no Brasil.

¹ Na realidade a nomenclatura *amicus curiae* só foi mencionada na Resolução n. 390, de 17.09.2004 do Conselho da Justiça Federal

Capítulo I - A relevância da participação do *amicus curiae* em nosso ordenamento

A autora Damares Medina² nos traz um conceito bastante claro do instituto estudado:

“O amicus curiae é um terceiro que intervém em um processo, do qual ele não é parte, para oferecer à corte sua perspectiva acerca da questão constitucional controvertida, 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.”

Importa anotar, outrossim, que o instituto do *amicus curiae* no Direito brasileiro pode ser visualizado, basicamente, a partir de dois ângulos, tomadas as diversas previsões legais que tratam do tema: manifestação por iniciativa do juiz e intervenção voluntária.

Creemos, todavia, que a principal questão a qual deve ser analisada neste momento é a importância dessa intervenção para o nosso ordenamento.

E essa importância está intimamente relacionada com o Estado Democrático de Direito e a constitucionalização do Direito Processual Civil.

Explica-se. Atualmente, os juízes não são mais meros aplicadores da lei. Tem-se hoje verdadeira produção normativa pelo judiciário, através da crescente força vinculante das decisões (súmulas vinculantes, processos coletivos, controle de constitucionalidade, etc).

² Damares, MEDINA, Amicus Curiae: amigo da corte ou amigo da parte?– p.17

Em outras palavras, mesmo num país de *civil law* como o Brasil, os julgados assumiram suma importância, até para termos uma ideia de como serão decididos casos futuros.

Verifica-se, destarte, que os efeitos das decisões judiciais podem em diferentes graus afetar terceiros e, por essa razão, estes poderão, conforme o caso, intervir em processo alheio, o que é permitido pelo direito pátrio através das intervenções de terceiros.

Ocorre que, nem sempre o interesse do terceiro se dá de forma que seja possível intervir por uma das formas previstas em nosso Código de Processo Civil.

A própria Lei 9.868/99 que trata do procedimento ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade, veda expressamente em seu artigo 7º a intervenção de terceiros.

No entanto, é importante esclarecer que o *amicus curiae* não se encaixa nas intervenções de terceiros supra mencionadas, pois seu interesse é diverso ao daquele terceiro do direito processual civil.

De acordo com Carlos Gustavo Rodrigues Del Prá³ aqueles terceiros só participam dos processos em que tenham interesse jurídico, ou seja, aqueles que venham a ser atingidos em suas esferas jurídicas pela decisão a ser proferida.

Já o *amicus curiae* nas claríssimas palavras de Cassio Scarpinella Bueno “*deve ser entendido como adequado representante desses interesses que existem ‘fora do processo’ mas que são afetados em alguma medida pela decisão a ser tomada ‘no processo’*”.

³ Carlos Gustavo Rodrigues, DEL PRÁ, *Amicus curiae*: instrumento de participação democrática e de aperfeiçoamento da prestação jurisdicional

Por essa razão, para que o *amicus* seja admitido em juízo é condição *sine qua non* que demonstre ele ser um verdadeiro representante dos interesses que visa defender em juízo.

Neste diapasão, verificamos que o *amicus curiae* atua para defender os interesses das diversas esferas da sociedade, garantindo assim a participação democrática de toda a nação em julgamentos que terão o condão de influenciar diretamente os diferentes setores.

Ademais, verifica-se atualmente uma tendência crescente de constitucionalização de nosso Direito Processual Civil.

Com essa constitucionalização, a Constituição Federal passa a ser o ponto de partida para qualquer reflexão sobre o processo civil. O plano técnico do processo é necessariamente vinculado e conformado ao modelo constitucional.

Afinal, o processo civil não pode ser analisado como um fim em si mesmo, sendo, na realidade, um instrumento do direito material para alcançar a pacificação social.

Os principais princípios constitucionais relacionados ao direito processual civil são o devido processo legal (artigo 5º, LIV da Constituição Federal) e o contraditório e a ampla defesa (artigo 5º, LV da Constituição Federal).

Veremos detalhadamente o princípio do contraditório, o qual está intimamente relacionado com a figura do *amicus curiae*.

Pois bem, o princípio do contraditório, conforme nos explica o Jurista Cassio Scarpinella Bueno⁴, consiste no binômio “ciência e resistência” ou “informação e reação”, sendo que o primeiro elemento é sempre indispensável e o segundo é eventual ou possível.

⁴ Cassio Scarpinella, BUENO, *Amicus Curiae* no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático

Constata-se, pois, que como a ‘ciência’ e a ‘informação’ são indispensáveis, verificamos que o contraditório relaciona-se intimamente com a ideia de participação e de possibilidade de participação na decisão do Estado.

Assim quanto mais as partes manifestam-se, maior a legitimidade da atuação do Estado.

Deste raciocínio decorre uma nova tendência da doutrina brasileira, o princípio da cooperação, o qual, a bem da verdade, é a atualização do princípio do contraditório.

Por este princípio as partes e o juiz devem manter constante diálogo, a fim de se buscar a prolação da melhor decisão para a solução da controvérsia.

Desta forma, observa-se que as partes são parciais e o juiz deve ser necessariamente imparcial. Contudo, existe um interesse comum a todos os envolvidos no processo: solucionar a questão pendente de apreciação pelo poder judiciário da melhor forma possível, imunizando-a de ulteriores discussões.

O princípio da cooperação está fortemente ligado com o *amicus curiae*, pois para que se busque a melhor solução do caso concreto o juiz deve não só interagir intimamente com as partes, como também com outros sujeitos que possam de alguma forma municiá-lo com todas as informações possíveis e necessárias para melhor decidir.

Nota-se, pois, que a participação do *amicus curiae* colabora para que as decisões tenham mais qualidade, pois trazem elementos para que os julgadores possam aprofundar-se e melhor refletir sobre as questões que deverão decidir.

Afinal, com a abertura dos direitos e garantias no Brasil a partir da década de 1980, passou a ser imprescindível a oitiva das vozes dos diferentes segmentos da sociedade através do *amicus curiae*.

De mais a mais, o fato de não haver regramento expresso para o instituto é irrelevante, pois ele decorre dos direitos e garantias fundamentais previstos no artigo 5º da Constituição de 1988, precipuamente como consequência necessária do princípio do contraditório/cooperação.

Verificamos, assim, a importância do instituto em estudo para o direito brasileiro.

Capítulo II - Breve histórico e panorama do instituto no Direito estrangeiro

Não se sabe ao certo a origem exata do *amicus curiae*. Segundo Carlos Gustavo Rodrigues Del Prá⁵ existem notícias que o instituto teve suas raízes no direito romano, contudo, naquele momento, tinha-se uma figura bastante diversa daquela que vemos nos dias atuais.

Consoante pesquisa realizada pela autora italiana Elisabetta Silvestri⁶, os *amici* no direito romano atuavam em casos que não envolviam tão somente questões jurídicas, participavam, assim, como um *colaborador neutro* dos magistrados. Sua precípua obrigação era ser leal aos juízes.

O amigo da corte com a forma mais semelhante à que temos hoje surgiu no Direito Penal Medieval inglês. Naquela época a atuação dos *amici* se dava perante as cortes, em causas que não envolviam interesses do governo, na qualidade de “*attorney general*” ou mais amplamente de “*counsels*” onde tinha a função de “*apontar e sistematizar, atualizando, eventuais precedentes (cases) e leis (statutes) que se supunham, por qualquer razão, desconhecidos para os juízes*”.⁷

De lá se difundiu para os demais países, sobretudo os Estados Unidos, onde o instituto alcançou amplo desenvolvimento. O *amicus* no direito Norte-Americano deixou de ser um terceiro desinteressado e neutro, tornando-se parcial, ou seja, passou o amigo da Corte a defender os interesses de uma das partes ou da coletividade, e não mais apenas trazer informações relevantes ao juízo.

⁵ Carlos Gustavo Rodrigues, DEL PRÁ, *Amicus curiae*: instrumento de participação democrática e de aperfeiçoamento da prestação jurisdicional, p. 25.

⁶ *Apud.* Cassio Scarpinella, BUENO, *Amicus Curiae* no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático, p. 88

⁷ Cassio Scarpinella, BUENO, *Amicus Curiae* no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático, p. 90

Após a Segunda Guerra Mundial surgiu a necessidade de implementação de um ordenamento que regulasse os interesses de todos os países, e o grande desafio, neste momento histórico, era garantir a observância das regras internacionais por todas as nações.

Neste contexto o *amicus curiae* mostrou-se extremamente oportuno, como forma de participação de terceiros que colaboravam com os órgãos de defesa dos direitos humanos, elucidando fatos e esclarecendo questões relativas à interpretação das normas aplicáveis.

Atualmente o *amicus curiae* encontra-se previsto no Regulamento da Suprema Corte dos Estados Unidos, em sua regra 37, a qual dispõe sobre a admissibilidade de intervenção do *amicus curiae*

*“desde que este traga à Corte matéria relevante, ainda não ventilada pelas partes, sendo portanto de considerável ajuda à Corte. Ademais referida regra expressamente elege a função de ajudar a Corte como seu principal objetivo, mesmo porque o pedido do amicus curiae que não serve a esse propósito sobrecarrega a Corte, não devendo ser admitido.”*⁸

Com efeito, a intervenção do *amicus curiae* encontra maior razão de ser nos países que adotam a *common law*, devido à força dos precedentes, que influem muito mais na vida de terceiros se compararmos com os países de *civil law*.

Ademais, na *common law* não há previsão das intervenções de terceiro como temos nos países de *civil law*. Daí porque, nos Estados Unidos, por exemplo, o *amicus* pode ser admitido como uma espécie que equivaleria ao

⁸ Tradução livre feita por Carlos Gustavo Rodrigues Del Prá, *Amicus curiae: instrumento de participação democrática e de aperfeiçoamento da prestação jurisdicional*, p. 31 ‘An *amicus curiae* brief that brings to the attention of the Court relevant matter not already brought to its attention by the parties may be of considerable help to the court. An *amicus curiae* brief that does not serve this purpose burdens the Court, and its filing is not favored’

assistente no direito brasileiro, nos casos em que a decisão poderá de alguma forma atingi-lo.

No direito francês, que adota a *civil law*, o instituto não encontra previsão expressa, contudo foi admitido com base no entendimento de que o *amicus* deve ser considerado como uma *técnica de informação* que o juízo pode utilizar sem levar em conta as regras tradicionais de colheita de prova. Pode-se dizer que os *amici* na França assemelham-se à figura do perito, mas sua atuação é mais informal.

