

UNIVERSIDADE CATÓLICA DE PERNAMBUCO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
MESTRADO EM DIREITO

OS PODERES PROCESSUAIS QUE VÊM SENDO CONFERIDOS AO *AMICUS CURIAE*
EM SUA TRAJETÓRIA NAS AÇÕES DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE
JULGADAS PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

RICARDO ALVES SAMPAIO

Prof. Dr. Jayme Benvenuto Lima Júnior

Recife
2009

RICARDO ALVES SAMPAIO

OS PODERES PROCESSUAIS QUE VÊM SENDO CONFERIDOS AO *AMICUS CURIAE*
EM SUA TRAJETÓRIA NAS AÇÕES DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE
JULGADAS PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado em Direito da Universidade Católica de Pernambuco-UNICAP, para ser submetida à banca examinadora, em 19 de junho de 2009, como requisito para obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Jayme Benvenuto L. Júnior

Recife
2009

S192p

Sampaio, Ricardo Alves

Os poderes processuais que vêm sendo conferidos ao *amicus curiae* em sua trajetória nas ações de controle de constitucionalidade julgadas pelo Supremo Tribunal Federal / Ricardo Alves Sampaio ; orientador Jayme Benvenuto Lima Júnior, 2009.

71 f.

Dissertação (Mestrado) - Universidade Católica de Pernambuco. Pró-reitoria Acadêmica. Programa de Mestrado em Ciências Jurídicas, 2009.

1. Controle da constitucionalidade - Brasil. 2. Brasil. Supremo Tribunal Federal. 3. Jurisdição. 4. Direito constitucional. I. Título.

CDU- 342 (81)

OS PODERES PROCESSUAIS QUE VÊM SENDO CONFERIDOS AO *AMICUS CURIAE*
EM SUA TRAJETÓRIA NAS AÇÕES DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE
JULGADAS PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

Recife
2009

RICARDO ALVES SAMPAIO

OS PODERES PROCESSUAIS QUE VÊM SENDO CONFERIDOS AO *AMICUS CURIAE*
EM SUA TRAJETÓRIA NAS AÇÕES DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE
JULGADAS PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

DEFESA PÚBLICA em Recife, 19 de junho de 2009.

BANCA EXAMINADORA

Presidente: Orientador: Prof. Dr. Jayme Benvenuto Lima Júnior

2º Examinador (INTERNO): Prof. Dr. Francisco Caetano Pereira

2º Examinador (EXTERNO): Prof. Dr. Marcelo Labanca C. de Araújo

1º Suplente: Profa. Dra. Virginia Collares

2º Suplente: Prof. Dr. Bruno Galindo

Recife
2009

AGRADECIMENTOS

Concluir esta dissertação não foi fácil. No seu momento ápice o cravo mais cheiroso do meu jardim foi-me tirado, sem despedida. Vez por outra, sinto teu cheiro e aos poucos a dor vai sendo substituída pela saudade do senhor PAPAI. Obrigado!

À minha querida mãe, Dona Zil, e ao meu filho José, meus lastros afetivos.

Ao professor Jayme Benvenuto, gratidão, esta palavra-tudo. Sem a sua intensa característica de humanidade eu não obteria este título, tão importante para o meu magistério.

Aos professores e colegas do Programa de Mestrado em Direito da Universidade Católica de Pernambuco, especialmente aos queridíssimos Pe. Francisco Caetano e Virginia Collares.

Finalmente, aos meus alunos de ontem, de hoje e do por vir (FASNE, FIR, UFPE, UEFS, FTC, FAT, FAN, UNIRB e UNEB). Vocês têm o melhor de mim, o meu desejo de ser um mestre de verdade.

A todos eles “um cheiro” fraternal!

RESUMO

O Brasil é um país de constituição rígida. Embora a competência para a elaboração das leis pertença, em regra, aos parlamentares que são eleitos diretamente pelo povo; os juízes, ao contrário destes, que não são eleitos, ora se submetem a concurso público de provas e títulos ou são indicados por critério político, como acontece na composição das altas cortes, têm a prerrogativa de declarar a inconstitucionalidade das leis, anulando-as. Assim, se constata uma deficiência democrática na atuação da jurisdição constitucional. Nessa trilha, a doutrina aponta como desejável maior legitimação na interpretação realizada pelos juízes para o exercício do controle de constitucionalidade e revelam como mecanismo de ligação entre a vontade popular e as decisões judiciais a intervenção da sociedade civil organizada nos processos através do *Amicus Curiae*. A pesquisa analisa a figura do *Amicus Curiae* em sua trajetória no controle concentrado de constitucionalidade brasileira, desde a época em que era aceito informalmente, passando por sua positivação na Lei 9.868/99, até o momento atual em que o Supremo Tribunal Federal vem lhe concedendo prerrogativas outras não previstas na lei, evidenciando a fase atual de jurisprudencialização do direito.

Palavras-chave: jurisdição constitucional, *amicus curiae*, Supremo Tribunal Federal.

ABSTRACT

Brazil is a country of rigid constitution. Although the responsibility for drafting the laws belong, as a rule, to the parliamentarians who are elected directly by people, the judges, unlike those who are not elected, sometimes are submitted to public tender of evidence and securities or are indicated by political criterion, as the composition of the high courts that have the power to declare laws unconstitutional, nullifying them. Thus, there is a deficiency in the performance of the democratic constitutional jurisdiction. On this track, the doctrine suggests greater legitimacy as desirable in the interpretation made by the judges to exercise the control of constitutionality and reveal a mechanism of connection between the popular will and judgments of the intervention of civil society in the processes through *Amicus curiae*. The research examines the figure of the *Amicus curiae* in its trajectory inside concentrated control of constitutionality in Brazil, since the days when it was accepted informally, through its positive in Law 9868/99, until the present time in which the Supreme Court has granted other prerogatives that are under the law, showing the current phase which involves advancement of the judicial precedent in law.

Keywords: constitutional jurisdiction, *amicus curiae*, Supreme Court.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	10
1. Objeto.....	10
2. Metodologia.....	11
2.1 Postura metodológica geral.....	11
2.2 Opções metodológicas na criação deste trabalho.....	11
3. Desenvolvimento.....	12
CAPÍTULO I – O DESENVOLVIMENTO DA IDÉIA DA FALTA DE LEGITIMAÇÃO DAS DECISÕES DO STF NO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE.....	13
1.1 Haberle, precursor da tese da necessidade da democratização nas decisões oriundas das cortes constitucionais.....	13
1.2 – Jurisdição Constitucional.....	17
1.3 – Interpretação jurídica, Politização do Poder Judiciário e Jurisprudencialização (jurisdicização) do direito brasileiro.	18
CAPÍTULO II – AS PROXIMIDADES DO INSTITUTO DO <i>AMICUS CURIAE</i> APLICADO NO BRASIL COM O DOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA.....	22
2.1 Origens remotas do <i>Amicus Curiae</i>	22
2.2 Entendendo o funcionamento da Corte Constitucional Americana.....	23
2.3 Significado da expressão <i>Amicus Curiae</i> no direito americano.....	24
2.4 O que se entende por <i>friend of the court</i>	25
CAPÍTULO III - O <i>AMICUS CURIAE</i> NO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE BRASILEIRO: ASPECTOS PROCESSUAIS.....	26
3.1 As semelhanças entre o Assistente Processual e o amigo da corte	27
3.2 A Assistência Processual no Direito Romano	29
3.3 A Intervenção de Terceiros no Processo Canônico.....	31
3.4 A Assistência como Modalidade de Intervenção de Terceiros no Processo.....	32
3.5 Modalidades de Assistência.....	33
3.6 Interesse Jurídico.....	34

3.7 Da Intervenção Assistencial apenas com base num Interesse Econômico, Aspectos Polêmicos da Lei nº 9.469/97.	36
3.8 Da possibilidade da Intervenção Assistencial na Ação Popular, no Processo de Execução e nos Procedimentos Sumário e dos Juizados Especiais.	37
3.9 Poderes do Assistente.....	38
3.10 Do Procedimento.....	39

CAPÍTULO IV - O *AMICUS CURIAE* E AS TUTELAS DE URGÊNCIA.....40

4.1 Tutelas de Urgência.....	40
4.2 Natureza Constitucional da Tutela de Urgência.....	43
4.3 Da possibilidade do <i>Amicus Curiae</i> requerer Tutelas de Urgência no Processo Constitucional.....	47

CAPÍTULO V – O *AMICUS CURIAE* NO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE BRASILEIRO: TRAJETÓRIA E ASPECTOS PROCESSUAIS.....51

5.1.1 A intervenção da CVM na Lei 6.618/78.	51
5.1.2 A intervenção do CADE na lei 8.884/94.....	51
5.1.3 A intervenção de “interessados” na Lei 10.259/01.....	52
5.1.4 A intervenção das pessoas jurídicas de direito público na Lei 9.469/97.....	53
5.2 Natureza jurídica do <i>amicus curiae</i> no processo constitucional.	54
5.2.1 Assistência qualificada.	54
5.2.2 Terceiro especial.	55
5.2.3 Auxiliar do poder judiciário.....	55
5.2.4 Nosso posicionamento: uma natureza dúplice.	56
5.3 Do cabimento do amigo da corte em Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF.....	57
5.4 Requisitos para intervenção: relevância da matéria e representatividade dos postulantes.....	57
5.4.1 Da necessidade de uma interpretação flexível quanto ao cumprimento dos requisitos..	58
5.4.2 Relevância da matéria.	58
5.4.3 Representatividade dos postulantes.	58
5.4.5 Do entendimento dos Ministros do STF acerca de tais requisitos.	59
5.5 Da possibilidade de sustentação oral.....	62

5.6 Momento da intervenção do <i>amicus curiae</i> : até o dia anterior ao julgamento do processo de controle concentrado.	63
5.7 Da impossibilidade de recorrer contra a decisão que interfere a intervenção do <i>amicus curiae</i>	65
BIBLIOGRAFIA.....	67

INTRODUÇÃO

1. Objeto.

O presente trabalho versa sobre a trajetória do *Amicus Curiae* no controle de constitucionalidade brasileiro, dando-se ênfase ao caminho percorrido pelo instituto, desde sua aceitação limitada a certas entidades da Administração Pública, passando por um período de aceitação informal em relação à participação da sociedade civil organizada, até a sua positivação na Lei 9.868/99. O intuito magno desta dissertação é analisar as atuais prerrogativas que lhe vêm sendo conferidas pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, muitas delas sem previsão legal.

É questionável falar que o instituto do *Amicus Curiae* foi positivado no direito brasileiro com a chegada da Lei 9.868/99, que regula o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal.

Desde a década de 70 já existia a previsão normativa do instituto do amigo da corte no ordenamento brasileiro. Sua primeira previsão ocorreu com a entrada em vigor do art. 31 da Lei 6.385/1976, com a redação conferida pela Lei 6.616/1978, que previu a intervenção da CVM (Comissão de Valores Mobiliários) em causas em que fossem debatidas questões que no plano administrativo se incluíam dentro das atribuições fiscalizadoras da entidade¹.

Tempos depois, a Lei 8.197/1991, no art. 2º, admitia a intervenção da União Federal como *Amicus Curiae* nos casos nela previstos. Esta Lei, depois de alterada por medida provisória, foi revogada pela Lei 9.469/1997, que em seu art. 5º dispõe 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.

Parágrafo único. As pessoas jurídicas de direito público poderão, nas causas cuja decisão possa ter reflexos, ainda que indiretos, de natureza econômica, intervir, independentemente da demonstração de interesse jurídico, para esclarecer questões de fato e de direito, podendo juntar documentos e memoriais reputados úteis ao exame da matéria e, se for o caso, recorrer, hipótese em que, para fins de deslocamento de competência, serão consideradas partes.

Foi na década de 90 que a positivação do *Amicus Curiae* teve seu ápice. Em 1994 surgiu a Lei 8.884 com o intuito de disciplinar as infrações contra a ordem econômica. Esta

¹ CABRAL, Antonio do Passo. Pelas asas de Hermes: a intervenção do *Amicus Curiae*, um terceiro especial. Revista de Direito Administrativo, nº 234, out. dez., 2003, p. 115.

mesma lei atribuiu ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) a possibilidade de intervir como amigo da corte nos processos judiciais em que a aplicação de qualquer dispositivo surgido com ela estivesse em debate.

Esta intervenção poderia ser realizada através da procuradoria do CADE, apresentando pareceres técnicos, estudos e relatórios sobre as infrações à ordem econômica, com o auxílio da Secretaria de Direito Econômico, entidades da Administração indireta ou de qualquer pessoa, consoante o art. 7º, XV; 14, XIV; 36 e o art. 44 da Lei 8.884/1994.

Em 1999 foi publicada a lei que regulamenta o processo administrativo no âmbito federal. Segundo o art. 31 e o art. 32 da Lei 9.784/99, poderá o órgão competente admitir a intervenção do *Amicus Curiae* e até mesmo realizar audiência pública para permitir debates mais amplos sobre a matéria discutida no processo. Ressalte-se que nesta hipótese a intervenção ocorre em âmbito administrativo e não judicial.

Embora a intenção principal da pesquisa tenha sido fazer uma dissertação de mestrado, através da análise do instituto via jurisprudência do STF, ou seja, no estudo de casos concretos; procurei enriquecê-la, ao analisar 105 decisões da Corte Maior sobre o assunto, falar da literatura existente e colocar questionamentos sobre a legitimidade da nossa corte constitucional e do processo de jurisprudencialização que passa o direito brasileiro.

2. Metodologia.

2.1 Postura metodológica geral.

Na confecção deste trabalho, adota-se uma postura metodológica que analisa o tema sob dois aspectos:

a) primeiramente, o enfoque tendo em vista a obra do professor Peter Haberle, considerado o precursor da tese da necessidade de democratização das decisões proferidas pelas cortes constitucionais. Este trabalho não poderia se furtar a analisar a temática sob o prisma dos postulados por ele estudados, sua influência na jurisdição constitucional e os novos paradigmas da interpretação jurídica.

b) em seguida, a análise do instituto do *amicus curiae* no direito americano, observando sua influencia no direito brasileiro, para concluir com a constatação de que na sua trajetória nas decisões do Supremo Tribunal Federal, inúmeros poderes processuais lhe vem sendo outorgados, muitos deles sem previsão legal.

2.2. Opções metodológicas na criação deste trabalho.

O trabalho será pautado de acordo com as premissas expostas no item acima. De plano, fazemos um corte epistemológico, pois não tratamos o tema sob os enfoques da Hermenêutica, Filosofia do Direito e da Sociologia Jurídica. Não pelo fato destas disciplinas não o abordarem, mas sim porque o que se busca primordialmente é a verificação da trajetória do *amicus curiae* através da análise da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

Deste modo, a pesquisa será pautada no âmbito da Teoria Geral do Processo a partir dos subsídios fornecidos pela jurisprudência do Supremo.

2.3 Desenvolvimento.

A dissertação divide-se em cinco capítulos. Eis um breve sumário deles:

1) no primeiro capítulo, vamos fixar a idéia do professor Haberle e densificação de legitimação nas decisões judiciais, a partir da abertura da interpretação constitucional à sociedade civil organizada.

2) no segundo capítulo, trato do *amicus curiae* no direito norte americano do qual importamos este instituto para o direito brasileiro.

3) o terceiro capítulo aborda os aspectos processuais do amigo da corte nos processos de controle de constitucionalidade julgados pelo Supremo.

4) no quarto capítulo me detenho na possibilidade do amigo da corte pleitear tutelas de urgência, haja vista a morosidade do Poder Judiciário e sua repercussão para a efetividade do processo.

5) finalizando, no cerne do trabalho, é explicitada a pesquisa realizada a partir das decisões proferidas nos processos de controle de constitucionalidade, tendo as mesmas como ponto de partida para a constatação de que o *amicus curiae* no direito brasileiro tem auferido inúmeros poderes processuais.

CAPÍTULO I – O DESENVOLVIMENTO DA IDÉIA DA FALTA DE LEGITIMAÇÃO DAS DECISÕES DO STF NO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

1.1 Haberle, precursor da tese da necessidade da democratização nas decisões oriundas das cortes constitucionais.

A interpretação da norma é uma das molas mestras da ciência jurídica nos dias atuais. A cada dia novas discussões vão surgindo no sentido de promover novos paradigmas na aperfeiçoamento da hermenêutica. Na lição de Ferraz :

É hoje um postulado universal da ciência jurídica a tese de que não há norma sem interpretação, ou seja, toda norma, pelo simples fato de ser posta, é passível de interpretação. Houve, é verdade, na Antiguidade, exemplos de rompimento desse postulado, como a conhecida proibição de Justiniano de que se interpretassem as normas do *Corpus Jûris Civilis*. Contudo, sabemos hoje que não só, não se conseguiu evitar que aquelas normas se submetessem ao domínio do exegeta, como também, como nos mostra Stroux (1949), em seu admirável ensaio sobre as relações entre a jurisprudência romana e a retórica grega, não se desejou romper com aquele postulado, afirmando-se tão somente que se reconhecia como vinculante apenas a interpretação do imperador: a proibição de interpretar não era uma supressão, mas um limite. (2004, p. 264).

Desde os idos de 1975, o professor Haberle escrevera sua tese explicitando o problema da interpretação constitucional. Para ele, a teoria da interpretação constitucional tem se detido em duas questões: a primeira, sobre a tarefa e os objetivos da interpretação constitucional e, a segunda, sobre os métodos, no sentido de processo de interpretação constitucional e regras de interpretação.

O mestre propôs um terceiro elemento que até a presente data ainda não tem conquistado muito significado dentro do processo interpretativo da constituição que são os participantes da interpretação. Para ele “uma análise genérica demonstra que existe um círculo muito amplo de participantes do processo de interpretação pluralista, processo este que se mostra muitas vezes difuso” (2002, p.11).

Sua crítica exaltou uma concepção da interpretação constitucional de uma maneira teórica, científica e democrática à medida que, até aquele momento, a referida interpretação estava dispensada a uma “sociedade fechada”, restrita a juízes e a procedimentos formalizados.

Seu pensamento, dessa forma, fica bem claro:

Se se considera que uma teoria da interpretação constitucional deve encarar seriamente o tema ‘Constituição e realidade constitucional’ – aqui se pensa na exigência de incorporação das ciências sociais e também nas teorias jurídico-funcionais, bem como nos métodos de interpretação voltados para atendimento do interesse público e do bem-estar geral –, então há de se perguntar, de forma mais decidida, sobre os **agentes conformadores da ‘realidade constitucional’**(*grifo meu*). (2002, p.12)

Assim, no processo de interpretação da constituição todos que estão presentes, sujeitos à realidade da supremacia constitucional, devem também participar da sua interpretação, tais como, órgãos estatais, cidadãos e grupos organizados, não podendo a participação neste processo ser só permitido a um número fechado de intérpretes, e os critérios de interpretação serão mais abertos à medida que a sociedade também for mais plural.

Nesse sentido, a interpretação deverá ser influenciada pela teoria democrática. Isso que dizer que todos aqueles que estão sujeitos à norma terminam por interpretá-la e são considerados intérpretes em *lato senso*. Embora a última palavra sobre a interpretação constitucional fique ao encargo da jurisdição constitucional, toda a sociedade pode contribuir para esta interpretação. Para o referido autor “é impensável uma interpretação da Constituição sem o cidadão ativo e sem as potências públicas mencionadas” (2002, p.14) e mais:

Todo aquele que vive no contexto regulado por uma norma e que vive com este contexto é, indireta ou, até mesmo diretamente, um intérprete dessa norma. O destinatário da norma é participante ativo, muito mais ativo do que se pode supor tradicionalmente, do processo hermenêutico. Como não são apenas os intérpretes jurídicos da Constituição que vivem a norma, não detêm eles o monopólio da interpretação da Constituição. (2002, p.15).

