

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS
Programa de Pós-Graduação *stricto sensu* em Direito

Rafael Filipe Fonseca Menezes

**O AMICUS CURIAE NO PROCESSUALISMO CONSTITUCIONAL
DEMOCRÁTICO**

Belo Horizonte
2015

Rafael Filipe Fonseca Menezes

**O AMICUS CURIAE NO PROCESSUALISMO CONSTITUCIONAL
DEMOCRÁTICO**

Dissertação apresentada ao programa de Pós-Graduação em Direito Processual da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito Processual

Orientador: Doutor Dierle José Coelho Nunes

Belo Horizonte
2015

FICHA CATALOGRÁFICA

Elaborada pela Biblioteca da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais

M543a Menezes, Rafael Filipe Fonseca
O amicus curiae no processualismo constitucional democrático / Rafael
Filipe Fonseca Menezes. Belo Horizonte, 2015.
250 f.

Orientador: Dierle José Coelho Nunes
Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.
Programa de Pós-Graduação em Direito.

1. Controle da constitucionalidade. 2. Direito processual constitucional. 3.
Intervenção (Processo civil). 4. Legitimidade (Direito). 5. Revisão judicial. I.
Nunes, Dierle José Coelho. II. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.
Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.

Rafael Filipe Fonseca Menezes

**O AMICUS CURIAE NO PROCESSUALISMO CONSTITUCIONAL
DEMOCRÁTICO**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade Mineira de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Professor Doutor Doutor Dierle José Coelho Nunes (Orientador). PUC Minas

Professor Doutor Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias. PUC Minas

Professor Doutor

Belo Horizonte, 09 de abril de 2015.

Aos meus pais, Astor e Albertina, pela vida de amor
e esforços constantes para que pudéssemos aprender
a voar; às minhas irmãs, Daniela e Ana Paula, todo
meu amor e gratidão.

À Viviane, namorada e amiga, pelo amor
incondicional e pela compreensão das minhas
ausências.

“Mas se amo os teus pés
é só porque andaram
sobre a terra e sobre
o vento e sobre a água,
até me encontrarem.”

Pablo Neruda

O ALBATROZ

Às vezes, por prazer, os homens de equipagem
Pegam um albatroz, enorme ave marinha,
Que segue, companheiro indolente de viagem,
O navio que sobre os abismos caminha.

Mal o põem no convés por sobre as pranchas rasas,
Esse senhor do azul, sem jeito e envergonhado,
Deixa doridamente as grandes e alvas asas
Como remos cair e arrastar-se a seu lado.

Que sem graça é o viajor alado sem seu nimbo!
Ave tão bela, como está cômica e feia!
Um o irrita chegando ao seu bico um cachimbo,
Outro põe-se a imitar o enfermo que coxeia!

O poeta é semelhante ao príncipe da altura
Que busca a tempestade e ri da flecha no ar;
Exilado no chão, em meio à corja impura,
As asas de gigante impedem-no de andar.

Charles Baudelaire

Carry on

*“Follow your steps and you will find
The unknown ways are in your mind
Need nothing else than just your pride
to get there...
So, carry on,
There's a meaning to life
Which someday we may find...
Carry on, it's time to forget
The remains from the past, to carry on”*

Angra

AGRADECIMENTOS

No primeiro semestre de 2007, então estudante do 3º semestre do curso de Direito, acertei três números na loteria. Com o valor irrisório, também não superior a três dígitos, fiz um dos melhores investimentos da minha vida, comprando o livro “Direito constitucional ao recurso”, escrito por um jovem professor recém-chegado de uma temporada na Itália, para realização de pesquisas doutorais. Voltando à memória, me vem a certeza dos rendimentos que tal investimento vem me proporcionando.

Há exatos cinco anos, justificando a ausência na defesa de monografia sobre o mesmo tema ora proposto, a ser defendida pelo aluno que fora seu monitor, o Professor Dierle desejou votos de sucesso e afirmando a certeza de sucesso. Quando informado sobre a nota alcançada e o descontentamento típico de um jovem ansioso, o Professor Dierle me convidou a “interpretar” o 95 como todo cem deveria ser interpretado: “nunca sabemos o suficiente e sempre devemos, com humildade, perceber a nossa humana limitação e mantermos a vontade de sempre melhorar, como profissional e como ‘ser humano’”, aconselhando a percepção de meu potencial e humildade para saber desenvolvê-lo. Pelo seu conhecimento, caráter e generosidade, penso que os créditos que me são dados são muito maiores do que realmente mereço, mas a perspectiva de me tornar algo próximo da pessoa que tomei como exemplo nestes últimos anos é reafirmada todos os dias para tentar me tornar um profissional e um ser humano melhor. Meu muito obrigado pelas aulas, pela oportunidade da monitoria, pela orientação, pelas oportunidades e pelo exemplo.

Ao professor Ronaldo Brêtas, pelo exemplo de uma vida pautada na disciplina e excelência em tudo o que faz, meu muito obrigado pelas lições passadas e pelo incentivo, quando então em 2009, no Congresso Internacional de Direito Processual realizado em Ouro Preto, ouviu atentamente e incentivou os planos de um estudante do interior de trilhar os passos da academia e estudar processo na capital, na prestigiosa Puc Minas.

Aos professores Rosemiro Pereira Leal, Vicente de Paula Maciel Júnior e Antônio Cotta Marçal, por me fazerem renovar os esforços e acreditar nos esforços diuturnos para consolidação do Estado Democrático de Direito.

Aos professores Carlos Eduardo Araújo Carvalho, Giuliano Fernandes e Flávio Pedron, pelo apoio e incentivo. Ao professor José Emílio Medauar Ommati, pela oportunidade da docência e pelo exemplo de pesquisador incansável. Aos amigos Rodrigo Rugio, Pilar Coutinho e Renato Marcucci, pelo exemplo de dedicação à docência e pelas alegrias da convivência na “República brigadeiro”.

Aos amigos feitos durante o mestrado, Lucas Drummond, Ulisses Dale, Sílvio de Sá Batista, Clenderson Cruz, Warlen Soares, Waldir Santos, Helen Almeida, Diogo Dias da Silva, Cristiano Duro, Guilherme Lage e André Del Negri, por enriquecerem essa caminhada e a tornarem mais fácil. Ao amigo Raphael Almeida, companheiro de estudos, mesmo à distância, e de colecionismo, afinal de contas, brinquedo é uma coisa muito séria (não é brinquedo, é *action figure*!!!). Ao amigo Wille Alves, pela preciosa interlocução.

E por fim, aos “degenerados, bastardos, malfeitores e piratas do velho código”, amigos que encontrei ao longo do caminho e que me fazem todos os dias me tornar uma pessoa melhor: Alexandre, o Monge (*in memoriam*), “FilosofHugo”, Filósofo e Casto, Wellington Brum Lima, Historiador e Bruxo, Evandro Castro, Economista e Esquisito, Vinícius Zigler, homem da lei e estrategista, Warley Cardoso, o Poeta, Felipe Piazzzi, o Alquimista, e Rangel Machado, o Casanova.

RESUMO

O presente estudo investiga a intervenção do *amicus curiae* no direito processual brasileiro. Apresenta-se a origem do instituto, seu desenvolvimento no direito estrangeiro e sua recepção no direito brasileiro. Promove-se uma análise das modalidades de intervenção nesta qualidade, abordando suas principais características e objetivo, passando também pelas digressões doutrinárias acerca da classificação do instituto em face de outras modalidades de intervenção de terceiro, como a assistência. Examina-se a literatura dedicada ao tema, bem como as principais características das reformas processuais ocorridas no Brasil e no exterior, de modo a apresentar os pressupostos teóricos para uma compreensão constitucionalmente adequada do processo e também do instituto em análise, a partir do marco teórico do processualismo constitucional democrático. Problematizam-se os principais questionamentos sobre o controle de constitucionalidade e o papel dos procedimentos destinados a uma padronização decisória, de modo a se verificar a compatibilidade teórica do modo como tais procedimentos vêm sendo operacionalizados, bem como a atuação do *amicus curiae* como um expediente de diminuição do déficit de legitimidade que os caracterizam. Procura-se, por fim, apresentar uma compreensão constitucionalmente adequada da intervenção do *amicus curiae* no direito brasileiro, notadamente em face das novas perspectivas teóricas e dogmáticas do novo Código de Processo Civil.

Palavras-chave: *Amicus curiae*. Reformas processuais. Intervenção de terceiro. Controle de constitucionalidade. Processualismo constitucional democrático. Padronização decisória. Legitimidade.

ABSTRACT

This study investigates the intervention of *amicus curiae* in the Brazilian procedural law. Shows the origin of the institute, its development in foreign law and its reception in Brazilian law. Promotes an analysis of ways and means as such, discussing its main characteristics and objective, also passing through the doctrinal digressions on the institute's rating in the face of other third party intervention modalities, such as assistance. Examines the literature on the topic as well as the main features of the procedural reforms that took place in Brazil and abroad, in order to present the theoretical background for a constitutionally adequate understanding of the process and also the institute in question, from the theoretical framework of democratic constitutional processualism. The main questions about the constitutionality of control and the role of a decision-making procedure for standardization to problematize in order to verify the theoretical compatibility of how such procedures have been operationalized and the role of the *amicus curiae* as a record of decrease the legitimacy deficit that characterize them. Looking up, it focuses on a constitutionally adequate understanding of the intervention of *amicus curiae* in Brazilian law, especially in the face of new theoretical and dogmatic perspectives of the new Civil Procedure Code.

Keywords: *Amicus curiae*. Procedural reforms. Third party intervention. Judicial review. Democratic constitutional processualism. Operative standardization. Legitimacy.

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

ABIFINA - Associação Brasileira de Química Fina, Biotecnologia e suas Especialidades

ADC – Ação Direta de Constitucionalidade

ADIn (ADI) – Ação Direta de Inconstitucionalidade

ADInO – Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão

ADPF – Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental

ADI-AgR – Agravo Regimental em Ação Direta de Inconstitucionalidade

ANAMATRA - Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho

ANDEF – Associação Nacional de Defesa Vegetal

art. – artigo

CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica

CPC – Código de Processo Civil

CRFB (CF) – Constituição da República Federativa Brasileira de 1988

CVM – Comissão de Valores Mobiliários

Des. – Desembargador

DJ – Diário da Justiça

DJe – Diário da Justiça Eletrônico

DJU – Diário da Justiça da União

EC. – Emenda Constitucional

ed. – edição

EDcl – Embargos de Declaração

FEBRABAN – Federação Brasileira de Bancos

IBDFAM - Instituto Brasileiro de Direito de Família

INPI – Instituto Nacional da Propriedade Industrial

INTERFARMA – Associação Farmacêutica de Pesquisa

j. – julgado.

j.un. – julgamento unânime

MC – Medida Cautelar

MC ADI – Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade

Min. – Ministro(a)

MP – Ministério Público

n. – número

OAB – Ordem dos Advogados do Brasil

OE – Órgão Especial

Op. cit. – obra citada

org. – organização/organizador

p. – página(s)

PFL - Partido da Frente Liberal

PL – Projeto de Lei

QO-ADI – Questão de Ordem na Ação Direta de Inconstitucionalidade

QO no REsp – Questão de Ordem no Recurso Especial

RE – Recurso Extraordinário

REsp – Recurso Especial

RISTF Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal

RISTJ Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça

SEC – *Securities and Exchange Commission*

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

TST – Tribunal Superior do Trabalho

un. – unânime

v. – ver

v.g. *verbi gratia*

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	14
2 PANORAMA DO DIREITO PROCESSUAL NA ATUALIDADE: DO PROCESSUALISMO CIENTÍFICO AO MODELO CONSTITUCIONAL DE PROCESSO	22
2.1 Pressupostos teóricos para uma adequada compreensão do Direito Processual na contemporaneidade	22
2.1.1 <i>A fase pré-liberal e o liberalismo processual: do formalismo do processo comum às reformas decorrentes da Revolução Francesa</i>	22
2.1.2 <i>O socialismo processual e a repercussão nos sistemas processuais</i>	38
2.2 O Modelo Constitucional de Processo no Estado Democrático de Direito	48
2.2.1 <i>O anacronismo das teorias socializadoras e as reformas processuais no Brasil: o neoliberalismo processual</i>	54
2.3 O Processualismo Constitucional Democrático	59
2.3.1 <i>O amicus curiae como possibilidade legitimidade representativa e decisória</i>	62
3 O AMICUS CURIAE NO DIREITO ESTRANGEIRO	66
3.1 Origens do instituto	66
3.2 Referências do direito inglês	68
3.3 Referências do direito norte-americano	71
3.4 Referências de direito australiano	80
3.5 Referências do direito francês	79
3.6 Referências do direito italiano	80
3.7 Referências do direito argentino	80
3.9 Referências dos ordenamentos supranacionais	86
4. O AMICUS CURIAE NO DIREITO BRASILEIRO	88

4.1 Partes e terceiros: o <i>amicus curiae</i> diante de outras figuras do Processo Civil Brasileiro	91
4.2 Breve Introdução ao controle de constitucionalidade	100
4.3 O <i>amicus curiae</i> no controle concentrado de constitucionalidade	108
4.3.1 Relevância da matéria	114
4.3.2 Representatividade adequada	115
4.3.3 Momento da intervenção e prazo para manifestação	120
4.4 Ação declaratória de constitucionalidade	122
4.5 Arguição de descumprimento de preceito fundamental	123
4.6 Incidente de Inconstitucionalidade (art. 480 a 482 do CPC)	126
4.7. Comissão de Valores Mobiliários – CVM (art. 31 da Lei n. 6.385/76)	128
4.8 Instituto Nacional de Propriedade Industrial – INPI (arts. 57, 118 e 175 da Lei n. 9.279/96).....	133
4.9 Pessoas jurídicas de direito público (art. 5º da Lei n. 9.469/97)	135
4.10 Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE (art. 89 da Lei n. 8.884/94 – art. 118 da Lei n. 12.529/2011).....	138
4.11 As súmulas vinculantes e o procedimento da Lei n.º 11.417/06.....	140
4.12 A intervenção do <i>amicus curiae</i> na análise da repercussão geral no Recurso Extraordinário (art. 543-A, § 6º do CPC)	144
4.13 Julgamento de recursos repetitivos (art. 543-C, § 4º)	154
4.14 Aspectos processuais do <i>amicus curiae</i>	160
4.15 A previsão normativa do <i>amicus curiae</i> no Novo Código de Processo Civil	165
5. O AMICUS CURIAE NO PROCESSUALISMO CONSTITUCIONAL DEMOCRÁTICO	176
5.1 Pressupostos teóricos para uma compreensão constitucionalmente adequada do <i>amicus curiae</i> no direito brasileiro	176
5.2 A intervenção do <i>amicus curiae</i> e sua influência no processo decisório no âmbito dos Tribunais Superiores	188
5.3 O <i>amicus curiae</i> a partir de uma perspectiva discursiva do direito e da democracia: o processo na construção do Estado Democrático de Direito	193
5.4 Desafios e perspectivas da previsão normativa do <i>amicus curiae</i> no Novo Código de Processo Civil	218

<i>5.4.1 A assunção do precedente como fonte de normatividade e a importância do amicus curiae em um sistema de precedentes</i>	<i>220</i>
<i>5.4.2 O art. 499 do CPC projetado: a proceduralização da fundamentação racional das decisões e a intervenção do amicus curiae</i>	<i>228</i>
6. CONCLUSÃO.....	231
REFERÊNCIAS	237

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por objetivo analisar criticamente a figura do *amicus curiae* no direito brasileiro, sobretudo no direito processual, de modo a identificá-la e contextualizá-la no panorama jurídico contemporâneo.

Na atualidade, torna-se indispensável problematizar o direito através de teorias e argumentos democraticamente orientados a superação de perspectivas teóricas insustentáveis, uma vez que, conforme lição de Popper, “visto ser todo conhecimento impregnado de teoria, todo ele se edifica sobre areia; mas pode ser melhorado cavando-se criticamente mais fundo e não admitindo como certos quaisquer ‘dados’ alegados”¹.

O *amicus curiae* é recorrentemente conceituado como um terceiro, supostamente neutro, que intervém em processo alheio para contribuir com o julgamento apresentando uma nova perspectiva hermenêutica² ao magistrado, pela apresentação de conhecimentos técnicos ou com um alto grau de especialização, ou ainda para apresentação de uma interpretação diferente acerca dos fatos e dos fundamentos a serem utilizados para o julgamento³.

Instituto jurídico pertencente, sobretudo, à tradição dos países de tradição anglo-saxônica, pela importância do papel que lhe é atribuído e pelo desenvolvimento de suas funções, o *amicus curiae* foi amplamente recepcionado pela tradição romano-germânica e tem, gradativamente, encontrado terreno fértil no direito brasileiro, seja pelo seu desenvolvimento dogmático e jurisprudencial, seja pela investigação da literatura jurídica especializada.

¹ POPPER, Karl Raimund. *Conhecimento objetivo* – uma abordagem evolucionária. Tradução Milton Amado. Belo Horizonte: Itatiaia, 1999, p. 106.

² Esta nova perspectiva hermenêutica é metaforizada por Cabral da seguinte forma: “A palavra hermenêutica guarda sua origem etimológica no deus grego Hermes, divindade associada à comunicação, correspondente a Mercúrio na mitologia romana. Seu nome tem origem, segundo os historiadores, na palavra grega herma, que designava os montes de pedra usados para indicar os caminhos. A idéia de guia passou, no latim tardio, à associação do verbo grego *hermeneuein* com a atividade hermenêutica e correspondeu nos idiomas de origem latina a sinônimo de interpretar. Filho de Zeus com a ninfa Maia, Hermes foi o inventor da lira e teve muitas incumbências: incentivador do comércio, protetor das estradas e dos viajantes, era o mensageiro dos deuses e trajava um capacete e sandálias aladas, que o permitiram voar em velocidade maior que a do vento: portava ainda um caduceu de ouro (bastão mágico), com duas serpentes enroladas, que tinha poder de adormecer as pessoas. No direito a idéia de que a atividade hermenêutica consiste em revelar o real conteúdo da norma e fornecer um “caminho” para a decisão remonta certamente às origens gregas do termo. Nos tempos modernos, se o direito está longe de guardar características divinas, e por vezes nem mesmo desperta qualquer fé nos indivíduos, uma figura portadora de informações relevantes para a interpretação judicial, principalmente na colheita de elementos para o ato decisório é o *amicus curiae*, instituto objeto do presente estudo e que vem ganhando destaque no Brasil”. CABRAL, Antônio do Passo. Pelas asas de Hermes: a intervenção do *amicus curiae*, um terceiro especial. Uma análise dos institutos interventivos similares – o *amicus* e o *Vertreter des öffentlichen Interesses*. In: *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos tribunais: 2004, ano 29, set/out. p. 9-10.

³ BUENO, Cassio Scarpinella. *O amicus curiae no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 69; DEL PRÁ, Carlos Gustavo Rodrigues. *Amicus curiae: instrumento de participação democrática e de aperfeiçoamento da prestação jurisdicional*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 25-31.

Nesse sentido, o desenvolvimento histórico da intervenção do *amicus curiae*, sua recepção por um sem número de ordenamentos jurídicos pelo mundo e a importância que lhe é atribuída no direito processual contemporâneo fez com que diversos estudiosos se propusessem a investigar referido instituto.

Apesar de, como se perceberá no decorrer do trabalho, ser comum uma investigação mais restrita do objeto de pesquisa, sobretudo no controle de constitucionalidade, o presente trabalho busca analisar, em linhas gerais, as diversas hipóteses de intervenção do *amicus curiae* a partir do direito processual constitucionalizado, analisando-se a conformação desta modalidade interventiva a partir de uma perspectiva ampliada, de modo viabilizar uma compreensão dinâmica do instituto no direito brasileiro.

Desde a conquista da autonomia do estudo de Direito Processual, ocorrida na segunda metade do século XIX, até os dias atuais, a função e significado atribuídas ao processo, bem como as tensões relativas às condições de atuação dos sujeitos processuais, cobram respostas e alternativas ao sem número de indagações que permeiam o tema.

O processo tradicional de caráter bipolar, onde duas partes litigam perante um magistrado e caracterizado por uma restrita possibilidade de participação de terceiros, cede lugar a um direito processual que, entre diversas tensões que caracterizam o panorama jurídico contemporâneo, busca equalizar, nas sociedades altamente complexas, uma diversidade de interesses muitas vezes conflitantes.

Nesse contexto, apesar da existência de semelhanças e aproximações quanto ao estudo e significado da importância do processo constitucional na atualidade, percebe-se que determinadas investigações apresentam alguns equívocos metodológicos ou, até mesmo, posicionamentos incompatíveis com o tema objeto de estudo.

Não raras vezes, a pesquisa científica tem a oportunidade de trazer a lume intrincadas discussões, relativas a temas muito caros a contemporaneidade. Assim, “a tematização e problematização de conceitos considerados naturais, porque óbvios, se revelam nada naturais quando passamos a discuti-los com maior atenção”⁴. Dentre estas obviedades, impende ressaltar que, para um adequado dimensionamento da intervenção do *amicus curiae* no direito brasileiro, se torna necessário uma apresentação de uma compreensão paradigmática do direito e as principais correntes teóricas que orientam e conformam a aplicação do direito em determinada época.

Apesar da existência de um modelo constitucional de processo estar sendo construído desde a promulgação da Constituição de 1988, verifica-se que o direito processual brasileiro

⁴ OMMATI, José Emílio Medauar. *Teoria da Constituição*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013, p. 5.

ainda se lastreia em perspectivas de viés socializador, as quais se mostram completamente incompatíveis a oferecer respostas constitucionalmente adequadas para todos os problemas a esperar de uma resposta.

O *amicus curiae* foi positivado desde a década de 1970 pela legislação brasileira a partir da fixação de competência e atribuições de algumas autarquias, mas sua visibilidade e importância como um instituto genuinamente democrático ganhou relevo a partir das leis que disciplinam o controle de constitucionalidade brasileiro, de modo a contornar o déficit de legitimidade decorrente de um controle realizado de forma abstrata e concentrada pelo STF e supostamente viabilizando, desta forma, o que Peter Häberle denominou como uma sociedade aberta de intérpretes da Constituição⁵.

O mesmo anseio de fazer frente a este déficit de legitimidade fez com que novas formas de atuação na qualidade de *amicus curiae* fossem idealizadas, de modo a contornar a ilegitimidade decorrente da mitigação do controle difuso de constitucionalidade e da criação de diversos procedimentos voltados a um julgamento massificado mediante o forjamento de uma padronização decisória, por meio de técnicas como a repercussão geral no recurso extraordinário e o julgamento de recursos especiais repetitivos.

Ocorre que, para além do alardeado caráter democrático e virtuoso da intervenção do *amicus curiae*, diversos estudos, sobretudo no direito americano, apontam que o instituto vem perdendo o seu caráter de neutralidade, sendo utilizado em favor do reforço dos interesses das partes, ou ainda na defesa de interesses próprios, como um lobista, fazendo com que o suposto “amigo da corte” acabasse por se tornar “amigo da parte”⁶.

A partir da percepção de que, com a generalização das possibilidades de intervenção na qualidade de *amicus curiae*, a mencionada deturpação da conformação original do instituto pode também ocorrer no direito brasileiro, torna-se imperioso uma criteriosa investigação do modo como a abertura procedimental decorrente dessa modalidade interventiva vem sendo realizada no direito brasileiro, bem como se torna imprescindível uma compreensão deste a partir das premissas teóricas do processo constitucionalizado.

Nesse sentido, pela apresentação do direito processual em um viés paradigmático, abordando seus avanços e retrocessos levados a cabo, sobretudo, pelas reformas processuais, elege-se como marco teórico para a presente investigação o processualismo constitucional

⁵ HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2002.

⁶ MEDINA, Damares. *Amicus curiae: amigo da corte ou amigo da parte?* São Paulo: Saraiva, 2010.

democrático, de modo a apresentar uma investigação da intervenção do *amicus curiae* a partir de uma visão participativa e policêntrica da atuação de todos os sujeitos processuais.

Para tanto, apresenta-se no segundo capítulo os pressupostos teóricos para uma adequada compreensão do Direito Processual na contemporaneidade, abordando as principais características dos três grandes modelos de Estado, o Liberal, o Social e o Estado Democrático de Direito, bem como as ressonâncias destes na conformação e compreensão do Direito Processual em cada época. Aborda-se também o período anterior ao liberalismo processual (fase pré-liberal), dada a importância deste na modificação ocorrida no significado do princípio do contraditório e o esvaziamento de seu papel.

Apresentam-se, em linhas gerais, o desenvolvimento da teoria do processo ao longo dos últimos 150 anos, a aproximação entre constituição e processo a partir da segunda metade do século XX e as novas perspectivas de compreensão do direito processual, sobretudo no que concerne à necessidade de superação das teorias de viés socializador. Apresenta-se, também, como as reformas processuais vem sendo realizadas no direito estrangeiro e brasileiro, de modo a salientar que, enquanto as reformas processuais em diversos países vêm atribuindo uma maior importância à fase preparatória do julgamento, mediante o delineamento de um procedimento cognitivo bifásico, verifica-se que as reformas processuais no direito brasileiro parecem visar tão somente uma lógica de alta produtividade de decisões em um lapso temporal exíguo. Tal característica das reformas processuais no Brasil se insere em um pano de fundo denominado neoliberalismo processual, no qual a lógica da máxima rapidez acaba por esvaziar o papel do processo como garantia democrática de participação na construção das decisões judiciais.

Por fim, apresentam-se no segundo capítulo as primeiras linhas sobre o processualismo constitucional democrático e a necessidade de participação e policentrismo das decisões, de modo a suplantarem os focos de centralidade (seja na figura das partes, seja na do juiz) no processo e viabilizar uma ampla compreensão do direito processual que, na atualidade, não pode mais ser pensado tão somente de forma dogmática e apartada do pano de fundo em que está inserido. Nesse sentido, tem-se como hipótese de pesquisa que o *amicus curiae* pode, se bem tematizado, contribuir para a realização de um contraditório dinâmico, desde que se tenha em vista a percepção de que sua intervenção, nas diversas hipóteses procedimentais em que está prevista, pode ser manejada de modo interessado e partidário, afastando-se, desta forma, dos motivos que justificam sua participação no processo, bem como aumentando o risco do uso indevido da figura para a defesa de interesses inconfessáveis.

O terceiro capítulo realiza uma apresentação das origens históricas do *amicus curiae*, sua recepção no direito estadunidense e as significativas transformações pelas quais passou o instituto, além de realizar uma breve menção da recepção do mesmo no ordenamento jurídico de diversos países. Constata-se, neste momento, uma das principais características da tendência de aproximação entre *civil law* e *common law*, de que o trabalho se ocupará no desenvolvimento de alguns assuntos correlatos, tendo em vista a ampla recepção de um instituto de tradição anglo-saxônica em diversos países de tradição romano-germânica.

O quarto capítulo apresenta, sem pretensão de exaurimento dos temas abordados, as hipóteses comumente apontadas como sendo típica de um *amicus curiae* no direito brasileiro, analisando os objetivos que justificam a intervenção e suas principais características, de modo a viabilizar uma ampla compreensão do objeto de pesquisa. Para tanto, é apresentada uma síntese das discussões acerca de sua natureza jurídica, passando pela classificação da figura e sua relação com outros sujeitos processuais.

Destaque-se a abordagem da previsão do instituto no controle concentrado de constitucionalidade e a análise da legislação aplicável, responsável pelo crescimento da importância do instituto no direito brasileiro, oportunidade na qual apresenta-se uma breve introdução sobre o controle de constitucionalidade, suas modalidades de exercício e principais características. Aborda-se também a suposta evolução pela qual o controle de constitucionalidade estaria passando, apontada doutrinária e jurisprudencialmente como uma transformação do controle pela via difusa, que supostamente estaria passando por uma objetivização em sua conformação e adquirindo as características do modelo concentrado.

Aborda-se também a previsão normativa do *amicus curiae* nos procedimentos de padronização decisória no âmbito recursal, idealizados a partir da EC n.º 45/2004, que objetivam uma tramitação mais célere dos processos e alternativas para a plethora de feitos à espera de julgamento, mediante o julgamento de casos piloto para forjamento de um padrão decisório a ser futuramente aplicado. Percebe-se, nesta fase da pesquisa, como a intervenção do *amicus curiae* é apontada como possível meio de se contornar o déficit de legitimidade decorrente destes procedimentos de massificação dos julgados.

Por fim, apresenta-se uma síntese conclusiva sobre os principais aspectos processuais da intervenção do *amicus curiae*, a extensão de seus poderes e faculdades e o modo como a figura foi pioneiramente prevista no novo Código de Processo Civil Brasileiro. Dentre as novidades, a possibilidade de manejo desta modalidade interventiva em primeira instância mostra como a mesma deve ser investigada a partir de pressupostos teóricos

consentâneos com o processo constitucionalizado, de modo a viabilizar o seu melhor aproveitamento no direito brasileiro.

O quinto capítulo realiza uma apresentação dos pressupostos teóricos para uma compreensão constitucionalmente adequada do *amicus curiae* no direito brasileiro, a partir dos balizamentos do processualismo constitucional democrático e sua característica de abertura a outras áreas do saber, oportunidade na qual mostra-se, em linhas gerais, algumas das contribuições teóricas de autores como Dworkin, Habermas, dentre outros.

Apresentam-se algumas considerações sobre a influência do *amicus curiae* no processo decisório no âmbito dos Tribunais Superiores e realiza-se uma crítica sobre os principais entendimentos doutrinários sobre o tema, notadamente no que diz respeito à suposta existência de poderes discricionários na admissão da intervenção e no modo como as informações apresentadas serão consideradas por ocasião do julgamento. Tais considerações são realizadas partir das conclusões apresentadas no trabalho acerca do atual papel conferido aos Tribunais Superiores e como o *amicus curiae* pode contribuir para a realização deste. Aborda-se também as principais conclusões de Medina sobre as consequências de uma atuação polarizada ou assimétrica do *amicus curiae* nos procedimentos de inconstitucionalidade, que supostamente acabaria por favorecer um dos envolvidos na disputa, vislumbrando-se que o papel do direito processual democrático como possibilidade de se contornar tais constatações.

A partir dos balizamentos teóricos do processualismo constitucional democrático, percebe-se que uma adequada compreensão do direito processual na atualidade implica em uma imperiosa superação das teorias de viés socializador, as quais, não obstante se mostrarem completamente incompatíveis com uma compreensão adequada do direito, ainda conformam e orientam a aplicação das normas e o dimensionamento do processo legislativo na idealização dos procedimentos.

Referida compreensão passa necessariamente pelo enfrentamento de alguns temas muito caros à processualística atual, como a suposta tendência de objetivação ou abstrativização do processo e do controle de constitucionalidade, o papel atribuído às cortes superiores, o delineamento de um sistema de precedentes adequado à realidade brasileira, bem como a relação entre constituição e processo, as perspectivas, desafios e possibilidades do novo Código de Processo Civil e a necessidade de se entender o direito processual como uma garantia de fruição de direitos fundamentais e não como um entrave para a materialização destes direitos.

Assim, vislumbra-se que uma visão comparticipativa e policêntrica de processo, pautada na valorização da atuação de todos os sujeitos processuais e o conseqüente abandono de focos de centralidade do poder, mediante um contraditório dinâmico, pode viabilizar uma compreensão constitucionalmente adequada da intervenção do *amicus curiae*. Propõem-se que o contraditório dinâmico pode, ao mesmo tempo, permitir uma ampla participação do *amicus curiae* e uma exauriente análise de seus argumentos, dada a estreita relação entre contraditório e fundamentação, bem como possibilitar uma ampla fiscalidade mútua do comportamento de todos os sujeitos processuais, de modo a se evitar comportamentos indesejáveis que sejam incompatíveis com o modelo comparticipativo/cooperativo de processo.

Procura-se, dessa forma, uma perspectiva de análise que ofereça uma renovada visão do papel do *amicus curiae* no contexto de uma estrutura procedimental e argumentativa que viabilize, ao mesmo tempo, uma construção comparticipada das decisões e uma fiscalização dos comportamentos indesejáveis dos sujeitos processuais⁷.

Para além de uma leitura meramente dogmática e isolada dos procedimentos normativos, propõem-se a compreensão do objeto de estudo a partir de uma análise macroestrutural do sistema processual brasileiro, suplantando as discussões, muitas vezes inócuas, sobre a natureza e classificação jurídica do *amicus curiae* e a repetição do entendimento forjado pelos tribunais acerca da atuação do instituto, bem como resgatar o papel da crítica especializada como possibilidade discursiva de busca por respostas constitucionalmente adequadas, ao invés de uma doutrina caudatária das decisões de uma magistratura solipsista⁸. Com isso, busca-se realizar uma análise que supere a compreensão do direito processual a partir de focos de centralidade na atuação das partes ou do magistrado, rechaçando-se as posturas ativistas e protagonistas da jurisdição.

O objetivo principal é demonstrar que as premissas teóricas do processualismo constitucional democrático podem oferecer uma compreensão constitucionalmente adequada do instituto objeto de análise, de modo a viabilizar a participação democrática justificadora de sua previsão normativa e os balizamentos necessários para que este ideal de democratização

⁷ NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais*. Curitiba: Juruá, 2008.

⁸ “A doutrina, a jurisdição e todo o direito, ainda incorporam uma carga simbólica ‘mítica’ que pouco contribui para a ciência, e, por conseguinte, para a ciência do direito processual. A valorização (sobrenatural) do juiz e dos doutrinadores de destaque (argumento de autoridade) muitas vezes impede que o problema seja discutido em bases argumentativas, o que resulta em uma decisão solitária do juiz ou em discurso de autoridade, com repúdio aos pressupostos do processo constitucional democrático”. NUNES, Dierle; ALMEIDA, Helen; REZENDE, Marcos. A contribuição da doutrina na (con)formação do direito jurisprudencial: uma provocação essencial. *In: Revista de Processo*, São Paulo, ano 39, vol. 232, jun. 2014, p. 335.

não seja transmutado na utilização do instituto para a defesa de interesses escusos, como a tentativa de manutenção dos interesses de grupos hegemônicos, ou ainda a utilização indevida dos procedimentos de padronização decisória para forjamento de um entendimento jurisprudencial que esteja a serviço destes interesses inconfessáveis.

Ressalte-se que, em vista da pioneira previsão normativa do *amicus curiae* no novo Código de Processo Civil, os riscos de sua utilização estratégica aumentam consideravelmente, além dos riscos já existentes de sua utilização no sistema recursal.

O que se procura, em suma, é uma concepção constitucionalmente adequada da intervenção do *amicus curiae* no panorama jurídico atual, de modo que este possa ser o genuíno canal de aproximação entre o Judiciário e a sociedade e o processo seja compreendido como um espaço procedimental discursivo de formação participada das decisões mediante a incidência dos princípios processuais constitucionais em perspectiva dinâmica, notadamente o do contraditório, em toda a operacionalidade dos procedimentos normativos.

Dessa forma, se devidamente problematizado, infere-se que a *amicus curiae* pode efetivamente contribuir para a assunção de um renovado direito processual, orientado pela preocupação com a materialização dos direitos fundamentais e a busca por legitimidade dos pronunciamentos jurisdicionais mediante uma ampla participação fiscalizada.

2 PANORAMA DO DIREITO PROCESSUAL NA ATUALIDADE: DO PROCESSUALISMO CIENTÍFICO AO MODELO CONSTITUCIONAL DE PROCESSO

2.1 Pressupostos teóricos para uma adequada compreensão do Direito Processual na contemporaneidade

Estudos empreendidos nos últimos dois séculos, notadamente a partir da segunda metade do século XX, vêm proporcionando enorme ressonância na ciência jurídica e, em especial, no Direito Processual.

Os acontecimentos que culminaram nas duas Grandes Guerras Mundiais exigiram um esforço nunca antes visto, de convergência entre o direito constitucional e o processo, objetivando a materialização dos direitos fundamentais, os quais, outrora relegados a simples textos positivados, passaram a pressuposto e objetivo primordial de todo Estado que se pretenda democrático⁹.

Desde o início do processualismo científico do final do séc. XIX até os dias atuais, nos quais, com a nova concepção acerca da linguagem¹⁰, da teoria dos princípios e dos direitos fundamentais, buscam-se respostas adequadas para os diversos problemas que se apresentam aos estudiosos do direito ao longo dos tempos¹¹.

O processo, que outrora fora encarado como jogo¹², guerra¹³, ou até mesmo um duelo¹⁴, dentro de uma matriz liberal, modificou sobremaneira suas conformações científicas no devir de pouco mais de dois séculos. Se em um primeiro momento os esforços se

⁹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Constituição e processo: desafios constitucionais da reforma do processo civil no Brasil, p. 234. In: OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; MACHADO, Daniel Amorim (Coord.). *Constituição e processo: a contribuição do processo no constitucionalismo democrático brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 234.

¹⁰ Ommati, explicando a tese central da compreensão para Gadamer, explica que “o problema hermenêutico se revela como um caso especial da relação entre pensamento e linguagem”, uma vez que o ato de compreender é, também, interpretar, “e toda interpretação se desenvolve no seio da linguagem”. OMMATI, José Emílio Medauar. *Teoria da Constituição*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013, p. 103.

¹¹ A partir do conteúdo jurídico principiológico da Constituição, Del Negri esclarece que na atualidade, o papel da ciência processual é de “encontrar meios institucionalizados para neutralizar ou eliminar a carga de subjetividade (argumentos externos ao Direito) nas decisões, evitando, assim, o desconforto de uma decisão verticalista (deslegitimadas) por ato sentimental do julgador”. DEL NEGRI, André. *Teoria da Constituição e do Direito Constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

¹² CALAMANDREI, Piero. *Estudios sobre el proceso civil*. Buenos Aires, Ejea, 1962, t. III, pp. 259-294.

¹³ GOLDSCHMIDT, James. *Princípios gerais do processo civil*. Belo Horizonte: Líder, 2002, p. 49.

¹⁴ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Duelo e processo. In: *Revista Brasileira de Direito Comparado*. Rio de Janeiro: 2003, p. 41-43.

debruçaram na superação das amarras do processo liberal¹⁵, o modelo subsequente, qual seja, a socialização processual, tendo como objetivo a realização do direito material e da atuação interventiva do Estado, teve como principal característica o crescente aumento de poderes conferidos ao magistrado e a instrumentalização do processo para fins políticos¹⁶, o que acarretou diversos outros problemas. O processo civil clássico, idealizado para o dimensionamento de conflitos privados e individuais, como os relativos à propriedade, relações contratuais, família e sucessões, apesar dos avanços realizados, “não consegue alcançar o grau de complexidade e sua importância nesta nova quadra histórica”¹⁷, notadamente quando diante de novos perfis de litigiosidade que se caracterizam o processo civil contemporâneo, a exemplo da litigiosidade repetitiva e serial e da litigância de interesse público¹⁸.

A Constituição de 1988, rompendo com um longo período ditatorial e iniciando no Brasil um Estado Democrático de Direito, iniciou uma nova fase metodológica do estudo do direito, em especial do Direito Processual, sendo que,

[...] o que se esperaria dos juristas, no que se relaciona ao processo de aplicação do direito, é que tivéssemos construído um sentimento constitucional-concretizante nesses vinte anos, a partir de um labor avassalador, pelo qual as leis infraconstitucionais seriam simplesmente devassadas a partir de uma implacável hermenêutica constitucional¹⁹.

¹⁵ Dentre os principais aspectos caracterizadores do processo liberal, pode-se citar o seu caráter privatístico, entendido como instrumento privado a serviço das partes, a igualdade formal, a qual não permitia a compensação das desigualdades, a prevalência do princípio dispositivo e da escritura, o qual garantia a autonomia privada das partes e a falsa ideia de imparcialidade do juízo, dentre outros. Nunes aponta o esgotamento de tal modelo a partir da percepção de o mesmo “facilitava a esperteza da parte mais hábil”. NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais*. Curitiba, Juruá: 2008, p. 74. A preocupação atual com o papel do juiz e das partes, a oralidade e a escritura, o tempo de duração do processo, dentre outros temas, mostra que os problemas a serem enfrentados pelos estudiosos do direito e, em especial, do processo, apresentam curiosa semelhança com os problemas característicos do processo liberal.

¹⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. São Paulo: Malheiros, 2001.

¹⁷ NUNES, Dierle. Precedentes, padronização decisória preventiva e coletivização. Paradoxos do sistema jurídico brasileiro: uma abordagem constitucional democrática. In: WAMBIER; Tereza Arruda Alvim (coord.). *Direito Jurisprudencial*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 255.

¹⁸ Nunes esclarece que a “litigiosidade de alta intensidade” (coletiva e serial) merece um dimensionamento dogmático próprio, notadamente em face da percepção de que, na atualidade, “não lidamos somente com processos bipolares (um autor – um réu) acerca de questões patrimoniais, mas com processos multifacetados (envolvendo a litigância de interesse público – questões fundiárias, consumidor, saúde, minorias, meio ambiente, entre outras temáticas) com vários atores sociais”, o que torna perceptível a necessidade de ampliação do enfoque de análise, bem como novos desafios e perspectivas para a atuação do *amicus curiae*. NUNES, Dierle. Processualismo constitucional democrático e o dimensionamento de técnicas para a litigiosidade repetitiva. A litigância de interesse público e as tendências “não compreendidas” de padronização decisória. *Revista de Processo* v. 199. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 50.

¹⁹ STRECK, Lenio Luiz. Constituição e processo: ou de “como discricionariedade não combina com democracia”; o contraponto da resposta correta. Constituição e processo: a contribuição do processo ao constitucionalismo brasileiro. In: MACHADO, Felipe; CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade (Coords.). *Constituição e processo: entre o direito e a política*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 5-6.

Na atualidade, busca-se alcançar a legitimidade das decisões tomadas nas esferas institucionais, seja no processo legislativo, administrativo ou jurisdicional²⁰, ao mesmo tempo em que se combater os males que o tempo supostamente causaria ao processo, como se este, por si só, pudesse causar prejuízo²¹.

Contudo, apesar da mencionada mudança científica do direito processual, apresentada com maior detalhamento nas linhas que se seguem, a atual conjuntura do pensamento jurídico brasileiro se mostra complexa e desafiadora. Como denuncia Streck, vive-se na atualidade um “estado de natureza hermenêutico”²² no ambiente jurídico brasileiro, que, influenciado por diversas tradições jurídicas – a exemplo da influência da experiência pós-revolucionária francesa e o movimento codificador, a influência germânica no Código Civil de 1916, além do modelo misto de constitucionalidade, amálgama do sistema difuso norte-americano e do modelo continental europeu – muitas vezes presentes de forma acrítica, acaba por recepcionar, de forma equivocada, institutos e teorias que, sob a falsa aparência de soluções, acabam por perpetuar os velhos problemas e criar novos²³.

A ausência de uma adequada percepção deste sincretismo jurídico, bem como o desconhecimento do traço histórico que conformou determinados institutos, apresenta graves consequências na operacionalidade do sistema jurídico, a exemplo do próprio neoconstitucionalismo²⁴ e, no campo do processo, a recepção equivocada de institutos do direito estrangeiro e de teorias processuais de viés socializador.

²⁰ Nesse sentido: BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. *Processo constitucional e Estado Democrático de Direito*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012. DEL NEGRI, André. *Controle de constitucionalidade no processo legislativo: teoria da legitimidade democrática*. Belo Horizonte: Fórum, 2008. DEL NEGRI, André. *Processo constitucional e decisão interna corporis*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

²¹ TAVARES, Fernando Horta. Tempo e processo. In: TAVARES, Fernando Horta. (Org.). *Urgências de tutela: tutela cautelar e tutela antecipada*. Curitiba, Juruá, 2008, p. 111-118.

²² STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 388.

²³ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 27-30.

²⁴ Sarmento esclarece que o termo neoconstitucionalismo apresenta o significado de um constitucionalismo contemporâneo, diferente das tradições alemã e norteamericana e, por meio de autores espanhóis e italianos, passou a ser estudado nos últimos anos no âmbito do direito constitucional brasileiro. O mesmo autor esclarece, contudo, a necessidade de tratar do tema com ressalvas. Nas palavras de Sarmento: “Os adeptos do neoconstitucionalismo buscam embasamento no pensamento de juristas que se filiam a linha bastante heterogênea, como Ronald Dworkin, Robert Alexy, Peter Häberle, Gustavo Zagrebelsky, Luigi Ferrajoli e Carlos Santiago Nino, e nenhum deles se define hoje, ou já se definiu, no passado, como neoconstitucionalista. Tanto entre os referidos autores, como entre aqueles que se apresentam como neoconstitucionalistas, constata-se uma ampla diversidade de posições jusfilosóficas e de filosofia política: há positivistas e não positivistas, defensores da necessidade do uso do método na aplicação do direito e ferrenhos opositores do emprego de qualquer metodologia na hermenêutica jurídica, adeptos do liberalismo político, comunitaristas e procedimentalistas. Nesse quadro, não é tarefa singela definir o neoconstitucionalismo, talvez porque, como já revela o bem escolhido título da obra organizada por Carbonell, não exista um único neoconstitucionalismo, que corresponda a uma concepção teórica clara e coesa, mas diversas visões sobre o fenômeno jurídico na contemporaneidade, que guardam entre si alguns denominadores comuns relevantes, o que justifica que sejam agrupadas sob o mesmo rótulo, mas compromete a possibilidade de uma compreensão mais precisa”.

Entretanto, transcorrido mais de vinte e cinco anos, a imposição pelo nosso projeto constitucional de uma série de políticas públicas para viabilização dos direitos fundamentais – de modo que estes não ficassem apenas como “repositório de promessas” – não foram plenamente realizadas, motivo pelo qual,

[...] em face dos déficits de operacionalidade dos Poderes Executivo e Legislativo (recentemente instado a se tornar mais efetivo, após os grandes movimentos populares) ínsitos ao desencantamento com a política, típica de Estados que passaram por um período de ditadura, além de uma série de outros fatores que corroboram este fenômeno em nosso país, passamos a vivenciar o fenômeno da judicialização de inúmeras temáticas, fruto, em alguma medida, da garantia de amplo acesso à Justiça prevista pelo Texto Maior (art. 5º, XXXV e LIV, da CF/1988)²⁵.

A partir da abertura possibilitada pela Constituição de 1988, a necessária mudança da função a ser exercida pela Jurisdição, que é chamada a ofertar respostas diante da omissão dos outros Poderes no que concerne as suas competências institucionais, ensejou o ingresso de diversas concepções teóricas no debate teórico nacional, *e.g.* Habermas, Alexy, Dworkin, Hart e outros, formuladas em outros países após a segunda guerra mundial e que, no direito brasileiro, somente obtiveram visibilidade após 1988²⁶.

Referidas concepções teóricas permitiram um enriquecimento das discussões sobre as funções do Estado, em especial do Judiciário, “permitindo todo um embate acerca da adoção pelo Judiciário pátrio de um perfil ativista, para alguns, ou minimalista, (*self restraint*), para outros”²⁷. Este recente enriquecimento teórico, entre acertos e descaminhos, é levado a cabo em um contexto de tentativas de implementação dos direitos fundamentais e delineamento do papel atribuído ao Estado, ao exercício de suas funções e a toda a sociedade.

SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: *Filosofia e teoria constitucional contemporânea*, 2009, p. 114. No mesmo sentido, Streck observa que “passadas duas décadas da Constituição de 1988, e levando em conta as especificidades do direito brasileiro, é necessário reconhecer que as características desse ‘neoconstitucionalismo’ acabaram por provocar condições patológicas que, em nosso contexto atual, acabam por provocar condições patológicas que, em nosso contexto atual, acabam por contribuir para a corrupção do próprio texto da Constituição. Ora, sob a bandeira ‘neoconstitucionalista’ defendem-se, ao mesmo tempo, um direito constitucional da efetividade; um direito assombrado pela ponderação de valores; uma concretização *ad hoc* da Constituição e uma pretensa constitucionalização do ordenamento a partir de jargões vazios de conteúdo e que reproduzem o prefixo neo em diversas ocasiões, como: neoprocessualismo e neopositivismo”. STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*, p. 36.

²⁵ THEODORO JÚNIOR; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco. Litigância de interesse público e execução participada de políticas públicas. *Revista de Processo*. Editora Revista dos Tribunais. Ano 38, n. 224, out/2013, p. 125.

²⁶ SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: *Filosofia e teoria constitucional contemporânea*. In: SARMENTO, Daniel (coord.). *Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 114.

²⁷ THEODORO JR.; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco. Litigância de interesse público e execução participada de políticas públicas. *Revista de Processo* v. 224, Revista dos Tribunais, ano 38, out/2013, p. 126.

A preocupação com uma adequada operacionalidade do direito processual e, mais recentemente, o papel deste para a materialização dos direitos fundamentais, acompanhou a mudança da própria concepção de Estado, uma vez que “a sucessão de modelos societários contingencia o modo como os direitos e as instituições são reinterpretados ao longo do constitucionalismo moderno”²⁸. A reprodução do paradigma²⁹, explicado por Nunes e Teixeira como “um horizonte interpretativo no silêncio, sem críticas”, é apresentado por Habermas da seguinte forma:

As visões exemplares de uma comunidade jurídica acerca de como o mesmo sistema de direitos e princípios constitucionais podem ser o mesmo sistema de direitos e princípios constitucionais podem ser considerados no contexto percebido de uma dada sociedade. (...) Um paradigma de Direito delinea um modelo de sociedade contemporânea para explicar como princípios e direitos constitucionais devem ser considerados e implementados para que cumpram num dado contexto as funções a eles normativamente atribuídas³⁰.

A partir das considerações de Habermas sobre os paradigmas no direito, Cattoni de Oliveira esclarece que:

[...] as compreensões jurídicas paradigmáticas de uma época, refletidas por ordens jurídicas concretas, se referem a imagens implícitas que se tem da própria sociedade; um conhecimento de fundo, um *background*, que confere às práticas de fazer e de

²⁸ NUNES, Dierle; TEIXEIRA, Ludmila. *Acesso à justiça democrático*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013, p. 11-12.

²⁹ Como esclarece Cattoni de Oliveira: “A noção de paradigma jurídico, introduzida por Habermas, num diálogo, dentre outros, com a epistemologia pós-popperiana, sobretudo com Thomas Kuhn, pode desempenhar, nessa discussão, um importante papel. Uma reconstrução paradigmática do Direito, com bem nos mostra Menelick de Carvalho Neto, possibilita reconhecer a existência de um horizonte histórico de sentido, ainda que mutável, para a teoria do Direito e para a prática jurídica concreta, que pressupõe uma determinada ‘percepção’ do contexto social do Direito, a fim de que possa compreender em que perspectiva as questões jurídicas devem ser interpretadas, para que o Direito possa cumprir seu papel nos processos de integração social. Paradigmas de Direito constituem internamente a prática e a teoria do Direito, orientando seus desdobramentos. O reconhecimento desses paradigmas exige a superação da forma tradicional de lidar com questões normativas, rompendo com a dicotomia real/ideal, assim como exige uma reflexão hermenêutica crítica em face de nós mesmos, que não pode desconsiderar as pretensões normativas concretamente articuladas pelos próprios envolvidos em questões jurídicas. Com base numa Teoria Discursiva do Direito e da Democracia, que não se deixa vincular a um único ponto de vista disciplinar, mas, pelo contrário, permanece aberta a diferentes pontos de vista metodológicos (participante x observador), a diferentes objetivos teóricos (explicação interpretativa e análise conceitual x descrição e explicação empírica), a diferentes papéis sociais (do juiz, dos políticos, dos legisladores, dos clientes e dos cidadãos) e a diferentes atitudes pragmáticas de pesquisa (hermenêuticas, críticas, analíticas etc.), a fim de que uma abordagem normativa não perca o seu contato com a realidade, nem uma abordagem objetiva exclua qualquer aspecto normativo, mas permaneçam em tensão, a perspectiva da Teoria de Direito e da Constituição que privilegia o aspecto normativo deverá passar por um giro reconstrutivo, se quiser levar a sério a tensão presente no Direito entre facticidade e validade, assim como o papel desempenhado pelo Direito nos processos de integração social”. CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Direito, Política e Filosofia*. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2007, p. 145-146.

³⁰ HABERMAS, Jürgen, 2002, *apud* NUNES, Dierle; TEIXEIRA, Ludmila. *Acesso à justiça democrático*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013, p. 12.

aplicar o Direito uma perspectiva, orientando o projeto de realização de uma comunidade jurídica³¹.

Os modelos de Estado proporcionam diferentes leituras do modo como o direito processual é entendido em cada um, condicionando a atuação dos sujeitos processuais e sua esfera de atuação. Problematizar esses modelos é de fundamental importância para um adequado entendimento do Direito Processual na atualidade e, conseqüentemente, da intervenção do *amicus curiae*, tema da presente dissertação, uma vez que as características de cada modelo influenciam no dimensionamento da modalidade interventiva em questão, conferindo-a uma importância cada vez maior³².

Para compreender em toda sua extensão e profundidade as discussões subjacentes à intervenção do *amicus curiae*, torna-se necessário fazer uma reconstrução dos grandes paradigmas da modernidade e a influência destes no modo de se compreender o Direito Processual em cada época, uma vez que, conforme percutiente observação de Habermas³³:

Hoje em dia, a doutrina e a prática do direito tomaram consciência de que existe uma teoria social que serve como pano de fundo. E o exercício da justiça não pode mais permanecer alheio ao seu modelo social. E, uma vez que a compreensão paradigmática do direito não pode mais ignorar o saber orientador que funciona de modo latente, tem que desafiá-lo para uma justificação autocrítica.

A partir das exigências normativas do Estado Democrático de Direito, o processualismo constitucional democrático, marco teórico da presente investigação,

[...] busca subsidiar uma concepção da processualização processual dos direitos não sob a ótica do protagonismo do juiz, mas do debate interdependente de todos os

³¹ CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo. *Direito Constitucional*. 1ª. ed, Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, p. 122.

