

AMICUS CURIAE – A DEMOCRATIZAÇÃO DO DEBATE NOS PROCESSOS DE CONTROLE DA CONSTITUCIONALIDADE*

Edgard Silveira Bueno Filho

RESUMO

Enfatiza a prevalência das normas constitucionais sobre as demais existentes em nosso ordenamento jurídico, fator importante para a viabilização do controle da constitucionalidade por parte do Poder Judiciário, seja pela via direta ou indireta.

Comenta acerca da utilização do instituto da assistência (art. 50 do CPC) no tocante à matéria constitucional, oportunidade em que discorre a respeito das ADIn (Ação Direta de Inconstitucionalidade) e ADC (Ação Direta de Constitucionalidade).

Ressalta a inserção do instituto *amicus curiae* no processo de controle de constitucionalidade, verificada por meio de julgado do Supremo Tribunal Federal, no qual se admitiu efetiva participação de um terceiro na lide, com fundamento no conteúdo do § 2º do art. 7º da Lei n. 9.868/99, desde que atendidos os requisitos necessários.

Por fim, considera a intervenção do *amicus curiae* como uma forma qualificada de assistência, uma vez que sua presença somente será admitida pelo STF nos processos que envolverem entidade ou órgão representativo – após demonstrar seu interesse no deslinde da controvérsia constitucional, bem como sua representatividade –, com o intuito de democratizar o debate constitucional.

PALAVRAS-CHAVE

Controle de constitucionalidade; Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADIn; Ação Direta de Constitucionalidade – ADC; intervenção de terceiro; *amicus curiae*; assistência; Código de Processo Civil; Supremo Tribunal Federal.

* Artigo recebido em novembro/2002.

Controlar a constitucionalidade de ato normativo significa impedir a subsistência da eficácia de norma contrária à Constituição¹. Em outras palavras, isso significa negar eficácia a um ato normativo produzido, em regra, por algum órgão ou autoridade com representação popular (Congresso Nacional, para hipóteses de leis, emendas constitucionais e resoluções, ou o Executivo, para os decretos regulamentares). Daí a relevância jurídica e política dessa competência entregue ao Supremo Tribunal Federal. É, portanto, sobre essa ótica que iremos tratar do tema. Antes disso, convém relembrar alguns conceitos sobre o assunto.

O fato de a Constituição ter prevalência sobre as demais normas, além de permitir o controle da produção das normas inferiores, implica a necessidade de zelar pela sua preservação.

A preservação da norma superior constitui-se em obrigação dos entes políticos federativos, consoante se observa no art. 23 da Constituição. Mas, não exclusiva. Com efeito é dever de todo e qualquer cidadão velar pela sua guarda, com o objetivo de preservar os direitos e garantias nela estipulados. Realmente, o Estatuto Maior tem por objetivo, dentre outros, garantir direitos e liberdades. Assim, é necessário o esforço de todos para preservar a Constituição íntegra.

A atividade de controle da constitucionalidade só é possível nos Estados, como o Brasil, nos quais há a supremacia da Constituição, sendo a Lei Maior o fundamento de validade de todas as demais.

Dentre nós, esta importantíssima tarefa é entregue ao Poder Judiciário, que exercita o controle repressivo por duas vias: a direta e a indireta.

O controle da constitucionalidade pela via de ação não é acessível a todos. Deveras, o ataque da lei em tese ou o seu controle em abstrato só pode ser exercido por certas pessoas designadas pelo art. 103 da Constituição.

Desse modo, aos particulares resta a busca do controle pela via de exceção, diante de um caso concreto e de forma incidental. A decisão judicial, no entanto, restringe-se, apenas, a solucionar uma lide instaurada. A declaração não se constitui em objetivo do processo, pois o pedido da parte é livrar-se de uma ação ou omissão estatal praticada em arrepio à norma constitucional.