Um exemplo proposto pelo autor diz respeito ao âmbito da proteção dos direitos fundamentais. A interpretação que será conferida pela Corte Constitucional conta com a participação dos destinatários que são os preenchedores do alcance da proteção desses direitos. Neste jaez, participam do processo hermenêutico as organizações religiosas, a opinião pública, os órgãos estatais entre outros. Todavia, o autor faz um alerta dos mais importantes, na aferição da proteção destes direitos e da interpretação que assentará seu alcance não deve ser ouvida somente a sociedade como um todo, mas também os setores específicos que sofrerão uma maior influencia daquilo que será decidido. Por exemplo, se, se tratar de uma norma que diz respeito a experimentos científicos, tanto a sociedade, de um modo em geral, quanto os participantes das ciências singulares devem ter oportunidade de participar do processo hermenêutico da referida legislação.

Ocorrendo desta forma, provavelmente haveria uma “mediação específica” entre Estado e sociedade. Ora, no processo hermenêutico de interpretação constitucional não se

pode apenas ter em vista a norma em determinado tempo e espaço. Há que se agregar a esta clássica forma de aferição de interpretação o fator humano, ou seja, aqueles sobre quem incidirão a égide da norma constitucional. Isso é próprio do sistema democrático e republicano.

Haberle propõe um catálogo de quem seriam os participantes deste processo interpretativo que vai desde o Estado, no exercício das funções estatais, à Corte Constitucional, autores e réus em processos, que pela via recursal reclamam da Corte Constitucional um posicionamento sobre as questões por eles recursadas até a figura de participantes auxiliares da Corte, o que vem sendo chamado e se assemelha ao participante do processo constitucional do direito norte-americano – o *Amicus Curiae*. Ele exalta ainda o papel da opinião pública, democrática e pluralista, como também os meios de comunicações e a doutrina constitucional (2002, p. 23).

Saliente-se que este processo de interpretação para o referido professor não é exclusivamente estatal e sim, ultrapassa as paredes da Corte Constitucional para ir ter de perto com a sociedade pluralista. Segundo o ele:

Até pouco tempo imperava a idéia de que o processo de interpretação constitucional estava reduzido aos órgãos estatais ou aos participantes diretos do processo. Tinha-se, pois, uma fixação da interpretação constitucional nos órgãos oficiais, naqueles órgãos que desempenham o complexo jogo juridico-institucional das funções estatais. Isso não significa que se não reconheça a importância da atividade desenvolvida por esses entes. A interpretação constitucional é, todavia, uma atividade que, potencialmente, diz respeito a todos. (2002, p.24).

Nisto, fica claro que alguns interpretarão a Constituição diretamente, que é a própria atribuição da Corte Constitucional, contudo, toda a sociedade deverá interpretá-la pelo menos indiretamente. Até mesmo os parlamentares quando discutem um projeto de lei em votação já estão lançando em público uma interpretação, que Haberle chama de antecipada. “Ele atua como elemento precursor da interpretação constitucional e do processo de mutação constitucional” (2002, p.27).

Uma crítica que poderia fazer-se ao pensamento do professor Haberle seria justamente o tumulto que causaria no momento em que vários sujeitos lançassem interpretações distintas sobre o mesmo objeto de interpretação.

Nisto surge a questão da legitimação dos intérpretes da Constituição. É fator essencial fazer-se a distinção entre aqueles que têm o dever de interpretar através da competência que lhes foram conferidas e que a exercem através da legitimação mediante procedimento constitucional, que seriam os órgãos estatais e os parlamentares. Entrementes, também estão

vinculados à Constituição os partidos políticos, os grupos e os cidadãos, ainda de que seja de forma diferenciada. Para Habermas “a maioria está vinculada apenas por intermédio do Poder Estatal sancionador. Resta evidente aqui que uma vinculação limitada à Constituição corresponde a uma legitimação igualmente mais restrita” (2002, p. 30).

Para amenizar esta dicotomia entre legitimados imediatos e mediatos no processo hermenêutico constitucional, o referido autor trouxe novas concepções sobre a teoria da interpretação, dizendo que a interpretação é um processo aberto, ou seja, a interpretação conhece possibilidades e alternativas diversas, sem o caráter de passiva submissão nem recepção de uma ordem.

Assim sendo, é perfeitamente válida esta ampliação dos intérpretes da Constituição, porquanto o que se busca é uma integração da realidade no processo de interpretação. Deste modo, os intérpretes em sentido amplo, *lato*, compõem essa realidade pluralista e estão sob a égide da realidade constitucional. Eis a síntese do pensamento do professor a este respeito:

Do ponto de vista teórico-constitucional, a legitimação fundamental das forças pluralistas da sociedade para participar da interpretação constitucional reside no fato de que essas forças representam um pedaço da publicidade e da realidade da Constituição. [...] “Uma Constituição que estrutura não apenas o Estado em sentido estrito, mas também a própria esfera pública, dispondo sobre a organização da própria sociedade e, diretamente, sobre setores da vida privada, não pode tratar as forças sociais e privadas como meros objetos. Ela deve integrá-las ativamente como sujeitos.” [...] “Limitar a hermenêutica constitucional aos intérpretes corporativos ou autorizados, jurídica ou funcionalmente, pelo Estado significaria um empobrecimento ou um auto-engodo. De resto, um entendimento experimental da ciência do Direito Constitucional como ciência de normas e da realidade não pode renunciar à fantasia e à força criativa dos intérpretes não corporativos”(2002, p.33-34).

Além disto, o autor em questão também tratou da diferenciação entre a legitimação sob uma perspectiva democrática do cidadão *versus* do povo. Nisto, ele coloca a competência objetiva para a interpretação constitucional como um direito da cidadania. Povo não seria apenas uma referência quantitativa, pois, se agregaria um *plus*, à questão de ser cidadão. Ele não propõe, a princípio, uma deposição do povo, mas sua concepção vai ao encontro do caráter democrático da hermenêutica constitucional e diz que democracia é formada pela associação de cidadãos. Em suas palavras:

Democracia é o domínio do cidadão, não do povo, no sentido de Rousseau. Não haverá retorno a Rousseau. A democracia do cidadão é mais realista do que a democracia popular. A democracia do cidadão está muito próxima da idéia que concebe a democracia a partir dos direitos fundamentais e não a partir da concepção segundo a qual o Povo soberano limita-se apenas a assumir o lugar do monarca. (HABERLE, 2002, p.38).

1.2 – Importância da Jurisdição Constitucional

A importância da Jurisdição Constitucional no cenário jurídico brasileiro está no fato de firmar o Poder Judiciário como Poder de Estado. Afasta-se, assim, a simples percepção de ser o Judiciário um mero órgão de solução de conflitos de interesses.

Tomando esta linha de perspectiva, o Poder Judiciário não se resume a um órgão de Estado cuja função se esgote na prolação de sentenças que visem ao apaziguamento da sociedade em conflito. Restaurar o equilíbrio das relações jurídicas comprometidas em sua normalidade pelas diversas infrações e equivocadas interpretações das leis é missão nobre, mas não exaure a real função do Poder Judiciário como Poder de Estado.

A rigor, cabe ao Judiciário a sublime missão de propiciar à sociedade a efetivação do ideal de Justiça, nas suas dimensões individual, coletiva e social. Para tanto, é ingênuo acreditar que o Poder Judiciário consiga tornar real esse propósito resolvendo casos concretos de repercussões isoladas, notadamente as de cunho meramente privado. É imperativo reconhecer-se ao Poder Judiciário participação no processo político e institucional da nação, pois somente agindo neste plano é que o Judiciário gozará legitimamente do título que ostenta: Poder.

Nestes termos, deve ser salientado que não se nega a infinita importância da jurisdição ordinária na solução das lides que, de fato, dinamizam o cotidiano da função jurisdicional do Estado. Mas é necessário elevar a compreensão ao plano político e institucional para se aquilatar o Judiciário com o mesmo grau de valor do Legislativo e do Executivo.

Na inexorável trajetória das instituições de Estado, o Judiciário tem descoberto o seu caminho de reconhecimento como Poder na medida em que constrói a denominada Jurisdição Constitucional. É por meio dela que o Judiciário se afirma como Poder, nomeadamente no Brasil, pois que esta jurisdição é confiada maximamente a um órgão integrante do Poder Judiciário, o Supremo Tribunal Federal.

Essa jurisdição constitucional é coloquialmente denominada controle de constitucionalidade das leis e atos normativos. Por meio de tal controle cabe ao Judiciário a fiscalização constitucional no que tange a compatibilidade vertical das normas que integram o ordenamento jurídico com a sua fonte primeira, a Constituição.

Sendo a Constituição expressão genuína do poder que emana do povo, o qual se vê exercitado pelo que se convencionou denominar Poder Constituinte, é fácil inferir que, aquele que exercita o controle de constitucionalidade se insere no cenário do Poder Institucional do Estado com o título de Poder.

Ora, a Constituição Federal de 1988 consagra em seu art. 102, inciso I, alínea "a" a competência máxima do controle de constitucionalidade a um órgão do Poder Judiciário. O Supremo Tribunal Federal é este órgão. Por isso, é o STF que, como órgão que integra a estrutura do Poder Judiciário brasileiro, testemunha a condição de Poder ao próprio Judiciário. Diferente do que ocorre em alguns países da Europa, no Brasil defere-se o controle de constitucionalidade a um órgão do Poder Judiciário.

Cabe ao Judiciário, por meio do STF, manter a autenticidade e genialidade do espírito constituinte, não se reduzindo a um mero órgão de silogismos pragmáticos. E é por meio da Jurisdição Constitucional que o Judiciário revela o seu verdadeiro ser. Assim, quando se fala em Jurisdição Constitucional, busca-se anunciar não apenas novos modelos e métodos para a disciplina normativa do controle de constitucionalidade, mas também prenunciar a consolidação de um Estado forte, consciente de seu papel político e social, digno da admiração e do apoio de sua nação.

1.3 – Interpretação jurídica, Politização do Poder Judiciário e Jurisprudencialização (jurisdicização) do direito brasileiro.

A Justiça faz parte da política porque é uma instituição que diz respeito à própria vida do Estado. Este, no seu desiderato, mantém várias relações com a população. Além do mais, tanto o Estado quanto o Direito são fenômenos sociais. O Estado é sociedade em organização e o Direito diz respeito à própria consecução de viver em sociedade.

Um estudo que se queria bem realizado, ainda mais no âmbito da jurisdição constitucional, deverá passar, mesmo que sem grande profundidade para não fugir do tema que se expõe, pelo campo da ciência política. Como afirma o professor Faria (1978, p. 16) “é preciso, em outras palavras, entender a justiça no contexto da política”.

Na obra clássica “A instrumentalidade do processo” o professor Cândido Rangel Dinamarco aborda com profundidade o tema jurisdição e poder, em suas várias vertentes. Para o autor, a função jurisdicional afirma o poder estatal, como também pode ser mais um meio de participação democrática para a sociedade na vida da nação. Segundo Dinamarco (2005, p. 92-93):

Mediante a utilização do sistema processual, propõe-se o Estado, antes de tudo, a realizar objetivos que são seus. Quer se pense na pacificação social, educação para o exercício e respeito a direitos, ou na manutenção da autoridade do ordenamento jurídico-substancial e da sua própria, nas garantias à liberdade, na oferta de meios de participação democrática, ou mesmo no objetivo jurídico-instrumental de atuar a vontade da lei (e tais são os escopos da ordem processual) – sempre é algo ligado

ao interesse público que prepondera na justificação da própria existência da ordem processual e dos institutos, princípios e normas que a integram. Prestabelecidos os fins do Estado, ele não dispensa o poder para caminhar na direção deles; e, precisando exercer o poder, precisa também o Estado-de-Direito estabelecer as regras pertinentes, seja para endereçar com isso a conduta dos seus numerosos agentes (no caso, os juízes), seja para ditar condições limites e formas do exercício do poder. Em torno deste, portanto (no caso, em torno da jurisdição), é que gravitam os demais institutos do direito processual e sua disciplina.

Realmente, através do processo, cada cidadão, isoladamente ou coletivamente organizado, pode influir nos destinos da sociedade. Ainda segundo Dinamarco (2005, p. 208):

Democracia é participação e não só pela via política do voto ou ocupação eletiva de cargos públicos a participação pode ter lugar. Todas as formas de influência sobre os centros do poder são participativas, no sentido de que representam algum peso para a tomada de decisões; conferir ou conquistar a capacidade de influir é praticar democracia.

Dinamarco (2005) aponta como meios democráticos de participação no processo, a possibilidade do cidadão ingressar com ação popular, bem como as associações com ações coletivas para demandas de proteção ao meio ambiente.

Com isso, pode-se acrescentar aos exemplos acima citados de participação democrática através do processo, a possibilidade de intervenção do *amicus curiae* nos processos de jurisdição constitucional como mais um instrumento de participação democrática na tomada de decisões que afetam, sobretudo, a vida em sociedade.

Todavia, percebe-se, atualmente, um processo mais intenso da influência do Poder Judiciário na vida brasileira. Desde a volta da democracia juntamente com a nova constituição, tem se densificado o papel do Judiciário. Outrossim, verifica-se, no Brasil, um momento de jurisprudencialização do direito brasileiro. A força da jurisprudência tem alterado acentuadamente o modelo jurídico adotado, aproximando-nos do *common law*.

A força da jurisprudência está tão presente que tem mudado até mesmo a técnica legislativa do Congresso Nacional. Está existindo uma nova tendência no pensamento jurídico contemporâneo a qual formula um novo modelo de interpretação jurídica. Segundo Amaral (2006), isso representa a superação do positivismo dominante, e contribui para significativa viragem metodológica no campo da interpretação jurídica, passando-se do “paradigma da aplicação” para o “paradigma da construção jurisprudencial”.

Isso nos leva a refletir ainda, de modo singelo e sem a profundidade devida, sobre a inevitável mudança no modelo de interpretação jurídica vigente no direito brasileiro. Este tema é importante e atual, pois, dentre outros, contribui para o desenvolvimento dos estudos sobre a realização do direito, o acesso à justiça, democracia e direito.

Esta mudança ficou bem evidenciada a partir da entrada em vigor do novo código civil que parece ter lançado as bases para uma mudança bem evidente na metodologia da interpretação jurídica. Esclarece o professor AMARAL (2006) que:

O Código de Beviláqua foi a sistematização do direito civil brasileiro no curso do século XX, período em que o legado jurídico da modernidade se submeteu a severa reflexão crítica. No que diz respeito ao processo de realização do direito, predominava no raciocínio jurídico o paradigma da aplicação, entendendo-se como tal o procedimento lógico-dedutivo que, a partir da norma geral e abstrata, e por meio do silogismo jurídico chegava automaticamente à decisão do caso individual e concreto (p. 85).

Os limites da lógica formal, que são criticados por juristas de escol, mas que ao mesmo tempo reconhecem as dimensões não lógicas e valorativas da realização do direito, fizeram com que o raciocínio jurídico nascido da codificação (no séc. XIX), fosse perdendo vigor. Defendiam eles um modelo de interpretação que levasse em conta a textura aberta dos textos legais, a importância crescente dos valores e dos princípios jurídicos e a atividade criadora do juiz, a caracterizar uma crescente e efetiva jurisdicização do direito.

Foi com esse espírito que na segunda metade do século XX, a interpretação jurídica passa a considerar-se o maior problema, o mais vivo da atual problemática filosófico-jurídica, sugerindo-se a passagem do modelo tradicional/normativista, ou da *exegese*, para um novo modelo hermenêutico de tipo axiológico, ou jurisprudencialista (AMARAL, 2006).

Como se trata de um processo ainda ínsito, faz com que por sua insipiência surja uma falsa imprevisibilidade das decisões judiciais no país, a falta de critérios razoáveis, a partir dos quais os magistrados tomam suas decisões e isto pode gerar insegurança jurídica.

O problema se torna ainda maior ante as últimas decisões da justiça eleitoral, pois, numa falta de previsibilidade jurídica, sem entrar no mérito se são boas ou não para o país, as mesmas podem tornar-se empecilho para o desenvolvimento nacional, à medida que afastam investidores e afetam o cidadão, que não sabe o que tende a prevalecer no cenário político.

Tais decisões têm sido chanceladas pela última instância judicial do país, o Supremo Tribunal Federal que também tem utilizado, e muito, este novo paradigma de interpretação. Todos estes fatos fazem surgir pontos de sensibilidade entre as três funções do poder soberano estatal: Executivo, Legislativo e Judiciário. O Poder Judiciário vem assumindo, aos poucos, atribuição antes do Poder Legislativo. Este, por sua vez, tem atuado mais na área de fiscalização da Administração Pública e vivencia uma crise sem precedentes de credibilidade, afetando, sobretudo, sua legitimidade.

Tudo isso faz surgir a necessidade de novos modelos e paradigmas no interpretar da Constituição Federal para que a mesma venha a refletir os anseios do povo brasileiro, fim imediato da Lei Maior.

CAPÍTULO II – AS PROXIMIDADES DO INSTITUTO DO *AMICUS CURIAE* APLICADO NO BRASIL COM O DOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA

O instituto do *Amicus Curiae* está presente no ordenamento jurídico de vários países, tribunais internacionais e cortes de direito internacional. Todavia, foi no direito norte-americano que este instituto ganhou maior projeção internacional.

Contudo, é necessário informar, desde logo, que existem inúmeras peculiaridades entre o Amigo da Corte brasileiro e o norte-americano, isto se dá devido à diferença entre os sistemas jurídicos destes países. Basicamente, o direito é proveniente de duas famílias, dois troncos jurídicos, a *common law* e a *romano-germânico*, também chamada de *civil law* que está adotada pelo direito brasileiro.

Embora a exposição destes sistemas jurídicos, incluindo suas peculiaridades, não seja objeto deste estudo, em relação ao controle de constitucionalidade realizado pelas cortes destes dois países, é imperioso tecer alguns comentários.

Segundo o as lições de Tavares (1998), o controle de constitucionalidade americano adotou o sistema difuso de controle de constitucionalidade e este modelo serviu de paradigma para o sistema de controle brasileiro e para a formação do Supremo Tribunal Federal em 1891.

Em que pese à característica predominante no sistema americano ser difuso, ele não o é totalmente, assim como o modelo europeu, com forte base Kelseniano, é totalmente concentrado.

A divisão estanque entre sistemas de controle de constitucionalidade vem sendo objeto de questionamento por parte da doutrina estrangeira e, para Fernando Fernández Segado, por exemplo, está praticamente obsoleta. Diz o espanhol, em síntese, que nem o sistema de controle de constitucionalidade americano é totalmente difuso, nem o modelo europeu Kelseniano é totalmente concentrado.

E isso acontece porque para ele não há mais qualquer sistema de controle de constitucionalidade que seja puro em si mesmo. O sistema do *judicial review* norte-americano, por exemplo, não pode ser considerado totalmente “difuso”, uma vez que os efeitos das decisões da Suprema Corte têm peculiaridades inegáveis com os do chamado “controle concentrado” praticado na Alemanha, por força do princípio do *stare decisis*, largamente utilizado no direito americano.

Da mesma maneira, não se pode dizer que o sistema existente na Alemanha é totalmente concentrado, já que existe previsão do próprio cidadão propor diretamente sua insatisfação perante a Corte Federal alemã através do denominado recurso constitucional.

2.1 Origens remotas do *Amicus Curiae*

Não existe unanimidade em relação à origem do instituto do *Amicus Curiae*. Segundo o professor Cabral (2003) ele teve seu nascedouro no direito romano.

