

CENTRO UNIVESITÁRIO METODISTA IPA

MATHEUS SPERB

AMICUS CURIAE:
A ORIGEM, EVOLUÇÃO E APLICAÇÃO DE UM INSTITUTO MISTERIOSO

PORTO ALEGRE

2012

MATHEUS SPERB

AMICUS CURIAE:

A ORIGEM, EVOLUÇÃO E APLICAÇÃO DE UM INSTITUTO MISTERIOSO

Trabalho de conclusão de curso apresentado à banca examinadora do Curso de Direito do Centro Universitário Metodista IPA como requisito parcial para a obtenção do título de Bacharel em Direito, sob a orientação do Prof. Handel Martins Dias

Orientador: Prof. Handel Martins Dias

PORTO ALEGRE

2012

MATHEUS SPERB

AMICUS CURIAE:

A ORIGEM, EVOLUÇÃO E APLICAÇÃO DE UM INSTITUTO MISTERIOSO

Trabalho de conclusão de curso apresentado à banca examinadora do Curso de Direito do Centro Universitário Metodista IPA como requisito parcial para a obtenção do título de Bacharel em Direito.

Aprovado em: 10 de dezembro de 2012.

BANCA EXAMINADORA

Professor Handel Martins Dias - Universidade Metodista IPA

Professora Clarissa Santos Lucena - Universidade Metodista IPA

Professor Rafael Corte Mello - Universidade Metodista IPA

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus por todo o conhecimento obtido na universidade bem como por todas as amizades conquistadas.

Ao Professor Handel Martins Dias pela assistência e atenção para como o meu trabalho de conclusão.

Minha mãe, Cleusa Guedes Sperb, meu anjo eterno, que me ilumina por todos os lugares onde passo.

Meu pai, Celio Luiz Sperb, meu herói, por ter conseguido transformar as dores da minha vida em combustível para chegar até aqui.

Meu irmão, Rodrigo Sperb, por todos os magníficos exemplos de como ser uma pessoa boa e admirada.

Daniel Sperb, lhe agradeço pelo amor, carinho, respeito e amizade dedicados desde sempre.

Marcelo Gregol, por todo incentivo, respaldo e carinho.

A minha namorada, Luciana Nunes por todo amor, respeito, confiança e força.

A Angela dos Passos, por toda amizade, confiança e atenção.

RESUMO

O presente estudo tem como objetivo desvendar e analisar o *amicus curiae*, desde as suas origens até o seu desenvolvimento no *Common Law* Inglês, bem como seu surgimento e concretização no direito norte-americano. Ainda buscará a conceituação e natureza jurídica do instituo como também, o seu modo de aplicação no direito brasileiro, nas hipóteses permitidas por lei. A pesquisa inicia-se com a abordagem da divergência quanto a origem do *amicus curiae*, tendo em vista que existem teses divergentes neste sentido. Na etapa seguinte o estudo buscará demonstrar o conceito do instituto no Brasil bem como os legitimados para o ingresso no processo judicial na qualidade de *amicus curiae*. Por fim será visto como se procede a intervenção do instituto nos casos em que a doutrina depreende maior relevância.

Palavras Chaves: Intervenção de terceiros - *Amicus curiae* – Origem – Evolução - Aplicação.

ABSTRACT

The present study aims to elucidate and analyze *amicus curiae* since its remotest origins up to when it developed into the English *Common Law*, as well as its appearance and concretization into the North American Law. The study aims to search for conceptualization and juridical nature of the institute and to check its applications into the Brazilian Law, in the hypothetical ways allowed by the law. The study starts approaching the current divergence as to the origins of *amicus curiae*; next, the study will search to demonstrate the concept of the institute in Brazil as well as analyzing those considered legitimate to enter the judicial trial as *amicus curiae*. Finally, the essay will discuss how the intervention of the institute is proceeded in cases in which doctrine inferred greater relevance.

Key words: Third party intervention - *Amicus curiae* – source – evolution - application.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
1 A ORIGEM E EVOLUÇÃO HISTÓRICA	10
1.1 AS ORIGENS DO INSTITUTO	10
1.2 A EVOLUÇÃO E SUA INTRODUÇÃO NO COMMON LAW INGLÊS	14
1.3 A INFLUÊNCIA DO DIREITO NORTE-AMERICANO	17
1.4 A INTRODUÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO	24
2 A CONCEITUAÇÃO E NATUREZA JURÍDICA DO INSTITUTO	26
2.1 CONCEITO	26
2.2 NATUREZA JURÍDICA NA DOUTRINA	27
2.2.1 O <i>amicus curiae</i> como terceiro interveniente	28
2.2.2 Como auxiliar do juízo	29
2.2.3 Como assistente	30
2.3 NATUREZA JURÍDICA NA JURISPRUDÊNCIA	31
2.4 LEGITIMADOS PARA INTERVIR COMO AMICUS CURIAE	33
3 APLICAÇÃO DO INSTITUTO NO DIREITO BRASILEIRO	35
3.1 RATIONE MATERIAE	35
3.1.1 No Controle de Constitucionalidade	35
3.1.1.1 Ação Direta de Inconstitucionalidade	36
3.1.1.2 Relevância da matéria	36
3.1.1.3 Representatividade do postulante	38
3.1.1.4 Momento oportuno para a intervenção no processo	39
3.1.1.5 Prazo para manifestação	41
3.1.2 Ação Declaratória de Constitucionalidade	41
3.1.3 Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental	43
3.1.4 Recurso Extraordinário	44
3.1.5 Recurso Especial	45
3.2 RATIONE PERSONAE	47
3.2.1 Comissão de Valores Mobiliários – CVM	47
3.2.1.2 Intervenção obrigatória da CVM	48

3.2.1.3 Momento de intervir	49
3.2.1.4 Legitimidade para recorrer	49
3.2.2 Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE.....	50
3.2.3 A facultatividade da intervenção do CADE	51
3.2.4 Casos em que o CADE pode intervir	51
CONCLUSÃO	52
REFERÊNCIAS.....	54

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa tem como objeto de estudo o *amicus curiae*, uma figura que no cenário jurídico brasileiro é pouco conhecida, cuja aplicação é um pouco restrita, mas que demonstra uma grande importância na busca pelo aprimoramento da justiça.

Apesar de incipiente no contexto jurídico nacional, o estudo sobre a figura do instituto mostra-se muito relevante, tendo em vista a grande utilização do instituto na Inglaterra e nos Estados Unidos, bem como a aplicação do *amicus curiae*, mesmo que em menor escala no direito brasileiro.

Com o avanço do mundo em um modo geral, com o aperfeiçoamento tecnológico e científico, bem como com o crescente número de demandas que exigem uma técnica mais ampla dos julgadores, faz-se necessário que o direito busque alternativas para que o Poder Judiciário efetue um trabalho mais efetivo e qualificado.

Em se buscando uma maior qualificação na tomada de decisões em processos de grande complexidade é que conseguimos encontrar o instituto, tema da presente pesquisa.

Para que se tenha um conhecimento amplo sobre o instituto, será necessário identificar o surgimento do mesmo desde as suas origens, bem como comparar a utilização do *amicus curiae* em outros países, como também analisar o modo de aplicação dele em solo brasileiro.

O trabalho teve como meio de pesquisa o método bibliográfico, no qual se buscou o conhecimento sobre o tema, na leitura de livros, bem como na análise e interpretação de artigos e periódicos.

No primeiro capítulo do estudo será abordada a origem mais remota do *amicus curiae*, bem como sua evolução histórica e modos de aplicação nos países de tradição do *Common Law*, sendo eles a Inglaterra e os Estados Unidos da América. Ainda no primeiro capítulo será analisada a maneira em que o instituto foi introduzido no direito brasileiro a partir das leis que legitimam entidades e pessoas a intervirem no processo na qualidade de *amicus curiae*.

O segundo capítulo terá como análise a conceituação do instituto, bem como da natureza jurídica. Essas visões estarão sendo demonstradas tanto pela doutrina quanto pela jurisprudência pátria.

Já o terceiro e último capítulo deste estudo apresentará o modo de aplicação do instituto nas hipóteses admitidas em lei, as quais serão especificamente abordadas, detalhando a possibilidade de intervenção na qualidade de *amicus curiae* em cada uma das delas.

1 A ORIGEM E EVOLUÇÃO HISTÓRICA

Para que se possa desvendar e demonstrar a figura do *amicus curiae* no direito brasileiro faz-se necessário estudar, ainda que de forma compacta, a origem do instituto, onde ele foi estabelecido e os países que se utilizam do mesmo para a resolução de conflitos no Judiciário.

1.1 AS ORIGENS DO INSTITUTO

É bastante corriqueiro se ver a conceituação do termo *amicus curiae* como “terceiro que intervém em demandas judiciais com o fim de fornecer informações adicionais e relevantes aos juízes da causa”, ou mesmo como aquele que emite pareceres sobre matérias de seu interesse e sobre as quais tenha domínio. O que lhe atribui a denominação latina traduzida como “amigo da Cúria” ou “amigo da Corte”.

Há quem informe ser a procedência do instituto processual, o Direito Romano, afirmando terem sido *amici* os advogados responsáveis por auxiliar e aconselhar os julgadores na solução dos litígios (KRISLOV, 1963, p. 192).

Moreira Alves (1997, p. 192), por sua vez, aponta que no período da República de Roma os magistrados judiciais e os juízes populares tinham assessores, recrutados, em geral, entre os estudiosos do Direito, para formularem sua opinião sobre o litígio, compondo o denominado *consilium*. Tais assistentes em Direito não exerciam o papel secundário na formação das decisões, uma vez que se mostravam dispostos a recomendar posições sobre determinada matéria de direito a particulares e magistrados. Ao emitir opinião sobre os mais variados casos práticos, desempenhavam função garantidora de honra, fama e de uma carreira política de êxito (BISCH, 2010, p. 18).

Na época imperial, os governantes contavam com um conselho da mesma natureza (o *consistorium*), o qual era constituído pelos principais jurisconsultos do tempo. Foi, aliás, o Imperador Augusto quem conferiu aos jurisconsultos uma espécie de patente intitulada *ius publice respondendi*, pela qual suas respostas a consultas de litígios particulares obtinham maior autoridade do que as dos juristas sem o *ius respondendi* (ALVES, 1997, p. 92).

Desta maneira, embora o Direito Romano não fizesse menção a tais auxiliares como *amici curiae*, não é insensato apontar que a raiz do instituto esteja nos mencionados “conselheiros”, os quais, vale destacar, não eram advogados .

Em compensação, existe consenso entre alguns doutrinadores e estudiosos de que o surgimento de um tipo especial de *amicus curiae* teria origem no sistema de *common law* inglês: seu papel consistia em auxiliar as Cortes, tal como ensina Elisabetta Silvestri (1997, p. 680):

Na verdade, o seu dever é o de fornecer informações que garantam um entendimento mais acurado dos fatos controversos, de modo que a corte possa formular uma decisão mais justa, não viciada pela falta de consideração das circunstâncias relevantes que as partes, voluntariamente ou por simples descuido, tenham se omitido de indicar. Diante desse papel, é importante frisar que a intervenção do *amicus curiae* não é voltado especificamente a fornecer ao órgão, judicante elementos de convencimento idôneos a sustentar os argumentos de uma parte para sua vitória em juízo, mas visa, sobretudo, a tutelar o prestígio da corte, auxiliando-a a evidenciar as decisões manifestamente erradas.

Na Inglaterra, o instituto era utilizado principalmente em ações nas quais eram apontados os erros devidamente manifestos ou então para levar informações relevantes contidas em precedentes judiciais e em *statutes* não conhecidos ou posposto pelos juízes. Bem por isso que, para Isabel Bisch (2010), a função originária do *amicus curiae* inglês era a de “*oral Shepardizing*”, ou seja, a função do instituto era a de buscar precedentes não conhecidos pelo juiz.

Segundo Beckwith e Soberhein (1948), a prática de pessoas alheias às lides aconselharem as Cortes em alguma questão de Direito foi estabelecida na formação do *common law*, em referência a este fato existiria os *Year Books*, durante os Reinados de Eduardo III (1327 – 1377), Henrique IV (1399 – 1413) e Henrique VI (1422 – 1471)¹. Já Samuel Krislov (1963), por sua vez, destaca como uma das primeiras e relevantes intervenções de *amicus curiae* o julgado *The Protector v. Geering* (1656), no qual Gerge Treby – parlamentar inglês – argumentou perante o Tribunal o significado e a importância de *statute* aprovado pelo Parlamento. A essa época, ser advogado não era uma condição para atuar como amigo do Corte e, a fim de evitar erros, era até questão de honra que juízes bem recebessem a assistência

¹ BECKWITH; SOBERNHEIN, 1948. Disponível em: <<http://www.sec.gov/news/speech/1954/120654timbers.pdf>>

de *bystanders* (KRISLOV, 1963, p. 1017). Porém, sempre se concebeu como arbitrário o ato de deferimento da participação de pessoas alheias ao processo.

Contudo, foi nos Estados Unidos da América, a partir do século XIX, que o instituto processual tomou maior notoriedade e passou a despertar o interesse dos estudiosos em direito. Na verdade, o fator inegável para a firmação do instituto em solo americano reside na prática pioneira do *judicial review*, que salientou e, inclusive, alterou o uso do instrumento processual. Nesse contexto, é fundamental referir não ser a participação de terceiros (indivíduos, pessoas jurídicas de direito privado e pessoas jurídicas de direito público) em ações judiciais, nas quais se questiona a constitucionalidade de atos do Poder Público, obra do acaso ou ainda, simples instrumento processual inerente à democracia americana (BISCH, 2010, p. 20).