³² Cattoni de Oliveira e Pedron explicam que “O uso da noção de paradigma jurídico pretende, pois, estabilizar a tensão imanente aos processos de integração social entre realidade e normatividade, ao reconhecer a existência de um horizonte histórico de significação ou de sentido, ainda que mutável, para a prática jurídica concreta que pressupõe uma determinada ‘percepção’ do contexto social do direito, a fim de se compreender em que perspectiva as questões jurídicas devem ser interpretadas para que o direito possa cumprir seu papel nos processos de integração social. Paradigmas do direito constituem internamente a prática e a teoria do direito, orientando seus desdobramentos. O reconhecimento desses paradigmas exige a superação da forma tradicional de lidar com questões normativas, rompendo com a dicotomia real/ideal, assim como exige uma reflexão hermenêutica crítica em face de nós mesmo, que não pode desconsiderar as pretensões normativas concretamente articuladas pelos próprios envolvidos em questões jurídicas. Isso implicaria uma certa redução de complexidade: Uma reconstrução paradigmática do direito retiraria dos ombros do intérprete um papel ou encargo hercúleo, pois uma vez reconstruído o paradigma, ter-se-ia, sem maiores mediações, um vetor interpretativo já presente e efetivo para a resolução de questões jurídicas”. CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. PEDRON, Flávio Quinaud. O que é uma decisão judicial fundamentada? Reflexões para uma perspectiva democrática do exercício da jurisdição no contexto da reforma processual civil. In: BARROS, Flaviane de Magalhães; BOLZAN DE MORAIS, Jose Luis (Coord.). *Reforma do processo civil: perspectivas constitucionais*. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 134-135.

³³ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia – Entre a Faticidade e a Validade*. v. II. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 129.

interessados na decisão, dentro de seus papéis, inclusive com o potencial chamamento de órgão governamentais com adequada expertise para participação (direta ou como *amicus curiae*) para viabilizar um quadro mais próximo do adequado dos potenciais efeitos decisórios³⁴.

Para uma apresentação, em linhas gerais, do sistema jurídico processual, os estudiosos costumam se valer da perspectiva tradicional, que analisa o processo desde sua fase primitiva até o direito romano, abordando a fase judicialista, dos práticos, procedimentalista, sem olvidar da importância do processualismo científico germânico e italiano³⁵.

Contudo, em face da insuficiência desta perspectiva para uma análise crítico-reconstrutiva da ciência processual, há de se perceber, a partir do delineamento do Estado de Direito³⁶, a importância dos paradigmas³⁷ de Estado para uma adequada compreensão da ciência processual. Esses paradigmas, conforme pesquisa desenvolvida por Nunes³⁸, ofertam um horizonte interpretativo em perspectiva macro estrutural, e são divididos em três fases ou perspectivas: (i) pré-liberalismo e o liberalismo processual, (ii) socialização processual e, especificamente no direito brasileiro, em face de suas peculiaridades, o que denominou de (iii) neoliberalismo processual.

³⁴ NUNES, Dierle. Precedentes, padronização decisória preventiva e coletivização. Paradoxos do sistema jurídico brasileiro: uma abordagem constitucional democrática. In: WAMBIER; Tereza Arruda Alvim (coord.). *Direito Jurisprudencial*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 254.

³⁵ NUNES, Dierle José Coelho; BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco; CÂMARA, Bernardo Ribeiro; SOARES, Carlos Henrique. *Curso de direito processual civil: fundamentação e aplicação*. 1. ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011, p. 44.

³⁶ O desenvolvimento do constitucionalismo, notadamente a partir da segunda metade do século XVIII, consagrou “o princípio de constitucionalidade da ordem jurídica, de sorte a justificar o surgimento de um Estado vinculado ao direito”. BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. *Processo constitucional e Estado Democrático de Direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 53.

³⁷ Sem embargo de tudo que já foi dito sobre paradigmas, Carvalho Netto tece as seguintes considerações sobre o vocábulo: “Por um lado, possibilita explicar o desenvolvimento científico como um processo que se verifica mediante rupturas, através da tematização e explicitação de aspectos centrais de grandes esquemas gerais de pré-compreensões e visões de mundo, consubstanciados no pano de fundo naturalizado de silêncio assentado na gramática das práticas sociais, que a um só tempo torna possível a linguagem, a comunicação, e limita ou condiciona o nosso agir e a nossa percepção de nós mesmos e do mundo. Por outro, também padece de óbvias simplificações, que só são válidas na medida em que permitem que se apresente essas grandes seletivas gerais pressupostas nas visões de mundo prevalentes e tendencialmente hegemônicas em determinadas sociedades por certos períodos de tempo e em contextos determinados. É claro que a história como tal é irrecuperável e incomensuravelmente mais rica do que os esquemas aqui apresentados, bem como se reconhece as infinitas possibilidades de reconstrução e releitura dos eventos históricos”. CARVALHO NETTO, Menelick de. A hermenêutica constitucional sob o paradigma do Estado Democrático de Direito. In: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade (org.). *Jurisdição e hermenêutica constitucional no Estado Democrático de Direito*. Belo Horizonte: Mandamentos Editora, 2004, p. 29.

³⁸ NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais*. Curitiba, Juruá: 2008.

2.1.1 A fase pré-liberal e o liberalismo processual: do formalismo do processo comum às reformas decorrentes da Revolução Francesa

O movimento de reforma do sistema processual civil ao longo dos tempos, no que concerne a eleição das técnicas para cumprimento de seu desiderato, ocorreu entre dois extremos, de modo que “sempre trabalharam num movimento pendular que ora prioriza o domínio das partes, ora do juiz, ora do procedimento escrito, ora do procedimento oral, ora a celeridade, ora a segurança, ora a fungibilidade das formas, ora a formalidade exacerbada”³⁹.

O ponto de partida da reconstrução dessas fases encontra suas raízes na fase histórica anterior à revolução francesa e nas características do liberalismo político e também processual. Nunes, a partir do escólio de Picardi, Denti e Taruffo, explica que os sistemas processuais do *Anciën Regime* eram caracterizados pela pluralidade de jurisdições feudais, eclesiásticas e corporativas, o que resultava em constantes conflitos de competência. O período em questão era caracterizado pela arbitrariedade dos juízos, pela complexidade ínsita ao formalismo do procedimento civil e confusões das fontes legislativas, em virtude “de um confuso conjunto de normas de proveniência e origem histórica diversificadas” e a ausência de um corpo legislativo unitário e homogêneo de normas⁴⁰.

Nunes, a partir das investigações de Taruffo, esclarece que o tecnicismo e formalismo dos procedimentos previstos nesta confusão normativa exaltava o papel dos advogados e agravava o custo da tramitação processual, circunstância que

[...] acabava por delinear uma doutrina processual caótica e por provocar o esvaziamento da função diretora do juiz, atribuindo esta aos advogados que a utilizavam de modo mais hábil, com o fim de se beneficiarem das dúvidas interpretativas das quais o processo é fonte inesgotável⁴¹.

O processo se desenvolvia prevalentemente entre os advogados das partes, a partir de uma sucessão caótica de atos, caracterizada pela escritura e pelo formalismo, por meio da troca de um sem número de petições e réplicas escritas em latim, inclusive quanto às provas a serem produzidas. Neste sistema, reservava-se ao magistrado um “papel completamente passivo e espectador, tanto que mesmo as audiências de instrução eram inteiramente confiadas aos advogados das partes, permitindo ao magistrado interferir somente para a resolução dos

³⁹ NUNES, Dierle José Coelho. *Direito constitucional ao recurso: da teoria geral dos recursos, das reformas processuais e da comparticipação das decisões*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 1-2. NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático*, p. 55.

⁴⁰ NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático*, p. 55.

⁴¹ NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático*, p. 62.

inúmeros incidentes processuais”⁴². O processo se dimensionava como mero instrumento privado de resolução de conflitos delineado em benefício das partes (*Sache der Parteien*)⁴³.

Em contrapartida, o dimensionamento dos procedimentos a partir do princípio dispositivo e da técnica da escritura fazia com que o magistrado normalmente não mantivesse contato direto com as partes e provas, o que poderia acarretar a quebra de imparcialidade, de modo que este se apresentava tão somente no momento decisório⁴⁴.

Todavia, tais mecanismos não tiveram o condão de impedir o juiz de privilegiar a parte mais forte. Apesar da existência de regras relativas à prova legal, a atividade judicial não contava com regras racionais de apreciação das provas, o que acabou contribuindo para a arbitrariedade dos juízos. Nesta época, na Itália, a aplicação da tutela era dominada pela corrupção, pela ignorância e pela confusão, uma vez que, nesta época, os magistrados não eram escolhidos com base em critérios como a seriedade e competência profissional. Estes eram investidos da função para receber pelos serviços prestados, remunerados pela parte mediante o *sportule*, circunstância que o conduzia a prolongar o iter processual e encorajar sua parcialidade para a parte mais rica⁴⁵.

A partir da década de 1770 ocorreram alterações de relevo, das quais se destaca a implantação de um novo regramento para a escolha de juízes, “que lhes atribuía garantias de imparcialidade e de independência, mediante a abolição do sistema de *sportule*, introduzindo a figura do juiz pago pelo Estado com os valores das taxas judiciárias, além da introdução de um sistema de pré-constituição dos julgadores – juiz natural”⁴⁶.

A segunda metade do século XVIII na Europa é marcada pela força dos ideais iluministas e, com estes, tem início a tendência de unificação das fontes normativas e a adoção de grandes codificações, com a conseqüente simplificação e aperfeiçoamento da análise do direito⁴⁷. No entanto, em que pese a tendência de reestruturação do sistema processual, Nunes, a partir do escólio de Taruffo, esclarece que esta não ocorreu de forma global, mas a partir da “elaboração de algumas consolidações que não conseguiam se desmembrar das bases do processo comum – ou seja, de um processo escrito, formal,

⁴² NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático*, p. 62.

⁴³ NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático*, p. 74.

⁴⁴ NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático*, p. 62-63.

⁴⁵ NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático*, p. 64.

⁴⁶ NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático*, p. 64.

⁴⁷ Picardi explica que “A noção moderna de processo encontra a sua matriz em uma mutação de lógica, não se exaure, porém, nisso. A lógica do século XVII, como se sabe, era destinada a conjugar-se com o jusnaturalismo moderno e com o nascente Iluminismo. Determinou-se, assim, na Europa continental, um clima cultural e político em que solicitações diversas, mas convergentes, levaram a colocar os problemas do processo de forma radicalmente nova, tanto sob o plano metodológico como em nível institucional”. PICARDI, Nicola. *Jurisdição e processo*. Organizador e revisor técnico da tradução Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 50-51.

complicado e no qual os tempos e os modos eram atribuídos às vontades dos advogados das partes”⁴⁸.

O processo comum europeu, como nas ordenações do reino e no regulamento 737 do Direito luso brasileiro, se caracterizava, como já abordado, no monopólio do procedimento escrito, na proibição da imediatidade do magistrado com as partes e provas, utilização do sistema tarifário de provas, a ausência de direção formal do procedimento pelo juiz, que se desenvolvia de modo incontinuo e disforme, tendo as partes e seus advogados como senhores do procedimento. Todas essas características, em curiosa semelhança com os dias atuais, acabava por fazer com que os processos tramitassem por várias décadas, notadamente diante do fato de que “as partes e, primordialmente, seus advogados são os senhores incontrolados do procedimento (considerado *Sache der Parteien* – coisa das partes), com utilização de táticas protelatórias, recursos e manobras abusivas”⁴⁹.

A gradual mudança na conformação do processo ocorreu com a estruturação dos Estados modernos, precisamente no século XVII, momento no qual “os soberanos reivindicaram o monopólio da legislação processual” e “foram realizados os dois primeiros códigos de processo: o saxão, de 1622; e a *Ordonnance Civile* francesa de 1667 (*Code Louis*), que geraram um efeito ab-rogativo das praxes”⁵⁰. Com esteio no pensamento de Giuliani e Damaska, Nunes esclarece que a legislação prussiana ganhou uma nova teleologia, na medida em que privilegiava a posição do magistrado e buscava uma rápida decisão dos fatos incertos. Com efeito, era lícito ao juiz ignorar, quando a justiça assim requeresse, as alegações de fato das partes e, para adequar os processos aos novos valores do Estado, fechou-se as portas da justiça civil para a advocacia privada e criou-se uma classe de servidores públicos para desempenhar tal mister⁵¹.

⁴⁸ NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático*, p. 64.

⁴⁹ Nunes, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático*, p. 65.

⁵⁰ NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático*, p. 65. Picardi observa que “O *Code Louis* coloca-se como se viu, em uma fase de transição: entre o *ordo iudiciarius*, o processo medieval, e o *processus*, o processo continental moderno. Na historiografia contemporânea, todavia, é controvertido o significado e o papel desta obra legislativa. Sem dúvida, não se trata de simples “*ramas d’ordonnances*”, de uma mera compilação de fontes de diversas origens. A linguagem assume os tons da generalidade e da abstração, liberando-se, em geral, de preceitos de origem casuística; a matéria é estruturada organicamente, eliminando tendencialmente antinomias e repetições; o conteúdo é homogêneo, realizando, assim, uma especialização setorial da disciplina: o processo civil e o criminal”. PICARDI, Nicola. *Jurisdicção e processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 119-120.

⁵¹ NUNES, Dierle José Coelho, *Processo jurisdicional democrático*, p. 65. Nesse sentido, Picardi tece as seguintes considerações sobre o contraditório no processo comum: “O eixo do processo comum europeu era representado precisamente, pelo contraditório, considerado como metodologia de procura da verdade. Segundo a concepção medieval, citação e defesa constituíam momentos de informações contrárias: justificações e contestações. Não se podia pré-constituir a solução da controvérsia judicial; no nosso campo não é possível atingir uma verdade objetiva e absoluta. O contraditório resolvia-se no *ars apponendi et respondendi*, em uma

A transição do processo comum, de tradição italiana (séculos XII a XV) à reforma prussiana de 1781 (*Corpus Iuris Fridericianum*),

[...] representa a passagem de uma ordem isonômica (*ordine isonomico*) para uma ordem assimétrica (*ordine assimetrico*) com a redução do (atualmente chamado) princípio do contraditório de fundamento ético e jus natural do processo para uma ótica mecânica de contraposição de teses (dizer e contradizer)⁵².

Picardi tece as seguintes observações sobre esta importante passagem, destacando a relação direta entre aumento de poderes do magistrado e esvaziamento do contraditório⁵³:

Efetivamente, com o jusnaturalismo moderno já se evidencia uma linha de decadência do princípio do contraditório. Abandonada a metodologia dialética da investigação, o contraditório tendia então a se resolver em uma mecânica contraposição de teses e, em última análise, em uma prova de forças. Iniciava assim o processo de formalização e de transcrição do diálogo em termos de direitos e obrigações⁵⁴.

A reforma da organização judiciária e do processo no *Corpus Iuris Fridericianum* “está fundado sobre a imposição hierárquica do juiz sobre as partes (desprovidas de advogados), sobre a lógica burocrática que faz privilegiar as operações solitárias da mente do juiz e que legitimava uma determinada concepção publicística de processo”⁵⁵, modificando-se, até mesmo, o que se entendia por verdade e o modo como esta seria perquirida no processo. Picardi, analisando o contexto do direito probatório à época, esclarece que

À concepção clássica de verdade “provável” sucedia-se a confiança na existência de uma verdade objetiva, absoluta, preconstituída. Outro problema era, depois, o de identificar – com base em postulados epistemológicos, respectivamente, empirísticos ou racionalísticos – tal verdade com a verdade “material” ou com a “formal”. Seja como for, tinha-se que tais verdades poderiam ser alcançadas mesmo sem o contraditório. Correlativamente, nesta época, delineava-se a tendência de desvalorizar a prova testemunhal e privilegiar o documento, a prova preconstituída e a prova legal. O novo *ordo*, sob a direção do juiz, apresenta, de maneira definitiva, um caráter “assimétrico”, na medida em que fundamentalmente apoiado sob a autoridade, a hierarquia e a lógica burocrática. De resto, já Leibniz havia

regulação do diálogo que assegurava reciprocidade e igualdade às partes”. PICARDI, Nicola. *Jurisdição e processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 62.

⁵² NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático*, p. 65-66.

⁵³ No mesmo sentido, Theodoro Júnior e Nunes observam que “apesar da defesa que a visão do contraditório nos séculos XIII a XVI (dentro do período do processo comum) constituiria uma fonte histórica de algumas concepções paritárias de sua aplicação atual, não se pode negar o caráter de que este constituía um privilégio de uma casta social e não um direito de indivíduos e cidadãos, sendo que a interpretação de uma ordem isonômica hoje busca respaldo num pano de fundo paradigmático lastreado numa teoria de direitos fundamentais, algo impensável àquela época”. NUNES, Dierle; THEODORO JÚNIOR, Humberto. Uma dimensão que urge reconhecer ao contraditório no direito brasileiro: sua aplicação como garantia de influência, de não surpresa e de aproveitamento da atividade processual. *Revista de Processo*, v. 168, fev. 2009, p. 112.

⁵⁴ PICARDI, Nicola. *Jurisdição e processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 136.

⁵⁵ NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático*, p. 67.

redimensionado a função do advogado, sustentando que o juiz é, de ofício, o advogado geral das partes⁵⁶.

A redução do contraditório nesta época, que passou a ser entendido como mera bilateralidade da audiência, contribuiu, anos mais tarde, para o delineamento do processo como relação jurídica⁵⁷.

Apresentadas essas características gerais do processo em sua fase pré-liberal, torna-se necessário, para uma reconstrução historiográfica do tema proposto, a análise da concepção de Habermas no que diz respeito aos paradigmas, face a constatação de que a estruturação do sistema jurídico guarda estreita relação com a própria organização do Estado em determinado momento histórico, criando “um horizonte interpretativo no silêncio”⁵⁸. Com efeito, as diversas modificações empreendidas no modo de se compreender o instituto do *amicus curiae* acompanharam ou foram decorrentes, em maior ou menor medida, das ressonâncias destas compreensões paradigmáticas.

Habermas explica como funcionam os paradigmas jurídicos da seguinte maneira: “Na medida em que funcionam como uma espécie de pano de fundo não temático, os paradigmas jurídicos intervêm na consciência de todos os atores, dos cidadãos e dos clientes, do legislador, da justiça e da administração”⁵⁹.

Os paradigmas de maior êxito na história são o Estado Liberal, tendo como início de sua consolidação a Revolução Francesa, e o Estado Social, engendrado a partir do esgotamento do modelo anterior e das lutas sociais ocorridas no final do século XIX e início do século XX, sendo que este último delineou uma nova perspectiva para o fenômeno do Constitucionalismo, tendo como marco inicial a Constituição Mexicana de 1917 e a Constituição de Weimar de 1919.

Como se verá a seguir referidos modelos de Estado, em determinado momento, se tornaram insustentáveis em face das degenerações que eles próprios criaram. Com efeito, para

⁵⁶ PICARDI, Nicola. *Jurisdição e processo*, p. 136-137.

⁵⁷ NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático*, p. 67.

⁵⁸ NUNES, Dierle; TEIXEIRA, Ludmila. *Acesso à justiça democrático*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013, p. 11-12.

⁵⁹ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia – Entre a Faticidade e a Validade*. v. II. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 131. A importância do paradigma e a identificação dessa macroestrutura interpretativa em determinada época é explicada por Cattoni de Oliveira da seguinte forma: “Toda interpretação, assim como toda atividade humana, dá-se num contexto histórico, pressupõe paradigmas e, para usar uma expressão de Habermas, um pano de fundo de munda da vida compartilhado, que simplesmente não pode ser, em sua totalidade, colocado entre parênteses, através de uma atividade de distanciamento ou de abstração, porque o ser humano não pode abstrair-se de si mesmo, não pode fugir à sua condição de ser de linguagem. ‘Paradigmas’, ‘mundos da vida’ compartilhados são condições para a interpretação, são condições para a linguagem”. CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Tutela jurisdicional e Estado democrático de direito: por uma compreensão constitucionalmente adequada do mandado de injunção*. Belo Horizonte: Mandamentos, 1998, p. 132.

uma compreensão adequada do Direito Processual na atualidade, “faz-se mister o delineamento dessas ressonâncias paradigmáticas no dimensionamento técnico processual”⁶⁰, notadamente em face da constatação de que, na atualidade, os estudiosos do Direito ainda se deparam com diversos problemas que tiveram início, ou mesmo se radicalizaram, nestes dois modelos de Estado.

Além da influência dos sistemas pré-liberais, conforme já abordado, a estruturação das bases do liberalismo processual tem início na França, no ano de 1790, ano em que

[...] a Assembleia Constituinte vota, juntamente com o abandono dos privilégios, a abolição das jurisdições particulares e a gratuidade da justiça, estabelecendo uma ruptura formal com o Antigo Regime. A partir daí, estrutura-se uma série de reformas, decorrentes da já existente desconfiança iluminística em relação às profissões legais e ao mundo dos juristas, aliadas a uma hostilidade em face das complicadas formalidades dos procedimentos⁶¹.

Dentre as reformas empreendidas no campo processual, destacam-se a lei de organização judiciária, que introduziu a eleição de magistrados com mandato temporário e remunerados pelo Estado, bem como a formação do *bureaux de paix et de conciliation*, colocado na base do sistema judiciário francês e aos quais todos os litigantes deveriam, obrigatoriamente, dirigir-se, no intento de buscar a conciliação antes de se valerem das vias judiciais⁶².

Nos anos seguintes houve a edição de três legislações napoleônicas, quais sejam, o Código Civil de 1804, seguido do Código de Processo Civil de 1806 e, por fim, a Lei de Organização Judiciária de 1810. Referidas legislações, contudo, em que pesem terem herdado da revolução uma tentativa de implementação de uma nova conformação do ordenamento judiciário, não ousaram uma completa ruptura em relação ao sistema judiciário do *Ancien Régime*⁶³.

⁶⁰ NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático*, p. 70.

⁶¹ NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático*, p. 71.

⁶² Com efeito, competia ao juiz de paz o conhecimento das ações de menor valor econômico e, aos tribunais de distrito, as demais causas, sendo permitida também, a partir da Lei 2-11, de setembro de 1790 (que suprimiu a Ordem dos Advogados), a autodefesa em juízo pelos próprios litigantes. Por fim, a reforma em comento afastou a proposta anteriormente discutida no legislativo, de estruturação de um corpo de advogados pela função consultiva e preventiva para o direito dos pobres, e as normas de processo foram abolidas, deformalizando o sistema e se circunscrevendo a algumas normas essenciais. NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático*, p. 71-72.

⁶³ No que diz respeito à legislação processual, Nunes, a partir das investigações de Denti e Taruffo, tece as seguintes considerações: “O Código de Processo Civil de 1806, neste contexto, não espelha propriamente uma concepção científica, sendo fruto do trabalho de práticos, que trazia uma regulamentação formal dos atos do processo. No entanto, representa uma evolução técnica, na medida em que é embasado parcialmente nos princípios da oralidade e da obrigatoriedade de motivação das decisões, no livre convencimento do juiz e na paridade formal das armas entre as partes, que pressupunha, equivocadamente, uma sociedade de iguais nas

O momento em questão constitui, na evolução histórica do Direito Processual, o momento denominado de “procedimentalismo”, fase que antecedeu a estruturação do chamado “processualismo científico”. Nesta fase ocorre a consolidação do instituto do procedimento como forma de racionalização dos poderes públicos, e a sua autonomia como “fruto da evolução histórica da administração da justiça que viria a ser concebida em breve, é colocada como fundamento da **concepção publicística de processo**, ‘na qual emerge a centralidade no processo dos poderes do juiz como órgão do Estado’”⁶⁴.

No que diz respeito ao Estado Liberal, Habermas explica a concepção de Estado nessa quadra histórica da seguinte forma:

Segundo este modelo, uma sociedade econômica, institucionalizada através do direito privado (principalmente através dos direitos de propriedade e da liberdade de contratos), deveria ser desacoplada do Estado enquanto esfera de realização do bem comum e entregue à ação espontânea de mecanismos de mercado. Essa sociedade de direito privado era trabalhada conforme a autonomia dos sujeitos de direito, os quais, enquanto participantes do mercado, tentam encontrar sua felicidade através da busca possivelmente racional de interesses próprios⁶⁵.

No Estado Liberal, caberia ao Estado, por meio do Direito, garantir a previsibilidade e certeza nas relações sociais, mediante a compatibilização dos interesses privados de cada um com o interesse maior da coletividade, cabendo a cada indivíduo a busca pela própria felicidade⁶⁶:

O Direito, sob o paradigma liberal, seria um “sistema fechado de regras”, que teria por função de estabilizar expectativas de comportamento, determinando os limites e, ao mesmo tempo, garantindo a esfera privada de cada indivíduo. Com o uso de leis gerais e abstratas, busca-se garantir, ainda que apenas formalmente, a liberdade, a igualdade e a propriedade, de modo que todos os sujeitos receberiam os mesmos direitos subjetivos. É por isso que os direitos e garantias fundamentais passam a ser entendidos como verdadeiras garantias negativas da não intervenção do Estado na sociedade⁶⁷.

No mesmo sentido, Carvalho Netto explica que

Sob este primeiro paradigma constitucional (...), a questão da atividade hermenêutica do juiz só poderia ser vista como uma atividade mecânica, resultado

posições econômicas e sociais, partindo-se da auto-suficiência do cidadão liberal”. NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático*, p. 72.

⁶⁴ NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático*, p. 72-73.

⁶⁵ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia – Entre a Faticidade e a Validade*. v. II. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, p. 102.

⁶⁶ CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Tutela jurisdicional e estado democrático de direito: por uma compreensão constitucionalmente adequada do mandado de injunção*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998, p. 38.

⁶⁷ QUADROS DE MAGALHÃES, José Luiz. *Direito Constitucional*. 2. ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002. t. 1, p. 63.

de uma leitura direta dos textos que deveriam ser claros e distintos, e a interpretação algo a ser evitado até mesmo pela consulta ao legislador na hipótese de dúvidas do juiz diante de textos obscuros e intrincados. Ao juiz é reservado o papel de mera *bouche de la loi*⁶⁸.

Com base nessas características, as legislações e sistemas processuais, em maior ou menor medida, foram delineados a partir de princípios técnicos. O liberalismo processual, caracterizado por uma concepção formal de igualdade⁶⁹, a qual pressupunha a inexistência de disparidades entre os indivíduos, a escritura, bem como o princípio dispositivo, características da fase pré-liberal, buscava a imparcialidade e o comportamento passivo por parte do magistrado.

O processo, conforme já mencionado, era dimensionado em uma perspectiva privatística, um instrumento privado para resolução de conflitos em benefício das partes, vez que a autonomia privada era encarada como uma autossuficiência em relação ao Estado. Com efeito, o princípio do contraditório se reduzia a um dizer e contradizer⁷⁰. Com base no princípio dispositivo e na mencionada igualdade formal,

[...] o liberalismo processual idealizou uma concepção de protagonismo processual das partes, uma vez que, desde a abertura (proposição) do procedimento, até mesmo o impulso processual era confiado a elas, de modo que a tramitação do processo, os prazos e o término das fases processuais dependiam do alvedrio dessas⁷¹.

Contudo, o liberalismo processual acabou por criar um sistema degenerado, que facilitava a esperteza da parte mais hábil e que motivou grandes processualistas à construção da visão do processo como um jogo ou uma guerra, como fora o caso de Goldschmidt, ao analisar o sistema alemão da década de 1920⁷².

O impulso do capitalismo e o incentivo à livre concorrência, decorrentes da liberdade econômica característica deste modelo de Estado, acabou por potencializar o abuso sobre os economicamente débeis. A percepção da insuficiência do processo liberal acompanha

⁶⁸ CARVALHO NETTO, Menelick de. Requisitos Pragmáticos da Interpretação Jurídica sob o Paradigma do Estado Democrático de Direito. *Revista de Direito Comparado*, Belo Horizonte, vol. 3, 2000, p. 479.

⁶⁹ Cappelletti assevera que “nos estados liberais “burgueses” dos séculos dezoito e dezenove, os procedimentos adotados para solução dos litígios civis refletiam a filosofia essencialmente individualista dos direitos, então vigente. Direito ao acesso à proteção judicial significava essencialmente o direito formal do indivíduo agravado de propor ou contestar uma ação”. CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Trad. de Helen Gracie Northflett. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1988, p. 09.

⁷⁰ NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático*, p. 74.

⁷¹ NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático*, p. 77.

⁷² GOLDSCHMIDT, James. *Princípios gerais do processo civil*. Belo Horizonte: Líder, 2002, p. 49. NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático*, p. 77.

diretamente igual preocupação, concernente ao esgotamento do modelo de Estado Liberal⁷³, em face dos problemas que lhe eram característicos e como estes se tornaram insustentáveis⁷⁴.

De acordo com Cordeiro Leal:

O paradigma constitucional do Estado Liberal, no entanto, por dirigir a interpretação à construção do Direito em um sentido sempre privatístico, acabaria por falhar em apresentar respostas que pudessem superar uma realidade social que denunciava o avanço de um capitalismo miserabilizante. [...] Por isso, a insuficiência do paradigma do Estado Liberal deu lugar ao surgimento do Estado Social, o Welfare State [...]⁷⁵.

Da mesma forma, devido à insuficiência do modelo processual liberal, percebida já no final do séc. XIX, buscou-se formular um novo modelo que, “problematizando os efeitos deletérios do liberalismo, tentava uma melhoria da técnica processual mediante novos pressupostos”⁷⁶.

A partir de novos pressupostos, idealizados, sobretudo por estudiosos austríacos como Menger, Klein, e Bülow, intentou-se um gradativo enfraquecimento do controle das partes sobre o processo e, em contrapartida, um crescente reforço do papel dos magistrados, engendrando assim um novo modelo processual (socialização processual)⁷⁷.

⁷³ Como explicado por Pinto: “Surgem, portanto, a partir da segunda metade do século XIX, manifestações de conflito e revolta por parte dos setores atingidos pela crescente desigualdade material na distribuição de poder e riqueza. Esse processo é acelerado pela Revolução Industrial inglesa, que altera substancialmente o sistema econômico e explicita determinadas dificuldades de acesso – de enorme parcela da população – a bens de consumo e participação política. São bastante conhecidos os fatores de passagem que marcam a ruptura do paradigma liberal: a eclosão de movimentos revolucionários na Europa (a partir, principalmente, de 1848), o surgimento e crescimento de doutrinas de feição socialista ou anarquista (que tinham como ponto comum a forte rejeição ao Estado Liberal então vigente) e a organização de setores da sociedade em novos grupos de pressão (sujeitos coletivos de direito, como associações ou sindicatos profissionais). É desse período que datam as primeiras manifestações, já no campo da teoria da constituição, acerca do estrito formalismo em que vinha incorrendo o Estado Liberal. Recorde-se, quanto a esse ponto, o discurso de Lassalle em Berlim (1863), em que qualifica as constituições liberais como meras ‘folhas de papel’”. PINTO, Cristiano Paixão Araújo. *Arqueologia de uma distinção – o público e o privado na experiência histórica do direito*. In: PEREIRA, Cláudia Fernanda Oliveira (Org.). *O novo direito administrativo brasileiro*. v. 1. Belo Horizonte: Fórum, 2003, p. 10.

⁷⁴ Fernandes observa que, após a Primeira Guerra Mundial, tem início um novo modelo de Estado, justificado pela exploração sem precedentes do homem pelo próprio homem, como jornadas de trabalho extenuantes, seja de homens, mulheres, idosos e crianças, remunerações aviltantes e condição de miserabilidade para milhões de pessoas, além de uma severa repressão de protestos e um numeroso exército de mão de obra reserva nas periferias dos centros urbanos em condições precárias. FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 6 ed. Salvador: JusPodivm, 2014, p. 67.

⁷⁵ LEAL, André Cordeiro. *O contraditório e a fundamentação das decisões no direito processual democrático*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, p. 27.

⁷⁶ NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático*, p. 77.

⁷⁷ Picardi observa que, “com a passagem do Estado Liberal clássico ao Estado social de Direito, as tarefas do magistrado e dos aparelhos administrativos se multiplicaram. Mas a ampliação desses aparelhos determinou, para além e contra as intenções, um incremento dos poderes do juiz”. PICARDI, Nicola. *Jurisdição e processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 5. NUNES, Dierle José Coelho. *Processo constitucional democrático*, p. 77.

Se a socialização processual superou em certa medida as falhas e insuficiências do modelo anterior, verifica-se que seus avanços conduziram a novos equívocos e inconsistências, que ainda hoje desafiam a processualística atual.

2.1.2 A socialização processual e a repercussão nos sistemas processuais

A partir do final do século XIX e início do Séc. XX assistimos à passagem do Estado Liberal, ou “Estado de Direito”⁷⁸, a um Estado Social de Direito⁷⁹, também chamado de “Estado de Bem-Estar Social”. De acordo com Fernandes,

Com a “crise” da sociedade liberal e a cabal demonstração de seu desgaste com suas promessas irrealizadas, tem-se o surgimento (advindo das revoluções industriais burguesas) de um capitalismo cada vez mais monopolista e o aumento, sempre recorrente, das demandas sociais e políticas, levando os juristas (sobretudo após a primeira guerra mundial) a afirmar a necessidade de repensar o direito e o Estado, nascendo o “Constitucionalismo Social”⁸⁰.

No mesmo sentido, Carvalho Netto tece as seguintes considerações:

A liberdade e igualdade abstratas, bem como a propriedade privada terminaram por fundamentar as práticas sociais do período de maior exploração do homem pelo homem de que se tem notícia na história, possibilitando um acúmulo de capital jamais visto, as revoluções industriais e uma disseminação da miséria também sem precedentes. Ideias socialistas, comunistas e anarquistas começam a colocar agora em xeque a ordem liberal e a uma só tempo animam os movimentos coletivos de massa cada vez mais significativos e neles se reforçam com a luta pelo direito de voto, pelos direitos coletivos e sociais, como o de greve e de livre organização sindical e partidária, como a pretensão a um salário mínimo, a uma jornada máxima de trabalho, à seguridade e previdência sociais, ao acesso à saúde, à educação e ao lazer. Mudanças profundas também de toda ordem conformam a nova sociedade de

⁷⁸ Brêtas explica que Kelsen, ao sustentar a inseparabilidade do Estado e do direito, “considerou pleonástica a expressão Estado de Direito, ao partir do entendimento de que o Estado moderno não se distingue da ordem jurídica que o organiza, porque impensável conceber-se um Estado não submetido ao direito. Sustentava o autor que Estado e ordem jurídica seriam expressões sinônimas. Por isso, concluiu: se o Estado é reconhecido como uma ordem jurídica, se todo Estado é um Estado de Direito, esta expressão representa um pleonismo”. BRÊTAS, Ronaldo C. Dias. *Responsabilidade do Estado pela função jurisdicional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 98.

⁷⁹ Nunes *et al.* explicam que “com o advento das legislações sociais e o crescimento das insatisfação dos cidadãos com o desenvolvimento da sociedade industrial do século XIX, surge uma linha doutrinária que, em face da percepção da luta de classes, acredita no direito como instrumento de transformação social. NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco; CÂMARA, Bernardo Ribeiro; SOARES, Carlos Henrique. *Curso de direito processual civil: fundamentação e aplicação*. 1. ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011. , p. 47.

⁸⁰ FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 6. ed. Salvador: JusPodivm, 2014, p. 67-68.

massas que surge após a Primeira Guerra Mundial e, com ela o novo paradigma constitucional do Estado Social⁸¹.

O Estado Social, que se consolida no primeiro quarto do século XX⁸², intervém na economia e no mercado, visando garantir o capitalismo através de uma proposta de bem-estar que implica em uma manutenção artificial da livre concorrência e da livre iniciativa, assim como a compensação das desigualdades sociais, através da prestação estatal de serviços e da concessão de direitos sociais⁸³.

O socialismo jurídico e processual, tendo Anton Menger como um dos principais expoentes desta vertente teórica, critica a “lógica liberal de liberdade de jogo das forças políticas e econômicas e defende uma maior intervenção legislativa, com a reestruturação de alguns institutos jurídicos processuais”⁸⁴.

Em obra publicada em 1890, Menger critica a passividade judicial que, duramente sob a ótica da igualdade formal, supostamente privilegiaria os ricos na luta de classes, motivo pelo qual, tomando por base algumas modificações empreendidas pela *Prozess-Ordnung* da Prússia (1791), “propõe alterações profundas no sistema de administração da justiça civil mediante um reforço do papel judicial”, ao qual caberia auxiliar a todo cidadão, instruindo-o de seus direitos, bem como representar os pobres, em franco contraste com o princípio dispositivo e a imparcialidade, caraterizadores do liberalismo processual⁸⁵.

A ainda incipiente função assistencial do juiz a favor da parte débil⁸⁶, assumindo um papel compensador dos déficits de igualdade material entre as partes, foi o ponto de partida para a ruptura com a concepção liberal de processo⁸⁷.

⁸¹ CARVALHO NETTO, Menelick de. A hermenêutica constitucional sob o paradigma do Estado Democrático de Direito. In: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade (Coord.). *Jurisdição e hermenêutica constitucional no Estado Democrático de Direito*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, p. 34.

⁸² As consequências políticas e econômicas da 1ª Guerra Mundial cuidam de sepultar o Estado Liberal e fazer surgir uma nova fase no constitucionalismo, a do Estado Social, que implicou uma releitura do que até então se entendia por liberdade, igualdade e propriedade (uma leitura que reclamava a materialização destes), e nascer o que tradicionalmente se denominam ‘direitos’ sociais. Por isso, as Constituições desse período são documentos extensos, ‘programáticos’. BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. *Recursos extraordinários no STF e no STJ: conflito entre interesse público e privado*. Curitiba: Juruá, 2009, p. 252.

⁸³ CARVALHO, Carlos Eduardo Araújo de. O futuro da natureza do Estado Democrático de Direito. Uma reconstrução paradigmática a partir dos modelos de Estado Constitucional. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 14, n. 2146, 17 maio 2009. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/12906>>. Acesso em: 10 jun. 2014.

⁸⁴ NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático*, p. 80.

⁸⁵ NUNES, Dierle José Coelho, idem, NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco; CÂMARA, Bernardo Ribeiro; SOARES, Carlos Henrique. *Curso de direito processual civil: fundamentação e aplicação*. 1. ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011, p. 47.

⁸⁶ Gonçalves tece as seguintes considerações sobre o período e os avanços decorrentes de sua superação: “O mais alto grau de racionalidade atingido pelos ordenamentos jurídicos contemporâneos, que se seguiu à conquista das garantias constitucionais, importa na superação do critério de aplicação da justiça do tipo salomônico, inspirada apenas na sabedoria, no equilíbrio e nas qualidades individuais do julgador, ou na sensibilidade extremada do juiz, simbolizada pelo ‘fenômeno Magnaud’ (expressão de Gény, quando, na segunda edição do *Méthode d’Interprétation et Sources em Droit Prive Positif*, analisou os possíveis efeitos dos

Tais características do socialismo processual ganham relevo decisivo a partir da obra do Jurista Franz Klein, autor da Ordenança Processual Civil do império austro-húngaro, de 1895⁸⁸. Nomeado secretário ministerial do Ministério da Justiça no ano de 1891, Klein dedicou-se “à criação de uma legislação processual com novos perfis, com um embasamento doutrinário na obra de Menger”⁸⁹.

O processo foi estruturado sob um modelo técnico de procedimento oral em que se atribui um reforço dos poderes do juiz, que deverá participar mais intensamente na direção do processo e influir mais ativamente no accertamento dos fatos. Com efeito, verifica-se que Klein vislumbrava um significativo escopo social, político e econômico do processo, o qual deveria solucionar o litígio de maneira rápida e com a atuação efetiva do Estado em todas as fases processuais⁹⁰.

Esta concepção do papel do processo e do magistrado restringia a liberdade das partes mediante a atribuição ao magistrado do múnus de senhor do juízo, delineando “um processo claramente antiliberal e autoritário”⁹¹.

As modificações empreendidas pela ordenação processual austríaca e seus “alardeados resultados práticos verificados na legislação serviram de base, em maior ou menor grau, para a reforma dos sistemas processuais em todo o século XX”⁹² representaram

[...] uma nítida ruptura com os modelos liberais, partindo-se de uma suposta função assistencial que o juiz desempenharia, e instituindo-se, paulatinamente, no âmbito

métodos empregados pelo Juiz Magnaud, que presidiu, de 1889 a 1904, o tribunal de primeira instância de *Château-Thierry*, cujas decisões se celebrizaram e o celebrizaram como *lê bom juge Magnaud*). Esse critério é substituído por uma técnica de aplicação do direito que se vincula a elementos não-subjetivos, a uma estrutura normativa que possibilita aos membros da sociedade, que vão a Juízo, contarem com a mesma segurança, no processo, quer estejam perante um juiz dotado de inteligência, cultura e sensibilidade invulgares, quer estejam diante de um juiz que não tenha sido agraciado com os mesmos predicados”. GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica Processual e Teoria do Processo*. Belo Horizonte: Aide, 1992, p. 45-46.

⁸⁷ Theodoro Júnior e Nunes observam que “No fim do século XIX, percebe-se, assim, o exaurimento da função axiológica do contraditório e mesmo de qualquer referência com o direito natural, ou seja, sua função ético-ideológica. Foi o princípio, desse modo, remetido a um papel secundário que o fez perder qualquer liame com a essência do fenômeno processual. Tal fato, de certo modo, coincide com a transição de um ideário liberal de processo (liberalismo processual) no qual este era dominado pelas partes (*Sache der Parteien*) para um processo social, em que o protagonista é o juiz, que exerce amplos poderes ativos na estrutura processual”. NUNES, Dierle; THEODORO JÚNIOR, Humberto. Uma dimensão que urge reconhecer ao contraditório no direito brasileiro: sua aplicação como garantia de influência, de não surpresa e de aproveitamento da atividade processual. *Revista de Processo* v. 168, São Paulo: Revista dos Tribunais, fev. 2009, p. 112.

⁸⁸ NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático*, p. 81.

⁸⁹ NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático*, p. 82.

⁹⁰ “Delineiam-se as bases para uma avaliação sócio-político-econômica do conflito como chaga social que deveria ser extirpada por uma jurisdição salvadora, à qual caberia, no âmbito de um pensamento econômico e quantitativo, ofertar um processo rápido”. NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático*, p. 86.

⁹¹ NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático*, p. 81.

⁹² NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático*, p. 87.

processual moderno, a partir do modelo legislativo de Klein, a implementação do **discurso do protagonismo judicial**⁹³. (grifos do autor)

Em 1868, Oskar Bülow inicia o processualismo científico com obra pioneira, dedicada ao estudo das exceções e pressupostos processuais. A concepção do processo como relação jurídica processual formada entre o autor, juiz e réu, de marcante carga privatista, teve como grande mérito alcançar a autonomia do Direito Processual em relação ao direito material⁹⁴. Estruturada a partir do suposto vínculo de sujeição entre as partes e destas perante o magistrado⁹⁵, dominou o pensamento europeu, encontrando franca recepção na Itália, a exemplo de Chiovenda, Calamandrei e Carnelutti. Anos depois, Liebman, residindo no Brasil à época da segunda guerra mundial, lecionou na Faculdade de Direito do Largo São Francisco, influenciando juristas do porte de José Frederico Marques, Alfredo Buzaid e Cândido Dinamarco, representantes da Escola Paulista do Processo.

A legislação de Klein mostrou ressonâncias em algumas reformas legislativas, a exemplo das realizadas na ZPO alemã de 1877 e as alterações ocorridas entre os anos de 1909 a 1933, como o reforço dos poderes judiciais de direção formal e material do processo, a retirada do domínio das partes sobre os prazos, bem como a atribuição ao magistrado de um papel mais ativo, além da busca de uma justiça célere, que fosse mais consentânea com as exigências do povo e à segurança jurídica⁹⁶.

Com efeito, no Estado Nacional socialista (1931), a fidelidade da magistratura aos propósitos de Hitler e a crença de que o magistrado seria um protetor dos valores da sociedade alemã⁹⁷, representados pelo Führer, acabou por fortalecer o regime vigente e as reiteradas e gravíssimas violações dos direitos humanos⁹⁸.

⁹³ Ramos tece as seguintes considerações sobre o protagonismo ou ativismo judicial: “ao se fazer menção ao ativismo judicial, o que se está a refletir é a ultrapassagem das linhas demarcatórias da função jurisdicional, em detrimento principalmente da função legislativa, mas, também, da função administrativa e, até mesmo, da função de governo. Não se trata do exercício desabrido da legiferação (ou de outra função não jurisdicional), que, aliás, em circunstâncias bem delimitadas, pode vir a ser deferido pela própria Constituição aos órgãos superiores do aparelho judiciário, e sim da descaracterização da função típica do Poder Judiciário, como incursão insidiosa sobre o núcleo essencial das funções constitucionalmente atribuídas a outros Poderes”. RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Editora Saraiva, 2010, p. 116-117.

⁹⁴ Leal esclarece que “Bülow trabalhou pressupostos de existência e desenvolvimento do processo pela relação juiz, autor e réu em que, para validade e legítima constituição do processo, seriam necessários requisitos que o juiz, autor e réu, deveriam cumprir conforme disposto em lei processual, enquanto que o direito disputado e alegado pelas partes se situava em plano posterior à formação do processo, distinguindo-se pela regulação em norma de direito material, criadora do bem da vida que define a matéria de mérito”. LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo: primeiros estudos*. 9ª ed. rev. aum. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 78.

⁹⁵ CINTRA, Antônio Carlos de; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria geral do processo*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 300.

⁹⁶ NUNES, Dierle José Coelho, *Processo jurisdicional democrático*, p. 88-89.

⁹⁷ Como observa Cordeiro Leal: “Bülow propõe que a relação jurídica processual se prestaria exatamente a que as mentes brilhantes e sensíveis dos magistrados pudessem criar, casuisticamente, um direito adaptado aos anseios da nação alemã – o que, por óbvio, nos remete ao entretencimento da missão do juiz com uma certa

Com o término da Segunda Guerra Mundial (1939-1945), o modelo de Estado Social começa a sofrer uma série de questionamentos, notadamente em face dos abusos ocorridos nos campos de concentração, sendo que, no início da década de 1970, a crise do paradigma ora em análise mostra-se em toda a sua amplitude e gravidade⁹⁹.

As ressonâncias da reforma processual austríaca em outras legislações ocorreram, sobretudo, após a Segunda Grande Guerra, tendo como ponto central a concepção publicística de processo, como meio de atuação da vontade do Estado. Na Itália, o Código de 1940 reforçou os poderes da magistratura e lhe reconheceu a incumbência de defesa da parte menos preparada¹⁰⁰.

Essas tendências de socialização colocavam o processo como meio de legitimação das pré-compreensões do magistrado. De acordo com Nunes:

Implementava-se no discurso processual a quebra completa do ideal de monopólio das partes e dos advogados no processo civil e do liberalismo processual, ao partir do pressuposto publicístico (ou pseudo-publicístico), pois fruto do subjetivismo particularista dos juízes em várias hipóteses) do ativismo e protagonismo judicial, discurso esse reforçado pela consolidação do Estado Social nos países europeus, pelo aumento da importância do Poder Judiciário, especialmente com a criação de Tribunais Constitucionais¹⁰¹.

As propostas legislativas de reforma do Código de 1920, formuladas por Chiovenda, baseadas na oralidade, concentração dos atos processuais, dentre outras características, influenciaram “os estudiosos dos países latinos começarem a defender o modelo de Klein para a implementação de reformas legislativas nos respectivos países, de modo que até hoje se alardeiam essas tendências reformistas com tons de novidade”¹⁰².

No Brasil, a exposição de motivos do CPC de 1939 menciona o entendimento de Calamandrei sobre o caráter publicístico do processo e a necessidade de prevalência do

realidade social”. CORDEIRO LEAL, André. *Processo e jurisdição no Estado democrático de direito: reconstrução da jurisdição a partir do direito processual democrático*. 2006. Tese (Doutorado) – Faculdade Mineira de Direito – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2006, p. 50.

⁹⁸ “A proximidade da defesa desses autores, do período nazista, de um juiz portador de uma concepção privilegiada de valores uniformes compartilhados, de algumas defesas, ditas contemporâneas, de um juiz engenheiro social, que atua como canal dos valores da sociedade, é no mínimo preocupante, quando se recorda o que a magistratura nazista realizou nesse período (autorizações de esterilizações em massa dos judeus, chancela das medidas de pseudo-eugenia etc.), e conduz à reflexão sobre se tal concepção pode ser nomeada como verdadeiramente democrática”. NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático*, p. 92-93.

⁹⁹ CARVALHO NETTO, Menelick de. A hermenêutica constitucional sob o paradigma do Estado Democrático de Direito. In: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade (Coord.). *Jurisdição e hermenêutica constitucional no Estado Democrático de Direito*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, p. 36.

¹⁰⁰ NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático*, p. 95.

¹⁰¹ NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático*, p. 105.

¹⁰² NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático*, p. 96.

interesse social sobre o particular¹⁰³. Anos depois, o Código de Processo Civil de 1973 (Código Buzaid) abarcou em seu texto os ensinamentos de Liebman, um dos grandes representantes do processualismo italiano, de forte inspiração germânica, sendo que até hoje a concepção da relação jurídica processual encontra grande aceitação no Brasil. Adaptando referida concepção teórica, Dinamarco, anos mais tarde, defende em sua tese de doutoramento, no final da década de 1980, a finalidade instrumental do processo, por meio da suposta existência dos escopos meta jurídicos¹⁰⁴.

A socialização processual se potencializou após o segundo pós-guerra, mediante a simplificação procedimental para possibilitar a acessibilidade aos desfavorecidos, inclusive sem a presença de advogado, além da já mencionada criação de Tribunais Constitucionais e a novel leitura principiológica da constituição por estes órgãos de cúpula¹⁰⁵.

O ápice da socialização ocorre a partir da década de 1970, época na qual aumentavam os questionamentos doutrinários sobre a capacidade de advogados, juízes, bem como dos procedimentos de se adaptarem aos direitos sociais e difusos. Nesta época, a realização de um ambicioso projeto de pesquisa, intitulado “Projeto Florença de Acesso à Justiça”, no qual participaram vinte e três países de todos os continentes representados por grandes juristas, prepararam um relatório sobre os principais problemas e possíveis alternativas para os sistemas jurídicos analisados¹⁰⁶.

Referido projeto possibilitou um rico compartilhamento de experiências envolvendo os países participantes, servindo de base para as reformas processuais a partir de então. Objetivando uma maior relação entre processo civil e os objetivos do Estado Social, o movimento reformista idealizava, além da defesa dos procedimentos orais, como propugnado por Klein, o aumento da ingerência do magistrado no processo, além de ondas ou fases de reforma, como a assessoria jurídica gratuita, a tutela efetiva dos interesses difusos e coletivos, para proteção do meio ambiente e dos consumidores e, por fim, a simplificação procedimental e a utilização de formas alternativas ou informais de resolução de conflitos¹⁰⁷.

¹⁰³ NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático*, p. 97.

¹⁰⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. São Paulo: Malheiros, 2001.

¹⁰⁵ NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático*, p. 108.

¹⁰⁶ NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático*, p. 115.

¹⁰⁷ NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático*, p. 115-116. De acordo com Cappelletti e Garth: “Uma vez que nem todos os titulares de um direito difuso podem comparecer a juízo – por exemplo, todos os interessados na manutenção da qualidade do ar, numa determinada região – é preciso que haja um ‘representante adequado’ para agir em benefício da coletividade, mesmo que os membros dela não sejam ‘citados’ individualmente. Da mesma forma, para ser efetiva, a decisão deve obrigar a todos os membros do grupo, ainda que nem todos tenham tido a oportunidade de ser ouvidos. Dessa maneira, outra noção tradicional, a de coisa julgada, precisa ser modificada, de modo a permitir a proteção judicial efetiva dos interesses difusos. A criação norte-americana da *class action*, abordada a seguir, permite que em certas circunstâncias, uma ação vincule os membros ausentes de determinada classe, a despeito do fato de eles não terem tido qualquer

Uma importante parte do Projeto foi o relatório alemão, de autoria de Rolf Bender e Christoph Strecker, que apresentava o denominado “Modelo de *Stuttgart*”, o qual orientou a reforma processual em 1976. A base teórica do modelo em questão foi idealizada por Fritz Baur, em conferência realizada em 1965, na qual este informava que as reformas dos anos anteriores (1924 e 1933), em que pese a adoção da oralidade e do ativismo judicial, não lograram resolver os problemas da morosidade processual, mesmo com o considerável desenvolvimento da ciência processual alemã, “esta ainda não havia reconhecido sua tarefa de gerar impactos jurídico-políticos”¹⁰⁸.

Assim, em que pese a atribuição de consideráveis poderes ao magistrado, Baur tece algumas considerações sobre a relevância da comparticipação processual, na medida em que reconhece que o desenrolar do processo não dependeria tão somente do magistrado, mas de todos os envolvidos no processo. Com efeito, Baur identificou que os problemas que impediam uma adequada implementação da oralidade decorriam do modo como o processo era até então realizado, com a possibilidade da apresentação de diversas petições e o fracionamento das alegações de fato e direito em etapas e a existência de diversas audiências¹⁰⁹.

Na busca pela solução dos problemas mencionados e objetivando um trâmite processual mais célere, Baur propõe um procedimento cognitivo estruturado tecnicamente pela preclusão, realizado em duas fases, na qual haveria uma etapa inicial de preparação para o debate, de modo a se evitar que as partes não tivessem noção do que o magistrado reputava relevante para o caso a ser discutido, e uma audiência para coleta e produção de provas, na qual os pontos controvertidos entre as partes seriam esclarecidos¹¹⁰.

As propostas de Baur tiveram sua implementação iniciada em 1967 e, no ano de 1975, o “Modelo de *Stuttgart*” havia sido adotado por inúmeros tribunais alemães. O sucesso do modelo em análise culminou com uma promulgação, no ano de 1976, da “Lei para simplificação e aceleração dos procedimentos judiciais”, que alterou a ZPO de modo a adequá-la ao novo modelo.