É oportuno transcrever a lição do referido autor com escopo em Hirte:

A expressão latina *amicus curiae* significa “Amigo da Corte” (friend of the court ou Freund des Gerichts). As origens do instituto do *amicus curiae* remontam ao direito romano segundo alguns autores, mas foi certamente no direito norte-americano que a figura interventiva desenvolveu-se. De fato o sistema do common law adota o modelo do stare decisis, em que as decisões jurisprudenciais vinculam os casos semelhantes que venham a ocorrer no futuro. Assim, a força do precedente judicial pode fazer com que uma decisão proferida em relação a um litígio individual produza de algum modo efeitos a todos os futuros processos de mesma natureza. Surge então a necessidade de possibilitar que setores sociais diversos possam influenciar as decisões judiciais, ainda que não possuam interesse ou relação direta com o objeto do processo em que se manifestam (2003, p. 114).

Assim, é importante registrar que a idéia do *amicus curiae*, no sentido de proporcionar à sociedade a participação democrática nas decisões das cortes constitucionais, após a segunda grande guerra.

Outrossim, foi nos Estados Unidos da América que o instituto revelou sua grande importância. Isto se deu pelas peculiaridades do sistema de controle de constitucionalidade preponderantemente difuso que lá é adotado.

2.2 Entendendo o funcionamento da Corte Constitucional Americana

Com escopo nas obras de Baum (1987), Woodward e Armstrong (1985) apontarei, ainda que sucintamente, o funcionamento da Suprema Corte Americana. Inicialmente, no que diz respeito à sua competência, ela poderá ser originária (*trial jurisdiction ou original jurisdiction*) ou recursal (*appellate jurisdiction ou review jurisdiction*).

A competência originária ocorre em determinados casos importantes, que repercutem para o país, como conflitos entre os Estados-membros, o chefe do Poder Executivo e o Congresso, entre outros. Nisto, assemelha-se à competência do Supremo Tribunal Brasileiro, à medida que numa leitura sistemática dos artigos que tratam de sua competência na Lei Maior, art. 101 ao art. 103, averiguamos hipóteses semelhantes.

Em relação à competência recursal, ocorre no ordenamento jurídico americano a possibilidade de apenas dois recursos: o *appeal* e o *Writ of certiorari*. Ambos os recursos passam por um critério de seleção rigoroso e um tanto quanto obscuro. Rigoroso por que faz-se necessária a demonstração da importância da matéria aventada, além da existência de conflitos interpretativos em relação a outras cortes do país ou conflito com decisões da própria Suprema Corte Americana.

Já a obscuridade, acima referida, está na falta de exigência de fundamentação para que um recurso seja rejeitado, pois questões preliminares ao julgamento do mérito são discutidas em sessão secreta, a contagem de votos não é revelada e a lei não exige fundamentação. Neste jaez, acredito que o sistema brasileiro é dotado de maior transparência.

A exigência de motivação está expressa na Constituição Federal de 1988 para as decisões judiciais e administrativas do Poder Judiciário, em razão do exposto no art. 93, incisos IX e X, respectivamente. E como bem anota a professora Lúcia Valle Figueiredo (2003, p. 51) “se quando o Judiciário exerce função atípica – a administrativa – deve motivar, como conceber esteja o administrador desobrigado da mesma conduta?”.

Ora, não se sabe se é por conta de tantos momentos de exceção que ocorreu na História brasileira, mas o certo é que existe um sentimento de desconfiança em relação às tomadas de decisões dos poderes constituídos. Pelo sim ou pelo não, vigora no Brasil o princípio da motivação das decisões, tanto em relação ao Poder Judiciário como em relação também ao Poder Executivo. Nisto, o sistema neste país se distancia do norte-americano. Outrossim, vale ressaltar, que o sistema de controle de constitucionalidade americano é preponderantemente difuso, enquanto que no Brasil pode ocorrer tanto de forma difusa quanto concentrada.

2.3 Significado da expressão *amicus curiae* no direito americano

A expressão *amicus curiae* vem do latim e tem variado semanticamente quando utilizada no plural para *amici curiae*. Traduzindo para o português significa “amigo da cúria”. Todavia, parece mais plausível a tradução, ante a nossa tradição jurídica, para “amigo do tribunal”.

Pesquisando em textos em inglês, principalmente com o recurso da Internet, foi possível encontrar a expressão *friend of the court*² para o *amicus curiae*, que se traduzindo chega-se a mesma conclusão do parágrafo anterior.

²Disponível na Internet via http://en.wikipedia.org/wiki/Amicus_curiae. Acesso em 02/02/2009.

2.4 O que se entende por *friend of the court*

Na visão de um ex-presidente da Suprema Corte Americana, o *friend of the court* é “alguém que não é parte na causa, mas que acredita que a decisão da corte pode afetar seu interesse”³.

O que se percebe e nisto há similitude entre a atuação do *amicus curiae* no Brasil e nos Estados Unidos é a possibilidade de atuação distintas, deste terceiro, no processo de controle de constitucionalidade.

Ora, se o *friend of the court* ingressa no processo porque tem algum interesse em relação a ele e interesse *latu senso* porque pode ser jurídico, mas também político, religioso, ético etc; sua atuação não será simplesmente de um terceiro que almeja assistir a corte para que esta profira um julgamento com mais acuidade, tomando conhecimento de certos aspectos que lhe seriam esclarecedores diante do caso concreto.

Há um interesse patente no julgamento do causa e assim se sobressai à natureza de assistente processual do *amicus curiae*. Contudo, se este não tiver interesse na causa e foi levado a ingressar na mesma para meramente auxiliar os julgadores, se aproxima da figura do perito processual, em uma nova remodelagem conferida pela evolução processual.

Se observarmos a Lei 9.868/99, que regula o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal, perceberemos pela análise de dois dispositivos – art. 7º, § 2º ou art. 9º, § 1º, que o ingresso do *amicus curiae* tem natureza distinta, como será pormenorizadamente demonstrado em capítulo próprio desta pesquisa.

³ REHNQUIST, William H. The supreme court, p.89. Disponível em http://en.wikipedia.org/wiki/amicus_curiae Acesso em 30.11.2005.

CAPÍTULO III - O *AMICUS CURIAE* NO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE BRASILEIRO: ASPECTOS PROCESSUAIS

A Lei Federal nº 9.868/99 estabelece normas gerais aplicáveis ao processo de controle abstrato de constitucionalidade. O art. 7º, § 2º, da referida Lei, assegura a órgãos ou entidades, considerada a sua representatividade e a relevância da matéria em discussão, o direito de intervirem, na qualidade de *amicus curiae*, nos autos de processo de controle abstrato de constitucionalidade.

Contudo, a maioria da doutrina afirma que a fiscalização abstrata da constitucionalidade se faz através de um processo objetivo. Segundo o Ministro Gilmar Ferreira Mendes (1990, p. 250-251) “o processo objetivo é um processo sem sujeitos, destinado, pura e simplesmente, à defesa da Constituição. Não se cogita, propriamente, a defesa de interesse do requerente, que pressupõe a defesa de situações subjetivas”.

Conforme Binenbojm (2005):

É que, ao contrário dos processos intersubjetivos, em que as partes contendem em torno de direitos ou interesses em conflito, o processo de controle abstrato da constitucionalidade não envolve pessoas ou interesses concretos, cingindo-se à aferição, em tese, da compatibilidade de uma norma determinada com outra que lhe é hierarquicamente superior. Diz-se, assim, que tal processo é objetivo no sentido de que não envolvem situações jurídicas de caráter individual, destinando-se não à solução de litígios intersubjetivos, mas à guarda da Constituição. O Supremo Tribunal Federal adota placidamente a tese acima, não sem algumas mitigações em determinados pontos.

Uma das decorrências dessa dita objetividade do processo de controle abstrato de constitucionalidade é a vedação genérica à intervenção de terceiros em feitos de tal natureza. Com efeito, não havendo direito subjetivo ou pretensão concreta deduzida pelo autor e resistida pelos réus, não poderia haver, segundo entendimento dominante, um interesse jurídico a ensejar a intervenção do terceiro na relação processual. Tal sempre foi o posicionamento do Supremo Tribunal Federal na matéria, fundado, de resto, no art. 169, §2º, do Regimento Interno da Corte, que vedava a intervenção assistencial nas representações por inconstitucionalidade (p. 73).

Embora seja esta a orientação da Corte Suprema e a própria Lei nº 9.868/99 tenha tentado expressar este entendimento, quando no art 7º consigna que “não se admitirá intervenção de terceiro no processo de ação direta de inconstitucionalidade”, a própria Lei excepciona o pensamento dominante e o próprio regimento do STF, a media que, faz previsão nos §§ 1º e 2º de modalidade de intervenção de terceiro nos processo ditos objetivos de controle de constitucionalidade.

Utiliza-se a expressão “dito objetivo” acima, de forma proposital. É inquietante pensar ser o processo de controle de constitucionalidade objetivo, sem interesse intersubjetivo.

Embora não seja este o propósito da presente dissertação, irei expor, mesmo que sucintamente, meu inconformismo.

Inicialmente, o próprio professor Binimbojm revela uma mitigação à caracterização do processo abstrato de controle de constitucionalidade como objetivo. Trata-se do instituto da pertinência temática. A nova jurisdição constitucional brasileira diz que:

Embora a constituição não o preveja, o Supremo Tribunal Federal construiu, ao longo dos últimos anos, uma robusta jurisprudência erigindo a pertinência temática como condição específica para que determinados órgãos e entidades se habilitem a manejar a ação direta de inconstitucionalidade. Tal condição consiste na relação de pertinência que deve existir entre os fins institucionais e atribuições do órgão ou entidade e o conteúdo do ato normativo impugnado por meio da ação direta. (2001, p. 142-143)

Como se vê, o argumento é pertinente no que revela ocorrer sim, um interesse subjetivo em relação às entidades que possuem legitimação para inaugurarem o processo de controle de constitucionalidade. Ademais, tal requisito evidencia o processo de jurisprudencialização que passa o direito brasileiro, a politização do Poder Judiciário, onde este estabelece deveres não previstos em lei, confrontando o princípio da legalidade, previsto no art. 5º, II da Constituição Federal.

Dessa forma, o processo deve ter constante correspondência com o sistema constitucional. Durante muito tempo o processo brasileiro estava intimamente ligado às idéias do liberalismo com sua densificação do individualismo.

Isto se dava tanto no direito material, a exemplo do código civil brasileiro de 1916, como também na parte inicial do código de processo civil.

Todavia, a nova ordem constitucional inaugura um período de solidariedade social, expressando no elenco dos direitos fundamentais suas três principais dimensões. Como acentua o professor Cândido Rangel Dinamarco (2005, p. 34) “o processo que nos serve hoje deve ser o espelho e salvaguarda dos valores individuais e **coletivos** que a ordem constitucional vigente entende de cultivar” (grifo meu).

3.1 As semelhanças entre o Assistente Processual e o amigo da corte

Numa sociedade evoluída, com o estabelecimento de normas gerais de conduta, cuja observância é imposta a todos os cidadãos, inconcebível é a solução dos conflitos de interesses através da sujeição do mais fraco, pelo mais forte. Tal forma de composição de litígios, típica de épocas em que o Estado organizado se encontrava ausente, foi substituída, no curso da história, pela função estatal jurisdicional, assumindo o Estado o dever e o poder

de julgar as pretensões apresentadas pelo integrante da sociedade que se diz violado num direito material.

Assim, a justiça é dos temas mais intrigantes do pensamento jurídico. Conceituá-la é tarefa árdua e problemática, uns até negam ser ela um problema do Direito, estando a cargo da Ética ou da Filosofia. Certo é que, desde a Filosofia Antiga com Platão e Aristóteles, até cientistas políticos contemporâneos como John Rawls, há a preocupação de enxergar a justiça em sua plenitude, para melhor entender a própria dinâmica das relações humanas e aquilo que delas decorre. Mesmo assim, adverte Gusmão (1999, p.85) a incapacidade de apreendê-la através de conceitos, já que se trata de matéria além do alcance da inteligência humana.

Na busca da tão decantada justiça, o processo é hodiernamente colocado como instrumento posto à sociedade para a sua promoção. Deste modo, arremata Grassi (2005, p. 283):

Tem sido uma preocupação constante dos processualistas modernos, além da entrega da prestação jurisdicional de forma rápida e eficiente, que os procedimentos tenham um caráter eminentemente dialético, com ampla participação das partes, que devem cooperar com o juiz na busca da verdade real.

Nesta nova configuração do processo, chamado de dialético, eleva-se demasiadamente a busca da verdade real através da participação das partes no processo. Participação esta, no sentido amplo, ensejando até mesmo o ingresso de terceiros interessados no desfecho das controvérsias processuais.

A relação jurídica processual instaura-se, a princípio, entre aqueles que figuram na petição inicial como autores ou réus. Entretanto, atenta aos princípios do acesso à justiça e da economia processual, permite a lei que a relação se amplie ou modifique, possibilitando a resolução de conflitos subsidiários entre as partes originárias e terceiros ou autorizando que esses terceiros venham aos autos prestar auxílio a uma delas.

Então, revela-se essencial fixar o conceito de terceiro. Para Carneiro (1996) terceiro é conceito que se chega por negação; é terceiro que não é parte; assim, a intervenção de terceiro no processo configura-se o ingresso no mesmo de quem não é parte. Segundo Maurício (1983), a dogmática processual civil ensina que, no processo, há várias formas de intervenção de terceiro interessado. Nesse sentido, a intervenção de terceiro é o instituto que possibilita o ingresso no processo de um terceiro, estranho à relação jurídica originária entre autor e réu, estabelecendo uma nova relação jurídica secundária dentro do processo.

Segundo a doutrina, a intervenção de um terceiro interessado poderá ser obrigatória, também chamada de coativa, ou voluntária. Será obrigatória quando a ocorrência da intervenção provier da iniciativa do juiz ou de uma das partes em litigância. Ao contrário, se

tiver sua origem em manifestação espontânea de terceiro interessado, porém, alheio ao processo, será considerada voluntária. É esta intervenção voluntária o objeto de estudo do presente trabalho, pois, nesta modalidade se insere a assistência.

Destarte, como modalidade de intervenção de terceiro no processo, a assistência processual, instituto adotado pela legislação pátria em vários compêndios de nossa legislação, presente no Código de Processo Civil Brasileiro, artigos 50 a 55, possui antiquíssima origem histórica.

Embora haja alguns processualistas que a considerem criação do direito moderno dentre eles destaca-se o professor AMAZONAS (1936). Verifica-se, através de outros processualistas de importância, em pesquisas de maior profundidade histórica, a sua existência desde o Direito Romano.

A opção metodológica do presente trabalho é a pesquisa histórica do instituto, importância que se verifica nas palavras de Reale (2000, p. 25):

O Direito é, sobretudo, um sistema histórico-cultural de garantias, e o “justo” não é senão a realização de um sistema social de vida que assegure civilmente a cada homem a afirmação e o livre desenvolvimento de sua singularidade pessoal. Podemos dizer, embora recorrendo à precariedade das imagens gráficas em problemas éticos-jurídicos, que uma ordem social justa tem duas coordenadas (a liberdade pública e a liberdade privada), coordenadas essas que se cruzam no ponto em que se situa o valor central da “pessoa humana”, sendo impossível sem elas determinar qualquer das garantias devidas aos indivíduos e aos grupos.

Torna-se necessário o estudo desta trajetória para que se possa compreender melhor este instituto processual através de uma visão geral da assistência, como foi, como é e suas perspectivas para o futuro.

3.2 A Assistência Processual no Direito Romano

Pesquisas, das mais avançadas, sobre o tema proposto neste capítulo, indicam a origem da intervenção de terceiro interessado no processo, na modalidade da assistência processual, desde o Direito Romano.

O processualista José Frederico Marques já esclarecia que a trajetória da assistência “ao que parece, remonta ao Direito Romano” (1971, p. 210). Contudo, é na pesquisa aprofundada de Costa (1968), que se encontram maiores subsídios para a confirmação desta origem histórica do instituto. Costa (1968, p. 02) esclarece:

No período antejustiniano, da *cognitio extra ordinem*, conquanto, ordinária e normalmente o processo se desenvolva entre duas partes, autor e réu, foi admitida a intervenção de um terceiro, como parte secundária ou acessória, quando tenha

interesse na causa e pretenda, com sua intervenção, que a decisão da lide seja favorável à parte, a que assiste.

Do exame dos vários textos que tratam da intervenção de terceiro no processo, seja em primeira instância, antes do julgamento da lide, seja sob forma de apelação, após a sentença do magistrado, ressalta, contudo, uma nota comum e dominante: a referência ao conluio ou ao dolo das partes.

Embora inexista, nas fontes, regulamentação sistemática da figura da intervenção de terceiro no processo, os vários textos revelam que sua admissão, no processo imperial, teve por finalidade permitir ao terceiro interessado na demanda a proteção de seu interesse contra o conluio ou o dolo das partes, o que importa em poder a intervenção ocorrer, também, contra a vontade da parte a que vem assistir.

Maurício (1983, p. 09) arremata:

Na Roma Imperial, o processo civil do período da *cognitio extra ordinem* já admitia a intervenção de terceiro visando a impedir que, pelo conluio, dolo ou negligência das partes, os efeitos da sentença *inter alios* causassem prejuízo ao interesse do interveniente.

Acontece que, embora pelo princípio da singularidade, a coisa julgada no processo só produz efeitos entre as partes que nele figuraram, muitas vezes terceiros eram prejudicados nos seus direitos ou interesses, daí a necessidade de virem a participar da relação processual. Nota-se então que esta intervenção do terceiro também está propensa a ocorrer mesmo contra a vontade da parte.

Saliente-se que o conceito inicial da assistência processual está completamente ligado a sua finalidade, ou seja, impedir que o dolo ou o conluio entre as partes originárias no processo viesse a causar-lhes prejuízos. Conclui Costa (1930, p. 99):

No direito romano, os casos de intervenção com o recurso de terceiro, acenam sempre ao dolo ou à fraude dos litigantes: a intervenção de legatário na *querella inofficiosi testamento* (Digesto, 5, 2, 29), a do patrono, na causa sobre o estado do liberto (Codex, 7, 16, 11), a dos co-herdeiros, na demanda proposta por um deles (Digesto, 49, 1, 5).

Finalmente, corroborando com tudo quanto acima esposado, a lição de Valle (1974, p.01) diz que:

Originária da legislação imperial romana, a assistência, regulada pelo *Corpus iuris Civilis*, tinha como finalidade a intervenção de terceiro no processo, a fim de evitar o conluio *inter partes*, no período da *cognitio extra ordinem* (direito antejustiniano). O terceiro era admitido como parte secundária ou acessória. Cabia antes da decisão da causa e após seu julgamento como apelação. No recurso do *dominus*, na lide do *procurator*, no testamento, o legatário, na querela inoficiosa, na lide do fiador, na ação do herdeiro contra outro, ou outros herdeiros, na do credor pignoratício quanto aos bens apenhados, em todos esses casos admitia-se a assistência. Quanto a *res iudicata*, imperava o princípio “*res inter alios iudicata nullum alis praeiudicium faciant*”.

Entre doutrinadores estrangeiros o tema acima, acerca da origem da assistência não é de modo algum pacífico. Discordando das lições acima expostas, da origem histórica da intervenção de terceiros, está no direito romano, as lições do professor espanhol Luis Madero: “em el período clásico, dominado por um rígido formalismo, era imposible em la posibilidad de que um tercero viniese a intervenir em el proceso” (1982, p. 32).

Contudo, o também espanhol, Martí (1982, p.31) nos ensina:

Dada la naturaleza de este estudio, nos pareció necesario, después de um sucinto recuento de las disposiciones recibidas Del derecho Romano y de los toques que a la figura de la oposición de um tercero em la causa dio es Derecho Germánico, detenernos com mayor amplitud em la exposición de la formación histórica de la posición procesal de um tercero, em el campo Del Derecho Canónico.