DA ASSISTÊNCIA

Nessas causas regidas pela lei processual civil, é admitida a presença de terceiros. Deveras, qualquer um, por ato espontâneo ou por provocação de uma das partes, e desde que demonstre ter interesse jurídico na obtenção de uma sentença favorável a uma das partes, pode intervir na causa como assistente (art. 50 do CPC). A posição do assistente, portanto, é coadjuvar uma das partes para que ela obtenha vitória no processo.

O interesse de que fala a lei há de ser jurídico e não pode ser meramente econômico. Mas não se confunde com a tutela de seu direito subjetivo, pois não é parte no processo. Interessa-lhe, no entanto, influir positivamente na relação jurídica sob exame, para que a decisão a ser formada o favoreça. Bem por isso, o Supremo Tribunal Federal anota que é a partir dessa constatação que se pode aferir da existência ou não de interesse jurídico do assistente (RTJ 132/652).

Desse modo, no âmbito da via de exceção, a atividade de controle da constitucionalidade pode ter a participação de pessoas interessadas na defesa de direitos, garantias e liberdades que lhe sejam caras, por meio da assistência. Participação, porém, dependente da demonstração de interesse jurídico na causa.

DA INTERVENÇÃO NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE E NA AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE

No âmbito da via direta de controle, a presença do assistente era possível até 1985, quando o Supremo Tribunal Federal editou a **Emenda Regimental n. 2 de 1985**.

Como sabemos, o controle da constitucionalidade na via de ação é exercido pela Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIn) e pela Ação Direta de Constitucionalidade (ADC). Essas duas demandas só podem ser deflagradas por pessoas designadas pelo art. 103 da Constituição do Brasil.

Embora esse rol de pessoas tenha sido muito ampliado em relação ao sistema constitucional anterior (antes de 1988 só o Procurador-Geral da República podia fazê-lo), o fato é que só aquelas partes têm o direito de acesso à jurisdição constitucional. Com isso, a discussão da maior relevância que se instala a respeito da validade ou invalidade de determinado ato normativo fica restri-

ta aos argumentos que o proponente e demais partes cuja participação no processo foi determinada pela Constituição trazem à causa.

Assim, o acesso limitado à jurisdição constitucional restringindo o debate, pela sua gravidade, era preocupante.

Com efeito, as proposituras tanto da ADIn quanto da ADC só se justificam diante da existência de sérias controvérsias sobre a adequação do ato normativo ao Texto Constitucional. E, havendo dúvida sobre a constitucionalidade, é necessária, para garantir a segurança jurídica e a coerência do sistema, a solução do conflito.

Se determinado ato normativo provoca dúvidas quanto a esse importante aspecto de sua validade, a ponto de justificar a movimentação das pessoas constitucionalmente designadas para exercer o processo de controle, nada melhor do que esmiuçá-lo, de forma exaustiva, de modo a se obter uma decisão mais segura e completa possível.

Em outras palavras, a decisão proferida na atividade de controle da constitucionalidade deve ter sido precedida de exame exaustivo do ato normativo suspeito, de forma a mostrar aos jurisdicionados a sua conformidade ou desconformidade com a Constituição, espcando toda e qualquer dúvida suscitada.

Não é por outra razão que o juiz norte-americano e presidente da Suprema Corte, num dos períodos mais férteis da atividade jurisdicional, advertiu:

Um tribunal que é final e irrecorrível precisa de escrutínio mais cuidadoso que qualquer outro. Poder irrecorrível é o mais apto para auto-satisfazer-se e o menos apto para engajar-se em imparciais auto-análises. Em um país como o nosso, nenhuma instituição pública ou o pessoal que o opera pode estar acima do debate público (Warren E. Burger, U.S. Chief Justice) (grifo nosso)².

No entanto, esse amplo debate público dos temas constitucionais era difícil de se obter, pois a discussão no processo de ADIn ou ADC era restrita ao autor da ação e demais pessoas designadas para dela participar pelo texto³ constitucional (advogado-geral da União, procurador-geral da República e representante do órgão ou entidade que produziu o ato normativo). A Suprema Corte, desde a edição da Emenda Regimental n. 2 de 1985, não permitia a assistência de terceiros nas ações diretas de controle.

