

UNIVERSIDADE FEDERAL DE ALAGOAS – UFAL
FACULDADE DE DIREITO DE ALAGOAS – FDA
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO – PPGD

DANILO VITAL DE OLIVEIRA

SOBRE O *AMICUS CURIAE* NO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO: limites e possibilidades

Maceió - AL

2012

DANILO VITAL DE OLIVEIRA

SOBRE O *AMICUS CURIAE* NO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO: limites e possibilidades

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Alagoas (FDA/UFAL) como requisito para aquisição do título de Mestre em Direito Público.

Orientador: Prof. Dr. Francisco Wildo Lacerda Dantas

Maceió - AL

2012

**Catálogo na fonte
Universidade Federal de Alagoas
Biblioteca Central
Divisão de Tratamento Técnico**

Bibliotecária Responsável: Helena Cristina Pimentel do Vale

- O48s Oliveira, Danilo Vital de.
Sobre o Amicus Curiae no processo civil brasileiro : limites e possibilidades / Danilo Vital de Oliveira. -- 2012.
146 f.
- Orientador: Francisco Wildo Lacerda Dantas.
Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Alagoas.
Programa de Pós-Graduação em Direito. Maceió, 2012.
- Bibliografia: f. 140-146.
1. Direito constitucional – Brasil. 2. Neocosntitucionalismo. 3. *Amicus curiae* – Análise. 4. Sociedade aberta dos intérpretes da Constituição. I. Título.

CDU: 342.1/.8(81)



UNIVERSIDADE FEDERAL DE ALAGOAS - UFAL
FACULDADE DE DIREITO DE ALAGOAS - FDA
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO - PPGD
MESTRADO EM DIREITO

DANILO VITAL DE OLIVEIRA

"SOBRE O AMICUS CURIAE NO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO: LIMITES E POSSIBILIDADES"

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito de Alagoas – UFAL, como requisito parcial à obtenção do grau de Mestre.

Orientador: Francisco Wildo Dantas

A Banca Examinadora, composta pelos professores abaixo, sob a presidência do primeiro, submeteu o candidato à defesa, em nível de Mestrado, e a julgou nos seguintes termos:

Prof. Dr. Andreas Joachim Krell (UFAL)

Julgamento: aprovado (9,5) Assinatura: [Assinatura]

Prof. Dr. Beclaute Oliveira Silva (UFAL)

Julgamento: aprovado (9,5) Assinatura: [Assinatura]

Prof. Dr. Bruno Galindo (UFPE)

Julgamento: APROVADO (9,5) Assinatura: [Assinatura]

Maceió, 29 de maio de 2012.

[Assinatura]
Acrúscido de Lima Catão
Coordenador
Faculdade de Direito de Alagoas/UFAL
e-mail: f54@ufal.br

AGRADECIMENTOS

A partir da próxima página serão muitas e muitas em relação às quais eu espero ter logrado êxito na tarefa de atribuir ao seu conteúdo o máximo grau de objetividade e impessoalidade, atributos, de certo, incompatíveis com o sentimento de gratidão que pretendo externar por ocasião desta aqui.

Esta é a última página a ser escrita. São as últimas palavras que me ocorrem e, embora não devesse confessar, já é cedo da madrugada do último dia antes do término do prazo fatal. Digo isso para que o leitor entenda bem o contexto em que estão sendo escritas e possa – quem sabe? – me perdoar por essa auto-concessão de licença poética.

Foram 2 anos de incalculável aprendizado, alguns aborrecimentos, inúmeras alegrias e valiosíssimas conquistas. Nessa última categoria, incluo todos os amigos de Turma 6, que compartilharam comigo grande parte dos momentos de aprendizado, de padecimento e de felicidade. Aprendi muito com as particularidades virtuosas de cada um e gostaria de ter tempo para identificá-las todas.

Ao amigo André Luciano, que, ainda nos idos da graduação, apresentou-me ao instituto do *amicus curiae*, o qual se revelaria tão determinante na minha curta, porém extremamente recompensadora trajetória acadêmica.

Aos professores que compuseram a Turma 6 do Mestrado em Direito Público da FDA/UFAL, especialmente ao meu orientador, Prof. Dr. Francisco Wildo Lacerda Dantas, agradeço por todos os ensinamentos e pelas inestimáveis contribuições ofertadas, sem os quais este trabalho jamais teria sido concluído.

À Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de Alagoas – FAPEAL, por haver financiado a pesquisa.

Aos meus pais, por absolutamente tudo.

A Deus.

RESUMO

Encontra-se em trâmite, no Congresso Nacional, o projeto de novo Código de Processo Civil brasileiro. Entre as várias inovações previstas, está a instituição do *amicus curiae* como uma nova modalidade de intervenção de terceiros. Uma vez aprovado o projeto nos termos em que se encontra, a intervenção do *amicus* poderá ser admitida em qualquer grau de jurisdição, desde que presentes os requisitos da relevância da matéria, da especificidade do tema objeto da demanda ou da repercussão social da controvérsia, além da representatividade adequada do postulante. Com o objetivo de verificar a viabilidade dessa generalização do instituto do *amicus curiae*, este trabalho segue um itinerário que principia com uma análise das condições que promoveram o seu surgimento e desenvolvimento nos países filiados ao modelo do *common law*. Em um segundo momento, o exame recai sobre o ordenamento jurídico brasileiro, isto é, sobre as hipóteses de intervenção do *amicus curiae* positivadas no sistema brasileiro e a conseqüente definição da natureza jurídica do instituto. Em seguida, as atenções são voltadas para as características do neoconstitucionalismo – rejeição ao formalismo e utilização de uma metodologia jurídica mais aberta, constitucionalização do Direito e judicialização da política – que, em maior ou menor grau, conduzem à necessidade de uma nova hermenêutica constitucional. Após a demonstração de que essa mudança de paradigma encontra respaldo no âmbito do STF, o qual tem se ancorado na teoria da sociedade aberta de intérpretes proposta por Peter Häberle para promover uma abertura da jurisdição constitucional, é chegado o momento de verificar se tal abertura também se justifica no âmbito da jurisdição comum. Conclui-se que a sistemática de generalização da figura do *amicus curiae* que o projeto pretende implementar ignora a principal razão de ser do instituto e que o identifica desde seu surgimento nos países filiados à tradição jurídica do *common law*, qual seja, a força vinculante das decisões judiciais exaradas nos processos em que se admite a participação de um terceiro na qualidade de *amicus curiae*. Desta feita, o fenômeno da generalização do *amicus curiae*, isto é, o alargamento do rol de suas hipóteses de admissão para além daquelas já positivadas no ordenamento jurídico brasileiro, há de ser compreendido sob o prisma da força vinculante dos precedentes ou, quando menos, da eficácia persuasiva das decisões judiciais no sistema processual civil brasileiro.

Palavras-chave: Neoconstitucionalismo; *amicus curiae*; generalização; (im)possibilidade; força vinculante dos precedentes.

ABSTRACT

It is in process, in Congress, the project of new Brazilian Civil Procedure Code. Among several novelties envisaged, is the institution of *amicus curiae* as a new type of third party intervention. Once approved the project in terms of what it is, *amicus* intervention may be admitted to any degree of jurisdiction, since demonstrated the requirements of matter's relevance, disputed issue's specificity or social repercussion of controversy, beyond proper representation of the applicant. In order to verify the viability of this generalization, this essay follows a route that begins with an analysis of the conditions that promoted its appearance and development in countries affiliated to common law model. In a second step, the attention falls on the Brazilian legal system, that is, on the cases of *amicus curiae*'s intervention provided in the Brazilian system and the consequent definition of institute's legal nature. Then, attention is focused on the characteristics of neoconstitucionalism – rejection of formalism and use of an open legal methodology, constitutionalization of the law and judicialization of politics – which, in a greater or lower extent, lead to the need for a new constitutional hermeneutics. After the demonstration that this change of paradigm is accepted by the STF, which has been anchored in the theory of the open society proposed by Peter Häberle to promote an opening of constitutional jurisdiction, it is time to check if such opening is also justified in relation to ordinary jurisdiction. It is concluded that the generalization ignores the main purpose of the institute that identifies it since its advent in countries affiliated to the common law legal tradition, namely, the binding force of judgments entered in processes that allow the participation of a third as *amicus curiae*. So, the phenomenon of *amicus curiae*'s generalization, that is, extending the list of its chances of admission in addition to those already set in Brazilian legal system, must be understood through the prism of the binding force of precedents or, at least, persuasive effectiveness of judgments in Brazilian civil court system.

Key-words: Neoconstitucionalism; *amicus curiae*; generalization; (im)possibility; binding force of precedents.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
1 O MODELO DO <i>COMMON LAW</i> E AS CONDIÇÕES FAVORÁVEIS AO SURGIMENTO DO <i>AMICUS CURIAE</i>	14
1.1 Breves considerações sobre o <i>common law</i> na Inglaterra	15
1.2 Breves considerações sobre o <i>common law</i> nos Estados Unidos	18
1.3 Os fatores que propiciaram o surgimento do <i>amicus curiae</i> no sistema do <i>common law</i>	21
1.4 O <i>amicus curiae</i> no Direito inglês	24
1.5 O <i>amicus curiae</i> nos Estados Unidos: a importância do <i>judicial review</i> para o desenvolvimento da figura	26
1.5.1 A atuação do <i>amicus curiae</i> perante a Suprema Corte dos Estados Unidos: a Regra 37	32
1.5.2 As principais críticas da doutrina estadunidense ao <i>amicus curiae</i>	34
2 O <i>AMICUS CURIAE</i> NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	38
2.1 As hipóteses de intervenção do <i>amicus curiae</i> fundadas no poder de polícia	38
2.2 A atuação da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) na qualidade de <i>amicus curiae</i>	41
2.3 O <i>amicus curiae</i> e o controle de constitucionalidade no Brasil	42
2.3.1 Controle concentrado	43
2.3.2 Controle difuso	49
2.4 O <i>amicus curiae</i> e os Juizados Especiais Federais	51
2.5 Procedimento de edição, revisão e cancelamento de enunciado de súmula vinculante pelo Supremo Tribunal Federal	53
2.6 Procedimento de análise da repercussão geral no recurso extraordinário	54
2.7 Julgamento dos recursos especiais repetitivos	54
2.8 A definição da natureza jurídica do <i>amicus curiae</i> no Direito brasileiro	55
2.8.1 Sujeitos processuais	56

2.8.1.1 Partes	57
2.8.1.2 É o <i>amicus curiae</i> espécie do gênero auxiliares do juízo?	58
2.8.1.3 O <i>amicus curiae</i> e a função de <i>custos legis</i>	61
2.8.1.4 O <i>amicus curiae</i> e a intervenção de terceiros	64
2.8.2 A intervenção do <i>amicus curiae</i> : uma nova modalidade de intervenção de terceiros	68
3 A SOCIEDADE ABERTA DE INTÉRPRETES DA CONSTITUIÇÃO: O <i>AMICUS CURIAE</i> ENQUANTO MECANISMO DE ABERTURA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL	70
3.1 Os reflexos do neoconstitucionalismo no panorama hermenêutico-constitucional brasileiro	70
3.1.1 A rejeição ao formalismo e a utilização de uma metodologia jurídica mais aberta	75
3.1.2 A constitucionalização do Direito	80
3.1.3 Judicialização da política e politização da justiça: o protagonismo do Judiciário	84
3.2 A sociedade aberta de intérpretes: democratização da interpretação constitucional	94
3.3 O Supremo Tribunal Federal e a tendência de abertura da interpretação constitucional: a influência de Peter Häberle	103
4 SOBRE A (IM)POSSIBILIDADE DE AMPLIAÇÃO DAS HIPÓTESES DE INTERVENÇÃO DO <i>AMICUS CURIAE</i>	111
4.1 A generalização do <i>amicus curiae</i> em função da expressão social do litígio	111
4.2 Desnecessidade de uma alteração legislativa específica: a suficiente releitura dos dispositivos legais já existentes	115
4.3 O projeto de Código de Processo Civil e a previsão expressa da figura do <i>amicus curiae</i>	118
4.4 A generalização do <i>amicus curiae</i> sob o prisma da força dos precedentes no Brasil	122

4.5 Contornando os inconvenientes da generalização do instituto	132
CONCLUSÃO	135
REFERÊNCIAS	140

INTRODUÇÃO

As transformações oriundas da passagem de um Estado de Direito para um Estado Democrático de Direito, aliadas às conseqüências advindas de um estágio de desenvolvimento dito pós-moderno, acabam por revolucionar as estruturas de organização da vida em sociedade.

O Direito, enquanto instrumento de regulação social, ao absorver de maneira intensa essas modificações, sofre uma mudança de paradigma, por meio da qual é mitigado o padrão lógico-formal, estritamente legalista, herdado do positivismo jurídico.

Desta feita, através de um procedimento de abertura do sistema jurídico, caracterizado pelo emprego cada vez mais freqüente de cláusulas gerais e conceitos normativos abertos, pelo aumento e reconhecimento de poderes criativos conferidos ao juiz no ato de interpretação das normas, tornou-se cada vez mais premente o escopo de atualização social do direito, isto é, a necessidade de se interpretar as normas jurídicas em atenção aos seus fins sociais.

No decorrer desse processo, entretanto, exsurtem ao menos dois pontos de estrangulamento do sistema jurídico, intimamente correlacionados, quais sejam: o pouco ou nenhum acesso dos cidadãos ao processo de tomada de decisões e, conseqüentemente, o incontestável déficit de legitimidade das decisões emanadas do Poder Judiciário.

Visando a suprir essas deficiências, alguns autores apresentam a figura do *amicus curiae* como um instrumento capaz de democratizar o processo, ao tempo em que constitui fator de legitimação social das decisões judiciais, na medida em que permite que parcelas significativas da sociedade que, de outro modo, estariam alijadas do debate, tenham acesso ao processo de tomada de decisões.

Este trabalho cuida, justamente, de analisar esse instituto que, a despeito de ganhar cada vez mais espaço no ambiente dos debates acadêmicos, ainda é pouco trabalhado pela doutrina e menos ainda conhecida por estudantes e profissionais da área jurídica no Brasil.

Entenda-se o *amicus curiae* (numa tradução literal, amigo da corte) como o sujeito (pessoa física, jurídica, ou até mesmo órgão ou entidade despersonalizada) estranho ao processo que interfere na causa, por requisição do juízo ou de forma voluntária, com o fito de prestar esclarecimentos que auxiliem o órgão julgador, oferecendo seu ponto de vista sobre a questão controvertida, além de informações técnicas afetas a outras áreas do conhecimento,

bem como para defender os interesses de grupos que representam, na hipótese de esses grupos serem potencialmente afetados, direta ou indiretamente, pela decisão a ser tomada.¹

Os estudos que se prestam a determinar a origem histórica do instituto acabam por reconhecer o direito romano como seu nascedouro, mas não deixam de dar o destaque merecido ao papel desempenhado pelos sistemas jurídicos inglês e estadunidense no que se refere à evolução e ao desenvolvimento pelos quais passou o instituto.

Considerando a importância da exata compreensão de como o *amicus curiae* é encarado no modelo do *common law* para a comprovação da hipótese desse trabalho, o primeiro capítulo ocupar-se-á, exclusivamente, de examinar as condições da gênese do instituto nessa tradição jurídica, especialmente na Inglaterra – onde se manifestou pela primeira vez – e nos Estados Unidos – onde se desenvolveu e consolidou na prática dos tribunais.

Importante salientar que este capítulo não tem a intenção de apenas ocupar várias páginas com palavras inúteis, como sói acontecer em pesquisas que contam com capítulos supostamente destinados a perfazer um esboço histórico. Aqui, diferentemente, as notas pretéritas repercutem no objeto de análise e contribuem decisivamente para que se chegue à conclusão apresentada ao final.

Assim, sob a rubrica “o modelo do *common law* e as condições favoráveis ao surgimento do *amicus curiae*” serão vistas, ainda que brevemente, as principais características desse sistema jurídico, ressaltando as particularidades da experiência de cada um dos países supramencionados e explicitando quais delas contribuíram para o aparecimento da figura do *amicus curiae* para, por último, indicar as críticas que normalmente se faz ao seu manejo.

Uma vez procedida esta breve incursão histórica, terá chegado o momento de analisar, uma a uma, as hipóteses de intervenção do *amicus curiae* legalmente previstas no ordenamento jurídico brasileiro. Essa a tarefa engendrada no segundo capítulo.

Nesta ocasião, pretende-se fornecer ao leitor uma visão panorâmica acerca do instituto do *amicus curiae* no ordenamento jurídico brasileiro, sob o prisma das hipóteses que são, rotineiramente, apontadas como casos de intervenção do amigo da corte. O objetivo, adverte-se desde já, não é exaurir o regime jurídico dessas intervenções, mas tão somente torná-las conhecidas, a começar pela hipótese inaugural, que está consubstanciada no art. 31 da Lei n.º 6.385/76, que disciplina o mercado de valores mobiliários, com a redação que lhe foi dada

¹ A expressão é assim definida pelo Black’s Law Dictionary: “A person who is not a party to a lawsuit but who petitions the court to file a brief in the action because that person has a strong interest in the subject matter. – Often shortened to *amicus*. – Also termed *friend of the court*. Pl. **amici curiae**” (BLACK, Henry Campbell. **Black’s Law Dictionary**. St. Paul: West Publishing Company, 1996, p. 32).

pela Lei n.º 6.616/78. O referido dispositivo legal prevê a intimação da Comissão de Valores Mobiliários (CVM) para, desde que lhe convenha, oferecer parecer ou prestar esclarecimentos naqueles processos judiciais que tenham por objeto matéria incluída na sua competência.

De forma muito semelhante, a Lei n.º 8.884/94 – que transforma o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) em Autarquia, dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica e dá outras providências –, e a Lei n.º 9.279/96 – que regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial –, prescrevem a intervenção, respectivamente, do CADE nos processos judiciais em que se discuta a aplicação daquela lei, e do Instituto Nacional de Propriedade Industrial (INPI) nas ações de nulidade de patente/registro em que o Instituto não for autor.

Outra hipótese indicada como sendo mais uma previsão da figura do *amicus curiae* no ordenamento jurídico brasileiro é encontrada no art. 49, parágrafo único, da Lei n.º 8.906/94 (Estatuto da OAB), segundo o qual os presidentes dos Conselhos e das Subseções da OAB têm “legitimidade para intervir, inclusive como assistentes, nos inquéritos e processos em que sejam indiciados, acusados ou ofendidos, os inscritos na OAB”.

Se nas hipóteses há pouco tratadas já se faz evidente um interesse público eleito pelo legislador como sendo relevante e digno de proteção, o que dizer então dos interesses que circundam o controle de constitucionalidade, seja ele difuso ou concentrado? Atento para esta questão, bem como para a necessidade de democratizar o debate no que tange às ações que versam sobre a suposta inconstitucionalidade das leis, o legislador brasileiro positivou, por meio da Lei n.º 9.868/99 e da Lei n.º 9.882/99, a participação de terceiros na qualidade de *amici curiae*.

Dois anos mais tarde, em 12 de julho de 2001, a Lei n.º 10.259 (dispõe sobre a instituição dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais no âmbito da Justiça Federal) veio consagrar mais duas hipóteses de participação desse terceiro especial. A primeira delas diz com o procedimento do pedido de uniformização de interpretação de lei federal, e a segunda se refere ao recurso extraordinário no âmbito dos Juizados Especiais Federais.

Mais recentemente, tem-se a Lei n.º 11.417/06 (Regulamenta o art. 103-A da Constituição Federal e altera a Lei n.º 9.784, de 29 de janeiro de 1999, disciplinando a edição, a revisão e o cancelamento de enunciado de súmula vinculante pelo Supremo Tribunal Federal, e dá outras providências). O §2º do art. 3º da legislação sob comento, estabelece que “no procedimento de edição, revisão ou cancelamento de enunciado da súmula vinculante, o

relator poderá admitir, por decisão irrecorrível, a manifestação de terceiros na questão, nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal”.

A Lei n.º 11.418/06 acrescenta ao Código de Processo Civil brasileiro, dispositivos que regulamentam o § 3º do art. 102 da Constituição Federal, que dispõe sobre o instituto da repercussão geral no recurso extraordinário. De acordo com a nova redação do CPC, em seu art. 543-A, § 6º, “o Relator poderá admitir, na análise da repercussão geral, a manifestação de terceiros, subscrita por procurador habilitado, nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.”

Finalmente, em 2008, por meio da Lei n.º 11.672, incluiu-se no Código de Processo Civil brasileiro o art. 543-C, *caput*, e mais nove parágrafos. Esses dispositivos cuidam de disciplinar o julgamento de recursos especiais repetitivos e também aqui o legislador cuidou de instituir mais uma hipótese de intervenção do *amicus curiae* no processo civil nacional.

Após essa tentativa de oferecer ao leitor o panorama do instituto, tal qual positivado no ordenamento jurídico brasileiro, eis que surgirá a oportunidade de, a partir daí, envidar esforços visando à identificação da sua natureza jurídica, tarefa também desempenhada pelo segundo capítulo.

Nesse passo, o instituto tem suas características confrontadas com as de outras categorias processuais com as quais é normalmente confundido, ocasião em que são admitidas as afinidades e ressaltadas as dessemelhanças, culminando com a tomada de posição no sentido de que o *amicus curiae* se reveste da natureza jurídica de um terceiro interveniente, sendo enquadrado, portanto, como uma nova modalidade de intervenção de terceiros.

O terceiro capítulo, após marcar a assunção de um marco teórico neoconstitucionalista, volta suas atenções para o fenômeno da abertura da jurisdição constitucional brasileira e avalia se e, em caso afirmativo, em que medida a intervenção do *amicus curiae* no processo de controle de constitucionalidade, seja ele difuso ou concentrado, constitui-se em mecanismo a serviço dessa abertura.

Neste passo, dialoga-se com Peter Häberle e sua teoria da sociedade aberta dos intérpretes da Constituição, na tentativa de demonstrar que a adoção de instrumentos de abertura procedimental, entre os quais se inclui o *amicus curiae*, é expediente que decorre de uma nova perspectiva acerca do Direito, que tem encontrado respaldo no âmbito do Supremo Tribunal Federal.

De fato. O STF vem assumindo uma postura cada vez mais favorável à ampla admissão de *amici curiae*, forte no argumento de que tais intervenções, ao mesmo tempo em

que democratizam o debate sobre questões constitucionais relevantes, representam ainda um fator de legitimação social das decisões do órgão de cúpula do Poder Judiciário.

A partir daí surgem novos problemas que merecem atenção, na medida em que começam a surgir autores sustentando que a participação processual do *amicus curiae* deve se dar não só nas hipóteses em que ela é legalmente prevista, mas também em todos aqueles casos em que o terceiro interveniente verificar a necessidade de fornecer ao magistrado elementos capazes de subsidiá-lo na tarefa de melhor decidir.

Essa ampla participação do *amicus* contribuiria para o aperfeiçoamento da prestação jurisdicional, mediante a garantia do acesso de significativas parcelas representativas da sociedade ao debate de questões relevantes, democratizando o debate processual, o que, por sua vez, representaria fator de legitimação social de decisões judiciais.

É essa a discussão que ocupa o cerne do quarto capítulo, no qual restarão analisados os principais argumentos favoráveis à generalização do instituto, com ênfase especial ao projeto de novo Código de Processo Civil, em tramitação no Congresso Nacional, o qual prevê expressamente a possibilidade de o *amicus curiae* intervir no processo, não importando o grau de jurisdição em que se encontre. Essa inovação, uma vez concretizada, implicará grandes alterações no trato usual da matéria, razão pela qual é objeto de uma análise crítica sob a luz das razões que verdadeiramente justificam a intervenção do *amicus curiae*.

1 O MODELO DO *COMMON LAW* E AS CONDIÇÕES FAVORÁVEIS AO SURGIMENTO DO *AMICUS CURIAE*

Não se sabe com exatidão a que época remonta o surgimento da figura do *amicus curiae*², mas suspeita-se de que suas raízes se encontram no Direito romano³ (a despeito de ausência de referência expressa ao instituto), numa conformação bem diferente da que chegou aos dias de hoje, obviamente.⁴

É, entretanto, no Direito inglês medieval⁵, mormente no Direito penal⁶, que se pode apontar com um pouco mais de precisão sua ascendência. De fato, no que se refere à primeira aparição de um tipo específico de *amicus curiae*, há um certo consenso entre os estudiosos no sentido de que foi nos primórdios do sistema do *common law* inglês que surgiu o instituto. Seu papel, à época, consistia em auxiliar as Cortes, por meio da indicação de erros manifestos em processos ou mesmo trazendo informações relevantes constantes de precedentes judiciais e/ou *statutes* que os juízes não conheciam.⁷

Nesse mesmo sentido se posicionam Ernest Angell e Samuel Krislov, para quem o *amicus*, originariamente, teria aparecido como um espectador, sem qualquer interesse direto no litígio, que intervia de forma voluntária e espontânea para fazer uma sugestão ao tribunal sobre questões de fato e de direito acerca das quais tinha conhecimento, tais como a morte de uma parte, ocorrência de erro manifesto, conluio entre as partes, entre outras coisas.⁸

² BUENO, Cássio Scarpinella. Quatro perguntas e quatro respostas sobre o *amicus curiae*. **Revista da Escola Nacional da Magistratura – RENM**, Brasília, ano 3, n. 5, p. 132-138, maio. 2008.

³ BUENO, Cássio Scarpinella. ***Amicus curiae no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático***. 2. ed. rev. atual. e amp. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 87-90.

⁴ No período da República romana, havia o denominado *consilium*, isto é, um órgão composto por assessores recrutados, entre os estudiosos do Direito, pelos magistrados judiciários e juízes populares. No período imperial, por seu turno, também contavam os imperadores com uma espécie de conselho, constituído pelos principais jurisconsultos da época, que ostentava uma função semelhante, era o *consistorium* (BISCH, Isabel da Cunha. **O Amicus Curiae, as Tradições Jurídicas e o Controle de Constitucionalidade: um estudo comparado à luz das experiências americana, européia e brasileira**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 18-19).

⁵ DEL PRÁ, Carlos Gustavo Rodrigues. ***Amicus curiae: instrumento de participação democrática e de aperfeiçoamento da prestação jurisdicional***. Curitiba: Juruá, 2007, p. 25 e NUNES, Jorge Amaury Maia. A participação do *amicus curiae* no procedimento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF. **Revista de Direito Público**, Porto Alegre, ano 5, n. 20, p. 47-64, mar./abr. 2008, p. 54.

⁶ BUENO, Cássio Scarpinella. ***Amicus curiae no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático***. 2. ed. rev. atual. e amp. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 87-88.

⁷ Por essa razão, aliás, diz-se que a função originária do *amicus curiae* inglês era a de “*oral Shepardizing*”. Essa nomenclatura deve-se ao esforço de Frank Shepard, um americano que catalogou informações importantes tanto de precedentes judiciais quanto de *statutes*, trabalho que serviu como fonte de consulta, um verdadeiro guia para advogados e juízes. (BISCH, Isabel da Cunha. **O Amicus Curiae, as Tradições Jurídicas e o Controle de Constitucionalidade: um estudo comparado à luz das experiências americana, européia e brasileira**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 19).

⁸ ANGELL, Ernest. The *Amicus Curiae* American Development of English Institutions. **International and Comparative Law Quarterly**, v. 16, p. 1.017-1.044, 1967, p. 1017 e KRISLOV, Samuel. The *amicus curiae* brief: from friendship to advocacy. **The Yale Law Journal**, v. 72, p. 694-721, 1963, p. 695. Carlos Gustavo

Para que se possa compreender as razões pelas quais o *amicus curiae* encontrou as condições que permitiram seu aparecimento e, conseqüentemente, para visualizar de forma mais clara os contornos do instituto, mister que se empreenda uma análise, ainda que não exauriente, das características do sistema jurídico inglês.

1.1 Breves considerações sobre o *common law* na Inglaterra

Na tradição inglesa, as regras jurídicas não são elaboradas com o objetivo de estabelecer regras gerais de conduta, mas sim para solucionar uma controvérsia, um caso consubstanciado em um processo. Dito de outra maneira, o Direito nasce justamente do conflito.⁹

Nesse cenário, é possível perceber a importância assumida pelo rito, bem como pelas demais questões processuais na elaboração das soluções jurídicas. Essas questões precedem, inclusive, a concepção de direitos substantivos, de feição material. Neste sentido, o escólio de René David, para quem “é necessário não esquecer nunca, se se quiser compreender o direito inglês, esta anterioridade do processo em relação ao direito substantivo”¹⁰.

Essa processualidade é uma característica marcante do *common law* e, em termos práticos, sugere que a técnica utilizada pelos juízes ingleses para decidir um caso concreto consistia – ao menos no período de consolidação do *common law* – em verificar a adequação do julgamento jurídico a uma plêiade de requisitos formais (ampla defesa, livre produção de provas, etc.) e não na compreensão do “espírito” ou da “essência” de atos legislativos dotados de caráter geral e abstrato.¹¹

Essa teria sido a razão pela qual a recepção do Direito Romano fora obstaculizada no sistema jurídico inglês.¹² Com efeito, as regras não jurisprudenciais não são comuns na

Rodrigues Del Prá atribui ao instituto, nesse período inicial, as mesmas características, ao aduzir que o *amicus* desempenhava uma função meramente informativa e supletiva, apontando precedentes judiciais que as partes não indicavam ou que o juiz não conhecia, chamando a atenção do juízo para determinados fatos, tais como hipóteses de erro manifesto, a existência de uma norma específica regulando a matéria, ou até mesmo a morte de uma das partes (DEL PRÁ, Carlos Gustavo Rodrigues. *Amicus curiae: instrumento de participação democrática e de aperfeiçoamento da prestação jurisdicional*. Curitiba: Juruá, 2007, p. 25).

⁹ BISCH, Isabel da Cunha. *O Amicus Curiae, as Tradições Jurídicas e o Controle de Constitucionalidade: um estudo comparado à luz das experiências americana, européia e brasileira*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 24.

¹⁰ DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1993, p. 322.

¹¹ BISCH, Isabel da Cunha. *O Amicus Curiae, as Tradições Jurídicas e o Controle de Constitucionalidade: um estudo comparado à luz das experiências americana, européia e brasileira*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 25.

¹² DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1993, p. 294.

tradição jurídica inglesa. Ao contrário do que ocorre nos países de família romano-germânica, nos quais os códigos são concebidos como um ponto de partida para a elaboração e o desenvolvimento de um novo Direito, no modelo do *common law*, eles são tidos como singela obra de consolidação.¹³

Nos ordenamentos filiados à família jurídica do *common law*, o legislador tem por objetivo, ao elaborar um código, reproduzir regra anterior já proposta pela jurisprudência. Sendo assim, o *statute*¹⁴ só passaria a ter sentido quando interpretado pelos Tribunais.¹⁵

Por ser o Direito inglês essencialmente jurisprudencial (*case law*), René David adverte que as regras jurídicas, nesse sistema, são encontradas na *ratio decidendi*¹⁶ das decisões tomadas pelos tribunais superiores ingleses.¹⁷ Ainda segundo o autor:

A *legal rule* inglesa coloca-se ao nível do caso concreto em razão do qual, e para cuja resolução, ela foi emitida. Não se pode colocá-la a um nível superior sem deformar profundamente o direito inglês, fazendo dele um direito doutrinário; os ingleses são bastante avessos a uma tal transformação e apenas adotam, verdadeiramente, em particular as regras formuladas pelo legislador, por menor que seja a interpretação que elas exijam, quando forem efetivamente interpretadas pela jurisprudência; as aplicações jurisprudenciais tomam então o lugar, no sistema do direito inglês, das disposições que o legislador editou.¹⁸

Guido Soares, por sua vez, buscando explicar a primazia dos *cases* no modelo do *common law*, julga tratar-se de uma questão de método. Segundo ele, enquanto no modelo do *civil law* a lei escrita é a primeira fonte de consulta dos operadores jurídicos, no *common law* trilha-se o caminho inverso, isto é, advogados e juízes buscam primeiro os casos e, em caso de lacuna, recorrem à lei escrita, o que reflete a mentalidade de que os precedentes constituem a regra e o *statute law* é a exceção.¹⁹

¹³ DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1993, p. 403.

¹⁴ De acordo com o Black's Law Dictionary, *statute* seria "um ato do Legislativo, declarando, ordenando, ou proibindo alguma coisa; (...). Esta palavra é usada para designar as leis criadas legislativamente em contraste com a lei decidida ou não escrita". (BLACK, Henry Campbell. **Black's Law Dictionary**. St. Paul: West Publishing Company, 1996, p. 1.264-1265).

¹⁵ DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1993, p. 346.

¹⁶ Considera-se *ratio decidendi* a parte efetivamente vinculante da decisão, o núcleo do precedente, aquelas proposições jurídicas que, necessariamente, devem ser seguidas (WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: *civil law* e *common law*. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 172, ano 34, p. 121-173, junho de 2009, p. 131).

¹⁷ DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1993, p. 324. É na *ratio decidendi*, aliás, que se deve buscar a obrigatoriedade do precedente (LOSANO, Mario G. **Os grandes sistemas jurídicos**. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 338).

¹⁸ DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1993, p. 324.

¹⁹ SOARES, Guido Fernando Silva. **Common Law: Introdução ao Direito dos EUA**. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 39.

A *legal rule* que os juízes ingleses estabelecem se apresenta como um fruto da experiência do caso concreto, ao tempo em que também se relaciona à regra dos precedentes judiciais. A *rule of precedent*, tão característica do *common law*, determina que os juízes sigam a racionalidade das decisões proferidas em casos análogos por órgãos judiciais de igual ou de maior hierarquia. No afã de garantir normatividade geral aos precedentes (sentenças dos casos anteriores), necessário eliminar determinados elementos individuais para que, dessa maneira, apenas os fatos relevantes possam ser generalizados.²⁰

Essa seleção de elementos relevantes decorre do reconhecimento de que os casos nunca são absolutamente idênticos. Assim, e tendo em vista que a vinculatividade dos precedentes se justifica justamente pela necessidade de igualdade, é em nome dessa igualdade que são selecionados os aspectos do caso que devem ser considerados relevantes e, caso os aspectos relevantes de determinado caso sejam *semelhantes* ao de outro, devem ambos os casos ser decididos da *mesma forma*.²¹

Essa, a *doctrine of stare decisis*²² ou *doctrine of precedents*, é a característica primordial do sistema do *common law*, tanto na Inglaterra como nos Estados Unidos. Considerando que a melhor tradução para o termo *doctrine*, no contexto, seria “regra” e que *precedent* se relaciona a uma ou várias decisões de um *appellate court* (tribunal de apelação), um órgão colegiado de segundo grau de jurisdição, que obriga os juízes que lhe são subordinados²³, tem-se que a “regra do precedente” prescreve o caráter vinculante das decisões.

Frise-se, portanto, que os precedentes foram fundamentais para o desenvolvimento do *common law*. O *stare decisis*, isto é, a eficácia vinculante dos precedentes, sustenta-se na perseguição dos ideais de igualdade, coerência e estabilidade da ordem jurídica, bem assim na nota de previsibilidade.²⁴ Isso não significa, porém, que é legítima a confusão entre *common*

²⁰ BISCH, Isabel da Cunha. **O Amicus Curiae, as Tradições Jurídicas e o Controle de Constitucionalidade**: um estudo comparado à luz das experiências americana, européia e brasileira. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 26-27.

²¹ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: *civil law e common law*. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 172, ano 34, p. 121-173, junho de 2009, p. 129.

²² A locução *stare decisis* (cuja pronúncia é *stare diçáicis*) é o que restou da expressão latina *stare decisis et non quieta movere* que, em uma tradução literal, significa “que as coisas permaneçam firmes e imodificadas, em razão das decisões”, consoante explicação retirada de comentários explicativos feitos em nota de rodapé na obra de Guido Soares (SOARES, Guido Fernando Silva. **Common Law**: Introdução ao Direito dos EUA. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 35).

²³ SOARES, Guido Fernando Silva. **Common Law**: Introdução ao Direito dos EUA. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 40.

²⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 17.

law e stare decisis.²⁵ É que esse último surgiu no decorrer do desenvolvimento do primeiro para cumprir, sobretudo, a missão de conferir segurança às relações jurídicas.²⁶

Cumpra salientar que o precedente não se apresenta como uma regra abstrata. Pelo contrário, trata-se de regra umbilicalmente associada aos casos de que se originou, o que reforça a necessidade de conhecimento das razões da decisão (*ratio decidendi*).²⁷

Nos países vinculados ao *common law*, a *judicial decision* cumpre duas funções, a saber: i) a primeira é a de decidir o caso *sub judice* e de fazer coisa julgada, criando o direito no que atina às questões controvertidas e às partes daquele caso específico; ii) já a segunda é a de produzir efeitos para além das partes e das questões resolvidas por meio da criação do precedente, dotado de força obrigatória para casos futuros (nota característica do *common law*).²⁸

Ao comentar essa função dúplice da decisão judicial no modelo do *common law*, Teresa Arruda Alvim Wambier se refere a duas dimensões: a de resolução de conflitos, que diz respeito ao passado e cujos efeitos estão limitados às figuras de autor e réu; e a de feitura do Direito, mediante a criação de regras para o futuro e cujo raio de alcance é significativamente maior, atingindo o público em geral, os tribunais, os meios de comunicação e os acadêmicos.²⁹

Vistas, ainda que em linhas bastante gerais, as principais nuances do *common law* inglês, passa-se à análise do sistema jurídico nos Estados Unidos.

1.2 Breves considerações sobre o *common law* nos Estados Unidos

A exemplo do que se dá na Inglaterra, nos Estados Unidos também se adotou o modelo do *common law*³⁰ (a despeito de alguma resistência inicial, é bem verdade).³¹ Assim, é

²⁵ Marinoni é enfático quanto a isso, quando assevera: “Ademais, não há que se confundir *common law* com *stare decisis*. Ora, o *common law*, compreendido como os costumes gerais que determinavam o comportamento dos *Englishmen*, existiu, por vários séculos, sem *stare decisis* e *rule of precedent*” (MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 33).

²⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 17.

²⁷ SOARES, Guido Fernando Silva. **Common Law**: Introdução ao Direito dos EUA. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 41.

²⁸ SOARES, Guido Fernando Silva. **Common Law**: Introdução ao Direito dos EUA. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 40-41.

²⁹ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: *civil law e common law*. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 172, ano 34, p. 121-173, junho de 2009, p. 130.

³⁰ Exceção feita ao Estado da Louisiana que, conservando-se fiel aos primeiros colonizadores franceses e espanhóis, pertence à família dos direitos romano-germânicos (SOARES, Guido Fernando Silva. **Common Law**: Introdução ao Direito dos EUA. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 52 e LOSANO, Mario G. **Os grandes sistemas jurídicos**. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 345).

correto afirmar que o direito estadunidense é eminentemente jurisprudencial, isto é, as regras ditadas pelo legislador – não importa quão numerosas sejam – não são vistas pelos juristas como o tipo usual de regra jurídica, de modo que somente são assimiladas quando tiverem sido interpretadas e aplicadas pelos tribunais. Em suma, indispensável que haja o precedente.³²

Essa predileção do *common law* pelos precedentes pode ser explicada sob o ângulo da dificuldade de lidar com preceitos jurídicos de significação abstrata e geral, como as leis. É o que pretende demonstrar Cueto Rua, ao afirmar que o juiz do *common law* tem muita dificuldade em lidar com leis, por não estar acostumado a desempenhar seu papel trabalhando com proposições gerais cujo significado lógico é equívoco, mas sim com casos concretos. Para um juiz do *common law* nada é mais misterioso do que uma lei que ainda precisa de interpretação judicial. Assim, a partir do momento em que a jurisprudência começa a concretizar os termos abstratos da lei, o magistrado passa a relegá-la a um plano secundário, dedicando uma maior atenção aos casos em que elas têm sido interpretadas.³³

Ao lado dos precedentes, os americanos também adotaram os códigos, apesar de muitos juristas considerarem que a inserção de *statutes* acabaria por engessar o sistema jurídico do país. Inobstante essa relutância, é indiscutível que há, no Direito estadunidense, espaço para os *statutes*, muito embora não sejam eles encarados da mesma maneira que são a legislação e os códigos do *civil law*, especialmente no que concerne aos aspectos interpretativos.³⁴

Não é correto afirmar, contudo, que a codificação, isoladamente considerada, é capaz de explicar a diferença entre o *common law* e o *civil law*. No primeiro, também é possível verificar vários códigos e uma intensa produção legislativa. O que muda em relação à tradição romano-germânica é o significado atribuído aos códigos e à função exercida pelo juiz ao considerá-los. No sistema do *common law*, não se espera dos códigos que eles tragam a

³¹ DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1993, p. 359 e ss.

³² DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1993, p. 367.

³³ CUETO RUA, Julio, *apud* BISCH, Isabel da Cunha. **O Amicus Curiae, as Tradições Jurídicas e o Controle de Constitucionalidade**: um estudo comparado à luz das experiências americana, européia e brasileira. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 33-34.

³⁴ BISCH, Isabel da Cunha. **O Amicus Curiae, as Tradições Jurídicas e o Controle de Constitucionalidade**: um estudo comparado à luz das experiências americana, européia e brasileira. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 38.

totalidade das regras capazes de solucionar os litígios, restando sempre preservada a possibilidade de o juiz interpretar a lei.³⁵

Guido Soares também destaca o papel sobranceiro dos *statutes* nos Estados Unidos, que desempenham uma função de criação do direito muito mais proeminente em comparação ao papel do *Statute Law* na Inglaterra, atribuindo essa característica à existência de uma Constituição escrita, rígida e dotada de supremacia, além de descrever grandes diferenças na maneira como se apresentam no *common law* e na tradição da família romano-germânica.³⁶ Algumas dessas diferenças são de técnica de elaboração legislativa: enquanto na Europa continental o texto legal é expresso de forma sintética, possibilitando ao juiz a subsunção de um maior número de casos concretos; o legislativo, no modelo do *common law*, tem o dever de ser minudente, especificando os casos e as modalidades que pretende regular até nos mínimos detalhes, posto que o seu silêncio faculta ao juiz a possibilidade de não aplicar a disposição legislativa.³⁷

Os campos de atuação do Parlamento e do Judiciário, nos Estados Unidos, comportam uma distinção bem nítida: o primeiro desempenha o papel de tomar decisões políticas, enquanto o segundo é responsável por elaborar regras jurídicas e construir o Direito. Isto porque, uma vez que a essência do *common law* repousa justamente na primazia dos precedentes judiciais, para que um *statute* venha a se tornar Direito é necessário que obtenha a chancela do Poder Judiciário, razão pela qual não possuiria valor jurídico um ato normativo que ainda não houvesse sido aplicado a casos concretos.³⁸

Tendo em vista que o Direito no modelo do *common law* se desenvolve preponderantemente na arena do Poder Judiciário, é compreensível a intervenção de interessados e colaboradores em processos judiciais alheios. Além disso, não se pode esquecer

³⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 55-56.

³⁶ SOARES, Guido Fernando Silva. **Common Law: Introdução ao Direito dos EUA**. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 43.

³⁷ LOSANO, Mario G. **Os grandes sistemas jurídicos**. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 334. Guido Soares realça essas distinções, nos seguintes termos: “Não só a Constituição dos EUA, que foi redigida em 1788 (!), e as Constituições dos Estados, bem como as leis infraconstitucionais, federais ou estaduais nos EUA, se apresentam de maneira totalmente diferente daquelas dos países do sistema romano-germânico: em geral têm considerandos extensíssimos, redigem-se com artigos (*sections*) quilométricos, em que, num único período, se escrevem as regras, as exceções, as enumerações e as interpretações particulares para cada assunto particularizado; a matéria, que na técnica conhecida das leis escritas da família dos direitos romano-germânicos, se desdobra em incisos, alíneas, itens, abertura de parágrafos ou novos artigos, nas leis norte-americanas, são um único período, com centenas de vírgulas, inúmeras orações intercaladas e contra-referências a outros artigos da mesma lei” (SOARES, Guido Fernando Silva. **Common Law: Introdução ao Direito dos EUA**. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 43).

³⁸ BISCH, Isabel da Cunha. **O Amicus Curiae, as Tradições Jurídicas e o Controle de Constitucionalidade: um estudo comparado à luz das experiências americana, européia e brasileira**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 38.

o fato de que a decisão final resultante daquele processo poderá criar precedente sobre o assunto que, a partir de então, será aplicado a outros casos similares.³⁹

Ora, em virtude de característica indissociável do *common law* que está consubstanciada na regra do *stare decisis*, consoante já mencionado, quando uma Corte Superior, notadamente a Suprema Corte, nega aplicação a um *statute* sob o argumento de que o mesmo é inválido, tal decisão se reveste de um poder vinculante e seus efeitos se estendem para outras controvérsias judiciais semelhantes. Dito de outra maneira, uma vez julgado o caso concreto pela instância jurisdicional máxima e uma vez declarada a inconstitucionalidade de determinada lei, essa decisão passa a ter efeitos *erga omnes*, não mais produzindo-os apenas entre as partes do litígio.⁴⁰

É justamente essa potencialidade de produção de efeitos na esfera jurídica de terceiros, em virtude da regra dos precedentes e da conseqüente atribuição de poder vinculante às decisões judiciais, que legitima a participação do *amicus curiae* no modelo do *common law*, como se verá a partir do próximo tópico.

1.3 Os fatores que propiciaram o surgimento do *amicus curiae* no sistema do *common law*

Uma das principais razões – senão a principal – para o aparecimento do *amicus curiae* nos países de tradição jurídica vinculada ao *common law* foi a adoção do sistema do *stare decisis*. Nesse contexto, o *friend of the Court* surgiu com o objetivo de permitir que um terceiro, com interesse no julgamento favorável a uma das partes, ingressasse em processo alheio, com a intenção de interferir no processo de tomada de decisão (a qual, posteriormente, seria aplicada aos casos análogos), auxiliando o tribunal mediante o aporte de informações relevantes que ainda não tivessem sido abordadas pelas partes do processo.⁴¹

Constatação semelhante também é feita por Antônio do Passo Cabral, que reconhece o sistema do *common law* como um terreno fértil para o surgimento e desenvolvimento do *amicus curiae*, como se pode depreender da passagem a seguir transcrita:

³⁹ BISCH, Isabel da Cunha. **O *Amicus Curiae*, as Tradições Jurídicas e o Controle de Constitucionalidade: um estudo comparado à luz das experiências americana, européia e brasileira.** Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 28-29.

⁴⁰ BISCH, Isabel da Cunha. **O *Amicus Curiae*, as Tradições Jurídicas e o Controle de Constitucionalidade: um estudo comparado à luz das experiências americana, européia e brasileira.** Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 45.

⁴¹ AGUIAR, Mirella de Carvalho. ***Amicus Curiae*.** Salvador: Juspodium, 2005, p. 12.

[...] o sistema do *common law* adota o modelo do *stare decisis*, em que as decisões jurisprudenciais vinculam os casos semelhantes que venham a ocorrer no futuro. Assim, a força do precedente judicial pode fazer com que uma decisão proferida em relação a um litígio individual produza de algum modo efeitos a todos os futuros processos de mesma natureza. Surge então a necessidade de possibilitar que setores sociais diversos possam influenciar as decisões judiciais, ainda que não possuam interesse ou relação direta com o objeto do processo em que se manifestam.⁴²

É possível concluir, destarte, que a adoção do modelo do *stare decisis*, princípio segundo o qual as decisões judiciais formam precedentes que têm o condão de vincular casos semelhantes que venham a ocorrer no futuro, é uma das causas do desenvolvimento do *amicus curiae* no sistema do *common law*.⁴³

Além da regra do *stare decisis*, outro fator que contribuiu decisivamente para o aparecimento da figura do *amicus curiae* no Direito inglês e, posteriormente, para sua consolidação no sistema estadunidense, foi a adoção do *adversarial system*. Trata-se de um sistema processual surgido na Inglaterra e cuja estrutura se alicerça na idéia de um confronto entre dois adversários, perante um julgador até certo ponto passivo. É que nesse sistema não são os juízes, e sim os advogados que assumem o papel principal em se tratando da produção de provas. Em outros termos, na tradição inglesa o juiz é visto como árbitro⁴⁴ do conflito, ao passo em que as partes como os responsáveis pela condução do feito, diferentemente do que se dá nos países filiados ao *civil law*, nos quais se adota o *inquisitorial system*.⁴⁵

Esse sistema – *adversarial system* – é caracterizado pela primazia que se reconhece às partes não apenas no que diz respeito à iniciativa de instaurar o processo e de lhe determinar o objeto, mas também na fixação da marcha do feito e na colheita das provas. Caracteriza-se esse sistema, outrossim, pela natural resistência à participação de terceiros no processo, uma vez que este último se realizava sob a égide do “*trial by duel*”. Isso faz com que o processo tenda a um “isolacionismo”, de modo que é necessário que se abra “espaço para que setores externos àquela lide possam, de alguma forma, ampliar o debate e influenciar as decisões

⁴² CABRAL, Antonio do Passo. Pelas asas de Hermes: a intervenção do *amicus curiae*, um terceiro especial. Uma análise dos institutos interventivos similares – O *amicus* e o *Vertreter des öffentlichen Interesses*. **Revista de Processo**, São Paulo, ano 29, n. 117, p. 9-40, set./out. 2004, p. 12.

⁴³ MATTOS, Ana Letícia Queiroga de. *Amicus Curiae*: Hermenêutica e Jurisdição Constitucional. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2011, p. 19.

⁴⁴ Guido Soares destaca a repulsa do processo judicial nos EUA aos aspectos de índole inquisitorial. De acordo com o autor, tanto no processo civil, quanto no criminal, subsiste a idéia fundamental de que o papel do juiz é neutro, como o de um árbitro, na sua relação com as partes (SOARES, Guido Fernando Silva. *Common Law*: Introdução ao Direito dos EUA. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 104).