Foi na Filadélfia que os constituintes, em 1787, com sua inteligência e racionalidade prática, elaboraram a primeira Constituição escrita da história. No entanto, foi na Inglaterra onde se deram os primeiros passos na construção do *Rule of Law*, entendida essa expressão como o conjunto de instituições e de princípios essenciais à produção da dignidade das pessoas frente ao exercício arbitrário do poder do Estado, ou, nas palavras de Manoel Gonçalves Ferreira Filho (2007, p. 12), como a sujeição de todos, inclusive e especialmente das autoridades, ao Império do Direito (FERREIRA FILHO, 2007, p. 12).

Portanto, o constitucionalismo tem suas raízes nas tradições dos juristas e tribunais ingleses. Albert Venn Dicey, em seu trabalho sobre o Direito Constitucional inglês, definiu o *Rule of Law*, como uma soma de três princípios: a supremacia absoluta das normas de Direito comum em oposição a qualquer forma de poder arbitrário; a igual sujeição de todos à lei e aos Tribunais; e a consagração, pelo Direito comum, das liberdades do cidadão, a serem asseguradas pelo Judiciário (FERREIRA FILHO, 2001, p. 98).

Vale lembrar também que a noção de limitação do Poder Público por meio do respeito a pactos escritos (cujo maior exemplo é a Carta Magna de 1215), ou por meio do cumprimento aos costumes locais, já vigorava na Inglaterra medieval. Nesse sentido, Alberto Biachi (1998, p. 351) coloca, de modo muito oportuno, a ideia de “pré-história” do constitucionalismo a fase iniciada pela assinatura da Carta Magna.

Juntando a isso outras preciosas conquistas inglesas, como a petição de Direitos de 1628, o *Bill of Rights* de 1689 e o Ato do Estabelecimento de 1701, pode-

se afirmar que a Inglaterra ingressou no século XVIII com um sistema político e jurídico muito capacitado, com mecanismos peculiares de um governo constitucional: um monarca sem poderes absolutos, dois partidos políticos (*Whigs* e *Tories*), um parlamento ativo e um grupo de documentos já integrantes daquilo que é hoje a Constituição Inglesa (BIANCHI, 1999, pg. 43).

Nota-se, portanto, como peculiaridade da experiência inglesa o fato de não ter sido estabelecido um código político nacional – uma constituição formal – para obrigar limitações ao poder e conservar o histórico *Rule of Law*. Em verdade, para os ingleses, os pensamentos sobre as liberdades e garantias do homem diante do Estado são construídos e mantidos por decisões judiciais.

Quem extrai e exemplifica toda a peculiaridade do sistema jurídico inglês é a própria dinâmica do *common law*, que tem como principal fonte de Direito os próprios precedentes judiciais. A ligação entre *rule of law* e *common law* é bastante íntima e esse elo inseparável advém da realidade histórica e político-social da formação do Direito inglês (SOUZA JUNIOR, 2002, p. 99). Com efeito, na tradição inglesa, o Direito nasce exatamente do conflito, sendo as regras elaboradas para solucionar um processo e não para estabelecerem uma regra geral de conduta para o futuro.

Nascido da aplicação da justiça pelos Tribunais Reais ingleses, o *common law* unificou o Direito inglês, substituindo os particularismos jurídicos advindos dos julgamentos efetivados pelas jurisdições senhoriais da Idade Média e ganhando independência frente ao Direito Canônico aplicado pelas jurisdições eclesiásticas (DAVID, 1997, p. 346).

Para Blackstone, o sistema do *common law* é o sistema de um Direito não escrito, o que significa dizer que são os costumes gerais, juntamente com as decisões dos juízes, que formam a mais alta fonte do Direito que orienta o agir dos cidadãos e juristas, e não uma lei ou decreto (FRIEDMAN, 1995, p. 15-16). O referido autor afirma ainda que as sentenças judiciais não criariam exatamente o Direito, mas sim, representariam as declarações de direito preexistente, fruto das tradições prolongadas e costumeiras, as quais deveriam ser conhecidas por profissionais sábios e experientes – os juízes. Essas decisões, exceto no caso de manifesta irrazoabilidade ou injustiça, determinariam sua aplicação obrigatória em casos similares, pois seriam a tradução do Direito. Assim, demonstra-se pertinente a

observação de que o *common law* se desenvolveu preso em ambiente composto por advogados e membros do judiciário (BISCH, 2010. p. 25).

Na tradição jurídica se pode notar que as regras não jurisprudenciais fogem da normalidade, pois os códigos são criados como mera obra de consolidação; diferentemente dos países de família romano-germânica, onde representam um ponto de partida para a elaboração e o desenvolvimento de um novo Direito (BISCH, 2010, p. 26).

A força e continuidade histórica do sistema da *common law* foram muito bem classificadas por Roscoe Pound, que traz a tona as diversas oposições enfrentadas pelo sistema jurídico inglês. Conforme Roscoe, o *common law* superou mais de uma crise: durante o século XII, altercou a primazia de jurisdição com a igreja, força política preponderante na época; no século XVI, quando o Direito Romano se espalhava por toda a Europa, o *common law* conservou-se intacto na Inglaterra. Assim, segundo Pound, nem o Renascimento, nem a Reforma, nem a Recepção do Direito Romano abalaram o sistema inglês (POUND, 1954, p. 21).

1.2 A EVOLUÇÃO E SUA INTRODUÇÃO NO COMMON LAW INGLÊS

A intervenção de interessados e colaboradores em processos judiciais não próprios, por meio do *amicus curiae*, é compreensível, tendo em vista que o Direito inglês desenvolveu-se mormente no âmbito do Poder Judiciário. Salvo tal raciocínio, colabora o fato de que o julgamento final poderá criar precedente sobre a matéria e, a partir disso, poderá obter alcance em casos semelhantes. Mas, para bem se pensar sobre a figura do instituto, é também necessário apontar outro fator: O *adversarial system*, sistema processual nascido na Inglaterra moldado na ideia de um litígio entre dois adversários, diante de um julgador relativamente passivo. No sistema da *common law*, os advogados são os protagonistas da produção de provas e não os juízes (CHASE, 2003, p. 135-138). Bem diferente do *inquisitorial system*, existente nos países de tradição romano-germânica, a tradição inglesa vê no julgador o árbitro do litígio e nas partes, os principais responsáveis pela condução do feito. René David (1997, p. 44), sobre o papel do juiz inglês ensina:

O juiz inglês também fala pouco. Seu papel é concebido essencialmente como o de um árbitro, que ouve uns e outros e assim se convence. O papel que lhes cabe é, antes de mais nada, o de dirigir os trabalhos da audiência. Ele deve impedir que estes se dispersem e garantir sua perfeita lealdade, fazendo notadamente respeitadas as regras relativas à admissibilidade da prova e impedindo que sejam introduzidos nos debates elementos que gerem confusão. O juiz pode fazer perguntas para esclarecer o debate, mas não deve substituir os advogados e interrogar, no lugar destes, as testemunhas. (Traduzimos do vernáculo original).

Segundo Elisabetta Silvestre, o instituto *amicus curiae* ganhou espaço na Inglaterra por questionar essa visão de bipolaridade processual – sem, contudo, deixar de estar a par do litígio entre as partes. A autora afirma ainda que o instituto teria se mantido no Direito inglês também por auxiliar os Juízes ingleses a melhorarem seu convencimento, aperfeiçoando ou corrigindo o conjunto probatório elaborado (SILVESTRE, 2004, p. 69-77).

O *amicus curiae brief* antes de tudo consagrou-se como exercício jurídico em debates de direito e informações que passaram a ser colocadas por terceiros perante os Tribunais, por meio de permissão ou convite desses. E, por resultar de autorização do Poder Judiciário, não se pode dizer que o recebimento do *amicus curiae brief* seja direito subjetivo do requerente. Segundo John Belhouse e Anthony Lavers (*apud* SILVESTRE, 2004), o *amicus curiae* foi, e tem sido, utilizado para suprir as lacunas deixadas por um sistema processual centrado na resolução do conflito entre duas partes (*bi-partisan & conflicts*), construindo assim uma verdadeira alternativa para a intervenção de terceiros. Ainda nesse sentido, o instituto se fez com a representação de cidadãos potencialmente atingidos pelos processos ou resultados destes. De fato, apuram-se diversas situações nas quais alegações diferentes das trazidas pelas visões comuns das partes no processo foram recebidas pelas Cortes, ensejando visualização mais completa dos efeitos da decisão. E historicamente, notabilizou-se pelo reconhecimento de novos fatos, benéficos ao interesse público, atribuição que tradicionalmente esteve a cargo do *Attorney-General* (BISCH, 2010, p. 30).

No Direito recente a evidência do instituto apresentou-se em situações polêmicas, fazendo-se acusar o caráter consultivo do instituto. Como exemplo destaca-se o notório caso inglês das irmãs gêmeas unidas, no qual, para julgar a juridicidade da cirurgia que iria separar as irmãs fisicamente e ocasionaria, por necessário, a morte de uma delas, a *Court of Appeal* convocou pareceres de

criminalistas, do Arcebispo de Westminster e da *Pro-Life Alliance* (BELLHOUSE; LAVERS, 189-190). Uma intervenção similar a esta ocorreu no processo de extradição do ex-presidente do Chile, Augusto Pinochet, quando a Câmara dos Lordes (última instância judiciária) recebeu informações da Anistia Internacional, da República do Chile e de um jurista (BISCH, 2010, p. 30).

Mona Arshi e Colm O' Cinneide (2004, p. 69-77) ao avaliarem a crescente utilização do *amicus curiae* na Inglaterra, analisaram positivamente o instituto e o quanto este fez introduzir no âmbito judicial perspectivas antes discriminadas, além de importantes conhecimentos técnicos no processo de formação do Direito. Contudo, Sarah Hennessey, faz ressalvas críticas sobre a já comentada intervenção processual. Segundo Sarah, a abertura do Judiciário em lides individuais para interceder em conflitos de interesses e opiniões, a fim de perseguir suposto interesse público, resulta em palco de conflitos típicos do Parlamento.

Seguem-se as palavras de Mona e Colm sobre este tema:

O resultado é que o processo de tomada de decisões judiciais se torna mais semelhante ao processo legislativo. Consequentemente, o tradicional processo bipolar (*adversarial system*), com o aumento da intervenção e com a ampliação das partes e das questões debatidas, mudará de judiciário para legislativo (ARSHI; O' CINNEIDE, 2004, p. 139). (Traduzimos do vernáculo original).

Por fim, os autores ressaltam o pensamento em forma de conclusão, afirmando que a intervenção do instituto não pode substituir ou imitar o processo de consulta atribuída ao Parlamento (ARSHI; O' CINNEIDE, 2004, p. 147).

O *Attorney-General* inglês, no ano de 2001, Lord Willian, e o *Chief Justice*, Lord Woolf, constituíram um grupo de trabalho com o intuito de fazer uma nova avaliação e normatizar o *amicus curiae*, resultando em um memorial para utilização dos magistrados ingleses. A primeira mudança trazida está na nomenclatura da própria ferramenta processual, agora denominado *Advocate to the Court*. Entre outras previsões, o memorial computou as seguintes normas: a) na maioria dos casos, um *Advocate to the Court* deve ser requerido pela Corte e nomeado pelo *Attorney-General*; b) o Tribunal pode buscar assistência do *Advocate to the Court*, quando verificado perigo de que relevante e complexa questão de Direito seja decidida sem que a Corte tenha conhecimento de outras argumentações importantes; c) o *Advocate to the Court* não representa ninguém; d) advogados,

representando entidades governamentais, ou mesmo o *Attorney-General*, representando o interesse público, não são considerados *Advocates to the Court* (BISCH, 2010, p. 31).

1.3 A INFLUÊNCIA DO DIREITO NORTE-AMERICANO

Embora no tópico anterior se tenha visto que o surgimento do instituto e sua participação datam do primitivo *common law* inglês, e possivelmente do Direito Romano, a sua utilização no território americano começou no início do século XIX. Mais precisamente, foi em 1821 que se teve conhecimento da primeira utilização formal do *amicus curiae*, em *Green v. Biddle*². Neste famoso caso a Suprema Corte decidiu, declarando inconstitucional o Estatuto Parlamentar do Estado de Kentucky em que este previa indenização aos possuidores de terras, caso os proprietários não residentes no Estado recuperassem as mesmas, sem ouvir representantes daquele ente federativo. O Senador Henry Clay, agindo através das instruções dadas pelo Estado de Kentucky, foi quem interveio no processo como *friend of the Court* e fez um pedido para que houvesse uma nova audiência, o que acabou lhe sendo deferido (HALL, 1999, p. 111). Ao analisar o caso, ocorrido ainda no século XIX, a Juíza aposentada da Suprema Corte, Sandra Day O' Conner, em 1996, deu ênfase a participação de Henry Clay:

Clay foi a primeira pessoa a aparecer como *amicus curiae* diante da Suprema Corte. Tais amigos da Corte fazem-se presentes na maioria dos casos ouvidos hoje pelo nosso Tribunal, embora não mais solicitem ao mesmo novos julgamentos. Os "amigos" que hoje aparecem geralmente apresentam petições, alertando para pontos do direito, considerações políticas ou outros pontos de vista que as partes não tenham abordado. Estas petições ajudam imensamente no processo de tomada de decisões e frequentemente influenciam tanto o resultado quanto o raciocínio de nossas opiniões. Como resultado de sua aparição em *Green*, Clay foi fortemente responsável pela inauguração de uma instituição que desde então tem moldado grande parte da jurisprudência da Corte³. (Traduzimos do vernáculo original)

Este primeiro caso apresentado, apesar de sua grande importância acabou não apresentando o perfil de atuação adotado e aceito nos anos seguintes, devido

² 21 U.S. 1.

