

A reformulação do *Amicus Curiae* no Novo CPC: integração normativa ou derrogação parcial da Lei nº 9.868/99?*

The reformulation of Amicus Curiae in the New Brazilian Code of Civil Procedure: normative integration or partial derogation of Statute Law n. 9.868/99?

Anderson Vichinkeski Teixeira

Doutor em Teoria e História do Direito pela *Università degli Studi di Firenze* (IT), com estágio de pesquisa doutoral junto à Faculdade de Filosofia da *Université Paris Descartes-Sorbonne*. Estágio pós-doutoral em Direito Constitucional junto à *Università degli Studi di Firenze*. Mestre em Direito do Estado pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUC/RS). Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito (Mestrado/Doutorado) da Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). Editor-chefe da RECHTD – Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito. Professor visitante na *Universidad de la República de Uruguay*. Advogado e consultor jurídico. Contato: andersonvteixeira@hotmail.com Outros textos em: www.andersonteixeira.com

Cristiny Mroczkoski Rocha

Mestranda em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). Especialista em Direito do Estado pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS) e em Direito Processual Civil pela Verbo Jurídico. Professora de Processo Civil da Universidade São Francisco de Assis (UNIFIN). Professora visitante de Processo Civil do Instituto de Desenvolvimento Cultural (IDC). Advogada. Contato: cristiny.advogada@gmail.com

Resumo: O presente artigo objetiva examinar as recentes inovações acerca do instituto do *amicus curiae* em sede de Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) e Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC), tomando como ponto de partida as influências do movimento do neoconstitucionalismo para a sua reformulação na dialética processual civil e para o seu reconhecimento como autêntico veículo democrático de participação popular. Entre as inovações processuais implantadas, verifica-se a novel classificação do outrora mero “amigo da corte” como típica intervenção de terceiro (art. 138, CPC), fazendo-o conflitar com o óbice do art. 7º da Lei nº 9.868/99. Assim, por meio da análise conjunta da jurisprudência do STF, procurar-se-á demonstrar se houve a integração normativa ou a derrogação parcial do referido artigo da citada Lei, atentando para relevantes questões que envolvem o tema.

Palavras-chave: *amicus curiae*; neoconstitucionalismo; Lei 9.868/99; Novo CPC; jurisprudência do STF.

Abstract: The article aims to examine the innovations regarding the institute of *amicus curiae* in Direct Action for Unconstitutionality (ADI) and Declaratory Judgment on Constitutionality (ADC), taking as a starting point the influences of the movement of neoconstitucionalism to the reformulation of the institute in the civil procedural dialectics and to its recognition as an authentic democratic vehicle for popular participation. Among the established procedural innovations, comes up a new classification of this so-called friend of the court as a typical third party intervention (art. 138 CPC), finding an obstacle in the article 7 of the Statute Law n. 9.868/99. Thus, through the joint analysis of the Brazilian Supreme Court jurisprudence, it

* Artigo publicado na Revista de Processo RT, n. 264, junho, 2017.

will seek to establish whether there was normative integration or a partial derogation of the above-mentioned article, noting for some relevant problems concerning this subject.

Keywords: *amicus curiae*; neoconstitutionalism; Statute Law nº 9.868/99; New CPC; Supreme Court jurisprudence.

Sumário: Introdução; 1. O neoconstitucionalismo e a figura do *amicus curiae* como instrumento de participação democrática no processo constitucional; 2. A reformulação do instituto do *amicus curiae* no Novo CPC; 3. Integração e/ou derrogação da Lei n. 9.868/99? Conclusões; Bibliografia.

Introdução

Os sistemas jurídicos que compõem a tradição latino-americana passaram a abandonar, nas últimas décadas, a posição de meros coadjuvantes para atrair cada vez mais olhares, uma vez que, “*anche grazie a pensatori come Boaventura de Sousa Santos, con la sua ‘epistemologia del Sur’, l’Europa guarda all’America latina come a un laboratorio o a un serbatoio di modelli esportabili*”¹. Nesse sentido, uma das mais recentes novidades em matéria jurídica é o Novo Código de Processo Civil brasileiro, o qual é prova irrefutável da constitucionalização processual e ponto de partida para uma série de novas discussões acerca dos seus reflexos nos mais variados ramos do Direito.

O objetivo do presente trabalho é analisar a incidência do art. 138 do Novo CPC – que trata do instituto do *amicus curiae* – no âmbito do rito das ações diretas de inconstitucionalidade e das ações declaratórias de constitucionalidade, previstas na Lei nº 9.868/99.

No desenrolar da justiça constitucional a presença desse “amigo da corte” vem sendo aceita com certas restrições, tendo em vista que sob a égide do CPC/73 ele era concebido como *espécie anômala de intervenção de terceiros*, não esbarrando diretamente na vedação prevista no art. 7º da Lei nº 9.868/99. Ocorre que o novo Código processual o inseriu no Título relativo à classificação de *típica intervenção de terceiros*, ocasionado dúvidas e debates quanto a sua aplicabilidade em sede de ADI e ADC. Trata-se, assim, de problema de pesquisa altamente relevante e com impacto direto na própria ideia de democratização do acesso à justiça constitucional.

Valendo-nos do método dialético, proceder-se-á inicialmente a uma análise das influências do dito neoconstitucionalismo no presente instituto, uma vez que é possível sustentar que esse movimento se constitui em fator determinante para a reformulação do *amicus curiae* na normativa processual civil e mesmo no seu reconhecimento como autêntico

¹ PEGORARO, Lucio; RINELLA, Angelo. *Diritto costituzionale comparato. Aspetti metodologici*. Padova: Cedam, 2011, p.178 e ss.

veículo democrático de participação popular, indispensável a um Estado Democrático de Direito.

Estabelecidas as premissas constitucionais necessárias, faz-se necessário avaliar a novel reformulação do instituto processual trazida pelo Novo CPC, sem olvidar a jurisprudência, a fim de proporcionar a reflexão posterior acerca da inserção e atuação do amigo da corte no âmbito do controle concentrado de constitucionalidade. Ainda, será necessário também ponderar sobre haver ou não prejuízo no exercício do seu poder de influência perante o Estado-Juiz, inclusive no âmbito dos Incidentes de Resolução de Demandas Repetitivas, uma das mais importantes inovações do Código que tem por escopo promover uma superior concretização dos princípios da isonomia e da segurança jurídica por meio da uniformização da jurisprudência em âmbito nacional.

Por fim, examinar-se-á os reflexos das mudanças processuais no âmbito de ADI e ADC, a fim de verificar a viabilidade teórica das hipóteses de derrogação ou integração da Lei nº 9.868/99.

1. O neoconstitucionalismo e a figura do *amicus curiae* como instrumento de participação democrática no processo constitucional

O constitucionalismo contemporâneo definiu suas principais características nos últimos cinquenta anos, sobretudo após a Segunda Guerra Mundial². O componente democrático passou a demandar presença nos textos constitucionais ocidentais, sobretudo no Leste Europeu – marcado pelas profundas feridas deixadas pelos regimes totalitários da primeira metade do século XX.

