

¹⁰ Cf., nesse sentido, o decidido no REsp 286.246/SC, 5ª Turma, rel. Min. Felix Fischer, unânime, DJU I de 24/06/02, RHC 7.714, rel. Min. Vicente Leão, DJU I de 26/09/98 e REsp 331.029/SC, 6ª Turma, rel. Min. Fernando Gonçalves, DJU I de 24/02/03.

PARTE DE OUTRO ARTIGO

Do *Amicus Curiae*

Gustavo Santana Nogueira*

1. Introdução

O *amicus curiae*, apesar de estar previsto em nosso ordenamento jurídico desde 1978, por força da Lei 6.616, que alterou o art. 31 da Lei 6.385/76, apenas há pouco tempo vem sendo objeto de um estudo mais aprofundado por parte dos processualistas, principalmente depois que foi publicada a Lei 9.868/99, que dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal.

A sua natureza jurídica é bastante controversa, não existindo, pelo menos até o momento, consenso doutrinário acerca do instituto, pelo que o objetivo do presente artigo é esmiuçá-lo para que, ao final, possamos chegar a uma conclusão.

2. Previsão legal

Como visto, a primeira lei a reconhecer o *amicus* foi a Lei 6.385/76, que dispõe sobre o mercado de valores mobiliários e cria a Comissão de Valores Mobiliários, a CVM, entidade autárquica federal, que assim dispõe em seu art. 31:

Nos processos judiciais que tenham por objetivo matéria incluída na competência da Comissão de Valores Mobiliários, será esta sempre intimada para, querendo, oferecer parecer ou prestar esclarecimentos, no prazo de 15 (quinze) dias a contar da intimação.

Já a Lei 8.884/94, que transforma o Conselho Administrativo de Defesa Econômica, Cade, em autarquia, dispõe 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.

Apesar de o dispositivo legal supracitado dispor que o Cade deverá intervir como assistente, veremos mais à frente que não se trata de verdadeira assistência, modalidade de intervenção de terceiros prevista nos arts. 50 a 55 do Código de

*Defensor público no Estado do Rio de Janeiro, professor de Direito Processual Civil da Fundação Escola Superior da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro – Fesudeperj, da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro – Emerj, do Curso Glaucete Franco e do Curso *Jus Soli*.

Processo Civil. Posteriormente, veio a lume a Lei 9.868/99, também prevendo a figura do *amicus curiae*, dispondo, assim, em seu art. 7º, § 2º, o que se segue:

O relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, poderá, por despacho irrecorrível, admitir, observado o prazo fixado no parágrafo anterior ¹, a manifestação de outros órgãos ou entidades.

Essa mesma lei, no entanto, alterou o Código de Processo Civil, acrescentando 3 parágrafos, que passo a transcrever, ao art. 482, que trata do controle difuso de constitucionalidade das leis nos tribunais.

§ 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 Regime 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.

Ainda em 1999 foi editada a Lei 9.882, dispondo sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, regulamentando o § 1º do art. 102 da Constituição Federal, que também previu o *amicus curiae*, no § 1º do art. 6º, assim redigido:

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.

Mais recentemente a Lei 10.259/01, que dispõe sobre os Juizados Especiais Federais, também instituiu o *amicus curiae*, prevendo sua intervenção na parte final do art. 14, § 7º, que possui a seguinte redação:

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 5 (cinco) dias. Eventuais interessados, ainda que não sejam partes no processo, poderão se manifestar, no prazo de 30 (trinta) dias.

Assim, podemos perceber que nosso ordenamento jurídico, atualmente, faz diversas menções ao *amicus curiae*, fato que não pode mais ser ignorado pela doutrina, permitindo a intervenção de terceiros em determinados processos.

3. Do *amicus curiae*

Conforme exposto para nós, existem 3 hipóteses de intervenção do *amicus curiae*, que na tradução literal significa amigo da cúria², no Direito brasileiro, a saber:

- a) nas ações de controle de constitucionalidade;
- b) nos recursos (incidente de inconstitucionalidade) e Juizados Especiais Federais e
- c) nas causas de Direito Econômico e sobre o mercado de valores mobiliários, cuja intervenção será feita pelo Cade e pela CVM.

3.1. No controle de constitucionalidade

No controle concentrado da constitucionalidade das leis, exercido por ação direta, o mérito da ação, como cediço, é a compatibilidade da norma infraconstitucional com a Lei Maior, possuindo apenas o Supremo Tribunal Federal competência para declarar a constitucionalidade ou não de uma lei frente à Constituição Federal, enquanto que os tribunais estaduais possuem competência para julgar as ações diretas que visam à verificação da constitucionalidade das leis estaduais e municipais frente à Constituição dos respectivos estados. As ações destinadas ao controle da constitucionalidade das leis que nos interessam são a ação direta de inconstitucionalidade, a ação direta de constitucionalidade e a argüição de descumprimento de preceito fundamental, por mencionarem expressamente a figura do *amicus curiae*.³

Apesar de a Lei 9.868/99 não mencionar a figura do *amicus* na ação declaratória de constitucionalidade, uma vez que os parágrafos do art. 18 foram vetados, não se pode excluir sua participação, conforme a Mensagem 1.674/99, da Presidência da República, contendo as razões do veto, assim expostas:

O veto ao § 2º constitui consequência do veto ao § 1º. Resta assegurada, todavia, a possibilidade de o Supremo Tribunal Federal, por meio de interpretação sistemática admitir no processo da ação declaratória a abertura processual prevista para a ação direta no § 2º do art. 7º.