Já na Argentina o *amicus curiae* surge, principalmente, como fonte de legitimação das decisões jurisdicionais, pela participação da sociedade civil perante o Poder Judiciário, e não como mecanismo probatório de instrução do processo.

O Código de Processo Civil Internacional (Transational Civil Procedures Code) - o qual regula as relações comerciais transnacionais -, admite expressamente a intervenção de terceiros e a figura do *amicus curiae*, que devem ser, neste caso, pessoas que não tenham nenhum interesse no deslinde da causa.

O *amicus curiae* também encontra guarida nos Tribunais Transnacionais, como na Corte Internacional de Justiça; na Corte Europeia de Direitos Humanos e na Corte Interamericana de Direitos Humanos.

A atuação do amigo da corte nos Tribunais Transnacionais oferece vantagens em relação aos demais tipos de intervenção, porquanto (i) possui maior liberdade de atuação quando comparado com testemunhas ou peritos; (ii) não se vincula aos efeitos concretos da decisão, razão pela qual pode voltar a questionar em juízo; e, (iii) a configuração de seu interesse é de mais fácil demonstração no litígio concreto, pois não pressupõe interesse pessoal.

Contudo, a participação do *amicus* nessas situações também pode trazer algumas desvantagens, as principais são (i) não possui o *amicus* condições de assumir o controle do procedimento, daí porque deve atuar conforme a vontade e estratégia das partes; (ii) ele atua de forma secundária; e, (iii) não pode tomar iniciativas probatórias.

Feito esse brevíssimo esboço da atuação do *amicus* no direito estrangeiro, podemos concluir que tanto os países que adotam o sistema da “*Common Law*” como aqueles, como o Brasil, que adotam a “*Civil Law*”, vem admitindo a participação desse terceiro, a fim de garantir a efetiva participação da sociedade em julgamentos que transcendem os interesses individuais dos envolvidos, emanando efeitos em toda a sociedade.

De acordo com Cássio Scarpinella Bueno⁹, nesses casos a participação do “amigo da Corte” deve ser enaltecida para que o Magistrado possa reunir o maior número de informações possível de fato e de direito para “bem” julgar a causa.

⁹ Cassio Scarpinella, BUENO, *Amicus Curiae* no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático

Capítulo III - O controle de constitucionalidade no Direito brasileiro

Antes de adentrarmos no tema específico desse trabalho, - os poderes e limitações do *amicus curiae* no controle de constitucionalidade -, é importante darmos um panorama geral do controle de constitucionalidade no Brasil.

A Constituição Federal de 1988 possui supremacia em relação às demais normas de nosso ordenamento, razão pela qual, todas as normas infraconstitucionais devem respeitar e estar plenamente de acordo com ela.

Com efeito, nossa Constituição Federal é escrita e rígida, características que demandam um controle de constitucionalidade como importante meio de preservação do ordenamento jurídico pátrio.

Por essa razão, temos no Brasil diversas formas de controle de constitucionalidade que poderão ser exercidos pelos poderes visando não só evitar que a norma inconstitucional seja editada (controle preventivo¹⁰), como também para declarar inconstitucional a norma que afronta a Carta Magna e que por ventura seja aprovada (controle repressivo).

Analisaremos neste momento o controle repressivo, - sede na qual se dá a participação dos *amici curiae* no direito brasileiro - que é exercido após a

¹⁰ No Brasil este controle cabe primeiramente ao poder legislativo que o exerce especialmente no momento em que as comissões de constituição, justiça e cidadania da câmara e do Senado examinam a constitucionalidade dos projetos.

O poder executivo também exerce o controle preventivo através do veto do presidente da república que pode se dar em razão da inconstitucionalidade do projeto.

O poder judiciário, por sua vez, só exercerá o controle preventivo caso, durante o processo legislativo seja praticado ato que contrarie frontalmente norma constitucional sobre processo legislativo.

No plano federal o exercício desse controle cabe, com exclusividade, ao Supremo Tribunal Federal, que só agirá mediante provocação pela via do mandado de segurança, que poderá ser impetrado pelos parlamentares federais que possuírem o direito público subjetivo de participar do devido processo legislativo.

Importante destacar que nesta situação o Supremo Tribunal Federal só resolverá o caso concreto, em outras palavras, suas decisões no controle preventivo não terão eficácia *erga omnes*.

publicação da lei ainda que durante a *vacatio legis* e, no Brasil, é predominantemente judicial, sendo que apenas em situações específicas será exercido pelos demais poderes¹¹.

¹¹ O legislativo exercerá o controle repressivo nas seguintes hipóteses:

- o artigo 49, V, da Constituição Federal ao estabelecer que o congresso poderá, mediante decreto legislativo, sustar atos do poder executivo que exorbitem os limites de seu poder regulamentar, bem como os atos que extrapolem os limites da delegação legislativa.

- O artigo 62 da Constituição Federal prevê que o congresso poderá rejeitar medida provisória por motivo de inconstitucionalidade.

Já o poder executivo exerce o controle repressivo quando anula ato da própria administração por motivo de inconstitucionalidade.

3.1 O Controle Judicial no Brasil

3.1.1 Histórico

A constituição de 1824 não previu o controle judicial de constitucionalidade. À época discussão do tema não era intensa, afinal a constituição imperial era semirrígida e, com isso, grande parte de seus dispositivos poderia ser reformada por lei ordinária.

Ademais, cabia ao poder moderador verificar se os demais poderes atuavam de acordo com a Carta Magna.

Com a proclamação da república inicia-se uma forte influência dos Estados Unidos da América no Brasil.

Em 1890 o decreto que transformou o Supremo Tribunal de Justiça em Supremo Tribunal Federal previu também o controle judicial difuso (podia ser exercido por qualquer juiz ou Tribunal do Judiciário) inspirado no que já vinha ocorrendo no direito Norte Americano, tendo sido consagrado pela Constituição brasileira de 1891.

Com o advento da Constituição Federal de 1934, o controle judicial difuso foi mantido. Ademais, pela primeira vez no ordenamento jurídico pátrio, foi prevista a competência do Senado Federal para, mediante resolução, suspender a execução das normas declaradas inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal.

Esta Constituição previu, outrossim, a figura da representação interventiva oferecida exclusivamente pelo Procurador Geral da República ao Supremo Tribunal Federal, visando determinar ao presidente da república a intervenção federal.

Contudo, a constituição de 1937 suprimiu as inovações trazidas pela constituição de 1934. Não obstante tenha mantido o controle difuso, autorizou que o legislativo cassasse as decisões judiciais que considerassem seus atos inconstitucionais.

Com a constituição de 1946 foram restabelecidas as inovações da constituição de 1934, além de ser mantido o controle difuso. Em 1965 uma emenda constitucional introduziu à Carta Magna de 1946 a figura da representação de inconstitucionalidade proposta exclusivamente pelo Procurador Geral da República perante o Supremo Tribunal Federal, era o início, em nosso país, do controle abstrato por influência do modelo europeu.

A constituição federal de 1967, por sua vez, manteve o modelo anterior. Na década de 1970, - ainda, portanto, na vigência da Constituição de 1967 -, foi criada a “ação avocatória”, por meio da qual o Procurador Geral da República solicitava ao Supremo Tribunal Federal que avocasse o julgamento de ações judiciais que discutissem a inconstitucionalidade de leis e atos normativos federais.

Finalmente, com a promulgação da Constituição Federal de 1988, chegamos ao modelo atual, o qual ampliou o controle judicial de constitucionalidade e denominou de Ação Direta de Inconstitucionalidade a antiga representação de inconstitucionalidade, alargando o rol de legitimados.

Feito este breve histórico do controle de constitucionalidade no Brasil, passemos a analisar mais detalhadamente o controle de constitucionalidade em nosso ordenamento a partir da Constituição Federal de 1988.

3.1.2 Formas de Controle de constitucionalidade judicial

3.1.2.1 O controle difuso de constitucionalidade

O controle difuso pode ser provocado por qualquer ação judicial individual ou coletiva que tenha por finalidade a solução de um conflito concreto de interesses.

Em outras palavras, nessas ações o pedido será a defesa a direitos específicos, sendo que a questão da inconstitucionalidade constará apenas da causa de pedir.

Essa forma de discussão da inconstitucionalidade por meio do controle difuso é conhecida pela doutrina como via de exceção ou defesa, e é proveniente do modelo Norte Americano. Por essa via é possível questionar leis federais, estaduais e municipais, inclusive aquelas anteriores à Constituição Federal de 1988.

Os Tribunais no exercício do controle de constitucionalidade devem observar o exposto no artigo 97 da Constituição Federal, que contempla o princípio da reserva de plenário, segundo o qual os Tribunais só podem declarar a inconstitucionalidade de leis e atos normativos pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou do órgão especial.

O ajuste da atuação das turmas, câmaras e grupos de câmaras (órgãos fracionários dos Tribunais) ao comando contido no artigo acima mencionado se dá através dos artigos 481 e 482 do Código de Processo Civil.¹²

Dessa forma, se órgão fracionário entender que a norma questionada não padece de inconstitucionalidade poderá julgar imediatamente o caso.

¹² Veremos no capítulo 3.2 que o Código de Processo Civil previu expressamente a participação do *amicus curiae* no controle difuso.

Entretanto, caso o órgão fracionário entenda que a norma questionada é inconstitucional deverá lavrar acórdão expondo a sua posição neste sentido e remeter os autos ao pleno do Tribunal ou ao órgão especial se for o caso.¹³

Ato contínuo, o pleno/órgão especial lavrará acórdão firmando sua posição sobre a constitucionalidade ou inconstitucionalidade da lei e devolverá os autos ao órgão fracionário, o qual julgará o caso concreto adotando a posição do pleno sobre a questão da inconstitucionalidade.¹⁴

Após essa breve síntese do procedimento do controle difuso de constitucionalidade, passaremos a analisar o procedimento de cada umas das ações existentes em nosso ordenamento que visam o controle concentrado ou abstrato de constitucionalidade.

¹³Este procedimento é denominado incidente de inconstitucionalidade. É importante destacar que o pleno/órgão especial só analisará a questão da inconstitucionalidade e não o caso concreto.