³ Disponível em: <<http://www.henryclay.org/henry-clay/attorney>>.

ao fato de que passou a exigir-se do *amicus curiae* uma precisa imparcialidade: o seu interesse processual não deveria ser em defesa de alguma das partes, mas sim de fazer guarda, de mero papel de informante e auxiliar dos julgadores. Porém, não demorou em se descobrir na atuação do *friend of the Court* outros fins propícios. Autores e réus em processos judiciais similares, com decisões pendentes de julgamento em instâncias inferiores, eram então aceitos pela Suprema Corte para apresentar suas visões por petição, como *amicus curiae* (KRISLOV, 1963, p. 703). A do posicionamento de Samuel Krislov, não se mostra sem sentido afirmar que o *amicus curiae* passou de um papel mais neutro, o qual era inicialmente desempenhado, para um papel de parte interessada. Por volta de 1930, já se verificava reconhecimento da petição de *amicus curiae* com um grupo apoiador, o que de acordo com Krislov, refletiria na utilização do instituto por organizações interessadas (BISCH, 2010, p. 50).

Seguindo esse pensamento as cortes estaduais rejeitavam, esporadicamente, as petições de *amicus curiae* quando estas se mostravam demasiadamente parciais, contudo, não era esse o posicionamento adotado pela Suprema Corte. Sobre isso Krislov (1963, p. 704) escreveu:

O *amicus* é tratado como um potencial litigante em casos futuros, como um aliado de uma das partes, ou como um representante de interesses ainda não defendidos. [...] Assim a instituição do *amicus curiae* transformou-se da neutralidade para parcialidade, da amizade para a advocacia. (Traduzimos do vernáculo original)

Com esse efeito, já em 1912, a Suprema Corte contava com diversos exemplos de *amici* nitidamente parciais e ativos protagonistas no jogo de influências sobre juízes. Um desses exemplos é o caso *Pacific Sj. Tel & Tel. Co v. Oregon*⁴, cuja discussão central residia na inconstitucionalidade de lei de Oregon, elaborada e aprovada mediante plebiscito popular, que instituiu imposto de 2% sobre a renda de companhias de telefone e telégrafo. Alguns grupos, se vendo desprovidos de força diante do parlamento local, defenderam, na condição de *amici curiae*, a invalidade da cobrança. Alegou-se ser indevida a criação de impostos por ato de iniciativa popular, sob pena de ferir o princípio republicano. Em 1919, houve outro caso que exemplifica a atuação de terceiros – empresas privadas – como *amici curiae*, no

⁴ 223 U.S. 118 (1912)

juízo do *Hamilton v. Kentucky Distil. Co.*⁵, relativo à constitucionalidade de medida governamental que proibiu a venda de bebidas destiladas em tempos de guerra (KRISLOV, 1963, p. 708). Situações assim indicavam a utilidade do *amicus curiae* no protesto de direitos econômicos e políticos, notadamente após Primeira Guerra Mundial, período em que nasceram grandes organizações aptas de se aproximarem de corpos governamentais (PURO, 1971, p. 53).

O julgamento do caso *Muller v. Oregon*⁶ se tornou um exemplo de que o *amicus brief* continha uma nítida reivindicação de direitos sociais em seu escopo. Nesse caso, Louis D. Brandeis se destacou pelo trabalho que desempenhou, ao apresentar uma nova forma de petição de *amicus curiae*, muito bem fundamentada por dados fáticos e científicos, para fazer da defesa da lei de Oregon que estabelecia o limite da jornada de 10 horas diárias de trabalho para as mulheres empregadas em lavanderias e fábricas. Brandeis expôs que, caso colocadas em risco a saúde e a segurança dos trabalhadores, a liberdade contratual poderia sim, vir a ser limitada. Brandeis apresentou sua petição em um texto de 95 laudas, contendo pareceres e relatórios de médicos europeus e americanos sobre a matéria abordada no julgamento. Ele fez isso com intuito de atacar o pensamento típico da “Era *Lochner*”, na ideia de conscientizar as Cortes sobre a importância de mudanças econômicas-sociais. Tal se fez com a nova ideia técnica de apresentar judicialmente, fatos sociais ao processo (HALL, 1999, p. 203). Neste caso a petição apresentada foi bem-sucedida, e a legislação mantida.

Todavia, sabe-se que, a partir de 1920, o precedente contido em *Lochner* foi trazido de volta e, por via direta, a doutrina da ampla liberdade contratual. Laurence Tribe relata que as decisões obtidas em casos como o julgado de *Muller v. Oregon* eram exceções, e julgamentos típicos desse período expressavam profunda incredulidade quanto a opiniões de teóricos, *experts*, ou ainda, de legisladores na condição de *factfinders* (BISCH, 2010, p. 51).

Em 1925 foi aprovado, nos Estados Unidos, o *Judiciary Act*, também conhecido como Lei Certionari. Esta foi uma aprovação do Congresso dos EUA que buscava reduzir a carga de trabalho na Suprema Corte. A partir desta aprovação ficou previsto, no Direito Norte Americano, a figura do *writ of certionari*, que é um recurso que se interpõe perante a Suprema Corte para reformulação de decisão

⁵ 251 U.S. 146 (1919)

⁶ 208 U.S. 412 (1908)

proveniente de jurisdição inferior. Através do *Certiorari*, confere-se à Suprema Corte o poder discricionário de rejeitar apelos e selecionar apenas os processos considerados relevantes, ou seja, aqueles que de fato ensejem a presença do maior Tribunal do país como centro das grandes decisões constitucionais (HALL, 1999, p.154).

Para melhor elucidar a concepção do *writ of certiorari* faz-se necessário colacionar a Regra 10 da Suprema Corte Americana, a qual estabelece os pressupostos para os casos que tenham por objeto a revisão do caso pelo Tribunal:

A revisão em um *writ of certiorari* não é uma questão de direito, mas de discricção judicial. Uma petição por *writ of certiorari* será concedida apenas por razões relevantes. Os seguintes pontos indicam o perfil dos argumentos que a Corte considera, embora sem controlar nem mensurar por completo a discricção da Corte:

- a) Quando um tribunal de apelação dos Estados Unidos toma uma decisão que entra em conflito com a decisão de tribunal estadual de última instância; atua de tal forma em desconformidade aos procedimentos judiciais usuais e aceitáveis, que acarrete o poder de supervisão próprio da Suprema Corte.
- b) Quando um tribunal estadual de última instância decide uma questão federal importante de forma a entrar em conflito com outro tribunal de última instância ou tribunal de apelação dos Estados Unidos;
- c) Quando um tribunal estadual ou federal de apelação dos Estados Unidos decide uma questão importante de direito federal que não foi – mais deveria ter sido – resolvida por esta Corte, ou decide uma questão federal importante de forma a entrar e conflito com decisões relevantes da mesma. (Traduzimos do vernáculo original)

Da regra acima exposta nota-se, de princípio, o caráter discricionário da decisão de admissibilidade do recurso interposto. Contudo, por outro lado, há hipóteses que indicam maior probabilidade de acolhimento do pedido, dentre as quais se destacam: a) quando há conflitos de decisões sobre a mesma questão, advindas de diferentes Cortes de Apelação; b) quando há divergência sobre a aplicação de lei federal entre Cortes Estaduais de última instância ou entre essas e Cortes de Apelação; c) Quando Cortes Estaduais de última instância e Cortes de Apelação decidem importante questão de Direito federal em conflito com precedentes da Suprema Corte (BISCH, 2010, p. 53).

Nesse contexto, pode-se conceituar o *writ of certiorari* como um filtro que tem por escopo a diminuição de processos levados perante a Suprema Corte. Devido ao fato de a maioria dos cidadãos litigantes não contar com a Suprema Corte

como Tribunal modificador de decisões, o *amicus curiae*, como instrumento processual, acabou assumindo um papel de maior importância, pois a sua presença alerta aos juízes sobre a verdadeira relevância das questões em litígio (KUCINSKI, 2004, p. 35). O *amicus brief* acaba por dar voz aos indivíduos, associações e partes litigantes que serão atingidos por decisão futura do Tribunal, afinal, como já ratificou a Suprema Corte, as decisões não pertencem apenas às partes, mas são concernentes à comunidade como um todo (MUNFORD, 1999, p. 279). É nesse contexto que os doutrinadores e estudiosos do tema enfatizam o seu caráter democrático e pluralista do instituto.

Vale destacar que o *amicus curiae* atua, inclusive, na fase prévia à concessão do *writ of certiorari*, e essa participação pode ser substancial para que Suprema Corte admita o reexame da decisão proferida na instância inferior. Nessa hipótese, além das partes, terceiros esforçam-se para demonstrar à Corte que o caso concreto é de relevância pública e merece, portanto, a graça de ser apreciado pela instância suprema. Assim sendo, fica cristalino que o *amicus curiae* pode atuar tanto em um momento prévio – convencendo o tribunal a revisar a decisão da instância inferior –, quanto em momento posterior – apresentando os argumentos mais relevantes sobre o mérito da questão debatida.

A respeito de tal especialidade do instituto, o Ministro Gilmar Ferreira Mendes constata que:

O sistema americano perde em parte a característica de um modelo voltado para a defesa de posições exclusivamente subjetivas e adota uma modelagem processual que valoriza o interesse público em sentido amplo. A abertura processual largamente adotada pela via do *amicus curiae* amplia e democratiza a discussão em torno da questão constitucional. A adoção de um procedimento especial para avaliar a relevância da questão, o *writ of certiorari*, como mecanismo básico de acesso à Corte Suprema e o reconhecimento do efeito vinculante das decisões por força do *stare decisis* conferem ao processo natureza fortemente objetiva (MENDES, 2008, p. 958).

Talvez aí esteja a razão do instituto ter deixado de ser mero informante e conselheiro, passando a assumir posicionamento em favor de uma das partes litigantes no processo (HARPER; ETHERINGTON, 1953, p. 1177). Isso acaba levando diversos estudiosos norte-americanos a enxergarem no *amicus curiae* um verdadeiro instrumento a serviço do *lobby* do judiciário (devido à vinculação dos interesses particulares de grupos e associações aos interesses contidos em litígios

alheios). Afirma-se ainda que, quando esses grupos interessados não atingem seus objetivos na arena legislativa, eles adentram na esfera judicial por meio do *amicus curiae brief* (SEURKAMP, 1990, p. 8-9).

Steven Puro, examinando a trajetória do instituto na Suprema Corte Americana, entre 1920 e 1966, afirma que os casos de matérias econômicas e financeiras foram os que mais tiveram adeptos de *amici curiae* (PURO, 1971, p. 70). Na primeira categoria, terceiros – especialmente a União, os Estados, agências reguladoras, sindicatos, companhias privadas e partes em casos semelhantes – atuaram significativamente em processos judiciais concernentes às relações tributárias, relações comerciais (patentes, falências e legislação *antitrust*), relações de trabalho, relações contratuais e questões econômicas advindas da Segunda Grande Guerra; na segunda – talvez a categoria na qual mais se faça ver a presença do *amicus curiae* – destacaram-se os processos relativos aos direitos civis, em que as grandes presenças foram o governo federal e as organizações de defesa social (BISCH, 2010, p. 54).

Antes de estarem consolidados os direitos civis nos Estados Unidos, através do *Civil Rights Act* de 1964, as minorias, requisitando direitos não garantidos pelo Congresso Nacional ou pelas Assembleias Estaduais, confiavam no *amicus curiae* como instrumento viável para obter representação no processo político, via Poder Judiciário. Nesse seguimento, organizações representativas de cunho social, como as famosas *American Civil Liberties Union* (ACLU) e a *National Association for the Advancement of Colored People* (NAACP), vieram a ter grande atuação na condição *friend of the Court*, buscando decisões que trouxessem a garantia das igualdades e liberdades civis (KRISLOV, 1963, p. 710).

Assim, a utilização do instituto acabou por se atrelar, cada vez mais, com as novidades no *judicial review*, sendo elas: a utilização de dados sociológicos, empíricos e científicos como técnica para informar ou convencer os tribunais sobre o acerto ou não de atos normativos ou precedentes judiciais, cujo marco inicial foi em 1908. como já explicitado anteriormente. O segundo ponto de alteração no *judicial review* foi em relação à permissão de que diversos setores, tanto do ramo público, como do âmbito privado, interviessem em processos de grande repercussão, seja por envolverem assuntos extremamente polêmicos do ponto de vista ético (aborto, eutanásia, pena de morte, quotas raciais, separação entre Igreja e Estado, liberdade de expressão) seja por envolverem temas de grande interesse público e social

(discriminação de minorias, papel do Estado na economia, *punitive damages*, etc.) (BISCH, 2010, p. 55).

A Suprema Corte americana em sua chamada *Warren Court* (1953-1969), conhecida pelo perfil liberal da maioria de seus integrantes, passou a aceitar extensivamente informações não jurídicas (*social science data*) quando, como no julgamento do caso *Brown v. Board of Education* (1954), se fez referência ao trabalho empírico de cientistas, indicando que a segregação racial em escolas causaria danos psicológicos às crianças.