⁴⁵ BISCH, Isabel da Cunha. **O Amicus Curiae, as Tradições Jurídicas e o Controle de Constitucionalidade**: um estudo comparado à luz das experiências americana, européia e brasileira. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 29.

judiciais, garantindo-se, assim, uma maior legitimidade ao processo de aplicação do Direito.”⁴⁶

Daí porque se manifesta Carlos Gustavo Rodrigues Del Prá, no sentido que o *amicus* teria sido a solução para o que ele considera um dos mais sérios problemas do *adversarial system*⁴⁷. Segundo o autor referido, as características do *adversarial system*, especialmente a grande liberdade e autonomia conferidas às partes, acabavam por permitir que processos fossem movidos com propósitos colusivos e fraudatórios, de modo que a intervenção do *friend of the Court*, em tais casos, cumpria o papel de mostrar aos tribunais que os propósitos das partes em “litígio” eram pouco legítimos.⁴⁸

A intervenção do *amicus* possuiria, ainda, o condão de superar um outro aspecto negativo do *adversarial system*. É que, como foi demonstrado, as partes têm plena liberdade para determinar vários aspectos do processo, o que faz com que o litigante que esteja mais bem assessorado, bem como disponha de mais recursos, encontre-se em vantagem em relação ao adversário que não reúna a seu favor as mesmas condições. Ademais, frise-se que caso o interesse da parte em desvantagem representasse o interesse de outras pessoas ou até mesmo da própria coletividade, o risco inerente a essa não paridade de armas poderia vir a abarcar a esfera jurídica de todos quantos fossem os interessados, os quais seriam prejudicados independentemente de sua participação no processo. É justamente na tentativa de minimizar esse risco que se pugna pela participação de terceiros alheios ao processo, os quais atuariam na defesa imediata de um dos litigantes e na defesa mediata de interesses próprios ou até mesmo de toda a coletividade que, em um ou outro caso, não estavam totalmente representados em juízo.⁴⁹

O *amicus curiae* teria conquistado espaço na Inglaterra justamente na medida em que questionava essa visão exageradamente bipolar do processo, inobstante o fato de continuar à margem da discussão entre as partes. Ademais, o instituto teria o condão de auxiliar os juízes

⁴⁶ MATTOS, Ana Letícia Queiroga de. *Amicus Curiae: Hermenêutica e Jurisdição Constitucional*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2011, p. 20.

⁴⁷ Michael K. Lowman também enxerga no *amicus curiae* um mecanismo de superação das limitações decorrentes de um modelo de justiça calcado do *adversary system*. Eis o entendimento do autor: “By keeping the contours of the amicus concept nebulous and within the realm of judicial discretion, courts have been able to use the amicus curiae as a tool to surpass the limitations placed on the court by an adversary system of justice” (LOWMAN, Michael K. The Litigating *Amicus curiae*: when does the party begin after the friend leave? *American University Law Review*, v. 41, p. 1.243-1.299, summer 1992, p. 1.247).

⁴⁸ DEL PRÁ, Carlos Gustavo Rodrigues. *Amicus curiae*: instrumento de participação democrática e de aperfeiçoamento da prestação jurisdicional. Curitiba: Juruá, 2007, p. 26.

⁴⁹ DEL PRÁ, Carlos Gustavo Rodrigues. *Amicus curiae*: instrumento de participação democrática e de aperfeiçoamento da prestação jurisdicional. Curitiba: Juruá, 2007, p. 28.

ingleses no que respeita ao aprimoramento do seu convencimento, ao aperfeiçoamento ou à correção do conjunto probatório elaborado.⁵⁰

Cássio Scarpinella Bueno também faz referência à facilitação do desenvolvimento do instituto propiciada pelo *adversary system*, que o citado autor enfatiza ser uma peculiaridade não só do Direito inglês, mas do próprio modelo do *common law*.⁵¹

Isto posto, tem-se que o instituto do *amicus curiae* se desenvolveu de maneira a constituir importante instrumento de abertura do procedimento do *common law*, uma vez que teria rompido os limites das defesas dos interesses individuais das partes para abranger outros interesses, emprestando ao procedimento judicial do *adversary system* uma certa “democratização” ou “socialização”⁵², que, mais tarde, passou a ser exercida também quando de sua assimilação pelos países de tradição jurídica romano-germânica.

Nessa conjuntura, o *amicus curiae* constitui uma alternativa para a intervenção de terceiros, na medida em que foi e continua sendo utilizado para colmatar lacunas deixadas por um sistema voltado para a resolução de conflitos entre duas partes (*bi-partisan conflicts*). Desse modo, os indivíduos potencialmente afetados pelos resultados de litígios dos quais não faziam parte, ganharam a possibilidade de representação, não sendo raras as situações nas quais seus argumentos foram recepcionados pelos tribunais, o que acarretava uma visualização mais completa dos efeitos da decisão.⁵³

1.4 O *amicus curiae* no Direito inglês

As primeiras manifestações do *amicus curiae* no Direito inglês foram marcadas pela ampla liberdade conferida aos tribunais no sentido de admitir ou não a sua participação, bem como, em decorrência disso, para definir as possibilidades e os limites da atuação concreta do *amicus*.⁵⁴

⁵⁰ BISCH, Isabel da Cunha. **O Amicus Curiae, as Tradições Jurídicas e o Controle de Constitucionalidade: um estudo comparado à luz das experiências americana, europeia e brasileira.** Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 29.

⁵¹ BUENO, Cássio Scarpinella. **Amicus curiae no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático.** 2. ed. rev. atual. e amp. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 92.

⁵² DEL PRÁ, Carlos Gustavo Rodrigues. **Amicus curiae: instrumento de participação democrática e de aperfeiçoamento da prestação jurisdicional.** Curitiba: Juruá, 2007, p. 28.

⁵³ BISCH, Isabel da Cunha. **O Amicus Curiae, as Tradições Jurídicas e o Controle de Constitucionalidade: um estudo comparado à luz das experiências americana, europeia e brasileira.** Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 29.

⁵⁴ BUENO, Cássio Scarpinella. **Amicus curiae no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático.** 2. ed. rev. atual. e amp. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 91.

Em virtude da ausência de regulamentação legal das hipóteses de sua admissão, bem como de suas atribuições, a participação do *amicus curiae* era determinada pela discricionariedade do juiz. A evolução gradual do instituto foi possível graças à flexibilidade dada ao mesmo pela construção pretoriana, de forma que os problemas e anseios que eventualmente surgiam fossem atendidos.⁵⁵

Compartilhando esse ponto de vista, Michael K. Lowman sustenta que durante séculos os tribunais evitaram fixar uma definição rígida para o *amicus*, de modo que sua história desemboca em um único princípio, qual seja: a flexibilidade.⁵⁶

A figura do *amicus curiae* surgiu, portanto, como uma maneira de auxiliar a corte no esclarecimento de questões fáticas e jurídicas, sem a necessidade de se constatar um interesse próprio do interveniente. O instituto, graças a uma evolução engendrada pela jurisprudência no modelo do *common law*, passou a representar também um instrumento disponível ao terceiro para se defender da intenção fraudulenta das partes, sem deixar de lado a sua função informativa, uma vez que continuavam a ocorrer os casos em que ele atuava somente em benefício do julgador.⁵⁷

Enfatizando esse viés de auxílio à corte, Cássio Scarpinella Bueno salienta que, apesar da aparência paradoxal, a principal razão do desenvolvimento do instituto foi o fato de que a participação do *amicus curiae* tornou-se cada vez mais justificada por ser ele um terceiro, estranho à lide, porém com condições efetivas de prestar auxílio ao tribunal no deslinde de determinadas questões que transcendiam seu conhecimento.⁵⁸

O uso cada vez mais freqüente do *amicus curiae* na Inglaterra é objeto tanto de comentários elogiosos quanto de críticas por parte da doutrina. Se, por um lado, há quem sustente que o instituto seja responsável por introduzir, no âmbito judicial, perspectivas antes marginalizadas; por outro, há alegações no sentido de que a abertura do Poder Judiciário em lides individuais promovida pela participação do *amicus* acaba por assemelhar em demasia o

⁵⁵ DEL PRÁ, Carlos Gustavo Rodrigues. *Amicus curiae*: instrumento de participação democrática e de aperfeiçoamento da prestação jurisdicional. Curitiba: Juruá, 2007, p. 25-26.

⁵⁶ LOWMAN, Michael K. The Litigating *Amicus curiae*: when does the party begin after the friend leave? *American University Law Review*, v. 41, p. 1.243-1.299, summer 1992, p. 1.247.

⁵⁷ DEL PRÁ, Carlos Gustavo Rodrigues. *Amicus curiae*: instrumento de participação democrática e de aperfeiçoamento da prestação jurisdicional. Curitiba: Juruá, 2007, p. 26-27.

⁵⁸ BUENO, Cássio Scarpinella. *Amicus curiae no processo civil brasileiro*: um terceiro enigmático. 2. ed. rev. atual. e amp. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 92.

processo de tomada de decisões judiciais ao processo legislativo, descaracterizando, assim, o papel tradicionalmente neutro atribuído ao Poder Judiciário.⁵⁹

Em 2001, com o intuito de reavaliar e normatizar o *amicus curiae*, foi organizado um grupo de trabalho, cujos esforços resultaram na elaboração de um memorial para uso dos juízes ingleses. Entre as previsões trazidas pelo documento, uma digna de nota consiste justamente na alteração do nome do instituto que, em vez de ser referido como *amicus curiae*, passou a ser designado *Advocate to the Court*.⁶⁰

A importância histórica que se atribui ao Direito inglês se deve ao fato de que foi no ordenamento jurídico deste país que as referências do instituto apareceram de forma mais sistemática⁶¹. Todavia, foi o Direito estadunidense o responsável pelo desenvolvimento da figura, consoante será demonstrado no item a seguir.

1.5 O *amicus curiae* nos Estados Unidos: a importância do *judicial review* para o desenvolvimento da figura

Evidentemente, a assertiva segundo a qual Estados Unidos e Inglaterra pertencem à mesma tradição jurídica não quer significar, em absoluto, que os sistemas jurídicos adotados em cada país são idênticos⁶². Neste passo, a principal distinção entre os sistemas jurídicos inglês e estadunidense é que, neste último, deu-se a codificação do Direito Constitucional e se desenvolveu o controle de constitucionalidade.⁶³⁻⁶⁴

Assim também entende Guido Soares, em cujas palavras:

⁵⁹ BISCH, Isabel da Cunha. **O *Amicus Curiae*, as Tradições Jurídicas e o Controle de Constitucionalidade**: um estudo comparado à luz das experiências americana, europeia e brasileira. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 30-31.

⁶⁰ Disponível em: <<http://www.attorneygeneral.gov.uk/attachments/Advocate%20to%20the%20Court%20Memorandum%20for%20Judges.pdf>>.

⁶¹ BUENO, Cássio Scarpinella. ***Amicus curiae* no processo civil brasileiro**: um terceiro enigmático. 2. ed. rev. atual. e amp. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 90.

⁶² A propósito, Guido Soares classifica o sistema adotado nos Estados Unidos como sendo um sistema “puro” de *common law*, identificando-o, portanto, como um sistema misto. Sobre o assunto, cf. SOARES, Guido Fernando Silva. ***Common Law***: Introdução ao Direito dos EUA. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 58 e ss.

⁶³ BISCH, Isabel da Cunha. **O *Amicus Curiae*, as Tradições Jurídicas e o Controle de Constitucionalidade**: um estudo comparado à luz das experiências americana, europeia e brasileira. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 34-35.

⁶⁴ Comentando uma citação de García de Enterría, Luís Roberto Barroso afirma que “[...] a idéia de supremacia da Constituição foi a mais importante criação do constitucionalismo norte-americano, ao lado do sistema federativo, e foi sua grande inovação em face da tradição inglesa.” (BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 168-169).

Além da organização federal, desconhecida na Inglaterra (e, por certo, diferente das relações mantidas entre Inglaterra, País de Gales e Irlanda do Norte, no seio do Reino Unido, lembrando-se que a Escócia é uma *civil law*), o direito dos EUA é, convém insistir, dominado pela transcendental importância de uma Constituição Federal, rígida e escrita, igualmente fenômeno que a Inglaterra desconhece. Na verdade, o mais típico traço diferenciador entre EUA e Inglaterra está, precisamente, na maior sacralidade que o *statute law* tem naquele sistema, com a conseqüente modificação da atuação da *Common Law stricto sensu*.⁶⁵

A despeito de os primeiros passos terem sido dados na Inglaterra, foi em solo americano que o instituto do *amicus curiae* ganhou maior notoriedade. Um dos fatores que contribuíram para a sua consolidação no direito estadunidense, inegavelmente, foi o pioneirismo do *judicial review*, prática que não só acentuou, bem como modificou a utilização do instrumento processual. É bom que se diga, aliás, que a participação de terceiros em ações judiciais nas quais se questiona a constitucionalidade de atos do Poder Público não é mera obra do acaso, nem tampouco simples instrumento processual afeto à democracia americana. Mais do que isso, a figura do *amicus curiae* decorre das peculiaridades da família jurídica do *common law*, bem assim da natureza do *judicial review*.⁶⁶

A Constituição americana, documento fundador dos Estados Unidos enquanto país (ao menos, juridicamente falando), elaborada na Convenção de Filadélfia, em 1787, buscou aperfeiçoar a união dos territórios, uma organização política ainda muito frágil à época. Ora, considerando que o documento objetivava limitar poderes e, levando-se em conta, outrossim, tratar-se de um documento escrito, era necessário instituir uma autoridade capaz de interpretá-lo, bem como de controlar os atos dos poderes por ele mesmo instituídos. Isso explica o fortalecimento do Poder Judiciário nos Estados Unidos, especialmente da sua Suprema Corte⁶⁷.

É bastante comum encontrar referências ao julgamento do caso *Marbury v. Madison*, datado de 1803, como sendo o embrião do controle de constitucionalidade nos Estados Unidos. Todavia, antes mesmo de a idéia ser ventilada na Suprema Corte, Alexander

⁶⁵ SOARES, Guido Fernando Silva. *Common Law: Introdução ao Direito dos EUA*. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 59.

⁶⁶ BISCH, Isabel da Cunha. *O Amicus Curiae, as Tradições Jurídicas e o Controle de Constitucionalidade: um estudo comparado à luz das experiências americana, européia e brasileira*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 20-21.

⁶⁷ BISCH, Isabel da Cunha. *O Amicus Curiae, as Tradições Jurídicas e o Controle de Constitucionalidade: um estudo comparado à luz das experiências americana, européia e brasileira*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 35.

Hamilton já defendia a superioridade do Judiciário (segundo ele, *the least dangerous branch*), atribuindo a esse poder a prerrogativa de invalidar atos contrários à Constituição.⁶⁸

No século XIX, a atribuição do controle de constitucionalidade estadunidense estava adstrita à resolução de conflitos federativos, tendo sofrido marcante e profunda alteração no século XX, quando passou a ser utilizado como instrumento em favor da ordem liberal, de cunho protetivo da autonomia privada em face de medidas intervencionistas.⁶⁹

Na segunda fase do *judicial review*, período compreendido entre 1880 e 1935, a doutrina do devido processo legal substantivo (*substantive due process of law*⁷⁰) prevaleceu na Suprema Corte. Por devido processo legal substantivo, em oposição a *procedural due process*, deve-se compreender o controle do conteúdo da legislação, um exame de mérito dos atos do Poder Público, não limitado somente às regras de caráter processual, portanto.⁷¹

Nos Estados Unidos, é disseminada e aceita a doutrina segundo a qual sempre que um juiz, qualquer que seja o grau de jurisdição, verificar, ante a necessidade de resolução de um caso concreto, que uma norma legislativa ordinária é incompatível com a norma constitucional, deverá aplicar esta última em detrimento da primeira. Não é por outra razão, aliás, que se diz que o sistema lá adotado é o monista (sistema de controle de constitucionalidade com jurisdição cumulada), um sistema bastante descentralizado de controle de constitucionalidade, no qual o Poder Judiciário exerce dupla função: participa tanto da resolução das questões controvertidas em nível infraconstitucional, como atua em sede constitucional.⁷²

Não se pode perder de vista, entretanto, que, nos Estados Unidos, o sistema de controle de constitucionalidade das normas é indissociável do caso concreto, ou seja, não se faz o exame da constitucionalidade das leis em abstrato, a questão constitucional nunca figura

⁶⁸ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 168 e ss.

⁶⁹ BISCH, Isabel da Cunha. **O Amicus Curiae, as Tradições Jurídicas e o Controle de Constitucionalidade: um estudo comparado à luz das experiências americana, européia e brasileira**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 39.

⁷⁰ Em um período que ficou conhecido como a era Lochner, “A doutrina do devido processo legal substantivo começou a se delinear no final do século XIX, como reação ao intervencionismo estatal na ordem econômica. A Suprema Corte fez-se intérprete do pensamento liberal, fundado na idéia do *laissez faire*, pelo qual o desenvolvimento é melhor fomentado com a menor interferência possível do Poder Público nos negócios privados”. (BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 227).

⁷¹ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 225-226.

⁷² BINENBOJM, Gustavo. **A Nova Jurisdição Constitucional Brasileira: legitimidade democrática e instrumentos de realização**. 3. ed. rev. amp. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 25 e ss.

como o objeto do processo, a sua questão principal, sendo esse papel reservado ao conflito de interesses existente entre as partes litigantes.⁷³

Como o modelo concentrado de controle de constitucionalidade não foi adotado nos Estados Unidos, a lide individual ganhou ainda mais força entre os americanos. Assim, a solução adotada pela Suprema Corte no deslinde de determinado caso concreto pode possuir efeitos *erga omnes*, em atenção à regra do *stare decisis*.⁷⁴

Isabel da Cunha Bisch aponta esse como sendo um elemento essencial à compreensão do *amicus curiae* no processo judicial estadunidense, posto que a participação de terceiros em feitos individuais revela a “necessidade sentida pela sociedade americana de criar instrumento jurídico para informar e convencer o Poder Judiciário das possíveis conseqüências de suas decisões, especialmente no âmbito do *judicial review*”.⁷⁵

A participação de terceiros propiciada pela intervenção do *amicus curiae* modificou a visão tradicional que se tinha acerca do *judicial review*, tendo em vista que não se pode negar, na quadra atual, que a Suprema Corte se tornou espaço para que os mais diversos segmentos da sociedade possam se manifestar sobre lides de natureza individual. A estrutura dos litígios deixou de ser triangular (partes compondo a base e o tribunal no topo) e passou a ser múltipla, na medida em que a técnica do *amicus* permite que um número cada vez maior de pessoas ingresse na arena judicial.⁷⁶

Gilmar Mendes adverte que a prática da Suprema Corte americana no sentido de admitir o *amicus curiae brief* permite a conversão de um processo de controle de constitucionalidade aparentemente subjetivo em um processo objetivo (no sentido de interessar a todos), em que é garantida a participação das mais diversas pessoas e entidades, ampliando e democratizando o debate em torno da questão constitucional. Outro fator que contribui para a objetivação do processo é a adoção do *writ of certiorari* como mecanismo de filtragem de acesso à Suprema Corte, especialmente quando se reconhece o efeito vinculante das decisões por força da lógica do *stare decisis*.⁷⁷

⁷³ BINENBOJM, Gustavo. **A Nova Jurisdição Constitucional Brasileira**: legitimidade democrática e instrumentos de realização. 3. ed. rev. amp. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 25 e ss.

⁷⁴ BINENBOJM, Gustavo. **A Nova Jurisdição Constitucional Brasileira**: legitimidade democrática e instrumentos de realização. 3. ed. rev. amp. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 26.

⁷⁵ BISCH, Isabel da Cunha. **O Amicus Curiae, as Tradições Jurídicas e o Controle de Constitucionalidade**: um estudo comparado à luz das experiências americana, européia e brasileira. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 47.

⁷⁶ HOWARD, John. Retaliation, Reinstatement, and Friends of the Court: Amicus Participation in Brock vs. Roadway Express, Inc. **Howard Law Journal**, v. 31, p. 241-270, 1988, p. 269.

⁷⁷ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 1.057.

O *writ of certiorari*, previsto pelo *Judiciary Act*, que fora aprovado em 1925, também favoreceu o crescimento do número de intervenções dos *friends of the Court*. Por meio desse recurso interposto perante a Suprema Corte com o objetivo de reformular decisão oriunda de jurisdição inferior, atribuiu-se à Suprema Corte o poder discricionário de selecionar exclusivamente os casos reputados relevantes, rejeitando os apelos que não se enquadrassem nessa exigência.⁷⁸

Nesse sentido, cumpre observar que o *writ of certiorari* funciona como uma espécie de filtro cujo escopo é diminuir o número de querelas levadas à Suprema Corte. Isso realça a importância da participação dos *amici*, uma vez que a maioria dos litigantes não consegue acesso à Suprema Corte. Destarte, por um lado, a presença do *amicus curiae* tem o condão de chamar a atenção dos juízes para a relevância da questão discutida e, por outro, permite que indivíduos, associações, partes em outros processos que serão atingidos pela futura decisão a ser proferida, enfim, tenham voz e sejam capazes de influenciar no julgamento. Daí se falar no caráter democrático e pluralista do instituto.⁷⁹

A atuação do *amicus* também tem lugar na fase preliminar à concessão do *writ of certiorari*, ocasião na qual os terceiros buscam evidenciar para a Corte a relevância pública do caso concreto, com o intuito de vê-lo apreciado pelo tribunal.⁸⁰

Impende salientar, ainda, que o aumento das discussões envolvendo questões de Direito Público nos Estados Unidos criou um ambiente favorável para que terceiros (“não partes”) auxiliassem na construção das decisões, notadamente em se tratando da abordagem de temas polêmicos, entre os quais se pode citar as ações afirmativas, relação entre Estado e Igreja, aborto, eutanásia, entre tantos outros.⁸¹⁻⁸²

⁷⁸ BISCH, Isabel da Cunha. **O *Amicus Curiae*, as Tradições Jurídicas e o Controle de Constitucionalidade**: um estudo comparado à luz das experiências americana, européia e brasileira. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 52.

⁷⁹ BISCH, Isabel da Cunha. **O *Amicus Curiae*, as Tradições Jurídicas e o Controle de Constitucionalidade**: um estudo comparado à luz das experiências americana, européia e brasileira. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 53.

⁸⁰ BISCH, Isabel da Cunha. **O *Amicus Curiae*, as Tradições Jurídicas e o Controle de Constitucionalidade**: um estudo comparado à luz das experiências americana, européia e brasileira. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 53.

⁸¹ BISCH, Isabel da Cunha. **O *Amicus Curiae*, as Tradições Jurídicas e o Controle de Constitucionalidade**: um estudo comparado à luz das experiências americana, européia e brasileira. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 47.

⁸² O mesmo se deu no Brasil: discussões sobre a validade de pesquisa em células-tronco embrionárias (ADI 3.510/DF), aborto de feto anencéfalo (ADPF) n.º 54 e união entre pessoas do mesmo sexo (ADPF n.º 132), entre outros casos.

Costuma-se indicar 1812 como tendo sido o ano em que se verificou pela primeira vez a ocorrência do *amicus curiae* nos Estados Unidos⁸³. Mais tarde, em 1823⁸⁴, no caso “*Green versus Biddle*”, também teria se dado a participação de um terceiro cuja atuação remete ao papel desempenhado pelo *amicus*.⁸⁵

Nessa primeira aparição, exigiu-se do *amicus* uma postura de extrema imparcialidade, posto que deveria assumir o papel de informante e auxiliar dos julgadores, sem o nítido objetivo de defender a posição de qualquer das partes.⁸⁶

Com o passar do tempo e, principalmente, com a sua paulatina absorção pelo Direito estadunidense, o instituto deixou de ser manejado por um terceiro desinteressado e, de forma gradativa, passou a exigir um maior comprometimento por parte do terceiro interveniente.⁸⁷ É de se observar, neste íterim, que o *amicus* abandona sua original neutralidade em favor de uma função mais interessada ou parcial.⁸⁸

Essa mudança de postura, diga-se de passagem, faz com que significativa parcela de estudiosos americanos encarem o instituto como instrumento a serviço do *lobby* judiciário, em

⁸³ Nos Estados Unidos, o *amicus curiae* também é conhecido como “*Brandeis Brief*”, expressão que faz referência à episódio datado de 1908, no qual um advogado chamado Louis Brandeis formulou razões finais, nas quais utilizou mais de cem páginas para narrar os fatos e apenas duas para tratar de questões jurídicas. A partir de então a Suprema Corte norte-americana passou a adotar a figura do *amicus curiae*. Nesse idêntico sentido, Cf. HEINEN, Juliano. A figura do *amicus curiae* como um mecanismo de legitimação democrática do Direito. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, ano 103, vol. 392, p. 148-165, jul./ago. 2007, bem como MENDES, Gilmar Ferreira. Lei 9868/99: processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 4, n. 41, maio 2000. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=130>>. Acesso em: 04 ago. 2009.

⁸⁴ Isabel da Cunha Bisch faz referência ao ano de 1821 como tendo sido o ano no qual a Suprema Corte decidiu o caso *Green v. Biddle*, ocasião na qual declarou inconstitucional *statute* do estado de Kentucky que previa indenização a possuidores de terras se os proprietários não residentes no estado recuperassem-nas. Nesse julgamento, o senador Henry Clay interveio no feito na qualidade de *friend of the Court*. (BISCH, Isabel da Cunha. **O Amicus Curiae, as Tradições Jurídicas e o Controle de Constitucionalidade**: um estudo comparado à luz das experiências americana, européia e brasileira. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 49). Sobre o pioneirismo da atuação de Henry Clay, vale conferir o discurso proferido por Sandra Day, juíza aposentada da Suprema Corte, disponível em: <http://www.henryclay.org/henry-clay/attorney>.

⁸⁵ BUENO, Cássio Scarpinella. **Amicus curiae no processo civil brasileiro**: um terceiro enigmático. 2. ed. rev. atual. e amp. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 92-93.

⁸⁶ BISCH, Isabel da Cunha. **O Amicus Curiae, as Tradições Jurídicas e o Controle de Constitucionalidade**: um estudo comparado à luz das experiências americana, européia e brasileira. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 50.

⁸⁷ Em idêntico sentido se manifesta Damares Medina, em cujas palavras “[...] com o seu crescente uso no direito estadunidense, desde o século XVIII, o perfil neutro do *amicus* foi paulatinamente abandonado, aproximando-se de uma feição litigante, em defesa da parte que apoia. Esse será o traço distintivo do *amicus curiae* nos dias de hoje” MEDINA, Damares. **Amicus Curiae: Amigo da Corte ou Amigo da Parte?** São Paulo: Saraiva, 2010, p. 39).

⁸⁸ DEL PRÁ, Carlos Gustavo Rodrigues. **Amicus curiae**: instrumento de participação democrática e de aperfeiçoamento da prestação jurisdicional. Curitiba: Juruá, 2007, p. 27. É importante esclarecer, entretanto, que o início dessa transição – da amizade para a advocacia – deu-se em 1736, ainda no Direito inglês, no caso *Coxe v. Phillips*. Nesse caso, o *amicus curiae* (Sr. Muilman) auxiliou o tribunal a desvendar o verdadeiro propósito das partes que, em conluio, simularam um litígio para anular o estado civil do Sr. Muilman. Para mais detalhes sobre esse caso, cf. KRISLOV, Samuel. The *amicus curiae* brief: from friendship to advocacy. **The Yale Law Journal**, v. 72, p. 694-721, 1963, p. 696-697.

virtude justamente da vinculação dos interesses particulares de grupos e associações aos interesses versados em litígios alheios. A assertiva de que grupos de interesse atuam na esfera judicial, por intermédio do *amicus curiae brief*, visando a influenciar as Cortes para conseguir alcançar seus objetivos quando os mesmos não são atendidos na seara legislativa é uma das principais objeções que se faz à utilização do *friend of the Court* em solo norte-americano⁸⁹, como se verá oportunamente.

As primeiras aparições do *amicus* no Direito estadunidense revelam que esse terceiro atuava com o escopo de tutelar um interesse público, do próprio Estado, que era representado em juízo pelo “*Attorney General*”.⁹⁰

Contudo, o desempenho da função do *amicus* por parte de um ente público, na defesa de interesses eminentemente públicos, não assumiu um caráter de exclusividade no Direito estadunidense⁹¹. Isto porque, de forma gradativa, a jurisprudência daquele país passou a admitir também a intervenção de *amici* particulares que visavam à tutela de interesses privados, tendo esta prática se intensificado bastante no início do século XX. O volume de intervenções adquiriu tamanha proporção que, entre os anos de 1937 e 1938, a Suprema Corte americana regulou a participação do *amicus*, passando a exigir, inclusive, prévio consentimento das partes no que tange à intervenção pretendida.⁹²

1.5.1 A atuação do *amicus curiae* perante a Suprema Corte dos Estados Unidos: a Regra 37

A Regra 37 do Regimento Interno da Suprema Corte dos Estados Unidos admite a apresentação de um *amicus curiae brief*, desde que o mesmo veicule informações relevantes que ainda não foram exploradas pelas partes e que, ao menos potencialmente, auxiliem o tribunal no deslinde da controvérsia.⁹³ Caso não preencha esses requisitos, o memorial

⁸⁹ BISCH, Isabel da Cunha. **O *Amicus Curiae*, as Tradições Jurídicas e o Controle de Constitucionalidade:** um estudo comparado à luz das experiências americana, européia e brasileira. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 54.

⁹⁰ BISCH, Isabel da Cunha. **O *Amicus Curiae*, as Tradições Jurídicas e o Controle de Constitucionalidade:** um estudo comparado à luz das experiências americana, européia e brasileira. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 54.

⁹¹ “Em princípio, a atuação do *amicus curiae*, nos Estados Unidos, fazia-se apenas na defesa do interesse público. Modernamente, entretanto, esse caráter restritivo não mais se faz presente, basta que haja um interesse, ainda que indireto, na solução da demanda, para que o terceiro emita sua opinião jurídica e seja ouvido pela Corte.” (NUNES, Jorge Amaury Maia. A participação do *amicus curiae* no procedimento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF. **Revista de Direito Público**, Porto Alegre, ano 5, n. 20, p. 47-64, mar./abr. 2008, p. 54).

⁹² BUENO, Cássio Scarpinella. ***Amicus curiae* no processo civil brasileiro:** um terceiro enigmático. 2. ed. rev. atual. e amp. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 94.

⁹³ A Regra 37 exige que o memorial esteja acompanhado da comprovação de sua utilidade e contribuição à Corte, devendo respeitar regras processuais e/ou procedimentais contidas em outras cláusulas do Regimento

representaria, tão-somente, uma sobrecarga injustificada da corte, razão pela qual deveria ser negado o ingresso do *amicus*.⁹⁴

Em verdade, essa exigência de consentimento prévio das partes já havia se consolidado pela prática e pelos costumes judiciais, de modo que a Regra 37, editada pela Suprema Corte dos Estados Unidos, apenas cuidou de prever formalmente algo que, na prática, já ocorria. Desta feita, a condição para atuar no feito como *friend of the Court* era obter a aquiescência das partes ou, subsidiariamente, o consentimento do próprio Tribunal. Havia, no entanto, exceção digna de nota: nos termos da Regra 37, o governo dos Estados Unidos (através do *Solicitor General*) e qualquer estado-membro, território, condado ou cidade (através de seus representantes públicos) prescindem de autorização para intervir em litígios alheios.⁹⁵

Posteriormente, nos idos de 1949, a Regra 37 foi incrementada, por intermédio da imposição de novas restrições. A partir de então, aqueles que pretendessem intervir no feito na qualidade de *amicus curiae* estavam obrigados a elencar as razões pelas quais sua intervenção seria útil na tarefa de auxiliar os magistrados, antes mesmo de desenvolverem sua argumentação. Tal restrição possuía a nítida intenção de coibir a participação de terceiros que visavam tão-somente sua autopromoção. Somente em 1954, a Suprema Corte permitiu ao *amicus* sustentar oralmente suas razões, com a ressalva de que, para tanto, a parte deveria renunciar de parte do tempo de que dispunha em favor dele.⁹⁶

A Regra 37 passou por várias alterações e atualizações no decorrer dos anos, não se podendo deixar de atribuir o devido destaque à limitação estabelecida em 1989. Trata-se de previsão no sentido de que a participação do *amicus curiae* somente será aceita caso forneça “novos argumentos que efetivamente agreguem pontos significativos aos arrazoados já desenvolvidos pelas partes, sob pena de se prejudicar o bom andamento do feito”⁹⁷.

Interno da Suprema Corte estadunidense. Apenas para exemplificar, a petição por meio da qual se pretende a permissão para interposição do memorial não pode ter mais do que cinco páginas. (MATTOS, Ana Letícia Queiroga de. *Amicus Curiae: Hermenêutica e Jurisdição Constitucional*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2011, p. 18).

⁹⁴ MATTOS, Ana Letícia Queiroga de. *Amicus Curiae: Hermenêutica e Jurisdição Constitucional*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2011, p. 17.

⁹⁵ MATTOS, Ana Letícia Queiroga de. *Amicus Curiae: Hermenêutica e Jurisdição Constitucional*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2011, p. 17.

⁹⁶ BISCH, Isabel da Cunha. *O Amicus Curiae, as Tradições Jurídicas e o Controle de Constitucionalidade: um estudo comparado à luz das experiências americana, européia e brasileira*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 63.

⁹⁷ No vernáculo original: Rule 37 (1) An *amicus curiae* brief that brings to the attention of the Court relevant matter not already brought to its attention by the parties may be of considerable help to the Court. An *amicus curiae* brief that does not serve this purpose burdens the Court, and its filing is not favored.

No que tange às prerrogativas de quem atua como *friend of the Court* perante a Suprema Corte estadunidense, não há equivalência entre os direitos e deveres do *amicus* e das partes litigantes. O *amicus* não está vinculado pela decisão, senão em virtude do *stare decisis*. Alfim, ao *amicus curiae* é vedada a interposição de recursos.⁹⁸

O fato é que, numa trajetória que já conta com quase um século desde a primeira aparição na Suprema Corte dos Estados Unidos até os dias atuais, o Judiciário estadunidense tem se mostrado cada vez mais receptivo à figura do *amicus curiae*, sendo possível constatar um aumento tanto na variedade de assuntos em que os *briefs* são admitidos, bem assim no número mesmo de terceiros intervenientes.⁹⁹

Isso não equivale a dizer, obviamente, que o instituto é isento de críticas, das quais se ocupará o próximo e derradeiro tópico desse capítulo.

1.5.2 As principais críticas da doutrina estadunidense ao *amicus curiae*

A maioria da doutrina estadunidense vê com bons olhos a colaboração da sociedade na construção das decisões judiciais e reconhece o instituto do *amicus curiae* como uma fonte de informações de ordem técnica, científica, econômica ou social que contribuem com o mister das Cortes.¹⁰⁰

Todavia, isso não significa que não haja aspectos negativos subjacentes ao seu ingresso no feito. Coube a Richard Posner, sem dúvida, uma das críticas mais agudas e contundentes, cuja transcrição se impõe haja vista a acidez de suas palavras:

A tendência de muitos juízes desta Corte, inclusive a minha, tem sido de deferir licença para apresentação de petições de *amicus curiae*, sem ponderar cuidadosamente os motivos pelos quais essas seriam desejáveis, embora a regra os exija no requerimento. Após 16 anos lendo essas petições, cuja vasta maioria não serviu para auxiliar os juízes, decidi que seria bom examinar estes requerimentos com maior cuidado. A grande maioria dos pedidos é apresentada por amigos (aliados) dos litigantes e repetem os argumentos colocados nas petições dos litigantes, meramente aumentando o seu tamanho. Tais petições não deveriam ser permitidas. São um abuso. O termo “*amicus curiae*” significa amigo da corte e não amigo de uma parte. Nós ultrapassamos seu sentido original; o papel de litigante de

⁹⁸ BISCH, Isabel da Cunha. **O Amicus Curiae, as Tradições Jurídicas e o Controle de Constitucionalidade:** um estudo comparado à luz das experiências americana, europeia e brasileira. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 64.

⁹⁹ BISCH, Isabel da Cunha. **O Amicus Curiae, as Tradições Jurídicas e o Controle de Constitucionalidade:** um estudo comparado à luz das experiências americana, europeia e brasileira. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 60.

¹⁰⁰ BISCH, Isabel da Cunha. **O Amicus Curiae, as Tradições Jurídicas e o Controle de Constitucionalidade:** um estudo comparado à luz das experiências americana, europeia e brasileira. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 72.

um *amicus curiae* tornou-se aceito. Porém, existem limites, ou pelo menos, deveriam existir. Uma petição de *amicus curiae* deveria ser autorizada normalmente quando uma parte não é representada idoneamente ou nem é representada, quando o *amicus* possui um interesse em algum outro caso que possa ser afetado pela decisão (mas não tão afetado a ponto de dar ao *amicus* o direito de intervir e tornar-se parte no caso presente), ou quando o *amicus* possui informações exclusivas ou perspectivas que possam ajudar a corte além da ajuda que os advogados das partes conseguem oferecer. Do contrário, a autorização para ingressar com a petição deveria ser negada. [...] O mal dos advogados é a prolixidade e repetição e, por razões óbvias, é especialmente marcante em casos comerciais envolvendo grandes riscos monetários. Em uma era carregada de casos judiciais e de impaciência diante da morosidade e altos custos do litígio, nós, juízes, deveríamos ser perseverantes em barrar os portões às petições de *amicus curiae* que não apresentem razões convincentes de porque elas agregarão argumentos às petições já apresentadas pelas partes.¹⁰¹

É possível perceber nas palavras de Posner que a principal razão das ressalvas feitas em relação ao instituto se assenta na inutilidade de um grande número de petições que se limitam a, tão-somente, repetir argumentos e reproduzir informações já constantes dos autos. O juiz do Sétimo Circuito Federal reconhece que o *amicus curiae* assumiu uma função de litigância, porém condiciona a sua atuação à possibilidade de um verdadeiro auxílio ao tribunal, isto é, por mais clara que seja a intenção do terceiro no sentido de defender uma das teses ventiladas no processo, é indispensável que a sua participação agregue valor à discussão, por meio da apresentação de novos elementos ou perspectivas.

De fato. A discussão acerca da utilidade da participação do *friend of the Court* nos Estados Unidos é recorrente, havendo quem defenda que os *briefs* não mais servem para auxiliar os Tribunais na tarefa de chegar a conclusões mais abalizadas. Isso acontece, basicamente, por duas razões: i) os elementos de ordem fática trazidos aos autos são repetitivos, constituindo-se a participação do terceiro em verdadeiro óbice ao vetor da celeridade processual; e ii) as petições veiculam apenas opiniões de grupos de interesse, servindo o *amicus* de instrumento a serviço do *lobby* na arena judiciária.¹⁰²

Considerando que os que atuam sob a epígrafe de “amigos da corte” se comportam de maneira bastante semelhante a dos lobistas no processo legislativo, é mesmo muito raro que os seus memoriais tragam argumentos ou perspectivas que já não tenham sido ventilados no processo.¹⁰³

¹⁰¹ Trecho de decisão de Richard Posner, retirado de BISCH, Isabel da Cunha. **O Amicus Curiae, as Tradições Jurídicas e o Controle de Constitucionalidade**: um estudo comparado à luz das experiências americana, europeia e brasileira. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 72-73.

¹⁰² BISCH, Isabel da Cunha. **O Amicus Curiae, as Tradições Jurídicas e o Controle de Constitucionalidade**: um estudo comparado à luz das experiências americana, europeia e brasileira. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 74.

¹⁰³ MEDINA, Damares. **Amicus Curiae: Amigo da Corte ou Amigo da Parte?** São Paulo: Saraiva, 2010, p.44.

Essa, aliás, é a crítica mais freqüente: a de que a intervenção do *amicus curiae* é, na verdade, subterfúgio para a prática de *lobby* perante as instâncias do Judiciário¹⁰⁴. Nesse mesmo sentido, Rustad e Koenig, em passagem a seguir transcrita:

The presentation of social scientific data in Supreme Court *amicus curiae* briefs is too often designed to persuade rather than to inform the Court. Most authors of *amici* briefs are lobbyists whose primary goal is to advance the interests of their clients. They are not guided by the scientific norms of neutrality and objectivity but by the ideology of advocacy.¹⁰⁵

Segundo os autores, muito embora haja a necessidade de que os tribunais contem com expertos e peritos a sua disposição para analisar informações e evidências científicas, o que ocorre, na prática, é que lobistas têm atuado sob esse disfarce. Por esse motivo, e considerando que o aumento do número de *amicus curiae briefs* tem acarretado a diminuição da qualidade dos procedimentos legais, deveria haver uma maior regulação do ingresso dos *amici* pelas cortes, bem como uma maior preocupação das escolas jurídicas no sentido de promover uma análise crítica acerca do instituto.¹⁰⁶

Ao se desviar do perfil traçado originalmente, na medida em que deixou de agir como um conselheiro da corte, imparcial, para assumir um papel de lobista, de amigo da parte¹⁰⁷, o *amicus* acaba se afastando da feição que lhe garantia amplo acesso aos processos (a ausência de interesses diretos na solução da controvérsia) e estaria sendo usado pelas partes como uma forma de influenciar o julgamento.¹⁰⁸

Há casos, ainda, nos quais o terceiro pretende atuar na qualidade de *amicus curiae* visando a uma autopromoção. Collins chama a atenção para o fato de que as entidades, de um modo geral, valer-se-iam dos memoriais de *amicus curiae* para alcançar exposição na mídia, no sentido de demonstrar força e ativismo perante a sociedade e seus associados, tudo a um custo relativamente baixo. De fato, como os *amici curiae* não se submetem aos ônus da litigância (custas processuais e sucumbência, por exemplo), é consideravelmente menos dispendioso subscrever um memorial do que patrocinar todo um processo. E mais: em se tratando de memorial em conjunto, isto é, aquele subscrito por várias entidades, os custos de

¹⁰⁴ E não é de hoje. Já na década de 50 do século XX, havia autores sustentando que o *lobby* realizado pelos vários *amicus curiae briefs* se tornara um problema para a Suprema Corte dos Estados Unidos (MEDINA, Damares. *Amicus Curiae: Amigo da Corte ou Amigo da Parte?* São Paulo: Saraiva, 2010, p.45).

¹⁰⁵ RUSTAD, Michael; KOENIG, Thomas. The Supreme Court and Junk Social Science: Selective Distortion in Amicus Briefs. *North Carolina Law Review*, v. 72, p. 91-162, nov. 1993, p. 100.

¹⁰⁶ MEDINA, Damares. *Amicus Curiae: Amigo da Corte ou Amigo da Parte?* São Paulo: Saraiva, 2010, p.46.

¹⁰⁷ Considerando que o amigo sempre seria das partes e não do tribunal, em grande parte dos casos, os memoriais apresentados pelos *amici* apenas sobrecarregam o Judiciário, de modo que deveria haver uma maior restrição à entrega de memoriais (MEDINA, Damares. *Amicus Curiae: Amigo da Corte ou Amigo da Parte?* São Paulo: Saraiva, 2010, p.44).

¹⁰⁸ MEDINA, Damares. *Amicus Curiae: Amigo da Corte ou Amigo da Parte?* São Paulo: Saraiva, 2010, p.46.

elaboração desse memorial são repartidos pelas várias entidades, o que torna a prática ainda mais barata.¹⁰⁹

Outra crítica feita às petições de *amicus curiae* consiste no fato de que os dados científicos por elas carreados aos autos não são submetidos ao *cross-examination*, procedimento através do qual as provas são sujeitas ao contraditório.¹¹⁰

Essa apertada síntese foi capaz de demonstrar que não são poucas as ressalvas da doutrina estadunidense a respeito da larga utilização do instituto. Inobstante as duras críticas de que se deu notícia, os autores reconhecem que a atuação do *amicus curiae* é decisiva em certas situações, notadamente nas hipóteses em que o próprio tribunal reconhece o alto grau de complexidade de questões que não foram suficientemente trabalhadas pelas partes.¹¹¹

¹⁰⁹ COLLINS JR., Paul M. Friends of the Court: Examining the Influence of Amicus Curiae Participation in U.S. Supreme Court Litigation. **Law and Society Review**, v. 38, n. 4, p. 807-832, 2004, p. 826.

¹¹⁰ RUSTAD, Michael; KOENIG, Thomas. The Supreme Court and Junk Social Science: Selective Distortion in Amicus Briefs. **North Carolina Law Review**, v. 72, p. 91-162, nov. 1993, p. 94-95.

¹¹¹ MEDINA, Damares. *Amicus Curiae*: Amigo da Corte ou Amigo da Parte? São Paulo: Saraiva, 2010, p.47.

2 O *AMICUS CURIAE* NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Uma vez examinado o processo de amadurecimento pelo qual passou a figura do *amicus curiae*, desde seu surgimento no Direito penal medieval inglês até as transformações perpetradas pela jurisprudência estadunidense, é chegado o momento de analisar de que maneira o instituto se apresenta no Direito brasileiro. Para tanto, necessária se faz a alusão a todas as hipóteses costumeiramente indicadas como sendo casos de participação processual do *amicus curiae*. Não se pretende aqui o exaurimento do regime jurídico aplicável a cada uma destas hipóteses, mas tão-somente oferecer ao leitor um panorama o mais atual quanto possível da situação do instituto, tal qual positivado no ordenamento jurídico brasileiro.

2.1 As hipóteses de intervenção do *amicus curiae* fundadas no poder de polícia

Em alguns casos, o interesse legitimador da manifestação de órgãos estranhos à lide se encontra no poder de polícia detido por cada um deles dentro de sua esfera específica de atuação. É o que ocorre com a Comissão de Valores Mobiliários (CVM), o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) e o Instituto Nacional de Propriedade Industrial (INPI).

A intervenção da CVM em processos judiciais que tenham por objeto matéria incluída na sua competência constitui a hipótese inaugural de participação do *amicus curiae* no Direito brasileiro e está consubstanciada no art. 31 da Lei n.º 6.385/76 (com a redação que lhe foi dada pela Lei n.º 6.616/78), que disciplina o mercado de valores mobiliários.

Art. 31 - Nos processos judiciários que tenham por objeto 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.

Da análise do artigo acima transcrito se pode depreender que é obrigatória a intimação da autarquia federal¹¹², porém, sua efetiva intervenção no processo é facultativa. Em outras palavras, trata-se de hipótese de intervenção voluntária do *amicus curiae*, posto que, uma vez

¹¹² A ausência de intimação da CVM poderia dar ensejo inclusive à nulidade do processo, consoante o entendimento de Fredie Didier Jr. [DIDIER JR., Fredie. A intervenção judicial do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (art. 89 da Lei Federal 8.884/1994) e da Comissão de Valores Mobiliários (art. 31 da Lei Federal 6.385/1976). **Revista de Processo**, São Paulo, ano 29, n. 115, p. 151-163, maio./jun. 2004, p. 160].

intimada, a CVM não está obrigada a prestar qualquer esclarecimento¹¹³, caso entenda não estarem presentes os pressupostos legais.

É de se perceber, destarte, que o interesse que legitima a intervenção da CVM a título de *amicus curiae* em tais processos é qualificado como neutro¹¹⁴. Não se trata de interesse particular na vitória de uma das partes litigantes, e sim de um “interesse *institucional* de a legislação relativa ao mercado de capitais ser escorreitamente aplicada.”¹¹⁵

A *ratio essendi* da referida norma, pois, reside na necessidade vislumbrada pelo legislador de possibilitar ao magistrado uma maior gama de informações pertinentes ao caso concreto pendente de solução, como bem observa Osvaldo Hamilton Tavares, para quem pela própria natureza da formação profissional do juiz, ele não se encontra habilitado para resolver a totalidade dos problemas que lhe são postos à apreciação. Por essa razão, o magistrado depende dos esclarecimentos fornecidos pelos técnicos da CVM, que deverão traduzir para o juiz as impressões e conclusões colhidas no exame dos fatos do processo, facilitando o acesso do julgador aos conhecimentos que ele normalmente não conseguiria sozinho.¹¹⁶

De maneira bastante similar, a Lei n.º 8.884/94 – que transforma o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) em Autarquia, dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica e dá outras providências – prescreve, em seu art. 89: “Nos processos judiciais em que se discuta a aplicação desta lei, o CADE deverá ser intimado para, querendo, intervir no feito na qualidade de assistente”.

Antes de tudo, cumpre salientar que, a exemplo do que ocorre na hipótese da intervenção da CVM, também será obrigatória a intimação do CADE que, no entanto, decidirá pela sua manifestação ou não no processo.

Outro aspecto relevante a ser debatido decorre da menção expressa, no texto da lei, à intervenção do CADE “na qualidade de assistente”. Estaria a lei se referindo à assistência, clássica modalidade de intervenção de terceiros, na qual o assistente ingressa no feito, após a demonstração de interesse jurídico, com o fito de auxiliar um dos litigantes na obtenção de uma sentença favorável?

A resposta a esta pergunta há de ser negativa.

¹¹³ DEL PRÁ, Carlos Gustavo Rodrigues. *Amicus curiae*: instrumento de participação democrática e de aperfeiçoamento da prestação jurisdicional. Curitiba: Juruá, 2007, p.59.

¹¹⁴ BINENBOJM, Gustavo. A dimensão do *amicus curiae* no processo constitucional brasileiro: requisitos, poderes processuais e aplicabilidade no âmbito processual. Disponível em: http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=126. Acesso em: 19. ago. 2009.

¹¹⁵ BUENO, Cássio Scarpinella. *Amicus curiae no processo civil brasileiro*: um terceiro enigmático. 2. ed. rev. atual. e amp. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 274.

¹¹⁶ TAVARES, Osvaldo Hamilton. A CVM como “*amicus curiae*”. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 690, , p. 286-287, 1993, p. 287.

O interesse que legitima a manifestação do CADE, nos termos do art. 89 supracitado, não é um interesse particular seu, no sentido de que saia vitoriosa esta ou aquela parte. Na esteira do que foi dito acima em relação à CVM, trata-se de um interesse institucional titularizado pela autarquia, a ela conferido por lei. Não se pode, pois, estender à espécie o mesmo regime jurídico aplicável aos casos de assistência regulados pelo Código de Processo Civil, inobstante a literalidade do texto da lei.¹¹⁷

A Lei n.º 9.279/96 – que regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial –, por sua vez, prescreve a intervenção do Instituto Nacional de Propriedade Industrial (INPI) nas ações de nulidade de patente/registro em que o Instituto não for autor. O legislador, ao disciplinar as ações judiciais que visem à obtenção da declaração da nulidade do registro de determinada marca ou da patente de uma invenção ou modelo de utilidade, houve por bem prescrever a intervenção do INPI em tais litígios, quando a autarquia já não estivesse presente no pólo ativo da relação processual. É o que se depreende da análise dos arts. 57 e 175, ambos da LPI, a seguir transcritos:

Art. 57. A ação de nulidade de patente será ajuizada no foro da Justiça Federal e o INPI, quando não for autor, intervirá no feito.

Art. 175. A ação de nulidade do registro será ajuizada no foro da Justiça Federal e o INPI, quando não for autor, intervirá no feito.

Pois bem. Os dispositivos legais são claros no sentido de determinar a *intervenção* do INPI nas ações de nulidade de patente de invenção ou modelo de utilidade e de registro de marca. Entretanto, a doutrina diverge quanto à natureza jurídica dessa intervenção, oscilando entre os que atribuem ao INPI a natureza de parte¹¹⁸, os que o reputam terceiro na modalidade de assistência¹¹⁹ e, finalmente, os que consideram estar diante de mais uma hipótese de intervenção de *amicus curiae*¹²⁰ prevista no ordenamento jurídico brasileiro.