Na ação direta de inconstitucionalidade (ADIn) e na ação declaratória de constitucionalidade (ADC) não há partes, conforme já proclamou o Supremo Tribunal Federal, uma vez que se trata de processo objetivo⁴, consequência direta desta afirmação é o fato de não ser cabível nestas ações a intervenção de terceiros, conforme, aliás, preceituam os arts. 7º e 18, ambos no *caput*, da Lei 9.868/99. Porém essa afirmação vem sendo relativizada, uma vez que, conforme os ensinamentos de Gustavo Binenbojm, não se pode admitir que “a decantada objetividade seja invocada para sustentar a falsa idéia de que a fiscalização abstrata da cons-

titucionalidade se perfaça através de um processo asséptico, meramente formal, desprovido da essência da idéia de lide que é o conflito de interesses.”⁵

Assim, admite a Lei 9.868/99 o ingresso de terceiros nas ações diretas de controle da constitucionalidade, por meio do *amicus curiae*, que intervém como “colaborador informal da Corte”⁶, com o objetivo de “pluralizar o debate constitucional”.⁷ Como as decisões proferidas nessas ações possuem efeito vinculante, nos termos do § 2º do art. 102 da Constituição Federal⁸, é necessário, de fato, democratizar o controle concentrado da constitucionalidade, uma vez que a legitimidade para propositura da ADIn e da ADC é limitada às pessoas elencadas pela Constituição Federal no art. 103: *caput*, para a ADIn e no § 4º, para a ADC. A democratização do debate acerca da constitucionalidade das leis é, na visão do Supremo Tribunal Federal, “fator de legitimação social das decisões da Suprema Corte, enquanto Tribunal Constitucional, pois viabiliza, em obséquio ao postulador 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.”⁹

Porém, para ingressar como *amicus curiae*, é necessário que o postulante a figurar na ação nesta qualidade demonstre representatividade frente à matéria que será objeto de julgamento, bem como a relevância desta matéria, nos termos do § 2º do art. 7º da Lei 9.868/99. Nestes termos, o Supremo Tribunal Federal já admitiu que a Associação Paulista dos Magistrados (Apamagis) fosse admitida como *amicus curiae* na ADIn 2.238/DF, proposta pelos Partidos dos Trabalhadores (PT), Socialista Brasileiro (PSB) e Comunista do Brasil (PC do B), em litisconsórcio¹⁰, que questiona a inconstitucionalidade de alguns artigos da Lei Complementar 101/00, a Lei de Responsabilidade Fiscal, em especial do art. 20, que impõe limite de despesas de pessoal no Poder Judiciário. Entendeu o STF que “a representatividade da associação postulante é incontestada, sendo entidade voltada aos interesses dos magistrados paulistas e que, conforme estabelecido em seus estatutos, colabora com a direção do Poder Judiciário do estado de São Paulo”, considerando, ainda, o STF, que “é patente a excepcional relevância da matéria”.¹¹

Podemos ainda citar como exemplo a ADIn 2.937/DF, proposta pelo Partido Progressista (PP), que pede a declaração de inconstitucionalidade de alguns artigos da Lei 10.671/03, conhecida como Estatuto do Torcedor. Nesta ADIn vários clubes de futebol requereram seu ingresso como *amicus curiae*, o que poderia até ter sido admitido, em face da representatividade dos postulantes e da relevância

da matéria¹², porém todos os requerimentos foram negados pelo Relator da ADIn, Min. César Peluzo, mediante o seguinte despacho, que, inclusive, foi proferido 3 vezes, em face dos diversos requerimentos formulados:

O veto aposto ao § 1º do art. 7º da Lei 9.868, de 11/11/99, não exclui a necessidade de observância de prazo prevista no § 2º, para admissão dos chamados *amici curiae*. A inteligência sistemática do § 2º, não podendo levar ao absurdo da admissibilidade ilimitada de intervenções, com graves transtornos ao procedimento, exige seja observado, quando menos por aplicação analógica, o prazo constante no parágrafo único do art. 6º. De modo que, tendo-se exaurido tal prazo, na espécie, aliás pela só apresentação das informações, a qual acarretou preclusão consumativa, já não é lícito admitir a intervenção requerida por Santos Futebol Clube, Futebol Brasil Associados, Mogi Mirim Esporte Clube, Vila Nova Futebol Clube, São Raimundo Futebol Clube, União São João Esporte Clube e Sociedade Esportiva e Recreativa Caxias do Sul. Indefiro, pois, os pedidos, sem prejuízo de oportuna juntada “por linha” das respectivas petições.

Assim, verifica-se que não basta ao pretense *amicus* preencher os requisitos do § 2º do art. 7º da Lei 9.868/99, sendo necessário, ainda, observar o prazo do art. 6º, parágrafo único, da mesma lei, qual seja, de 30 dias, que é o prazo de que os órgãos ou as autoridades responsáveis pela lei impugnada na ação dispõem para prestar informações sobre ela.¹³ Conforme a decisão supracitada, uma vez prestadas as informações, ocorre preclusão consumativa, não sendo também possível a intervenção do *amicus curiae*.

Caso seja admitida a intervenção do *amicus*, ele poderá juntar memoriais sustentando a tese que mais lhe convier, constitucionalidade ou não da norma impugnada, fornecendo, assim, elementos que poderão ser levados em consideração pelo STF ao proferir sua decisão, elementos estes que, às vezes, não seriam sequer discutidos em face da legitimidade restrita para a propositura da ADIn e da ADC. Nesse sentido, o controle de constitucionalidade das leis no Brasil se torna mais democrático, porque permite o ingresso de pessoas que não teriam legitimidade para propor as ações diretas de controle. Poderá, ainda, o *amicus curiae* fazer sustentação oral junto ao Plenário do STF, conforme decisão, a nosso ver acertada, proferida pelo Supremo em questão de ordem suscitada no julgamento da ADIn 2.777/SP, em 03/12/03, vencidos, no entanto, a Ministra Ellen Gracie e o Ministro Carlos Velloso, alegando que esta possibilidade põe em risco o funcionamento do Tribunal. Não nos parece convincente esse argumento, pois se o objetivo da intervenção é democratizar o debate acerca da constitucionalidade das leis, todas as formas de manifestação do *amicus* devem ser admitidas, oral ou escrita, principalmente pela relevância que o debate oral tem nesse tipo de julgamento, sendo que o tempo de manifestação, de 15 (quinze) minutos segundo o art 132, *caput*, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, é absolutamente insuficiente