O que releva destacar é que a implementação das diretrizes do modelo em questão, como a troca de articulados de forma anterior à audiência preparatória, de modo a ofertar

informação prévia sobre o processo. Isso demonstra as dimensões surpreendentes dessa mudança no processo civil. A visão individualista do devido processo judicial está cedendo lugar rapidamente, ou melhor, está se fundindo com uma concepção social, coletiva. Apenas tal transformação pode assegurar a realização dos ‘direitos públicos’ relativos a interesses difusos”. CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Trad. de Helen Gracie Northflett. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1988, p. 50-51.

¹⁰⁸ NUNES, Dierle José Coelho, *Processo jurisdicional democrático*, p. 116.

¹⁰⁹ NUNES, Dierle José Coelho, *Processo jurisdicional democrático*, p. 118.

¹¹⁰ NUNES, Dierle José Coelho, *Processo jurisdicional democrático*, p. 118-120.

subsídios consistentes para a audiência oral, bem como a explanação do magistrado sobre os pontos controvertidos, possibilitou um efetivo diálogo dos sujeitos processuais sobre os fatos e o direito. Essa nova conformação do iter processual possibilitou, inclusive, uma visão cooperativa de processo, vez que, no referido modelo, as decisões de surpresa eram vedadas, o que representa um grande avanço quanto ao modelo anterior à reforma em questão¹¹¹. Pela importância dos dados coletados com o “Projeto Florença de Acesso à Justiça”, publicados em 1978, seus aportes influenciaram outras reformas processuais pelo mundo^{112 113}.

¹¹¹ NUNES, Dierle José Coelho, *Processo jurisdicional democrático*, p. 123. Analisando o papel do contraditório e o necessário manejo dos expedientes recursais, nos casos em que tal princípio não é observado e a prolação de decisões surpresa ocorre de forma reiterada, Nunes observa que “Ao analisar o conteúdo (...) da Ordenança Processo alemã reformada, vislumbra-se que o direito de participação das partes não constitui ‘um acréscimo inútil ou supérfluo’, de modo que o aumento dos poderes dos juizes não significou redução das garantias de defesa das partes, tanto que os pontos delineados por estas devem ser levados em conta na fundamentação das decisões, e ao juiz não é dada a possibilidade de decidir de ofício sem o anterior e prévio conhecimento das partes. Assim, têm-se a adoção do princípio autoritário e a atribuição de garantia de participação efetiva e decisiva das partes no espaço procedimental, com a implementação de um processo discursivo de formação de provimentos”. NUNES, DIERLE José Coelho. *Direito constitucional ao recurso: da teoria geral dos recursos, das reformas processuais e da participação nas decisões*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 40-41.

¹¹² Em Portugal, o então vigente código de 1939 passou por duas reformas globais, sendo que a última, implementada pelos Decretos-leis 329-A/1995 e 180/96, apesar de seu viés confessadamente socializador, se afastou da tendência dos movimentos reformistas de submeter o processo ao controle judicial. Mesmo com a implementação de um ativismo judicial, a reforma em questão buscou um compartilhamento da direção do processo entre juiz e partes, através do dimensionamento técnico do “princípio da cooperação intersubjetiva”, que impõe ao magistrado os deveres de prevenção, esclarecimento e assistência para com as partes, a serem instaurados desde a audiência preliminar, bem como a possibilidade do juiz ouvir as partes e seus representantes a qualquer momento, para fornecer esclarecimentos sobre matéria fática e de direito. NUNES, Dierle José Coelho, *Processo jurisdicional democrático*, p. 126. Matos, seguindo o entendimento de Lopes do Rego, entende que, “na realidade das coisas, o princípio da cooperação – bem como outros que lhe são conexos, como o da direção do processo e o incremento da inquisitorialidade judicial – vem, de algum modo, restringir é a passividade do juiz, afastando-se claramente da velha ideia liberal do processo como uma ‘luta’ entre as partes, meramente arbitrada pelo julgador”. MATOS, José Igreja. *Um modelo de juiz para o processo civil actual*. Coimbra: Wolters Kluwer Portugal/Coimbra Editora, 2010, p. 80. Outro exemplo português é o denominado “Regime Processual Experimental”, previsto no Decreto-Lei n. 108/2006, que, na busca pela celeridade e eficácia, de modo a superar os “estrangulamentos do sistema”, trouxe diversas alterações no processo civil português, ao conferir ao magistrado um maior papel de “diretor material do processo”, reforçando seus poderes instrutórios e permitindo a agregação de ações idênticas, ou como chamadas pelos portugueses, os litígios de massa. Matos explica que o art. 2º do Decreto-Lei n.º 108/2006 consagra o “poder-dever” de gestão processual, estando consignado no preâmbulo que “este regime confere ao juiz um papel determinante, aprofundando a concepção sobre a actuação do magistrado judicial no processo civil declarativo enquanto responsável pela direcção do processo e, como tal, pela sua agilização”. Contudo, explica o autor que, embora o regime processual experimental tenha sido idealizado para o contexto da litigância de massa, o legislador o estendeu, posteriormente, a qualquer tipo de processo, notadamente à chamada litigância nuclear, “aquela sobre a qual se concentra a proteção de direitos fundamentais e se edifica a representação social dos tribunais”, sendo que o motivo para esse alargamento se encontra na convicção do legislador de que o CPC apresentaria uma formalidade excessiva, o que dificultaria a celeridade e atrapalharia a realização da justiça material. Sobre o assunto, Nunes registrou que, se o regime fosse implementado sem a observância dos princípios constitucionais, poderia gerar frutos nefastos. MATOS, José Igreja. *Um modelo de juiz para o processo civil actual*, p. 102. NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático*, p. 129.

¹¹³ Na Inglaterra, de clássica orientação adversarial, como nos demais países de tradição anglo-saxônica, com a predominância do papel das partes e seus advogados, acreditava-se que, na hipótese de impossibilidade de acordos, a busca da verdade deveria ser feita pelas partes, mediante a comunicação e troca de documentos diversos relevantes para a causa, sem qualquer participação do magistrado. De modo a contornar o tempo gasto para preparação da causa, a qual representava um dos maiores motivos de morosidade, houve um amplo estudo sobre os problemas de operacionalidade do sistema judicial, que culminou com uma reforma processual

Se as reformas mencionadas, realizadas a partir dos pressupostos e características do Estado Social, apesar de terem cumprido, em alguma medida, com as justificativas que lhes deram causa, não se pode olvidar que as mesmas devem ser devidamente problematizadas, no que diz respeito às exigências do processo civil constitucionalizado, notadamente diante da crise do paradigma do Estado Social. De acordo com Bahia:

O paradigma do Estado Social começa a se desgastar já a partir dos movimentos de contracultura dos anos 60. Mas é na década de 70, quando a economia sofre uma desaceleração (concomitante à crise do petróleo), que ele entra em xeque. De fato, o Estado Interventor necessitava de constante crescimento econômico que propiciasse grande arrecadação de impostos para a execução de seus programas. Mas, os acontecimentos dos últimos anos do século passado – *e.g.*, a queda do comunismo; a ascensão de neo-totalitarismos fundamentalistas paradoxalmente na mesma proporção em que se decantava a globalização; neoliberalismo; terrorismo em escala global; a questão da soberania dos Estados europeus face à União Europeia, et. – colocaram por terra as certezas até então intocadas do Welfare State¹¹⁴.

Areladas ao Modelo de Bem Estar Social, algumas das mencionadas reformas, bem como as teorias que as orientam, apostam na figura de uma magistratura virtuosa, destina a cumprir seu múnus de acordo com os objetivos a serem realizado pelo Estado, defendendo a ideia de que “o processo é um instrumento teleológico cujo fim é determinado a partir de escopos políticos, sociais e jurídicos”, e que o magistrado personaliza o “canal de captação e tradução dos valores que a sociedade que a sociedade em seu tempo produz”¹¹⁵.

Se referidas concepções teóricas, caudatárias das ressonâncias da obra legislativa de Klein e do processualismo germânico e italiano, em alguma medida contribuíram para determinados avanços no Direito Processual, verifica-se que as mesmas, hodiernamente, se fundam em pressupostos inconciliáveis com um modelo de processo constitucional brasileiro.

denominada *Civil Procedure Rules* (CPR), cuja entrada em vigor ocorreu em 1999. Por meio desta reforma, “a característica adversarial do sistema sofreu os influxos da tendência de reforço dos poderes judiciais, típica da circulação de modelos, aludida por Taruffo, na qual ocorre um complexo intercâmbio de modelos e experiências entre sistemas de *civil law* e *common law*”. NUNES, Dierle José Coelho, *Processo jurisdicional democrático*, p. 130. TARUFFO, Michele. *Il processo civile di civil law e di common law: aspetti fondamentali. Sui confine: scritti sulla giustizia civile*. Bologna: Il Mulino, 2002. Com a reforma, buscou-se uma maior participação do magistrado, mediante sua intervenção durante todo o iter processual, de modo a se evitar abusos das partes nos casos de ausência de colaboração. Foi realizada uma simplificação procedimental com a adoção do *case management*, a partir da identificação das questões a serem tratadas de modo mais detido, bem como os casos que poderiam ser resolvidos por modalidades alternativas de resolução de conflitos. Com efeito, adotou-se o modelo de procedimento bifásico de modo a preparar o debate para posterior discussão, com a necessária participação das partes. NUNES, Dierle José Coelho, *Processo jurisdicional democrático*, p. 132-134. Pouco tempo após a reforma global presidida pelo Lord Woolf, modificou-se, inclusive, o procedimento de intervenção do *amicus curiae*, conforme se verá quando da análise da intervenção deste no direito estrangeiro. BISH, Isabel da Cunha. *O amicus curiae, as tradições jurídicas e o controle de constitucionalidade: um estudo comparado à luz das experiências americana, europeia e brasileira*, p. 31.

¹¹⁴ BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. *Recursos extraordinários no STF e no STJ: conflito entre interesse público e privado*. Curitiba: Juruá, 2009, p. 259.

¹¹⁵ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso*. Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 30.

Na atualidade, o processo já não pode mais ser visto a partir de uma perspectiva socializadora, a qual, de acordo com os defensores de tais concepções teóricas, caberia ao magistrado a função de

[...] postar-se como canal de comunicação entre a carga axiológica atual da sociedade em que vive e os textos, de modo que estes fiquem iluminados pelos valores reconhecidos e assim possa transparecer a realidade de norma que contém no momento presente. O juiz que não assuma esta postura perde a noção dos fins de sua própria atividade, a qual poderá ser exercida até de modo bem mais cômodo, mas não corresponderá às exigências de justiça ¹¹⁶.

A autonomia científica do Direito Processual alcançada com a obra de Bulow, mediante o delineamento da relação jurídico processual de caráter público e centrada na figura ativa do magistrado, em que pese sua ampla aceitação até os dias atuais e as decisivas ressonâncias no processo civil brasileiro, encontrou, desde seu nascedouro, severas críticas por parte dos estudiosos. Nunes observa que estas críticas foram feitas por juristas como Goldschmidt (1925), Leo Rosemberg (1926), Fazzalari (1958) e, mais recentemente no Brasil, por Gonçalves (1992)¹¹⁷.

Contrariando o subjetivismo da ideia de um juiz onipotente, de conhecimento privilegiado e sensibilidade ímpar para desenvolver seu papel de engenheiro social, Fazzalari formulou a teoria do processo como procedimento em contraditório¹¹⁸, percebendo, de forma pioneira, uma forma de exercício do poder decisório que não fosse solitária, momento no qual o processo “começa a ser percebido como um instituto fomentador do jogo democrático”¹¹⁹. A partir da denúncia do “clichê da relação jurídica”¹²⁰, bem como da diferenciação entre processo e procedimento¹²¹, que é levada a cabo mediante a acuidade em observar a

¹¹⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 294.

¹¹⁷ NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático*, p. 100.

¹¹⁸ Nunes tece as seguintes considerações sobre a demarcação teórica em comentário: “Em sua célebre preleção em Pérugia, de 1958, Fazzalari percebeu que, em diversos países, havia uma difusão de módulos processuais em várias atividades, tanto jurisdicionais quanto não jurisdicionais, e que, conjuntamente com essa difusão, ampliava-se o fenômeno da participação dos interessados no iter de formação dos provimentos (entendendo-se como tais, aqueles em cuja esfera o ato é destinado a incidir) – mais precisamente, o fenômeno da participação dos interessados na fase de reconhecimento dos pressupostos do provimento”. NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático*, p. 204.

¹¹⁹ NUNES, Dierle José Coelho. *Processo Jurisdicional Democrático*, p. 40.

¹²⁰ De acordo com Fazzalari: “Por outro lado, o clichê da ‘relação jurídica’, que foi útil a seu tempo, para entender a ação como posição jurídica subjetiva em uma estrutura mais articulada, a da relação jurídica, uma vez que ela é considerada no plano das posições subjetivas, é incompatível com o processo, pois a relação jurídica é um esquema simples e incapaz de conter a complexidade do processo (assumir que aquela relação processual é relação jurídica complexa é pura convenção de linguagem, que leva em conta a realidade, mas não a explica, o que somente remete novamente a uma outra convenção); e, como esquema, não pode representar-lhe a dinâmica”. FAZZALARI. *Istituzioni di diritto processuale*. 8. ed. Padova: Cedam, 2001, p. 104. (tradução livre).

¹²¹ Para o mestre italiano, o procedimento se apresenta da seguinte forma: “O procedimento vai ser, finalmente, considerado como uma série de ‘faculdades’, ‘poderes’, ‘deveres’: quantas normas e quais são as ‘posições subjetivas’ que são trazidas das normas em discurso; e que resultado também deve ser, necessariamente,

importância técnica da participação dos sujeitos processuais a partir do contraditório, Fazzalari possibilita,

[...] juntamente com as novas bases do constitucionalismo e da teoria do direito, novos e importantes horizontes para uma nova etapa da ciência processual que consiga suplantar os horizontes do liberalismo, da socialização e do neoliberalismo processual, de modo a se alcançar uma procedimental democratização do processo¹²².

Referidas contribuições são potencializadas no Brasil pela obra pioneira de Aroldo Plínio Gonçalves¹²³, a qual representa uma das grandes contribuições para a criação, anos depois, de uma verdadeira “Escola Mineira do Processo”, que, problematizando a relação entre Constituição e Processo a partir de uma linha de pesquisa própria, qual seja, “o Processo na Construção do Estado Democrático de Direito”, vem desenvolvendo, por seus professores e pesquisadores, críticas e reflexões, “com o objetivo de contribuir, numa perspectiva plural, para uma reconstrução da teoria e da dogmática processual no marco do Estado democrático de direito”¹²⁴.

O processualismo científico germânico e italiano influenciou de maneira decisiva a conformação do Modelo Constitucional de Processo na América Latina, notadamente a partir da eclosão da Segunda Grande Guerra e a preocupação com a materialização dos direitos humanos.

2.2 O Modelo Constitucional de Processo no Estado Democrático de Direito

Se o processualismo científico europeu influenciou o estudo do processo na América Latina, anos mais tarde o novo continente ofertou novas luzes ao estudo da relação entre Constituição e Processo. A contribuição da América Latina para o estudo do processo

coligado no modo que, por exemplo, um poder é afetado por um argumento quando um dever for concluído, dele ou de outro, e, por sua vez, o exercício desse pressuposto de constituir o poder para o insurgir de um outro poder (ou a faculdade ou o dever)”. FAZZALARI. *Istituzioni di diritto processuale*. 8. ed. Padova: Cedam, 2001, p. 62. (tradução livre).

¹²² NUNES, Dierle José Coelho. *Processo Jurisdicional Democrático*, p. 208.

¹²³ Gonçalves assevera que “A contribuição definitiva para a renovação do conceito de procedimento, no Direito Processual, orgânica, sistematizada, coerente e lógica, vem de Elio Fazzalari, que partiu de uma bem estruturada visão do ordenamento jurídico e de um quadro conceitual muito bem definido para investigar as formas possíveis de ‘enucleação’, ou de conexões de normas; dos atos por elas regidos, não só na qualificação de sua juridicidade, mas na sua predicação quando tais atos são correlacionados tais normas, para a caracterização do procedimento e do processo”. GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. Rio de Janeiro: Aide, 1992, p. 115.

¹²⁴ NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático*, p. 202; BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. *Processo constitucional e Estado Democrático de Direito*. Belo Horizonte, Del Rey, 2012, p. 1-2.

constitucional¹²⁵ é insofismável, em conformidade com as reflexões de Pontes de Miranda: “O nosso programa latino-americano há de ser, hoje, o de superarmos a ciência europeia, para que, quando os cientistas europeus voltarem à investigação, possam verificar que não fomos indignos da sua herança”¹²⁶. Com efeito, não se deve olvidar que,

No atual estágio do direito na América Latina, o campo processual, sem dúvidas, é um daqueles que suscita maiores digressões em face do fenômeno da judicialização de inúmeras temáticas (submissão ao Poder Judiciário) e pela utilização do processo para viabilizar uma Jurisdição com função contramajoritária e como espaço institucional para aqueles que não conseguem se ouvidos nas arenas institucionais majoritárias (Parlamento e Executivo)¹²⁷.

A corrente científica do processo foi conhecida e desenvolvida por juristas exilados em decorrência das Grandes Guerras Mundiais, do porte de Rafael de Pina Milán e, especialmente, Niceto Alcalá-Zamora e Castillo, e (no México), Santiago Sentís Melendo e Marcello Finzi (na Argentina), Enrico Tulio Liebman (no Brasil) e James Goldschmidt (no Uruguai)¹²⁸.

Entre as figuras latino-americanas que coadjuvaram notavelmente o desenvolvimento científico processual, acham-se Eduardo Juan Couture (Uruguai), Ramiro Podetti, Ugo Alsina, Eduardo B. Carlos, Jorge A. Clariá Olmedo (Argentina) y Alfredo Buzaid (Brasil), Héctor Fix-Zamúdio (México)¹²⁹, entre outros¹³⁰.

¹²⁵ Baracho assevera com muita propriedade que “o modelo constitucional do processo civil assenta-se no entendimento de que as normas e os princípios constitucionais resguardam o exercício da função jurisdicional”. BARACHO, José Alfredo de Oliveira Baracho. Teoria Geral do Processo Constitucional. In: *Revista da Faculdade Mineira de Direito*. Belo Horizonte: Puc Minas, 1998, p. 92.

¹²⁶ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. *Comentários ao código de processo civil*: tomo I, arts. 1-45. Rio de Janeiro: Forense, 1973, p. XLVII.

¹²⁷ NUNES, Dierle. Processualismo constitucional democrático e o dimensionamento de técnicas para a litigiosidade repetitiva. A litigância de interesse público e as tendências “não compreendidas” de padronização decisória. *Revista de Processo*, v. 199. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 45.

¹²⁸ MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. *Direito processual constitucional*. 1928-1956. Curitiba: Juruá, 2009. Estes autores, conforme noticiado por Alcalá-Zamora e Castillo, foram os grandes responsáveis pela disseminação da ciência processual italiana nos países de língua espanhola, notadamente em virtude da semelhança entre os idiomas, que possibilitou inúmeros trabalhos de tradução, “alguns ruins, outros regulares e muitos magníficos”, sem os quais o processualismo italiano não teria “nem sequer nos países do *Rio de La Plata* (os mais italianizados da América), teria penetrado mais além da capa seleta, porém pouco profunda, dos especialistas”. ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO. *Estudios de teoría general e historia del proceso (1945-1972)*. Tomo II, n. 12-30. México: UNAM, 1992, p. 479.

¹²⁹ Leal explica que: “Ombreia-se a Baracho, consoante este mesmo reconhece, no estudo pioneiro do tema Constituição e Processo, o jurista mexicano Héctor Fix-Zamúdio que dedicou várias obras e artigos ao assunto, assinalando que tal aproximação (Constituição e Processo) ocorrera após a Segunda Guerra Mundial. No entanto, só recentemente é que, sob a denominação de modelo constitucional do Processo, ficou explícito, por estudos de Ítalo Andolina, que o Processo, em seus novos contornos teóricos na pós-modernidade, apresenta-se como necessária instituição constitucionalizada que, pela principiologia constitucional do devido processo que compreende os princípios da reserva legal, da ampla defesa, da isonomia e do contraditório, converte-se em direito-garantia impostergável e representativo de conquistas teóricas da humanidade no empreendimento secular contra a tirania, como referente constitucional lógico-jurídico, de interferência expansiva e fecunda, na regência

O estudo do direito processual foi renovado com as investigações sobre a imperiosa necessidade de aproximação entre constituição e processo. No Brasil, o processo constitucional é pioneiramente estudado por José Alfredo de Oliveira Baracho que, a partir das investigações de Fix-Zamúdio e outros, propugna que:

[...] a condensação metodológica e sistemática dos princípios constitucionais do processo toma o nome de Direito Processual Constitucional. Não se trata de um ramo autônomo do Direito Processual, mas sim de uma colocação científica, de um ponto de vista metodológico e sistemático, do qual se pode examinar o processo em suas relações com a Constituição. O Direito Processual Constitucional abrange, de um lado, a tutela constitucional dos princípios fundamentais da organização judiciária e do processo; de outro lado, a jurisdição constitucional. A tutela constitucional dos princípios fundamentais da organização judiciária corresponde às normas constitucionais sobre os órgãos da jurisdição, sua competência e suas garantias. A tutela constitucional do processo engloba o direito de ação e de defesa e outros postulados que desses decorrem. A jurisdição constitucional compreende, por sua vez, o controle judiciário da constitucionalidade das leis e dos atos da administração, bem como a jurisdição constitucional das liberdades, com o uso dos remédios constitucionais-processuais: o habeas corpus, o mandado de segurança e a ação popular¹³¹.

Na Itália, Andolina e Vignera propugnam que o modelo constitucional de processo passa a ser estudado como um esquema geral, tendo como características a expansividade, garantia de que a norma processual prevista no texto constitucional possa se expandir para microssistemas; a variabilidade, configurada na possibilidade na norma processual, a partir de sua especialização, assumir forma diversa para se adequar ao microssistema, e a perfectibilidade, significando a “capacidade do modelo constitucional se aperfeiçoar e definir novos institutos através do processo legislativo, mas sempre de acordo com o esquema geral”¹³².

A partir da conquista histórica da Constituição de 1988, o estudo do processo constitucional é potencializado pelo arcabouço principiológico¹³³, do extenso rol de direitos

axial das estruturas procedimentais nos segmentos da administração, da legislação e da jurisdição”. LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Geral do Processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 93.

¹³⁰ MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. *Direito processual constitucional*. 1928-1956. Curitiba: Juruá, 2009, p. 53.

¹³¹ BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Processo constitucional: aspectos contemporâneos*. Belo Horizonte: Fórum, 2006, p. 125-126.

¹³² ANDOLINA, Italo; VIGNERA, Giuseppe. *Il modello costituzionale del processo civile italiano: corso de lezioni*. Torino: G. Giappichelli, 1990, p. 14-15. BARROS, Flaviane de Magalhães. O modelo constitucional de processo e o processo penal: a necessidade de uma interpretação das reformas do processo penal a partir da Constituição. In: MACHADO, Felipe Daniel Amorim; CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade (Coords.). *Constituição e processo: a contribuição do processo ao constitucionalismo brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 334.

¹³³ Gonçalves muito bem assevera que “Os preceitos constitucionais, que se apresentam com princípios jurídicos, balizam o sistema normativo, impedem sua projeção, através de normas que com ele possam ser incompatíveis, em direção contrária aos fundamentos do sistema, e limitam a atuação do poder, pois no Estado fundado sobre o Direito, o poder se exerce nos “limites” determinados pela lei. Os princípios constitucionais, mesmo quando tidos como não-auto-aplicáveis, já possuem eficácia intrínseca porque obstando a criação de normas jurídicas infraconstitucionais que os contrariem, não permitem possam as leis se projetar além do sistema jurídico, em

fundamentais¹³⁴, bem como da amplitude teórica proporcionada pelo ingresso de renovados estudos de teoria do direito, teoria da constituição, filosofia e outras áreas do conhecimento.

O Estado Democrático de Direito é entendido como a fusão de dois princípios, quais sejam, o Estado de Direito e do Democrático de Direito, entendidos como “verdadeiros princípios conexos e normas jurídicas constitucionalmente positivadas”. O Estado Democrático, para Brêtas, “tem sua dimensão e se estrutura constitucionalmente na legitimidade do domínio político e na legitimação do exercício do poder pelo Estado assentadas unicamente na soberania e na vontade do povo”¹³⁵.

A jurisdição constitucional, inicialmente, era entendida como restrita ao controle de constitucionalidade dos atos estatais, visando à manutenção da supremacia da Constituição. Contudo, “face à percepção da doutrina de que não seria suficiente consagrar os direitos fundamentais do ser humano nas Constituições para que fossem respeitados”, ampliou-se significativamente o sentido dessa expressão, em virtude da necessidade de um “sistema de garantias e mecanismos que protegesse e assegurasse a efetividade daqueles direitos, evitando transformá-los em meras expressões formais de aformoseamento do texto constitucional”¹³⁶.

O processo constitucional, segundo Cattoni de Oliveira, consiste em uma garantia de “direitos de participação e condições procedimentais que possibilitam a geração legítima do provimento jurisdicional”¹³⁷. Essas condições dizem respeito à garantia fundamental da legitimidade democrática da atividade jurisdicional, pela existência de um espaço procedimental cognitivo argumentativo apto a garantir aos interessados (sujeito constitucional)¹³⁸ na atividade interpretativa de individualização e adequabilidade das normas

direção contrária a ele. GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. Rio de Janeiro: Aide, 1992, p. 54.

¹³⁴ Paulo Bonavides esclarece que “(...) temos visto nos ordenamentos constitucionais contemporâneos crescer de importância a figura da garantia constitucional, que repercute não somente no campo do direito constitucional de amplitude clássica, senão também dilata à esfera do direito processual, atraindo-o, no tocante à tutela jurisdicional da liberdade e dos direitos fundamentais, para o vasto território onde se renova e amplia cada vez mais o estudo da matéria constitucional. BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 533.

¹³⁵ BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. *Processo constitucional e Estado Democrático de Direito*, p. 57-58, 64.

¹³⁶ BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. *Processo constitucional e Estado Democrático de Direito*, p. p. 45.

¹³⁷ CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. O Processo Constitucional como o Instrumento da Jurisdição Constitucional. *Revista da Faculdade Mineira de Direito*, v. 3, nº 05 e 06, p. 165.

¹³⁸ Del Negri conceitua o sujeito constitucional “como a soma das reivindicações empregadas dialeticamente numa relação com o outro em sociedade, pois a expressão não pode se afastar do constitucionalismo. O sujeito constitucional, portanto, só será reconhecido quando lhe for assegurada a condição de protagonista das decisões mediante compartilhamento decisório (discurso que vincula todos os atores humanos que estão reunidos pelo mesmo conjunto de normas constitucionais). [...] É nesse passo que o sujeito constitucional (cidadãos intérpretes/coatores legitimados) pode reivindicar a sua identidade no discurso de fundamentação pela teoria do Processo Constitucional (articulação de defesa simétrica nos atos decisórios em qualquer segmento do serviço público). Logo, o sujeito constitucional precisa se dotar do instrumental do discurso constitucional para construir uma narrativa onde ele seja protagonista do seu destino”. DEL NEGRI, André. *Processo constitucional e decisão interna corporis*. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 29-30.

jurídicas a serem aplicadas no caso concreto, reconstruído contraditoriamente e em simétrica paridade.

Problematizar o Modelo Constitucional de Processo implica uma reflexão ampla e irrestrita de todos os seus elementos estruturais, bem como uma interpretação coerente dos seus institutos, de modo a se pensar o processo como uma imprescindível garantia para efetivação dos direitos fundamentais, sempre levando em conta um marco teórico democraticamente orientado a obtenção desse desiderato.

Entretanto, Leal alerta para o perigo e os desastres “de trabalhos e pseudopesquisas e estudos” sobre o processo constitucional, que, apesar do pretense viés democrático, não explicitariam, de forma adequada, a importância do processo na atualidade e suas implicações no contexto atual. Nas palavras do autor:

A expressão “modelo constitucional do processo” vem firmando uma convicção inabalável, por força de mal-entendidos já assentados em obras e artigos jurídicos, de que uma constituição (ou teoria constitucional) que acolha em seu âmago os princípios do processo (contraditório, ampla defesa e isonomia) e da soberania popular para o manejo dos conteúdos de um ordenamento jurídico já seria apontadora de um Estado Democrático de Direito tal qual instituído no Brasil pela Constituição de 1988 (art. 1º)¹³⁹.

A partir das investigações realizadas pela Escola Processual Mineira, tais estudos, como já mencionado são orientados tendo como ponto de partida as indispensáveis contribuições de Elio Fazzalari e Aroldo Plínio Gonçalves, dos professores da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, bem como os influxos do constitucionalismo mineiro, referência no estudo de diversas matrizes teóricas contemporâneas, de autores como Dworkin, Günther e Habermas¹⁴⁰.

De acordo com Brêtas, o processo constitucional na atualidade, segundo o conteúdo normativo do devido processo legal:

[...] deve ser compreendido como um bloco aglutinante e compacto de vários direitos e garantias fundamentais inafastáveis ostentados pelas pessoas nas suas relações com o Estado, quais sejam: a)- direito de amplo acesso à jurisdição, prestada pelo Estado dentro de um tempo útil ou lapso temporal razoável; b)-

¹³⁹ LEAL, Rosemiro Pereira. Modelos processuais e Constituição democrática. In: MACHADO, Felipe Daniel Amorim; CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade (Coords.). *Constituição e processo: a contribuição do processo ao constitucionalismo brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 283.

¹⁴⁰ GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. Rio de Janeiro: Aide, 1992; FAZZALARI. *Istituzioni di diritto processuale*. 8 ed. Padova: Cedam, 2001; CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Direito Processual Constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001; CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Direito, Política e Filosofia*. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2007; NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático*. Curitiba: Juruá: 2009. PEDRON, Flávio Quinaud. *Em busca da legitimidade do direito contemporâneo: uma análise reconstrutivas das teorias jurídicas de Ronald Dworkin, Jurgen Habermas e Klaus Günther*. Belo Horizonte: Ed. Clube de Autores, 2013.

garantia do juízo natural; c)- garantia do contraditório; d)- garantia de plenitude da defesa, com todos os meios e recursos a ela (defesa) inerentes, aí incluído, também, o direito da parte à produção da prova e à presença do advogado ou do defensor público; e)- garantia da fundamentação racional das decisões jurisdicionais, com base no ordenamento jurídico vigente (reserva legal); f)- garantia de um processo sem dilações indevidas¹⁴¹.

Todavia, verifica-se que o discurso relativo ao processo constitucional brasileiro ainda é baseado em uma concepção socializante, pautada na crença da virtuosidade da magistratura e do papel desta como guardião do texto constitucional, bem como o modo como é delineado a sua função no sistema processual brasileiro. Nesse sentido, Leal observa que, não obstante os avanços empreendidos, a teoria constitucionalista do processo ainda não logrou disponibilizar “uma teoria processual que conferisse fundamento à constitucionalidade que pretende encaminhar na perspectiva democrática do direito, uma vez que ainda se encontra cravada nos marcos hermenêuticos dos Estados Liberal e Social de Direito”¹⁴².

Tal afirmação se mostra de inegável relevância e atualidade, notadamente em face do esgotamento do Modelo de Estado Social e a construção recente e inacabada de um novo modelo que possa atender às sociedades altamente complexas da atualidade, bem como ofertar respostas constitucionalmente adequadas para as crises que se apresentam.

No que tange ao declínio do Estado Social, Bahia tece as seguintes considerações:

O paradigma do Estado Social começa a se desgastar já a partir dos movimentos de contracultura dos anos 60. Mas é na década de 70, quando a economia sobre uma desaceleração (concomitante à crise do petróleo), que ele entra em xeque. De fato, o Estado Interventor necessitava de constante crescimento econômico que propiciasse grande arrecadação de impostos para a execução de seus programas. Mas, os acontecimentos dos últimos anos do século passado – *e.g.*, a queda do comunismo; a ascensão de neo-totalitarismos fundamentalistas paradoxalmente na mesma proporção em que se decantava a globalização; neoliberalismo; terrorismo em escala global; a questão da soberania dos Estados europeus face à União Europeia, etc. – colocaram por terra as certezas até então invocadas do *Welfare State*¹⁴³.

Ainda hoje, no Direito Processual Brasileiro, percebe-se que os estudos sobre os institutos componentes do processo e, mais recentemente, os inúmeros debates e escritos sobre o anteprojeto de um novo Código de Processo Civil, estão, na maioria das vezes, atrelados a velhas concepções e propostas de viés socializador, que na maioria das vezes não foram implementadas de modo adequado, ou ainda não lograram alcançar os resultados pretendidos, nas tentativas canhestras de implementação.

¹⁴¹ BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. *Processo constitucional e Estado Democrático de Direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 73.

¹⁴² LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo*. 9. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 91.

¹⁴³ BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. *Recursos extraordinários no STF e STJ: conflito entre interesse público e privado*. Curitiba: Juruá, 2009, p. 259.

Cite-se, por exemplo, o já mencionado fato de que, em que pese a oralidade ser um dos declarados conformadores do processo já no CPC de 1939, esta nunca chegou a ser plenamente implementada¹⁴⁴. Com efeito, as reformas processuais realizadas nos últimos anos têm como tônica uma busca desenfreada pela redução do número de feitos que abarrotam o Judiciário brasileiro, em todas as instâncias, mediante o crescente reforço do papel da magistratura, notadamente a assunção da jurisprudência como fonte de normatividade, em detrimento da participação dos interessados na construção compartilhada destas decisões.

Referidas reformas, apesar de sua inspiração marcadamente socializadora, acabaram por serem cooptadas por uma lógica de produtividade de decisões em escala industrial, esvaziando o papel do processo como meio deliberativo para a tomada de decisão nas esferas institucionais e seu caráter de participação e fiscalidade na construção dos atos decisórios.

2.2.1 O anacronismo das teorias socializadoras e as reformas processuais no Brasil: o neoliberalismo processual

O Direito Processual Brasileiro apresenta, no texto do Código de Processo Civil de 1973, as principais características do discurso socializador, dimensionado a partir das ideais e contribuições científicas do processualismo germânico e italiano. Estas características se devem, em grande medida, à formação de grandes estudiosos do processo que, anos antes, tiveram Liebman como professor, o que contribuiu decisivamente para o delineamento e reforço da chamada Escola Processual Paulista¹⁴⁵, representada por, dentre muitos outros, José Frederico Marques, Alfredo Buzaid, Ada Pelegrini Grinover, Cândido Rangel Dinamarco, dentre outros.

O discurso socializador no âmbito processual brasileiro, além das influências mencionadas, se inicia de forma mais consistente a partir da publicação da obra “A Instrumentalidade do Processo”, de Cândido Rangel Dinamarco. Nesta obra, o autor tenta sintetizar as teorias socializadoras a partir da realidade brasileira, defendendo um modelo de processo orientado a realização de escopos metajurídicos (sociais, políticos e econômicos) por meio da intervenção do magistrado, bem como a jurisdição como o centro das discussões sobre a teoria do processo¹⁴⁶.

¹⁴⁴ NUNES, Dierle José Coelho, *Processo jurisdicional democrático*, p. 98.

¹⁴⁵ PICARDI, Nicola; NUNES, Dierle. O código de processo civil brasileiro: origem, formação e projeto de reforma. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, ano 48, n. 190, abr./jun.2011, p. 97.

¹⁴⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. São Paulo: Malheiros, 2001.

Em que pese os alardeados ares de novidade e a influência deste trabalho desde então, o que se percebe é que, conforme observado por Nunes, as finalidades do processo defendidas por Dinamarco são, em verdade, similares às sustentadas por Klein em sua preleção em Dresden, em 1901¹⁴⁷.

Com efeito, as propostas de Dinamarco, a exemplo da predominância do papel dos magistrados e a função de compensação dos déficits de igualdade das partes, por meio de uma racionalidade instrumental do processo, baseada em sua virtude, sabedoria e sensibilidade, de modo a realizar, por meio de sua decisão, os valores supostamente uniformes da sociedade, apresenta uma série de inconsistências. Dinamarco se refere diversas vezes ao sentimento de justiça e sensibilidade do magistrado, revestindo o ato de julgar com um caráter quase mítico, notadamente quando se refere à interpretação dos tribunais como a “síntese das opções axiológicas da nação”.

Nas palavras de Dinamarco:

Negar que o juiz crie o direito do caso concreto vale simplesmente como afirmação de que as situações jurídico-substanciais declaradas em sentença preexistam a ela. Tal é, em sua simplicidade, a teoria dualista do ordenamento jurídico, que se apóia rigorosamente no raciocínio dedutivo desenvolvido pelo intérprete a partir da premissa maior que é a norma abstrata contida no direito objetivo material; a premissa menor é a concreta situação de fato e a conclusão reside na afirmação do preceito concreto (nas sentenças judiciais, o *decisum*). Negar que de alguma forma o juiz concorra, em cada caso, a contribuir ou completar o preceito da lei (“compondo a lide”) não pressupõe o desconhecimento de sua inserção no universo axiológico da sociedade em que vive. Imbuído dos valores dominantes, o juiz é um intérprete qualificado e legitimado a buscar cada um deles, a descobrir-lhes o significado e a julgar os casos concretos na conformidade dos resultados dessa busca e interpretação. Esse iter lógico-axiológico está inserido na vida dos direitos e só poderia ser negado à custa de reduzir a ordem jurídica às dimensões do texto legal. Cada direito, em concreto (ou cada situação em que a existência de um direito é negada), é sempre resultante da acomodação de uma concreta situação de fato nas hipóteses oferecidas pelo ordenamento jurídico: mediante esse enquadramento e o trabalho de investigação do significado dos preceitos abstratos segundo os valores que, no tempo presente, legitimam a disposição, chega-se à “vontade concreta da lei”, ou seja, ao concreto preceito que o ordenamento dirige ao caso em exame. Por isso é que, quando os tribunais interpretam a Constituição ou a lei, eles somente canalizam a vontade dominante, ou seja, a síntese das opções axiológicas da nação. O comando concreto que emitem constitui mera revelação do preexistente, sem nada acrescer ao mundo jurídico além da certeza. Assim, as mutações constitucionais e legais decorrentes da repetição de julgados e da “força da jurisprudência” constituem, na verdade, imposições do próprio sentimento nacional e não do Estado mesmo, supostamente agindo através do juiz nessa função¹⁴⁸.

A corrente teórica denominada “instrumentalista” afigura-se inconsistente e, até mesmo, perigosa, notadamente diante da constatação de que

¹⁴⁷ NUNES, Dierle José Coelho. *Processo Jurisdicional Democrático*, p. 142.

¹⁴⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 41-42.

[...] um juiz portador de uma concepção dos valores de uma ordem “concreta” relembra muito, ainda, outra concepção defendida pelos juristas alemães durante a segunda guerra, que buscavam também uma coincidência de convicção no sentir e querer de todos os membros da comunidade jurídica¹⁴⁹.

Contudo, até mesmo quando da análise da intervenção do *amicus curiae* no processo civil brasileiro, instituto orientado a democratização das decisões mediante uma maior participação, como se verá a seguir, o instituto em questão é pensado pelas mesmas premissas teóricas insatisfatórias, que estabelecem o juiz como foco de centralidade do sistema processual e sua suposta percepção privilegiada do direito e que permitiria, mediante uma aplicação silogística, não só realizar uma interpretação que julgasse melhor, mas, também, de criar o próprio direito. Nesse sentido, Bueno tece as seguintes considerações sobre o papel do magistrado na ordem jurídica atual:

Justamente porque não se compreende possa ser mais o juiz dos dias atuais a “boca da lei”, deve ele, no seu ofício, bem capturar para bem aplicar, nos casos concretos, os valores e as angústias que estão dispersos pela sociedade e no próprio Estado, nas mais variadas facetas de sua atuação especializada. O juiz, pois, tem de se voltar para a sociedade para aplicar o direito. Mas do que nunca a distinção entre “lei” e “fato” é falsa, errônea. Não há lei sem fato que determine sua aplicação. É a voz corrente na doutrina a de que um “conceito vago”, um “princípio”, uma “cláusula geral”, pressupõem, para sua aplicação – e, antes disso, para sua interpretação – um fato. A ponto de haver aqueles que propõem, justamente em função dessa necessária e inafastável simbiose entre fato e lei, que o tradicional “silogismo jurídico”, em que a premissa maior é a lei, a premissa menor o fato e a conclusão é a subsunção da lei ao fato, seja invertido. A captação do fato como premissa maior é essencial, até mesmo, para a identificação da lei a ser aplicada. Daí a necessidade de inverter a ordem das premissas desse silogismo. Quando menos, que se reconheça a insuficiência do caráter meramente subsuntivo da aplicação da regra ao caso concreto e se passe a reconhecer seu caráter de concreção ou concretização. O conseqüente incremento dos poderes do juiz a partir de um novo padrão de norma jurídica ou diante de uma nova forma de sua enunciação é inegável. Deixa-se de lado o mito da neutralidade do juiz, mero aplicador automático da lei, e se passa a lidar com o juiz que se sabe necessariamente influenciado pelos valores dispersos na sociedade civil e no próprio Estado. **O juiz, antes mero aplicador da lei, dada pronta e acabada pelo legislador, passa a ser, hoje, compreendido como elo fundamental na cadeia de produção normativa. É ele, isso já não pode ser negado, evitado, escondido ou escamoteado, criador da norma jurídica¹⁵⁰.**

Em tempos marcados pela emergência da preocupação com um tempo supostamente inimigo, ou, nas palavras de François Ost, um “futuro paradoxalmente sufocado pela proliferação de medidas jurídicas urgentes e provisórias, traços frágeis de um direito efêmero,

¹⁴⁹ NUNES, Dierle José Coelho. *Processo Jurisdicional Democrático*, p. 145.

¹⁵⁰ BUENO, Cassio Scarpinella. *O amicus curiae no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático*, p. 65-66. (grifos nossos)

incapaz de orientar duradouramente o futuro”¹⁵¹, diversas reformas processuais foram levadas a cabo, de modo a resolver o suposto problema da alta litigiosidade no Brasil.

Seguindo as tendências de intervenção econômica, mediante a adoção de práticas liberais para um “ajuste macroeconômico dos países em desenvolvimento que passavam por dificuldades”, o discurso neoliberal defensor do livre mercado foi sendo implementado no Brasil a partir da década de 1990, de acordo com o conjunto de medidas e diretrizes traçadas por instituições financeiras, a exemplo do FMI, Banco Mundial e o Departamento do Tesouro dos Estados Unidos¹⁵².

Essas tendências liberais acabaram por gerar efeitos nefastos na estruturação do direito processual brasileiro¹⁵³, mediante uma leitura econômica de que a litigiosidade atrapalharia o crescimento econômico, motivo pelo qual se deveria buscar um processo célere e que possibilitasse uma uniformidade decisória¹⁵⁴.

Nunes tece as seguintes considerações sobre o tema:

Nesse contexto, apesar de se afirmar que as reformas são realizadas de acordo com os princípios processuais constitucionais e com a perspectiva constitucional democrática e/ou socializadora, verifica-se que o discurso de boa parcela da doutrina processual brasileira se deixou contaminar por concepções funcionais e de eficácia que não se preocupam com o viés público e garantista do sistema jurídico processual¹⁵⁵.

O neoliberalismo processual, tendência observada nos últimos anos de se privilegiar uma efetividade quantitativa em detrimento de uma efetiva melhora na qualidade do sistema jurídico-processual, acabou por perpetuar o entendimento de que o processo seria um instrumento da jurisdição para consecução dos escopos traçados pelo Estado. Nesse sentido:

Tal perspectiva processual, aqui denominada “neoliberal”, permite a visualização do sistema processual tão-somente sob a ótica da produtividade (art. 93. Inc. II, alínea “c”, CRFB/88 com nova redação dada pela EC/45) e associa a figura pública do cidadão-jurisdicionado à de um mero espectador privado (consumidor) da “prestação jurisdicional”, como se o poder-dever estatal representasse, e fosse, um mero aparato empresarial que devesse fornecer soluções (produtos e serviços) do modo mais

¹⁵¹ OST, François. *O tempo do direito*. Bauru/SP, Edusc: 2005, p. 11.

¹⁵² NUNES, Dierle José Coelho. *Processo Jurisdicional Democrático*, p. 157.

¹⁵³ Nunes e Teixeira, em trabalho dedicado à análise do cesso à justiça, tecem as seguintes considerações sobre o neoliberalismo: “Torna-se cada vez mais claro o fato de que o projeto neoliberal (e todos os seus protagonistas a exemplo do Banco Mundial, o Fundo Monetário Internacional, as agências internacionais de ajuda ao desenvolvimento e o próprio Executivo) arvora-se do discurso pelo envolvimento do Judiciário em uma política moderada, capaz de trabalhar para evitar que a falta de políticas públicas causa maiores reações sociais, mas amputada de poderes para levar à frente transformações mais profundas”. NUNES, Dierle; TEICEIRA, Ludmila. *Acesso à justiça democrático*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013, p. 92.

¹⁵⁴ NUNES, Dierle José Coelho. *Processo Jurisdicional Democrático*, p. 157-161.

¹⁵⁵ NUNES, Dierle José Coelho. *Processo Jurisdicional Democrático*, p. 163.

rápido, à medida que os insumos (pretensões dos cidadãos) fossem apresentados (propostos)¹⁵⁶.

A busca pela celeridade processual, mediante a supressão da participação dos interessados, bem como do reforço dos poderes judiciais, especialmente a partir das reformas iniciadas na década de 1990, acabou esvaziar o papel do processo como instituição garantidora de direitos fundamentais e, em contrapartida, aumentou a crença de que este seria um mal a ser combatido¹⁵⁷, “uma doença que deveria ser extirpada mediante a supressão quase completa, diminuindo o espaço cognitivo formador das decisões e promovendo a defesa da rapidez procedimental a qualquer preço”¹⁵⁸.

O neoliberalismo processual se relaciona com outras características do sistema jurídico brasileiro atual, como a defesa de posturas ativistas do judiciário, como protagonista da assunção de um papel proeminente que, mediante sua atuação virtuosa, poderia interpretar o direito de acordo com as exigências sociais, até mesmo criando-o, além de desconsiderar quase por completo a pluralidade que deve nortear a interpretação do direito, negando, assim, a importância da doutrina na busca pela melhora do sistema jurídico brasileiro¹⁵⁹.

A tendência de padronização decisória, mediante a criação de procedimentos destinados a racionalizarem a atuação dos tribunais é feita a partir de uma lógica tão somente numérica de baixa no número de julgados, olvidando-se a necessidade de coerência e integridade do Direito.

¹⁵⁶ NUNES, Dierle José Coelho. *Processo Jurisdicional Democrático*, p. 163.

¹⁵⁷ Alguns autores chegam a qualificar o tempo no processo como inimigo a ser combatido pelo magistrado, “como se este pudesse causar algum prejuízo”. Carnelutti já prelecionou que “*El valor que el tiempo tiene en el proceso es inmenso y, en grand parte desconocido. No sería demasiado atrevido parangonar el tiempo a un enemigo contra el cual el juez lucha sin descanso*”. CARNELUTTI, Francesco. *Derecho Procesal Civil y Penal*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas, 1971, p. 412. Tal reflexão acerca do tempo no Direito Processual é recorrente, sobretudo na escola socializadora do processo, da qual sobressai a obra de Dinamarco, que faz alusão expressa ao “tempo como fator de corrosão dos direitos”. DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*, p. 55. Tais afirmações devem ser devidamente esclarecidas, uma vez que, conforme afirmado por Tavares, “não é o tempo que corrói, porque o tempo apenas passa”, sendo que a busca pela celeridade processual não pode ser alcançada a qualquer custo, uma vez que, além da garantia da razoável duração, o modelo constitucional de processo brasileiro impõe a observância e aplicação de todos os princípios processuais constitucionais, de modo a permitir uma decisão legítima. TAVARES, Fernando Horta. Tempo e processo. In: TAVARES, Fernando Horta. (Org.). *Urgências de tutela: tutela cautelar e tutela antecipada*. Curitiba, Juruá, 2008, p. 111-118.

¹⁵⁸ NUNES, Dierle José Coelho. *Processo Jurisdicional Democrático*, p. 150.

¹⁵⁹ Dentre os variados exemplos deste protagonismo judicial, destaca-se trecho do voto do então Ministro Eros Grau, sobre a suposta mutação constitucional ocorrida no art. 52, inc. X, da CRFB, revelando sua opinião quanto à subserviência da doutrina ao entendimento do judiciário: “Sucede que estamos aqui não para caminhar seguindo os passos da doutrina, mas para produzir o direito e reproduzir o ordenamento. Ela nos acompanhará, a doutrina. Prontamente ou com alguma relutância. Mas sempre nos acompanhará, se nos mantivermos fiéis ao compromisso de que se nutre a nossa legitimidade, o compromisso de guardarmos a Constituição. O discurso da doutrina [= discurso sobre o direito] é caudatário do nosso discurso, o discurso do direito. Ele nos seguirá; não o inverso”. BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. Reclamação n.º 4.335/AC. Relator Ministro Gilmar Mendes, d.j. 25.08.2006.

A intervenção do *amicus curiae*, potencializada nos últimos anos, se insere no contexto descrito até aqui, em que as tensões dos Modelos de Estado Liberal e Social tentam ser compatibilizadas de acordo com as exigências normativas do Estado Democrático de Direito, iniciado no Brasil a partir da Constituição de 1988. Especificamente no direito brasileiro, a intervenção do *amicus curiae* no âmbito de alguns procedimentos recursais, *e.g.* no julgamento de aferição da repercussão geral (art. 543-A, § 6º) no julgamento de recursos repetitivos no âmbito do STJ (543-C do CPC), foi idealizada como um modo de fazer frente ao déficit de legitimidade destes expedientes, os quais foram idealizados a partir de uma perspectiva neoliberal¹⁶⁰.

Seja na autonomia característica do Estado Liberal, seja no caráter intervencionista do Estado Social, a compressão do *amicus curiae* passa necessariamente pelo modo como estes paradigmas conformam a sua possibilidade de atuação, bem como a função e importância que lhe é atribuída.

Não obstante a necessária e imperiosa necessidade de compreensão do processo a partir de renovados pressupostos, verifica-se que alguns estudiosos do direito, em especial do Direito Processual, ainda desconsideram, ou mesmo desprezam, os avanços realizados nas demais áreas do direito, reduzindo-as a concepções teóricas de menor importância, realizando uma análise tão somente dogmática e superficial do fenômeno processual, bem como realizando uma análise do sistema a partir do panorama jurídico anterior à Constituição de 1988¹⁶¹.

2.3 O Processualismo Constitucional Democrático

O Estado Democrático de Direito, a partir da conquista histórica da Constituição de 1988, “tem sua dimensão e se estrutura constitucionalmente na legitimidade do domínio político e na legitimação do exercício do poder pelo Estado assentadas unicamente na soberania e na vontade do povo”¹⁶². Nesta senda, o processo constitucional é entendido como

¹⁶⁰ De acordo com Nunes *et al.* “a defesa desses meios de impugnação das decisões se torna uma constante, lastreada na preocupação e busca de uma ‘acesso à justiça’ quantitativo, que longe de se adequar às diretrizes típicas do movimento de ‘socialização processual’, típico do século XX, do qual se alega derivar, mais se aproximam de uma justiça de alta produtividade que pouco se preocupa com o impacto decisório (jurídico, social e econômico) nos discursos de aplicação normativa”. NUNES, Dierle José Coelho; BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco; CÂMARA, Bernardo Ribeiro; SOARES, Carlos Henrique. *Curso de direito processual civil: fundamentação e aplicação*. 1. ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011, p. 342.

¹⁶¹ NUNES, Dierle José Coelho; BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco; CÂMARA, Bernardo Ribeiro; SOARES, Carlos Henrique. *Curso de direito processual civil: fundamentação e aplicação*. 1. ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011, p. 38.

¹⁶² BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. *Processo constitucional e Estado Democrático de Direito*, p. 64.

garantia de “direitos de participação e condições procedimentais que possibilitam a geração legítima do provimento jurisdicional”¹⁶³. Essas condições dizem respeito à garantia fundamental da legitimidade democrática da atividade jurisdicional, pela existência de um espaço procedimental argumentativo idôneo à garantia e participação de todos os interessados na individualização e adequabilidade das normas jurídicas a serem aplicadas no caso concreto, reconstruído a partir do contraditório.

Conforme a percuciente observação de Bahia:

A proposta do Estado Democrático de Direito parte de pressupostos bem distintos dos que o sucederam. Defende-se que o reconhecimento dos direitos individuais representou um avanço para a época; que a busca por sua materialização é importante; mas se percebe que, se o mero reconhecimento formal não é suficiente para garantir a autonomia privada dos cidadãos, sua materialização pura e simplesmente em direitos sociais não garante a construção de uma autonomia pública plena¹⁶⁴.

Referida autonomia pública plena passa necessariamente por uma densificação do princípio da igualdade e da liberdade. Nesse sentido, Rodrigues assevera que:

O paradigma do Estado Democrático de Direito possibilita uma nova forma de se ver a igualdade, não mais uma igualdade formal ou material, mas sim uma igualdade que proporcione inclusão nos procedimentos democráticos de criação legítima do Direito, pretendendo criar condições de participação autônoma de todos na sociedade, onde cada cidadão deve ser visto como intérprete da Constituição e coautor nos processos legiferante e hermenêutico¹⁶⁵.

De modo a se alcançar uma participação legítima nas arenas institucionais de discussão, que ao mesmo tempo possa compreender o sistema processual brasileiro a partir das concepções dinâmicas dos direitos fundamentais, bem como possibilitar a materialização desses direitos, elege-se como marco teórico para a presente investigação o processualismo constitucional democrático, a significar uma

[...] uma concepção teórica que busca a democratização processual civil a partir da problematização da das concepções de liberalismo, socialização e pseudossocialização processual (neoliberalismo processual) e da percepção do necessário resgate do papel constitucional do processo como mecanismo de

¹⁶³ CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. O Processo Constitucional como o Instrumento da Jurisdição Constitucional. *Revista da Faculdade Mineira de Direito*, v.3, nº 05 e 06, p. 165.

¹⁶⁴ BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. *Recursos extraordinários no STF e STJ*, p. 264.