¹¹⁷ CABRAL, Antonio do Passo. Pelas asas de Hermes: a intervenção do *amicus curiae*, um terceiro especial. Uma análise dos institutos interventivos similares – O *amicus* e o *Vertreter des öffentlichen Interesses*. **Revista de Processo**, São Paulo, ano 29, n. 117, p. 9-40, set./out. 2004, p. 25 e AGUIAR, Mirella de Carvalho. **Amicus Curiae**. Salvador: Juspodium, 2005, p. 52.

¹¹⁸ SATO, Priscila Kei. O Instituto Nacional da Propriedade Industrial nas ações de nulidade e de adjudicação: parte ou assistente? *In*: DIDIER Jr., Fredie; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coords.). **Aspectos polêmicos e atuais sobre os terceiros no processo civil e assuntos afins**. São Paulo: RT, 2004.

¹¹⁹ “Saliente-se que a ação ordinária de anulação de patente deverá ser proposta contra o titular da patente, que no caso é a ré, figurando o INPI como assistente para intervir no feito apenas e tão-somente para prestar as informações de caráter administrativo” (SOARES, José Carlos Tinoco. **Lei de patentes, marcas e direitos conexos**: Lei 9.279 – 14.05.1996. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 103).

¹²⁰ BUENO, Cássio Scarpinella. **Amicus curiae no processo civil brasileiro**: um terceiro enigmático. 2. ed. rev. atual. e amp. São Paulo: Saraiva, 2008 e DEL PRÁ, Carlos Gustavo Rodrigues. **Amicus curiae**: instrumento de participação democrática e de aperfeiçoamento da prestação jurisdicional. Curitiba: Juruá, 2007.

Com o devido respeito às opiniões contrárias, também nesse caso o interesse a justificar a manifestação de um terceiro, na qualidade de *amicus curiae*, é o interesse institucional de garantir a fiel execução das normas relativas à propriedade industrial.

No mesmo sentido proposto por este trabalho, entendendo que as hipóteses de participação de terceiros na condição de *amicus curiae* acima referidas se fundam no poder de polícia detido pelos legitimados a intervir, Carlos Gustavo Rodrigues Del Prá salienta que a atuação dos terceiros é descomprometida em relação às partes, muito embora comprometida com sua função institucional de polícia, no sentido de que agem em defesa de interesses cuja defesa lhes foi outorgada por lei.¹²¹ Com efeito, o que legitima as intervenções de CVM, CADE e INPI é o interesse institucional de cada uma dessas entidades, no sentido de ver as legislações atinentes, respectivamente, ao mercado de capitais, à disciplina da concorrência e à propriedade industrial, escoreitamente aplicadas.

Assim, percebe-se que em todas as hipóteses há pouco aventadas como sendo casos de intervenção do *amicus curiae* está-se diante de modalidade de intervenção voluntária decorrente do poder de polícia.

2.2 A atuação da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) na qualidade de *amicus curiae*

O art. 49, parágrafo único, da Lei n.º 8.906/94 (Estatuto da OAB) encerra outra hipótese de intervenção de *amicus curiae* no Direito brasileiro.

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

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

Frise-se, a despeito da referência expressa ao vocábulo “assistentes”, tratar-se de hipótese de manifestação voluntária de *amicus curiae*¹²², haja vista que a intervenção da OAB não se dá em favor do advogado, “[...] mas em prol da defesa, administrativa ou judicial, das

¹²¹ DEL PRÁ, Carlos Gustavo Rodrigues. *Amicus curiae*: instrumento de participação democrática e de aperfeiçoamento da prestação jurisdicional. Curitiba: Juruá, 2007, p. 70.

¹²² Carlos Gustavo Rodrigues Del Prá (*Amicus curiae*: instrumento de participação democrática e de aperfeiçoamento da prestação jurisdicional. Curitiba: Juruá, 2007, p. 118) diverge dessa conclusão, entendendo tratar-se de assistência “*sui generis*”.

prerrogativas profissionais dele, de seu múnus público, alçado, pelo art. 133 da Constituição Federal, a função essencial à Justiça, ao lado da magistratura e do Ministério Público.”¹²³

Assim entendida a questão, resta fácil perceber que o interesse que legitima a atuação da OAB, nos termos do art. 49, parágrafo único, de seu Estatuto, é um interesse institucional de resguardar as prerrogativas dos membros da classe que a entidade representa.

2.2 O *amicus curiae* e o controle de constitucionalidade no Brasil¹²⁴

Em 1988, com a promulgação da Constituição Federal, a participação popular passou a ocupar lugar de destaque no que tange à prestação jurisdicional, deixando de estar restrita à esfera política, passando a inundar maiores campos de atuação e possibilitando uma discussão mais ampla nas instâncias jurisdicionais, visando à prevalência dos direitos assegurados pela Constituição, tanto de forma individual quanto coletiva.¹²⁵

Essa tendência de necessária ampliação do debate nas instâncias jurisdicionais se vê refletida no alargamento do rol de legitimados ativos para a propositura das ações diretas de inconstitucionalidade¹²⁶, bem como na criação de novos instrumentos de controle, quais sejam: ação direta de inconstitucionalidade por omissão, ação declaratória de constitucionalidade e argüição de descumprimento de preceito fundamental.

É de se notar, pois, que esse aumento de legitimados ativos, de um lado, e o surgimento de novos instrumentos de controle, de outro, constitui abertura que possibilita “[...] ampliar a participação da sociedade civil no controle judicial dos casos em que há violação à ordem constitucional”¹²⁷, mostrando-se, ainda, “[...] essencial para a saúde de um regime democrático, porque somente por meio dele se pode efetivamente obter uma verdadeira integração da realidade ao conteúdo das normas constitucionais.”¹²⁸

¹²³ BUENO, Cássio Scarpinella. *Amicus curiae no processo civil brasileiro*: um terceiro enigmático. 2. ed. rev. atual. e amp. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 342.

¹²⁴ Para uma visão geral sobre o escorço histórico do controle judicial da constitucionalidade no Brasil e do sistema eclético atualmente em vigor, cf. BINENBOJM, Gustavo. *A Nova Jurisdição Constitucional Brasileira*: legitimidade democrática e instrumentos de realização. 3. ed. rev. amp. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 121 e ss.

¹²⁵ DEL PRÁ, Carlos Gustavo Rodrigues. *Amicus curiae*: instrumento de participação democrática e de aperfeiçoamento da prestação jurisdicional. Curitiba: Juruá, 2007, p. 73.

¹²⁶ Basta mencionar que antes da Constituição Federal de 1988 o único legitimado era o Procurador-Geral da República.

¹²⁷ DEL PRÁ, Carlos Gustavo Rodrigues. *Amicus curiae*: instrumento de participação democrática e de aperfeiçoamento da prestação jurisdicional. Curitiba: Juruá, 2007, p. 74.

¹²⁸ DEL PRÁ, Carlos Gustavo Rodrigues. *Amicus curiae*: instrumento de participação democrática e de aperfeiçoamento da prestação jurisdicional. Curitiba: Juruá, 2007, p. 74-75.

O legislador infraconstitucional, inspirado pela manifesta intenção do constituinte, no sentido de democratizar o debate no que se refere às ações que versam sobre a (in)constitucionalidade das leis, positivou, por meio da Lei n.º 9.868/99¹²⁹ e da Lei n.º 9.882/99¹³⁰, a participação de terceiros, “[...] possibilitando a ampla requisição de informações a uns e a abertura à manifestação de outros”¹³¹, sempre em função semelhante à desempenhada pelos *amici curiae*.

2.3.1 Controle concentrado

O processo jurisdicional de controle de constitucionalidade é marcadamente objetivo, na medida em que não é a discussão de interesses individuais e concretos que constitui o litígio nas ações de controle abstrato de constitucionalidade, mas a defesa da supremacia constitucional, única e exclusivamente, em termos objetivos.¹³²

Por se tratar de um processo em que se persegue a defesa da Constituição e dos valores nela consagrados, não se pretende tutelar nenhum interesse particular que tenha sido contrariado, não havendo que se falar, portanto, de lide em sentido tradicional. O único objetivo de quem atua no processo de controle concentrado de constitucionalidade é a primazia do texto constitucional. Desse modo, já que não há interesse particular visando à prevalência sobre o de outro, rigorosamente falando, não há parte processual.¹³³

É essa ausência de subjetividade, aliás, a razão pela qual o Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, em seu art. 169, §2º, com a redação dada pela Emenda Regimental n.º 02/85, veda a assistência a qualquer das partes.¹³⁴ Seguindo essa mesma orientação, a Lei n.º 9.868/99, através de seu art. 7º, *caput*, proíbe expressamente a intervenção de terceiros nos

¹²⁹ No que se refere à ação direta de inconstitucionalidade e à ação declaratória de constitucionalidade. Esta lei ainda acrescentou o §3º ao art. 482 do Código de Processo Civil, positivando, desta forma, a manifestação do *amicus curiae* também no controle difuso de constitucionalidade.

¹³⁰ Em relação à arguição de descumprimento de preceito fundamental.

¹³¹ DEL PRÁ, Carlos Gustavo Rodrigues. *Amicus curiae*: instrumento de participação democrática e de aperfeiçoamento da prestação jurisdicional. Curitiba: Juruá, 2007, p. 77.

¹³² BINENBOJM, Gustavo. *A Nova Jurisdição Constitucional Brasileira*: legitimidade democrática e instrumentos de realização. 3. ed. rev. amp. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 143; CUNHA JÚNIOR, Dirley. A intervenção de terceiros no processo de controle abstrato de constitucionalidade – a intervenção do particular, do co-legitimado e do *amicus curiae* na ADIN, ADC e ADPF. In: DIDIER Jr., Fredie; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coords.). *Aspectos polêmicos e atuais sobre os terceiros no processo civil e assuntos afins*. São Paulo: RT, p. 149-167, 2004, p. 151-152 e HEINEN, Juliano. A figura do *amicus curiae* como um mecanismo de legitimação democrática do Direito. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, ano 103, vol. 392, p. 148-165, jul./ago. 2007, p. 155.

¹³³ DANTAS, Francisco Wildo Lacerda. Breves considerações sobre o direito processual constitucional. *Revista CEJ*, Brasília, n. 51, ano XIV, p. 14-32, out./dez. 2010, p. 15.

¹³⁴ Art. 169, §2º, RISTF: “Não se admitirá assistência a qualquer das partes”.

procedimentos das ações de que tratam esta lei, nos seguintes termos: “Não se admitirá a intervenção de terceiros no processo de ação direta de inconstitucionalidade.”

Saliente-se que essa vedação absoluta à participação de terceiros se destina apenas àqueles que pretendem defender interesses próprios, meramente individuais, não se aplicando aprioristicamente, sob pena de alijar o debate acerca da constitucionalidade das leis de vozes capazes de auxiliar a corte a melhor esclarecer as questões a serem decididas.¹³⁵

Com efeito, os terceiros intervenientes regulados na legislação processual civil não devem servir de parâmetro para a compreensão do terceiro referido pelo art. 7º, §2º, da Lei n.º 9.868/99. Lá, a intervenção em processos alheios se dá em nome próprio e por direito também próprio, direta ou indiretamente ligado ao que se discute em juízo. Aqui, a intervenção está muito mais preocupada com os efeitos externos e difusos do que será decidido do que com as conseqüências desses efeitos na esfera jurídica individual do interveniente.¹³⁶

Assim, o próprio STF admitiu, em 1994, a manifestação de entidade estranha à relação jurídica processual, como colaborador informal da Corte:

Ação Direta de Inconstitucionalidade. Intervenção Assistencial. Impossibilidade. Ato judicial que determina a juntada, por linha, de peças documentais. Despacho de mero expediente. Irrecorribilidade. Agravo regimental não conhecido. O processo de controle normativo abstrato instaurado perante o Supremo Tribunal Federal não admite a intervenção assistencial de terceiros. Precedentes. Simples juntada, por linha, de peças documentais apresentadas por órgão estatal que, sem integrar a relação processual, agiu, em sede de ação direta de inconstitucionalidade, como colaborador informal da Corte (*amicus curiae*): situação que não configura, tecnicamente, hipótese de intervenção *ad coadjuvandum*. Os despachos de mero expediente – como aqueles que ordenam juntada, por linha, de simples memorial expositivo -, por não se revestirem de qualquer conteúdo decisório, não são passíveis de impugnação mediante agravo regimental (CPC, art. 504).¹³⁷

Essa decisão revela dois dados importantes: a) a adoção explícita da designação *amicus curiae* ao identificar o interveniente, inobstante a ausência de previsão expressa da figura no controle de constitucionalidade à época da decisão; b) o reconhecimento, por parte do STF, da relevância atribuída à participação de terceiros no controle de constitucionalidade,

¹³⁵ “[...] pode-se afirmar que a vedação legal (arts. 7º e 18 da Lei 9.868/99) da intervenção de terceiro no processo de controle abstrato de constitucionalidade só atinge o particular, ante a circunstância de que inexistente, nesse processo de acentuada natureza objetiva, qualquer interesse subjetivo concreto a legitimar sua intervenção” (CUNHA JÚNIOR, Dirley. A intervenção de terceiros no processo de controle abstrato de constitucionalidade – a intervenção do particular, do co-legitimado e do *amicus curiae* na ADIN, ADC e ADPF. In: DIDIER Jr., Fredie; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coords.). **Aspectos polêmicos e atuais sobre os terceiros no processo civil e assuntos afins**. São Paulo: RT, p. 149-167, 2004, p. 166).

¹³⁶ BUENO, Cássio Scarpinella. *Amicus curiae no processo civil brasileiro*: um terceiro enigmático. 2. ed. rev. atual. e amp. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 139.

¹³⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental em Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 748/RS. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, 18 de novembro de 1994. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 22 ago. 2009.

com o fito de que outros aspectos não ventilados pelas partes fossem considerados pelo tribunal.

De fato, com o advento da Lei n.º 9.868/99 e a positivação da figura do *amicus curiae* no processo de controle de constitucionalidade, criou-se “[...] um procedimento capaz de captar outras vozes da sociedade, mediante a autorização da manifestação de vários órgãos, entidades, pessoas físicas ou jurídicas, ou mesmo entes despersonalizados”,¹³⁸ o que possibilita que as causas sejam decididas com pleno conhecimento de todas as suas implicações ou repercussões por parte do tribunal.

Assim estabelece o §2º do art. 7º, da Lei n.º 9.868/99: “O relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, poderá, por despacho irrecorrível, admitir, observado o prazo fixado no parágrafo anterior, a manifestação de outros órgãos ou entidades.”

Mirella de Carvalho Aguiar, ao comentar o dispositivo, assevera que permanece vedada a intervenção de terceiro interessado, não sendo permitida qualquer espécie de auxílio à parte nem tampouco a defesa de interesse jurídico próprio. Entretanto, o dispositivo legal em questão inovou ao permitir o auxílio à Corte por intermédio do instituto do *amicus curiae*.¹³⁹ Em manifestação com sentido idêntico, assevera Francisco Wildo Lacerda Dantas que a intervenção do *amicus curiae* pode ser vista como um abrandamento à resistência que existia em relação à intervenção de terceiros nos processos objetivos de controle de constitucionalidade, sendo ela diversa das modalidades tradicionais de intervenção, já que não se funda na demonstração de um interesse jurídico, tal qual exigido pela regra geral do art. 50 do Código de Processo Civil, sendo necessário apenas que se demonstre um interesse relevante.¹⁴⁰

Da análise do referido dispositivo legal pode-se depreender, desde logo, que se trata de hipótese de intervenção voluntária, na qual o terceiro atua por iniciativa própria, devendo demonstrar o preenchimento dos requisitos exigidos (relevância da matéria e representatividade adequada), competindo ao relator admitir ou não a intervenção.

Com o fito de identificar quais “órgãos ou entidades” podem requerer a sua participação no processo com fundamento no art. 7º, §2º, da Lei n.º 9.868/99, a doutrina oscila entre posições mais ou menos abrangentes. Carlos Gustavo Rodrigues Del Prá reputa

¹³⁸ DEL PRÁ, Carlos Gustavo Rodrigues. *Amicus curiae*: instrumento de participação democrática e de aperfeiçoamento da prestação jurisdicional. Curitiba: Juruá, 2007, p. 81.

¹³⁹ AGUIAR, Mirella de Carvalho. *Amicus Curiae*. Salvador: Juspodium, 2005, p. 59.

¹⁴⁰ DANTAS, Francisco Wildo Lacerda. Breves considerações sobre o direito processual constitucional. *Revista CEJ*, Brasília, n. 51, ano XIV, p. 14-32, out./dez. 2010, p.27.

inadmissível a intervenção voluntária de quaisquer outras pessoas (que não “outros órgãos ou entidades”), sejam elas professores ou expertos no assunto.¹⁴¹

Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery, por outro lado, numa interpretação menos restritiva da norma legal, defendem a possibilidade de intervenção de qualquer “[...] pessoa física, jurídica, professor de direito, associação civil, cientista, órgão e entidade, desde que tenha respeitabilidade, reconhecimento científico ou representatividade para opinar sobre matéria objeto da ação direta”.¹⁴²

Esse também é o posicionamento de Mirella de Carvalho Aguiar, no sentido de que seria melhor alargar o significado da palavra *representatividade* de maneira a abarcar também as idéias de respeitabilidade, autoridade, experiência, reconhecimento científico e perícia, pouco importando que a decisão a ser prolatada possa gerar efeitos concretos na esfera jurídica do inetrveniente.¹⁴³

A hipótese encartada no art. 7º, §2º, constitui-se em modalidade de intervenção voluntária de *amicus curiae*. Entretanto, há casos em que a participação de terceiros na qualidade de *amici curiae* se dá por requisição do juízo. É o que estabelece o art. 9º, §1º, *in fine*, da Lei n.º 9.868/99:

Art. 9º, § 1º: Em caso de necessidade de esclarecimento de matéria ou circunstância de fato ou de notória insuficiência das informações existentes nos autos, poderá o relator requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou fixar data para, em audiência pública, **ouvir depoimentos de pessoas com experiência e autoridade na matéria.** (grifos acrescidos)

Aqui, não é o terceiro que requer ao relator a sua admissão no processo. Pelo contrário, é o relator que, “em caso de necessidade de esclarecimento de matéria ou circunstância de fato ou de notória insuficiência das informações existentes nos autos”, tem a faculdade de requisitar informações adicionais, bem como “ouvir depoimentos de pessoas com experiência e autoridade na matéria”.

Tudo o quanto se disse até o presente momento relaciona-se ao controle concentrado por via de ação direta de inconstitucionalidade. No que se refere à ação declaratória de constitucionalidade, entretanto, também foram previstos instrumentos de abertura pluralista

¹⁴¹ DEL PRÁ, Carlos Gustavo Rodrigues. *Amicus curiae*: instrumento de participação democrática e de aperfeiçoamento da prestação jurisdicional. Curitiba: Juruá, 2007, p. 84.

¹⁴² NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor**. 7 ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2003, p. 1384 (nota 5 ao §2º do art. 7º da Lei n. 9.868/99).

¹⁴³ AGUIAR, Mirella de Carvalho. *Amicus Curiae*. Salvador: Juspodium, 2005, p. 30.

do procedimento, quais sejam: o mesmo art. 7º, §2º, bem assim o art. 20, § 1º, também da Lei n.º 9.868/99.

Pois bem. O § 1º do art. 20 encerra hipótese de manifestação do *amicus curiae* por requisição do relator, sendo sua redação idêntica à do §1º do art. 9º, razão pela qual se remete o leitor aos comentários consignados acima.

Em se tratando de hipótese de participação voluntária do *amicus curiae* no procedimento da ação declaratória de constitucionalidade, o projeto que mais tarde se transformou na Lei n.º 9.868/99, contava com um dispositivo de idêntico teor ao do art. 7º, §2º. Poder-se-ia indagar, pois, se o veto ao §2º do art. 18 quereria significar a vedação à intervenção voluntária em sede de ação declaratória de constitucionalidade.

A esse respeito, sustenta Cássio Scarpinella Bueno que o silêncio da lei não obstaculiza o ingresso de interessados na condição de *amicus curiae* na ação declaratória de constitucionalidade, os quais deverão desempenhar o mesmo papel previsto no suso referido §2º do art. 7º para as ações diretas de inconstitucionalidade. Mais adiante, arremata o mesmo autor que “[...] a utilidade da intervenção do *amicus* deriva muito mais do próprio sistema constitucional e de um novo paradigma de interpretação, compreensão e sistematização do direito do que, propriamente, do texto (expresso) da lei”¹⁴⁴.

Para por fim à discussão, as próprias razões do veto ao §2º do art. 18 acenam com a possibilidade de o STF admitir a abertura processual prevista no art. 7º, §2º, ao processo da ação declaratória, graças ao método de interpretação sistemática.¹⁴⁵

Desta feita, também no procedimento da ação declaratória de constitucionalidade, mostra-se possível a manifestação do *amicus curiae*, tanto em sua forma voluntária, como na modalidade provocada (por requisição do relator).

Em sede de arguição de descumprimento de preceito fundamental, a Lei n.º 9.882/99, em seu art. 6º, §§ 1º e 2º, também prevê a intervenção de terceiros na qualidade de *amici curiae*, nos seguintes termos:

Art. 6º Apreciado o pedido de liminar, o relator solicitará as informações às autoridades responsáveis pela prática do ato questionado, no prazo de dez dias.

§ 1º Se entender necessário, poderá o relator ouvir as partes nos processos que ensejaram a arguição, requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou ainda, fixar data para declarações, em audiência pública, de pessoas com experiência e autoridade na matéria.

¹⁴⁴ BUENO, Cássio Scarpinella. *Amicus curiae no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático*. 2. ed. rev. atual. e amp. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 176-177.

¹⁴⁵ É o que se infere da Mensagem 1.674, de 10 de novembro de 1999.

§ 2º Poderão ser autorizadas, a critério do relator, sustentação oral e juntada de memoriais, por requerimento dos interessados no processo.

Note-se que a previsão encartada no §1º se identifica com modalidade de manifestação do *amicus* por requisição do juízo, ao passo em que o §2º cuida de hipótese de participação voluntária de terceiro.

Cássio Scarpinella Bueno, entretanto, sustenta a inexistência de previsão expressa da possibilidade de intervenção de *amicus curiae* no procedimento da argüição de descumprimento de preceito fundamental, pugnando haver, tão-somente, aquilo que ele denomina “abertura procedimental”.¹⁴⁶

Malgrado esse posicionamento, Bueno defende a possibilidade de manifestação voluntária de *amici curiae* nos processos de argüição de descumprimento de preceito fundamental com base no art. 7º, §2º, da Lei n.º 9.868/99 (aplicável à espécie por analogia), bem como na própria ordem constitucional.¹⁴⁷ Isto porque, segundo o autor, a argüição de descumprimento de preceito fundamental pode assumir a feição de controle abstrato e concentrado de constitucionalidade e, por isso mesmo, produzir efeitos *erga omnes* e vinculantes. Por esse motivo, então, não haveria como negar às entidades de classe ou aos outros órgãos representativos de segmentos sociais a possibilidade de solicitarem sua participação como *amici curiae*.¹⁴⁸

Sobre a possibilidade de haver participação de terceiros na qualidade de *amicus curiae* nos processos de argüição de descumprimento de preceito fundamental, anota Gilmar Ferreira Mendes que assim como na ação direta de inconstitucionalidade e na ação declaratória de constitucionalidade, é recomendável que a argüição de descumprimento de preceito fundamental também assuma um caráter pluralista, com a participação de *amicus curiae*, desde que adotadas todas as cautelas para que não reste inviabilizado o processo.¹⁴⁹

A questão da ocorrência de previsão expressa ou não da participação da figura do *amicus curiae* no processo de argüição de descumprimento de preceito fundamental perde um pouco de sua importância à medida que até mesmo aqueles que consideram inexistir a explícita referência no texto da lei, admitem o ingresso dos *amici curiae* embasados na

¹⁴⁶ BUENO, Cássio Scarpinella. *Amicus curiae no processo civil brasileiro*: um terceiro enigmático. 2. ed. rev. atual. e amp. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 180.

¹⁴⁷ Esse também foi o entendimento esposado pelo Ministro Marco Aurélio, ao apreciar medida liminar na ADPF n. 54.

¹⁴⁸ BUENO, Cássio Scarpinella. *Amicus curiae no processo civil brasileiro*: um terceiro enigmático. 2. ed. rev. atual. e amp. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 181.

¹⁴⁹ MENDES, Gilmar Ferreira. Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental. *Revista de Direito Público*, Porto Alegre, ano 5, n. 20, p. 7-46, mar./abr. 2008, p.42.

necessidade de abertura procedimental no âmbito do controle de constitucionalidade, esta sim expressamente prevista no art. 7º, §2º, da Lei n.º 9.868/99.

Portanto, pode o *amicus curiae* participar voluntariamente ou por requisição do juízo, nos procedimentos das ações diretas de inconstitucionalidade e declaratória de constitucionalidade, bem assim no da argüição de descumprimento de preceito fundamental.

Resta saber se a dita abertura procedimental que orienta o processo do controle concentrado de constitucionalidade no Brasil também se verifica no sistema de controle difuso. É do que se cuidará no próximo tópico.

2.3.2 Controle difuso

No sistema de controle difuso, ao contrário do que ocorre no controle concentrado, a análise da questão constitucional se dá de forma incidental no processo. Em outros termos, a declaração da constitucionalidade ou inconstitucionalidade da norma não constitui o objeto principal da ação.

Essa modalidade de controle de constitucionalidade pode ser exercida em qualquer litígio intersubjetivo. Ao contrário do controle concentrado e abstrato, no difuso e incidental não está em jogo a defesa do próprio ordenamento jurídico, mas se cuida, isto sim, de responder à demanda inicial, decidindo a questão, dando razão a uma das partes e atribuindo-lhe o bem da vida em relação ao qual se instaurou a lide. Nesse contexto, o fundamento para a intervenção do *amicus curiae* encontra repouso no interesse público de participar da jurisdição constitucional, isto é, na sua importância política. Como existe a possibilidade de ser afastada a aplicação de normas constitucionais, necessário que se amplie o contraditório para outros campos sociais, mesmo que sejam extrapolados os limites parciais da lide.¹⁵⁰

Absolutamente pertinentes as observações de Cássio Scarpinella Bueno, no sentido de que quando instaurado o incidente de inconstitucionalidade deve haver a oitiva do maior número possível de pessoas interessadas, desde que satisfeita a exigência da representatividade adequada. Feito isto, ou seja, garantida a participação de pessoas, entidades ou órgãos que possam ser afetados em ações futuras pelo precedente que está em vias de ser estabelecido – sobre a constitucionalidade ou inconstitucionalidade do dispositivo a aplicar –,

¹⁵⁰ CABRAL, Antonio do Passo. Pelas asas de Hermes: a intervenção do *amicus curiae*, um terceiro especial. Uma análise dos institutos interventivos similares – O *amicus* e o *Vertreter des öffentlichen Interesses*. **Revista de Processo**, São Paulo, ano 29, n. 117, p. 9-40, set./out. 2004, p. 24.

estar-se-á contribuindo para que a decisão seja a mais adequada, representativa e plural possível.¹⁵¹

Na esteira das opiniões colacionadas há pouco, a tantas vezes citada Lei n.º 9.868/99, além de regulamentar o controle concentrado, impôs, em seu art. 29, algumas modificações na redação do art. 482 do Código de Processo Civil, que cuida do incidente de declaração de inconstitucionalidade. Cássio Scarpinella Bueno, ao comentar tais alterações, ressalta que a legislação sob comento transportou para o controle difuso e concreto da constitucionalidade aqueles princípios que orientam a atuação do Supremo Tribunal Federal nas ações do controle concentrado e abstrato, inclusive no que pertine à consagração expressa da figura do *amicus curiae*, ainda que não tenha havido o emprego dessa terminologia.¹⁵²

Com as mudanças implementadas no Código de Processo Civil pela Lei n.º 9.868/99, o art. 482 do CPC foi acrescido de três parágrafos:

Art. 482. (...)

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

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

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

Todos esses parágrafos trazem novas hipóteses de intervenção voluntária de terceiros que atuariam enquanto verdadeiros *amici curiae*.

De acordo com o §1º, o Ministério Público e as pessoas jurídicas de Direito Público responsáveis pelo ato impugnado poderão agir voluntariamente, em benefício da própria justiça, trazendo aos autos informações relevantes para a melhor avaliação das circunstâncias e dos desdobramentos da declaração incidental da inconstitucionalidade.¹⁵³

¹⁵¹ BUENO, Cássio Scarpinella. *Amicus curiae no processo civil brasileiro*: um terceiro enigmático. 2. ed. rev. atual. e amp. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 196.

¹⁵² BUENO, Cássio Scarpinella. *Amicus curiae no processo civil brasileiro*: um terceiro enigmático. 2. ed. rev. atual. e amp. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 193.

¹⁵³ DEL PRÁ, Carlos Gustavo Rodrigues. *Amicus curiae*: instrumento de participação democrática e de aperfeiçoamento da prestação jurisdicional. Curitiba: Juruá, 2007, p. 98.

Já o §2º confere aos legitimados¹⁵⁴ para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade a faculdade de intervirem no incidente de inconstitucionalidade na qualidade de *amici curiae*.

O §3º, por seu turno, encerra hipótese de intervenção voluntária do *amicus curiae*, desde que o relator a admita por entender preenchidos os requisitos da relevância da matéria e da representatividade dos postulantes.

2.4 O *amicus curiae* e os Juizados Especiais Federais

A Lei n.º 10.259/01 (dispõe sobre a instituição dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais no âmbito da Justiça Federal) veio consagrar mais duas hipóteses de participação do *amicus curiae*. A primeira delas diz com o procedimento do pedido de uniformização de interpretação de lei federal, sendo esta a redação do art. 14, §7º, do referido diploma legal, *in verbis*:

Art. 14. Caberá pedido de uniformização de interpretação de lei federal quando houver divergência entre decisões sobre questões de direito material proferidas por Turmas Recursais na interpretação da lei.

(...)

§ 7º Se necessário, o relator pedirá informações ao Presidente da Turma Recursal ou Coordenador da Turma de Uniformização e ouvirá o Ministério Público, no prazo de cinco dias. **Eventuais interessados, ainda que não sejam partes no processo, poderão se manifestar, no prazo de trinta dias.** (grifos acrescidos)

Cássio Scarpinella Bueno, ao se debruçar sobre o tema, afirma justificar-se o dispositivo sob comento na aptidão que a decisão tomada pelo STJ¹⁵⁵ teria para vincular, ao menos “de fato” (caráter persuasivo), futuras decisões dos Juizados Especiais naqueles casos em que fosse requerida a aplicação da mesma norma de direito material.¹⁵⁶

Carlos Gustavo Rodrigues Del Prá também se considera diante de mais uma expressa previsão legal de participação do *amicus curiae* e arremata:

¹⁵⁴ Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade: I - o Presidente da República; II - a Mesa do Senado Federal; III - a Mesa da Câmara dos Deputados; IV - a Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; V - o Governador de Estado ou do Distrito Federal; VI - o Procurador-Geral da República; VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; VIII - partido político com representação no Congresso Nacional; IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

¹⁵⁵ O §4º do art. 14 contempla a possibilidade e o STJ ser ouvido nos casos em que a orientação acolhida pela Turma de Uniformização em questão de direito material contrarie súmula ou jurisprudência dominante do próprio STJ.

¹⁵⁶ BUENO, Cássio Scarpinella. *Amicus curiae no processo civil brasileiro*: um terceiro enigmático. 2. ed. rev. atual. e amp. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 204.

Induidosamente, a inovação constitui instrumento fruto da mesma tendência observada no controle da constitucionalidade e, pois, destinado a *sensibilizar a decisão acerca da interpretação da lei federal, originariamente palco de estéreis debates restritos aos aspectos jurídicos, para seu alcance prático e suas conseqüências socioeconômicas.*¹⁵⁷

Não bastassem as abalizadas vozes na doutrina, o Conselho da Justiça Federal, por intermédio da Resolução n. 390¹⁵⁸, de 17/09/2004, ao dispor sobre o Regimento Interno da Turma Nacional de Uniformização de Jurisprudência dos Juizados Especiais Federais, prevê expressamente a possibilidade de manifestação do *amicus curiae*, através de memoriais e sustentação oral, nos pedidos de uniformização de interpretação de lei federal.

A segunda previsão está encartada no art. 15¹⁵⁹, o qual estabelece que o recurso extraordinário no âmbito dos Juizados Especiais Federais será processado e julgado segundo o estabelecido nos §§ 4º a 9º do art. 14. Ou seja, o art. 15 estende a aplicação do mecanismo de abertura procedimental previsto no art. 14, §7º, ao procedimento de julgamento do recurso extraordinário.

Aqui, a possibilidade de participação do *amicus curiae* se fundamenta na eficácia de uma decisão que pode atingir um número indeterminado de indivíduos, seja pela fixação da tese jurídica a ser aplicada aos casos vindouros, bem assim pelas conseqüências diretas para os demais litigantes que tenham interposto recursos extraordinários que estejam retidos por força do disposto no art. 14, § 6º c/c art. 15.¹⁶⁰

No que pertine ao interesse que legitima a participação dos *amici curiae* no âmbito dos Juizados Especiais Federais, também se faz presente a noção de interesse institucional, entendido como a possibilidade de o terceiro sofrer os efeitos sociais, econômicos ou políticos da decisão. Segundo o entendimento de Oscar Valente Cardoso, os *amici curiae* possuem interesse de se manifestar sobre o assunto em debate e as conseqüências da decisão, já que existe a possibilidade de ela vir a afetar os integrantes do órgão ou entidade interveniente.¹⁶¹ Em todo caso, o que não se pode olvidar é que o interesse do *amicus curiae* não se confunde com a clássica aceção de interesse jurídico.

¹⁵⁷ DEL PRÁ, Carlos Gustavo Rodrigues. *Amicus curiae*: instrumento de participação democrática e de aperfeiçoamento da prestação jurisdicional. Curitiba: Juruá, 2007, p. 101-102.

¹⁵⁸ Esta é a única norma, no ordenamento jurídico brasileiro, que menciona, expressa e literalmente, a figura do *amicus curiae*. (Art. 23, caput, e §1º)

¹⁵⁹ “Art. 15. O recurso extraordinário, para os efeitos desta Lei, será processado e julgado segundo o estabelecido nos §§ 4º a 9º do art. 14, além da observância das normas do Regimento.”

¹⁶⁰ DEL PRÁ, Carlos Gustavo Rodrigues. *Amicus curiae*: instrumento de participação democrática e de aperfeiçoamento da prestação jurisdicional. Curitiba: Juruá, 2007, p. 106-107.

¹⁶¹ CARDOSO, Oscar Valente. O *amicus curiae* nos juizados especiais federais. *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo, n. 60, p. 102-112, mar. 2008, p. 106-107.

2.5 Procedimento de edição, revisão e cancelamento de enunciado de súmula vinculante pelo Supremo Tribunal Federal

A Emenda Constitucional n.º 45, de 08/12/2004 e que ficou conhecida como “Reforma do Judiciário” modificou e introduziu diversos dispositivos na Constituição, entre os quais se destaca o art. 103-A, acerca das súmulas vinculantes, com a seguinte redação:

Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços de seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.

Uma suposta crise de legitimidade oriunda da inserção desse instituto é percebida na indagação de Caio Mário Gutterrez Taranto, nos seguintes termos: “[...] como legitimar atos emanados do Poder Judiciário aptos a vincular a todos os órgãos jurisdicionais e à Administração Pública, sobretudo se os agentes responsáveis pela edição do verbete obrigatório não são eleitos pelo povo?”¹⁶²

Essa situação só poderia ser contornada com a adoção de um outro instituto, desta feita de matiz inegavelmente democrático. É nesse contexto que a abertura procedimental instituída, a permitir o ingresso de terceiros na qualidade de *amicus curiae* nos procedimentos que visem à edição, à revisão ou ao cancelamento de enunciado de súmula vinculante, vem suprir, em verdade, uma lacuna de legitimidade.¹⁶³

A Lei n.º 11.417/06, ao regulamentar o art. 103-A da Constituição Federal e disciplinar a edição, a revisão e o cancelamento de enunciado de súmula vinculante pelo Supremo Tribunal Federal, estabeleceu, no §2º de seu art. 3º, que “no procedimento de edição, revisão ou cancelamento de enunciado da súmula vinculante, o relator poderá admitir, por decisão irrecorrível, a manifestação de terceiros na questão, nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal”.

André Ramos Tavares, ao comentar o disposto pelo art. 3º, §2º, da Lei n.º 11.417/06, refere-se a esse caráter de abertura dos processos que culminam com decisões dotadas de

¹⁶² TARANTO, Caio Mário Gutterrez. O juiz na qualidade de *amicus curiae* em precedentes judiciais aptos a ensejar a produção de súmula com efeito vinculante. **Revista da AJUFE**, Brasília, ano 23, n. 82, p. 25-43, out./dez. 2005, p. 42.

¹⁶³ DEL PRÁ, Carlos Gustavo Rodrigues. *Amicus curiae*: instrumento de participação democrática e de aperfeiçoamento da prestação jurisdicional. Curitiba: Juruá, 2007, p. 198-199.

eficácia geral e efeito vinculante, considerando estar diante de mais uma hipótese legalmente prevista de pluralização do debate da questão constitucional.¹⁶⁴

2.6 Procedimento de análise da repercussão geral no recurso extraordinário

A Lei n.º 11.418, de 2006, acrescentou ao Código de Processo Civil brasileiro, dispositivos que regulamentam o § 3º do art. 102 da Constituição Federal, que dispõe sobre o instituto da repercussão geral no recurso extraordinário.

De acordo com a nova redação do CPC, em seu art. 543-A, § 6º, “o Relator poderá admitir, na análise da repercussão geral, a manifestação de terceiros, subscrita por procurador habilitado, nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.”

O caráter vago e de difícil precisão da expressão *repercussão geral* acarreta a necessidade de controle da atividade jurisdicional quando do preenchimento desse conceito. Em um contexto como esse, a participação de terceiros se revela ainda mais oportuna, justamente porque capaz de fornecer mais elementos e subsídios para a caracterização da repercussão geral, bem como para a fixação de balizas visando ao controle da decisão que reconheça ou não a presença do requisito.¹⁶⁵

Na hipótese aqui tratada, a abertura procedimental consubstanciada na admissão de terceiros na qualidade de *amicus curiae*, encontra sua razão de ser na possibilidade de a decisão tomada pelo STF produzir efeitos na esfera jurídica de terceiros, razão pela qual se faz necessário levar ao conhecimento do magistrado a maior amplitude possível de informações úteis.

2.7 Julgamento dos recursos especiais repetitivos

Finalizando o rol das hipóteses legalmente previstas no ordenamento jurídico brasileiro até então, a Lei n.º 11.672, de 2008, incluiu no Código de Processo Civil brasileiro o art. 543-C, *caput*, e mais nove parágrafos. Esses dispositivos cuidam de disciplinar o julgamento de recursos especiais repetitivos, como se depreende da leitura do *caput* do art. 543-C, *in verbis*:

¹⁶⁴ TAVARES, André Ramos. **Nova lei da súmula vinculante**. Estudos e comentários à lei 11.417, de 19.12.2006. 2. ed. São Paulo: Método, 2007, p. 60-61.

¹⁶⁵ DEL PRÁ, Carlos Gustavo Rodrigues. *Amicus curiae*: instrumento de participação democrática e de aperfeiçoamento da prestação jurisdicional. Curitiba: Juruá, 2007, p. 203.

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

De acordo com os dispositivos subseqüentes, o presidente do tribunal de origem admitirá um ou mais recursos que representem a controvérsia e os encaminhará ao Superior Tribunal de Justiça, de maneira que os recursos especiais restantes ficarão suspensos até o pronunciamento definitivo do tribunal superior¹⁶⁶.

Uma vez decidida definitivamente a questão pelo Superior Tribunal de Justiça, o entendimento firmado no julgamento do(s) recurso(s) selecionado(s) como representativo(s) da controvérsia deverá ser aplicado aos recursos que estavam sobrestados na origem¹⁶⁷.

Atento a esta circunstância, isto é, ao fato de que a decisão proferida em um determinado processo produziria efeitos em processos outros, cujas partes não teriam a possibilidade de contribuir e se manifestar no processo decisório, o legislador cuidou de instituir mais uma hipótese de intervenção do *amicus curiae* no processo civil nacional. Trata-se do disposto no art. 543-C, §4º, *ipsis litteris*:

§ 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.

Essa abertura procedimental, a exemplo do que se disse quanto à hipótese anterior, tem por objetivo conferir uma maior legitimidade ao provimento jurisdicional que virá a ser produzido, haja vista que o mesmo produzirá efeitos jurídicos que extrapolam os lindes do litígio em que foi proferido.

2.8 A definição da natureza jurídica do *amicus curiae* no Direito brasileiro

Estudadas as hipóteses freqüentemente apontadas como sendo casos de participação processual do *amicus curiae*, espera-se ter fornecido ao leitor uma visão capaz de subsidiá-lo na compreensão deste derradeiro tópico, cuja missão é a de definir a natureza jurídica apresentada pelo *amicus curiae* no Direito brasileiro.

São marcantes as divergências doutrinárias sobre o assunto, havendo os que o consideram um auxiliar do juízo¹⁶⁸, os que reconhecem na sua participação uma nova

¹⁶⁶ Art. 543-C, §1º. Caberá ao presidente do tribunal de origem admitir um ou mais recursos representativos da controvérsia, os quais serão encaminhados ao Superior Tribunal de Justiça, ficando suspensos os demais recursos especiais até o pronunciamento definitivo do Superior Tribunal de Justiça.

¹⁶⁷ Art. 543-C, § 7º. Publicado o acórdão do Superior Tribunal de Justiça, os recursos especiais sobrestados na origem: I - terão seguimento denegado na hipótese de o acórdão recorrido coincidir com a orientação do Superior Tribunal de Justiça; ou II - serão novamente examinados pelo tribunal de origem na hipótese de o acórdão recorrido divergir da orientação do Superior Tribunal de Justiça.

modalidade de intervenção de terceiros¹⁶⁹, bem como os que entendem tratar-se de uma forma qualificada de assistência¹⁷⁰.

Tamanha oscilação entre aqueles que se propuseram a estudar o tema é capaz de revelar quão tormentosa é a tarefa de determinar a natureza jurídica do *amicus curiae* no ordenamento jurídico brasileiro. Isso se deve, em grande parte, ao fato de que a atuação do *amicus curiae* se assemelha ao papel desempenhado por alguns dos conhecidos sujeitos processuais. Com isto se quer dizer que não se pode deixar de atribuir ao instituto do *amicus curiae* um *status* de novidade no ordenamento jurídico nacional, mas que, inobstante isso, guarda semelhança com diversas figuras já conhecidas do Direito brasileiro.

Tais elementos comuns, é importante salientar, são encontrados nas funções desempenhadas por esses sujeitos e que, muitas vezes, também são desempenhadas por aqueles que participam do processo sob o rótulo de *amicus curiae*. Daí a pertinência da afirmação no sentido de que não é o “ser” *amicus curiae* que realmente importa, mas sim a função por ele exercida.¹⁷¹

Por esta razão, imprescindível a referência, mesmo breve, a tais sujeitos para que, posteriormente, seja possível definir com o mínimo de clareza a natureza jurídica ostentada pelo instituto no Direito brasileiro.

2.8.1 Sujeitos processuais

A clássica definição dos sujeitos processuais, circunscrita apenas às figuras de autor, réu e juiz, não esgota a realidade dos sujeitos que atuam no processo, porquanto não contempla peças de fundamental importância, entre as quais se encontram os auxiliares da justiça e os terceiros intervenientes.¹⁷²

Cássio Scarpinella Bueno, atento a essa circunstância, dá conta de que a doutrina classifica os sujeitos do processo em: principais, tais como o juiz e as partes; e secundários,

¹⁶⁸ AGUIAR, Mirella de Carvalho. *Amicus Curiae*. Salvador: Juspodium, 2005, p. 58 e DIDIER JR., Fredie. A intervenção judicial do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (art. 89 da Lei Federal 8.884/1994) e da Comissão de Valores Mobiliários (art. 31 da Lei Federal 6.385/1976). **Revista de Processo**, São Paulo, ano 29, n. 115, p. 151-163, maio./jun. 2004, p. 152.

¹⁶⁹ PEREIRA, Milton Luiz. *Amicus curiae* – intervenção de terceiros. **Revista de Processo**, São Paulo, ano 28, n. 109, p. 39-44, jan./mar. 2003.

¹⁷⁰ BUENO FILHO, Edgard Silveira. *Amicus Curiae*. A democratização do debate nos processos de controle da constitucionalidade. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, ano 13, n. 53, p. 20-28, out./dez. 2005.

¹⁷¹ BUENO, Cássio Scarpinella. *Amicus curiae no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático*. 2. ed. rev. atual. e amp. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 430.

¹⁷² CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 312.

grupo do qual fazem parte os auxiliares da justiça. Ainda segundo o autor, sujeitos do processo são “todos aqueles que, de alguma forma, atuam no processo e que, conseqüentemente, têm, em alguma medida, *legitimidade* para a prática de atos processuais”.¹⁷³

Mas não são todos os sujeitos que atuam no processo que apresentam características similares às apresentadas pelo *amicus curiae*. Sendo assim, os itens que seguem comportarão a análise, ainda que sucinta, daqueles que compõem a categoria dos sujeitos processuais com o fito de verificar quais deles guardam uma certa relação com o papel desempenhado pelo *amicus*.

2.8.1.1 Partes

Em sendo correta a afirmação de que todo processo se destina à produção de um resultado capaz de influir na esfera jurídica das partes, não se pode dispensar a participação desses sujeitos interessados na preparação desse resultado. Esse o motivo pelo qual autor e réu são os principais sujeitos parciais do processo, não se completando a relação jurídica processual se ausente um ou outro.¹⁷⁴

Parte, portanto, é aquele que participa do processo com parcialidade, possuindo interesse no resultado do julgamento. Em suma, “parte é quem postula ou contra quem se postula ao longo do processo, e que age, assim, passionalmente”¹⁷⁵. Posto isto, o conceito de terceiro é, na verdade, uma espécie de “contra-conceito”. Considerando o escopo do presente trabalho, essas as considerações que não se podem perder de vista, no sentido de que o conceito de parte corresponde à negação da noção de terceiros, e vice-versa. Fixada essa premissa inicial, tem-se que não sendo parte, o *amicus curiae* é, por razões lógicas, terceiro.

E o *amicus curiae* não é parte porque não postula a tutela jurisdicional, seja em seu nome ou em nome de terceiro, não formula pedido e nem é demandado, não sendo titular da relação jurídica objeto da lide.¹⁷⁶

¹⁷³ BUENO, Cássio Scarpinella. *Amicus curiae no processo civil brasileiro*: um terceiro enigmático. 2. ed. rev. atual. e amp. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 362.

¹⁷⁴ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 313.

¹⁷⁵ DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**: teoria geral do processo e processo de conhecimento, v. 1, 12. ed. rev. amp. e atual. Salvador: Juspodium, 2010, p. 344.

¹⁷⁶ AGUIAR, Mirella de Carvalho. *Amicus Curiae*. Salvador: Juspodium, 2005, p. 47 e CABRAL, Antonio do Passo. Pelas asas de Hermes: a intervenção do *amicus curiae*, um terceiro especial. Uma análise dos institutos interventivos similares – O *amicus* e o *Vertreter des öffentlichen Interesses*. **Revista de Processo**, São Paulo, ano 29, n. 117, p. 9-40, set./out. 2004, p. 16-17.

Ocorre que, em função da premissa que se acabou de estabelecer, todos os demais sujeitos processuais, à exceção dos que se ajustam ao conceito de parte, são terceiros. Assim, não só os terceiros intervenientes – aqui entendidos aqueles contemplados pelas clássicas modalidades de intervenção de terceiros –, mas também os auxiliares do juízo são considerados terceiros.

2.8.1.2 É o *amicus curiae* espécie do gênero auxiliares do juízo?

Auxiliares do juízo são “[...] todas aquelas pessoas que de alguma forma participam da movimentação do processo, sob a autoridade do juiz, colaborando com este para tornar possível a prestação jurisdicional”.¹⁷⁷

Em face dessa definição de auxiliar do juízo e, levando-se em consideração aquela premissa já fixada no sentido de que todo aquele sujeito processual que não se enquadra no conceito de parte se encaixa necessariamente no conceito de terceiro, não se pode fugir da conclusão de que os auxiliares da justiça são terceiros, posto que não são partes no processo.

O Código de Processo Civil brasileiro, em seu art. 139, traz um rol não exaustivo de auxiliares do juízo, nos seguintes termos: “São auxiliares do juízo, além de outros, cujas atribuições são determinadas pelas normas de organização judiciária, o escrivão, o oficial de justiça, o perito, o depositário, o administrador e o intérprete”.

Note-se que o fato de o dispositivo legal acima transcrito não trazer expressamente a figura do *amicus curiae* não pode, por si só, constituir óbice ao enquadramento da figura como auxiliar do juízo, mesmo porque o rol é meramente exemplificativo.

Fredie Didier Jr., um dos principais defensores da tese de que a natureza jurídica do *amicus curiae* é a de auxiliar do juízo, coloca-o entre os sujeitos processuais, ladeado pelo juiz, pelas partes, pelo Ministério Público e pelos auxiliares da justiça. Salienta seu caráter de mero auxílio, em questões técnico-jurídicas, municiando o magistrado com elementos mais consistentes para que melhor possa aplicar o Direito no caso concreto, auxiliando-o, inclusive, na atividade hermenêutica.¹⁷⁸

¹⁷⁷ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 218.

¹⁷⁸ DIDIER JR., Fredie. A intervenção judicial do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (art. 89 da Lei Federal 8.884/1994) e da Comissão de Valores Mobiliários (art. 31 da Lei Federal 6.385/1976). **Revista de Processo**, São Paulo, ano 29, n. 115, p. 151-163, maio./jun. 2004, p. 154.