para paralisar a Corte. Entendemos, no entanto, que deve haver limitação ao número de intervenientes, pois se este número for exagerado a celeridade processual fica comprometida, principalmente se cada um dispuser a sustentar oralmente por 15 (quinze) minutos. Assim, entendemos que não pode haver *amicus curiae* multitudinário, devendo o relator limitar a participação de terceiros a um número razoável a ser analisado em cada caso concreto, de 10 pessoas, por exemplo, levando em consideração a representatividade daqueles que pleitearam o ingresso, bem como a anterioridade do requerimento. Lembramos que nessas ações as “implicações políticas, sociais, econômicas, jurídicas e culturais são de irrecusável importância e de inquestionável significação”.¹⁴

Falta, ainda, analisarmos o *amicus curiae* na argüição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF), previsto nos §§ 1º e 2º do art. 6º da Lei 9.882/99, onde, inclusive, se admite sua sustentação oral. Segundo Guilherme Peña, “a natureza jurídica da argüição direta é a de ação constitucional, porquanto veicula pretensão dirigida à tutela de preceito fundamental decorrente da Constituição, ameaçado ou lesado por ato do Poder Público”.¹⁵ Como ação direta, os efeitos da decisão a ser proferida pelo Supremo Tribunal Federal também são vinculantes e *erga omnes*, pelo que tudo foi dito sobre o *amicus* na ADIn e na ADC aplica-se à argüição.

Visto, pois, o instituto do *amicus curiae* no controle de constitucionalidade, bem como seus poderes, falta definirmos sua natureza jurídica. Já decidiu o STF que a atuação do *amicus curiae*, “como colaborador informal da Corte não configura, tecnicamente, hipótese de intervenção *ad coadjuvandum*”.¹⁶ Ocorre que o mesmo STF, em decisão do Ministro Celso de Mello proferida em Medida Cautelar na ADIn 2.130/SC, publicada no *DJ* de 02/02/01, entendeu que “o pedido de intervenção assistencial, ordinariamente, não tem cabimento em sede de ação direta de inconstitucionalidade, eis que terceiros não dispõem, em nosso sistema de Direito positivo, de legitimidade para intervir no processo de controle normativo abstrato”, no entanto na mesma decisão afirma que:

Não obstante todas essas considerações, cabe ter presente a regra inovadora constante do art. 7º, § 2º, da Lei 9.868/99, que, em caráter excepcional, abrandou o sentido absoluto da vedação pertinente à intervenção assistencial, passando, agora, a permitir o ingresso de entidade dotada de representatividade adequada no processo de controle abstrato de constitucionalidade.

Apesar de não estar expressamente defendido, nos parece que essa decisão do STF reconhece que o *amicus curiae* é um terceiro, e como ele intervém, trata-se de modalidade de intervenção de terceiros; também nos parece que neste caso analisado o STF equiparou o *amicus* à intervenção assistencial, leia-se, assistência.

Na doutrina o tema é igualmente objeto de controvérsias. Guilherme Peña afirma que “a natureza jurídica é a de instituto de participação da sociedade na jurisdição constitucional, e não a de intervenção de terceiros”.¹⁷ Já para Sylvio Motta e William Douglas o *amicus* é “forma especialíssima de intervenção de terceiros, criando uma espécie de litisconsórcio facultativo que age em defesa de interesses transindividuais homogêneos que estão em jogo no controle abstrato”¹⁸, enquanto Lênio Luiz Streck nos ensina que “muito embora não se admita intervenção de terceiros em ação direta de inconstitucionalidade, a Lei 9.868/99 introduziu uma importante inovação em nosso sistema de controle de constitucionalidade: trata-se da figura do *amicus curiae*, previsto no art. 7º, § 2º, com o que outras instituições ou órgãos interessados podem manifestar-se acerca do mérito da ADIn”.¹⁹

Nós entendemos que o *amicus curiae* é uma modalidade de intervenção de terceiros, mesmo que as ações ora analisadas sejam consideradas de natureza objetiva. Como visto, apesar de se tratar de processo objetivo, há pelo menos um autor nesta ação, podendo, inclusive, formar-se um litisconsórcio, de modo que se a lei permite o ingresso de terceiros, que não poderiam ajuizar as referidas ações, para apresentar memoriais e participar dos debates orais, está a lei permitindo o ingresso de um terceiro. A própria disposição do texto legal, apesar de não ser determinante para a interpretação do seu sentido, nos mostra que o *amicus* é considerado uma exceção à regra de que não é admitida a intervenção de terceiros nessas ações. É que a lei, no *caput* do art. 7º, afirma que não se admite a intervenção de terceiros e, no § 2º do mesmo artigo, permite o ingresso do amigo da cúria, ou seja, o mesmo artigo nos dá a regra, e logo após a exceção, sendo certo que o próprio STF, no julgamento da ADIn 2.130/SC, afirma o que agora se expõe. No entanto não podemos concordar que o *amicus curiae* confunda-se com a assistência, uma vez que esta pressupõe interesse jurídico, e o *amicus* não. O assistente (simples) intervém porque a decisão (de mérito) a ser proferida em um processo em que não figura como parte pode lhe atingir, já que é titular de uma relação jurídica com uma das partes (o seu assistido) que pode ser alcançada pelos efeitos reflexos da decisão a ser proferida, pelo que o assistente intervém para defender o seu assistido visando, indiretamente, à defesa de um interesse seu.