Atenta ou não a isso, a recente Lei n. 9.868, de 10 de novembro de 1999, introduziu novidades de grande importância para o aperfeiçoamento do processo de controle abstrato da constitucionalidade.

Destaque-se, dentre elas, a do § 2º do art. 7º da Lei n. 9.868/99. Com efeito, apesar de o *caput* não admitir a intervenção de terceiros, o referido § 2º criou uma exceção à regra, de modo a permitir a manifestação de órgãos ou entidades, desde que os postulantes demonstrem a sua representatividade e a relevância da matéria.

Este último dispositivo serviu para a consagração da presença do **amicus curiae**⁴ no processo de controle da constitucionalidade.

O uso de vocábulo “consagração” foi proposital, pois a Suprema Corte já havia, embora timidamente, admitido, antes da lei, a sua presença no processo de controle da constitucionalidade. É o que se viu no julgamento de Agravo Regimental em ADIn 748-4⁵, quando, por unanimidade de votos, o plenário do STF confirmou decisão monocrática do eminente Ministro Celso de Mello e permitiu que um memorial, preparado por um colaborador informal, permanecesse juntado por linha ao processo.

Como já se disse, a coadjuvação admitida foi tímida, já que se cingiu à permissão da juntada de memorial **por linha**.

Já na vigência da nova lei, a matéria foi novamente objeto de decisão do ilustre constitucionalista e integrante da Suprema Corte, Ministro Celso de Mello. Foi quando admitiu a participação da Associação dos Magistrados Catarinenses em ADIn 2.130-SC, como **amicus curiae**, não apenas para produzir memoriais, mas, inclusive, permitindo sua participação na causa de forma ampla por meio de sustentação oral de suas razões. Vale a pena transcrever a sua ementa:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. INTERVENÇÃO PROCESSUAL DO AMICUS CURIAE. POSSIBILIDADE. LEI N. 9.868/99 (ART. 7º, § 2º). SIGNIFICADO POLÍTICO-JURÍDICO DA ADMISSÃO DO AMICUS CURIAE NO SISTEMA DE CONTROLE NORMATIVO ABSTRATO DE CONSTITUCIONALIDADE. PEDIDO DE ADMISSÃO DEFERIDO.

No estatuto que rege o sistema de controle normativo abstrato de

Nas ações diretas de constitucionalidade e de inconstitucionalidade (...), a intervenção só se admite quando o terceiro seja uma entidade ou órgão representativo. Portanto, além da demonstração de interesse no julgamento da lide a favor ou contra o proponente, a assistência do *amicus curiae* só será admitida pelo tribunal depois de verificada a representatividade do interveniente. Por isso, trata-se de assistência qualificada.

constitucionalidade, o ordenamento positivo brasileiro processualizou a figura do amicus curiae (Lei n. 9.868/99, art. 7º, § 2º), permitindo que terceiros – desde que investidos de representatividade adequada – possam ser admitidos na relação processual, para efeito de manifestação sobre a questão de direito subjacente à própria controvérsia constitucional. A admissão de terceiro, na condição de amicus curiae, no processo adjetivo de controle normativo abstrato, qualifica-se como fator de legitimação social das decisões da Suprema Corte, enquanto Tribunal Constitucional, pois viabiliza, em obsequio 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 representam os interesses gerais da coletividade ou que expressem os valores essenciais e relevantes de grupos, classes ou estratos sociais. Em suma: a regra inscrita no art. 7º, § 2º, da Lei n. 9.868/99 – que contém a base normativa legitimadora da intervenção processual do amicus curiae – tem por precípua finalidade pluralizar o debate constitucional.

A decisão sob comento, fundamentada na doutrina abalizada de Paolo Bianchi⁶, ressaltou que a presença do *amicus curiae* no processo, em maior extensão do que no passado, serviria para garantir maior efetividade e legitimidade às decisões da Corte Constitucional. Em outras palavras, sustentou que, além do sentido democrático da participação desse terceiro gabaritado, o debate seria enriquecido, dada a representatividade da entidade ou órgão, com a possibilidade de transmissão aos julgadores de elementos de informação e experiências de implicações políticas, sociais, econômicas, jurídicas e culturais notáveis.