¹⁶⁵ RODRIGUES, Eder Bomfim. *Ações Afirmativas e o Princípio da Igualdade no Estado Democrático de Direito*. Curitiba: Juruá, 2010, p. 213.

formação das decisões, ao partir do necessário aspecto participativo e policêntrico das estruturas formadoras das decisões¹⁶⁶.

Tal processualismo científico, renovado pelas novas perspectivas do constitucionalismo, da teoria do direito e da filosofia, as quais a ciência jurídica deve necessariamente se abrir, defende que “as degenerações não são tanto fruto de um mau dimensionamento legislativo, mas, primordialmente, de uma leitura fraca dos direitos processuais que garantiriam uma participação endoprocessual”¹⁶⁷, e “passa a se preocupar com um viés mais panorâmico da aplicação do direito, de modo a suplantar a mera análise das legislações processuais”, bem como visa promover uma análise do sistema processual objetivando “suplantar a mera interpretação técnica e dogmática, ao verificar as grandes características e questões latentes no Direito Processual brasileiro que padecem de peculiaridades no contexto de sua aplicação”¹⁶⁸.

Referida visão teórica busca suplantar as concepções, perceptíveis ou não, de que o processo seria uma estrutura de dominação, mas, ao contrário, a percepção deste

[...] em perspectiva democrática e garantidora de direitos fundamentais, permitindo de um lado uma blindagem (limite) às atividades equivocadas das partes, advogados e juízes e de outro garante a participação e influência de todos os envolvidos e de seus argumentos nas decisões por ele (processo) formadas¹⁶⁹.

A compreensão e operacionalidade desta concepção teórica têm como pressupostos uma renovada concepção do acesso à justiça¹⁷⁰, do papel atual do processo e sua dimensão principiológica, em especial o princípio do contraditório, que, ao lado de todas as garantias processuais constitucionais inseridas na cláusula do devido processo legal, configuram um importante meio de democratização da tomada de decisões, viabilizando o comando normativo-constitucional de que todo o poder emana do povo, consubstanciado no parágrafo único do art. 1º da CRFB.

De acordo com Gonçalves:

¹⁶⁶ NUNES, Dierle José Coelho; BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco; CÂMARA, Bernardo Ribeiro; SOARES, Carlos Henrique. *Curso de direito processual civil: fundamentação e aplicação*. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 39.

¹⁶⁷ NUNES, Dierle José Coelho. *Processo Jurisdicional Democrático*, p. 176.

¹⁶⁸ NUNES, Dierle José Coelho; BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco; CÂMARA, Bernardo Ribeiro; SOARES, Carlos Henrique. *Curso de direito processual civil: fundamentação e aplicação*, p. 39.

¹⁶⁹ NUNES, Dierle. Processualismo constitucional democrático e o dimensionamento de técnicas para a litigiosidade repetitiva. A litigância de interesse público e as tendências “não compreendidas” de padronização decisória. *Revista de Processo*, v. 199. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 49.

¹⁷⁰ NUNES, Dierle; TEIXEIRA, Ludmila. *Acesso à justiça democrático*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

[...] o contraditório é a garantia de participação, em simétrica paridade, das partes, daqueles a quem se destinam os efeitos da sentença, daqueles que são os ‘interessados’, ou seja, aqueles sujeitos do processo que suportarão os efeitos do provimento e da medida jurisdicional que ele vier a impor¹⁷¹.

No Estado Democrático de Direito, o princípio do contraditório deve ser visto não só como bilateralidade da audiência, decorrência das posições subjetivas das partes no procedimento, mas como exigência de simétrica paridade de armas, ou seja, a igualdade de meios processuais idôneos a defesa da pretensão discutida, bem como a possibilidade de influência e de não surpresa no ato decisório¹⁷².

Nesse sentido, o direito processual deve ser pensado a partir de uma visão garantística, em perspectiva técnica orientada pela participação e policentrismo de todos os sujeitos processuais (partes, advogados, magistratura, Ministério Público, bem como o *amicus curiae*), contribuindo para a imperiosa percepção, de uma vez por todas, do impacto e das implicações “das concepções dinâmicas dos direitos fundamentais para o direito processual, de modo a permitir a obtenção de resultados eficientes e legítimos para os cidadãos que clamam por um acesso à justiça revigorado pela concepção de um Estado Constitucional Democrático”¹⁷³.

2.3.1 O *amicus curiae* como possibilidade de legitimidade representativa e decisória

A figura do *amicus curiae*, modalidade interventiva que vem ganhando espaço no direito brasileiro há alguns anos, é apontada como um precioso expediente para a redução do déficit de legitimidade das decisões e a democratização do processo decisório. O largo desenvolvimento nos últimos anos e, atualmente, sua previsão normativa no novo Código de Processo Civil, renovam os inúmeros questionamentos sobre o papel desta modalidade interventiva, seu espectro de atuação e o modo como esta se operacionaliza, seus limites e, principalmente, a consecução dos objetivos da intervenção. Conforme a observação de Nunes,

A discussão do modo de se implementar soluções constitucionais de implementação pragmática de um modelo processual legítimo e eficiente passaria pela real implementação de políticas públicas de democratização processual (acesso à justiça revigorado) que sejam seriamente debatidas por todos os envolvidos no sistema de aplicação de tutela e não por discursos ideológicos (como os neoliberais de pseudo-socialização), como vem ocorrendo no Brasil, na atualidade, que geram até mesmo

¹⁷¹ GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. Rio de Janeiro: Aide, 1992, p. 120.

¹⁷² BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. *Processo constitucional e Estado Democrático de Direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 97-100; NUNES, Dierle José Coelho. *Processo Jurisdicional Democrático*, p. 224-231.

¹⁷³ NUNES, Dierle. Precedentes, padronização decisória preventiva e coletivização. Paradoxos do sistema jurídico brasileiro: uma abordagem constitucional democrática. In: WAMBIER; Tereza Arruda Alvim (coord.). *Direito Jurisprudencial*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 258.

treinamentos para magistrados que deveriam passar a analisar o direito em perspectiva meramente econômica¹⁷⁴.

A intervenção do *amicus curiae* é recorrentemente apontada como uma das soluções constitucionais para uma renovada participação democrática nas decisões do judiciário, o que motivou sua previsão normativa, inicialmente no controle concentrado de constitucionalidade, prevendo uma abertura procedimental que permitisse ao STF exercer as funções que lhe são próprias, em proximidade com os potenciais interessados na discussão acerca de determinado tema.

Com efeito, a mesma previsão permitiu uma abertura cognitiva, possibilitando à Corte um amplo espectro informacional sobre o tema a ser decidido, viabilizando uma verdadeira possibilidade de contribuição para a interpretação do texto constitucional.

Pouco antes das leis que disciplinaram o controle de constitucionalidade concentrado no direito brasileiro, algumas leis previam a intervenção de determinadas entidades autárquicas, nos casos em que as matérias de competências destas entidades estivessem sendo discutidas¹⁷⁵. Nestas hipóteses, apontadas como condições de possibilidade para defesa do interesse público, as entidades expressamente previstas nestas leis podem intervir, em determinado feito, para apresentar informações diversas sobre conhecimentos técnicos ou muito especializados, os quais o magistrado possivelmente não teria o desejável conhecimento aprofundado (e nem seria lógico tão imposição).

Com efeito, nos últimos anos, a imensa quantidade de feitos a espera de julgamento, bem como a busca pela celeridade processual e a uniformidade decisória, especialmente no âmbito das Cortes de sobreposição, culminaram com diversas reformas legislativas, as quais modificaram sobremaneira o Direito Processual brasileiro, notadamente o sistema recursal.

Referidas modificações, se por um lado acabaram por restringir as condições de acesso aos Tribunais Superiores, mediante a criação de filtros recursais, além de delinearem um procedimento próprio para o julgamento de recursos – a exemplo das técnicas de julgamento por amostragem dos feitos representativos da controvérsia e o sobrestamento de todos os outros casos análogos, em trâmite nos tribunais –, por outro lado delinearam novas

¹⁷⁴ NUNES, Dierle. Processualismo constitucional democrático e o dimensionamento de técnicas para a litigiosidade repetitiva. A litigância de interesse público e as tendências “não compreendidas” de padronização decisória. *Revista de Processo*, v. 199. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 52.

¹⁷⁵ A Lei nº 6.385/76 disciplina a competência da Comissão de Valores Mobiliários – CVM, assim como a possibilidade de intervenção em processo alheio, para fins de seus deveres institucionais, sendo que o mesmo é disciplinado na Lei nº 9.279/96, que versa sobre o Instituto Nacional de Propriedade Industrial – INPI, e a Lei nº 8.884/94, que versa sobre o Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Como se verá no desenvolvimento da pesquisa, as mencionadas legislações são recorrentemente apontadas por prever uma modalidade interventiva das respectivas autarquias em processo alheio, sendo que tais intervenções são conceituadas pela literatura jurídica especializada como de um *amicus curiae*.

perspectivas e hipóteses de intervenção do *amicus curiae*, como o procedimento de aferição da repercussão geral no recurso extraordinário (art. 543-A, §6º) e no julgamento dos recursos repetitivos no âmbito do STJ (art.543-C, § 4º).

Esse novo dimensionamento dos recursos extraordinários é recorrentemente apontado como uma evolução do modelo de constitucionalidade brasileiro, o qual é de tradição marcadamente difusa, sendo que, a partir da Constituição de 1988, teria sido supostamente idealizado a predominância do modelo concentrado.

A iminência de um novo CPC, conforme já mencionado, traz, dentre inúmeras outras novidades, a previsão normativa *amicus curiae*, se valendo desta mesma nomenclatura e trazendo a perspectiva de uma maior utilização desta modalidade interventiva, nos casos em que seus requisitos estiverem caracterizados.

Estas novas perspectivas de atuação do *amicus curiae*, juntamente com as previsões anteriores de atuação nesta condição, a despeito de serem recorrentemente apontadas como um precioso meio de participação social e de legitimidade das decisões, não vem sendo pensadas a partir de um viés diferente e igualmente importante, qual seja, os riscos e consequências da intervenção do *amicus curiae*.

Como se verá a seguir, pela análise das possibilidades de intervenção do *amicus curiae* no direito brasileiro, percebe-se que algumas destas foram delineadas no contexto da mitigação do controle difuso de constitucionalidade, como uma possível alternativa aos problemas de legitimidade que um modelo de padronização decisória, formulado em perspectiva neoliberal e alheio ao processo constitucional democrático, pode ocasionar.

Com efeito, não raras vezes, a possibilidade de participação na condição de informante, colaborador ou consultante em determinada área, justificada pela virtuosidade de seu caráter supostamente neutro, ao invés de um suposto ganho qualitativo na construção das decisões, poderia omitir ou esconder os reais motivos desta intervenção.

Nesse sentido, para além da suposta virtuosidade que seria a característica principal do instituto, não seria equivocado pensar que a intervenção do *amicus curiae*, sob as vestes de uma suposta democratização da decisão mediante a participação da sociedade, poderia, em verdade, ser orientada por interesses inconfessáveis, para manutenção de grupos hegemônicos que poderiam se beneficiar de determinada interpretação jurídica a justificar o provimento jurisdicional.

Tal observação se mostra particularmente preocupante quando da constatação de que, ao perceberem o atual momento fortalecimento do direito jurisprudencial e da padronização decisória, os litigantes habituais (*repeat players*):

[...] se articulam com a finalidade de promoção de uma litigância estratégica perante os Tribunais (especialmente superiores) mediante o uso dos recursos (extraordinários gênero) e/ou dos *amici curiae* com o nítido intuito de forjar entendimentos padrão passíveis de atender a seus interesses¹⁷⁶.

Referida preocupação se justifica pela análise da bibliografia analisada que, em absoluta maioria, afirma de forma peremptória o caráter virtuoso da intervenção e os ganhos qualitativos decorrentes de sua admissão. Em que pese as menções sobre as diversas conformações que a intervenção do *amicus curiae* assumiu ao longo de seu desenvolvimento no direito estrangeiro, sobretudo nos EUA, a literatura jurídica brasileira dedicada ao tema raramente traz a lume alguma suspeita quanto à alardeada virtuosidade do instituto¹⁷⁷.

A partir desses pressupostos, uma análise crítica do *amicus curiae* a partir do processualismo constitucional democrático passa necessariamente por uma contextualização de sua origem e desenvolvimento, abordando o modo como este foi recepcionado em outros países e também as eventuais modificações na conformação do instituto, seu dimensionamento no direito brasileiro pela legislação, doutrina e jurisprudência, bem como os principais desafios e perspectivas do *amicus curiae* na atualidade.

O capítulo seguinte, nesse sentido, apresenta as origens históricas do instituto e seu desenvolvimento no direito inglês, sua recepção e franco desenvolvimento no direito estadunidense, além das modificações ocorridas em sua conformação original, momento no qual a intervenção passou a ser manejada para além de seu anterior papel de neutralidade e desinteresse, passando a ser utilizada de forma interessada para o reforço dos interesses das partes e/ou para defesa de interesses próprios. Apresentam-se também breves menções acerca da recepção do *amicus curiae* em outros países, de modo a permitir uma adequada compreensão da atual dimensão e importância desta modalidade interventiva no direito atual, especialmente no que diz respeito à defesa dos direitos fundamentais.

¹⁷⁶ NUNES, Dierle. Novo CPC: *Fundamentar decisões judiciais com amplitude e profundidade é cada vez mais necessário...* Disponível em <<http://cron.adv.br/2014/12/novo-cpc-fundamentar-decisoes-judiciais-com-amplitude-e-profundidade-e-cada-vez-mais-necessario/>>. Acesso em 20.11.2014.

¹⁷⁷ Como se verá a seguir, a pesquisa de Medina é pioneira nesse sentido, trazendo importantes aportes do direito norte-americano sobre as modificações ocorridas na forma de atuação na qualidade de *amicus curiae*. MEDINA, Damares. *Amicus curiae: amigo da corte ou amigo da parte?* São Paulo: Saraiva, 2010.

3 O *AMICUS CURIAE* NO DIREITO ESTRANGEIRO

3.1 Origens do instituto

O *amicus curiae*, (também chamado de *friend of court*, nos EUA, *amigo del tribunal* ou *assistente oficioso*, na Argentina, *Freund des Gerichts*, na Alemanha), se apresenta ao operador do direito como uma figura jurídica controversa e desafiadora, que, apesar da larga experiência de outros países, ao longo dos anos vem sendo gradativamente conhecida e caracterizada pelos esforços dos técnicos e da jurisprudência dos tribunais pátrios.

A crescente importância atribuída a este terceiro enigmático¹⁷⁸, o qual, por sua informalidade e peculiaridades, “não guarda verossimilhança com nossa intervenção de terceiros, que se desdobra em diversos institutos processuais (arts. 56 a 60 CPC)”¹⁷⁹ é uma das principais características de um fenômeno igualmente controverso, só recentemente identificado e investigado em solo brasileiro, qual seja, a relação de aproximação ou convergência ente *common law* e *civil law*, também denominada circulação de modelos, mixagem ou hibridismo processual¹⁸⁰.

O fenômeno em questão, metaforizado pela doutrina italiana como “*due iceberg a confronto*”¹⁸¹, implica o reconhecimento de que nenhum sistema ou tradição pode, na atualidade, ser tratado com o necessário rigor científico tendo como justificativa principal uma maior ou menor atribuição de importância ao precedente ou aos códigos¹⁸². As reformas processuais realizadas no ordenamento jurídico brasileiro nos últimos anos objetivaram a compatibilização horizontal e vertical das decisões dos tribunais superiores¹⁸³, bem como a assunção da jurisprudência como fonte de normatividade¹⁸⁴.

¹⁷⁸ Definição magistral de Cássio Scarpinella Bueno em sua tese de livre docência. BUENO, Cássio Scarpinella Bueno. *Amicus curiae no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

¹⁷⁹ MACIEL, Adhemar Ferreira. *Amicus Curiae: um instituto democrático*. *Revista de Processo* v. 106. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 281.

¹⁸⁰ TARUFFO, Michele. Il processo civile di *civil law* e di *common law*: aspetti fondamentali. *Sui confine: scritti sulla giustizia civile*. Bologna: Il Mulino, 2002.

¹⁸¹ GAMBARO, Antonio. *Civil law e common law: evoluzione e metodi di confronto*. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Numero Speciale: Due iceberg a confronto: Le derive di common law e civil law, 2009, n. 4, p.

¹⁸² GAMBARO, Antonio. *Civil law e common law: evoluzione e metodi di confronto*. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Numero Speciale: Due iceberg a confronto: Le derive di common law e civil law, 2009, n. 4, p. 12). TARUFFO, Michele. Precedente e giurisprudenza. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano: Giuffrè, ano LXI, n. 3. p. 709.

¹⁸³ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Repercussão geral no recurso extraordinário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 18. Essa tendência se materializa em diversas modificações legislativas idealizadas nos últimos anos, como o aumento dos poderes do relator no tribunal (art. 557 do CPC), a súmula impeditiva de recursos (art. 518 do CPC), a súmula vinculante (art. 103-A da CRFB), a repercussão geral no

Lado outro, os países de tradição anglo-saxônica atribuem uma importância cada vez maior a codificação. O EUA apresenta diversos procedimentos sobre processos coletivos, a exemplo do Estado da Louisiana, que, por suas peculiaridades no que diz respeito à legislação codificada e respeito ao *stare decisis*, representa na atualidade um grande exemplo da aproximação de tradições aparentemente inconciliáveis. Com efeito, a Inglaterra, berço da tradição anglo-saxônica, desde 1999 dispõe de um Código de Processo Civil escrito e que, como esclarece autorizada doutrina, vem alcançando resultados satisfatórios quanto aos objetivos pretendidos com a criação das *Civil Procedure Rules*¹⁸⁵.

A crescente importância do *amicus curiae* no direito brasileiro ilustra que sua recepção configura uma das características mais marcantes da mencionada aproximação entre os dois *icebergs*.

Em sua origem, o *amicus curiae* se apresentava como um terceiro neutro que, mediante requisição ou autorização da corte, participava do processo de modo a contribuir com a justiça da decisão. A intervenção consistia no fornecimento de informações aptas a contribuir para o acerto dos fatos controversos, bem como aqueles fatos porventura não ventilados pelas partes¹⁸⁶.

A figura do *amicus curiae* tem duas hipóteses de explicação de suas origens. A primeira, no direito inglês, mais precisamente no direito penal inglês medieval¹⁸⁷, na qual este exercia a função de um colaborador neutro dos magistrados, nos casos em que sua resolução envolvia questões não estritamente jurídicas, além de atuar no sentido de os juízes não cometerem erros de julgamento, tendo como única obrigação o dever de lealdade para com os juízes. Competia ao *amicus* a função de levantamento de precedentes judiciais (*cases*) e leis (*statutes*), por quaisquer motivos desconhecidos pelos magistrados¹⁸⁸.

A segunda teoria aponta outra origem da figura do *amicus curiae*, qual seja, no direito romano, mais precisamente na figura do *consiliarius*, membro técnico do *consillium*, órgão

recurso extraordinário (Art. 543-A, § 1º do CPC), o julgamento de recursos repetitivos, o julgamento *initio litis* (art. 285-A do CPC), dentre outros.

¹⁸⁴ NUNES, Dierle. Precedentes, padronização decisória preventiva e coletivização. Paradoxos do sistema jurídico brasileiro: uma abordagem constitucional democrática. In: WAMBIER; Tereza Arruda Alvim (coord.). *Direito Jurisprudencial*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 245-276.

¹⁸⁵ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A revolução processual inglesa. *Revista síntese de direito civil e processual civil*. Porto Alegre: Síntese, v. 1, n. 1, jul. 1999. ANDREWS, Neil. Influência europeia sobre o processo civil inglês: a Inglaterra não é mais uma ilha. In: *Revista de processo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, abril, n. 194, 2011, pp. 161-181.

¹⁸⁶ SILVESTRI, Elizabetta. *L'amicus curiae: uno strumento per la tutela degli interessi non rappresentati*. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano: Giuffrè, a. LI, n. 3, 1997, p. 680.

¹⁸⁷ Idem.

¹⁸⁸ BUENO, Cássio Scarpinella Bueno. *Amicus curiae no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 112-113. LOWMAN, Michael. The litigant amicus curiae: when does the party begin after the friends leave? *American University Law Review*, v. 41, p. 1243-1299, 1992, p. 1243.

responsável por funções consultivas em geral: política, financeira, religiosa, administrativa, militar, legislativa e judiciária, sendo que esta última tinha o condão de proporcionar o equilíbrio e ponderação necessária ao julgador para uma decisão acertada. A atuação do *consillium* foi bastante comum durante o período romano, da era arcaica à republicana e ao longo de todo império. Sua semelhança com o *amicus curiae* é justificada pela natureza de sua intervenção, a qual dependia de convocação do magistrado e seu auxílio era prestado de acordo com o seu próprio e livre convencimento, observando os princípios do direito¹⁸⁹.

3.2 Referências do direito inglês

Além da já mencionada hipótese de origem do *amicus curiae* no direito romano, os estudos dedicados ao tema reconhecem, sem qualquer digressão, que foi no direito inglês que surgiram referências ao instituto de maneira mais sistemática e que, posteriormente, foram incorporadas no direito americano¹⁹⁰.

Em sua origem histórica e desenvolvimento no direito inglês medieval, o *amicus curiae* comparecia perante as cortes na qualidade de “*attorney general*” ou “*counsels*”, e tinha como função o apontamento, sistematização e apresentação de informações relevantes de precedentes judiciais (*cases*) e leis (*estatutes*) que, por quaisquer motivos, escapavam ao conhecimento dos magistrados¹⁹¹. Nesse sentido, a função originária do *amicus curiae* é descrita como sendo a de “*oral shepardizing*”, nomenclatura advinda do nome e do trabalho realizado pelo americano Frank Shepard, que realizou a catalogação de

[...] informações relevantes de precedentes judiciais e *statutes*, fornecendo serviço considerado verdadeiro guia e fonte de consulta para advogados e juízes saberem se as decisões passadas teriam sido reafirmadas, citadas ou revogadas por outros julgados¹⁹².

A intervenção do *amicus curiae* no direito inglês é compreensível e, até mesmo, justificável, em virtude da natureza eminentemente judicial do Direito inglês, bem como em

¹⁸⁹ CRISCUOLI, Giovanni. “*Amicus curiae*”. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. Ano XXVII, n. 1. Milano: Giuffrè, 1973, PP. 197-198. BUENO, Cássio Scarpinella Bueno. *Amicus curiae no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 112-113.

¹⁹⁰ BUENO, Cássio Scarpinella Bueno. *Amicus curiae no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 114. BISH, Isabel da Cunha. *O amicus curiae, as tradições jurídicas e o controle de constitucionalidade: um estudo comparado à luz das experiências americana, europeia e brasileira*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 19.

¹⁹¹ BUENO, Cássio Scarpinella Bueno. *Amicus curiae no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático*, p. 114. BISH, Isabel da Cunha. *O amicus curiae, as tradições jurídicas e o controle de constitucionalidade*, p. 19.

¹⁹² BISH, Isabel da Cunha. *O amicus curiae, as tradições jurídicas e o controle de constitucionalidade: um estudo comparado à luz das experiências americana, europeia e brasileira*, p. 19-20.

decorrência do *adversarial system*, que é caracterizado por uma espécie de confronto entre dois adversários, responsáveis pela condução do processo e um juiz passivo, como já mencionado neste trabalho como característica de um modelo liberal¹⁹³.

Nesse sentido, Silvestri observa que o *amicus curiae* encontrou espaço na Inglaterra justamente por representar uma exceção ao caráter bipolar do processo, auxiliando os magistrados ingleses para uma melhor decisão, sem, no entanto, se sobrepor ao papel das partes¹⁹⁴.

Bish, respaldada em farta bibliografia, observa que a apresentação de memoriais pelo *amicus curiae* consagrou-se no Direito inglês como uma possibilidade de apresentação, por terceiros, de informações ao juízo, mediante convite ou permissão, sendo que, por dependerem de autorização do judiciário, não constituem um direito subjetivo. Com efeito, os *briefs* têm sido utilizados para a representação dos interesses daqueles que serão potencialmente afetados pelo resultado de uma decisão, de modo a “preencher as lacunas deixadas por um sistema litigioso centrado na resolução de conflito entre duas partes (*bi-partisan conflicts*), constituindo verdadeira alternativa para a intervenção de terceiros”¹⁹⁵.

A intervenção é realizada principalmente pelo “*Attorney General*”, função semelhante àquela exercida pelo Procurador Geral da República ou Advogado Geral da União, nos casos de interesse da Coroa Inglesa, para prestar informações de ordem fática ou jurídica. No que diz respeito aos particulares, esta modalidade interventiva é consideravelmente restrita, como nos casos de entidades profissionais nos casos relativos aos interesses que tutelam¹⁹⁶.

O *amicus curiae* mostrou seu caráter consultivo em casos de implicações polêmicas, de ordem jurídica e moral, como em um caso relativo às irmãs gêmeas unidas (isquiópagas), em que se discutiu sobre a operação que separaria as irmãs e que ocasionaria a morte de uma delas. No caso em questão, a *Court of Appeal* entendeu pela convocação de pareceres de criminalistas, da *Pro-Life Alliance*, bem como a manifestação do Arcebispo de Westminster. Outro caso polêmico no qual houve intervenções semelhantes foi o processo de extradição do

¹⁹³ BISH, Isabel da Cunha. *O amicus curiae, as tradições jurídicas e o controle de constitucionalidade: um estudo comparado à luz das experiências americana, europeia e brasileira*, p. 29. BUENO, Cássio Scarpinella Bueno. *Amicus curiae no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático*, p. 115.

¹⁹⁴ SILVEISTR, Elisabetta. *L'amicus curiae: uno strumento per la tutela degli interessi non rappresentati*. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. Anno LI. n. 3. Milano: Giuffrè Editore, set. 1997, p. 684-686. BISH, Isabel da Cunha. *O amicus curiae, as tradições jurídicas e o controle de constitucionalidade: um estudo comparado à luz das experiências americana, europeia e brasileira*, p.29. BUENO, Cássio Scarpinella Bueno. *Amicus curiae no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático*, p. 115.

¹⁹⁵ BISH, Isabel da Cunha. *O amicus curiae, as tradições jurídicas e o controle de constitucionalidade*, p. 29.

¹⁹⁶ SILVEISTR, Elisabetta. *L'amicus curiae: uno strumento per la tutela degli interessi non rappresentati*, p. 680. BISH, Isabel da Cunha. *O amicus curiae, as tradições jurídicas e o controle de constitucionalidade: um estudo comparado à luz das experiências americana, europeia e brasileira*, p. 29-30.

Ex-presidente do Chile, Augusto Pinochet, no qual a Câmara dos Lordes recebeu manifestações, da Anistia Internacional, de juristas, da República do Chile, dentre outras¹⁹⁷.

Dentre os diversos exemplos da intervenção do *amicus curiae* na Inglaterra e em todo o Reino Unido, Shiner, em sua atuação como advogado juntamente com outros profissionais na instituição *Public Interest Lawyers*, apresenta alguns casos polêmicos, relativos a questões constitucionais muito importantes, de desrespeito dos direitos humanos no âmbito interno e internacional¹⁹⁸.

Shiner menciona, como exemplos de atuação na condição de interveniente pela instituição de que faz parte, o caso *Al Skeini*, relativo à morte de um homem chamado Baha Mousa, o qual teria sido torturado até a morte na prisão de Bassorá, em setembro de 2003, quando do apoio e participação do Reino Unido à invasão do Iraque pelos EUA. Longe de ser um caso isolado, o autor denuncia a ocorrência de inúmeros outros casos de tortura e assassinatos nas ruas pelas tropas, enquanto realizavam buscas em casas e nas ruas, os quais, apesar da gravidade das acusações, a opinião pública não queria enfrentar¹⁹⁹.

Dentre os casos selecionados para investigação de eventual violação dos direitos humanos, os pontos a serem explicitados dizem respeito à indagações pertinentes e, ao mesmo tempo, complexas, a exemplo da aplicabilidade ou não das leis em matéria de direitos humanos durante a ocupação do Iraque e, em especial, da Convenção Europeia sobre Direitos Humanos, bem como sobre a violação de direitos processuais relativos ao acesso à jurisdição e investigação dos mencionados casos²⁰⁰.

Shiner destaca que, na Câmara dos Lordes, os intervenientes tem uma hora para manifestação, sendo que esta tem como objeto a jurisprudência comparada, de casos submetidos à Corte Interamericana de Direitos Humanos, ao Comitê de Direitos Humanos das Nações Unidas e outras jurisdições²⁰¹.

¹⁹⁷ BISH, Isabel da Cunha. *O amicus curiae, as tradições jurídicas e o controle de constitucionalidade*, p. 30.

¹⁹⁸ SHINER, Phil. *The Importance of Third-Party Interventions in Public Law and Human Rights Cases*. Public Interest Lawyers. FLAC *Amicus Curiae* Interventions Seminar, 30 April 2007. Disponível em: <http://www.flac.ie/download/pdf/pil13_pshiner_amicus_curiae_sem_30apr07.pdf>. Acesso em 20.11.2014.

¹⁹⁹ SHINER, Phil. *The Importance of Third-Party Interventions in Public Law and Human Rights Cases*, p. 3.

²⁰⁰ SHINER, Phil. *The Importance of Third-Party Interventions in Public Law and Human Rights Cases*, p. 4-5. O autor observa que a investigação de vários oficiais, realizada pela justiça militar, não teria produzido “absolutamente nada”, a exceção de um cabo, que se declarou culpado por ter cometido tratamento desumano e, por isso, seria julgado pela Câmara dos Lordes.

²⁰¹ SHINER, Phil. *The Importance of Third-Party Interventions in Public Law and Human Rights Cases*, p. 4. Dentre os inúmeros casos citados pelo autor, consta a participação de diversas ONGs e instituições em casos como o de pessoas detidas e presas sem anterior acusação, a política do Reino Unido de vendas de armamento para Israel, notadamente em face das reiteradas violações do Direito Internacional pelo Estado em questão, bem como a política de energia nuclear anunciada por Tony Blair, a qual foi questionada judicialmente por inúmeras ONGs.

No que tange às avaliações quanto ao crescente número de intervenções do *amicus curiae* na Inglaterra, Bish registra que esta foi avaliada pela doutrina, em regra, de forma positiva, sob a justificativa de que “o instituto veio a introduzir no âmbito judicial perspectivas antes marginalizadas, além de relevantes informações técnicas no processo de formação do direito”²⁰². A mesma autora menciona, por outro lado, algumas críticas feitas à intervenção processual do *amicus*, a qual teria o condão de desvirtuar a separação de poderes e invadir a competência do legislativo, uma vez que a abertura procedimental em lides individuais, para a perseguição de um suposto interesse público, consistiria em uma discussão típica do ambiente parlamentar²⁰³.

Por fim, ressalte-se que, pouco após a já mencionada reforma processual inglesa (1999), foi organizado um grupo de trabalho em 2001, a fim de reavaliar as funções e normatizar a intervenção do *amicus curiae*, do que resultou em um memorial para os juízes ingleses e que trazia em seu conteúdo diversas modificações, a começar pela própria nomenclatura atribuída ao instituto, agora referido como *Advocate to the Court*. Dentre as principais modificações, consta no mencionado memorial que a intervenção do *Advocate to the Court* deve ser solicitado pela Corte e nomeado pelo *Attorney-General*, notadamente nos casos em que houver o risco de que o Tribunal decida difíceis questões de direito sem ter ciência de outros argumentos relevantes. Com efeito, consta no referido memorial que o *Advocate to the Court* não representa ninguém e que advogados com o múnus de representar entidades governamentais não são assim considerados²⁰⁴.

3.3 Referências do direito norte-americano

No direito norte-americano, ao contrário do ocorrido no direito inglês, onde o *amicus curiae* em um primeiro momento tutelava interesses eminentemente privados, nos EUA a intervenção do *friend of court* se prestava à tutela de um interesse eminentemente público, defendendo os interesses da Administração Federal e dos entes federados²⁰⁵.

²⁰² BISH, Isabel da Cunha. *O amicus curiae, as tradições jurídicas e o controle de constitucionalidade*, p. 30.

²⁰³ BISH, Isabel da Cunha. *O amicus curiae, as tradições jurídicas e o controle de constitucionalidade*, p. 30-31.

²⁰⁴ BISH, Isabel da Cunha. *O amicus curiae, as tradições jurídicas e o controle de constitucionalidade*, p. 31.

²⁰⁵ Elisabetta Silvestri observa que [...] a evolução súbita nos Estados Unidos do *amicus curiae* é devida em larga medida ao particular assento institucional daquele ordenamento. Inicialmente, de fato, a participação em juízo é reservada a quem representa o governo federal ou a administração de estados singulares, e objetiva a fazer valer o interesse de um ou de outros em uma controvérsia entre privados, na qual surjam questões atinentes ao complexo entrelace de relações derivantes da doutrina do federalismo ou, mais frequentemente, questões relativas à escolha das normas (federais ou estaduais) a aplicar ao caso concreto (tradução livre). SILVESTRI, Elisabetta. *L'amicus curiae: uno strumento per la tutela degli interessi non rappresentati*. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. Milano: Giuffrè, a. LI, n. 3, 1997, p. 681.

A primeira aparição do *amicus curiae* nos EUA é identificada no ano de 1812, no caso *The Schooner Exchange vs. McFadden*, no qual o *attorney general* forma admitido para opinar sobre o julgamento de questões relativas à marinha²⁰⁶.

Outro caso referido pela literatura especializada como sendo um dos pioneiros casos data de 1821. Em *Green vs. Biddle*, após a declaração de inconstitucionalidade de *statute* relativo à indenização a proprietários de terras que, não residindo no Estado, viessem a recuperá-las, o Estado do *Kentucky* requereu, por meio da atuação do Senador Henry Clay, sua admissão na condição de *amicus curiae* para solicitação de nova audiência, sendo que, mesmo tendo sido deferida, o *statute* foi julgado novamente inválido²⁰⁷.

Um dos casos paradigmáticos que engendrou uma gradual mudança nos moldes do *amicus curiae* como representante de interesses governamentais ocorreu no ano de 1908, pelo parecer de um Douro advogado chamado Louis Brandeis que, mais tarde, viria a ser integrante da Suprema Corte Americana²⁰⁸. Nesta oportunidade, em pleno período de liberalismo econômico e conseqüente liberalismo contratual, o referido parecer “trouxo aos julgadores uma série de elementos que permitiam uma análise das implicações referentes à manifestação de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade de uma lei do Estado do Oregon” que instituíu um limite máximo à jornada de trabalho diária para as mulheres²⁰⁹.

O referido caso acabou também por modificar as conformações dos argumentos até então apresentados pelos *amici*. Se em um primeiro momento esses argumentos eram estritamente jurídicos, passou-se a admitir a intervenção para a apresentação de argumentos outros, não necessariamente de ordem legal.

Em sua pesquisa, Bish relaciona o *amicus curiae* nos EUA com a evolução do controle de constitucionalidade, notadamente a atuação da Suprema Corte ao longo de sua história. A autora explica que, no desenvolvimento do *judicial review*, até meados de 1880, a

²⁰⁶ BUENO, Cássio Scarpinella. *O amicus curiae no processo civil brasileiro*, p. 116.

²⁰⁷ BUENO, Cássio Scarpinella. *O amicus curiae no processo civil brasileiro*, p. 116; BISH, Isabel da Cunha. *O amicus curiae, as tradições jurídicas e o controle de constitucionalidade*, p. 49.

²⁰⁸ Louis D. Brandeis foi nomeado para a Suprema Corte Americana pelo então presidente Wilson, no ano de 1916. Seu período de atuação vai até o ano de 1939.

²⁰⁹ “Em solo norte-americano, o mais famoso *amicus*, responsável pela guinada dos moldes de formulação do parecer e da sua função diante das Cortes de Justiça, foi o *Brandeis Brief*, introduzido no caso *Muller v. Oregon* pelo então advogado Louis D. Brandeis. Esse *brief*, diversamente dos antecessores, não levava à Corte precedentes e questões unicamente jurídicas. Tratava-se de pouco mais de uma centena de páginas criativamente dedicadas à exposição de opiniões médicas, estatísticas econômicas e sociais, estudos de impacto, e, ainda, de um minudente exame de legislação alienígena. É imperioso perceber que os argumentos nucleares do parecer repousam em elementos externos ao ordenamento jurídico e à jurisprudência estadunidenses”. MARTEL, L. de C. V.; PEDROLLO, G. F. *Amicus curiae: elemento de participação política nas decisões judiciais-constitucionais*. *Revista da Ajuris*, Porto Alegre, n. 99, p. 161-179, set. 2005, p. 164. BISH, Isabel da Cunha. *O amicus curiae, as tradições jurídicas e o controle de constitucionalidade*, p. 51. MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 1137.

preocupação maior dos EUA era com a defesa da unidade do Estado, sendo que a atuação da Suprema Corte seria para mediar os interesses do Governo Federal e os Estados Federados²¹⁰.

No período compreendido entre 1880 a 1935, a Suprema Corte realizou uma interpretação da Constituição em sentido eminentemente liberal e conservadora, a exemplo do julgado *Lochner v. New York* (1905), na qual a Corte considerou inconstitucional uma lei que limitava a jornada dos trabalhadores em padarias a sessenta horas semanais, além do caso *Adkins v. Children Hospital* (1923), no qual decidiu-se pela inconstitucionalidade de uma lei do Distrito de Colúmbia, que determinava a adoção de um salário mínimo para mulheres. Bish também menciona o caso *Coppage v. Kansas* (1915), no qual a Suprema Corte, apesar de sua orientação liberal, declarou a inconstitucionalidade de lei estadual que proibia os contratos conhecidos como “*yellow dog*”, que estabeleciam a condição, para o contrato de trabalho, a comprovação de que o contratado não era filiado ao respectivo sindicato²¹¹.

No período compreendido entre 1953 a 1969, durante a presidência da Corte por Earl Warren, *Chief Justice* no período mencionado, “prevaleceu na Suprema Corte a doutrina do devido processo legal substantivo (*substantive due processo of law*), cuja máxima residia no controle do conteúdo da legislação, e não somente no controle das regras de cunho processual”²¹².

Nesta nova fase, marcada pelo perfil liberal da maioria dos integrantes da Corte, “especialmente após a Segunda Guerra Mundial, com a expansão dos direitos civis, muito do que antes era considerado domínio do Direito Privado veio a ser objeto de decisões e regras de Direito Público”²¹³. A Suprema Corte passa a ter uma orientação de salvaguarda da liberdade política e, principalmente, a igualdade racial²¹⁴, como no caso *Brown v. Board of Education* (1954), o qual, modificando o precedente *Plessy v. Fergusson* (1896), acabou com a segregação racial nas escolas públicas de ensino fundamental e médio, ao entender que referidas leis estaduais violavam a Décima Quarta Emenda da Constituição Americana. O caso em questão, contrariando o entendimento dominante à época, derrubou quase sessenta anos de segregação racial, sintetizada pela doutrina “*separated, but equal*”²¹⁵. Registre-se que,

²¹⁰ BISH, Isabel da Cunha. *O amicus curiae, as tradições jurídicas e o controle de constitucionalidade*, p. 39.

²¹¹ BISH, Isabel da Cunha. *O amicus curiae, as tradições jurídicas e o controle de constitucionalidade*, p. 39-40.

²¹² BISH, Isabel da Cunha. *O amicus curiae, as tradições jurídicas e o controle de constitucionalidade*, 40 e 55.

²¹³ BISH, Isabel da Cunha. *O amicus curiae, as tradições jurídicas e o controle de constitucionalidade*, 43.

²¹⁴ BISH, Isabel da Cunha. *O amicus curiae, as tradições jurídicas e o controle de constitucionalidade*, 39.

²¹⁵ BISH, Isabel da Cunha. *O amicus curiae, as tradições jurídicas e o controle de constitucionalidade*, 43. Nunes observa que “No entanto, em estados do Sul dos EUA, mais de uma década depois de *Brown*, prevalecia o lema ‘contanto que possamos legislar, podemos segregar’ (*as long we can legislate, we can segregate*) mostrando claramente que em ‘questões fraturantes’ uma decisão proferida, mesmo por uma Corte judicial de sobreposição, não tem o condão de gerar todos os efeitos sociais e jurídicos da mudança almejada (e obtida) em sede judicial, mas tão somente efeito simbólico”. NUNES, Dierle. Fundamentos e dilemas para o sistema

durante a “Corte Warren”, passou-se a aceitar amplamente informações não jurídicas, a exemplo da menção, na decisão proferida, de inúmeros trabalhos empíricos de cientistas e sociólogos, “indicando que a segregação racial em escolas causaria danos psicológicos às crianças”²¹⁶.

No que diz respeito às pessoas e entidades que efetivamente intervêm na condição de *amicus curiae*, percebe-se que a admissão do *Solicitor General* dos EUA e entidades governamentais, nos casos de caráter público, sempre se deu de forma ampla, ao passo que a admissão de *amici* particulares ocorreu de forma gradativa, notadamente no início do século XX, período em que esta nova conformação se potencializou²¹⁷.

Além da intervenção de inúmeras agências reguladoras, como a *Security and Exchange Commission* – SEC, órgão de papel semelhante ao desenvolvido pela Comissão de Direitos Mobiliários – CVM no Brasil²¹⁸, o *Solicitor General* “é conhecido como o ‘Décimo Ministro da Suprema Corte’ (*tenth justice*), tamanha sua influência, estampada inclusive na Regra 37, que não exige, para atuação do Governo Federal como *amicus curiae*, autorização das partes litigantes”²¹⁹.

Lowman chama a atenção para a flexibilidade que caracteriza a atuação dos *amici curiae*, pelo fato de que, através dos séculos, as cortes tem evitado lhe conferir uma definição rígida, sendo que seus contornos neventos tem se mostrado úteis para as cortes, que se valem do instituto para superar as limitações do sistema adversarial²²⁰.

O largo desenvolvimento do *amicus curiae*, sobretudo nos EUA, mostra que sua intervenção se revela realmente enigmática. De informante do juízo, se afastou gradativamente da ideia de imparcialidade que caracterizava sua intervenção, aproximando-se, desta forma, de uma feição litigante, passando de amigo da corte a amigo da parte²²¹,

processual brasileiro: uma abordagem da litigância de interesse público a partir do Processualismo Constitucional democrático. In: FIGUEIREDO; Eduardo Henrique Lopes *et al.* *Constitucionalismo e democracia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, p. 168.

²¹⁶ BISH, Isabel da Cunha. *O amicus curiae, as tradições jurídicas e o controle de constitucionalidade*, 55.

²¹⁷ BUENO, Cássio Scarpinella. *O amicus curiae no processo civil brasileiro*, p. 117; BISH, Isabel da Cunha. *O amicus curiae, as tradições jurídicas e o controle de constitucionalidade*, 70.

²¹⁸ Bish explica que a SEC, em virtude do seu poder normativo, tem grande interesse na atuação, como *friend of Court*, perante a Suprema Corte, mostrando que a atuação na condição de interveniente se tornou uma importante e bem sucedida ferramenta política. Sua intervenção é motivada tendo em vista o interesse público, para informar a Corte sobre as complexas regras do mercado de capitais, de modo a auxiliar em sua interpretação, bem como contribuir para a formação de decisões consideradas de grande impacto, quando da formação de precedentes judiciais. BISH, Isabel da Cunha. *O amicus curiae, as tradições jurídicas e o controle de constitucionalidade*, 69-70.

²¹⁹ BISH, Isabel da Cunha. *O amicus curiae, as tradições jurídicas e o controle de constitucionalidade*, 71

²²⁰ LOWMAN, Michael. The litigant *amicus curiae*: when does the party begin after the friends leave? *American University Law Review*, v. 41, p. 1247, 1992.

²²¹ MEDINA, Damares. *Amicus curiae: amigo da corte ou amigo da parte?* São Paulo: Saraiva, 2010, p. 37. Sorenson destaca que, na atualidade, ao invés de atuar como um conselheiro imparcial a orientar a corte, a

sendo utilizado como instrumento de estratégia judicial em defesa de um dos lados da disputa, um lobista²²² e, mais recentemente, um suposto “vindicador dos politicamente impotentes, que fazem do Poder Judiciário a sua última, senão única, fronteira”²²³.

Nesse sentido, analisando extensa bibliografia sobre o tema, Medina observa que, já na década de 1960:

[...] o *amicus curiae* teria se tornado uma forma de intervenção de terceiros como outra qualquer. A única distinção estaria no nível de formalidade e de direitos e deveres decorrentes de cada tipo de intervenção. No caso do *amicus curiae*, seria uma forma de permitir o ingresso de terceiros, sem que estes viessem a se tornar detentores de nenhum direito processual subjetivo, como o de recorrer ou ser intimado. O *amicus* seria apenas a mais formal das inúmeras táticas empregadas no *lobby* judicial²²⁴.

Diversos estudos mostram o crescimento do número de intervenções, em escala exponencial, bem como a correlação destas com o resultado do julgamento e a efetiva influência que tiveram em algumas decisões da Suprema Corte americana²²⁵.

Dentre os inúmeros casos relativos à importância dos *amici* em intensas discussões de âmbito nacional, para não exceder os objetivos do presente trabalho, um se mostra particularmente interessante, por se tratar de um direito de ordem processual. Destaca-se o julgamento de Gideon, acusado de ter invadido uma residência. Pela lei do Estado da Flórida, um acusado poderia ser condenado sem a necessidade de uma defesa técnica, por advogado ou defensor dativo, uma vez que o crime em questão não reclama pena de morte. Conforme esclarece Adhemar Ferreira Maciel:

Gideon acabou por fazer sua própria defesa. Foi condenado a cinco anos de prisão. Não se conformou. Interpôs um *habeas corpus* perante a Suprema Corte da Flórida, insistindo que condenação sem assistência técnica (advogado) feria a Constituição e o *Bill of Rights*, que se aplicavam aos Estados. Tornou a perder. Sua causa chegou à Suprema Corte (Federal) através de um *writ of certiorari*. Por ser pobre, a Suprema

intervenção do *amicus curiae* tem sido manejada para o exercício do papel de lobista e também de amigo da parte, nos casos em que estaria subvertendo o sistema judicial, quando utilizado por estas para influenciar o julgamento ao invés de servir ao interesse público. SORENSON, Nancy Bage. The Ethical Implications of *amicus* briefs: a proposal for reforming rule 11 of the Texas rules of appellate procedure. *St. Mary's Law Journal*, v. 30, p. 1219-1277, 1999, p. 1221.

²²² Na década de 1950, conforme o excelente texto de Harper e Etherington, o *lobby* realizado pelos inúmeros memoriais dos *amici* se tornou um sério problema para a Suprema Corte americana. HARPER V. Fowler, ETHERINGTON Edwing D. *Lobbyists before the Court*. *University of Pennsylvania Law Review*, jun. 1953, p. 1172-1177.

²²³ LOWMAN, Michael. The litigant *amicus curiae*: when does the party begin after the friends leave? *American University Law Review*, v. 41, p. 1245. MEDINA, Damares. *Amicus curiae*: amigo da corte ou amigo da parte? São Paulo: Saraiva, 2010, p. 38.

²²⁴ MEDINA, Damares. *Amicus curiae*: amigo da corte ou amigo da parte? São Paulo: Saraiva, 2010, p. 101.

²²⁵ Cf. KEARNEY, Joseph D, MERRIL. The influence of *amicus curiae* briefs on the supreme court. *University of Pennsylvania Law Review*, jan. 2000, p. 743-855.

Corte nomeou-lhe um advogado dativo, o grande Abe Fortas (mais tarde juiz da Suprema Corte). Como *amici curiae* figuraram J. Lee Rankin, que falou pela *American Civil Liberties Union*, e outras entidades²²⁶.

Acrescenta que diversas entidades públicas e cerca de vinte e dois Estados foram admitidos como *amici curiae*, cada um apresentando suas razões²²⁷. No que diz respeito à participação no processo judicial norte-americano, Bish ressaltar que a atuação do *amicus curiae* é um elemento essencial, na medida em que

[...] a participação de terceiros nos feitos judiciais individuais indica a necessidade sentida pela sociedade americana de criar instrumento jurídico para informar e convencer o Poder Judiciário das possíveis consequências de suas decisões, especialmente no âmbito do Judicial. É bem verdade que, ao lado do caráter *inter partes* do controle de constitucionalidade, foram decisivas para a consagração do *amicus curiae* a emergência e maturação do Direito Público nos Estados Unidos, criando ambiente propício para ‘não partes’ auxiliarem na construção de decisões, máxime quando brotam de temas polêmicos, tais como ações afirmativas, aborto, relação entre o Estado e Igreja, eutanásia, entre outros²²⁸.

Em que pese a regras 33, 34 e 37 do Regimento da Suprema Corte dos EUA preverem um regramento consideravelmente rígido para admissão da intervenção – que é feita quase exclusivamente por meio da apresentação de memoriais, constituindo uma excepcionalidade a sustentação oral – a participação do *friend of court* é ilimitada, refletindo a crença dos magistrados de que a mesma pode contribuir para a legitimidade da decisão²²⁹. O *friend of court*, em regra, precisa da autorização das partes para submeter seu memorial perante a corte, sendo que, em caso de negativa, a corte pode autorizar a entrega²³⁰. Nos casos de intervenção de agências governamentais ou Estados da Federação, a manifestação independe de aceitação das partes. O procedimento de apresentação dos memoriais tem início após o oferecimento de resposta ao recurso e o prazo pode variar entre 30 e 60 dias. Os *amici* poderão entregar dois

²²⁶ MACIEL, Adhemar Ferreira. *Amicus Curiae: um instituto democrático*. *Revista de Processo* v. 106. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 283-284.

²²⁷ Idem. O mesmo autor registra que o processo na Suprema Corte durou apenas três meses, o que provoca questionamentos sobre o congestionamento dos tribunais pátrios, bem como a falsa percepção de que um número significativo de intervenções teria o condão obstar a conclusão do processo em tempo razoável.

²²⁸ BISH, Isabel da Cunha. *O amicus curiae, as tradições jurídicas e o controle de constitucionalidade*, p. 47.

²²⁹ COLLINS JR., Paul M. *Friends of the Supreme Court: Interests Groups and Judicial Decision Making*. *Oxford University Press*, 2008, p. 42.

²³⁰ Harper e Etherington explicam que a utilização da intervenção como prática de lobby se intensificou após a segunda guerra, notadamente em virtude das diversas tensões que caracterizaram a época, sejam sociais ou econômicas. Essa mudança ocorreu em virtude da enorme quantidade de manifestações apresentadas pelos *amici*, que, no mais das vezes, acabam por repetir os argumentos levantados pelas partes, casos em que eram considerados uma verdadeira perda de tempo. HARPER V. Fowler, ETHERINGTON, Edwing D. *Lobbyists before the Court*. *University of Pennsylvania Law Review*, jun. 1953, p. 1172-1177.

memoriais, sendo um antes e outro depois do conhecimento do *writ*²³¹. O memorial a ser apresentado deve, na medida do possível, aportar questões relevantes e inéditas, ou ainda uma nova visão da controvérsia a ser debatida, de forma que a manifestação não seja apenas uma reiteração dos argumentos já apresentados pelas partes²³².

Apesar da ampla aceitação do *amicus curiae* no direito americano e o sem número de decisões e trabalhos científicos defendendo sua funcionalidade e importância, uma significativa parcela da literatura jurídica especializada apontam que o instituto também apresenta pontos negativos.

Nesse sentido, Bish faz menção à decisão proferida pelo magistrado Richard Posner, do Sétimo Circuito Federal, o qual, denegando a participação de terceiros no caso *Ryan v. Commodity Futures Trading Comm'n* (1997), consignou que a grande maioria dos pedidos de intervenção não tinham utilidade para o Judiciário, por tratarem de argumentos já utilizados pelas partes e, portanto, repetitivos, bem como pela lentidão processual por eles causada. Com efeito, o magistrado também asseverou que “o *amicus curiae* deveria ser encarado como amigo da corte, e não como amigo dos litigantes, consistindo verdadeiro abuso a ausência de limites reais à interposição de petições de terceiros”²³³.

Outra crítica mencionada pela autora é a do então Presidente da Suprema Corte, Willian Rehnquist, no caso *Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals, Inc* (1993). No caso em questão, que tratava de uma acusação contra a indústria farmacêutica, em face de suposta produção de remédio antináusea que teria causado má formação em duas crianças, o magistrado “mostrou-se reticente quanto às informações trazidas pelos *amici curiae*”, uma vez que os mais de vinte memoriais recebidos pela Suprema Corte “versavam sobre a possibilidade ou impossibilidade de se aceitar depoimentos não unânimes de médicos e pesquisadores experts das áreas médicas”, sendo que a empresa demandada exigia a necessidade de consenso nas informações apresentadas pelos pesquisadores. A preocupação de Rehnquist residia no receio de exceder os alcances da decisão e a necessidade de uma maior cautela, uma vez que o caso a ser decidido se tratava de um campo alheio ao conhecimento dos juízes, bem como pelo fato consistente na diferença destes memoriais então

²³¹ STERN, Robert L.; GRESSMAN, Eugene; SHAPIRO, Stephen M.; GELLER, Kenneth S. *Supreme Court Practice*. 8. ed., WASHINGTON D.C.: The Bureau of National Affairs, 2002, p. 467. O procedimento em questão é perfeitamente aplicável ao Brasil, uma vez que, se a intervenção do *amicus curiae* é admitida para análise da existência de Repercussão Geral no Recurso Extraordinário, pela importância da técnica de julgamento em questão, poder-se-ia contar com a intervenção uma vez mais, quando do julgamento do mérito do recurso.

²³² Regimento da Suprema Corte dos EUA – SCEUA. Disponível em: www.supremecourts.gov/ctrules/2007rulesofthecourt.pdf. Acesso 30.05.2014.

²³³ BISH, Isabel da Cunha. *O amicus curiae, as tradições jurídicas e o controle de constitucionalidade*, p. 72.

apresentados com aqueles dedicados aos casos já decididos ou *statutes*, material costumeiramente interpretado pela Suprema Corte²³⁴.

3.5 Referências do direito australiano

A popularização do instituto do *amicus curiae* ocorreu também, em alguma medida, em outros países de tradição anglo-saxônica, não encontrando, contudo, o mesmo desenvolvimento e atribuição de importância do que no direito estadunidense.