¹⁴ Importa anotar, que todos os Tribunais devem observar a reserva de plenário inclusive o Supremo Tribunal Federal. Contudo, no Supremo o órgão fracionário não precisa lavrar acórdão antes de remeter o processo. O pleno, neste caso, não só se manifesta sobre a inconstitucionalidade, como também julga o caso sem devolvê-lo ao órgão fracionário.

3.1.2.2 O controle concentrado de constitucionalidade

As ações que provocam controle abstrato de constitucionalidade formam o chamado processo objetivo.

Por essa via, não se discute interesse subjetivo das partes, promove-se apenas uma discussão abstrata em tese da constitucionalidade ou inconstitucionalidade de uma lei.¹⁵

Vejamos cada uma das ações do controle abstrato.

¹⁵ Por esse motivo o Supremo Tribunal Federal vem entendendo que não são aplicados ao processo objetivo a suspeição e o impedimento.

3.1.2.2.1 A Ação Direta de Inconstitucionalidade

A legitimidade para propor a ação direta de inconstitucionalidade encontra-se prevista no artigo 103, I a IX da Constituição Federal, sendo certo que o Supremo Tribunal Federal divide esses legitimados em dois grupos.

O primeiro grupo é o dos legitimados universais ou gerais, que são aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade para discussão de qualquer matéria. São eles:

- (i) O presidente da república, o qual pode propor a Ação direta de inconstitucionalidade até mesmo para questionar lei cujo projeto tenha ele sancionado;
- (ii) A mesa da Câmara dos Deputados;
- (iii) A Mesa do Senado;
- (iv) O Procurador Geral da República;
- (v) O Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; e,
- (vi) Partido Político com representação no congresso.

Já o segundo grupo é o dos legitimados especiais, os quais são aqueles vinculados à pertinência temática entre a matéria objeto da lei que se pretende questionar e os objetivos estatutários ou finalidades institucionais do requerente. São eles:

- (i) Governadores dos Estados ou do Distrito Federal;
- (ii) Mesa da assembleia legislativa e a da Câmara Legislativa do Distrito Federal, as quais só poderão propor ação direta de inconstitucionalidade se demonstrarem interesse direto do respectivo estado na discussão da matéria;

- (iii) Confederações Sindicais; e,
- (iv) Entidades de classe de âmbito nacional.

A ação direta de inconstitucionalidade poderá questionar apenas lei ou ato normativo Federal, Estadual e Distrital desde que este último trate de matéria que seria de competência Estadual.

As expressões ‘leis’ e ‘atos normativos’ compreendem lei em sentido estrito bem como todo ato do poder público dotado de generalidade, abstração e impessoalidade.

A tramitação da Ação Direta de Inconstitucionalidade se dará perante o Supremo Tribunal Federal e seguirá o seguinte procedimento:

Proposta a ação por um de seus legitimados ativos, poderá ser requerida liminar.

Neste caso deverão estar presentes os pressupostos do *periculum in mora*, *fumus boni iuris* e conveniência política da concessão.

Além disso, o relator deverá ouvir sobre o pedido de liminar os órgãos ou autoridades responsáveis pela norma questionada, no prazo de (5) cinco dias e, caso entenda necessário, poderá ouvir também o Advogado Geral da União e o Procurador Geral da República, no prazo de (3) três dias.

Após as oitivas, - que só poderão ser dispensadas em caso de extrema urgência -, o Supremo Tribunal Federal, desde que presentes dois terços dos Ministros, julgará o pedido de liminar, que será concedido pelo voto da maioria absoluta dos presentes.¹⁶

A liminar terá eficácia *erga omnes*, no sentido de que a lei terá sua execução suspensa até a decisão e mérito, e via de regra, terá efeito *ex nunc*.

¹⁶ Excepcionalmente, como por exemplo em período de recesso, a liminar poderá ser concedida por decisão monocrática, *ad referendum* do pleno.

No caso de não haver pedido de liminar ou caso este seja indeferido, ao ser recebida a inicial o relator solicitará informações aos responsáveis pela edição da norma questionada no prazo de 30 (trinta) dias.

Esgotado o prazo de informações, de acordo com artigo 103, §3º da Constituição Federal, caberá ao Advogado Geral da União, no prazo de 15 (quinze) dias apresentar defesa da lei questionada¹⁷.

Na sequência, caberá ao Procurador Geral da República emitir parecer no prazo de 15 (quinze) dias.

Após esse procedimento o relator poderá, se entender necessário, adotar outras providências, que deverão ser cumpridas no prazo de 30 (trinta) dias de sua requisição.

Essas providências poderão consistir em requisição de informações adicionais, inclusive à outros tribunais - para saber como a matéria vem sendo tratada no controle difuso de constitucionalidade -, bem como de pareceres de peritos, além de convocação de audiência pública para ouvir especialistas na matéria, bem como representantes de entidades que atuam na área.

O julgamento da ação dependerá da presença mínima de dois terços dos ministros e só será declarada a inconstitucionalidade da norma questionada pelo voto da maioria absoluta.

¹⁷ O papel do Advogado Geral da União nesse caso é polêmico:

Até o ano de 2009 o Supremo Tribunal Federal manteve a posição de que o papel do Advogado Geral da União seria o de defender a lei, em razão do princípio da presunção da constitucionalidade das leis. Atuaria ele como um curador da lei, ainda que a ação questionasse lei. Até aquele momento o Supremo entendia que o Advogado Geral da União só estaria dispensado de defender a constitucionalidade da lei se já houvesse jurisprudência consolidada da Corte no controle difuso no sentido da inconstitucionalidade.

Em 2009, na ADIn 3.916 de 7 de outubro de 2009 o Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos de seus membros, passou a entender que o papel do Advogado Geral da União seria apenas o de manifestar-se sobre a lei questionada e não necessariamente defendê-la.

Posteriormente, no julgamento da ADIn 2906 de 1º de junho de 2011 de relatoria do Ministro Marco Aurélio, constou do acórdão, aprovado por unanimidade a posição do ministro relator no sentido de que o papel do advogado geral da união seria o de defender a constitucionalidade da lei questionada.

A decisão de mérito terá eficácia *erga omnes* e, caso seja declarada a inconstitucionalidade, a lei será invalidada desde a data de sua publicação, tendo, portanto, efeito *ex tunc*.

Este é o procedimento da ação direta de inconstitucionalidade. Passaremos, a seguir, à análise do procedimento da ação declaratória de constitucionalidade.

3.1.2.2.2 A Ação Declaratória de Constitucionalidade

A ação declaratória de constitucionalidade não constou do texto originário da Constituição Federal, tendo sido criada pela Emenda Constitucional 3 de 1993, a qual inseriu sua disciplina nos artigos 102, I, 'a' e 103 da Constituição Federal. Seu procedimento encontra-se regulado na Lei 9.868/99.

A emenda número 3 estabeleceu um rol restrito de legitimados para a Ação Declaratória de Constitucionalidade. Daí porque, visando democratizar a ação, a emenda constitucional 45 de 2004 alterou a matéria, prevendo que seus legitimados seriam os mesmos da Ação direta de inconstitucionalidade (vide o rol de legitimados no item anterior).

A Lei 9.868 prevê que esta ação só poderá ser proposta se já houver controvérsia judicial relevante envolvendo a norma.

Em outras palavras, há a necessidade prévia de tramitação de ações judiciais no controle difuso que questionem a inconstitucionalidade da mesma norma, já com decisões judiciais proferidas, ainda que sejam meras liminares.

Poderão ser questionadas pela Ação Declaratória de Constitucionalidade leis ou atos normativos federais.

Proposta a ação perante o Supremo Tribunal Federal, poderá ser concedida liminar, a qual terá eficácia *erga omnes* e efeito vinculante.

Esta liminar provoca a suspensão do julgamento dos processos judiciais que discutem a mesma norma.

Caso o mérito não seja julgado em até 180 (cento e oitenta) dias contados da publicação da liminar, esta perderá sua eficácia.

O procedimento da Ação Declaratória de Constitucionalidade quanto ao mérito em muitos aspectos se assemelha com o da Ação Direta de Inconstitucionalidade, já tratado anteriormente, merecendo destaque o fato de que, assim como ocorre naquela hipótese, não se admite desistência da ação proposta, por se tratar de ação que visa o controle abstrato de constitucionalidade.

Além disso, na Ação Declaratória de Constitucionalidade não há previsão legal de manifestação do Advogado Geral da União. Caberá ao Procurador Geral da República, assim, emitir parecer.

Na sequência, se o relator entender conveniente, poderá, assim como na Ação Direta de Inconstitucionalidade, requisitar informações adicionais, pareceres de peritos, bem como convocar audiências públicas para ouvir especialistas e entidades representativas na área, tudo no prazo de 30 (trinta) dias contados da data da requisição.

O julgamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade dependerá da presença mínima de dois terços dos ministros, e só será declarada a constitucionalidade da lei pelo voto da maioria absoluta.

A decisão de mérito terá eficácia *erga omnes* com alcance temporal sempre *ex tunc* para declaração de constitucionalidade.

Ademais, a decisão terá efeito vinculante no que tange ao judiciário e a administração pública, não vinculando o poder legislativo.

Caso tramitem simultaneamente Ação Direta de Inconstitucionalidade e Ação Declaratória de Constitucionalidade sobre a mesma matéria, será realizado julgamento conciliatório. Nesta situação as ações terão caráter dúplice (também chamado de caráter híbrido, fungível ou ambivalente), o que significa que, se

uma delas for julgada improcedente pelo voto da maioria absoluta, gerará o efeito próprio da outra com eficácia *erga omnes* e efeito vinculante.

Por fim, importante ressaltar que consoante vem entendendo o Supremo Tribunal Federal, nada impede que havendo posteriormente alteração fática ou fundamentos relevantes, o próprio órgão poderá, desde que provocado, rediscutir a questão. Afinal, tem prevalecido o entendimento de que o Supremo Tribunal Federal não está vinculado às suas próprias decisões.

Feitas essas breves, porém imprescindíveis, considerações sobre as principais questões que cercam Ação Declaratória de Constitucionalidade, passemos a apreciação do procedimento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental.

3.1.2.2.3 A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental

Pois bem. A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental está prevista no § 1º do artigo 102 da Constituição Federal, bem como na Lei 9.882/1999, a qual definiu esta ação como sendo de competência originária do Supremo Tribunal Federal.

Segundo o Supremo Tribunal Federal esta ação não se presta à solução de conflitos concretos de interesses, provocando, tão somente o controle abstrato de constitucionalidade.