As modificações no paradigma do Estado constitucional foram tão agudas que parte da doutrina hodiernamente já fala em um “Estado neoconstitucional”. Quando utilizamos esse termo é importante ter por referência que se desdobram duas questões primordiais: “*por una parte, como ya se ha mencionado, a una serie de fenómenos evolutivos que han tenido evidentes impactos en lo que se ha llamado el paradigma del Estado constitucional*”³, enquanto que, por outro lado, indica-se também que “*una determinada teoría del Derecho que ha propugnado en el pasado reciente por esos cambios y/o que da cuenta de ellos normalmente en términos bastante positivos o incluso religiosos.*”⁴

² Sobre o tema, ver: CARBONELL SÁNCHEZ, Miguel. Nuevos Tiempos para el Constitucionalismo. In: Id. *Neoconstitucionalismo(s)*. 4ª ed. Madrid: Trotta, 2009; LLORENTE, Francisco Rubio. Constitucionalismo. In: ARAGÓN REYES, Miguel (coord). *Temas de derecho constitucional*. Tomo I. Madrid: Civitas, 2001.

³ CARBONELL SÁNCHEZ, Miguel. Nuevos Tiempos para el Constitucionalismo, cit., p. 9-10.

⁴ Ibidem.

Na América Latina, a expressão “neoconstitucionalismo”⁵ passou a ser empregada no início dos anos 90, após o advento da Constituição brasileira de 1988 e também da colombiana de 1991. Somente em 2008 e 2009 teríamos a equatoriana e a boliviana, respectivamente, seguindo isso que seria uma nova compreensão do fenômeno constitucional.

Luis Prieto Sanchís individua cinco aspectos fundamentais do neoconstitucionalismo: (1) mais princípios que regras; (2) mais ponderação que subsunção; (3) onipresença da Constituição em todas as áreas jurídicas e em todos os conflitos minimamente relevantes, ao invés de lugares de espaços isentos, nos quais o legislativo regularia; (4) onipotência judicial no lugar da autonomia dos legisladores ordinários; e (5) coexistência de uma constelação plural de valores, por vezes tendencialmente contraditórios, no lugar de homogeneidade ideológica.⁶

Sobre a temática, indispensável também a diferenciação proposta por Ferrajoli, que distingue o constitucionalismo no que ele denomina de constitucionalismo garantista e constitucionalismo principialista, este último identificado com o neoconstitucionalismo. Os principais pontos de diferenciação desse último para o primeiro seria: (1) a existência de conexão entre Direito e Moral; (2) a distinção qualitativa e contraposta entre princípios e regras; (3) a ponderação como oposição à subsunção na prática jurisdicional.⁷ O jurista italiano, apesar de mencionar a divisão feita por Bobbio entre positivismo jurídico como método, teoria e ideologia, entende o positivismo jurídico como “uma concepção e/ou modelo de direito que reconhece como ‘direito’ qualquer conjunto de normas postas ou produzidas por quem está autorizado a produzi-las, independente dos seus conteúdos e, portanto, de sua eventual injustiça.”⁸

No Brasil, conforme explica Luis Roberto Barroso, “a partir de 1988 e, nos últimos anos, a Constituição passou a desfrutar, além da supremacia formal que sempre teve, também de uma supremacia material, axiológica, potencializada pela abertura do sistema jurídico e

⁵ Luis Prieto Sanchís aponta que: “Con el nombre de neoconstitucionalismo o constitucionalismo contemporáneo se alude tanto a un modelo de organización jurídico-política o de Estado de Derecho, como al tipo de teoría del derecho requerida para explicar dicho modelo; e incluso cabría hablar de una tercera acepción, el neoconstitucionalismo como ideología...” Id. *Constitucionalismo y positivismo*. Ciudad de México: Editorial Fontamara, 1999, p. 420.

⁶ PIETRO SANCHÍS, Luis. Neoconstitucionalismo y ponderación judicial. *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, n. 5, 2001, p. 207-208.

⁷ FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista. Tradução de A. K. Trindade. In: Id.; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (orgs.). *Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, pp. 13-56.

⁸ FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista, cit., p. 13-14. Ainda sobre o tema, ver TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski; NEVES, Isadora Ferreira. As influências do Neoconstitucionalismo nos fenômenos do ativismo judicial e da judicialização da política no Brasil. *Rev. SJRJ*, Rio de Janeiro, v. 21, n. 39, abr. 2014, p. 169-185.

pela normatividade dos princípios.”⁹ Uma das formas mais expressivas disso é a ampliação do padrão/modelo de *participação popular*, no que cabe as diversas funções do Estado na busca de maior equilíbrio entre representação e soberania popular, entre constitucionalismo e democracia.

Com especial relevo encontra-se a figura do *amicus curiae*. Revelando muito além da presença dos legitimados ativos pelo texto constitucional, a participação de um “terceiro”, inclusive em Ações Diretas de Inconstitucionalidade e Ações Declaratórias de Constitucionalidade importa dizer que alguém, mesmo não sendo parte e em razão da sua *representatividade*, é chamado ou se oferece para intervir em processo relevante com o objetivo de *ampliar o debate*, o que torna a discussão alargada de tal modo a consentir que o órgão julgador possa ter os devidos elementos para decidir da forma mais legítima possível.

Portanto, podemos dizer que a presença do *amicus curiae* no processo constitucional não diz tanto respeito a causas ou interesses individuais, mas sim ao próprio exercício da cidadania e à preservação dos princípios constitucionais, como também, muito particularmente, à ordem democrática constitucional. É, por assim dizer, espelho da própria democracia, ou melhor dizendo, nas palavras de Luigi Ferrajoli, seria um instrumento de participação popular nas decisões públicas.¹⁰

Em sentido semelhante, Silvia Bagni recorda que no neoconstitucionalismo andino o princípio de participação popular encontra a sua máxima expressão no fato de este se aplicar também à justiça constitucional, tanto na fase de legitimação ativa como no processo decisório em si, o que redimensiona e inova o sentido da própria justiça constitucional: “*Le Corti non sono più soltanto organi super parte, che fanno calare dall’alto un giudizio di costituzionalità maturato nei corridoi e negli uffici di palazzo, ma si aprono al dialogo con la società, per costruire insieme ad essa la cultura costituzionale.*”¹¹

Nesse horizonte, o *amicus curiae* traduz-se em verdadeiro mecanismo democrático da sociedade civil inserido no processo, pois oportuniza a pluralidade de vozes nos debates

⁹ BARROSO, Luís Roberto. *O novo direito constitucional brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil*. 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 35.

¹⁰ Luigi Ferrajoli ao conceituar democracia, relembra a sua concepção amplamente dominante: “*la democrazia consiste in un metodo di formazione delle decisioni pubbliche: precisamente, nell’insieme delle regole che attribuiscono al popolo, o meglio alla maggioranza dei suoi membri, il potere, diretto o tramite rappresentanti, di assumere tali decisioni.*” FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*. Vol. II. Roma-Bari: Laterza, 2007, p. 5. Essa não é só uma definição etimológica, mas também uma concepção da democracia em grande parte reconhecida no âmbito da filosofia política

¹¹ BAGNI, Silvia. Democratizzazione della giustizia costituzionale in America latina: uno sguardo da fuori. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, vol. 66, n. 4, 2014, pp. 1387-1414.

constitucionais¹², assim como dá guarida para parcela da doutrina afirmar que teríamos uma espécie de instância de *representação argumentativa* da sociedade brasileira, supostamente superior a própria representação político-eleitoral.¹³

Sobre essa abertura para uma representação argumentativa à sociedade, Peter Häberle já destacava que a Corte constitucional possui uma função de mediadora entre as diferentes forças legitimadas no processo constitucional, asseverando até mesmo que:

Colocado no tempo, o processo de interpretação constitucional é infinito, o constitucionalista é apenas um mediador (*Zwischenträger*). O resultado de sua interpretação está submetido à *reserva da consistência* (*Vorbehalt der Bewahrung*), devendo ela, no caso singular, mostrar-se adequada e apta a fornecer justificativas diversas e variadas, ou, ainda, submeter-se a mudanças mediante alternativas racionais. O processo de interpretação constitucional deve ser ampliado para além do processo constitucional concreto. 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. A interpretação constitucional jurídica traduz (apenas) a pluralidade da esfera pública e da realidade (*die pluralistische Öffentlichkeit und Wirklichkeit*), as necessidades e as possibilidades da comunidade, que constam do texto, que antecedem os textos constitucionais ou subjazem a eles. A teoria da interpretação tem a tendência de superestimar sempre o significado do texto.¹⁴

Em meio a esses intérpretes da sociedade estaria incluído o *amicus curiae*, principalmente em sede de controle concentrado de constitucionalidade, onde se pode afirmar que ele adquire ainda maior relevância ante a existência de rol taxativo para a propositura de ações. Assim, quando se trate do rito de ADI e ADC, a sua intervenção mostra-se apta a garantir e valorizar a *participação processual*, notadamente em demandas cujas implicações políticas, sociais, econômicas, jurídicas e culturais são de inquestionável importância, assegurando maior efetividade e conferindo maior legitimidade às decisões institucionais.

Em que pese isso, esse verdadeiro espaço de exercício político possui certos requisitos para sua formação e conseqüentemente para o desempenho do poder de influência do amigo da corte¹⁵: (1) a causa deve possuir relevância e (2) a pessoa deve deter capacidade de oferecer contribuição processo, sendo interessante ressaltar que não tem se admitido a figura

¹² Sobre o assunto, ver BUENO FILHO, Edgard Silveira. Amicus curiae: a democratização do debate nos processos de controle da constitucionalidade. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, vol. 12, n. 47, 2004, p. 7-15.

¹³ Cfr. LOPES, José Reinaldo de Lima. Mudança social e mudança legal: os limites do Congresso Constituinte de 1987. *Revista de Informação Legislativa*, vol. 24, n. 94, p. 54.

¹⁴ HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional, A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: Contribuição para Interpretação Pluralista e 'Procedimental' da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1997, p. 42-43.

¹⁵ DINAMARCO, Cândido R. Escopos Políticos do Processo. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo. (Orgs.). *Participação e Processo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1988, p. 120.

da pessoa física ou natural para figurar como *amicus curiae*, nem o ingresso de pessoa jurídica de direito privado que não satisfaça o requisito da representatividade adequada¹⁶.

Vale ressaltar também que a admissão tem que estar ligada a causa com (3) potencial a gerar efeito multiplicador; (4) que não envolva unicamente direitos individuais, e, por fim, que também se realize o pedido de admissão por meio (5) de advogado constituído, sob pena do pedido não ser conhecido.¹⁷

Na medida em que os problemas jurídicos interessam não somente às partes, mas também a uma parcela mais ampla da sociedade, mostrou-se necessária uma abertura do sistema, ainda que com determinadas peculiaridades, para que de modo representativo se possa expor no processo o ponto de vista das esferas individuais e/ou de grupos afetados. Nesse sentido, se é “certo dizer que os grupos atingidos pela decisão judicial a ser proferida não decidem com o Estado, não menos acertado é dizer que à sociedade devem ser assegurados instrumentos de participação no procedimento, a fim de que possam informar-se”¹⁸, indicar objeções e igualmente tê-las analisadas pelo Poder Judiciário.

Daí dizer que a verdadeira práxis democrática ganha vida através do processo, o qual, conforme salienta Darci Guimarães Ribeiro, “constitui no mais valioso elemento vivificador das aspirações de uma sociedade reprimida de justiça social, pois encontra no irrestrito acesso ao judiciário, no contraditório, na publicidade e na fundamentação os mais altos desígnios da verdadeira democracia”.¹⁹

2. A reformulação do instituto do *amicus curiae* no Novo CPC

¹⁶ Gize-se que essas restrições ao ingresso do *amicus curiae* já são há tempos sustentadas pela fórmula da “adequacy of representation”, traduzida como “representatividade adequada”, o que constitui relevante causa no momento da escolha dos legitimados a intervir em ações que envolvam interesses coletivos ou de efeito multiplicador. Nesse sentido, já versava GRINOVER, Ada Pellegrini. *Novas Tendências do Direito Processual*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990, p. 152.

¹⁷ Consoante entendimento do STF na ADPF nº 180/SP, DJ nº. 152, do dia 14/08/2009: “(...)8. Presentes os requisitos do art. 7º, § 2º, da Lei 9.868/99, defiro os pedidos de admissão no feito, na qualidade de *amici curiae*, formulados pela Agência Nacional de Energia Elétrica (fls. 188-203) e pela Associação Brasileira dos Produtores Independentes de Energia Elétrica (fls. 205-222). Observe-se, quanto à sustentação oral, o disposto no art. 131, § 3º, do RISTF, na redação dada pela Emenda Regimental 15, de 30.03.2004. À Secretaria para as anotações necessárias. Indefiro, por outro lado, os pedidos, de igual teor, formulados pela Associação Brasileira dos Investidores em Autoprodução de Energia (fls. 238-240), pela Associação Brasileira de Distribuidores de Energia Elétrica (fls. 284-300), pelo Sindicato da Indústria da Energia no Estado de São Paulo (fls. 330-341) e pela Associação Brasileira de Concessionárias de Energia Elétrica (fls. 373-379), tendo em vista a ausência de capacidade postulatória de seus respectivos subscritores, que não se fizeram representar por advogados regularmente constituídos. Todavia, considerando a relevância da matéria, a representatividade dos entes peticionários e a consistência do material oferecido, mantenho nos autos todas as manifestações escritas que acompanham as referidas petições.”

¹⁸ MEDINA, José Miguel Garcia. *Direito Processual Civil Moderno*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 230.

¹⁹ RIBEIRO, Darci Guimarães; SCALABRIN, Felipe. *O papel do processo na construção da democracia: para uma nova definição da democracia participativa*. Revista do Direito (UNISC), n. 32, 2009, p. 120.

Todos esses movimentos de mudança que possibilitam o debate sobre o neoconstitucionalismo demonstram que, mais do que nunca, o direito não corresponde ao que consta na letra fria da lei, existindo consequências jurídicas possíveis que não estejam previstas pelos códigos e variados diplomas normativos, aguardando a imediata aplicação pelo julgador.

Os grandes paradigmas jurídicas, a necessidade de interpretação das normas, a abertura para a legitimação das decisões do julgador e a própria posição do magistrado, estão progressivamente se alterando e redesenhando. Isso ocorre também na passagem do Código Buzaid para o Novo CPC. Conforme bem elucida Cassio Scarpinella Bueno, o “que é certo é que, na atualidade — e isso não é de hoje —, não se pode mais afirmar que o direito pode ser estudado, analisado, sistematizado ou aplicado despido de quaisquer outros valores que não os ‘exclusivamente’ jurídicos”.²⁰

Isso toma relevância para compreendermos as novas configurações do instituto do *amicus curiae*, que já sob a disciplina do CPC/1973 vinha sendo alvo de diversas explanações²¹ quando da abordagem do seu artigo 50, principalmente no que tocava a possibilidade de haver essa intervenção mesmo em hipóteses não previstas expressamente pela lei, tendo em vista que a participação desse terceiro estava – e está – ao encontro da ideia de *status activus processualis*, isto é, as partes têm direito de participar democraticamente no processo de modo a *influir decisivamente* na criação da melhor solução jurisdicional a ser dada ao problema.²²

Sendo assim, em que pese o ânimo de neutralidade²³ que inspirou a criação do

²⁰ BUENO, Cassio Scarpinella. *Amicus curiae no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 50. Em sentido semelhante, vale recordar as palavras de Karl Engisch: “O princípio da legalidade da atividade jurisdicional e administrativa em si permanece intocado. (...) As leis, porém, são hoje, em todos os domínios jurídicos, elaboradas por tal forma que os juízes e funcionários da administração não descobrem e fundamentam as suas decisões tão somente através da subsunção a conceitos jurídicos fixos, a conceitos cujo conteúdo seja explicitado com segurança através da interpretação, mas antes são chamados a valorar autonomamente e, por vezes, a decidir e a agir de um modo semelhante ao do legislador. E assim continuará a ser no futuro. Será sempre questão apenas duma maior ou menor vinculação à lei.” ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. Tradução de J. Baptista Machado. 8. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001, p. 207.