Em períodos após a *Warren Court*, existiram diversos outros julgamentos dignos de menção, que contaram com importantes atuações de *amici curiae*. Tal como em *Webster v. Reproductive Health Services*⁷, em que houve a impressionante interposição de não menos do que setenta e oito petições de terceiros na condição de *friends of the Court* (com o total de 6.489 coassinantes). Compreensível o crescimento da participação do *amici*, tendo em vista que no processo se discutia a constitucionalidade ou não de controversa prática de aborto. Já que no famoso precedente *Roe v. Wade* (1973), a Corte havia garantido o direito de escolha da mulher. Mas quando o *writ of certiorari* foi concedido pela Corte nesse caso, houve uma verdadeira mobilização por parte da sociedade para influenciar a decisão dos Juízes, quer para reverter o julgado, quer para manter seu *rationale*. Ao fim, a Suprema Corte declarou constitucional a lei estadual do Missouri que impunha limites à prática de aborto (HALL, 1999, p. 327; BISCH, 2010, p. 58). Ainda sobre esse mesmo tema, foram eloquentes as participações de *amici* nos julgados *Harris v. McRae*⁸, *Rust v. Sullivan*⁹ e *Planned Parenthood of the Southeastern Pennsylvania v. Casey*¹⁰, com respectivamente oito (55 coassinantes), vinte e cinco (358 coassinantes) e trinta e seis (1.851 coassinantes) *amicus briefs*. No primeiro processo, firmou-se a constitucionalidade da lei estadual que proibia o subsídio governamental para a prática de aborto – exceto nas hipóteses em que houvesse risco de vida para a mulher; no segundo feito, julgou-se constitucional a lei federal que dirigia parte do orçamento a clínicas com programas de planejamento familiar, desde que estes não previssem abortos; e a última decisão firmou a inconstitucionalidade de lei da Pensilvânia que exigia da mulher a notificação do

⁷ 492 U.S. 490 (1989).

⁸ 448 U.S. 297 (1980).

⁹ 500 U.S. 173 (1991).

¹⁰ 505 U.S. 833 (1992).

marido para a prática do aborto, sob pena de condenação de um ano de prisão (SCOURFIELD, 2003).

Em análise aos casos abordados, pode-se verificar que a forma e a aplicação do instituto do *amicus curiae* foram sendo alteradas no passar do tempo; pois, se em Roma o *amicus* se mostrava um conselheiro do magistrado na tomada de decisões, ao evoluir para o direito inglês o instituto obteve um aprimoramento bastante complexo, tendo em vista o desenvolvimento no *common law* inglês. A figura processual ainda atravessou o continente europeu e chegou até a América, onde teve sua utilização difundida nos Estados Unidos. Verifica-se então um grande crescimento na aplicação do *amicus curiae*, desde o seu surgimento até os dias atuais. Esse relato histórico se fez oportuno para melhor entender-se o surgimento e o modo de aplicação desse instituto no ordenamento jurídico brasileiro.

1.4 A INTRODUÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO

Como já se verificou ao longo do trabalho, o *amicus curiae*, desde suas remotas origens, é um terceiro que intervém no processo judicial com o intuito de auxiliar o juiz na tomada de decisões.

No Brasil não é diferente, embora no ordenamento pátrio não exista nenhuma referência legislativa expressa sobre a figura *amicus curiae*, pelo menos não com essa nomenclatura. O instituto aparece com essa denominação no direito brasileiro apenas na Resolução n. 390, artigo 23, do Conselho da Justiça Federal, de 17 de setembro de 2004. Sendo assim, nos casos diversos da Resolução n. 390, o instituto é denominado de forma diversa pela lei que autoriza sua aplicação.

Dessa forma, já se identifica um problema na utilização do instituto no Brasil: sua nomenclatura. A doutrina e jurisprudência não são uniformes em se tratando do nome da figura aqui estudada, mesmo nos casos em que existe determinado consenso como no controle de constitucionalidade.

Apesar da denominação do *amicus curiae* aparecer literalmente apenas na Resolução n. 390/2004 da Justiça Federal, alguns são os âmbitos e as aplicações do instituto no país.

No Brasil, são algumas as leis que tratam da possibilidade de terceiros figurarem no processo judicial como *amicus*, no presente trabalho serão abordadas aquelas que mais ganham espaço dentro da doutrina e jurisprudência pátria.

A primeira lei tratada pelos estudiosos brasileiros como uma das possibilidades de utilização do instituto é a Lei 6.385/76, cujo artigo 31 traz a possibilidade da Comissão de Valores Mobiliários (CVM) ingressar no processo judicial com o intuito de prestar informações e pareceres acerca de matéria relacionada à sua competência.

Outra lei do ordenamento pátrio que, segundo a interpretação dos pensadores do direito brasileiro, amparava a manifestação de terceiros na qualidade de *amicus curiae* era a Lei 8.884/94, cujo artigo 89 previa a participação do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) nos processos em que existissem discussões referentes à aplicação da Lei antitruste. Ao ser revogada, a nova Lei que entrou em vigor no lugar, Lei 12.529/11, também recepcionou a possibilidade de ingresso do CADE em ações que versem sobre a competência de matérias de ordem econômica, contudo essa possibilidade de intervenção ficou positivada no artigo 118 da nova Lei antitruste e não no art. 89 como era na antiga lei.

Mais um caso digno de máxima atenção, tratado pelos juristas brasileiros acerca da introdução do *amicus curiae* no Brasil, ficou definido no artigo 7º, §2º da Lei 9.868/99, que trata a respeito do ingresso de terceiros nas Ações que tenham por objeto o Controle Concentrado de Constitucionalidade.

Também será analisada a intervenção de terceiros na qualidade de *amicus curiae* nos Recursos Extraordinários apresentados perante o Supremo Tribunal Federal e nos Recursos Especiais impetrados perante o Superior Tribunal de Justiça.

2 A CONCEITUAÇÃO E NATUREZA JURÍDICA DO INSTITUTO

Esta parte do estudo se destina a buscar a conceituação do *amicus curiae* no cenário jurídico brasileiro, bem como em esclarecer as diferenças e consensos doutrinários e jurisprudenciais a cerca da natureza jurídica do instituto.

2.1 CONCEITO

O *amicus curiae* costuma ser definido através da expressão latina que significa amigo da Corte, sendo um instituto que não integra o processo como parte, mas que auxilia o magistrado para o melhor deslinde da matéria posta em juízo por meio de informações de grande relevância a cerca da questão analisada pelo tribunal.

Seu papel no processo baseia-se em prestar apoio de cunho técnico ao juízo, sendo um elemento fundamental para o aprimoramento das decisões, bem como para o crescimento do acesso à justiça, diante da possibilidade de que todos aqueles que possam vir a ser afetados pela decisão judicial intervenham no processo contribuindo com os seus argumentos (RAZABONI, 2009, p. 99).

Devido a essa *essência* democrática, pode-se dizer que o instituto se torna para o direito um elemento de pluralização constitucional, devido ao fato de estar sempre apto para cooperar com os magistrados na busca pela decisão que melhor se ajuste aos fatos controversos na demanda, seja por meio de pareceres técnicos específicos, seja por meio dos cidadãos e grupos sociais que também ingressam no processo com suas argumentações. A ampliação do debate transforma a busca pela justiça em uma atividade coletiva, não se restringido nem à decisão do magistrado, nem às razões oferecidas pelas partes. Verifica-se, portanto que o *amicus curiae* é um elemento substancialmente *institucional*, na medida em que transcende, e é substancialmente diferente do interesse jurídico *stricto sensu* (WAMBIER; ALVIN; MEDINA, 2010, p. 494).

No Brasil, o estudo sobre o instituto tem diversos pontos controversos, principalmente no que tange a sua natureza jurídica. Muitos autores tendem a conceituar o *amicus curiae* como um terceiro interveniente, alguns outros estudiosos tendem a denominar o instituto como uma forma *sui generis* de assistência, existindo ainda quem conceitue o *amicus curiae* como um auxiliar do Juízo. Contudo, essas

divergências doutrinárias, assim como o contra-senso jurisprudencial sobre esse tema, serão tratadas nos tópicos 2.2 e 2.3 que abordarão, especificamente, a natureza jurídica do instituto conforme entendida pela doutrina e pela jurisprudência pátria.

2.2 NATUREZA JURÍDICA NA DOCTRINA

Embora os doutrinadores brasileiros há muito venham discutindo a cerca da natureza jurídica do *amicus curiae*, até o momento não entraram em um consenso. Assim sendo, verifica-se, portanto, uma dificuldade em se situar a figura dentre as espécies já conhecidas de situações jurídicas processuais.

Para que se demonstre, da melhor forma, as divergências geradas em razão do instituto, faz-se necessário conceituar o que, no direito brasileiro, são as partes, terceiros, intervenções e auxiliares da justiça.

As partes se restringem àqueles que participam do processo com parcialidade, tendo interesses em determinados resultados do julgamento. Assim, “parte é quem postula ou contra quem se postula ao longo do processo e que age, assim, passionalmente” (DIDIER JUNIOR, 2007). Os terceiros, por sua vez, são tomados por exclusão, de modo que os que não são partes no processo são terceiros. O terceiro será interessado quando tiver interesse jurídico na forma de solução do processo, assim, ao ingressar no litígio, este adquire poderes de parte, sem assumir tal condição. Já o terceiro desinteressado não possui vínculo, afetação ou interesse na causa, dentre estes podem ser tomados como exemplo os Juízes e os Auxiliares. Nesse sentido, Luiz Guilherme Marinoni afirma que a intervenção de terceiros corresponde ao ingresso de um indivíduo já no curso de um processo, tornando-se verdadeira parte, ampliando-se subjetivamente a lide (MARINONI, 2001). Os auxiliares de justiça, por sua vez, são os funcionários, servidores públicos ou pessoas investidas de poder público, que interagem na produção da Justiça.

Em que pese a grande divergência doutrinária a respeito do instituto, o consenso que existe abarca na elementar tarefa que o *amicus curiae* desempenha no direito processual, vez que proporciona à sociedade representatividade nas principais questões onde existe grande interesse coletivo e difuso.

2.2.1 O *amicus curiae* como terceiro interveniente

A distinção principal entre o *amicus curiae* e os terceiros interessados positivados no Código de Processo Civil é que o *amicus* não tutela um direito próprio, enquanto os terceiros tutelam, de alguma forma, um direito seu.

Grande parte da doutrina entende que a manifestação do instituto seria uma espécie de intervenção de terceiros, no entanto, esta intervenção seria distinta das conhecidas, sendo uma nova espécie de intervenção de terceiros.

Carlos Eduardo Ferraz de Mattos Barroso afirma que a intervenção típica de terceiros acontece sempre que algum indivíduo ingressa em uma lide pendente de outras partes, estabelecendo-se uma nova relação jurídica secundária, autônoma e independente da existente até então (BARROSO, 2007, p. 90). Sendo assim, como relatado pelo referido autor, terceiro é aquele que não é parte, não é titular do direito material discutido, ou não tem autorização legal para litigar em benefício de outro, mas que, todavia, por alguma razão jurídica atua no processo.

Alguns doutrinadores brasileiros entendem que o *amicus curiae* enquadra-se no processo civil como intervenção de terceiros, mesmo que de forma especial ou de natureza excepcional. Nesse sentido, Milton Luiz Pereira (2003, p. 31) afirma:

O *amicus curiae* é um voluntário partícipe na construção de assentamentos judiciais para o ideal da pretendida “sociedade justa”, sem confundir-se com as hipóteses comuns de intervenção. [...] conclui-se que o *amicus curiae*, como terceiro especial ou de natureza excepcional, pode ser admitido no processo civil brasileiro para partilhar na construção da decisão judicial, contribuindo para ajustá-la aos relevantes interesses sociais em conflito.

Athos Gusmão Carneiro (2008) segue essa mesma linha de pensamento afirmando que o instituto é uma forma atípica de intervenção de terceiros, tendo em vista que é “dispensada a comprovação de interesse jurídico da entidade” que deseja intervir no processo.

Cassio Scarpinella Bueno (2008, p. 423) também defende a ideia de que o *amicus* seria uma espécie de terceiro interveniente, porém, coloca que o instituto é uma espécie enigmática de intervenção. Para chegar a esta conclusão, o autor considera como terceiro todo aquele que não é parte, ou seja, os auxiliares, os

terceiros intervenientes, bem como todas as demais pessoas que adentram no processo na qualidade diversa da das partes.

2.2.2 Como auxiliar do juízo

A despeito das divergências doutrinárias, vale-se destacar o pensamento de Fredie Didier Junior (2002, p. 79-157) que afirma que o instituto não se configuraria como um terceiro e que, por consequência disso, não se confundiria com nenhuma espécie de fenômeno interventivo. Para o autor, o instituto comporia o quadro de sujeitos processuais, ao lado do juiz, das partes, do Ministério Público e dos auxiliares de Justiça, lhe sendo reconhecida, todavia, função diversa, qual seja, a de auxiliar do magistrado na tarefa hermenêutica. Sendo assim, sua principal função seria a de fortificar o julgamento através de elementos mais consistentes para fundamentar a aplicação do direito no caso em concreto, contribuindo para o aprimoramento da qualidade das decisões judiciais. Portanto, afirma o autor que o *amicus* seria um verdadeiro auxiliar do Juízo.

Neste mesmo sentido é o entendimento de Nelson Oscar de Souza (2006, p. 381), quando afirma que:

A figura do amigo da Corte é um colaborador de essência inteiramente diferente do terceiro interessado. O amigo da Corte envolve-se na construção do tema em deslinde e na solução da espécie, sem a preocupação do resultado em si, mas como auxiliar efetivo.

Mirella de Carvalho Aguiar (2005, p. 47), por sua vez, entende que o instituto não se ajusta à natureza de parte processual, em razão do simples fato de não postular tutela jurisdicional, seja em próprio nome ou em nome alheio.

Esse pensamento tem como fundamentação o entendimento de que só se pode falar em intervenção de terceiro no caso em que alguém, que não se configura como parte processual, ingresse no juízo para defender direito subjetivo seu, que será de alguma forma afetado pela decisão judicial. Se o instituto não tem interesse em defender um direito seu, não se pode referir ao *amicus* à qualidade de terceiro.

