

RENATA SPINACÉ



AMICUS CURIAE NO PROCESSO CIVIL

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO / PUC SP

2012

RENATA SPINACÉ



AMICUS CURIAE NO PROCESSO CIVIL

Monografia apresentada para o Curso de Pós-Graduação em Direito Processual Civil em Módulos, da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como requisito parcial para a obtenção do título de Especialista em Processo Civil, sob a orientação da Professora Larissa Aveno Ordoñez de Andrade Galvão.

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO / PUC SP

2012

Banca Examinadora

Dedico essa monografia à Deus, pela saúde que me possibilitou realizá-la, aos meus pais, irmão e namorado, pela paciência e compreensão, bem como a todos aqueles que depositaram força para que esse trabalho fosse realizado. À Professora Larissa Aveno Ordoñez de Andrade Galvão, que com muita competência me orientou e a quem devo sincera admiração.

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo estudar a figura do *amicus curiae* na evolução histórica, por meio do direito comparado, no ordenamento jurídico brasileiro, até a sua previsão expressa no Projeto do novo Código de Processo Civil. O instituto é analisado perante a sua influência na ampliação e democratização da jurisdição constitucional, já que possibilita a pluralização do debate. Sua origem se dá no direito romano, no *common law* inglês e no constitucionalismo norte-americano, e é também influenciada por características de outros ordenamentos. O *amicus curiae* pode intervir no processo por determinação do juiz ou de forma voluntária, sempre com o intuito de aumentar a informação do Órgão Julgador, já que essa figura é responsável por levar novos elementos ao processo. O interesse defendido pelo amigo da corte pode extrapolar o âmbito meramente individual, vez que pode ser o próprio terceiro interveniente o destinatário final da decisão a ser proferida, por isso da sua importância. Ademais, vale ressaltar que é inquestionável a relevância de se ter uma sociedade aberta aos intérpretes da Constituição, interpretação essa cabível não apenas aos órgãos estatais, mas também aos cidadãos e grupos.

Amigo da Corte – Pluralização – Terceiro Interveniente - Constituição

ABSTRACT

The present work aims at studying the figure of *amicus curiae* in historical evolution, through comparative law in the Brazilian legal system, as far as its prediction expressed in the design of the new Code of Civil Procedure. The Institute is analyzed before its influence in the expansion and democratization of constitutional jurisdiction, since it enables the pluralization of the debate. It originates from the Roman law, the English common law and the American constitutionalism, and is also influenced by characteristics of other laws. The *amicus curiae* can intervene in the process through determination of the judge or on a voluntary basis, always with the purpose of increasing the information of the Judgmental Organ, since this figure is responsible for bringing new elements to the process. The interest defended by the friend of the Court may overextend the merely individual scope, as it might be the third intervener the final recipient of the decision to be rendered, so its importance. Furthermore, it is worth noting that is unquestionable the relevance of having an open society to the interpreters of the Constitution which is applicable not only to State bodies, but also to citizens and groups.

Friend of the Court – Pluralization - Third Intervener - Constitution

SUMÁRIO

Introdução	p. 9
Capítulo 1 - O Terceiro no Processo Civil	
1.1 – Amicus Curiae – Conceito e Parte Histórica.....	p. 11
1.2 – Amicus Curiae no Direito Comparado.....	p. 14
1.3 – Qual o Papel do Amicus Curiae no Estado Constitucional.....	p. 20
1.4 – Natureza Jurídica do Amicus Curiae.....	p. 26
1.5 – A questão da recorribilidade da decisão que admite ou não o Amicus Curiae.....	p. 33
Capítulo 2 – Amicus Curiae no Direito Brasileiro	
2.1 – Previsão no Ordenamento Jurídico Brasileiro.....	p. 34
2.2 – Controle de Constitucionalidade e o Amicus Curiae.....	p. 34
2.3 – A Ação Direta de Inconstitucionalidade e o Amicus Curiae.....	p. 35
2.4 – A Ação Declaratória de Constitucionalidade e o Amicus Curiae.....	p. 40
2.5 – A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental e o Amicus Curiae.....	p. 42
2.6 – O Incidente de Inconstitucionalidade e o Amicus Curiae.....	p. 47
2.7 – Amicus Curiae e a Sustentação Oral.....	p. 48
Capítulo 3 – A Trajetória do Amicus Curiae no Ordenamento Brasileiro	
3.1 – Comissão De Valores Imobiliários (CVM - Lei 6.385/76) e o Amicus Curiae.....	p. 54
3.2 - Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade – Lei 8.884/94) e o Amicus Curiae.....	p. 56

3.3 - Estatuto Da Ordem Dos Advogados Do Brasil – Lei 8.906/94.....	p. 57
3.4 - Instituto Nacional De Propriedade Industrial (INPI – Lei 9.279/96) e o Amicus Curiae.....	p. 58
3.5 - Intervenção De Pessoas Jurídicas De Direito Público - Lei 9.469/97.....	p. 60
3.6 - ADI, ADC e ADPF – LEIS 9.868 E 9.882/1999.....	p. 60
3.7 - Juizados Especiais Federais – Lei 10.259/2001.....	p. 62
3.8 - Resolução 390/2004 Do Conselho Da Justiça Federal.....	p. 62
Capítulo 4 – Amicus Curiae no Projeto de Novo Código de Processo Civil.....	p. 64
Considerações Finais.....	p. 69
Bibliografia.....	p. 72

INTRODUÇÃO

A origem do *amicus curiae* não é bem definida na história do ordenamento processual civil brasileiro, já que autores afirmam que sua origem é mais remota, e portanto, vem do direito romano, enquanto outros sustentam que a figura vem do direito inglês e que a sua utilização desde o século XVIII, influenciou também a sua aplicação no direito norte-americano.

Embora utilize-se da expressão amigo da corte, e mesmo sendo a palavra “Corte” interpretada como “Tribunal” ou “Poder Judiciário”, o Direito Brasileiro assim não reconhece, já que um amigo do juiz poderia comprometer toda a imparcialidade desse profissional.

Mais real seria a comparação da função do amigo da corte ao do Ministério Público, como fiscal da Lei, ou, um pouco mais distante, à função do perito, já que a ele cabe o papel de levar ao magistrado elementos relevantes, que possam interferir de forma direta ou indireta no deslinde da causa, sempre com a devida imparcialidade. Sua finalidade deverá ser sempre instrutória, como representante da sociedade, apresentando uma característica marcante no Estado Democrático de Direito, que é o pluralismo.

O *amicus curiae* simplesmente é um terceiro interessado no processo, que por determinação do juiz ou por iniciativa própria intervém no processo com o único objetivo de enriquecer o debate existente nos autos, sem o tornar a figura de um assistente, embora muitos autores assim defendam. Isso porque, o amigo da corte não atua em benefício de uma pessoa, ou de uma parte no processo, defende ele tão somente o direito de alguém, e para tanto, pode ele praticar todo e qualquer ato que seja condizente ao cumprimento de sua finalidade, caso contrário, não seria sua intervenção admitida por completo.

O *amicus curiae* ao trazer novos elementos aos autos, pode influenciar, com maior ou menor intensidade, no deslinde da causa e, mais especificamente, no íntimo do julgador. A figura do amigo da corte é importante, já que a decisão de um

processo nem sempre vincula apenas as partes, pode essa repercutir, de forma direta, para aqueles que sequer integram o litígio em questão, já que muitas vezes o julgamento está atrelado, de alguma forma, aos interesses e direitos de toda uma sociedade, ou pelo menos, de parte dela.

A admissão do *amicus curiae* deve caminhar no sentido de ser permitida em etapa recursal, no incidente de demandas repetitivas, em incidentes cognitivos na fase de cumprimento de sentença, além da execução fundada em título extrajudicial, entre outros.

É importante a ampliação da figura do *amicus curiae*, já que reforça o princípio do contraditório e destaca a necessidade da participação do terceiro interessado ao processo, já que os legitimados poderão trazer aos autos experiências ricas para a solução do caso, o que vai ao encontro do verdadeiro Estado Democrático de Direito.

Capítulo 1 - O TERCEIRO NO PROCESSO CIVIL:

1.1 AMICUS CURIAE – CONCEITO E PARTE HISTÓRICA

Amicus Curiae é um terceiro que intervém em um processo do qual não faz parte. Ele funciona como auxiliar do juízo, já que oferece à Corte sua perspectiva sobre a questão em discussão, questão essa que é complexa, motivo pelo qual acaba por ultrapassar o âmbito legal. O Amicus Curiae oferece informações técnicas, que aprimoram ainda mais as decisões proferidas pelo Poder Judiciário.

Há notícias que a figura do Amicus Curiae teria raiz no Direito Romano, entretanto com um formato bastante distinto desse encontrado atualmente.

No Direito Inglês Medieval, o amicus curiae participava do processo apontando precedentes jurisprudenciais e leis não mencionados pelas partes, ou até mesmo ignorado pelo julgador. Sua função, ainda que de extrema importância, era meramente informativa.

Em 1736 há o conhecido e importante caso inglês “Coxe vs. Phillips”, o qual é conhecido por ter admitido o amicus, tendo esse advertido a Corte sobre ser a demanda fraudulenta, isso porque, o casamento de Mrs. Phillips e Mr. Muilman foi declarado nulo ao se descobrir que ela já era casada. Conta Cassio Scarpinella Bueno que:

Mesmo depois de Mr. Muilman já ter se casado novamente, Mrs. Phillips invocou seu casamento com ele para alegar a incapacidade de se obrigar quando cobrada pelo não pagamento de uma nota promissória. Como as razões de defesa invocadas por ela podiam comprometer o então atual casamento de Mr. Muilman, a corte permitiu, mesmo que ele não fosse parte ou interessado no processo, que um amicus curiae representasse seus interesses naquela ação. A tese do amicus foi acolhida, a

ação de cobrança foi extinta e as partes, Mr. Coxe e Mrs. Phillips, condenadas como litigantes de má-fé.¹

As primeiras manifestações do instituto no direito inglês foram extremamente importantes e destaca a doutrina que à época possuíam os tribunais ampla liberdade na admissão do amicus, sendo esses também responsáveis na delimitação de sua atuação.

O desenvolvimento do instituto muito está relacionado com o sistema inglês em si, e com o *Common Law* como um todo, já que esses proporcionam grande liberdade aos litigantes na condução de seus processos, conforme suas vontades e até mesmo estratégias.

Contudo, na doutrina norte-americana, a questão não está na função do amicus quando essa for desempenhada por um ente público. A discussão está que desde o início do século XX, a jurisprudência norte-americana passou a admitir a intervenção de amicus “particulares”, para a defesa de interesses privados.

Dessa forma, Cassio Scarpinella Bueno destaca:

Para muitos é o surgimento e, sobretudo, o desenvolvimento dos “amici de direito privado”, esses amici que, na verdade, buscam a tutela de direitos seus e que não atuam na qualidade de “auxiliares” do juízo, que caracterizam o instituto e sua evolução no direito norte-americano.²

Assim sendo, houve o abandono da inicial neutralidade dessa figura, quando sua função de informação somente em benefício da Corte, para assumir uma função mais parcial e interessada.

Nesse sentido Cássio Scarpinella Bueno destaca:

¹ SACARPINELLA BUENO, CASSIO. Amicus Curiae no Processo Civil Brasileiro. Um Terceiro Enigmático. 3ª ed. São Paulo: Saraiva. 2012. P. 114/115.

² Ibidem, p. 117/118

A evolução da figura nos Estados Unidos tem o condão de demonstrar, entretanto, que a figura “neutra” e “imparcial” do amicus passou a se transformar, em alguma medida, em uma figura “interessada” e “parcial”, que busca sua intervenção em juízo muito mais para a tutela de direitos seus, do que, propriamente, para cumprimento daquele papel, que, do ponto de vista histórico, estava reservado a ele. De um amicus “neutro” passou-se a um amicus “litigante”.³

Toda essa evolução do instituto acabou por garantir que aquele litigante, pouco preparado, seja de recurso técnico ou financeiro, ingressasse em um processo sem paridade de armas, tampouco maturidade do juiz na garantia do direito, viesse a resguardar um certo equilíbrio, mesmo porque, o interesse do litigante em desvantagem poderia estar diretamente ligado com o de outras pessoas, ou até mesmo com o da coletividade. Assim pensando, aquele terceiro interessado que viesse no caso em apreço intervir, estaria não só defendendo o direito alheio, mas também o seu interesse próprio, ou até mesmo de toda uma coletividade.

No Estado Democrático de Direito, a intervenção do amicus curiae é de extrema relevância, já que a esse cabe a defesa de interesse de grupos por ele representados, independentemente de serem afetados, direta ou indiretamente, pela decisão a ser tomada.

O amicus assume importância desde a informação à Corte sobre a morte de uma das partes, até a participação na defesa de toda a sociedade. Tal figura parece estar ligada aos processos, cuja questão debatida possua caráter, transcendência ou interesse público. Isso significa que ainda que a lide trata de interesse individual, o objeto poderá transcender para além das partes envolvidas.

Habermas acentua as articulações entre o Estado de Direito (liberal) e a democracia (comunitária), em uma relação de condicionamento recíproco, como pano

³ Ibidem, p. 143.

de fundo para um Estado que deixou de ser social, passando a ser securitário e, por isso mesmo, longínquos e complexos.⁴

1.2– AMICUS CURIAE NO DIREITO COMPARADO

O *amicus curiae* é utilizado no direito comparado. A ausência de norma específica que o regulamente permite o seu ingresso nas Cortes Internacionais.

- Na Argentina:

O direito argentino não prevê expressamente e a figura do *amicus curiae*. Segundo Victor Bazán, a Corte Suprema de Justiça Argentina fixou os requisitos para o ingresso do *amicus curiae*, nos termos do acórdão 28, de 14-7-2004, são alguns deles: o amigo da corte poderá ser pessoa física ou jurídica, mas deverá ostentar reconhecida competência sobre a questão controvertida; a manifestação não poderá ultrapassar 20 páginas, podendo ser apresentada nos 15 dias que antecedam ao chamado dos autos para sentença; em sua pela de intervenção, o *amicus* deverá demonstrar seu interesse em participar da ação, bem como informar sobre a existência de alguma relação com as partes do processo; caso o tribunal entenda que a manifestação é pertinente, determinará a sua juntada; o *amicus curiae* não possui direitos processuais subjetivos, não fazendo jus a nenhum dos direitos das partes, estando, conseqüentemente, isento de custas e honorários judiciais.⁵

Embora o amigo da corte não apareça de forma expressa no direito argentino, Miguel Angel Ekmekdjian afirma que é possível falar implicitamente do *amicus* nesse ordenamento, já que o artigo 33 da Constituição Argentina assim prevê: “las declaraciones, derechos y garantías que enumera La Constitución, no serán

⁴ HABERMAS, JURGEN. Direito e democracia: entre faticidade e validade. 2ª ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. Vol. II. P. 178 e ss.

⁵ BAZÁN, VICTOR. El *amicus curiae* em clave de derecho comparado y su reciente impulso en El derecho argentino. *Questiones Constitucionales*, n. 12, enero-junio, 2005. P. 46.

entendidos como negación de otros derechos y garantías no enumerados, pero que nacen del principio de La soberanía Del pueblo y de La forma republicana de gobierno”.⁶

A figura do *amicus curiae* pode ser assumida por qualquer pessoa, de forma voluntária ou a pedido do Tribunal, de informações que não estivessem a seu alcance.

Embora a regulamentação do amigo da corte, na Argentina chamada de “Asistente oficioso ante la Corte Suprema de Justicia”, não tenha se dado, o já mencionado autor Miguel acredita ser possível extrair do artigo 33 da Constituição Argentina, também já citado, a figura do *amicus curiae*, traduzindo a forma republicana de governo.

- Na Austrália:

Diferentemente da Argentina, a Corte Australiana não é favorável à figura do *amicus curiae*. O autor George Williams aponta que apesar da postura australiana ser contrária ao amigo da corte, muitos são os pedidos de ingresso desse terceiro, tendo esse número aumentado desde 1990. Williams acredita que não admitir o *amicus curiae* indica a pouca suscetibilidade às escolhas políticas da sociedade, bem como o distanciamento dos desdobramentos sociais, econômicos e políticos das decisões.⁷

- Na Inglaterra:

Considerado o berço do instituto, a figura do *amicus curiae* exigia neutralidade de argumentos e informações. Embora as origens mais remotas dessa figura encontra amparo no Direito Romano, é no direito Inglês que o *amicus curiae* toma forma. Desde 1823, o *amicus curiae* não exige mais a neutralidade para ingresso

⁶ EKMEKDJIAN, MIGUEL ANGEL. El *amicus curiae* em el derecho argentino. Revista de Direito Constitucional e Internacional. V. 16. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996. P. 80.