Essa posição desprestigia a distinção feita pela doutrina inicialmente que dividia a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental em incidental e autônoma/principal. A primeira seria proposta após a existência de controvérsia constitucional sobre a questão, enquanto que a segunda seria proposta independentemente da existência prévia de controvérsia judicial. Atualmente fala-se, simplesmente, em Ação de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental.

A legitimidade ativa da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental é rigorosamente a mesma da Ação Direta de Inconstitucionalidade e da Ação Declaratória de Constitucionalidade, razão pela qual, a fim de evitar repetições desnecessárias, reportamo-nos ao contido no item acima no qual tratamos dessas ações.

A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental é utilizada para evitar ou reparar lesão a preceito fundamental da Constituição Federal.

O termo ‘preceito’ é tido *in casu* como norma, abrangendo, portanto, princípios e regras. Segundo o Supremo Tribunal Federal, podem ser considerados ‘preceitos fundamentais’ (i) os princípios fundamentais do título I

da Constituição Federal de 1988 (artigos 1º ao 4º); (ii) os direitos fundamentais, não apenas os expressos no título II, como também aqueles previstos no decorrer do texto constitucional; (iii) as cláusulas pétreas e, por fim, (iv) os princípios constitucionais sensíveis, que são os previstos no artigo 34, VII da Constituição Federal.

Assim, a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental poderá questionar atos de todos os poderes públicos da União, dos Estados do Distrito Federal e dos municípios, em face da Constituição Federal.¹⁸

Importa anotar que esta ação possui caráter subsidiário, pois não poderá ser utilizada se houver qualquer outro meio eficaz para sanar a lesão. Malgrado o termo ‘qualquer’ tenha sido utilizado neste dispositivo, o Supremo Tribunal Federal tem entendido que ‘meio eficaz’ é aquele que está apto a solucionar a controvérsia constitucional de forma ampla, geral e imediata.

Assim, ‘meio eficaz’ refere-se apenas às ações que formam processo objetivo. Isso significa, então, que se for possível sanar a lesão por meio de Ação Direta de Inconstitucionalidade e Ação Declaratória de Constitucionalidade, não será utilizada a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental.

No que tange ao procedimento, é importante destacar que assim como nas demais ações já tratadas, esta ação também admite pedido de liminar, a qual será, em regra, concedida pela maioria absoluta dos ministros do Supremo Tribunal Federal.

¹⁸ Dentre esses atos podemos destacar: leis; atos normativos; atos meramente administrativos; atos de efeito concreto; decretos regulamentares; normas anteriores à Constituição Federal e normas posteriores à Constituição Federal, mas já revogadas. Também poderá questionar lesão a preceito fundamental provocada por omissão do poder público.

Excepcionalmente, em caso de recesso, extrema urgência ou perigo de lesão grave, poderá ser concedida mediante decisão monocrática *ad referendum* do pleno.

Sobre o pedido de liminar o relator poderá solicitar manifestações do órgão ou entidade que editou o ato questionado, bem como do Advogado Geral da União e do Procurador Geral da República, tudo no prazo comum de cinco dias.

O artigo 5º da Lei 9.882/1999 prevê que a liminar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental poderá consistir na suspensão de medida, processo, ou decisão judicial envolvendo o mesmo ato (somente não suspenderá os efeitos da coisa julgada).

Além disso, embora não conste expressamente da Lei 9.882/1999 a liminar também poderá suspender a execução do próprio ato questionado, possuindo, então, eficácia *erga omnes* e efeito vinculante.

Apreciado o pedido de liminar o relator solicitará informações sobre o mérito ao órgão ou autoridade que editou o ato questionado no prazo de 10 (dez) dias. Caberá ao Procurador Geral da República emitir parecer em 5 (cinco) dias.

Ademais, se reputar necessário, poderá o relator requisitar informações adicionais.

Finalmente, assim como nas demais ações que tratamos neste capítulo o julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental dependerá da presença mínima de dois terços dos ministros.

A decisão de mérito proferida gerará os seguintes efeitos:

(i) o Supremo Tribunal Federal poderá fixar a interpretação que deve ser dada ao preceito fundamental da Constituição Federal violado, definindo,

inclusive, o modo e as condições de aplicação dessa interpretação, sendo certo que a decisão terá eficácia *erga omnes* e efeito vinculante;

(ii) no caso de Arguições de Preceito Fundamental que questionam leis ou atos normativos o Supremo Tribunal Federal também poderá declarar a inconstitucionalidade, com os mesmos efeitos das decisões da Ação Direta de Inconstitucionalidade, inclusive com a possibilidade de modulação de efeitos;

(iii) nas ações de ADPF que questionem normas anteriores à Constituição Federal de 1988 o Supremo Tribunal Federal poderá declarar a não recepção e a revogação da norma com eficácia *erga omnes* e efeito vinculante.

Este é o procedimento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental.

3.1.2.2 Considerações finais sobre o controle de constitucionalidade

Expostos os procedimentos das ações que visam o controle de constitucionalidade no Brasil, verificamos que em todas as hipóteses tratadas, tanto as eventuais decisões liminares, como as decisões de mérito produzem efeitos *erga omnes* e vinculantes, o que significa que deverão ser observadas por toda a coletividade.

Daí porque, mostra-se extremamente lógico e necessário que a sociedade possa participar dessas ações, e, essa participação se dará por meio do *amicus curiae*.

Reside aí a relevância desse terceiro especial, razão pela qual, é essencial a análise de seus poderes e limitações no controle de constitucionalidade. É o que faremos a seguir.

Capítulo IV - Poderes e Limitações do *Amicus Curiae*

Importa anotar primeiramente, que o legislador pátrio não só não prevê de forma expressa a espécie *sui generis* de intervenção tratada nesse estudo com o nome *amicus curiae*, como também não traz, via de regra, uma sistematização detalhada das normas procedimentais de sua atuação.

Além disso, a participação do *amicus* pode ser admitida em diversas situações e, em cada uma delas, o procedimento pode conter particularidades.

4.1 Casos que autorizam a manifestação do *amicus* no Controle de Constitucionalidade

Veremos neste item os tipos de ações e situações que permitem a atuação do *amicus curiae* no ordenamento jurídico pátrio.

Insta consignar, inicialmente, que existem no Brasil, basicamente, duas formas de atuação do *amicus curiae*: a manifestação por iniciativa do juiz e a intervenção voluntária.

Pois bem, nos casos de Controle de Constitucionalidade, tanto concentrado como difuso, são proferidas decisões de extrema importância e que influem em toda a sociedade.

Daí porque, faz-se incontestemente a necessidade de “*abertura da jurisdição constitucional*”¹⁹ para que haja “*a ampliação do coeficiente de legitimidade das decisões do STF*”.²⁰

Por essa razão podemos encontrar a figura dos *amici curiae* tanto nos casos que tratam do controle concentrado de constitucionalidade, como no controle difuso.

Vejamos as hipóteses previstas em nossa legislação sobre o tema.

Dispõe o artigo 7º caput, da Lei 9.868/99:

“*Não se admitirá intervenção de terceiros no processo de ação direta de inconstitucionalidade.*”

Contudo, dispõe o artigo 7º §2º da mesma Lei:

¹⁹ Damares, MEDINA, *Amicus Curiae* Amigo da Corte ou Amigo da Parte?

²⁰ Apud. Damares, MEDINA *Amicus Curiae* Amigo da Corte ou Amigo da Parte? COELHO, Inocêncio Mártires. As ideias de Peter Haberle e a abertura da interpretação constitucional no direito brasileiro, Revista de Informação Legislativa n. 137, p.157-164 jan/mar., 1998

“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.”

Observa-se, assim, que aludida Lei, malgrado tenha vedado a intervenção de terceiros (aqui a legislação refere-se aos terceiros previstos no Código de Processo Civil), previu expressamente²¹ a manifestação de outra espécie de terceiro na ação direta de inconstitucionalidade, que são aqueles que podem contribuir com o julgamento.

E essa diferenciação se dá porquanto a Ação Direta de Inconstitucionalidade não trata de interesses concretos das partes, isto é, caracterizados em uma específica relação jurídica, e sim da inconstitucionalidade da norma de forma abstrata que, por conseguinte, influirá em toda a sociedade.

Assim, o *amicus* em sentido diametralmente oposto à atuação dos terceiros previstos no Código de Processo Civil, vem representar os interesses de toda a coletividade, por meio de seus legitimados, contribuindo para que a decisão tenha melhor qualidade.

Neste diapasão, a exposição de motivos do Projeto da Lei 9.868/1999 traz claramente as razões que levaram à aceitação da atuação do *amicus* e a vedação da intervenção de terceiros, *in verbis*:

“O anteprojeto preserva a orientação contida no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal que veda a intervenção de terceiros no

²¹ Antes da edição dessa norma, no entanto, o Supremo Tribunal Federal já havia, pelo menos uma vez, admitido a apresentação de memoriais pelo *amicus curiae* (ADI 748-4 Relator Celso de Mello). No caso, a Comissão de Constituição e Justiça da Assembleia Legislativa do Rio Grande do Sul apresentou peças sem qualquer conteúdo jurídico, trazendo apenas informações relevantes ao processo.

processo da ação direta de inconstitucionalidade e, agora, também na ação declaratória de constitucionalidade (arts. 7º e 18).

Constitui, todavia, inovação significativa a autorização para que outros titulares do direito de propositura da ação direta possam manifestar-se, por escrito, sobre o objeto da ação, pedir juntada de documentos úteis para exame da matéria no prazo de informações, bem como apresentar memoriais (arts. 7º, § 1º, e 18 § 1º)

Trata-se de providência que confere um caráter pluralista ao processo objetivo de controle abstrato de constitucionalidade, permitindo que o Tribunal decida com pleno conhecimento dos aspectos envolvidos na questão.

Da mesma forma, afigura-se digna de realce a proposta formulada com o sentido de permitir que o relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes admita a manifestação de outros órgãos ou entidades (arts. 7º § 2º, e 18, § 2º). Positiva-se, assim, a figura do amicus curiae no processo de controle de constitucionalidade, ensejando a possibilidade de o Tribunal decidir as causas com pleno conhecimento de todas as suas implicações e repercussões”.

Além do artigo 7º § 2º a Lei 9.868/1999 traz outros dispositivos que representam claramente a abertura do controle concentrado para a participação do amigo da Corte.

Com efeito, preveem os artigos 6º, 8º e 9º §§ 1º, 2º e 3º da Lei 9.868/1999:

Art. 6º O relator pedirá informações aos órgãos ou às autoridades das quais emanou a lei ou o ato normativo impugnado.