²¹ Nesse especial ver: MEDINA, José Miguel Garcia. *CPC: Código de Processo Civil Comentado: com remissões e notas comparativas ao projeto do novo CPC*. 2. ed.rev.atual.ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

²² Fala-se aqui em *status activus processualis* no mesmo sentido sustentado por Peter Häberle e destacado por Ingo Sarlet: como uma categoria que englobaria também a dimensão procedimental e organizatória dos direitos fundamentais. Ver SARLET, Ingo W. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 10ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

²³ O sentido de neutralidade a que nos referimos é o derivado do latim *neutralis*, de *neuter* (indiferente), em sentido genérico quer significar o *estado de neutro*, ou seja, a situação daquele que se *coloca indiferente* ou fica *imparcial* diante de questão ou luta ferida entre outros. Ver SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2006, p. 952. Sobre o tema, também é relevante o teor do Enunciado n. 127 do FPPC:

instituto, onde seu objetivo era unicamente aproximar o juiz dos fatos relevantes para julgamento independentemente da iniciativa das partes, pode-se afirmar que nos dias atuais o “amigo da corte” despiu-se dessa “posição de indiferença”, na exata medida em que desempenha um papel essencial para a real efetivação dos *interesses gerais da coletividade* ou de *valores essenciais e relevantes de determinados grupos*, classes ou estratos sociais²⁴, ainda que em dissonância dos objetivos dos próprios litigantes.

E não é só nesse sentido a sua mudança. No CPC/73 o *amicus curiae* não despontava no rol das tipificações clássicas de intervenções de terceiros (arts. 50 a 80), onde claramente o legislador elencava quem eram os indivíduos legitimados a cooperar para o prolação da decisão jurisdicional, ou, no mínimo, quem poderia fornecer ao magistrado elementos e informações úteis para a apreciação da questão litigiosa. Eram intervenções típicas: a assistência, nomeação à autoria, denúncia à lide, chamamento ao processo e oposição.

Todavia, no CPC/2015 surgem catalogadas como intervenção de terceiros: a assistência (arts. 119 a 124); a denúncia da lide (arts. 125 a 129); o chamamento ao processo (arts. 130 a 132); o incidente de desconsideração da personalidade jurídica (arts. 133 a 137), e o *amicus curiae* (art. 138). Deparamo-nos então com uma tipologia que prevê várias formas de intervenção, as quais rigorosamente *não caberiam dentro de um mesmo gênero*²⁵, pois algumas permitem o ingresso do terceiro como parte no processo – por iniciativa deste ou de uma das partes –, enquanto outras não consentem. Este é o caso do amigo da corte, onde não se pode afirmar rigorosamente que há intervenção de terceiro como *parte no processo*²⁶, tendo em vista sua natureza jurídica controvertida.

Assim, surge a figura do *amicus curiae* (art. 138²⁷) reformulada. O instituto que

“A representatividade adequada exigida do *amicus curiae* não pressupõe a concordância unânime daqueles a quem representa”.

²⁴ Conforme entendimento do STF na ADI 2.130 MC/SC, j. 20.12.2000, rel. Min. Celso de Mello.

²⁵ MEDINA, José Miguel Garcia. *Direito Processual Civil Moderno*, cit., p. 213.

²⁶ As intervenções podem ser classificadas segundo dois critérios diferentes: I – conforme o terceiro vise ampliar ou modificar subjetivamente a relação processual, a intervenção pode ser: (a) *ad coadiuvandum*: quando o terceiro procura prestar cooperação a uma das partes primitivas, como na assistência; (b) *ad excludendum*: quando o terceiro procura excluir uma ou ambas as partes primitivas, como na oposição; ou II – conforme a iniciativa da medida, a intervenção pode ser: (a) espontânea: quando a iniciativa é do terceiro, como geralmente ocorre na oposição, na assistência, e, algumas vezes, na intervenção do *amicus curiae*; (b) provocada: quando, embora voluntária a medida adotada pelo terceiro, foi ela precedida por citação promovida pela parte primitiva (v.g. denúncia da lide, chamamento ao processo e desconsideração da personalidade jurídica).

²⁷ Art. 138. O juiz ou o relator, considerando a relevância da matéria, a especificidade do tema objeto da demanda ou a repercussão social da controvérsia, poderá, por decisão irrecorrível, de ofício ou a requerimento das partes ou de quem pretenda manifestar-se, solicitar ou admitir a participação de pessoa natural ou jurídica, órgão ou entidade especializada, com representatividade adequada, no prazo de 15 (quinze) dias de sua intimação.

§ 1º A intervenção de que trata o caput não implica alteração de competência nem autoriza a interposição de recursos, ressalvadas a oposição de embargos de declaração e a hipótese do § 3º.

§ 2º Caberá ao juiz ou ao relator, na decisão que solicitar ou admitir a intervenção, definir os poderes do *amicus*

outrora era descrito pelos autores como modalidade *sui generis*, anômala, ou mesmo diferenciada de intervenção de terceiros, aproximada da figura da “assistência”, ressurgiu com novas peculiaridades.

Novidade relevante, sem sombra de dúvidas, é a nova classificação como típica intervenção de terceiro. Isso porque a partir da análise das legislações essa figura do amigo da corte aparecia sempre de modo esparsa e tímido, inclusive sob outras denominações.²⁸

Pode-se dizer, inclusive, que até a promulgação do Novo CPC, não havia nenhuma referência legislativa expressa à figura do *amicus curiae* no direito brasileiro, pelo menos com o emprego desta terminologia: “O único ato normativo que dele se ocupava com essa denominação era o art. 23, § 1º, do Regimento Interno da Turma Nacional de Uniformização de Jurisprudência dos Juizados Especiais Federais, aprovado pela Resolução n. 390, de 17 de setembro de 2004, do Conselho da Justiça Federal, ao qual já fizemos menção anteriormente e que foi expressamente revogado pela Resolução n. 22/2008 do mesmo Conselho.”²⁹

Atualmente sua participação passa a ser admitida independentemente da natureza do pedido³⁰, podendo ser de forma espontânea ou provocada pelas partes ou pelo próprio juiz, mas desde que presentes os *requisitos de relevância da matéria controvertida, especificidade do tema apreciado ou repercussão social da controvérsia*. Conforme afirma Scarpinella Bueno, grande “novidade é que a admissão da intervenção do *amicus curiae* (art. 138) não está mais limitada, como no direito anterior ao CPC de 2015, aos casos repetitivos ou perante os Tribunais Superiores ou, ainda, em situações muito específicas da legislação esparsa”.³¹

Ademais, o novo diploma determina que o *amicus curiae* poderá ser pessoa natural ou jurídica, órgão ou entidade especializada com representatividade adequada. Quanto à essa representatividade, importante tecer menção de que é instituto largamente difundido no âmbito de proteção de direitos coletivos, sendo sua exigência compreendida nos casos onde se mostra necessária a adequada substituição processual dos ausentes, que sofrerão os efeitos da decisão judicial, passando a ser adotada também como requisito para a possibilidade de

curiae.