⁷ WILLIAMS, GEORGE. The *amicus curiae* and intervenerin in The High Court of Australia: a comparative analysis. Federal Law Review: 2000. V. 28. P. 365/402.

na Suprema Corte dos Estados Unidos, nem mesmo nos diversos ordenamentos jurídicos em que tem sido aceita. O autor Cássio Scarpinella Bueno assim explica:

Consta que, no antigo direito inglês, o *amicus curiae* comparecia perante as cortes em causas que não envolviam interesses governamentais na qualidade de “attorney general” ou, mais amplamente, de counsels. Nessa qualidade, o *amicus* tinha como função apontar e sistematizar, atualizando, eventuais precedentes (cases) e leis (statutes) que se supunham, por qualquer razão, desconhecidos para os juízes.⁸

- Nos Estados Unidos:

O sistema Common Law oferece certa resistência à intervenção de terceiro no processo, já que é característico desse sistema o direito de litigar em idênticas condições, livres da intervenção de terceiros e sem a atuação de partes estranhas ao processo.

Acontece que os litígios que viriam a envolver o interesse dos particulares, e conseqüentemente, delimitar as interpretações constitucionais, acabaram por gerar a necessidade de abertura procedimental.

Antes da admissão do *amicus curiae* na Suprema Corte dos EUA, tal figura era aceita mediante o recebimento de memoriais. A partir de 1884, restou consagrado o princípio no qual a Corte seria a responsável, e portanto, possuiria ela o poder inerte de conduzir o processo. Dessa forma, embora em 1736 tenha sido a Inglaterra marcada pela incorporação do amigo da corte, foi no direito norte-americano, em virtude do sistema federativo, e a potencialização do conflito de interesses entre Estados e Federação, dele advindo, que o *amicus curiae* encontrou espaço para passar da posição neutra, até então existente, para uma posição positiva e participativa.

Krislov destaca que é falsa a premissa que o *amicus curiae* permanece o mesmo desde o seu surgimento no direito romano, principalmente diante da alteração no

⁸ SCARPINELLA BUENO, CASSIO. Op. cit. P. 114.

seu papel a partir de meados do século XIX. No início, esse instrumento era utilizado como o próprio nome sugere, auxiliando no apontamento de erros evidentes, além de apresentar fatos e argumentos que não eram do conhecimento das partes e da corte. A partir do século XIX, o *amicus curiae* passou a ser utilizado estrategicamente, em defesa de um dos lados específicos envolvidos na disputa.⁹

Diante do acima exposto, percebe-se o distanciamento da amizade neutra, para uma advocacia interessada, o que gerou inúmeros problemas para a Corte, como por exemplo, o número excessivo de memoriais.

Krislov é criticado por Stuart Banner, que desenvolve o entendimento, com base em precedentes da época, de que o “*amicus privado*” no direito norte-americano nunca foi generalizadamente fiel às suas origens “neutras” do direito inglês, e que a alteração apontada pelo autor Krislov teria começado desde 1830.¹⁰

Kearney e Merrill realizaram uma pesquisa em que fora analisada a atuação dos *amici curiae* perante a Suprema Corte dos EUA, por 50 anos, tendo sido constatado que entre 1946 e 1955 foram entregues 531 memoriais de *amicus curiae*, contudo, entre 1986 e 1995, esse número cresceu para 4.907, o que representou o aumento de mais de 80%.¹¹

O *amicus curiae* vinha influenciando de tamanha maneira, que as partes estavam sempre se valendo dessa figura como uma ferramenta adicional para a defesa de seus interesses.

Com o aumento da quantidade de memoriais, em 1938 a Suprema Corte dos EUA editou uma regra em que se fazia necessária a autorização de uma das partes envolvidas no processo para o ingresso do *amicus*. Entretanto, em 1997, ainda em resposta ao grande número de intervenções, a Suprema Corte passou a restringir as possibilidades de entregas de memoriais por *amicus curiae*, de modo a exigir que o

⁹ KRISLOV, SAMUEL. The *amicus curiae* brief: from friendship to advocacy. The Yale Law Journal: 1963. V. 72. P. 697-702.

¹⁰ BANNER, STUART. The myth of the neutral *amicus*: american courts and their friends, 1790-1890. P. 111/113.

¹¹ KEARNEY, J. D. e MERRIL, T. W. The Influence of *amicus curiae* Briefs on The Supreme Court. University of Pennsylvania Law Review: 2000. V. 148. P. 743-855.

amigo da corte obtivesse autorização, por escrito, de todas as partes envolvidas no processo, além da parte apoiada pelo amicus indicar a extensão de utilização do conteúdo do memorial apresentado e, ainda, indicar todas as fontes financeiras que tenham colaborado para a elaboração da peça, ou seja, os amici deverão indicar se o advogado de uma das partes ou outro redigiu a petição a petição, além de indicar toda pessoa ou entidade (que não seja o próprio amicus curiae, seus membros ou advogado), que acabaram de alguma forma por contribuir economicamente para a manifestação.

Contudo, ainda que presente a exigência de autorização por escrito de todas as partes envolvidas no processo, mesmo que essas não admitam, pode a Corte permitir a entrega do memorial.

Cassio Scarpinella Bueno nesse sentido destaca:

A doutrina e a jurisprudência norte-americanas mais recentes reagiram ao crescimento do número de amici curiae litigantes e, ao que tudo indica, mais do que à quantidade propriamente dita, ao crescente número de poderes de sua atuação processual, isto é, à qualidade de seu agir em juízo. É nesse contexto crítico da doutrina norte-americana que devemos entender as considerações de Elisabetta Silvestri, sobretudo quando analisadas a partir das informações mais recentes da doutrina e da jurisprudência daquele país, de que, na transposição do amicus do direito inglês para o americano, ele acabou por perder uma das suas mais importantes características, que era a da neutralidade de sua manifestação em juízo. O amicus, por assim dizer, passou a ser entendido, no direito americano, como ente interessado na solução da causa.¹²

O autor americano ENNIS destaca que os memoriais envolvendo os amici teriam o papel de oferecer à Corte pontos de vista que não tivessem ainda sido explorados pelas partes, muitas vezes em razão da limitação do número de páginas impostas às petições (a qual não deve ultrapassar 5 páginas), de modo que tais memoriais passariam a ser utilizados como extensão da petição.¹³

¹² SCARPINELLA BUENO, CASSIO. Op. cit. P. 121

¹³ ENNIS, BRUCE J. Effective Amicus Briefs. Catholic University Law Review: 1984. V. 33. P. 603.

É importante destacar que os amici não devem criar ou repetir os fundamentos já expostos pelas partes. Na Suprema Corte dos EUA, resta a atuação do amicus curiae restrita à entrega de memoriais, sendo essa regulamentada pelas regras 33, 34 e 37, de modo que o amigo da corte poderá entregar dois memoriais, um antes e outro depois de o writ ser conhecido, e ainda um outro na ocasião da sustentação oral. Deve-se lembrar que a sustentação oral dos amici poderão se dar apenas em casos excepcionais, de modo que a análise do conteúdo do memorial resta, em tese, comprometida.

Todo o procedimento de entrega dos memoriais é regulamentado, de maneira que as partes do processo possuem o direito de entregar memorial como forma de resposta ao memorial da parte contrária ou até mesmo seu amicus curiae, são os chamados reply briefs.

Esses memoriais como forma de resposta – reply briefs – devem se ater somente aos pontos argüidos nos memoriais da parte contrária ou daquele apresentado pelo amigo da corte, isso se dá na tentativa de impedir a reiteração de argumentos já apresentados.

Além dos memoriais já mencionados, existem aqueles que são chamados de suplementares – supplementary briefs – os quais podem ser entregues a qualquer momento, enquanto tiver recurso pendente de julgamento. Contudo, a análise desses memoriais será mais severa, já que a Corte entende somente serem pertinentes em razão da existência de fatos supervenientes que possam afetar diretamente o deslinde do caso.

- Na Itália:

Não é apenas no instituto do Common Law que o instituto do amicus curiae é aplicado, é ele utilizado também nos sistemas da Civil Law, e é nesse sentido que a autora italiana Elisabetta Silvestri explica, justificando ser diante da falta de lei expressa no direito italiano que a intervenção do amicus curiae pode ser aplicada, analogicamente à possibilidade que o juiz italiano tem, especificamente no processo trabalhista, de determinar, seja a requerimento das partes ou de ofício, que os sindicatos

prestem determinadas informações em juízo, com base no artigo 421, comma 2º, e artigo 425, ambos do Código de Processo Civil Italiano.¹⁴

A autora também sugere que não se deve previamente determinar as entidades que podem intervir como *amicus curiae*, segundo Elisabetta Silvestri isso significa que as entidades podem ser admitidas voluntariamente, ainda que seu ingresso em juízo dependa da concordância das partes ou da autorização expressa do juiz.

1.3 - O PAPEL DO AMICUS CURIAE NO ESTADO CONSTITUCIONAL

Mesmo que no Brasil se apoie a prática do Direito advinda da tradição romano-germânica, do Civil Law, hoje se observa grande influência da Common Law, nas decisões do Supremo Tribunal Federal, interferência essa caracterizada por uma gradual abertura das Cortes Supremas à participação popular na tomada de decisões.

Niklas Luhmann aponta que uma “abertura para o futuro” foi concedida a partir da instituição das constituições, uma vez que cuida de uma forma do Direito se legitimar, passando a prever as condições de sua própria modificabilidade, mediante regras de procedimentalidade.¹⁵

Com efeito, o constitucionalismo atual vislumbra uma concepção (visão) pós-moderna de sociedade, no sentido de esta ser: (a) complexa (em razão de abarcar diversos pontos de vista, em meio a elementos transdisciplinares); (b) dinâmica (por ser um movimento circular e constituir um raciocínio dialético, em que os ideais de Constituição dos EUA e da Revolução Francesa movimentam o constitucionalismo e o constitucionalismo os movimentam, de maneira a serem interdependentes, uma vez que o processo de construção do seu próprio conhecimento é organizado e reorganizado

¹⁴ SILVESTRI, ELISABETTA. L'amicus curiae: uno strumento per la tutela degli interessi non rappresentati. Revista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile. Milano: Giuffrè: 1997. P. 697.

¹⁵ GUERRA FILHO, WILLIS SANTIAGO. Autopoiese do Direito na Sociedade Pós-Moderna: introdução a uma teoria social sistêmica. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. P. 30/31.

constantemente) e (c) caótica (cuja abertura sistêmica impossibilita um total controle sobre variáveis e resultados); sendo impossível, diante da atual conjuntura social, a manutenção de uma interpretação hermética das normas e do Direito em si.

Essa nova visão do Estado de Direito, resultado de uma complexidade social crescente, faz com que as relações de poder e as relações sociais estejam conectadas às regras de Direito. O controle de constitucionalidade, nesse contexto, aparece então como o instrumento procedimental que garante a Supremacia da Constituição e as ideologias transdisciplinares a ela subjacentes, e assim a auto-limitação das Funções de Poder, atuando sem a concentração, com independência e harmonia (interdependência), e a proteção de direitos fundamentais complementam o núcleo principiológico do Estado Constitucional e Democrático de Direito, em que cada agente (público e político) tem a sua responsabilidade, assim como o cidadão possui sua responsabilidade pessoal, individual e coletiva, de acordo com seus papéis sociais, no exercício do pluralismo.

Nesse sentido, Willis Santiago Guerra Filho assevera que a Constituição se revela como a grande responsável pelo diálogo entre os sistemas jurídico e político, “jurisdicizando relações políticas e mediatizando juridicamente interferências da Política no Direito, ao condicionar transformações nas estruturas de poder a procedimentos de mutação previstos constitucionalmente”.¹⁶

Neste contexto, como fazer com que o cidadão, vivenciador dos sistemas sociais complexos, participe do processo de tomada e de formação da decisão da Corte Constitucional? Há procedimentos legítimos que possibilitem a participação do cidadão no Estado Constitucional? Esta participação pode ser instrumento legítimo de conduzir a transdisciplinaridade dos direitos fundamentais à formação da decisão constitucional?

Nesse processo, ganham importâncias institutos que permitem participação do cidadão na construção da opinião das Cortes Supremas em matéria constitucional, dentre os quais, destaca-se o *amicus curiae*, e com o propósito de tentar encontrar respostas a essas perguntas, vale primeiramente, identificar a origem e a natureza jurídica do *amicus curiae*, para poder desta forma contextualizá-lo dentro deste contexto de mudança paradigmática em que nos inserimos.

¹⁶ GUERRA FILHO, WILLIS SANTIAGO. Op. Cit. P. 71.

A jurisdição constitucional brasileira teve como primeiro passo para a democratização das decisões, e uma maior abertura participativa dos cidadãos nas tomadas de decisão, antes muito cerradas nos agentes estatais, a promulgação da Constituição de 1988. No entanto, a interpretação do texto constitucional ainda permaneceu restrita a uma “sociedade fechada de intérpretes”, na qual o cidadão é reduzido à condição de mero espectador passivo. Esse modelo impossibilita a interpretação da Constituição pelo cidadão e por setores mais amplos da sociedade civil, mas com o amadurecimento das instituições e o fomento do debate acerca da democratização da jurisdição constitucional, iniciou-se um processo de abertura da hermenêutica constitucional, com a evolução de práticas inovadoras, como as diversas formas de manifestação (dentre elas o *amicus curiae*).

Para se evitar que a jurisdição constitucional se torne um exercício de atividade autoritária de Poder, Gustavo Binbenjose posiciona:

(...) há que se fomentar a idéia de sociedade aberta de intérpretes da Constituição, formulada por Peter Häberle, segundo a qual o círculo de intérpretes da Lei Fundamental deve ser elástico para abarcar não apenas as autoridades públicas e as partes formais nos processos de controle de constitucionalidade, mas todos os cidadãos e grupos sociais que, de uma forma ou de outra, vivenciam a realidade constitucional.¹⁷

Nesse entendimento, é importante esclarecer como ponto de partida, que a interpretação constitucional deve partir de um paradigma democrático, viabilizando uma abertura para as intervenções da sociedade civil organizada, na formação do intérprete oficial da norma jurídica.

A importância dessa análise reside na constatação do *amicus curiae* como um dos pontos de abertura do Estado Constitucional, o qual poderá contribuir com sua argumentação para, mediante a discussão a partir de vários pontos de vista,

¹⁷ BINENBOJM, GUSTAVO. A dimensão do *amicus curiae* no processo constitucional brasileiro: requisitos, poderes processuais e aplicabilidade no âmbito estadual. *Direito Federal: revista da Associação dos Juizes Federais do Brasil*, v. 22, n. 78, p. 141/166, out./dez. 2004. P. 149.

solucionar as controvérsias inseridas no contexto do controle de constitucionalidade das normas, observando-se o método discursivo de abordagem dogmática, não obstante o espaço para momentos dialético-reflexivos.

Peter Häberle afirma que o *amicus curiae* tem fundamento nas máximas da Revolução Francesa. Assim, seria a liberdade, a igualdade e a fraternidade, tendo como base o princípio da esperança, os responsáveis pela necessidade social do *amicus curiae*¹⁸.

Para a efetivação da sociedade aberta de intérpretes é indispensável que o povo possa expor os seus interesses, em conformidade com o contexto em que se vive. Cada cidadão (representando o povo) tem o *status activus processualis* para fazer valer os interesses da sociedade perante a Corte julgadora. E desta forma o instituto do *amicus curiae* se faz elemento concretizador desta sociedade aberta de intérpretes que não deve ver esta opção em participar da construção do pensamento constitucional como um direito, mas mais que isso, como um dever de os cidadãos participarem da construção do pensamento da Corte Julgadora.

A permissão do *amicus curiae* no processo constitucional é ainda uma afirmação da consciência do povo e instrumento primordial para a efetivação do princípio da soberania popular, já que se o povo é soberano e em razão dele, na consecução dos seus interesses, a Constituição deve ser interpretada, a participação do povo no processo constitucional é a própria efetivação do princípio da soberania popular.

Tudo isso implica numa consequência natural e inevitável: a impressão necessária nos procedimentos da contemporaneidade de um caráter cada vez mais transdisciplinar para que possam se adaptar à complexidade que as relações no mundo globalizado impõe às Cortes de Julgamento que passam a necessitar de uma visão mais aberta acerca dos conflitos sociais, mormente dos conflitos na seara do Direito.