Didier Jr. vai ainda mais além ao rechaçar a possibilidade de a participação do *amicus* ser encarada como modalidade de intervenção de terceiros com fulcro no próprio étimo da expressão *amicus curiae* (amigo da corte).¹⁷⁹

Mirella de Carvalho Aguiar, de maneira bem mais enfática e contundente, assevera que se afigura “[...] claramente absurda a atribuição de outra natureza jurídica ao instituto que não a de auxiliar do juízo”.¹⁸⁰ Após fazer referência à circunstância de que a enumeração das espécies de auxiliar do juízo operada pelo CPC não constitui *numerus clausus*, prossegue a autora aduzindo que o principal objetivo da admissão de uma pessoa ou entidade no processo é a contribuição que ela poderá dar ao tribunal, através da ampliação do contraditório e do realce de questões que poderiam passar despercebidas aos juízes. Esse aporte do máximo de informações possíveis sobre a causa, sobre a interpretação das normas, além de suas mais variadas implicações e repercussões, conferiria às decisões judiciais mais qualidade e legitimidade.¹⁸¹

Outro que entende que o *amicus curiae* pode assumir a natureza jurídica de auxiliar do juízo é Carlos Gustavo Rodrigues Del Prá. Para ele, as hipóteses de manifestação do *amicus curiae* no Direito brasileiro se dividiriam em: manifestação por iniciativa do juiz e intervenção voluntária.¹⁸² Nos casos de manifestação por iniciativa do juiz, os terceiros exerceriam função bastante assemelhada à do auxiliar do juízo, de sorte a configurar uma relação gênero-espécie. Nas palavras do próprio autor, “[...] o *amicus curiae* que se manifesta por requisição do juiz seria uma espécie do gênero *auxiliar do juízo*”¹⁸³ (grifos presentes no original).

A parcela da doutrina que classifica o *amicus curiae* como auxiliar do juízo assume também a tarefa de dissociá-lo da figura do perito. Com esse mister, Fredie Didier Jr. argumenta que o perito tem a clara função de servir como instrumento de prova e de averiguação do substrato fático, ao passo que o *amicus* apenas auxilia na atividade de interpretação.¹⁸⁴

¹⁷⁹ DIDIER JR., Fredie. A intervenção judicial do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (art. 89 da Lei Federal 8.884/1994) e da Comissão de Valores Mobiliários (art. 31 da Lei Federal 6.385/1976). **Revista de Processo**, São Paulo, ano 29, n. 115, p. 151-163, maio./jun. 2004, p. 153-154.

¹⁸⁰ AGUIAR, Mirella de Carvalho. *Amicus Curiae*. Salvador: Juspodium, 2005, p. 58.

¹⁸¹ AGUIAR, Mirella de Carvalho. *Amicus Curiae*. Salvador: Juspodium, 2005, p. 58.

¹⁸² DEL PRÁ, Carlos Gustavo Rodrigues. *Amicus curiae*: instrumento de participação democrática e de aperfeiçoamento da prestação jurisdicional. Curitiba: Juruá, 2007, p. 124.

¹⁸³ DEL PRÁ, Carlos Gustavo Rodrigues. *Amicus curiae*: instrumento de participação democrática e de aperfeiçoamento da prestação jurisdicional. Curitiba: Juruá, 2007, p. 125.

¹⁸⁴ DIDIER JR., Fredie. A intervenção judicial do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (art. 89 da Lei Federal 8.884/1994) e da Comissão de Valores Mobiliários (art. 31 da Lei Federal 6.385/1976). **Revista de Processo**, São Paulo, ano 29, n. 115, p. 151-163, maio./jun. 2004, p. 154.

O processualista baiano ainda aponta, em nota de rodapé, outras diferenças: a) o *amicus* pode solicitar sua própria intervenção; b) não se submete à exceção de suspeição ou impedimento; c) não tem direito a honorários; não tem prazo para entregar os memoriais.¹⁸⁵

Elegendo como elemento caracterizador a função desempenhada pelo *amicus*, Carlos Gustavo Rodrigues Del Prá distingue-o das figuras do perito e da testemunha com espeque nas circunstâncias de que: a) pode funcionar como *amicus curiae* uma pessoa física, jurídica, um grupo de pessoas ou até mesmo um ente despersonalizado; b) o conteúdo de sua manifestação não está adstrito a matérias de fato, podendo abarcar questões jurídicas; c) o *amicus* não faz jus a honorários e não pode ser contraditado, por não se submeter aos casos de suspeição e impedimento.¹⁸⁶

A despeito das abalizadas opiniões de que se deu notícia, atribuir ao *amicus curiae* a natureza de auxiliar do juízo, ainda que uma nova espécie de auxiliar, não parece ser a opção mais acertada.

Para ilustrar as razões que conduzem a esta assertiva, é preciso repisar a idéia de que o instituto do *amicus curiae* é algo absolutamente novo no Direito brasileiro e cujas funções se assemelham a alguns dos papéis desempenhados por figuras já reguladas pelo processo civil brasileiro. Aliás, não é diverso o motivo pelo qual Cássio Scarpinella Bueno pretende “[...] tomar de ‘empréstimo’ os elementos e as características de alguns institutos tradicionais do direito processual civil brasileiro como norte seguro para o estabelecimento de um regime jurídico do *amicus curiae*”.¹⁸⁷

Sobre ser ou não o *amicus curiae* um auxiliar do juízo, aduz Cássio Scarpinella Bueno:

[...] entender (classificar) o *amicus* como “auxiliar do juízo” é iniciativa pouco esclarecedora. Ser “auxiliar do juízo” não distingue o *amicus* como tal, nem tem condições de distingui-lo dos demais auxiliares do juízo. Auxiliar da justiça é gênero que aglutina outras espécies de sujeitos processuais, por expressa dicção legal (CPC, arts. 139 a 153). E, para quem entende ser necessário, para definir seu regime jurídico, a etimologia de seu nome latino (*amicus curiae*), a classificação é tautológica: o “amigo”, no sentido de *auxiliar*, da *cúria*, no sentido de espaço reservado, no direito romano, para as deliberações do Senado é um “auxiliar do juízo”. Voltamos, pois, ao ponto de partida.¹⁸⁸

¹⁸⁵ DIDIER JR., Fredie. Possibilidade de sustentação oral do *amicus curiae*. **Revista Dialética de Direito Processual**, São Paulo, n. 8, p. 33-38, nov. 2003, p. 37.

¹⁸⁶ DEL PRÁ, Carlos Gustavo Rodrigues. ***Amicus curiae*: instrumento de participação democrática e de aperfeiçoamento da prestação jurisdicional**. Curitiba: Juruá, 2007, p. 116.

¹⁸⁷ BUENO, Cássio Scarpinella. ***Amicus curiae no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático***. 2. ed. rev. atual. e amp. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 358.

¹⁸⁸ BUENO, Cássio Scarpinella. ***Amicus curiae no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático***. 2. ed. rev. atual. e amp. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 365.

Especificamente em relação ao perito, tem-se que ele é o “[...] responsável por levar ao conhecimento do juízo informações técnicas que não estão ao alcance da compreensão exigida de um magistrado”.¹⁸⁹ Em outros termos, o que parece suficiente para caracterizar o perito como tal é entendê-lo como o portador de informações não jurídicas essenciais para a formação da cognição do juiz. Sob esse prisma de análise, nenhuma das diferenças indicadas por Fredie Didier Jr. entre as figuras do *amicus* e do perito são realmente capazes de distingui-las, haja vista que o elemento essencial utilizado para caracterizar a atuação do perito no sistema processual civil brasileiro, isto é, o auxílio prestado ao magistrado na interpretação do fato e do direito, mais aproxima as duas figuras do que propriamente as afasta.¹⁹⁰

Com estas afirmações não se quer identificar o *amicus curiae* com a figura do perito, como se fossem a mesma espécie de sujeito, mas, tão-somente, evidenciar que os dois sujeitos processuais guardam estreitas similitudes no que tange às funções que desempenham.

O que releva destacar, por ora, é que os contornos do *amicus curiae* no Direito brasileiro não conduzem à afirmação de “ser” ele um auxiliar do juízo; por outro lado, está claro que ele, *amicus*, desempenha funções bastante aproximadas às desempenhadas por alguns auxiliares do juízo¹⁹¹, especialmente as desempenhadas pelo perito.

2.8.1.3 O *amicus curiae* e a função de *custos legis*

No Brasil, a função de *custos legis* ou fiscal da lei, é normalmente desempenhada pelo Ministério Público que, no exercício desta função, “[...] atua em prol de determinados interesses para tutelá-los e, verdadeiramente, defendê-los em juízo”¹⁹².

O Ministério Público, enquanto *custos legis*, há de apresentar comportamento desvinculado de qualquer interesse substancial em causa¹⁹³. Age, pois, de maneira imparcial,

¹⁸⁹ BUENO, Cássio Scarpinella. *Amicus curiae no processo civil brasileiro*: um terceiro enigmático. 2. ed. rev. atual. e amp. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 366.

¹⁹⁰ BUENO, Cássio Scarpinella. *Amicus curiae no processo civil brasileiro*: um terceiro enigmático. 2. ed. rev. atual. e amp. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 404-406.

¹⁹¹ “Ele não é parte, eis que não postula ou defende um interesse próprio. Também não é terceiro interessado, porquanto não tem interesse jurídico na causa, bem como porque não assume a condição de parte ou de coadjuvante de alguma delas. Ele é um terceiro indiferente, assemelhando-se a um auxiliar do juízo, na medida em que garante o magistrado de informações.” (PINTO, Rodrigo Strobel. *Amicus curiae*: atuação plena segundo o princípio da cooperação e o poder instrutório judicial. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 32, n. 151, p. 131-139, set. 2000, p. 131-132).

¹⁹² BUENO, Cássio Scarpinella. *Amicus curiae no processo civil brasileiro*: um terceiro enigmático. 2. ed. rev. atual. e amp. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 361.

¹⁹³ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 318.

revelando “[...] uma atuação que transcende o interesse subjetivado, próprio, de cada uma das partes que estão na relação processual perante o Estado-juiz”¹⁹⁴.

Em outras palavras, o que legitima a intervenção do Ministério Público a título de *custos legis* é “[...] o interesse do Estado de ver a lei perfeitamente aplicada a situações jurídicas de extrema relevância social”¹⁹⁵.

O que se pretende demonstrar, a partir de agora, é que o Ministério Público não é o único legitimado a agir como fiscal da lei no sistema brasileiro. Também pode o *amicus curiae* desempenhar tal função.¹⁹⁶

Aliás, o papel tradicionalmente reservado ao Ministério Público pelo Direito brasileiro, na condição de fiscal da lei, é o reservado ao *amicus curiae* no Direito estadunidense. Isto porque o *amicus* é detentor de alto grau de conhecimento em determinadas áreas específicas, dele se esperando uma manifestação sobre a adequada aplicação da lei ao caso concreto; isto sem falar na importância da atuação do *amicus* num sistema que, em função do *adversary system*¹⁹⁷, a atuação do juiz é muito dependente das declarações das partes, tal como ocorre no Brasil, em decorrência do princípio dispositivo.¹⁹⁸

Fredie Didier Jr. nega, peremptoriamente, a possibilidade de se confundirem as figuras do *amicus* e do fiscal da lei, embasado nas seguintes alegações: a) em regra, sua intervenção (a do *amicus*) não é obrigatória; b) não atua como fiscal da qualidade das decisões, e sim mero auxiliar; c) pode atuar em lides que não envolvam direitos indisponíveis.¹⁹⁹

Aqui, mais uma vez, parece ter se equivocado o jurista baiano ao optar por características periféricas e adjetivas, esquecendo-se de levar em conta aspectos essenciais para o cotejamento das figuras, isto é, tanto o *amicus curiae* quanto o *custos legis* funcionam como fatores de “[...] fomento de elementos, informações e iniciativas para o proferimento de

¹⁹⁴ BUENO, Cássio Scarpinella. *Amicus curiae no processo civil brasileiro*: um terceiro enigmático. 2. ed. rev. atual. e amp. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 376.

¹⁹⁵ MACHADO, Antônio Cláudio da Costa, *apud* BUENO, Cássio Scarpinella. *Amicus curiae no processo civil brasileiro*: um terceiro enigmático. 2. ed. rev. atual. e amp. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 378.

¹⁹⁶ Esclarecedor o magistério de Cássio Scarpinella Bueno: “[...] não podemos deixar de reconhecer que a figura do *custos legis*, indubitavelmente, apresenta alguns elementos e algumas características que são preciosas na elaboração do perfil do *amicus curiae*. Se não há *identidade* entre essas figuras – a do *custos*, amplamente reconhecida e desenvolvida no direito brasileiro; a do *amicus*, quase que inexistente e desconhecida entre nós –, não há por que negar, aprioristicamente, não possa haver alguma identidade nas *funções* desempenhadas pelo nosso *custos legis* e pelo *amicus curiae*” (BUENO, Cássio Scarpinella. *Amicus curiae no processo civil brasileiro*: um terceiro enigmático. 2. ed. rev. atual. e amp. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 415-416).

¹⁹⁷ Vide o capítulo 1.

¹⁹⁸ BUENO, Cássio Scarpinella. *Amicus curiae no processo civil brasileiro*: um terceiro enigmático. 2. ed. rev. atual. e amp. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 431.

¹⁹⁹ DIDIER JR., Fredie. A intervenção judicial do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (art. 89 da Lei Federal 8.884/1994) e da Comissão de Valores Mobiliários (art. 31 da Lei Federal 6.385/1976). *Revista de Processo*, São Paulo, ano 29, n. 115, p. 151-163, maio./jun. 2004, p. 154.

melhor decisão”²⁰⁰, além de garantir uma maior participação no processo, a impedir que a imparcialidade do juiz seja maculada.²⁰¹

É como se o legislador elegesse determinado ente para se manifestar em juízo, com o intuito de ajudar o magistrado a melhor decidir, levando ao conhecimento do mesmo elementos fáticos e jurídicos aos quais estava alheio. É a melhor percepção desses elementos que justifica a existência jurídica e o desenvolvimento da função que desempenham CVM, CADE e INPI²⁰², consoante explicitado em tópico anterior.

Nesse ponto, não se pode deixar de perceber semelhanças entre a função de *custos legis* e a desempenhada por aquelas entidades referidas, no item 2.1 deste trabalho, como sendo hipóteses de manifestação do *amicus curiae* fundadas no poder de polícia. Com efeito, naquela ocasião se teve a oportunidade de afirmar que o que legitima as intervenções de CVM, CADE e INPI é o interesse institucional de cada uma dessas entidades, no sentido de ver as legislações atinentes, respectivamente, ao mercado de capitais, à disciplina da concorrência e à propriedade industrial, escorreitamente aplicadas.

Dito de outra maneira, “é esse o móvel de sua intervenção, verificar como e em que medida o específico direito material que caracteriza sua razão de ser, o seu ‘ser *institucional*’, deve ser aplicado em cada caso concreto em que sua manifestação é viabilizada”²⁰³.

Discorrendo especificamente sobre o INPI, muito embora o raciocínio possa ser estendido à CVM e ao CADE, sustenta Cássio Scarpinella Bueno que o seu interesse é diferente do das partes, estando associado à tutela de um interesse institucional de ver adequadamente aplicada a legislação da propriedade industrial. Sendo assim, a atuação da autarquia é justificada pela tutela desse direito, objetivamente considerado, pouco importando as implicações subjetivas da sua aplicação, o que aproxima sua função àquela desempenhada pelo *custos legis*.²⁰⁴

²⁰⁰ BUENO, Cássio Scarpinella. *Amicus curiae no processo civil brasileiro*: um terceiro enigmático. 2. ed. rev. atual. e amp. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 403.

²⁰¹ BUENO, Cássio Scarpinella. *Amicus curiae no processo civil brasileiro*: um terceiro enigmático. 2. ed. rev. atual. e amp. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 403.

²⁰² BUENO, Cássio Scarpinella. *Amicus curiae no processo civil brasileiro*: um terceiro enigmático. 2. ed. rev. atual. e amp. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 418.

²⁰³ BUENO, Cássio Scarpinella. *Amicus curiae no processo civil brasileiro*: um terceiro enigmático. 2. ed. rev. atual. e amp. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 432.

²⁰⁴ BUENO, Cássio Scarpinella. *Amicus curiae no processo civil brasileiro*: um terceiro enigmático. 2. ed. rev. atual. e amp. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 432-433. Nessas mesmas páginas, o autor prossegue: “É como se o INPI fosse o “fiscal da lei da propriedade industrial”, fiscal da lei de um específico ramo do direito. Nada mais razoável, aliás, considerando que é aquela autarquia – e nenhum outro ente federal, estadual, municipal ou distrital – que foi criada, por lei, especificamente para desempenhar essa tarefa no direito brasileiro. Não se espera de nenhum outro ente “público” que saiba mais sobre a aplicação do Código de Propriedade Industrial que o INPI”.

As mesmas considerações, ressalvadas as peculiaridades de cada caso, aplicam-se à CVM, ao CADE e também à OAB, quando intervém visando à fiel execução dos dispositivos de seu Estatuto.

É com arrimo em tudo o quanto se disse no presente tópico que se conclui, a exemplo do que restou consignado no item anterior, que o “ser” *amicus curiae* não se confunde com o “ser” *custos legis*, muito embora desempenhem, nas hipóteses apontadas, idênticas funções.

2.8.1.4 O *amicus curiae* e a intervenção de terceiros

Na esteira do que restou consignado no item 2.8.1.1, o conceito de terceiro se relaciona com a noção oposta àquela que pauta a definição de parte. Ou seja, terceiro é todo aquele que não for parte (nem coadjuvante de parte) no processo pendente.²⁰⁵ Os terceiros intervenientes, portanto, ao lado dos auxiliares da justiça, compõem a noção ampla de terceiros – oposta à aceção de partes – propugnada por este trabalho.

São as seguintes as clássicas modalidades de intervenção de terceiros previstas pelo Código de Processo Civil: assistência; oposição; denunciação da lide; chamamento ao processo; e nomeação à autoria.

Entre as clássicas modalidades de intervenção de terceiros referidas no parágrafo anterior, parte da doutrina encontra na assistência um paradigma para a análise da figura do *amicus curiae*, como bem evidencia Cássio Scarpinella Bueno:

[...] os referenciais mais próximos que temos em nosso direito àquilo que, no direito anglo saxão, é conhecido como *amicus curiae* encontra-se na atuação do Ministério Público na qualidade de *custos legis*, na assistência e no perito.²⁰⁶

Considerando que já foram feitas as aproximações necessárias entre as funções desempenhadas pelo *amicus curiae*, de um lado, e as atribuídas ao perito e ao *custos legis*, de outro, resta fazer referência à figura do assistente.

Nas lições de Fredie Didier Jr., a assistência é forma voluntária de intervenção de terceiros, na qual um terceiro ingressa em processo alheio para auxiliar uma das partes em litígio, a qualquer tempo e grau de jurisdição, haja vista a possibilidade desse terceiro sofrer conseqüências jurídicas em face da decisão a ser prolatada contra a parte assistida.²⁰⁷

²⁰⁵ CARNEIRO, Athos Gusmão. **Intervenção de terceiros**. 15 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 63.

²⁰⁶ BUENO, Cássio Scarpinella. ***Amicus curiae* no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático**. 2. ed. rev. atual. e amp. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 423.

²⁰⁷ DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento**, v. 1, 12. ed. rev. amp. e atual. Salvador: Juspodium, 2010, p. 351.

Na dicção do art. 50, do Código de Processo Civil: “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”.

Verifica-se, desde logo, a qualificação aposta ao interesse que legitima o ingresso do assistente em processo alheio, qual seja, a lei se refere a um interesse “jurídico”, em contraposição a um interesse de fato ou econômico. Fredie Didier Jr., a exemplo da maioria dos doutrinadores, aduz que, em regra, não é permitida a intervenção sem a demonstração de qualquer interesse, bem como quando o interesse demonstrado é apenas um interesse econômico ou moral.²⁰⁸ Trata-se, em verdade, da identificação de que existe, em processo alheio, algum interesse ou direito que diz respeito ao terceiro e que pode ser afetado em virtude da decisão a ser proferida naquele processo.²⁰⁹

É a intensidade desse interesse jurídico do assistente no resultado da demanda que conduz à distinção entre as modalidades de assistência simples e litisconsorcial. Na assistência simples o direito a que o assistente se refere como titular não está em causa, ao passo que na assistência litisconsorcial o assistente é direta e imediatamente vinculado ao conflito de interesses objeto do processo.²¹⁰

De acordo com o entendimento sustentado por Edgard Silveira Bueno Filho, em artigo dedicado à participação do *amicus curiae* nos processos de controle de constitucionalidade, a intervenção do *amicus* seria uma forma “qualificada” de assistência. Segundo o autor, enquanto no processo judicial comum exige-se do terceiro interveniente a demonstração de interesse legítimo, no controle concentrado de constitucionalidade, a intervenção somente é admitida nas hipóteses em que o terceiro é uma entidade ou órgão representativo. A intervenção do *amicus* constituiria caso de assistência qualificada justamente porque, além da demonstração do interesse jurídico, é preciso que se verifique a representatividade de quem pleiteia a intervenção.²¹¹

Não há, todavia, como identificar a intervenção do *amicus curiae* como uma modalidade de assistência, ainda que qualificada. Tal confusão, de fato, não pode ser feita, especialmente quando se leva em consideração as espécies de interesse que justificam o

²⁰⁸ DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**: teoria geral do processo e processo de conhecimento, v. 1, 12. ed. rev. amp. e atual. Salvador: Juspodium, 2010, p. 344.

²⁰⁹ BUENO, Cássio Scarpinella. **Amicus curiae no processo civil brasileiro**: um terceiro enigmático. 2. ed. rev. atual. e amp. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 449.

²¹⁰ CARNEIRO, Athos Gusmão. **Intervenção de terceiros**. 15 ed. rev. e. at. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 175-176.

²¹¹ BUENO FILHO, Edgard Silveira. *Amicus Curiae*. A democratização do debate nos processos de controle da constitucionalidade. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, ano 13, n. 53, p. 20-28, out./dez. 2005, p. 27.

ingresso do assistente e do *amicus curiae*. Ora, não há dúvidas de que o interesse jurídico cuja demonstração é exigida por lei para que possa o assistente intervir em processo alheio é um interesse seu, próprio, subjetivado, particular²¹², que não pode ser o mesmo a legitimar a intervenção da figura do *amicus*.

O mesmo não ocorre com o *amicus curiae* que, sendo um instituto de matiz democrático, permite que terceiros “[...] penetrem no mundo fechado e subjetivo do processo para discutir objetivamente teses jurídicas que vão afetar toda a sociedade”²¹³.

Se não o jurídico tradicional, qual o interesse que legitima, afinal, a atuação do *amicus curiae* nos casos em que o Direito positivo brasileiro cuidou de prever a sua participação? Que o interesse que legitima e motiva a intervenção do *amicus curiae* em processo alheio não é aquele tradicional interesse jurídico, individual, subjetivado, exigido para a admissão do assistente, espera-se ter deixado claro.

No afã de identificar esse interesse, parte da doutrina sustenta tratar-se de um interesse público, em contraposição àquele jurídico em seu sentido tradicional. É o posicionamento de Antônio do Passo Cabral, para quem o interesse que autoriza a admissão do *amicus curiae* é o interesse público, entendido não apenas como os interesses transindividuais (difusos e coletivos), mas também aqueles individuais homogêneos, os quais apesar de titularizados individualmente, alcançam expressivas parcelas da população.²¹⁴

Percebe-se, pois, que a utilização do termo “interesse público” tem por escopo evidenciar que o interesse a ser tutelado pelo *amicus* em juízo é transcendente aos interesses e direitos subjetivados pelos sujeitos que ocupam os pólos ativo e passivo da relação processual.²¹⁵

Cássio Scarpinella Bueno, ao discorrer sobre o assunto, conclui que o interesse que norteia a intervenção do *amicus* é um interesse público, no sentido de que tende a transcender interesses ou direitos subjetivados em indivíduos. Em verdade, a proposta do referido autor consiste em “[...] demonstrar que o interesse que motiva o ingresso do *amicus curiae* em juízo

²¹² “O assistente, simples ou litisconsorcial, é um interveniente *egoísta* no sentido de atuar em tutela de um direito ou de um interesse *seu* que, de alguma forma, será afetado, presente ou futuramente, pelo que vier a ser deduzida em juízo. [...] O agir do assistente, destarte, é, em última análise, voltado para si próprio” (BUENO, Cássio Scarpinella. *Amicus curiae no processo civil brasileiro*: um terceiro enigmático. 2. ed. rev. atual. e amp. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 442-443).

²¹³ MACIEL, Adhemar Ferreira. *Amicus curiae*: um instituto democrático. **Revista de Processo**, São Paulo, ano 27, n. 106, p. 281-284, abr./jun. 2002, p. 281.

²¹⁴ CABRAL, Antonio do Passo. Pelas asas de Hermes: a intervenção do *amicus curiae*, um terceiro especial. Uma análise dos institutos interventivos similares – O *amicus* e o *Vertreter des öffentlichen Interesses*. **Revista de Processo**, São Paulo, ano 29, n. 117, p. 9-40, set./out. 2004, p. 31.

²¹⁵ BUENO, Cássio Scarpinella. *Amicus curiae no processo civil brasileiro*: um terceiro enigmático. 2. ed. rev. atual. e amp. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 468.

é a transposição, para um contexto diferenciado e adequado de análise, do interesse ‘jurídico’, que autoriza o ingresso do assistente²¹⁶, bem como o ingresso de qualquer outro terceiro no processo civil, aliás. Mais adiante, arremata o autor:

A proposta é *transformar* o conceito de interesse “jurídico” em um interesse (em um *conceito* de interesse) que, no contexto de um Estado Democrático de Direito, legitime o ingresso de alguém em juízo para estabelecer um verdadeiro e efetivo diálogo entre o Estado-juiz e os destinatários do poder. Seja porque é chamado para tanto, seja porque ele próprio pretende intervir.²¹⁷

Essa necessidade de atualização, de transposição para um contexto adequado de análise, também foi percebida por Milton Luiz Pereira, que justifica a intervenção do *amicus curiae* no interesse subjetivo público. O *amicus* contribuiria para o equilíbrio do processo, auxiliando na resolução das controvérsias, especialmente nos casos em que o objeto do litígio apresente típicas razões de interesse público, isto é, quando haja uma transcendência do *thema decidendum*, não mais adstrito às motivações das partes, mas capaz de repercutir perante a sociedade como um todo ou perante o próprio Estado.²¹⁸

Em outra passagem do mesmo artigo, prossegue o Ministro aposentado do Superior Tribunal de Justiça, nos seguintes termos: “[...] não se pode olvidar que o sistema jurídico é aberto, sensível à evolução e modificação dos seus institutos, como vias dinâmicas dos fatos históricos, culturais e econômicos”²¹⁹.

O conceito de interesse jurídico, destarte, desenvolveu-se para atender uma forma específica de litígio individual que, por seu turno, refletia uma forma específica do Estado e do próprio direito.²²⁰

Poder-se-ia questionar, neste passo, se o interesse que legitima o ingresso do *amicus* em juízo é jurídico ou não. Uma resposta satisfatória é encontrada no trabalho de Cássio Scarpinella Bueno, no sentido de que se trata de um interesse jurídico sim, porém distinto daquele ostentado pelo assistente e demais figuras tradicionais de intervenção de terceiros previstas no ordenamento brasileiro, já que não se cuida de um interesse subjetivado. A juridicidade do interesse legitimador da intervenção do *amicus curiae* reside em sua previsão e tutela pela ordem jurídica, em termos materiais, o que exige um equivalente no plano

²¹⁶ BUENO, Cássio Scarpinella. *Amicus curiae no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático*. 2. ed. rev. atual. e amp. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 447.

²¹⁷ BUENO, Cássio Scarpinella. *Amicus curiae no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático*. 2. ed. rev. atual. e amp. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 454.

²¹⁸ PEREIRA, Milton Luiz. *Amicus curiae – intervenção de terceiros*. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 28, n. 109, p. 39-44, jan./mar. 2003, p. 40-41.

²¹⁹ PEREIRA, Milton Luiz. *Amicus curiae – intervenção de terceiros*. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 28, n. 109, p. 39-44, jan./mar. 2003, p. 43-44.

²²⁰ BUENO, Cássio Scarpinella. *Amicus curiae no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático*. 2. ed. rev. atual. e amp. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 467 e ss.

processual. Além de jurídico, esse interesse também é público, na medida em que transcende os interesses e direitos subjetivados pelos sujeitos parciais da relação processual. É por essa razão, pelo fato de que há algo peculiar no público e no jurídico que qualificam o interesse que justifica a intervenção do *amicus curiae* que se propõe a designação “interesse institucional”, tão-somente para evidenciar que se trata de algo novo.²²¹ A esse respeito, declina Cássio Scarpinella Bueno:

O *interesse institucional* também é *interesse público*. E o é justamente porque transcende o interesse individual de cada uma das partes litigantes e, o que para nós é mais saliente, porque transcende o próprio “interesse” eventualmente titularizado pelo próprio *amicus curiae*. O *interesse institucional* é público no sentido de que deve valer em juízo pelo que ele diz respeito às instituições, aos interesses corporificados no *amicus*, externos a eles e não pelos interesses que ele próprio *amicus* pode, eventualmente, possuir e os possuirá, não há como negar isso, legitimamente.²²²

De se notar, pois, a transformação do conceito de interesse jurídico de modo a melhor atender e tutelar situações jurídicas outras, não albergadas por outros sujeitos ou figuras conhecidas pelo processo civil brasileiro.²²³

2.8.2 A intervenção do *amicus curiae*: uma nova modalidade de intervenção de terceiros

Consoante exaustivamente mencionado no decorrer deste capítulo, os conceitos de parte e terceiro se excluem mutuamente, vale dizer, todo aquele que participa da relação processual sem assumir a condição de sujeito parcial há de ser considerado um terceiro. Desta feita, não custa repisar, o *amicus curiae* é terceiro. Mais que isso: é nova modalidade de intervenção de terceiros, distinta das formas tradicionais desde há muito conhecidas pelo processo civil brasileiro.

Sempre que alguém ingressar em processo pendente estar-se-á diante de uma conduta interventiva, razão pela qual a manifestação do *amicus curiae* pode ser encarada como uma intervenção de terceiros. Ocorre que essa intervenção possui características que lhes são próprias e a distinguem das figuras tradicionais de intervenção de terceiros reguladas pelo

²²¹ BUENO, Cássio Scarpinella. *Amicus curiae no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático*. 2. ed. rev. atual. e amp. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 505-508.

²²² BUENO, Cássio Scarpinella. *Amicus curiae no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático*. 2. ed. rev. atual. e amp. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 507.

²²³ BUENO, Cássio Scarpinella. *Amicus curiae no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático*. 2. ed. rev. atual. e amp. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 511.

CPC. Daí se falar que o *amicus curiae* é um terceiro especial, de natureza excepcional, *sui generis*, cuja intervenção é atípica.²²⁴

O ingresso do *amicus curiae* constitui uma nova modalidade de intervenção de terceiros (e não uma forma qualificada de assistência, como pretendem alguns) justamente porque o interesse que legitima sua intervenção, como restou demonstrado no item anterior, é diverso do tradicional interesse jurídico exigido do assistente²²⁵.

Comentando esse enquadramento do instituto como uma nova modalidade de intervenção de terceiros, Milton Luiz Pereira sustenta a admissibilidade do *amicus curiae* no processo civil brasileiro, como terceiro especial ou de natureza excepcional, “[...] para partilhar na construção de decisão judicial, contribuindo para ajustá-la aos relevantes interesses sociais em conflito”²²⁶.

Assim, a figura do *amicus curiae* surge para complementar as funções desempenhadas pelo assistente, pelo perito e pelo fiscal da lei, e não para lhes tomar o lugar. Com vistas ao aprimoramento da cognição jurisdicional, o papel do *amicus curiae* é garantir, no plano do direito processual, que os mais diversos argumentos e impressões sejam devidamente representados e, conseqüentemente, levados ao conhecimento do Judiciário.²²⁷

O *amicus curiae* se apresenta, portanto, como sujeito processual, como terceiro²²⁸ interveniente que desempenha funções assemelhadas às desempenhadas pelo perito, pelo fiscal da lei e pelo próprio assistente sem, contudo, identificar-se com nenhuma dessas figuras. É uma nova modalidade de intervenção de terceiros.

²²⁴ CABRAL, Antonio do Passo. Pelas asas de Hermes: a intervenção do *amicus curiae*, um terceiro especial. Uma análise dos institutos interventivos similares – O *amicus* e o *Vertreter des öffentlichen Interesses*. **Revista de Processo**, São Paulo, ano 29, n. 117, p. 9-40, set./out. 2004, p. 17.

²²⁵ “Nesse sentido, destaca-se que o interesse desse ‘terceiro’ não é processual – interesse de agir –, mas sim de ordem material, ou seja, na matéria em questão, razão pela qual não se confundem; embora, inegavelmente, trate-se de um terceiro, porque alheio à relação jurídica estabelecida, o *amicus curiae* não corresponde a nenhum dos casos típicos de intervenção de terceiros previstos em nosso sistema processual, conforme já referido, possuindo ambos os institutos natureza distinta” (LEAL, Mônia Clarissa Hennig. Jurisdição constitucional aberta: a abertura constitucional como pressuposto de intervenção do *amicus curiae* no direito brasileiro. **Revista de Direito Público**, Porto Alegre, ano 5, n. 21, p. 27-49, maio./jun. 2008, p. 42).

²²⁶ PEREIRA, Milton Luiz. *Amicus curiae* – intervenção de terceiros. **Revista de Processo**, São Paulo, ano 28, n. 109p. 39-44, jan./mar. 2003, p. 44.

²²⁷ BUENO, Cássio Scarpinella. *Amicus curiae* no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático. 2. ed. rev. atual. e amp. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 515.

²²⁸ “Assim, quando a expressão ‘terceiro’ é empregada para designar a figura do *amicus curiae*, não se está, em verdade, identificando esta participação com o instituto da intervenção de terceiros tradicional, mas apenas referindo-se à participação de outros órgãos ou entidades que não as partes propriamente ditas no processo...” (LEAL, Mônia Clarissa Hennig. Jurisdição constitucional aberta: a abertura constitucional como pressuposto de intervenção do *amicus curiae* no direito brasileiro. **Revista de Direito Público**, Porto Alegre, ano 5, n. 21, p. 27-49, maio./jun. 2008, p. 45).

3 A SOCIEDADE ABERTA DE INTÉRPRETES DA CONSTITUIÇÃO: O *AMICUS CURIAE* ENQUANTO MECANISMO DE ABERTURA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

No capítulo anterior, dedicado a traçar um panorama do instituto do *amicus curiae* tal qual positivado no ordenamento jurídico brasileiro, cuidou-se de comentar, brevemente, todas as hipóteses que são comumente apontadas como sendo casos de intervenção do *amicus curiae*, bem como foram envidados esforços no sentido de identificar qual a natureza jurídica dos que intervêm nessa qualidade.

Assim, restou demonstrado no item 2.3 que algumas das hipóteses nas quais o legislador infraconstitucional previu a participação de terceiros na condição de *amicus curiae* têm lugar no processo de controle de constitucionalidade, tanto em sua forma abstrata e concentrada, quanto na modalidade difusa e incidental.

O objetivo deste terceiro capítulo é demonstrar que a adoção desses mecanismos de abertura procedimental decorre de uma nova perspectiva acerca do Direito, que tem encontrado respaldo no âmbito do Supremo Tribunal Federal.

3.1 Os reflexos do neoconstitucionalismo no panorama hermenêutico-constitucional brasileiro

A Constituição Federal de 1988 deu início a um novo paradigma no Direito constitucional e na análise de suas categorias, dando azo ao surgimento, no Brasil, de um movimento que dera seus primeiros passos na Europa continental, após a Segunda Guerra Mundial: o paradigma neoconstitucionalista ou pós-positivista.

É importante que se deixe registrado, antes de tudo, que a expressão *neoconstitucionalismo* não designa uma teoria pronta e acabada, com limites bem definidos e características incontestes, e que conta com adeptos e opositores declarados.

Daí porque o conceito parece ser mais ajustado a um contexto do que propriamente a uma teoria. Com efeito, cuida-se de um novo paradigma, no qual as insuficiências, as aporias e as limitações do juspositivismo tradicional – o legicentrismo, o formalismo interpretativo e a separação rígida entre moral e direito, entre outras – são contestadas.²²⁹

²²⁹ Cf. COMANDUCCI, Paolo. Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico. In: CARBONELL, Miguel. *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Editorial Trotta, p. 75-98, 2003.

No período que antecedeu a Segunda Guerra Mundial, vigia na cultura jurídica da Europa continental o legicentrismo, de modo que a lei editada pelo parlamento era tida, praticamente, como a única fonte do Direito. Nesse contexto, as constituições não eram dotadas de força normativa, sendo encaradas como meros programas políticos a inspirar a atuação do legislador, sem a possibilidade de incidir nas relações sociais e produzir efeitos jurídicos independentemente de posterior mediação legislativa.²³⁰

O panorama em que surgiu e ganhou força essa oposição aos dogmas do positivismo jurídico tradicional ficou conhecido como *pós-positivismo*, sendo comum encontrar autores que o distingam do neoconstitucionalismo. É o caso de Manoel Messias Peixinho, para quem a locução *pós-positivismo* diz respeito àquelas teorias do Direito que pretendiam uma reformulação do positivismo formal, isto é, o *pós-positivismo* está associado à negação do positivismo jurídico-formalista e dos métodos formais de interpretação, com vistas a suprir as deficiências de um dogmatismo exacerbado; ao passo que a expressão *neoconstitucionalismo* corresponderia a esse mesmo fenômeno, sendo utilizada frequentemente na cultura jurídica continental européia, especialmente em países como Espanha e Itália, para fazer referência à mesma alteração de paradigma.²³¹

Do mesmo modo, Eduardo Moreira sustenta que a locução *pós-positivismo* designa um período de transição do positivismo inclusivo²³² para o neoconstitucionalismo e que tal nomenclatura foi abandonada a partir da identificação da necessidade de uma nova teoria do Direito, ocasião em que novos elementos foram incorporados e a expressão *neoconstitucionalismo* passou a gozar de aceitação internacional.²³³

Inobstante os posicionamentos de que se deu notícia, as diferenças apontadas não parecem justificar a utilização dos vocábulos atribuindo-lhes sentidos diversos, razão pela qual, considerando especialmente os fins perseguidos por este trabalho, utilizar-se-ão as expressões indistintamente, sempre para designar o mesmo fenômeno.²³⁴

²³⁰ SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: SARMENTO, Daniel. **Filosofia e teoria constitucional contemporânea**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, p. 113-146, 2009, 116.

²³¹ PEIXINHO, Manoel Messias. **As teorias e os métodos de interpretação aplicados aos direitos fundamentais**: doutrina e jurisprudência do STF e do STJ. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 46-47.

²³² Cf. HART, Herbert L. A. **O conceito de direito**. Trad. A. de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

²³³ MOREIRA, Eduardo Ribeiro. **Neoconstitucionalismo: a invasão da Constituição**. São Paulo: Método, 2007, p. 47-48.

²³⁴ As reflexões de Luís Roberto Barroso parecem sintetizar bem a celeuma: “Vivemos a perplexidade e a angústia da aceleração da vida. Os tempos não andam propícios para doutrinas, mas para mensagens de consumo rápido. Para *jingles*, e não para sinfonias. O Direito vive uma grave crise existencial. Não consegue entregar os dois produtos que fizeram sua reputação ao longo dos séculos. De fato, a *injustiça* passeia pelas ruas com passos firmes e a *insegurança* é a característica da nossa era. Na aflição dessa hora, imerso nos acontecimentos, não pode o intérprete beneficiar-se do distanciamento crítico em relação ao fenômeno que lhe cabe analisar. Ao

Em suma, o termo *neoconstitucionalismo* designa, ao mesmo tempo, uma teoria, uma ideologia e um método de análise do direito; além disso, assinala os elementos estruturais de um modelo constitucional, ou seja, um conjunto de mecanismos normativos e institucionais, realizados num determinado sistema jurídico-político, que limitam os poderes do Estado e/ou protegem os direitos fundamentais.²³⁵

A constatação dos riscos subjacentes a um paradigma jurídico calcado quase que exclusivamente na lei enquanto produto das maiorias políticas, riscos estes levados às últimas conseqüências no nazismo alemão, fez com que as constituições européias do segundo pós-guerra criassem ou fortalecessem a jurisdição constitucional, estabelecendo mecanismos capazes de proteger os direitos fundamentais contra abusos do próprio legislador.²³⁶

A lei deixa de apresentar a centralidade que lhe era peculiar, atribuindo-se grande importância à Constituição e, ao Judiciário, o papel de protegê-la, como bem ilustra Luis M. Cruz:

Pois bem, toda esta substância material da Constituição, toda esta ordem de valores, com sua pretensão de validade, repousa operativamente na posição dos tribunais. Isto significa dizer que a Lei Fundamental entregou aos tribunais a última responsabilidade de cuidar e defender a ordem constitucional de valores. Mas, por que razão – pergunta Bachof – a Lei Fundamental transformou os juízes em guardiões da Constituição? Por que se tem julgado conveniente submeter os órgãos estatais e particularmente os órgãos legislativos a este controle do juiz? Para Bachof a razão reside em que “a relação do homem com a lei mudou totalmente”. Surgiu um sentimento de profundo mal estar e de radical desconfiança frente a lei, baseada na impressão dominante e imprecisa, ainda que nem por isso falsa, de que a lei, “outrora escudo da liberdade e do Direito, tenha se convertido hoje precisamente numa ameaça para estes bens”.²³⁷

contrário, precisa operar em meio à fumaça e à espuma. Talvez esta seja uma boa explicação para o recurso recorrente aos prefixos *pós* e *neo*: pós-modernidade, pós-positivismo, neoliberalismo, neoconstitucionalismo. Sabe-se que veio depois e que tem a pretensão de ser novo. Mas ainda não se sabe bem o que é. Tudo é ainda incerto. Pode ser avanço. Pode ser uma volta ao passado. Pode ser apenas um movimento circular, uma dessas guinadas de 360 graus” (BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 10, n. 851, 1. nov. 2005. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/7547>>. Acesso em: 15. jan. 2012).

²³⁵ SANCHÍS, Luis Prieto. Neoconstitucionalismo y ponderación judicial. In: CARBONELL, Miguel. **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Editorial Trotta, p. 123-158, 2003, p. 123 e COMANDUCCI, Paolo. Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico. In: CARBONELL, Miguel. **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Editorial Trotta, p. 75-98, 2003, p. 75.

²³⁶ SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: SARMENTO, Daniel. **Filosofia e teoria constitucional contemporânea**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, p. 113-146, 2009, 116-117 e CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo**: Direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo do judiciário. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2011, p. 33. Esse sentimento de mudança também é presente na geração de professores que viveu esse período, tal como atesta Luis M. Cruz: “A geração de professores de Direito constitucional que viveu diretamente o regime nacional-socialista, a Segunda Guerra Mundial e suas conseqüências, quis construir sobre os escombros de 1945 uma ordem nova e melhor, e estabelecer um dique frente a qualquer possível retorno à situação anterior” CRUZ, Luis M. **La Constitución como orden de valores**: problemas jurídicos y políticos. Granada, 2005, p. 19).

²³⁷ CRUZ, Luis M. **La Constitución como orden de valores**: problemas jurídicos y políticos. Granada, 2005, p. 35.

A partir de então, as constituições deixavam de ser meramente procedimentais e assumiam uma feição marcadamente substantiva, tomando desde logo decisões políticas importantes e restringindo o campo de atuação das instâncias legislativas ordinárias, isto é, o papel das Constituições sofreu significativa alteração após a Segunda Guerra Mundial, a partir de quando deixaram os textos constitucionais de ser apenas programas políticos inspiradores da atuação do legislador e passaram a contar com normas dotadas de alta carga axiológica e repositórios de importantes decisões de cunho político e substantivo.²³⁸

Nesse contexto de transformações no modo de encarar o fenômeno jurídico, apesar de não se poder falar em estrita uniformidade e coerência, especialmente porque há a concorrência de influências de várias ordens, os autores convergem na identificação de algumas características que são próprias do movimento neoconstitucionalista. Daniel Sarmiento, em artigo já citado e bastante didático, sintetiza bem as tendências mais marcantes do neoconstitucionalismo: i) reconhecimento da força normativa dos princípios jurídicos, com a conseqüente valorização do seu papel no processo de aplicação do Direito; ii) rejeição ao formalismo e utilização de uma metodologia jurídica mais aberta; iii) constitucionalização do Direito; iv) reaproximação entre o Direito e a Moral²³⁹; e v) protagonismo do Poder Judiciário, em virtude da judicialização da política e das relações sociais.²⁴⁰

O neoconstitucionalismo é tomado hoje como uma postura constitucionalista forte em que a Constituição, mais do que parâmetro balizador da política, é efetiva e conta com a

²³⁸ SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: SARMENTO, Daniel. **Filosofia e teoria constitucional contemporânea**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 113-146, 2009, 116-117. Manoel Messias Peixinho também é sensível a esta característica, segundo ele a mais importante dessas constituições: “A característica mais importante dessas constituições é que o texto constitucional não se limita a instituir competências ou, simplesmente, prever a separação dos poderes. As novas constituições contêm um núcleo significativo formado por normas materiais ou substantivas que impõem ao Estado uma atuação pautada por fins e objetivos” (PEIXINHO, Manoel Messias. **As teorias e os métodos de interpretação aplicados aos direitos fundamentais**: doutrina e jurisprudência do STF e do STJ. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 48).

²³⁹ Segundo Écio Oto Ramos Duarte (DUARTE, Écio Oto Ramos; POZZOLO, Susanna. **Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico**: as faces da teoria do Direito em tempos de interpretação moral da Constituição. São Paulo: Landy Editora, 2006, p. 67), o neoconstitucionalismo tem exigido dos operadores do Direito, com uma frequência cada vez maior, a elaboração de juízos de adequação e de justificação com natureza ética, deixando de ser suficiente a utilização de técnicas estritamente “subsuntivo-jurídicas”. A essa conexão entre Direito e Moral o autor denomina judicialismo ético-jurídico.

²⁴⁰ SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: SARMENTO, Daniel. **Filosofia e teoria constitucional contemporânea**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 113-146, 2009, 113-114. Luis Prieto Sanchís, a despeito de ser um pouco mais radical na defesa dessas características, define o neoconstitucionalismo como sendo uma teoria do Direito orientada pelas diretrizes de “[...] más principios que reglas; más ponderación que subsunción; omnipresencia de la Constitución em todas las áreas jurídicas y em todos los conflictos mínimamente relevantes, en lugar de espacios exentos en favor de la opción legislativa o reglamentaria; omnipotencia judicial en lugar de autonomia del legislador ordinario; y, por último, coexistencia de una constelación plural de valores, a veces tendencialmente contradictorios, en lugar de homogeneidad ideológica en torno a un puñado de principios coherentes entre si y en torno, sobre todo, a las sucesivas opciones legislativas” (SANCHÍS, Luis Prieto. Neoconstitucionalismo y ponderación judicial. In: CARBONELL, Miguel. **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Editorial Trotta, p. 123-158, 2003, p. 131-132).

fiscalização de uma jurisdição constitucional extremamente atuante e expansiva, uma vez que grandes questões morais, a respeito das quais inexiste um consenso social, são decididas pelos tribunais. Essa nova perspectiva é caracterizada pela diversidade de teses sobre a especificidade da hermenêutica constitucional, pela ampliação do rol de direitos fundamentais, admitidos inclusive implicitamente, e pela impregnação da Constituição nos mais variados ramos do Direito.²⁴¹

Todo esse panorama vivenciado pela Europa após a Segunda Guerra, *mutatis mutandis*, teve início no Brasil após a promulgação da Constituição Federal de 1988, cujo modelo de jurisdição constitucional desenhado contribui sobremaneira para o processo de judicialização da política, para ficar com apenas um exemplo.²⁴²

Daniel Sarmiento chama atenção para o papel relevante desempenhado pela doutrina para a mudança de paradigma do Direito Constitucional brasileiro, fazendo a distinção entre dois períodos distintos. Em um primeiro momento dessa evolução – que recebeu a alcunha de “constitucionalismo brasileiro da efetividade” –, a preocupação dos constitucionalistas brasileiros era a de conferir efetividade às normas constitucionais. Isto porque, se hoje estamos acostumados com a idéia da incidência direta da Constituição sobre a realidade social e com seu caráter de norma jurídica que, *ipso facto*, reclama sua aplicação pelos juízes, o fato é que nem sempre foi assim.²⁴³

Sob a rubrica de pós-positivismo constitucional, tem-se justamente a fase na qual as assim chamadas teorias jurídicas pós-positivistas desembarcaram no Brasil, difundindo temas como teoria dos princípios, ponderação de interesses, teorias da argumentação, proporcionalidade e razoabilidade, entre outros. O caráter normativo e a importância dos princípios são realçados, bem como aumenta consideravelmente o interesse pelos direitos fundamentais, mormente os sociais, relegando-se a um segundo plano a preocupação com a efetividade das normas constitucionais, ao tempo em que se enfatizam as discussões sobre a democracia, as quais estão recheadas de novos conceitos e categorias importados do Direito

²⁴¹ SANTOS, Gustavo Ferreira. **Neoconstitucionalismo, Poder Judiciário e Direitos Fundamentais**. Curitiba: Juruá, 2011, p. 65.

²⁴² Sobre o assunto, cf. SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: SARMENTO, Daniel. **Filosofia e teoria constitucional contemporânea**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, p. 113-146, 2009, p. 123 e ss.

²⁴³ SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: SARMENTO, Daniel. **Filosofia e teoria constitucional contemporânea**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, p. 113-146, 2009, p. 125.

alemão, entre os quais se encontram, *verbi gratia*, as noções de mínimo existencial, reserva do possível e proibição de retrocesso.²⁴⁴

Outro dado relevante diz com a jurisdição constitucional e a alteração no enfoque das pesquisas sobre o tema que deixaram de se ater simplesmente a questões processuais para incluir novas perspectivas, ocupando-se, inclusive, da delicada problemática envolvendo a legitimidade democrática do controle de constitucionalidade em face da dificuldade contra-majoritária do Judiciário.²⁴⁵

Todas essas modificações têm encontrado respaldo no âmbito do Supremo Tribunal Federal que, para ficar com um exemplo que se relaciona intimamente ao escopo deste trabalho, vem se mostrando bastante receptivo às inovações processuais que, em sede de jurisdição constitucional, introduziram a possibilidade de intervenção de terceiros na qualidade de *amicus curiae*, bem assim permitiram a realização de audiências públicas, contribuindo para a ampliação das possibilidades de atuação da sociedade civil organizada no âmbito do STF.²⁴⁶

Muito embora não se deixe de reconhecer que as características supracitadas se relacionam mutuamente, por limitações que são impostas por tempo e espaço, serão analisadas com um pouco mais de vagar aquelas que mais diretamente influenciam a compreensão do papel desempenhado pelo instituto do *amicus curiae* em se tratando da expansão e da abertura da jurisdição constitucional, quais sejam: a rejeição ao formalismo, com a conseguinte utilização de uma metodologia jurídica mais aberta; o fenômeno da constitucionalização do Direito; e, por fim, o agigantamento do papel do Judiciário – e a sua correlata crise de legitimidade – propiciado pela judicialização da política e das relações sociais.