O *amicus* não possui esse vínculo com nenhuma das partes, até porque a doutrina majoritária entende que não há partes nas ações de controle da constitucionalidade, porém ele possui interesse em que a decisão sobre a constitucionalidade ou não das leis seja de um determinado conteúdo, por lhe interessar indiretamente. A sua intervenção não é imparcial, intervindo ele para defender uma tese jurídica que pode lhe beneficiar, mas sem o interesse jurídico que justifica a assistência. Para nós o *amicus* intervém para defender um interesse institucional.

Exemplifiquemos: na ADIn 2.937/DF os clubes de futebol que requereram o ingresso na qualidade de *amicus*, ainda que intempestivamente, na ação que visa à declaração de inconstitucionalidade da lei conhecida como Estatuto do Torcedor, o fizeram defendendo a tese da inconstitucionalidade, porque esta lei impõe aos clubes a adoção de uma série de medidas que protegem o torcedor, que atingem diretamente os clubes, e como estes não possuem legitimidade para a ADIn, podem requerer seu ingresso como terceiro para defender a tese que lhes interessa, principalmente por força do efeito vinculante das decisões nessas ações. Trata-se de defesa dos interesses da instituição.

Esse é um elemento fundamental para a compreensão do tema, segundo nosso entendimento. Como as decisões das ações de controle de constitucionalidade possuem eficácia *erga omnes* e produzem efeito vinculante para todos os órgãos do Judiciário, a lei permite o ingresso de órgãos ou entidades que podem ser atingidas por essas decisões. Pluraliza-se, sem dúvida alguma, o debate constitucional, porém por meio da intervenção de terceiros que têm algum tipo de interesse na decisão a ser proferida.

3.2. Nos recursos

É também prevista a intervenção do *amicus* no julgamento de recursos que acabem provocando o controle *incidenter tantum* da constitucionalidade das leis, nos termos dos parágrafos do art. 482 do CPC. Aqui não se pode afirmar que se trata de processo objetivo, pois a alegação de inconstitucionalidade não é mérito da causa, tal qual ocorre no controle concentrado, constituindo-se na verdade em questão prejudicial, ou seja, para julgar o mérito da causa o juízo precisa necessariamente analisar a compatibilidade da norma com a Lei Maior. Outra característica do controle incidental é que a “decisão afasta, apenas, a sua incidência no caso, para o caso e entre as partes. A eficácia da sentença é restrita, particular, refere-se, somente, à lide, subtrai a utilização da lei questionada ao caso sob julgamento, não opera *erga omnes*. A lei, teoricamente, continua em vigor, não perde a sua força obrigatória com relação a terceiros, sendo aplicada a outros casos.”²⁰

É certo ainda que qualquer juiz do primeiro grau de jurisdição não só pode como deve fazer esse controle incidental, porque a constitucionalidade é premissa necessária para o julgamento do mérito da causa, seja porque foi alegada como causa de pedir, seja porque foi alegada como fundamento da defesa, no entanto não se pode dizer o mesmo em relação aos órgãos que compõem o Tribunal. Por força do art. 97 da Constituição, “somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público”. Trata-se do princípio da reserva de plenário, que, como o nome revela, reserva, nos

tribunais, ao plenário, ou órgão especial, onde houver, a competência para manifestar-se acerca da inconstitucionalidade das leis. Assim, qualquer outro órgão fracionário do Tribunal não dispõe de competência para proceder ao controle incidental da constitucionalidade das leis, pelo que o julgamento do recurso deverá ser dividido em duas etapas, e é exatamente disto que tratam os arts. 480 a 482 do CPC. Enquanto o plenário, ou órgão especial, fazem o controle incidental, o órgão fracionário competente aprecia o restante do recurso.

Ocorre que essa manifestação do plenário, ou órgão especial, possui efeito vinculante, conforme dispõe o parágrafo único do art. 481 do CPC, acrescentado pela Lei 9.756/98, que possui a seguinte redação:

Os órgãos fracionários dos tribunais não submeterão ao plenário, ou ao órgão especial, a arguição de inconstitucionalidade, quando já houver pronunciamento destes ou do Plenário do Supremo Tribunal Federal sobre a questão.

Quando a matéria já foi decidida pelo STF, seja em ação direta, seja em controle difuso, justifica-se a dispensa de remessa da questão sobre a inconstitucionalidade da lei ao plenário ou órgão especial pelos efeitos vinculantes que a decisão do Tribunal guardião da Constituição possui e deve possuir, pois se o Supremo manifesta-se sobre a constitucionalidade ou não de uma lei, seja em recurso extraordinário, seja em ADIn, em ADC ou ADPF, todos os demais órgãos do Judiciário devem cumprir essa decisão, seja aplicando a lei considerada compatível com a Constituição, seja deixando de aplicar a lei inconstitucional. Se o Supremo decidisse sobre a compatibilidade da lei frente à Constituição Federal e outros órgãos do Judiciário pudessem decidir em sentido contrário, teríamos completamente esvaziada a atribuição, constitucional diga-se de passagem, do STF de ser o guardião da Lei Maior.²¹

É de se ressaltar que o Supremo Tribunal Federal já vinha decidindo dessa forma, mesmo antes da Lei 9.756/98, como, por exemplo, no RE 196.430/RS, em acórdão da 1ª Turma, Relator o Ministro Sepúlveda Pertence, publicado no *DJ* em 21/11/97, cujo trecho da ementa segue abaixo:

Controle incidente de constitucionalidade de normas: reserva de plenário (Const., art.97): inaplicabilidade, em outros tribunais, quando já declarada pelo Supremo Tribunal, ainda que incidentalmente, a inconstitucionalidade da norma questionada. Precedente: RE 191.905, *DJ* 29/08/97.