Paralelamente, tal presença reforça o princípio do contraditório e amplia o direito de defesa na medida em que permite que uma entidade representativa, mesmo sem estar qualificada constitucionalmente para arguir a inconstitucionalidade de um ato normativo, tenha condições de manifestar-se em defesa de uma ou outra posição, com vistas a obter uma decisão favorável à sua tese, com força *erga omnes*, o que, até então, era impossível.

QUEM PODE SER ADMITIDO COMO AMICUS CURIAE ?

O § 2º da lei diz:

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.

Nesses termos, nas ações de controle da constitucionalidade, os órgãos e as entidades representativas que demonstrem a relevância da matéria podem-se manifestar.

Os requisitos são: representatividade do órgão ou entidade e relevância da matéria.

DA REPRESENTATIVIDADE

Desde logo, consideram-se pré-qualificadas para tal as pessoas integrantes do rol do art. 103. Deveras, presume-se que quem pode propor a ação direta de controle goza da representatividade exigida pela lei. E essa representatividade foi reconhecida pelo texto constitucional.

Dessa forma, se já não fizer parte do processo, estarão sempre qualificadas para participar como *amicus curiae*. Bastará ao tribunal

verificar se o manifestante tem interesse jurídico para justificar a sua participação no debate.

Haverá sempre outras entidades de notória representatividade que, por isso, serão facilmente admitidas ao debate, dependendo apenas do tema discutido. É o caso das associações de magistrados, de advogados, de outros profissionais liberais, de empresários, de defensores de direitos humanos, de consumidores, do meio ambiente etc., quando o ato normativo questionado tiver relação com a atividade por eles desenvolvida.

A representatividade não haverá de ser, necessariamente, nacional. A uma, porque a lei isso não exige. E, se a lei não distinguiu, ao intérprete não é dado fazê-lo. A duas, porque não é só o caráter nacional que confere representatividade a alguém. Com efeito, ninguém, em sã consciência, negará representatividade à Associação dos Advogados de São Paulo, à Associação Comercial do Rio de Janeiro, ao IBDC – Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, à Associação dos Constitucionalistas Democráticos, assim como não se negou à Associação de Magistrados Catarinenses ou à Associação Paulista dos Magistrados (ADIn 2.238/DF, Rel. Ilmar Galvão).

DA RELEVÂNCIA DA MATÉRIA

Além da representatividade, a lei exige que o relator do processo leve em conta a relevância da matéria. Por relevância da matéria, o legislador quis que o postulante demonstrasse a relação de relevância entre a matéria discutida e a atividade perseguida pela instituição. Se o processo está em andamento é porque é relevante a matéria. Com efeito, não se pode imaginar um processo de controle de constitucionalidade de matéria irrelevante. Não teria sentido admitir-se a presença de terceiros na lide sem um mínimo de interesse jurídico no desfecho da causa a favor ou contra uma das partes.

Assim, a admissibilidade dependerá da relevância da sua participação em relação à matéria *sub judice*.

Conseqüentemente, a admissibilidade da participação da entidade como *amicus curiae* será casuística. Apesar disso, a avaliação deverá ser objetiva, ou seja, precedida de uma mínima motivação, para não parecer arbitrária.

Nos Estados Unidos, a Suprema Corte regula a participação de ter-

ceiros nos processos que estão submetidos a julgamento de forma bastante pormenorizada no seu regimento interno (*Rules of The Supreme Court*). De fato, o art. 37 (*Rule 37*)⁷ contém disposições sobre a admissibilidade da ajuda do *amicus curiae* e condições de seu exercício.

Não há, contudo, regras precisas sobre os critérios a serem observados para a admissão do terceiro interessado no processo.