A intervenção do *amicus curiae* é amplamente utilizado na Alta Corte da Austrália, na Suprema Corte do Canadá e na Corte Constitucional da África do Sul²³⁵.

Na Austrália, apesar da Alta Corte ter uma postura restritiva quando ao ingresso de *amici curiae*, perceptível pela frequência com que nega os pedidos, o número de solicitações para ingresso vem crescendo desde a década de 1990. Walker explica que a Alta Corte representa “a voz definitiva em relação ao significado da Constituição” e que esta evolui principalmente por meio de suas decisões, sendo que vários *Attorney General* intervêm nas controvérsias de ordem constitucional. Contudo, apesar de fornecerem uma versão do interesse público, a maior participação da sociedade, na condição de *amicus curiae*, é um ponto positivo, uma vez que consiste no dever de uma sociedade democrática para o desenvolvimento das “estruturas constitucionais nacionais”²³⁶.

No mesmo sentido, Willheim afirma que o modo de abordagem da Alta Corte em relação ao *amicus curiae* é “fundamentalmente falho”, por pensá-lo a partir da perspectiva do “*adversarial litigation*”, que acaba por falhar com o adequado reconhecimento da Corte sua função constitucional, bem como em reconhecer “a mais ampla dimensão do litígio constitucional como casos de interesse público que afetam toda a comunidade”. Acrescenta que as regras da Alta Corte deveriam ser adaptadas para facilitar o ingresso do *amicus curiae* ao invés de dificultá-la, em virtude de que, “se as partes discutem sobre o significado da Constituição, a questão já não é exclusiva das partes em litígio”²³⁷.

²³⁴ BISH, Isabel da Cunha. *O amicus curiae, as tradições jurídicas e o controle de constitucionalidade*, p. 74-75.

²³⁵ WILLIAMS, George. The *amicus curiae* and intervenor in The High Court of Australia: a comparative analysis. *Federal Law Review*, v. 28, p. 365-402, 2000.

²³⁶ WALKER, Kristen (2010). *Amici curiae* and Access To Constitutional Justice. A Practical Perspective. *Bond Law Review*: Vol. 22: Iss. 3, Article 9 p. 110-125. Disponível em: <http://epublications.bond.edu.au/blr/vol22/iss3/9>. Acesso em 05. 06.2014.

²³⁷ WILLHEIM, Ernst (2010). *Amici curiae* and Access To Constitutional Justice in the High Court of Australia. *Bond Law Review*: Vol. 22: Iss. 3, Article 9 p. 126. Disponível em: <http://epublications.bond.edu.au/blr/vol22/iss3/9>. 05. 06.2014.

3.6 Referências do direito francês

Nos países de tradição romano-germânica, importa investigar as razões pelas quais a intervenção do *amicus curiae* é, em um primeiro momento, marcada por uma “aparente inadmissibilidade”²³⁸.

A relutância quanto a uma maior utilização e sistematização do instituto “parece decorrer do fato de, por tradição do direito da família romano-germânica, haver uma tendência em se interpretarem restritivamente os casos de ingresso de um terceiro em processo alheio”²³⁹.

O desenvolvimento do *amicus curiae* nos países de tradição anglo-saxônica acabou por influenciar os ordenamentos jurídicos do sistema da *civil law*, os quais não apresentam, em regra, instituto equivalente. Nesse sentido, Silvestri afirma que

O *amicus curiae* é um instituo típico do direito anglo-americano e carente de equivalentes nos sistemas processuais dos ordenamentos jurídicos de *civil law*. De tal afirmação se pode ulteriormente deduzir que se trata também de um instituto de todo incompatível com aqueles sistemas, que não são.²⁴⁰ (tradução livre)

De acordo com Bueno e Del Prá, certamente respaldados em melhor doutrina estrangeira, à falta de disposição regulamentando a intervenção do *amicus curiae* na França, a despeito dos tribunais franceses não preocuparem com sua sistematização, o mesmo vem sendo admitido pela jurisprudência, sendo que sua participação em juízo deve ser entendida como técnica de informação além das regras tradicionais de colheita de prova, bem como distinta do papel exercido por peritos ou testemunhas²⁴¹.

Relevante destacar que, nos casos em que o magistrado entender pela admissão da intervenção, a manifestação das partes sobre a do *amicus curiae* é medida que se impõe. De acordo com Bueno, em leitura do texto de Silvestri:

A oitiva do *amicus*, destarte, pressupõe a oitiva oportuna e eficaz das partes sobre o que ele, *amicus*, disse em juízo. A manifestação do *amicus* em juízo, destarte, também reclama a incidência dos princípios do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal em benefício das partes. Para que elas, em conjunto com as

²³⁸ DEL PRÁ, Carlos Gustavo Rodrigues. *Amicus curiae: instrumento de participação democrática e de aperfeiçoamento da prestação jurisdicional*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 32.

²³⁹ Idem.

²⁴⁰ SILVESTRI, Elisabetta. *L'amicus curiae: uno strumento per la tutela degli interessi non rappresentati*, p. 693.

²⁴¹ BUENO, Cassio Scarpinella. *Amicus curiae no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático*, p. 130-131. DEL PRÁ, Carlos Gustavo Rodrigues. *Amicus curiae: instrumento de participação democrática e de aperfeiçoamento da prestação jurisdicional*, p. 25. SILVESTRI, Elisabetta. *L'amicus curiae: uno strumento per la tutela degli interessi non rappresentati*, p. 695.

informações prestadas pelo *amicus*, criticando-as ou complementando-as, possam participar da formação de convencimento do julgador²⁴².

Na experiência francesa, Silvestri registra que o *amicus curiae* realiza sua atuação de acordo com as origens do instituto, por meio de auxiliar do juízo e fornecimento de informações, sejam de fato ou de direito, aproximando-se, portanto, da figura do perito, distinguindo-se deste pelo caráter de informalidade que caracteriza a atuação do *amicus*²⁴³.

3.7 Referências do direito italiano

No direito italiano, Silvestri esclarece que, “não parecem existir, a princípio, obstáculos que impeçam de dar espaço ao *amicus curiae* no nosso ordenamento” e, à semelhança do que ocorre no direito francês, a intervenção é justificada por uma interpretação principiológica dos dispositivos concernentes aos poderes instrutórios do magistrado²⁴⁴. A mesma autora assevera que, em face da inexistência de lei que expressamente prevê a intervenção em comento no direito italiano, a intervenção do *amicus curiae* pode ser determinada, de forma análoga, à faculdade que o magistrado italiano possui, no processo do trabalho, de determinar, de ofício ou a requerimento dos interessados, a prestação de informações em juízo pelos sindicatos, de acordo com o art. 421, *comma* 2º, e art. 425, do Código de Processo Civil Italiano²⁴⁵.

3.8 Referências do direito argentino

A intervenção do *amicus curiae* no direito argentino é largamente desenvolvida, conforme noticiado por Del Prá²⁴⁶, sendo que, após alguns casos em que a intervenção foi permitida, a possibilidade de ingresso do “*amigo del tribunal*” foi objeto de algumas iniciativas legislativas.

O caráter consultivo da intervenção, assim como em outros países, a característica marcante do instituto. De acordo com Angel Ekmekdjian:

²⁴² BUENO, Cassio Scarpinella. *O amicus curiae no processo civil brasileiro*, p. 131.

²⁴³ SILVESTRI, Elisabetta. *L’amicus curiae: uno strumento per la tutela degli interessi non rappresentati*, p. 693-694.

²⁴⁴ SILVESTRI, Elisabetta. *L’amicus curiae: uno strumento per la tutela degli interessi non rappresentati*, p. 698.

²⁴⁵ SILVESTRI, Elisabetta. *L’amicus curiae: uno strumento per la tutela degli interessi non rappresentati*, p. 697. BUENO, Cassio Scarpinella. *O amicus curiae no processo civil brasileiro*, p. 132-133.

²⁴⁶ DEL PRÁ, Carlos Gustavo Rodrigues. *Amicus curiae: instrumento de participação democrática e de aperfeiçoamento da prestação jurisdicional*, p. 36.

O *amicus curiae* é um rol que pode assumir qualquer pessoa, particular ou não, consistente em assistir ao tribunal, de ofício ou a requerimento deste, trazendo-lhe informação, opiniões ou mostrando ao tribunal a existência de alguma razão jurídica que tenha escapado da consideração daquele²⁴⁷.

Não obstante a previsão taxativa das modalidades de intervenção de terceiro, assim como nos outros países de tradição romano-germânica, na metade da década de 1990 dois organismos internacionais de defesa dos direitos humanos foram admitidos como *amicus curiae*, quais sejam, *Center for Justice and International Law* e *Human Rights Watch/Americas*, referidos por Abregú e Courtis como parte, até então, da escassa jurisprudência sobre a matéria²⁴⁸.

As referidas entidades solicitaram (e tiveram deferido) a intervenção em um feito que tramitava na Câmara Federal Criminal e Correccional da Capital Federal, no qual se discutia “fatos ocorridos no âmbito da Escola de Mecânica do Exército”, com o objetivo de “oferecer ao tribunal argumentos de direito internacional sobre a obrigação do Estado para com os familiares das vítimas de desaparecimento forçado”, de modo a “estabelecer as consequências jurídicas das violações dos direitos humanos que constituem crime contra a humanidade”, bem como consignar “o dever do Estado de informar aos familiares e à sociedade sobre o destino dos desaparecidos e o paradeiro de seus restos, destacando a continuidade desta obrigação enquanto pairasse incerteza sobre esse destino”²⁴⁹.

Outro caso diz respeito à condenação de um escritor por injúria, por causa de obra de sua autoria que descrevia a atuação do magistrado que julgou a investigação sobre o chamado “*masacre de los palotinos*” ou “*masacre de San Patricio*”, ocorrido em 1977 e relativo ao sequestro e posterior desaparecimento de religiosos. Nesta obra, Kimel afirmou a condescendência, ou mesmo cumplicidade, da magistratura para com a repressão ditatorial, pelo que o magistrado responsável pelo caso instaurou um procedimento buscando a responsabilização do autor. Tendo sido condenado em primeira instância, Kimmel interpôs Recurso de Apelação, momento no qual as organizações *Center of International Law* (CEJIL) e o *Centro de Estudios Legales y Sociales* (CELS) solicitaram à Câmara a admissão na condição de *amicus curiae*, para levar ao conhecimento do tribunal argumentos relativos aos

²⁴⁷ ANGEL EKMEKDJIAN, Miguel. El *amicus curiae* en el derecho Argentino. In: *Cadernos de direito constitucional e ciência política*, v. 4, n. 16, p. 80-81, jul./set. 1996.

²⁴⁸ ABREGÚ, Martín; COURTIS, Christian. Perspectivas y posibilidades del *amicus curiae* en el derecho argentino. In: ABREGÚ, Martín; COURTIS, Christian (coords.). *La aplicación de los Tratados sobre Derechos Humanos por los Tribunales Locales*. 2. ed. Buenos Aires: del Puerto, 1998, p. 396.

ABREGÚ, Martín; COURTIS, Christian. Perspectivas y posibilidades del *amicus curiae* en el derecho argentino. In: ABREGÚ, Martín; COURTIS, Christian (coords.). *La aplicación de los Tratados sobre Derechos Humanos por los Tribunales Locales*. 2. ed. Buenos Aires: del Puerto, 1998, p. 396-397. (tradução livre)

direitos humanos e direito internacional sobre liberdade de expressão e de imprensa, direito de informação e também o direito de crítica quanto a atuação da administração pública²⁵⁰.

A petição dos referidos organismos contava com a opinião de diversos prestigiados professores de direito da Argentina, estando dentre eles o atual Ministro da Suprema Corte, Eugenio Raúl Zafaroni. Contudo, o presidente do tribunal negou o pedido de intervenção, sob o argumento de que, por não serem partes no processo, os peticionantes não tinham legitimidade para atuar no feito. Após a apresentação de um pedido de reconsideração, o tribunal novamente denegou o pedido, sob a justificativa de que o *amicus curiae*, até então, não tinha previsão legislativa, o caso julgado não ser dotado de excepcionalidade e transcendência, e, por fim, o fato de que, por se tratar de uma ação penal privada, o âmbito de intervenção pública seria consideravelmente menor²⁵¹.

Abregú e Courtis, analisando tais justificativas, consideraram referida decisão um retrocesso, tendo em vista que o *amicus curiae* sempre será um terceiro, o que não seria motivo apto a negar a intervenção, bem como o grande debate que se formou em torno do caso, que, tratando da liberdade de imprensa, ultrapassaria os limites de uma ação penal privada e, portanto, seria dotado de excepcionalidade e transcendência²⁵².

Além desses casos, seguiram-se diversas outras solicitações, a exemplo do *Centro de Estudios Legales y Sociales*, que solicitou o ingresso em uma causa relativa à interrupção da prisão preventiva, em trâmite no 2º Juizado Criminal Federal da Capital Federal. No referido caso, no qual o pedido de intervenção foi deferido em 05.08.1196, forneceu-se, pela apresentação do memorial, “elementos de direito internacional e de direitos humanos relacionados às condições de encarceramento de pessoas contaminadas com o vírus HIV e o caráter restritivo da prisão preventiva nesses casos”²⁵³.

A grande utilização do instituto em diversos casos que se seguiram acabou por despertar a atenção do legislador, o que motivou a Argentina a formular diversas iniciativas

²⁵⁰ ABREGÚ, Martín; COURTIS, Christian. Perspectivas y posibilidades del *amicus curiae* en el derecho argentino. In: ABREGÚ, Martín; COURTIS, Christian (coords.). *La aplicación de los Tratados sobre Derechos Humanos por los Tribunales Locales*. 2. ed. Buenos Aires: del Puerto, 1998, p. 398-399.

²⁵¹ ABREGÚ, Martín; COURTIS, Christian. Perspectivas y posibilidades del *amicus curiae* en el derecho argentino. In: ABREGÚ, Martín; COURTIS, Christian (coords.). *La aplicación de los Tratados sobre Derechos Humanos por los Tribunales Locales*. 2. ed. Buenos Aires: del Puerto, 1998, p., 399.

²⁵² Os autores explicam que o caso despertou o interesse de todos os meios de imprensa argentinos, assim como um amplo apoio dos leitores dos diversos diários argentinos. Acrescentam que a decisão, ao não reconhecer o direito à informação, consistente em um dos pilares para o desenvolvimento de uma sociedade democrática, acabou por violar o art. 13 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), sendo que a própria Corte Interamericana, em diversos casos, já admitiu o caráter público dessas questões. ABREGÚ, Martín; COURTIS, Christian. Perspectivas y posibilidades del *amicus curiae* en el derecho argentino, p. 400.

²⁵³ DEL PRÁ, Carlos Gustavo Rodrigues, *Amicus curiae*: instrumento de participação democrática e de aperfeiçoamento da prestação jurisdicional, p. 36-37.

legislativas para disciplinar os contornos da intervenção do *amicus curiae*. Del Prá informa que, em 1995, foi editada a Lei 24.488, de 28.06.1995, que “previu expressamente a possibilidade de o ‘*Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto*’ ingressar como ‘*amigo del tribunal*’ no casos de demandas contra um Estado estrangeiro (art. 7º)²⁵⁴ .

Apesar desta iniciativa legislativa não dispor sobre o instituto a partir de uma ampla participação democrática, diversas iniciativas legislativas foram levadas a cabo, a exemplo da norma que regulamenta os procedimentos no *Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de Buenos Aires*, na qual consta a possibilidade de intervenção na condição de “assistente oficioso”, nomenclatura também utilizada para se referir à figura do *amigo del tribunal*²⁵⁵ .

Observe-se que, mesmo com a incipiente previsão legislativa do instituto, a modificação dos contornos iniciais do *amicus curiae* como um terceiro neutro e imparcial já despertava a preocupação dos estudiosos argentinos. Nesse sentido, Díaz tece as seguintes considerações sobre a valoração dos elementos trazidos pelo *amicus curiae*:

Ao avaliar as apresentações deste inovador integrante do processo, será de vital importância que o tribunal tenha em mente que o amigo imparcial pode se transformar em um interveniente interessado e comprometido. Se não houver neutralidade do *amicus*, a ponderação a ser feita de sua contribuição deve contemplar essa intenção²⁵⁶ .

De modo a possibilitar uma maior utilização do instituto, diversos projetos legislativos foram apresentados à Câmara dos Deputados. Com efeito, percebendo a importância do *amicus curiae* e a necessidade de uma regulamentação apropriada, a *Corte Suprema de Justicia de la Nación* editou, ao longo dos últimos anos, diversas normas internas sobre a participação do “*amigo del tribunal*”. A Acordada 28, editada em 14.07.2004, apresenta uma série de considerações preambulares, destacando a importância do instituto nos casos que ostentem transcendência institucional e interesse público, com o fito de oferecer argumentos relevantes para a decisão (art. 1º), além de destacar que a necessidade de se imperar, no

²⁵⁴ DEL PRÁ, Carlos Gustavo Rodrigues. *Amicus curiae*: instrumento de participação democrática e de aperfeiçoamento da prestação jurisdicional, p. 36-37.

²⁵⁵ Del Prá observa que, “não obstante o restrito âmbito de aplicação, a inovação representou importante avanço, porquanto, pela primeira vez, houve regulamentação mais detalhada das hipóteses, poderes e efeitos da intervenção de um terceiro na qualidade de *amicus curiae* em causas de repercussão social”. DEL PRÁ, Carlos Gustavo Rodrigues. *Amicus curiae*: instrumento de participação democrática e de aperfeiçoamento da prestação jurisdicional, p. 39.

²⁵⁶ DÍAZ, Mariana. *La acción declarativa de inconstitucionalidad*. Buenos Aires: Ad Hoc, 2003, p. 141-142. Tradução livre. No original: “A la hora de valorar las presentaciones de este novedoso integrante del proceso, será vital que el tribunal tenga en cuenta que el amigo imparcial puede transformarse en interventor interesado y comprometido. Si no existe neutralidad de parte del amicus, la ponderación que el estrado haga de su aporte debe contemplar esa intencionalidad”.

âmbito da Corte, uma abertura hermenêutica para todos os órgãos e entidades que possam contribuir, a fim de resguardar o mais amplo debate, tendo em vista que a intervenção encontra seu fundamento no art. 33 da Constituição Argentina e, portanto, decorrência da soberania do povo e da forma republicana de governo²⁵⁷.

Referido texto também destaca que a atuação dos “*amigos del tribunal*” encontra fundamento no sistema interamericano, uma vez que está previsto no Regulamento da Corte Interamericana de Direitos Humanos e expressamente autorizado pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos, ratificado pela Argentina e, desta forma, tendo sido reconhecida sua hierarquia constitucional.

No que diz respeito à regulamentação do instituto, percebe-se que esta foi livremente inspirada na regra 37 da Suprema Corte norte americana, aproximando-se também, em alguma medida, das normas relativas ao controle concentrado de constitucionalidade brasileiro que tratam da intervenção (art. 7º, § 2º, da Lei 9.868/1999). De acordo com os artigos da *Acordada* 28/2004, o *amigo del tribunal* pode ser pessoa natural ou jurídica e fará sua exposição nos quinze dias subsequentes a conclusão dos autos para decisão, com a única finalidade de expressar sua fundada opinião sobre o litígio (art. 1º) e, para tanto, deve ostentar reconhecida competência sobre a questão debatida no feito, sendo que sua atuação deverá limitar-se a uma opinião fundada em defesa de um interesse público ou de uma questão institucional relevante, não podendo sua manifestação ultrapassar vinte folhas (art. 2º). Caso a Suprema Corte considere pertinente a apresentação, ordenará sua incorporação aos autos (art. 4º). Por fim, disciplina que o *amigo del tribunal* não detém a condição de parte, não podendo assumir nenhum dos direitos processuais a ela reconhecidos, sua atuação não está condicionada ao pagamento de custas e as opiniões veiculadas na manifestação não vinculam a Corte, podendo ou não serem levadas em conta na decisão²⁵⁸.

Posteriormente, percebendo que o prazo para apresentação das informações era breve e peremptório, a *Acordada* n.º 14, de 03.05.2006 acrescentou ao texto da *Acordada* n. 1/2004 uma nova disposição, prevendo a publicação de uma lista com todas as causas em trâmite na Corte e que, de acordo com o disposto na mencionada *Acordada* n.º 28/2004, sejam aptas a dar lugar à intervenção, a ser atualizada semanalmente²⁵⁹.

²⁵⁷ REPÚBLICA ARGENTINA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN. *Acordada* 28/2004. Disponível em: <http://www.csjn.gov.ar/docus/documentos/verdoc.jsp>. Acesso em 21.11.2014.

²⁵⁸ Idem.

²⁵⁹ REPÚBLICA ARGENTINA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN. *Acordada* 14/2006. Disponível em: http://www.csjn.gov.ar/docus/documentos/cons_tema.jsp?temaID=K160. Acesso em 21.11.2014.

No dia 21 de março de 2012, a Suprema Corte convocou uma reunião com a participação de diversas entidades, organizações não governamentais e pessoas especialistas no tema, com o objetivo de debater a regulação da figura do *amicus curiae*²⁶⁰. Com efeito, em 23 de abril de 2013, os Ministros da Corte, presidida por Ricardo Luis Lorenzetti, publicaram a *Acordada* n.º 7/2013, a qual tornou sem efeito as *Acordadas* 28/2004 e 14/2006 e previu um novo regramento para a intervenção do *amicus curiae*. Apesar de se tratar de uma nova disciplina legal, verifica-se não terem ocorrido muitas mudanças acerca da intervenção. Dentre as novidades, o art. 2º da norma em comento preceitua que, no primeiro capítulo de sua manifestação, o interveniente fundamentará seu interesse em intervir e deverá demonstrar, expressamente, qual das partes está apoiando, se recebeu de alguma das partes financiamento ou ajuda econômica de qualquer espécie, bem como se o resultado do processo lhe proporcionará, direta ou indiretamente, benefícios patrimoniais. O art. 3º determina a aplicabilidade da presente regulamentação alcança também aos Estados Provinciais, à cidade autônoma de Buenos Aires e aos municípios, além das agências de cada uma das organizações estaduais que sejam autorizadas a atuar perante um tribunal de Justiça. Pelo art. 4º, o *amicus curiae* não poderá introduzir fatos alheios ao processo, que não foram alegados pelas partes, bem como não pode versar sobre provas ou elementos não propostos pelas partes. Após a publicação, pela Corte, das causas em que a intervenção poderá ocorrer (art. 5º), o prazo para manifestação, anteriormente de quinze dias, não poderá ser menor do que um mês, conforme previsto no art. 6º, sendo que neste período os autos estarão disponíveis na secretaria para consulta e extração de cópias. De acordo com o art. 8º, de forma semelhante ao previsto no controle de constitucionalidade brasileiro, no art. 9º, § 1º, da Lei n.º 9.868/99, o tribunal poderá convidar qualquer entidade, órgão ou autoridade para se manifestar sobre determinado ponto, desde que atendido os requisitos previstos nos artigos 2º e 3º²⁶¹. Por fim, mas não menos importante, nos termos do art. 9º, caso determinada entidade ou pessoa busque intervir em processo antes da publicação da lista preparada pela Suprema Corte, sobre as causas aptas a receber intervenções, poderá solicitar à Corte a inclusão da referida causa na listagem correspondente, mediante apresentação de petição de tamanho não superior a cinco páginas e

²⁶⁰ REPÚBLICA ARGENTINA. *CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN*. *Acordada* 07/2013. Disponível em: http://www.csjn.gov.ar/docus/documentos/cons_tema.jsp?temaID=K160. Acesso em 21.11.2014.

²⁶¹ Referido artigo se assemelha ao conteúdo do art. 476 do *Código Procesal Civil de la Nación*, o qual conforme observa Del Prá, já serviu de fundamento para a admissibilidade da figura no direito argentino: “Art. 467: - A petición de parte o de oficio, el juez podrá requerir opinión a universidades, academias, corporaciones, institutos y entidades públicas o privadas de carácter científico o técnico, cuando el dictamen pericial requiriese operaciones o conocimientos de alta especialización”. Del Prá, Carlos Gustavo Rodrigues, *Amicus curiae*: instrumento de participação democrática e de aperfeiçoamento da prestação jurisdicional, p. 38.

vinte e seis linhas e cada uma delas, devidamente subscritas por profissional autorizado a litigar perante o Tribunal, em que deverá demonstrar as razões pelas quais considera o assunto como transcendente ou de interesse público²⁶².

Para não exceder os limites do presente trabalho, qual seja, o de apresentar, em linhas gerais, a recepção e desenvolvimento do instituto de que ora se ocupa, conclui-se o presente tópico no sentido de que, devido à importância que o *amicus curiae* adquiriu na Argentina uma “configuração mais democrática, de participação ativa nas causas em causas de interesse público”²⁶³.

Se em outros países de tradição romano-germânica o *amicus curiae* apresenta-se como auxiliar informal do juízo, prestando informações e esclarecimentos, na Argentina o instituto “revelou-se também de extrema importância para a democratização do processo, porquanto possibilitou a participação de organismos não só em benefício da própria corte, mas sobretudo em exercício de um direito de ativa participação democrática”²⁶⁴.

3.9 Referências dos ordenamentos e tribunais supranacionais

A prática da intervenção do *amicus curiae* tem se potencializado de forma crescente no âmbito internacional, a exemplo da Corte Internacional de Justiça, na Corte Europeia de Direitos Humanos e na Corte Interamericana de Direitos Humanos. Neste último exemplo, a Corte foi criada em 22.11.1969 pela Convenção Interamericana de Direitos Humanos (*Pacto de San José da Costa Rica*) e o início de sua vigência ocorreu em 1978, após o depósito do 11º instrumento de ratificação. A jurisdição da Corte abrange vinte e cinco países signatários da Convenção e, dentre eles o Brasil, os quais estão obrigados ao cumprimento de suas determinações²⁶⁵.

O regulamento da Corte, idealizado em 1980, disciplina o procedimento de apuração e julgamento de denúncias relativas à violação dos direitos humanos nos Estados membros. O

²⁶² REPÚBLICA ARGENTINA. *CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN*. Acordada 07/2013. Disponível em Disponível em: http://www.csjn.gov.ar/docus/documentos/cons_tema.jsp?temaID=K160. Acesso em 21.11.2014.

²⁶³ DEL PRÁ, Carlos Gustavo Rodrigues. *Amicus curiae: instrumento de participação democrática e de aperfeiçoamento da prestação jurisdicional*, p. 38.

²⁶⁴ DEL PRÁ, Carlos Gustavo Rodrigues. *Amicus curiae: instrumento de participação democrática e de aperfeiçoamento da prestação jurisdicional*, p. 37.

²⁶⁵ Os autores são unânimes ao mencionar a possibilidade de intervenção, na condição de *amicus curiae*, nos processos de competência da Corte Interamericana. DEL PRÁ, Carlos Gustavo Rodrigues, *Amicus curiae: instrumento de participação democrática e de aperfeiçoamento da prestação jurisdicional*, p. 44-47; BUENO, Cássio Scarpinell. *O amicus curiae no processo civil brasileiro*, p. 140.

art. 45 do mencionado Regulamento, ao disciplinar as “medidas de instrução ex officio” em seus itens 1 e 3, determina o seguinte:

Alínea 1 - A Corte poderá, em qualquer fase da causa, ouvir, na condição de testemunha, de perito ou por outro título, a qualquer pessoa cujo testemunho, declaração ou opinião considere pertinente.

(...)

Alínea 3 – solicitar a qualquer entidade, escritório, órgão ou autoridade de sua escolha que obtenha informação, que expresse uma opinião ou elabore um relatório ou parecer sobre um determinado item.

No mesmo sentido, o art. 63 dispõe sobre a função consultiva da Corte: “O presidente poderá convidar ou autorizar qualquer pessoa interessada para que apresente sua opinião por escrito sobre os itens submetidos à consulta”.

Del Prá observa que, apesar dos dispositivos se referirem à participação do *amicus curiae* mediante requisição do juízo, a participação voluntária de terceiros vem sendo admitida pela Corte como decorrência da necessidade de prevalência da defesa dos direitos humanos. Em face da gravidade das violações dos direitos humanos, as quais muitas vezes “rompem as barreiras territoriais e atingem toda a humanidade”, a intervenção do *amicus curiae* passa a ser “um instrumento de ativo controle e fiscalização do cumprimento dos direitos de relevância global”²⁶⁶.

²⁶⁶ DEL PRÁ, Carlos Gustavo Rodrigues. *Amicus curiae*: instrumento de participação democrática e de aperfeiçoamento da prestação jurisdicional, p. 46.

4. O *AMICUS CURIAE* NO DIREITO BRASILEIRO

No Brasil, a intervenção do *amicus curiae* vem ganhando crescente destaque ao longo dos anos. Em que pese o entendimento jurisprudencial e doutrinário de que a modalidade interventiva em questão estaria prevista no ordenamento jurídico brasileiro desde 1976, com a Lei que disciplina a intervenção da Comissão de Valores Mobiliários – CVM (art. 31 da Lei nº 6.385/76), a utilização e o desenvolvimento deste expediente processual se potencializou com sua previsão normativa nos procedimentos de controle concentrado de constitucionalidade, a qual representou um marco na jurisdição constitucional brasileira, seja para a busca de legitimidade da jurisdição constitucional brasileira, seja pelos diversos questionamentos que a intervenção suscita ainda hoje, desafiando os operadores do direito.

Entretanto, em que pese a afirmação quase unânime da literatura especializada, de que a primeira previsão normativa da intervenção do *amicus curiae* no direito brasileiro teria ocorrido com a promulgação da Lei nº 6.385/76, Didier Jr. e Souza, em recente e interessante pesquisa sobre a formação no precedente judicial no direito imperial, aponta que intervenções semelhantes já ocorriam no âmbito da atuação do Supremo Tribunal de Justiça, no procedimento para edição dos assentos. Conforme o Dec. 2.684, de 23.10.1875, competia ao Tribunal tomar assentos para “intelligencia das leis civis, commerciaes e criminaes, quando na execução dellas ocorrerem duvidas manifestadas por julgamentos divergentes havidos no mesmo Tribunal, Relações e Juizos de primeira instancia, nas causas que cabem sua alçada”²⁶⁷. De acordo com Didier Jr.:

O § 2.º do art. 6.º do referido Decreto nomeou (em lista *numerus clausus*) o Instituto da Ordem dos Advogados, os Tribunais do Comércio e os “jurisconsultos de melhor nota” como eventuais *amici curiae* do STJ, nos procedimentos de tomada de assentos sobre a interpretação de leis de relevante conteúdo. A atuação destas instituições pode ser enquadrada como intervenção de *amici curiae*: destinada a auxiliar o juízo no conhecimento das repercussões de suas decisões e na consideração dos melhores argumentos possíveis de interferir em seu julgamento, por meio de opiniões qualificadas ou presumivelmente qualificadas. A redação do § 2.º do art. 6.º não deixa margem a outra conclusão: possivelmente, é a primeira previsão de *amicus curiae* no direito brasileiro – e não a intervenção da Comissão de Valores Mobiliários, imposta pelo art. 31 da Lei 6.385/1976. A notícia de uma disposição normativa como a referida implica revisar em um século a informação difundida na doutrina processualista acerca de qual teria sido a primeira previsão de intervenção de *amicus curiae* no direito brasileiro²⁶⁸.

²⁶⁷ DIDIER JR., Fredie; SOUZA, Marcus Seixas. Formação do precedente e *amicus curiae* no direito imperial brasileiro: o interessante Dec. 6.142/1876. *Revista de Processo* v. 220. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 409.

²⁶⁸ DIDIER JR., Fredie; SOUZA, Marcus Seixas. Formação do precedente e *amicus curiae* no direito imperial brasileiro: o interessante Dec. 6.142/1876. *Revista de Processo* v. 220. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 413-414.

Para além das hipóteses sobre qual legislação teria, pela primeira vez, disciplinado o instituto em questão no direito brasileiro, imperioso destacar que, conforme observado por Bueno, não há, no direito brasileiro, nenhuma referência legislativa expressa à figura em questão, ou pelo menos não com a utilização deste nome para se referir a determinado instituto. O art. 23, § 1º, do Regimento Interno da Turma Nacional de Uniformização de Jurisprudência dos Juizados Especiais Federais, aprovado por meio da Resolução n. 390, de 17 de setembro de 2004, permitia que eventuais interessados, como entidades de classe, associações, organizações não governamentais, na qualidade de *amicus curiae*, pudessem apresentar memoriais e realizar sustentação oral nos julgamentos do órgão em comento. Contudo, o artigo em questão foi revogado pela Resolução n. 22/2008, que aprovou um novo regimento interno para tal órgão²⁶⁹.

Com efeito, a previsão normativa do *amicus curiae* no novo Código de Processo Civil brasileiro, com esta mesma nomenclatura, conforme será analisado no momento oportuno, representa um grande capítulo na história do desenvolvimento deste “terceiro enigmático” no direito brasileiro, para mais uma vez utilizar expressão cunhada por Bueno e que muito adequadamente sintetiza todos os questionamentos referentes ao instituto ora em análise.

O que importa destacar na introdução da análise das diversas modalidades interventivas e de participação processual no direito brasileiro, geralmente qualificadas como sendo de um *amicus curiae*, é que tanto na literatura jurídica quanto na jurisprudência, não existe uniformidade quanto à classificação destas modalidades interventivas.

Ademais, mesmo nos casos em que existe algum consenso sobre determinada intervenção ser de um *amicus curiae*, a lei que a prevê não faz qualquer menção a tal nomenclatura, se valendo da generalidade de uma “intervenção”, o que, leva Bueno a afirmar que, em uma análise técnica, “quer dizer muito pouco ou nada; ou, ainda, chama a figura de ‘assistência’, que, no Código de Processo Civil, tem significado próprio e bem distinto da figura do *amicus*, sobretudo em função dos contornos do ‘interesse jurídico’ que a legitima”²⁷⁰.

Outra dificuldade que caracteriza o tema é a proximidade de suas características e objetivos com o papel desenvolvido por outros sujeitos processuais. As razões da intervenção do *amicus curiae*, às vezes claras, às vezes nebulosas, em muito dificultam a análise, notadamente diante do fato de que, sob a justificativa dos supostos ganhos que a intervenção poderia alcançar, esta poderia, em verdade, esconder um interesse espúrio.

²⁶⁹ BUENO, Cassio Scarpinella. *Amicus curiae no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático*, p. 45 e 144.

²⁷⁰ BUENO, Cassio Scarpinella. *Amicus curiae no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático*, p. 144.

Assim, levando em conta a ausência de identificação legislativa do instituto objeto de análise com a nomenclatura que lhe é própria, bem como as inúmeras divergências doutrinárias acerca da classificação de tais modalidades interventivas, muitas vezes conceituadas como sendo modalidades anômala²⁷¹, *sui generis*²⁷², especial²⁷³, atípica²⁷⁴ ou peculiar de intervenção de terceiros, pretende-se analisar, em linhas gerais, as modalidades de intervenção que se apresentam como tal, bem como os sujeitos processuais com que a atuação do *amicus curiae* pode se assemelhar. Nesse sentido, Bueno esclarece que o regime jurídico do *amicus curiae*

[...] derivará daquilo que as leis esparsas de processo dizem a seu respeito e, subsidiariamente, por aquilo que o Código de Processo Civil, no seu estágio de evolução e devidamente inserido no contexto do ordenamento jurídico brasileiro e da legislação processual civil extravagante, permite seja utilizado para fixação de seus contornos²⁷⁵.

Adverte-se, contudo, que, por questões de metodologia, o presente trabalho não pretende tratar diretamente de nenhuma das figuras processuais previstas no Código de Processo Civil e legislação especial – tampouco tem a pretensão de exaurir os temas que, para uma adequada análise dogmática do instituto, necessariamente devem ser abordados, a exemplo da análise do *amicus curiae* diante outros sujeitos processuais – mas tão somente verificar suas eventuais semelhanças e, principalmente, suas diferenças, quando confrontadas com o objeto de análise do presente trabalho.

O recorte metodológico se justifica na medida em que a intervenção do *amicus curiae*, como se verá a seguir, é identificada recorrentemente como uma modalidade especial de assistência, apesar de, no caso de eventual intervenção qualidade de *amicus*, o requisito do “interesse jurídico” não guardar correspondência com aquele previsto no CPC. Esta é uma das muitas diferenças de se tratar do tema em questão a partir de uma leitura tradicionalista do processo civil, o que seria como desconsiderá-lo em sua complexidade e importância.

²⁷¹ CUNHA, Leonardo José Carneiro da. Intervenção anômala: a intervenção de terceiro pelas pessoas jurídicas de direito público prevista no parágrafo único do art. 5º da Lei 9.469/1997. In: DIDIER JR., Fredie; WAMBIER, Tereza Arruda Alvim (coord.). *Aspectos polêmicos e atuais sobre os terceiros no processo civil e assuntos afins*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 622-625.

²⁷² CABRAL, Antônio do Passo. Pelas asas de Hermes: a intervenção do *amicus curiae*, um terceiro especial, p. 17.

²⁷³ PEREIRA, Milton Luiz. *Amicus curiae*: intervenção de terceiros. *Revista de Processo* v. 109. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 44.

²⁷⁴ CARNEIRO, Athos Gusmão. Mandado de segurança. Assistência e *amicus curiae*. *Revista de Processo* v. 112. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 219.

²⁷⁵ BUENO, Cassio Scarpinella. *Amicus curiae no processo civil brasileiro*: um terceiro enigmático, p. 341.

Uma adequada compreensão do instituto cobra do operador do direito uma adequada análise de suas características e conformação técnica, de modo a possibilitar um amplo espectro de análise da importância e aplicabilidade da intervenção do *amicus curiae* nos dias atuais e, principalmente, em face da possibilidade de inúmeras outras hipóteses de manejo do instituto pela iminência da aprovação de um novo CPC para o Brasil.

4.1 Partes e terceiros: o *amicus curiae* diante de outras figuras do Processo Civil Brasileiro

A discussão sobre a definição da natureza jurídica do *amicus curiae* passa necessariamente pela classificação, significado e atribuição de papel de alguns dos sujeitos processuais a exemplo dos conceitos de partes, terceiros e auxiliares no processo civil.

Em que pese a observação de Del Prá, sobre o caráter aparentemente improdutivo das discussões acerca da natureza jurídica de determinado instituto, o enfrentamento do tema e a tomada de posição quanto a diversidade de entendimentos sobre o objeto de estudo da presente pesquisa é tarefa que se impõe, seja pelo inerente caráter de cientificidade do direito, seja pela necessidade de enquadramento do instituto em determinada categoria jurídica, para uma adequada análise de seu respectivo papel e dos efeitos jurídicos dele decorrentes²⁷⁶.

A Ministra Rosa Weber, nos autos do Recurso Extraordinário 630853 RS, faz menção expressa acerca da dificuldade de tratamento do tema:

A despeito das divergências acerca do conceito e das funções do *amicus curiae*, a importância da sua atuação nos processos que envolvem interesses supraindividuais vem sendo progressivamente reconhecida, quer atue como mero informante ou como terceiro efetivamente interessado no desfecho do processo. No Brasil, a intervenção na qualidade de *amicus curiae* foi autorizada.

No mesmo sentido, Bish observa que o enquadramento legal do *amicus curiae* é permeado por consideráveis digressões doutrinárias. De acordo com a autora:

A jurisprudência brasileira tem manifestado diferentes posicionamentos sobre a natureza da atuação do *amicus curiae*, ora proibindo as intervenções nitidamente parciais, ora exigindo, como requisito para participação de interessados, especial interesse na validação ou na invalidação da norma sob julgamento. Processualistas têm se preocupado com a questão, buscando aferir a natureza do *amicus curiae*. Encontram-se diversos posicionamentos entre os processualistas, que se dividem em conferir ao *amicus curiae* papel de assistente, de auxiliar do Juízo, de perito, de colaborador informal, etc. Chega-se até mesmo em cogitar novo enquadramento

²⁷⁶ DEL PRÁ, Carlos Gustavo. *Amicus curiae*: instrumento de participação democrática e de aperfeiçoamento da prestação jurisdicional, p. 55-56.

processual, *sui generis*, qual seja, o de ser instrumento de comunicação entre a sociedade civil e o Poder Judiciário²⁷⁷.

No que diz respeito à natureza jurídica da intervenção do *amicus curiae* é uma obviedade mencionar que o mesmo se enquadra no rol dos diversos sujeitos processuais, uma vez que, juntamente com as partes, o juiz, os advogados, o Ministério Público, serventuários, terceiros intervenientes e auxiliares do juízo²⁷⁸, o *amicus curiae* se encontra (ou pode vir a se encontrar) no procedimento em contraditório contribuindo para a formação da decisão jurisdicional²⁷⁹.

Desde a teoria imanentista da ação, passando pela polêmica travada entre Windscheid e Muther e as demais teorias que se seguiram, busca-se o conceito e significado de “parte”, não sendo equivocado afirmar que o tema em questão configura um dos temas mais problemáticos do direito processual²⁸⁰.

Câmara explica que a tradicional acepção do conceito de parte, formulada por Chiovenda, é definida como sendo “aquele que pleiteia e aquele em face de quem se pleiteia a tutela jurisdicional”²⁸¹. Tal conceito, apesar de correto, mostra-se insuficiente para explicar todas as implicações do tema no direito processual, uma vez que correspondente ao conceito de “partes da demanda” e não ao conceito mais amplo, qual seja, “partes do processo”. Este último, modernamente, é entendido como “todas as pessoas que participam do procedimento em contraditório”²⁸².

Bueno explica que o conceito de partes e terceiros é obtido pela negação entre uma ou outra condição de atuação no processo. “É ‘terceiro’ todo aquele que não pede ou em face de quem nada se pede perante o Estado-Juiz. Partes são os não terceiros; terceiros são todos os que não são partes”²⁸³. No mesmo sentido, Cabral afirma que o conceito de terceiro no

²⁷⁷ Bish, Isabel da Cunha, *O amicus curiae, as tradições jurídicas e o controle de constitucionalidade*, p. 156.

²⁷⁸ DEL PRÁ, Carlos Gustavo. *Amicus curiae: instrumento de participação democrática e de aperfeiçoamento da prestação jurisdicional*, p. 122.

²⁷⁹ NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco; CÂMARA, Bernardo Ribeiro; SOARES, Carlos Henrique. *Curso de direito processual civil: fundamentação e aplicação*. 1. ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011, p. 163.

²⁸⁰ AGUIAR, Mirella de Carvalho. *Amicus curiae*. Salvador: Juspodivm, 2005, p. 37. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Processo de conhecimento*. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 160.

²⁸¹ CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 178. BUENO, Cássio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil: procedimento comum: ordinário e sumário*. v. 2, tomo I. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 418.

²⁸² CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 178.

²⁸³ BUENO, Cássio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil: procedimento comum: ordinário e sumário*. v. 2, tomo I. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 418.

processo civil “não se nos apresenta ontologicamente, mas por exclusão, negação: será terceiro todo aquele que não for parte”²⁸⁴.

Carneiro, analisando o conceito de parte para diversos autores, afirma que seu significado atual é eminentemente processual, não se tratando de buscar a relação de direito material ou a (i)legitimidade, mesmo que a sentença posteriormente, eventualmente, declare a ilegitimidade. Assim, o autor é parte desde o momento de propositura da demanda e o réu adquire a qualidade de parte pela citação²⁸⁵.

Marinoni e Arenhart, ressaltando a importância dos elementos de direito material discutido para outorgar à determinada pessoa a condição de parte legítima, para então, separá-la da ideia do terceiro que eventualmente poderá intervir, explicam a diferença entre partes e terceiros da seguinte forma:

[...] será parte no processo aquele que demandar em seu nome (ou em nome de quem for demandada) a atuação de uma ação de direito material e aquele outro em face de quem essa ação deva ser atuada. Terceiro será, por exclusão, aquele que não efetivar semelhante demanda no processo, mas, por ter interesse jurídico próprio na solução do conflito (ou, ao menos, afirmar possuí-lo, é autorizado a dele participar sem assumir a condição de parte²⁸⁶.

De acordo com Leal, em que pese as variadas discussões acerca do tema, tem-se para o autor “o entendimento basilar de que parte é um conceito processual que se manifesta no âmbito estrutural da procedimentalidade (devido processo legal)”, e deve ser entendido como “instituto do direito processual para acertar ou provocar direitos ou opor defesas em hipóteses procedimentais em que direitos lhes sejam negados, confrontados, violados ou lesados”²⁸⁷.

Para Leonel, “embora o legislador tenha que agir com razoabilidade no exercício de suas opções de política legislativa, instituir modalidades de intervenção de terceiro é, antes de tudo, uma forma de assegurar legitimidade institucional ao direito processual”²⁸⁸. Da instituição dessas modalidades pelo legislador, como em todos os institutos do direito processual, sobressai um sem número de digressões doutrinárias. Nas palavras do autor:

²⁸⁴ CABRAL, Antônio do Passo. Pelas asas de Hermes: a intervenção do *amicus curiae*, um terceiro especial, p. 15.

²⁸⁵ CARNEIRO, Athos Gusmão. *Intervenção de terceiros*. 19 ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 5-6.

²⁸⁶ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Processo de conhecimento*. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 163.

²⁸⁷ LEAL, Rosemiro Pereira. Parte como instituto do processo constitucional. In: DIDIER JR, Fredie *et al.* (Coord.). *O terceiro no processo civil brasileiro e assuntos correlatos: estudos em homenagem ao professor Athos Gusmão Carneiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 470.

²⁸⁸ LEONEL, Ricardo de Barros. Recursos de sobreposição: novo procedimento e intervenção do *amicus curiae*. In: DIDIER JR, Fredie *et al.* (Coord.). *O terceiro no processo civil brasileiro e assuntos correlatos: estudos em homenagem ao professor Athos Gusmão Carneiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 436.

Os terceiros, por sua vez, levando em conta o já mencionado critério de exclusão, podem ser conceituados como o ingresso no procedimento em contraditório daqueles que, originariamente, não são partes na demanda²⁸⁹. Referido conceito, de caráter estritamente processual, é apresentado por Dinamarco como uma “refração especular da imagem de parte”²⁹⁰, desvinculado de quaisquer fatores relativos ao direito discutido e ao objeto do processo. Tais fatores, explica o autor, se mostram “relevantes para a determinação dos terceiros legitimados a intervir, não porém no puro conceito de terceiro”²⁹¹.

Ao terceiro que não intervém em determinado processo, não se estende os efeitos da sentença de mérito, afastando-se a submissão deste à coisa julgada material, que se limita às partes (art. 472. CPC), uma vez que “constituiria violação a várias garantias constitucionais a imposição dos efeitos do processo a quem, não havendo adquirido a qualidade de parte, não teve as oportunidades inerentes à garantia constitucional do contraditório”²⁹².

As intrincadas discussões acerca da natureza e do regime jurídico do *amicus curiae*, como se verá a seguir, são permeadas pela proximidade e semelhança deste com outras figuras processuais, no que diz respeito aos objetivos da intervenção, a exemplo do assistente, do Ministério Público, do perito, do intérprete, dentre outras, o que torna a busca por respostas ainda mais difícil, fazendo-se necessário, como propugnado por Bueno,

[...] comparar ao máximo a figura do *amicus curiae* com as demais figuras que nossa doutrina usualmente rotula de ‘sujeitos do processo’ para, a partir dessa comparação, distinguir as várias figuras e, a final, termos condições objetivas de propor um regime jurídico próprio, diferenciado daquela figura, daquele especial interveniente²⁹³.

Para tornar-se parte no processo mediante intervenção é necessário a demonstração de uma espécie de legitimidade, que decorre da ligação existente entre o terceiro e o objeto do processo, ou ainda com a controvérsia existente entre as partes originárias²⁹⁴.

No caso do *amicus curiae* tem-se que, ressalvados os casos de intervenção provocada pelo magistrado, nos quais atuará como espécie de auxiliar do juízo, situação na qual a

²⁸⁹ CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*, p. 178; BUENO, Cássio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil: procedimento comum: ordinário e sumário*, p. 418; CARNEIRO, Athos Gusmão. *Intervenção de terceiros*, p. 69.

²⁹⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. v. II. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 380.

²⁹¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. v. II. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 381.

²⁹² Idem.

²⁹³ BUENO, Cassio Scarpinella. *O amicus curiae no processo civil brasileiro*, p. 338.

²⁹⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. v. II. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 381.

legitimidade presumivelmente será analisada pelo magistrado, a intervenção voluntária pressupõe a comprovação de sua legitimidade, bem como outros requisitos, a exemplo da representatividade e a pertinência temática, consubstanciada na importância do tema em discussão e os reflexos que a decisão poderá ocasionar.

Dentre os componentes dessa legitimidade se insere um requisito de ordem subjetiva, qual seja, o interesse que justificaria a solicitação para manifestar na qualidade de *amicus curiae*.

Este interesse, contudo, apesar de se assemelhar com o interesse jurídico necessário para intervir na condição de assistente – modalidade interventiva que, pelas suas características, guarda proximidade com a intervenção do *amicus curiae* – não é o mesmo interesse jurídico que caracteriza a assistência. Nesse sentido, Mamari Filho, explica que

[...] o *amicus curiae* se diferencia das clássicas modalidades de intervenção de terceiros no processo judicial previstas no Código de Processo Civil, assim como do instituto da assistência e do litisconsórcio em função de seu caráter público, isto é, transcende as motivações dos litigantes. Como participante extraordinário do processo, não se legitima por possuir interesse jurídico particular no deslinde da demanda”²⁹⁵.

Em sentido semelhante, após reconhecer o inegável caráter de fluidez e mutabilidade do conceito de interesse público, Bueno afirma que o interesse do *amicus curiae*, ou em outras palavras, o que motiva sua intervenção, deriva do tradicional “interesse jurídico” a ser demonstrado pelo assistente²⁹⁶. Esse interesse seria, então, de caráter institucional, na medida em que, apesar de determinada decisão ter a potencialidade de influir na esfera jurídica do *amicus curiae*, o objetivo primordial de sua participação diz respeito à tutela de interesses dispersos na sociedade e porventura não devidamente representados em toda a sua dimensão em determinado processo²⁹⁷, mesmo sua intervenção não se revestindo, em determinados momentos de imparcialidade²⁹⁸.

²⁹⁵ MAMARI FILHO, Luís Sérgio Soares. *A comunidade aberta de intérpretes da Constituição: o amicus curiae como estratégia de democratização das busca do significado das normas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 99.

²⁹⁶ BUENO, Cassio Scarpinella. *O amicus curiae no processo civil brasileiro*, p. 429.

²⁹⁷ “O que busca o *amicus*, diferentemente do que move os demais terceiros regulados pelo nosso Código de Processo Civil, é o proferimento de uma decisão judicial que leve em conta necessariamente certos elementos, informações e valores da sociedade ou do próprio estado. Mesmo quando a intervenção se dá em casos concretos, individuais, o *amicus* não postula que sejam levadas em consideração específicas e concretas situações jurídicas. Para chamar a atenção do juiz para elas, são suficientes os advogados de ambas as partes, até mesmo, se for o caso, eventuais terceiros intervenientes, dentre eles os assistentes”. BUENO, Cassio Scarpinella. *O amicus curiae no processo civil brasileiro*, p. 412.

²⁹⁸ BUENO, Cassio Scarpinella. *O amicus curiae no processo civil brasileiro*, p. 429-467.

Apesar de, conforme apresentado anteriormente, o *amicus curiae* ter modificado durante seu desenvolvimento o caráter de neutralidade, passando a apoiar um dos litigantes, sua atuação não é orientada na assistência motivada pelo interesse de que a sentença seja favorável a uma das partes, como previsto no art. 50 do CPC. Nesse sentido, Del Prá afirma que o papel a ser desempenhado pelo *amicus curiae* no direito brasileiro, em que pese seu perfil, às vezes, partidário ou mesmo litigante, ficará sempre adstrito a um “obstáculo intransponível”, qual seja, o caráter essencialmente neutro de sua função, “não obstante possa indiretamente acabar por ‘auxiliar’ uma das teses”. Acrescenta que, nos casos em que o terceiro pretenda auxiliar diretamente uma das partes, o instituto apropriado é o da assistência, seja ela simples ou litisconsorcial, levando em conta os requisitos legais previstos para tal modalidade interventiva²⁹⁹.

No mesmo sentido, tratando acerca da construção doutrinária norte-americana, já mencionada no tópico correspondente, de que o *amicus curiae* estaria perdendo seu caráter de imparcialidade e se transformando em um “*amicus litigante*”, Bueno afirma que semelhante deformação indesejada do instituto não encontrará espaço no direito brasileiro. Nas palavras do autor:

Assim, tendo presente o direito brasileiro, tudo temos para, de início, evitar que os nosso *amici* se tornem “litigantes parciais”, a exemplo do que há notícia nos Estados Unidos. O esforço da nossa doutrina e da nossa jurisprudência, destarte, deve ser, desde logo, do início, o de evitar que tal transformação seja sentida também entre nós. Até porque nós temos, bem definido, o instituto da assistência, que admite essa parcialidade assumida e confessa; a maior prova é o conceito de interesse jurídico entendido no seu próprio ambiente tradicional³⁰⁰.

Assim, a legitimidade a ser comprovada pelo *amicus curiae* quando da intervenção se difere daquela a ser demonstrada pelos demais terceiros, na medida em que, em princípio, não tem o mesmo interesse que caracteriza a atuação das partes. Em outras palavras, costuma-se afirmar que o *amicus curiae*, nas hipóteses em que intervém, não faz pedidos em nome próprio, sendo sua atuação motivada por um interesse diverso, qual seja, possibilitar um maior

²⁹⁹ DEL PRÁ, Carlos Gustavo Rodrigues. *Amicus curiae*: instrumento de participação democrática e de aperfeiçoamento da prestação jurisdicional, p. 112. Apesar da qualidade e importância de sua pesquisa sobre o tema, não se pode concordar com tal afirmação, uma vez que esse suposto caráter essencialmente neutro é amplamente questionado no direito norte-americano e, mais recentemente, no Brasil (MEDINA, Damares. *Amicus curiae*: amigo da corte ou amigo da parte?). Com efeito, por não se sujeitar aos efeitos da decisão, a intervenção como *amicus curiae* apresenta uma informalidade que não ocorre quando comparado com a figura da assistência, o que acaba por permitir o uso estratégico da primeira figura para defesa de um dos lados da controvérsia ou mesmo o interesse próprio do interveniente.