Para Canotilho, o procedimento de jurisdição constitucional é um

¹⁸ HÄBERLE, Peter. Libertad, Igualdad, Fraternidad: 1789 como historia, actualidad y futuro Del Estado Constitucional. Trad. Ignacio Gutiérrez. Madri: MinimaTrotta, 1998.

elemento de comunicação entre o Estado e o Cidadão. O procedimento torna a Constituição dinâmica. Um procedimento que viabilize a efetivação dos direitos fundamentais deve permitir a comunicação do cidadão como Estado. Apenas o mecanismo que permite esta interferência possibilitará ao intérprete uma influência qualitativa no resultado das decisões.¹⁹

Fala-se, portanto, em uma mudança paradigmática no quanto ao núcleo essencial do processo constitucional. A jurisdição constitucional antes voltada para a solução do conflito, em sentido concreto, ou para a aferição pura e simples da vontade da Lei, hoje pretende ver efetivados os princípios constitucionais, principalmente no que se refere à necessidade de cumprimento dos direitos fundamentais e humanos.

Essa mudança na forma de encarar a relação triangularizada entre direito, “interprete institucionalizado” e sociedade, proporciona uma essencial discussão acerca da função contemporânea que deve ter o *amicus curiae*.

O “amigo da Corte” deve estar atento às razões principiológicas e sociais da sua interferência. Deve compreender a sua natureza de garantia institucional, atuando na defesa dos cidadãos e das organizações sociais que simbolizam a pluralidade de idéias e de acepções em torno da discussão constitucional.

Neste sentido, a doutrina aponta uma nova função para o *amicus curiae*, a de promover uma “legitimação social”, tendo em vista que o *amicus curiae* representa interesses coletivos, direitos que invadem a esfera de vontade de toda a sociedade. É, desta forma, essencial que a sua atuação denote os valores mais relevantes para determinado grupo, de maneira a proporcionar um processo de jurisdição constitucional conformador da realidade social.

Logo, o *amicus curiae* possui o papel de conferir uma democratização da interpretação constitucional, alargando o núcleo duro antes exclusivo na interpretação e extração do “sentido da norma” e da análise de sua subsunção, na medida em que cidadãos, grupos, órgãos estatais, sistema público e mídia orientam de forma consciente a compreensão e a exteriorização de um sentido (ao menos) da norma,

¹⁹ CANOTILHO, JOSÉ JOAQUIM GOMES. Direito Constitucional. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1991. P. 1036.

já que hodiernamente é impensável, olhando para as mudanças pelas quais a sociedade contemporânea vem se inserindo, uma interpretação da Constituição sem esses atores ativos, atores esses que vivem no contexto regulado pelas normas.

É mister de um Estado Constitucional e Democrático de Direito uma visão do texto constitucional como uma “obra aberta”, a qual tem seu sentido construído e reconstruído pelos intérpretes, tendo em vista que esse modelo de Estado visa conciliar valores as vezes de conteúdos opostos, tanto do ponto de vista abstrato, como na concretização no seio social, de modo que seja necessário constituir uma “sociedade aberta de intérpretes da Constituição” como forma de garantir um amplo debate entre as diversas concepções transdisciplinares (mesmo opostas).

Viver a Constituição nos dias atuais representa perceber todo o processo complexo que envolve a sociedade também complexa e caótica; e participar politicamente de forma democrática pressupõe a existência, nos cidadãos, de uma capacidade para refletir sobre questões de interesse da comunidade a qual pertence. O Estado Constitucional, nesse sentido, está se adequando àquilo que a realidade fática parece trazer, propiciando a abertura procedimental ao poder social de entidades e cidadãos, garantindo acesso deles no processo de tomada de decisão. Assim sendo, a garantia institucional do *amicus curiae* atua como um canal de comunicação entre o sistema social institucionalizado e o mundo circundante ou ambiente (a sociedade), auxiliando a Corte na resolução das complexidades, dentro dos parâmetros do possível, do real e do necessário.

Nesse sentido, inúmeros exemplos de nível procedimental podem expressar as consequências do caráter público processual da interpretação constitucional. Dessa forma, acentua-se que o papel do *amicus curiae* está intimamente ligado à evolução do processo. Logo, ao enunciar a natureza jurídica do *amicus curiae* como uma garantia institucional, o faz em consonância com a alteração do conteúdo teórico do núcleo do processo, que em pleno momento pós-moderno, passa a ter uma nova concepção de jurisdição, definindo-se pelo dever de concretizar os valores transdisciplinares da Constituição, cuja decisão parte dos princípios constitucionais e dos direitos fundamentais.

Mais do que reivindicar a concretização da garantia institucional do *amicus curiae*, as potências públicas e pluralistas integrantes da “sociedade aberta de intérpretes” parecem zelar pela preservação do instituto, atuando de forma combativa e opinativa nos assuntos de interesse público de toda a sociedade, pois o amigo da Corte (como instrumento legitimador das decisões do STF e em meio a uma garantia institucional em defesa do cidadão) representa nos dias atuais um “embrião” contido na Lei n. 9.868/99, que pode florescer e se tornar um forte e saudável instrumento da sociedade aberta, apto a desenvolver a transdisciplinaridade no processo de tomada de decisão constitucional.

1.4 - NATUREZA JURÍDICA DO AMICUS CURIAE

Há uma certa divergência quanto a natureza jurídica do *amicus curiae*. O Supremo Tribunal Federal segue a linha de ser ele um “colaborador informal da corte” (STF - ADI 2581 AgR/SP – rel. Min. Maurício Corrêa – DJ 18.04.2002). O art. 131, § 3º, do Regimento Interno do STF, nos termos da Emenda Regimental n. 15, de 30.03.2004, passou a admitir o *amicus* como hipótese de intervenção de terceiro.

Fredie Didier Jr, sobre essa questão, assim expõe:

O *amicus curiae* compõe, ao lado do juiz, das partes, do Ministério Público e dos auxiliares da justiça, o quadro dos sujeitos processuais. Trata-se de outra espécie, distinta das demais, porquanto sua função seja de auxílio em questões técnico-jurídicas. Munícia o magistrado

com elementos mais consistentes para que melhor possa aplicar o direito ao caso concreto. Auxilia-o na tarefa hermenêutica.²⁰

O autor defende ser o *amicus curiae* apenas um auxiliar do juízo, como é o perito, e não um terceiro interveniente, como muitos entendem.

²⁰ DIDIER JR., FREDIE. Curso de Direito Processual Civil. 6ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2006. V. I. P. 346.

Contudo, Del Prá destaca o seguinte:

Em resumo, esse grupo de casos, em que há possibilidade de intervenção voluntária do *amicus curiae*, encerra hipótese de intervenção de terceiro, diversa daquelas nominadas e expressamente previstas no CPC. Talvez o cuidado, de parte da doutrina, em não visualizar no fenômeno uma hipótese distinta de intervenção de terceiros seja decorrente do fato de, por tradição do nosso direito, tendermos a interpretar restritivamente os casos de ingresso de um terceiro em processo alheio. Essa “tendência” decorre do já aludido caráter fechado da relação processual nos ordenamentos da família romano-germânica. Essa característica, contudo, só pode prevalecer se fundada nas próprias regras previstas no ordenamento (que, v.g., regulam expressamente as hipóteses de intervenção de terceiros). Assim, o reconhecimento da hipótese de intervenção voluntária do *amicus curiae* como verdadeira hipótese de *intervenção de terceiro*, na verdade, não esbarraria no referido princípio, porquanto sua admissão e vigência decorrem de política legislativa, a qual, com as novas previsões admitindo a participação desse terceiro, acabou por alterar a conformação e os limites da matéria no âmbito do direito processual civil.²¹

Esse último posicionamento exposto, apresentado por Del Prá, parece mais razoável, já que o *amicus curiae* pode intervir por provocação do juiz, mas deve-se lembrar, que sua intervenção pode ser voluntária, deixando de ser um mero auxiliar do juízo, mas exercendo um papel de participação democrática. Isso só ratifica o defendido pelo autor, no sentido de que a intervenção do *amicus curiae* funcionaria como modalidade de intervenção de terceiro.

Para que seja permitida a intervenção do *amicus curiae* no processo, deve ter ele interesse na causa, mais especificamente no objeto da ação e não nas partes propriamente ditas. Não há exigência alguma que o interesse seja público para a intervenção do amigo da corte, há tão somente a necessidade que seja uma questão de expressão social. Nesse sentido Del Prá destaca:

²¹ DEL PRÁ, CARLOS GUSTAVO RODRIGUES. *Amicus curiae – instrumento de participação democrática e de aperfeiçoamento da prestação jurisdicional*. Curitiba: Juruá, 2007. P. 127

haverá interesse do terceiro de intervir como *amicus curiae* quando houver expressão social do objeto da lide e, por conseguinte, da decisão da lide, porque é exatamente essa transcendência da questão que a torna relevante não só para as partes e para os terceiros (cujos interesses autorizem uma das formas de intervenção de terceiro do CPC), mas também para determinado ou indeterminado número de indivíduos.²²

Ainda sob a linha de Del Prá, tem o autor um entendimento mais ampliativo da figura do *amicus curiae*, com base no artigo 341, do CPC, no qual ficam estabelecidos os deveres e direitos do terceiro, admitindo esse dispositivo a possibilidade de informar ao juiz fatos e circunstâncias de que tenha conhecimento, além de exhibir coisas ou documentos que estejam em seu poder, tudo isso, de maneira voluntária. É por esse e outros motivos que o autor considera perfeitamente possível a intervenção de terceiro no processo, na qualidade de *amicus curiae*.

Sob a análise ainda desse artigo, Del Prá entende que não se deve restringir a matéria a ser alegada pelo terceiro, de modo que pode o amigo da corte apresentar questões de fato, e o autor exemplifica da seguinte maneira: “...é possível que um terceiro, como o *amicus curiae*, venha a juízo para trazer elementos de fato, como v.g., a desconhecida extensão dos prejuízos ambientais que podem advir, caso seja julgada improcedente uma determinada ação coletiva”²³, bem como pode ele apresentar questões de direito, expondo o autor o seguinte exemplo:

O Ministério Público ingressa com ação em favor de crianças refugiadas, pleiteando que o Estado lhes forneça bolsas de estudo, entretanto em condições diversas e mais restritas que as praticadas regularmente. Poderá, nessa causa, ingressar um terceiro, como *amicus curiae*, expondo ao órgão julgador questões atinentes à qualificação jurídica da situação, apontando a existência de norma jurídica a determinar outras conseqüências jurídicas. De fato, segundo o art. 22, alínea ‘2’, da Convenção relativa ao Estatuto dos Refugiados (1951),

²² Ibidem. P. 172/173

²³ Ibidem. P. 190

aplicável por força do art. 5º da Lei Federal 9.474/97, os refugiados gozam dos mesmos direitos e garantias outorgados aos demais cidadãos, inclusive no que concerne ‘à concessão de bolsas de estudo’. Ou seja, nesse caso, muito embora os fatos já tenham sido apontados pelo autor (a existência de menores em idade própria para receberem educação fundamental, o não-fornecimento pelo Estado de educação até aquele momento, a impossibilidade dos menores de arcar com os custos da educação privada etc.), a qualificação jurídica desses fatos mostrou-se desconforme às normas incidentes, e essa nova qualificação pode ser feita não só pelo juiz, mas pode ser apontada pelo *amicus curiae* em sua manifestação, sempre em benefício da própria justiça.²⁴

Dessa forma, para resumir o que fora exposto, sobre a intervenção do *amicus curiae* no processo, interessante é descrever o defendido pelo Ministro Celso de Mello no julgamento da ADI 2.130-MC/SC:

a admissão de terceiro, na condição de *amicus curiae*, no processo objetivo abstrato, qualifica-se como fator de legitimação social das decisões da Suprema Corte, enquanto Tribunal Constitucional, pois viabiliza, por obséquio ao postulado democrático, a abertura do processo de fiscalização concentrada de constitucionalidade, em ordem a permitir que nele se realize, sempre sob uma perspectiva eminentemente pluralística, a possibilidade de participação formal de entidades e de instituições que efetivamente representem os interesses gerais da coletividade ou que expressem os valores essenciais e relevantes de grupos, classes ou estratos sociais. Em suma, a regra inscrita no artigo 7º, parágrafo 2º, da Lei 9.868/99 – que contém a base normativa legitimadora da intervenção processual do *amicus curiae* – tem por precípua finalidade pluralizar o debate constitucional. (ADI 2.130-MC/SC; DJ de 02/02/2001; P. 145).

Sobre o momento da intervenção, ainda não é um tema pacífico, mesmo porque o procedimento silencia sobre isso. Parte da doutrina entende que o *amicus curiae* pode ser admitido a qualquer tempo, desde que antes do início do julgamento, sendo equiparada a sua intervenção a um ato de instrução do processo. Contudo, o STF

²⁴ Ibidem. P. 190

já chegou a entender de maneira menos abrangente, de modo que se considerava àquele prazo que os réis da ação direta de inconstitucionalidade tinham para prestar suas informações, qual seja, 30 dias da intimação.

Contudo, entender dessa última maneira, é uma forma de restringir a própria natureza do procedimento da ação direta de inconstitucionalidade, que em tese é para admitir a participação plural, o que ao meu ver, jamais implicará em graves transtornos. O esclarecimento faz parte da natureza dessa ação e é importante para o deslinde da causa.

É válido ressaltar que o ministro Cezar Peluso reviu seu posicionamento, de modo a admitir o ingresso do *amicus curiae* ainda que depois de terminado o prazo das informações, contudo entendeu aplicável o artigo 50, do Código de Processo Civil, e destacou que o *amicus curiae* intervirá no processo respeitando os atos processuais já praticados e consumados.

Pedro Lenza, acerca do tema assim dispõe:

Entendemos, contudo, dada a natureza e a finalidade do *amicus curiae* esse prazo poderá ser flexibilizado pelo relator, que terá discricionariedade para aceitar ou não a sua presença no processo objetivo, ainda que após o decurso do aludido prazo, ou, até mesmo, somente para a apresentação de sustentação oral, como se verificou na ADPF 46/DF (Rel. Min. Marco Aurélio, DJ de 20.06.2005). O objetivo do instituto do *amicus curiae* é auxiliar a instrução processual.²⁵

Deve-se apenas destacar, que o prazo final para a intervenção do *amicus curiae* é a indicação do processo para julgamento, com sua inserção em pauta, haja vista que isso significa que o relator está pronto para decidir, diante dos elementos já constantes. Para fazer sentido a figura do amigo da corte, deve ele ser inserido de modo a preceder os debates dos ministros, já que ele traz consigo a possibilidade de influenciar os julgadores.

²⁵ LENZA, PEDRO. Direito Constitucional Esquematizado. 14ª ed. São Paulo: Saraiva. 2009. P. 278.

Com relação à pluralidade de intervenções, entendo que deve ser permitida, justamente pela natureza da decisão acerca da constitucionalidade ou não de uma regra, vez que se trata de democratizar o diálogo com o Supremo Tribunal Federal.

Nesse sentido Cassio Scarpinella Bueno se manifestou:

Elisabetta Silvestri, quando abordou as origens do *amicus curiae* no direito americano e buscou retratar as linhas-mestras de sua interpretação jurisprudencial nos Estados Unidos, afirma, em lição bastante útil para o tema aqui versado, que a inexistência de um limite fixo para a admissão de *amici curiae* quer significar, em última instância, que é a cada caso, consoante seja o maior ou o menor número de “interessados” que pretendam sua manifestação, que o que chamamos de “relevância da matéria” e “representatividade adequada” das entidades se revelará.²⁶

Não se deve interpretar que mais de um *amicus curiae* acaba por inviabilizar a atuação do Supremo Tribunal Federal. Muito pelo contrário, a presença do *amicus* acaba por esclarecer o assunto e até mesmo facilitar na votação dos ministros.

Outra questão polêmica sobre o assunto diz respeito à possibilidade de admissão do parlamentar como *amicus curiae*. Alguns doutrinadores defendem que o parlamentar, inserido na política para desempenhar a democracia representativa, ao representar o povo, acaba por postular o direito da sociedade. Para o parlamentar ser aceito como *amicus curiae*, deve ele agir como representante da coletividade, sendo que jamais deve o amigo da corte buscar um interesse individual.

Pedro Lenza defende a possibilidade de admissão do parlamentar como *amicus curiae*, basicamente pelos motivos acima demonstrados, destacando o julgado TJDFT – ADI 2004.00.2.008459-7 – julgado 30.09.2005.²⁷

Também é discutida a responsabilização por danos processuais, por meio do artigo 14, do CPC, que prevê os deveres de todos aqueles que participarem do

²⁶ SCARPINELLA BUENO, CASSIO. Op. cit. P. 178

²⁷ LENZA, PEDRO. Direito Constitucional Esquematizado. 11ª ed. São Paulo: Método. 2007. P. 227.

processo, com previsão de multa e indenização também indicadas pelo ordenamento jurídico. Dessa forma, independentemente de ter o *amicus curiae* intervindo por provocação do juiz ou por provocação espontânea, fica ele sujeito à responsabilização processual também, já que de alguma forma atuou no processo.