3.1.1 A rejeição ao formalismo e a utilização de uma metodologia jurídica mais aberta

Muitas das normas constitucionais do segundo pós-guerra são marcadas pela abertura e indeterminação semânticas. Assim, a singularidade das normas constitucionais está relacionada à natureza da linguagem em que são vertidas. Considerando que o ambiente

²⁴⁴ SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: SARMENTO, Daniel. **Filosofia e teoria constitucional contemporânea**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, p. 113-146, 2009, p. 127.

²⁴⁵ SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: SARMENTO, Daniel. **Filosofia e teoria constitucional contemporânea**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, p. 113-146, 2009, p. 128.

²⁴⁶ VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. In: SARMENTO, Daniel. **Filosofia e teoria constitucional contemporânea**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, p. 483-502, 2009, p. 490-491.

constitucional é afeto a normas principiológicas e esquemáticas, natural que estas apresentem uma tessitura mais aberta, com um maior grau de abstração e, por isso mesmo, uma menor densidade jurídica, o que confere ao intérprete um espaço de discricionariedade significativamente mais amplo.²⁴⁷

Fala-se, cada vez mais, em princípios, cláusulas gerais, conceitos vagos e indeterminados. Todas essas categorias são, em verdade, fruto de uma técnica legislativa, conscientemente empregada, com o fito de privilegiar essa atividade criativa do intérprete.²⁴⁸⁻
249

A utilização recorrente dessas novas categorias normativas revelou a insuficiência dos métodos de interpretação da hermenêutica jurídica clássica, especialmente a lógica da subsunção²⁵⁰, tão cara ao positivismo. Com efeito, remonta ao positivismo jurídico²⁵¹, mais especificamente à teoria kelseniana, a idéia de que uma norma, para ser qualificada como “jurídica”, há de ter sido posta por uma autoridade competente para tal e segundo os ditames de uma outra norma que lhe é superior. Desta feita, a norma sempre retira seu fundamento de validade de uma norma superior, até que se alcance o que Kelsen chamou de *norma hipotética fundamental*, esta pressuposta (e não mais posta por uma autoridade), e que confere sentido de validade jurídica a todas as normas.²⁵²

Para Hans Kelsen, a interpretação é “[...] uma operação mental que acompanha o processo da aplicação do Direito no seu progredir de um escalão superior para um escalão inferior”²⁵³.

Ocorre que, como se viu, o paradigma do Direito mudou completamente. E, com ele, a postura do intérprete e do aplicador diante do fenômeno jurídico.²⁵⁴ De fato, como bem

²⁴⁷ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 111.

²⁴⁸ BUENO, Cássio Scarpinella. **Amicus curiae no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático**. 2. ed. rev. atual. e amp. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 19-21.

²⁴⁹ “Nesse contexto, seriam as próprias esferas normativas (constitucionais ou ordinárias) de tutela social que, empregando termos vagos ou fluidos ou externando conteúdo programático, tornariam inevitável – sob pena de acabarem sendo praticamente anuladas as iniciativas protetivas do legislador – um ‘alto grau de ativismo e criatividade do juiz chamado a interpretá-los’.” (MOREIRA, Helena Delgado Ramos Fialho. **Poder Judiciário no Brasil: crise de eficiência**. Curitiba: Juruá, 2009, p.92).

²⁵⁰ “A perspectiva subsuntiva, ou silogística, entende que a norma geral constitui a premissa maior, dentro da qual o caso concreto se coloca como premissa menor, possibilitando a decisão, esta equivalente à conclusão do silogismo.” (ADEODATO, João Maurício. **Ética e retórica: para uma teoria da dogmática jurídica**. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 226).

²⁵¹ Sobre o assunto, cf. BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito**. São Paulo: Ícone, 2006.

²⁵² KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 215-217.

²⁵³ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 387.

²⁵⁴ BUENO, Cássio Scarpinella. **Amicus curiae no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático**. 2. ed. rev. atual. e amp. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 9.

observa Walber de Moura Agra, a pós-modernidade trouxe conseqüências que atingiram todas as esferas da sociedade, razão pela qual o Direito, responsável por regulamentar as relações sociais, sofre de forma mais acentuada essas conseqüências.²⁵⁵

A análise do Direito não pode mais ser feita embasada, unicamente, em termos de “norma jurídica”. Elementos outros, não exclusivamente jurídicos²⁵⁶, contribuem para a composição do fenômeno jurídico. Na mesma direção, a lição de Walber de Moura Agra, no sentido de que em tempos de pós-modernidade, emerge a necessidade de uma concepção funcional do Direito, com vistas a garantir a eficácia concretiva das normas jurídicas, em detrimento de uma concepção juspositivista do fenômeno jurídico, ainda muito adstrita ao raciocínio lógico-formal.²⁵⁷

Isso acontece porque os fatos sociais são cada vez mais dinâmicos, de modo que as estruturas normativas não podem mais ser feitas com a pretensão de ser válidas indefinidamente. Pelo contrário, a tendência é de que elas sejam cada vez mais flexíveis, o que facilita sobremaneira sua adaptação às mudanças da sociedade.²⁵⁸

Essa abertura da norma jurídica garante uma maior liberdade ao intérprete, que passa a buscar nos fatos os elementos e parâmetros necessários a uma boa aplicação do direito. Não é por outra razão que se diz que “[...] os campos jurídico e fático completam-se e se comunicam necessariamente”.²⁵⁹

Segundo André Rufino do Vale e Gilmar Ferreira Mendes, a comunicação entre norma e fato é condição da própria interpretação constitucional, uma vez que o processo de conhecimento envolve a investigação integrada de elementos fáticos e jurídicos.²⁶⁰

²⁵⁵ AGRA, Walber de Moura. Pós-modernidade, crise do Estado Social de Direito e crise na legitimação da jurisdição constitucional. **Revista da ESMape**, Recife, v. 09, n. 19, p. 575-610, 2004, p. 578.

²⁵⁶ “[...] na atualidade, o elemento ‘não jurídico’ é expressamente levado em conta pelo ‘cientista’ e pelo ‘aplicador’ do direito. Ele integra a própria ‘matéria-prima’ que o aplicador do direito tem de manusear para resolver os problemas jurídicos que lhe são dados para resolução, contextualizando-os adequadamente quando soluciona cada caso concreto que lhe é apresentado.” (BUENO, Cássio Scarpinella. **Amicus curiae no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático**. 2. ed. rev. atual. e amp. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 12)

²⁵⁷ AGRA, Walber de Moura. **A reconstrução da legitimidade do Supremo Tribunal Federal: Densificação da Jurisdição Constitucional Brasileira**. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 69.

²⁵⁸ AGRA, Walber de Moura. Pós-modernidade, crise do Estado Social de Direito e crise na legitimação da jurisdição constitucional. **Revista da ESMape**, Recife, v. 09, n. 19, p. 575-610, 2004, p. 586.

²⁵⁹ BUENO, Cássio Scarpinella. **Amicus curiae no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático**. 2. ed. rev. atual. e amp. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 27.

²⁶⁰ VALE, André Rufino do; MENDES, Gilmar Ferreira. A influência do pensamento de Peter Häberle no STF. **Revista Consultor Jurídico**. Disponível em: < <http://www.conjur.com.br> >. Acesso em: 12 out. 2011. Compartilhando essa impressão, Eduardo Cambi assevera: “O direito, antes de ser regra e instituição, é *discurso*, cujo significado está em suspensão, pois se articula entre as coisas: entre a regra (que nunca é, inteiramente, normativa) e o fato (que jamais é, completamente, fático), entre a ordem e a desordem, entre a letra e o espírito, entre a força e a justiça” (CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo: Direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2011, p. 28).

Eduardo Cambi, fazendo alusão a esse caráter bipolar da interpretação, alega que a construção da norma está atrelada tanto à análise do ordenamento jurídico quanto das circunstâncias fáticas do caso concreto²⁶¹. Explica, ainda, o supracitado autor, que o raciocínio jurídico obedece ao movimento de uma espécie de pêndulo, já que na formação de sua convicção, o magistrado, não é obrigado a partir necessariamente da norma ao fato, percorrendo, muitas vezes, o caminho inverso. Abandona-se, destarte, o silogismo judiciário, segundo o qual a norma (premissa maior) vem antes do fato, que é a premissa menor, para pensar a interpretação jurídica sob a lógica do ir e vir dos princípios e regras com os fatos concretos.²⁶²

Com essa nova ordem de valores, nesse novo paradigma, a função do juiz deixa de ser meramente subsuntiva e passa a ser valorativa, concretizadora, criativa.²⁶³ O próprio Hans Kelsen, aliás, ao distinguir as posturas adotadas pelo cientista do direito e pelo aplicador, já reconhecia na atividade deste último um ato de vontade, de criação, e não de mero conhecimento.²⁶⁴

A interpretação e a aplicação das normas jurídicas e – com muito mais razão – das normas constitucionais reclamam um método de interpretação distinto dos tradicionais, de tal sorte que esse novo método pressuponha que a neutralidade do juiz²⁶⁵ é um mito e reconheça a necessidade de o juiz se comunicar com os valores espalhados na sociedade, com o objetivo de aplicar escorreitamente a norma jurídica.²⁶⁶

Se tudo o que se disse até agora soa verdadeiro no que toca às normas jurídicas em geral, ainda mais verdadeiras são essas afirmações se feitas em relação às normas constitucionais²⁶⁷, em virtude das peculiaridades que as distinguem das demais.

²⁶¹ CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo: Direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2011, p. 87-88.

²⁶² CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo: Direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2011, p. 121.

²⁶³ BUENO, Cássio Scarpinella. **Amicus curiae no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático**. 2. ed. rev. atual. e amp. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 12-13.

²⁶⁴ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 394.

²⁶⁵ Sobre o assunto, Cf. CATÃO, Adrualdo de Lima. A visão hermenêutica da interpretação jurídica para a superação do paradigma da neutralidade do intérprete. **Anais do XIV Congresso nacional do CONPEDI – Fortaleza**. Fundação Boiteux: Florianópolis, Nov. 2005, p. 3-23. Disponível em: www.conpedi.org. Acesso em: 13 out. 2011.

²⁶⁶ BUENO, Cássio Scarpinella. **Amicus curiae no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático**. 2. ed. rev. atual. e amp. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 26 e ss.

²⁶⁷ “Se a interpretação jurídica, no geral, apresenta tanto uma dimensão cognitiva e declaratória, como uma dimensão volitiva e constitutiva, é fato que esta última dimensão tende a ser especialmente pronunciada no âmbito do Direito Constitucional” (SARMENTO, Daniel. Ubiquidade constitucional: os dois lados da moeda. In: **A constitucionalização do Direito: Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas**. NETO, Cláudio Pereira de Souza; Sarmento, Daniel. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, p. 113-148, 2007, p. 130).

De fato, a Constituição é dotada de superioridade hierárquica dentro do sistema, a qual está plasmada no princípio da supremacia da Constituição, segundo o qual nenhum ato jurídico, nem tampouco qualquer manifestação de vontade será considerado válido se não for compatível com a Constituição.²⁶⁸

Ademais, o conteúdo das normas constitucionais é específico²⁶⁹. Óbvio que há normas constitucionais voltadas à regência do comportamento humano, as ditas normas de conduta. Todavia, o texto constitucional é pródigo em normas de organização, cujo escopo não é a disciplina das condutas individuais ou coletivas, mas a estruturação orgânica do Estado, bem assim a prescrição sobre como deverão ser criadas e aplicadas as próprias normas de conduta. As normas de organização não se apresentam como juízos hipotéticos, isto é, não contêm a previsão de um fato em abstrato e a conseqüente cominação de efeitos jurídicos para o caso de o fato vir a se concretizar. Frise-se, outrossim, a presença de normas programáticas, que fixam valores a serem preservados e finalidades sociais a serem alcançadas sem, no entanto, especificar quaisquer meios ou condutas a serem seguidas pelo Poder Público.²⁷⁰

Finalmente, as normas constitucionais diferem das demais normas jurídicas em função de seu caráter político, que se manifesta em sua origem, em seu objeto e no resultado da sua aplicação.²⁷¹ A Constituição, ao tempo em que inaugura uma nova ordem jurídica, é o documento responsável pela formação de um novo Estado, fenômeno indiscutível e eminentemente político. Daí a afirmativa de Barroso no sentido de que “[...] a Constituição materializa a tentativa de conversão do poder político em poder jurídico. Seu objeto é um esforço de juridicização do fenômeno político”²⁷².

²⁶⁸ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 165.

²⁶⁹ Sobre a especificidade das normas constitucionais, aduz Manoel Messias Peixinho: “A norma constitucional difere das outras normas jurídicas em razão de sua especificidade. A norma de direito privado dirige-se a situações individuais cuja subsunção encontra-se perceptível em casos concretos e é possível visualizar aquele que fixa a norma e o destinatário dela. A norma constitucional tem características radicalmente opostas. Nasce a Constituição do pacto político que se exprime em valores que encarnam o projeto do Poder Constituinte” (PEIXINHO, Manoel Messias. **As teorias e os métodos de interpretação aplicados aos direitos fundamentais**: doutrina e jurisprudência do STF e do STJ. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 42).

²⁷⁰ MAMARI FILHO, Luís Sérgio Soares. **A Comunidade Aberta de Intérpretes da Constituição**: o *amicus curiae* como estratégia de democratização da busca do significado das normas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 32-33.

²⁷¹ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 114.

²⁷² BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 115.

3.1.2 A constitucionalização do Direito

Assuntos que outrora não eram corriqueiros passaram a ser cada vez mais freqüentemente versados por normas constitucionais que, na medida em que eram interpretadas de forma extensiva pelo Judiciário, irradiavam-se pelos demais ramos do ordenamento, dando origem ao fenômeno que ficou conhecido como *constitucionalização* da ordem jurídica²⁷³, um dos traços característicos do neoconstitucionalismo, tanto na Europa, quanto no Brasil, consoante já fora anotado.

Com efeito, as Constituições começaram a privilegiar os direitos fundamentais, consagrando direitos sociais de natureza prestacional ao lado dos já tradicionais direitos individuais e políticos²⁷⁴, bem como passaram a se ocupar de assuntos que antes eram relegados ao plano da legislação infraconstitucional. Essa “irradiação” das normas constitucionais para os mais diversos ramos do ordenamento, aliada a uma interpretação abrangente e extensiva dessas normas por parte do Judiciário, ocasionou a denominada *constitucionalização* da ordem jurídica, processo que ampliou decisivamente a influência das Constituições sobre o ordenamento como um todo.

Esse fenômeno está associado a um efeito expansivo e abrangente das normas constitucionais e com a irradiação, com força normativa, de seu conteúdo axiológico e material pelo sistema jurídico em sua inteireza.²⁷⁵ Vê-se, portanto, que não se cuida apenas de incluir no texto constitucional assuntos que antes eram desmerecidos ou regulados infraconstitucionalmente, mas de um processo que sugere a releitura de todo o ordenamento jurídico sob o prisma dos valores constitucionais, isto é, opera-se a filtragem constitucional do Direito, para usar a expressão que se consagrou na doutrina brasileira.²⁷⁶

É preciso ter em conta que essa filtragem constitucional não é tributária de banalidades. Daí porque as normas constitucionais com poder de irradiação para os demais ramos do ordenamento e, conseqüentemente, de impor uma releitura dos seus conceitos,

²⁷³ SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: SARMENTO, Daniel. **Filosofia e teoria constitucional contemporânea**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, p. 113-146, 2009, 117.

²⁷⁴ SARMENTO, George. **As gerações dos direitos humanos e os desafios da efetividade**. Disponível em: <<http://www.georgesarmento.com.br/wp-content/uploads/2011/02/Gera%C3%A7%C3%B5es-dos-direitos-humanos-e-os-desafios-de-sua-efetividade1.pdf>> Acesso em: 20 nov. 2011.

²⁷⁵ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 352-353.

²⁷⁶ SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: SARMENTO, Daniel. **Filosofia e teoria constitucional contemporânea**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, p. 113-146, 2009, p. 125 e SARMENTO, Daniel. Ubiquidade constitucional: os dois lados da moeda. In: **A constitucionalização do Direito: Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas**. NETO, Cláudio Pereira de Souza; Sarmento, Daniel. Rio de Janeiro: Lúmen Júrís, p. 113-148, 2007, p. 122.

institutos e categorias, são as que encampam direitos fundamentais e princípios constitucionais mais gerais.²⁷⁷ Isso acontece, aliás, em virtude do reconhecimento de que os direitos fundamentais não são mais compreendidos exclusivamente como direitos subjetivos, sendo-lhes agregado uma espécie de “mais-valia”, a qual recebeu a denominação de *dimensão objetiva*.²⁷⁸

Não se pode olvidar que esse fenômeno da constitucionalização do Direito repercute sobre a atuação dos três Poderes, bem como na esfera das relações entre particulares. De fato, a constitucionalização limita a discricionariedade ou liberdade de conformação do Legislativo no processo de feitura das leis em geral²⁷⁹, ao tempo em que lhe impõe deveres com o propósito de possibilitar a realização dos direitos e programas previstos na Constituição; o Executivo, por sua vez, além de sofrer as mesmas interferências que sofre o Legislativo, retira do processo de constitucionalização o fundamento de validade para aplicar direta e imediatamente, independentemente de atuação legislativa, a Constituição; em se tratando do Judiciário, a constitucionalização condiciona a interpretação de todas as normas do sistema e serve de parâmetro para o exercício do controle de constitucionalidade; finalmente, no que tange aos particulares, tem-se o estabelecimento de limitações à sua autonomia de vontade, que passa a estar subordinada a valores constitucionais e aos direitos fundamentais.²⁸⁰

É a partir da Constituição Federal de 1988 que, no Brasil, pode-se começar a falar com um pouco mais de tranquilidade em constitucionalização do Direito. O texto constitucional, muito além de traçar as regras do jogo democrático, encampa diversos valores substantivos, tais como a dignidade da pessoa humana, por exemplo. Dessa forma, ao juridicizar esses valores, exprimindo-os, no mais das vezes, em linguagem vaga e abstrata, sem, contudo,

²⁷⁷ SARMENTO, Daniel. Ubiquidade constitucional: os dois lados da moeda. In: **A constitucionalização do Direito: Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas**. NETO, Cláudio Pereira de Souza; Sarmento, Daniel. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, p. 113-148, 2007, p. 134.

²⁷⁸ SARMENTO, Daniel. Ubiquidade constitucional: os dois lados da moeda. In: **A constitucionalização do Direito: Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas**. NETO, Cláudio Pereira de Souza; Sarmento, Daniel. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, p. 113-148, 2007, p. 119.

²⁷⁹ Não constitui exagero afirmar que a Constituição tomou o lugar dos Códigos, de modo que essa progressiva constitucionalização dos direitos infraconstitucionais promove, a um só tempo, o alargamento do espaço constitucional e a conseqüente restrição do espaço de liberdade do legislador (CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo: Direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2011, p. 60).

²⁸⁰ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 353. Em idêntico sentido, comentando o processo de constitucionalização do Direito na Itália, Paolo Comanducci assevera: “En el ordenamiento italiano, también y sobre todo a partir de las deliberaciones de la Corte Constitucional, se ha producido una progresiva ‘constitucionalización’ del Derecho. Se trata de un proceso al término del cual el Derecho es ‘impregnado’, ‘saturado’ o ‘embebido’ por la Constitución: un Derecho constitucionalizado se caracteriza por una Constitución invasiva, que condiciona la legislación, la jurisprudência, la doctrina y los comportamientos de los actores políticos” (COMANDUCCI, Paolo. Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico. In: CARBONELL, Miguel. **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Editorial Trotta, p. 75-98, 2003, p. 81).

deixar de reconhecer seu caráter normativo, a Constituição torna possível a filtragem constitucional da totalidade do ordenamento jurídico brasileiro.²⁸¹

Essa filtragem, apesar de ser a mais importante, é apenas uma das facetas do fenômeno da constitucionalização. Sua outra vertente é a regulação direta, em sede constitucional, de assuntos que tradicionalmente restavam adstritos à esfera de atuação do legislador ordinário. Inegável o fato de que a Constituição Federal de 1988 é pródiga em disposições afetas aos demais ramos do ordenamento.²⁸²

Muito embora o processo de constitucionalização do Direito seja visto como algo extremamente positivo, não está isento de problemas. Dois deles são reputados os mais importantes por Daniel Sarmento: o primeiro não consiste em uma consequência necessária do fenômeno, mas tem sido constatada no Brasil e está associada à potencialidade de a constitucionalização do Direito vir a provocar uma certa anarquia metodológica, isto é, a utilização cada vez mais freqüente de normas vagas e abstratas aliada ao fato de que, muitas vezes, essas normas são interpretadas sem qualquer critério racional pelo Judiciário pode trazer sérios prejuízos ao Estado Democrático de Direito.²⁸³

Há, ainda, o risco de que a maleabilidade dos valores e dos princípios constitucionais, em virtude de sua tessitura aberta, possa servir como pretexto para a implementação de um indesejável *governo dos juízes*, isto é, a interpretação arbitrária do conteúdo das normas pode privilegiar os interesses do Poder Judiciário enquanto grupo político em detrimento dos verdadeiros interesses dos cidadãos.²⁸⁴

De fato, a identificação dos princípios como espécie do gênero normas jurídicas e o conseqüente reconhecimento de seu caráter normativo, a despeito de ser um dado extremamente positivo, pode contribuir para a indesejável prática do decisionismo, caso os magistrados ignorem o seu dever de fundamentar racionalmente as decisões, passando a

²⁸¹ SARMENTO, Daniel. Ubiquidade constitucional: os dois lados da moeda. In: **A constitucionalização do Direito: Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas**. NETO, Cláudio Pereira de Souza; Sarmento, Daniel. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, p. 113-148, 2007, p. 124-125.

²⁸² BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 361 e ss. Esse também é o entendimento esposado por Daniel Sarmento, em cujas palavras: “[...] as características intrínsecas da Constituição de 88 favorecem as duas formas de constitucionalização do Direito antes referidas: a constitucionalização pela direta regulação constitucional de matéria outrora confiada à discricção do legislador e a constitucionalização pela filtragem constitucional do ordenamento jurídico.” (SARMENTO, Daniel. Ubiquidade constitucional: os dois lados da moeda. In: **A constitucionalização do Direito: Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas**. NETO, Cláudio Pereira de Souza; Sarmento, Daniel. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, p. 113-148, 2007, p. 127).

²⁸³ SARMENTO, Daniel. Ubiquidade constitucional: os dois lados da moeda. In: **A constitucionalização do Direito: Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas**. NETO, Cláudio Pereira de Souza; Sarmento, Daniel. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, p. 113-148, 2007, p. 115.

²⁸⁴ CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo: Direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2011, p. 197.

lançar mão dos princípios em toda e qualquer situação, pouco importando se há ou não regra jurídica específica aplicável ao caso concreto.²⁸⁵

Gustavo Ferreira Santos, compartilhando essa preocupação, sustenta que a decisão judicial deve conter determinado grau de objetividade e demonstrar que o intérprete/aplicador trilhou um caminho argumentativo capaz de ser justificado dentro da lógica do sistema. Em outras palavras, para se declarar a inconstitucionalidade de uma norma, por exemplo, não é possível adotar como fundamentos exclusivos conceitos morais vagos.²⁸⁶

A valorização da argumentação jurídica e da racionalidade prática, rechaçadas pelo positivismo jurídico, bem como o fortalecimento do respeito também das regras jurídicas (não só dos princípios) são medidas úteis no combate a esta consequência negativa.²⁸⁷

O outro problema identificado pelo autor apresenta um nítido viés antidemocrático, já que, na medida em que se constitucionaliza uma decisão, acaba-se por retirá-la do alcance da maioria. Dito de outra maneira, caso tudo estivesse constitucionalizado, o povo não poderia, por intermédio de seus representantes, decidir a respeito de mais nada, uma vez que a Constituição já teria tomado todas as decisões previamente.²⁸⁸⁻²⁸⁹

Frise-se, por oportuno, que essa circunstância é vista como um problema para o equilíbrio da distribuição de competências entre o legislador e a jurisdição constitucional, na medida em que se limita o conteúdo do direito infraconstitucional, promove-se a abertura do sistema jurídico e inclui-se a moral no Direito, por intermédio da positivação de valores nas normas constitucionais.²⁹⁰

Tal situação se agrava ainda mais quando se recorda de que a última palavra sobre interpretação constitucional, no Brasil, compete ao Supremo Tribunal Federal, órgão de

²⁸⁵ SARMENTO, Daniel. Ubiquidade constitucional: os dois lados da moeda. In: **A constitucionalização do Direito: Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas**. NETO, Cláudio Pereira de Souza; Sarmento, Daniel. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, p. 113-148, 2007, p. 144.

²⁸⁶ SANTOS, Gustavo Ferreira. **Neoconstitucionalismo, Poder Judiciário e Direitos Fundamentais**. Curitiba: Juruá, 2011, p. 95.

²⁸⁷ SARMENTO, Daniel. Ubiquidade constitucional: os dois lados da moeda. In: **A constitucionalização do Direito: Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas**. NETO, Cláudio Pereira de Souza; Sarmento, Daniel. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, p. 113-148, 2007, p. 145 e ss.

²⁸⁸ SARMENTO, Daniel. Ubiquidade constitucional: os dois lados da moeda. In: **A constitucionalização do Direito: Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas**. NETO, Cláudio Pereira de Souza; Sarmento, Daniel. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, p. 113-148, 2007, p. 115.

²⁸⁹ Essa preocupação revela claramente a tensão existente entre democracia e constitucionalismo, já que, em linhas bastante gerais, a primeira preconiza o predomínio da vontade da maioria, ao passo que o segundo estabelece empecilhos ao exercício da soberania popular, justamente por estar mais preocupado com a imposição de limitações ao exercício do poder. Para maiores informações sobre o constitucionalismo moderno, cf. COMANDUCCI, Paolo. Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico. In: CARBONELL, Miguel. **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Editorial Trotta, p. 75-98, 2003, p. 76 e ss.

²⁹⁰ ESPINOZA, Danielle Sales Echaiz. **Entre substancialismo e procedimentalismo**: elementos para uma teoria constitucional brasileira adequada. Maceió: Edufal, 2009, p. 123.

cúpula do Poder Judiciário, composto por 11 (onze) membros escolhidos pelo Presidente da República, nomeados após aprovação do Senado Federal, e que, portanto, ao contrário do chefe do Executivo e dos legisladores, não são eleitos e não respondem politicamente em face do povo. Daí se falar em uma dificuldade contra-majoritária da jurisdição constitucional, oriunda da constatação de que as valorações e escolhas promovidas pelos juízes também necessitam de legitimação democrática.²⁹¹

Toda essa conjuntura acentua a importância política do Poder Judiciário que, com uma recorrência cada vez maior, é instado a decidir questões polêmicas e de grande relevância para a sociedade²⁹², de modo que se justifica a abertura de um tópico específico para tratar do assunto.

3.1.3 Judicialização da política e politização da justiça: o protagonismo do Judiciário

Em virtude das características sobre as quais se acaba de discorrer, assiste-se a um inédito agigantamento ou expansionismo da competência dos tribunais constitucionais e dos outros órgãos judiciais encarregados do controle de constitucionalidade, nunca antes vivenciado nos países filiados ao modelo do *civil law*.²⁹³

Oscar Vilhena Vieira sustenta que essa concentração de autoridade nas mãos do Judiciário não é um fenômeno recente, posto se tratar de uma consequência do avanço das constituições rígidas e dos sistemas de controle de constitucionalidade a elas inerentes, cujas primeiras expressões remontam à Constituição estadunidense de 1787 e à célebre decisão proferida pelo *Chief Justice* Marshall no caso *Marbury vs. Madison*.²⁹⁴ É certo, porém, que esse processo de agigantamento do Poder Judiciário se intensifica na medida em que as constituições se tornam cada vez mais ambiciosas e substantivas, relegando um espaço de atuação significativamente menor ao legislador infraconstitucional, haja vista que as decisões políticas mais importantes são tomadas no momento constituinte e o Judiciário é erigido ao

²⁹¹ SARMENTO, Daniel. Ubiquidade constitucional: os dois lados da moeda. In: **A constitucionalização do Direito: Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas**. NETO, Cláudio Pereira de Souza; Sarmento, Daniel. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, p. 113-148, 2007, p. 115.

²⁹² SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: SARMENTO, Daniel. **Filosofia e teoria constitucional contemporânea**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, p. 113-146, 2009, p. 116.

²⁹³ ESPINOZA, Danielle Sales Echaiz. **Entre substancialismo e procedimentalismo**: elementos para uma teoria constitucional brasileira adequada. Maceió: Edufal, 2009, p. 107 e AGRA, Walber de Moura. **A reconstrução da legitimidade do Supremo Tribunal Federal**: Densificação da Jurisdição Constitucional Brasileira. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 93-94.

²⁹⁴ Para uma visão mais detalhada acerca das condições que facilitaram a expansão do poder judicial, cf. TATE, C. Neal. Why the Expansion of Judicial Power? In: **The global expansion of Judicial Power**. TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjörn. New York: New York University Press, p. 27-37, 1995.

posto de guardião da Constituição, o que sinaliza o nítido descrédito em relação ao Legislativo e contribui para o seu amesquinçamento.²⁹⁵

Como já restou assentado em passagem anterior, a Constituição é responsável por fundar o Estado, guiando-o de um momento de efervescência política para outro de estabilização e organização jurídica. A função atribuída ao Poder Judiciário (e, via de consequência, à jurisdição constitucional) não deixa de ser jurídica. Ocorre, porém, que na medida em que a jurisdição constitucional exerce um papel construtivo e concretizador da vontade constitucional, não se pode falar em uma completa neutralização da influência dos fatores políticos no desempenho da atividade judicante.²⁹⁶

No Brasil, a partir da Constituição Federal de 1988 e das reformas constitucionais posteriores, o processo de politização da jurisdição do STF (e de judicialização da política) sofreu sensível expansão se comparado com o período constitucional que lhe antecedeu. Sintomático é o aumento no número de legitimados para a propositura de ações diretas de controle de constitucionalidade, não mais de manejo exclusivo do Procurador-Geral da República. Um dado curioso decorrente dessa abertura do STF a outros atores políticos é que isso tem transformado o tribunal numa espécie de câmara de revisão das decisões majoritárias, em virtude da provocação dos que foram derrotados na arena representativa.²⁹⁷

Com efeito, a maioria das ações diretas de inconstitucionalidade é ajuizada por partidos políticos de oposição. Prova disso é que, no período do governo Fernando Henrique Cardoso, o Partido dos Trabalhadores era o responsável por trazer o maior número de casos ao STF, ao tempo em que, no governo Lula, este papel coube ao Partido dos Democratas, seguido de perto pelo Partido da Social Democracia Brasileira.²⁹⁸ Assim, o STF vem atuando como verdadeiro árbitro de conflitos políticos, já que é procurado para garantir a prevalência da Constituição na ocasião em que os agentes restam vencidos na arena estritamente política.²⁹⁹

²⁹⁵ VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremocracia*. In: SARMENTO, Daniel. **Filosofia e teoria constitucional contemporânea**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, p. 483-502, 2009, p. 485-486.

²⁹⁶ BINENBOJM, Gustavo. **A Nova Jurisdição Constitucional Brasileira**: legitimidade democrática e instrumentos de realização. 3. ed. rev. amp. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 62.

²⁹⁷ VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremocracia*. In: SARMENTO, Daniel. **Filosofia e teoria constitucional contemporânea**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, p. 483-502, 2009, p. 490 e SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: SARMENTO, Daniel. **Filosofia e teoria constitucional contemporânea**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, p. 113-146, 2009, p. 124-125.

²⁹⁸ VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremocracia*. In: SARMENTO, Daniel. **Filosofia e teoria constitucional contemporânea**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, p. 483-502, 2009, p. 490.

²⁹⁹ CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo**: Direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2011, p. 209.

Há que se ressaltar, ainda, as hipóteses em que a Administração Pública deixa, no exercício do seu poder normativo, de concretizar os direitos fundamentais. A utilização de uma metodologia jurídica mais aberta, como se viu no tópico 3.1.1, com o manejo freqüente de técnicas legislativas pródigas de cláusulas gerais e de conceitos jurídicos vagos e indeterminados, resulta na delegação ao juiz das escolhas que o legislador não fez por qualquer motivo. Ocorre, destarte, uma transferência de parte da valoração jurídica do legislador para o intérprete, o que possibilita a atuação do Judiciário nos casos em que a Administração se omite ou extrapola do seu poder normativo.³⁰⁰

Esse ativismo judicial, contudo, deve ser visto com um certo cuidado. Isto porque, enquanto guardião da Constituição, o Judiciário deve garantir a eficácia de seus ditames, em nome dos direitos fundamentais e dos valores e procedimentos democráticos. Fora dessas hipóteses, porém, deverá acatar as escolhas legitimamente feitas pelo legislador, além de respeitar o exercício de discricionariedade do administrador, desde que observados os parâmetros de razoabilidade. Não se pode perder de vista que a expansão do Judiciário não é capaz, por si só, de resolver a crise de representatividade, legitimidade e funcionalidade do Poder Legislativo, cuja solução exige, sobretudo, reformas políticas, as quais não competem ao Judiciário.³⁰¹

Desse modo, a constatação de que o Poder Judiciário tem expandido seu raio de atuação política pode representar uma vantagem – caso se preste ao desenvolvimento do sistema de *checks and balances*, visando à garantia dos direitos fundamentais e ao aperfeiçoamento do regime democrático³⁰² – ou uma desvantagem – se se transformar em um instrumento de produção normativa cuja legitimação se dê de forma auto-referencial, isto é, que esteja baseada unicamente em procedimentos judiciais, sem encontrar respaldo nos parâmetros construídos com a participação da sociedade.³⁰³

Interessantes as observações de Oscar Vilhena Vieira que, ao comentar o processo de julgamento da constitucionalidade da lei de biossegurança, fez referência à importância do

³⁰⁰ CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo**: Direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2011, p. 253.

³⁰¹ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judiciário e legitimidade democrática. **Atualidades Jurídicas: Revista Eletrônica do Conselho Federal da OAB**, n. 4, jan./fev. 2009. Disponível em: <http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>. Acesso em: 11 fev. 2012.

³⁰² “A intervenção jurisdicional não é ampla e incondicionada. Depende da prévia verificação da violação dos direitos fundamentais. Nestas hipóteses, o Judiciário não pode se eximir de tutelar esses direitos. Dentro dos parâmetros estabelecidos pela argumentação jurídica, sempre mediante decisões motivadas e voltadas à legitimação do exercício do poder jurisdicional, o *protagonismo judiciário*, assim compreendido, justifica-se” (CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo**: Direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2011, p. 247).

³⁰³ AGRA, Walber de Moura. **A reconstrução da legitimidade do Supremo Tribunal Federal**: Densificação da Jurisdição Constitucional Brasileira. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 101.

papel que os *amici curiae* teriam começado a desempenhar na condução dos debates do STF. Segundo o autor, a participação de diversas organizações da sociedade civil politizou o debate jurídico acerca das questões discutidas na ocasião, já que expressava a polaridade de opiniões difusas entre os vários segmentos da sociedade. Ademais, a ampla admissão das intervenções por parte dos Ministros indicaria que o STF vem, de forma voluntária, democratizando-se e se abrindo de uma maneira mais clara para a política. Conclui seu raciocínio asseverando que há a criação de uma nova arena discursiva e de decisão político-jurídica, na qual o Supremo, os atores da sociedade civil e as regras de interpretação constitucional, em determinadas situações, ocupam o lugar do Parlamento, dos partidos políticos e do princípio majoritário, respectivamente.³⁰⁴

Na medida em que aumenta a politização do Judiciário, cresce o problema de legitimação das suas decisões³⁰⁵. É que a legitimação da jurisdição constitucional³⁰⁶ e do Poder Judiciário, de uma maneira geral, sempre esteve apoiada em parâmetros legais bem determinados, tendo como base o primado da lei formal elaborada pelo Legislativo e a idéia de completude do ordenamento jurídico, conjuntura que relegava o debate acerca da legitimidade das decisões emanadas do Poder Judiciário a um segundo plano. A partir do momento, no entanto, que a preponderância da lei formal entra em crise e propicia as condições para um agigantamento da atuação judiciária, que não mais está adstrita ao padrão clássico da subsunção do fato à norma, começa a aparecer a resistência em relação ao aumento da discricionariedade das decisões judiciais. Esse panorama – a crise da concepção formalista do Direito – é mais evidente em relação à jurisdição constitucional, haja vista a

³⁰⁴ VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. In: SARMENTO, Daniel. **Filosofia e teoria constitucional contemporânea**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, p. 483-502, 2009, p. 495-496.

³⁰⁵ “Os detentores de mandato político submetem suas decisões políticas à opinião pública, estando vinculados à vontade popular, a qual precede as escolhas dos governantes. A decisão política do legislador ou do administrador se legitima, pois, mais pela vontade popular que, pura e simplesmente, pela lei ou pelo ato administrativo praticado. Trata-se de uma enorme diferença em relação à atuação do Poder Judiciário, cujas decisões se legitimam pela mera aplicação do direito aos casos concretos” (CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo**: Direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2011, p. 197).

³⁰⁶ Quando se fala em jurisdição constitucional, não se está propugnando pela existência de atos jurisdicionais diferentes dos praticados no exercício da jurisdição em sua acepção comum. A utilização do termo *jurisdição constitucional* revela, tão-somente, a intenção de explicitar as peculiaridades do objeto sobre o qual incide o exercício da função da jurisdicional em determinados casos, isto é, quando se trata de constatar a compatibilidade entre leis e demais atos normativos e a Constituição Federal, bem como ante a necessidade de solucionar litígios envolvendo a aplicação de normas constitucionais, notadamente daquelas que tutelam direitos fundamentais (MEDINA, Paulo Roberto de Gouvêa. **Direito Processual Constitucional**. 4. ed. rev. atual. e amp. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 64).

relevância de suas decisões que, muitas vezes, limitam as decisões políticas, razão pela qual carecem de um grau maior de legitimidade.³⁰⁷

Essa atribuição de poderes criativos ao juiz que, em sede de jurisdição constitucional, repercute na tomada de decisões com uma densidade política mais ampla, que não se restringem apenas à declaração de inconstitucionalidade das leis³⁰⁸, acabam por recrudescer os questionamentos quanto ao suposto déficit de legitimidade democrática da atividade judiciária.³⁰⁹

De fato. A questão da dificuldade contra-majoritária é muito bem colocada por Walber de Moura Agra, como se observa na passagem a seguir, cuja transcrição se impõe haja vista seu teor extremamente claro e didático:

A questão essencial tem como fundamentação o princípio da soberania popular, base do regime democrático. Como que uma norma emanada do Poder Legislativo, estabelecida pelo voto dos cidadãos, pode ser revogada, modificada e até mesmo regulamentada pela jurisdição constitucional que não fora estabelecida pelo voto universal, mas através de um procedimento legal? Como uma norma estabelecida por um poder que conta com a representação popular pode ser modificada por um poder que não dispõe dessa representação? Até que ponto a atuação da jurisdição constitucional, no sistema do *civil law*, não se configuraria uma apropriação das atribuições do Poder Legislativo quando uma decisão sua trouxesse inovações para o ordenamento jurídico?³¹⁰

Gustavo Ferreira Santos parte da premissa de que em um Estado que se pretende democrático o exercício do poder deve ser, de algum modo e com qualquer grau, fundamentado no povo, e, com esteio nas lições de Böckenford sobre as espécies de legitimação democrática³¹¹, assevera que não é o voto direto da população nos membros de determinado órgão ou Poder a única forma de se obter legitimação democrática e que o Poder Judiciário, desde que no exercício das funções constitucionais que lhe são atribuídas, também possui tal legitimidade.³¹²

³⁰⁷ AGRA, Walber de Moura. **A reconstrução da legitimidade do Supremo Tribunal Federal**: Densificação da Jurisdição Constitucional Brasileira. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 89.

³⁰⁸ AGRA, Walber de Moura. Pós-modernidade, crise do Estado Social de Direito e crise na legitimação da jurisdição constitucional. **Revista da ESMape**, Recife, v. 09, n. 19, p. 575-610, 2004, p. 598.

³⁰⁹ MOREIRA, Helena Delgado Ramos Fialho. **Poder Judiciário no Brasil**: crise de eficiência. Curitiba: Juruá, 2009, p.92-93.

³¹⁰ AGRA, Walber de Moura. **A reconstrução da legitimidade do Supremo Tribunal Federal**: Densificação da Jurisdição Constitucional Brasileira. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 90.

³¹¹ Para maiores informações sobre o assunto, cf. SANTOS, Gustavo Ferreira. **Neoconstitucionalismo, Poder Judiciário e Direitos Fundamentais**. Curitiba: Juruá, 2011, p. 48 e ss.

³¹² SANTOS, Gustavo Ferreira. **Neoconstitucionalismo, Poder Judiciário e Direitos Fundamentais**. Curitiba: Juruá, 2011, p. 50. Assim também se manifesta Eduardo Cambi que, a par da dicotomia fonte de legitimação *formal* e fonte de legitimação *substancial* da jurisdição, sustenta que “a legitimidade do Judiciário, ao tutelar os direitos fundamentais, e, inclusive, ao formular ou ao executar políticas públicas, está fundada no caráter democrático da Constituição, não na vontade da maioria. Não decorre das urnas, mas está baseada na noção de democracia em sentido substancial cabendo, aos juízes, a tutela constitucional dos direitos fundamentais”

Nesse passo, sustenta-se que a legitimidade da jurisdição constitucional repousaria justamente na capacidade de suas decisões concretizarem os direitos fundamentais. Dito de outra forma, “[...] seria a própria premência social por respostas ativas do sistema judiciário, no sentido de concretizar os valores e princípios consagrados na ordem instituída, que consagraria uma nota de legitimidade social e, pois, democrática, ao Judiciário”³¹³.

A tese de garantia de eficácia dos mandamentos constitucionais como fator de legitimação social do Judiciário também é encampada por Walber de Moura Agra, que declara:

Para densificar a legitimidade da jurisdição constitucional, com o objetivo de que ela possa atender às exigências sociais hodiernas, deve-se realizar uma reavaliação dos seus paradigmas, fazendo com que os vetores que direcionam sua atuação possam contribuir com a missão de garantir eficácia para os mandamentos contidos na Constituição, principalmente os direitos fundamentais.³¹⁴

Aliás, a defesa dos direitos fundamentais, bem como os esforços no sentido de assegurar sua efetivação, ao lado da garantia de observância das regras do regime democrático constituem, por excelência, a missão das Cortes Constitucionais.³¹⁵

A expectativa, em um Estado Democrático de Direito, é a de que as leis não comprometam a realização dos direitos fundamentais, tidos como verdadeiros trunfos contra o poder eventualmente arbitrário da maioria. Nesse cenário, natural que a competência para a verificação da existência de atos contrários à Constituição não possa ser atribuída a essa mesma maioria, devendo recair, pois, sobre um órgão independente e especializado, seja ele um típico tribunal constitucional ou o órgão de cúpula do Poder Judiciário, a exemplo do papel que desempenha o STF no Brasil.³¹⁶

Vista a questão desse ângulo, é possível concordar com Gustavo Binembojm quando o autor sustenta ser a jurisdição constitucional uma instância de poder contra-majoritário, cuja função é essa mesma: anular determinados atos que, a despeito de terem sido votados e aprovados, majoritariamente, por representantes eleitos, desrespeitam direitos fundamentais

(CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo**: Direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2011, p. 280).

³¹³ MOREIRA, Helena Delgado Ramos Fialho. **Poder Judiciário no Brasil**: crise de eficiência. Curitiba: Juruá, 2009, p.94.

³¹⁴ AGRA, Walber de Moura. Pós-modernidade, crise do Estado Social de Direito e crise na legitimação da jurisdição constitucional. **Revista da ESMape**, Recife, v. 09, n. 19, p. 575-610, 2004, p. 579.

³¹⁵ BINENBOJM, Gustavo. **A Nova Jurisdição Constitucional Brasileira**: legitimidade democrática e instrumentos de realização. 3. ed. rev. amp. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 140.

³¹⁶ CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo**: Direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2011, p. 206.

e/ou acabam oprimindo as minorias políticas.³¹⁷ Por outro lado, uma vez que os princípios e direitos fundamentais consagrados constitucionalmente são vistos como condições estruturantes e, portanto, essenciais ao bom funcionamento do regime democrático, ao anular leis que maculam os referidos princípios ou direitos, a jurisdição constitucional está intervindo a favor e não contra a democracia.³¹⁸

Apesar de consagrados constitucionalmente, o ideal democrático e o princípio da soberania popular não elidem o fato de que as Constituições também estabelecem a forma que deve ser observada no que tange ao processo de formação da vontade majoritária, além de conteúdos mínimos a ser obrigatoriamente respeitados pelos órgãos que representam essa vontade. Interessante a metáfora arquitetada por Binembojm segundo a qual a democracia pode ser entendida como um jogo no qual a Constituição representaria o manual de regras, os agentes políticos seriam os jogadores e caberia à jurisdição constitucional justamente o papel de árbitro.³¹⁹

Um outro movimento doutrinário digno de destaque, quando o assunto é a suposta falta de legitimidade do Poder Judiciário, é aquele que enxerga a exigência constitucional de motivação das decisões judiciais como um instrumento hábil a legitimá-las socialmente.

Decorre justamente do fato de os juízes não serem eleitos e, destarte, não se submeterem às pressões diretas da insatisfação popular, não correndo o risco de perder o cargo em virtude de tal descontentamento, a necessidade de buscar a legitimação social das

³¹⁷ De acordo com Walber de Moura Agra, os tribunais constitucionais, desde seu surgimento na segunda metade do século XX, tinham essa finalidade precípua: “[...] impedir que maiorias políticas, formadas por um deficiente sistema de representação popular, possam tolher direitos fundamentais das minorias ou até mesmo abolir o Estado Democrático Social de Direito, em nome do princípio majoritário”. (AGRA, Walber de Moura. **A reconstrução da legitimidade do Supremo Tribunal Federal**: Densificação da Jurisdição Constitucional Brasileira. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 56).

³¹⁸ BINENBOJM, Gustavo. **A Nova Jurisdição Constitucional Brasileira**: legitimidade democrática e instrumentos de realização. 3. ed. rev. amp. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 278. Esse posicionamento também é defendido por Danielle Sales Echaiz Espinoza, para quem “a legitimidade democrática do abrangente controle judicial sobre normas e atos dos poderes públicos eleitos advém, então, de sua própria finalidade, que é controlar o poder político, evitar o arbítrio, fortalecer a liberdade e igualdade entre os cidadãos e, dessa forma, reforçar a própria democracia” (ESPINOZA, Danielle Sales Echaiz. **Entre substancialismo e procedimentalismo**: elementos para uma teoria constitucional brasileira adequada. Maceió: Edufal, 2009, p. 108).

³¹⁹ BINENBOJM, Gustavo. **A Nova Jurisdição Constitucional Brasileira**: legitimidade democrática e instrumentos de realização. 3. ed. rev. amp. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 48. Ao que parece, Eduardo Cambi comunga da mesma opinião: “[...] negar a legitimidade democrática do Judiciário para aplicar, imediatamente, direitos fundamentais, seria ignorar a submissão do legislador à Constituição e o papel da jurisdição constitucional na efetivação do Estado Democrático de Direito. O Judiciário deve zelar pelo respeito aos direitos fundamentais que são as bases substanciais para a realização da democracia. Sem a permanente vigilância na observância dos direitos fundamentais, não há democracia” (CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo**: Direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2011, p. 271).

decisões judiciais. E é exatamente aí que o dever de motivação e de fundamentação das decisões se revela imprescindível.³²⁰

Assim como o déficit de legitimidade do Poder Judiciário tornou-se constatável com a passagem do Estado de Direito para o Estado Democrático de Direito³²¹, também a exigência de motivação das decisões judiciais é decorrência desse novo momento político-organizacional do Estado, de modo que a eficácia de tais decisões depende de sua legitimação social, afigurando-se necessária a sua aceitação pela sociedade como condição para produção de eficácia normativa, em detrimento da mera aplicação formal da lei.³²²

Entre as várias funções exercidas por esse dever de motivação merece destaque aquela extraprocessual, pela qual a motivação serve de mecanismo de controle democrático do exercício do poder, além de se dirigir à sociedade de uma maneira geral, que tem o direito de conhecer as razões do julgamento e, se for o caso, controlar o exercício do poder jurisdicional.³²³

Essa tendência é percebida por Helena Delgado Ramos Fialho Moreira, ao afirmar que:

A obrigatoriedade de fundamentar as decisões judiciais – que em nosso sistema foi erigida à condição de garantia constitucional – consubstanciaria, ademais, uma forma concreta de legitimação racional da atuação judicial, através do convencimento social acerca dos motivos de decidir explicitados pelo magistrado.³²⁴

Não se nega que a importância atribuída à motivação das decisões judiciais ostenta um certo cunho democratizante³²⁵, na exata medida em que, graças a essa exigência erigida ao *status* de garantia constitucional, os destinatários da norma deixam de ser apenas as partes e o Judiciário, mas também (e por que não dizer principalmente?), a própria sociedade.³²⁶

³²⁰ CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo**: Direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2011, p. 323.

³²¹ “A transformação do Estado de Direito em Estado Democrático Social de Direito assinala a simbiose entre três elementos imprescindíveis à sociedade moderna: regulamentação da sociedade pelo Direito, democracia e concretização dos direitos fundamentais” (AGRA, Walber de Moura. Pós-modernidade, crise do Estado Social de Direito e crise na legitimação da jurisdição constitucional. **Revista da ESMape**, Recife, v. 09, n. 19, p. 575-610, 2004, p. 580).

³²² MARTINS, Suzete Ferrari Madeira. A motivação das decisões judiciais e a democratização no processo civil: aspectos de cidadania. **Revista da Esmese**, Aracaju, n. 05, p. 167-194, 2003, p. 172-173.

³²³ CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo**: Direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2011, p. 338.

³²⁴ MOREIRA, Helena Delgado Ramos Fialho. **Poder Judiciário no Brasil**: crise de eficiência. Curitiba: Juruá, 2009, p.93.

³²⁵ MARTINS, Suzete Ferrari Madeira. A motivação das decisões judiciais e a democratização no processo civil: aspectos de cidadania. **Revista da Esmese**, Aracaju, n. 05, p. 167-194, 2003, p. 176.