³⁰⁰ BUENO, Cassio Scarpinella. *O amicus curiae no processo civil brasileiro*, p. 411.

espectro informacional a partir da apresentação de novas informações, bem como diferentes interpretações do caso discutido.

Câmara, após a menção às principais normas que preveem a intervenção no *amicus curiae* no Brasil, defende que, contrariamente àqueles que afirmam se tratar de uma modalidade de intervenção de terceiro, diversa daquelas modalidades interventivas previstas no CPC, a atuação do *amicus* é caracterizada pela atuação de auxiliar eventual do juízo³⁰¹. O autor justifica seu posicionamento a partir do objetivo a motivar a intervenção, uma vez que, para o autor, “o *amicus curiae* não intervém no processo para defender interesses subjetivos seus, mas para fornecer subsídios ao juízo, a fim de que este possa bem resolver as questões de direito de repercussão geral que tenham surgido na causa”, motivo pelo qual se trataria de uma intervenção “altruísta”, no qual sua atuação se assemelharia a de um “perito em questões de direito”³⁰².

No mesmo sentido, Didier Jr. afirma ser o *amicus curiae* “verdadeiro auxiliar do juízo”, uma vez que o próprio significado da expressão assim sugere, bem como pelo fato de que “sua participação consubstancia-se em apoio técnico ao magistrado”³⁰³, de modo a municiá-lo com “elementos mais consistentes para que melhor possa aplicar o direito ao caso concreto”³⁰⁴. Nas palavras do autor, “não é o *amicus curiae* um postulante, parte do processo com interesse específico em determinado resultado do julgamento, o que não quer dizer que não possa ele, em determinadas situações, atuar com certa carga de parcialidade”³⁰⁵. Didier Jr. acrescenta que, “já que não ingressa como parte, não pode se equiparar, portanto, a intervenção do *amicus curiae* com a intervenção de terceiro: seria o mesmo que se comparar a intervenção de um perito com a de um assistente”³⁰⁶.

Contrariamente ao entendimento de que o *amicus curiae* seria um auxiliar eventual do juízo, diversos autores o classificam como uma modalidade *sui generis*, especial, atípica ou anômala de intervenção de terceiros. Pereira afirma que “o *amicus curiae* é voluntário participe na construção de assentamentos judiciais para o ideal da pretendida ‘sociedade justa’, sem confundir-se com as hipóteses comuns de intervenção”, acrescentando que, “como

³⁰¹ CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 247.

³⁰² CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 248.

³⁰³ DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*. Introdução ao direito processual civil e processo de conhecimento. 15. ed. Salvador: JusPodivm, 2013, p. 442.

³⁰⁴ DIDIER JR., Fredie. A intervenção judicial do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (art. 89 da lei federal 8884/1994) e da Comissão de Valores Mobiliários (art. 31 da lei federal 6385/1976). *Revista de Processo* v. 29, n. 115, maio/jun. 2004, p. 154.

³⁰⁵ DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*. Introdução ao direito processual civil e processo de conhecimento. 15. ed. Salvador: JusPodivm, 2013, p. 443-444.

³⁰⁶ DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*. Introdução ao direito processual civil e processo de conhecimento. 15. ed. Salvador: JusPodivm, 2013, p. 444.

terceiro especial ou de natureza excepcional, pode ser admitido no processo civil brasileiro para partilhar na construção da decisão judicial, contribuindo para ajustá-los aos relevantes interesses sociais em conflito³⁰⁷. Em sentido semelhante, Cabral afirma que

[...] esta modalidade de intervenção guarda características próprias que a diferencia das formas clássicas de ingresso de sujeitos estranhos ao processo previstas no CPC e que ganham similares em inúmeros ordenamentos estrangeiros. O amigo da corte é um terceiro *sui generis* (ou terceiro especial, de natureza excepcional) e sua intervenção pode ser classificada como atípica³⁰⁸.

Cabral, também consignando a intervenção do *amicus* como uma modalidade de intervenção de terceiros, tece as seguintes considerações:

Aquele que atua como *amicus curiae* decerto não se inclui no conceito de parte, pois não formula pedido, não é demandado ou tampouco titulariza a relação jurídica objeto do litígio. Também não exterioriza pretensão, compreendida como exigência de submissão do interesse alheio ao seu próprio, pois seu interesse não conflita com aquele das partes. E, dentro da conceituação puramente processual dos terceiros, devemos admitir necessariamente que o *amicus curiae* inclui-se nesta categoria. Sua manifestação deve ser compreendida como verdadeira modalidade de intervenção de terceiros, não obstante a disposição do art. 7º da Lei 9.868/1999 que nega peremptoriamente o uso da intervenção de terceiros no processo da ação direta de inconstitucionalidade, cristalizando entendimento já consagrado no regimento interno do STF. Esta vedação deve ser compreendida como proibição do manejo das modalidades de intervenção previstas no CPC (arts. 50 a 80), o que não desconfigura o *amicus curiae* como espécie de intervenção de terceiros³⁰⁹.

No sentido de todas as posições anteriores, Bueno afirma que “entender (classificar) o *amicus* como ‘auxiliar do juízo’ não distingue o *amicus* como tal, nem tem condições de distingui-lo dos demais auxiliares do juízo”, uma vez que referida expressão é uma generalidade, abarcando outras espécies de sujeitos processuais, os quais estão disciplinados nos arts. 139 a 153 do CPC de 1973 (arts. 149 a 186 do novo CPC)³¹⁰.

Os auxiliares do juízo, apesar de, algumas vezes, poderem desempenhar função semelhante a do *amicus curiae*, com ele não se confundem. A aproximação reside no fato de que os auxiliares desenvolvem, na maioria das vezes, uma função instrutória, contribuindo para o espectro informacional que servirá de substrato para a comunidade de trabalho entre as partes e o magistrado que, por meio do desenvolvimento do iter processual, construirão

³⁰⁷ PEREIRA, Milton Luiz. *Amicus curiae* – intervenção de terceiros. *Revista de Processo* v. 109. São Paulo: Revista dos Tribunais, jan./mar. 2003, p. 44.

³⁰⁸ CABRAL, Antônio do Passo. Pelas asas de Hermes: a intervenção do *amicus curiae*, um terceiro especial, p. 118-119.

³⁰⁹ CABRAL, Antônio do Passo. Pelas asas de Hermes: a intervenção do *amicus curiae*, um terceiro especial, p. 118.

³¹⁰ BUENO, Cássio Scarpinella. *O amicus curiae no processo civil brasileiro*, p. 346.

conjuntamente a decisão em determinado caso. Com efeito, o Ministério Público atua na defesa de determinados interesses indisponíveis e, podendo desenvolver sua função como fiscal da legalidade ou mesmo como terceiro, se aproxima do *amicus curiae* na medida em que, defendendo o interesse público, é dotado de poderes para ampliar o debate travado no processo³¹¹. A aproximação do *amicus curiae* para com a da figura do Ministério Público é feita por Dinamarco. Nas palavras do autor:

Como no direito americano, aqui também a oportunidade de admitir um *amicus curiae* vincula-se à presença de um relevante interesse público, como fator de projeção ultra partes dos efeitos da decisão judiciária esperada (*Black's*). Tanto quanto o *custos legis* representado pelo Ministério Público, o *amicus curiae* é uma parte imparcial e suas manifestações devem pautar-se pela busca de uma decisão juridicamente correta e politicamente adequada, sem vinculação com o interesse de qualquer das partes em litígio; mas a participação desse sujeito é efêmera e não se destina a alongar-se por todo o tempo de duração do processo, como é o caso do fiscal da lei³¹².

Assim, a conceituação do *amicus curiae* como sendo um terceiro se afigura como a mais consentânea com o papel por ele desenvolvido, em virtude de suas especificidades e das diferenças para com outros sujeitos processuais.

Todavia, para uma devida contextualização do *amicus curiae*, seu dimensionamento no direito brasileiro e seus desafios, perspectivas e, principalmente, os limites de atuação desta modalidade interventiva, torna-se necessário a apresentação, ainda que em linhas gerais, das diversas hipóteses de atuação previstas no ordenamento jurídico brasileiro.

A análise das hipóteses de atuação do *amicus curiae* no direito brasileiro permitirá uma contextualização do instituto no contexto de uma análise crítica das reformas processuais, bem como dos problemas dela decorrentes. Referidas reformas, sob o pretexto de racionalizar a atividade jurisdicional, idealizaram diversos expedientes processuais orientados a viabilizar uma padronização decisória, sobretudo no âmbito recursal, de modo a viabilizar a duração do processo em tempo razoável.

Com efeito, para fazer frente ao déficit de legitimidade que caracteriza a maioria destes procedimentos, a possibilidade de intervenção na qualidade de *amicus curiae* foi

³¹¹ Bueno, sintetizando o papel desenvolvido pelos auxiliares do juízo, tece as seguintes considerações: “O perito e o intérprete são, para nós, auxiliares do juízo. A testemunha é terceiro que concretiza um meio de prova, a prova testemunhal. O *custos legis*, função historicamente titularizada (e monopolizada) pelo Ministério Público, atual em prol de determinados interesses para tutelá-los e, verdadeiramente, defendê-los em juízo. O curador especial nada mais é do que um integrador de capacidade civil de função exclusivamente processual (um representante *ad hoc* para o processo civil) ou uma figura que visa ao maior desenvolvimento do princípio do contraditório. O assistente é, por excelência, o terceiro que ingressa em processo alheio motivado pela tutela, direta ou indireta, de um interesse jurídico seu. Bueno, Cássio Scarpinella, *O amicus curiae no processo civil brasileiro*, p. 343.

³¹² DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. v. 2. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 402.

pensada como um contraponto, de modo a possibilitar uma maior discussão das decisões resultantes destes procedimentos.

Dessa forma, após a análise das hipóteses de intervenção do *amicus curiae* no direito brasileiro, apresentar-se-á com maior detalhamento os aspectos processuais do instituto e sua previsão no novo Código de Processo Civil brasileiro.

Registre-se que a apresentação dogmática das hipóteses do instituto objeto desta pesquisa não foi estruturada em ordem cronológica, de modo que, em um primeiro momento, apresentar-se-á a configuração do *amicus curiae* no controle concentrado de constitucionalidade, tendo em vista a importância e amplitude do tema, notadamente a previsão desta modalidade interventiva na Lei n.º 9.868/99, momento no qual ocorreu uma verdadeira mudança paradigmática na jurisdição constitucional brasileira e uma crescente atenção dos estudiosos para o tema.

4.2 Breve Introdução ao controle de constitucionalidade

O controle de constitucionalidade é um dos temas mais complexos do direito, uma vez que está diretamente relacionado com o reconhecimento e defesa da supremacia da Constituição e dos direitos fundamentais. No direito brasileiro, especialmente a partir da Constituição de 1988 e as leis que disciplinam o controle de constitucionalidade, o processo constitucional brasileiro passou por uma verdadeira revolução.

De acordo com Cattoni de Oliveira:

A Constituição de 1988 é um marco importantíssimo, se não for o mais importante da nossa história, de um projeto que transcende ao próprio momento de promulgação da Constituição e que lhe dá sentido, de um projeto que é muito anterior, que vem se desenvolvendo, ainda que sujeito a tropeços, a atropelos, há muito tempo. Numa leitura reconstitutiva, a Constituição reafirma, mais uma vez, porque os reinterpreta, os grandes ideais de autonomia e de emancipação presentes nas grandes revoluções do final do século XVIII. Porque nós também somos herdeiros de um processo constitucional que se desenvolve há pelo menos duzentos, trezentos anos, que deve ser relido no sentido de que só se garantem condições para o exercício da liberdade, em liberdade³¹³.

A temática do controle de constitucionalidade das leis e a legitimidade do modo como este é realizado, ainda se mostra de grande atualidade e, em virtude do sem número de

³¹³ CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. O projeto constituinte/constitucional de estado democrático de direito: um exercício de patriotismo constitucional. In: *Provocações*, n. 1. Sete Lagoas: Fundação Educacional Monsenhor Messias, Faculdade de Direito de Sete Lagoas, jan./jun. 2005, p. 65.

digressões inerentes ao objeto de estudo em questão, os debates ganham uma crescente atenção dos estudiosos³¹⁴.

O tema em questão se relaciona e se desdobra em inúmeros outros que compõe o estado da arte sobre o controle de constitucionalidade, bem como da compatibilidade e adequação das normas com as exigências normativas do Estado Democrático de Direito e a defesa dos direitos fundamentais, a exemplo da estreita relação entre direito e política e o papel conferido às Cortes Superiores, as modalidades de exercício de controle na experiência nacional e estrangeira, a coerência e integridade das decisões, os legitimados ao manejo das ações constitucionais e as condições de operacionalidade do procedimento, bem como a abertura discursiva quanto à interpretação da constituição e das normas questionadas³¹⁵.

Os estudos sobre a jurisdição constitucional devem ser devidamente problematizados e esta devidamente exercida, uma vez que, se realizada de modo arbitrário, sem um devido dimensionamento de sua função e, principalmente, dos seus limites, sua atuação pode acabar por contrariar as expectativas normativas que se tem da relação entre Constitucionalismo e Democracia³¹⁶.

Conforme ressaltado por Silva, “o imaginário teórico-constitucional brasileiro tende a considerar o sistema de controle de constitucionalidade adotado pela Constituição Federal de 1988 como um modelo misto ou híbrido”, o qual congrega elementos do *judicial review* norte americano, bem como da jurisdição constitucional concentrada, como proposto por Kelsen e adotado em diversos países europeus³¹⁷.

Dessa forma, o sistema brasileiro de controle da constitucionalidade seria caracterizado por duas modalidades de controle, o controle concentrado, também conceituado como abstrato, e o controle difuso, também conceituado como concreto³¹⁸.

³¹⁴ Silva, em seu estudo sobre o ativismo judicial no controle de constitucionalidade, ao tratar das circunstâncias que possibilitaram o *judicial review* ser propagado para o mundo, observa que “apontar um marco zero para o controle de constitucionalidade é desconsiderar a história construída ao longo dos séculos. É desconsiderar que o *judicial review* é, antes de qualquer construção filosófica, uma técnica jurídica de aplicação nas Constituições escritas dos princípios e regras construídas pela *common law* para evitar que pessoas públicas e privadas abusem do poder frente ao cidadão”. SILVA, Diogo Bacha e. *Ativismo no controle de constitucionalidade: a transcendência dos motivos determinantes e a (i)legítima apropriação do discurso de justificação pelo Supremo Tribunal Federal*: Belo Horizonte: Arraes: 2013, p. 08.

³¹⁵ SOUZA CRUZ, Álvaro Ricardo de; NEDER MEYER, Emílio Peluso; RODRIGUES, Eder Bomfim. *Desafios contemporâneos do controle de constitucionalidade*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2012. CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Jurisdição constitucional democrática: atualizada pela Emenda Constitucional n. 45/2004 e pelas Leis n. 11.417/2006 e 12.063/2009*. 2ª ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Arraes Editores: 2014.

³¹⁶ SILVA, Diogo Bacha e. *Ativismo no controle de constitucionalidade: a transcendência dos motivos determinantes e a (i)legítima apropriação do discurso de justificação pelo Supremo Tribunal Federal*: Belo Horizonte: Arraes: 2013, p. 1-3.

³¹⁷ SILVA, Diogo Bacha e. *Ativismo no controle de constitucionalidade*, p. 96.

³¹⁸ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 1063 *et. seq.*

De acordo com Cruz, o controle de constitucionalidade, juntamente com a teoria da federação, consiste na “maior contribuição da América para a teoria da Constituição”, “fruto não apenas das particularidades históricas do *common law*, mas também do gênio do *Chief Justice Marshall* no célebre caso *William Marbury vs James Madison* em 1803”³¹⁹.

O controle de constitucionalidade difuso foi introduzido no Brasil pelos esforços de Ruy Barbosa, pela sua condição de “autor intelectual” da Constituição de 1891, “mas também e principalmente por seu trabalho como advogado à frente de causas ligadas às liberdades fundamentais do homem, em especial, perante o Supremo Tribunal Federal”³²⁰.

O modelo brasileiro, apesar de sua aproximação com o *judicial review* norte-americano, também se caracterizou pela tradição romano-germânica a que é filiado, na qual “as decisões do Supremo não tinham ‘caráter normativo’, ou melhor, não eram dotadas de efeito vinculativo *erga omnes*, tal qual se percebe pelo *stare decisis* norte-americano”³²¹.

No método difuso, qualquer órgão do Poder Judiciário e em qualquer grau de jurisdição, seja em juízo monocrático ou colegiado, pode exercer a Jurisdição Constitucional. Com efeito, definir o método difuso como “incidental” significa que o controle “não irá, na verdade, declarar a inconstitucionalidade da norma, e sim decretar a validade ou não de supostas ameaças ou violações a direitos subjetivos”³²². Conforme as observações de Cruz:

O argumento da inconstitucionalidade pode ser a única fundamentação jurídica do pedido ou pode ser apenas mais uma delas. É, pois, juízo de precognição do Judiciário para a definição do pedido, ou seja, prejudicial incidental de inconstitucionalidade. Em outras palavras, o juiz não abordará diretamente a questão

³¹⁹ CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Jurisdição constitucional democrática*, p. 337-338. Conforme explica Binenbojm, “Marshall era Secretário de Estado do Presidente Adams, ambos do Partido Federalista, derrotado por Jefferson nas eleições presidenciais. No interregno entre o resultado do pleito e posse dos novos governantes, Adams levou a efeito seu testamento político nomeando para o Judiciário seus correligionários políticos. Um dos beneficiários foi o próprio Marshall, nomeado para Presidente da Suprema Corte (*‘Chief Justice’*) e empossado no cargo após a aprovação de seu nome pelo Senado, sem, contudo, abandonar o cargo de Secretário de Estado até o término do governo Adams. Marshall ficou incumbido de entregar os títulos de nomeação aos demais beneficiários, embora não tenha conseguido completar sua missão. Um dos títulos não entregues nomeava Willian Marbury para o cargo de Juiz de Paz no Condado de Washington, Distrito de Colúmbia. Empossado o novo governo, o Presidente Jefferson determinou a James Madison, seu Secretário de Estado, que não entregasse o título ao nomeado. Assim foi que Marbury, após notificar Madison – que permaneceu silente – para que este apresentasse as razões pelas quais se negava a dar-lhe posse, impetrou um *‘writ of mandamus’* perante a Suprema Corte postulando o reconhecimento de seu direito. Após dois anos de demora para o julgamento do caso, debaixo de pressões políticas fortíssimas e críticas contundentes da imprensa, o Tribunal proferiu seu veredicto. Para compreender totalmente a decisão de Marshall, impõe-se registrar que, naquela ambiência política, chegou-se a cogitar o *‘impeachment’* dos juizes da Suprema Corte e a propalar que a ordem, caso concedida, não seria cumprida pelo Executivo”. BINENBOJM, Gustavo. *A nova jurisdição constitucional brasileira: legitimidade democrática e instrumentos de realização*. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 29-30, grifos do autor.

³²⁰ CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Jurisdição constitucional democrática*, p. 355.

³²¹ Idem.

³²² CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Jurisdição constitucional democrática*, p. 357.

da constitucionalidade, mas sim de forma indireta, como mecanismo de fundamentação de sua decisão judicial³²³.

A diferença marcante entre controle difuso de constitucionalidade brasileiro e o *judicial review* norte-americano reside na não adoção de uma das principais características do controle de constitucionalidade estadunidense, o *stare decisis*, princípio integrante da tradição do *common law* que confere efeito vinculante às decisões da Suprema Corte americana³²⁴.

O controle concentrado, por sua vez, tem como marco a Constituição Austríaca de 1920, sistema delineado por Hans Kelsen e que se disseminou na Europa após a Segunda Guerra Mundial³²⁵. De acordo com o art. 102, *caput*, da Constituição Federal, é realizado exclusivamente pelo Supremo Tribunal Federal, responsável pela guarda do texto constitucional. Referida modalidade de controle foi disciplinado pela primeira vez por meio da Emenda Constitucional n. 16, de 26 de novembro de 1965, a qual previa tão somente o Procurador-Geral da República como legitimado ao manejo dos procedimentos de inconstitucionalidade³²⁶.

A Constituição de 1988 trouxe profundas modificações no controle de constitucionalidade abstrato, na medida em que ampliou significativamente os entes legitimados à propositura³²⁷, além de criar outro procedimento de inconstitucionalidade, qual

³²³ CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Jurisdição constitucional democrática*, p. 357.

³²⁴ SILVA, Diogo Bacha e. *Ativismo no controle de constitucionalidade*, p. 15; CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Jurisdição constitucional democrática*, p. 354. Cappelletti, explicando o significado do *stare decisis*, tece as seguintes considerações: “[...] o princípio do *stare decisis* opera de modo tal que o julgamento de inconstitucionalidade da lei acaba, indiretamente, por assumir uma verdadeira eficácia *erga omnes* e não se limita então a trazer consigo o puro e simples efeito da não aplicação da lei a um caso concreto com possibilidade, no entanto, de que em outros casos a lei seja, ao invés, de novo aplicada. Uma vez não aplicada pela *Supreme Court* por inconstitucionalidade, uma lei americana, embora permanecendo “*on the books*”, é tomada “*a dead law*”, uma lei morta”. CAPPELLETTI, Mauro. *O controle jurisdicional de constitucionalidade das leis no direito comparado*. Trad. Aroldo Plínio Gonçalves. 2º ed. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1999, p. 81.

³²⁵ FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 6 ed. Salvador: JusPodivm, 2014, p. 1093. Sobre o tema, Cunha Júnior tece as seguintes considerações: “O sistema proposto por Kelsen configura-se como uma função constitucional que não seria propriamente judicial, senão, como explica o próprio jurista de Viena, de legislação negativa. Com efeito, na visão kelseniana, o Tribunal constitucional não julga nenhuma pretensão concreta, mas tão-só o problema abstrato de compatibilidade entre uma lei e a Constituição. Daí haver Kelsen assegurado que não há, nesse juízo puramente lógico, uma aplicação ou não aplicação da lei a um caso concreto, de modo que se estaria, em consequência, diante de uma verdadeira atividade judicial, que supõe sempre uma decisão singular a respeito de um caso controvertido. Se assim o é, diz Kelsen, o Tribunal Constitucional é um legislador, só que legislador negativo. Ambos os órgãos – o fiscalizado e o fiscalizador – são legislativos, só que o Tribunal Constitucional tem organização jurisdicional”. CUNHA JÚNIOR, Dirley da, *Curso de direito constitucional*. Salvador: JusPodivm, 2008, p. 278.

³²⁶ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*, p. 1044 e 1100.

³²⁷ Art. 103 - Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade: (Alterado pela EC-000.045-2004)

I - o Presidente da República;

II - a Mesa do Senado Federal;

III - a Mesa da Câmara dos Deputados;

seja, a ação de descumprimento de preceito fundamental (art. 102, § 1º, da Constituição Federal).

De acordo com Mendes e Branco, “embora o novo texto constitucional tenha preservado o modelo tradicional de controle de constitucionalidade ‘incidental’ ou ‘difuso’”, a adoção de alguns instrumentos como o mandado de injunção, o mandado de segurança coletivo, bem como as ações direta de inconstitucionalidade, “conferiu um novo perfil ao nosso sistema de controle de constitucionalidade”³²⁸.

Esse novo perfil, de acordo com os autores, teria reduzido, de forma marcante, o significado do controle de constitucionalidade pela via difusa, ao ampliar a legitimação para propositura de ação direta de inconstitucionalidade (art. 103) e permitindo que praticamente “todas as controvérsias constitucionais relevantes sejam submetidas ao Supremo Tribunal Federal mediante processo de controle abstrato de normas”³²⁹. De acordo com Mendes e Branco:

A Constituição de 1988 conferiu ênfase, portanto, não mais ao sistema difuso ou incidente, mas ao modelo concentrado, uma vez que, praticamente, todas as controvérsias constitucionais relevantes passaram a ser submetidas ao Supremo Tribunal Federal, mediante processo de controle concentrado de normas. A ampla legitimação, a presteza e a celeridade desse modelo processual, dotado inclusive da possibilidade de suspender imediatamente a eficácia do ato normativo questionado, mediante pedido de cautelar, constituem elemento explicativo de tal tendência³³⁰.

Com efeito, a emenda Constitucional n. 3/93, inovando uma vez mais no controle concentrado, introduziu no texto constitucional a ação declaratória de constitucionalidade (art. 102, I, a, da Constituição Federal), contribuindo para a consolidação do controle concentrado de constitucionalidade³³¹.

IV - a Mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; (Alterado pela EC-000.045-2004)

V - o Governador de Estado ou do Distrito Federal; (Alterado pela EC-000.045-2004)

VI - o Procurador-Geral da República;

VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil;

VIII - partido político com representação no Congresso Nacional;

IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional. (BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em 05.06.2014).

³²⁸ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*, p. 1036.

³²⁹ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*, p. 1054.

³³⁰ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*, p. 1063.

³³¹ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*, p. 1054.

No controle concentrado, é recorrentemente sustentado na literatura jurídica brasileira que este seria um processo abstrato, vez que não se prestaria a discussão de interesses subjetivos, mas um confronto entre normas e, por isso, realizado de forma objetiva³³².

Contudo, nos últimos anos, começou a tomar forma no âmbito do direito processual, a tese de que o sistema de controle de constitucionalidade brasileiro estaria passando por um processo de “objetivação” ou “abstrativização”. Recentemente, a literatura jurídica especializada e o STF, em alguns votos, têm apontado para a chamada objetivação ou abstrativização do controle difuso de constitucionalidade, a significar um processo de aproximação entre os dois modelos, uma assunção de características do controle concentrado para o controle difuso³³³, ou ainda uma maior ênfase que a Constituição de 1988 teria dado ao controle concentrado de constitucionalidade, em detrimento do difuso³³⁴.

Os muitos exemplos desse fenômeno têm como característica comum a potencialidade de transmutar os efeitos de uma decisão em ação individual aos de uma decisão de efeito *erga omnes*, como a súmula vinculante e a atual conformação do recurso extraordinário, modificações empreendidas pela EC n.º 45/2004 e as respectivas legislações que regulamentaram os mencionados institutos. Cite-se também o procedimento de julgamento dos recursos especiais repetitivos no âmbito do STJ (art. 543-C do CPC), além de outros institutos apontados pela literatura especializada, *e.g.* o julgamento liminar de improcedência (art. 285-A do CPC)³³⁵.

Com efeito, o fenômeno é perceptível, conforme observação de Cruz, no “desenvolvimento da chamada corrente concretista geral no mandado de injunção”³³⁶, na

³³² BUENO, Cassio Scarpinella, *Amicus curiae no processo civil brasileiro*, p. 152. O suposto caráter abstrato do controle de constitucionalidade é severamente questionado por Cruz. A partir da possibilidade de intervenção do *amicus curiae*, bem como das audiências públicas, o autor tece os seguintes questionamentos: “Ora, se o controle de constitucionalidade é um processo abstrato, pairando acima de direitos individuais ou coletivos e que não abordam nenhum interesse específico, nem mesmo difuso, de modo que a procedência ou improcedência do pedido em uma ADI, ADC ou ADPF não os afetaria, por que então seria necessária a realização de audiências públicas? Por que a sociedade se mobilizaria para ir ao Supremo Tribunal Federal debater com os Ministros? (...) O fato é que se é um processo abstrato, se é um processo sem interesses e que não ameaça direitos subjetivos ou difusos, por que então o processo admite as audiências públicas? Por que o *amicus curiae*, de uma forma geral, foi saudado pela doutrina nacional como um instituto que impulsiona a democracia no controle concentrado de constitucionalidade das leis? Por qual razão? CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Jurisdição constitucional democrática*, p. 399-400.

³³³ CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Jurisdição constitucional democrática*, p. 368; ABOUD, Georges. *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 98; WOLKART, Erik Navarro. *Precedente judicial no processo civil brasileiro: mecanismos de objetivação do processo*. Salvador: Juspodivm, 2013.

³³⁴ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*, p. 1036; DEL PRÁ, Carlos Gustavo Rodrigues, *Amicus curiae: instrumento de participação democrática e de aperfeiçoamento da prestação jurisdicional*, p. 77.

³³⁵ WOLKART, Erik Navarro. *Precedente judicial no processo civil brasileiro: mecanismos de objetivação do processo*. Salvador: Juspodivm, 2013;

³³⁶ CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Jurisdição constitucional democrática*, p. 368.

suposta mutação constitucional ocorrida no art. 52, X, da CRFB³³⁷, bem como na chamada “teoria da transcendência dos motivos determinantes”, teoria recepcionada do direito alemão³³⁸ e que supostamente teria o condão de “dar à decisão no controle difuso uma amplitude muito maior do que aquela buscada pelas partes”³³⁹.

Neste contexto, Del Prá considera que “a atual tendência de fortalecer o controle concentrado em detrimento do difuso poderia significar substancial perda de legitimidade democrática das decisões sobre a constitucionalidade”, sendo que este problema teria sido aparentemente contornado, uma vez que, mesmo tendo promovido o fortalecimento do controle concentrado, “o legislador de 1999 houve por bem promover uma abertura no procedimento, possibilitando a participação de outras vozes, normalmente alijadas do debate, por meio da manifestação dos *amici curiae*”³⁴⁰.

Contudo, para além da crença no caráter híbrido do sistema de controle de constitucionalidade brasileiro, bem como contrariamente ao discurso de alguns autores do direito constitucional e do processo civil, de que referido sistema estaria passando por uma evolução, consistente na suposta preferência da Constituição de 1988 pelo modelo concentrado em detrimento do difuso, torna-se imperioso tecer alguns esclarecimentos relativos à temática.

³³⁷ Pedron explica em sua pesquisa que no julgamento da Reclamação n.º 4.335-AC, alguns Ministros do STF identificaram uma suposta mutação constitucional ocorrida no art. 52, X, da CRFB, aduzindo que as transformações ocorridas no direito constitucional brasileiro fez com que este se amadurecesse, tornando o controle difuso uma modalidade arcaica e ultrapassada e que foi pouco a pouco sendo substituído por um modelo mais eficiente. Assim, tais Ministros defendiam a atribuição de efeitos *erga omnes* e vinculantes as decisões do STF nos recursos extraordinários e a desnecessidade de edição de resolução pelo Senado Federal para que este fixasse a extensão acerca da tese da inconstitucionalidade. Pela análise de todos os votos, Pedron demonstra que o próprio STF tem um entendimento equivocado do que seria uma mutação constitucional e, pela análise do conceito e também de sua história, a partir da eleição da proposta hermenêutica de Dworkin como marco teórico, conclui-se no sentido de que a ideia de mutação constitucional perde seu sentido quando se compreende o direito como um sistema de princípios e não de regras. PEDRON, Flávio Barbosa Quinaud. *Mutação constitucional na crise do positivismo jurídico: história e crítica do conceito no marco da teoria do direito como integridade*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2012.

³³⁸ Silva tece as seguintes considerações sobre a teoria em questão: “A adoção de tal teoria em nosso sistema jurídico é problemática. Se nem em seu país de origem, Alemanha, a teoria dos motivos determinantes como característica do efeito vinculante é abraçada de forma pacífica pela doutrina, quanto mais dizer em um sistema como o nosso em que foi adotado, desde o princípio, o controle difuso e incidental estadunidense”. SILVA, Diogo Bacha e. *Ativismo no controle de constitucionalidade*, p. 23. O mesmo autor colaciona um excerto da obra de Martins, sobre o efeito do caráter vinculante de determinadas decisões no Tribunal Constitucional Federal alemão, a dificuldade em diferenciar os motivos determinantes de outras razões e o risco de se petrificar o Direito Constitucional: “[...] o efeito do vínculo às decisões avançou, segundo a jurisprudência do próprio TCF, estendendo-se às razões fundamentais, definidas como tais aquelas que não podem ser dispensadas sem que se comprometa o sentido das decisões. Essa interpretação ganhou, na literatura jurídica especializada, porém, mais repulsa do que concordância”. MARTINS, Leonardo. *Direito Processual Constitucional Alemão*. São Paulo: Editora Atlas, 2011, p. 107.

³³⁹ CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Jurisdição constitucional democrática*, p. 369; SILVA, Diogo Bacha e. *Ativismo no controle de constitucionalidade*, p. 23.

³⁴⁰ DEL PRÁ, Carlos Gustavo Rodrigues. *Amicus curiae: instrumento de participação democrática e de aperfeiçoamento da prestação jurisdicional*, p. 77.

Contrariando a suposta virtuosidade deste modelo misto, notadamente em face da circunstância de que o controle concentrado relega a um segundo plano a proteção dos direitos fundamentais, Cattoni de Oliveira afirma que:

No Direito tradicional continental europeu, o juiz comum, assim como o cidadão, deve presumir a constitucionalidade dos atos normativos e das leis e guiar-se pelo entendimento da Corte Constitucional. Em termos kelsenianos, o legislativo e a Corte são autorizados a interpretar a Constituição, o cidadão comum e o juiz não. Questões sobre a constitucionalidade ou inconstitucionalidade não devem ser explicitamente tratadas através dos processos comuns e nenhum cidadão pode argui-las (pelo menos no modelo clássico) e nenhum juiz ordinário pode pronunciar-se acerca delas. Como diria Peter Haberle, trata-se de uma “sociedade fechada de intérpretes da constituição”. Uma sociedade fechada que criou a doutrina das normas constitucionais programáticas, dos direitos fundamentais em sentido objetivo, que equiparou os direitos a bens negociáveis, que criou a jurisprudência dos valores³⁴¹.

A afirmação de que o controle concentrado seria um avanço ou, em outras palavras, teria o condão de viabilizar uma “sociedade aberta de intérpretes”, como propugnado por Häberle, pela suposta abertura decorrente dos legitimados à propositura das ações de constitucionalidade, bem como a possibilidade de participação no processo, na condição de *amicus curiae*, apresenta-se, em verdade, como um modelo fechado aos possíveis intérpretes, uma vez que não consegue ostentar a mesma legitimidade do controle de constitucionalidade pela via difusa, característica marcante da jurisdição constitucional brasileira.

Assim, o atual modelo de controle de constitucionalidade brasileiro delineado pela Constituição de 1988, “em que pese prever algumas ações cujo objeto seja a norma em si mesma, é o difuso, quer seja o mesmo justificado por via da tradição secular de nosso modelo, pela práxis cotidiana, ou, ainda, pela sistemática jurídico-normativa”³⁴². Nesse sentido, pelos balizamentos teóricos que orientam a presente pesquisa, o processualismo constitucional democrático, a partir de um dos seus pressupostos, qual seja, de abertura do direito processual para outras áreas do conhecimento, toma como referência os avanços empreendidos pela teoria do discurso e da democracia de Habermas, defendendo uma instrumentalidade técnica que tenha como referência os direitos fundamentais e a participação, nos procedimentos de inconstitucionalidade, de todos os seus destinatários³⁴³. Assim, defende-se que o reforço do

³⁴¹ CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. Jurisdição Constitucional: poder constituinte permanente? In: *Hermenêutica e jurisdição constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 76.

³⁴² SILVA, Diogo Bacha e. *Ativismo no controle de constitucionalidade*, p. 98.

³⁴³ A presente abordagem, por questões metodológicas, será apresentada em tópico próprio, de modo que, a partir da análise do *amicus curiae* no direito brasileiro e sua necessária contextualização com o pano de fundo e as diversas tensões em que este está inserido, pretender-se-á apresentar uma compreensão constitucionalmente adequada da configuração do instituto no direito processual contemporâneo e, em especial, as perspectivas da análise de sua previsão no novo Código de Processo Civil brasileiro.

controle concentrado pela tese da abstrativização do controle difuso acaba por centralizar, cada vez mais, as decisões no STF,

[...] sob os auspícios de uma desmedida instrumentalidade e economia processuais, que acabam por deslegitimar o sistema de controle de constitucionalidade na via difusa de cunho democrático-discursivo, que se desenvolve por meio da crítica pública das decisões, minando, com isso, a base dos direitos fundamentais atrelada ao Estado Democrático de Direito³⁴⁴.

O conceito de jurisdição constitucional, nesse sentido, também deve ser devidamente demarcado no direito brasileiro, uma vez que, conforme assevera Bahia,

[...] não há no Brasil uma Jurisdição Constitucional propriamente dita, se com isso se quiser significar uma prestação jurisdicional que seja prestada por apenas um órgão (uma Corte Constitucional). Toda Jurisdição é Constitucional, pois todos os órgãos judiciários (e, de resto, todos os órgãos públicos) estão obrigados a procurar preservar a autoridade da Constituição e de qualquer lei ou ato normativo (desde que com aquela não sejam contrários)³⁴⁵.

As transformações no controle de constitucionalidade brasileiro, desde a promulgação da Lei n.º 9.868/99 até o novo dimensionamento do Recurso Extraordinário, com as modificações empreendidas pela EC n.º 45/2004 e a lei 11.417/06, acabaram por modificar sobremaneira a jurisdição constitucional brasileira, mitigando o controle difuso de constitucionalidade e prevendo novas formas de atuação do *amicus curiae* para, supostamente, contornar os problemas de legitimidade decorrentes dessa mitigação.

Para uma adequada compreensão da transformação do controle de constitucionalidade brasileiro e a relevância do papel atribuído ao *amicus curiae*, torna-se necessário analisar o modo como tal modalidade de participação foi dimensionada nos procedimentos de inconstitucionalidade, bem como as demais modalidades de atuação deste terceiro interveniente no direito brasileiro.

4.3 O *amicus curiae* no controle concentrado de constitucionalidade

A previsão normativa de diversas hipóteses de intervenção do *amicus curiae*, conforme já abordado, é apontada como uma possibilidade de democratização das decisões tomadas pelo Supremo Tribunal Federal, de modo a amainar o déficit de legitimidade decorrente da própria estrutura procedimental das ações de controle concentrado.

³⁴⁴ FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de direito constitucional*, p. 1122.

³⁴⁵ BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. *Recursos extraordinários no STF e STJ: conflito entre interesse público e privado*. Curitiba: Juruá, 2009, p. 194.

Em que pese a previsão normativa das diversas modalidades de intervenção elencadas, de forma mais ou menos unânime, como sendo típica de um *amicus curiae*, bem como a possibilidade de intervenção nos procedimentos do controle difuso de constitucionalidade e nos expedientes destinados à uniformidade (ou padronização) decisória, como se verá a seguir, percebe-se que o instituto ganhou maior importância no ordenamento jurídico brasileiro a partir das Leis 9.868/1999 e 9.882/1999, que disciplinou as diversas ações de controle concentrado no STF – ADIn, ADInO, ADC e ADPF, bem alterou o procedimento de arguição de inconstitucionalidade no âmbito dos tribunais, inserindo no art. 482 do Código de Processo Civil os § 1º a 3º.

A previsão normativa do *amicus curiae* no controle concentrado de constitucionalidade – art. 7º, § 2º da lei 9868/99 e art. 6º, § 1º e 2º da lei 9.882/99 – é apontada como a principal inovação destas leis, na medida em que, de forma inédita, permite uma abertura da jurisdição constitucional à “sociedade de intérpretes”, conforme a noção de “*status activus processualis*” proposta por Peter Häberle³⁴⁶. Nesse sentido, o próprio Häberle, explicando sua teoria da interpretação constitucional, esclarece que

[...] no processo de interpretação constitucional estão potencialmente vinculados todos os órgãos estatais, todas as potências públicas, todos os cidadãos e grupos, não sendo possível estabelecer-se um elenco cerrado ou fixado com *numerus clausus* de intérpretes da Constituição. (...) Os critérios de interpretação constitucional não de ser mais abertos quanto mais pluralista for a sociedade³⁴⁷.

Essa abertura reside na possibilidade de que, nas hipóteses mencionadas, para a defesa da Constituição, o relator poderá requisitar informações aos “órgãos ou autoridades das quais emanou a lei ou o ato normativo impugnado” (art. 6º da Lei 9.868/99), requisitar “informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão”, nos casos de “necessidade de esclarecimento de matéria ou circunstância de fato ou de notória insuficiência das informações existentes nos autos”, bem como realizar audiência pública para a oitiva de pessoas detentoras de expertise na matéria tratada e solicitar

³⁴⁶ Leal explica que “a noção de Constituição cultural e aberta, cunhada por Peter Häberle, constitui um importante avanço/ruptura no âmbito da compreensão e da operacionalização da Constituição no contexto do Estado Democrático de Direito, trazendo novos contornos à teoria constitucional e à própria teoria da interpretação, assim como desafios no sentido de se transformar esse mesmo processo interpretativo em um processo aberto e plural, estreitamente conectado com a realidade, perfazendo-se o que o autor designa de uma ‘sociedade aberta de intérpretes da Constituição’”. LEAL, Mônia Clarissa Hennig. Jurisdição Constitucional aberta: a abertura constitucional como pressuposto de intervenção..., *Revista IOB de Direito Público*, v. 21, p. 49, 2008.

³⁴⁷ HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2002, p. 61.

informações “aos Tribunais Superiores, aos Tribunais federais e aos Tribunais estaduais acerca da norma impugnada no âmbito de sua jurisdição” (art. 9º, §§ 1º a 3º)³⁴⁸.

Percebe-se que o procedimento em questão foi dimensionado de modo a permitir uma significativa amplitude de participação dos interessados no provimento do controle de constitucionalidade das leis, o que levou Mendes a consignar que “o STF passa a contar com os benefícios decorrentes dos subsídios técnicos, implicações político-jurídicas e elementos de repercussão econômica que possam vir a ser apresentados pelos amigos da Corte”³⁴⁹. No mesmo sentido, comentando sobre a adequação procedimental do controle de constitucionalidade à natureza das matérias discutidas, Didier Jr. afirma acertadamente que

[...] a relevância social deste tipo de causa – direito de todos ao exame de constitucionalidade das leis, é fator de adequação objetiva do processo jurisdicional, que deve ter suas peculiaridades procedimentais modificadas de acordo com as características do objeto do processo. A ouvida do *amicus curiae* é uma das manifestações desta adequação³⁵⁰.

No mesmo sentido, Heinen tece as seguintes considerações:

[...] há um verdadeiro benefício mútuo na adoção do *amicus curiae*: da sociedade que pode participar na formação da construção de paradigmas hermenêuticos constitucionais, e da própria Suprema Corte, que pode contar com uma visão pluralista e matizada do tema posto em pauta³⁵¹.

³⁴⁸ Art. 6º O relator pedirá informações aos órgãos ou às autoridades das quais emanou a lei ou o ato normativo impugnado.

Parágrafo único. As informações serão prestadas no prazo de trinta dias contado do recebimento do pedido.

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

§ 1º (VETADO)

§ 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.

Art. 8º Decorrido o prazo das informações, serão ouvidos, sucessivamente, o Advogado-Geral da União e o Procurador-Geral da República, que deverão manifestar-se, cada qual, no prazo de quinze dias.

Art. 9º Vencidos os prazos do artigo anterior, o relator lançará o relatório, com cópia a todos os Ministros, e pedirá dia para julgamento.

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

§ 2º O relator poderá, ainda, solicitar informações aos Tribunais Superiores, aos Tribunais federais e aos Tribunais estaduais acerca da aplicação da norma impugnada no âmbito de sua jurisdição.

§ 3º As informações, perícias e audiências a que se referem os parágrafos anteriores serão realizadas no prazo de trinta dias, contado da solicitação do relator. (BRASIL. *Lei n.º 9.868, de 10 de novembro de 1999*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19868.htm. Acesso em 08.06.2014).

³⁴⁹ MENDES, Gilmar Ferreira. *Arguição de descumprimento de preceito fundamental*. Comentários à Lei n. 9.882, de 03.12.1999. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 139.

³⁵⁰ DIDIER JR, Fredie. *Recurso de terceiro*: juízo de admissibilidade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 183.

³⁵¹ HEINEN, Juliano. A figura do *amicus curiae* como um mecanismo de legitimação democrática do direito. In: *Revista Forense*. Rio de Janeiro: Forense, ano 103, v. 392, jul./ago. 2007, p. 160.

Em que pese a possibilidade de intervenção na qualidade de *amicus curiae*, o art. 7º da Lei n.º 9.868/99 veda expressamente a intervenção de terceiros na ADIN, sendo que a razão da vedação decorre da própria natureza dos procedimentos de constitucionalidade. Sendo processos “objetivos”, não existe um direito subjetivo ou interesse individual a ser discutido. Nesse sentido, Bueno esclarece que o *amicus* não deixa de ser um terceiro, mas se apresenta de forma diferente daquelas figuras processuais previstas no Código de Processo Civil, as quais sempre receberam a negativa do STF para intervir nas ações de do controle concentrado de constitucionalidade³⁵².

Antes da edição da Lei n.º 9.868/99, o STF já havia admitido a apresentação de memoriais em um caso que foi identificado pelo próprio tribunal como sendo uma manifestação típica de um *amicus curiae*. Na ocasião, um ente não legitimado para atuar no procedimento de ação direta de inconstitucionalidade, qual seja, a Comissão de Constituição e Justiça da Assembleia Legislativa do Rio Grande do Sul, obteve permissão para juntar aos autos uma série de peças documentais, como pareceres e estudos técnicos sobre os impactos da implantação do calendário escolar no Estado, com o objetivo de prestar esclarecimentos sobre questões de fato³⁵³. No julgamento do Agravo Regimental na ADIn n. 748-4, interposto em face da decisão que admitiu a juntada dos documentos aos autos, o Ministro Celso de Mello, relator do caso, proferiu decisão consubstanciada na seguinte ementa:

Ação Direta de Inconstitucionalidade – Intervenção assistencial – Impossibilidade – Ato judicial que determina a juntada, por linha, de peças documentais – Despacho de mero expediente – Irrecorribilidade – Agravo regimental não conhecido. O processo de controle normativo abstrato instaurado perante o Supremo Tribunal Federal não admite a intervenção assistencial de terceiros. Precedentes. Simples juntada, por linha, de peças documentais apresentadas por órgão estatal que, sem integrar a relação processual, agiu, em sede de ação direta de inconstitucionalidade, como colaborador informal da Corte (*amicus curiae*): situação que não configura, tecnicamente, hipótese de intervenção *ad coadjuvandum*. Os despachos de mero expediente – como aqueles que ordenam juntada, por linha, de simples memorial expositivo –, por não se revestirem de qualquer conteúdo decisório, não são passíveis de impugnação mediante agravo regimental (CPC, art. 504)³⁵⁴.

³⁵² “A lógica da intervenção de terceiros, destarte, toma como base de raciocínio o mesmo contexto que o Código de Processo Civil e, mais amplamente, toda a doutrina processual civil sempre levaram em consideração ao longo dos tempos para moldar, sistematizar e aplicar as modalidades de intervenção de terceiros, qual seja, a existência de um específico ‘interesse’, ou ‘direito’ de um terceiro que deriva, direta ou indiretamente, da demanda pendente entre duas outras pessoas. Trata-se, pois, de um ‘interesse’ ou de um ‘direito’ concreto, que tem dono, que tem titular”. BUENO, Cassio Scarpinella. *O amicus curiae no processo civil brasileiro*, p. 152.

³⁵³ BUENO, Cassio Scarpinella. *O amicus curiae no processo civil brasileiro*, p. 148; BISH, Isabel da Cunha. *O amicus curiae, as tradições jurídicas e o controle de constitucionalidade*, p. 104.

³⁵⁴ BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. ADI-AgR 748/RS, Tribunal Pleno, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 18.11.1994.

A prática da intervenção do *amicus curiae* ocorreu com o tempo, sobretudo nos últimos anos, a exemplo da Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2.130/SC. Proferida o ano 2000, teve o Ministro Celso de Melo como relator, consignando que

[...] no estatuto que rege o sistema de controle normativo abstrato de constitucionalidade, o ordenamento positivo brasileiro processualizou a figura do *amicus curiae* (Lei n. 9.868/99, art. 7º, § 2º), permitindo que terceiros – desde que investidos de representatividade adequada – possam ser admitidos na relação processual, para efeito de manifestação sobre a questão de direito subjacente à própria controvérsia constitucional³⁵⁵.

A atuação dos *amici curiae* no STF tem sido de grande relevância, destacando-se pela importância da participação no debate de temas polêmicos, como na ADIn n.º 3510, que teve como tema central a pesquisa com células tronco, a ADPF n. 54, relativo ao aborto de anencéfalos, dentre outros, casos em que inúmeras pessoas e entidades tiveram a oportunidade de apresentar seus *briefs*, sustentar oralmente suas razões, bem como participar das audiências públicas promovidas pelo Pretório Excelso para terem um melhor conhecimento das diversas tensões e nuances do tema a ser enfrentado.

No que diz respeito à possibilidade de sustentação oral pelo terceiro admitido para manifestar no processo de controle concentrado de constitucionalidade, o STF se posicionou, inicialmente, de forma contrária³⁵⁶, sob a justificativa de que o art. 10, § 2º confere a legitimidade para sustentação oral no julgamento de medida cautelar, para os representantes judiciais do requerente e das autoridades responsáveis pela expedição do ato. Tal entendimento foi severamente combatido por Didier Jr., sendo que, mais tarde, seu trabalho seria citado no voto do Ministro Celso de Mello que, na ADIn 2.777-8-SP, em favor da sustentação oral. De acordo com Didier Jr:

[...] se a sustentação oral serve ao esclarecimento dos magistrados, se o julgamento colegiado caracteriza-se pelos debates orais; se a participação do *amicus curiae* no processo é um fator de aprimoramento da tutela jurisdicional, pois atua como um auxiliar do juízo, não há nenhum sentido na proibição que esse auxílio se dê pela via da palavra falada³⁵⁷.

³⁵⁵ BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. ADI 5022 MC, Relator: Min. Celso de Mello, j. 16/10/2013, DJe-210 divulg. 22/10/2013 public. 23/10/2013.

³⁵⁶ BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. ADI-QO no 2.223/DF, Relator Março Aurélio, DJ 26.10.2001.

³⁵⁷ DIDIER, Fredie. Possibilidade de sustentação oral do *amicus curiae*. In: *Revista Dialética de Direito Processual*. São Paulo: Dialética, v. 8, p. 33-38, 2003. Os demais aspectos processuais do *amicus curiae* serão abordados em um tópico próprio, de modo a apresentar, a partir da análise conclusiva de todas as hipóteses de intervenção tratadas neste capítulo, as características que lhe são comuns, ou na medida do possível, seus principais pontos de aproximação.

Na visão do STF, no mesmo sentido propugnado pelos inúmeros trabalhos acadêmicos dedicados ao tema, essa participação contribuiria para minimizar o déficit de legitimidade democrática do Tribunal, bem como contribuir para uma melhor qualidade da decisão:

O ordenamento positivo brasileiro processualizou, na regra inscrita no art. 7º, § 2º, da Lei n. 9868/99, a figura do “*amicus curiae*”, permitindo, em consequência, que terceiros, desde que investidos de representatividade adequada, sejam admitidos na relação processual, para efeito de manifestação sobre a questão de direito subjacente à própria controvérsia constitucional. A intervenção do “*amicus curiae*”, para legitimar-se, deve apoiar-se em razões que tornem desejável e útil a sua atuação processual na causa, em ordem a proporcionar meios que viabilizem uma adequada resolução do litígio constitucional. – A idéia nuclear que anima os propósitos teleológicos que motivaram a formulação da norma legal em causa, viabilizadora da intervenção do “*amicus curiae*” no processo de fiscalização normativa abstrata, tem por objetivo essencial pluralizar o debate constitucional, permitindo, desse modo, que o Supremo Tribunal Federal venha a dispor de todos os elementos informativos possíveis e necessários a resolução da controvérsia, visando-se, ainda, com tal abertura procedimental, superar a grave questão pertinente à legitimidade democrática das decisões emanadas desta Suprema Corte, quando do desempenho de seu extraordinário poder de efetuar, em abstrato, o controle concentrado de constitucionalidade³⁵⁸.

Entretanto, apesar dos inúmeros estudos sobre o tema no direito estrangeiro, só recentemente constatou-se no direito brasileiro que o *amicus curiae*, contrariamente à sua configuração original, não realizaria a função de amigo da corte, mas sim de um interveniente interessado. Nesse sentido, Medina realizou extensa pesquisa sobre a intervenção do *amicus curiae* no controle concentrado e difuso de constitucionalidade, concluindo que a sua admissão é orientada ao apoio de um dos lados da disputa, o que lhe confere um perfil partidário ou, em outras, palavras, o de amigo da parte, conferindo ao instituto “um viés adicional de efetiva ferramenta de defesa das partes no processo”. A mesma pesquisa aponta que o *amicus curiae* “influencia o processo de tomada de decisão no STF”, sendo que uma das possíveis causas desta influência seria a “potencialização da distribuição assimétrica de informações decorrentes de sua atuação polarizada, o que pode ser identificado como uma consequência negativa dessa forma de ingresso”³⁵⁹.

Medina afirma que ao apoiar um dos envolvidos na disputa, o *amicus curiae* revela importantes informações que endossariam o ponto de vista defendido pela parte que apoia, o que causaria uma vantagem para esta e, em contrapartida, uma desvantagem informacional para a outra parte e que acabaria por diminuir suas chances de êxito. A autora defende que essa assimetria informacional seria minimizada pela adoção do procedimento de audiências

³⁵⁸ BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. MC ADI 2321/DF, Rel. Min. Celso de Mello, j. 25/10/2000, DJ. 10/06/2005, RTJ 195/812.

³⁵⁹ MEDINA, Damares. *Amicus curiae: amigo da corte ou amigo da parte?* São Paulo: Saraiva, 2010, p. 169.

públicas³⁶⁰, outro expediente de abertura cognitiva do Tribunal e que se caracteriza pela intervenção de órgãos e entidades provocadas pelo Ministro Relator³⁶¹. Referidas conclusões, assim como uma alternativa adequada para os supostos problemas serão devidamente consideradas no momento em que, apresentadas as hipóteses de intervenção do *amicus curiae* no direito brasileiro e os pressupostos teóricos para sua compreensão, apresentar-se-á uma compreensão do instituto de acordo com o processualismo constitucional democrático.