Após uma rápida digressão histórica, nos termos da citação acima, o mesmo autor opina pela origem da assistência no Direito Romano.

3.3 A Intervenção de Terceiros no Processo Canônico

No processo canônico é aceito perfeitamente a intervenção de terceiros. O professor espanhol Madero (1982, p.31) assim ensina:

La intervención Del tercero em el proceso la regula el Codex em los cánones 1.852 y 1853. el primero de ellos nos dice: *ius cuius interest admitti potest ad interviniendum in causa in qualibet litis instantia*.

Este fenómeno, em principio se presenta como anômalo, dado que si há iniciado la vida de la relación jurídico-procesal, y están ya determinados los sujetos de la misma, no parece que se pueda dar esa admisión Del tercero. Más, como acabamos de senalar, se permite, sin embargo, esa intervención em nuestro ordenamiento canónico.

Sobre a concepção da intervenção de um terceiro no processo canônico, Martí (1982, p.45) ensina da seguinte forma:

La intervención de tercero es um médio arbitrado por la ley procesal canónica para salvaguardar los intereses legítimos de los terceros, que, em alguna forma, pueden ser afectados por la sentencia de um juicio em el que ellos no toman parte. Podemos definirlo como la intromisión voluntária o forzosa, de uma tercera persona em el litígio entre dos partes litigantes.

A possibilidade da intervenção de terceiro na modalidade da assistência processual é um remédio jurídico extraordinário. A velha concepção de que a sentença só produz efeitos entre as partes e só vincula as mesmas não é uma verdade absoluta, pois, mormente terceiros são prejudicados por determinações judiciais das quais não teve a oportunidade de participar.

Deste modo, ao aceitar a assistência processual, o direito canônico demonstra não estar parado no tempo, ou seja, na época de sua maior pujança – a idade média. Demonstra sua preocupação com a busca da verdade real no processo canônico, à medida que aceita o terceiro de uma maneira que possibilita a este contribuir para o convencimento dos julgadores. Assim, Era de se esperar que a Igreja Católica mantivesse em seus sistemas jurídicos um discurso compatível com a busca da Justiça.

3.4 A Assistência como Modalidade de Intervenção de Terceiros no Processo

A divisão sistemática do Código Processual civil inseriu o instituto da assistência fora do capítulo da intervenção de terceiros. Contudo, esta é a sua natureza jurídica.

Câmara (2004, p.184), além de perfilhar este entendimento, afirma que o mesmo é prevalecente em sede doutrinária:

O código de Processo Civil regula, no capítulo dedicado à intervenção de terceiros (arts. 56 a 80), quatro figuras: oposição, nomeação à autoria, denúncia da lide e chamamento ao processo. Além destas, porém, duas outras figuras serão examinadas aqui: a assistência e o recurso de terceiro. Embora não estejam incluídas no capítulo próprio, não há dúvidas em sede doutrinária quanto à sua inclusão na categoria das intervenções de terceiros.

Esta aceitação doutrinária também pode ser conferida nas obras dos professores Greco Filho (1991, p.73 e 101) e Luiz Fux (1990, p. 07). Entrementes, crítica contundente ao tratamento que o legislador vem dando ao instituto da assistência desde o código processual anterior, encontra-se na obra do professor Santos (2004, p. 49-50) que diz:

Das várias figuras de intervenção de terceiro é a da assistência a que suscita, não só do direito estrangeiro, como no pátrio, maiores controvérsias. No direito brasileiro, para mais agravar a desinteligência, em muito contribuiu o código de Processo Civil de 1939, por disciplinar o instituto de modo demasiadamente lacônico, num único artigo. Aliás, falho de clareza e mal situado em face da sistemática que adotou quanto à distribuição das matérias, pois o art. 93, que tratava da assistência, ao invés de se encontrar no capítulo referente à intervenção de terceiro, se inseria no que regulava o litisconsórcio.

O Código de Processo Civil vigente, ainda que persistindo na idéia de que a assistência não se configura como intervenção de terceiro, tanto que a disciplinou no Cap. V Tít. II do Liv. I, aquele sob a epígrafe “Do litisconsórcio e da assistência”, desenvolveu cuidadosamente o instituto nos arts. 50 a 55.

A partir de uma interpretação sistemática do Código de Processo Civil encontrar-se-á nele mesmo o reconhecimento da assistência como uma modalidade de intervenção de terceiros no processo, pois em seu artigo 280 (com a atual redação que lhe foi conferida pela Lei nº 10.444/2002) está disposto que “no procedimento sumário não são admissíveis a ação

declaratória incidental e a intervenção de terceiros, salvo a assistência, o recurso de terceiro prejudicado e a intervenção fundada em contrato de seguro”.

Ora, é grande a importância deste dispositivo para a teoria processual, à medida que, nele está expresso o reconhecimento da natureza jurídica da assistência como modalidade de intervenção de terceiros. Adota-se, então, o conceito de terceiro fornecido por Dinamarco (1997, p.19), “considerando-se como tal àquele que não sendo parte na causa, não foi ainda citado nem interveio de forma voluntária e nem sucedeu a qualquer dos litigantes”.

3.5 Modalidades de Assistência

A assistência é definida como uma intervenção *ad coadjuvandum* (FUX, 1990, p.07). Isto demonstra que para esta categoria de intervenção de terceiros, o assistente ingressa no processo com o objetivo de auxiliar uma das partes originárias, chamada de assistido.

Há duas espécies de assistência. O que as diferencia é o tipo de interesse jurídico revelado pelo terceiro interveniente, o assistente, ao ingressar na demanda. Trata-se da assistência simples, também chamada de adesiva, e da assistência litisconsorcial ou qualificada.

Embora o objeto deste presente estudo seja a assistência simples, pela suas similitudes com o *amicus curiae*, é oportuno distinguir as duas espécies acima mencionadas. Nos termos do Código Processual, dá-se a assistência simples sempre que o assistente mantiver relação jurídica com o seu assistido. Deste modo, é esta relação com este, que impulsiona o assistido a querer voluntariamente ingressar em juízo para lhe prestar auxílio.

Conforme o artigo 54, do CPC, na assistência litisconsorcial o terceiro-assistente tem uma relação jurídica com o adversário do assistido. Para o professor Fux (1990, p.10), esta relação jurídica entre eles é a própria *res in iudicium deducta*.

Ensina Câmara (2004, p.186):

Na assistência simples qualificada o terceiro interveniente também é titular da relação jurídica deduzida no processo, embora não tenha sido parte na demanda. Sendo, porém, uma relação jurídica plúrima, não se poderia impedir que seus demais titulares ingressassem no processo, com o fim de auxiliar aquele cuja vitória lhes interessa.

É relevante a distinção das modalidades de assistência para que se proceda a uma melhor análise dos poderes que são conferidos ao assistente no processo, como também, para se determinar a que título ele intervém.

Destarte, o assistente simples tem uma atuação meramente acessória da parte a que assiste, não lhe sendo conferido poderes de opor-se à desistência da ação, ao reconhecimento jurídico do pedido ou a eventual transação entre as partes, nos termos do artigo 53, do CPC.

Contudo, o assistente qualificado, embora não seja litisconsorte porque não é parte, é tratado como se fosse, poderá exercer as mesmas faculdades que são conferidas pelo sistema aos litisconsortes. Garante-se a este assistente o mesmo tratamento formal dispensado ao litisconsorte, embora não assuma ele esta condição. Para citar apenas uma das prerrogativas que lhe são conferidas o assistido e o assistente litisconsorcial disporão de prazos em dobro, para se manifestarem no processo, desde que tenham advogados distintos (art. 191 do CPC).

Observa-se na obra do professor Humberto Theodoro Júnior, que ele utiliza um critério de diferenciação entre a assistência simples e a assistência litisconsorcial diferente dos outros autores aqui citados. Enquanto que para a maioria o cerne da questão da diferenciação entre as duas modalidades de assistência está no artigo 54 do Código de Processo Civil, ou seja, adotam o critério de que seria litisconsorcial se o terceiro tiver relação com o adversário do assistido, o referido professor adota a seguinte posição:

Quando o assistente intervém tão-somente para coadjuvar uma das partes a obter sentença favorável, sem defender direito próprio o caso é de assistência adesiva ou simples (ad adiuvandum tantum).

Quando, porém, o terceiro assume a posição de assistente na defesa direta de direito próprio contra uma das partes o que se dá é a assistência litisconsorcial. A posição do interveniente, então, passará a ser a de litisconsorte (parte) e não mais de mero assistente (art. 54). (1993, p.140).

3.6 Interesse Jurídico

O artigo 50 do Código Processual revela a necessidade de que o terceiro que deseja ingressar no processo como assistente, detenha um interesse jurídico, *in verbis*: Art. 50: “Pendendo uma causa entre duas ou mais pessoas, o terceiro, que tiver interesse jurídico em que a sentença seja favorável a uma delas, poderá intervir no processo para assisti-la”.

Ao artigo supra referido há que se fazer uma crítica ao seu aspecto redacional. Assim, com grande perspicácia, esclarece o professor Alexandre Pimentel em obra ainda não publicada:

Quando o artigo 50 disse que o interesse jurídico do assistente significa a obtenção de uma sentença favorável a uma das *partes*, óbvio, é que o assistente não pode coadjuvar a ambas as partes, ou assiste a quem figura no pólo ativo, ou a quem figura no pólo passivo.

É necessário fazer-se um delineamento do que a doutrina pátria entende acerca deste interesse jurídico imposto pela Lei. Neste jaez, ensina o professor Theodoro Júnior (1993, p.140):

A intervenção do terceiro, como assistente, pressupõe interesse. Mas seu interesse não consiste na tutela de seu direito subjetivo, porque não integra ele a lide a solucionar; mas na preservação ou na obtenção de uma situação jurídica de outrem (a parte) que possa influir positivamente na relação jurídica não-litigiosa existente entre ele, assistente, e a parte assistida.

Distinguindo interesse de fato, de interesse jurídico, afirma Santos (2004, p.51):

O interesse, que legitima o terceiro a agir como assistente de uma das partes, conquanto não seja um simples interesse de fato, mas um interesse jurídico, não se confunde com direito seu, que não está em lide. O assistente intervém fundado no interesse jurídico que tem de que a sentença não seja proferida contra o assistido, porque proferida contra este poderia influir desfavoravelmente na sua situação jurídica.

Elucidando com um exemplo o que seria um interesse meramente factual para distinguí-lo de um interesse jurídico, arremata o professor Santos (1996, p. 73):

O terceiro pode não ter interesse algum na causa e pode ter interesse de puro fato, como se dá com o credor, quando alguém reivindica bens de seu devedor, a ponto de reduzi-lo à insolvência, caso tenha bom êxito. O interesse é de fato, pois a relação jurídica, em si, entre credor e devedor não é afetada.

O professor Fredie Didier Junior qualifica o interesse jurídico como um pressuposto da intervenção, nos seguintes termos:

Permite-se a assistência porque este terceiro pode vir a sofrer prejuízos jurídicos com a prolação de decisão contra o assistido; esses prejuízos podem ser diretos/imediatos ou reflexos/mediatos. Àqueles corresponde a figura do assistente litisconsorcial; a esses, a do simples. A intervenção permite ao assistente, de certo modo, tentar influenciar no julgamento da causa.

O interesse jurídico é pressuposto da intervenção. Não se autoriza quando o interesse for meramente econômico ou afetivo. (2005, p.276). (*grifo meu*).

Diante das lições até aqui esboçadas, pode-se chegar a algumas conclusões decorrentes da existência do interesse jurídico em:

- a) existência de uma relação jurídica entre uma das partes e o terceiro-assistente;
- b) possibilidade de vir a sentença a influir na referida relação.

Dentro do campo do interesse jurídico, existe ainda a possibilidade de um interesse institucional ensejar a intervenção assistencial. Quem explica o tema é Godinho (2004, p. 831):

A situação em que se nos afigura mais evidente a presença de interesse institucional é exatamente a hipótese envolvendo prerrogativas institucionais, direitos e garantias de membros do Ministério Público. Em princípio, portanto, apenas em processos em que se possa vislumbrar prejuízo institucional atual ou potencial dos membros do Ministério Público é que se faria presente o interesse jurídico. Em suma, a esfera jurídica do Ministério Público confunde-se com as prerrogativas, direitos e deveres de seus membros e o interesse institucional é que habilitará a Instituição a ingressar em processo como assistente simples.

Limita-se este autor a inserir o interesse institucional como uma das possíveis vertentes do interesse jurídico. Esta expressão tem alcance amplo, o que, por certo, não deixa de não abarcar este interesse institucional que não se apresenta como categoria autônoma de interesse, pois, em última instância é sim também um interesse jurídico.

No que é pertinente à visão jurisprudencial acerca do interesse jurídico o Supremo Tribunal Federal adotou como critério para saber se o interesse do terceiro é, ou não jurídico, o fato de a possibilidade de vitória da parte adversária da parte assistida, causar, ou não, prejuízo juridicamente relevante ao assistente, eis a ementa que baseou esta posição do STF: "Para verificar a existência de interesse jurídico de terceiro, para intervir no processo como assistente de uma das partes, há de partir-se da hipótese de vitória da parte contrária para indagar se dela lhe adviria prejuízo juridicamente relevante" (STF-Pleno: RTJ 132/652, RT 669/215 e RF 317/213)

3.7 Da Intervenção Assistencial apenas com base num Interesse Econômico, Aspectos Polêmicos da Lei nº 9.469/97.

A Lei nº 9.469/97 instituiu uma nova modalidade de assistência processual com base num interesse econômico por parte do assistente na causa. Está assim disposto no parágrafo único do art. 5º da lei em comento:

As pessoas jurídicas de direito público poderão, nas causas cuja decisão possa ter reflexos, ainda que indiretos, de natureza econômico, intervir, independentemente da demonstração de interesse jurídico, para esclarecer questões de fato e de direito, podendo juntar documentos e memoriais reputados úteis ao exame da matéria e, se for o caso, recorrer; hipótese em que, para fins de deslocamento de competência, serão considerados partes.

Esta tentativa de sobrelevar o interesse econômico em detrimento do interesse jurídico já ocorrera em outras oportunidades. Neste sentido, afirma Didier (2003, p.106):

Em inúmeras outras oportunidades, o Poder Executivo e o legislador ordinário já tentaram afastar o interesse jurídico como requisito da assistência. Os Tribunais

repeliram tal conduta; afirmam que, ao aceitar caso de assistência sem interesse jurídico, estaria a lei ordinária ampliando a competência da Justiça Federal.

Deste modo, a principal crítica que se faz à aceitação do critério econômico como bastante para ensejar a intervenção assistencial é, justamente, as consequências em relação ao instituto da competência.

O professor Alexandre Pimentel não passou despercebido a esta questão em obra ainda não publicada e a asseverou da seguinte forma:

A questão do deslocamento da competência menciona a possibilidade de que, havendo recurso interposto pela União Federal, ou suas entidades autárquicas ou empresas públicas, o processo deverá ser processado pela justiça federal. Isso, porém, não precisava ser dito, pois o artigo 109 da Constituição Federal já havia determinado a competência da justiça federal quando na causa figurar a União, entidade autárquica ou empresa pública federal, quer na condição de interessadas, quer na condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes, exceto nas de falência, acidentes de trabalho e as sujeitas à Justiça Eleitoral e à Justiça do Trabalho. Mas, segundo o STF, o simples fato de a União Federal ou as entidades acima mencionadas ingressarem com uma petição postulando sua habilitação na condição de assistente, num processo que tramite pela justiça estadual, isso, por si só, não desloca a competência para a justiça federal. É preciso haver o reconhecimento judicial no sentido de tal condição de assistente.⁴ Note-se que a União deve *intervir* voluntariamente, não obstante o artigo 4º da Lei 5.627, de 1.12.70, haver determinado que ela fosse *citada* como assistente, nas ações judiciais em que sejam autoras, rés, assistentes ou oponentes as sociedades de seguros ou de capitalização em regime de liquidação. Este artigo, contudo, foi declarado inconstitucional pelo STF.

3.8 Da possibilidade da Intervenção Assistencial na Ação Popular, no Processo de Execução e nos Procedimentos Sumário e dos Juizados Especiais.

A lei que regulamenta a ação popular constitucional prevê expressamente a possibilidade da assistência: “É facultado a qualquer cidadão habilitar-se como litisconsorte ou assistente do autor da ação popular” (§5º, art. 6º, da Lei 4.717/65). Em relação a este tema se pronuncia Didier (2005, p.288):

O autor da ação popular atua na defesa de interesse da coletividade; como o objeto litigioso pertence a todos, pode outro cidadão-eleitor, que porventura não tenha ingressado com a ação, intervir como assistente litisconsorcial – pois é um co-legitimado. Apenas cidadão poderá intervir como assistente do autor.

⁴ Este entendimento existe desde a ordem constitucional anterior, vejamos: Relator: Min:117 - Ministro Aducto Cardoso. Julgamento: 1969/10/22. Sessão: TP - Tribunal Pleno. DJ data 29-12-69 PG. Ementa: “*Assistência. Rede Ferroviária Federal. Deslocamento da competência para o foro federal. O pedido de intervenção como assistente, ainda que formulado pela União Federal, depende de apreciação e julgamento. A Rede Ferroviária Federal responde perante o foro comum, a menos que a União reivindique e obtenha a posição de assistente ou oponente na causa. Conflito julgado procedente optando-se pela competência do Tribunal de Justiça da Guanabara para julgar a apelação, visto como não foi admitida a assistência da União*”. Prolink Softwares.

A assistência tem cabimento em qualquer tipo de procedimento, até mesmo no procedimento sumário, pois, apesar de o artigo 280 do CPC ter feito restrição interventiva, dizendo que *não será admissível ação declaratória incidental, nem a intervenção de terceiro*, ressaltou, todavia, o manejo da assistência e do recurso de terceiro prejudicado.

Quanto ao processo de execução, doutrina e jurisprudência não são unânimes. O professor Santos (2004, p.17) afirma a possibilidade da assistência tanto nos processos executivos como nos cautelares. Em posição oposta, mas sem explicitar o motivo do seu entendimento, Câmara declara nos seguintes termos (2004, p.185-186):

A assistência é cabível a qualquer tempo, e em qualquer grau de jurisdição, podendo o assistente, pois, ingressar no processo em qualquer de suas fases, e o recebendo no estado em que se encontra. É, porém, incompatível com o processo de execução.

Com este mesmo posicionamento o professor Carneiro (1996, p.115).

Santos (1996, p.78) explicita em seu estudo sobre a matéria, chamando a atenção para os embargos do devedor no processo de execução, nos seguintes termos:

Na execução não há lide a ser decidida, a não ser que se interponham embargos de devedor que são processo de conhecimento. Mas, mesmo assim, por aplicação subsidiária das normas do processo de conhecimento, na execução pode haver assistência, mormente a litisconsorcial.

No procedimento sumário, a Lei Processual Civil é explícita na possibilidade da assistência nos termos do art. 280. Já com relação ao procedimento dos juizados especiais Cíveis, de acordo com o art. 10, da Lei 9099/95, não se admite qualquer forma de intervenção de terceiro no juizado especial civil.

3.9 Poderes do Assistente

Diferentemente da assistência litisconsorcial, acredita-se que não são conferidos poderes ao assistente simples e sim atividades, como já exposto acima este terceiro interveniente atua como coadjuvante da parte assistida. “A posição do assistente simples não poderá ir além da simples ajuda, da coadjuvação. Ele não pode contrariar a linha de defesa traçada pelo assistido. Esta contrariedade, porém, terá de ser por atos positivos” (SANTOS 1996, p.74).