³²⁶ MARTINS, Suzete Ferrari Madeira. A motivação das decisões judiciais e a democratização no processo civil: aspectos de cidadania. **Revista da Esmese**, Aracaju, n. 05, p. 167-194, 2003, p. 174.

Acontece que, de acordo com essa corrente de pensamento, a legitimação das decisões judiciais se dá em um momento posterior à elaboração da norma individual, de modo que a aferição de sua legitimidade estaria relegada a um segundo instante, no qual a sentença passaria por um crivo de aceitação da sociedade, que se conformaria ou não ao comando em questão.

Por outro lado, a motivação das decisões judiciais exerceria uma função política, ao garantir às partes e à sociedade, por intermédio dos atos praticados no processo, o poder de interferir na tomada dessas decisões para adequá-las à realidade e às exigências sociais, ou simplesmente para aceitá-las, o que teria o condão de legitimá-las.³²⁷

Mas ainda restam perguntas sem resposta. De que maneira a sociedade pode interferir nos atos praticados no processo? Como os anseios espriados pelos mais diversos estratos sociais far-se-ão ouvir pelos julgadores? De que forma a sociedade poderá contribuir sem causar embaraços de ordem processual?

Essa parece ser a deixa, com o perdão pelo trocadilho, para a intervenção do *amicus curiae*. Isso porque a nuance de abertura e democratização processual de que se reveste a manifestação do *amicus*, consoante se demonstrará oportunamente, tende a repercutir numa maior participação dos jurisdicionados na administração da justiça.

Uma vez que o Judiciário assume a responsabilidade de ser o principal agente da constitucionalização, imprescindível que se estabeleçam parâmetros para sua atuação. Tais balizas estão associadas, entre outras coisas, à democratização do exercício da jurisdição constitucional, mediante a abertura do seu procedimento à participação de novos sujeitos, o que pode ser alcançado através do fortalecimento do papel desempenhado pelos *amici curiae* e da realização mais freqüente de audiências públicas.³²⁸

Nessa ordem de idéias, a Constituição, a teoria constitucional e, por isso mesmo, a teoria da interpretação constitucional, vêm passando por diversas transformações sob o influxo do neoconstitucionalismo³²⁹ e da sua preocupação com a normatividade e com a garantia de eficácia dos direitos fundamentais.³³⁰

³²⁷ MARTINS, Suzete Ferrari Madeira. A motivação das decisões judiciais e a democratização no processo civil: aspectos de cidadania. **Revista da Esmese**, Aracaju, n. 05, p. 167-194, 2003, p. 181.

³²⁸ SARMENTO, Daniel. Ubiquidade constitucional: os dois lados da moeda. In: **A constitucionalização do Direito: Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas**. NETO, Cláudio Pereira de Souza; Sarmento, Daniel. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, p. 113-148, 2007, p. 138.

³²⁹ A rigor, o neoconstitucionalismo não é uma teoria única, com postulados teóricos firmes e bem definidos. A palavra “neoconstitucionalismo” é empregada para designar várias teorias que mantêm características comuns, podendo-se identificar as seguintes na quase totalidade das obras e autores que podem ser enquadradas no conceito: a) o reconhecimento da força normativa dos princípios jurídicos; b) rejeição ao formalismo e utilização

Diante desse quadro, a hermenêutica jurídica tradicional tem se mostrado incapaz de atender às necessidades desses novos tempos, de maneira que a interpretação constitucional passa a exigir outros métodos, não tão adstritos às regras e à lógica subsuntiva.³³¹

Sob a rubrica de uma Nova Hermenêutica³³², a hermenêutica constitucional desenvolvida pelo constitucionalista alemão Peter Häberle parece satisfazer a exigência desses novos tempos, nos quais a concepção formalista, estritamente dogmática e positivista do Direito vem cedendo lugar a uma nova concepção do fenômeno jurídico³³³. De acordo com Gilmar Ferreira Mendes, responsável pela tradução para o português da obra em que Häberle desenvolve a idéia de uma sociedade aberta e pluralista de intérpretes³³⁴, o constitucionalista alemão chama a atenção para a necessidade de se adotar uma hermenêutica constitucional que se adéqüe à sociedade pluralista ou à assim chamada sociedade aberta.³³⁵⁻³³⁶

Analisar-se-á, a partir do próximo tópico, de que maneira uma teoria da interpretação constitucional que esteve muito adstrita a um modelo de interpretação que servia a uma “sociedade fechada”, o que reduzia seu âmbito de investigação por se limitar à interpretação

de uma metodologia jurídica mais aberta; c) a constitucionalização do Direito; d) a reaproximação entre o Direito e a Moral; e e) a judicialização da política e das relações sociais.³²⁹

³³⁰ LEAL, Mônia Clarissa Hennig. Jurisdição constitucional aberta: a abertura constitucional como pressuposto de intervenção do *amicus curiae* no direito brasileiro. **Revista de Direito Público**, Porto Alegre, ano 5, n. 21, p. 27-49, maio./jun. 2008, p. 29.

³³¹ Importa esclarecer que isso não representa o total abandono aos métodos clássicos de interpretação, os quais continuam sendo utilizados em larga escala para as demais normas do ordenamento, bem como para a interpretação daquelas normas constitucionais que assim permitem.

³³² Autores como Theodor Viehweg (e a sua Tópica), Friedrich Muller (e a sua Metodica Estruturante) e Konrad Hesse (com seu método concretista baseado na força normativa da Constituição) podem ser agrupados sob esse rótulo.

³³³ Luís Roberto Barroso compartilha essa impressão: “A perspectiva pós-positivista e principiológica do Direito influenciou decisivamente a formação de uma moderna hermenêutica constitucional (...) Do ponto de vista metodológico, o problema concreto a ser resolvido passou a disputar com o sistema normativo a primazia na formulação adequada, solução que deve fundar-se em uma linha de argumentação apta a conquistar racionalmente os interlocutores, sendo certo que o processo interpretativo não tem como personagens apenas os juristas, mas a comunidade como um todo” (BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 333-334).

³³⁴ HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da constituição**: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1997 (Reimpressão, 2002).

³³⁵ HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da constituição**: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1997 (Reimpressão, 2002), p. 9.

³³⁶ Trata-se da sociedade aberta referida por Karl Popper. Na introdução do tomo I de “A sociedade aberta e seus inimigos”, Popper esclarece: “It attempts to show that this civilization has not yet fully recovered from the shock of its birth - the transition from the tribal or ‘closed society’, with its submission to magical forces, to the ‘open society’ which sets free the critical powers of man.” (POPPER, Karl R.. **The open society and its enemies**, Vol. I, 5ª ed., 1966).

constitucional dos juízes e aos procedimentos formalizados³³⁷, passa a se ocupar de uma “sociedade aberta”.

3.2 A sociedade aberta de intérpretes: democratização da interpretação constitucional

Uma investigação realista do desenvolvimento da interpretação constitucional exige um conceito mais amplo de hermenêutica, segundo o qual os órgãos estatais, a opinião pública, os cidadãos e os grupos por eles formados representam forças produtivas de interpretação.³³⁸

Para Häberle, a interpretação constitucional é mais um elemento da sociedade aberta, sendo, ao mesmo tempo, elemento resultante e elemento constituinte dessa sociedade.³³⁹ A Constituição, a par de refletir a realidade, também constitui essa realidade. Comentando o posicionamento de Häberle, arremata Paulo Bonavides:

A interpretação da Constituição, havida até então como um ato consciente, deliberado, formal, do jurista de profissão, como cousa da “sociedade fechada”, deve porém na realidade considerar-se pela nova metodologia como obra da “sociedade aberta”, de quantos dela participam materialmente. A interpretação da Constituição, assim entendida, está sempre a co-constituir a sociedade aberta e a ser por ela constituída, sendo seus critérios tanto mais abertos quanto mais pluralista for a sociedade.³⁴⁰

Häberle enfatiza que, no contexto da passagem de uma sociedade fechada dos intérpretes da Constituição para uma interpretação pela e para uma sociedade aberta, pluralista, interessa questionar e examinar um aspecto comumente relegado ao segundo plano pela teoria da interpretação, consistente em identificar quais os participantes desse processo, quem são os sujeitos legitimados a promover a interpretação constitucional.³⁴¹

A esse respeito, assevera Paulo Bonavides:

³³⁷ HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da constituição:** contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1997 (Reimpressão, 2002), p. 12.

³³⁸ HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da constituição:** contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1997 (Reimpressão, 2002), p. 14.

³³⁹ HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da constituição:** contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1997 (Reimpressão, 2002), p. 13.

³⁴⁰ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional.** 25 ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 512.

³⁴¹ Saber quais os participantes do processo de interpretação é consequência do conceito “republicano” de interpretação aberta que há de ser considerada como objetivo da interpretação constitucional (HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da constituição:** contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1997 (Reimpressão, 2002), p. 19).

A hermenêutica constitucional contemporânea, diante da nova metodologia concretista, poderia resumir-se, do ponto de vista daqueles que tomam parte na operação interpretativa, como uma passagem da sociedade fechada dos intérpretes da Constituição a uma interpretação constitucional por via da sociedade aberta e a esta destinada.³⁴²

Häberle se opõe ao entendimento que reduz o processo de interpretação constitucional à atividade dos órgãos estatais, dos ditos “órgãos oficiais”. Isto porque, segundo o constitucionalista alemão, ao processo de interpretação constitucional têm acesso, de forma potencial, todas as forças da comunidade política, razão pela qual o referido processo não pode ser visto como um evento exclusivamente estatal, nem do ponto de vista teórico nem do ponto de vista prático.³⁴³ Na condição de intérpretes constitucionais em sentido lato, eles atuam, quando menos, como pré-intérpretes.³⁴⁴ Nas palavras do próprio autor:

Quem vive a norma acaba por interpretá-la ou pelo menos por co-interpretá-la (*Wer die Norm “lebt”, interpretiert sie auch (mit)*). Toda atualização da Constituição, por meio da atuação de qualquer indivíduo, constitui, ainda que parcialmente, uma interpretação constitucional antecipada.³⁴⁵

Não é possível, portanto, estabelecer um número fixo de intérpretes da Constituição, estando vinculados a esse processo todos os órgãos estatais, as potências públicas, cidadãos e grupos.³⁴⁶ Essa ampliação do círculo de intérpretes constitucionais está intimamente associada à idéia desenvolvida por Häberle, no sentido de que qualquer pessoa que vivencia o contexto que é regulado por uma norma é um legítimo intérprete dessa norma, seja direta ou indiretamente.³⁴⁷ Assim, a razão pela qual os intérpretes jurídicos (oficiais) da Constituição não detêm o monopólio da interpretação é de fácil compreensão: pelo simples fato de não serem os únicos que vivem a norma constitucional.³⁴⁸ Assim, na medida em que os cidadãos são destinatários e autores do seu próprio Direito, têm o poder de participar – com voz ativa –

³⁴² BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 25 ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 512.

³⁴³ HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1997 (Reimpressão, 2002), p. 23-24.

³⁴⁴ HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1997 (Reimpressão, 2002), p. 14.

³⁴⁵ HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1997 (Reimpressão, 2002), p. 13-14.

³⁴⁶ HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1997 (Reimpressão, 2002), p. 13.

³⁴⁷ HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1997 (Reimpressão, 2002), p. 15.

³⁴⁸ HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1997 (Reimpressão, 2002), p. 15.

dos processos de interpretação constitucional, sendo vedada a sua desconsideração por parte dos operadores oficiais.³⁴⁹

Em sociedades plurais, essa ampliação do número de intérpretes da Constituição constitui-se em alternativa para que se diminua a insegurança no que diz respeito ao resultado do processo interpretativo, de modo que quanto maior for o número de sujeitos componentes do processo de conformação do sentido da Constituição, maior será a certeza de que os direitos estarão sendo adequadamente tutelados.³⁵⁰

Nesse passo, dá-se uma democratização da interpretação constitucional. Em outras palavras, a teoria da interpretação deve ser garantida sob a influência da teoria democrática, razão pela qual não se pode pensar na interpretação da Constituição sem a participação ativa do cidadão.³⁵¹ Aliás, nos dizeres de Häberle, “o destinatário da norma é participante ativo, muito mais ativo do que se pode supor tradicionalmente, do processo hermenêutico”³⁵².

Dada essa possibilidade de participação do maior número possível de interessados no processo de interpretação, acaba-se democratizando o acesso às discussões, o que tende a fazer com que a escolha interpretativa para deslinde do caso concreto sob análise recaia sobre a opção mais fortemente calcada em parâmetros de razoabilidade.³⁵³

Isto significa que o que propicia a concretização das normas constitucionais não é a pura e simples aplicação do texto constitucional positivado, mas sim a “[...] atuação efetiva e pluriarticulada daquele grupo de forças produtivas da interpretação”³⁵⁴, tomada esta no seu sentido de atualização e de adequação das normas ao caso concreto.

Na tentativa de apresentar, sistematicamente, os participantes da interpretação constitucional, Peter Häberle elabora um catálogo provisório que engloba, além das funções estatais³⁵⁵; os participantes do processo de decisão que não são, necessariamente, órgãos do

³⁴⁹ BINENBOJM, Gustavo. **A Nova Jurisdição Constitucional Brasileira**: legitimidade democrática e instrumentos de realização. 3. ed. rev. amp. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 115.

³⁵⁰ MAMARI FILHO, Luís Sérgio Soares. **A Comunidade Aberta de Intérpretes da Constituição**: o *amicus curiae* como estratégia de democratização da busca do significado das normas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 84.

³⁵¹ HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da constituição**: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1997 (Reimpressão, 2002), p. 14.

³⁵² HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da constituição**: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1997 (Reimpressão, 2002), p. 15.

³⁵³ AGRA, Walber de Moura. **A reconstrução da legitimidade do Supremo Tribunal Federal**: Densificação da Jurisdição Constitucional Brasileira. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 290.

³⁵⁴ MATTOS, Ana Letícia Queiroga de. **Amicus Curiae**: Hermenêutica e Jurisdição Constitucional. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2011, p. 153.

³⁵⁵ São dois os casos em que as funções estatais participariam da atividade de interpretação da Constituição: na decisão vinculante da Corte Constitucional; e nos órgãos estatais com poder de decisão vinculante, mas

Estado³⁵⁶; a opinião pública democrática e pluralista³⁵⁷; bem como a doutrina constitucional, que possui o papel relevante de tematizar a participação de outras forças, ao tempo em que participa nos diversos níveis.³⁵⁸

À medida que a interpretação se revela como um processo aberto³⁵⁹, que conhece possibilidades e alternativas diversas, a necessidade de uma correspondência estrita entre vinculação à Constituição e legitimação para a sua interpretação perde a razão de ser. O que surge como necessidade, aqui, é a integração da realidade no processo de interpretação³⁶⁰, necessidade cuja conseqüência mais evidente consiste na ampliação do círculo de intérpretes da Constituição.³⁶¹ Tal círculo há de ser tanto mais amplo, quanto mais ampla for, do ponto de vista objetivo e metodológico, a interpretação constitucional.³⁶²

Sob a luz de uma teoria da Constituição, as forças pluralistas da sociedade encontrariam legitimação para participar da interpretação constitucional no fato de que referidas forças representam uma parcela da publicidade e da realidade da Constituição. Para

submetidos a um processo de revisão. [HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da constituição**: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1997 (Reimpressão, 2002), p. 20-21].

³⁵⁶ O autor exemplifica: o requerente ou recorrente e o requerido ou recorrido (autor e réu, em suma), no recurso constitucional; outros participantes do processo que têm direito de manifestação na lide ou que, eventualmente, são convocados pela própria Corte Constitucional; pareceristas ou expertos; peritos; grupos de pressão organizados; as partes em processos administrativos de caráter participativo. [HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da constituição**: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1997 (Reimpressão, 2002), p. 21-22].

³⁵⁷ Aqui, o autor destaca a participação do jornalismo profissional (imprensa, rádio, televisão), a expectativa dos leitores, as iniciativas dos cidadãos, as associações, os partidos políticos fora de seu âmbito de atuação organizada, as igrejas, as escolas, etc. [HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da constituição**: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1997 (Reimpressão, 2002), p. 22-23].

³⁵⁸ HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da constituição**: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1997 (Reimpressão, 2002), p. 23.

³⁵⁹ “A interpretação da Constituição é ‘processo’ aberto, ou seja, operação livre que como tal deve conservar-se. Sua compreensão há de ser a mais dilatada possível, de modo que, sobre acolher aquela interpretação que se faz em âmbito mais restrito, principalmente na esfera jurídica dos tribunais, venha a abranger por igual aqueles que ativa ou passivamente participam da vida política da comunidade” (BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 25 ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 510).

³⁶⁰ “A conformação da realidade da Constituição torna-se também parte da interpretação das normas constitucionais pertinentes a essa realidade.” [HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da constituição**: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1997 (Reimpressão, 2002), p. 24.]

³⁶¹ HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da constituição**: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1997 (Reimpressão, 2002), p. 30.

³⁶² HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da constituição**: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1997 (Reimpressão, 2002), p. 32.

Häberle, a Constituição há de integrar as forças sociais e privadas enquanto sujeitos³⁶³, de modo que raciocinar de forma oposta é, a um só tempo, enganar-se e empobrecer a atividade interpretativa.³⁶⁴

O juiz interpreta a Constituição na esfera pública e na realidade, sendo certo que essa constatação não pode ser ofuscada pela vinculação judicial à lei, nem tampouco pelas garantias de independência pessoal e funcional dos juízes.³⁶⁵

As influências a que está submetido o julgador não podem ser encaradas apenas sob o prisma de ameaça a sua imparcialidade ou independência. São estas mesmas influências, expectativas e obrigações sociais que também conferem ao juiz uma certa dose de legitimação.³⁶⁶ Comentando essa passagem da obra de Häberle, Paulo Bonavides esclarece:

Aqueles influências e pressões (...) impedem a arbitrariedade na interpretação judicial. De sorte que a garantia da independência do juiz só se tolera na medida em que as outras funções estatais e o pluralismo público fornecem “material” para a lei. Tudo isso vem em socorro da tese de que todos estão incluídos no processo de interpretação da Constituição, ainda aqueles que não são diretamente atingidos pelo ato interpretativo!³⁶⁷

Em suma, “[...] todos estão inseridos no processo de interpretação constitucional, até mesmo aqueles que não são diretamente por ela afetados”³⁶⁸.

Essa multiplicidade de interpretações é a principal fonte de críticas à teoria häberliana. O próprio Häberle já o previa, ao anunciar que a interpretação constitucional poderia

³⁶³ “Uma Constituição, que estrutura não apenas o Estado em sentido estrito, mas também a própria esfera pública (*Öffentlichkeit*), dispondo sobre a organização da própria sociedade e, diretamente, sobre setores da vida privada, não pode tratar as forças sociais e privadas como meros objetos.” [HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da constituição**: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1997 (Reimpressão, 2002), p. 33].

³⁶⁴ “Limitar a hermenêutica constitucional aos intérpretes ‘corporativos’ ou autorizados jurídica ou funcionalmente pelo Estado significaria um empobrecimento ou um autoengodo.” [HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da constituição**: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1997 (Reimpressão, 2002), p. 34.]

³⁶⁵ HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da constituição**: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1997 (Reimpressão, 2002), p. 31.

³⁶⁶ HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da constituição**: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1997 (Reimpressão, 2002), p. 31.

³⁶⁷ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 25 ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 513.

³⁶⁸ HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da constituição**: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1997 (Reimpressão, 2002), p. 32.

“dissolver-se” num grande número de intérpretes e de interpretações, a depender da forma como fosse praticada.³⁶⁹

O constitucionalista alemão estava certo. Segundo juristas de escol, tais como Paulo Bonavides³⁷⁰, J.J. Gomes Canotilho³⁷¹ e Ernst-Wolfgang Böckenförde³⁷², uma ampliação exagerada do número de intérpretes acabaria por dissolver a normatividade e comprometer a estabilidade da Constituição. Nos dizeres de Paulo Bonavides:

Esse alargamento extremo, que faz de todos, no pluralismo democrático da sociedade aberta, a um tempo objeto e sujeito da ordem constitucional (...) pode conduzir, pela sua radicalização, a um considerável afrouxamento da normatividade e juridicidade das Constituições, como tem sido observado e criticado com respeito a todos os métodos tópicos e concretistas.³⁷³

Canotilho, por sua vez, destaca que a teoria de Häberle apresenta um considerável déficit normativo, seja por retirar a normatividade da Constituição, seja pelo fato de que simples aberturas processuais não são capazes de compensar eventuais lacunas do conteúdo material de uma lei fundamental.³⁷⁴

Inocência Mártires Coelho, entretanto, posiciona-se de maneira diversa. Para ele, o alargamento do número de intérpretes (ou de “tradutores constitucionais autorizados”) acaba por promover a integração de diferentes perspectivas hermenêuticas, ao tempo em que atua como instrumento de prevenção e solução de conflitos. Sendo assim, ao assegurar o dissenso hermenêutico e racionalizar as divergências interpretativas sobre a Constituição, a teoria proposta por Häberle, em verdade, contribuiria para preservar a unidade política e manter a ordem jurídica.³⁷⁵

Segundo Häberle, a unidade da Constituição repousa na conjugação do processo e das funções de diferentes intérpretes³⁷⁶. Ademais, a última palavra sobre a interpretação sempre

³⁶⁹ HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição.** Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1997 (Reimpressão, 2002), p. 29.

³⁷⁰ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional.** 25 ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

³⁷¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador.** Reimpressão. Coimbra: Coimbra Editora, 1994.

³⁷² BÖCKENFÖRD, Ernst-Wolfgang. **Escritos sobre Derechos Fundamentales.** Tradução de Juan Luis Requejo Pagés e Ignacio Villaverde Menéndez. Baden-Baden: Nomos, 1993.

³⁷³ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional.** 25 ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 509.

³⁷⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador.** Reimpressão. Coimbra: Coimbra Editora, 1994, p. 97-98.

³⁷⁵ COELHO, Inocência Mártires. As idéias de Peter Häberle e a abertura da interpretação constitucional no direito brasileiro. **Revista de Informação Legislativa,** Brasília, ano 35, n. 137, p. 157-164, jan./mar. 1998, p. 158.

³⁷⁶ HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição.** Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1997 (Reimpressão, 2002), p. 32-33.

permanecerá sob a responsabilidade dos órgãos jurisdicionais.³⁷⁷⁻³⁷⁸ Apesar disso, as decisões não devem escapar à necessidade de ampla fundamentação e exposição ao debate público, dado o caráter racionalizador e legitimador da crítica oriunda da esfera pública.³⁷⁹

Outra crítica bastante comum é a de que uma aplicação eficaz do método concretista da “Constituição aberta” exige fatores difíceis de se encontrar em sistemas políticos e sociais de países subdesenvolvidos ou em desenvolvimento, entre os quais se destaca “a presença de um sólido consenso democrático, base social estável, pressupostos institucionais firmes, cultura política bastante ampliada e desenvolvida”³⁸⁰.

De fato, embora a proposta de Häberle aparente uma certa simplicidade do ponto de vista teórico, há uma grande dificuldade de implementação do ponto de vista prático. Nada obstante, seu pensamento aportou relevantes contribuições à assim chamada Nova Hermenêutica, já que a partir dele o papel da sociedade no que toca à interpretação constitucional passou a ser visto como algo decisivo, especialmente em se tratando das normas consagradoras de direitos fundamentais. Afinal, “se a interpretação constitucional deve ser voltada para consagrar a constituição na sociedade, por que não permitir que esta mesma sociedade influencie na própria conformação interpretativa da lei maior de seu país?”³⁸¹

Sob o prisma da teoria da democracia, aliás, Häberle conclui pela inexistência de um desenvolvimento da democracia que se limite, tão-somente, a uma legitimação mediante eleições. Nas palavras do próprio autor:

“Povo” não é apenas um referencial quantitativo que se manifesta no dia da eleição e que, enquanto tal, confere legitimidade democrática ao processo de decisão. Povo é também um elemento pluralista para a interpretação que se faz presente de forma

³⁷⁷ HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da constituição:** contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1997 (Reimpressão, 2002), p. 14.

³⁷⁸ “Por certo que a última instância de determinação do conteúdo da norma constitucional e, por extensão, de qualquer outro texto normativo, é do tribunal, do juiz, dos agentes jurídicos, pois são eles que eliminam a plausibilidade jurídica do conflito ao decidi-lo de forma terminal” (ADEODATO, João Maurício. **Ética e retórica:** para uma teoria da dogmática jurídica. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 222-223).

³⁷⁹ BINENBOJM, Gustavo. **A Nova Jurisdição Constitucional Brasileira:** legitimidade democrática e instrumentos de realização. 3. ed. rev. amp. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 115 e MAMARI FILHO, Luís Sérgio Soares. **A Comunidade Aberta de Intérpretes da Constituição:** o *amicus curiae* como estratégia de democratização da busca do significado das normas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, 76.

³⁸⁰ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional.** 25 ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 516 e GALINDO, Bruno César Machado Torres. **Direitos Fundamentais:** análise de sua concretização constitucional. Curitiba: Juruá, 2005, p. 141.

³⁸¹ GALINDO, Bruno César Machado Torres. **Direitos Fundamentais:** análise de sua concretização constitucional. Curitiba: Juruá, 2005, p. 142.

legitimadora no processo constitucional: como partido político, como opinião científica, como grupo de interesse, como cidadão.³⁸²

No modelo de sociedade aberta defendido por Häberle, a democracia desenvolver-se-ia através de “[...] formas refinadas de mediação do processo público e pluralista da política e da práxis cotidiana, especialmente mediante a realização dos Direitos Fundamentais”³⁸³.

Destaca-se, portanto, o papel sobranceiro dos direitos fundamentais, que compõem a base de legitimação democrática para a interpretação aberta, tanto no que diz respeito ao resultado dessa interpretação, quanto no que se refere ao círculo de participantes.³⁸⁴

Häberle propõe, em verdade, um distanciamento do conceito tradicional rousseauiano de democracia enquanto domínio do povo e propugna por um “domínio do cidadão”³⁸⁵. Sua concepção de democracia não é, portanto, aquela do povo-massa, mas a do povo cidadão.³⁸⁶ Segundo ele, além de mais realista do que a democracia popular, a democracia do cidadão se aproxima mais da idéia que concebe a democracia a partir dos direitos fundamentais. O povo deixa de ser referência para a Constituição democrática, dando lugar à liberdade fundamental do cidadão, ao pluralismo.³⁸⁷

O raio de interpretação normativa amplia-se graças aos “intérpretes da Constituição da sociedade aberta”. Eles são os participantes fundamentais no processo de “*trial and error*”, de descoberta e de obtenção do direito. A sociedade torna-se aberta e livre, porque todos estão potencial e atualmente aptos a oferecer alternativas para a interpretação constitucional.³⁸⁸

A hermenêutica constitucional, destarte, há de lançar mão de instrumentos que garantam a máxima e desimpedida discussão acerca das normas constitucionais por parte dos

³⁸² HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da constituição:** contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1997 (Reimpressão, 2002), p. 37.

³⁸³ HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da constituição:** contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1997 (Reimpressão, 2002), p. 36.

³⁸⁴ HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da constituição:** contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1997 (Reimpressão, 2002), p. 37.

³⁸⁵ HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da constituição:** contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1997 (Reimpressão, 2002), p. 38.

³⁸⁶ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional.** 25 ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 515.

³⁸⁷ HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da constituição:** contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1997 (Reimpressão, 2002), p. 38-39.

³⁸⁸ HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da constituição:** contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1997 (Reimpressão, 2002), p. 42-43.

cidadãos (individualmente ou agrupados) de tal forma que sejam resguardados os efeitos pluralistas da interpretação.³⁸⁹

Da análise de tudo quanto se disse até o presente, conclui-se por uma relativização da hermenêutica constitucional, a qual decorre do fato de o juiz constitucional não mais interpretar de forma isolada, posto que os participantes e as formas de participação no processo constitucional se ampliam consideravelmente.³⁹⁰ Aliado a esse fator, tem-se a nota característica de que as forças pluralistas públicas interpretam (potencialmente) a Constituição antes mesmo que se opere uma interpretação jurídica, sendo dever da Corte Constitucional proceder a uma interpretação que corresponda à essa sua atualização pública.³⁹¹ A última razão apontada por Häberle para essa relativização se encontra na circunstância de que inúmeras questões atinentes à Constituição em sua feição material não chegam à Corte Constitucional, o que faz com que a Constituição material siga sem uma interpretação por parte do juiz.³⁹²

Especificamente no que diz respeito a esse último aspecto, Luís Roberto Barroso também salienta que é muito significativo o número de questões envolvendo a Constituição que não são levadas aos tribunais e, muito menos, ao Supremo Tribunal Federal, órgão incumbido da missão institucional de resguardá-la. Essas questões são resolvidas no plano da informalidade, através do consenso ou da renúncia, sem mencionar as hipóteses em que não há possibilidade processual de acesso ao tribunal para que se discuta a questão constitucional. Assim, em todos esses casos, a Constituição é interpretada, não pelo órgão jurisdicional e oficial, mas pela generalidade das pessoas, destinatários das normas constitucionais.³⁹³

Muito embora louvável sob uma perspectiva eminentemente teórica, a teoria de Häberle só pode ser pensada com um pouco mais de viabilidade prática em sistemas efetivamente democráticos, caracterizando-se como uma teoria hermenêutica destinada para

³⁸⁹ HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da constituição:** contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1997 (Reimpressão, 2002), p. 39-40.

³⁹⁰ HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da constituição:** contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1997 (Reimpressão, 2002), p. 41.

³⁹¹ HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da constituição:** contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1997 (Reimpressão, 2002), p. 41.

³⁹² HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da constituição:** contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1997 (Reimpressão, 2002), p. 42.

³⁹³ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição.** 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 123-124.

Estados nos quais haja uma democracia bem desenvolvida, mas que dificilmente se adéqua aos países subdesenvolvidos.³⁹⁴

Isso não impede, contudo, que se possa identificar, mesmo nos ditos países periféricos, tentativas de implementação de uma hermenêutica constitucional similar à proposta por Häberle. É a partir desta perspectiva que, no próximo tópico, analisar-se-á de que forma as suas idéias vêm sendo prestigiadas no âmbito do STF.

3.3 O Supremo Tribunal Federal e a tendência de abertura da interpretação constitucional: a influência de Peter Häberle

A mudança de paradigma que vem sendo estudada neste capítulo é facilmente percebida na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que tem dado várias demonstrações de sua simpatia para com essa nova concepção do fenômeno jurídico. Apenas a título exemplificativo, pode-se mencionar: a alteração da posição do Supremo relativamente aos direitos sociais que, de normas programáticas, hoje são submetidos a uma forte proteção judicial; o reconhecimento de eficácia horizontal aos direitos fundamentais, o que permite sua incidência diretamente nas relações sociais privadas independentemente de qualquer mediação legislativa; a modificação do entendimento da Corte no que diz respeito às potencialidades do mandado de injunção; e as inovações processuais em sede de jurisdição constitucional, notadamente, a permissão de participação dos *amici curiae* e o constante recurso à realização de audiências públicas no âmbito do processo constitucional, facultando assim a atuação da sociedade civil organizada no STF.³⁹⁵

O que se pretende demonstrar por ocasião deste tópico é que os contornos assumidos pela figura do *amicus curiae* na seara da jurisdição constitucional brasileira permitem identificá-lo como um instrumento de ordem prática a serviço da teoria da sociedade aberta de intérpretes proposta por Häberle. Em outras palavras, essa teoria exerce intensa influência na maneira de o Supremo Tribunal Federal lidar com a atuação de terceiros na qualidade de *amicus curiae*.

Os eventos que antecedem o processo de interpretação constitucional se apresentam variados e difusos, de tal sorte que a forma de participação da opinião pública no processo de interpretação constitucional reflete essa falta de organização. Daí a necessidade de os

³⁹⁴ GALINDO, Bruno César Machado Torres. **Direitos Fundamentais**: análise de sua concretização constitucional. Curitiba: Juruá, 2005, p. 142.

³⁹⁵ SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: SARMENTO, Daniel. **Filosofia e teoria constitucional contemporânea**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, p. 113-146, 2009, p. 130.

princípios e os métodos de interpretação constitucional desempenharem uma nova função, qual seja a de disciplinar e canalizar as múltiplas formas de influência dos diferentes participantes do processo, filtrando a força normatizadora da publicidade.³⁹⁶

Häberle também demonstra uma preocupação com o controle da participação dos diferentes grupos na interpretação constitucional, de tal sorte que a decisão da Corte Constitucional considere os interesses daqueles que não participam do processo e, portanto, são interesses não representados.³⁹⁷

Segundo o constitucionalista, formas outras de participação das potências públicas pluralistas enquanto intérpretes em sentido amplo da Constituição deveriam ser desenvolvidas, ante a necessidade de o direito processual constitucional tornar-se parte do direito de participação democrática.³⁹⁸ Nas palavras do próprio autor:

Os instrumentos de informação dos juízes constitucionais – não apesar, mas em razão da própria vinculação à lei – devem ser ampliados e aperfeiçoados, especialmente no que se refere às formas gradativas de participação e à própria possibilidade de participação (84) no processo constitucional (especialmente nas audiências e nas “intervenções”).³⁹⁹

Essa ampliação e esse aperfeiçoamento dos instrumentos de comunicação dos juízes constitucionais, bem como das possibilidades de efetiva participação no processo constitucional, são decisivos para que se possa falar em uma jurisdição democrática.⁴⁰⁰ Cuidase, nos dizeres de Mônia Clarissa Hennig Leal, da abertura da jurisdição em sua dimensão externa⁴⁰¹, ou seja, “[...] abertura dos seus procedimentos à efetiva participação e ao exercício

³⁹⁶ HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição.** Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1997 (Reimpressão, 2002), p. 43-44.

³⁹⁷ HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição.** Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1997 (Reimpressão, 2002), p. 46.

³⁹⁸ HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição.** Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1997 (Reimpressão, 2002), p. 48.

³⁹⁹ HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição.** Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1997 (Reimpressão, 2002), p. 46 e ss.

⁴⁰⁰ LEAL, Mônia Clarissa Hennig. Jurisdição constitucional aberta: a abertura constitucional como pressuposto de intervenção do *amicus curiae* no direito brasileiro. **Revista de Direito Público**, Porto Alegre, ano 5, n. 21, p. 27-49, maio./jun. 2008, p. 38.

⁴⁰¹ A abertura da jurisdição sob uma perspectiva interna está relacionada a uma “[...] abertura democrática à própria sociedade aberta de intérpretes e à atividade interpretativa da sociedade pluralista” (LEAL, Mônia Clarissa Hennig. Jurisdição constitucional aberta: a abertura constitucional como pressuposto de intervenção do *amicus curiae* no direito brasileiro. **Revista de Direito Público**, Porto Alegre, ano 5, n. 21, p. 27-49, maio./jun. 2008, p. 38).

institucionalizado do *status activus processualis* no âmbito da jurisdição, sobretudo da jurisdição constitucional”⁴⁰².

A participação de diferentes grupos ou estratos sociais em processos judiciais que repercutem por toda a sociedade desempenha uma função de integração de extrema relevância, razão pela qual, segundo Gilmar Mendes, Häberle defende a necessidade de ampliação dos instrumentos de informação dos juízes constitucionais, o que tem sido feito, no Brasil, especialmente por intermédio da realização de audiências públicas e do respaldo a intervenções de eventuais interessados, na condição de *amici curiae*.⁴⁰³

André Rufino do Vale e Gilmar Ferreira Mendes comungam da opinião de que o pensamento de Häberle é difundido internacionalmente, estando quase sempre acompanhado de processos formais que institucionalizam estruturas, organismos e procedimentos voltados à implementação, em termos práticos, de institutos concebidos em nível doutrinário pelo filósofo alemão, o que é capaz de demonstrar quão sólidos são os fundamentos fornecidos pelas suas criações para o desenvolvimento do atual Estado constitucional.⁴⁰⁴

No Brasil, também é possível verificar esse fenômeno, que fora aqui perpetrado pela edição da Lei n.º 9.868/99 e da Lei n.º 9.882/99, que instituíram no âmbito do controle concentrado de constitucionalidade a figura do *amicus curiae*, conforme explanado no tópico 2.3, para o qual se remete o leitor.

Hodiernamente, a participação dos *amici curiae* nas ações de controle de constitucionalidade é recorrente, desempenhando estes terceiros um papel fundamental no processo de interpretação da Constituição levado a efeito pelo Supremo Tribunal Federal. Destarte, a jurisdição constitucional brasileira adota um modelo procedimental apto ao oferecimento das condições que possibilitam que o processo constitucional seja construído por uma pluralidade de sujeitos e bombardeado por uma pluralidade de argumentos e perspectivas.⁴⁰⁵

Desse modo, tem-se que a possibilidade de interveniência do *amicus curiae* serve ao propósito de garantir caráter dialógico à jurisdição constitucional, ou seja, a manifestação dos

⁴⁰² LEAL, Mônia Clarissa Hennig. Jurisdição constitucional aberta: a abertura constitucional como pressuposto de intervenção do *amicus curiae* no direito brasileiro. **Revista de Direito Público**, Porto Alegre, ano 5, n. 21, p. 27-49, maio./jun. 2008, p. 38.

⁴⁰³ MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle de constitucionalidade** – Repercussões na atividade econômica. Disponível em: <<http://www.bcb.gov.br/htms/public/8encjur/04%20-gilmar%20ferreira%20mendes.pdf>>. Acesso em: 14 ago. 2011.

⁴⁰⁴ VALE, André Rufino do; MENDES, Gilmar Ferreira. A influência do pensamento de Peter Häberle no STF. **Revista Consultor Jurídico**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br>>. Acesso em: 12 jul. 2010.

⁴⁰⁵ HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1997 (Reimpressão, 2002), p. 49.

mais diversos setores e órgãos da sociedade civil contribui para a democratização das decisões do STF, o que, por seu turno, fundamenta a legitimidade de tais decisões.⁴⁰⁶

Bastante didático e elucidativo o voto exarado pelo Min. Celso de Mello por ocasião do julgamento da ADIn n.º 2.130/SC, cuja transcrição, mesmo parcial, impõe-se:

A admissão de terceiro, na condição de *amicus curiae*, no processo objetivo de controle normativo abstrato, qualifica-se como fator de legitimação social das decisões da Suprema Corte, enquanto Tribunal Constitucional, pois viabiliza, em obséquio ao postulado democrático, a abertura do processo de fiscalização concentrada de constitucionalidade, em ordem a permitir que nele se realize, sempre sob uma perspectiva eminentemente pluralística, a possibilidade de participação formal de entidades e de instituições que efetivamente representem os interesses gerais da coletividade ou que expressem os valores essenciais e relevantes de grupos, classes ou estratos sociais.⁴⁰⁷

No julgamento de outra ADIn, a de número 3.484/RN, manifestou-se o Min. Gilmar Mendes:

[...] ao ter acesso a essa pluralidade de visões em permanente diálogo, este Supremo Tribunal Federal passa a contar com benefícios decorrentes dos subsídios técnicos, implicações político-jurídicas e elementos de repercussão econômica que possam vir a ser apresentados pelos “amigos da Corte”. Essa inovação institucional, além de contribuir para a qualidade da prestação jurisdicional, garante novas possibilidades de legitimação dos julgamentos do Tribunal no âmbito de sua tarefa precípua de guarda da Constituição. É certo, também, que, ao cumprir as funções de Corte Constitucional, o Tribunal não pode deixar de exercer a sua competência, especialmente no que se refere à defesa dos direitos fundamentais em face de uma decisão legislativa, sob a alegação de que não dispõe dos mecanismos probatórios adequados para examinar a matéria. Entendo, portanto, que a admissão de *amicus curiae* confere ao processo um colorido diferenciado, emprestando-lhe caráter pluralista e aberto, fundamental para o reconhecimento de direitos e a realização de garantias constitucionais em um estado Democrático de Direito.⁴⁰⁸

Essa aludida abertura procedimental, não há dúvidas, é fruto das modernas teorias constitucionalistas que consideram a atividade hermenêutica da Constituição um processo amplo e aberto, do qual toda a sociedade deve participar, na condição de intérprete.⁴⁰⁹ Na

⁴⁰⁶ AGRA, Walber de Moura. **A reconstrução da legitimidade do Supremo Tribunal Federal**: Densificação da Jurisdição Constitucional Brasileira. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 292. No mesmo sentido, a assertiva de Danielle Sales Echaiz Espinoza, no sentido de que “[...] quanto mais ‘aberta’ a jurisdição constitucional, maior será o seu grau de legitimidade democrática” (ESPINOZA, Danielle Sales Echaiz. **Entre substancialismo e procedimentalismo**: elementos para uma teoria constitucional brasileira adequada. Maceió: Edufal, 2009, p. 153).

⁴⁰⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2.130/SC. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, 14 de dezembro de 2001. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 15 jul. 2009.

⁴⁰⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3484/RN. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, 23 de agosto de 2006. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 15 jul. 2009.

⁴⁰⁹ “É inegável que essa abertura do processo constitucional foi fortemente influenciada, no Brasil, pela doutrina de Peter Häberle.” (VALE, André Rufino do; MENDES, Gilmar Ferreira. A influência do pensamento de Peter Häberle no STF. **Revista Consultor Jurídico**. Disponível em: < <http://www.conjur.com.br> >. Acesso em: 12 jul. 2010).

expressão cunhada por Peter Häberle, uma “sociedade aberta dos intérpretes da constituição”.⁴¹⁰

Com isso, além de uma maior abertura do debate acerca de questões constitucionais, em virtude da viabilização da participação de variados segmentos da sociedade no processo, a intervenção do *amicus curiae* constitui fator de aumento da legitimação das decisões do Supremo, enquanto última instância de decisão sobre matérias de tamanha dignidade constitucional, como os direitos fundamentais, por exemplo.⁴¹¹

Essa legitimação social que a atuação do *amicus* teria o condão de atribuir às decisões do Supremo Tribunal Federal é decorrência da abertura do processo de fiscalização concentrada de constitucionalidade que, em observância ao postulado democrático, permite a participação formal, sob uma perspectiva preponderantemente pluralista, de entidades e/ou instituições representativas dos interesses da coletividade ou, quando menos, que expressem os valores caros a grupos, classes, estratos ou segmentos sociais.⁴¹²

Vê-se, pois, que dessa forma se atendem as exigências impostas por um Estado Democrático de Direito, no qual o processo judicial deve estar sintonizado com os princípios constitucionais e, em decorrência, com o direito fundamental de participação na tomada de decisões⁴¹³. Com isto se quer dizer que a norma jurídica concreta – a sentença – deve ser elaborada com a participação dos destinatários dos seus efeitos. Essa “construção participada

⁴¹⁰ Gustavo Binbenbojm também advoga a tese de que a Lei n.º 9.868/99, ao positivar o instituto do *amicus curiae*, aponta para uma maior abertura no processo de interpretação constitucional, nos termos que são sugeridos por Peter Häberle, consoante se pode observar do trecho de sua obra transcrito a seguir: “Destacam-se também os dispositivos em que a nova Lei sinaliza com uma maior *abertura* no processo de interpretação constitucional – no sentido que lhe empresta Peter Häberle – ao admitir expressamente a manifestação de outros órgãos ou entidades, além das partes formais, no processo de controle abstrato, de acordo com a sua representatividade e a relevância da matéria em discussão, bem como a possibilidade de os juízes da Corte se socorrerem, para a formação de sua convicção, dos conhecimentos técnicos de peritos e de depoimentos de pessoas com experiência e autoridade no tema em debate, mediante realização de audiências públicas. Um passo significativo na caminhada pela democratização do processo constitucional brasileiro” (BINENBOJM, Gustavo. **A Nova Jurisdição Constitucional Brasileira: legitimidade democrática e instrumentos de realização**. 3. ed. rev. amp. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 135).

⁴¹¹ LEAL, Mônia Clarissa Hennig. Jurisdição constitucional aberta: a abertura constitucional como pressuposto de intervenção do *amicus curiae* no direito brasileiro. **Revista de Direito Público**, Porto Alegre, ano 5, n. 21, p. 27-49, maio./jun. 2008, p. 40-41.

⁴¹² LEAL, Mônia Clarissa Hennig. Jurisdição constitucional aberta: a abertura constitucional como pressuposto de intervenção do *amicus curiae* no direito brasileiro. **Revista de Direito Público**, Porto Alegre, ano 5, n. 21, p. 27-49, maio./jun. 2008, p. 45-46 e BINENBOJM, Gustavo. **A Nova Jurisdição Constitucional Brasileira: legitimidade democrática e instrumentos de realização**. 3. ed. rev. amp. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 116.

⁴¹³ “[...] ao assegurar o contraditório, a ampla defesa, o direito à prova, o julgamento público e realizado por juiz competente, independente e imparcial, e tornar obrigatória a motivação das decisões judiciais, a Constituição da República atribuiu ao processo um perfil que assegura e exige a participação dos destinatários dos efeitos da decisão judicial na sua formação. A Constituição da República cria um modelo de processo com estrutura nitidamente participativa e dialógica, isto é, um processo judicial democrático” (ALMEIDA, Cléber Lúcio de. A legitimação das decisões judiciais no Estado Democrático de Direito. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª. Região**, Belo Horizonte, v. 45, n. 75, p. 19-25, jan./jun. 2007, p.19).

da decisão judicial ou do direito no caso concreto” auxilia na tarefa de consolidação do Estado Democrático de Direito, na medida em que garante participação não só na criação, bem como na aplicação das normas gerais e abstratas aos casos concretos.⁴¹⁴

Isto porque

Participar da formação da decisão judicial é, também, participar da formação da compreensão do significado das normas jurídicas gerais e abstratas (interpretação). Essa participação legitima a atribuição de significado à norma constante da decisão e a torna mais objetiva, uma vez que construída a partir de diversos pontos de vista.⁴¹⁵

Este o escopo da intervenção do *amicus curiae*: garantir que os diversos segmentos da sociedade participem, não só potencial, mas também efetivamente, das decisões tomadas pelo Poder Judiciário, atuando como instrumento de democratização do processo e conferindo, conseqüentemente, legitimidade às decisões proferidas.

Cumprir trazer à colação o posicionamento de Danielle Sales Echaiz Espinoza que, em obra voltada à identificação dos elementos de uma teoria constitucional brasileira adequada, após realizar uma percuciente análise das teorias substancialistas e procedimentalistas, conclui no sentido de que a legitimação da jurisdição constitucional deve ser aferida em graus, de maneira dinâmica, servindo-se, a um só tempo, de elementos de ordem material (atuação em defesa da efetivação dos direitos fundamentais, inclusive dos direitos sociais básicos, por exemplo) e de ordem procedimental. Entre os elementos de natureza procedimental que concorrem para a legitimação da jurisdição constitucional, segundo a autora, além da ampliação do rol de legitimados para propositura das ações de controle direto da constitucionalidade, encontra-se a previsão da figura do *amicus curiae*, bem assim de outros mecanismos processuais que possibilitem a participação dos cidadãos ou de associações, interessados ou especialistas nas questões discutidas nos processos constitucionais.⁴¹⁶

Essa multiplicidade de intérpretes, ao contrário do que se poderia aduzir, não implica a perda de independência do Judiciário, mas seu fortalecimento, haja vista que as decisões encontrariam, no caráter dialógico do procedimento, uma maior legitimidade social. Ademais,

⁴¹⁴ ALMEIDA, Cléber Lúcio de. A legitimação das decisões judiciais no Estado Democrático de Direito. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª. Região**, Belo Horizonte, v. 45, n. 75, p. 19-25, jan./jun. 2007, p. 19.

⁴¹⁵ ALMEIDA, Cléber Lúcio de. A legitimação das decisões judiciais no Estado Democrático de Direito. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª. Região**, Belo Horizonte, v. 45, n. 75, p. 19-25, jan./jun. 2007, p. 22.

⁴¹⁶ ESPINOZA, Danielle Sales Echaiz. **Entre substancialismo e procedimentalismo**: elementos para uma teoria constitucional brasileira adequada. Maceió: Edufal, 2009, p. 196. Entre os fatores hábeis à reconstrução da legitimidade do STF, Walber de Moura Agra inclui a necessidade de que as regras procedimentais que disciplinam as decisões proferidas pelo tribunal fomentem uma abertura dos canais de discussão, por meio da incorporação de vários setores da sociedade ao debate (AGRA, Walber de Moura. **A reconstrução da legitimidade do Supremo Tribunal Federal**: Densificação da Jurisdição Constitucional Brasileira. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 271).

a abertura do procedimento de interpretação constitucional tende a evitar que as decisões judiciais sejam marcadas por altas doses de arbitrariedade, além de aproximar os membros do STF das contingências sociais, enriquecendo o nível de seus posicionamentos.⁴¹⁷

Parece ser indiscutível, diante de tudo o que fora demonstrado até o presente, a influência marcante das idéias de Peter Häberle nas decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal.

De fato, com fulcro na concepção de uma sociedade aberta e pluralista de intérpretes da Constituição, o STF não tem se mostrado reticente quando o assunto é ampliar o debate das questões constitucionais, já que vem admitindo com uma freqüência cada vez maior a participação dos *amici curiae* nos processos objetivos de controle de constitucionalidade, o que contribui decisivamente para um aprimoramento da prestação jurisdicional.

Há, contudo, quem manifeste contrariedade à tese de que a participação popular no processo de tomada de decisão repercute no aperfeiçoamento da prestação jurisdicional. Ainda que não tenha sido feita com os olhos voltados especificamente para a suposta democratização conferida ao processo pela participação de *amici curiae*, a advertência lançada por Gustavo Ferreira Santos no sentido de que a consulta popular direta não é capaz de garantir, mesmo minimamente, uma melhor qualidade da decisão política⁴¹⁸ parece ser pertinente. De fato, assegurar o acesso de terceiros ao processo de tomada de decisões judiciais não é condição suficiente para que se possa falar em democratização processual, haja vista que não é uma tarefa fácil coibir as práticas manipuladoras da informação nem tampouco elidir completamente as interferências do poder econômico.

Assim, no que pertine especificamente à admissão do *amicus curiae* na jurisdição constitucional brasileira, prossegue o referido autor no sentido de que ela não representa um aumento na participação popular, haja vista que as entidades que intervêm no processo decisório possuem uma espécie de legitimação corporativa e não democrática. Desse modo, a consagração do instituto do *amicus curiae* corresponde a uma tentativa de mitigar a feição tipicamente contra-majoritária da jurisdição constitucional, conferindo um viés público ao debate, ainda que a decisão final acerca da controvérsia permaneça sendo atribuição de um juiz ou conjunto de juízes.⁴¹⁹

⁴¹⁷ AGRA, Walber de Moura. **A reconstrução da legitimidade do Supremo Tribunal Federal**: Densificação da Jurisdição Constitucional Brasileira. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 291.