No que diz respeito aos requisitos para que o pedido de intervenção seja admitido, consoante às normas aplicáveis e a atual jurisprudência do STF, deve-se atender a relevância da matéria (já suposta em casos nos quais se esteja diante do julgamento de “repercussão geral das questões constitucionais”, no controle difuso de constitucionalidade), a representatividade adequada do postulante e a utilidade/conveniência para o Tribunal³⁶².

4.3.1 Relevância da matéria

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

Em um primeiro momento a “relevância da matéria”, indicada como um dos requisitos a serem preenchidos quando da análise da admissão de pessoa, órgão ou entidade que pretende intervir na qualidade de *amicus curiae*, parece um truísmo, uma vez que parece difícil pensar-se em uma discussão sobre a constitucionalidade de determinada norma que não

³⁶⁰ MEDINA, Damares. *Amicus curiae: amigo da corte ou amigo da parte?* São Paulo: Saraiva, 2010, p. 170.

³⁶¹ “O STF tem, progressivamente, ampliado o espectro de atuação desse que ingressa na condição de *amicus curiae*, assegurando-lhe o direito à oferta de memoriais e de sustentação oral sem que lhe tenha reconhecido ainda o direito à interposição de recursos, salvo aquele que tenha por objeto exatamente a decisão de inadmissão do interveniente. Curiosamente, ainda que nessa trajetória ampliativa das possibilidades de participação do *amicus curiae*, a jurisprudência da Corte segue referindo a este como terceiro, ou seja, como alguém que não integra a relação processual. De outro lado, a intervenção provocada por iniciativa do Relator, que na história recente da Corte tem se verificado por intermédio de audiências públicas, é fenômeno que se pode materializar nos autos a partir de, pelo menos, um pressuposto idêntico àquele do ingresso do *amicus curiae*, a saber, a natureza da matéria e a relevância das contribuições que possam advir de outros, que não os formalmente integrantes da demanda. É certo que na literalidade do texto, o art. 7º, § 2º, alude à relevância da matéria, e o art. 9º, § 1º, alude ao esclarecimento da matéria, mas parece evidente que a busca pelo Relator de informações adicionais é fenômeno que só se porá em temas igualmente revestidos de importância”. VALLE, Vanice Regina Lírio do [et al.]. *Audiências públicas e ativismo: diálogo social no STF*. Belo Horizonte, Fórum, 2012, p. 58.

³⁶² BAHIA; Alexandre Gustavo Melo Franco. O crescimento do papel do *amicus curiae* no novo CPC: perspectivas sobre a jurisprudência atual do STF. In: FREIRE; Alexandre et. al. *Novas tendências do processo civil. Estudos sobre o projeto do novo Código de Processo Civil*. Salvador: JusPodivm, 2012, p. 283. BUENO, Cassio Scarpinella. *O amicus curiae no processo civil brasileiro*, p. 155; AGUIAR, Mirella de Carvalho. *Amicus curiae*. Salvador: JusPodivm, 2005, p. 25.

se mostre de relevância, bastando a mera existência das ações de constitucionalidade para verificar-se a relevância das questões nela discutidas³⁶³.

Contudo, a relevância da matéria, em verdade, se relacionaria com a própria fase instrutória das ações constitucionais. De acordo com Bueno:

[...] por “relevância da matéria” também deve ser entendida a necessidade concreta sentida pelo relator de que outros elementos sejam trazidos aos autos para fins de formação de seu convencimento. Se se tratar, com efeito, de matéria exclusivamente jurídica, cuja aferição da inconstitucionalidade dependa, no máximo, do exame de documentos que podem ser levados aos autos com a petição inicial ou, no máximo, com a instrução de que tratam os arts. 6º, 8º e 9º da Lei n. 9.868/99, acreditamos que deva ser descartada a presença desse requisito³⁶⁴.

A relevância da matéria, portanto, se relaciona com o próprio caráter informacional do *amicus curiae* e a necessidade de novos elementos para uma adequada compreensão da controvérsia, de modo a contribuir para uma decisão mais acertada.

Sobre o tema, Mattos tece as seguintes considerações, as quais, tendo em vista sua vinculação teórica com a Teoria do Discurso e da Democracia de Habermas, elemento importante para a compreensão do processualismo constitucional democrático, merece integral adesão:

[...] em razão da coesão interna entre a autonomia pública e a autonomia privada, é preciso ter em mente essa equiprimordialidade e, assim, todos os artigos e dispositivos inscritos na Constituição devem ser considerados relevantes, estejam eles versando sobre direitos individuais, direitos coletivos, direitos sociais, direitos econômicos, direitos políticos etc.; enfim, todas as normas constitucionais que asseguram esses direitos são e devem ser consideradas relevantes, não cabendo a ninguém, nem mesmo ao representante do Estado, *in casu*, o ministro relator de determinada ação, conferir prioridade a um deles em detrimento de outros. Ao contrário, deve ser reconhecida sua coexistência já que, conforme já se discorreu, a Constituição configura um sistema de direitos³⁶⁵.

4.3.2 Representatividade adequada

A representatividade do postulante, em uma primeira leitura, pode ser presumida quando da análise dos legitimados à propositura das ações diretas de inconstitucionalidade,

³⁶³ Bueno Filho chega a afirmar que “se o processo está em andamento é porque é relevante a matéria. Com efeito, não se pode imaginar um processo de controle de constitucionalidade de matéria irrelevante”. BUENO FILHO, Edgard Silveira. *Amicus curiae – A democratização do debate nos processos de controle de constitucionalidade*. *Revista de Direito Constitucional e Internacional* v. 47. p. 7-15. São Paulo: Revista dos Tribunais, abr.-jun. 2004, p.12.

³⁶⁴ BUENO, Cassio Scarpinella. *O amicus curiae no processo civil brasileiro*, p. 148; BISH, Isabel da Cunha. *O amicus curiae, as tradições jurídicas e o controle de constitucionalidade*, p. 156.

³⁶⁵ MATTOS, Ana Letícia Queiroga de. *Amicus curiae: hermenêutica e jurisdição constitucional*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2011, p. 178.

previstos no art. 103 da CRFB. Como observa Bueno, “desde que um dos entes lá listados não tenha proposto a ação (quanto será autor, mesmo que em litisconsórcio com outros entes), está autorizado, *ipso facto*, a intervir como *amicus curiae*”³⁶⁶.

Portanto, em que pese o desenvolvimento da intervenção do *amicus curiae* em solo brasileiro nos últimos anos, especialmente com as normas que disciplinam o controle concentrado de constitucionalidade, referido desenvolvimento ocorreu de forma tímida e, ao que parece, ainda não logrou alcançar sua plenitude, dada a conformação que lhe foi dada quando da promulgação da Lei n.º 9.868/99. Consoante o disposto no art. 7º, § 1º da lei em comento, os titulares para a propositura da Ação Direta de Inconstitucionalidade poderiam manifestar-se, por escrito, sobre o objeto da ação e pedir a juntada de documentos reputados úteis para o exame da matéria, bem como apresentar memoriais.

Contudo, o dispositivo em questão foi vetado, por inconstitucionalidade e supostamente por “contrariar o interesse público”, sob o argumento de que a abertura pretendida pelo preceito vetado já seria atendida pela disposição contida no § 2º do mesmo artigo, qual seja, a faculdade conferida ao relator de admitir a manifestação de outros órgãos e entidades. Com efeito, umas das justificativas para o veto foi a de que a aplicação deste dispositivo poderia ir de encontro à celeridade processual³⁶⁷.

Todavia, como muito bem observa Heinen, “a democratização da jurisdição constitucional não pode ser vedada por conta do argumento de que isso causaria uma ‘enxurrada’ de processos no STF”, sendo que “a celeridade processual jamais pode ser óbice à democratização de qualquer procedimento”³⁶⁸, sob pena frustrar os propósitos pelos quais o controle de constitucionalidade e a intervenção foram criados, quais sejam, defender a supremacia da constituição e a legitimidade decisória.

Nesse sentido, a possibilidade de intervenção de todos os legitimados a propositura da ADIn, sem que a manifestação ficasse condicionada à sensibilidade ou prudente arbítrio do relator, para análise dos requisitos de admissão, possibilitaria um amplo espectro argumentativo nas ações de controle abstrato, de forma a efetivamente democratizar o processo de tomada de decisão no âmbito do Supremo. Essa democratização, mesmo sendo

³⁶⁶ BUENO, Cassio Scarpinella. *O amicus curiae no processo civil brasileiro*, p. 148; BISH, Isabel da Cunha. *O amicus curiae, as tradições jurídicas e o controle de constitucionalidade*, p. 157.

³⁶⁷ MATTOS, Ana Letícia Queiroga de. *Amicus curiae: hermenêutica e jurisdição constitucional*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2011. P. 165-166. BUENO, Cassio Scarpinella. *O amicus curiae no processo civil brasileiro*, p. 148; BISH, Isabel da Cunha. *O amicus curiae, as tradições jurídicas e o controle de constitucionalidade*, p. 157; HEINEN, Juliano. A figura do *amicus curiae* como um mecanismo de legitimação democrática do direito. In: *Revista Forense*. Rio de Janeiro: Forense, ano 103, v. 392, jul./ago. 2007, p. 155-156.

³⁶⁸ HEINEN, Juliano. A figura do *amicus curiae* como um mecanismo de legitimação democrática do direito. In: *Revista Forense*. Rio de Janeiro: Forense, ano 103, v. 392, jul./ago. 2007, p. 155-156.

alardeada pelo próprio Tribunal, é prejudicada pelo próprio modo como este orienta a suas ações e o papel conferido ao direito processual, a exemplo dos diversos julgados que enfatizam a não obrigatoriedade de apreciação de todos os pontos elencados pelas partes na defesa de uma tese, sendo bastante a menção daquela na qual se baseia o entendimento do julgador³⁶⁹.

Apesar do veto do art. 7º, § 1º, o entendimento da literatura jurídica especializada e da jurisprudência do STF é concordante no sentido de se admitir a intervenção dos legitimados³⁷⁰. Entretanto, infere-se que, caso o artigo não tivesse sido vetado, sua interpretação poderia, desde a promulgação, ter viabilizado uma maior prática de utilização do instituto do *amicus curiae*, tendo em vista que a admissão não ficaria dependente da análise do relator.

Assim, aqueles legitimados previstos no art. 103 da CRFB que pretendem o ingresso devem, de acordo com a orientação jurisprudencial do STF, atenderem a determinados requisitos. As entidades de classe de representação nacional (art. 103, inc. IX, da CRFB), por exemplo, somente poderiam pretender serem autoras da ADIn caso ostentassem representatividade adequada, requisito entendido como “a necessidade de o objeto da ação (da norma a ser declarada inconstitucional) guardar alguma relação de afinidade com seus objetivos institucionais”, requisito que recebeu o nome de pertinência temática³⁷¹.

Além dos legitimados previstos no art. 103 da CRFB, outras pessoas e entidades não expressamente listadas no artigo em questão também podem requerer o ingresso no procedimento da ação direta de constitucionalidade. Comentando sobre a representatividade dos postulantes a intervenção, Bueno Filho tece as seguintes considerações:

[...] haverá sempre outras entidades de notória representatividade que, por isso, serão facilmente admitidas no debate, dependendo apenas do tema discutido. É o caso das

³⁶⁹ Streck assevera que “No Estado Democrático de Direito, mais do que fundamentar uma decisão, é necessário justificar (explicitar) o que foi fundamentado. Fundamentar a fundamentação, eis o elemento hermenêutico pelo qual se manifesta a compreensão do fenômeno jurídico. Não há princípio constitucional que resista à falta de fundamentação; não há embargo declaratório que possa, posteriormente à decisão, restabelecer aquilo que é a sua condição de possibilidade: o fundamento do compreendido. O dever de fundamentar as decisões (e não somente a decisão final, mas todas as do iter) está assentado em um novo patamar de participação das partes no processo decisório. A fundamentação está ligada ao controle das decisões, e o controle depende desta alteração paradigmática no papel das partes da relação jurídico-processual. Por isso, o protagonismo judicial-processual – que, como já se viu, provém das teses indicadas por Bülow, Menger e Klein ainda no século XIX – deve soçobrar diante de uma adequada garantia ao contraditório”. STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica, Constituição e Processo*, ou de como discricionariedade não combina com democracia: o contraponto da resposta correta. In: OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; MACHADO, Daniel Amorim (Coord.). *Constituição e processo: a contribuição do processo no constitucionalismo democrático brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p.

³⁷⁰ BUENO, Cassio Scarpinella. *O amicus curiae no processo civil brasileiro*, p. 148; DEL PRÁ, Carlos Gustavo. *Amicus curiae: instrumento de participação democrática e de aperfeiçoamento da prestação jurisdicional*, p.73-77. DIDIER JR, Fredie. *Recurso de terceiro: juízo de admissibilidade*, op. cit., p., 88-92.

³⁷¹ BUENO, Cassio Scarpinella. *O amicus curiae no processo civil brasileiro*, p. 160.

associações de magistrados, de advogados, de outros profissionais liberais, de empresários, de defesa de direitos humanos, de consumidores, do meio ambiente etc., quando o ato normativo questionado tiver relação com a atividade por eles desenvolvida (...). A representatividade não haverá de ser, necessariamente, nacional. A um porque a lei não exige isso. A duas porque não é só o caráter nacional que confere representatividade a alguém³⁷².

No mesmo sentido, Bueno tece as seguintes considerações sobre a representatividade adequada:

[...] terá “representatividade adequada” toda aquela pessoa, grupo de pessoas ou entidade, de direito público ou de direito privado, que conseguir demonstrar que tem um específico interesse institucional na causa e, justamente, em função disso, tem condições de contribuir para o debate da matéria, fornecendo elementos ou informações úteis e necessárias para o proferimento de melhor decisão jurisdicional. Meros interesses corporativos, que dizem respeito apenas à própria entidade que reclama seu ingresso em juízo, não são suficientes para sua admissão na qualidade de *amicus curiae*³⁷³.

A representatividade adequada e pertinência temática se relacionam, desta forma, com os objetivos institucionais da entidade que pretende a intervenção ou, em outras palavras, a correspondência entre o núcleo central de suas atividades, definidas estatutariamente, e o papel por elas desenvolvido, bem como a relação destes dois elementos com o objeto da discussão no controle de constitucionalidade. Sintetizando a questão e ressaltando a importância da participação de terceiros nas deliberações do STF, Mattos tece as seguintes considerações:

Portanto, têm legitimidade para atuar na qualidade de *amicus curiae* tanto os legitimados ativos previstos no art. 103, CF/88, quanto outros órgãos ou entidades, desde que demonstrem, através de manifestação no processo, como poderão contribuir para ampliar o debate e proporcionar, com isso, uma maior interação (e integração) com a sociedade civil. Afinal, embora não sejam destinatários diretos/imediatos da decisão proferida, a participação do *amicus curiae* pode trazer ao efeito elementos informativos e razões constitucionais fundamentais ao processo, além de fazer alcançar um patamar mais elevado de legitimidade nas deliberações do Tribunal Constitucional, já que este será formalmente obrigado a apreciar as interpretações oriundas de diversos setores da sociedade e, com isso, estará prestando contas à sociedade de uma maneira geral³⁷⁴.

Têm-se como exemplo inúmeros casos de reconhecimento destes requisitos, quando da decisão que decide pela admissão ou inadmissão dos intervenientes. Na ADIn n.º

³⁷² BUENO FILHO, Edgard Silveira. *Amicus curiae* – A democratização do debate nos processos de controle de constitucionalidade. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. vol. 47. p. 7-15. São Paulo: Revista dos Tribunais, abr.-jun. 2004, p. 12.

³⁷³ Cassio Scarpinella. *O amicus curiae no processo civil brasileiro*, p. 161.

³⁷⁴ MATTOS, Ana Letícia Queiroga de. *Amicus curiae: hermenêutica e jurisdição constitucional*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2011, p. 180.

3.091/DF, proposta pelo Partido da Frente Liberal – PFL, na qual questionava-se a constitucionalidade do então recente e inédito convênio de Cooperação Técnico-Institucional para acesso ao Sistema Bacen Jud, firmado entre o Banco Central e o TST, a Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho – ANAMATRA e o Sindicato dos Metalúrgicos do ABC foram admitidos, na condição *amicus curiae*, para contribuir com a discussão veiculada na ADI³⁷⁵.

Em decisão mais recente, nos autos da ADIn n.º 5.061/DF, na qual a Associação Brasileira de Química Fina, Biotecnologia e suas Especialidades – ABIFINA solicita a declaração de inconstitucionalidade do art. 40, parágrafo único, da Lei nº 9.279/1996, que regula direitos e obrigações concernentes à propriedade intelectual, a Associação Farmacêutica de Pesquisa – INTERFARMA e a Associação Nacional de Defesa Vegetal – ANDEF foram admitidas na condição de *amicus curiae*. No presente caso, o Relator, Ministro Luiz Fux entendeu pela existência da pertinência temática das intervenientes, tendo em vista suas atribuições institucionais, bem como asseverou que o controle concentrado e abstrato de constitucionalidade das leis não deve se limitar ao mero cotejo de diplomas normativos, pelo que as intervenções poderiam trazer novos argumentos ou ainda informações necessárias à solução da controvérsia³⁷⁶.

Não obstante, o STF negou, em alguns casos, a admissão de pessoas na condição de *amicus curiae*, sob a justificativa de não ostentarem representatividade adequada, como ocorrido nos autos da ADI 3.510/DF, de relatoria do Ministro Carlos Britto, em que se discutia a utilização de células tronco embrionárias para fins de pesquisa.

Reginaldo da Luz Ghisolfi requer a sua admissão na presente ação direta de inconstitucionalidade, na qualidade de *amicus curiae*. Para tanto, alega que há anos vem estudando as questões jurídicas relacionadas à utilização do embrião humano, o que culminou com a elaboração da Dissertação de Mestrado intitulada A proteção legal do embrião humano e sua relação com a engenharia genética na União Europeia e no Brasil. Assim resumida a pretensão, passo a decidir. O § 2º do art. 7º da Lei 9.868/1999 autoriza o relator da ação direta de inconstitucionalidade, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, a admitir a manifestação de outros órgãos ou entidades. Sucede que esse não é o caso dos autos. Ainda que patente a relevância da matéria aqui veiculada, é incontroversa a falta de representatividade do postulante, razão porque indefiro o seu pedido³⁷⁷.

Acerca a possibilidade de outras manifestações além dos legitimados previstos no art. 103 da CRFB, na mesma linha do que já mencionado sobre os entendimentos de Bueno e

³⁷⁵ BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. ADI 3.091/DF, rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 4.3.2005, DJ 18.03.2005, p. 76.

³⁷⁶ BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. ADI 5.061/DF, rel. Luiz Fux. J. 24.11.2014, DJe 26.11.2014.

³⁷⁷ BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. ADIn 3.510/DF, rel. Min. Carlos Britto, j. 03.05.2006.

Bueno Filho, defende-se que quaisquer órgãos, entidades ou mesmo pessoas que, tendo respeitabilidade e expertise na matéria discutida, podem ser admitidos para ofertar contribuições para um adequado deslinde da controvérsia.

4.3.3 Momento da intervenção e prazo para manifestação

O momento para manifestação do *amicus curiae*, em que pese o silêncio da Lei nº 9.868/99 sobre a questão, poderia, para uma parcela da literatura jurídica especializada, ocorrer a qualquer tempo, desde que em momento anterior ao início do julgamento³⁷⁸.

O entendimento inicial do STF, contudo, era o de que o prazo para manifestação deveria ocorrer no prazo de trinta dias, contados do recebimento do pedido, conforme previsto no art. 6º, parágrafo único. Nesse sentido, Bueno menciona que o caso mais célebre sobre essa controvérsia foi o julgamento da ADI 2.937/DF, ajuizada pelo Partido Progressista – PP, a qual buscava a declaração de inconstitucionalidade de alguns dispositivos da Lei nº 10.671/2003 (Estatuto do Torcedor). Na referida ação, o pedido de admissão na qualidade de *amicus curiae* foi negado pelo Relator, sob a justificativa de que teria se operado a preclusão consumativa, uma vez que, dado o silêncio da Lei nº 9.868/99 sobre o momento para a intervenção, em virtude do veto do art. 7º, § 1º, o prazo a ser aplicado seria necessariamente o do art. 6º (prazo de trinta dias, contados do recebimento do pedido).

Todavia, para evitar o que o Ministro Peluso denominou de “balburdia procedimental”, expressão utilizada para se referir a mencionada preclusão consumativa, decorrente do transcurso do exíguo prazo para a apresentação de informações previsto no art. 6º, o STF passou a entender que a intervenção pode se dar a qualquer tempo, desde que em momento anterior ao início do julgamento. Nesse sentido, dado o silêncio da norma, Bueno explica sobre a possibilidade de fixação de um prazo judicial para a manifestação do *amicus curiae*, a ser fixado, por exemplo, quando o pedido de intervenção não é acompanhado, desde logo, da manifestação que o interveniente pretende apresentar³⁷⁹.

No que diz respeito à diversidade de entendimentos sobre o prazo para manifestação, firmou-se o entendimento de que o prazo final para a intervenção é a inclusão do processo na pauta para julgamento, tendo em vista que este ato representa o momento em que o relator

³⁷⁸ BUENO, Cassio Scarpinella. *O amicus curiae no processo civil brasileiro*, p. 171; BUENO FILHO, Edgard Silveira. *Amicus curiae – A democratização do debate nos processos de controle de constitucionalidade*, p. 13; CABRAL; Antônio do Passo. *Pelas asas de Hermes: a intervenção do amicus curiae, um terceiro especial*, p. 36-37.

³⁷⁹ BUENO, Cassio Scarpinella. *O amicus curiae no processo civil brasileiro*, p. 177-178.

considera que a questão está em condições de ser decidida, não se devendo admitir a intervenção após o encerramento da fase instrutória³⁸⁰.

Nesse sentido, no julgamento do RE 611.586 PR, de relatoria do Ministro Joaquim Barbosa e no qual a repercussão geral foi reconhecida por dez Ministros, em que se discutiam questões atinentes a tributação dos lucros obtidos por sociedades sediadas no exterior controladas e/ou coligadas por pessoas jurídicas domiciliadas no Brasil, a Vale S.A., pleiteando a intervenção na qualidade de *amicus curiae*, objetivando o fornecimento de informações técnicas relativas aos efeitos da tributação quanto a seus efeitos a competitividade no cenário internacional, teve seu pedido de admissão negado em virtude da extemporaneidade da solicitação, feita após a inclusão do julgamento em pauta, não obstante o cumprimento de todos os requisitos para sua admissão³⁸¹.

Em que pese a existência de decisões admitindo a intervenção mesmo depois da inclusão do processo em pauta de julgamento, justificada pelos já amplamente comentados motivos, como a necessidade de participação social nas decisões da corte e os possíveis impactos que a decisão poderá causar na ordem jurídico-social³⁸², a decisão do caso mencionado acima se mostra acertada, quando da análise dos argumentos invocados pela União. Dentre os motivos que embasaram a impugnação do pedido consta, além da própria jurisprudência do STF sobre a extemporaneidade das intervenções, um pedido sucessivo, de forma que, caso a intervenção da Vale S.A. fosse admitida, a União também deveria, por uma questão de paridade de armas, poder sustentar oralmente suas razões no prazo conjunto de 30 minutos ou outro prazo convencionado. Assim, restou decidido que, em virtude da extemporaneidade da intervenção, da ausência de novidade na matéria tratada, bem como de modo a não causar um tumulto processual, o pedido de admissão foi indeferido.

Ainda sobre o tema, não se pode deixar de citar as observações feitas por Bueno, no sentido de que, em atendimento ao princípio do contraditório, apresentados as informações pelo *amicus curiae*, tanto o autor da ação quanto os responsáveis as autoridades das quais

³⁸⁰ No mesmo sentido, Fernandes sintetiza a questão do prazo para manifestação da seguinte forma: “Por interpretação da Lei nº 9.868/99, o prazo de participação do *amicus curiae* estaria dentro do prazo de participação da autoridade, ou seja, o prazo de 30 dias que a autoridade teria para se manifestar na ADI. Porém, o STF já relativizou esse entendimento. Assim, segundo o STF, o *amicus curiae* poderá participar do iter de todo o procedimento da ADI até o momento limite em que o relator liberar o processo para a pauta de julgamento”. FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de direito constitucional*, p. 1146.

³⁸¹ BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. RE 611586 PR, rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 04/03/2013, DJe-060 divulg. 02/04/2013.

³⁸² BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. ADIn 3.474/BA, rel. Min. Cezar Peluso, j. 13.10.2005, DJ 19.10.2005, p. 32.

emanou o ato impugnado devem ter a oportunidade de se manifestar sobre as considerações trazidas aos autos pela intervenção³⁸³.

4.4 Ação declaratória de constitucionalidade

A Lei n.º 9.868/99, ao disciplinar o controle de constitucionalidade, foi silente quando a possibilidade de intervenção do *amicus curiae* na ação declaratória de constitucionalidade, uma vez que a regra a prever tal possibilidade, que repetia de forma idêntica o conteúdo do § 2º do art. 7º, foi vetada quando de sua promulgação.

Contudo, “a utilidade da intervenção do *amicus* deriva muito mais do próprio sistema constitucional e de um novo paradigma de interpretação, compreensão e sistematização do direito do que, propriamente, do texto (expresso) da lei”³⁸⁴. Assim, à falta da previsão de participação do *amicus curiae*, como interveniente voluntário, na ação declaratória de constitucionalidade, tal modalidade interventiva pode ser considerado uma possibilidade, seja pela previsão de que o relator por instruir o feito nos termos dos artigos 6º, 8º e 9º, conforme o procedimento da ADIN, bem como pela interpretação sistemática da Lei n.º 9.868/99, podendo se dizer o mesmo quanto ao silêncio da legislação quanto à possibilidade de manifestação em juízo dos colegitimados previstos no art. 103 da CRFB, nos casos em que estes não foram proponentes da ação.

Nesse sentido, tem-se o caso da ADC 19 DF, ajuizada pelo Presidente da República e com o objetivo de declarar harmônicos com a CRFB os arts. 1º, 33 e 41 da Lei n.º 11.340/06, conhecida como “Lei Maria da Penha”. Nesta ação, o Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM, foi admitido como *amicus curiae*, juntamente com outras entidades como o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil – OAB e a Assessoria Jurídica e Estudos de Gênero – THEMIS³⁸⁵.

³⁸³ BUENO, Cassio Scarpinella. *O amicus curiae no processo civil brasileiro*, p. 176-177. Pela importância que esta observação representa para uma compreensão constitucionalmente adequada da intervenção do *amicus curiae* no direito brasileiro, a mesma será objeto de detida análise quando da apresentação dos poderes processuais do instituto, bem como da análise de sua previsão no novo Código de Processo Civil e a relação deste com as normas gerais da nova legislação, que serão uma premissa interpretativa para todo o Direito Processual.

³⁸⁴ BUENO, Cassio Scarpinella. *O amicus curiae no processo civil brasileiro*, p. 187. DEL PRÁ, Carlos Gustavo Rodrigues. *Amicus curiae*, p. 90.

³⁸⁵ BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. ADC 19 DF, Relator: Min. Marco Aurélio, j 29/10/2009, DJe 12/11/2009.

4.5 Arguição de descumprimento de preceito fundamental

A arguição de descumprimento de preceito fundamental foi criada pela EC n.º 03/93 que, incluindo o art. 102, § 1º na CRFB, foi regulamentada anos depois pela Lei n.º 9.882/99. Para uma compreensão do instituto, Cruz observa ser necessário “uma análise geral do arquétipo do controle de constitucionalidade” brasileiro, na medida em que, estando no contexto da dualidade de formas de controles, a saber, a “via difusa, incidental e concreta” e a “via concentrada e abstrata” e suas respectivas características, “acreditava-se que a ADPF pudesse incorporar-se ao rol de procedimentos aptos à defesa dos direitos fundamentais, a exemplo do recurso constitucional alemão e do recurso de amparo mexicano”, distinguindo-se destes institutos em virtude de possuir efeitos *inter partes* ou ainda coletivos, assim como o a Ação Civil Pública, a Ação Popular e o Mandado de Segurança Coletivo³⁸⁶.

Para além de todas as digressões doutrinárias acerca do procedimento em análise, Bueno afirma que a Lei n.º 9.882/99³⁸⁷ não prevê em seu texto regra semelhante ao art. 7º, § 2º, da Lei n.º 9.868/99, sobre a possibilidade de admissão de outros órgãos ou entidades para se manifestarem na ADPF³⁸⁸.

Em sentido contrário, Razaboni, tomando como pressuposto a necessária participação no controle de constitucionalidade pelos possíveis afetados pela decisão, tece as seguintes considerações:

Assim, é possível distinguir, claramente, duas situações reguladas pelos §§ 1.º e 2.º, do art. 6º, da Lei 9.882/99, sendo certo que a primeira exige uma atitude ativa do relator, na medida em que cabe a ele solicitar, quando entender necessário, informações de terceiros, enquanto a segunda depende de manifestação de interesse dos terceiros, a ser analisada e autorizada pelo relator, a seu critério.

(...)

Entende-se, portanto, que há regra específica e expressa acerca da possibilidade de intervenção de *amici curiae* na ADPF, não havendo que se falar em necessidade de

³⁸⁶ CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Jurisdição constitucional democrática*, p. 505-506. O autor apresenta algumas facetas do instituto, passando pela sua criação e diversas conformações que lhe foi conferida, em virtude de sua tramitação legislativa, vetos a algumas propostas, bem como o entendimento doutrinário acerca do tema, o que, em virtude dos objetivos da presente pesquisa, acabaria por deixar o trabalho demasiado extenso, motivo pelo qual sugere-se a obra mencionada para uma leitura mais detalhada sobre o tema.

³⁸⁷ Art. 6º Apreciado o pedido de liminar, o relator solicitará as informações às autoridades responsáveis pela prática do ato questionado, no prazo de dez dias.

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

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

³⁸⁸ BUENO, Cássio Scarpinella. *O amicus curiae no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático*, p. 190.

aplicação, por analogia, do art. 7.º, § 2.º, da Lei 9.868/99, a despeito de decisões anteriores nesse sentido, proferidas no âmbito do Supremo Tribunal Federal³⁸⁹.

Ocorre que, não obstante o entendimento acima mencionado, a intervenção na qualidade de *amicus curiae* em ADPF já foi negada pelo STF. Na ADPF 54, proposta pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde, relativa à licitude ou ilicitude do aborto de fetos anencéfalos, entendeu-se pela inadmissão da Confederação dos Bispos do Brasil – CNBB na condição de *amicus curiae*, justificada pela suposta impossibilidade de aplicação analógica do art. 7.º, § 2.º, da Lei n.º 9.868/99, bem como pelo exclusivo juízo de conveniência da intervenção, a ser considerada tão somente pelo relator³⁹⁰.

Apesar da suposta ausência de previsão da intervenção do *amicus curiae*, consoante previsto na Lei n.º 9.868/99, não se pode dizer que referida intervenção esteja completamente afastada, seja porque esta pode ser feita mediante requisição do relator, seja por que a modalidade de intervenção voluntária decorre da imperiosa necessidade de abertura cognitiva que deve nortear os procedimentos judiciais, em especial no âmbito do STF. Nesse sentido, Bueno tece as seguintes considerações:

Considerando, contudo, que a arguição de descumprimento de preceito fundamental pode assumir a feição de controle abstrato e concentrado de constitucionalidade e ter, por isso mesmo, efeitos erga omnes e efeitos vinculantes, não há como afastar a possibilidade de entidades de classe ou outros órgãos representativos de segmentos sociais pleitearem seu ingresso na qualidade de *amicus curiae*, fundamentando-se não só no art. 7.º, § 2.º, da Lei n. 9.868/99, aplicável à espécie por evidente analogia, mas, superiormente, na ordem constitucional³⁹¹.

Ao que parece, longe de se tratar de um processo hermenêutico fechado, o procedimento da ADPF prevê uma abertura procedimental, na medida em que, de forma semelhante ao previsto nos arts. 6.º, 8.º e 9.º das ADI e arts. 19 e 20 nas ADC, a Lei n.º 9.868/99 prevê que o relator da ADPF pode se valer de uma abertura cognitiva, consistente na possibilidade de ouvir, no prazo de cinco dias, as autoridades responsáveis pelo ato questionado bem como o Advogado Geral da União ou Procurador Geral da República, antes da análise do pedido de liminar (art. 5.º, § 2.º). O relator também pode, após a apreciação do pedido liminar, solicitar, no prazo de dez dias, informações às autoridades responsáveis pelo

³⁸⁹ RAZABONI, Olívia Ferreira. *Amicus curiae: democratização da jurisdição constitucional*. 2009. Dissertação (Mestrado) – Universidade de São Paulo, São Paulo, p. 81. No mesmo sentido, DEL PRÁ, Carlos Gustavo Rodrigues, *Amicus curiae: instrumento de participação democrática e de aperfeiçoamento da prestação jurisdicional*, p. 92.

³⁹⁰ BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. ADPF 54 DF, Rel. Min. Marco Aurélio, DJe-151 divulg. 13.08.2008, public. 14.08.2008.

³⁹¹ BUENO, Cássio Scarpinella. *O amicus curiae no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático*, p. 191.

ato questionado, ouvir as partes que manejarão a arguição, bem como proceder à requisição de informações adicionais, designando perito ou comissão de peritos para emissão de parecer sobre a questão, ou ainda se valer de outro importante expediente para a prática decisória no STF, qual seja, as audiências públicas. Nestas audiências, em que há a predominância da oralidade nos debates acerca da controvérsia, o relator pode fixar data e o modo como as pessoas com expertise na matéria discutida (art. 6º, § 1º) podem realizar sustentação oral, bem como a juntada de memoriais (art. 6º, § 2º).

No caso da já mencionada ADPF 54, instado a reconsiderar a decisão de inadmissão da CNBB na qualidade de *amicus curiae*, o relator, Min. Marco Aurélio, acabou por não reconsiderá-la. Entretanto, entendeu por determinar, de ofício, “a oitiva de diversos segmentos da sociedade brasileira sobre a questão, dada a patente polêmica que o tema envolvia e todos os valores nele representados”, os quais, dada a natureza do tema, extrapolam em muito o campo jurídico³⁹².

O procedimento escolhido pelo relator, consistente na audiência pública, também se afigura como um importante expediente de abertura cognitiva do STF aos anseios da sociedade, sendo que, para Bueno, “seus efeitos práticos, não há como negar, são os mesmos que adviriam de manifestações espontâneas de *amici curiae*”³⁹³.

Nesse sentido, Vale *et al.* observam que, no tocante aos informantes, a Lei n.º 9.882/99 disciplinou um elenco com mais amplitude daqueles que podem ser chamados a se manifestar mediante iniciativa do relator, na medida em que compreende também as partes nos processos que ensejaram a arguição. Com efeito, os mesmo autores apontam uma confluência dos institutos do *amicus curiae* e o procedimento das audiências públicas, tendo em vista os objetivos que lhe são comuns, quais sejam, a contribuição para uma maior legitimidade das decisões do STF a partir de uma ampla abertura à participação, sendo também comuns os requisitos a serem levados em consideração quando da análise da admissão ou inadmissão de uma ou outra figura³⁹⁴.

³⁹² BUENO, Cássio Scarpinella. *O amicus curiae no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático*, p. 192.

³⁹³ VALLE, Vanice Regina Lírio do [et al.]. *Audiências públicas e ativismo: diálogo social no STF*. Belo Horizonte, Fórum, 2012, p. 57. BUENO, Cássio Scarpinella. *O amicus curiae no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático*, p. 195. DEL PRÁ, Carlos Gustavo Rodrigues, *Amicus curiae: instrumento de participação democrática e de aperfeiçoamento da prestação jurisdicional*, p. 96.

³⁹⁴ De acordo com os autores, “É certo que o volume de incidências entre as duas figuras não suscetível de comparação: do ponto de vista operacional, é natural esteja a Corte mais inclinada a admitir o ingresso de *amici curiae* do que a realização de audiências públicas. Esse dado todavia não é suficiente para afastar a inequívoca aproximação já apontada, que encontra explicação na sua instrumentalidade à formação da decisão. Ambos os institutos vêm sendo vistos pela Corte como mecanismos promotores do diálogo com a sociedade, entendida essa expressão no sentido amplo, compreendendo leigos e *experts*”. VALLE, Vanice Regina Lírio do [et al.]. *Audiências públicas e ativismo: diálogo social no STF*, p. 60. A análise da consecução dos objetivos desta abertura e o tratamento conferido pelo STF aos referidos institutos serão abordados em tópico próprio, de modo

Todavia, não se pode deixar de concordar com Bueno quando este afirma que a audiência pública é uma forma, mesmo que indireta, de “inibir a voluntariedade na manifestação e, pois, de reduzir ou, quando menos, controlar a forma de acesso ao Supremo tribunal Federal” nas hipóteses de exercício do controle concentrado de constitucionalidade. Em outras palavras, provoca-se algo que poderia ser feito de forma espontânea, “partindo do pressuposto de que, com essa alteração, o juiz pode manter maior controle daqueles que intervêm no processo, mesmo que na qualidade de *amicus curiae*”³⁹⁵.

4.6 Incidente de Inconstitucionalidade (art. 480 a 482 do CPC)

O incidente de inconstitucionalidade é disciplinado pelos arts. 480 a 482 do Código de Processo Civil e que estrutura, perante os tribunais, o controle difuso de constitucionalidade.

Em consonância com o art. 97 da CRFB, o qual preceitua que somente o tribunal pleno ou, onde houver, o órgão especial dos tribunais pode se manifestar acerca da inconstitucionalidade de lei, os mencionados artigos do CPC preveem a instauração do incidente de inconstitucionalidade de lei perante os tribunais³⁹⁶.

A Lei nº 9868/99, ao disciplinar o procedimento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade, conforme já mencionado em tópico específico, introduziu no art. 482 do Código de Processo Civil três parágrafos que, “de alguma forma, levam àquele incidente algumas das mesmas características do controle concentrado de constitucionalidade, vale dizer, a possibilidade de ser franqueada maior discussão quanto à constitucionalidade da norma por ocasião de seu julgamento”³⁹⁷.

A redação dos dispositivos em questão é a seguinte:

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

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

a se destinar uma análise mais detalhada entre o atual papel conferido ao STF, aos institutos em questão e o necessário cotejo destes com o processualismo constitucional democrático e os balizamentos teóricos que orientam esta pesquisa.

³⁹⁵ BUENO, Cássio Scarpinella. *O amicus curiae no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático*, p. 195-196.

³⁹⁶ DEL PRÁ, Carlos Gustavo Rodrigues. *Amicus curiae: instrumento de participação democrática e de aperfeiçoamento da prestação jurisdicional*, p. 98.

³⁹⁷ BUENO, Cássio Scarpinella. *O amicus curiae no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático*, p. 201.

§ 3º O Relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, poderá admitir, por despacho irrecorrível, a manifestação de outros órgãos ou entidade³⁹⁸.

Pela leitura dos dispositivos, percebe-se claramente a consagração da figura do *amicus curiae* no procedimento do incidente de constitucionalidade. Os dispositivos em análise, de acordo com Bueno, em busca de um maior número de informações para subsidiar o provimento, possibilitam um amplo contraditório no incidente de inconstitucionalidade, ao admitir não só os editores do ato questionado (§ 1º), mas também os legitimados para a instauração do controle questionado de constitucionalidade (§ 2º) bem como a oitiva de outros órgãos ou entidades que não tenham legitimidade para o controle concentrado de constitucionalidade (§3º)³⁹⁹.

O § 2º do art. 482 disciplina, de maneira semelhante ao vetado § 1º do 7º da Lei 9.868/99, prevê a possibilidade de manifestação dos legitimados a propositura dos procedimentos de inconstitucionalidade. Conforme já mencionado, o veto do parágrafo em comento recebeu a justificativa de que a abertura pretendida pelo dispositivo prejudicaria a celeridade, motivo pelo qual, tendo em vista a quantidade de processos analisados pelo STF, seria mais viável que o relator estabelecesse os legitimados conforme o caso em análise, atendido os requisitos da relevância da matéria e a representatividade dos postulantes⁴⁰⁰.

Nesse sentido, Bueno registra que, pela análise do art. 482, § 2º, observa-se uma maior ênfase quanto à possibilidade de intervenção dos eventuais interessados, sendo que, no controle concentrado de constitucionalidade perante o STF, prevalece “o entendimento contrário, que dá maior ênfase ao critério de admissibilidade dessa intervenção, a cargo do Relator, do que da iniciativa daquele que busca intervir”. O mesmo autor observa que a possibilidade de intervenção espontânea pelos legitimados elencados no art. 103 da CRFB, bem como a intervenção por provação judicial, está expressamente prevista, o que tende a ampliar ainda mais o debate acerca da constitucionalidade do dispositivo questionado⁴⁰¹.

A razão desta maior amplitude do procedimento e a ampla permissão de intervenientes se justifica na relevância intrínseca das discussões acerca do controle de constitucionalidade, bem como na possibilidade de participação daqueles que poderão ser potencialmente afetados pelo futuro precedente. Nesse sentido, Bueno tece as seguintes considerações:

³⁹⁸ BRASIL. *Código de Processo Civil de 1973*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15869compilada.htm. Acesso em: 09.07.2014.

³⁹⁹ BUENO, Cássio Scarpinella. *O amicus curiae no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático*, p. 202.

⁴⁰⁰ HEINEN, Juliano. A figura do *amicus curiae* como um mecanismo de legitimação democrática do direito. In: *Revista Forense*. Rio de Janeiro: Forense, ano 103, v. 392, jul./ago. 2007, p. 155.

⁴⁰¹ BUENO, Cássio Scarpinella. *O amicus curiae no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático*, p. 202-203.

Encarece a necessidade da oitiva do maior número de pessoas interessadas e com representatividade adequada, quando da instauração do incidente de inconstitucionalidade, a circunstância de que, para os fins do parágrafo único do art. 481 do Código de Processo Civil, é dispensável uma nova instauração do incidente quando houver prévia manifestação do Plenário do Supremo Tribunal Federal ou do próprio tribunal acerca da questão. Assim, para que a decisão do plenário ou do órgão especial – o precedente a respeito da constitucionalidade ou da inconstitucionalidade do dispositivo a aplicar – seja a mais adequada, correta, representativa e plural possível (em uma palavra: democrática), deve o relator permitir e, mesmo de ofício, determinar a oitiva do maior número possível de pessoas, entidades ou órgãos que possam vir a ser afetados em ações futuras pelo precedente que está por ser estabelecido⁴⁰².

Verifica-se, assim, que o instituto busca uma abertura procedimental das discussões sobre o controle de constitucionalidade quando realizado em sua forma incidental e difusa, tendo a intervenção um caráter nitidamente instrutório, de modo a permitir tanto a manifestação dos responsáveis pelo ato impugnado quanto a das partes e terceiros que poderão sofrer seus efeitos.

Neste procedimento, o Ministério Público será ouvido na qualidade de *custos legis* e, pelos seus poderes instrutórios, o magistrado pode admitir outras intervenções além daqueles legitimados previstos no art. 103 da CRFB, devendo, para tanto, verificar os requisitos aplicáveis à espécie.

4.7 Comissão de Valores Mobiliários – CVM (art. 31 da Lei n. 6.385/76)

O art. 31 da Lei n. 6.385, de 7 de dezembro de 1976, que disciplina a regulação do mercado de valores mobiliários e cria a Comissão de Valores Mobiliários – CVM, modificada pela Lei n.º 6.616, de 16 de dezembro de 1978, dispõe o seguinte:

Art. 31. Nos processos judiciais que tenham por objetivo matéria incluída na competência da Comissão de Valores Mobiliários, será esta sempre intimada para, querendo, oferecer parecer ou prestar esclarecimentos, no prazo de quinze dias a contar da intimação.

§ 1º A intimação far-se-á, logo após a contestação, por mandado ou por carta com aviso de recebimento, conforme a Comissão tenha, ou não, sede ou representação na comarca em que tenha sido proposta a ação.

⁴⁰² BUENO, Cássio Scarpinella. *O amicus curiae no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático*, p. 204. Na mesma linha de raciocínio, comentando sobre a legislação relativa à intervenção ter consagrado à irrecorribilidade da decisão, Mendes e Branco afirmam que a referida modificação se mostra coerente com a orientação atual do STF segundo a qual, decidido o incidente de inconstitucionalidade pelo Órgão Especial ou pelo Plenário, os órgãos fracionários ficam dispensados de submeter a controvérsia para novo exame. Ainda de acordo com os autores, “tal entendimento acaba por fixar um efeito vinculante *interna corporis* (limitado ao próprio Tribunal). Assim sendo, afigura-se fundamental que os diversos contendores interessados na controvérsia constitucional possam participar do debate por ocasião da apreciação do tema no âmbito do Plenário ou do Órgão Especial”. MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 1074.

§ 2º Se a Comissão oferecer parecer ou prestar esclarecimentos, será intimada de todos os atos processuais subsequentes, pelo jornal oficial que publica expedientes forense ou por carta com aviso de recebimento, nos termos do parágrafo anterior.

§ 3º A comissão é atribuída legitimidade para interpor recursos, quando as partes não o fizeram.

§ 4º O prazo para os efeitos do parágrafo anterior começará a correr, independentemente de nova intimação, no dia imediato aquele em que findar o das partes⁴⁰³.

Pela leitura do artigo em comento, percebe-se o caráter informativo e esclarecedor da intervenção desta autarquia federal, no que diz respeito às questões em juízo que digam respeito ao mercado de capitais. Compete a CVM, nos termos do art. 8º da lei em comento, fiscalizar, por meio da intervenção, as atividades e serviços do mercado de capitais, como a veiculação de informações relativas ao mercado, aos valores negociados e as pessoas que dele participam, além de inspecionar e fiscalizar as companhias abertas⁴⁰⁴.

A disposição legal em comento possibilita a intervenção de um terceiro estranho ao processo para, como observa Del Prá,

[...] possibilitar que o juízo obtenha as informações e os esclarecimentos que, pela própria formação média do magistrado, provavelmente escapariam a sua apreciação, tudo sempre com vistas a proporcionar uma solução segura e consciente da real abrangência e influência de seus efeitos sobre o mercado de valores⁴⁰⁵.

⁴⁰³ BRASIL. *Lei n.º 6385, de 7 de dezembro de 1976*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/16385.htm. Acesso em: 09.08.2014. BRASIL. *Lei n.º 6.616, de 16 de dezembro de 1978*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6616.htm. Acesso em: 09.08.2014.

⁴⁰⁴ Art. 8º Compete à Comissão de Valores Mobiliários:

I - regulamentar, com observância da política definida pelo Conselho Monetário Nacional, as matérias expressamente previstas nesta Lei e na lei de sociedades por ações;

II - administrar os registros instituídos por esta Lei;

III - 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;

IV - propor ao Conselho Monetário Nacional a eventual fixação de limites máximos de preço, comissões, emolumentos e quaisquer outras vantagens cobradas pelos intermediários do mercado;

V - fiscalizar e inspecionar as companhias abertas dada prioridade às que não apresentem lucro em balanço ou às que deixem de pagar o dividendo mínimo obrigatório.

§ 1º O disposto neste artigo não exclui a competência das Bolsas de Valores, das Bolsas de Mercadorias e Futuros, e das entidades de compensação e liquidação com relação aos seus membros e aos valores mobiliários nelas negociados. (§ 1º com redação dada pelo Decreto nº 3.995, de 31.10.2001)

§ 2º Serão de acesso público todos os documentos e autos de processos administrativos, ressalvados aqueles cujo sigilo seja imprescindível para a defesa da intimidade ou do interesse social, ou cujo sigilo esteja assegurado por expressa disposição legal. (§ 2º com redação dada pelo Decreto nº 3.995, de 31.10.2001)

§ 3º Em conformidade com o que dispuser seu regimento, a Comissão de Valores Mobiliários poderá:

I - publicar projeto de ato normativo para receber sugestões de interessados;

II - convocar, a seu juízo, qualquer pessoa que possa contribuir com informações ou opiniões para o aperfeiçoamento das normas a serem promulgadas. (BRASIL. *Lei n.º 6385, de 7 de dezembro de 1976*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/16385.htm. Acesso em: 09.08.2014).

⁴⁰⁵ DEL PRÁ, Carlos Gustavo. *Amicus curiae: instrumento de participação democrática e de aperfeiçoamento da prestação jurisdicional*, p. 58.

É cediço que o mercado de capitais não é de fácil compreensão, motivo pelo qual se afirma que o art. 31 da lei em comento tem o objetivo de viabilizar o papel da CVM como um intérprete dos fatos desta especializada área de conhecimento para o Poder Judiciário⁴⁰⁶.

O mesmo autor observa que a intervenção da CVM não tem o condão de substituir o magistrado na interpretação e aplicação das normas atinentes ao mercado de capitais. Não sendo fácil a compreensão dos mecanismos regentes desta atividade,

[...] o juiz, pela própria natureza da sua formação profissional, não está em condições de resolver todos os problemas que se apresentam à sua apreciação. Depende, portanto, dos esclarecimentos que lhe são fornecidos pelos técnicos da CVM. Assim, a Comissão de Valores Mobiliários deverá traduzir para o juiz aquelas impressões e conclusões que colheram no exame dos atos do processo, tornando acessível ao conhecimento do magistrado aquilo que normalmente ele não poderia conseguir sozinho, ou somente o conseguiria, após um ingente esforço. Embora não fique o juiz adstrito ao parecer e aos esclarecimentos da CVM, podendo dela divergir, o certo é que a opinião do técnico do mercado de capitais é essencial ao esclarecimento dos fatos e forma um contingente imprescindível para a boa compreensão das questões postas em debate⁴⁰⁷.

Esta complexidade inerente ao mercado de capitais decorre da alta especialização de diversos setores do conhecimento. De acordo com Cyrino, em pesquisa sobre o necessário papel fiscalizador de algumas instituições⁴⁰⁸, tece as seguintes considerações sobre o tema:

[...] o juiz deve valer-se cada vez mais dos órgãos técnicos do arranjo constitucional do Estado regulador. Vale dizer: se dentro do próprio Estado há órgãos capazes de esclarecer a situação judicial, não se justificaria, em processos mais complexos, que o juiz não se valesse das informações de tais entes. De outro lado, se algum desses entes reguladores entender ser importante a sua participação, deverá o juiz, em princípio, aceita-la. Do contrário, deverá utilizar-se de argumentos robustos o bastante para justificar que não haja a intervenção⁴⁰⁹.

Tanto nos EUA como no Brasil o órgão responsável pela regulação e fiscalização do dinâmico e globalizado mercado de capitais configuram uma modalidade de intervenção de um *amicus curiae* estatal. A intervenção da CVM como *amicus curiae*, segundo Tavares se

⁴⁰⁶ TAVARES, Osvaldo Hamilton. A CVM como “*amicus curiae*”. *Revista dos Tribunais* v. 690. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 1993, p. 286.

⁴⁰⁷ TAVARES, Osvaldo Hamilton. A CVM como “*amicus curiae*”. *Revista dos Tribunais* v. 690. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 1993, p. 287.

⁴⁰⁸ “O mundo contemporâneo demanda a especialização em diversos setores; e o Estado, sem que se neguem seus avanços na consagração dos valores que lhe justificam a existência, igualmente deverá adaptar-se a tal circunstância (...). Com a especialização, torna-se inevitável no discurso jurídico o ingresso de argumentos não jurídicos (econômicos, sociais, etc.), os quais são manejados por especialistas de áreas de conhecimento completamente estranha aos corretores forenses”. CYRINO, André Rodrigues. Separação de poderes, regulação e controle judicial: por um *amicus curiae* regulatório. *Revista Brasileira de Direito Público*. ano 5. n. 19. Belo Horizonte: Fórum, out.-dez. 2007, p. 76-77 e 79.

⁴⁰⁹ CYRINO, André Rodrigues. Separação de poderes, regulação e controle judicial: por um *amicus curiae* regulatório. *Revista Brasileira de Direito Público*. ano 5. n. 19. Belo Horizonte: Fórum, out.-dez. 2007, p. 93.

assemelha em muito com a *Securities and Exchange Commission* (SEC), órgão americano criado após a quebra da bolsa de Nova York em 1929 e responsável pela supervisão das companhias abertas (*open companies*) nos Estados Unidos⁴¹⁰.

A intervenção da CVM é apontada em diversos estudos dedicados ao tema como primeira intervenção típica de *amicus curiae* no direito brasileiro, apesar de a Lei 6.385/76 não se valer desta nomenclatura para se referir à intervenção⁴¹¹, sendo necessário mencionar, uma vez mais, o intrigante texto de Didier Jr. e Souza sobre o *amicus curiae* no direito imperial brasileiro⁴¹².

A atuação desta autarquia nos processos de sua competência é configurada pela neutralidade de sua atuação, uma vez que, de acordo com Bueno, o auxílio da CVM pode contribuir para uma “prestação jurisdicional tecnicamente informada”, entendida como o “necessário distanciamento dos fatos levados para apreciação do juiz ou, mais ainda, de uma intervenção despreocupada com o resultado do processo”⁴¹³. Ainda de acordo com Bueno, a intervenção “acarreta ao processo uma aplicação do objeto do conhecimento do juiz, que terá condições de melhor decidir”, devendo a CVM buscar “viabilizar que o magistrado compreenda adequadamente o difícil e específico contexto normativo que rege o mercado de capitais, aplicando da melhor forma possível o direito aos fatos conflituosos”⁴¹⁴.

De acordo com o art. 31, *caput*, a CVM será sempre intimada para manifestar nos processos que versem sobre as matérias de sua competência, Nesse sentido, Bueno observa que o disposto no mencionado artigo dá a entender que a intervenção seria obrigatória. Contudo, o mesmo autor esclarece que a intervenção pode ocorrer ou não, nos casos em que a autarquia entender pela suficiência das informações constantes nos autos, ou ainda nos casos em que a hipótese não comportar sua intervenção. Entretanto, o melhor entendimento é o de que é obrigatória a intimação da CVM e não a sua intervenção no processo. Acrescenta que a melhor interpretação do dispositivo é a de que “a CVM só deixará de se manifestar justificadamente perante o juízo”, uma vez que, na qualidade de autarquia e, portanto, em

⁴¹⁰ TAVARES, Osvaldo Hamilton. A CVM como “*amicus curiae*”, p. 286.