§ 3º O *amicus curiae* pode recorrer da decisão que julgar o incidente de resolução de demandas repetitivas.

²⁸ Vide, por exemplo, nas Leis no 6.385/1976; 8.884/1994; nas reformas no CPC/1973 operadas pelas Leis nº 9.868/1999, 11.418/2006 e 11.672/2008; entre outras.

²⁹ BUENO, Cassio Scarpinella. *Amicus curiae no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático*, cit., p. 144.

³⁰ Nesse sentido, o Enunciado 250 do FPPC: Admite-se a intervenção do *amicus curiae* nas causas trabalhistas, na forma do art. 138, sempre que o juiz ou relator vislumbrar a relevância da matéria, a especificidade do tema objeto da demanda ou a repercussão geral da controvérsia, a fim de obter uma decisão respaldada na pluralidade do debate e, portanto, mais democrática.

³¹ BUENO, Cassio Scarpinella. *Novo Código de Processo Civil anotado*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 28

atuação do *amicus curiae*.³² Entretanto, considerando que o amigo da corte não agirá na condição de substituto processual, a tradicional concepção de *representatividade adequada* no seu íterim deve ser readaptada para uma nova conjuntura: deve-se compreendê-la como a habilitação formal para atuar no debate judicial como representante dos interesses subjetivos de determinado grupo, classe social ou instituição.

A intervenção do *amicus curiae*, ademais, não alterará a competência (§1º do art. 138 do CPC).

Já em relação aos poderes processuais e limites da participação o Código não adota uma regra única e rígida, mas estabelece que caberá ao magistrado delimitar os poderes desse terceiro interveniente de acordo com as peculiaridades do caso concreto, fazendo a *flexibilização procedimental*. Nesse especial, é limitada por lei a interposição de recursos pelos *amicus curiae* (§§1º e 3º, do art. 138 do CPC), ressalvada a oposição de embargos de declaração e a interposição de recurso contra a decisão que julgar o incidente de resolução de demandas repetitivas – IRDR.

No que cabe ao IRDR, a previsão inserida no caput e §3º do art. 138 do CPC é de suma relevância, sendo ratificada pelo Enunciado nº 460 do Fórum de Permanente de Processualistas Civis – FPPC: “o microsistema de aplicação e formação dos precedentes deverá respeitar as técnicas de ampliação do contraditório para amadurecimento da tese, como a realização de audiências públicas prévias e participação de *amicus curiae*.”

Ou seja, diante da massificação de demandas e enquanto parte de um microsistema de formação de precedentes obrigatórios do qual inclusive faz parte o controle concentrado de constitucionalidade, não devem pairar dúvidas quanto à possibilidade de que os interessados (art. 983 do CPC), por meio dessa intervenção de terceiro, venham de fato representar a sociedade civil no âmbito dos IRDR. Isso porque esse novo mecanismo viabiliza uma verdadeira concentração de processos que versem sobre uma mesma questão de direito no âmbito dos Tribunais, buscando que a decisão a ser proferida nele vincule todos os demais casos que estejam sob a competência territorial do Tribunal competente para julgá-lo (art. 976 do CPC).

O escopo maior disso seria a consagração, na máxima potência possível, da segurança jurídica, da integridade³³ e da unidade do Direito, no sentido de que sejam produzidas

³² MACHADO JUNIOR, Dario Ribeiro. *Novo código de processo civil: anotado e comparado: lei n. 13.105, de 16 de março de 2015*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 34.

³³ Sobre integridade, Lenio Streck observa que: “entendida a luz de Ronald Dworkin: um princípio legislativo, que pede aos legisladores que tentem tornar o conjunto de leis moralmente coerente, e um princípio jurisdicional *que demanda que a lei, tanto quanto possível, seja vista como coerente nesse sentido*. A integridade exige que os juízes construam seus argumentos de forma integrada ao conjunto do Direito, constituindo uma

decisões iguais para casos que forem, predominantemente, iguais.

Percebe-se, do exposto, as diferenças substanciais projetadas pelo Novo CPC para a intervenção do *amicus curiae*, cabendo agora passar à análise dos seus reflexos no trâmite da ADC e da ADI.

3. Integração e/ou derrogação da Lei n. 9.868/99?

A presença do *amicus curiae* na dialética processual foi inaugurada na fiscalização de constitucionalidade abstrata brasileira a partir da edição das leis n. 9.868 e 9.882, ambas de 1999; posteriormente, a utilização do instituto foi também estendida ao controle concreto.

Atualmente esse amigo da corte permite de maneira significativa que as entidades representativas da sociedade civil assumam um papel destacado na jurisdição constitucional brasileira.³⁴ Porém, tal assertiva não pode desprezar a existência das expressas vedações de intervenção de terceiros constantes nos art. 7º, caput, e art. 18, caput, ambos da Lei n. 9.868/99.

Conforme ressalta Scarpinella Bueno, a exceção à regra encontra-se no §2º do art. 7º da Lei³⁵ (ADI), onde se depreende a possibilidade de manifestação de “outros órgãos ou entidades, desde que demonstrem sua representatividade e a relevância da matéria.”³⁶ Destarte, tal argumento é utilizado por analogia para que se permita também a admissibilidade do amigo da corte em ADC³⁷, até porque para esta ação a Lei n. 9.868/99 preservou a possibilidade de o relator instruir o feito, na linha do que os arts. 6º, 8º e 9º expressamente reservam para a ação direta de inconstitucionalidade.³⁸

garantia contra arbitrariedades interpretativas; coloca efetivos freios, por meio dessas *comunidades de princípios*, às atitudes solipsistas-voluntaristas. A integridade é antitética a qualquer forma de voluntarismo, ativismo e discricionariedade. Ou seja: por mais que o julgador desgoste de determinada solução legislativa e da interpretação possível que dela se faça, *não pode ele quebrar a integridade do Direito, estabelecendo um “grau zero de sentido”*, como que, fosse o Direito uma novela, matar o personagem principal, como se isso — a morte do personagem — *não fosse condição para a construção do capítulo seguinte.*” Id. Crítica às teses que defendem o sistema de precedentes - Parte II . *Conjur – Consultor Jurídico*, 29.09.2016. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-set-29/senso-incomum-critica-teses-defendem-sistema-precedentes-parte-ii>>. Acesso em 04/10/2016.

³⁴ Sobre o tema, ver MEDINA, Damares. *Amicus Curiae: amigo da corte ou amigo da parte?* Saraiva: São Paulo, 2010.

³⁵ Art. 7º (...)§ 2º 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.

³⁶ BUENO, Cassio Scarpinella. *Amicus curiae no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático*, cit., p. 4.

³⁷ O §2º do art. 18 da Lei 9.868/99 foi vetado, e possuía a mesma redação do §2º do art. 7º da respectiva lei. Porém, o próprio Presidente da República já havia se posicionado nas razões do veto do art. 18, §2º (Mensagem n. 1.674/99): “o veto ao §2º constitui consequência do veto do §1º. *Resta assegurada, todavia, a possibilidade de o STF, por meio de interpretação sistemática, admitir no processo da ação declaratória a abertura processual prevista para a ação direta no §2º. do art. 7º.*”

³⁸ Sobre o tema, ver BUENO, Cassio Scarpinella. *Amicus curiae no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático*, cit., p. 144-200.