Art. 8º Decorrido o prazo das informações, serão ouvidos, sucessivamente, o Advogado-Geral da União e o Procurador-Geral da República, que deverão manifestar-se, cada qual, no prazo de quinze dias.

Art. 9º Vencidos os prazos do artigo anterior, o relator lançará o relatório, com cópia a todos os Ministros, e pedirá dia para julgamento.

§ 1º Em caso de necessidade de esclarecimento de matéria ou circunstância de fato ou de notória insuficiência das informações existentes nos autos, poderá o relator requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou fixar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e autoridade na matéria.

§ 2º O relator poderá, ainda, solicitar informações aos Tribunais Superiores, aos Tribunais federais e aos Tribunais estaduais acerca da aplicação da norma impugnada no âmbito de sua jurisdição.

§ 3º As informações, perícias e audiências a que se referem os parágrafos anteriores serão realizadas no prazo de trinta dias, contado da solicitação do relator.

Resta evidente, que o intuito do legislador com esses dispositivos é promover uma ‘abertura’ nos processos de controle concentrado de constitucionalidade, a fim de que sejam trazidos elementos para que seja proferida a melhor decisão sobre o tema em julgamento.

Mostra-se, portanto, indubitável que a Lei 9.868/99 prevê a participação do *amicus curiae* na ação direta de inconstitucionalidade, malgrado, repisa-se, a aludida legislação não utilize o *nomen iuris* mencionado acima.

No que concerne à possibilidade de intervenção do *amicus curiae* nas ações declaratórias de constitucionalidade, apesar de a Lei 9.868/99, silenciar a respeito, é pacífico o entendimento no sentido de ser permitida.

E tudo porquanto, malgrado o § 2º do artigo 18º - o qual repetia o comando do artigo 7º, § 2º admitindo a participação do *amicus* -, tenha sido vetado, as próprias razões de veto conduzem ao entendimento em sentido contrário, *in verbis*:

*“O veto ao § 2º constitui consequência do veto ao § 1º. Resta assegurada, todavia, a possibilidade de o Supremo Tribunal Federal, por meio de interpretação sistemática, **admitir no processo da ação declaratória a abertura processual prevista para a ação direta no § 2º do art. 7º**”.*

(grifos nossos)

Não resta dúvida, assim, que a participação do *amicus curiae* deve ser admitida na Ação Declaratória de Constitucionalidade, utilizando-se para essa modalidade de ação as mesmas regras e entendimentos previstos para a Ação Direta de Inconstitucionalidade.

Do mesmo modo, podemos encontrar a figura do *amicus curiae* na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, mas de forma diversa da prevista para a Ação Direta de Inconstitucionalidade e para a Ação Declaratória de Constitucionalidade.

Na Lei 9882/99, que cuida da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental constam os seguintes artigos que podem ser aplicados à matéria ora tratada:

“Art. 5º, § 2º O relator poderá ouvir os órgãos ou autoridades responsáveis pelo ato questionado, bem como o Advogado-Geral da

União ou o Procurador-Geral da República, no prazo comum de cinco dias.”

“Art. 6º § 1º Se entender necessário, poderá o relator ouvir as partes nos processos que ensejarem 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.”

Verifica-se, destarte, que neste caso, a Legislação atinente a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental previu, tão somente, a manifestação dos *amici curiae* por requisição do julgador, a fim de “instruir o feito” colhendo o juiz as informações relevantes para decidir acerca do descumprimento do preceito.

Embora a referida lei tenha silenciado acerca da intervenção voluntária do *amicus curiae* a doutrina²² tem admitido que entidades de classe e órgãos representativos de segmentos sociais requeiram sua participação na qualidade de *amicus curiae*, com base no artigo 7º, § 2º da Lei 9.868/99 por analogia.

O Supremo Tribunal Federal, no entanto, ignorando o entendimento doutrinário, já rejeitou a participação do *amicus curiae* na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental²³. Recentemente passou a aceitar a intervenção.

No que tange ao controle difuso de constitucionalidade, mais especificamente no incidente de constitucionalidade, encontramos previsão

²² Entendem dessa forma: Cassio Scarpinella Bueno em “*Amicus Curiae no Processo Civil Brasileiro*”; Dirley da Cunha Júnior, “*a intervenção de terceiros no processo de controle abstrato de constitucionalidade – a intervenção do particular, do co-legitimado e do amicus curiae na ADIN, ADC e ADPF*” e Carlos Gustavo Rodrigues Del Prá, “*O amicus curiae no direito processual civil brasileiro*”

²³ O Ministro Marco Aurélio no julgamento da ADPF n. 54, que tratava do aborto do feto anencéfalo negou a participação da Confederação Nacional dos Bispos do Brasil (CNBB) como *amicus curiae*. Contudo, o Ministro entendeu por realizar ‘audiências públicas’ com diversos segmentos da sociedade, evitando utilizar o nome de *amicus curiae*.

expressa da possibilidade de intervenção voluntária do *amicus curiae* no artigo 482 §§ do Código de Processo Civil, *in verbis*:

“Art. 482. Remetida a cópia do acórdão a todos os juízes, o presidente do tribunal designará a sessão de julgamento.

§ 1º O Ministério Público e as pessoas jurídicas de direito público responsáveis pela edição do ato questionado, se assim o requererem, poderão manifestar-se no incidente de inconstitucionalidade, observados os prazos e condições fixados no Regimento Interno do Tribunal.

§ 2º Os titulares do direito de propositura referidos no art. 103 da Constituição poderão manifestar-se, por escrito, sobre a questão constitucional objeto de apreciação pelo órgão especial ou pelo Pleno do Tribunal, no prazo fixado em Regimento, sendo-lhes assegurado o direito de apresentar memoriais ou de pedir a juntada de documentos.

§ 3º O relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, poderá admitir, por despacho irrecorrível, a manifestação de outros órgãos ou entidades.

Não obstante o Código de Processo não preveja expressamente a manifestação dos *amici* por requisição do juiz *in casu*, de acordo com Cassio Scarpinella Bueno, nada obsta que o julgador, utilizando-se de seus poderes instrutórios, determine de ofício a intervenção de certas entidades.

Conclui-se, assim, que todas as hipóteses de intervenção do *amicus curiae* no Controle de Constitucionalidade de alguma forma relacionam-se ao previsto no artigo 7º, § 2º (o qual trata da intervenção voluntária) e nos artigos 6º, 8º e 9º §§ 1º, 2º e 3º todos da Lei 9868/99 (intervenção por requisição do julgador), seja a Ação Declaratória de Constitucionalidade e a Arguição de Descumprimento de Preceito fundamental, sede nas quais o aludido artigo é utilizado por analogia,

seja no caso do art. 482 do Código de Processo, cuja redação foi dada pela Lei 9.868/99.

Concluimos, assim, que podemos encontrar o *amicus curiae* nas situações que visam o controle de constitucionalidade, sendo certo que em todas as hipóteses neste item tratadas a participação desse terceiro especial visa municiar os julgadores com elementos para a tomada da melhor decisão.

Isto porque, em todos os casos está-se diante de situações nas quais as decisões terão o condão de influir em parcela significativa da coletividade.

4.2. Legitimidade para atuar como *amicus curiae*

Uma questão de suma importância é a delimitação dos legitimados para atuar como *amicus curiae*.

Deve-se observar, à princípio, que a Lei 9.868/99 prevê a participação voluntária do *amicus* (artigo 7º §2º), bem como aquela que será realizada por requisição dos julgadores (artigos 6º, 8º e 9º §§ 1º, 2º e 3º). Em cada um desses casos os legitimados serão diferenciados.

Com efeito, na participação por requisição dos juízes, quaisquer pessoas físicas, grupos de pessoas, pessoas jurídicas e entes despersonalizados poderão manifestar-se como *amicus curiae*.

Já no caso de manifestação voluntária do *amicus* a legitimidade para intervir é mais restrita.

De acordo com Carlos Gustavo Rodrigues Del Prá são legitimados à participação voluntária os colegitimados para a propositura das respectivas ações, bem como outros ‘órgãos e entidades’.

E quem seriam esses outros órgãos ou entidades?

Para o autor supramencionado:

“a lei exige a caracterização de uma situação de especial relevância, para a qual será o terceiro legitimado somente se representar a parcela da coletividade sobre a qual recai essa relevância. Isto é, enquanto para uns a lei autoriza a participação sem impor qualquer requisito, para outros a iniciativa dependerá da observância do binômio relevância - representatividade”.

O requisito da ‘relevância da matéria’, já fica configurado com o mero ajuizamento de ação que discute a constitucionalidade, conforme defende Cassio Scarpinella Bueno²⁴.

Essa relevância deve apontar a imperiosa necessidade de diálogo entre a norma posta em discussão e os valores da sociedade civil, ou até mesmo com outros entes governamentais.

Conclui-se, portanto, que os legitimados para atuar como *amicus curiae* serão diversos nos casos de atuação por requisição do juiz ou voluntaria.

²⁴ Cassio Scarpinella, BUENO, *Amicus Curiae* no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático

4.3. O prazo para manifestação

Listadas e analisadas as principais hipóteses em que temos a manifestação do *amicus curiae* bem como seus legitimados, passaremos à verificação do prazo para manifestação em cada uma delas.

Mais uma vez, devemos nos atentar para o fato de que nem todos os casos possuem regramento claro de seu procedimento.

Nos casos do controle difuso e abstrato de constitucionalidade, pelos motivos expostos no item 3.1, teremos as mesmas discussões acerca do prazo para manifestação.

É que, o § 2º do art. 7º da Lei 9.868/99 não traz qualquer menção quanto ao prazo para manifestação do *amicus*.

Daí porque existe divergência na doutrina e na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre o tema.

Uma corrente doutrinária entende que se a lei silencia, isto significa que não existe prazo para a manifestação, tanto nos casos de controle concentrado, quanto no difuso.

Não obstante a falta de um prazo *legal*, para essa corrente, nada impede a possibilidade de ser fixado um prazo *judicial*, naqueles casos nos quais o *amicus* pleiteia a sua participação, porém não apresenta desde logo manifestação escrita. Também há necessidade de fixação de um prazo judicial quando se tratar de participação do *amicus* por iniciativa do juiz.