Gustavo Rodrigues Del Prá é outro doutrinador que defende o entendimento do *amicus curiae* como auxiliar. Para ele, as hipóteses de manifestação de *amicus curiae* no Direito brasileiro se dividiriam em: manifestação por iniciativa do juiz e

intervenção voluntária. Segundo o referido autor, em se tratando de intervenção por requisição judicial fica configurado o instituto como um auxiliar do juízo. Contudo para o referido autor, quando o ingresso do *amicus curiae* no processo for de forma voluntária, o instituto terá natureza de terceiro interveniente. (DEL PRÁ, 2007, p. 116).

2.2.3 Como assistente

A assistência está prevista no art. 50 do Código de Processo Civil, que assim dispõe:

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.

Parágrafo Único. A assistência tem lugar em qualquer dos tipos de procedimento e em todos os graus da jurisdição; mas o assistente recebe o processo no estado em que se encontra.

Em regra, o assistente não faz defesa a um direito seu, mas sim, do direito da parte assistida com a qual mantém relação jurídica específica, que poderá sofrer influência do julgamento do feito. Sendo assim, o assistente deverá demonstrar interesse jurídico na causa, interesse este, decorrente do prejuízo que possa vir a sofrer caso o processo seja vencido pela contraparte.

O grande referencial em defesa dessa corrente na doutrina brasileira é o autor Edgard Silveira Bueno Filho, que identifica o instituto como uma forma qualificada de assistência. Para tanto, segundo o referido autor, é necessário demonstrar no processo efetivo interesse jurídico no litígio, a favor ou contra o proponente (BUENO FILHO, 2002, p. 88).

Contudo, apesar do pensamento exposto, verifica-se que não se deve confundir o instituto da assistência com a figura do *amicus curiae*, devido ao fato de se perceber que, enquanto assistência, o terceiro atua no processo para respaldar uma das partes, além de ter que comprovar o interesse jurídico no processo; enquanto que o *amicus* tem o escopo de auxiliar o juiz a dar uma sentença mais correta ao caso, tendo como interesse jurídico não no caso concreto, mas sim na coletividade.

Seguindo esse entendimento, Antonio do Passo Cabral (2004, p. 19) afirma que:

De fato é próxima a atuação do *amicus curiae* com aquela do assistente simples e alguns setores doutrinários por vezes ressaltam um suposto “altruísmo” na intervenção assistencial. Todavia, ao contrário do amigo da Corte, o assistente é movido verdadeiramente por interesse jurídico, que inclusive é requisito para sua intervenção não sendo acertado atribuir-lhe tal característica.

Com o pensamento exposto se consegue evidenciar a distinção entre ambos os institutos, podendo assim afirmar que um necessita de interesse jurídico para intervir no processo, enquanto que o outro é calcado em interesse coletivo ou social.

2.3 NATUREZA JURÍDICA NA JURISPRUDÊNCIA

O instituto, no Brasil, tem sua maior utilização na esfera do Controle Concentrado de Constitucionalidade e a admissão do *amicus curiae* norteia-se pelas seguintes normas:

No âmbito do Supremo Tribunal Federal, o *amicus curiae* é disciplinado pelos seguintes dispositivos: §2º do artigo 7º da Lei 9.882/99; §6º do artigo 543-A do Código de Processo Civil; §3º do artigo 131 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal – RISTF; §2º do artigo 2º da Lei 11.417/06; §2º do artigo 323 do RISTF e Resolução nº 388 do STF, de 5 de dezembro de 2008¹¹.

Conforme exposto acima, o *amicus curiae* ficou sendo mais utilizado e discutido nas ações de Controle Concentrado de Constitucionalidade, por meio da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI), da Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) e pela Arguição de Preceito Fundamental (ADPF).

Sobre relevância do instituto no direito pátrio, o Ministro Celso de Mello manifesta-se dizendo que:

[...] O Supremo Tribunal Federal, em assim agindo, não só garantirá maior efetividade e atribuirá maior legitimidade às suas decisões, mas, sobretudo, valorizará, sob uma perspectiva eminentemente pluralística, o sentido essencialmente democrático dessa

¹¹ Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/6917/a-finalidade-do-amicus-curiae-no-controle-concentrado-de-constitucionalidade>>.

participação processual, enriquecida pelos elementos de informação e pelo acervo de experiências que o *amicus curiae* poderá transmitir à Corte Constitucional, notadamente em um processo – como o controle abstrato de constitucionalidade – cujas implicações políticas, sociais, econômicas, jurídicas e culturais são de irrecusável importância, de indiscutível magnitude e de inquestionável significação para a vida do País e a de seus cidadãos¹².

Fundamentando o julgado do Ilustre Ministro, Damares Medina relata:

O eminente Ministro Celso de Mello destacou que não se pode perder de vista a ideia nuclear que anima os propósitos teleológicos da participação do *amicus curiae*, a saber, a pluralização do debate constitucional, que permite ao Supremo Tribunal Federal dispor de todos os elementos informativos possíveis e necessários à resolução da controvérsia [...] a referida abertura procedimental, visa, ainda, à superação da grave questão pertinente à legitimidade democrática das decisões emanadas pelo Supremo Tribunal Federal, quando no desempenho de seu extraordinário poder de efetuar, em abstrato, o controle concentrado de constitucionalidade¹³.

Verifica-se, pelo entendimento do Ministro, a importância que a mais alta instância jurídica do país tem dado ao instituto objeto do presente estudo. A pluralização e a democratização da justiça, que estão intrinsecamente presentes no instituto, são o ponto crucial abordado pela jurisprudência pátria.

Em posicionamento sobre o tema central deste ponto 2.3, a jurisprudência brasileira, assim como a doutrina, ainda não entrou em um consenso sobre a natureza jurídica do instituto. No Supremo Tribunal Federal, como se verifica a partir do entendimento do Ministro Marco Aurélio, o *amicus curiae* é recepcionada como uma espécie de terceiro interveniente. Para melhor esclarecer colaciona-se o posicionamento do eminente Ministro:

A regra é não se admitir intervenção de terceiros no processo de ação direta de inconstitucionalidade, iniludivelmente objetivo. A exceção corre à conta de parâmetros reveladores da relevância da matéria e da representatividade do terceiro, quando, então, por decisão irrecorrível, é possível a manifestação de órgãos ou entidades — § 2º do artigo 7º da Lei n. 9.868, de 10 de novembro de 1999. Faz-se em jogo a Lei Complementar estadual n. 106/03, sobre a igualização de vencimentos e prerrogativas entre a magistratura e o Ministério Público estaduais. Tem-se, por isso, a excepcionalidade

¹² ADIn 2130.

¹³ Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/6917/a-finalidade-do-amicus-curiae-no-controle-concentrado-de-constitucionalidade>>.

a ditar o acolhimento do pleito da Associação do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro - AMPERJ, cujo pronunciamento colará, ao que vier a ser decidido pela Corte, maior legitimidade.¹⁴

Em oposição ao posicionamento acima, o Ministro Celso de Melo entende a natureza jurídica do instituto como a de um colaborador informal da Corte, enquanto afirma que o *amicus curiae* não deve ser entendido como um terceiro interveniente:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – INTERVENÇÃO ASSISTENCIAL – IMPOSSIBILIDADE – ATO JUDICIAL QUE DETERMINA A JUNTADA, POR LINHA, DE PEÇAS DOCUMENTAIS – DESPACHO DE MERO EXPEDIENTE – IRRESPONSABILIDADE – AGRAVO REGIMENTAL NÃO CONHECIDO –. O processo de controle normativo abstrato instaurado perante o Supremo Tribunal Federal não admite a intervenção assistencial de terceiros. Precedentes. Simplesmente 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 ad coadjuvandum. – Os despachos de mero expediente – como aquele 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.¹⁵

Segundo os dois posicionamentos expostos verifica-se que o entendimento da jurisprudência pátria em relação a natureza jurídica do instituto ainda não está consolidado, existindo divergência no entendimento dos julgadores ao analisar a questão.

2.4 LEGITIMADOS PARA INTERVIR COMO *AMICUS CURIAE*

Conforme já relatado no decorrer do presente trabalho, com exceção do artigo 23, §1º, da Resolução n. 390/2004 do Conselho da Justiça Federal, o qual já foi devidamente descrito, no direito brasileiro não existem referências legislativas expressas à utilização do *amicus curiae*.

Contudo, mesmo não existindo previsão tácita quanto à utilização do instituto, existem leis que abrem margem e dão possibilidade a terceiros de ingressarem na lide na qualidade de *amicus curiae*.

¹⁴ ADIn 2831.

¹⁵ ADIn 748 Agr/RS.

Conforme a doutrina, no Brasil, uma das primeiras hipóteses de atuação como *amicus curiae* surgiu com a Lei n. 6.385/76 (Lei da Comissão de Valores Mobiliários – CRM). O artigo 31 da referida lei dispõe sobre a possibilidade da Comissão de Valores Imobiliários intervir em processos judiciais para esclarecer questões postas em juízo que digam respeito ao mercado de capitais (AGUIAR, 2005, p. 21).

Outra lei que também introduziu a possibilidade de utilização do instituto foi a Lei 8.884/94, a qual dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica e dá outras providências. Essa lei passou a regular o direito relativo à ordem econômica e o direito concorrencial ou antitruste, sendo que o artigo 89 autoriza o Conselho Administrativo de Defesa Econômica a intervir em processos judiciais na condição de *amicus curiae*: “Art. 89. Nos processos em que se discuta a aplicação desta Lei, o CADE deverá ser intimado para, querendo, intervir no feito na qualidade de assistente.”

A partir da análise do texto legislativo, nota-se que o mesmo define a intervenção do CADE na lide como assistente, e não como terceiro interessado. Outra peculiaridade observada é o fato de que, diferentemente do que ocorre em outros casos, a lei é clara quanto à facultatividade da intervenção do CADE, uma vez que este deverá ser devidamente intimado para intervir, mas só intervirá concretamente se quiser.

Cabe ainda relatar que a Lei 8.884/94 foi revogada em 29 de maio de 2012, quando entrou em vigor a Lei 12.529/11, que reformulou o Sistema Brasileiro da Concorrência. Porém, o *amicus curiae* foi recepcionado da mesma maneira, estando previsto no art. 118 do novel diploma legal.

As duas leis acima expostas foram as que primeiro trouxeram a figura do *amicus* para o processo judicial pátrio.

Contudo, foi a partir do advento da Lei 9868/99 o instituto ganhou maior notoriedade no direito brasileiro, pois esta é a Lei que dispõe sobre o procedimento e julgamento da ação direta de Inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade, bem como da arguição de descumprimento de preceito fundamental no Supremo Tribunal Federal, muito embora também não exista na Lei referência expressa ao *amicus curiae*.

3 APLICAÇÃO DO INSTITUTO NO DIREITO BRASILEIRO

O presente capítulo destina-se ao estudo do modo de aplicação do instituto no ordenamento jurídico pátrio. Tendo como ponto central o procedimento nas ações de controle de constitucionalidade ajuizadas perante o Supremo Tribunal Federal, bem como as hipóteses em que são admitidos os ingressos do Conselho de Valores Mobiliários e do CADE na qualidade de *amicus curiae* no processo judicial.

3.1 RATIONE MATERIAE

3.1.1 No Controle de Constitucionalidade

O controle de constitucionalidade brasileiro tem como característica a admissão do exercício concomitante do controle *difuso* (concreto) e do controle *concentrado* (abstrato). O controle concentrado é exclusivamente feito pelo Supremo Tribunal Federal, este máximo guardião da Constituição Federal. O STF guarda a Constituição por intermédio de três ações: a ação direta de inconstitucionalidade, a ação declaratória de constitucionalidade e a arguição de descumprimento de preceito fundamental (BUENO, 2008, p. 129).

Mesmo que seja possível o controle abstrato e concentrado de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal, desde o advento da Emenda Constitucional n.16, de 26 de novembro de 1965, a Constituição Federal de 1988 trouxe profundas mudanças em seus contornos jurídicos, alterando a forma e a legitimidade no ingresso das ações que visavam o controle de constitucionalidade. Anteriormente à Constituição de 1988, a legitimidade para o ajuizamento de ações em âmbito de controle constitucional se restringia ao Procurador Geral da República. Após a Carta Magna de 1988, alargou-se o rol de legitimados para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade, a qual deixou de ser monopólio de Procurador Geral da República, fazendo com que os valores da democracia e da soberania popular fossem levados à condição de pilares do Estado Democrático de Direito (NERY JÚNIOR; NERY, 2004, p. 1440).

A nova ordem constitucional inovou também, quando trouxe em seu artigo 102, a arguição de descumprimento de preceito fundamental, e a Emenda

Constitucional n. 3/93, inovou, mais uma vez no controle concentrado de constitucionalidade quando fez nascer a ação declaratória de constitucionalidade (artigo 102, I, a, da Constituição Federal). Nesse mesmo sentido a Emenda Constitucional n. 45/2004 unificou de vez os legitimados para propositura dessas ações e atribuiu caráter vinculante às decisões finais proferidas nelas. Porém, foi somente depois de uma sólida construção jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal que todas as ações foram devidamente regulamentadas, através da Lei 9.868/99 que trata sobre o procedimento e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade. Logo após também foi regulamentado o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, através da Lei 9882/99 (BUENO, 2008, p. 130).

3.1.1.1 Ação Direta de Inconstitucionalidade

Por início, vale destacar que a Lei 9.868/99 traz vedações expressas quanto à intervenção de terceiros na ação direta de inconstitucionalidade e na ação declaratória de constitucionalidade. Porém, o §2º do artigo 7º da referida Lei abre espaço para o debate sobre a possibilidade de intervenção no processo por meio do *amicus curiae*. Veja-se o que reza o artigo:

Art. 7º. Não se admitirá intervenção de terceiros no processo de ação direta de inconstitucionalidade.

§ 1º. Os demais titulares referidos no art. 2.º 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. (VETADO)

§ 2º. O relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, poderá, por despacho irrecorrível, admitir observado o prazo fixados no parágrafo anterior, a manifestação de outros órgãos ou entidades.