⁴¹⁸ SANTOS, Gustavo Ferreira. **Neoconstitucionalismo, Poder Judiciário e Direitos Fundamentais**. Curitiba: Juruá, 2011, p. 40-41.

⁴¹⁹ SANTOS, Gustavo Ferreira. **Neoconstitucionalismo, Poder Judiciário e Direitos Fundamentais**. Curitiba: Juruá, 2011, p. 98-99.

Ainda que não se possa falar propriamente em *democratização*, não há como negar que a positivação do instituto do *amicus curiae* e sua posterior expressiva atuação em sede de jurisdição constitucional conduzem, no mínimo, a um esforço de abertura procedimental que, por sua vez, tem o condão de pluralizar o debate dos temas relevantes em matéria constitucional. Dito de outra maneira, por intermédio da intervenção do *amicus curiae*, os cidadãos podem levar ao conhecimento do STF argumentos e informações que se revelam úteis à formação da decisão final, bem como participam ativamente da interpretação constitucional, nos termos delineados por Häberle na sua sociedade aberta de intérpretes.⁴²⁰

Sendo assim, cumpre reconhecer a importância do papel desempenhado pelo STF que, ao promover essa abertura procedimental da interpretação constitucional, acaba por viabilizar, na prática, se não integralmente, alguns aspectos da teoria häberliana da interpretação constitucional.

⁴²⁰ CUNHA JÚNIOR, Dirley. A intervenção de terceiros no processo de controle abstrato de constitucionalidade – a intervenção do particular, do co-legitimado e do *amicus curiae* na ADIN, ADC e ADPF. In: DIDIER Jr., Fredie; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coords.). **Aspectos polêmicos e atuais sobre os terceiros no processo civil e assuntos afins**. São Paulo: RT, p. 149-167, 2004, p. 159-162.

4 SOBRE A (IM)POSSIBILIDADE DE AMPLIAÇÃO DAS HIPÓTESES DE INTERVENÇÃO DO *AMICUS CURIAE*

Até o presente momento, foram feitas considerações acerca do surgimento e desenvolvimento do instituto no modelo do *common law*, sobre a identificação das hipóteses de intervenção expressamente positivadas no ordenamento jurídico brasileiro (o que possibilitou uma proposta de definição da sua natureza jurídica), bem como se procedeu a uma análise de como o Supremo Tribunal Federal, apoiado na teoria háberliana da sociedade aberta de intérpretes, têm se utilizado da figura do *amicus curiae* com o escopo de promover uma abertura da jurisdição constitucional.

Uma vez conhecidos os contornos e as peculiaridades do instituto tal qual positivado, parece natural, a esta altura, que surjam outros questionamentos ligados à possibilidade de alargamento de suas funções. Em outros termos, cumpre examinar se – e em que medida – afigura-se possível admitir a intervenção do *amicus curiae* em hipóteses e procedimentos nos quais a participação deste terceiro não foi prevista pelo legislador.

4.1 A generalização do *amicus curiae* em função da expressão social do litígio

Aqueles que se mostram favoráveis a esta *generalização*⁴²¹ do instituto, partem da premissa de que embora a lógica do processo civil tradicional, consolidado sobre as bases de ideologias liberais e individualistas, sugira que os provimentos jurisdicionais desencadeiem efeitos apenas na esfera jurídica dos litigantes, não se pode deixar de admitir a possibilidade de que a eficácia da decisão prolatada interfira na situação de terceiros.⁴²²

De fato, é possível identificar uma gradação da submissão de terceiros aos efeitos da decisão proferida em processo *inter alios*, tendo Del Prá sugerido a seguinte classificação: i) *terceiros desinteressados* são os que não possuem nenhum interesse no direito material em litígio; ii) *terceiros interessados de fato* são os que possuem um interesse prejudicado que não goze de proteção jurídica (de ordem moral, econômica, política, etc.); iii) finalmente, os *terceiros interessados juridicamente*, ou seja, os que possuem interesse jurídico na causa.⁴²³

⁴²¹ A expressão foi cunhada por BUENO, Cássio Scarpinella. *Amicus curiae no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático*. 2. ed. rev. atual. e amp. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 620.

⁴²² DEL PRÁ, Carlos Gustavo Rodrigues. *Amicus curiae: instrumento de participação democrática e de aperfeiçoamento da prestação jurisdicional*. Curitiba: Juruá, 2007, p. 19.

⁴²³ DEL PRÁ, Carlos Gustavo Rodrigues. *Amicus curiae: instrumento de participação democrática e de aperfeiçoamento da prestação jurisdicional*. Curitiba: Juruá, 2007, p. 19-20.

O Direito, em sua versão clássica e tradicional, não se preocupa com os dois primeiros grupos, haja vista que a intervenção de terceiros, tal qual disciplinada pelo Código de Processo Civil, está invariavelmente adstrita à demonstração de interesse jurídico por parte do interveniente. Sendo assim, afirma-se, sem maiores preocupações, que apenas podem buscar a tutela de seus interesses aqueles que tenham suas esferas jurídicas diretamente afetadas pela decisão que foi ou venha a ser proferida.⁴²⁴

Ocorre que há ações nas quais se contrapõem interesses individuais que, no entanto, abarcam um interesse muito mais amplo. Essa constatação, somada às garantias constitucionais do acesso à justiça e do devido processo legal impõem a seguinte conclusão, nas palavras de Carlos Gustavo Rodrigues Del Prá: “para aquelas ações que *naturalmente* dizem respeito a interesses que extrapolam a esfera individual e abarcam interesses de relevância pública, coletiva ou social, o problema da participação de terceiros adquire especial importância”⁴²⁵.

Nesse contexto, a garantia de acesso ao processo conduz à atribuição de uma legitimação, tanto sociológica quanto jurídico-processual, ao terceiro. Tal legitimidade, em termos sociológicos, consiste em dotar o terceiro de uma faculdade autorizada por uma situação de dominação ou, ainda, trata-se da atribuição de poder a um determinado sujeito, atribuição esta decorrente de uma posição de dominação das forças em uma dada época.⁴²⁶

Em se tratando do Estado brasileiro, mais especificamente do Estado Democrático de Direito instituído pela Constituição Federal de 1988, a força dominante que legitima toda estrutura de poder é o povo, de modo que a sua participação na administração da *res publica* é característica essencial da democracia.

Raciocínio aproximado é desenvolvido por Paulo Bonavides quando de suas conjecturas acerca dos direitos fundamentais de quarta dimensão, cujo ponto central é justamente a democracia direta. Nas palavras do próprio autor, tal democracia é “materialmente possível graças aos avanços da tecnologia de comunicação, e legitimamente sustentável graças à informação correta e às **aberturas pluralistas do sistema**”⁴²⁷ (grifos acrescidos).

⁴²⁴ DEL PRÁ, Carlos Gustavo Rodrigues. *Amicus curiae*: instrumento de participação democrática e de aperfeiçoamento da prestação jurisdicional. Curitiba: Juruá, 2007, p. 20.

⁴²⁵ DEL PRÁ, Carlos Gustavo Rodrigues. *Amicus curiae*: instrumento de participação democrática e de aperfeiçoamento da prestação jurisdicional. Curitiba: Juruá, 2007, p. 22.

⁴²⁶ DEL PRÁ, Carlos Gustavo Rodrigues. *Amicus curiae*: instrumento de participação democrática e de aperfeiçoamento da prestação jurisdicional. Curitiba: Juruá, 2007, p. 167.

⁴²⁷ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 13 ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 572.

Sobre a legitimidade do exercício do poder estatal em sua feição jurisdicional, Marinoni também defende uma abertura procedimental que garanta uma participação efetiva dos interessados no processo de tomada de decisão, como se depreende do excerto a seguir transcrito:

No processo jurisdicional, como já dissemos, exerce-se o poder do Estado. O exercício deste poder, como é óbvio, há de ser legítimo. Mas, a legitimidade do exercício do poder somente pode ser conferida pela abertura à participação. Ora, o processo jurisdicional, sem dúvida alguma, deve refletir o Estado Democrático de Direito. Assim, a idéia básica do processo deve ser a de garantir aos interessados uma participação efetiva no procedimento que vai levar à edição do ato de poder, ou seja, à decisão.⁴²⁸

Essa atitude de conferir legitimidade ao exercício do poder jurisdicional do Estado mediante uma abertura procedimental se confunde com a tentativa de se instaurar uma sociedade aberta de intérpretes do ordenamento jurídico como um todo (e não apenas da Constituição), na medida em que permite que todos colaborem no sentido de que sejam alcançadas as melhores soluções para os problemas postos em conflito, abandonando-se, assim, a idéia ultrapassada de que somente o legislador e/ou o juiz teriam um acesso privilegiado a uma única verdade possível.⁴²⁹

O que se tem, portanto, é que naquelas ações nas quais, a despeito de haver interesses individuais conflitantes, existe ainda um ou mais interesses que transcendem os lindes do litígio em questão, é necessário promover uma ampliação do debate ou, para usar a designação recorrente até então, uma abertura procedimental que teria o condão de legitimar a decisão apta a produzir efeitos para além daquele específico processo.

Tal raciocínio implica uma ampliação de um comportamento já bastante aceito no que concerne à fiscalização dos direitos fundamentais e à jurisdição constitucional (tal como fora demonstrado no capítulo 3), mas que não deveria ficar adstrito a esta seara, devendo-se estender a questões outras que digam respeito à administração dos assuntos comuns à sociedade ou, dito de outra maneira, que possuam relevância social.⁴³⁰

Essa tal relevância social ou coletiva, aliás, é o critério eleito por Carlos Gustavo Rodrigues Del Prá para determinar a possibilidade de um terceiro intervir, na qualidade de *amicus curiae*, mesmo fora das hipóteses expressamente previstas em lei. Aduz o citado autor que:

⁴²⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. **Novas linhas do processo civil**. São Paulo: RT, 1993, p. 159.

⁴²⁹ CAMBI, Eduardo. Norma e processo na crença democrática. **Revista de Processo**, São Paulo, ano 28, n. 110, p. 325-349, abr./jun. 2003, p. 331.

⁴³⁰ DEL PRÁ, Carlos Gustavo Rodrigues. *Amicus curiae*: instrumento de participação democrática e de aperfeiçoamento da prestação jurisdicional. Curitiba: Juruá, 2007, p. 168.

[...] sempre que houver essa relevância social ou coletiva, a limitação dos interesses discutidos aos das partes (e dos assistentes) somente pode ocorrer no plano dogmático-processual, enquanto que, pragmaticamente, o reconhecimento da existência de uma complexa trama de interesses envolvidos deve se impor. E, na nossa concepção, são esses interesses (ou pelo menos a projeção social e coletiva de um dos interesses) que irão permitir a participação de um terceiro, na qualidade de *amicus curiae*, nos demais casos não expressamente previstos em lei.⁴³¹

O interesse legitimador da intervenção do *amicus curiae* repousaria, destarte, na “expressão social” do objeto do litígio, não se confundindo com o interesse público que autoriza a participação do Ministério Público, muito embora possa haver situações nas quais ambos os interesses coincidam. Verifica-se, portanto, que o que torna a questão debatida relevante não só para as partes da contenda, bem assim para os terceiros que pretendam intervir a título de *amicus curiae*, é a transcendência dos efeitos da decisão a ser proferida, que pode vir a afetar um indeterminado número de pessoas.⁴³²

Voltando os olhos para a adequada representação dos interesses dos terceiros em juízo e em atenção à transformação do princípio do contraditório em princípio da cooperação, Cássio Scarpinella Bueno ressalta a importância da sistematização da intervenção do *amicus curiae* que, segundo ele, enriqueceria o debate no âmbito judicial de questões que se relacionam a uma coletividade cujos interesses não se encontram adequadamente representados pelas partes litigantes.⁴³³

É certo, porém, que a pretensão de instituir uma nova modalidade de intervenção de terceiros no processo civil brasileiro se opõe, em certa medida, a uma tendência verificável nos ordenamentos da família romano-germânica, pautada na interpretação restritiva no que tange às hipóteses de intervenção de terceiros em processos alheios e consubstanciada no princípio da singularidade. Tal princípio, que deita suas raízes no longínquo direito romano, perdeu muito de sua relevância com o passar dos tempos, haja vista ter sido formulado em uma realidade distante da atual, na qual a quase exclusividade de litígios versando sobre a administração das coisas particulares justificava a limitação da participação de terceiros no processo.⁴³⁴

⁴³¹ DEL PRÁ, Carlos Gustavo Rodrigues. *Amicus curiae*: instrumento de participação democrática e de aperfeiçoamento da prestação jurisdicional. Curitiba: Juruá, 2007, p. 169.

⁴³² DEL PRÁ, Carlos Gustavo Rodrigues. *Amicus curiae*: instrumento de participação democrática e de aperfeiçoamento da prestação jurisdicional. Curitiba: Juruá, 2007, p. 172-174.

⁴³³ BUENO, Cássio Scarpinella. *Amicus curiae no processo civil brasileiro*: um terceiro enigmático. 2. ed. rev. atual. e amp. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 624-625.

⁴³⁴ DEL PRÁ, Carlos Gustavo Rodrigues. *Amicus curiae*: instrumento de participação democrática e de aperfeiçoamento da prestação jurisdicional. Curitiba: Juruá, 2007, p. 175-176.

Considerando o número crescente de lides envolvendo questões de relevância social, bem como a necessidade de ponderação desse princípio – o da singularidade – com outros também vigentes em nosso ordenamento, como o princípio democrático, por exemplo, pode-se concluir pela mitigação do primeiro, especialmente quando se cuida de litígios nos quais os objetos apresentem aquela dita “expressão social”.⁴³⁵

4.2 Desnecessidade de uma alteração legislativa específica: a suficiente releitura dos dispositivos legais já existentes

Alguns autores vêm na releitura de dispositivos constantes do Código de Processo Civil vigente a chave para a admissão da generalização da figura do *amicus curiae*. É o caso de Cássio Scarpinella Bueno, que busca, mediante uma leitura das normas processuais orientada pelo “modelo constitucional de processo”, retirar do sistema processual civil as “fontes próximas da admissão do *amicus curiae*”⁴³⁶. Em outras palavras, a possibilidade de alargar o rol das hipóteses de intervenção do *amicus curiae* estaria albergada pelo processo de constitucionalização do Direito (estudado no tópico 3.1.2), em face da filtragem constitucional do Direito Processual Civil.⁴³⁷

Assim, a par dos poderes instrutórios do juiz e de sua ampla iniciativa probatória⁴³⁸, os arts. 335, 339 e 341, I e II, todos do Código de Processo Civil vigente, seriam suficientemente amplos para embasar a admissão generalizada do instituto.⁴³⁹ Assim estabelecem, *in verbis*, os dispositivos suso referidos:

Art. 335. Em falta de normas jurídicas particulares, o juiz aplicará as regras de experiência comum subministradas pela observação do que ordinariamente acontece e ainda as regras da experiência técnica, ressalvado, quanto a esta, o exame pericial.

Art. 339. Ninguém se exime do dever de colaborar com o Poder Judiciário para o descobrimento da verdade.

Art. 341. Compete ao terceiro, em relação a qualquer pleito:

⁴³⁵ DEL PRÁ, Carlos Gustavo Rodrigues. *Amicus curiae*: instrumento de participação democrática e de aperfeiçoamento da prestação jurisdicional. Curitiba: Juruá, 2007, p. 176-178.

⁴³⁶ BUENO, Cássio Scarpinella. *Amicus curiae no processo civil brasileiro*: um terceiro enigmático. 2. ed. rev. atual. e amp. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 641.

⁴³⁷ BUENO, Cássio Scarpinella. *Amicus curiae no processo civil brasileiro*: um terceiro enigmático. 2. ed. rev. atual. e amp. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 674.

⁴³⁸ Art. 130 do Código de Processo Civil: Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias.

⁴³⁹ BUENO, Cássio Scarpinella. *Amicus curiae no processo civil brasileiro*: um terceiro enigmático. 2. ed. rev. atual. e amp. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 641.

- I - informar ao juiz os fatos e as circunstâncias, de que tenha conhecimento;
- II - exhibir coisa ou documento, que esteja em seu poder.

Os dispositivos supratranscritos estão inseridos no Capítulo VI, Seção I, do Código de Processo Civil, ou seja, no capítulo correspondente às disposições gerais sobre provas, circunstância que parece restringir a análise dos mesmos a questões relativas aos deveres dos terceiros no que concerne à atividade probatória. Por esse motivo é pouco usual na doutrina a abordagem do art. 341, por exemplo, no sentido de dar enfoque ao direito que teriam os terceiros de, voluntariamente, informar ao juiz os fatos e circunstâncias que conheçam, bem assim exhibir coisa ou documento que detenham. Visto por esse ângulo, o art. 341 encampa verdadeira autorização para que sujeitos estranhos ao processo apresentem informações, prestem esclarecimentos e até mesmo produzam provas que se revelem úteis à solução da controvérsia, sem a necessidade de requerimento de uma das partes e independentemente de requisição do juiz.⁴⁴⁰

Dessa forma, o dispositivo em questão poderia fundamentar a possibilidade de um terceiro comparecer em juízo, de forma voluntária, atuando como verdadeiro *amicus curiae*, com vistas a prestar informações ou requerer a juntada de documento ou coisa, mas desde que “o objeto do processo tenha *relevância social e desde que sua atuação vise à colaboração com a Justiça*”.⁴⁴¹

Assim, segundo Del Prá, a possibilidade de intervenção voluntária de terceiros, a título de *amicus curiae*, encontraria justificativa no dever genérico de colaboração com a Justiça (art. 339 do CPC), no aumento de legitimidade conferido pela presença de uma suposta relevância social subjacente à questão posta em juízo e, finalmente, no enfraquecimento do princípio da singularidade, consoante já mencionado.⁴⁴²

Merece destaque, neste íterim, decisão monocrática exarada no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, pela Ministra Laurita Vaz, no Incidente de Deslocamento de Competência n.º 2-DF. Trata-se de incidente suscitado pelo Procurador-Geral da República em face das Justiças Estaduais da Paraíba e de Pernambuco, no qual duas entidades privadas (DIGNITATIS – Assessoria Jurídica Popular e JUSTIÇA GLOBAL) requereram seu ingresso no feito na qualidade de assistentes simples. Na ocasião, a Ministra Laurita Vaz indeferiu os

⁴⁴⁰ DEL PRÁ, Carlos Gustavo Rodrigues. *Amicus curiae*: instrumento de participação democrática e de aperfeiçoamento da prestação jurisdicional. Curitiba: Juruá, 2007, p. 179-180.

⁴⁴¹ DEL PRÁ, Carlos Gustavo Rodrigues. *Amicus curiae*: instrumento de participação democrática e de aperfeiçoamento da prestação jurisdicional. Curitiba: Juruá, 2007, p. 181.

⁴⁴² DEL PRÁ, Carlos Gustavo Rodrigues. *Amicus curiae*: instrumento de participação democrática e de aperfeiçoamento da prestação jurisdicional. Curitiba: Juruá, 2007, p. 181.

pedidos formulados pelos requerentes, mas admitiu a participação dos mesmos na qualidade de *amici curiae*, embasada fortemente no parecer do Procurador-Geral da República, que reconhecia na participação dos terceiros a busca por uma legitimidade social da decisão judicial a ser proferida. Considerando o caráter paradigmático dessa decisão, pede-se licença para transcrevê-la na íntegra:

A **DIGNITATIS - Assessoria Jurídica Popular** e a **JUSTIÇA GLOBAL** peticionaram às fls. 1326/1337 (protocolo n.º 57647), requerendo o ingresso no feito como assistente simples, pedido ratificado à fl. 1385 (protocolo n.º 70372).

O **Procurador-Geral da República**, no ponto, manifestou-se conclusivamente nestes termos, *in verbis* :

"[...]

22. No caso do IDC, mesmo não se tratando de hipótese de controle concentrado de constitucionalidade, pertinente a busca da aludida legitimação social, tendo como objetivo garantir o cumprimento dos compromissos internos e internacionais de proteção aos direitos humanos.

23. Nesta linha, mesmo que não haja expressa previsão normativa, parece razoável que se aceite a participação das entidades requerentes, DIGNITATIS - Assessoria Técnica Popular e JUSTIÇA GLOBAL (fls. 1326/1336), para ingressarem no presente IDC na qualidade de *amicus curiae*, reconhecendo-se a representatividade de ambos os requerentes, tanto na sua atuação no âmbito interno, quanto, no caso específico de MANOEL MATTOS, o acompanhamento que realizam no âmbito da Corte Interamericana de Direitos Humanos." (fl. 1572)

Diante da ausência de regramento infraconstitucional disciplinando o processamento do Incidente de Deslocamento de Competência, cumpre a este Superior Tribunal de Justiça a tarefa de delimitar suas nuances até que o legislador ordinário o faça.

Ainda que se trate de ação constitucional que cuide de interesses que extrapolam o das partes diretamente envolvidas, não se me afigura pertinente o pedido de assistência, mormente tendo em vista o caráter restritivo que o Código de Processo Penal atribui a esse tipo de legitimado na persecução criminal.

Todavia, conforme bem anotado no parecer ministerial, se mostra bastante razoável a admissão das organizações da sociedade civil Requerentes na condição de *amicus curiae*, mormente tendo em conta sua efetiva atuação no caso em apreço, inclusive como agentes provocadores dos organismos responsáveis por garantir os direitos humanos.

Ante o exposto, INDEFIRO o pedido de assistência, mas admito a participação das Requerentes como *amicus curiae*, papel já desempenhado com os documentos e manifestações juntadas aos autos.⁴⁴³ (grifos do original)

O entendimento esposado pelo STJ na decisão supratranscrita vai ao encontro do posicionamento de autores que sustentam a desnecessidade de inovações legislativas, seja por meio da elaboração de uma nova lei, seja pela inclusão de novel dispositivo em legislação já existente, com o escopo de autorizar a intervenção do *amicus* em todo e qualquer processo.

Malgrado a perspectiva acima transcrita, o legislador infraconstitucional brasileiro houve por bem trilhar o caminho contrário. O Projeto de Lei do Senado (PLS) n.º 166, de 2010, que dispõe sobre a reforma do Código de Processo Civil, atualmente em trâmite na

⁴⁴³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Incidente de Deslocamento de Competência n. 2/DF. Relator: Ministra Laurita Vaz. Brasília, 1º de agosto de 2010. Disponível em: <http://www.stj.jus.br>. Acesso em: 21 maio 2011.

Câmara dos Deputados, prevê expressamente, no Livro II, Título I, Capítulo IV, Seção IV, a figura do *amicus curiae*, como se verá no tópico a seguir.

4.3 O projeto de Código de Processo Civil e a previsão expressa da figura do *amicus curiae*

Em outubro de 2009, foi instituída uma Comissão para a elaboração do Anteprojeto do Código de Processo Civil. A referida Comissão, que fora presidida por Luiz Fux, então Ministro do Superior Tribunal de Justiça, e teve como relatora-geral a Professora Teresa Arruda Alvim Wambier, contou com o prazo de 180 (cento e oitenta) dias, a partir de 1º de novembro, para a conclusão dos trabalhos.⁴⁴⁴ Seu trabalho foi marcado por um ingente esforço no sentido de possibilitar a ampla participação da sociedade civil nas discussões que estavam sendo travadas, tendo sido realizadas 8 (oito) audiências públicas entre fevereiro e abril de 2010⁴⁴⁵.

Durante sua tramitação no Senado Federal como Projeto de Lei n.º 166/2010, foram apresentadas 217 (duzentas e dezessete) emendas, bem como foram anexadas 57 (cinquenta e sete) proposições legislativas sobre a matéria, nos termos do art. 374, II, do Regimento Interno do Senado Federal⁴⁴⁶. Após a apreciação das alterações propostas, foi aprovado o substitutivo, em 15/12/2010 e, posteriormente, remetido à apreciação da Câmara dos Deputados, onde hoje se encontra em tramitação.

Como já fora mencionado no último parágrafo do tópico anterior, caso o atual Projeto de Código de Processo Civil se transforme efetivamente em lei, o instituto do *amicus curiae* será expressamente consagrado. O Anteprojeto apresentado pela Comissão de Juristas incluiu

⁴⁴⁴ Além de Luiz Fux e Teresa Arruda Alvim Wambier, compuseram a Comissão: Adroaldo Furtado Fabrício, Benedito Cerezo Pereira Filho, Bruno Dantas, Elpídio Donizete Nunes, Humberto Theodoro Júnior, Jansen Fialho de Almeida, José Miguel Garcia Medina, José Roberto dos Santos Bedaque, Marcus Vinicius Furtado Coelho e Paulo Cezar Pinheiro Carneiro.

⁴⁴⁵ As audiências públicas ocorreram em Belo Horizonte/MG (26/02/2010), Fortaleza/CE (05/03/2010), Rio de Janeiro/RJ (11/03/2010), Brasília/DF (18/03/2010), São Paulo/SP (26/03/2010), Manaus/AM (09/04/2010), Porto Alegre/RS (15/04/2010) e Curitiba/PR (16/04/2010). Cumpre salientar que também foram realizadas audiências públicas durante a tramitação do PLS n.º 166/2010 no Senado Federal, além de um debate público *online*, através de um sítio eletrônico na internet, que teve início em 12/04/2011 e se estendeu por 30 (trinta) dias. A iniciativa de promover um debate público na internet, oferecendo aos cidadãos a oportunidade de debater a reforma do Código de Processo Civil, foi do Ministério da Justiça e teve por objetivo “produzir uma discussão aberta e democrática, qualificando o debate e ampliando a participação da sociedade na elaboração legislativa, de forma a contribuir para o processo de revisão do Código de Processo Civil”. O endereço eletrônico em questão é: <http://participacao.mj.gov.br/cpc/>.

⁴⁴⁶ “Art. 374. Na sessão em que for lido o projeto de código, a Presidência designará uma comissão temporária para seu estudo, composta de onze membros, e fixará o calendário de sua tramitação, obedecidos os seguintes prazos e normas: I – *omissis*; II – ao projeto serão anexadas as proposições em curso ou as sobrestadas, que envolvam matéria com ele relacionada; (...)”.

a figura do *amicus curiae* no Capítulo V (Da intervenção de terceiros) do Título I (Do procedimento comum), Livro II (Do processo de conhecimento). Eis o tratamento dado à matéria pelo Anteprojeto:

Art. 320. O juiz ou o relator, considerando a relevância da matéria, a especificidade do tema objeto da demanda ou a repercussão social da lide, poderá, por despacho irrecurável, de ofício ou a requerimento das partes, solicitar ou admitir a manifestação de pessoa natural, órgão ou entidade especializada, no prazo de dez dias da sua intimação.

Parágrafo único. A intervenção de que trata o *caput* não importa alteração de competência, nem autoriza a interposição de recursos.

Entre as 217 (duzentas e dezessete) emendas apresentadas ao PLS n.º 166/2010, 2 (duas) diziam respeito ao instituto do *amicus curiae*. A emenda n.º 46, de autoria do Senador Adelmir Santana, propunha que o art. 320 fosse suprimido, por considerar a figura do *amicus* dispensável e inconstitucional. Segundo a referida emenda, caso o objetivo da admissão do instituto fosse o de suprir conhecimentos técnico-científicos, seria ele dispensável haja vista a preexistência da figura do perito. Se, por outro lado, o intuito fosse o de suprir conhecimentos jurídicos, influenciando o magistrado sobre como deve apreciar a questão jurídica controvertida, o dispositivo seria inconstitucional por violar uma prerrogativa exclusiva e indelegável do juiz. Ademais, o proponente da emenda sustentou que a disciplina do *amicus curiae* encampada no art. 320 não se coadunava com aquela prevista na Lei n.º 9.868/1999. Aqui, o *amicus* não supre conhecimentos técnicos ou jurídicos, mas representa os interesses de determinado segmento da sociedade que possa ser afetado pela norma cuja constitucionalidade se discute, sendo exigida a demonstração da relevância da matéria e da representatividade do postulante.⁴⁴⁷

Essa emenda foi rejeitada pela Comissão Temporária de Senadores, que considerou equivocados os fundamentos apresentados por confundirem as figuras do *amicus curiae* e do perito. Ainda segundo a Comissão, o tratamento legal que o Projeto pretende conferir ao instituto representa um avanço e que, por isso mesmo, sua supressão não parece conveniente.⁴⁴⁸

A segunda emenda referente ao *amicus curiae* foi a de n.º 47, de autoria do Senador Romero Jucá, que sugeriu nova redação ao art. 320, com o acréscimo de 3 (três) parágrafos,

⁴⁴⁷ BRASIL. Senado Federal. Parecer da Comissão Temporária de reforma do Código de Processo Civil sobre o PLS n.º 166/2010. Brasília, 1º de dezembro de 2010. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=84495>>. Acesso em: 15 ago. 2011.

⁴⁴⁸ BRASIL. Senado Federal. Parecer da Comissão Temporária de reforma do Código de Processo Civil sobre o PLS n.º 166/2010. Brasília, 1º de dezembro de 2010. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=84495>>. Acesso em: 15 ago. 2011.

visando à adequação do dispositivo às reais características e funções do instituto, tal qual desenvolvido doutrinariamente. Neste diapasão, a proposta condicionava a intervenção do *amicus* à manifestação das partes, ao tempo em que estabelecia que não caberia recurso contra a decisão sobre o mérito da intervenção. Finalmente, a emenda propunha que as partes poderiam impugnar a intervenção em virtude de impedimento ou suspeição ou ainda quando tivesse o condão de desequilibrar a relação processual entre as partes.⁴⁴⁹

Essa emenda também foi rejeitada, desta feita sob o argumento de que o Projeto contempla de forma adequada o instituto do *amicus curiae*, especialmente após as alterações encampadas pelo substitutivo.⁴⁵⁰ De fato, a redação dos dispositivos que prevêm expressamente o *amicus curiae* sofreu uma ligeira modificação no substitutivo aprovado pelo Senado, em comparação com o texto primitivo do Anteprojeto. Para facilitar a visualização das diferenças, veja-se o quadro a seguir:

Anteprojeto	Substitutivo aprovado pelo Senado Federal
<p>Art. 320. O juiz ou o relator, considerando a relevância da matéria, a especificidade do tema objeto da demanda ou a repercussão social da lide, poderá, por despacho irrecorrível, de ofício ou a requerimento das partes, solicitar ou admitir a manifestação de pessoa natural, órgão ou entidade especializada, no prazo de dez dias da sua intimação.</p> <p>Parágrafo único. A intervenção de que trata o <i>caput</i> não importa alteração de competência, nem autoriza a interposição de recursos.</p>	<p>Art. 322. O juiz ou o relator, considerando a relevância da matéria, a especificidade do tema objeto da demanda ou a repercussão social da controvérsia, poderá, de ofício ou a requerimento das partes, solicitar ou admitir a manifestação de pessoa natural ou jurídica, órgão ou entidade especializada, com representatividade adequada, no prazo de quinze dias da sua intimação.</p> <p>Parágrafo único. A intervenção de que trata o <i>caput</i> não importa alteração de competência, nem autoriza a interposição de recursos.</p>

As passagens destacadas em negrito indicam as alterações promovidas, a começar pela numeração do artigo, em virtude de outros dispositivos que foram acrescentados. Além disso, o novo texto retira o caráter de irrecorribilidade da decisão que solicita ou admite a manifestação do *amicus curiae*, substitui a expressão “lide” por “controvérsia”, explicita a possibilidade de pessoa jurídica atuar na condição de *amicus*, acrescenta o requisito da representatividade adequada e amplia o prazo para manifestação de “dez” para “quinze” dias a partir da intimação.

⁴⁴⁹ BRASIL. Senado Federal. Parecer da Comissão Temporária de reforma do Código de Processo Civil sobre o PLS n.º 166/2010. Brasília, 1º de dezembro de 2010. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=84495>>. Acesso em: 15 ago. 2011.

⁴⁵⁰ BRASIL. Senado Federal. Parecer da Comissão Temporária de reforma do Código de Processo Civil sobre o PLS n.º 166/2010. Brasília, 1º de dezembro de 2010. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=84495>>. Acesso em: 15 ago. 2011.

A par de reproduzir algumas das características que norteiam a intervenção do *amicus curiae* no controle de constitucionalidade abstrato das normas (art. 7º, § 2º, da Lei n.º 9.868/1999), os dispositivos supratranscritos avançam no tratamento da matéria ao incorporar respostas a várias questões colocadas nos debates doutrinários a respeito do tema como, por exemplo, eliminando as dúvidas sobre a prerrogativa processual de recorrer, que é vedada.

Sobre quem pode atuar na condição de *amicus curiae*, o substitutivo promove uma ligeira alteração no texto do Anteprojeto para eliminar qualquer dúvida em relação à possibilidade de uma pessoa jurídica intervir nessa qualidade, ao lado das pessoas naturais e dos órgãos e entidades especializadas⁴⁵¹.

Como se percebe, o texto aprovado pelo Senado Federal promove um gigantesco alargamento no rol de hipóteses em que se afigura possível a intervenção de terceiro a título de *amicus curiae*, ao permitir que o juiz solicite ou admita a sua participação no processo. Cuida-se, em verdade, da generalização do instituto a que se fez referência anteriormente, posto que passa a ser autorizada a atuação do *amicus curiae* em todo e qualquer grau de jurisdição.

Sendo assim, desde que presentes os requisitos estabelecidos, o juiz de primeiro grau (ou o relator, conforme o caso) possui a faculdade de solicitar (modalidade de intervenção por requisição do juízo) ou admitir (hipótese de intervenção voluntária) a manifestação de sujeito estranho ao processo, seja ele pessoa física ou jurídica, órgão ou entidade especializada, contanto que possua *representatividade adequada*. Ademais, imprescindível que seja levada em consideração a *relevância da matéria*, a *especificidade* do tema objeto da demanda e a *repercussão social* da controvérsia.

Ainda que restasse qualquer dúvida acerca da possibilidade de atuação do *amicus curiae* no primeiro grau de jurisdição, na sistemática do Projeto, qualquer desconfiância deste jaez é dirimida pela Exposição de Motivos que acompanha o Anteprojeto, segundo a qual se vislumbra na manifestação do *amicus curiae* a aptidão para proporcionar ao juiz condições de proferir uma decisão mais próxima às reais necessidades das partes e, *ipso facto*, mais rente à realidade do país. Assim,

⁴⁵¹ Em sede doutrinária, antes mesmo de ser instituída a Comissão de Juristas responsável pela elaboração do Anteprojeto, Cássio Scarpinella Bueno já concluía que qualquer pessoa, fosse ela física ou jurídica, legitimada para a propositura de ação coletiva ou não, poderia desempenhar a função de *amicus curiae*, desde que demonstrasse, a um só tempo, a utilidade de sua manifestação e que possuía representatividade adequada, ou, tomando emprestado, declaradamente, os requisitos encartados no art. 7º, §2º, da Lei n.º 9.968/99, a “relevância da matéria” e a “representatividade dos postulantes” (BUENO, Cássio Scarpinella. **Amicus curiae no processo civil brasileiro**: um terceiro enigmático. 2. ed. rev. atual. e amp. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 653-654). Como se vê, as idéias do autor foram prestigiadas pelo substitutivo encaminhado à Câmara dos Deputados.

Criou-se regra no sentido de que a intervenção pode ser pleiteada pelo *amicus curiae* ou solicitada de ofício, como decorrência das peculiaridades da causa, em todos os graus de jurisdição.

Entendeu-se que os requisitos que impõem a manifestação do *amicus curiae* no processo, se existem, estarão presentes desde o primeiro grau de jurisdição, não se justificando que a possibilidade de sua intervenção ocorra só nos Tribunais Superiores. Evidentemente, todas as decisões devem ter a qualidade que possa proporcionar a presença do *amicus curiae*, não só a última delas.”⁴⁵²

Essas assertivas, porém, não de ser vistas com ressalvas. Afirmar que os requisitos que impõem a manifestação do *amicus curiae*, quando presentes, verificam-se desde o primeiro grau de jurisdição, é esquecer que o principal motivo justificador dessa intervenção é a aptidão que a decisão a ser proferida no processo possui de influir na situação de sujeitos estranhos ao feito.

Os requisitos da repercussão social da controvérsia e da relevância da matéria, embora vertidos em locuções bastante fluidas, reclamam uma compreensão no sentido de que a questão objeto de debate perante o Judiciário interessa não somente às partes do litígio, mas a um número indeterminado de pessoas, ou até mesmo à própria sociedade considerada como um todo. Justamente por transcender os interesses das partes e reverberar na esfera jurídica de terceiros é que o provimento jurisdicional, nesses casos, carece de uma maior legitimidade, razão pela qual se cogita a intervenção do *amicus curiae*.

Importa deixar claro que o autor não se opõe à positivação do instituto. Pelo contrário, reconhece que a iniciativa é digna de aplausos. Porém, caso o Projeto de novo Código de Processo Civil venha a ser aprovado nos termos atuais, a generalização da figura do *amicus curiae* acabará gerando mais inconvenientes do que benesses aos jurisdicionados. Uma adequada compreensão do papel a ser desempenhado por essa nova modalidade de intervenção de terceiros passa, necessariamente, pelo apropriado tratamento à eficácia das decisões judiciais no Brasil, seja esta eficácia meramente persuasiva ou tenham as decisões efeitos vinculantes. Este o assunto que merece atenção a partir de agora.

4.4 A generalização do *amicus curiae* sob o prisma da força dos precedentes no Brasil

O direito, a despeito de ser adaptável em função das variações sofridas pela sociedade com o passar do tempo, tem como função primordial, seja no modelo do *common law* ou no sistema do *civil law*, a geração de estabilidade, garantindo tranqüilidade ao jurisdicionado, ao

⁴⁵² Exposição de motivos do Anteprojeto de Código de Processo Civil.

propiciar que este oriente sua conduta com certa medida de previsibilidade acerca das conseqüências dela advindas.⁴⁵³

Ao passo que nos países onde se adota o sistema do *common law* a referida previsibilidade é alcançada mediante a prática de precedentes vinculantes, ou seja, todos os cidadãos (e não só as partes do processo) devem se comportar nos termos das decisões judiciais proferidas em casos análogos e pretéritos; o mesmo objetivo (de previsibilidade, certeza, estabilidade) é perseguido pelos países de *civil law*, que depositam na forma escrita de legislar a crença na obtenção desses efeitos.⁴⁵⁴

De fato, nos países do *civil law* a ausência de obrigatoriedade no que tange à observância dos precedentes se justifica pela suposição errônea de que a lei seria suficiente para assegurar os valores da certeza e da segurança jurídica, de modo que esta última somente seria viável caso a lei fosse estritamente aplicada, isto é, a certeza de que o juiz estaria subordinado à lei garantia a segurança jurídica.⁴⁵⁵

Enquanto no modelo do *civil law* a busca por certeza serviu de pretexto para a negação da importância dos tribunais e de suas decisões, nos países filiados ao *common law*, por sua vez, essa mesma busca fundamentou o *stare decisis*.⁴⁵⁶ É que, nesse sistema, sempre foi permitido aos juízes interpretar a lei, sendo lógica a conseqüência daí advinda no sentido de que podem ser proferidas decisões diferentes (e até antagônicas), razão pela qual se buscou na força vinculante dos precedentes o meio capaz de garantir a segurança e a previsibilidade⁴⁵⁷ almejadas.⁴⁵⁸

O *civil law* assistiu à lei se mostrar incapaz de garantir os referidos valores, justamente por não estar preparado para o fato de que, ao interpretar as leis, os juízes divergem e,

⁴⁵³ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: *civil law* e *common law*. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 172, ano 34, p. 121-173, junho de 2009, p. 129.

⁴⁵⁴ CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo**: Direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo do judiciário. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2011, p. 149.

⁴⁵⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 19.

⁴⁵⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 19.

⁴⁵⁷ Importante que se diga que a idéia de previsibilidade aqui suscitada não implica o total conhecimento das partes, previamente, sobre como será a decisão do processo em que litigam, mas está associada à garantia de que, seja qual for a decisão, não deve ser absurda ou contemplar algo que não pudesse ser imaginado (WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: *civil law* e *common law*. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 172, ano 34, p. 121-173, junho de 2009 p. 142).

⁴⁵⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 63.

consequentemente, proferem decisões diferentes, ainda que embasados nos mesmos diplomas legais.⁴⁵⁹⁻⁴⁶⁰

Por esta razão, aliás, alguns autores defendem a adoção de um sistema de precedentes vinculantes no Brasil, grupo onde se incluem Luiz Guilherme Marinoni⁴⁶¹, Teresa Arruda Alvim Wambier⁴⁶², André Luis Bitar de Lima Garcia⁴⁶³, Caio Márcio Gutterres Taranto⁴⁶⁴, entre outros. Sintetizando bem as idéias apresentadas até o momento, Marinoni adverte que:

A segurança jurídica, postulada na tradição do *civil law* pela estrita aplicação da lei, está a exigir o sistema de precedentes, há muito estabelecido para assegurar essa mesma segurança no ambiente do *common law*, em que a possibilidade de decisões diferentes para casos iguais nunca foi desconsiderada e, exatamente por isso, fez surgir o princípio, inspirador do *stare decisis*, de que os casos similares devem ser tratados do mesmo modo (*treat like cases alike*).⁴⁶⁵

Nessa esteira, segundo os defensores da tese dos precedentes obrigatórios, o PLS n.º 166/2010 desperdiçou uma grande oportunidade de tornar explícita a necessidade de vinculação aos precedentes no Direito brasileiro⁴⁶⁶, muito embora a sua Exposição de Motivos advogue em prol de “[...] uma aproximação do sistema adotado no Brasil (romano-germânico), com o sistema anglo-saxônico (*common law*), já que os precedentes ganham

⁴⁵⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 63.

⁴⁶⁰ Entre vários exemplos que se poderia dar, opta-se por situação curiosa e recente e que, além disso, diz respeito diretamente ao tema do *amicus curiae*. Trata-se de decisão da Corte Especial do STJ, proferida em 17/08/2011, no sentido de que o *amicus curiae* não tem direito à sustentação oral (http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=102901). O que causa perplexidade é que o STF, a partir do julgamento da ADI 2675/PE, rel. Min. Carlos Velloso e da ADI 2777/SP, rel. Min. Cezar Peluso, julgadas nos idos de 2003, passou a admitir a possibilidade de sustentação oral do *amicus curiae*. Ademais, o art. 131, § 3º, do RISTF estabelece que “Admitida a intervenção de terceiros no processo de controle concentrado de constitucionalidade, fica-lhes facultado produzir sustentação oral, aplicando-se, quando for o caso, a regra do § 2º do artigo 132 deste Regimento”. Inobstante isso, o STJ veio a adotar o posicionamento diverso. Isto significa que, a depender do tribunal superior, o *amicus curiae* poderá ou não apresentar sustentação oral de sua manifestação. Resta claro, portanto, que a ausência de uma uniformidade das decisões proferidas pelos órgãos do Poder Judiciário contribui para a ocorrência de situações desta natureza.

⁴⁶¹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

⁴⁶² WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: *civil law* e *common law*. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 172, ano 34, p. 121-173, junho de 2009.

⁴⁶³ GARCIA, André Luis Bitar de Lima. A ausência de um sistema de precedentes no CPC: uma oportunidade perdida. In: DIDIER JR., Fredie; MOUTA, José Henrique; KLIPPEL, Rodrigo. **O projeto do novo Código de Processo Civil**: estudos em homenagem ao Professor José de Albuquerque Rocha. Salvador: Juspodium, p. 13-20, 2011.

⁴⁶⁴ TARANTO, Caio Márcio Gutterres. **Precedente judicial**: autoridade e aplicação na jurisdição constitucional. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

⁴⁶⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 101.

⁴⁶⁶ Nesse sentido, cf. MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **O projeto do CPC**: crítica e propostas. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010 e GARCIA, André Luis Bitar de Lima. A ausência de um sistema de precedentes no CPC: uma oportunidade perdida. In: DIDIER JR., Fredie; MOUTA, José Henrique; KLIPPEL, Rodrigo. **O projeto do novo Código de Processo Civil**: estudos em homenagem ao Professor José de Albuquerque Rocha. Salvador: Juspodium, p. 13-20, 2011. Em sentido contrário, capitaneando forte resistência ao respeito aos precedentes, vide RAMIRES, Maurício. **Crítica à aplicação de precedentes no Direito brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

muita força, exatamente para permitir que *casos iguais recebam idênticas soluções jurídicas*.⁴⁶⁷

Cumpra salientar, por oportuno, que este trabalho não se dedica ao estudo da aplicabilidade dos precedentes no sistema jurídico brasileiro, motivo pelo qual é desnecessário fazer referência a outras obras sobre o tema. O que se pretende, tão-somente, é fornecer ao leitor o substrato teórico necessário para a adequada compreensão do fenômeno da generalização do instituto do *amicus curiae* no processo civil nacional.

É que a crescente abertura e a cada vez maior complexidade das normas jurídicas não estão a justificar sozinhas a intervenção do *amicus curiae*. O ingresso desse terceiro parece encontrar respaldo principalmente no fato de que algumas decisões judiciais afetam o que será e como serão decididos os casos futuros. Faz-se referência, neste ponto, aos efeitos “persuasivos” e “vinculantes” das decisões judiciais.⁴⁶⁸

Aludida preocupação com os efeitos provenientes das decisões jurisdicionais ganhou um novo impulso com o advento da EC n.º 45/2004 que, entre tantas outras novidades, instituiu o requisito da repercussão geral para a admissibilidade do recurso extraordinário, além de atribuir caráter vinculante às súmulas editadas pelo Supremo Tribunal Federal⁴⁶⁹, nos termos previstos pelo art. 103-A da Constituição Federal, incluído pela referida emenda. Segundo Cássio Scarpinella Bueno, tais inovações conduzem à necessidade de um diálogo prévio entre os membros do STF e os destinatários de suas decisões, cooperação esta que funcionaria como fator de legitimação das decisões exaradas pelo Supremo.⁴⁷⁰

É importante que se diga que esse mesmo raciocínio orientou o Supremo Tribunal Federal a admitir, mesmo antes da promulgação da Lei n.º 9.869/99, a intervenção do *amicus curiae* em Ação Direta de Inconstitucionalidade⁴⁷¹, qual seja, o raciocínio segundo o qual o

⁴⁶⁷ BRASIL. Senado Federal. Parecer da Comissão Temporária de reforma do Código de Processo Civil sobre o PLS n.º 166/2010. Brasília, 1º de dezembro de 2010. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=84495>>. Acesso em: 15 ago. 2011.

⁴⁶⁸ BUENO, Cássio Scarpinella. *Amicus curiae no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático*. 2. ed. rev. atual. e amp. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 627.

⁴⁶⁹ A manifestação do *amicus curiae* no procedimento de edição, revisão e cancelamento de enunciado de súmula vinculante “supera o simples auxílio informativo, pois é o que legitima constitucionalmente o caráter vinculativo da solução a ser dada pelo STF, que objetivamente alcança aqueles que não participaram do processo, e que, individualmente, não lhes é facultada a intervenção, embora uma sociedade organizada, em estágio avançado político-socio-cultural, pode, realmente, contar a considerável eficiência deste mecanismo participativo” (FERREIRA, Willian Santos, *apud* BUENO, Cássio Scarpinella. *Amicus curiae no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático*. 2. ed. rev. atual. e amp. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 632).

⁴⁷⁰ BUENO, Cássio Scarpinella. *Amicus curiae no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático*. 2. ed. rev. atual. e amp. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 628-629.

⁴⁷¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental em Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 748/RS. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, 18 de novembro de 1994. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 22 ago. 2009.

caráter vinculante da decisão a ser proferida impõe a necessidade de um diálogo prévio, capaz de permitir as várias manifestações de uma sociedade civil marcadamente plural.⁴⁷²

Cássio Scarpinella Bueno chega a crer nesse diálogo prévio como a única forma de legitimar as decisões do STF nesses casos:

A única forma de *legitimar* a decisão do Supremo Tribunal Federal em hipóteses como tais é reconhecer que ele deve, *previamente*, dar ouvidos a pessoas ou entidades representativas da sociedade civil – e, até mesmo, a pessoas de direito público que desempenhem, de alguma forma, esse mesmo papel, capturando os próprios valores dispersos do Estado, suas diversas opiniões e visões de políticas públicas a serem perseguidas *também* em juízo –, verificando em que medida estão configurados adequadamente os interesses, os direitos e os valores em jogo de lado a lado. De que forma, enfim, aqueles interesses e direitos estão devidamente representados em juízo.⁴⁷³

Especificamente no que tange à análise da repercussão geral, mesmo que não se possa falar propriamente em efeitos vinculantes, tem-se que a função desempenhada no sentido de filtrar o acesso ao sistema recursal se afigura como causa suficiente para que os interessados se manifestem sobre qual a melhor maneira de compreender o sentido da expressão. Ao se definir o que pode ser entendido como *repercussão geral*, muito além de decidir apenas a qual dos litigantes daquele processo específico assiste razão, estar-se-á fixando que condições são exigidas para que o recorrente, em qualquer outra situação análoga àquela, possa alcançar as barras do Supremo Tribunal Federal mediante a interposição de um recurso extraordinário.⁴⁷⁴

Ora, se em sede de súmula vinculante pode-se falar em vinculação de direito, prevista expressamente no texto da Constituição Federal, casos há em que é possível identificar a existência de uma espécie de “vinculação de fato”, ainda que sem autorização constitucional expressa.⁴⁷⁵

Se é verdade que ainda não se pode extrair do ordenamento jurídico brasileiro o respeito obrigatório aos precedentes, é característica inegável do sistema a persecução de um

⁴⁷² BUENO, Cássio Scarpinella. *Amicus curiae no processo civil brasileiro*: um terceiro enigmático. 2. ed. rev. atual. e amp. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 629.

⁴⁷³ BUENO, Cássio Scarpinella. *Amicus curiae no processo civil brasileiro*: um terceiro enigmático. 2. ed. rev. atual. e amp. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 630.

⁴⁷⁴ BUENO, Cássio Scarpinella. *Amicus curiae no processo civil brasileiro*: um terceiro enigmático. 2. ed. rev. atual. e amp. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 631.