Sobre tal responsabilidade, prevista no artigo 14, do CPC, Marcus Vinicius Rios Gonçalves assim dispõe:

As obrigações impostas por esse dispositivo transcendem hoje as partes e os procuradores, para abarcar um universo maior de pessoas: também estão sujeitos a elas os intervenientes, o Ministério Público, os funcionários do Judiciário, os peritos e assistentes técnicos, as testemunhas e até outras pessoas que, embora não participem de forma direta do processo, são responsáveis pelo cumprimento das decisões judiciais.²⁸

Por fim, outra questão bastante discutida está diretamente ligada à capacidade postulatória do *amicus curiae*, a qual deve seguir as regras do artigo 13, III, c.c. art. 36, do CPC, já que devem ser exigidas para qualquer terceiro, independentemente de ser ele *amicus curiae* ou não.

Esse ponto permite certa análise no sentido de que como o *amicus curiae* nada postula, jamais será ele sucumbente, vez que jamais será classificado em vencedor e vencido. Deve-se lembrar que a figura do amigo da corte possui o principal objetivo que é auxiliar na função jurisdicional, ou seja, ajudar na busca pela justiça. Isso significa que jamais tal intervenção pode ser parte, ainda que de qualquer forma, poderá refletir na procedência ou improcedência de uma ação.

Somente haverá responsabilização do *amicus curiae* na hipótese de sua atuação gerar algum incidente processual, mas isso não pode ser confundido com honorários. É importante estabelecer tal característica, já que as partes podem, eventualmente, impugnar a intervenção do *amicus*, devendo tal questão ser resolvida por meio de decisão interlocutória nesse incidente, sendo passível de agravo, o que gera

²⁸ RIOS GONÇALVES, MARCUS VINICIUS. Novo Curso de Direito Processual Civil. 6ª ed. São Paulo: Saraiva. 2009. P. 129.

a necessidade de ressarcimento ao amigo da corte, das despesas oriundas de tal incidente e/ou recurso.

1.5 A QUESTÃO DA RECORRIBILIDADE DA DECISÃO QUE ADMITE OU NÃO O AMICUS CURIAE

Tema esse bastante discutido tanto na doutrina, quanto na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. O artigo 7º, parágrafo 2º, da Lei 9.868/99, dispõe sobre a irrecorribilidade do despacho que admitir a intervenção do amicus curiae.

A discussão é maior na situação em que o amicus curiae é indeferido. O entendimento de Cassio Scarpinella Bueno é favorável à recorribilidade, conforme demonstra-se:

Para nós, o melhor entendimento é aquele que entende ser recorrível essa decisão, aplicando-se à hipótese a diretriz do sistema processual civil de que toda decisão monocrática proferida no âmbito dos tribunais é recorrível por intermédio do recurso de agravo, aqui na modalidade “interna”. E nem poderia ser diferente, considerando o inegável prejuízo que a decisão que indefere o ingresso do amicus curiae tem aptidão para lhe causar, revelando-lhe, assim, seu interesse recursal. Também entendemos ser lícito ao amicus curiae apresentar recurso da decisão final, que julga a ação direta de inconstitucionalidade ou de qualquer outra que possa interferir concretamente nos interesses que motivam o seu ingresso em juízo, assim, por exemplo, a concessão de liminar, providência tipicamente antecipatória nos casos de controle concentrado de constitucionalidade.²⁹

Esse pensamento acaba por ser interpretação do artigo 499, do Código de Processo Civil, já que é reconhecida legitimidade para o Ministério Público, quando esse age como *custus legis*, bem como do terceiro prejudicado.

²⁹ SCARPINELLA BUENO, CASSIO. Op. cit. P. 183/184

Capítulo 2 - AMICUS CURIAE NO DIREITO BRASILEIRO

2.1 - PREVISÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

O amicus curiae foi introduzido com a Lei 6.385/76, no seu artigo 31, que versava sobre a intervenção da comissão de valores mobiliários, nos processos que discutissem sobre matéria de competência da própria autarquia. Tal figura foi inserida apenas para auxílio do juiz, diante da dificuldade técnica apresentada pela matéria em questão. O mesmo aconteceu com a Lei Antitruste (Lei 8884/94), que previa a intimação do Conselho Administrativo de Defesa Econômica, nos processos que discutissem o direito da concorrência.

Como até então o amicus funcionava para auxiliar o juízo, somente se admitia tal figura mediante provocação.

Com as Leis que versam sobre o Controle Concentrado de Constitucionalidade, começou a se admitir, ainda que não de forma expressa, a intervenção espontânea do amicus. Além disso, o artigo 482, parágrafo 3º do CPC, acrescentado pela Lei 9868/99, prevê a intervenção do amicus nos incidentes de inconstitucionalidade.

A Lei dos Juizados Especiais Federais (Lei 10.259/01), previa a intervenção do amicus no incidente de uniformização da interpretação da lei federal, em seu artigo 14, parágrafo 7º.

Contudo, atualmente, não há no direito brasileiro, nenhuma referência legislativa expressa à figura do amicus curiae.

2.2 - CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE E O AMICUS CURIAE

Há um certo consenso na doutrina ou jurisprudência, que no caso de controle de constitucionalidade, concentrado ou difuso, há a figura do amicus curiae, embora a lei não chame por tal nome a figura de intervenção. Muitas vezes preferem por

nominá-la “intervenção”, o que é muito amplo para o Direito Processual Civil Brasileiro, ou de “assistência”, o qual possui significado bem diverso da figura em questão.

Muitos doutrinadores, ao enfrentarem esse problema, acabam por chamar essa modalidade de intervenção (*amicus curiae*) como *sui generis*, anômala, diferenciada de intervenção de terceiros, por vezes tratada como assistência especial.

O que difere a figura do *amicus curiae* com aquelas identificadas como de intervenção de terceiros, é a ausência de interesse jurídico, decorrente de uma relação jurídica, cujo efeito afetará o terceiro direta ou indiretamente.

Especificamente com relação ao controle de constitucionalidade, há o exercício do controle difuso e concentrado. Sendo que o concentrado é feito pelo STF – Supremo Tribunal Federal, disposto no artigo 102, caput, da Constituição Federal, por intermédio de três ações: ação direta de inconstitucionalidade, ação declaratória de inconstitucionalidade e descumprimento de preceito fundamental. Sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade, foi promulgada a Lei 9868/99, a qual veda a intervenção de terceiros; já com relação ao processo e julgamento da argüição de descumprimento de preceito fundamental, foi promulgada a Lei 9882/99, nada dispondo expressamente sobre a vedação de intervenção de terceiros.

2.3 A AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE E O AMICUS CURIAE

A Lei 9868/99, em seu artigo 7º, parágrafo 2º, prevê a admissão da figura do *amicus curiae*, já que assim dispõe: “O relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, poderá, por despacho irrecorrível, admitir, observando o prazo fixado no parágrafo anterior, a manifestação de outros órgãos ou entidades”.

Acontece que antes mesmo dessa Lei, o STF, teria por certa vez admitido o *amicus curiae*:

Ação Direta de Inconstitucionalidade – Intervenção assistencial – Impossibilidade – Ato judicial que determina a juntada, por linha, de pelas documentais – Despacho de mero expediente – Irrecorribilidade – Agravo regimental não conhecido. O processo de controle normativo abstrato instaurado perante o Supremo Tribunal Federal não admite a intervenção assistencial de terceiros. Precedentes. Simples juntada, por linha, de elas documentais, apresentadas por órgão estatal que, sem integrar a relação processual, agiu, em sede de ação direta de inconstitucionalidade, como colaborador informal da Corte (*amicus curiae*): situação que não configura, tecnicamente, hipótese de intervenção *ad coadjuvandum*. Os despachos de mero expediente – como aqueles que ordenam juntada, por linha, de simples memorial expositivo -, por não se revestirem de qualquer conteúdo decisório, não são passíveis de impugnação mediante agravo regimental (CPC, art. 504). (Agravo Regimental na ADIn n. 748-4. Rel. Ministro Celso de Mello. J. um. 1.8.1994. P. 31392).

Restou evidente que em regra não se admite a participação de terceiros no controle concentrado. Entretanto é admitido a figura do *amicus curiae*, que diante da relevância da matéria e representatividade dos postulantes, poderá ser permitida pelo relator, por meio de despacho irrecorrível. Dessa forma, admissão do *amicus* será decidida monocraticamente pelo relator, o qual deverá verificar a presença dos requisitos, bem como a existência do binômio “conveniência X oportunidade”. Entretanto, mesmo depois de ser tal figura admitida pelo relator, poderá o Tribunal se abster de referendá-la, acarretando no seu afastamento.

Por relevância da matéria deve-se entender a necessidade concreta sentida pelo relator de que outro elementos sejam trazidos aos autos para a formação de seu próprio convencimento e convicção. Dessa forma, em se tratando a matéria exclusivamente jurídica, de modo que a inconstitucionalidade dependa, de apenas exame documental, pode ser considerada desnecessária a presença do *amicus curiae*.

Muito decisiva para a permissão do *amicus curiae* é que a matéria discutida gire em torno da norma questionada e dos valores dispersos na sociedade civil.

Muito também se analisa com relação à representatividade dos postulantes, ou seja, quem deseja ser amigo da corte no processo.

A doutrina tem entendido que a legitimidade do *amicus curiae* guarda relação com o artigo 103 da Constituição Federal, haja vista que o próprio prevê quem detém legitimidade para o ajuizamento das ações diretas de inconstitucionalidade. Dessa forma, aquele que não propusera ação, poderá ser *amicus curiae*. Contudo, isso vem esbarrar na vedação expressa de intervenção de terceiro no processo, nesse caso assistente litisconsorcial.

O STF e a doutrina estão no sentido de permitir colegitimados no processo de Ação Direta de Inconstitucionalidade. Acontece que isso pode ser interpretado como a entrada de um terceiro, sob as vestes de “*amicus curiae*” e não de um assistente litisconsorcial. Independentemente do título recebido, legitimados poderão intervir no processo, não na qualidade de assistentes litisconsorciais, mas sim na de *amicus curiae*, mesmo porque o direito postulado não é próprio, e sim de outrem.

O amigo da corte agirá diretamente em benefício da corte, como o próprio nome já sugere, podendo, contudo, buscar um interesse próprio ou de terceiro. Por órgão ou entidade deve-se interpretar de forma a não restringir o campo de abrangência da regra geral, dessa forma, o termo em si não deve criar restrições, por isso, Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery interpretam que a intervenção voluntária não é de tão somente órgãos ou entidades, mas de qualquer pessoa física, jurídica, professor de direito, associação civil, cientista, órgão e entidade, desde que tenha respeitabilidade, reconhecimento científico ou representatividade para opinar sobre a matéria objeto da ação direta.³⁰

O ingresso da Associação Paulista de Magistrados foi admitida como *amicus curiae* na ação direta de inconstitucionalidade, e isso só vem reforçar o acima exposto. O ministro Ilmar Galvão acabou por entender que a intervenção foi possível, já que a discussão se dava perante alguns artigos da Lei de Responsabilidade Fiscal, em especial aos limites de despesas do Poder Judiciário, desse modo, como a Associação

³⁰ Código de Processo Civil Comentado e Legislação Processual Civil Extravagante em Vigor. 6ª ed. São Paulo: RT, 2002. P. 1408. (nota 5 ao parágrafo segundo do artigo 7º da Lei nº 9868/99).

colabora com a direção do Poder Judiciário do Estado de São Paulo, foi ela autorizada pelo STF a agir como *amicus curiae*.

Assim como o Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro foi admitido como *amicus curiae* em ação que se questionava a existência de cargos dessa entidade no quadro especial do Tribunal de Contas.

Da mesma forma, foi admitida a Companhia Energética de Brasília (CEB) como *amicus curiae*, também em uma ação direta de inconstitucionalidade, na qual se debatia a isenção de tarifas de energia elétrica.

É interessante destacar, que tal ampliação dos colegitimados reflete-se não somente na legitimação de mais entes na propositura das ações de controle de constitucionalidade, mas impõe também que os “instrumentos de informação dos juízes constitucionais (...) devem ser ampliados e aperfeiçoados, especialmente no que se refere às formas gradativas de participação e à própria possibilidade de participação no processo constitucional”.³¹

No controle concentrado de constitucionalidade, possuem as ações um caráter mais objetivo, o que leva ao impedimento de sua propositura para a defesa de interesses subjetivos de seus legitimados, tampouco de qualquer interessado na causa.

Foi com base nisso que o STF entendeu necessária a pluralização do debate, admitindo a manifestação de entidade estranha à relação jurídica processual, sempre em benefício à ordem jurídica, para que a declaração de inconstitucionalidade de certa Lei considerasse sempre aspectos não ventilados pelas partes.

É interessante destacar que a decisão que admite a presença do amigo da corte tem natureza interlocutória, contudo a decisão que o rejeita não admite recurso.

Quanto ao prazo para admissão do *amicus curiae*, o STF tem entendido que o pedido de admissão deverá ser feito até a data em que o autor liberar o processo para a pauta.

³¹ HABERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris: 1997. Reimpressão 2002. P. 46/47.

Para o autor Pedro Lenza:

o objetivo do instituto *amicus curiae* é auxiliar a instrução processual, portanto, o autor entende possível a sua admissão no processo até o início do julgamento. Uma vez em curso e já iniciado o julgamento, a presença do *amicus curiae* deverá ser rejeitada para evitar tumulto processual.³²

A atuação do amigo da corte nem sempre está limitada somente à apresentação de memoriais, ou prestação de solicitadas informações, mas também ao direito à sustentação oral, justificando a sua presença na causa. O controle abstrato de constitucionalidade legitima a atuação de órgãos e entidades como amigos da corte, com a finalidade de pluralizar o debate, não só no sentido meramente formal, mas sim com a efetiva participação, inclusive com a possibilidade de sustentação oral.

Cássio Scarpinella Bueno nesse sentido destaca:

Em busca da colheita do maior número de informações possíveis e desejáveis para *bem* decidir acerca da constitucionalidade ou inconstitucionalidade do ato impugnado, o § 3o do art. 481 admite que o relator do incidente determine a prévia oitiva de outros órgãos ou entidades, mesmo que não detenham legitimidade para o controle abstrato de constitucionalidade. Tudo a depender da relevância da matéria e da representatividade das partes envolvidas no incidente. Esse ‘*interveniente*’, que recebe o nome de *amicus curiae*, tem a função de expor sua opinião acerca da constitucionalidade ou inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo.³³

Ao *amicus curiae* é defeso a participação efetiva no processo, não tão somente por meio da apresentação de peças jurídicas. O Ministro Cezar Peluso, na ADI 2.777/SP assim defendeu, na redação da Emenda Regimental 15/2003 – DJU:

³² LENZA, PEDRO. Direito Constitucional Esquematizado. 12ª ed. São Paulo: Saraiva. 2008. P. 191.

³³ SCARPINELLA BUENO, CASSIO. Código de Processo Civil interpretado. Antonio Carlos Marcato (coord.). 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2008. P. 1644/1645).

15/12/2003, p. 05: “o amicus curiae, uma vez formalmente admitido no processo de fiscalização normativa abstrata, tem o direito de proceder à sustentação oral de suas razões, observado, no que couber, o parágrafo 3º, do artigo 131 do RISTF”.

A ideia do amigo da corte está diretamente ligada a uma interpretação pluralista e democrática, objetivando a descentralização dos procedimentos, não limitando à decisão às mãos dos juízes, bem como a uma sociedade fechada ou até mesmo aos órgãos estatais.

Interessante é essa participação, haja vista que se trata de hipótese de manifestação voluntária de um terceiro. O terceiro acaba por agir com iniciativa própria, sendo o relator responsável tão somente por sua autorização, a partir do momento que esse terceiro demonstre relevância da matéria e representatividade dos postulantes. Tanto que há um julgado nesse sentido:

...Indefiro o pedido formulado a fls. 09, item 4, eis que tal postulação – para ser apreciada – depende de provocação formal da própria instituição interessada, considerando que dispõe o art. 7º, parágrafo 2º, da Lei 9868/99. É que a intervenção do “amicus curiae”, para legitimar-se, deve ser espontânea, não podendo transmutar-se, como parece resultar do pleito em questão, em intervenção coacta ou forçada...(STF – MC na ADIN nº 2.884/RJ – Rel. Min. Celso de Mello – DJ 26/8/2003. P. 32).

Isso só ratifica o entendimento de que há uma tendência para o desfecho de uma sociedade mais aberta aos intérpretes da Constituição.