3.1.1.2 Relevância da matéria

No que tange a exposição do artigo acima, destaca-se que, perante a doutrina, existe mais uma discussão referente à utilização do *amicus curiae* como terceiro interveniente. E ela está pautada na relevância da matéria abordada no § 2º

do art. 7º da referida Lei e na representatividade dos postulantes. Cassio Scarpinella Bueno (2008, p. 140), por exemplo, entende como relevância da matéria a indicativa necessidade da conveniência de um diálogo entre a norma questionada e os valores dispersos pela sociedade civil. Já Edgard Silveira Bueno Filho sustenta que a relevância da matéria, exigida como requisito de ingresso para a ação direta de inconstitucionalidade por meio de *amicus curiae*, é necessária à presença de interesse jurídico do ente que vier requerer a intervenção na discussão travada por meio da constitucionalidade da norma em pauta (BUENO FILHO, 2004, p. 7-15).

Dessa forma, a relevância da matéria é justamente o critério objetivo da ação direta de inconstitucionalidade, já que trata do objeto da ação da norma cuja constitucionalidade é questionada. Nesse sentido verifica-se nas decisões do Supremo Tribunal Federal que este primeiro requisito tem grande ênfase nas argumentações das decisões. Sendo assim, é possível encontrar interpretações que ilustrem o pensamento colocado, tal qual a decisão abaixo:

DECISÃO AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – INTERVENÇÃO DE TERCEIROS – EXCEPCIONALIDADE – INTERVENÇÃO DE TERCEIROS – EXCEPCIONALIDADE NÃO VERIFICADA – INDEFERIMENTO. 1. Eis as informações prestadas pelo Gabinete: o Sindicato dos Auditores Fiscais da Receita do Estado do Paraná – SINDAFEP requer seja admitido, como *amicus curiae*, na ação direta de inconstitucionalidade acima citada. Registro a remessa do processo à Procuradoria Geral da República. 2. [...]. No caso, a simples concordância de o Sindicato defender os direitos e interesses dos litigantes da categoria, representando-os judicial ou extrajudicialmente – e está em jogo lei local a versar sobre certa parcela remuneratória – , não conduz à admissão no processo objetivo. Indispensável seria haver tema de alta indagação, a exigir o pronunciamento da entidade. 3. Indefiro o pleito [...].

Analisando a decisão proferida pelo Ministro Marco Aurélio, enxerga-se que a representatividade não basta para admissão do *amicus curiae*, visto que existe a carência do requisito da relevância da matéria. Pode-se confirmar tal constatação quando observado o trecho em que o eminente Ministro declara que “indispensável seria haver tema de alta indagação, a exigir o pronunciamento da entidade”. Assim fica demonstrado o primeiro requisito para o ingresso na ação direta de inconstitucionalidade na qualidade de *amicus curiae*.

3.1.1.3 Representatividade do postulante

Conforme a doutrina, para que se consiga entender o que é a representatividade do postulante, deve-se observar o mesmo referencial já construído para o artigo 103 da Constituição Federal, levando-se em conta, inclusive, quem detém a legitimidade para o ajuizamento das ações diretas de inconstitucionalidade. Sendo assim, nos casos em que a entidade quiser intervir no processo na qualidade de *amicus curiae*, basta que esta esteja listada no artigo 103 da Constituição Federal e que não tenha sido ela quem tenha dado causa ao processo em julgamento.

Contudo, resta-se saber também se outras entidades, não listadas no artigo 103 da Constituição Federal, podem, de alguma forma, figurar no procedimento da ação direta de inconstitucionalidade na condição de *amicus curiae*. Por esse passo, alguns renomados autores entendem que não somente as entidades que estão dispostas no referido artigo da Constituição têm a legitimidade para a utilização do instituto. Nelson Nery Júnior e Rosa Maria Andrade Nery, a respeito do assunto, têm seu posicionamento no sentido de que o relator poderá

[...] admitir a manifestação de pessoa física ou jurídica, professor de direito, associação civil, cientista, órgão e entidade, desde que tenha respeitabilidade, reconhecimento científico ou representatividade para opinar sobre a matéria objeto da ação direta (NERY JUNIOR; NERY, 2001, p. 68).

Seguindo o mesmo entendimento, Bueno Filho escreveu que sempre haverá outras entidades que serão facilmente aceitas na ação, desde que essas comportem grande representatividade e que estejam enquadradas no tema discutido na lide. Tratando-se do caso de associações de magistrados, de advogados, de outros profissionais liberais, de empresários, de consumidores, etc. desde que o ato normativo questionado tenha relação com a atividade por eles desenvolvida (BUENO FILHO, 2004, p. 12).

Todavia, o autor que melhor relata a legitimidade das entidades não dispostas no artigo 103 da Constituição Federal para o ingresso na ação direta de inconstitucionalidade por meio de *amicus curiae* é Cassio Scarpinella Bueno, quando observa a situação da seguinte maneira:

Para nós, terá “representatividade adequada” toda aquela pessoa, grupo de pessoas ou entidade, de direito público ou de direito privado, que conseguir demonstrar que tem específico *interesse institucional* na causa e, justamente em função disso, tem condições de contribuir para o debate da matéria, fornecendo elementos ou informações úteis e necessárias para o proferimento de melhor decisão jurisdicional. Meros interesses corporativos que dizem respeito a própria entidade que reclama seu ingresso em juízo, não são suficientes para a sua admissão na qualidade de *amicus curiae* (BUENO, 2008, p. 147).

A partir do pensamento colocado pelos autores acima expostos verifica-se na ação descrita abaixo a sintonia de entendimento entre os doutrinadores e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

ADIn 2.238/DF de relatoria do então Ministro Ilmar Galvão, em que a Associação Paulista de Magistrados (Apamagis) teve sua admissão como *amicus curiae* na ação que questionava dispositivos da Lei Complementar 101/2000, em especial o artigo 20 da referida Lei. No entendimento do Ministro Ilmar Galvão, a intervenção era possível, considerando que, em consonância com os estatutos da Apamagis, a Associação colabora com a direção do Poder Judiciário do Estado de São Paulo.

Demonstra-se com o julgamento, que a jurisprudência do STF, nos casos em que estejam presentes os requisitos de relevância da matéria e representatividade dos postulantes, relativiza no que tange ao disposto no art. 103 da Constituição Federal, permitindo que entidades não elencadas no artigo da Constituição ingressem na ação direta de inconstitucionalidade na qualidade de *amicus curiae*.

3.1.1.4 Momento oportuno para a intervenção no processo

Existem, por parte da doutrina pátria, algumas contradições referentes ao momento oportuno para a intervenção do *amicus curiae*, e essa controvérsia é gerada pelo fato de que a lei foi silente em relação ao instante da intervenção. Contudo, a maioria dos autores tem entendimento amplo dessa questão, tendo a visão de que o *amicus curiae* pode ser admitido no processo a qualquer tempo, desde que anterior ao início do julgamento (BUENO FILHO, 2004, p. 13).

Antônio do Passo Cabral, ao seguir essa linha de raciocínio, relata que tanto o STJ quanto o STF têm posicionamento de que a intervenção do *amicus curiae*

pode acontecer durante toda a fase de instrução do processo, não sendo admitido o ingresso do instituto após o início do julgamento (CABRAL, 2004, p. 138).

Nelson Nery Junior, por sua vez, ensina que a possibilidade de admissão do instituto no processo não se dá apenas com o fulcro no artigo 7º, §2º da Lei 9.868/99, mas também à luz do disposto no artigo 9º, §1º da referida Lei. Sendo assim, entende o ilustre autor que a participação do *amicus curiae* se dá até o final da fase instrutória do processo (NERY JUNIOR; NERY, 2004, p. 1408).

O Supremo Tribunal Federal tendeu em um momento primário, a ter um posicionamento mais restritivo em relação ao instante procedimental da intervenção, reservando à intervenção do *amicus* o mesmo prazo que os réus da ação direta de inconstitucionalidade têm para prestar informações, ou seja, trinta dias contados da intimação própria para tanto. Para isso se aplicaria o parágrafo único do artigo 6º da Lei 9.868/99. Nesse sentido, pode-se exemplificar o fundamento exposto com o julgamento da ADIn 2.937/DF, em que o Partido Progressista visou contestar alguns dispositivos da Lei 10.671/2003, o Estatuto do Torcedor. O relator do processo, Ministro Cezar Pelluso, negou o ingresso de diversos clubes de futebol na qualidade de *amicus curiae*, com o argumento de que teria havido “preclusão consumativa”, já que, no silêncio da Lei 9.868/99 sobre o assunto, sendo vetado o §1º do artigo 7º, só poderia se aplicar por analogia, o parágrafo único do artigo 6º. Isso, segundo o entendimento do eminente Ministro, para evitar o “absurdo da admissibilidade ilimitada de intervenções com graves transtornos ao procedimento” (BUENO, 2008, p. 159-160).

Todavia, com o julgamento da ADIn 3.474/BA, o próprio Ministro Cezar Pelluso revidou seu posicionamento em relação ao momento de intervenção do instituto no processo e, neste julgamento, admitiu o ingresso do *amicus curiae* após o término do prazo para informações. Sendo o seu fundamento exposto abaixo:

[...] Já não me parece deva ser o resultado da interpretação sistemática e teleológica da modalidade interventiva de que se cuida. A admissão legal da figura do *amicus curiae*, tradicional no sistema do *common law*, constitui evidente manifestação do impacto que o julgamento de ação de controle de constitucionalidade produz sobre a ordem jurídico-social. Com prevê-la, abra-se um canal valioso para a participação de membros do corpo social interessados no processo de tomada de decisão da Corte, em reforço da legitimidade e do caráter plural e democrático da atividade exercida pelo julgador.¹⁶

¹⁶ ADIn 3.747/BA.

Em seguida ao exposto, o Ministro teve como entendimento a possibilidade de aplicação do parágrafo único do artigo 50 do Código de Processo Civil, dando ênfase que a figura do *amicus curiae*, a exemplo do assistente, intervirá no processo sempre respeitando os atos processuais já praticados e consumados.

Portanto, conforme o posicionamento colocado, verifica-se que o momento procedimental da intervenção do *amicus curiae* inicia-se na fase de instrução do processo e encerra-se com a devida inserção do processo em pauta de julgamento.

3.1.1.5 Prazo para manifestação

Em relação ao prazo para a manifestação na qualidade de *amicus curiae* na ação direta de inconstitucionalidade, a Lei mais uma vez se fez silente e esse silêncio produz, na doutrina e na jurisprudência, controvérsias em relação ao assunto. Contudo, a ausência de prazo legal não afasta, por si só, a necessidade e a possibilidade de ser fixado um prazo judicial para a manifestação do *amicus*. Isso poderá ocorrer naqueles casos em que o instituto limita-se a pleitear sua intervenção para os fins do artigo 7º, §2º, da Lei 9.868/99, mas não apresenta, desde logo, manifestação escrita. Esta falta de regra expressa, faz com que diversos autores se posicionem no sentido de que, em razão do silêncio da Lei, aplica-se ao *amicus* o mesmo prazo de trinta dias que é concedido aos réus da ação direta de inconstitucionalidade para que prestem suas informações (BUENO, 2008, p. 166; BINENBOJM, 2002; DEL PRÁ, 2007, p. 69-70).

3.1.2 Ação Declaratória de Constitucionalidade

A ação declaratória de constitucionalidade, em verdade, teve a mesma sorte que a ação direta de inconstitucionalidade no que tange ao poder de veto do Chefe do Executivo em face dos seus dispositivos de regulamentação infraconstitucional. Contudo, enquanto o dispositivo que trata especificamente da ação direta de inconstitucionalidade, o artigo 7º da Lei 9.898/99, perdeu o seu artigo 1º, a ação declaratória de constitucionalidade perdeu não apenas um, mas sim os dois parágrafos do artigo 18.

De um modo geral, pode-se ter o entendimento de que diversas das regras aplicadas à ação direta de inconstitucionalidade também são aplicadas à ação declaratória de inconstitucionalidade. Tendo em vista que a Lei também se mostrou silente em relação ao ingresso na condição de *amicus curiae* neste procedimento em específico.

Contudo, o silêncio da Lei não pode ser óbice para o possível ingresso na ação declaratória de inconstitucionalidade na qualidade de *amicus curiae*. Até porque na ação declaratória, a Lei 9.868/99 preservou, em seus artigos 6º, 8º e 9º, a possibilidade de o relator da ação instruir o feito na mesma linha da ação direta de inconstitucionalidade. A Lei, também silencia, quando trata da possibilidade dos co-legitimados se manifestarem em juízo nos casos em que não tenham tomado iniciativa da ação. Situação idêntica em relação ao que ocorreu com o § 1º do artigo 7º da referida Lei. Devido a estas argumentações entende-se que deve prevalecer o entendimento relativo à possibilidade da intervenção dos co-legitimados, mas que a intervenção desses co-legitimados seja entendida como *amicus curiae* e não como assistente litisconsorcial. E que essa intervenção não tenha como entendimento a possibilidade de apenas os co-legitimados terem a iniciativa para a propositura da ação declaratória de constitucionalidade (BUENO, 2008, p. 178).

Em relação ao instante e ao prazo para a manifestação, na qualidade de *amicus curiae*, na ação declaratória de constitucionalidade, surgem as mesmas dúvidas relativas à ação direta de inconstitucionalidade, as quais surgem devido ao fato dos vetos dos parágrafos 1º e 2º do artigo 18 da Lei 9.868/99. É o que se lê, a propósito, nas razões de veto dos parágrafos supra referidos:

Cabe observar que o veto a esses dispositivos repercute na compreensão dos artigos 19 e 20, na parte em que enunciam, respectivamente, 'Decorrido o prazo do artigo anterior' e 'Vencido o prazo do artigo anterior'. Entretanto, eventual dúvida poderá ser superada contando-se o prazo de manifestação do Procurador Geral da República a partir de despacho do relator determinando a abertura de vista¹⁷.