Com efeito, a jurisprudência do STF vem permitindo a atuação do amigo da corte, taxado muitas vezes como forma de *intervenção anômala*, conferindo-lhe poderes para fazer sustentação oral (ADI 2777/SP) e apresentar memoriais. Contudo, resta vedado: (1) o aditamento ao pedido contido na inicial; (2) a possibilidade de recorrer da decisão, sob o fundamento de que não é parte; e, pelo menos até promulgação do CPC/15, (3) a oposição de embargos de declaração (ADI 3615 ED/PB).

Contudo, tivemos novidades a partir do Novo CPC. O que se percebe de pronto é que comparando a redação do seu art. 138 com a do §2º do art. 7º da Lei nº 9.868/99, despontam consideráveis alterações:

CPC/2015	LEI 9.868/99
<p>Art. 138. O juiz ou o relator, considerando a relevância da matéria, a especificidade do tema objeto da demanda ou a repercussão social da controvérsia, poderá, por decisão irrecorrível, de ofício ou a requerimento das partes ou de quem pretenda manifestar-se, solicitar ou admitir a participação de pessoa natural ou jurídica, órgão ou entidade especializada, com representatividade adequada, no prazo de 15 (quinze) dias de sua intimação.</p> <p>§ 1º A intervenção de que trata o caput não implica alteração de competência nem autoriza a interposição de recursos, ressalvadas a oposição de embargos de declaração e a hipótese do § 3º.</p>	<p>Art. 7º. (...)§ 2º 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.</p>

O novo CPC autoriza o juiz ou relator a *solicitar*, e não mais a só admitir, a intervenção do *amicus curiae* no processo. Em suma, a nova disciplina processual permite:

- 1) recurso sobre decisão que julgar o incidente de resolução de demandas repetitivas (art. 138, § 3);
- 2) oposição de embargos de declaração;
- 3) conhecimento da intervenção na hipótese de se tratar de *pessoa natural*, o que, conforme já referido acima, vinha sendo negado pela jurisprudência do STF.

Aliás, sobre o tema, importante ressaltar que há julgamento pendente no Plenário do STF sobre o tema – ADI 3396 AgR/DF, rel. Min. Celso de Mello, 10.5.2012. Nesse caso, o Plenário iniciou julgamento de agravo regimental interposto, por procurador da Fazenda Nacional, contra decisão que, em sede de ação direta de inconstitucionalidade, indeferira-lhe pedido de ingresso nos autos como *amicus curiae*. O relator Min. Celso de Mello, em preliminar, conheceu do recurso de agravo com fundamento em decisões desta Corte que

permitiriam a impugnação recursal por parte de terceiro, quando denegada sua participação na qualidade de *amicus curiae* (ADI 3105 ED/DF, DJe de 23.2.2007; ADI 3934 ED-AgR/DF, DJe de 31.3.2011 e ADI 3615 ED/PB, DJe de 25.4.2008).

Porém, no mérito, negou provimento ao recurso ao aplicar orientação do STF no sentido de que a *pessoa física* não teria representatividade adequada para intervir na qualidade de amigo da Corte em ação direta. Saliou hipótese em que determinada entidade, dotada de representatividade adequada, pretendesse ingressar como *amicus curiae* e sendo denegada essa pretensão, ser-lhe-ia possível interpor recurso apenas quanto a esse juízo negativo de admissibilidade, a fim de permitir que o Colegiado realizasse o controle do julgado. No mesmo sentido votaram os Ministros Ricardo Lewandowski, Cezar Peluso e Gilmar Mendes. Todavia, vale dizer que essa fundamentação se deu quando da vigência do CPC/73, onde não se tratava ampla e expressamente do “amigo da corte”.

Mas o caso não acabou por aí. Em divergência, o Min. Marco Aurélio não conheceu do agravo regimental ante expressa disposição legal, a dispor sobre a *irrecorribilidade da decisão do relator que não consentisse com aquela intervenção*. Realçou que, embora o preceito da Lei 9.868/99 se referisse a *despacho*, o pronunciamento de admissão no processo teria carga decisória e no sistema recursal o recurso seria bilateral. Apontou não ser possível interpretar preceito em que somente aquele que tivesse seu recurso indeferido pudesse recorrer. Acentuou ainda que a decisão do relator ao admitir, ou não, a participação de terceiro seria irrecorrível. Dessumiu que, se vencido na preliminar, acompanharia o Min. Celso de Mello pelo não provimento.

Os Ministros Ayres Britto, Presidente, Rosa Weber, Luiz Fux e Dias Toffoli também não conheceram da ação. Por fim, em virtude da possibilidade de se alterar jurisprudência do Supremo, deliberou-se pela suspensão do julgamento, para aguardar os votos dos Ministros ausentes.

Tal processo ainda encontra-se suspenso, podendo ser decidido a qualquer momento. Tendo em vista as alterações perpetradas pelo Novo CPC acredita-se que por meio da ação em comento, pela manifestação faltante da Ministra Cármen Lúcia, será possível a reformulação do tratamento do instituto do *amicus curiae* dentro da atual sistemática processual nos seguintes pontos: (1) a fim de admitir pessoas físicas a ingressar como *amicus curiae*; e (2) no intuito de reconhecer a irrecorribilidade da decisão que denega a sua participação, conforme voto do Min. Marco Aurélio na ADI3396, quando elucidou que o preceito da Lei 9.868/99 ao se referir a *despacho*, deveria refletir a verdadeira *decisão*, como atualmente aparece na redação do art. 138 do NCPC.

Quanto ao novo prazo de 15 dias inaugurado pelo CPC/2015, em comparação à Lei 9.868/99, que prevê no parágrafo único do art. 6º o prazo de 30 dias contados do recebimento do pedido de prestação de informações, acreditamos que, ante a finalidade precípua de pluralizar o debate constitucional, o relator poderá flexibilizá-lo, admitindo a intervenção até a data em que o Relator liberar o processo para a pauta, como já vem sendo decidido pelo STF.³⁹

Já no que concerne a questão da nova *classificação típica* do *amicus curiae* como intervenção de terceiro pelo CPC/15, em que pese ser de grande relevância, em face da vedação expressa do *caput* do art. 7º e do *caput* do art. 18 da Lei nº 9.868/99, devemos analisa-la com esmero. Isso porque *prima facie* poderíamos entender pela formal derrogação desses artigos ante as reformas perpetradas.

Todavia, não pode ser desprezado o desígnio do instituto, razão pela qual acredita-se que o STF acabará se manifestando em sentido contrário ao reconhecimento da derrogação da Lei n. 9868/99, tendo em vista a excepcionalidade prevista no §2º do art. 7º da Lei n. 9.868/99 e fazendo uso de uma interpretação sistemática, optando pela *integração das normas*.⁴⁰

Porquanto, conforme já indicado alhures, não poderá se admitir um retrocesso jurídico, principalmente quando se trata de *pluralizar o debate*, como expressão de um princípio democrático. E, nesse exato sentido, assume relevância o papel do amigo da corte no processo objetivo de controle de constitucionalidade, conforme ilustra o voto do Min. Celso de Mello na ADI-MC 2130/SC:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. INTERVENÇÃO
PROCESSUAL DO AMICUS CURIAE. POSSIBILIDADE. LEI No 9.868/99

³⁹ Ver ADI 4.071 AgR/DF, Rel. Min. Menezes Direito, 22.04.2009, DJE de 16.10.2009 e Informativo nº 543 do STF. No mesmo sentido, ver ADI 4.246, Rel. Min. Ayres Britto, decisão monocrática, j. 10/05/2011, DJE 20.05.2011.