Outra parte da doutrina²⁵ defende que na falta de regra expressa, deverá ser aplicado o prazo para o réu da ação direta de inconstitucionalidade prestar suas informações, que é de 30 dias, segundo dispõe o parágrafo único do art. 6º da Lei 9868/99.

O Supremo Tribunal Federal, em decisão da lavra do Ministro Cezar Peluso, já entendeu dessa maneira, indeferindo a participação do *amicus* por considerar que haveria preclusão, pois o terceiro manifestou-se após o prazo de 30 dias, contados da solicitação do relator. Em outras palavras, o entendimento do Supremo Tribunal Federal no caso mencionado foi de que por terem sido solicitadas as informações do art. 6º, o prazo para manifestação seria tanto para as pessoas jurídicas responsáveis pelo ato impugnado, como também para os eventuais terceiros que quisessem atuar como *amici curiae*.²⁶

Para o autor Carlos Gustavo Rodrigues Del Prá o entendimento do Supremo Tribunal Federal é, no mínimo, incoerente, eis que o início do prazo - a intimação das pessoas jurídicas responsáveis pelo ato impugnado - se daria em momento em que o terceiro sequer seria obrigado a saber da existência da ação.

O próprio Ministro Cezar Peluso reviu seu entendimento deferindo a participação do *amicus curiae* mesmo após ter escoado o prazo de informações.²⁷

²⁵Apud. Edgard Silveira Bueno Filho e Gustavo Binenbojm, segundo Cassio Scarpinella, BUENO, *Amicus Curiae* no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático

²⁶ O veto aposto ao § 1º do art. 7º da Lei Federal 9868, de 10 de novembro de 1999, não excluiu a necessidade de observância de prazo prevista no § 2º, para admissão dos chamados "amici curiae". A inteligência sistemática do disposto no § 2º, não podendo levar ao absurdo da admissibilidade ilimitada de intervenções, com graves transtornos ao procedimento, exige seja observado, quando menos por aplicação analógica, o prazo constante do § único do art. 6º. De modo que, tendo-se exaurido tal prazo, na espécie, aliás pela só apresentação das informações, a qual acarretou preclusão consumativa, já não é lícito admitir a intervenção requerida por AVAÍ FUTEBOL CLUBE, CEARÁ SPORTING CLUB, AMÉRICA FUTEBOL CLUBE, SANTA CRUZ FUTEBOL CLUBE, CLUBE ATLÉTICO PARANAENSE, ASSOCIAÇÃO ATLÉTICA PORTUGUESA, CRUZEIRO ESPORTE CLUBE, SOCIEDADE ESPORTIVA PALMEIRAS e GRÊMIO FOOT-BALL PORTO ALEGRENSE. Indefiro, pois, os pedidos, sem prejuízo de oportuna juntada "por linha" das respectivas petições. (STF – ADIN 2.937/DF – Rel. Min. Cezar Peluso – DJ 23.09.2003, p.27)

²⁷ ADIN 3474/BA

O que parece ser uníssono tanto na doutrina como na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é que o *amicus curiae* só poderá ser admitido até a data em que o relator liberar o processo para a pauta, ou seja, não poderá ser admitido após o início do julgamento.²⁸

Para o autor acima mencionado, este prazo de 30 dias só fará sentido caso seja fixado um termo inicial, o qual, para Cassio Scarpinella Bueno²⁹ será “*a partir da admissão expressa do amicus curiae*”.

Assim, compartilhamos o entendimento mais moderno tanto da doutrina como da jurisprudência, no sentido de que o *amicus* poderá ser admitido nas ações que tratam do controle concentrado de constitucionalidade em qualquer momento antes do início do julgamento.

E no caso do controle difuso de constitucionalidade, qual seria o prazo para intervenção do *amicus curiae*?

Bem, nesse caso, devemos verificar as regras que regem o controle difuso de constitucionalidade: o artigo 482 do Código de Processo Civil, acrescentado pela Lei 9.868/99, o qual dispõe em seu parágrafo 1º:

§ 1º *O Ministério Público e as pessoas jurídicas de direito público responsáveis pela edição do ato questionado, se assim o requererem,*

²⁸ Agravo regimental. Ação direta de inconstitucionalidade manifestamente improcedente. Indeferimento da petição inicial pelo Relator. Art. 4º da Lei nº 9.868/99. 1. É manifestamente improcedente a ação direta de inconstitucionalidade que verse sobre norma (art. 56 da Lei nº 9.430/96) cuja constitucionalidade foi expressamente declarada pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, mesmo que em recurso extraordinário. 2. Aplicação do art. 4º da Lei nº 9.868/99, segundo o qual "a petição inicial inepta, não fundamentada e a manifestamente improcedente serão liminarmente indeferidas pelo relator". 3. A alteração da jurisprudência pressupõe a ocorrência de significativas modificações de ordem jurídica, social ou econômica, ou, quando muito, a superveniência de argumentos nitidamente mais relevantes do que aqueles antes prevaletentes, o que não se verifica no caso. 4. **O amicus curiae somente pode demandar a sua intervenção até a data em que o Relator liberar o processo para pauta.** 5. Agravo regimental a que se nega provimento. (g.n.) STF – ADI 4071 AgR / DF – Rel. Min. Menezes Direito – DJ 16.10.2009)

²⁹ Cassio Scarpinella, BUENO, *Amicus Curiae* no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático

poderão manifestar-se no incidente de inconstitucionalidade, observados os prazos e condições fixados no Regimento Interno do Tribunal.

Notamos, no entanto, que o parágrafo supratranscrito trata especificamente do momento de atuação do Ministério Público e das pessoas jurídicas de direito público responsáveis pela edição do ato questionado.

Sucedem que o parágrafo 3º do artigo 482 permite de forma expressa “a manifestação de outros órgãos e entidades”, razão pela qual devemos aplicar, por analogia, o regramento contido no parágrafo 1º para esses ‘outros órgãos e entidades’ que são os *amici curiae*.

Assim, o prazo para a manifestação deve ser aquele previsto no Regimento Interno dos Tribunais.

Notamos, pois, pelo exposto, que não há consenso doutrinário e jurisprudencial sobre o prazo da manifestação do *amicus curiae*. Não obstante seja praticamente pacífico que o limite da intervenção deverá ser o início do julgamento.

4.4. Possibilidade de realização de sustentação oral

A possibilidade de realização de sustentação oral pelos *amici curiae* é outro ponto que é objeto de divergência pela doutrina e jurisprudência.

No âmbito da Ação Direta de Inconstitucionalidade e da Ação Declaratória de Constitucionalidade, para Carlos Gustavo Rodrigues Del Prá, é indubitável essa possibilidade, devido, precipuamente, ao recente entendimento do Supremo Tribunal Federal, o qual, no entanto, nem sempre foi favorável à realização de sustentação oral pelo *amicus*.

Explica-se.

O Supremo Tribunal Federal primeiramente manifestou-se sobre o tema na ADIN 2.223/ DF, sede na qual o Ministro Carlos Velloso indeferiu monocraticamente a sustentação oral.

Posteriormente a Corte alterou sua posição, no julgamento da ADIN 2.777/SP, ocasião na qual apenas os Ministros Carlos Velloso e Ellen Gracie votaram em sentido contrário.

Em razão desse julgamento a Emenda Regimental n. 15 de 2004, passou a admitir de forma expressa “*a sustentação oral por quaisquer ‘terceiros’, dentre os quais não há razão para excluir, sobretudo à luz da vedação do art. 7º, caput da Lei n. 9.868/99, o amicus curiae*”³⁰.

Não discrepam desse entendimento, outrossim, os autores Nelson Nery e Rosa Maria de Andrade Nery³¹, Gustavo Binenbojm³² e Gustavo Santana

³⁰ Cassio Scarpinella, BUENO, *Amicus Curiae* no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático, p. 170

³¹ Nelson, NERY, Rosa Maria de Andrade, NERY, Código de Processo Civil comentado e Legislação Estravagante, p. 1494,

³² Apud., Cassio Scarpinella, BUENO, *Amicus Curiae* no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático – A dimensão do *amicus curiae* no processo constitucional brasileiro, requisitos, poderes processuais e aplicabilidade no âmbito estadual

Nogueira³³. Já Fred Didier Junior entende não ser admissível a sustentação oral.³⁴

Já na Lei 9.882/1999, que trata da Ação de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, consta nos parágrafos 1º e 2º do artigo 6º:

§1º Se entender necessário, poderá o relator (...) 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.

Nota-se, pois, pela leitura dos incisos acima, que a aludida Lei admite de forma expressa a sustentação oral, tanto aquela determinada pelo Relator de ofício, como a requerimento dos interessados.

Por fim, abordaremos a possibilidade ou não de sustentação oral no controle difuso de constitucionalidade.

Lembrando que, conforme já exposto acima, o artigo 482 do Código de Processo Civil prevê que a regulamentação do procedimento do Incidente de Inconstitucionalidade deverá ser feita nos Regimentos Internos dos Tribunais.

Não obstante tal determinação, nem todos os Tribunais trazem em seus regimentos internos a regulamentação específica da participação de terceiros. Isso significa que o artigo 482 não é autoaplicável?

De acordo com Cassio Scarpinella Bueno³⁵ o dispositivo é, sem sombra de dúvida, autoaplicável já que a participação do *amicus*, inclusive com a realização de sustentação não será prejudicial ao julgamento.

³³ Apud. Cassio Scarpinella, BUENO, *Amicus Curiae* no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático – Do *amicus curiae*, p. 26.

³⁴ Apud., Cassio Scarpinella, BUENO, *Amicus Curiae* no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático – Recurso de terceiro: juízo de admissibilidade, p. 187, e “Possibilidade de sustentação oral do *amicus curiae*” p. 33/38

Concordamos com o posicionamento do autor, acrescentando, ainda, que deverá o julgador em cada caso concreto avaliar a necessidade e a conveniência da realização de sustentação oral.

Assim, em vista do contido nas Leis 9.868/99, 9.882/99, bem como no artigo 482 do Código de Processo Civil entendemos ser acertada a orientação mais recente no sentido de ser possível a sustentação oral do *amicus curiae* tanto no controle concentrado como no controle difuso de constitucionalidade, principalmente quando se analisa a verdadeira finalidade do instituto, qual seja: trazer ao julgador o maior número possível de elementos para que a melhor decisão seja tomada, o que pode, e deve, ser realizado também por meio da manifestação oral do terceiro.