MOMENTO DA INTERVENÇÃO

Apesar do que se disse acima, por ser uma forma de assistência, a intervenção do *amicus curiae* pode se dar a qualquer tempo, antes do julgamento da ação. É que, tal como na assistência, o *amicus* pegará o processo no estado em que se encontra. Desse modo, se o julgamento já tiver sido iniciado com a leitura do relatório, não poderá promover a sustentação oral. Entretanto, será admitida a entrega de memoriais aos demais julgadores.

O PRAZO PARA MANIFESTAÇÃO

Segundo a lei, deferida a participação do interessado no processo, terá ele o prazo do art. 6º, parágrafo único, para apresentar a sua manifestação: 30 dias. Embora não haja norma escrita, o *amicus curiae* terá o mesmo prazo das partes para produzir a sua sustentação oral.

CAPACIDADE POSTULATÓRIA

A entidade que pretenda manifestar-se no processo de controle da constitucionalidade deverá estar representada por advogado. A lei não cuida disso. Porém, tal exigência é mais do que lógica, pois a matéria *sub judice* exigirá sempre a utilização de argumentos técnicos para poder ser de alguma ajuda no deslinde da questão.

Ademais, se a lei exige que a petição inicial seja subscrita por advogado, não teria sentido dispensar tal cautela na intervenção do *amicus*.

NATUREZA JURÍDICA

Embora a lei diga que não é possível a intervenção de terceiros nos processos de controle direto da constitucionalidade, e o regimento interno do STF haja proibido a assistência, o fato é que a intervenção do *amicus curiae* é uma forma qualificada de assistência.

Com efeito, para intervir no processo judicial comum basta ao terceiro demonstrar o interesse legítimo. Nas ações diretas de constitucionalidade e de inconstitucionalidade, como já se viu, a intervenção só se admite quando o terceiro seja uma entidade ou órgão representativo. Portanto, além da demonstração de interesse no julgamento da lide a favor ou contra o proponente, a assistência do *amicus curiae* só será admitida pelo tribunal depois de verificada a representatividade do interveniente. Por isso, trata-se de assistência qualificada.

AMICI CURIAE

Uma mesma demanda poderá contar com a intervenção de mais de um *amicus*. Um como assistente de uma parte e outro em favor da parte contrária. Até aqui nada de extraordinário.

A lei nada diz a respeito da possibilidade de serem admitidos mais de um *amicus* para cada parte. Conclui-se daí que, não havendo proibição, a presença é permitida.

Além de não existir proibição, deve ser lembrado que a participação desse terceiro qualificado tem por objetivo ampliar o debate do tema constitucional, democratizando-o. Só pessoas representativas são habilitadas para participar do processo de controle, daí porque a presença de vários *amici* nos parece admissível.

Nos Estados Unidos, provável fonte de inspiração, a novidade da presença dos *amici* é bem-vinda. É o que se observou na disputa judicial em que se transformou a última eleição presidencial nos Estados Unidos. No processo denominado *Florida Election Case n. 00.949*, memoriais de nove *amici* foram oferecidos. Dentre os assistentes estavam o Estado do Alabama, um Centro de Estudos da *New York University*, a Assembléia Legislativa da Flórida, a *American Bar Association* e diversas pessoas físicas.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A abertura propiciada pela Lei n. 9.868/99 deve ser aproveitada por todos quanto se interessam e se ocupam com a segurança, coerência e higidez do sistema constitucional.

Com efeito, como advertiu o *Chief Justice Warren Burger* e destacou o eminente Ministro Celso Mello, a presença do *amicus curiae* no processo de controle tem por objetivo

pluralizar o debate constitucional, permitindo que o Supremo Tribunal Federal disponha de todos os elementos informativos possíveis e necessários à resolução da controvérsia (ADIn 2.130-SC).

Cabe, portanto, à sociedade, aos advogados principalmente, a tarefa de contribuir para que a Suprema Corte se convença, cada vez mais, da utilidade da participação de terceiros nessa importantíssima tarefa, com vistas, até mesmo, a alargar o juízo de admissibilidade, abrindo-o a juristas ou personalidades representativas, eis que hoje a lei só admite a manifestação de órgãos ou entidades.