2.4 – A AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE E O AMICUS CURIAE

O artigo 18, parágrafo 2º, da Lei 9.868, que previa a intervenção do amicus curiae na ação declaratória de constitucionalidade, foi vetada. Contudo, é

possível valer-se da analogia para aplicar o previsto na Ação Direta de Inconstitucionalidade aqui, na Ação Declaratória de Constitucionalidade.

Essa interpretação se dá basicamente pelo fato de ambas as ações serem de natureza dúplice, de modo que a procedência de uma implica a improcedência da outra, motivo pelo qual não há razão em se admitir a intervenção do amicus curiae na primeira, Ação Direta de Inconstitucionalidade e não admitir a sua intervenção na Ação Declaratória de Constitucionalidade.

O Informativo 289 do STF é nesse sentido, conforme segue:

Concluindo o julgamento de questão de ordem em agravo regimental interposto contra decisão do Min. Maurício Corrêa, relator - que não conhecera de reclamação ajuizada pelo Município de Turmalina-SP em que se pretendia ver respeitada a decisão proferida pelo STF na ADIn 1.662-SP por falta de legitimidade ativa ad causam do reclamante - o Tribunal, por maioria, decidiu todos aqueles que forem atingidos por decisões contrárias ao entendimento firmado pelo STF no julgamento de mérito proferido em ação direta de inconstitucionalidade, sejam considerados como parte legítima para a propositura de reclamação, e declarou a constitucionalidade do parágrafo único do art. 28 da Lei 9.868/99. Considerou-se que a ADC consubstancia uma ADI com sinal trocado e, tendo ambas caráter dúplice, seus efeitos são semelhantes. Vencidos os Ministros Moreira Alves, Ilmar Galvão e Marco Aurélio, que declaravam a inconstitucionalidade do mencionado dispositivo por ofensa ao princípio da separação de Poderes. (Lei 9.868/99, art. 28, parágrafo único: "A declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, inclusive a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, têm eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal."). Rcl (AgR-QO) 1.880-SP, rel. Min. Maurício Corrêa, 6.11.2002. (RCL- 1880)" (Informativo 289 do STF).

A razão do amicus curiae decorre muito mais do próprio sistema em si e sua natureza, do que do texto da Lei. Em virtude do "caráter dúplice" ou "ambivalente"

de ambas as ações, as regras de admissibilidade e de procedimento aplicáveis à a ação direta, acabam por ser praticamente, em virtude da própria estrutura e finalidade dessas ações, extensíveis à ação declaratória.

O mesmo é possível sustentar com relação aos colegitimados e a interpretação sobre a possibilidade de interferência na qualidade de *amicus curiae*. Deve-se seguir a linha de raciocínio da ação direta, mais uma vez pela natureza das ações que é muito semelhante, de modo a prevalecer o entendimento favorável aos colegitimados intervindo como *amicus curiae*, e não como assistente litisconsorcial.

Com relação ao instante e prazo para manifestação do *amicus curiae* em sede de ação declaratória de constitucionalidade, a conclusão que se chega é basicamente a mesma já apresentada na ação direta de inconstitucionalidade, assim explica Cassio Scarpinella Bueno:

Aqui, a melhor solução parece ser, por identidade de razões, aquela mesma exposta anteriormente com relação à ação direta de inconstitucionalidade. Até como forma de manter, na medida do possível, maior uniformidade (ordenação) no sistema do controle concentrado de constitucionalidade do direito processual civil brasileiro, que, de resto, parece ter sido um dos objetos da Emenda Constitucional n 45/2004.³⁴

2.5 – A ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL E O AMICUS CURIAE

Não há previsão expressa sobre a possibilidade de intervenção do *amicus curiae* na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, no entanto, o artigo 7º, parágrafo 2º, da Lei 9.868/99, que assim estabelece: “Poderão ser autorizadas, a critério do relator, sustentação oral e juntada de memoriais, por requerimento dos interessados no processo”.

³⁴ SCARPINELLA BUENO, CASSIO. Op. cit. P. 189

Ademais, é possível mais uma vez se valer da analogia, para aplicar aqui o previsto na Ação Direta de Inconstitucionalidade. Também nesse sentido é possível destacar o seguinte julgado:

DECISÃO: (PET SR-STF n. 87.857/2005). Junte-se. 2. A Conectas Direitos Humanos requer sua admissão na presente ADPF, na condição de *amicus curiae* (§ 2º do artigo 6º da Lei n. 9.882/99). 3. Em face da relevância da questão, e com o objetivo de pluralizar o debate constitucional, aplico analogicamente a norma inscrita no § 2º do artigo 7º da Lei n. 9.868/99, admitindo o ingresso da petionária, na qualidade de *amicus curiae*, observando-se, quanto à sustentação oral, o disposto no art. 131, § 3º, do RISTF, na redação dada pela Emenda Regimental n. 15, de 30.3.2004. Determino à Secretaria que proceda às anotações. Publique-se. Brasília, 1º de agosto de 2005. Ministro Eros Grau – Relator” (ADPF 73/DF – rel. Min. Eros Grau – DJ 08.08.2005, p. 27).

Dessa forma, na Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental, admite-se a manifestação de outras pessoas, sempre por meio da requisição do relator, com o intuito de que esses *amici curiae* ingressem para fornecer dados técnicos, fáticos ou jurídicos, dando elementos para que o juiz embase sua decisão. Como tais informações são em benefício da própria corte, o papel é de legítimo amigo da corte.

Contudo, pode o próprio terceiro interessado querer intervir na ação. O Supremo Tribunal Federal que há muito se manifestou contrário a tal hipótese, tem admitido essa tese, mesmo porque o artigo 6º, parágrafo 2º dispõe: “poderão ser autorizadas, a critério do relator, sustentação oral e juntada de memoriais, por requerimento dos interessados no processo”.

É importante notar que o parágrafo 2º não guarda relação com o parágrafo 1º desse artigo, haja vista que no parágrafo 1º, tem o relator uma participação ativa, é ele quem verifica a necessidade da intervenção do *amicus curiae* ou não, enquanto que no parágrafo 2º, sendo requerida por algum interessado a sustentação oral ou juntada de memoriais, caberá ao relator, a análise de sua necessidade.

É por essa razão, que alguns autores entendem de forma diferente daquela estabelecida pelo STF, já que defendem não haver necessidade de aplicação de tal norma, por analogia ao artigo 7º, parágrafo 2º, da Lei 9.868/99, vez que, conforme exposto, há regra específica regulando a situação.

Cássio Scarpinella Bueno sobre esse assunto assim se manifesta:

Considerando, contudo, que a argüição de descumprimento de preceito fundamental pode assumir a feição de controle abstrato e concentrado de constitucionalidade e ter, por isso mesmo, efeitos erga omnes e efeitos vinculantes, não há como afastar a possibilidade de entidades de classe ou outros órgãos representativos de segmentos sociais pleitearem seu ingresso na qualidade de *amicus curiae*, fundamentando-se não só no art. 7º, parágrafo 2º, da Lei n. 9.868/99, aplicável à espécie por evidente analogia, mas, superiormente, na ordem constitucional.³⁵

Interessante destacar que nem sempre assim foi interpretado, tendo o *amicus curiae* sido rejeitado pelo Supremo Tribunal Federal, como é exemplo a ADPF 54, proposta pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na saúde, a qual discute a licitude ou não do aborto de anencéfalos – fetos sem cérebros.

Diante dessa discussão, o ministro Marco Aurélio entendeu desnecessária a intervenção da Confederação Nacional dos Bispos do Brasil, como *amicus curiae*. Salientou que a análise sobre a intervenção do *amicus curiae* deve partir do relator, o qual deverá ponderar se é oportuna a oitiva do mencionado amigo da corte, desconsiderando a existência de um direito subjetivo público. O ministro ainda titulou a figura em questão como audiência pública, não mencionando o *amicus curiae* propriamente dito, ainda que sejam institutos um tanto quanto similares.

A conduta do ministro ao evitar a pura e simples intervenção do *amicus curiae* nas argüições de descumprimento fundamental, o que é, conforme já mencionado, expressamente previsto nas ações diretas de inconstitucionalidade, acaba por parecer uma tentativa de evitar a criação de precedente, já que aos futuros casos também teria que ser dada maior abertura.

³⁵ SCARPINELLA BUENO, CASSIO. Op. cit. P. 191

A audiência pública embora tenha praticamente os mesmo efeitos que a intervenção de um *amicus curiae*, acaba por inibir a voluntariedade da manifestação, controlando de certo modo a manifestação, haja vista que desse modo permite-se apenas a intervenção provocada.

Vale dizer que o STF acabou modificando seu Regimento Interno para regulamentar a realização das audiências públicas, de modo que a competência será do Presidente e do Relator em “convocar audiência pública para ouvir o depoimento de pessoas com experiência e autoridade em determinada matéria, sempre que entender necessário o esclarecimento de questões ou circunstâncias de fato, com repercussão geral e de interesse público relevante”, com base nos artigos 13, XVII, e 21, XVII.

Segue julgado no qual foi admitida a figura do *amicus curiae* na argüição de descumprimento de preceito fundamental, sempre sendo ressaltada a sua característica de excepcionalidade:

Trata-se de arguição de descumprimento de preceito fundamental, proposta pelo Partido Democratas - DEM, com pedido de liminar, com o escopo de se obter declaração de inconstitucionalidade dos atos da Universidade de Brasília - UNB que utilizaram o critério racial na seleção de candidatos para ingresso na universidade. Alega-se, em suma, ofensa aos artigos 1º, III, 3º, IV, 4º, VIII, 5º, I, II, XXXIII, XLI, LIV, 37, 205, 206, I, 207, 208, V, da Constituição Federal de 1988. Às fls. 819-821, a Central Única dos Trabalhadores do Distrito Federal - CUT/DF - requer seu ingresso nesta ADPF na condição de *amicus curiae*. Afirma que "ostenta, entre suas finalidades estatutárias, a luta contra a discriminação racial e é a favor de medidas tendentes ao desenvolvimento cultural, social e econômico dos grupos sociais discriminados" (fl. 821). Às fls. 878-892, a Defensoria Pública da União -DPU -pede sua habilitação nesta ADPF na condição de *amicus curiae*. Assevera que "os eventuais beneficiários das cotas, pessoas pertencentes a grupos que sofreram exclusão, estão estreitamente ligados àqueles que merecem o seu atendimento e cuidado" (fl. 879). Às fls. 895-937, o Instituto de Advocacia Racial e Ambiental (IARA) e outros requerem seu ingresso nesta ADPF na condição de *amici curiae*. Alegam possuir "poderes estatutários de se oporem a quaisquer formas de atos que possam concorrer para o prejuízo dos cidadãos por motivos de ordem social, econômica, racial, religiosa e sexual em todo o território nacional ou não, em especial, os afro-brasileiros"(fl. 898). Às fls. 1167-1184, o Movimento Pardo-Mestiço Brasileiro -MPMB - solicita seu ingresso nesta ADPF na condição de *amicus curiae*. Assegura

que é "a primeira associação de mestiços (pardos) do país, atuando desde 2001, embora seu registro tenha ocorrido somente em 2006" (fl. 1171). Às fls. 1260-1311, a Fundação Nacional do Índio -FUNAI - requer seu ingresso nesta ADPF na condição de amicus curiae. Solicita a habilitação no processo uma vez que "o sistema de cotas da UnB alcança também os indígenas e que a ADPF visa acabar com qualquer sistema de cotas e não somente a dos negros" (fl. 1265). Às fls. 1741-1806, a Fundação Cultural Palmares pede sua habilitação nesta ADPF na condição de amicus curiae. Argumenta que sua representatividade e interesse em integrar o processo está determinada no art. 2º, IX, do seu estatuto (Decreto 6.853/2009), que é "apoiar e desenvolver políticas de inclusão da população negra no processo de desenvolvimento político, social e econômico dessa população" (fl. 1743). Às fls. 1853-1890, o Movimento Negro Unificado - MNU solicita seu ingresso nesta ADPF na condição de amicus curiae. Sustenta que é "um dos movimentos sociais com mais sólida atuação no combate ao racismo e que, em seu espírito de formação e em sua experiência, congrega diversas organizações afro-brasileiras" (fl. 1854). Às fls. 2.007-2.090, o projeto social EDUCAFRO -Educação e cidadania de Afro-descendentes e Carentes, mantido pela Associação Civil Francisco de Assis - Educação, Cidadania, Inclusão e Direitos Humanos (Faecidh), pleiteia seu ingresso na presente ADPF como amicus curiae. Aduz que "A EDUCAFRO -Educação e cidadania de Afro-descendentes e Carentes é um projeto iniciado em 1986 com a missão de promover a inclusão da população pobre em geral e negra, em especial, nas universidades públicas e particulares por meio da concessão de estudo, através da dedicação de seus voluntários em forma de mutirão e dos funcionários que atuam nos setores de trabalho de sua sede nacional" (fl. 2.010). Às fls. 2229-2268, o Diretório Central dos Estudantes da Universidade de Brasília -DCE-UnB - pede sua habilitação nesta ADPF na condição de amicus curiae. Argumenta que sua representatividade e interesse em integrar o processo está determinada no inciso I do art. 4º do seu estatuto, que é "representar os estudantes da Universidade de Brasília no todo ou em parte, judicial ou extrajudicialmente, defendendo o interesse do conjunto destes" (fl. 2258). É o breve relatório. Passo a decidir. De acordo com o art. 6º, § 1º, da Lei 9.882/1999: **"Se entender necessário, poderá o relator ouvir as partes nos processos que ensejaram a arguição, requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou ainda, fixar data para declarações em audiência pública, de pessoas com experiência e autoridade na matéria"**. Sobre a admissão de amicus curiae, menciono o pronunciamento do Min. Celso de Mello, nos autos da ADI 3.045/DF, de sua relatoria: **"a intervenção do amicus curiae, para legitimar-se, deve apoiar-se em razões que tornem desejável e útil a sua**

atuação processual na causa, em ordem a proporcionar meios que viabilizem uma adequada resolução do litígio constitucional". Ressalto ainda que **a admissão de amicus curiae, configura circunstância de fundamental importância, porém de caráter excepcional, e que pressupõe, para se tornar efetiva, a demonstração do atendimento de requisitos, dentre eles, a adequada representatividade daquele que a pleiteia.** Verifico que os pedidos da Defensoria Pública da União -DPU, do Instituto de Advocacia Racial e Ambiental, do Movimento Pardo-Mestiço Brasileiro -MPMB, da Fundação Nacional do Índio -FUNAI,(IARA) da Fundação Cultural Palmares, do Movimento Negro Unificado -MNU e da Educação e cidadania de Afro-descendentes e Carentes -EDUCAFRO atendem aos requisitos necessários para participar desta ação na qualidade de amigos da Corte. Isso posto, defiro os pedidos, nos termos do art. 6º, §§ 1º e 2º, da Lei 9.882/1999, observando-se, quanto à sustentação oral, o disposto no art. 131, § 3º, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, na redação dada pela Emenda Regimental 15/2004. Indefiro os pedidos de amici curiae da Central Única dos Trabalhadores do Distrito Federal -CUT/DF, do Diretório Central dos Estudantes da Universidade de Brasília -DCE-UnB. À Secretaria, para registro. Publique-se. Brasília, 22 de junho de 2010. Ministro RICARDO LEWANDOWSKI- Relator -1º, III, 3º, IV, 4º, VIII, 5ºI, II, XXXIII, XLI, LIV, 37, 205, 206, I, 207, 208, V, Constituição Federal, 6.853, 4º, 6º, § 1º, 9.882, ADI 3.045/DF,6º,§§ 1º,2º, 9.882. (186 DF, Relator: Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Data de Julgamento: 22/06/2010, Data de Publicação: DJe-119 DIVULG 29/06/2010 PUBLIC 30/06/2010) (Grifo nosso).

2.6 – O INCIDENTE DE INCONSTITUCIONALIDADE E O AMICUS CURIAE

É interessante lembrar que o incidente de inconstitucionalidade está regulamentado nos artigos 480 e 482 do Código de Processo Civil, nesse procedimento é exercido o controle da constitucionalidade nos casos concretos, perante os Tribunais, já que, de acordo com o art. 97 da CF, somente o tribunal pleno ou o órgão especial dos tribunais é que podem se manifestar sobre a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo.