³⁵ Cassio Scarpinella, BUENO, *Amicus Curiae* no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático – p. 209

4.5 Recursos

A interposição de recursos pelo *amicus curiae* também é um tema bastante controvertido na doutrina e jurisprudência pátrias.

O artigo 7º, § 2º da Lei 9.868/99 e o artigo 482 § 2º do Código de Processo Civil vedam expressamente a interposição de recurso contra a decisão que admite a participação do *amicus*, na Ação Direta de Inconstitucionalidade e no incidente de inconstitucionalidade respectivamente. No caso da Ação de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamenta não encontramos tal vedação.

Silenciam, contudo, todas as legislações acima citadas sobre a possibilidade de o *amicus* recorrer da decisão que indefere a sua participação, bem como de outras decisões que possam interferir concretamente nos interesses que motivam seu ingresso.

Analisaremos neste item cada umas dessas hipóteses.

4.5.1 Recurso contra a decisão que indefere a participação do *amicus*

Cassio Sacarpinella Bueno³⁶ entende ser cabível a interposição de recursos pelo *amicus curiae* nesse caso. Menciona o referido autor que os doutrinadores Carlos Gustavo Rodrigues Del Prá³⁷ e Gustavo Binbenbojm³⁸ também compartilham deste entendimento.

Para eles, o indeferimento da participação dos *amici* trará inegável prejuízo ao interessado na participação, demonstrando, desse modo, seu interesse recursal.

O recurso cabível *in casu* seria o agravo interno.

As últimas decisões do Supremo Tribunal Federal sobre o tema foram no sentido de que seria possível a interposição de recurso contra a decisão que não autoriza a intervenção do *amicus curiae*³⁹ na Ação Direta de Inconstitucionalidade.

Recentemente, o tema foi novamente discutido na ADIN n. 3396/DF.

³⁶ Cassio Scarpinella, BUENO, *Amicus Curie* no processo Civil Brasileiro um terceiro enigmático

³⁷ Ibid, Apud. Breves considerações sobre o *amicus curiae* na ADIn e sua legitimidade recursal, pp. 72/77 e O *amicus curiae* no direito processual constitucional brasileiro: requisitos, poderes processuais e aplicabilidade no âmbito estadual, p. 147/160

³⁸ Ibid, Apud. “A dimensão do *amicus curiae* no processo constitucional brasileiro: requisitos, poderes processuais e aplicabilidade no âmbito estadual” e em “Democratização da Jurisdição Constitucional e o contributo da Lei 9.868/99”, p. 162.

³⁹ Nesse sentido:

“AÇÃO DECLARATÓRIA DE INCONSTITUCIONALIDADE - ADI. Amicus curiae. Recurso. Legitimidade ou legitimação recursal. Inexistência. Embargos de declaração não conhecidos. Interpretação do art. 7º, § 2º, da Lei 9.868/99. Amicus curiae não tem legitimidade para recorrer de decisões proferidas em ação declaratória de inconstitucionalidade, **salvo da que o não admita como tal no processo.**” (ADI 3105 ED / DF - Distrito Federal, Emb.Decl.Na Ação Direta de Inconstitucionalidade, Relator: Min. CEZAR PELUSO, Julgamento: 02/02/2007) (grifos nossos)

“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 3615 ED / PB - PARAÍBA EMB.DECL.NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Relatora: Min. CÁRMEN LÚCIA Julgamento: 17/03/2008)

Na ocasião, o procurador da Fazenda Nacional interpôs agravo regimental contra a decisão que indeferiu sua participação em ação direta de inconstitucionalidade.

O Ministro Celso de Mello, relator, em preliminar, conheceu do recurso de agravo com fundamento nos precedentes da Corte que permitiriam a impugnação recursal por parte de terceiro, quando denegada sua participação na qualidade de *amicus curiae*.

Sucedo, no entanto, que o Ministro Marco Aurélio não conheceu do regimental entendendo que

*“ante expressa disposição legal, a dispor sobre a irrecorribilidade da decisão do relator que não consentisse com aquela intervenção. Realçou que, embora o preceito da Lei 9.868/99 se referisse a despacho, o pronunciamento de admissão no processo teria carga decisória e, no sistema recursal, o recurso seria bilateral. Apontou não ser possível interpretar preceito em que somente aquele que tivesse seu recurso indeferido pudesse recorrer. Acentuou que a decisão do relator ao admitir, ou não, a participação de terceiro, seria irrecorrível.”*⁴⁰

Os Ministros Ayres Britto, Rosa Weber, Luiz Fux e Dias Toffoli, seguindo o entendimento do Ministro Marco Aurélio, não conheceram da ação.

Assim, em virtude da possibilidade de se alterar jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, deliberou-se pela suspensão do julgamento, para aguardar os votos dos Ministros ausentes. Até a conclusão desse trabalho, a questão continuava *sub judice*.

⁴⁰ Informativo do Supremo Tribunal Federal,:

[http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo665.htm#Indeferimento de ingresso de “amicus curiae” e recorribilidade](http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo665.htm#Indeferimento%20de%20ingresso%20de%20amicus%20curiae) - 1 Acesso em 23 de agosto de 2013.

Entendemos que caso a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal seja alterada para inadmitir o recurso do *amicus curiae* contra a decisão que indefere sua participação, estar-se-ia limitando a avaliação da necessidade e conveniência da participação do terceiro tão somente ao relator, sendo certo, contudo que não se pode olvidar que a decisão final será de todos os ministros.

Mais uma vez, deve ser destacado que nas ações que tratam de controle de constitucionalidade estão em discussão interesses e direitos de grande parcela da sociedade, ou até mesmo de toda a coletividade.

Daí porque somos favoráveis a uma participação ampla do *amicus curiae*, que não estaria representando em cada caso apenas o seu direito, mas sim os interesses de todos.

Por fim estendemos os comentários antecedentes neste item para os casos de Ação de Arguição de Preceito Fundamental e no Incidente de Inconstitucionalidade (Controle difuso), eis que também nas legislações que regulam essas ações não temos qualquer menção à recorribilidade da decisão que indefere a participação do *amicus*.

Dessa forma, na esteira do exposto sobre a Ação Direta de Inconstitucionalidade e Ação Declaratória de Constitucionalidade, devemos entender cabível a interposição de recurso já que, consoante as próprias normas de processo civil, *não há como entender irrecorrível ou incontestável pelo órgão colegiado competente qualquer decisão proferida no âmbito dos tribunais.*⁴¹

⁴¹ Cassio Scarpinella, BUENO, *Amicus Curiae* no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático. p. 208

4.5.2 Recurso contra a decisão que admite a participação do *amicus*

No caso de deferimento da participação do *amicus*, as legislações que tratam do Controle de Constitucionalidade⁴² preveem, expressamente, que essa decisão é irrecorrível, não restando, pois, qualquer dúvida e inexistindo maiores discussões sobre o tema.

Tal determinação do legislador parece estar plenamente de acordo com a lógica do instituto em análise, uma vez que se trata de verdadeiro amigo da corte, que tem por função precípua auxiliar o julgador para que seja tomada a melhor decisão no caso.

Daí porque, os legitimados das ações de controle de constitucionalidade não possuem interesse jurídico para interpor recurso contra a decisão que admite a participação dos *amici*, eis que cabe aos julgadores analisar a importância/necessidade da participação do terceiro.

⁴² a lei 9.868/1999 no artigo 7º § 2º; Código de Processo Civil no artigo 482 § 3º

4.5.3 Possibilidade de o *amicus* apresentar recurso contra a decisão final ou qualquer outra que possa interferir concretamente nos interesses que motivam seu ingresso

Nossa legislação também não prevê expressamente a hipótese de o *amicus* apresentar recurso contra a decisão final ou outras decisões intermediárias que guardem relação com sua participação.

Daí porque, existe divergência doutrinária e jurisprudencial quanto ao tema.

Para Cássio Scarpinella Bueno⁴³ não resta dúvida acerca da legitimidade do *amicus* para recorrer, devido, até mesmo, à própria razão de ser do instituto nas ações que visam o controle de constitucionalidade.

Os autores Gustavo Binenbojm⁴⁴ e Dirley da Cunha Junior⁴⁵, também compartilham desse entendimento.

Defende essa parcela da doutrina que a interposição de recursos pelo amigo da corte seria uma consequência natural, eis que se trata de terceiro que participa da lide a fim de enriquecer e aprimorar as decisões judiciais.

Assim se estabeleceria um “*contraditório mais amplo, plural e democrático – caso típico de aplicação do princípio da cooperação*”⁴⁶

Mas, consoante menciona o mesmo autor, existem doutrinadores contrários ao seu entendimento.

⁴³ Cassio Scarpinella, BUENO, *Amicus Curiae* no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático

⁴⁴ Ibid. Apud. “A dimensão do *amicus curiae* no processo no processo constitucional brasileiro: requisitos, poderes processuais e aplicabilidade no âmbito estadual, .

⁴⁵ Ibid. Apud. “A intervenção de terceiros no processo de controle abstrato de constitucionalidade – a intervenção de particular, do colegitimado e do *amicus* na ADIN, ADC e ADPF, pp. 164/165

⁴⁶Ibid., p. 184

Com efeito, negam a legitimidade recursal ao *amicus curiae* para quaisquer recursos Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery⁴⁷, Fredie Didier Junior⁴⁸.

Insta destacar que Cassio Scarpinella Bueno defende não ser cabível o recurso do *amicus curiae* contra decisão que diz respeito tão somente a questões processuais que não lhe digam respeito de forma alguma.

Para o autor, no caso, por exemplo, de extinção do processo sem julgamento do mérito, ainda que contra os ‘interesses’ do *amicus* deverá ele buscar tutela a esses ‘interesses’ de forma coletiva, se tiver interesse para tanto.

Carlos Gustavo Rodrigues Del Prá, no mesmo sentido, entende não ser possível a interposição de embargos de declaração pelo *amicus curiae*.

Segundo ele a função do *amicus* é levar informações ao julgador para que este possa melhor decidir. Cumprido este mister sua função já estará exercida, não sendo permitido que ele persista na tentativa de fazer seu requerimento ser apreciado.

Agir de outra forma, de acordo com o autor, seria dar poderes excessivamente amplos para o amigo da corte, confundindo-o com as partes da demanda.

No que tange ao entendimento jurisprudencial sobre o tema, o Supremo Tribunal Federal tradicionalmente não admite a interposição de recursos pelo *amicus*.