Esse mesmo efeito vinculante foi estendido às decisões do plenário, ou órgão especial, dos tribunais que se manifestarem sobre a inconstitucionalidade das leis em controle *incidenter tantum*. Quando o órgão fracionário deixa de submeter a análise da constitucionalidade da norma questionada como causa de pedir ou fundamento da defesa, ele o faz não porque vai se manifestar sobre a constitu-

cionalidade, mas sim porque ele fica vinculado à decisão já proferida em outro incidente de outro recurso, que já declarou *incidenter tantum* a lei constitucional ou não. Se o órgão fracionário pudesse decidir acerca da constitucionalidade da lei questionada, estaria havendo ofensa ao princípio da reserva de plenário, mas não é isso que ocorre, de modo que entendemos ser equivocado sustentar-se a inconstitucionalidade do parágrafo único do art. 481 do CPC.²²

Exatamente por força desse efeito vinculante é que a Lei 9.868/99 acrescentou 3 parágrafos ao art. 482 do CPC, permitindo o ingresso do *amicus curiae* no incidente de inconstitucionalidade. O *amicus* poderá intervir para defender a tese que mais lhe beneficia: constitucionalidade ou inconstitucionalidade da norma, de acordo com seus interesses institucionais. Com isso, vemos que relativizarem-se os efeitos da decisão deste incidente, que, antes das alterações, eram realmente *inter partes*, ou seja, a decisão só valia entre as partes, mas agora é *erga omnes*, dentro do tribunal em que foi proferida, ou seja, depois que o plenário, ou o órgão especial, manifestou-se acerca da inconstitucionalidade de uma lei em um incidente específico de um caso concreto, não serão mais submetidos incidentes com base na mesma lei aos referidos órgãos porque eles já se pronunciaram, e este pronunciamento vale para todo o tribunal, devendo os órgãos fracionários respeitá-lo.

No entanto é necessário que o plenário, ou órgão especial, possa se manifestar novamente, caso em outro incidente, relativo a outro caso concreto, as partes (do caso concreto) tenham novos argumentos (relevantes, fundamentados), que não foram levados em consideração pelo tribunal, exatamente para que não haja a ofensa ao princípio do contraditório. No entanto a tendência é que o surgimento desses novos argumentos sejam excepcionais, uma vez que a participação de terceiros é amplamente admitida por meio do *amicus curiae*.

Assim, permite o CPC que as pessoas jurídicas de direito público responsáveis pela edição do ato questionado, os titulares do direito de propositura referidos no art. 103 da Constituição Federal, bem como outros órgãos ou entidades, considerando-se a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, ingressem no incidente de inconstitucionalidade, na qualidade de *amicus curiae*, para que, na forma prevista no regimento interno de cada tribunal, possam defender as suas teses, mediante memoriais escritos e até sustentação oral.

Semelhante raciocínio foi utilizado pelo legislador no pedido de uniformização previsto no art. 14, §§ 4º e 5º, da Lei 10.259/01, a Lei dos Juizados Especiais Federais. Esse “pedido” deve ser dirigido ao Superior Tribunal de Justiça sempre que a orientação acolhida pela Turma de Uniformização, integrada por juízes de Turmas Recursais sob a presidência do coordenador da Justiça Federal, em questões de direito material, contrariar súmula ou jurisprudência dominante no STJ.

Segundo Joel Dias Figueira Jr., foi criada “uma nova figura de recurso especial, não previsto no art. 105, III, da CF e, por conseguinte, insustentável, inadmissível, ou, melhor dizendo, de cunho manifestamente inconstitucional”, uma vez que “a norma infraconstitucional jamais poderia ampliar o rol de matérias objeto da competência originária do Superior Tribunal de Justiça, fazendo-se mister, para tanto, a reforma da Lei Maior”.²³

Também entendemos que há inconstitucionalidade nesse “pedido”, pois ele na verdade é um recurso especial fundado em divergência jurisprudencial sem fundamento constitucional, porém o fato é que, enquanto não for declarada sua inconstitucionalidade, ele poderá ser aplicado, e o § 7º do art. 14 da Lei dos Juizados Especiais Federais admite que eventuais interessados, ainda que não sejam partes no processo, manifestem-se no prazo de 30 (trinta) dias. Trata-se do *amicus curiae*, que poderá ingressar em processo alheio, nessa qualidade, para defender uma determinada tese que esteja sendo questionada junto ao STJ. O objetivo é idêntico, ainda que não explicitado pela norma. Não explicitado porque as decisões do STJ não têm efeito vinculante, porém de fato o têm, e cada vez mais, uma vez que estamos nos aproximando, aos poucos, do sistema jurídico norteamericano, que dá importância enorme aos precedentes judiciais²⁴, de modo que a decisão do STJ sobre a questão de direito material (não-processual) controvertida no âmbito dos Juizados Federais acaba, de fato, vinculando os demais órgãos dos Juizados, razão pela qual se admite o ingresso do *amicus*.

Na doutrina, posiciona-se J. E. Carreira Alvim entendendo que o § 7º do art. 14 da Lei dos Juizados Especiais Federais “retarda a prestação jurisdicional, permitindo o ingresso no processo de eventuais interessados, ainda que não sejam parte. De duas uma: ou esse terceiro interessado é um terceiro prejudicado, devendo o seu pedido de uniformização ser como tal admitido; ou não o é, e a sua intervenção não tem o menor fundamento e só servirá para atravancar o processo, comprometendo o princípio da celeridade processual”.²⁵ Acaba concluindo o referido professor que “essa intervenção tem o colorido de pedido de terceiro prejudicado, cabendo ao interessado demonstrar que a decisão possa trazer-lhe algum benefício ou prejuízo jurídico”. Para nós, entretanto, como exposto, essa intervenção é a do *amicus curiae*, que, repita-se, intervém para defender uma tese que tende a ser vinculante nos Juizados e pode beneficiar a instituição que intervém. Assim, por exemplo, se em uma ação proposta por um segurado em face do INSS, for suscitado o “pedido de uniformização” por uma das partes (e somente elas), poderá o relator, no Superior Tribunal de Justiça, permitir que outros órgãos se manifestem acerca da questão de direito material controvertida, de modo que uma associação que possui como finalidade institucional a defesa dos interesses dos segurados do INSS, poderá intervir para ajudar o STJ a acolher a tese jurídica favorável ao aposentado, porque essa tese acaba beneficiando os seus associados.