Para tanto, será necessário que tal pretensão de influir no debate constitucional seja precedida de criteriosa análise por parte do interessado, a fim de que sua presença não possa ser utilizada para finalidades secundárias, tais como a procrastinação da decisão.

NOTAS BIBLIOGRÁFICAS

- 1 TEMER, Michel. *Elementos de direito constitucional*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 1992. p. 39.
- 2 ARMSTRONG, Bob Woodward Scott. *Por detrás da Suprema Corte*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.
- 3 A Lei n. 9.868 não contempla no art. 19 que trata especificamente da ADC a exceção prevista no § 2º do art. 7º que trata da ADIn. Num primeiro momento, pode-se concluir que tal instituto não é admissível nos processos de declaração de constitucionalidade. No entanto, tal entendimento vem na contramão do instituto, cuja introdução só se justifica pela necessidade de ampliação do debate na questão de maior relevância. Além disso, não há qualquer justificativa plausível para tal desigualdade de tratamento. Ao contrário, se, apesar da presunção de constitucionalidade de que são revestidos os atos normativos, ainda há necessidade de espancar dúvidas por meio de ação declaratória, é nesse caso que mais se justifica a pluralização do debate constitucional. A nosso ver, portanto, a participação do *amicus curiae* é admissível na ADC.
- 4 "Amicus curiae" (*New Latin, literally, friend of the court*): one (as an individual or organization) that is not a party to a particular lawsuit but is allowed to advise the court regarding a point of law or fact directly concerning the lawsuit <a brief of an "amicus curiae" may be filed – Federal Rules of Appellate Procedure Rule 29> – called also friend of the court.
- 5 EMENTA – AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – INTERVENÇÃO ASSISTENCIAL – IMPOSSIBILIDADE – ATO JUDICIAL QUE DETERMINA A JUNTADA, POR LINHA, DE PEÇAS DOCUMENTAIS – DESPACHO DE MERO EXPEDIENTE – IRRECORRIBILIDADE –

AGRAVO REGIMENTAL NÃO-CONHECIDO.

O processo de controle normativo 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).

- 6 BIANCHI, Paolo. *Un'amicizia interessata: l'amicus curiae davanti alla Suprema Corte degli Stati Uniti*. Giuffrè. Fasc. 6, 1995.
- 7 Disponível em: <<http://www.supremecourts.gov>>.

ABSTRACT

The author emphasizes the prevalence of the constitutional rules over the others that exist in our legal system, which is an important factor for the feasibility of the control of the constitutionality by the Judiciary Power, either through a direct way or an indirect one.

He comments about the use of the privity institute (article 50 of the CPC) concerning the constitutional matter; in this opportunity, he discourses on the ADIn (Suit for Declaration of Inconstitutionality) and on the ADC (Suit for Declaration of Constitutionality).

He stresses the insertion of the *amicus curiae* institute in the proceeding of the control of constitutionality, verified through judgement of the Brazilian Supreme Court, in which it was admitted an effective participation of a third party in the suit, based on the contents of the 2nd paragraph of the article 7th of the Law n. 9,868/99, since necessary requirements are achieved.

At the end, he considers the intervention of the *amicus curiae* as a qualified way of assistance, once its presence will only be admitted by the STF (Brazilian Supreme Court) in the proceedings which involve entity or representative organ – after showing its interest in clarifying the constitutional controversy, as well as its representation –, aiming to democratize the constitutional debate.

KEYWORDS – Constitutionality control; ADIn (Suit for Declaration of Unconstitutionality); ADC (Suit for Declaration of Constitutionality); third party intervention; *amicus curiae*; assistance; Code of Civil Procedure; Brazilian Supreme Court.

Edgard Silveira Bueno Filho é Advogado, Professor de Direito Constitucional na PUC/SP e Juiz aposentado do TRF da 3ª Região.