Importante destacar que a Lei 9.868/99, além de estabelecer as regras relativas ao julgamento das ações diretas de inconstitucionalidade e das ações

declaratórias de constitucionalidade, fez introduzir ao art. 482, do CPC, três novos parágrafos. Acréscimo esse que trouxe muito das características do controle concentrado de constitucionalidade para o incidente de inconstitucionalidade. Tanto que Cássio Scarpinella Bueno assim dispõe:

Fácil perceber, após a leitura desses dispositivos, que a Lei n. 9868/99 transportou para o controle difuso e concreto da constitucionalidade os mesmo princípios que, de acordo com o art. 7º, parágrafo 2º, daquele diploma legal, presidem a atuação do Supremo Tribunal Federal nas ações diretas de inconstitucionalidade e, em função do que sustentamos anteriormente, também nas ações declaratórias de constitucionalidade e nas arguições de descumprimento de preceito fundamental. Trata-se, pois, de mais uma hipótese em que, expressamente, o direito positivo brasileiro consagrou a figura do *amicus curiae*, embora não tenha, também aqui, empregado esse nome.³⁶

É interessante destacar que na busca por maiores informações para julgar sobre a constitucionalidade de um ato que fora impugnado, poderá o relator do incidente determinar a prévia oitiva de outros órgãos ou entidades, e o mais curioso está que na desnecessidade de tais órgãos ou entidades serem legítimos para o controle abstrato de constitucionalidade, tudo isso de acordo com o artigo 482, parágrafo 3º, do CPC.

Sobre a oitiva do Ministério Público no incidente, o entendimento que prevalece é no sentido que será ele ouvido na qualidade de fiscal da lei, para que forneça os elementos necessários para a declaração de constitucionalidade da norma que fora impugnada. Muitos doutrinadores entendem que poderá tal órgão poderá se manifestar depois de instaurado o incidente, independentemente da manifestação desse na própria instauração do incidente. Quem assim defende alega serem os conteúdos diferentes, e portanto possível a dupla intervenção, assim como Robson Renault

³⁶ SCARPINELLA BUENO, CASSIO. Op. cit. P. 202

Godinho defende ao entender que o Ministério Público, quando atua como custos legis, pode ser ouvido também na qualidade de *amicus curiae*.³⁷

2.7 - AMICUS CURIAE E A SUSTENTAÇÃO ORAL

Embora já tenha apresentado anteriormente manifestação favorável à sustentação oral realizada pelo *amicus curiae*, há decisão do STJ acerca da sustentação oral do *amicus curiae*, no sentido de impossibilidade. O ministro Teori Albino Zavascki considerou importante tal posicionamento, tendo em vista o regramento do STJ, que só admite as sustentações orais que são realizadas pelas partes e seus assistentes. Assim o ministro avaliou: “Quem chama o *amicus curiae* é a Corte. Ela chama e pode se satisfazer com a manifestação escrita. Eu acho que não existe uma prerrogativa do *amicus curiae* de exigir uma sustentação oral”.

O ministro Cesar Asfor Rocha destacou que o tratamento dado ao *amicus curiae* estava sendo muito extensivo, segundo ele, o *amicus curiae*: “...pode se manifestar com memoriais, pode apresentar suas colocações por escrito, mas isso não lhe dá o direito – não vejo nenhum dispositivo legal – de ser igualado às partes do processo para fazer a sustentação oral que bem entender”.

O julgado abaixo demonstra o até aqui exposto:

CORTE ESPECIAL. REPETITIVO. AMICUS CURIAE. SUSTENTAÇÃO ORAL. Em questão de ordem, a Corte Especial, por maioria, firmou a orientação de não reconhecer o direito do *amicus curiae* de exigir a sustentação oral no julgamento de recursos repetitivos, a qual deverá prevalecer em todas as Seções. Segundo o voto vencedor, o tratamento que se deve dar ao *amicus curiae* em relação à sustentação oral é o mesmo dos demais atos do processo: o STJ tem a faculdade de convocá-lo ou não. Se este Superior Tribunal entender que deve ouvir a sustentação oral, poderá convocar um ou alguns amici

³⁷ GODINHO, ROBSON RENAULT. Ministério Público e assistência: o interesse institucional como expressão do interesse jurídico. In: DIDIER JR., Fredie e Wambier, Teresa Arruda Alvim (coord.). Aspectos polêmicos e atuais sobre os terceiros no processo civil e assuntos afins. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. P. 838.

curiae, pois não há por parte deles o direito de exigir sustentação oral. (STJ-SP. Rel. Min. Benedito Gonçalves, em 17/08/2011).

A tendência de restrição do STF com relação à sustentação oral do amicus curiae estava mais pautada na inexistência de previsão legal, bem como na inviabilização dos trabalhos da Corte com a sua admissão. Tanto que o Ministro Sepúlveda Pertence, no julgamento da ADI 2.777/SP, assim entendeu:

considerando que a Lei 9.868/99 não regulou a questão relativa à sustentação oral pelo amicus curiae, entendeu que compete ao Tribunal decidir a respeito, através de norma regimental, razão por que, excepcionalmente e apenas no caso concreto, admitiu a sustentação oral. Vencidos os Ministros Carlos Velloso e Ellen Gracie, que salientando, que a admissão da sustentação oral nessas hipóteses poderia implicar a inviabilidade de funcionamento da Corte, pelo eventual excesso de intervenções, entendiam possível apenas a manifestação escrita. (ADI 2.777; Inf. 331/STF).

Acontece que depois, com o advento da Emenda Regimental nº 15/04, mas especificamente no artigo 131, parágrafo 3º, do Regimento Interno do STF, houve a admissão de 15 minutos para a sustentação oral do amicus curiae. Nesse Regimento consta ainda que no caso de litisconsortes não representados pelos mesmos advogados, será o prazo contado em dobro, de maneira a dividir tal tempo entre os diversos grupos, caso esses não cheguem num acordo.

Ademais, além da sustentação oral, é permitido a realização de audiência pública, a critério do relator, sempre com o objetivo de ouvir pessoas com experiência no assunto discutido, na tentativa de esclarecer alguns pontos específicos, que um profissional da área pode fazer, colaborando, desse modo, no esclarecimento da questão constitucional.

Na audiência pública junta-se a manifestação voluntária com a requisição judicial, de modo que pode o relator requisitar a manifestação do amicus curiae, ou

então, determinar a publicação de editais para que eventuais interessados possam participar da audiência.

O seguinte julgado demonstra a organização de uma audiência pública para debater o assunto em questão, no caso, anencefalia, conforme se expõe:

AUDIÊNCIA PÚBLICA – INTERRUPTÃO DA GRAVIDEZ – ANENCEFALIA. 1 (...). 2. A matéria em análise deságua em questionamentos múltiplos. A repercussão do que decidido sob o ângulo precário e efêmero da medida liminar redundou na emissão de entendimento diversos, atuando a própria sociedade. Daí a conveniência de acionar-se o disposto no artigo 6º, parágrafo 1º, da Lei 9.882, de 3 de dezembro de 1999: Art.6º (...) parágrafo 1º - Se entender necessário, poderá o relator ouvir as partes nos processos que ensejaram a arguição, requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou ainda, fixar data para declarações, em audiência pública, de pessoas com experiência e autoridade na matéria. Então, tenho como oportuno ouvir, em audiência pública, não só as entidades que requereram a admissão no processo como *amicus curiae*, a saber: Conferência Nacional dos Bispos do Brasil, Católica pelo Direito de Decidir, Associação Nacional Pró-vida e Pró-família e Associação de Desenvolvimento da Família, como também as seguintes entidades: Federação Brasileira de Ginecologia e Obstetrícia, Sociedade Brasileira de Genética Clínica, Sociedade Brasileira de Medicina Fetal, Conselho Federal de Medicina, Rede Nacional Feminista de Saúde, Direitos Sociais e Direitos Representativos, Escola de Gente, Igreja Universal, Instituto de Biotécnica, Direitos Humanos e Gênero bem como o hoje deputado federal José Aristodemo Pinotti, este último em razão da especialização em pediatria, ginecologia, cirurgia e obstetrícia e na qualidade de ex-Reitor da Unicamp, onde fundou e presidiu o Centro de Pesquisas Materno-Infantis de Campinas – CEMICAMP. Cumpre, antes dessa providência, elucidar a pertinência da medida intentada, em face da provocação do Procurador-Geral da República. O princípio da economia e celeridade processuais direciona ao máximo de eficiência da lei com o mínimo de atuação judicante. 3. Ao Plenário, para designação de data, visando à apreciação da questão de ordem relativa à admissibilidade da arguição de descumprimento de preceito fundamental. 4. Publique-se. (ADPF nº 54-8/DF – Rel. Min. Marco Aurélio – data 28/09/2004).

CAPÍTULO 3 - A TRAJETÓRIA DO AMICUS CURIAE NO ORDENAMENTO BRASILEIRO

Diferentemente da tradição do constitucionalismo americano, o instituto do *Amicus Curiae* é reconhecido apenas recentemente no ordenamento jurídico brasileiro. Embora seja caso de inequívoca hipótese dessa figura, não está ela assim qualificada.

É certo que, embora inovadora em tema de controle abstrato de constitucionalidade (que faz instaurar processo de natureza marcadamente objetiva), a disciplina legal pertinente ao ingresso formal do *amicus curiae* na legislação pátria foi o art. 31, da Lei 6.385/1976, segundo o qual, “nos processos judiciais que tenham por objetivo matéria incluída na competência da Comissão de Valores Mobiliários (CVM), será esta sempre intimada para, querendo, oferecer parecer ou prestar esclarecimentos, no prazo de quinze dias a contar da intimação”. Em outras palavras, prestando esclarecimentos, a CVM deve ser intimada por todos os atos subseqüentes, e possui legitimidade recursal quando não houver recurso interposto pelas partes (art. 31, §§ 2º e 3º).

De forma análoga, porém um pouco posteriormente, a Lei 8.884/1994 dispõe, em seu art. 89, que, “nos processos judiciais em que se discuta a aplicação desta lei, o CADE deverá ser intimado para, querendo, intervir no feito na qualidade de assistente”. Verifica-se semelhança com o dispositivo referente à CVM, pois admite somente uma entidade (o Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE) como *amicus curiae*; a manifestação é obrigatória (“será esta sempre intimada” e “deverá ser intimado”) e estritamente nos processos judiciais que tenham entre seu objeto matéria que afete os *amici curiae*. É digno de nota que a lei trata o CADE, neste dispositivo, como assistente, tendo em vista que este não busca proteger o interesse de umas das partes, mas atua somente pela observância da lei e dos princípios constitucionais da ordem econômica, mas ainda assim tal participação é, doutrinariamente, tratada de amigo da Corte.

Quanto à intervenção da Comissão de Valores Mobiliários (CVM) como *amicus curiae* vale dizer que esta sempre será cabível quando a ação envolver temas de competência da autarquia, isto é, o processo deverá necessariamente versar sobre uma

das situações previstas nos arts. 4º e 8º, da Lei nº. 6.385/76, os quais determinam as competências da CVM. Semelhante situação ocorre quanto à manifestação do Conselho Administrativo de Defesa Econômica: o único requisito para sua intervenção como *amicus curiae* é que o processo pendente diga respeito aos bens materiais regulados pela Lei 8.884/94, respectivamente nos arts. 57, 118 e 175, da Lei nº. 9.279/96, como casos de intervenção do *amicus curiae*.

O instituto é também previsto, ainda que não assim chamado, no parágrafo único, do art. 5º, da Lei 9.469/97, o qual regulamenta a intervenção de pessoas jurídicas de direito público, em processos nos quais tenham interesse econômico. Grande parte da doutrina, contudo, não concorda com esta classificação, afirmando tratar-se de nova espécie de intervenção de terceiros. Athos Gusmão Carneiro, por outro lado, enquadra-a a título de intervenção de *amicus curiae*.

O art. 14, § 7º, da Lei 10.259/01, prevê mais uma hipótese de intervenção do *amicus curiae*. O artigo em questão regulamenta o processo de uniformização de interpretação de lei federal no caso de haver divergência entre as decisões proferidas pelas Turmas Recursais dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais da Justiça Federal. O parágrafo citado permite que o relator peça, se necessário, a manifestação de demais interessados, ainda que não sejam partes do processo.

Cássio Scarpinella Bueno alega, destoando do restante da doutrina, que a intervenção do Instituto Nacional da Propriedade Industrial (INPI) nas ações de nulidade de patente, registro de desenho industrial e marca, previstas, respectivamente, nos arts. 57, 118 e 175, da Lei 9.279/96, como casos de intervenção do *amicus curiae*.³⁸

Mudando antigo posicionamento, o processualista citado defende, ainda, que o parágrafo único, do art. 49, da Lei 8.906/94 - o qual permite a intervenção dos Presidentes dos Conselhos e das Subseções da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) em inquéritos e processos em que sejam indiciados, acusados ou ofendidos, os inscritos em seus quadros - prevê outra hipótese de intervenção do *amicus curiae*.³⁹

Foi, entretanto, com a edição da Lei 9.868/99, que o instituto do *amicus curiae* consagrou-se no direito pátrio. Prevista no § 2º, do art. 7º, da citada lei, esta hipótese de intervenção é amplamente aceita na doutrina e na jurisprudência. Trata-se,

³⁸ SCARPINELLA BUENO, CASSIO. Op. cit. P. 284.

³⁹ SCARPINELLA BUENO, CASSIO. Op. cit. P. 325.

pois, da manifestação do *amicus curiae* no já comentado processo de controle abstrato de constitucionalidade: “O relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, poderá, por despacho irrecorrível, admitir, observando o prazo fixado no parágrafo anterior, a manifestação de outros órgãos ou entidades”

Desta análise, apesar de assim como nos casos de controle de constitucionalidade pela corte constitucional, não receber efetivamente o nome de *amicus curiae* no ordenamento, o instituto já aparece há algum tempo nas leis brasileiras, e cabe fazer um estudo um pouco mais detido de cada uma das situações em que os amigos da Corte aparecem.

3.1 – COMISSÃO DE VALORES IMOBILIÁRIOS (CVM - LEI 6.385/76) e o AMICUS CURIAE

Em verdade *a lato sensu*, a primeira aparição do *amicus curiae* surge, de forma tímida, com a edição da Lei 6.616, de 16 de dezembro de 1978, que altera a Lei 6.385, de 07 de dezembro de 1976, dispondo sobre o mercado de valores mobiliários, criando a Comissão de Valores Mobiliários (CVM), entidade autárquica vinculada ao Ministério da Fazenda.

Cabe salientar que a criação da CVM foi inspirada na “*Securities and Exchange Commission*” ou SEC – estabelecida no ordenamento jurídico estadunidense em 1934, tendo por função principal fiscalizar as companhias com ações em bolsa no pós “crack”, da Bolsa de *New York*, ocorrido em 1929.

No Art. 31, da supramencionada lei, encontramos a primeira aparição do instituto *amicus curiae* sob a seguinte redação: “Nos processos judiciais que tenham por objetivo matéria incluída na competência da Comissão de Valores Mobiliários, será esta sempre intimada para, querendo, oferecer parecer ou prestar esclarecimentos, no prazo de quinze dias a contar da intimação.” Importante pois destacar o caráter compulsório da intimação prevista em lei, recaindo sobre a CVM a discricionariedade para manifestar-se.

Quanto à competência da mesma, e conseqüentemente condição *sine qua non* para ingresso como *amicus curiae*, devem estar em discussão questões de direito societário em lides intersubjetivas.

No sentir do Procurador de Justiça de São Paulo, Osvaldo Hamilton Tavares, ultrapassa a formação profissional do magistrado conhecer em detalhes atividade tão específica, carecendo portanto de esclarecimentos técnicos advindos da CVM. Por fim aduz: “a Comissão de Valores Mobiliários deverá traduzir para o juiz aquelas impressões e conclusões que colheram no exame dos fatos do processo (...) embora não fique adstrito ao parecer e aos esclarecimentos”.⁴⁰

Numa análise da atual atuação da CVM enquanto *amicus curiae*, evidenciamos ainda ser tímida, a partir de diagnóstico publicado pelo Espaço Jurídico Bovespa:

Segundo os dados obtidos junto à Assessoria de Comunicação da CVM, é possível perceber um fortalecimento do instituto. Em 1998, foram emitidos apenas 8 pareceres da Procuradoria Especializada na condição de *Amicus Curiae*, em 2005, o número chegou a 27. Com a participação mais efetiva da CVM no mercado, houve um aumento na procura dos pareceres. A criação das Varas Empresariais no estado fluminense foi outro fator que parece ter colaborado para esta mudança.⁴¹

⁴⁰ TAVAREZ, OSVALDO HAMILTON. A CVM como “Amicus Curiae”. Disponível em www.justitia.com.br/artigos/478462.pdf. Acesso em 31/10/2012.

⁴¹ HÁFEZ, ANDREA. Amigo da Corte – Juízes têm na Procuradoria Especializada da CVM auxílio para suas decisões. Espaço jurídico BOVESPA. Disponível em www.portaldoinvestidor.gov.br/Portals/0/Juridico/Entrevistas_artigos/AndreaHafez.pdf. Acesso em 31/10/2012.