¹⁷ Razões do veto dos parágrafos 1º e 2º do artigo 18 da Lei 9.868/99

3.1.3 Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental

No que tange a arguição de descumprimento de preceito fundamental, a Lei 9.882/99 dispõe sobre o processo e julgamento da ação nos termos do §1º do art. 102 da Constituição Federal. Porém, esta Lei também não colocou de forma explícita a possibilidade de manifestação no processo por meio de *amicus curiae*.

O que existe na arguição de descumprimento de preceito fundamental é a chamada “abertura procedimental”, ou seja, é dado ao relator o poder de “instruir” o feito, colhendo informações que lhe pareçam pertinentes para decidir acerca do descumprimento ou não do preceito fundamental. Assim sendo, a Lei 9.882/99 prevê, no seu artigo 5º, parágrafo 2º, que o relator, na arguição de descumprimento de preceito fundamental, possa ouvir “os órgãos ou autoridades responsáveis pelo ato questionado, bem como o Advogado Geral da União ou o Procurador Geral da República, no prazo comum de cinco dias” antes da apreciação do pedido liminar. Também pode o relator, depois de já ter apreciado o pedido liminar, solicitar informações às autoridades responsáveis pelo ato questionado, no prazo de dez dias, conforme estabelece o artigo 6º da mesma lei (BUENO, 2008, p 181).

Contudo, verificando se que a arguição de descumprimento de preceito fundamental possa vir a assumir a forma de controle *concentrado e abstrato* de constitucionalidade e ter, por isso mesmo, efeitos *erga omnes* e efeitos vinculantes, não existe como descartar a possibilidade de entidades sociais pleitearem sua admissão no processo na condição de *amicus curiae*, possibilidade fundamentada não apenas pelo artigo 7º, §2º, da Lei 9.868/99, mas também na ordem constitucional (BUENO, 2008, p. 181; NOGUEIRA, 2004, p. 26).

Vale-se destacar que a partir do julgamento da ADPF 54, de relatoria do Ministro Marco Aurélio, o entendimento do Supremo Tribunal Federal pacificou-se no sentido de que a intervenção de entidades e órgãos na ação de descumprimento de preceito fundamental fica a critério do relator do processo, ou seja, só será possível intervir na ação de descumprimento de preceito fundamental da qualidade de *amicus curiae* quando este for provocado pelo relator para se manifestar no processo. O Ministro fundamentou sua decisão explicando que, no caso em questão, não existia

“direito subjetivo público” implantado na entidade que requereu o ingresso na qualidade de amigo da Corte¹⁸.

Assim, verificando a literalidade do artigo 7º, §2º da Lei n. 9.868/99, embora este não disponha sobre a arguição de descumprimento de preceito fundamental, percebe-se que ele dá abertura ao raciocínio de que a única forma de intervenção do *amicus curiae* é a provocada, em conformidade com aquilo que ficou exposto no julgamento da ADPF 54 de relatoria do Ministro Marco Aurélio.

Sendo assim, verifica-se o posicionamento da jurisprudência brasileira no sentido de admissão e processamento da figura *amicus curiae* na ação de descumprimento de preceito fundamental.

3.2 No Recurso Extraordinário

A Emenda Constitucional 45/2004 incluiu o § 3º no artigo 102 da Constituição Federal, o qual introduziu o instituto da repercussão geral nos recursos extraordinários.

A razão para que o instituto viesse a ser incluído no ordenamento jurídico brasileiro baseia-se principalmente na proliferação de recursos extraordinários contendo matéria de pouca relevância, interpostos perante o Supremo Tribunal Federal.

Em relação ao tema se expõe o seguinte pensamento:

O instituto da repercussão geral, criado pela EC nº 45 e agora regulamentado pela Lei 11.418/06 tem, como se viu, o claro propósito de diminuir a avalanche de recursos extraordinários que diariamente aportam o Supremo Tribunal Federal, anelando, com isso, tornar mais racional a atividade judicante perante a suprema corte brasileira. Com a regulamentação ora efetivada, busca-se acentuar a tarefa do STF de decidir questões de impacto para os interesses da nação, retirando da pauta de apreciação desse corte a análise de controvérsias que, conquanto importantes para as partes litigantes não apresentavam relevância *extra murus*¹⁹.

A regulamentação do dispositivo constitucional se deu com a introdução do artigo 543-A no Código de Processo Civil, através da Lei 11.418/2006, o qual trouxe

¹⁸ ADPF 54.

¹⁹ Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/9470/a-lei-no-11-418-06-e-a-repercussao-geral-no-recurso-extraordinario>>.

consigo não apenas o requisito da repercussão geral para admissibilidade do recurso extraordinário, mas também a possibilidade de que o Relator admita a manifestação de terceiros em análise de repercussão geral.

Contudo, é o § 2º do artigo 323 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal que regulamenta a manifestação de terceiros em questões relacionadas à repercussão geral no Recurso Extraordinário.

Dessa forma, verifica-se que, no direito brasileiro, juntamente com a repercussão geral surgiu também mais uma possibilidade para a manifestação de terceiros no processo, que seja na qualidade de *amicus curiae*.

Buscando uma compreensão mais ampla sobre o que está sendo aqui debatido segue-se o artigo 323, § 2º do Regimento Interno no Supremo Tribunal Federal:

Art. 323 Quando não for o caso de inadmissibilidade do recurso por outra razão, o(a) Relator(a) submeterá, por meio eletrônico, aos demais Ministros, cópia de sua manifestação sobre a existência, ou não, de repercussão geral

§ 2º Mediante decisão irrecorrível, poderá o(a) Relator(a) admitir de ofício ou a requerimento, em prazo que fixar, a manifestação de terceiros, subscrita por procurador habilitado, sobre a repercussão geral.

O referido dispositivo demonstra a abertura que o próprio Supremo Tribunal Federal deu às partes interessadas para ingressarem na qualidade de *amicus curiae* em Recursos Extraordinários.

Verifica-se, portanto, a importância que o instituto da repercussão geral teve no nascimento de mais uma das poucas possibilidades de intervenção em processos judiciais como *amicus curiae*.

3.1.10 No Recurso Especial

No que tange a possibilidade de atuação na qualidade de *amicus curiae* em sede de Recursos Especiais, a situação assemelha-se a dos Recursos Extraordinários.

Visando a diminuição da sobrecarga de recursos interpostos perante o Superior Tribunal de Justiça (STJ), a Lei 11.672/08 introduziu no Código de

Processo Civil o artigo 543-C, o qual regulamentou o Recurso Especial Repetitivo. A partir deste dispositivo ficou configurada no ordenamento jurídico brasileiro a possibilidade do STJ julgar múltiplos recursos que envolvam a mesma questão de direito.

O conteúdo do *caput* e do parágrafo quarto do dispositivo contempla o seguinte:

Art. 543-C Quando houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica questão de direito, o recurso especial será processado nos termos deste artigo.

§ 4º O relator, conforme dispuser o regimento interno do Superior Tribunal de Justiça e considerando a relevância da matéria, poderá admitir manifestação de pessoas, órgãos ou entidades com interesse na controvérsia.

Na redação do artigo percebe-se claramente a intenção do legislador de restringir o ingresso de recursos análogos, que aguardam por paradigmas do Superior Tribunal de Justiça.

Consegue-se verificar também a consagração de mais uma possibilidade de intervenção de terceiros à lide na qualidade de *amicus curiae*. Contudo, deve-se observar o que dispõe o artigo primeiro, *caput*, e o artigo terceiro, inciso I da Resolução 8/2008 do Superior Tribunal de Justiça que regula esta possibilidade de intervenção:

Art. 1º Havendo multiplicidade de recursos especiais com fundamento em idêntica questão de direito, caberá ao presidente ou ao vice-presidente do tribunal recorrido (CPC, art. 541) admitir um ou mais recursos representativos da controvérsia, os quais serão encaminhados ao Superior Tribunal de Justiça, ficando os demais suspensos até o pronunciamento definitivo do Tribunal [...].

Art. 3º Antes do julgamento do recurso, o Relator:

I – poderá solicitar informações aos tribunais estaduais ou federais a respeito da controvérsia e autorizar, ante a relevância da matéria, a manifestação escrita de pessoas, órgãos ou entidades com interesse na controvérsia, a serem prestadas no prazo de quinze dias.

Assim, conforme o exposto no dispositivo acima se evidencia a possibilidade de ingresso por meio de *amicus curiae* em sede de Recurso Especial.

Em relação a esta possibilidade de intervenção, cabe observar que o requisito relevância da matéria é aplicado por analogia à Lei 9.868/99, a qual

estabelece este requisito para o ingresso de terceiros na qualidade de *amicus curiae* nas ações diretas de inconstitucionalidade, conforme já verificado no tópico 3.2.1. deste presente estudo.

Com o exposto se encerram as possibilidades de intervenção na qualidade de *amicus curiae* no direito brasileiro.

3.2 RATIONE PERSONAE

3.2.1 Comissão de Valores Mobiliários – CVM

O legislador brasileiro ao criar a Lei de 6.385/76 se inspirou, mais uma vez, no modelo norte americano apresentado pela *Securities and Exchange Commission* (SEC), criada em 1934 para fiscalizar as companhias abertas e o mercado de ações depois da quebra da bolsa de Nova York em 1929 (TAVARES, 1993, p. 286).

O artigo 31 da Lei 6.385/76 é o que dispõe sobre a regulação e aplicação da Comissão de Valores Mobiliários em processos judiciais, bem como autoriza a Comissão a ingressar em demandas judiciais na qualidade de *amicus curiae*. Nesse sentido há autores que, se debruçando sobre o tema, afirmam que a referida Lei é a pioneira dos *amici curiae* no direito brasileiro (CARNEIRO, 2003, p. 182-183).

Para a melhor compreensão e fixação sobre o tema colaciona-se a íntegra do artigo 31 da Lei 6.385/76:

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, ou não, sede ou representação na comarca em que 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 expedientes 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 fizeram.

§ 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.

A partir da leitura do *caput* do artigo verifica-se com clareza que o legislador abriu a possibilidade para que a Comissão de Valores Mobiliários ingresse no processo judicial, com o intuito de aclarar o julgador esclarecendo questões referentes a matérias que digam respeito ao mercado de capitais.

Diante da complexidade de se entender o procedimento do Mercado de Capitais, constata-se a importância da Comissão de Valores Mobiliários em estar ocupando, no direito brasileiro, uma posição tão importante.

Embora o ordenamento jurídico pátrio não qualifique expressamente a atuação da CVM em processos judiciais na condição de *amicus curiae*, a doutrina brasileira tem o entendimento de que ela foi a primeira entidade a ser legitimada para atuar como tal.

Tendo em vista o modo como a CVM se posta no processo, auxiliando o magistrado para uma “prestação jurisdicional tecnicamente informada”, pode-se constatar que essa modalidade interventiva fundamenta-se na total neutralidade, sendo uma intervenção despreocupada com o resultado final do processo. Porém, essa intervenção da CVM acaba por revelar-se como uma forma interventiva *interessada*, contudo o que acontece é que esse interesse não diz respeito às subjetivas posições expostas na lide em que se enfrentam autor e réu. Deste modo trata-se de um interesse que ultrapassa as fronteiras jurídicas das partes e que se envolve muito mais com os interesses *institucionais*. Portanto, conforme explicitado acima, grande parte da doutrina entende que nos casos em que há intervenção da CVM na qualidade de *amicus curiae*, trata-se de uma intervenção *neutra* (BUENO, 2008, p. 274).

3.2.1.1 Intervenção obrigatória da CVM

Embora o artigo 31 da Lei 6.385/76 abra margem para o entendimento de que a intervenção da CVM é obrigatória nos processos judiciais que versem sobre a matéria de competência da Comissão, ao analisar melhor o dispositivo, verifica-se que, uma vez intimada, a CVM pode ou não manifestar-se no processo, contanto que o faça de modo justificado. Seja porque entende que a hipótese não comporta a

sua intervenção, ou porque entende que as informações dos autos já se mostram suficientes para a resolução do conflito (BUENO, 2008, p. 284).

Sendo assim, se não houver intervenção da CVM no processo, mesmo quando intimada para prestar esclarecimentos, a inércia processual do Conselho não gera nulidade processual, uma vez que o dispositivo expõe a obrigatoriedade da intimação do Conselho, mas não a obrigatoriedade deste a intervir no processo quando intimado. Assim verifica-se o caráter facultativo da intervenção por parte do Conselho de Valores Mobiliários na qualidade de *amicus curiae*.

Encerrando o tópico, é oportuno esclarecer que o prazo para manifestação da CVM é de 15 dias a contar da intimação, conforme o que estabelece o artigo 31 da Lei 9.385/76.

3.2.1.2 Momento de intervir

A manifestação da CVM pode se dar a qualquer tempo, inclusive após a publicação da sentença, já que conforme consagra o §3º do artigo 31 da Lei 6.385/76, o Conselho de Valores Mobiliários tem legitimidade para recorrer mesmo quando as partes não recorrerem. Sendo assim, o trânsito em julgado de uma sentença de mérito ou o término do prazo para interposição de recurso, é o que determina prazo final para a intervenção da CVM no processo (TAVARES, 1993, p. 287).