Embora o assistente simples não tenha as mesmas prerrogativas do assistente litisconsorcial o Código de Processo Civil reservou-lhe um tratamento especial, vejamos:

Tanto o assistente simples como o qualificado, atuam como auxiliares da parte principal, sujeitando-se aos mesmos ônus que o assistido, e podendo exercer os mesmos poderes (art. 52). Por outro lado, é aplicável à assistência simples a regra contida no parágrafo único do mesmo art. 52, segundo o qual, revel o assistido, o assistente far-lhe-á as vezes de “gestor de negócios”. É fácil entender por que este dispositivo não se aplica à assistência qualificada. É que, sendo o assistente qualificado tratado “como se fosse” litisconsorte, a ele se aplica, naturalmente, o disposto no art. 320, I, do CPC; a contestação por ele oferecida impede a produção dos efeitos da revelia face ao assistido.

Já no que concerne ao assistente simples, era preciso que houvesse norma expressa sobre o tema, e esta norma é o parágrafo único do art. 52. Há que se notar, porém, que a gestão de negócios referidas na norma não tem o mesmo alcance do instituto do Direito Civil que recebe esta denominação, tendo eficácia meramente processual. Não poderá o assistente, “gestor de negócios”, praticar atos de disposição do direito material. Em verdade, o que o sistema prevê é uma espécie de substituição processual, em que o assistente atuará em juízo em lugar do assistido. (CÂMARA, 2004, p.187-188).

3.10 Do Procedimento

O terceiro requer sua intervenção como assistente. O juiz deverá ouvir as partes já integrantes da demanda, no prazo de cinco dias. Não havendo impugnação, em regra, o requerimento será deferido.

A expressa, em regra, foi utilizada, pois com bastante eficácia asseverou o professor Maurício (1983, p.86):

Ademais, a ausência de impugnação da petição de assistência pelas partes, não significa que o juiz deve autorizar o pedido não impugnado do terceiro, tendo em vista que não há, é óbvio, vinculação para o juiz, que somente se julgar pela presença dos pressupostos processuais e das condições de admissibilidade da assistência é que o terceiro será admitido na demanda. Este, pois o motivo pelo qual prescreve o art. 51, que se não for impugnado o requerimento de assistência será deferido, uma vez que o juiz já examinou, antes da intimação das partes o seu cabimento. Daí porque, em nosso sentir, o Código pressupõe a possibilidade de indeferimento liminar do pedido de assistência.

Se houver impugnação, o magistrado, sem determinar a suspensão do processo, mandará autuar o incidente em apenso e determinará a produção de provas nos termos do art. 51 do CPC, decidindo o incidente em cinco dias. A decisão do incidente desafia o recurso de agravo, que, por questão de razão prática, deve ser por instrumento.

CAPÍTULO IV - O *AMICUS CURIAE* E AS TUTELAS DE URGÊNCIA

Com a superação da fase histórica da justiça privada, o Estado passou a monopolizar a prestação da jurisdição. Inevitavelmente, os cidadãos foram dotados do direito de exigir do Estado a solução dos conflitos de interesse que passaram a surgir. Do lado oposto, o Estado assumiu o dever de prestar a tutela jurisdicional.

No cumprimento deste dever o Estado utiliza-se do processo, que se tornou desde então o instrumento moderno de resolução dos conflitos sociais, também chamados de lides ou demandas. Embora, de suma importância, por ser meio de solução pacífica de conflitos, o processo não é o único mecanismo que atua nesta função apaziguadora. Há outras formas alternativas de justiça como, por exemplo, a conciliação e a arbitragem, tão propagada nos últimos tempos. Contudo, o presente estudo refere-se ao processo judicial e tem como proposta essencial defender a natureza constitucional da tutela de urgência, que não pode ser embaraçada ou proibida por leis infraconstitucional.

Costuma-se dividir os estudos sobre o processo em períodos, mais especificamente em três “ondas”. A primeira onda é a da autonomia do direito processual, com a conceituação dos seus institutos mais importantes como o direito de ação, como um direito abstrato e autônomo, entre outros; a segunda onda é a da instrumentalidade que levou a doutrina a consagrar o processo como um dos instrumentos de realização da justiça e a terceira é a onda da efetividade marcada pela necessidade de eficiência e agilização da prestação jurisdicional (DINAMARCO, 2005, p. 22).

É necessário compreender-se que nenhuma das fases anteriores foram superadas, elas continuam se interrelacionando com a fase atual. O que se quer passar com a divisão destes períodos processuais é o enfoque que vem sendo dado contemporaneamente.

Nesta era de globalização, na qual as relações são marcadas pelo traço da rapidez, há que ser aprimorado o processo para que seja dada aos conflitos, uma resposta estatal célere. Com pensamento parecido, discorre Alvim (1999, p. 17):

Com o crescimento da sociedade, cresceu o Estado e, conseqüentemente, multiplicaram-se os conflitos, tornando morosa a prestação jurisdicional, porquanto o poder estatal encarregado de resolvê-la, já não consegue, por inúmeras razões, desincumbir-se dela.

É o efeito, muitas vezes nefasto do tempo no processo, que se busca atenuar com as medidas de urgência, para que o processo não seja uma mera formalidade logrando alcançar seu escopo maior de instrumento de realização da justiça. Deste modo, a possibilidade de tais

medidas, pela sua importância, não fica ao talante do legislador ordinário, pois ganhou *status* constitucional com a ordem democrática de 1988.

Será este o objeto deste estudo, a demonstração de que o direito a se obter medidas de urgência tem caráter constitucional. Como a idéia de medida de urgência esta indissociável da idéia de tempo, eis a lição do professor Passos (1982, p.179):

Costuma-se dizer que o único tempo real do homem é o presente, o instante em que o seu viver se faz realidade. Mas, bem pensado, talvez o tempo único do homem seja o futuro, porque é sempre em função do tempo vindouro que o homem se lança ao desafio do seu agir. Já afirmei isso muitas vezes e repito-o agora. O tempo passado é algo definitivamente perdido; o tempo presente é por demais fugido, porque cada instante do agora já é passado e o instante por vir ainda é futuro. E é sempre em função do que está por vir, por mais próximo e por mais imediato que seja, que todo o presente se cumpre, que todo o agir do homem se realiza.

4.1 Tutelas de Urgência

A duração do processo é um de seus defeitos humanos que jamais poderão ser eliminados totalmente (CARNELUTTI 1944, p.243). Esta preocupação dos operadores do direito com o tempo e a ineficiência do modelo tradicional de tutela jurisdicional, comumente dividida em tutela de conhecimento, de execução e cautelar; fez surgir à necessidade de se buscar tutelas jurisdicionais diferenciadas (ARMELIN, 1992, p.45).

Com efeito, Marinoni (1994, p.01) observa que:

Do mesmo modo que o procedimento comum não serve para a tutela efetiva das várias situações de direito substancial, a noção de uma tutela jurisdicional descompromissada com o direito material e com a realidade social não reflete o ideal de instrumentalidade do processo. Ou seja, é insuficiente a idéia de direito à tutela jurisdicional como direito a uma sentença. Não é por razão diversa que a doutrina contemporânea passa a falar em tutela jurisdicional de direitos. A expressão tutela jurisdicional dos direitos revela um compromisso com a instrumentalidade substancial do processo; constitui um alerta contra o dogma da neutralidade do processo em relação ao direito substancial.

A tutela de urgência é por excelência um tipo da nova tutela diferenciada ou na linguagem do professor Marinoni (1994), acima transcrito, uma tutela jurisdicional de direitos. Direito a um processo célere e efetivo, um processo instrumental.

Adotar-se-á aqui a terminologia proposta por Bedaque (1998), no sentido de que as tutelas jurisdicionais podem ser, hoje, hodiernamente divididas em tutelas de cognição exauriente e tutelas de urgência. Bedaque (1998, p. 243-244), diz que:

As tutelas jurisdicionais dividem-se em dois grandes grupos: aquelas destinadas a afastar definitivamente a crise verificada no plano das relações da vida pela não atuação espontânea da regra de direito material; e as que tem por escopo possibilitar

soluções urgentes e provisórias, a fim de, que as primeiras possam servir como instrumento efetivo de aplicação das regras substanciais e de pacificação.

Há autores, dentre os quais o próprio Bedaque (1998), citado acima, que classificam as tutelas de urgência em tutelas de urgência definitivas e tutelas de urgência provisórias. Elas são precedidas de cognição sumária, porém as definitivas levam uma solução definitiva e, por óbvio, as provisórias soluções transitórias. Este estudo se refere às tutelas de urgência provisórias, precedidas de cognição sumária, possibilita soluções urgentes e provisórias tendo como fim último a ser alcançado a efetividade ao processo. Bedaque (1998, p. 244), ainda argumenta:

Existem as tutelas de urgência, precedidas de cognição sumária, que podem ser divididas em definitivas e provisórias. Aquelas, como as de cognição exauriente, são aptas a definir o litígio, no sentido de que representam a resposta final obtida no âmbito jurisdicional. Caracterizam-se, porém, pela sumariedade da cognição. As últimas, também precedidas de cognição sumária, são prestadas de forma urgente, mas constituem soluções provisórias, com função de mera segurança para o resultado final. Não são aptas a produzir esse resultado, mas contribuem para que ele possa se verificar com maior dose de utilidade possível.

Por sua vez, percebe-se dentro do contexto das tutelas de urgência provisórias a diferença entre aquelas que propiciarão ao processo um caráter conservativo, daquelas que satisfazem antecipadamente a pretensão de uma das partes.

Sobre as primeiras, de caráter conservativo, cautelares, manifesta-se o professor Destefenni (2002, p.201):

As tutelas provisórias nem sempre têm a mesma finalidade. Com efeito, ora têm uma função puramente conservativa, o que ocorre na tutela cautelar típica, ora tem uma função satisfativa/antecipatória.

Por isso é que a tutela provisória pode ser subdividida em tutela cautelar e tutela antecipatória.

A tutela antecipatória é uma espécie de tutela provisória que tem função satisfativa, pois através da antecipação dos efeitos da tutela final permite-se a fruição do bem pretendido através do processo.

Quem bem explica a função satisfativa da tutela antecipada é Marinoni (1992, p. 99), que coloca nos seguintes termos:

Quando falamos em tutela sumária antecipatória, como já foi possível perceber, queremos dizer tutela sumária satisfativa. Ou seja, assimilamos tutela antecipatória à tutela que satisfaz por antecipação, ... Não devemos, efetivamente, pensar a antecipação como antecipação no mundo jurídico. Na verdade, se concluirmos que a antecipação ocorre no mundo jurídico, ou seja, na órbita dos efeitos principais, nunca, com efeito, poderemos admitir a antecipação na tutela cautelar. Quando se fala em antecipação de determinados efeitos da sentença definitiva, portanto, se

quer dizer, obviamente, antecipação de certos efeitos materiais. Deveras, a tutela cautelar assegura os resultados práticos da tutela definitiva; atua no plano fático. Numa análise estrutural e funcional, pois se tem que a tutela sumária antecipatória, na maioria das vezes, antecipa a sentença definitiva realizando desde logo a pretensão.

Ante ao exposto, pode-se concluir que a expressão tutelas de urgência trata-se de um gênero que comporta duas espécies: a tutela cautelar (acautelatória) e a tutela antecipatória. Em certos casos, a doutrina vinha reconhecendo a ineficiência do procedimento ordinário. Assim, passou-se a se buscar, para situações de urgência, estas tutelas jurisdicionais diferenciadas, calcada em mecanismos que permitam a prestação jurisdicional com sumariedade.

4.2 Natureza Constitucional da Tutela de Urgência

A função jurisdicional não é apenas um poder, mas, sobretudo, um dever do Estado. Isso fica mais nítido olhando-se pelo prisma de que é terminantemente proibida a justiça pelas próprias mãos, chegando a constituir tipo penal o exercício arbitrário das próprias razões que, segundo o art 345 do Código Penal, consiste: “Fazer justiça pelas próprias mãos, para satisfazer pretensão, embora legítima, salvo quando a lei o permite”.

Capez (2005, p. 618), com suporte em Nelson Hungria, comenta o dispositivo legal supracitado, da seguinte forma:

Tutela-se mais uma vez a Administração da Justiça. Impede-se que o particular faça justiça pelas próprias mãos, ou seja, sobreponha-se à autoridade estatal na solução dos conflitos. Conforme assinala Hungria, “ninguém pode, arbitrariamente, fazer justiça por si mesmo. Se tenho ou suponho ter um direito contra alguém, e este não o reconhece ou se nega a cumprir a obrigação correlata, não posso arvorar-me em juiz, decidindo unilateralmente a questão a meu favor e tomando, por minhas próprias mãos, aquilo que pretendo ser-me devido, ao invés de recorrer à autoridade judicial, a quem a lei atribui a função de resolver os dissídios privados. De outro modo, estaria implantada a indisciplina na vida social, pois já não haveria obrigatoriedade do apelo à justiça que o Estado administra, para impedir que os indivíduos, nas suas controvérsias, *ad arma veniant*.”

Assim, se é vedada à pessoa à realização da justiça e, de outro lado, se é assegurado o acesso ao Poder Judiciário, somente se pode concluir que o exercício dessa função é um dever do Estado. Neste jaez, percebe-se, a importância do processo, pois se trata do instrumento que tem entre suas finalidades a solução desses conflitos, colaborando para a pacificação social. Arremata este assunto Lima (1979, p.26):

O Poder Judiciário, para exercer suas funções normais, necessita do processo, uma última análise, um processo bem estruturado, confiado a órgãos – singulares e coletivos – bem garantidos e contando com instrumentos eficientes, mesmo dentro

ainda da imperfectibilidade humana, será o meio de os indivíduos terem consciência e certeza de que, no computo geral, imperará a justiça como ideal alcançado da humanidade. Tudo o mais será usurpação, fonte de desenganos, estímulo às revoltas, se o Poder Judiciário periclitara ou for impedido de desempenhar sua alta missão histórica, política, social, jurídica, e, até, ética.

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, elevou este dever do Estado, em prestar a tutela jurisdicional, à categoria de garantia constitucional para o cidadão. Ele consta no rol dos direitos e garantias fundamentais. Embora a Carta maior tenha acolhido a expressão ‘direitos fundamentais’, na doutrina encontram-se várias outras expressões com o mesmo sentido, como por exemplo: liberdades públicas, direitos humanos, direitos públicos subjetivos, direitos naturais, entre outras.

Silva (1995, p.168-169) ensina que:

Direitos fundamentais do homem constituem a expressão mais adequada a este estudo, porque, além de referir-se a princípios que resumem a concepção do mundo e informam a ideologia política de cada ordenamento jurídico, é reservada para designar, no nível do direito positivo, aquelas prerrogativas e instituições que ele concretiza em garantias de uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas. No qualificativo fundamentais acha-se a indicação de que se trata de situações jurídicas sem as quais a pessoa humana não se realiza, não convive e, às vezes, nem mesmo sobrevive; fundamentais do homem no sentido de que a todos, por igual, devem ser, não apenas formalmente reconhecidos, mas concreta e materialmente efetivados. Do homem, não como o macho da espécie, mas no sentido de pessoa humana. Direitos fundamentais do homem significam direitos fundamentais da pessoa humana ou direitos humanos fundamentais.

Alexy (2002), comentando a posição dos direitos fundamentais no sistema jurídico alemão os caracteriza em quatro extremos: máximo rango, máxima força jurídica, máxima importância do objeto e máximo grau de indeterminação. No que pertence a máxima força jurídica ensina-nos o referido autor:

Los derechos fundamentales vinculan como Derecho directamente vigente al Legislativo, al ejecutivo y al Judicial. Esto significa una ruptura con la tradición constitucionalista Del Imperio y la República de Weimar. Em la República de Weimar abundaron los derechos fundamentales vigentes tan solo como declaraciones programáticas que no gozaban de tutela judicial. Com ánimo polémico si se quiere, cabría decir que se trataba de poesia constitucional (Verfassungslýrik). Em la República Federal, por el contrario, la observância de todos los derechos fundamentales se haila plenamente controlada pó os tribunales, comenzando por los inferiores, así em um tribunal administrativo, y terminando por el Tribunal Constitucional Federal de Karlsruhe. Esta justiciabilidad plana, a la que se acogen también otras normas constitucionales, es uno de los tesoros de la constitución. Quien pretenda escribir em la constitucion ideales políticos no justiciables, debe ser consciente de lo que se juega. Com uma sola disposicion em la Constitución no controlable judicialmente se abre camino para la perdida de su obligatoriedad. (2002, p.33).

Deste modo, fica evidenciado explicitamente a força e a necessidade de completude daquilo que se elege como direito fundamental sendo inclusive sua violação por via legislativa ordinária passível de controle através da jurisdição constitucional.

Contudo, não se confunde direitos e garantias, tratam-se de categorias jurídicas diversas, mas que têm uma relação de causa e efeito. De acordo com Miranda (1998, p.88-89):

Os direitos representam só por si certos bens, as garantias destinam-se a assegurar a fruição desses bens; os direitos são principais, as garantias são acessórias e, muitas delas, adjectivas (ainda que possam ser objeto de um regime constitucional substantivo); os direitos permitem a realização das pessoas e inserem-se directa e imediatamente, por isso, nas respectivas esferas jurídicas, as garantias só nelas se projectam pelo nexo que possuem com os direitos; na acepção jusracionalista inicial, os direitos declaram-se, as garantias estabelecem-se.

Também com propriedade Destefenni (2002, p.261) escreveu que:

Os cidadãos, para constituir o Estado, abrem mão de certos direitos, mas não de todos os direitos. Há um núcleo mínimo de garantias do cidadão, que as constituições modernas reconhecem. A palavra “reconhecem” foi utilizada conscientemente, ou seja, para exprimir a idéia de que não é a constituição que cria uma garantia ao cidadão. O texto constitucional apenas o reconhece, assumindo um compromisso de respeitar esse núcleo de direitos indelegáveis do cidadão.

Dentre as mais importantes garantias tem-se a do acesso à justiça (jurisdição), a garantia à tutela jurisdicional. Não se pode deixar de se frisar, igualmente, que estas garantias fundamentais foram positivadas na Constituição Federal e não em lei ordinária, o que acentua a garantia, elevando-se ao nível de norma constitucional pétrea. Conforme Silva (1995, p.410):

O princípio da proteção judiciária, também chamado princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, constitui, em verdade, a principal garantia dos direitos subjetivos. Mas ele, por seu turno, fundamenta-se no princípio da separação dos poderes, reconhecido pela doutrina como garantia das garantias constitucionais.

Com a separação de poderes, evita-se a concentração de poderes em um único órgão, limitando, assim, a soberania ou os detentores do poder. Nestes termos, ao Poder Judiciário é atribuído o exercício da função jurisdicional, ou seja, a função de dizer e de se efetivar o direito que é editado por outro poder. Neste contexto a Constituição Federal dispôs da seguinte forma a garantia de acesso à jurisdição no art 5º, inciso XXXV: “A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

Desta garantia constitucional pode-se também extrair o princípio da efetividade da prestação jurisdicional. No dizer de Destefenni (2002, p. 271):

O princípio da efetividade exige que a prestação jurisdicional seja tempestiva e adequada, pois, não basta, para o cidadão, dizer que ele tem direito à prestação jurisdicional. O direito a esta atividade prestada pelo Estado deve significar, antes de tudo, direito à prestação jurisdicional eficiente, sem demoras indevidas.

Todavia, é através do processo que o cidadão terá acesso ao serviço judiciário. Para isso, deve o processo ser caracterizado pela instrumentalidade como meio de atuação da jurisdição na solução de controvérsias que são apresentadas ao Judiciário pelo indivíduo isoladamente ou até mesmo pela coletividade, nos já tão difundidos direitos coletivos, que ganham força, a cada dia, por serem a atual sociedade, uma sociedade de massas.