⁴⁰ Sobre o instituto da integração, importante referir que “A teoria jurídica tradicional afirma que o ordenamento jurídico é dotado de completude. Isto porque, dele seria possível extrair a resposta para qualquer problema jurídico que viesse a surgir. Porém, mesmo de acordo com esta concepção, as leis, diferentemente do ordenamento, podem conter lacunas, quando não indicarem soluções para questões juridicamente relevantes. Diante de uma lacuna, o Poder Judiciário, que tem a obrigação institucional de resolver os conflitos de interesse submetidos à sua apreciação, não pode recusar-se a julgar, proferindo um non liquet. *O seu papel é promover o preenchimento da lacuna, sua integração, resolvendo o caso.* Entre nós, esta obrigação está prevista no art. 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, antiga Lei de Introdução ao Código Civil, segundo o qual “quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de Direito”. SARMENTO, Daniel, SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 474. Ademais, a ideia da completude do ordenamento jurídico é associada ao positivismo formalista desenvolvido no âmbito dos países do sistema romano-germânico, tanto na versão francesa da Escola da Exegese, como na versão germânica da jurisprudência dos conceitos e se vincula também ao dogma, cada vez mais questionável, da necessária estatalidade do Direito. Veja-se, sobre o tópico, LARENZ, Karl. *Metodología de la ciencia del derecho*. Tradução de M. Rodríguez Molinero. 2 ed. Barcelona: Ariel, 2001, p. 363-400; GUASTINI, Riccardo. *Dalle fonti alle norme*. Torino: Giappichelli, 1990, p. 173-184.

(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 constitucionalidade, o ordenamento positivo brasileiro processualizou a figura do *amicus curiae* (Lei no 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 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. *Em suma: a regra inscrita no art. 7º, § 2º da Lei no 9.868/99 – que contém a base normativa legitimadora da intervenção processual do amicus curiae – tem por precípua finalidade pluralizar o debate constitucional.[...] (ADI-MC 2130-SC, Rel. Min. Celso de Mello, j. 20.12.2000, p. 02.02.2001, p. 00145)*

Scarpinella Bueno explica essa abertura do processo objetivo de controle de constitucionalidade do seguinte modo:

A “abertura” do processo da ação direta de inconstitucionalidade, ademais, deve ser entendida quase como uma saudável (e necessária) decorrência do caráter vinculante das decisões proferidas naquela sede e, também, como a ideia de que o tão decantado “processo de caráter objetivo”, sem “lide”, sem interesses ou posições de vantagem individualmente analisáveis e capturáveis, que caracteriza esse tipo de ação, não pode significar, pura e simplesmente, a impossibilidade de maior (e necessário) debate sobre as questões que o Supremo Tribunal Federal está para decidir.

[...]O “terceiro” a que se refere o art. 7º, § 2º, da Lei n. 9.868/99 não deve ser estudado em confronto com os “terceiros-intervenientes”, assim entendidos aqueles que, em nome próprio e por “direito” próprio, que deriva, direta ou indiretamente, do que se discute em juízo, buscam intervir em processos alheios. Mas, bem diferentemente, a partir de um contexto em que o que se busca é a produção de melhor decisão jurisdicional, realizada, na medida do necessário, uma instrução quanto à constitucionalidade ou inconstitucionalidade de dada norma. Uma intervenção que se preocupa muito mais com os efeitos externos e difusos do que for decidido do que, propriamente, com o atingimento desses mesmos efeitos na situação pessoal (na sua esfera jurídica individual) do interveniente.⁴¹

Outrossim, consoante anteriormente indicado, já resta reconhecido que o §2º do art. 7º da Lei 9.868/99 – também aplicado por analogia à ADC – faz exceção à intervenção em controle concentrado, permitindo a atuação do *amicus curiae*.

Além disso, o método da integração permite que se faça o preenchimento das lacunas⁴²

⁴¹ BUENO, Cassio Scarpinella. *Amicus curiae no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático*, cit., p. 154-155.

⁴² Vale registrar que as lacunas, algumas vezes, resultam não propriamente da ausência de regulação jurídica de um assunto, mas da percepção de que a regulação *prima facie* incidente sobre uma determinada situação deixou de contemplar uma singularidade importante, cuja consideração certamente levaria a resultado diferente. Há uma

até então existentes, que inclusive abrem debates dentro do STF, como no caso do julgamento da ADI 3396, acerca de como atender ao “espírito” e integridade do ordenamento jurídico.

De fato, a redação da norma processual não colide expressamente com a Lei 9.868/99. Pelo contrário, o que vemos a partir de uma análise pormenorizada é que, fazendo uso de uma interpretação sistemática, torna-se possível entender pela ampliação do instituto, inclusive com a possibilidade de propositura de determinados recursos (embargos de declaração e recurso contra decisão que julga o incidente de resolução de demandas repetitivas), além do ingresso de pessoas físicas.

Portanto, muito embora esteja classificada como típica espécie de intervenção, não é possível afirmar que o cerne do instituto, isto é, o seu real intuito/objetivo, foi modificado com o advento do Novo CPC. Restaram conservadas antigas restrições e algumas lacunas: óbice a recorrer, exceto nas hipóteses que indicamos; inexistência de previsão de suportar ônus da sucumbência etc. Pode-se dizer, em suma, que permanecem não lhe sendo conferidas todas faculdades e encargos atribuídos para as partes.

Conclusões

Defendeu-se por toda a explanação a permanência da intervenção do *amicus curiae* no processo objetivo de controle concentrado de constitucionalidade, em que pese a nova classificação de típica intervenção de terceiro conferida pelo art. 138 do CPC/15.

Conforme sustenta Scarpinella Bueno, esse terceiro deve ser “estudado em confronto com os ‘terceiros-intervenientes’, assim entendidos aqueles que, em nome próprio e por ‘direito’ próprio, que deriva, direta ou indiretamente, do que se discute em juízo, buscam intervir em processos alheios. Mas, bem diferentemente, a partir de um contexto em que o que se busca é a produção de melhor decisão jurisdicional(...)”⁴³.

Sendo assim, muito embora a nova classificação do diploma processual, não há suporte para um *tratamento substancialmente novo, com novos ônus ao amicus curiae*. Quanto mais em ADI e ADC, onde não há direitos subjetivos capturáveis ou fruíveis diretamente pelos interessados.

dissonância entre aquela incidência normativa e o sistema jurídico como um todo, que não pode ser imputada à intenção legal. Seria o caso de uma norma jurídica que vedasse o ingresso de cães numa estação de metrô, mas deixasse de consagrar uma exceção para os cães-guia, que ajudam os deficientes visuais na sua locomoção, não por uma decisão do legislador, mas simplesmente porque não se cogitou da hipótese na formulação da norma em questão. Esta hipótese é chamada por alguns autores de “lacuna oculta”. Cf. LARENZ, Karl. *Metodología de la ciencia del derecho*, cit., p. 370.

⁴³ BUENO, Cassio Scarpinella. *Amicus curiae no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático*, cit. p.155

O que se busca é que terceiros/interessados possam contribuir qualitativamente para a construção da decisão. E agora, a partir de uma *integração* com o texto do novo CPC, não ingressem somente por iniciativa própria, mas também por solicitação a ser feita pelo julgador ou relator. Ou seja, esse “terceiro” atua (e atuará) em *qualidade diversa das usualmente ocupadas pelos “terceiros-intervenientes”*, muito embora figure hodiernamente no rol das espécies de intervenção típica.