Assim sendo, nos recursos, o *amicus curiae* também é uma modalidade de intervenção de terceiros que ingressa em processo alheio para defender uma tese jurídica, não a pretensão de uma das partes, que lhe interessa, em especial porque as decisões tendem a ter efeito vinculante.

3.3. CVM e Cade

Dispõe o art. 8º da Lei 6.385/76, que disciplina diversas atividades ligadas ao mercado de valores mobiliários²⁶, acerca das atribuições da CVM, autarquia federal. Dentre essas atribuições, destacamos a de fiscalizar permanentemente as atividades e os serviços do mercado de valores mobiliários de que trata o art. 1º, bem como a veiculação de informações relativas ao mercado, às pessoas que dele participem, e aos valores nele negociados e fiscalizar e inspecionar as companhias abertas, dada prioridade às que não apresentem lucro em balanço ou às que deixem de pagar o dividendo obrigatório.

Já o art. 31 da referida lei dispõe que nos processos judiciais que tenham por objeto matéria incluída na competência, leia-se atribuição, da CVM, será esta sempre intimada para, querendo, oferecer parecer ou prestar esclarecimentos. Segundo o Prof. Fredie Didier Junior estamos diante da figura do *amicus curiae*, que é “verdadeiro auxiliar do juízo, que elabora memoriais com o objetivo de ajudar o magistrado a melhor decidir a causa”.²⁷

A intervenção do Cade, prevista no art. 89 da Lei 8.884/94, também é exemplo da presença do *amicus curiae* no processo civil, devendo a autarquia ser intimada nos processos judiciais em que se discuta a aplicação da referida lei, que dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica.

Ainda nesta terceira hipótese entendemos que se trata de modalidade de intervenção de terceiros, e não de auxiliar do juízo, tal como exposto. Para nós a intimação da CVM e do Cade para intervirem tem por objetivo permitir a estas autarquias a defesa dos interesses que elas, enquanto instituições, protegem. Podemos citar como exemplo uma ação proposta por um investidor do mercado de valores mobiliários pedindo ressarcimento de danos causados por omissão de informação relevante por parte de quem estava obrigado a divulgá-la. Nessa ação é obrigatória a intimação da CVM, nos termos da Lei 6.385/76, uma vez que o mérito da causa é matéria incluída na competência da CVM, que poderá, uma vez intimada, intervir para oferecer parecer ou prestar esclarecimentos acerca do mérito, podendo a CVM opinar para que o pedido seja julgado procedente ou improcedente, dependendo do caso concreto, nos seguintes termos: verificando a CVM que houve, de fato, omissão de informação relevante, opinará pela procedência do pedido, haja vista que uma de suas atribuições é fiscalizar a veiculação de informações relativas ao mercado, às pessoas que dele participem e aos valores

nele negociados, nos termos do art. 8º, III, da Lei 6.385/76²⁸, bem como proteger os titulares de valores mobiliários contra atos ilegais de administradores dessas carteiras.

Se um dos seus objetivos é proteger o investidor, em ações em que este pede indenização porque teria sido vítima de uma fraude da administradora dos valores mobiliários, deverá a CVM intervir para defender seus interesses institucionais (proteção do investidor), caso ela verifique a fraude, e oferecer, ao final, parecer neste sentido, opinando pela procedência do pedido. Estará a CVM defendendo diretamente seus interesses institucionais e, indiretamente, os interesses do investidor.

Em relação ao Cade as conclusões não são diferentes. Suponhamos um caso em que a empresa se utilize de meios enganosos para provocar a oscilação de preços de terceiros, na tentativa de eliminar a concorrência, dominar mercados ou aumentar arbitrariamente os lucros.²⁹ Neste caso a empresa vítima pode ajuizar uma ação visando à reparação dos danos sofridos por ato da outra empresa, e neste caso é obrigatória a intimação do Cade, que poderá intervir, na qualidade de *amicus curiae*, para defender um interesse institucional, qual seja, o de coibir os atos que constituem infração à ordem econômica.³⁰

4. Conclusões

Com base em todo o exposto acima podemos concluir que o *amicus curiae* é uma nova modalidade de intervenção de terceiros, não podendo ser confundido com a assistência, nem com a função do Ministério Público de *custos legis*.

Na opinião de Athos Gusmão Carneiro “será possível enquadrar, como intervenção atípica e a título de *amicus curiae*, aquela das pessoas jurídicas de direito público prevista no art. 5º, parágrafo único, da Lei 9.469/97, norma pela qual é dispensada a comprovação do interesse jurídico da entidade de direito público que deseje intervir nas causas cuja decisão possa ter reflexos, ainda que indiretos, em seu patrimônio”.³¹ Não se trata, no entanto, de assistência, seja a atípica, seja a simples.³²

Na assistência atípica, prerrogativa das pessoas jurídicas de direito público, admite-se a intervenção da União, por exemplo, sem interesse jurídico, para defesa de um interesse meramente econômico, nas causas em que figurarem, como autoras ou rés, autarquias, fundações públicas, sociedades de economia mista e empresas públicas federais. Assim, em ação de responsabilidade civil proposta em face da Caixa Econômica Federal, empresa pública federal, a União poderá intervir como assistente da ré, para defender os interesses da ré, uma vez que o Estado responde subsidiariamente pelos atos praticados por entidades que ele deu

vida.³³ Como existe a possibilidade de o patrimônio da União ser atingido por um ato de uma empresa pública federal, poderá haver a intervenção da União, na qualidade de assistente, para a defesa de um interesse meramente econômico. O *amicus curiae* não se confunde com o assistente atípico, porque este só pode ser pessoa jurídica de direito público, enquanto que não há essa limitação para o *amicus curiae*, conforme exposto acima nas 3 hipóteses de intervenção. O assistente atípico ingressa para defender um interesse econômico, uma vez que seu patrimônio pode ser atingido naquele processo em que ele intervém. O *amicus*, por sua vez, não pode ter o seu patrimônio atingido no processo no qual se dá a sua intervenção, posto que esta se dá, como visto, para defesa de um interesse institucional não necessariamente patrimonial. Outra diferença reside no fato de o assistente atípico ter legitimidade para recorrer, enquanto que o *amicus* não detém essa legitimidade, salvo a CVM, por força do art. 31, § 3º, da Lei 6.385/76.³⁴