Do processo como instrumento se exige eficiência, tempestividade e adequação. Para isso torna-se necessário se disponibilizar formas de tutelas diferenciadas, ou seja, diversos modos de processos e ou procedimentos para que se alcance a finalidade almejada no processo sem, no transcorrer do mesmo, haverem-se perdas de objeto por conta da sua, muitas vezes, necessária procrastinação. Nisto, as tutelas de urgência são imprescindíveis à função jurisdicional.

Ora, para as novas conjunturas processuais modernas não se pode admitir a supressão de nenhum tipo de processo, nem impedir o acesso a qualquer tipo de processo, sem que se comprometa o dever de eficiência da jurisdição. Além disso, a supressão da tutela de urgência deixaria o cidadão sem um remédio para uma situação de crise. Tal desiderato, sem sombras de dúvida, causar-lhe-ia indevida lesão e negar-se-ia vigência ao dispositivo constitucional que determina que nenhuma lei pode impedir que o Poder Judiciário aprecie uma situação de ameaça ao direito.

Outrossim, o dispositivo constitucional em comento, art 5º, XXXV, refere-se tanto ao termo lesão, como a ameaça de lesão, é justamente para esta segunda expressão que se evidencia, ainda mais, as tutelas de urgência. Para Noronha (1995, p. 66):

No processo moderno, inconformados muitos autores, com a ordinariedade plenária e, em consequência disso, excessiva lentidão da militância forense, quanto à prestação jurisdicional aos que delam necessitam, vêm procurando propor aos lidadores dessa área técnica a busca e a adoção de formas especiais de tutela jurisdicional, que têm sido chamadas de “tutelas diferenciadas”. Ao lado da tutela cautelar, que é por definição e estrutura rigorosamente sumarizada, persegue a doutrina a descoberta de técnicas procedimentais onde a ordinariedade e a plenitude de cognição do ente processual, extenso, complicado e moroso, ceda lugar à sumarização, ainda que com o prejuízo da incompletude do conhecimento, objetivando a obtenção de resultados mais céleres e efetivos quanto à solução dos litígios, embora essa cognição parcial das questões litigiosas, pela razão mesma de não ser exauriente de todos os pontos da controvérsia, venha a ensejar a proponibilidade de novas demandas. Essa sumarização deve, pois, consistir, inclusive na construção de modelos procedimentais adequados a ensejar decisões liminares, com inversão, diferimento ou “posticipação” do contraditório, como alerta Ovídio Baptista da Silva.

Hoje não se discute mais a autonomia do processo. A visão introspectiva serve para investigações históricas. O raciocínio teleológico e instrumental se consolida. É hora de aproximar o processo da realidade social; um processo que seja útil, produzindo resultados. De nada adianta a enumeração de direitos fundamentais voltados para o acesso à Justiça e para o devido processo legal, se o sistema não consegue materializar, concretizar e viabilizar o direito material pretendido. Por outro lado, a necessidade social de processo real não pode desprezar as conquistas da civilização, direcionadas à dignidade do ser humano, garantias processuais, insculpidas na Constituição.

Daí a importância que assume a efetividade para o fenômeno processual. A visão do acesso à Justiça passa pela efetividade, levando a um desejado processo de resultados. A sociedade exige e espera um processo de qualidade: que não abandone as garantias acumuladas na luta contra o poder tirânico e que possa produzir verdadeiros resultados, realizando pretensões de direito material. A qualidade da jurisdição não está na perfeição dos caminhos escolhidos para se chegar à verdade se o preço for a inutilidade do provimento final. Sem efetividade não existe qualidade. Nesta perspectiva, de um processo útil, está contida a noção aqui desenvolvida de tutelas diferenciadas, mais especificamente tutelas de urgência. As tutelas de urgência proporcionam densificação ao princípio do devido processo legal e ao acesso à Justiça, eis sua natureza constitucional.

4.3 Da possibilidade do *amicus curiae* requerer Tutelas de Urgência no Processo Constitucional

Segundo Haberle (2002, p.24):

Até pouco tempo imperava a idéia de que o processo de interpretação constitucional estava reduzido aos órgãos estatais ou aos participantes diretos do processo. Tinha-se, pois, uma fixação da interpretação constitucional nos órgãos oficiais, naqueles órgãos que desempenham o complexo jogo jurídico-institucional das funções estatais. Isso não significa que não se reconheça a importância da atividade desenvolvida por esses entes. A interpretação constitucional é, todavia, uma atividade que, potencialmente, diz respeito à todos.

A intervenção do *amicus curiae* surgiu no direito norte-americano no início do século vinte e começou a ser aceita no Brasil de forma informal (juntada de memoriais) na última década. A Lei nº 9.868/99 positivou este ingresso de maneira regular e formal, elevando-o a condição de “terceiro especial” (BINENBOJIM, 2005, p.17). Segundo o art. 7º, § 2º, da citada lei: “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”.

Assim, positivou-se pela primeira vez entre nós, a figura do *amicus curiae* como interveniente em processo objetivo de controle de constitucionalidade, embora o STF, informalmente, já admitisse a juntada de memoriais. Ao contrário de intervenção neutra, será tratado como participe ativo, nos termos do que propôs Haberle na sociedade aberta de intérpretes da Constituição.

Os requisitos legais para a intervenção do *amicus curiae* são a relevância do tema em debate e a representatividade da entidade que pretende se habilitar como *amicus curiae*. Até aqui a construção jurisprudencial que vem sendo implementada atribuiu os seguintes poderes processuais reconhecidos ao *amicus curiae*: manifestação escrita através de memoriais, sustentação oral e a possibilidade de recorribilidade.

Eis um voto recente em um julgado do STF proferido pelo Ministro Celso de Mello⁵, neste sentido:

Entendo que a atuação processual do *amicus curiae* não deve limitar-se à mera apresentação de memoriais ou à prestação eventual de informações que lhe venham a ser solicitadas.

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

Cumprе permitir, desse modo, ao *amicus curiae*, em extensão maior...

Deste modo, a interpretação que concede poderes restritivos ao *amicus curiae* na composição atual do Supremo Tribunal Federal é minoritária. Pela parte do voto, supra transcrito, percebe-se uma tendência na ampliação dos poderes deste terceiro amigo da corte.

A própria lei que regula o processo de controle de constitucionalidade tem disposições expressas referentes às medidas de urgência (artigos 10 a 12 e 21 da Lei 9.841/99) o que propicia o entendimento de que, diante da peculiaridade de um caso concreto e de sua relevância para a sociedade brasileira, em sua manifestação nos autos possa o amigo da corte sugerir ou até mesmo pleitear algum provimento de caráter urgente para que o próprio controle de constitucionalidade tenha caráter efetivo.

⁵ ADIN nº2.777-SP, rel. Min. Cezar Peluso, voto do Min. Celso de Melo, disponível na Internet em <http://conjur.uol.com.br/textos/23254>.

Contudo, vale registrar que embora as Constituições Brasileiras recentes tenham sempre destacado o princípio do acesso aos tribunais (com maiores ou menores restrições), sua interpretação sempre foi “pobre”, não logrando a máxima efetividade possível (GRINOVER, 1973, p.35). Destarte, é possível que uma interpretação mais extensiva para a atuação do amigo da corte propicie uma mudança neste paradigma tacanho de acesso à justiça.

CAPÍTULO V – O AMICUS CURIAE NO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE BRASILEIRO: TRAJETÓRIA E ASPECTOS PROCESSUAIS

5.1 O surgimento do *amicus curiae* no direito brasileiro.

A instituição do *amicus curiae* no Brasil não ocorreu com o advento da Lei 9.868/99, ao contrário do que se pode pensar. Na verdade, desde a Lei 6.616/78, que alterou algumas disposições da Lei 6.385/76, criadora da Comissão de Valores Mobiliários (CVM) e disciplinadora do mercado de valores mobiliários, já existe no Brasil o amigo da corte⁶.

5.1.1 A intervenção da CVM na Lei 6.618/78.

A Comissão de Valores Mobiliários – CVM é a entidade autárquica no direito brasileiro que tem a atribuição, em síntese, de regulamentar e fiscalizar o mercado mobiliário, incluindo as bolsas de valores (art. 8º da Lei 6.385/76).

Ao dar nova redação ao art. 31 da Lei 6.618/78 previu a intervenção da CVM para oferecer pareceres ou prestar esclarecimentos, em processos que tenham por objetivo matéria incluída em sua competência, prerrogativa esta que, inclusive, lhe confere a possibilidade de interpor recursos, quando as partes não o fizerem, conforme previsto no § 3º do mencionado dispositivo legal⁷.

Bem, quando a CVM atua com o objetivo de esclarecer determinadas questões do Mercado de Valores Mobiliários para esclarecer matéria fática ou técnica pertinente à questão discutida em juízo, é clara a função de auxiliar o judiciário na tarefa de resolução do litígio, figurando como verdadeira “amiga” da Corte, nos moldes pensados na origem do *amicus curiae*, como visto no capítulo anterior.

Em sendo uma instituição que rege o mercado de capitais, a sua intervenção vem com o objetivo de esclarecer determinadas questões técnicas que fogem ao alcance da pré-

⁶ TAVARES, Osvaldo Hamilton. A CVM como “amicus curiae”. Revista dos Tribunais nº 690, São Paulo: Revista dos Tribunais, abr, p. 287.

⁷ “Art. 31 – 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; § 1º - A intimação far-se-á, logo após a contestação, por mandado ou por carta com aviso de recebimento, conforme a Comissão tenha sido proposta a ação. § 2º - Se a Comissão oferecer parecer ou prestar esclarecimentos, será intimada de todos os atos processuais subsequentes, pelo jornal oficial que publica expediente forense ou por carta com aviso de recebimento, nos termos do parágrafo anterior. § 3º - A comissão é atribuída legitimidade para interpor recursos, quando as partes não o fizerem § 4º - O prazo para os efeitos do parágrafo anterior começará a correr, independentemente de nova intimação, no dia imediato aquele em que findar o das partes”

compreensão do magistrado e até esclarecer o judiciário acerca de determinadas decisões que venham colocar em risco o mercado de capitais à semelhança da *Securities and Exchange Commission* (SEC) que nos Estados Unidos, como ensina Osvaldo Hamilton Tavares, também funciona como amigo da corte⁸.

5.1.2 A intervenção do CADE na lei 8.884/94

Da mesma maneira, o Conselho de Administração e Defesa Econômica – CADE pode intervir em processo que diga respeito à matéria sujeita às suas atribuições, prevendo o art. 89 da Lei 8.884/94, que: “nos processos em que se discuta a aplicação desta Lei, o CADE deverá ser intimado para, querendo, intervir no feito na qualidade de assistente”.

Ao que parece, não se trata de intervenção assistencial pura, pois o CADE, à semelhança da CVM no art. 31 da Lei 6.385/76⁹, ingressa na lide apenas com o objetivo de prestar esclarecimentos sobre determinada questão da controvérsia discutida pelas partes, o que se trata, na verdade, de *amicus curiae*, ressalvadas as causas coletivas, como, por exemplo, quando propõe ações civis públicas para a proteção da concorrência. Nisto o jovem professor baiano não está sozinho corroborando com este pensamento o professor Milton Pereira (2003).

5.1.3 A intervenção de “interessados” na Lei 10.259/01

Porém, mais parecida ainda com a figura do amigo da corte previsto na Lei 9.886/99 é a hipótese constante no art. 14, § 7º da Lei 10.259/2001, que instituiu os Juizados Especiais Cíveis e Criminais na Justiça Federal. Referido dispositivo prevê a possibilidade do relator, na turma de Uniformização de Jurisprudência, pedir informações “a eventuais interessados, ainda que não sejam partes no processo (...) no prazo de trinta dias”.

A solicitação de informações demonstra a necessidade de o judiciário conseguir maiores subsídios para a resolução da lide, motivo pelo qual quando a intenção é ajudar se afigura também como intervenção assistencial pura, pois essa se resume a interesse jurídico,

⁸ TAVARES, Osvaldo Hamilton. A CVM como “*amicus curiae*”. **Revista dos Tribunais** n° 690, São Paulo: Revista dos Tribunais, abr. 2003, p. 286.

⁹ Fredier Didie Jr. Diferencia a intervenção do CADE em litígios relativos a interesses individuais (como Por exemplo, quando duas grandes cervejarias litigam sobre determinada questão do objeto de sua atividade econômica e litígios de interesse coletivo (quando da propositura de ações civis públicas para a proteção de concorrência, conforme previsto no art. 5º, caput, da Lei 7.347/85, cc o art. 7º, I, da Lei 8.884/94. Nos primeiros atuaria como *amicus curiae*, enquanto, nos segundos, sua intervenção “assemelha-se à de um assistente litisconsorcial”. DIDIER JR. Fredie. Recurso de terceiro: juízo de admissibilidade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, 159-160.

nos termos do art. 50 do CPC. O interesse jurídico ocorre, segundo Nelson Nery (2003) “quando a relação jurídica da qual seja titular possa ser reflexamente atingida pela sentença (p.333)’ e para o professor Athos Gusmão Carneiro “o interesse v.g. meramente afetivo, ou meramente econômico não enseja a assistência” (2003, p. 166), sendo que *in casu* quando os interessados desejam a resolução em favor de uma das partes, a intervenção é de *amicus* interessado.

5.1.4 A intervenção das pessoas jurídicas de direito público na Lei 9.469/97

Há, ainda, outra hipótese mencionada pela doutrina que é a da intervenção de pessoas jurídicas de direito público, quando envolvido interesse de natureza econômica, previsto no art. 5º da lei 9.469/97. Para alguns, como Athos Gusmão Carneiro, não se trata de intervenção assistencial, mas de “intervenção atípica”, na qualidade de *amicus curiae* (CUNHA, 2004, p. 83).

Discórdia de tal posicionamento o processualista Leonardo José Carneiro da Cunha que entende ser “intervenção anômala” de terceiros, semelhante à assistência.

Para cunha, o *amicus curiae* atua como auxiliar da justiça, diferentemente da intervenção prevista no art. 5º da lei 9.469/97, já que, neste caso, haveria interesse econômico da Fazenda Pública em participar da lide, pretendendo ver o êxito de uma das partes (2003, p. 184).

Bem, conforme já dito no início do capítulo anterior, baseada na evolução histórica do instituto no direito anglo saxão, o posicionamento aqui adotado é no sentido de que o amigo da corte se veste de duas faces: o autêntico, que atua com auxiliar do juízo, prestando informações sobre determinados pontos da lide sem que tenha interesse na manifestação em favor de alguma das partes ou, o interessado, que tem semelhanças com a figura do assistente previsto no CPC, sem que, no entanto, haja exclusividade na demonstração de interesse jurídico, conforme previsto no art. 50 do CPC, podendo ser, além do interesse jurídico, um interesse de outra qualidade, seja moral, afetivo, econômico, político etc.

Assim, em quaisquer das hipóteses acima mencionadas, a intervenção será, com certeza, na condição de *amicus curiae* autêntico se for com o objetivo de apenas auxiliar o juízo na solução da controvérsia posta no debate.

Nas demais, se houver interesse meramente jurídico pode ser confundida em determinados casos com o *amicus* interessado ou com a assistência e, quando houver outro tipo de interesse, seja de natureza econômica, moral, afetiva ou política, o instituto poderá ser confundido com o *amicus* interessado.

Na hipótese constante na lei 9.469/97, trata-se de amigo da corte interessado. Não se trata de assistência, por não envolver apenas interesse jurídico, nem se trata de *amicus autêntico*, o ajudante do poder judiciário.

Carlos Del Prá (2004, p. 62) tentou sistematizar as várias hipóteses de intervenção de *amicus curiae* no direito brasileiro, tendo classificado o instituto em três espécies principais: a) aqueles que participam do processo por impulso do juiz; b) aqueles decorrentes de poder de polícia; e c) aqueles que intervêm voluntariamente, em exercício a direito próprio de manifestação.

Os primeiros participantes por impulso do juiz, seriam os previstos no art. 9º e 20 da LADI e art. 6º, § 1º da LADPF, os segundos, referentes a intervenção do CADE e da CVM nas Leis 6.385/76 e 8.884/94, e os últimos, com possibilidade de intervenção voluntária, estariam previstos no art. 7º, § 2º da LADI, 6º, § 2º da LADPF e 14 da Lei dos Juizados Especiais Federais.

5.2 Natureza jurídica do *amicus curiae* no processo constitucional.

O processo objetivo de controle de constitucionalidade das leis, nas palavras de Gilmar Ferreira Mendes (1990, p.250), é “um processo sem sujeitos, destinado, pura e simplesmente, a defesa da Constituição. Não se cogita, propriamente, da defesa de interesse do requerente que pressupõe a defesa de situações sbjetivas.

A doutrina diverge quanto a natureza jurídica do *amicus curiae* no controle de constitucionalidade. Para uns, se trata de hipótese típica de intervenção de terceiros, para outros, trata-se de um “terceiro especial” e, por fim, existe uma terceira corrente, que diz se tratar de auxiliar do juízo.

5.2.1 Assistência qualificada.

De acordo com o posicionamento de Edgard Silveira Bueno Filho (2003, p.6) a intervenção do *amicus curiae* é uma forma qualificada de assistência, em virtude de que sua intervenção só se admite quando o terceiro seja uma entidade ou órgão representativo “ e existe a necessidade de “demonstração de interesse no julgamento da lide a favor ou contra o proponente”.

5.2.2 Terceiro especial.

A grande maioria da doutrina pátria entende que o *amicus curiae* é uma modalidade de intervenção de terceiro no processo, diferentemente das intervenções clássicas, previstas no Código de Processo Civil. Seria um “terceiro especial”.

Dirley da Cunha Júnior (2004) entende que o *amicus curiae* é um “terceiro especial” e “objetivamente interessado no desate de relevantes controvérsias constitucionais, cujo objetivo é auxiliar a Corte na interpretação constitucional” (p. 157).

No mesmo sentido, Milton Luiz pereira (2002), para quem a figura do *amicus curiae* é um “voluntário participe na construção de assentamentos judiciais para a construção de uma sociedade justa, sem confundir-se com as hipóteses comuns de intervenção”, qualificando-se como “terceiro especial ou de natureza excepcional”(p.86)

Com o mesmo entendimento Carlos Fernando Mathias de Souza, para quem “é uma intervenção especial de terceiros no processo, para além das clássicas já conhecidas¹⁰.”

Na mesma linha, Antônio do Passo Cabral (2003), para quem se trata de intervenção de terceiros sem que haja semelhança com quaisquer das modalidades de intervenção de terceiros previstas no CPC71.

E por fim, Gustavo Binenbojm, para quem a vedação à intervenção de terceiros no processo de controle abstrato de constitucionalidade das leis se refere apenas às hipóteses previstas no Código de processo Civil, motivo pelo qual entende, salientando que o Supremo Tribunal Federal inclusive já chancelou tal tese, que se trata de “terceiro especial”.

5.2.3 Auxiliar do poder judiciário

Um outro posicionamento relativo à natureza jurídica dos *amicus curiae* é o de Fredie Didier Jr. Para ele, o amigo da corte não é um terceiro, pois serve apenas de “apoio Técnico ao magistrado” (2002, p. 158) “mero auxílio, em questões técnico-jurídicas; municia o magistrado com elementos mais consistentes para que melhor possa aplicar o direito”.

Com o mesmo posicionamento, Mirela de Carvalho Aguiar (2005, p.58) que, em obra recente, conclui se tratar de “auxiliar de Juízo”, por que “ele não se justifica na prestação de

¹⁰ SOUZA, Carlos Fernando Mathias de O *amicus curiae* no ordenamento positivo brasileiro. Universidade de Brasília. Brasília. 01/04/02, p.2. Disponível em: [HTTP://www.unb.br/fd/columas_prof/Carlos_mathias/anterior_00.htm](http://www.unb.br/fd/columas_prof/Carlos_mathias/anterior_00.htm). Acesso em 03.08.2004.

auxílio de qualquer das partes (o que não implica que da sua atuação não possa decorrer tal efeito)”. Para a autora, o *amicus* “não participa do processo com parcialidade”.