3.2 - CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA (CADE – LEI 8.884/94) e o AMICUS CURIAE

Algum tempo depois da primeira aparição do instituto no ordenamento nacional por meio da criação e regulamentação da Comissão de Valores Mobiliários, a figura do *amicus curiae* reaparece com o advento da Lei 8.884, de 11 de Junho de 1994. A referida norma transformou o Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, criado através da Lei 4.137, de 10 de setembro de 1962, em autarquia federal vinculada ao Ministério da Justiça.

Ocorre que a previsão do CADE intervir como *amicus curiae* em processos judiciais que tenham por objeto dispositivos da referida lei, ocorreu sob a denominação de “assistente”, conforme gravado no artigo 89: “Nos processos judiciais em que se discuta a aplicação desta lei, o CADE deverá ser intimado para, querendo, intervir no feito na qualidade de assistente.”

Entretanto não haveria que se falar em assistência, pois tal hipótese somente se materializaria mediante a existência de uma relação jurídica material entre esta autarquia e as partes envolvidas, e como incumbe ao CADE, por força de lei, a defesa da ordem econômica e dos consumidores além da repressão ao abuso do poder econômico, não cabe aqui relação jurídica material entre o conselho e as partes envolvidas.

A omissão do dispositivo legal em não indicar expressamente tratar-se de intervenção do “amigo da corte” não inibiu que a jurisprudência o fizesse, conforme o seguinte precedente do STJ, em seu Recurso Especial 737.073:

RECURSO ESPECIAL. ANTV. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. INTERVENÇÃO DO CADE COMO AMICUS CURIAE. INTERVENÇÃO DA UNIÃO COMO ASSISTENTE DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL.1. Recurso especial interposto contra acórdão proferido em sede de agravo de instrumento que desafiou decisão saneadora, verbis: "A competência deste juízo já foi firmada, oportunamente, com a intervenção do CADE na lide, autarquia federal, cuja presença, nos termos do arts. 109, I, da CF, atrai a competência da Justiça Federal." 2. É assente na

Corte que inexistiu ofensa ao art. 535 do CPC, quando o Tribunal de origem, embora sucintamente, pronuncia-se de forma clara e suficiente sobre a questão posta nos autos. Ademais, o magistrado não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos trazidos pela parte, desde que os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão. 3. **A regra inscrita no art. 5º, parágrafo único, da Lei nº 9.469/97 e art. 89 da Lei 8.884/94 contém a base normativa legitimadora da intervenção processual do amicus curiae em nosso Direito. Deveras, por força de lei, a intervenção do CADE em causas em que se discute a prevenção e a repressão à ordem econômica, é de assistência.** 4. In casu, a própria União confirmou sua atuação como assistente do Ministério Público Federal (fls. 561/565 e fl. 375), o que, à luz do art. 109, I, da Constituição Federal, torna inarredável a competência da Justiça Federal. 5. Por derradeiro, atuando o Ministério Público Federal no pólo ativo da Ação Civil Pública, inequívoca é a competência da Justiça Federal, consoante o entendimento deste Eg. STJ, verbis: "Em ação proposta pelo Ministério Público Federal, órgão da União, somente a Justiça Federal está constitucionalmente habilitada a proferir sentença que vincule tal órgão, ainda que seja sentença negando a sua legitimação ativa. E enquanto a União figurar no pólo passivo, ainda que seja do seu interesse ver-se excluída, a causa é da competência da Justiça Federal, a quem cabe, se for o caso, decidir a respeito do interesse da demandada (súmula 150/STJ)." 6. Ademais, o amicus curiae opina em favor de uma das partes, o que o torna um singular assistente, porque de seu parecer exsurge o êxito de uma das partes, por isso a lei o cognomina de assistente. É assistente secundum eventum litis. 7. Recurso especial desprovido. (737073 RS 2005/0049471-2, Relator: Ministro LUIZ FUX, Data de Julgamento: 05/12/2005, T1 - PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: DJ 13.02.2006 p. 700RDDP vol. 37 p. 130). **(Grifo nosso)**.

3.3 - ESTATUTO DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL – LEI 8.906/94

Ponto controverso na visão doutrinária é a caracterização da intervenção legitimada aos Presidentes dos Conselhos e das Subseções da OAB, na

dicção do artigo 49, da Lei 8.906, de 4 de julho de 1994⁴², que dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB).

Seria esta mais uma espécie de intervenção de *amicus curiae* ou trata-se de uma modalidade clássica de intervenção de terceiros? Ou por fim, seria uma modalidade híbrida de ambos?

De acordo com o ilustre processualista Cássio Scarpinella Bueno, ao tecer seus comentários acerca dos diversos diplomas legislativos, que embora não mencionem expressamente tratar-se de *amicus curiae*, prevêm intervenções de terceiro diferenciadas, “é o que basta, analisadas as previsões no seu devido contexto, para verificar que estas situações correspondem, ou, quando menos, são bastante próximas da intervenção do *amicus curiae* tal qual admitida nos ordenamentos jurídicos estrangeiros que o conhecem”⁴³.

3.4 - INTITUTO NACIONAL DE PROPRIEDADE INDUSTRIAL (INPI – LEI 9.279/96) e o AMICUS CURIAE

O processualista Alexandre de Freitas Câmara, abordando o assunto do *amicus curiae*, coloca em sua obra⁴⁴ que há casos em que esta figura aparece “disfarçada” no ordenamento jurídico, utilizando-se de outro nome. O autor cita como exemplo, o art. 57, da lei 9.279/96 (lei que regula a propriedade intelectual) que dispõe da intervenção obrigatória do INPI (Instituto Nacional de Propriedade Intelectual) em processos nos quais não seja parte.

⁴²Art. 49 - Os Presidentes dos Conselhos e das Subseções da OAB têm legitimidade para agir, judicial e extrajudicialmente, contra qualquer pessoa que infringir as disposições ou os fins desta lei.

Parágrafo Único - As autoridades mencionadas no caput deste artigo têm, ainda, legitimidade para intervir, inclusive como assistentes, nos inquéritos e processos em que sejam indiciados, acusados ou ofendidos os inscritos na OAB.

⁴³ SACARPINELLA BUENO, CASSIO. Quatro perguntas e quatro respostas sobre o *amicus curiae*. Brasília: Revista da Escola Nacional da Magistratura. 2008. V. II. Nº 5. P. 132/138.

⁴⁴ CÂMARA, ALEXANDRE FREITAS. Lições de Direito Processual Civil. 21.ª edição. São Paulo: Lumen Juris, 2011.

Foram os artigos 57, 118 e 175, da Lei 9.279/96, que introduziram mais uma vez, no Ordenamento Jurídico Nacional, a figura do *amicus curiae*, agora no campo da chamada Propriedade Industrial, que ao mesmo tempo que trata do “direito material” relativo à propriedade industrial, ocupa-se também com a tutela individual desses direitos. Esta, ao regular direitos e obrigações relativos à propriedade industrial, dá legitimidade ao Instituto Nacional de Propriedade Intelectual (INPI), para que este intervenha, quando não for autor, nas ações de nulidade de patente (art. 57), nulidade de registro de desenho industrial (art. 118) e de marcas (art. 175).

O chamado Código de Propriedade Industrial (Lei 9.279/96) estabelece em seu artigo 57: “A ação de nulidade de patente será ajuizada no foro da Justiça Federal e o INPI, quando não for autor, intervirá no feito. § 1º - O prazo para resposta do réu titular da patente será de 60 (sessenta) dias. § 2º - Transitada em julgado a decisão da ação de nulidade, o INPI publicará anotação, para ciência de terceiro”. Tal dispositivo legal é repetido nos artigos 118 e 175, da respectiva lei, que se refere respectivamente a desenhos industriais e a registros de marcas.

O INPI não integra a relação jurídica do processo, ou seja, não tem interesse em manter ou desconstituir registro, nem mesmo tem interesse no sucesso específico de nenhuma das partes, mas apenas na observância da legalidade. A situação, portanto, muito se assemelha à situação da CVM e do CADE.

Entende-se, que o Instituto Nacional de Propriedade Industrial atuará na condição de *Amicus Curiae* todas as vezes em que a pretensão deduzida versar sobre o pedido de nulidade de patente. Diante do exposto questiona-se: e nas demais pretensões em que a discussão versar sobre matéria de competência do INPI, haverá a obrigatoriedade de sua intimação para figurar como parte na relação processual? O legislador não foi claro quanto à questão levantada, novamente demonstrando se tratar de uma legislação construída sob a égide do sistema representativo, o que inviabiliza, conseqüentemente, a participação ampla do cidadão na construção do mérito coletivo da pretensão deduzida em juízo. Além disso, a obrigatoriedade de intimação do INPI não exterioriza o direito de ampla participação na construção do provimento jurisdicional, uma vez que não há a previsão expressa do direito de recorrer, nem da obrigatoriedade do magistrado se manifestar acerca das alegações e argumentações levantadas pelo INPI.

3.5 - INTERVENÇÃO DE PESSOAS JURÍDICAS DE DIREITO PÚBLICO - LEI 9.469/97

Foi por intermédio da Lei 9.469, de 10 de julho de 1997, que encontramos nova previsão, ainda que não expressa, do que poderia ser caracterizado como intervenção dos *amici curiae*.

A redação do artigo 5º prevê que “a União poderá intervir nas causas em que figurarem, como autoras ou rés, autarquias, fundações públicas, sociedades de economia mista e empresas públicas federais”. Especificamente o parágrafo primeiro do mesmo artigo, inova na ordem jurídica ao habilitar as pessoas jurídicas de direito público a intervir nas causas cuja sentença possa implicar em reflexos de natureza econômica, ainda que indiretos, e não sendo necessário para tanto demonstração de interesse jurídico.

Quanto à intervenção, a lei deixa claro que esta se dará com o intuito de esclarecer questões de fato e de direito, podendo juntar documentos e memoriais reputados úteis ao exame da matéria em análise.

É digno de nota, ainda, que esta intervenção é transitória, na medida em que seu ingresso na relação jurídica processual não a torna parte, sendo seu objetivo único levar ao conhecimento do Juízo informações que julgue importantes para a elucidação da questão controversa.

Deste modo, não há que se confundir esta forma de intervenção, ainda que não explicitamente prevista na lei - *amicus curiae*, com o ingresso na lide na condição de assistente (art. 50, do CPC), já que na primeira há mero interesse indireto e de natureza econômica, enquanto na segunda há efetivo interesse jurídico.

3.6 - ADI, ADC E ADPF – LEIS 9.868 e 9.882/1999

Sem sombra de dúvida o instituto do *amicus curiae* passou a conquistar

terreno no direito brasileiro com o advento de dois importantes diplomas legais, ainda que estes não tenham mencionado expressamente tal instituto.

O primeiro destes diplomas, a Lei 9.868, de 10 de novembro de 1992, versa sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade (ADI) e da ação declaratória de constitucionalidade (ADC).

Em linhas gerais, a ADI é o instrumento através do qual se busca a decretação da inconstitucionalidade de lei, ou de ato normativo federal / estadual, que se confronte com a Constituição Federal, incumbindo ao STF julgá-la.

A ADC, por sua vez, tem por finalidade transformar a presunção relativa de constitucionalidade, inerente a qualquer norma que ingressa no ordenamento jurídico, em presunção absoluta, através da apreciação e decisão pelo STF acerca da constitucionalidade de lei ou ato que esteja sendo alvo da apreciação de juízes e tribunais inferiores, em sede de controle difuso, numa forma de concentrar o controle e, desta forma, vincular o Judiciário e o Executivo através da decisão proferida.

Conforme já mencionado em momento anterior, a decisão sobre a possibilidade de participação do *amicus curiae* incumbe ao Ministro relator, que levando em consideração a relevância da matéria, poderá admitir através de despacho irrecurável “a manifestação de outros órgãos ou entidades” nos termos do parágrafo 2º do artigo 7º.

O legislador, no *caput* do mesmo artigo, aumenta a controvérsia acerca da natureza jurídica dos *amici curiae*, uma vez que de acordo com a letra da lei “não se admitirá intervenção de terceiros no processo de ação direta de inconstitucionalidade”

Em 03 de dezembro de 1999, entra em vigor a Lei 9.882, que regulamenta o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF). E entende-se por tal, o instrumento jurídico pelo qual se busca evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, que doutrinariamente são delimitados, como as disposições constitucionais que se mostram fundamentais para a preservação dos valores mais relevantes abarcados pela Magna Carta. A legitimidade ativa repete o previsto na ADI e ADC, e o julgamento também se dá junto ao STF.

De acordo com a Lei 9.868, o ingresso do *amicus curiae* no feito se dá através de requerimento ao Ministro relator, que poderá autorizar sua participação por meio de juntada de memoriais e até mesmo sustentação oral de seus argumentos.

3.7 - JUIZADOS ESPECIAIS FEDERAIS – LEI 10.259/2001

Do mesmo modo que os diplomas já analisados, a Lei 10.259, de 12 de julho de 2001, que dispõe sobre os Juizados Especiais no âmbito da Justiça comum Federal, prevê a intervenção do *amicus curiae*, ainda que de forma não expressa, nos termos do artigo 14, parágrafo 7º: “Se necessário, o relator pedirá informações ao Presidente da Turma Recursal ou Coordenador da Turma de Uniformização e ouvirá o Ministério Público, no prazo de cinco dias. Eventuais interessados, ainda que não sejam partes no processo, poderão se manifestar, no prazo de trinta dias.”

A possibilidade de sua intervenção está condicionada à existência de um recurso dirigido à Turma Recursal, e simultaneamente, ao aguardo do posicionamento deste. O pedido será de uniformização, em havendo divergência entre decisões sobre questões de direito material, proferidas por Turmas Recursais na interpretação da lei.

Note-se que o referido diploma não prevê qualquer requisito de admissibilidade ao ingresso dos *amici* no feito, senão a existência do próprio pedido de uniformização de interpretação de lei.

Em verdade, tal participação se justifica pela possibilidade da eficácia da decisão produzir efeitos que transpassam as partes, com potencialidade de afetar um incalculável número de pessoas, na medida em que fixará a tese jurídica a ser aplicada aos casos futuros, através da edição de Súmula, atingindo potenciais litigantes, ou porque atingirá diretamente os demais litigantes que tenham interposto recursos extraordinários que tratem de idêntica controvérsia constitucional e que, portanto estejam retidos.

3.8 - RESOLUÇÃO 390/2004 DO CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL

Conforme o até então visto, ainda que presente no ordenamento pátrio desde 1976, nos termos da Lei 6.385, e afora os diplomas posteriores, que apoiados no seu engrandecimento através da doutrina e jurisprudência, a expressão “*amicus curiae*”

permanecia não referida expressamente em nenhum texto de direito positivo brasileiro.

Tal lacuna se preenche com a Resolução 390 do Conselho da Justiça Federal, de 17 de setembro de 2001, que dispõe sobre o regimento interno da Turma Nacional de Uniformização de Jurisprudência dos Juizados Especiais Federais.

Em seus termos, competirá a Turma Nacional de Uniformização julgar os incidentes de uniformização de interpretação de lei federal que versem sobre questões de direito material, uma vez apresentados pela parte interessada, suscitando divergência entre decisões de turmas recursais de diferentes regiões ou que contrariem súmula ou jurisprudência do STJ.

Nos termos do artigo 23, assim como é consentido às partes apresentar memoriais e fazer sustentação oral, “o mesmo se permite a eventuais interessados, a entidades de classe, associações, organizações não-governamentais, etc., na função de *amicus curiae*”.

CAPÍTULO 4 – AMICUS CURIAE NO PROJETO DE NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

O projeto de Lei do Senado nº 166, de 2010, sofreu alterações, as quais foram apresentadas no relatório – geral do Senador Valter Pereira. Tal projeto apresenta a previsão legal do amicus curiae no seu artigo 322, que assim estabelece:

O juiz ou o relator, considerando a relevância da matéria, a especificidade do tema objeto da demanda ou a repercussão social da controvérsia, poderá de ofício ou a requerimento das partes, solicitar ou admitir a manifestação de pessoa natural ou jurídica, órgão ou entidade especializada, com representatividade adequada, no prazo de quinze dias da intimação. Parágrafo único - A intervenção de que trata o caput não importa alteração de competência, nem autoriza a interposição de recursos.

Dessa maneira, a intervenção do amicus curiae será possível em todos os procedimentos e instâncias, reforçando a idéia de Carlos Gustavo Rodrigues Del Prá, já aqui apontada, vez que o Projeto veio com enfoque para a admissão do amigo da corte em qualquer procedimento que acabe por apresentar debate com expressão social.