Com a assistência simples o *amicus curiae* também não se confunde, uma vez que naquela modalidade de intervenção exige-se o interesse jurídico, requisito inexistente para o ingresso do *amicus*.

Também não pode ser essa nova modalidade de intervenção confundida com a função do Ministério Público de fiscal da lei, uma vez que a sua intervenção (leia-se intimação) não é obrigatória, salvo a do Cade e da CVM, ele não fiscaliza a correta aplicação da lei, haja vista ser parcial a sua intervenção, ou seja, o *amicus curiae* intervém para defender um interesse próprio, nos termos expostos, e ele pode atuar em lides que não envolvam nem o interesse público, nem direitos indisponíveis.³⁵

Essas, portanto, as conclusões a que chegamos após analisar o *amicus curiae*.

Notas:

¹ O § 1º do art. 7º foi vetado pelo presidente da República.

² Segundo o *Novo Aurélio Século XXI*: o dicionário da Língua Portuguesa, de Aurélio Buarque de Holanda Ferreira, 3ª ed., Ed. Nova Fronteira, 1999, p. 595, *cúria* significa: “1. Ecles. A corte pontifícia: “Um repreende o pontífice romano, chamando-lhe imprevidente! Outro condena o política da Cúria!” (Antero de Quental, *Prosas*, I, p. 291) 2. Ecles. Tribunal eclesiástico dos bispados. 3. Antiga divisão das tribos romanas. 4. O antigo senado romano. 5. Lugar onde se reunia esse senado.”

³ Para um estudo mais aprofundado do controle de constitucionalidade, consulte-se Guilherme Peña, em *Direito Constitucional, Teoria da Constituição*, Ed. Lúmen Júris, 2003.

⁴ Segundo Zeno Veloso, em *Controle Jurisdicional de Constitucionalidade*, 2ª ed., Ed. Del Rey, 2000, p. 61 e 62, “o controle concentrado se realiza através de um processo ‘objetivo’, para usar a expressão da doutrina alemã. Só o fato de estar vigorando uma lei que contraria a Constituição, afrontando o postulado da hierarquia constitucional, representa uma anomalia alarmante, um fator de insegurança que fere, profundamente, a ordem jurídica, desestabilizando o sistema normativo, reclamando providência expedita e drástica para a eliminação do preceito violador. E isto se faz independentemente de qualquer ofensa ou lesão a direito individual.”

⁵ Em A Democratização da Jurisdição Constitucional e o Contributo da Lei 9.868/99, artigo contido na obra coletiva *O Controle* Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, v. 16, n. 7, jul. 2004

de *Constitucionalidade e a Lei 9.868/99*, organizador Daniel Sarmento, Ed. Lamen Júris, 2001, p. 157.

⁶ STF, Tribunal Pleno, ADIn 748 AgR/RS, Rel. Min. Celso de Mello, *DJ* 18/11/94.

⁷ STF, Tribunal Pleno, ADIn 2.540/RJ, Rel. Min. Celso de Mello, *DJ* 08/08/02.

⁸ É entendimento corrente na doutrina que, apesar de a Constituição só mencionar o efeito vinculante para a ADC, ele também se aplica à ADIn, inclusive por força do que dispõe o parágrafo único do art. 28 da Lei 9.868/99.

⁹ STF, Tribunal Pleno, ADIn 2.540/RJ, Rel. Min. Celso de Mello, *DJ* 08/08/02.

¹⁰ O só fato de ser admitido o litisconsórcio, que nada mais é do que a pluralidade de partes, confirma a tese que relativiza a objetividade do processo de controle concretado de constitucionalidade.

¹¹ Despacho referente à Petição 104.482, proferido pelo Relator, Min. Ilmar Galvão, e publicado no *DJ* de 31/08/01, e que, por força do que dispõe o § 2º do art. 7º da Lei 9.868/99 é irrecurível.

¹² O mérito dessa ADIn foi considerado relevante pelo presidente do STF, que aplicou o art. 12 da Lei 9.868/99, ou seja, submeteu o processo diretamente ao Tribunal para julgamento definitivo da ação.

¹³ No mesmo sentido: STF, ADIn 1.104/DF, Rel. Min. Gilmar Mendes, *DJ* 02/10/02.

¹⁴ STF, ADIn 2.130 MC/SC, Rel. Min. Celso de Mello, *DJ* 02/02/01.

¹⁵ Em *Direito Constitucional, Teoria da Constituição*, p. 284, o autor defende a natureza bivalente ou dúplice da arguição, ou seja, ela pode ser direta ou indireta. No mesmo sentido: Juliano Taveira Bernardes, em *Arguição de descumprimento de preceito fundamental*, Revista Jurídica Virtual, 8, janeiro de 2000. Segundo nos informa Pedro Lenza, em *A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental sob a perspectiva do STF*, artigo contido na obra coletiva *Aspectos Atuais do Controle de Constitucionalidade no Brasil*, organizadores André Ramos Tavares e Walter Claudius Rothenburg, Ed. Forense, 2003, p. 217, “deverá ser julgada inconstitucional a hipótese de arguição incidental, prevista no parágrafo único, inciso I, da Lei 9.882/99, eis que atribui competência ao STF não prevista na Constituição.”