5.2.4 Nosso posicionamento: uma natureza dúplice.

Ao que parece o *amicus curiae* dentro de um prisma meramente processual se afigura com característica de um terceiro especial, podendo se dividir em duas facetas que às vezes podem se confundir na mesma pessoa.

O *amicus curiae* pode atuar tanto como auxiliar do tribunal com relação aos vários aspectos controversos nos quais ele poderá ajudar a Corte a decidir, como também e geralmente assim o é, em defesa de uma das teses que irá beneficiar um seu interesse na solução da questão.

De logo, não se pode dizer que é apenas mero auxiliar do juízo. A sua participação na controvérsia em favor de uma das teses que estão sendo discutidas direta ou indiretamente irá lhe trazer a satisfação de um interesse que ele também está defendendo, seja por um motivo de ordem econômica, sejam por um interesse afetivo ou moral, etc.

O *amicus*, geralmente, ao tentar ajudar com novos argumentos, geralmente tem interesse em persuadir a Corte a julgar em favor de uma das teses que ele está apoiando no processo.

Não se confunde com nenhuma das hipóteses de intervenção de terceiros previstas no Código de Processo Civil e, guardadas as diversas diferenças entre o processo de controle abstrato e o processo comum, tem um pouco de familiaridade apenas com a assistência, em que é necessária a configuração de interesse jurídico na intervenção. O amigo da corte, ao contrário, pode representar diversas modalidades de interesse, como já visto. O que se tem observado no Brasil é que sua intervenção tem ficado parecida com a de um advogado, assim como no direito norte-americano.

Esta posição é aplicável ao processo de controle de constitucionalidade das leis. Não me refiro às outras hipóteses de intervenção de *amicus curiae* constantes na legislação pátria, já vistas anteriormente.

5.3 Do cabimento do amigo da corte em Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF

Apesar de previsto apenas no capítulo I da Lei 9.868/99, parte do diploma que disciplina o processo de Ação Direta de Inconstitucionalidade, sua utilização deve ser alargada para os outros processos de controle concentrado, em homenagem ao princípio

democrático e em face dos problemas de legitimação democrática da jurisdição constitucional, já discutidos no decorrer do presente trabalho.

Paralelamente à Lei 9.868/99, foi promulgada a lei 9.882/99, diploma legislativo que dispõe sobre o processo e julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF.

Apesar de não existir previsão expressa na LADPF da possibilidade de intervenção de amigo da corte, da mesma maneira, deve ser também admitido em tais processos, em aplicação analógica ao §2º do art. 7º da Lei 9.868/99, a fim de que seja dada oportunidade a outros intérpretes informais da Corte nos julgamentos, o que já foi admitido pelo STF em algumas ocasiões, como, por exemplo, nas ADPF's 46 e 73¹¹.

Como o processo de controle concentrado detém esse déficit democrático, toda e qualquer intervenção de *amicus curiae* que enseje a participação de mais entidades contribuirá para atenuar problema de legitimação, fora porque poderá trazer maiores subsídios à Corte na feitura da decisão que deve ser acolhida.

O min. Eros Grau, inclusive, chegou a admitir a “Conectas Direitos Humanos” em ADPF, com base no parágrafo 2º do art. 6º da Lei 9.882/99, aplicando analogicamente ao caso o § 2º do art. 7º da Lei 9.868/99¹², ficando superado no Supremo Tribunal Federal qualquer entendimento contrário à admissão de amigo da corte em ADPF.

5.4 Requisitos para intervenção: relevância da matéria e representatividade dos postulantes.

Para que determinado órgão ou entidade seja admitido como amigo da corte, é necessário que a matéria seja relevante e que a entidade tenha representatividade, conforme previsto no § 2º do art. 7º da Lei 9.868/99. Sobre tais requisitos, é necessário tecer inicialmente algumas considerações:

5.4.1 Da necessidade de uma interpretação flexível quanto ao cumprimento dos requisitos.

O referido dispositivo merece uma interpretação alargada em face das vantagens que a intervenção do *amicus curiae* traz ao processo de controle concentrado, tanto no que respeita à uma melhora na formação da decisão da Corte, como quanto à necessidade de

¹¹ O STF já admitiu ingresso de *amicus curiae* nas: ADPF 73, Rel. Min. Eros Grau (DJ de 08/08/2005, p. 27) e 46, rel. Min. Marco Aurélio (DJ de 20/06/2005, p. 7)

¹² ADPF 73 (DJ de 08/08/2005, p. 27)

democratização do controle concentrado em face dos questionamentos de legitimidade já abordados nesta dissertação.

Sem dúvida que a previsão do amigo da corte, além de se adequar ao caráter comunitário da Constituição de 1988, no sentido de abrir ainda mais a interpretação constitucional a outros entes da sociedade, além dos já previstos no art. 103 da CF, traz maior legitimidade institucional às decisões da Corte, representada aí por ONG's, associações, entidades de classe, entidades científicas e outras que venham contribuir e até pressionar o julgamento dos juizes do Supremo Tribunal Federal.

5.4.2 Relevância da matéria.

Em face da necessidade de alargamento do círculo de intérpretes, o conceito de “matéria relevante” pode ser qualquer uma das que são discutidas em sede de controle concentrado, em virtude da repercussão que tal decisão pode ter sobre o sistema jurídico e sobre os fatos. Assim, a interpretação a ser dada é a mais flexível possível, pois, em tese, qualquer matéria constitucional a ser decidida pelo STF é relevante, seja para o posicionamento dos órgãos inferiores do judiciário, seja para a atividade do Congresso Nacional, seja para a vida dos cidadãos, como, por exemplo, na interpretação dos direitos individuais.

5.4.3 Representatividade dos postulantes.

A questão da representatividade dos postulantes tem um aspecto interessante, porque se for comparado por analogia com as outras entidades legitimadas para a interposição de ADI, constantes no art. 103, apenas entidades de âmbito nacional poderiam participar do processo de controle concentrado. Ocorre que, não só leis do âmbito nacional são levadas a questionamentos perante a Corte, mas também leis estaduais e atos normativos federais e estaduais.

Por isso não apenas entidades de âmbito nacional devem ter capacidade para ingressar como *amicus curiae* no processo de controle concentrado no Supremo Tribunal Federal.

Uma outra questão é saber se inclui no conceito de “representatividade” apenas entidades representantes de classes, interesses ou associações, ou também pessoas físicas e jurídicas com autoridade na matéria, sejam professores, cientistas, ou quaisquer outras entidades especializadas que venham ajudar o tribunal a solucionar a questão. Em homenagem à utilidade que o *amicus curiae* possa trazer ao julgamento, deve-se alargar o

conceito de “representatividade” para que pessoas físicas e jurídicas com reconhecida especialização sobre o tema possam ajudar o tribunal a julgá-la.

5.4.5 Do entendimento dos Ministros do STF acerca de tais requisitos.

“O exame da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, com relação ao cumprimento de requisitos “relevância da matéria” e “representatividade” dos postulantes”, permite chegar a conclusão que não há um critério rígido uniforme para a admissão das entidades como amigo da corte, como a pesquisa constatou. Na totalidade das vezes, fica a critério do relator e de sua “boa vontade” a admissão dos *amicus curiae* no processo.

Na verdade, como a intervenção do *amicus* fica no interesse e critérios do relator, em despacho irrecorrível (art. 7º, § 2º da Lei nº 9.868/99), não houve se quer uma tentativa de uniformização jurisprudencial aos conceitos jurídicos de relevância da matéria e de representatividade dos postulantes.

E isso acontece porque sem a possibilidade de recorrer da decisão, fica mais difícil a uniformização pelo Tribunal do significado de tais requisitos em Turma ou Plenário, a não ser que suscitada em questão de ordem, preliminarmente à ocorrência de julgamentos.

A verdade é que cada Ministro tem seu posicionamento quanto à admissão ou não de entidades ao processo e pode-se dizer, do exame de quase uma centena de despachos de admissão ou de inadmissão, que alguns Ministros tem uma postura mais liberal, enquanto outros são mais rígidos na abertura do processo a outros partícipes. O Ministro Gilmar Ferreira Mendes tem admitido com flexibilidade a intervenção de *amicus curiae* nos processos de controle concentrado.

Nas últimas intervenções ocorridas em 2005, o Ministro Gilmar Mendes defendeu a necessidade de se conferir um caráter mais aberto e pluralista ao controle concentrado de constitucionalidade, com vistas a que o tribunal possa ter acesso aos fatos e prognoses legislativos, subsídios técnicos, implicações político-jurídicas e econômicas dos julgamentos, o que faria necessária a adoção pelo Tribunal, segundo Mendes, de um modelo procedimental que outorgue ao tribunal a possibilidade fazer tal aferição.

Geralmente, ao proferir longo despacho nas ADIs 2548-PR (DJ24.10.2005, p.35) e 3599-DF (DJ 22/11/2005, p. 7), ressaltou as vantagens da intervenção dos amigo da corte, todos os pedidos de intervenção são aceitos.

Na ADI 2999 – RJ¹³, por exemplo, na qual o ilustre constitucionalista figura como relator mais de 60 entidades, entre sindicatos, conselhos, confederações, associações ligadas direta ou indiretamente à saúde, indústrias de calçados, entidades religiosas e outros mais foram admitidos ao processo como *amicus curiae*. Discutia-se na referida ADI a constitucionalidade da Resolução 322 do Conselho Nacional de Saúde, questionada pela Governadora do Rio de Janeiro.

Na outra ponta, a vertente que preferimos chamar de “conservadora”, encontra-se o Ministro Marco Aurélio que, geralmente ressaltando a excepcionalidade da intervenção de terceiros no processo de controle concentrado, indefere muitos pedidos de intervenção de amigo da corte. Em alguns despachos, o Ministro fez menção a requisitos não previstos em lei para admissão como, por exemplo, pertinência temática (ADPF 46 (DJ 20/06/2005, p.7; DJ de 16/06/2005, p. 45), necessidade de a decisão alcançar a entidade (ADPF 46 (DJ 20/06/2005, p. 7); ADPF 70 (DJ de 20/06/2005, p. 7), inoportunidade, interesse direto da entidade ADI 3459-RS (DJ de 13/08/2004, p.75) e complexidade da matéria (ADI 3604-AM (DJ de 30/11/2005, p. 7).

Por outro lado, em contradição ao sentido dessas decisões, o mesmo relator indeferiu a participação do Ministério Público do Rio Grande do Norte, nos autos da ADI 302-RN, porque “pouco importa que o diploma envolvido beneficie este ou aquele órgão” (ADI 3028 – RN (DJ 03/12/2003, p. 21).

Em outra decisão, entendeu indispensável para admitir as entidades “a convicção” do relator sobre a necessidade de ouvi-las. (ADI 3522-RS (DJ 24/10/2005)

Na ADI 3522-RS, o Min. Marco Aurélio indeferiu como amigo da corte de candidatos aprovados em concurso público para o serviço cartorial e notarial do Rio Grande do Sul, cuja constitucionalidade estava sendo discutida em ADIN, porque segundo ele a intervenção “visa a esclarecimentos de órgão ou entidade, e não a defesa de interesse individual” (ADI 3522 – RS (DJ 07/11/2005, p. 4)

¹³ Atuam no processo como *amicus curiae*, entre outras entidades: A CONFEDERAÇÃO DAS SANTAS CASAS DE MISERICÓRDIA, HOSPITAIS E ENTIDADES FILANTRÓPICAS – CMB; a FEDERAÇÃO DAS ASSOCIAÇÕES DE RENAIAS E TRANSPLANTADOS DO BRASIL – FARBRA; a CONFEDERAÇÃO BRASILEIRA DE APOSENTADOS E PENSIONISTAS – COBRAP, o CONSELHO ESTADUAL DE SAÚDE DO RIO GRANDE DO SUL – CES/RS, o SINDICATO DOS TRABALHADORES E SERVIDORES EM SERVIÇOS DE SAÚDE PÚBLICOS, CONVENIADOS, CONTRATADOS E/OU CONSORCIADOS AO SUS E PREVIDÊNCIA DO ESTADO DO PARANÁ – SINDSAÚDE/PR, GRUPO OTIMISMO DE APOIO A PORTADORES DE HEPATITE C, O SINDICATO DOS ODONTOLOGISTAS NO ESTADO DE GOIÁS – SOEGO, O GRUPO DE APOIO À PREVENÇÃO DA AIDS – GAPA/RS, o SINDICATO DOS ENFERMEIROS DO ESTADO DE SÃO PAULO – SEESP, o CONSELHO FEDERAL DE SERVIÇO SOCIAL – CFESS; o CONSELHO FEDERAL DE NUTRICIONISTAS – CFN; a FEDERAÇÃO BRASILEIRA DAS ASSOCIAÇÕES DE SÍNDROME DE DOWN; o SINDICATO DOS TRABALHADORES NAS INDÚSTRIAS DE REFINAÇÃO, DESTILAÇÃO, EXPLORAÇÃO E PRODUÇÃO DE PETRÓLEO NOS ESTADOS DO PARANÁ E SANTA CATARINA – SINDIPETRO PR/SC; A FEDERAÇÃO DAS MISERICÓRDIAS E ENTIDADES FILANTRÓPICAS E BENEFICIENTES DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO; a CONFEDERAÇÃO NACIONAL DOS TRABALHADORES EM SEGURIDADE SOCIAL – CNTSS e A ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE PÓS GRADUAÇÃO EM SAÚDE COLETIVA.

Nos autos da ADI 3504-SP, onde se discutia ato do TRT da 15ª Região, referente ao preenchimento de cargos de direção daquela corte, foi indeferida a participação da Associação dos Magistrados do Brasil – AMB “face a problemática representatividade” de tal entidade, tendo salientado que os “magistrados da justiça do trabalho contam com associação de âmbito nacional específica – a ANAMATRA” (ADI 3504 – SP (DJ 0908/2005, p. 4).

Devem ser mencionados, ainda, os despachos do Min. Joaquim Barbosa que inadmitiu a participação de determinado sindicato por não ter acrescido “nenhum subsídio fático ou jurídico relevante” (ADI 2961-MG (DJ 14/04/2004, p. 4) ao processo, bem como outra inadmissão, referente ao Sindicato dos Médicos do Distrito Federal “porque não logrou demonstrar que detém experiência e autoridade em matéria de saúde social.

O Ministro Sepúlveda Pertence, também, indeferiu determinado pedido de intervenção na ADPF 77 porque “não se encontram novidades ou maiores informações” (ADPF 77 (DJ 06/10/2005, p. 10) ou porque “não há qualquer documento ou estudo referente ao tema”.

Já o Min. Celso de Mello tem sido também uma postura liberal na admissão das entidades. Aliás, responsável pela primeira admissão de *amicus curiae* ainda antes da Lei 9.868/99 e pelo voto que possibilitou ao amigo da corte a faculdade de fazer sustentação oral, o Ministro Celso de Mello geralmente admite a participação de *amicus* nos processos em que figura como relator.

A pesquisa observou que todos os pedidos de ingresso de partidos políticos (ADI 3345-DF (DJ 29/08/2005, p. 05) e ADI 3320 Mc-MS (Rel. Min. Celso de Mello, p. no DJU 06/06/2005, p. 55) e Estados de Federação¹⁴ foram deferidos pelo Ministro Celso de Mello “porque presentes as condições”. No geral, não há um exame mais rígido por parte do Ministro acerca do cumprimento dos requisitos legais.

Geralmente o Ministro Celso de Mello admite a entidade, declinando no despacho apenas que “presentes as condições” fixadas no parágrafo 2º do art. 7º da lei 9.868/99, sem fundamentar como ou por qual motivo estão aquelas condições preenchidas (ADI 3194-RS, p. no DJ de 08/11/2005, p.5)

Deve-se salientar também alguns despachos de inadmissão, com prazo para correção, por não ter sido anexado o instrumento procuratório, como nas ADI 3320-MC (Relator Min. Celso de Mello, DJ de 17/08/2005, p.6), 3498 (Rel. Min. Ellen Gracie, DJ de 22/06/2005, p.66) e 3573-DF (rel. Min. Carlos Britto, DJ de 19/10/2005, p. 33).

¹⁴ ADPF 3540-DF (Rel. Min. Celso de Mello), na qual foi admitida a participação dos Estados de São Paulo, Minas Gerais, Espírito Santo, Bahia e Amazonas.

Em suma, do exame dos vários despachos de admissão ou inadmissão de entidades, os ministros do Supremo geralmente silenciam sobre o que vem a ser “relevância da matéria”. Com relação a “representatividade dos postulantes”, existe certa variação no entendimento dos Ministros.

De logo é bom ressaltar que, geralmente, o fato da entidade não ter âmbito nacional não é motivo de indeferimento de ingresso do *amicus* ao processo. Todavia, uma relação de pertinência entre o ato atacado e a natureza da entidade tem sido exigida pelos Ministros, com algumas exceções, como visto, quando, por exemplo, dá-se mais ênfase à utilidade de intervenção.

A título de exemplificativo, o STF já admitiu como amigo da corte a associação dos Magistrados Catarinenses (ADI 2.130-3), o Ministério público do Estado do Rio de Janeiro (ADI 2.223-DF) e do Rio Grande do Sul (ADI 2039-RS), O instituto de Resseguros do Brasil (ADIn 2.540RJ), a Companhia Energética de Brasília (ADIn 1.104-9), a Loteria do Estado do Pará (ADI 3259-PA), a Confederação nacional dos Trabalhadores na Agricultura – CONTAG (ADI 2.999 –I-RJ), a Conectas Direitos Humanos (ADPF 73-DF), o Sindicato dos Notários e Registradores de Minas Gerais (ADI 2961-MG), o Centro de Direitos Humanos (ADImc 3268- RJ), o Grupo de Apoio a Prevenção da AIDS e o Grupo Otimismo de Apoio a portadores de Hepatite “C” (ADI 2999-RJ), a Associação Nacional dos Procuradores e o Instituto Brasileiro de Advocacia Pública – IBAP (ADI 3056-RN), dentre outros.

5.5 Da possibilidade de sustentação oral

Foi visto no capítulo anterior a possibilidade do amigo da corte fazer sustentação oral na Suprema Corte Americana.

No Brasil, a Lei 9.868/99 não traz disposição específica sobre a possibilidade de sustentação oral. O Supremo Tribunal Federal chegou, inclusive, no ano de 2000, a negar tal prerrogativa nos autos da ADIN nº 2321-DF, em decisão proferida pelo Presidente da Corte, Min. Carlos Veloso (ADI 2.321-DF, Rel. Min. Carlos Velloso, j. em 25.10.2000. Fonte: Informativo STF, nº 208).

Posteriormente, na ADI 2.223-DF, a tese da possibilidade de sustentação oral foi novamente vencida no plenário e os Ministros Celso de Mello, Marco Aurélio e Nelson Jobin posicionaram-se a favor da possibilidade de sustentação (ADI 2.223 –DF, Rel. Min. Marco Aurélio, J. em 18.10.2001. Fonte Informativo STF nº 246). Apenas nos autos da ADIN 2.777-SP, na qual figurou como relator o Min. César Peluso em voto condutor proferido pelo Min. Celso de Mello, finalmente o Tribunal reconheceu tal possibilidade.

Vale transcrever trecho do acórdão proferido na ADIN 2.777-SP, Rel. Min. Cezar Peluso, voto do Min. Celso de Mello, J. em 26 e 27.11.2003,. Fonte Informativo STF nº 33, *verbis*:

Entendo que a atuação processual do *amicus curiae* não deve limitar-se à mera apresentação de memoriais ou à prestação eventual de informações que lhe venham a ser solicitadas.