⁴⁷⁵ “Os precedentes judiciais, mesmo no sistema do *Civil Law*, no qual o Brasil se insere, apesar de não ter força normativa, em regra exercem significativo valor nas decisões judiciais. O precedente judicial, consolidado por seu uso reiterado pela jurisprudência, exerce autoridade de fato, o que não elimina a hipótese de que possa exercer coercitividade normativa se seu conteúdo for estabelecido por intermédio de súmula vinculante. Sua importância reside no fato de que, dentro da pluralidade de significações que uma estrutura legal pode revestir, ele atribui um determinado parâmetro que serve como orientação” (AGRA, Walber de Moura. **A reconstrução da legitimidade do Supremo Tribunal Federal**: Densificação da Jurisdição Constitucional Brasileira. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 123).

ideal de uniformização da jurisprudência, como técnica de agilização processual.⁴⁷⁶ Essa constatação também é feita por Teresa Arruda Alvim Wambier, para quem

Muitos dispositivos (...) são sintomas de que a nossa lei processual está caminhando no sentido de proporcionar condições para que haja uniformidade da jurisprudência num grau socialmente desejável. O mesmo se pode dizer relativamente à repercussão geral e a súmula vinculante.⁴⁷⁷

Com efeito, a chamada *objetivação* do recurso extraordinário, mediante a instituição do requisito da repercussão geral, bem como a criação da súmula vinculante, estão aliados à implementação de outros expedientes que demonstram essa tendência de uniformização da jurisprudência e de verticalização das decisões judiciais, tais como: o julgamento de recursos especiais repetitivos (CPC, art. 543-C⁴⁷⁸); o aumento do poder dos relatores (CPC, art. 557⁴⁷⁹) e o julgamento liminar de improcedência (CPC, art. 285-A⁴⁸⁰).

Além disso, são inúmeros os dispositivos que, sem qualquer preocupação com o uso de uma terminologia adequada, fazem referência, de forma indistinta, a “súmulas” e “jurisprudência dominante”. Apenas a título exemplificativo, tem-se: art. 120, parágrafo único⁴⁸¹; art. 475, § 3º⁴⁸²; art. 518, § 1º⁴⁸³; art. 544, § 4º, II, alíneas “b”⁴⁸⁴ e “c”⁴⁸⁵, todos do Código de Processo Civil atual e em vigor.

O Projeto do novo Código de Processo Civil, em trâmite no Congresso Nacional, também é pródigo nesse aspecto. Consoante mencionado acima, consta na Exposição de

⁴⁷⁶ CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo**: Direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo do judiciário. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2011, p. 145.

⁴⁷⁷ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: *civil law* e *common law*. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 172, ano 34, p. 121-173, junho de 2009, p. 146.

⁴⁷⁸ Vide o tópico 2.7 do Capítulo 2.

⁴⁷⁹ Art. 557. O relator negará seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior. § 1º-A Se a decisão recorrida estiver em manifesto confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior, o relator poderá dar provimento ao recurso. § 1º Da decisão caberá agravo, no prazo de cinco dias, ao órgão competente para o julgamento do recurso, e, se não houver retratação, o relator apresentará o processo em mesa, proferindo voto; provido o agravo, o recurso terá seguimento.

⁴⁸⁰ Art. 285-A. Quando a matéria controvertida for unicamente de direito e no juízo já houver sido proferida sentença de total improcedência em outros casos idênticos, poderá ser dispensada a citação e proferida sentença, reproduzindo-se o teor da anteriormente prolatada.

⁴⁸¹ Art. 120, parágrafo único. Havendo jurisprudência dominante do tribunal sobre a questão suscitada, o relator poderá decidir de plano o conflito de competência, cabendo agravo, no prazo de cinco dias, contado da intimação da decisão às partes, para o órgão recursal competente.

⁴⁸² Art. 475, § 3º. Também não se aplica o disposto neste artigo quando a sentença estiver fundada em jurisprudência do plenário do Supremo Tribunal Federal ou em súmula deste Tribunal ou do tribunal superior competente.

⁴⁸³ Art. 518, § 1º. O juiz não receberá o recurso de apelação quando a sentença estiver em conformidade com súmula do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal.

⁴⁸⁴ Art. 544, § 4º, II, “b”: negar seguimento ao recurso manifestamente inadmissível, prejudicado ou em confronto com súmula ou jurisprudência dominante no tribunal;.

⁴⁸⁵ Art. 544, § 4º, II, “c”: dar provimento ao recurso, se o acórdão recorrido estiver em confronto com súmula ou jurisprudência dominante no tribunal.

Motivos que acompanha o Projeto que o Livro IV (Dos processos nos Tribunais e meios de impugnação das decisões judiciais) demonstra uma tentativa de aproximar os sistemas do *civil law* e *common law* por meio da valorização dos precedentes. Entre os vários dispositivos relacionados ao tema, destaca-se e, por isso mesmo, transcreve-se o art. 882:

Art. 882. Os tribunais, em princípio, velarão pela uniformização e pela estabilidade da jurisprudência, observando-se o seguinte:

I - sempre que possível, na forma e segundo as condições fixadas no regimento interno, deverão editar enunciados correspondentes à súmula da jurisprudência dominante;

II - os órgãos fracionários seguirão a orientação do plenário, do órgão especial ou dos órgãos fracionários superiores aos quais estiverem vinculados, nesta ordem;

III - a jurisprudência pacificada de qualquer tribunal deve orientar as decisões de todos os órgãos a ele vinculados;

IV - a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores deve nortear as decisões de todos os tribunais e juízos singulares do país, de modo a concretizar plenamente os princípios da legalidade e da isonomia;

V - na hipótese de alteração da jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica.

§ 1º A mudança de entendimento sedimentado observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando o imperativo de estabilidade das relações jurídicas.

§ 2º Os regimentos internos preverão formas de revisão da jurisprudência em procedimento autônomo, franqueando-se inclusive a realização de audiências públicas e a participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a elucidação da matéria.

Da análise dos dispositivos supratranscritos, em cotejo com a intenção declarada na Exposição de Motivos, parece evidente que o legislador ignora as diferenças existentes, tratando como sinônimos os vocábulos “jurisprudência”, “súmula”, “decisão judicial” e “precedentes”.

Neste íterim, com o propósito de evitar imprecisões terminológicas, aconselhável que se proceda à correta identificação de cada uma dessas expressões. Assim, embora seja correto afirmar que todo precedente é uma decisão judicial, o inverso não se verifica, ou seja, nem toda decisão constitui um precedente. Em linhas bastante gerais, pode-se dizer que o precedente é uma decisão sobre matéria de direito (e não de fato) que ostenta a potencialidade

de se firmar como um paradigma para a orientação de operadores do Direito e jurisdicionados.⁴⁸⁶

Também não há que se confundir precedente e súmula. As súmulas não são nenhuma novidade no Direito brasileiro e serviam para identificar e precisar o entendimento de determinado tribunal sobre uma questão jurídica. Como não eram de observância obrigatória nem mesmo para os membros do tribunal nas quais eram elaboradas, nunca ostentaram qualquer eficácia prática. Desse modo, o que individualiza as súmulas é o fato de que elas são enunciados de um tribunal a respeito das suas decisões, e não uma decisão que possa ser qualificada como precedente. Dito de outra forma, cuida-se de uma metalinguagem, haja vista estar a súmula voltada à enunciação de algo que já faz parte da linguagem da decisão judicial.⁴⁸⁷

A utilização de um sistema de precedentes pressupõe toda uma metodologia própria responsável por ditar as técnicas que se relacionam à aplicação e revogação dos mesmos⁴⁸⁸. É a existência de técnicas e procedimentos específicos atinentes à utilização esmerada dos precedentes que torna evidente a impossibilidade de confundir precedente e jurisprudência, na medida em que esta última não apresenta o mesmo grau de exigências necessário à operacionalização de um sistema de precedentes.⁴⁸⁹

Sendo assim, o Projeto de novo Código de Processo Civil, a despeito de privilegiar as idéias de uniformização e estabilidade, passou longe de instituir um sistema de precedentes. Se aprovado nos termos em que se encontra atualmente, o sistema processual civil brasileiro permanecerá calcado em um modelo de respeito à jurisprudência, mas não de respeito aos precedentes.

Inobstante isso, não se pode ignorar o fato de que o “precedente jurisprudencial” tem um valor que ultrapassa a mera persuasão. Em último caso, esse valor persuasivo, essa aptidão para “vincular de fato” decorre do próprio ordenamento jurídico brasileiro e não pode mais ser relegado a um plano de somenos importância. É justamente por essa razão que os juízes a quem incumbe produzir esses precedentes estejam constantemente imbuídos na tarefa de melhor decidir, o que implica dizer que devem estar municiados com todos os argumentos

⁴⁸⁶ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **O projeto do CPC: crítica e propostas**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 164-165.

⁴⁸⁷ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **O projeto do CPC: crítica e propostas**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 166.

⁴⁸⁸ Estão inseridas nessa metodologia as noções de *ratio decidendi*, *obiter dicta*, *distinguishing*, *overruling*, entre várias outras, as quais não serão aprofundadas em razão do corte epistemológico que delimita o objeto deste trabalho.

⁴⁸⁹ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **O projeto do CPC: crítica e propostas**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 165-166.

favoráveis e contrários à dada tese jurídica, o que servirá para alçar sua decisão a patamares ainda mais elevados de legitimidade.⁴⁹⁰

Cássio Scarpinella Bueno sintetiza muito bem esse quadro, ao afirmar:

Seja porque determinadas decisões têm efeitos *vinculantes*, seja, quando menos, porque têm efeitos “meramente persuasivos”, nunca, para a nossa experiência jurídica, foi tão importante saber o que e como os tribunais decidem as mais variadas questões. E saber como eles decidiram para saber como eles vão decidir nos sucessivos “novos” casos que lhes são postos para julgamento.⁴⁹¹

Se, por um lado, esse fenômeno está associado às idéias de previsibilidade, igualdade e segurança jurídica, por outro, é preciso admitir que causa certa perplexidade a circunstância de alguém poder ser afetado por uma decisão de cujo processo de elaboração não participou e nem podia participar.⁴⁹²

É nesse contexto que a intervenção do *amicus curiae* se revela como verdadeira necessidade, não se prestando apenas ao mister de aprimorar a qualidade da decisão, mas atuando no sentido de legitimá-la.⁴⁹³

Cássio Scarpinella Bueno trata do que denominou “generalização” do *amicus curiae* como uma “necessidade irrecusável”, imposta pelo próprio ordenamento jurídico brasileiro⁴⁹⁴, tanto nas ações individuais quanto coletivas, independentemente dos efeitos gerados pelas decisões proferidas serem vinculantes ou não.⁴⁹⁵

Nesse ponto, é preciso abrir uma divergência. Em verdade, o que se depreende da obra de Bueno é que ele é amplamente favorável à generalização do instituto, em todo e qualquer grau de jurisdição, tal qual restou consagrado no PLS n.º 166/2010. Em que pese o abalizado entendimento do autor, necessário dele discordar. Como já mencionado anteriormente, reputa-se salutar a iniciativa de sistematização do *amicus curiae* e a conseqüente ampliação das hipóteses de sua admissão. Contudo, esse é um fenômeno que precisa ser examinado sob a

⁴⁹⁰ BUENO, Cássio Scarpinella. *Amicus curiae no processo civil brasileiro*: um terceiro enigmático. 2. ed. rev. atual. e amp. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 636-637.

⁴⁹¹ BUENO, Cássio Scarpinella. *Amicus curiae no processo civil brasileiro*: um terceiro enigmático. 2. ed. rev. atual. e amp. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 37.

⁴⁹² BUENO, Cássio Scarpinella. *Amicus curiae no processo civil brasileiro*: um terceiro enigmático. 2. ed. rev. atual. e amp. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 37.

⁴⁹³ BUENO, Cássio Scarpinella. *Amicus curiae no processo civil brasileiro*: um terceiro enigmático. 2. ed. rev. atual. e amp. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 637.

⁴⁹⁴ O referido autor designa como intervenção atípica a ocorrência de manifestação do *amicus curiae* fora das hipóteses autorizadas por lei (e analisadas no segundo capítulo deste trabalho), identificando no sistema – em contraposição a “código” – processual civil o fundamento para este ponto de vista (BUENO, Cássio Scarpinella. *Amicus curiae no processo civil brasileiro*: um terceiro enigmático. 2. ed. rev. atual. e amp. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 532 e 640).

⁴⁹⁵ BUENO, Cássio Scarpinella. *Amicus curiae no processo civil brasileiro*: um terceiro enigmático. 2. ed. rev. atual. e amp. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 639-640.

ótica dos fatores que conferem legitimidade à atuação de um terceiro na qualidade de *amicus curiae*.

Vale recordar, neste passo, que uma das razões de ser do instituto no modelo do *common law* é justamente o fato de esse modelo jurídico estar calcado no sistema de precedentes. Como restou suficientemente demonstrado no primeiro capítulo, a regra do *stare decisis* é um dos fatores que contribuíram decisivamente para o surgimento e posterior desenvolvimento do *amicus curiae*.

Ora, se o que se tem buscado, no Brasil, é uma aproximação com o sistema de precedentes, ainda que por vias oblíquas (com ênfase na jurisprudência), natural que se deva aproximar também as abordagens sobre o *amicus curiae*.

Na medida em que se abre cada vez mais espaço à possibilidade de respeito às decisões emanadas dos tribunais, por intermédio da imposição de observância à jurisprudência dominante e às súmulas por eles editadas, cresce em importância a necessidade de criar mecanismos de participação dos jurisdicionados na tomada dessas decisões que, cedo ou tarde, firmarão jurisprudência ou ensejarão a edição de súmulas.

Dáí porque se afirma que a participação de um terceiro no processo, na qualidade de *amicus curiae*, ao tempo em que se destina ao auxílio do julgador, constitui fator de legitimação das decisões proferidas que tenham a potencialidade de influenciar a situação de pessoas que, de outra forma, não teriam seus interesses representados em juízo⁴⁹⁶.

Ausente essa condição no processo, isto é, caso não tenha a decisão a ser prolatada a potencialidade de produzir efeitos para além das partes diretamente envolvidas no litígio, não há que se falar em possibilidade e, menos ainda, em necessidade de intervenção do *amicus curiae*.

Logo, na esteira do que foi aduzido no tópico anterior, é preciso que os requisitos da relevância da matéria e, mais especificamente, da repercussão social da controvérsia, sejam compreendidos sob uma ótica de transcendência dos efeitos do provimento jurisdicional, de maneira que não se perca de vista que o que legitima a atuação do *amicus curiae* é justamente essa aptidão para repercutir na esfera de terceiros⁴⁹⁷.

⁴⁹⁶ “É como se a intervenção do *amicus curiae* pudesse, em alguma medida, transportar para o ambiente decisório judicial a mesmas tensões e conflitos que permeiam o ambiente administrativo e legislativo. E, mais do que isso: as próprias tensões e conflitos existentes também no âmbito da sociedade civil” (BUENO, Cássio Scarpinella. ***Amicus curiae no processo civil brasileiro***: um terceiro enigmático. 2. ed. rev. atual. e amp. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 632-633).

⁴⁹⁷ “[...] o *amicus curiae* é instituto que guarda afinidade com o valor “segurança jurídica”, porque diz respeito à qualidade intrínseca da decisão do magistrado, e que se justifica ainda mais naqueles casos em que uma *decisão* tem aptidão para afetar diversas outras a serem proferidas no mesmo sentido” (BUENO, Cássio Scarpinella.

Em suma, não se nega que a questão debatida em determinado processo no primeiro grau de jurisdição possa cumprir o requisito da relevância da matéria, bem assim o da repercussão social da controvérsia. O que se questiona, isto sim, é a utilidade de se admitir a intervenção de um terceiro, ainda que com a representatividade adequada, em processo cuja decisão não tem o condão de afetar ou acarretar quaisquer conseqüências na situação de sujeitos que lhes são estranhos.

4.5 Contornando os inconvenientes da generalização do instituto

Desde há muito, cientistas políticos têm percebido uma semelhança entre os grupos de interesse que fazem *lobby* perante as legislaturas e grupos de interesse que buscam influenciar as decisões judiciais mediante a utilização do *amicus curiae brief*⁴⁹⁸, consoante relatado no tópico 1.5.2.

Certamente, a admissão da possibilidade de intervenção do *amicus curiae* para além das hipóteses já expressamente previstas e positivadas no ordenamento jurídico brasileiro traz consigo alguns riscos, entre os quais se pode destacar o eventual prejuízo à efetividade do processo, naquelas ocasiões em que o *amicus curiae* tem por objetivo o auxílio direto a uma das partes ou a defesa de interesses escusos, bem assim quando há um número excessivo de *amici*, o que acabaria por comprometer a celeridade processual.⁴⁹⁹

O instituto do *amicus curiae* tem ganho cada vez mais espaço no Brasil, tanto nas letras jurídicas (são várias as obras, teses, dissertações e artigos científicos publicados sobre o tema a cada ano), quanto na prática forense (a abertura da jurisdição constitucional levada a efeito pelo STF, como se viu no tópico 3.3, e até mesmo sua admissão independentemente de expressa previsão legal por parte de outros tribunais comprovam essa assertiva) e nas graças do legislador, consoante demonstra o projeto de novo CPC estudado no item 4.3.

É natural que, assim como ocorrera nos Estados Unidos, na medida em que cresça a utilização do instituto, aumentem também os riscos de uma má utilização ou deturpação de suas finalidades. Nessa conjuntura, parece ser incontornável a alegação de que, uma vez

***Amicus curiae* no processo civil brasileiro:** um terceiro enigmático. 2. ed. rev. atual. e amp. São Paulo: Saraiva, 2008, p.207-208).

⁴⁹⁸ KEARNEY, Joseph D.; MERRIL, Thomas W. The influence of *amicus curiae* briefs on the Supreme Court. **University of Pennsylvania Law Review**, v. 148, p. 743-855, 2000, p. 783.

⁴⁹⁹ DEL PRÁ, Carlos Gustavo Rodrigues. ***Amicus curiae***: instrumento de participação democrática e de aperfeiçoamento da prestação jurisdicional. Curitiba: Juruá, 2007, p. 207.

aprovada a generalização da figura nos termos do projeto, estar-se-á institucionalizando o *lobby* nas instâncias jurisdicionais brasileiras.

O grande questionamento a ser feito é: o simples fato de o terceiro requerer seu ingresso em juízo, com o objetivo de defender interesses de um determinado grupo que representa, desautorizaria a sua admissão no processo?

Ora, é óbvio que a participação voluntária do *amicus curiae* acaba beneficiando uma das partes e prejudicando a outra, na medida em que reforçaria uma das teses levadas à apreciação do Judiciário. Esse motivo não é suficiente, contudo, para que se conclua pela inadmissibilidade do terceiro. Isto porque, em verdade, o favorecimento de qualquer dos litigantes é mera consequência da dialética processual.⁵⁰⁰

Entretanto, para que admita a intervenção de um terceiro na qualidade de *amicus curiae* é necessário que sua participação seja útil ao julgador, isto é, não se pode perder de vista jamais o caráter de auxílio à corte que se espera dessa modalidade interventiva. Nesse ponto, discorda-se de Carlos Gustavo Rodrigues Del Prá, para quem deve haver uma completa desvinculação do terceiro dos interesses de quaisquer das partes em litígio.⁵⁰¹ Ora, conforme mencionado há pouco, em virtude do caráter dialético do processo, a tese sustentada pelo *amicus*, invariavelmente, ajustar-se-á à de uma das partes, sem que seja possível ao magistrado ou a quem quer que seja perquirir quais os verdadeiros motivos que animam o interveniente.

Não há como saber – e esse conhecimento nem é importante – se o propósito da pessoa, órgão ou entidade interveniente é o de favorecer a tese de A ou B, ou se, por outro lado, o real móvel de sua intervenção é a prestação – desvinculada de quaisquer interesses parciais – de esclarecimentos e informações. O que releva saber, isto sim, é se tais elementos fornecidos pelo *amicus* são úteis ou não ao deslinde da causa posta sob apreciação, isto é, se são argumentos inéditos ou perspectivas insuficientemente exploradas. O que é preciso perquirir, pois, é se a colaboração do terceiro contribui para que o órgão julgador tome conhecimento de todas as implicações e repercussões da questão objeto de discussão.

Daí porque um dos critérios forjados em sede doutrinária, e que inclusive já foi objeto de comentários (vide tópico 4.1), consiste na relevância social questão debatida no bojo do

⁵⁰⁰ DEL PRÁ, Carlos Gustavo Rodrigues. *Amicus curiae*: instrumento de participação democrática e de aperfeiçoamento da prestação jurisdicional. Curitiba: Juruá, 2007, p. 181.

⁵⁰¹ DEL PRÁ, Carlos Gustavo Rodrigues. *Amicus curiae*: instrumento de participação democrática e de aperfeiçoamento da prestação jurisdicional. Curitiba: Juruá, 2007, p. 208.

processo⁵⁰², ou seja, é a expressão social do objeto da lide que legitima a atuação do *amicus curiae*, de modo que, ausente tal relevância social, não há interesse legítimo a permitir a atuação desse terceiro.⁵⁰³

Desta feita, além de competir ao juiz a verificação sobre a existência ou não da relevância social legitimadora da intervenção do *amicus*, cabe-lhe observar se a manifestação do terceiro é dotada de conteúdo específico, isto é, se não se trata de meras repetições de alegações já feitas ou reprodução de informações já trazidas aos autos.⁵⁰⁴

Tal controle judicial mostra-se imprescindível para evitar que um grande número de intervenções torne o procedimento moroso, o que acarretaria prejuízos à própria administração da justiça.⁵⁰⁵ Em casos tais, o magistrado poderia, inclusive, lançar mão da aplicação analógica do art. 46, parágrafo único, do Código de Processo Civil⁵⁰⁶, limitando o número de intervenientes de forma discricionária, porém não arbitrária.

Assim, caso o juiz identifique qualquer incompatibilidade entre a atuação do terceiro e o papel a ser desempenhado por um verdadeiro *amicus curiae*, seja porque o objetivo da intervenção aparente ser o de obtenção de alguma vantagem ilegal, o de causar tumulto deliberadamente ao processo ou o alcance de qualquer finalidade ilegal ou fraudulenta enfim, deverá o juiz obstar sua participação.⁵⁰⁷ Em suma, a última e definitiva palavra sobre a intervenção do *amicus curiae*, em todo e qualquer caso, é do Poder Judiciário.

⁵⁰² Os elaboradores do Anteprojeto do novo Código de Processo Civil, ao que tudo indica, foram sensíveis a essa questão, já que instituíram o requisito cujo conteúdo material parece ser o mesmo, sob a denominação de “repercussão social da controvérsia”.

⁵⁰³ DEL PRÁ, Carlos Gustavo Rodrigues. *Amicus curiae*: instrumento de participação democrática e de aperfeiçoamento da prestação jurisdicional. Curitiba: Juruá, 2007, p. 208.

⁵⁰⁴ DEL PRÁ, Carlos Gustavo Rodrigues. *Amicus curiae*: instrumento de participação democrática e de aperfeiçoamento da prestação jurisdicional. Curitiba: Juruá, 2007, p. 213.

⁵⁰⁵ DEL PRÁ, Carlos Gustavo Rodrigues. *Amicus curiae*: instrumento de participação democrática e de aperfeiçoamento da prestação jurisdicional. Curitiba: Juruá, 2007, p. 212-213.

⁵⁰⁶ CPC, Art. 46, parágrafo único: O juiz poderá limitar o litisconsórcio facultativo quanto ao número de litigantes, quando este comprometer a rápida solução do litígio ou dificultar a defesa. O pedido de limitação interrompe o prazo para resposta, que recomeça da intimação da decisão.

⁵⁰⁷ DEL PRÁ, Carlos Gustavo Rodrigues. *Amicus curiae*: instrumento de participação democrática e de aperfeiçoamento da prestação jurisdicional. Curitiba: Juruá, 2007, p. 210.

CONCLUSÃO

O instituto do *amicus curiae* surgiu e se desenvolveu nos ordenamentos jurídicos filiados à tradição jurídica do *common law*, notadamente, na Inglaterra e nos Estados Unidos, graças às peculiaridades desses sistemas, como a doutrina do *stare decisis*, princípio segundo o qual as decisões judiciais formam precedentes que têm o condão de vincular casos semelhantes que venham a ocorrer no futuro, além do *adversarial system*, sistema processual caracterizado pela primazia que se reconhece às partes não apenas no que diz respeito à iniciativa de instaurar o processo e de lhe determinar o objeto, mas também na fixação da marcha do feito e na colheita das provas.

A despeito das várias críticas que vêm sendo dirigidas à figura pela doutrina em seus países de origem, principalmente no que diz respeito ao abandono de sua original neutralidade e à assunção de uma postura mais parcial – o instituto teria deixado de ser amigo da corte para assumir o papel de amigo de uma das partes, de modo que são muitos os autores que apontam as entidades que atuam nessa condição como verdadeiros lobistas na arena judicial –, isso não impediu sua importação por países filiados à tradição jurídica romano-germânica, entre os quais se inclui o Brasil.

Entre as primeiras hipóteses de participação processual do *amicus* no ordenamento jurídico brasileiro estão aquelas atreladas ao poder de polícia inerente a determinadas entidades, tal como ocorre com a Comissão de Valores Mobiliários (CVM), o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) e o Instituto Nacional de Propriedade Industrial (INPI).

Em todos os casos mencionados no parágrafo anterior, bem assim na hipótese de intervenção da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), com fulcro no que dispõe o art. 49, parágrafo único de seu estatuto (lei n. 8.906/94), o interesse que legitima o ingresso desses órgãos e entidades em processos nos quais não são partes é o interesse institucional de ver escorreitamente aplicada uma determinada legislação.

Daí porque não constitui exagero afirmar que a CVM, quando intervém na qualidade de *amicus curiae*, atua como fiscal da lei que disciplina o mercado de capitais. Sendo esta mesma assertiva válida em se tratando do CADE (e da lei que disciplina a concorrência), do INPI (em relação à propriedade industrial) e da OAB (especificamente sobre as normas de seu estatuto).

Sem que sobre isso paire qualquer resquício de dúvida, a seara na qual a figura do *amicus curiae* mais se fez notar no ordenamento jurídico brasileiro é a do controle de constitucionalidade das leis. De fato, a admissão de terceiros, a título de *amici curiae*, nos processos objetivos de controle concentrado de constitucionalidade perante o STF não é mais algo tido por anormal. Em verdade, verifica-se, isto sim, que a intervenção do *amicus curiae* em tais processos constitui-se em mecanismo de abertura procedimental, pluralização do debate das matérias constitucionais, bem assim em fator adicional de legitimação das decisões judiciais.

Mesmo no sistema de controle difuso da constitucionalidade, graças às modificações implementadas pela lei n. 9.868/99 no Código de Processo Civil, também ganha legitimidade a figura interventiva do *amicus*.

No que diz respeito à participação desse terceiro no âmbito dos Juizados Especiais Federais, o que de mais relevante se pode destacar é a menção pioneira, no Direito brasileiro, à expressão literal “*amicus curiae*”, de que foi responsável a Resolução n. 390, de 17/09/04, que dispunha sobre o Regimento Interno da Turma Nacional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais.

As duas últimas hipóteses de intervenção referidas neste trabalho – previstas nas leis n. 11.417/06 (súmula vinculante) e n. 11.418/06 (repercussão geral) – parecem manter, a exemplo do que já ocorria na situação do controle de constitucionalidade, relativa afinidade com o comportamento do *amicus* nos países filiados ao *common law*, onde impera o *stare decisis*. Isto porque o contexto dessas respectivas intervenções muito tem a ver com o caráter (vinculante ou não) dos precedentes judiciais no sistema jurídico brasileiro.

O principal objetivo deste trabalho foi o de verificar se o alargamento do rol das hipóteses de admissão do *amicus curiae* para além dessas já positivadas no ordenamento jurídico brasileiro se justifica pela necessidade de democratizar e pluralizar o debate processual de questões relevantes, além de constituir fator de legitimação social de decisões judiciais.

Essa tese foi responsável pela ampla receptividade da figura no âmbito do Supremo Tribunal Federal que, ancorado na perspectiva háberliana de que todos os cidadãos são legítimos intérpretes das normas constitucionais, tem se mostrado cada vez mais favorável à abertura de mecanismos que possibilitem a oitiva dos anseios espalhados pela sociedade.

O processo de interpretação constitucional deixa de ser um privilégio dos órgãos oficiais de jurisdição e passa a ser tarefa também de uma “comunidade aberta e pluralista”,

em virtude de a Constituição conformar a realidade e, simultaneamente, ser por ela conformada.

A teoria da sociedade aberta de intérpretes se insere no contexto da assim chamada Nova Hermenêutica constitucional que, por sua vez, é fruto das reflexões e mudanças de paradigma operadas pelo neoconstitucionalismo, movimento marcado, entre outras características, pelo reconhecimento da força normativa dos princípios jurídicos, com a conseqüente valorização do seu papel no processo de aplicação do Direito; pela rejeição ao formalismo e utilização de uma metodologia jurídica mais aberta; pela constitucionalização do Direito; reaproximação entre o Direito e a Moral; e pelo protagonismo do Poder Judiciário, em virtude da judicialização da política e das relações sociais.

No paradigma neoconstitucionalista, a Constituição deixa de ser meramente procedimental e assume uma feição marcadamente substantiva, tomando desde logo decisões políticas importantes e restringindo o campo de atuação das instâncias legislativas ordinárias. Nesse contexto, o instituto do *amicus curiae* apareceu como uma excelente alternativa de abertura procedimental no âmbito da jurisdição constitucional, um instrumento de ordem prática a serviço da teoria da sociedade aberta de intérpretes, na medida em que permite que os mais diversos setores da sociedade participem do processo de tomada das decisões da mais alta corte do país. Dessa forma, o processo constitucional tornar-se-ia mais democrático e, por isso mesmo, mais legítimas as decisões dele resultantes.

Alguns autores defendem que essa atmosfera seja recriada também em sede de jurisdição comum, pugnando pelo reconhecimento da ampla participação de terceiros, sob a forma de *amici curiae*, em todo e qualquer processo, independentemente do grau de jurisdição, sempre com vistas à promoção dessa “democratização” processual e, conseqüentemente, de uma maior legitimidade das decisões judiciais.

O projeto de novo Código de Processo Civil, que tramita na Câmara dos Deputados após ter sido discutido, votado e aprovado pelo Senado Federal, vem ao encontro dessa generalização da figura do *amicus curiae*, prevendo-a expressamente entre as modalidades de intervenção de terceiro e facultando-lhe a atuação em qualquer grau de jurisdição.

Não se nega a importância de um tratamento mais sistemático ao instituto, já que a completa falta de sistematização que norteia o tratamento legal dispensado à figura no sistema processual civil brasileiro atual é uma das responsáveis pelas acaloradas discussões doutrinárias acerca de qual seria a natureza jurídica do *amicus curiae* e, a depender da posição adotada, qual o regime jurídico aplicável à espécie.

No que pertine à natureza jurídica do instituto, aliás, para que fosse possível determiná-la com um mínimo aceitável de clareza, buscou-se traçar um paralelo necessário entre a figura e diversas categorias de sujeitos processuais já conhecidas e estudadas no Direito brasileiro.

Ab initio, demonstrou-se que o *amicus* não é parte, uma vez que não postula a tutela jurisdicional e em face dele nada é pedido. Enquadra-se, portanto, no conceito abrangente de terceiro, aqui entendido como todo aquele que não é sujeito parcial do processo.

Feitas as aproximações exigidas entre a figura do *amicus* e aquelas comumente apontadas pela doutrina como sendo referenciais de sua atuação, verificou-se que o *amicus curiae* não é espécie do gênero auxiliares do juízo, nem tampouco usurpa o lugar do Ministério Público como *custos legis*, muito embora desempenhe funções semelhantes.

Não assiste razão àqueles que insistem em considerar as hipóteses de sua intervenção como modalidades qualificadas de assistência, pelo simples fato de que o interesse que motiva e legitima o ingresso do *amicus* não é aquele interesse jurídico tomado em sua acepção tradicional, individualista, subjetivada. É jurídico sim o interesse que norteia a atuação do *amicus*, jurídico no sentido de que está agasalhado pelo ordenamento jurídico. Mas é público também, haja vista que transcende os interesses e direitos tutelados pelos sujeitos da relação jurídica processual. Por conta disso, apenas para designar diferentemente algo que não encontra similar, de modo a minimizar o risco de confusões, diz-se ser “institucional” o interesse que autoriza o ingresso do *amicus curiae*.

Tem-se, portanto, que o processo civil brasileiro recepciona o instituto do *amicus curiae* dando-lhe os contornos de um sujeito processual. A silhueta de um terceiro. É uma nova modalidade de intervenção de terceiros.

Em se tratando da possibilidade de generalização irrestrita, total e absoluta, tal qual propugnada pelos doutrinadores de que se deu notícia no decorrer desta pesquisa e encampada até o momento pelo legislador infraconstitucional, não parece ser esse o caminho mais recomendado.

Isso porque, como se teve a oportunidade de demonstrar no primeiro capítulo, a gênese e o desenvolvimento do instituto estão intimamente ligados às características do modelo jurídico do *common law*, notadamente à doutrina dos precedentes obrigatórios, consubstanciada na regra do *stare decisis*.

Com efeito, a razão de ser do *amicus curiae* reside na circunstância de que os precedentes são de observância obrigatória, produzindo efeitos regularmente na esfera jurídica de sujeitos alheios ao processo no qual o precedente é firmado.

É certo que, no Brasil, não há que se falar em precedentes obrigatórios, salvo em se tratando de súmula vinculante. Porém, não se pode escamotear o fato de que o sistema processual civil brasileiro se encontra calcado na noção de “jurisprudência dominante”, numa tentativa de alcançar os níveis de segurança jurídica que a lei, por si só, não logrou êxito em atingir.

Muitas das previsões legais de intervenção de *amicus curiae* já existentes no país, aliás, estão relacionadas a processos que, de uma maneira mais ou menos direta, são afetados por estarem em acordo ou desacordo com a jurisprudência dominante ou com as súmulas dos tribunais superiores.

Assim, reconhece-se que o *amicus curiae* se apresenta como sendo um importante instrumento de abertura e democratização processual, permitindo a manifestação de terceiros cuja finalidade precípua é a de auxiliar a corte, contribuindo para o aperfeiçoamento da prestação jurisdicional, prestando-se a viabilizar o acesso de parcelas representativas da sociedade a uma ordem jurídica justa e concorda-se que a sua participação processual deva se dar não só nas hipóteses em que ela é legalmente prevista, mas também em todos aqueles casos em que se verifiquem os requisitos da representatividade adequada, da relevância da matéria, da especificidade do tema objeto da demanda ou da repercussão social da controvérsia.

Entretanto, tais requisitos não podem ser tomados fora do contexto da transcendência dos efeitos da decisão a ser proferida. Desse modo, somente se pode falar em intervenção de *amicus curiae* naqueles processos cujos provimentos jurisdicionais possam afetar, direta ou indiretamente, a situação de terceiros que, de outra forma, deles não participariam.

A função do *amicus* é justamente esta: garantir que todos os que serão potencialmente afetados pelo resultado final de um processo possam dele participar, contribuindo assim para a formação desse resultado.

REFERÊNCIAS

ADEODATO, João Maurício. **Ética e retórica: para uma teoria da dogmática jurídica**. São Paulo: Saraiva, 2002.

AGRA, Walber de Moura. **A reconstrução da legitimidade do Supremo Tribunal Federal: Densificação da Jurisdição Constitucional Brasileira**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

_____. Pós-modernidade, crise do Estado Social de Direito e crise na legitimação da jurisdição constitucional. **Revista da ESMape**, Recife, v. 09, n. 19, p. 575-610, 2004.

AGUIAR, Mirella de Carvalho. **Amicus Curiae**. Salvador: Juspodium, 2005.

ALMEIDA, Cléber Lúcio de. A legitimação das decisões judiciais no Estado Democrático de Direito. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região**, Belo Horizonte, v. 45, n. 75, p. 19-25, jan./jun. 2007.

ALVIM, J. E. Carreira. **Teoria geral do processo**. 10. ed. rev. atual. e amp. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

ANGELL, Ernest. The *Amicus Curiae* American Development of English Institutions. **International and Comparative Law Quarterly**, v. 16, p. 1.017-1.044, 1967.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. **Interpretação e aplicação da Constituição**. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. Judicialização, ativismo judiciário e legitimidade democrática. **Atualidades Jurídicas: Revista Eletrônica do Conselho Federal da OAB**, n. 4, jan./fev. 2009. Disponível em: <http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>. Acesso em: 11 fev. 2012.

_____. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 10, n. 851, 1. nov. 2005. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/7547>>. Acesso em: 15. jan. 2012.

BINENBOJM, Gustavo. A dimensão do *amicus curiae* no processo constitucional brasileiro: requisitos, poderes processuais e aplicabilidade no âmbito processual. Disponível: http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=126. Acesso em: 19. ago. 2009.

_____. **A Nova Jurisdição Constitucional Brasileira: legitimidade democrática e instrumentos de realização**. 3. ed. rev. amp. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

BISCH, Isabel da Cunha. **O Amicus Curiae, as Tradições Jurídicas e o Controle de Constitucionalidade: um estudo comparado à luz das experiências americana, europeia e brasileira**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

BLACK, Henry Campbell. **Black's Law Dictionary**. St. Paul: West Publishing Company, 1996.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito**. São Paulo: Ícone, 2006.

BÖCKENFÖRD, Ernst-Wolfgang. **Escritos sobre Derechos Fundamentales**. Tradução de Juan Luis Requejo Pagés e Ignacio Villaverde Menéndez. Baden-Baden: Nomos, 1993.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 13 ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. **Curso de Direito Constitucional**. 25 ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

BRASIL. Senado Federal. Parecer da Comissão Temporária de reforma do Código de Processo Civil sobre o PLS n.º 166/2010. Brasília, 1º de dezembro de 2010. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=84495>>. Acesso em: 15 ago. 2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Incidente de Deslocamento de Competência n. 2/DF. Relator: Ministra Laurita Vaz. Brasília, 1º de agosto de 2010. Disponível em: <http://www.stj.jus.br>. Acesso em: 21 maio. 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2.130/SC. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, 14 de dezembro de 2001. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 15 jul. 2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3484/RN. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, 23 de agosto de 2006. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 15 jul. 2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental em Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 748/RS. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, 18 de novembro de 1994. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 22 ago. 2009.

BUENO, Cássio Scarpinella. **Amicus curiae no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático**. 2. ed. rev. atual. e amp. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. Ação direta de inconstitucionalidade – Intervenção de *amicus curiae*. **Revista de Processo**, São Paulo, ano 31, n. 138, p. 165-184, ago. 2006.

_____. Quatro perguntas e quatro respostas sobre o *amicus curiae*. **Revista da Escola Nacional da Magistratura – RENM**, Brasília, ano 3, n. 5, p. 132-138, maio. 2008.

BUENO FILHO, Edgard Silveira. *Amicus Curiae*. A democratização do debate nos processos de controle da constitucionalidade. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, ano 13, n. 53, p. 20-28, out./dez. 2005.

CABRAL, Antonio do Passo. Pelas asas de Hermes: a intervenção do *amicus curiae*, um terceiro especial. Uma análise dos institutos interventivos similares – O *amicus* e o *Vertreter des öffentlichen Interesses*. **Revista de Processo**, São Paulo, ano 29, n. 117, p. 9-40, set./out. 2004.

CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo**: Direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2011.

_____. Norma e processo na crença democrática. **Revista de Processo**, São Paulo, ano 28, n. 110, p. 325-349, abr./jun. 2003.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**. Reimpressão. Coimbra: Coimbra Editora, 1994.

CARDOSO, Oscar Valente. O *amicus curiae* nos juizados especiais federais. **Revista Dialética de Direito Processual**, São Paulo, n. 60, p. 102-112, mar. 2008.

CARNEIRO, Athos Gusmão. **Intervenção de terceiros**. 15 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2003.

CATÃO, Adrualdo de Lima. A visão hermenêutica da interpretação jurídica para a superação do paradigma da neutralidade do intérprete. **Anais do XIV Congresso nacional do CONPEDI – Fortaleza**. Fundação Boiteux: Florianópolis, Nov. 2005, p. 3-23. Disponível em: www.conpedi.org. Acesso em: 13 jul. 2010.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

COELHO, Inocêncio Mártires. As idéias de Peter Häberle e a abertura da interpretação constitucional no direito brasileiro. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 35, n. 137, p. 157-164, jan./mar. 1998.

COLLINS JR., Paul M. Friends of the Court: Examining the Influence of Amicus Curiae Participation in U.S. Supreme Court Litigation. **Law and Society Review**, v. 38, n. 4, p. 807-832, 2004.

COMANDUCCI, Paolo. Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico. In: CARBONELL, Miguel. **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Editorial Trotta, p. 75-98, 2003.

CRUZ, Luis M. **La Constitución como orden de valores**: problemas jurídicos y políticos. Granada, 2005.

CUNHA JÚNIOR, Dirley. A intervenção de terceiros no processo de controle abstrato de constitucionalidade – a intervenção do particular, do co-legitimado e do *amicus curiae* na ADIN, ADC e ADPF. In: DIDIER JR., Fredie; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coords.). **Aspectos polêmicos e atuais sobre os terceiros no processo civil e assuntos afins**. São Paulo: RT, p. 149-167, 2004.

DANTAS, Francisco Wildo Lacerda. Breves considerações sobre o direito processual constitucional. **Revista CEJ**, Brasília, n. 51, ano XIV, p. 14-32, out./dez. 2010.

DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1993.

DEL PRÁ, Carlos Gustavo Rodrigues. **Amicus curiae**: instrumento de participação democrática e de aperfeiçoamento da prestação jurisdicional. Curitiba: Juruá, 2007.

DIDIER JR., Fredie. A intervenção judicial do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (art. 89 da Lei Federal 8.884/1994) e da Comissão de Valores Mobiliários (art. 31 da Lei Federal 6.385/1976). **Revista de Processo**, São Paulo, ano 29, n. 115, p. 151-163, maio./jun. 2004.

_____. **Curso de Direito Processual Civil**: teoria geral do processo e processo de conhecimento, v. 1, 12. ed. rev. amp. e atual. Salvador: Juspodium, 2010.

_____. Possibilidade de sustentação oral do *amicus curiae*. **Revista Dialética de Direito Processual**, São Paulo, n. 8, p. 33-38, nov. 2003.

DUARTE, Écio Oto Ramos; POZZOLO, Susanna. **Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico**: as faces da teoria do Direito em tempos de interpretação moral da Constituição. São Paulo: Landy Editora, 2006.

ESPINOZA, Danielle Sales Echaiz. **Entre substancialismo e procedimentalismo**: elementos para uma teoria constitucional brasileira adequada. Maceió: Edufal, 2009.

GALINDO, Bruno César Machado Torres. **Direitos Fundamentais**: análise de sua concretização constitucional. Curitiba: Juruá, 2005.

GARCIA, André Luis Bitar de Lima. A ausência de um sistema de precedentes no CPC: uma oportunidade perdida. In: DIDIER JR., Fredie; MOUTA, José Henrique; KLIPPEL, Rodrigo. **O projeto do novo Código de Processo Civil**: estudos em homenagem ao Professor José de Albuquerque Rocha. Salvador: Juspodium, p. 13-20, 2011.

GONTIJO, André Pires; SILVA, Christine Oliveira Peter da. O *amicus curiae* no processo constitucional: o papel do “amigo da corte” na construção do *decision-making* no âmbito da Suprema Corte dos Estados Unidos. **Revista de Direito Público**, Porto Alegre, ano 5, n. 21, p. 7-26, maio./jun. 2008.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da constituição**: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1997 (Reimpressão, 2002).

HEINEN, Juliano. A figura do *amicus curiae* como um mecanismo de legitimação democrática do Direito. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, ano 103, vol. 392, p. 148-165, jul./ago. 2007.

HOWARD, John. Retaliation, Reinstatement, and Friends of the Court: Amicus Participation in Brock vs. Roadway Express, Inc. **Howard Law Journal**, v. 31, p. 241-270, 1988.

KEARNEY, Joseph D.; MERRIL, Thomas W. The influence of amicus curiae briefs on the Supreme Court. **University of Pennsylvania Law Review**, v. 148, p. 743-855, 2000.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

KRISLOV, Samuel. The *amicus curiae* brief: from friendship to advocacy. **The Yale Law Journal**, v. 72, p. 694-721, 1963.

LEAL, Mônia Clarissa Hennig. Jurisdição constitucional aberta: a abertura constitucional como pressuposto de intervenção do *amicus curiae* no direito brasileiro. **Revista de Direito Público**, Porto Alegre, ano 5, n. 21, p. 27-49, maio./jun. 2008.

LOSANO, Mario G. **Os grandes sistemas jurídicos**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

LOWMAN, Michael K. The Litigating *Amicus curiae*: when does the party begin after the friend leave? **American University Law Review**, v. 41, p. 1.243-1.299, summer 1992.

MACIEL, Adhemar Ferreira. *Amicus curiae*: um instituto democrático. **Revista de Processo**, São Paulo, ano 27, n. 106, p. 281-284, abr./jun. 2002.

MAGALHÃES, Rafael Geovani da Silva. “Amicus curiae”: origem histórica, natureza jurídica e procedimento de acordo com a Lei n.º 9.868/1999. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 13, n. 2091, 23. mar. 2009. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=12500>>. Acesso em: 02. abr. 2009.

MAMARI FILHO, Luís Sérgio Soares. **A Comunidade Aberta de Intérpretes da Constituição**: o *amicus curiae* como estratégia de democratização da busca do significado das normas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Novas linhas do processo civil**. São Paulo: RT, 1993.

_____, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **O projeto do CPC: crítica e propostas**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

MARTINS, Suzete Ferrari Madeira. A motivação das decisões judiciais e a democratização no processo civil: aspectos de cidadania. **Revista da Esmese**, Aracaju, n. 05, p. 167-194, 2003.

MATTOS, Ana Letícia Queiroga de. **Amicus Curiae: Hermenêutica e Jurisdição Constitucional**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2011.

MEDINA, Damares. **Amicus Curiae: Amigo da Corte ou Amigo da Parte?** São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. A finalidade do *amicus curiae* no controle concentrado de constitucionalidade. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 9, n. 717, 22 jun. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6917>>. Acesso em:  02 abr. 2009.

MEDINA, Paulo Roberto de Gouvêa. **Direito Processual Constitucional**. 4. ed. rev. atual. e amp. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

MENDES, Gilmar Ferreira. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. **Revista de Direito Público**, Porto Alegre, ano 5, n. 20, p. 7-46, mar./abr. 2008.

_____. Lei 9868/99: processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. **Jus Navigandi**,

Teresina, ano 4, n. 41, maio 2000. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=130>>. Acesso em: 04 ago. 2009.

_____. **Controle de constitucionalidade** – Repercussões na atividade econômica. Disponível em: <<http://www.bcb.gov.br/htms/public/8encjur/04%20-gilmar%20ferreira%20mendes.pdf>>. Acesso em: 14 ago. 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MOREIRA, Eduardo Ribeiro. **Neoconstitucionalismo: a invasão da Constituição**. São Paulo: Método, 2007.

MOREIRA, Helena Delgado Ramos Fialho. **Poder Judiciário no Brasil: crise de eficiência**. Curitiba: Juruá, 2009.

NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor**. 7 ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2003.

NUNES, Jorge Amaury Maia. A participação do *amicus curiae* no procedimento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF. **Revista de Direito Público**, Porto Alegre, ano 5, n. 20, p. 47-64, mar./abr. 2008.

PEIXINHO, Manoel Messias. **As teorias e os métodos de interpretação aplicados aos direitos fundamentais**: doutrina e jurisprudência do STF e do STJ. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

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

PINTO, Rodrigo Strobel. *Amicus curiae*: atuação plena segundo o princípio da cooperação e o poder instrutório judicial. **Revista de Processo**, São Paulo, ano 32, n. 151, p. 131-139, set. 2007.

PIRES, Roberto Carlos Martins. A intervenção de terceiros do *amicus curiae*. **Revista ESMAFE**, Recife, n. 13, p. 289-301, 2007.

POPPER, Karl R.. **The open society and its enemies**, Vol. I, 5 ed., 1966.

PRADO, Rodrigo Murad do. O *amicus curiae* no Direito Processual brasileiro. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 9, n. 676, 12 maio 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6717>>. Acesso em:  29 mar. 2009.

RAMIRES, Maurício. **Crítica à aplicação de precedentes no Direito brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

RUSTAD, Michael; KOENIG, Thomas. The Supreme Court and Junk Social Science: Selective Distortion in Amicus Briefs. **North Carolina Law Review**, v. 72, p. 91-162, nov. 1993.

SANCHÍS, Luis Prieto. Neoconstitucionalismo y ponderación judicial. In: CARBONELL, Miguel. **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Editorial Trotta, p. 123-158, 2003.

SANTOS, Gustavo Ferreira. **Neoconstitucionalismo, Poder Judiciário e Direitos Fundamentais**. Curitiba: Juruá, 2011.

SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: SARMENTO, Daniel. **Filosofia e teoria constitucional contemporânea**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, p. 113-146, 2009.

SATO, Priscila Kei. O Instituto Nacional da Propriedade Industrial nas ações de nulidade e de adjudicação: parte ou assistente? In: DIDIER Jr., Fredie; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coords.). **Aspectos polêmicos e atuais sobre os terceiros no processo civil e assuntos afins**. São Paulo: RT, 2004.

SOARES, Guido Fernando Silva. **Common Law**: Introdução ao Direito dos EUA. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

SOARES, José Carlos Tinoco. **Lei de patentes, marcas e direitos conexos**: Lei 9.279 – 14.05.1996. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

TARANTO, Caio Mário Gutierrez. O juiz na qualidade de *amicus curiae* em precedentes judiciais aptos a ensejar a produção de súmula com efeito vinculante. **Revista da AJUFE**, Brasília, ano 23, n. 82, p. 25-43, out./dez. 2005.

_____. **Precedente judicial**: autoridade e aplicação na jurisdição constitucional. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

TATE, C. Neal. Why the Expansion of Judicial Power? In: **The global expansion of Judicial Power**. TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjörn. New York: New York University Press, p. 27-37, 1995.

TAVARES, André Ramos. **Nova lei da súmula vinculante**. Estudos e comentários à lei 11.417, de 19.12.2006. 2. ed. São Paulo: Método, 2007.

TAVARES, Osvaldo Hamilton. A CVM como “*amicus curiae*”. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n. 690, p. 286-287, 1993.

VALE, André Rufino do; MENDES, Gilmar Ferreira. A influência do pensamento de Peter Häberle no STF. **Revista Consultor Jurídico**. Disponível em: < <http://www.conjur.com.br> >. Acesso em: 12 jul. 2010.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. In: SARMENTO, Daniel. **Filosofia e teoria constitucional contemporânea**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, p. 483-502, 2009.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: *civil law* e *common law*. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 172, ano 34, p. 121-173, junho de 2009.