O referido autor, em análise a esse artigo, assim se manifestou:

...a redação proposta, afora definir os requisitos extrínsecos (requisitos quanto à causa em que haverá a intervenção) para a admissão desse terceiro especial, define apenas um único requisito que se remete à posição do próprio terceiro: a existência de representatividade adequada do postulante. Afora esse aspecto, não há qualquer outra condição ou requisito que se remeta à posição e à função a ser desenvolvida pelo próprio terceiro... criar uma “vala comum” para a intervenção de qualquer terceiro, mesmo que pretenda defender interesse subjetivo próprio, desde que esteja diante de uma causa com

aquelas determinadas características e que o postulante demonstre sua representatividade adequada...⁴⁵

Para melhor análise do dispositivo criado no Projeto do Novo Código de Processo Civil sobre o *amicus curiae*, interessante é a exposição dos motivos, que serão a seguir transcritas:

Por outro lado, e ainda levando em conta a qualidade da satisfação das partes com a solução dada ao litígio, previu-se a possibilidade da presença do *amicus curiae*, cuja manifestação, com certeza tem aptidão de proporcionar ao juiz condições de proferir decisão mais próxima às reais necessidades das partes e mais rente à realidade do país. Criou-se regra no sentido de que a intervenção pode ser pleiteada pelo *amicus curiae* ou solicitada de ofício, como decorrência das peculiaridades da causa, em todos os graus de jurisdição. Entendeu-se que os requisitos que impõem a manifestação do *amicus curiae* no processo, se existem, estarão presentes desde o primeiro grau de jurisdição, não se justificando que a possibilidade de sua intervenção ocorra só nos Tribunais Superiores. Evidentemente, todas as decisões devem ter a qualidade que possa proporcionar a presença do *amicus curiae*, não só a última delas.

Após analisar o dispositivo inserido no Projeto do Novo Código de Processo Civil, e a exposição dos seus motivos, nota-se que restou estabelecido o prazo de quinze dias para que o *amicus curiae* se manifeste. Acontece que essa hipótese está relacionada à intervenção provocada, ou seja, aquela em que o terceiro comparecerá nos autos por iniciativa do juiz. O prazo será contado em dias úteis, segundo o caput, do artigo 179, do Projeto, possuindo como termo inicial a juntada aos autos do comprovante de intimação.

A intervenção do *amicus curiae* deve ser sempre pautada na análise, pelo juiz ou relator, das seguintes características: relevância da matéria, especificidade do tema objeto da demanda ou a repercussão social da controvérsia.

⁴⁵ DEL PRÁ, CARLOS GUSTAVO RODRIGUES. Primeiras impressões sobre a participação do *amicus curiae* segundo o Projeto do novo Código de Processo Civil (art. 322). Revista de Processo v. 194. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. P. 310.

Interessante destacar que o Projeto admite a intervenção do *amicus curiae* de forma provocada ou de maneira espontânea, como Cássio Scarpinella Bueno dispõe:

Assim, o *amicus curiae* poderá, ele próprio, tomar a iniciativa de intervenção, formulando pedido para o magistrado nesse sentido. É a hipótese, aliás, mais encontrada no foro. Poderá também o *amicus* ser intimado para se manifestar em juízo, hipótese na qual, de acordo com o mesmo dispositivo projetado, terá o prazo de quinze dias para se manifestar.⁴⁶

Com relação à legitimidade para ser *amicus curiae*, importante destacar que o Projeto admite pessoa natural ou jurídica, órgão ou entidade especializada, com representatividade adequada. Sobre esse assunto, Cássio Scarpinella Bueno destaca:

a regra, ao admitir a pessoa física para atuar na qualidade de *amicus curiae*, merece aplausos. É providência que encontra eco em diversas “audiências públicas” que o Supremo Tribunal Federal vem realizando em sede de controle concentrado de constitucionalidade e que, rigorosamente, devem ser entendidas como casos de *amicus curiae*.⁴⁷

Embora no Projeto a previsão do *amicus curiae* seja expressa, não há menção quanto ao recurso da decisão que o admite. O entendimento que é contrário a possibilidade de recurso deve prevalecer, haja vista que as partes carecem de interesse recursal, diante da inexistência de prejuízo das partes com o ingresso, no processo, do amigo da corte.

⁴⁶ SACARPINELLA BUENO, CASSIO. *Amicus Curiae* no Processo Civil Brasileiro. Um Terceiro Enigmático. Cit. P. 611.

⁴⁷ *Ibidem*.

Ainda sobre a questão da previsão de recurso no Projeto, não se vislumbra qualquer vedação na hipótese em que é negada a admissão do *amicus curiae*, motivo pelo qual muitos autores entendem possível o agravo, independentemente do princípio da irrecorribilidade das interlocutórias. Quem, ao contrário, defende a irrecorribilidade, pauta esse pensamento no fato do interesse pelo *amicus curiae* não ser subjetivo, o que impediria a interposição de recurso.

Para os que defendem a recorribilidade da decisão questionam se atrelada à previsão dessa figura não estaria o controle da decisão que venha, porventura, não admitir a sua intervenção, vez que tal posicionamento iria totalmente de encontro à própria iniciativa de construção desse novo elemento. Sabe-se também, que não é admitido no ordenamento jurídico brasileiro qualquer ato ilegal, que venha lesionar um direito, que não seja passível de alguma medida, de modo que frente à eventual impossibilidade de interposição de agravo, deverá ser admitido o Mandado de Segurança. Del Prá sobre o assunto assim se manifesta:

Em conclusão, pensamos que se deve reconhecer a legitimidade recursal do *amicus curiae*, especificamente para fins de impugnar a decisão que indefere sua intervenção e as decisões sobre a forma, conteúdo e extensão do seu agir. A legitimidade decorreria de uma perspectiva potencial, ou seja, é legitimado a recorrer daquela decisão porquanto é legitimado a pleitear sua intervenção. O interesse, de outra parte, adviria de uma perspectiva concreta e atual, ou seja, o *efetivo* indeferimento ou limitação de sua intervenção.⁴⁸

Alguns Ministros, já vem aceitando, ainda que no atual Código, a interposição de recurso para impugnar a decisão de não admissibilidade de intervenção do *amicus curiae* (Sepúlveda Pertence na ADI 2.591 – fls. 18, defende o cabimento do agravo; Ministro Marco Aurélio na ADI 3.346, defende o cabimento de embargos de

⁴⁸ DEL PRÁ, CARLOS GUSTAVO RODRIGUES. *Amicus curiae – instrumento de participação democrática e de aperfeiçoamento da prestação jurisdicional*. Curitiba: Juruá, 2007. P. 162.

declaração, contudo depois de ser mantida a decisão de indeferimento, entendeu não cabível agravo – ADI 3.346, julgamento 28/04/2009).

Dessa forma, a ausência de previsão no Projeto quanto à recorribilidade da decisão que não venha permitir a intervenção do *amicus curiae*, parece mostrar que a vontade do legislador fica adstrita a tão somente autorizar a exposição do ponto de vista por parte do amigo da corte, o qual trará aos autos elementos essenciais e inovadores, características essas que por serem técnicas, muito provavelmente não seriam de conhecimento do magistrado. O *amicus* estaria no sentido de ampliação e democratização da jurisdição constitucional, com a conseqüente pluralização do debate.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Para finalizar o trabalho, é interessante resumir que o *amicus curiae* é um terceiro que intervém em um processo, do qual não faz parte. Pelo fato dessa figura oferecer à Corte sua perspectiva, trazendo aos autos elementos inovadores e um tanto quanto técnicos, funciona ela como auxiliar do juízo, na tentativa de oferecer ao julgador a exposição de uma experiência diferenciada e específica, já que muitas vezes a questão em apreço é complexa, motivo esse pelo qual acaba por ultrapassar o âmbito legal.

Há divergência na doutrina se a raiz do *amicus curiae* seria do Direito Romano. Grande parte dos autores entendem que sim, porém com um formato bem diferente do encontrado hoje em dia.

É indiscutível que as primeiras manifestações desse instituto, no direito inglês, foram muito importantes, já que são nesses Tribunais que se pode encontrar uma ampla liberdade na admissão do *amicus curiae*.

A doutrina norte-americana também contribuiu muito para a evolução da figura do amigo da corte, já que em jurisprudência se passou a admitir a intervenção de *amicus* “particulares” para a defesa de interesses privados.

As Constituições também tiveram participação de extrema importância rumo à legitimação do Direito, contudo o acesso aos cidadãos e setores mais amplos da sociedade continuou restrito, e foi por meio de novas práticas, como o *amicus curiae*, que se iniciou um processo de abertura da hermenêutica constitucional.

Afirma-se que a permissão do *amicus curiae* no processo constitucional é o instrumento essencial para a efetivação do princípio da soberania, já que é um elemento de comunicação entre o Estado e o Cidadão.

Pode o *amicus curiae* intervir no processo por provocação do juiz, ou de forma voluntária, deixando nesse momento de ser ele um mero auxiliar do juiz, vez que assume um papel de participação democrática. O amigo da corte deve ter interesse na causa, isso significa que tem que existir interesse no objeto da ação, e não

necessariamente nas partes propriamente ditas. Deve-se lembrar que para o *amicus curiae* ser admitido deve haver uma questão de expressão social, não tendo necessidade que o interesse seja público.

O *amicus curiae* foi introduzido no ordenamento brasileiro pelo artigo 31, da Lei 6.385/76, que versava sobre a intervenção da comissão de valores mobiliários, no processos que discutissem sobre matéria de competência da própria autarquia, tendo essa figura sido inserida apenas para o auxílio do juiz, diante da dificuldade técnica apresentada pela matéria em questão. De forma análoga, porém um pouco posteriormente, a Lei 8.884/1994, em seu artigo 89, prevê a intervenção do CADE, na qualidade de assistente, no processos judiciais em que se discuta a aplicação desta lei. A previsão também aconteceu na Lei Antitruste (8.884/94). Há parte da doutrina que entende que a intervenção do INPI, nas ações de nulidade de patente, registro de desenho industrial e marca (Lei 9.279/96), deve ser considerada como intervenção do *amicus curiae*. Além disso, também é questionável se o parágrafo único, do art. 49, da Lei 8.906/94 - o qual permite a intervenção dos Presidentes dos Conselhos e das Subseções da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) em inquéritos e processos em que sejam indiciados, acusados ou ofendidos, os inscritos em seus quadros - prevê outra hipótese de intervenção do *amicus curiae*.

A utilização do amigo da corte continuou, e passou a ser, ainda que de forma não expressa, de maneira espontânea, com o Controle Concentrado de Constitucionalidade (Lei 9.868/99) e, com os Incidentes de Inconstitucionalidade. Também é possível destacar a intervenção dessa figura na Lei dos Juizados Especiais Federais (Lei 10.259/01).

Contudo, atualmente, não há no direito brasileiro, nenhuma referência legislativa expressa à figura do *amicus curiae*. Dessa forma, embora o instituto do amigo da corte não receba efetivamente esse nome, há algum tempo aparece nas leis brasileiras. Previsão legal receberá a figura do *amicus curiae*, se for aprovado, da maneira como está, o projeto de Lei do Senado nº 166, de 2010, com as alterações apresentadas pelo Senador Valter Pereira, já que no seu artigo 322, define a sua hipótese de cabimento, em todos os procedimentos e instâncias.

Embora o Projeto preveja o *amicus curiae*, sabe-se que muitas dúvidas tal instituto ainda irá gerar, vez que muitos detalhes acerca do procedimento, ainda não

foram estipulados, mas de qualquer forma, é um passo muito significativo à democratização do processo constitucional brasileiro, a partir do momento que propicia ao cidadão, de maneira geral, uma abertura interpretativa. Do mesmo modo que é um grande avanço no sentido de perceber que a função do julgador vai além da solução dos conflitos individuais, já que a preocupação passa a estar diretamente ligada com a qualidade da decisão, para que se busque cada vez mais a Justiça por meio da Democracia.

BIBLIOGRAFIA

BANNER, STUART. The myth of the neutral amicus: american courts and their friends, 1790-1890.

BAZÁN, VICTOR. El amicus curiae em clave de derecho comparado y su reciente impulso en El derecho argentino. *Questiones Constitucionales*, n. 12, enero-junio, 2005.

BINENBOJM, GUSTAVO. A dimensão do amicus curiae no processo constitucional brasileiro: requisitos, poderes processuais e aplicabilidade no âmbito estadual. *Direito Federal: revista da Associação dos Juízes Federais do Brasil*, v. 22, n. 78, p. 141/166, out./dez. 2004.

CÂMARA, ALEXANDRE FREITAS. *Lições de Direito Processual Civil*. 21.^a edição. São Paulo: Lumen Juris, 2011.

CANOTILHO, JOSÉ JOAQUIM GOMES. *Direito Constitucional*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1991.

Código De Processo Civil Comentado E Legislação Processual Civil Extravagante Em Vigor. 6^a ed. São Paulo: RT, 2002.

DEL PRÁ, CARLOS GUSTAVO RODRIGUES. *Amicus curiae – instrumento de participação democrática e de aperfeiçoamento da prestação jurisdicional*. Curitiba: Juruá, 2007.

DEL PRÁ. CARLOS GUSTAVO RODRIGUES. Primeiras impressões sobre a participação do amicus curiae segundo o Projeto do novo Código de Processo Civil (art. 322). *Revista de Processo* v. 194. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

DIDIER JR., FREDIE. *Curso de Direito Processual Civil*. 6^a ed. Salvador: Jus Podivm, 2006. V. I.

EKMEKDJIAN, MIGUEL ANGEL. El amicus curiae em el derecho argentino. Revista de Direito Constitucional e Internacional. V. 16. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

ENNIS, BRUCE J. Effective Amicus Briefs. Catholic University Law Review: 1984. V. 33.

GODINHO, ROBSON RENAULT. Ministério Público e assistência: o interesse institucional como expressão do interesse jurídico. In: DIDIER JR., Fredie e Wambier, Teresa Arruda Alvim (coord.). Aspectos polêmicos e atuais sobre os terceiros no processo civil e assuntos afins. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

GUERRA FILHO, WILLIS SANTIAGO. Autopoiese do Direito na Sociedade Pós-Moderna: introdução a uma teoria social sistêmica. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

HABERMAS, JURGEN. Direito e democracia: entre faticidade e validade. 2ª ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. Vol. II.

HABERLE, PETER. Hermenêutica Constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris: 1997. Reimpressão 2002.

HÄBERLE, PETER. Libertad, Igualdad, Fraternidad: 1789 como historia, actualidad y futuro Del Estado Constitucional. Trad. Ignacio Gutiérrez. Madri: MinimaTrotta, 1998.

HÁFEZ, ANDREA. Amigo da Corte – Juízes têm na Procuradoria Especializada da CVM auxílio para suas decisões. Espaço jurídico BOVESPA. Disponível em www.portaldoinvestidor.gov.br/Portals/0/Juridico/Entrevistas_artigos/AndreaHafez.pdf. Acesso em 31/10/2012.

KEARNEY, J. D. e MERRIL, T. W. The Influence of *amicus curiae* Briefs on The Supreme Court. University of Pennsylvania Law Review: 2000. V. 148.

KRISLOV, SAMUEL. The amicus curiae brief: from friendship to advocacy. The Yale Law Journal: 1963. V. 72.

LENZA, PEDRO. Direito Constitucional Esquematizado. 11ª ed. São Paulo: Método. 2007.

LENZA, PEDRO. Direito Constitucional Esquematizado. 12ª ed. São Paulo: Saraiva. 2008.

LENZA, PEDRO. Direito Constitucional Esquematizado. 14ª ed. São Paulo: Saraiva. 2009.

RIOS GONÇALVES, MARCUS VINICIUS. Novo Curso de Direito Processual Civil. 6ª ed. São Paulo: Saraiva. 2009.

SACARPINELLA BUENO, CASSIO. Amicus Curiae no Processo Civil Brasileiro. Um Terceiro Enigmático. 3ª ed. São Paulo: Saraiva. 2012.

SCARPINELLA BUENO, CASSIO. Código de Processo Civil interpretado. Antonio Carlos Marcato (coord.). 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2008.

SCARPINELLA BUENO, CASSIO. Quatro perguntas e quatro respostas sobre o *amicus curiae*. Brasília: Revista da Escola Nacional da Magistratura. 2008. V. II. Nº 5.

TAVAREZ, OSVALDO HAMILTON. A CVM como “Amicus Curiae”. Disponível em www.justitia.com.br/artigos/478462.pdf. Acesso em 31/10/2012.

WILLIAMS, GEORGE. The amicus curiae and intervenor in The High Court of Australia: a comparative analysis. Federal Law Review: 2000. V. 28. P. 365/402.