Nesse sentido decidiu o ministro Mauricio Corrêa ao não conhecer de agravo regimental interposto contra medida liminar concedida em Ação Direta de Inconstitucionalidade:

⁴⁷ Nelson, NERY, Rosa Maria de Andrade, NERY, Código de Processo Civil Comentado, p. 1494

⁴⁸ Fredie, DIDIER, Recurso de Terceiro e Juízo de admissibilidade, pp. 914/915

“*como mero colaborador informal, o amicus curiae não está legitimado para recorrer das decisões proferidas em ação direta*” (ADIn 2.581 AgRg/ SP, rel. Min. Maurício Corrêa, j. 11.04.02)⁴⁹.

Como se pode notar da exposição acima, a questão está longe de ser pacificada pela doutrina, mas na jurisprudência podemos notar uma tendência em não aceitar os recursos interpostos pelo *amicus*.

Isso pode ser prejudicial do ponto de vista do interesse da coletividade, pois, consoante o posicionamento de Cassio Scarpinella Bueno acima exposto, trata-se de consequência natural da própria intervenção.

É evidente, no entanto, que só deverão ser admitidos recursos nos quais se vislumbre verdadeiro interesse de agir do *amicus*, sob pena de se estender em demasia os poderes a ele conferido, o que acabará por tumultuar e atrasar os julgamentos.

⁴⁹ No mesmo sentido o Min. Celso de Mello, no julgamento do AgRg da ADIn 2.130/SC sem expor suas razões, negou a legitimidade recursal do *amicus*

4.6. Pedido de prova pelo *amicus*

Para Carlos Gustavo Rodrigues Del Prá⁵⁰ o *amicus* que age voluntariamente poderá requerer ao relator que sejam determinadas medidas para esclarecer a matéria insuficientemente informada nos autos, solicitar a designação de perícia ou audiência pública.

Para o referido autor, no entanto, quando o *amicus curiae* participa por requisição do relator, sua participação será menos ativa, podendo os *amici*, neste caso, requererem ao relator a tomada das medidas de esclarecimento do juízo previstas nos artigos 9º e 20 da Lei 9.868/99.

Concordamos em termos com o referido autor. Isso porque, ao nosso ver, não há razão para a limitação na atuação do *amicus curiae* que participa por requisição do julgador.

Afinal, uma vez participando do processo, caberá ao próprio terceiro avaliar a pertinência do requerimento de prova, que poderá, a critério do julgador ser ou não deferida.

⁵⁰ Carlos Gustavo Rodrigues, DEL PRÁ, *Amicus curiae*: instrumento de participação democrática e de aperfeiçoamento da prestação jurisdicional. p. 142

4.7 Contraditório

Abordaremos neste item a necessidade de garantir às partes o direito de se manifestar sobre os elementos trazidos pelo *amicus*.

Importa anotar a princípio que se trata o contraditório de princípio constitucionalmente previsto (artigo 5º, LV), devendo ser assegurado em processo judicial e ou administrativo.

Por essa razão, em qualquer caso de intervenção de *amicus curiae* deve ser garantidas às partes o direito de se manifestar sobre quaisquer elementos por ele trazidos.

Lembrando que o contraditório abrange não só o direito de a parte se manifestar, como também a obrigação de o julgador dar ciência desses atos à todos os participantes do processo.

Assim, não resta dúvida acerca dessa questão, eis que no caso de supressão da possibilidade de manifestação, em qualquer caso, sobre elementos trazidos pelo *amicus curiae*, estar-se-ia violando frontalmente o princípio constitucional do contraditório.

4.8 Sucumbência

O *amicus curiae* não é parte na demanda em que atua, razão pela qual jamais será vencedor ou vencido. Sua atuação é de verdadeiro amigo da corte, auxiliando, sempre, o juízo, e não diretamente umas das partes (malgrado possa defender indiretamente uma das partes que mais se assemelhe às suas próprias convicções).

Por essa razão, não há que se falar em condenação do *amicus curiae* a honorários de sucumbência.

Nas claras palavras de Carlos Gustavo Rodrigues Del Prá

*“ainda que o amicus curiae traga informações e provas que corroborariam, em tese, a posição jurídica do réu, e ainda que o réu saia perdedor, pela procedência da ação, essa sucumbência não se estende ao terceiro que nada postulou e que atuou, em última análise, em benefício da própria corte.”*⁵¹

Existe, contudo, outra situação de sucumbência.

Referimo-nos aos casos em que a intervenção do *amicus curiae* dê origem a algum incidente processual ou recurso, os quais podem gerar condenação ao pagamento de despesas.

Nesses casos o *amicus* poderá ganhar ou perder o incidente ou recurso. Caso perca será condenado tão somente das despesas efetivamente realizadas, o que nos parece plenamente aceitável, eis que, caso contrário, poderia haver enriquecimento ilícito dos *amici*, às custas das partes.

⁵¹ Carlos Gustavo Rodrigues, DEL PRÁ, *Amicus curiae: instrumento de participação democrática e de aperfeiçoamento da prestação jurisdicional*. p. 148

4.9. Responsabilidade do *amicus* por dano processual

De acordo com o autor Carlos Gustavo Rodrigues Del Prá⁵² os *amici curiae* sejam aqueles que atuam voluntariamente, sejam aqueles que atuam por requisição do juiz devem seguir as regras incertas no artigo 14 do Código de Processo Civil.

E tudo porquanto, enumera o aludido artigo em seus incisos os deveres das partes e de todos aqueles que de qualquer forma participam do processo.

Sucedo, no entanto, que o artigo 16 do Código de Processo Civil prevê que será responsabilizado por perdas e danos aquele que agir de má-fé como “autor, réu e interveniente”.

Para Carlos Gustavo Rodrigues Del Prá não há óbice em incluir o *amicus curiae* no conceito de ‘interveniente’ mencionado pelo artigo. Contudo, rememora o autor que o *amicus curiae* somente será interveniente quando sua participação no processo se der de forma voluntária.

Conclui, destarte, o autor que caso o *amicus* que participa voluntariamente “aja em violação a quaisquer dos preceitos elencados no art. 17, poderá ser condenado ao pagamento de multa e indenização, conforme prevê o caput e o § 2º do art. 18”.⁵³

⁵² Carlos Gustavo Rodrigues, DEL PRÁ, *Amicus curiae*: instrumento de participação democrática e de aperfeiçoamento da prestação jurisdicional. p.150

⁵³ Ibid., p.150/151

Capítulo V - Conclusão

Após o exame detalhado dos poderes e limitações do *amicus curiae* no controle de constitucionalidade, podemos observar que em praticamente todos os temas tratados temos fortes divergências doutrinárias e jurisprudenciais.

É que, conforme ressaltado ao longo do trabalho, a legislação existente sobre o tema ainda é bastante omissa, cabendo assim aos operadores do direito buscar soluções para que o instituto seja aplicado nas diversas ações que visam o controle de constitucionalidade.

É extremamente importante que as omissões na legislação não sejam óbices para que os *amici curiae*, cada vez mais, participem desses processos, dada sua importância como um verdadeiro representante dos interesses da sociedade.

O que observamos, no entanto, não obstante grande parte da doutrina se mostre cada vez mais aberta no que tange aos poderes do *amicus curiae*, a jurisprudência ainda vem restringindo sua atuação.

A autora Ana Leticia Queiroga Mattos, faz uma crítica ao tratamento dispensado pelo Supremo Tribunal Federal à figura do *amicus*, segundo ela, malgrado a Lei 9868/99, que trata do controle abstrato da constitucionalidade, tenha previsto expressamente sua participação a aludida corte vem

“desconsiderando ou, ao menos, não despejando o devido valor à abertura prevista em referida lei ordinária, o STF vem demonstrando notório descaso e desdém para com tal inovação. Desde sua entrada em vigor em 1999, o STF vem tratando do assunto de forma incoerente e ilógica, já que ainda prevalece o intuito de restringir o exercício do poder do Amicus Curiae”

Entendemos, portanto, na esteira do exposto pela autora, que por se tratar o *amicus curiae* de verdadeiro representante dos diversos segmentos em demandas que igualmente influirão em toda a sociedade, não cabe ao Supremo Tribunal Federal limitar ao seu bel prazer a participação do amigo da corte.

Não se pode admitir que os Ministros utilizem como escusa a garantia de celeridade do processo ou o intuito de evitar tumulto processual, para reprimir a participação da sociedade em julgamentos de inegável importância.

Deverá sempre ser observado pelo Supremo Tribunal Federal o princípio da cooperação, a fim de que as decisões sejam tomadas levando-se em conta os elementos trazidos pelos *amici*, garantindo, assim, que a melhor e mais correta decisão seja tomada.

Afinal, as ações que visam o controle de constitucionalidade podem trazer questões que refogem aos limites do direito, podendo os diversos segmentos da sociedade esclarecer temas que envolvem outras ciências, com as quais os ministros nem sempre estão familiarizados.

Bibliografia

BUENO, Cássio Scarpinella. *Amicus Curiae no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático* – 2 ed. – São Paulo: Saraiva, 2008

BUENO FILHO, Edgard Silveira: *Amicus Curiae* – a democratização do debate nos processos de controle da constitucionalidade. *Revista de Direito Constitucional e Internacional* v. 47, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, pp. 7/15

CABRAL, Antonio de Passo, *Pelas asas de Hermes: a intervenção do amicus curiae, um terceiro especial*. *Revista de Processo* v. 117. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, pp. 9/41

DEL PRÁ, Carlos Gustavo Rodrigues: *Amicus curiae: instrumento de participação democrática e de aperfeiçoamento da prestação jurisdicional* – 1 ed. – Curitiba: Juruá, 2011

DIDIER JUNIOR, Fredie, *Recurso de terceiro e juízo de admissibilidade*, 2 ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007

MATTOS, Ana Leticia Queiroga, *Amicus Curiae e a Democratização do Controle de Constitucionalidade*, *Revista Jurídica* n. 332, v. 53. Porto Alegre: Notadez, 2005, pp. 65/70

MEDINA, Damares. *Amicus curiae: amigo da corte ou amigo da parte?* – São Paulo: Saraiva, 2010

NERY JUNIOR, Nelson, NERY, Rosa Maria de Andrade: *Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante* – 10 ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008

SILVA, José Afonso da, *Curso de direito constitucional positivo* – 36 ed. – São Paulo: Malheiros, 2013

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, *Amicus Curiae – afinal quem é ele?*. *Revista do Instituto dos advogados do Paraná* n. 334. Curitiba: Instituto dos Advogados do Paraná, 2006, pp. 241/245