3.2.1.3 Legitimidade para recorrer

Conforme exposto no tópico acima, verifica-se que o dispositivo da Lei 6.385/76 prevê expressamente a possibilidade do Conselho de Valores Mobiliários interpor recursos da decisão proferida nas lides em que ingressa na qualidade de *amicus curiae*. O que vale referir em relação ao tema deste tópico é que a interposição do recurso pressupõe que as partes não tenham recorrido. Tanto é assim que o §4º da referida Lei coloca que o prazo para interposição de recurso por parte da CVM tem início no dia imediato aquele em que tiver fim o das partes, independentemente de nova intimação.

3.2.2 Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE

O Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), autarquia que dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações no âmbito econômico, teve sua criação a partir da Lei 8.884/94. Com isso o CADE passou a regular o direito relativo à ordem econômica e o direito concorrencial ou antitruste no Brasil.

Contudo, visando conferir maior efetividade e celeridade ao Conselho, bem como aprimorar a sua estrutura, a Lei 8.884/94 foi modificada pela Lei 12.529/11, a qual entrou em vigor em 2012 e alterou substancialmente a estrutura do CADE. O novel diploma legal, uniu a secretaria de Desenvolvimento Econômico ao CADE, criando a Superintendência Geral, além de alterar as infrações e penalidades às práticas de abuso do poder econômico.

Mesmo com a modificação de grande parte da Lei 8.884/94 a possibilidade de intervenção do CADE em processos judiciais que discutam a aplicação de leis de natureza econômica foi mantida, estando agora prevista no artigo 118 de Lei 12.529/11: “Art. 118. Nos processos judiciais em que se discuta a aplicação desta Lei, o CADE deverá ser intimado para, querendo, intervir no feito na qualidade de assistente.”

A simples leitura do dispositivo chama a atenção desde logo, e isso ocorre pelo fato deste qualificar a modalidade de intervenção do CADE, bem como apontar a facultatividade desta intervenção. Como se pode verificar, o artigo expressa literalmente que o CADE intervirá no processo quando quiser e, querendo, intervirá na qualidade de assistente.

Contudo, mesmo existindo referência expressa no dispositivo a cerca da qualidade de intervenção do CADE nos processos judiciais, parte da doutrina tem ampliado o entendimento de que a intervenção da autarquia não pode ser qualificada como assistência. Tendo em vista, principalmente, que a assistência estampada nos artigos 50 a 55 do Código de Processo Civil depende sempre, e em qualquer caso, da demonstração específica de “interesse jurídico”. Sendo assim, como poderia o CADE intervir no processo na qualidade de assistente, sendo que este é pessoa jurídica, autarquia que não possui “interesse” ou “direito” “seu”, “subjetivado” e individualizado (BUENO, 2008, p. 328).

Diante da atividade fiscalizadora e do auxílio ao magistrado nas questões concorrenciais existe o entendimento que o CADE não intervém no processo na qualidade tradicional de assistente, mas sim como *amicus curiae*. Seguindo este raciocínio, Didier Jr. entende que “intervém o CADE, nestas demandas, na qualidade de *amicus curiae* para auxiliar o magistrado na solução das intrincadas questões concorrenciais” (DIDIER JR, 2002, p. 190).

3.2.3 A facultatividade da intervenção do CADE

Conforme relatado no tópico anterior, o artigo da Lei que definiu a intervenção da autarquia em processos judiciais expressou de modo literal a facultatividade na intervenção. Nesse mesmo sentido, parte da doutrina tem acolhido este posicionamento.

Tendo em vista que não existe razão para que o CADE tenha que intervir em toda e qualquer demanda judicial que verse sobre direito anticoncorrencial, fica a critério da própria autarquia a decisão de intervir ou não no processo.

Contudo, ao analisar o dispositivo verifica-se a obrigatoriedade do Juiz expedir intimação para que o CADE intervenha ou não na lide. O artigo 118 define expressamente que em processos que versem sobre a aplicação da Lei 12.529/11 “o CADE deverá ser intimado, para querendo, intervir no feito na qualidade de assistente”., dessa forma configura-se a obrigatoriedade da intimação.

3.2.4 Casos em que o CADE pode intervir

A faculdade de intervenção imposta pelo artigo 118 da Lei de n. 12.529/11 é bastante ampla, uma vez que ele autoriza o ingresso do CADE em qualquer ação individual ou coletiva que diga respeito a quaisquer bens tutelados pela referida lei.

Sendo assim, toda e qualquer situação que venha a ferir, na prática ou em tese, os bens de ordem econômica estará autorizado o CADE a intervir mediante intimação (BUENO, 2008, p. 335).

CONCLUSÃO

Com o surgimento do instituto do *amicus curiae*, ainda no Direito Romano, bem como a sua evolução através dos países do *Common Law*, Inglaterra e Estados Unidos, viu-se que surgiu intrinsecamente no direito um instrumento de democratização e pluralização jurídica.

Nos dias de hoje, onde as demandas judiciais estão ligadas às matérias de grande complexidade e compreensão por parte tanto do Poder Judiciário quanto da sociedade, se vê o quão importante é um instituto que abre para debate situações jurídicas que podem refletir na sociedade como um todo.

Em sua longa jornada, o instituto foi se adequando aos sistemas jurídicos por onde foi passando, verificando-se que nos casos da Inglaterra e dos Estados Unidos o *amicus curiae* cumpriu um papel de verdadeiro auxiliar passivo da Corte, bem como participante ativo em demandas específicas.

Com o surgimento da primeira possibilidade de ingresso no processo judicial na qualidade de *amicus curiae*, através do artigo 31 da Lei 6.385/76, o Brasil começou a caminhar, mesmo que a passos curtos, para o caminho da aplicação de um instituto amplamente democrático e qualificador de decisões judiciais.

Viu-se também a possibilidade de intervenção do CADE na qualidade de *amicus curiae*. Possibilidade esta que era regulamentada pelo artigo 89 da Lei 8.884/94, a qual foi revogada pela Lei 12.529/11, cujo artigo 118 agora regulamenta a possibilidade de intervenção do CADE como *amicus curiae*.

Contudo, foi a partir da Lei 9.868/99 que o instituto passou a ter maior notoriedade no direito brasileiro, mais especificamente no controle concentrado de constitucionalidade por meio da ação direta de inconstitucionalidade, da ação declaratória de constitucionalidade bem como com a arguição de descumprimento de preceito fundamental.

O avanço na utilização do *amicus curiae* no ordenamento jurídico brasileiro, principalmente no controle concentrado de constitucionalidade, fez com que o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça abrissem ainda mais o leque de possibilidades para a aplicação do instituto no direito brasileiro, com a regulação da repercussão geral em sede de recursos extraordinários, assim como com a regulação do Recurso Especial Repetitivo.

Com as recentes regulações feitas pelo legislador, emanou junto com estas a essência do País Democrático de Direito em que o Brasil se autodenomina, tornando o *amicus curiae* para o mundo e para o direito, um instrumento de inclusão de minorias.

A respeito da natureza jurídica do instituto segue-se o viés do autor Carlos Gustavo Rodrigues Del Prá. Tratando-se da forma *voluntária* de intervenção, o *amicus curiae* terá natureza de *intervenção de terceiro*, contudo, quando a intervenção for mediante provocação judicial, o instituto terá natureza de *auxiliar do juízo*.

Em relação ao posicionamento jurisprudencial conclui-se que o *amicus curiae*, apesar de pouco falado, vem sendo admitido tanto no controle concentrado de constitucionalidade diante do Supremo Tribunal Federal, bem como no Recurso Especial Repetitivo perante o Superior Tribunal de Justiça.

A partir do estudo realizado, conclui-se que muito embora já tenham sido encontradas más utilizações do instituto, como o ingresso no processo por meio do *amicus curiae* de grupos que buscam defender interesses próprios, a sua aplicação nos casos judiciais são pontos de grande evolução para o direito. Pois este instrumento, além de democratizar as relações jurídicas, visa uma melhor solução não apenas para o caso em concreto, mas sim para a sociedade de um modo amplo.

REFERÊNCIAS

- AGUIAR, Mirella de Carvalho. **Amicus Curiae**. Salvador: Podium, 2005.
- ALVES, José Carlos Moreira. **Direito Romano**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. v. 1.
- ARSHI, Mona; O' CINNEIDE, Colm. **Third-party intervention: the public interest reaffirmed**. Public Law. London: Sweet e Maxwell, 2004.
- BARROSO, Carlos Eduardo Ferraz de Mattos. **Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. (Sinopses Jurídicas, v. 11)
- BECKWITH, Edmund Ruffin; SOBERNHEIM, Rudolf. Amicus curiae: Minister of Justice. **Fordham Law Review**, v. 17, 1948. Disponível em: <<http://www.sec.gov/news/speech/1954/120654timbers.pdf>>. Acesso em: 15 ago. 2012.
- BELLHOUSE, John; LAVERS, Antony. **The Modern Amicus Curiae: a Role in Arbitration?**. London: Sweet & Maxwell, 2004. (Civil Law Quarterly, v. 23)
- BIANCHI, Alberto B. **Control de Constitucionalidad**. 2. ed. Buenos Aires: Editorial Àbaco, 1999. t. 1.
- BIANCHI, Alberto B. **Control de Constitucionalidad**. 2. ed. Buenos Aires: Editorial Àbaco, 1999. t. 2.
- BINENBOJM, Gustavo. Democratização da jurisdição constitucional e o contributo da Lei 9.868/99. In: SARMENTO, Daniel (org). **O controle de constitucionalidade e a Lei 9.868/99**. 2. tir. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.
- BISCH, Isabel da Cunha. **O Amicus curiae, as tradições jurídicas e o Controle de Constitucionalidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.
- BUENO FILHO, Edgard Silveira. *Amicus Curiae: a democratização do debate nos processos de controle de constitucionalidade*. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, v. 47, p. 7-15, abr./jun. 2004.
- BUENO, Cassio Scarpinella. **Amicus Curiae no Processo Civil Brasileiro: um terceiro enigmático**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- CABRAL, Antonio do Passo. Pelas asas de Hermes: a intervenção do amicus curiae, um terceiro especial. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 29, n. 117, p. 9-41, set./out. 2004.
- CARNEIRO, Athos Gusmão. **Intervenção de terceiros**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

CARNEIRO, Athos Gusmão. **Intervenção de Terceiros**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

CHASE, Oscar G. **A “Excepcionalidade” Americana e o Direito Processual Comparado**. Revista de Processo, São Paulo, v. 28, n. 110, p. 115-114, 2003.

DAVID, René. **O Direito Inglês**. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

DEL PRÁ, Carlos Gustavo Rodrigues, **Amicus Curiae: Instrumento de Participação Democrática e de Aperfeiçoamento da Prestação Jurisdicional**. Curitiba: Juruá, 2007.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. 7. ed. Bahia: Podium, 2007.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **A democracia no limiar do século XXI**. São Paulo: Saraiva, 2001.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos Humanos Fundamentais**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

FRIEDMAN, Lawrence M. **Storia del diritto Americano**. Milano: Giuffrè, 1995.

HALL, Kermit L. **The Guide to Supreme Court Decisions**. New York: Oxford University Press, 1999.

HARPER V. Fowler; ETHERINGTON Edwing D. **Lobbyists before the Court**. University of Pennsylvania Law Review, 1953.

KRISLOV, Samuel. **The Amicus curiae Brief: From Friendship to Advocacy**. Yale Law Journal, LXXII, 1963.

KUCINSKI, Nancy Ellis. **Interests, Institutions, and Friends of the Court: Na Analysis of Organizational Factors Related to Amicus Curiae Participation**. Tese de doutorado apresentada na University of the Texas, Dallas, 2004.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Manual de Processo de Conhecimento**. A tutela Jurisdicional através do Processo de Conhecimento. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MUNFORD, Luther T. **When does the Curiae need an amicus?** Journal of Appellate Practice and Process, 1999.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código Civil anotado e legislação extravagante**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

NOGUEIRA, Gustavo Santana. "Do *amicus curiae*". **Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região**, Brasília, v.16, n. 7, p. 22-35, jul. 2004.

PEREIRA, Milton Luiz. *Amicus Curiae*: intervenção de terceiros. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 28, n. 109, p. 39-44, jan./mar. 2003.

POUND, Rescoe. **El espíritu del "Common Law"**. Barcelona: Bosch, 1954.

PURO, Steven. **The role of the Amici Curiae in the United States Supreme Court: 1920-1966**. Tese de doutorado apresentada na New York State University, Buffalo, 1971.

RAZZABONI, Olivia Ferreira. **Amicus Curiae**: Democratização na Jurisdição Constitucional. Dissertação de Mestrado apresentada na Universidade de São Paulo, 2009.

SCOURFIELD, Judithanne. **Congressional Participation as Amicus Curiae Before U.S. Supreme Court during the Warren, Burger and Rehnquist Courts**. (October terms 1953-1997). Tese de Doutorado apresentada em Rutgers. The State University New Jersey, New Brunswick, 2003.

SEURKAMP, Mary Pat .**Amicus Curiae Participation in the Higher Education Litigation**: Supreme Court and Circuit Courts 1960-1986. Tese de doutorado apresentada na State University of New York, Plattsburg, 1990.

SILVESTRI, Elisabetta. L' *amicus curiae*: uno strumento per la tutela degli interessi non rappresentati. **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**, Milano, v. 51, n. 3, 1997.

SOUZA JÚNIOR, Cezar Saldanha. **A Supremacia do Direito no Estado Democrático e seus Modelos Básicos**. Tese para concurso a Professor Titular junto ao Departamento de Direito do Estado da Faculdade de São Paulo. Porto Alegre, 2002.

SOUZA, Nelson Oscar. **Manual de Direito Constitucional**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

TAVARES, Osvaldo Hamilton. A CMV como *amicus curia*. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 82, n. 690, p. 286-287, abr. 1993.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvin; MEDINA, José Miguel Garcia. **Breves comentários à nova sistemática processual civil**. São Paulo: Malheiros, 2010.