Por fim, cabe ainda dizer que a participação do amigo da corte já era tida como indispensável em controle concentrado, desde a Exposição de Motivos do projeto da Lei n.º 9.868/99:

O anteprojeto preserva a orientação contida no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal que veda a intervenção de terceiros no processo de ação direta de inconstitucionalidade e, agora, também na ação declaratória de constitucionalidade (arts. 7º e 18).

Constitui, todavia, inovação significativa a autorização para que outros titulares do direito de propositura da ação direta possam manifestar-se, por escrito, sobre o objeto da ação, pedir a juntada de documentos úteis para exame da matéria no prazo de informações, bem como apresentar memoriais (arts. 7º, § 1º, e 18, § 1º).

Trata-se de providência que confere um *caráter pluralista ao processo objetivo de controle abstrato de constitucionalidade*, permitindo que o Tribunal decida com pleno conhecimento dos diversos aspectos envolvidos na questão.

Da mesma forma, afigura-se digna de realce a proposta formulada com o sentido de permitir que o relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes *admita a manifestação de outros órgãos ou entidades* (arts. 7º, § 2º, e 18, § 2). *Positiva-se, assim, a figura do amicus curiae no processo de controle de constitucionalidade, ensejando a possibilidade de o Tribunal decidir as causas com pleno conhecimento de todas as suas implicações ou repercussões.*⁴⁴

Portanto, muito embora o caput do art. 7º e do art. 18, ambos da Lei n. 9868/99, faça vedação expressa a intervenção de terceiros, o §2º do referido art. 7º – aplicado em analogia ao art. 18 – prevê que: “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”. É a partir dessa *abertura excepcional* que se tem admitido o ingresso do amigo da corte no STF.

Porém, não é só a partir dessa previsão legal que se mostra relevante a legitimação processual desse terceiro. Com maior destaque, não podemos olvidar que o *amicus curiae* representa a *pluralização do debate*, ou seja, a real asseguarção de um instrumento de participação da sociedade no procedimento, como forma desta contribuir para uma melhora qualitativa do próprio conteúdo da decisão jurisdicional. Tem-se, assim, que a sua presença

⁴⁴ MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. 2 ed. São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional (IBDC)/Celso Bastos Editor, 1999, p. 460.

não diz tanto respeito às causas e aos interesses das partes, mas ao próprio exercício da cidadania e observação de princípios, inerentes a um Estado Democrático de Direito.

Coerentemente com esse modo de pensar, o art. 138 do CPC/2015 deve, a partir de uma interpretação sistemática do ordenamento jurídico, suprir as lacunas que davam margem a antigas interpretações do STF, principalmente no que tange: (1) a vedação expressa para recorrer da decisão que indeferia o ingresso do amigo da corte em ADI e ADC (caput, do art. 138); (2) possibilidade de, além de se admitir, também de se solicitar a participação de órgão ou entidade especializada, estando também incluída a permissão à pessoa natural ou jurídica, o que até então era vedado pelo STF (caput do art. 138); (3) a consagração do §1º do art. 138, que determina que não haverá alteração de competência; (4) autorização da oposição de embargos de declaração, e (5) autorização da interposição de recurso de decisão que julgue incidente de resolução de demandas repetitivas, o que assume grande relevância ante a participação desse terceiro num mecanismo que integra o microssistema de formação de precedentes obrigatórios do qual também faz parte o controle concentrado de constitucionalidade.

Contudo, não restam dúvidas de que o presente tema ensejará ainda muitas discussões.

Bibliografia

BAGNI, Silvia. Democratizzazione della giustizia costituzionale in America latina: uno sguardo da fuori. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, vol. 66, n. 4, 2014, pp. 1387-1414.

BARROSO, Luís Roberto. *O novo direito constitucional brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil*. 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Novo Código de Processo Civil anotado*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2016.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Amicus curiae no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

BUENO FILHO, Edgard Silveira. Amicus curiae: a democratização do debate nos processos de controle da constitucionalidade. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, vol. 12, n. 47, 2004, p. 7-15.

CARBONELL SÁNCHEZ, Miguel. Nuevos Tiempos para el Constitucionalismo. *In: Id. Neoconstitucionalismo(s)*. 4ª ed. Madrid: Trotta, 2009.

DINAMARCO, Cândido R. Escopos Políticos do Processo. *In*: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo. (Orgs.). *Participação e Processo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1988, p. 114-127.

ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. Tradução de J. Baptista Machado. 8. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*. Vol. II. Roma-Bari: Laterza, 2007.

FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista. Tradução de A. K. Trindade. *In*: Id.; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (orgs.). *Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, pp. 13-56.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Novas Tendências do Direito Processual*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990.

GUASTINI, Riccardo. *Dalle fonti alle norme*. Torino: Giappichelli, 1990.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional, A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: Contribuição para Interpretação Pluralista e 'Procedimental' da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1997.

LARENZ, Karl. *Metodología de la ciencia del derecho*. Tradução de M. Rodríguez Molinero. 2 ed. Barcelona: Ariel, 2001.

LLORENTE, Francisco Rubio. Constitucionalismo. *In*: ARAGÓN REYES, Miguel (coord). *Temas de derecho constitucional*. Tomo I. Madrid: Civitas, 2001.

LOPES, José Reinaldo de Lima. Mudança social e mudança legal: os limites do Congresso Constituinte de 1987. *Revista de Informação Legislativa*, vol. 24, n. 94, p. 45-58.

MACHADO JUNIOR, Dario Ribeiro. *Novo código de processo civil: anotado e comparado: lei n. 13.105, de 16 de março de 2015*. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

MEDINA, Damares. *Amicus Curiae: amigo da corte ou amigo da parte?* Saraiva: São Paulo, 2010.

MEDINA, José Miguel Garcia. *Direito Processual Civil Moderno*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

MEDINA, José Miguel Garcia. *CPC: Código de Processo Civil Comentado: com remissões e notas comparativas ao projeto do novo CPC*. 2. ed.rev.atual.ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. 2 ed. São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional (IBDC)/Celso Bastos Editor, 1999.

PEGORARO, Lucio; RINELLA, Angelo. *Diritto costituzionale comparato. Aspetti metodologici*. Padova: Cedam, 2011.

PIETRO SANCHÍS, Luis. Neoconstitucionalismo y ponderación judicial. *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, n. 5, 2001, p. 201-228.

PIETRO SANCHÍS, Luis. *Constitucionalismo y positivismo*. Ciudad de Mexico, 1999.

RIBEIRO, Darci Guimarães; SCALABRIN, Felipe. *O papel do processo na construção da democracia: para uma nova definição da democracia participativa*. Revista do Direito (UNISC), n. 32, 2009, p. 113-127.

SARLET, Ingo W. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 10^a ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SARMENTO, Daniel, SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2006.

STRECK, Lenio Luiz. Crítica às teses que defendem o sistema de precedentes - Parte II . *Conjur – Consultor Jurídico*, 29.09.2016. Disponível em: . <http://www.conjur.com.br/2016-set-29/senso-incomum-critica-teses-defendem-sistema-precedentes-parte-ii>

TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski; NEVES, Isadora Ferreira. As influências do Neoconstitucionalismo nos fenômenos do ativismo judicial e da judicialização da política no Brasil. *Rev. SJRJ*, Rio de Janeiro, v. 21, n. 39, abr. 2014, p. 169-185.