Essa visão do problema – que restringisse a extensão dos poderes processuais do “colaborador do tribunal” - culminaria por fazer prevalecer, na matéria, uma incompreensível perspectiva reducionista, que não pode (nem deve) ser aceita por esta Corte, sob pena de total frustração dos altos objetivos políticos, sociais e jurídicos visados pelo legislador na positivação da cláusula que, agora, admite o formal ingresso do *amicus curiae* no processo de fiscalização concentrada de constitucionalidade. Cumpre permitir, desse modo, ao *amicus curiae*, em extensão maior, o exercício de determinados poderes processuais, como aquele consistente no direito de proceder à sustentação oral de razões que justificaram a sua admissão formal na causa.”

A partir de tal precedente, o Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal foi modificado pela Emenda nº 15, de 30 de março de 2004, que deu nova redação ao artigo 131 do Regimento Interno da Corte, acrescentando o parágrafo § 3º, *verbis*: “admitida a intervenção de terceiros no processo de controle concentrado, fica-lhes facultado produzir sustentação oral, aplicando-se, quando for o caso, a regra do parágrafo 2º do art. 132 deste regimento”

Inegável, portanto, agora, a possibilidade de sustentação oral.

5.6 Momento da intervenção do *amicus curiae*: até o dia anterior ao julgamento do processo de controle concentrado.

O art. 7º, § 2º da Lei 9.868/99 dispõe sobre o prazo de intervenção do amigo da corte, nestes termos, *verbis*: “O relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, poderá, por despacho irrecorrível, admitir, observado o prazo fixado no parágrafo anterior, a manifestação de outros órgãos e entidades”.

O problema aqui reside no fato de que o “parágrafo anterior”, mencionado no dispositivo, foi vetado pelo Presidente da República, não tendo sequer entrado em vigência. O parágrafo vetado fazia menção à possibilidade de manifestação dos demais titulares da ADI, no prazo das informações, com a possibilidade de juntada de memoriais¹⁵. O prazo de informações é de trinta dias contado do recebimento do pedido (art.6º, parágrafo único).

¹⁵ § 1º (VETADO) Os demais titulares referidos no art. 2º poderão manifestar-se, por escrito, sobre o objeto da ação e pedir juntada de documentos reputados úteis para o exame da matéria, no prazo das informações, bem como apresentar memoriais.

Nas razões ao veto, ficou consignado expressamente pelo Presidente da República que eventual dúvida quanto ao prazo constante no parágrafo 2º “poderá ser superada com a utilização do prazo das informações previsto no parágrafo único do art. 6º”.

A doutrina praticamente não destoia com relação ao termo final de participação do *amicus curiae* no processo objetivo de controle de constitucionalidade.

O posicionamento majoritário é que a intervenção pode ocorrer até o julgamento da ação de controle concentrado¹⁶, mas há, também, opiniões no sentido de que deve ocorrer dentro do prazo das informações.

Na verdade, não há qualquer problema se a intervenção ocorrer até a data do julgamento. Saliente-se, no entanto, que o *amicus curiae* deve receber o processo no estado em que se encontra e não lhe cabe, por exemplo, ao terminar a fase de instrução da ADI, após o relatório (Lei 9.868/99, art. 9º) ingressar com documentos e novas informações ao processo, sob pena de tumulto processual.

Ressalvada, contudo, a possibilidade de que ingressa tardiamente efetuar sustentação oral na data do julgamento, o que já foi admitido pelo Supremo Tribunal Federal.

Os ministros do Supremo Tribunal Federal não tem adotado um posicionamento uniforme com relação ao termo final da intervenção do *amicus curiae* no processo de controle de constitucionalidade.

É pacífica, no entanto, a tese de que o amigo da corte recebe o processo no estado em que se encontra, “sem retroações e prejuízo do julgamento” (ADI 3522-RS, Rel. Min. Marco Aurélio, decisão proferida em 20.10.2005, p. no DJ de 27/10/2005, p. 16).

5.7 Da impossibilidade de recorrer contra a decisão que interfere a intervenção do *amicus curiae*.

De acordo com o parágrafo 2º do art. 7º da Lei 9.868/99, o despacho que admite o *amicus curiae* ao processo é irrecorrível. Questão a ser discernida é se a irrecorribilidade se aplica apenas à hipótese de admissão, ou também de inadmissão dos *amici*.

Ao que parece, a previsão de irrecorribilidade tem uma origem histórica, referente a uma admissão de amigo da corte pelo Supremo Tribunal Federal, anteriormente à Lei 9.868/99, nos autos da ADI748-4.

¹⁶ Com essa opinião: CABRAL, Antônio do Passo, Pelas asas de Hermes: a intervenção do *amicus curiae*, um terceiro especial. Revista de Direito Administrativo, nº 234, p. 138, out. dez. 2003; BINENBOM, Gustavo. A dimensão do *amicus curiae* no processo constitucional brasileiro: requisitos, poderes processuais e aplicabilidade.

Com efeito, no julgamento de Agravo Regimental na ADI 748-4, o Supremo Tribunal Federal admitiu a manifestação de *amicus curiae* no processo como colaborador informal da Corte. Na mesma decisão, entendeu que a admissão da entidade se tratava de despacho de mero expediente, sem qualquer conteúdo decisório e sem possibilidade de impugnação mediante agravo regimental. Vale conferir o julgado:

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – INTERVENÇÃO ASSISTENCIAL – IMPOSSIBILIDADE – ATO JUDICIAL QUE DETERMINA A JUNTADA, POR LINHA DE PEÇAS DOCUMENTAIS – DESPACHO DE MERO EXPEDIENTE – IRRECORRIBILIDADE – AGRAVO REGIMENTAL NÃO CONHECIDO – O processo de controle normativo perante o Supremo Tribunal Federal não admite a intervenção assistencial de terceiros . Precedentes. – Simples juntada, por linha, de peças 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 *adcoadjuvantum*. Os despachos de mero expediente – como aqueles que ordenam a juntada, por linha, de simples memorial descritivo -, por não se revestirem de qualquer conteúdo decisório, não são passíveis de impugnação mediante agravo regimental. (STF, ADI 748 AgR/RS, Rel. Min. Celso de Mello, 1994)

A impossibilidade de recorrer ou não decorrerá da inexistência de prejuízo a qualquer das partes – já que neste tipo de processo elas inexistem no sentido processual comum – pela admissão ou inadmissão do *amicus curiae* ao processo. Para Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery(2003), trata-se de decisão interlocutória o ato do relator que admite ou não a participação do *amicus curiae*. Ressalta, porém, a irrecorribilidade da decisão independentemente de admitir ou não a entidade.

Como já dito, o Supremo Tribunal Federal adotou a tese da irrecorribilidade, pelo amigo da corte, contra a decisão que indefere a sua participação, por entender que se trata de despacho e não de decisão interlocutória.

Sobre o tema vale transcrever o acórdão proferido no Agravo Regimental da ADI 748-RS, ainda antes da Lei 9.868/99.

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – INTERVENÇÃO ASSISTENCIAL – IMPOSSIBILIDADE – ATO JUDICIAL QUE DETERMINA A JUNTADA, POR LINHA, DE PEÇAS 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 peças 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 *adcoadjuvantum*. – 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). (ADI748=-AgR Relator (a): Min Celso de Mello, J. em 01/08/1994, Pleno, DJ 18-11-1994, p. 31392).

Em outra decisão, foi também adotada a impossibilidade de interposição de recurso pelo *amicus curiae*, decisão esta proferida nos autos de Agravo Regimental na ADPF 54, tendo como relator o Min. Marco Aurélio, verbis:

“Petição/STF nº 95.645/2004 DECISÃO TERCEIRO – ADMISSIBILIDADE – RECUSA – IRRECORRIBILIDADE. 1. Eis as informações prestadas pelo Gabinete: ADEF – Associação de Desenvolvimento da Família – interpõe agravo regimental contra decisão – cópia em anexo – proferida por Vossa Excelência, na qual indeferiu a respectiva intervenção, como *amicus curiae*, no processo em referência. Consigno a publicação da mencionada decisão no dia 30 de agosto deste ano e protocolização do recurso em 8 do mês em curso. 2. A decisão atacada versa sobre a aplicação, por analogia, da Lei nº 9.868/99, que disciplina também processo objetivo - ação direta de inconstitucionalidade e ação declaratória de constitucionalidade. Conforme consignado, a admissão de terceiro não implica o reconhecimento de direito subjetivo a tanto. Fica a critério do Relator, caso entenda oportuno. Na própria decisão agravada, restou esclarecido que o ato do relator mediante o qual admite, ou não, a intervenção não é passível de impugnação na via recursal – artigo 7º, § 2º, da Lei nº 9.868/99. 3. Ante o quadro, nego seguimento ao agravo, cuja peça deverá ser devolvida à agravante. 4. Publique-se. Brasília, 10 de setembro de 2004. “ (ADPF – 54 AgR DF, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, P. NO Dj 01/10/2004, P.39)¹⁷

Em face do déficit democrático dos processos de controle de constitucionalidade das leis, deve-se preferir uma interpretação que privilegie a possibilidade de participação das entidades, com vistas a lhe conferir maior legitimação democrático-participativa. Porém, não parece compatível com as atuais necessidades de desafogamento processual do STF possibilitar que o *amicus curiae* recorra da decisão que não o admitir o processo.

Se for admitida a possibilidade de interposição de Agravo Regimental a todos os pedidos de amigo da corte indeferidos pelo Supremo Tribunal Federal, como defende Binembojm, haveria grande crescimento no número de recursos para exame, pela Corte.

Apenas mediante uma reforma profunda na estrutura do Tribunal, com a diminuição do grande número de processos levados a julgamento, poder-se-á cogitar da concessão de tal prerrogativa à figura do *amicus curiae*.

No momento, não observamos uma grande vantagem no que se refere à relação custo (congestionamento) benefício (democratização-utilidade da decisão).

¹⁷ No mesmo sentido, decisão do Min. Maurício Corrêa, nos autos da ADI Agr-SP (p. no DJ de), p. 12.

BIBLIOGRAFIA

- AGUIAR, Mirella de Carvalho. **Amicus curiae**. Salvador: Juspodvm, 2005.
- ALEXY, Robert. **Colisão de Direitos fundamentais e Realização de Direitos Fundamentais no Estado de Direito Democrático**. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, n. 217, 2002.
- ALVIM, J. E. Carreira. **Tutela antecipada na reforma processual**. 2 ed. Curitiba: Juruá, 1999.
- AMARAL, Francisco. O Código Civil brasileiro e o problema metodológico de sua realização. In: **Direito Civil: Direito Patrimonial e Direito Existencial**. São Paulo: Editora Método, 2006.
- AMAZONAS, José Antonio de Almeida. **Assistência**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1936.
- ARMELIN, Donaldo. **Tutela jurisdicional diferenciada**, Revista de processo nº 65. São Paulo: RT, 1992
- BARROSO, Luís Roberto. O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas. 7 ed., Rio de Janeiro – São Paulo: Renovar, 2003.
- BAUM, Lawrence. **A suprema corte americana**. Rio de Janeiro: Forense universitária, 1987, p. 111.
- BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)**. São Paulo: Malheiros, 1998.
- BINENBOJM, Gustavo. **A dimensão do *amicus curiae* no processo constitucional brasileiro: requisitos, poderes processuais e aplicabilidade no âmbito estadual**. A & C Revista de Direito Administrativo e Constitucional, Belo Horizonte, ano 5, n. 19, p. 73-95, jan./mar. 2005.
- BINENBOJM, Gustavo. **A dimensão do *Amicus curiae* no processo constitucional brasileiro: requisitos, poderes processuais e aplicabilidade no âmbito estadual**. Mundo jurídico. Rio de Janeiro, 01/11/2004. Disponível na internet ><http://mundojuridico.adv.br/html/artigos/direitoconstitucional.htm>>. Acesso em 29/11/2004.
- BUENO FILHO, Edgard Silveira, *Amicus curiae* – a democratização do debate nos processos de controle de constitucionalidade. SOCEJUR – Sociedade de estudos jurídicos. São Paulo,

novembro de 2003. Disponível em <[http: www.socejur.com.br/artigos/amicus.doc](http://www.socejur.com.br/artigos/amicus.doc) . Acesso em 03.08.2004,> p.6-7.

CABRAL, Antonio do Passo. **Pelas asas de Hermes: a intervenção do Amicus Curiae, um terceiro especial.** Revista de Direito Administrativo, nº 234, out. dez., 2003, p. 114.

CABRAL, Antônio do Passo. **Pelas Asas de Homens: a intervenção do amicus curiae, um terceiro especial.** Revista de Direito Administrativo, nº 234, p. 118, out. dez. 2003.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal.** 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2005, vol 3.

CARNEIRO, Athos Gusmão. **Intervenção de terceiros.** 15. Ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

CARNEIRO, Athos Gusmão. **Intervenção de Terceiros.** 8 ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

CARNELUTTI, Francisco. **Sistema de derecho procesal civil,** vols. I, traducción Niceto Alcalá-Zamora y Castilho y Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Uteha Argentina, 1944.

COSTA, Alfredo de Araújo Lopes. **Da Intervenção de Terceiros no Processo.** São Paulo: C Teixeira & Cia, 1930.

COSTA, Moacyr Lobo da. **Assistência.** São Paulo: Edição Saraiva, 1968.

CUNHA JR Dirley da. **A intervenção de terceiros no processo de controle abstrato de constitucionalidade – a intervenção do particular, do co-legitimado e do amicus curiae na ADIN, ADC e ADPF,** DIDIER JRFredie e ALVIM, Tereza Arruda (orgs). **Aspectos polêmicos e atuais sobre os terceiros no processo civil e assuntos afins.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **Intervenção anômala: a intervenção de terceiro pelas pessoas jurídicas de direito público prevista no parágrafo único do art. 5º da Lei 9.469/1997,** Aspectos polêmicos E atuais sobre o terceiro o processo civil e assuntos afins. Fredie Didier Jr. E Tereza Arruda Alvim Wambier (Cord.) São Paulo: RT, 2004.

DESTEFENNI, Marcos. **Natureza constitucional da tutela de urgência.** Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2002.

DIDIER JR, Fredie. **Recurso de Terceiro:juízo de admissibilidade** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

DIDIER JR., Fredie. **Direito Processual Civil: Tutela jurisdicional Individual e Coletiva.** Salvador: JusPodium, 2005.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo.** 12 ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Intervenção de terceiros.** São Paulo: Malheiros, 1997.

FARIA, Jose Eduardo Campos de Oliveira. **Poder e legitimidade.** São Paulo, perspectiva, 1978. (P. 16).

FERRAZ, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**. 4ª edição. São Paulo: Atlas, 2004.

FIGUEIREDO, Lucia Valle. **Curso de Direito Administrativo**. 6 ed. Ver. Atual. Amp. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 51

FUX, Luiz. **Intervenção de Terceiros** (aspectos do instituto). São Paulo: Saraiva, 1990.

GODINHO, Robson. **Ministério Público e assistência: o interesse institucional como expressão do interesse jurídico**. Aspectos polêmicos e atuais sobre os terceiros no processo civil e assuntos afins. Fredie Didier Jr. e Teresa Wambier (coord.). São Paulo: RT, 2004.

GRASSI, Lúcio Gouveia. **Cognição processual civil: atividade dialética e operação intersubjetiva na busca da verdade real**. 3 ed. In leituras complementares de processo civil, org: Fredie Didier Jr.. Salvador: Edições JusPodium, 2005.

GRECO FILHO, Vicente. **Da intervenção de Terceiros**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 1991.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **As garantias constitucionais do direito de ação**. São Paulo:Revistas dos Tribunais, 1973.

GUSMÃO, Paulo Dourado de. **Filosofia do Direito**. 5 ed. rev. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

HABERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional**. A sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da constituição. Trad Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

LIMA, Alcides de Mendonça. **Finalidade do Processo**, in Revista Brasileira de Direito Processual, vol. 17, Uberaba: Forense, 1º trim. 1979.

MADERO, Luis. **La intervención de tercero em el proceso canônico**. Panplona: Ed EUNSA, 1982.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Efetividade do processo e tutela de urgência**. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 1994.

_____. **Direito processual Civil**: Obra recomendada para concursos públicos. Salvador: JusPodium, 2003

_____. **Tutela cautelar e tutela antecipatória**. São Paulo: RT, 1992.

MARQUES, José Frederico. **Instituições de Direito Processual Civil**. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1971, vol II.

MARQUES, José Frederico. **Instituições de Direito Processual Civil**. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1971, vol II.

MARTÍ, José Maria Ferre. **Proteccion procesal del tercero em el derecho canônico**. Barcelona: CEA, 1982.

MAURICIO, Ubiratan de Couto. **Assistência simples no direito processual civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983.

MAURÍCIO, Ubiratan de Couto. **Assistência simples no direito processual civil**. São Paulo: 1983.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle de Constitucionalidade – aspectos jurídicos e políticos**. São Paulo: Saraiva, 1990.

MENDES, Gilmar. **Controle de constitucionalidade – aspectos jurídicos e políticos**. Saraiva, 1990.(p. 250-251).

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. Tomo IV, 2 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1998.

NERY JR Nelson; NERY. Rosa Maria Andrade. **Código de processo Civil comentado e legislação processual civil em vigor**. 3, Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

_____. **Código de Processo Civil comentado e legislação processual civil em vigor**. 3. Ed. São Paulo; Revista dos Tribunais, 2003, 7, ed. P. 1384-1385

NORONHA, Carlos Silveira. **Apontamentos históricos da tutela diferenciada**, in *Processo Civil – evolução – 20 anos de vigência*, Coord. José Rogério Cruz e Tucci, São Paulo: Saraiva, 1995.

PASSOS, J. J. Calmon de. **Administração da justiça no Brasil**, in *estudos de direito processual em homenagem a José Frederico Marques*, São Paulo: Saraiva, 1982.

PEREIRA Milton Luiz *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, nº 28, jan – mar 2003.

PEREIRA, Milton Luiz. **Amicus curiae – intervenção de terceiros**. *Revista do CEJ nº 18*, Brasília: Centro de Estudos Judiciários da Justiça Federal, jul-set, 2002.

PRÁ, Carlos Gustavo Henrique Del. **Breves considerações sobre o amicus curiae na ADIN e sua legitimidade recursal**. Aspectos polêmicos e atuais sobre os terceiros no processo civil e assuntos afins. DIDIER Jr. Fredie; WAMBIER, Tereza Arruda. (Coor.) São Paulo: RT, 2004, p.62.

PRÁ, Carlos Gustavo Henrique Del. **Breves considerações sobre o amicus curiae na ADIN e sua legitimidade recursal**. Aspectos polêmicos e atuais sobre os terceiros no processo civil e assuntos afins. DIDIER Jr. Fredie; WAMBIER, Tereza Arruda. (coord). São Paulo:RT, 2004.

REALE, Miguel. **Horizontes do direito e da história**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

SANTOS, Ernane Fidélis dos. **Manual de Direito Processual Civil**. São Paulo: Saraiva, 1996.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras Linhas de Direito Processual Civil**. 23 ed. São Paulo: Saraiva, 2004. 2º volume.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 10 ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

TAVARES, André Ramos. **Tribunal e jurisdição constitucional**. São Paulo: Celso Bastos, 1998, p. 124-125.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

VALLE, Christino Almeida do. **Da assistência e o novo código de processo civil**. Rio de Janeiro: CEA, 1974.

WOODWARD, Bob; ARMSTRONG, Scott. **Por detrás da suprema corte**. São Paulo: Saraiva, 1985, p. 3.