¹⁶ ADIn 2.581 AgR/SP, Rel. Min. Maurício Corrêa, *DJ* 18/04/02.

¹⁷ Em *Direito Constitucional, Teoria da Constituição*, p. 169.

¹⁸ Em *Controle de Constitucionalidade*, 2ª ed., Ed. Impetus, 2002, p. 94.

¹⁹ Em *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica*, 2ª Ed., Ed. Forense, 2004, p. 546.

²⁰ Zeno Veloso, em *Controle Jurisdicional de Constitucionalidade*, p.41.

²¹ Para estudo mais aprofundado consulte-se Teori Albino Zavascki, em *Eficácia das Sentenças na Jurisdição Constitucional*, Ed. RT, 2001.

²² Alexandre Câmara defende a inconstitucionalidade da norma comentada, em Do Parágrafo único do Artigo 481 do CPC – Inovação Inconstitucional da Lei 9.756/98, artigo contido na obra *Escritos de Direito Processual*, de sua autoria, Ed. Lumem Júris, 2001, p. 171.

²³ Em *Juizados Especiais Federais Cíveis e Criminais*, Ed. RT, 2002, p. 367, citando ainda o referido autor a opinião, no mesmo sentido, de Sérgio Cruz Arenhart. Esta também a opinião de J. E. Carreira Alvim, em *Juizados Especiais Federais*, Ed. Forense, 2002, p. 107, afirma que possui “sérias dúvidas sobre a constitucionalidade do § 4º do art. 14 da Lei 10.259/01”.

²⁴ Em nosso *Curso Básico de Processo Civil, Teoria Geral do Processo*, Ed. Lumen Juris, no prelo, analisamos a importância da jurisprudência nos dias de hoje.

²⁵ Em *Juizados Especiais Federais*, p. 101.

²⁶ Segundo o art. 1º da referida lei, serão disciplinadas e fiscalizadas as seguintes atividades, entre outras: a emissão e a distribuição de valores mobiliários no mercado, a negociação e a intermediação no mercado de valores mobiliários, a organização, o funcionamento e as operações das Bolsas de Valores. Nos termos do art. 2º são valores mobiliários as ações, partes beneficiárias e debêntures, os cupões desses títulos e os bônus de subscrição, os certificados de depósito de valores mobiliários e outros títulos criados ou emitidos pelas sociedades anônimas, a critério do Conselho Monetário Nacional.

²⁷ Em A Intervenção Judicial do Cade (art. 89, LF 8.884/94) e da CVM (art. 31, LF 6.385/76), artigo presente na obra coletiva *Procedimentos Especiais Cíveis, Legislação Extravagante*, 2003, p. 1.246. O autor ainda defende essa tese em outra obra, qual seja, *Recurso de Terceiro Prejudicado, Juízo de Admissibilidade*, Ed. RT 2003, p. 157.

²⁸ Segundo a Deliberação CVM 142, de 4 de fevereiro de 1992, os administradores de carteira de valores mobiliários deverão, no prazo de 48 (quarenta e oito) horas, contado da solicitação efetuada pela Comissão de Valores Mobiliários, fornecer informações relativas às operações realizadas nos mercados à vista e derivativos, para sua carteira própria e por conta de carteira de valores mobiliários sob sua administração, bem como respectivas posições de custódia.

²⁹ Exemplo extraído do *Curso de Direito Comercial*, de Fábio Ulhoa Coelho, v. 1, 8ª ed., Ed. Saraiva, 2004, p. 226.

³⁰ Lei 8.884/94, arts. 7º, V e VI, 16, 21, IX e 29, sendo que as modalidades de abuso do exercício do poder econômico "são aquelas que põem em risco a própria estrutura do livre mercado. Especificamente, aquelas que podem ocasionar a dominação de setores da economia, eliminação da competição ou aumento arbitrário de lucros", de acordo com as lições de Fábio Ulhoa Coelho, em *Curso de Direito Comercial*, v. 1, p. 201.

³¹ Em parecer intitulado Mandado de Segurança, Assistência e *amicus curiae*, contido na *Revista de Processo* 112, ano 28, outubro-dezembro de 2003, Ed. RT, p. 219.

³² Em nosso *Curso Básico de Processo Civil, Teoria Geral do Processo*, estudamos a assistência atípica.

³³ Segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro, em *Direito Administrativo*, 14ª ed., Ed. Atlas, 2002, p. 396.

³⁴ No mesmo sentido Fredie Didier Jr, em *Recurso de Terceiro, Juízo de admissibilidade*, p. 158, para quem o *amicus* não se encaixa "em nenhuma das hipóteses previstas no art. 499, CPC."

³⁵ Fredie Didier Jr., em *Recurso de Terceiro, Juízo de admissibilidade*, p. 157.

Brevíssimas Considerações sobre o Novo Panorama da Responsabilidade Civil em Face da Lei 10.406/02 – Novo Código Civil

Rafael Pinto Marques de Souza*

1. Introdução

Passando ao largo da discussão existente acerca de o novo Código Civil ter entrado em vigor contendo dispositivos já ultrapassados, uma vez que o projeto foi enviado ao Congresso Nacional em 1975 e somente aprovado em janeiro de 2002, relevantes foram as inovações trazidas no âmbito da responsabilidade civil.

O progresso científico, a explosão demográfica, a urbanização e o desenvolvimento do sistema de transportes deram novo fôlego à responsabilidade civil a partir da segunda metade do século XIX. O Código Beviláqua, elaborado em 1899 e aprovado em 1916, tendo como paradigma o Código Napoleônico de 1804, por óbvio não reflete a evolução da responsabilidade civil, nem a importância alcançada nos tempos atuais.

* N.E.: Pós-graduado em Direito pela Universidade Católica de Salvador – UCSAL (BA) e ex-professor da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia – UFBA.