⁴¹¹ DEL PRÁ, Carlos Gustavo. *Amicus curiae*: instrumento de participação democrática e de aperfeiçoamento da prestação jurisdicional, p. 130; CABRAL, Antônio do Passo. Pelas asas de Hermes: a intervenção do *amicus curiae*, um terceiro especial. Uma análise dos institutos interventivos similares – o *amicus* e o *Vertreter des öffentlichen Interesses*. In: *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos tribunais: 2004, ano 29, set/out. p. 11.

⁴¹² DIDIER JR., Fredie; SOUZA, Marcus Seixas. Formação do precedente e *amicus curiae* no direito imperial brasileiro: o interessante Dec. 6.142/1876. *Revista de Processo* v. 220. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 407-422.

⁴¹³ BUENO, Cassio Scarpinella. *Amicus curiae no processo civil brasileiro*: um terceiro enigmático p. 270.

⁴¹⁴ Idem, p. 271.

regime de direito público, a decisão de intervir ou não em juízo deverá ser adequadamente motivada⁴¹⁵.

Ainda de acordo com o art. 31, o prazo para manifestação da CVM é de quinze dias, sendo que, em virtude do caráter facultativo da intervenção, o mencionado prazo não é preclusivo⁴¹⁶. Nos termos do § 1º do artigo em comento, a intimação deverá ocorrer logo após a contestação. Com efeito, esta pode ocorrer a qualquer momento, com a necessária observância dos atos processuais já praticados (art. 50, § único do CPC), até mesmo após a sentença, tendo em vista a legitimidade da CVM para recorrer, mesmo quando as partes não recorram⁴¹⁷.

O § 3º do art. 31 prevê a possibilidade de a CVM recorrer da sentença proferida nos processo em que intervém na condição de *amicus curiae*, nos casos em que as partes não tenham se valido do direito de recorrer. Para tanto, o § 4º do mesmo artigo disciplina que o prazo para a autarquia apresentar recurso tem início no dia subsequente àquele que tiver findo o das partes, independentemente de nova intimação. Ademais, por se tratar de uma autarquia, os prazos para recurso serão contados em dobro, em virtude do disposto no art. 188 do CPC.

No que diz respeito ao interesse recursal da CVM, este requisito “dá-se na medida em que demonstre que a decisão proferida, independentemente de quem seja beneficiada com ela, não condiz com a aplicação das regras regentes do mercado de capitais na espécie”⁴¹⁸.

A natureza de autarquia federal traz a dúvida quanto à competência para julgamento dos casos em que a CVM intervir, em face da regra contida no art. 109, I, da Constituição Federal, segundo a qual compete à Justiça Federal o julgamento de ações em que autarquias federais participem na qualidade de partes ou assistentes. De acordo com Bueno, a competência da Justiça Federal se justificaria se a intervenção fosse orientada com o declarado ânimo de litigar, defendendo interesse próprio, não havendo justificativa para a

⁴¹⁵ BUENO, Cassio Scarpinella. *Amicus curiae no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático*, p. 274-275.

⁴¹⁶ No mesmo sentido, Tavares entende que, após a intimação, a CVM pode ingressar no processo até o trânsito em julgado da sentença. TAVARES, Osvaldo Hamilton. A CVM como “*amicus curiae*”, p. 287. Em sentido contrário, Del Prá defende a manifestação poderá ocorrer somente no prazo de quinze dias, a partir da intimação e sob pena de preclusão. DEL PRÁ, Carlos Gustavo Rodrigues. *Amicus Curiae: instrumento de participação democrática e de aperfeiçoamento da prestação jurisdicional*, p. 130.

⁴¹⁷ Bueno afirma que o instante procedimental eleito pela lei para a intervenção encontra eco no regime jurídico reservado ao custos legis, no art. 83, I, do CPC, sendo que, “embora esse instante procedimental seja o mais adequado porque é o que antecede, tomando como paradigma de exposição, o procedimento ordinário, a fase das ‘providências preliminares’ (CPC, arts. 323 a 328), preparatória, em última análise, do ‘julgamento conforme o estado do processo’ (CPC, arts. 329 a 331), a partir de quando o magistrado pode decidir, não existe qualquer nulidade ou vício processual se a intimação da CVM (ou a sua manifestação, caso decida pela intervenção espontânea) se verificar em momento diverso”. BUENO, Cassio Scarpinella. *Amicus curiae no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático*, p. 277.

⁴¹⁸ BUENO, Cassio Scarpinella. *Amicus curiae no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático*, p. 281.

competência da Justiça Federal “se a intervenção da CVM se liminar ao oferecimento de documentos ou informações ao juízo da causa”⁴¹⁹.

Registre-se que, como destacado por Didier Jr. sobre a intervenção da CVM e as ações coletivas⁴²⁰, apesar da Lei nº 6.385/76 e a posterior modificação pela Lei nº 6.616/78, ter sido promulgada anteriormente a Lei nº 7.913/89, que instituiu a ação civil pública por danos causados aos investidores no mercado de valores imobiliários, a CVM tem legitimidade para o manejo desta ação coletiva nos casos relativos ao mercado de capitais, sendo que, nestes casos, em que propõe a ação ou intervém na condição de colegitimado, a intervenção da qualidade de *amicus curiae* não teria qualquer utilidade⁴²¹.

4.8 Instituto Nacional de Propriedade Industrial – INPI (arts. 57, 118 e 175 da Lei n. 9.279/96)

A Lei nº 9.279/96, também conhecida como Código de Propriedade Industrial, disciplina as atribuições do Instituto Nacional de Propriedade Industrial – INPI, órgão regulatório responsável pelas obrigações relativas à propriedade industrial, o qual, nos processos que tem por objeto a nulidade de patente, de registro ou de desenho industrial ou de marca. Sua atuação em juízo está disciplinada nos arts. 57, 118 e 175 da legislação em análise:

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

§ 1º O prazo para resposta do réu titular da patente será de 60 (sessenta) dias.

§ 2º Transitada em julgado a decisão da ação de nulidade, o INPI publicará anotação, para ciência de terceiros.

Art. 118. Aplicam-se à ação de nulidade de registro de desenho industrial, no que couber, as disposições dos arts. 56 e 57.

Art. 175. A ação de nulidade do registro será ajuizada no foro da justiça federal e o INPI, quando não for autor, intervirá no feito⁴²².

Os dispositivos em análise são objeto de dissenso na literatura jurídica especializada, quando da tentativa de classificação da intervenção do INPI, havendo vozes no sentido de que

⁴¹⁹ BUENO, Cassio Scarpinella. *Amicus curiae no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático*, p. 283.

⁴²⁰ DIDIER JR., Fredie. A intervenção judicial do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (art. 89 da Lei federal 8.884/1994) e da Comissão de Valores Mobiliários (art. 31 da Lei federal 6.385/1876). *Revista de Processo* v. 115. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 160.

⁴²¹ BUENO, Cassio Scarpinella. *Amicus curiae no processo civil brasileiro*, p. 283.

⁴²² BRASIL. *Lei n.º 9.279/96, de 14 de maio de 1996*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19279.htm. Acesso em: 16.09.2014.

este ingressaria no processo na condição de litisconsorte necessário, como assistente, ou ainda como interveniente especial⁴²³.

Del Prá defende que não há que se falar em litisconsórcio necessário, uma vez que este decorre de expressa previsão legal ou natureza da relação jurídica, sendo que, na atuação do INPI nas hipóteses acima mencionadas, este não integra a relação jurídica objeto da ação no procedimento de nulidade de registro de marca, bem como pelo fato de que o dispositivo que determina sua participação não impor a formação de um litisconsórcio necessário⁴²⁴.

Esclarecendo a controvérsia acerca da classificação do instituto, Bueno observa que, nos casos em que a causa de pedir tenha diga respeito a algum vício no processo administrativo no âmbito do INPI, este “deverá ser citado como réu em litisconsórcio passivo necessário com o particular que se beneficiou com o equívoco cometido por aquela autarquia”⁴²⁵.

O mesmo autor esclarece que a intervenção do INPI também não se trataria de uma assistência, uma vez que o interesse da autarquia seria de natureza diferente da que caracteriza a assistência, não importando, portanto, se o autor o réu ganhem a ação, mas se “os direitos relativos à propriedade industrial sejam adequadamente entendidos, aplicados no caso concreto e observados erga omnes”⁴²⁶. No mesmo sentido, Del Prá esclarece que o objetivo do INPI diz respeito tão somente na observância da legalidade, sendo sua atuação desvinculada do interesse das partes e vinculada à sua função de “executar, no âmbito nacional, as normas que regulam a propriedade industrial” (art. 2º da Lei n.º 5.648/70).

Ultrapassadas as discussões sobre o tratamento tradicional dos terceiros no processo civil brasileiro, a atuação do INPI, conforme a análise da literatura jurídica especializada é apontada como sendo uma modalidade de intervenção como *amicus curiae*⁴²⁷, na medida em que, diante da complexidade das questões relativas à propriedade intelectual,

[...] o legislador terá entendido ser oportuna a intervenção de alguém que domine as regras próprias e técnicas daquele específico ramo do direito para viabilizar ao magistrado o proferimento de uma decisão que, objetivamente, melhor atenda (melhor tutele) o específico direito material envolvido na questão⁴²⁸.

⁴²³ DEL PRÁ, Carlos Gustavo Rodrigues. *Amicus curiae*: instrumento de participação democrática e de aperfeiçoamento da prestação jurisdicional, p. 66; BUENO, Cassio Scarpinella. *Amicus curiae no processo civil brasileiro*: um terceiro enigmático, p. 287-296.

⁴²⁴ DEL PRÁ, Carlos Gustavo Rodrigues. *Amicus curiae*: instrumento de participação democrática e de aperfeiçoamento da prestação jurisdicional, p. 67.

⁴²⁵ BUENO, Cassio Scarpinella. *Amicus curiae no processo civil brasileiro*, p. 289.

⁴²⁶ Idem, p. 292.

⁴²⁷ DEL PRÁ, Carlos Gustavo Rodrigues. *Amicus curiae*: instrumento de participação democrática e de aperfeiçoamento da prestação jurisdicional, p. 67; BUENO, Cassio Scarpinella. *Amicus curiae no processo civil brasileiro*: um terceiro enigmático, p. 296.

⁴²⁸ BUENO, Cassio Scarpinella. *Amicus curiae no processo civil brasileiro*, p. 296.

Dentre os poderes do INPI na condição de *amicus curiae* que configuram sua atuação em juízo, em que pese o silêncio da Lei 9.279/96 sobre o tema, consta a possibilidade de apresentar provas, as quais podem ser aquelas que orientam o processo administrativo, ou ainda outras que julgar necessário, para viabilizar ao magistrado a mais ampla compreensão da controvérsia submetida a juízo. Assim, caberá ao INPI apresentar razões, memoriais e esclarecimentos orientados a melhor elucidação da questão debatida nos autos⁴²⁹.

No que diz respeito à intervenção, Bueno entende não haver a obrigatoriedade destas nos casos em que se discutir as matérias tratadas nos já mencionados arts. 57, 118 e 175 da lei ora em análise, mas o INPI deverá, obrigatoriamente, ter ciência do processo em trâmite e que versa sobre suas atribuições institucionais, mediante intimação⁴³⁰.

Por fim, registre-se a competência da Justiça Federal para o conhecimento dos processos relativos à competência do INPI, tendo em vista sua natureza de autarquia federal e as regras de competência ficada no art. 109, §3º da CRFB e art. 5º da Lei n.º 9.469/97, a qual, por também ser apontada como uma modalidade de intervenção na qualidade de *amicus curiae*, será abordada no tópico seguinte.

4.9 Pessoas jurídicas de direito público (art. 5º da Lei n. 9.469/97)

O inciso I do art. 109 da Constituição Federal preceitua que, nas causas cíveis em que a União, entidades autárquicas ou empresas públicas federais intervierem como assistentes, a competência para processamento e julgamento será da justiça federal de primeira instância.

Mesmo antes da Constituição de 1988, “editaram-se leis que autorizavam a intervenção da União, em processo alheio, sem a necessidade de demonstração de interesse jurídico, e que, em razão disso, desnaturavam os clássicos institutos da intervenção”⁴³¹, o que

⁴²⁹ BUENO, Cassio Scarpinella. *Amicus curiae no processo civil brasileiro*, p. 298-299.

⁴³⁰ Bueno apresenta a síntese das possíveis ações da autarquia: “Assim, não obstante o texto da lei, o que nos parece obrigatório (imperativo) é que se dê ciência ao INPI de que a ação foi ajuizada. Se ele intervirá ou não; se, intervindo, manifestar-se-á ou não; se, manifestando-se, qual será a qualidade ou a intensidade de sua participação ao longo do processo, todas essas são questões que não afetam e não tem condições de afetar o desenvolvimento válido e regular do processo”. O mesmo autor esclarece que a intimação do INPI será feita observando-se o disposto nos arts. 234 a 242 do CPC, podendo o magistrado fixar prazo para manifestação, ou, em não o fazendo, deverá prevalecer o prazo de cinco dias previsto no art. 185 do CPC e, até mesmo, por interpretação analógica, o prazo de 20 dias antes da audiência de instrução e julgamento, da mesma forma como ocorre na apresentação do laudo pelo perito. BUENO, Cassio Scarpinella. *Amicus curiae no processo civil brasileiro*, p. 307.

⁴³¹ DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*. Introdução ao direito processual civil e processo de conhecimento. 15. ed. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 435. Em seus respectivos trabalhos, Bueno e Didier Jr. fazem uma historiografia do controverso instituto, a exemplo das Leis nº 5.010/1966 (art. 70), 5.627/1970, (art. 4º), 6.825/1980 (art. 7º) e 8.197/1991 (art. 2º), que disciplinam a intervenção da União em diversas hipóteses, sem contudo, precisar demonstrar o interesse jurídico que motiva a intervenção.

levou Didier Jr. a indagar se a CRFB, ao estabelecer a norma de competência em análise, “em cuja hipótese de incidência consta a assistência, criou tipo aberto a ser preenchido, ao seu bel-prazer, pelo legislador ordinário, ou referiu-se a instituto já consagrado pela tradição jurídica brasileira, que sempre exigiu a presença de interesse juridicamente qualificado?”⁴³²

Dentre as diversas normas que regularam ao longo do tempo a intervenção da União Federal, a Lei n.º 9.469, de 10 de julho de 1997, disciplina a intervenção desta nas causas em que figurarem como autores ou réus os entes da administração indireta. O art. 5º da lei em comento tem a seguinte redação:

Art. 5º A União poderá intervir nas causas em que figurarem, como autoras ou réus, autarquias, fundações públicas, sociedades de economia mista e empresas públicas federais.

Parágrafo único. As pessoas jurídicas de direito público poderão, nas causas cuja decisão possa ter reflexos, ainda que indiretos, de natureza econômica, intervir, independentemente da demonstração de interesse jurídico, para esclarecer questões de fato e de direito, podendo juntar documentos e memoriais reputados úteis ao exame da matéria e, se for o caso, recorrer, hipótese em que, para fins de deslocamento de competência, serão consideradas partes⁴³³.

A indagação de Didier Jr. sobre o tema reside no fato de que o art. 109, I, da CRFB, prevê a intervenção da União Federal como uma modalidade de assistência, sendo que o art. 5º da Lei n.º 9.469 disciplina que tal intervenção ocorrerá “independentemente da demonstração de interesse jurídico”, “bastando que demonstre a existência de prejuízo indireto, de natureza econômica”⁴³⁴. Nos termos previstos na regra ora em análise, a intervenção da União Federal pode ocorrer para apenas e tão somente “esclarecer questões de fato e de direito, podendo juntar documentos e memoriais reputados úteis ao exame da matéria”, bem como lhe é facultada a possibilidade de recorrer, hipótese na qual, “para fins de deslocamento de competência, serão consideradas partes”⁴³⁵.

Apresentado o instituto em análise, o qual vem sendo chamado de intervenção anômala, notadamente diante do afastamento da necessidade de demonstração do interesse jurídico a justificar a intervenção, percebe-se que a figura em questão “destoa completamente do regime e dos princípios que norteiam as demais intervenções de terceiro”, o que levou Marinoni e Arenhart a tecer as seguintes considerações sobre o tema:

⁴³² DIDIER JR, Fredie. *Curso de direito processual civil*. Introdução ao direito processual civil e processo de conhecimento. v. 1. 15. ed. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 435.

⁴³³ BRASIL. *Lei n.º 9.469, de 10 de julho de 1997*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9469.htm. Acesso em: 18.09.2014.

⁴³⁴ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Processo de conhecimento*. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 189.

⁴³⁵ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Processo de conhecimento*, p. 189; BUENO, Cassio Scarpinella. *Amicus curiae no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático*, p. 218.

Obviamente, todas essas peculiaridades fazem dessa figura algo realmente teratológico. A falta de técnica com que o instituto foi concebido e a inusitada regência que se lhe emprestou geram figura insólita, de difícil trato pelo direito processual. Não são poucos, com efeito, que sustentam a inconstitucionalidade da intervenção anômala, quando menos pela forma absolutamente estranha com que tratou o tema da competência diante da intervenção (violando, nisso, a regra expressa do art. 109, I, da CF)⁴³⁶.

A intervenção na qualidade de assistente sem, contudo, ter o dever de demonstrar o interesse jurídico, bastando à demonstração de “interesses reflexos, ainda que de natureza econômica”, demonstra que a presente hipótese de intervenção se trata de uma modalidade diferenciada daquelas previstas no Código de Processo Civil. Nesse sentido, as diversas indagações sobre a operacionalidade do instituto, a exemplo de sua natureza jurídica e espectro de atuação, fazem com que este seja apontado como uma intervenção na qualidade de *amicus curiae*, notadamente em face da insuficiência de se entender referida figura como uma assistência anômala ou diferenciada⁴³⁷.

No que diz respeito à operacionalidade do instituto, o mesmo apresenta algumas digressões quanto à competência, na medida em que o art. 109, I, da CRFB fixa a competência da Justiça Federal para julgamento das causas em que a União Federal, suas autarquias e empresas públicas intervenham no processo, mesmo que na qualidade de assistente, sendo que o art. 5º da Lei n.º 9.469/97, por sua vez, afasta expressamente a competência da Justiça Federal na hipótese de intervenção, no primeiro grau de jurisdição, feita por pessoa jurídica de direito público. De acordo com o dispositivo em questão, a competência da Justiça Federal ocorre quando houver a interposição de recurso por parte das pessoas jurídicas de direito público intervenientes, sendo que, neste caso, referidas entidades assumem a condição de parte⁴³⁸.

Assim, sempre que a União buscar resguardar algum interesse seu, nos processos em que suas autarquias estiverem envolvidas, poderá se valer desta modalidade interventiva.

⁴³⁶ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Processo de conhecimento*, p. 189.

⁴³⁷ BUENO, Cassio Scarpinella. *Amicus curiae* no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático, p. 221. CABRAL, Antonio do Passo. Pelas asas de Hermes: a intervenção do *amicus curiae*, um terceiro especial, p. 24/25. Em sentido contrário: DIDIER JR, Fredie. *Recurso de terceiro*: juízo de admissibilidade, p. 136.

⁴³⁸ A intervenção da União Federal é objeto de diversas indagações sobre a operacionalidade do instituto e os limites da competência da Justiça Federal no âmbito recursal, bastando, para os objetivos do presente trabalho, a menção desta modalidade interventiva como uma das muitas hipóteses de intervenção na qualidade de *amicus curiae* no direito brasileiro. Para uma análise aprofundada de todas estas intrincadas questões: BUENO, Cassio Scarpinella. *Amicus curiae* no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático, p. 216-266.

4.10 Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE (art. 89 da Lei n. 8.884/94 – art. 118 da Lei n. 12.529/2011)

O Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE é o órgão responsável pela fiscalização da ordem econômica, do direito concorrencial e das normas antitruste. Inicialmente disciplinado pela Lei n.º 8.884/1994 e posteriormente modificada pela Lei n.º 12.529, de 30 de novembro de 2011, o CADE tem a sua atuação em juízo prevista no art. 118, o qual apresenta a seguinte redação: “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”⁴³⁹.

De forma contrária ao modo como estabelecido textualmente no artigo em análise, Bueno esclarece que a intervenção do CADE, nos processos que versarem sobre matéria de sua competência não se trata, em verdade, de assistência, posto que este não tem qualquer interesse próprio sendo discutido em juízo, sendo que os motivos de sua intervenção, da mesma forma como previsto para outras autarquias e entidades fiscalizadoras, nada mais é do que a defesa de um interesse institucional, qual seja, o de uma adequada aplicação das normas relativas a fiscalização da atividade econômica⁴⁴⁰.

No mesmo sentido, Lazzarini tece as seguintes considerações sobre a impropriedade técnica de se pensar nesta hipótese interventiva como sendo uma assistência:

Pode-se afirmar que há impropriedade na terminologia da lei, ao fazer referência à assistência, pois tem o CADE o interesse jurídico, não de que o autor ou o réu tenham êxito na ação, mas de que a sentença seja desfavorável àquele que atua com práticas econômicas abusivas. Ou seja, há um interesse genérico que não autoriza a assistência⁴⁴¹.

Comungando do entendimento acima esposado, Didier Jr afirma que “intervém o CADE, nestas demandas, na qualidade de *amicus curiae* para auxiliar o magistrado na solução das intrincadas questões concorrenciais”, explicando que o papel das agências reguladoras é uma decorrência “da concepção de organização do estado em que entes técnicos possam decidir sobre questões também muito técnicas, baseando-se em critério que nem sempre (ou quase nunca) são jurídicos”⁴⁴².

⁴³⁹ BRASIL. Lei n.º 12.529, de 30 de novembro de 2011. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm. Acesso em: 19.08.2014.

⁴⁴⁰ BUENO, Cassio Scarpinella. *Amicus curiae* no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático, p. 312-314.

⁴⁴¹ LAZZARINI, Alexandre Alves. A intervenção do CADE no processo judicial. *Revista de Processo*, v. 105. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 246.

⁴⁴² DIDIER JR, Fredie: *Recurso de terceiro*: juízo de admissibilidade, p. 190-192. No mesmo sentido, AGUIAR, Mirela de Carvalho. *Amicus curiae*, p. 22.

No que diz respeito aos aspectos processuais da intervenção, infere-se que a atuação do CADE é facultativa, tendo em vista o emprego do verbo “querendo”, sendo que, para poder verificar se sua atuação como interveniente é necessária, o mesmo deverá ser, obrigatoriamente, intimado, sob pena de nulidade⁴⁴³ e nos termos dos artigos do CPC, dado o silêncio da Lei nº 12.559/2011 em estipular outro modo para tal.

Quanto aos seus poderes, além de poder apresentar sua manifestação, colacionando provas e informações relevantes e contribuindo para a instrução do feito, Bueno defende que o CADE tem legitimidade recursal, da mesma forma que o Ministério Público quando de sua atuação como *custos legis*, apesar do silêncio da norma que regula sua situação⁴⁴⁴.

Por fim, e levando em conta o exposto acerca da Lei n.º 9.469/97, registre-se que, por se tratar de autarquia federal, a intervenção do CADE acarreta o deslocamento do processo para a Justiça Federal⁴⁴⁵.

Apresentadas a conformação dogmática da intervenção do *amicus curiae* no controle concentrado de constitucionalidade e a modalidade interventiva levada a cabo pelo Estado e suas entidades, torna-se necessário a apresentação do instituto no controle de constitucionalidade pela via difusa, notadamente no sistema recursal brasileiro, tendo em vista que, com as inúmeras reformas empreendidas no processo civil brasileiro a partir da década de 1990, o sistema recursal foi modificado em sua quase integralidade.

Referidas modificações, justificadas pela suposta simplificação do sistema, uma melhora na sua operacionalidade e perseguindo os ideais de segurança jurídica e, principalmente, a celeridade na tramitação dos processos, atribuíram uma força até então nunca vista, no direito brasileiro, às decisões dos tribunais superiores, realizando uma compatibilização vertical do processo decisório, sendo que, para contornar os possíveis efeitos desta nova conformação, o *amicus curiae* foi dimensionado como um expediente orientado a viabilizar uma maior amplitude argumentativa, de modo a contornar a ilegitimidade desta nova dinâmica decisória.

Com efeito, o fenômeno acima descrito se relaciona diretamente com a já mencionada abstrativização ou objetivação do controle de constitucionalidade pela via difusa – fenômeno supostamente causado pela preferência da CRFB pela modalidade de controle concentrado e

⁴⁴³ Bueno observa que referida nulidade não será insanável, o que contaminaria todo o processo e inviabilizaria o aproveitamento de qualquer ato processual. Assim, somente nos casos em que a ausência de intimação, ou ainda no caso de intervenção tardia da autarquia e houver prejuízo ao interesse a ser tutelado pela sua atuação, é que se operaria a nulidade insanável. BUENO, Cassio Scarpinella. *Amicus curiae no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático*, p. 319.

⁴⁴⁴ BUENO, Cassio Scarpinella. *Amicus curiae no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático*, p. 321.

⁴⁴⁵ BUENO, Cassio Scarpinella. *Amicus curiae no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático*, p. 322.

que se potencializou a partir da EC n.º 45/2004, com a nova conformação do recurso extraordinário – motivo pelo qual, além da apresentação do instituto do *amicus curiae* em cada hipótese de intervenção, apresentar-se-á também os problemas de operacionalidade de cada procedimento e as principais críticas que lhe foram direcionadas.

4.11 As súmulas vinculantes e o procedimento da Lei n.º 11.417/06

A já mencionada EC n.º 45/04, dentre outras modificações objetivando aumentar a celeridade e fazer frente à chamada “crise do judiciário”, inseriu no ordenamento jurídico brasileiro o instituto da súmula vinculante, acrescentando o art. 103-A na CRFB:

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

§ 1º A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica.

§ 2º Sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula poderá ser provocada por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade.

§ 3º Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso⁴⁴⁶.

A Lei n.º 11.417/06, de 19/12/2006, regulamentou o mencionado art. 103-A da Constituição, disciplinando o procedimento de edição, revisão e cancelamento de enunciado de súmula vinculante.

A rigor, constata-se que o instituto em questão apresenta polêmicas desde a sua criação. O pressuposto para edição de uma súmula vinculante é a existência de uma “controvérsia atual” entre Órgãos Judiciários ou destes com a Administração Pública, que estejam gerando “grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica”.

Pela análise do instituto, percebe-se que seu objetivo é prestigiar a segurança jurídica e a celeridade, diminuindo o número de recursos a serem encaminhados ao STF. No entanto, a

⁴⁴⁶ BRASIL. Lei n.º 11.417/06, de 19 de dezembro de 2006. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111417.htm. Acesso em 20.09. 2014.

busca por estes objetivos esbarra na discricionariiedade quanto ao preenchimento desses requisitos, uma vez que a operacionalidade do instituto mostra que as súmulas, não raras vezes, são editadas sem que haja “reiteradas discussões sobre a matéria”, de modo tão somente a encerrar a discussão a partir de uma cristalização de determinado entendimento acerca da matéria constitucional⁴⁴⁷.

Com efeito, “a partir do momento em que o Supremo Tribunal Federal passa a (pretender) dispor *a priori* o conteúdo que deverão ter as sentenças nos diversos juízos espalhados pelo País”⁴⁴⁸, colocando em dúvida a inexistência de hierarquia entre os tribunais e subvertendo o modo como as decisões dos tribunais superiores deveriam ser respeitadas, deve-se ressaltar que “uma Súmula Vinculante pode bem menos do que se pretende, notadamente num regime constitucional lido a partir do paradigma de Estado Democrático de Direito”⁴⁴⁹.

Na precisa visão de Streck:

Trata-se de da construção de enunciados assertóricos que pretendem abarcar, de antemão, todas as possíveis hipóteses de aplicação. São respostas *a priori*, “oferecidas” antes das perguntas (que somente ocorrem nos casos concretos). Isso é, as súmulas são uma espécie de antecipação de sentido”, um “tutela antecipatória das palavras” ou, ainda, uma atribuição de sentido inaudita altera partes...!⁴⁵⁰

Contrariamente ao argumento recorrente no direito brasileiro, de relacionar a súmula vinculante a um precedente judicial, em consonância com a mencionada aproximação entre *civil law* e *common law* e a assunção do direito jurisprudencial como fonte de normatividade, a súmula vinculante, em verdade, não configura um precedente. Para Streck e Abboud, a primeira diferença reside na forma como os respectivos institutos ingressaram em cada sistema jurídico, uma vez que, no *common law*, a força e autoridade do precedente decorre da tradição, não estando registrada em nenhuma regra escrita, constitucional ou não, motivo pelo qual “causa espécie, pois, o estabelecimento, no Brasil, da obrigatoriedade da obediência ao ‘precedente sumular’ por intermédio de emenda constitucional em um sistema jurídico filiado à família romano-germânica”⁴⁵¹.

⁴⁴⁷ BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. *Recursos extraordinários no STF e STJ: conflito entre interesse público e privado*. Curitiba: Juruá, 2009, p. 202.

⁴⁴⁸ Idem.

⁴⁴⁹ BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. *Recursos extraordinários no STF e STJ: conflito entre interesse público e privado*. Curitiba: Juruá, 2009, p. 203.

⁴⁵⁰ STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora: 2010, p. 71.

⁴⁵¹ STRECK, Lenio; ABBoud, Georges. *O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 61.

Os mesmos autores explicam que as súmulas vinculantes não se assemelham ao precedente no *common law* pela própria natureza e significado do *stare decisis*, tendo em vista que, no *common law*, “o *stare decisis*, pela importância que concede ao precedente, garante que a aplicação deste só pode ocorrer se ele foi fruto de um intenso contraditório e se estiver fundamentado”⁴⁵², enquanto a súmula se impõe pela autoridade do STF, justificada tão somente pelo caráter hierárquico da função da Corte como responsável pela interpretação da Constituição.

O procedimento de edição, revisão e cancelamento de súmula prevê – de modo à supostamente amainar o déficit de legitimidade decorrente da criação de uma norma que vinculará as decisões de outros tribunais e da administração – no art. 3º, § 2º, da Lei nº 11.417/06, a possibilidade de o relator, por decisão irrecorrível, admitir a manifestação de terceiros sobre a questão, nos termos do RISTF.

Essa manifestação, a ser realizada por órgãos e entidades que potencialmente serão atingidos pelo comando da súmula, bem como pelos legitimados previstos no art. 3º⁴⁵³, pode possibilitar o fornecimento de informações sobre as decisões que justificaram a idealização da súmula sobre determinada matéria e contextualizar a existência da “controvérsia atual”, a complexidade ínsita a temática e o número de feitos potencialmente atingidos, de modo a contribuir para a o aumento das informações que subsidiarão o Tribunal no procedimento em análise.

Contudo, a possibilidade de busca de uma maior quantidade e qualidade de informações para subsidiar o procedimento em análise e eventual enunciado de súmula, mediante a intervenção de *amici curiae*, não tem o condão de superar, ou mesmo minimizar, todos os problemas de operacionalidade do instituto da súmula vinculante.

A crença de que um enunciado geral e abstrato, definido pelo STF e tido como única interpretação possível para determinado caso esbarra em algumas questões muito caras ao estágio de avanço do direito na atualidade. De acordo com Bahia, uma das notáveis questões subjacentes ao tema é a “crença no texto”, de que problemas podem ser resolvidos tão

⁴⁵² STRECK, Lenio; ABBOUD, Georges. *O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 67.

⁴⁵³ Cruz destaca com muita propriedade que “com relação à súmula vinculante, a questão da ‘abstrativização’ da via difusa manifesta-se também sob o aspecto da tipificação das entidades legitimadas ao cancelamento e alteração da mesma, uma vez que a Constituição optou por uma aproximação com os legitimados para a propositura das ações de controle concentrado, como a ADI, a ADPF e a ADC, acrescentando-se apenas os tribunais e o Defensor Público Geral da União, nos termos da Lei n. 11.417/2006, regulamentadora do procedimento da súmula vinculante”. CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Jurisdição constitucional democrática*, p. 368.

somente com alterações formais no texto legal e, especialmente no caso das súmulas, estes textos não seriam passíveis de interpretação⁴⁵⁴.

Nesse sentido, Streck e Abboud asseveram que a confusão entre súmula vinculante e precedente gera um perigoso ecletismo, o qual foi potencializado pela EC.º 45/2004 e retroalimentado pelas discussões acerca do novo Código de Processo Civil brasileiro. As consequências desse ecletismo é explicada pelos autores da seguinte forma:

O grande problema dessa metodologia judiciária consiste em apregoar no precedente repercussão hermenêutica intransitiva que lhe é indelevelmente avessa, porquanto a sua carga de eficácia vinculante não será jamais atestada pela simplicidade e precisão de seus termos e, conquanto assim seja na rasa gramática de sua dimensão textual, invariavelmente dependerá do cotejo interpretativo vindouro – por razões ou fundamentos devidamente explicitados pela argumentação (racionalidade expositiva) – entre o critério adotado no precedente institucional e a insurgência do caso concreto de onde se proclama tratamento diferenciado ou diverso⁴⁵⁵.

A simplicidade e precisão dos termos da súmula, somado a sua força vinculante, foram idealizadas para solucionar alguns problemas que caracterizam o Judiciário, a exemplo do abarrotamento dos órgãos jurisdicionais, a lentidão na realização da função jurisdicional e a necessidade de tratamento da infinidade de causas idênticas. Todavia, de acordo com Bahia, a tentativa de se evitar o dissenso⁴⁵⁶, mediante a busca pela uniformidade decisória esbarra em dois grandes problemas, quais sejam,

[...] as pretensões de imutabilidade e verticalização pretendidas com a Súmula Vinculante. A uma, não há casos idênticos, a menos que se esteja falando da ocorrência de litispendência ou de ofensa a coisa julgada (pela interposição de novo processo idêntico a outro já decidido) – situações para as quais o Direito Processual já previu soluções. A duas, não há como aplicar um texto (uma norma, uma Súmula, um processo) sem, ao mesmo tempo, compreendê-lo e interpretá-lo⁴⁵⁷.

⁴⁵⁴ Streck e Abboud refletem com muita propriedade que “para o senso comum teórico, a elaboração de uma súmula vinculante, já que ela é abstrata, e sua aplicação é *pro futuro*, poderia ser aplicada de maneira entificada, isto é uma categoria a partir da qual se farão deduções e subsunções. Ora, na medida em que a súmula é feita para resolver casos futuros, e nisso reside um equívoco hermenêutico de fundamental importância, o senso comum passa a imaginar que a utilização da súmula vinculante teria a função precípua de transformar os casos difíceis (que exigiam exaustiva interpretação) em casos fáceis (que em razão do texto sumular passariam a ser solucionados de forma automática via subsunção). Ou seja, a súmula viria para facilitar a vida do intérprete que poderia utilizar a dedução para solucionar milhares de processos de uma só vez, porque agora eles são ‘fáceis’, bastando, então, a subsunção”. STRECK, Lenio; ABBOD, Georges. *O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 55.

⁴⁵⁵ Idem, p. 83.

⁴⁵⁶ Nas precisas palavras de Bahia: “Quando dizemos que o STF não deve pretender estabelecer a interpretação oficial não é somente porque tal pretensão não parece compatível com os postulados da democracia consagrados em nosso constitucionalismo, mas também porque é impossível tentar engessar a interpretação, porque a vida é muito mais rica do que qualquer tentativa de fechamento através de uma Súmula Vinculante”. BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. *Recursos extraordinários no STF e STJ: conflito entre interesse público e privado*. Curitiba: Juruá, 2009, p. 221.

⁴⁵⁷ BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. *Recursos extraordinários no STF e STJ: conflito entre interesse público e privado*, p. 217.

A mesma lógica de tratamento coletivo a demandas supostamente repetitivas a serem resolvidas mediante a aplicação de um padrão decisório, é encontrada em outro instituto idealizado pela EC n. 45/2004, qual seja, o requisito de admissibilidade da repercussão geral no recurso extraordinário.

4.12 A intervenção do *amicus curiae* na análise da repercussão geral no Recurso Extraordinário (art. 543-A, § 6º do CPC)

A repercussão geral da questão constitucional configura um dos requisitos de admissibilidade do recurso extraordinário, tendo sido inserido no ordenamento jurídico brasileiro por meio da Emenda Constitucional nº 45/04, denominada “Reforma do Poder Judiciário”, com a introdução de um terceiro parágrafo no art. 102 da CRFB⁴⁵⁸. Posteriormente, o novo instituto foi regulamentado pela Lei n.º 11.418, de 19 de dezembro de 2006, que inseriu os artigos 543-A e 543-B no CPC⁴⁵⁹.

⁴⁵⁸ Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:
(...)

III - julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida:

(...)

§ 3º No recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros. (BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em 01.10.2014).

⁴⁵⁹ Art. 543-A. O Supremo Tribunal Federal, em decisão irrecorrível, não conhecerá do recurso extraordinário, quando a questão constitucional nele versada não oferecer repercussão geral, nos termos deste artigo.

§ 1º Para efeito da repercussão geral, será considerada a existência, ou não, de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que ultrapassem os interesses subjetivos da causa.

§ 2º O recorrente deverá demonstrar, em preliminar do recurso, para apreciação exclusiva do Supremo Tribunal Federal, a existência da repercussão geral.

§ 3º Haverá repercussão geral sempre que o recurso impugnar decisão contrária a súmula ou jurisprudência dominante do Tribunal.

§ 4º Se a Turma decidir pela existência da repercussão geral por, no mínimo, 4 (quatro) votos, ficará dispensada a remessa do recurso ao Plenário.

§ 5º Negada a existência da repercussão geral, a decisão valerá para todos os recursos sobre matéria idêntica, que serão indeferidos liminarmente, salvo revisão da tese, tudo nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

§ 6º O Relator poderá admitir, na análise da repercussão geral, a manifestação de terceiros, subscrita por procurador habilitado, nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

§ 7º A Súmula da decisão sobre a repercussão geral constará de ata, que será publicada no Diário Oficial e valerá como acórdão.

Art. 543-B. Quando houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica controvérsia, a análise da repercussão geral será processada nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, observado o disposto neste artigo.

§ 1º Caberá ao Tribunal de origem selecionar um ou mais recursos representativos da controvérsia e encaminhá-los ao Supremo Tribunal Federal, sobrestando os demais até o pronunciamento definitivo da Corte.

§ 2º Negada a existência de repercussão geral, os recursos sobrestados considerar-se-ão automaticamente não admitidos.

Também idealizado para fazer frente ao conhecido asoberbamento de feitos à espera de julgamento no STF, em consonância com a inclusão, no art. 5º da CRFB, do inc. LXXVIII, que assegura a todos a duração razoável do processo, o instituto da repercussão geral foi livremente inspirado em institutos semelhantes no direito estrangeiro, notadamente no direito americano⁴⁶⁰, que, mediante a criação de filtros recursais, buscam delimitar a esfera de atuação das Cortes apenas nos casos de significativa importância⁴⁶¹.

O instituto em questão tem como antecedente histórico outro requisito de admissibilidade, qual seja, a “arguição de relevância”, inserida no ordenamento jurídico por meio da Emenda 3 ao RISTF em 1975 e vigente até 1988⁴⁶².

§ 3º Julgado o mérito do recurso extraordinário, os recursos sobrestados serão apreciados pelos Tribunais, Turmas de Uniformização ou Turmas Recursais, que poderão declará-los prejudicados ou retratar-se.

§ 4º Mantida a decisão e admitido o recurso, poderá o Supremo Tribunal Federal, nos termos do Regimento Interno, cassar ou reformar, liminarmente, o acórdão contrário à orientação firmada.

§ 5º O Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal disporá sobre as atribuições dos Ministros, das Turmas e de outros órgãos, na análise da repercussão geral.

Art. 3º Caberá ao Supremo Tribunal Federal, em seu Regimento Interno, estabelecer as normas necessárias à execução desta Lei.

Art. 4º Aplica-se esta Lei aos recursos interpostos a partir do primeiro dia de sua vigência.

Art. 5º Esta Lei entra em vigor 60 (sessenta) dias após a data de sua publicação. (BRASIL. Lei n.º 11.418, de 19 de dezembro de 2006. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/11418.htm. Acesso em: 01.10.2014).

⁴⁶⁰ Nesse sentido, DANTAS, Bruno. *Repercussão geral: perspectiva histórica, dogmática e de direito comparado*. Questões processuais. São Paulo: Revista dos Tribunais. MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Repercussão geral no recurso extraordinário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. Abboud explica que, muito embora nos EUA admitir-se que a Suprema Corte examine, de forma discricionária, a relevância da questão discutida no *writ of certiorari*, para esta seja ou não julgada, esta discricionariedade é “limitada” por um condicionamento histórico, a exigir da Corte o conhecimento tão somente dos casos em que a questão a ser discutida transcenda os interesses particulares envolvidos, representando um evidente interesse geral e também federativo. De acordo com o autor, “a Suprema Corte dos Estados Unidos não se configura como legítima instância recursal, tal como é o STF, competência esta imposta pelo Poder Constituinte originário nos termos do art. 102, da CF/1988. Vale dizer, o STF, sempre que o recurso extraordinário preencher os requisitos do art. 102, III e § 3.º, da CF/1988, deverá, obrigatoriamente, analisar o mérito recursal. Daí que o *writ of certiorari* não se configura, no *common law*, como um direito da parte a um julgamento final pela Suprema Corte, diferentemente do recurso extraordinário que atenda aos requisitos do art. 102, III e § 3.º, da CF/1988, por consequência, toda decisão que lhe denegar seguimento deverá estar preenchida conforme estipula o art. 93, IX, da CF/1988”. ABOUD, Georges. *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 469.

⁴⁶¹ Nunes *et al.* observam que “A defesa da limitação desses meios de impugnação das decisões se torna uma constante, lastreada na preocupação e busca de um ‘acesso à justiça’ quantitativo, que longe de se adequar às diretrizes típicas do movimento de ‘socialização processual’, típico do século XX, do qual se alega derivar, mais se aproximam de uma justiça de alta produtividade que pouco se preocupa com o impacto decisório (jurídico, social, econômico) nos discursos de aplicação normativa”. NUNES, Dierle José Coelho; BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco; CÂMARA, Bernardo Ribeiro; SOARES, Carlos Henrique. *Curso de direito processual civil: fundamentação e aplicação*, p. 342.

⁴⁶² Bahia explica o contexto de criação deste requisito de admissibilidade do Recurso Extraordinário. À época, caracterizada pelo regime ditatorial iniciado pelo Golpe de 1964, tinha como característica a submissão do STF para com o ato dos militares, que, de modo a consolidar o Golpe, promulgaram a Constituição de 1967. A nova Constituição aumentou os poderes do Presidente da República e reduziu a autonomia dos Estados e Municípios, dispondo sobre as hipóteses de cabimento do recurso extraordinário sem alterações quanto à redação da Constituição anterior. Após a criação, pelo EC N.º 1/69, de alguns expedientes para restringir o acesso ao STF, e outras modificações de ordem regimental, no ano de 1975, a Emenda 3 modificou o RI-STF para prever a relevância da questão federal como requisito de admissibilidade para o Recurso Extraordinário. O requisito em questão tinha como principal justificativa o suposto interesse público. De se ressaltar que a aferição da relevância

Assim, para que o STF pudesse cumprir com sua função de preservar a unidade da interpretação da Constituição, as modificações ocorridas no âmbito da recorribilidade extraordinária determinaram que as questões a serem analisadas pelo Tribunal se circunscrevessem aqueles casos caracterizados por alguma ‘repercussão’, ou seja, transcendessem o mero interesse das partes envolvidas, possuindo relevância social, econômica, política ou jurídica⁴⁶³, cumprindo, desta forma, um pretense interesse público, vez que tais recursos, em virtude de suas próprias características, notadamente a fundamentação vinculada, não se prestariam tão somente a correção da injustiça da decisão⁴⁶⁴.

O art. 3º da Lei 11.418/06 previu que a regulamentação dos procedimentos relativos à repercussão geral seria feita através do Regimento Interno do STF e, para tanto, realizou-se as Emendas 21 (30.04.2007), 22 (30.11.07) e 23 (1.03.08). Dentre outras modificações, a Emenda 21 formalizou a utilização do “Pleno Virtual” para análise da repercussão geral, disciplinando que o relator do caso submeterá aos demais ministros, por meio eletrônico, cópia da manifestação sobre a existência ou não deste novo requisito de admissibilidade e, nos 20 dias subsequentes, não havendo manifestações suficientes sobre a inexistência desta, considerar-se-á presente o requisito e, no caso em que se verificar não estar presente a repercussão geral, o relator, consoante o art. 325 do RISTF, formalizará a decisão de recusa do recurso⁴⁶⁵.

Nos termos do art. 543-A, § 2º, o recorrente deverá demonstrar, em um item separado e em sede de preliminar, que o tema discutido possui importância não somente para as partes envolvidas, mas que “ultrapassem os interesses subjetivos da causa” (art. 543-A, § 1º, CPC). Dentre estas, pode-se citar, a título de exemplo, causas que envolvam um considerável número de pessoas, discussões que tenham ou poderão vir a ter grande repercussão econômica, questões de direito público que, pela sua natureza, incidirão na esfera particular

se dava em sessão secreta e, somado à arbitrariedade como era aferida e o reduzido número de feitos em que esta era reconhecida, fez com que diversos juristas da época, como Calmon de Passos, criticassem veementemente o instituto. BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. *Recursos extraordinários no STF e STJ: conflito entre interesse público e privado*, p. 123-130.

⁴⁶³ NUNES, Dierle José Coelho; BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco; CÂMARA, Bernardo Ribeiro; SOARES, Carlos Henrique. *Curso de direito processual civil: fundamentação e aplicação*, p. 347.

⁴⁶⁴ Questionando a tendência dos tribunais superiores brasileiros em julgar teses ao invés de casos, bem como a ideia de interesse público que orienta a atuação dos tribunais e a conformação dos recursos extraordinários, conferir a pesquisa empreendida por: BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. *Recursos extraordinários no STF e STJ: conflito entre interesse público e privado*. Curitiba: Juruá, 2009.

⁴⁶⁵ BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. *Recursos extraordinários no STF e STJ: conflito entre interesse público e privado*, p. 169.

de um sem número de pessoas, bem como os temas que, pela aplicação do direito constitucional, estejam gerando interpretações divergentes no âmbito dos tribunais⁴⁶⁶.

De se destacar a existência de uma presunção de existência de repercussão geral, uma vez que é necessária a maioria absoluta de votos para declarar sua inexistência. De acordo com art. 543-A, § 4º, havendo manifestação de pelo menos quatro dos cinco membros da Turma, decidindo pela existência da repercussão geral, fica dispensada a remessa da questão ao Pleno. Com efeito, outra presunção de admissibilidade do recurso está prevista no art. 543-A, § 3º, ao afirmar que “haverá repercussão geral sempre que o recurso impugnar decisão contrária a súmula ou jurisprudência dominante do Tribunal”⁴⁶⁷.

A grande novidade da Lei nº 11.418/06 está prevista no art. 543-B, que disciplina o procedimento do chamado julgamento por amostragem, no qual, quando houver no juízo de origem vários recursos que versem sobre o mesmo tema (causas idênticas), caberá ao mesmo “selecionar um ou mais recursos representativos da controvérsia” e encaminhá-los ao STF, para que decida sobre a existência de relevância, circunstância na qual os outros recursos ficarão sobrestados. Caso o Tribunal entenda pela inexistência da repercussão geral, os recursos sobrestados serão automaticamente não admitidos. Do contrário, sendo reconhecida a repercussão, os recursos sobrestados serão decididos de acordo com a orientação firmada pelo STF⁴⁶⁸.

Pela análise do procedimento da repercussão geral, “percebe-se a clara tendência de filtragem dos recursos para os tribunais supremos na Europa”, não se olvidando que, nos casos dos tribunais supremos europeus, em especial o exemplo alemão, o papel desenvolvido pela Corte é de caráter cassacional, consistente em anular o julgamento irregular proferido no tribunal inferior, de modo que, cassada a decisão recorrida, “o processo é enviado a outro tribunal a quem se atribui a competência de julgar a questão anteriormente tratada no acórdão invalidado, salvo quando não sejam necessárias quaisquer reexames”⁴⁶⁹.

No entanto, o papel do recurso extraordinário e do recurso especial no Brasil engloba tanto a invalidade do julgamento impugnado, como também, sendo necessário, um novo julgamento da causa, pelo que, tanto o STF quanto o STJ tem o poder de cassar a decisão ou

⁴⁶⁶ NUNES, Dierle José Coelho; BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco; CÂMARA, Bernardo Ribeiro; SOARES, Carlos Henrique. *Curso de direito processual civil: fundamentação e aplicação*, p. 347.

⁴⁶⁷ NUNES, Dierle José Coelho; BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco; CÂMARA, Bernardo Ribeiro; SOARES, Carlos Henrique. *Curso de direito processual civil: fundamentação e aplicação*, p. 348.

⁴⁶⁸ NUNES, Dierle José Coelho; BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco; CÂMARA, Bernardo Ribeiro; SOARES, Carlos Henrique. *Curso de direito processual civil: fundamentação e aplicação*, p. 349.

⁴⁶⁹ Idem, p. 345.

rever o julgamento da causa impugnada. Sobre o tema, Nunes *et al.* tecem as seguintes considerações:

Tal constatação impõe a necessidade de analisar a “repercussão geral”, como técnica de filtragem, em consonância com nosso sistema processual constitucional, sem esquecer que o sistema agora imposto permitiria o julgamento completo do mérito de apenas alguns casos “escolhidos” o que poderá gerar inúmeros problemas de legitimidade.

Ademais, existe, em face de nosso sistema constitucional, a impossibilidade da adoção de perspectiva similar à europeia, eis que nessa é possível a adoção de teses jurídicas puras pelas cortes de cassação, já que, tradicionalmente, outro órgão jurisdicional aplicará a aludida tese com base nas especificidades do caso. Aqui, o tribunal superior ao criar uma tese com base em alguns casos “pinçados” (como veremos), rejulgaria tão somente estes, desprezando os argumentos dos demais recursos e dos interessados não participantes, algo que exige uma releitura de aplicação⁴⁷⁰.

No que diz respeito ao objeto de estudo do presente trabalho, o art. 543-A, § 6º prevê a possibilidade de intervenção de terceiros, desde que representados por procuradores habilitados, para manifestarem-se na análise da existência (ou inexistência) da repercussão geral, podendo o relator, de ofício ou mediante requerimento do interessado, permitir a manifestação, previsão igualmente encontrada no § 3º do art. 323 do RISTF.

Não existem digressões quanto ao fato de que a manifestação de terceiros a que se refere o artigo em comento seja a de um *amicus curiae*⁴⁷¹. Contudo, no que diz respeito ao papel a ser desempenhado por ele,

[...] conquanto esteja razoavelmente delineado no controle concentrado de constitucionalidade – onde sequer se discute acerca dele possuir ou não interesse na causa, mas somente sua ‘relevância’ para a matéria – por outro lado, seu uso nos processos ‘subjativos’ ainda carece de maiores discussões⁴⁷².

A intervenção se justifica na medida em que a decisão sobre a existência da repercussão geral terá a potencialidade de influenciar um sem número de outros casos, fornecendo um prognóstico do conhecimento do recurso extraordinário nos casos que versem

⁴⁷⁰ NUNES, Dierle José Coelho; BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco; CÂMARA, Bernardo Ribeiro; SOARES, Carlos Henrique. *Curso de direito processual civil: fundamentação e aplicação*. 1. ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011, p. 345-346.

⁴⁷¹ Nesse sentido, Bueno observa que “a hipótese, a despeito do silêncio do dispositivo legal, é de *amicus curiae*, modalidade de intervenção de terceiros que se justifica quando a decisão a ser tomada em um dado caso tem o condão de influenciar, com maior ou menor intensidade, outros, o que é irrecusável em se tratando do reconhecimento (ou não) da repercussão geral”. BUENO, Cassio. *Curso sistematizado de direito processual civil. Recursos, processos e incidentes nos tribunais, sucedâneos recursais: técnicas de controle das decisões judiciais*. v. 5. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 256.

⁴⁷² BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. Repercussão geral em recurso extraordinário e o papel do “*amicus curiae*”. In: *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)*, julho-dezembro, 2013, p. 170.

sobre idêntica controvérsia. Nesse sentido, Medina observa que, na fase preliminar do recurso extraordinário,

[...] o *amicus* pode ser uma eficaz ferramenta para aferir a existência da repercussão geral, à medida que seu interesse e sua manifestação podem oferecer ao STF um exato dimensionamento da objetividade da questão constitucional controvertida. Ao demonstrar a amplitude da questão controvertida e seus reflexos para segmentos alheios à relação processual originária, os *amici* podem aumentar sensivelmente as chances de conhecimento do recurso, demonstrando a repercussão geral⁴⁷³.

Em pesquisa realizada sobre a os pedidos de ingresso do *amicus* no recurso extraordinário, levando em conta o início da nova conformação do procedimento em questão até outubro de 2008, Medina observou que o pedido de ingresso ocorre, em sua absoluta maioria, após o julgamento da repercussão geral, apenas um caso tendo ocorrido o pedido de intervenção no início do julgamento da repercussão, o que mostra que o STF aprecia a preliminar em questão sem o auxílio dos *amici curiae*⁴⁷⁴. De acordo com a autora:

[...] os *amici curiae* seriam a melhor ferramenta para indicar ao STF se os interesses envolvidos na questão constitucional controvertida ultrapassam o direito subjetivo das partes do processo. Nesse sentido, o *amicus curiae* poderia servir de indício, não apenas da opinião pública, por intermédio dos grupos de interesses que representam, mas, sobretudo, do alcance da decisão a ser tomada no julgamento definitivo do recurso, mediante a intervenção dos grupos que seriam afetados pelo julgado (hipótese de grupos de interesse)⁴⁷⁵.

Bahia, tratando da importância do *amicus curiae* no procedimento de análise da repercussão geral, reputa de “grande valia sua admissão”, na medida em que,

[...] se a repercussão geral representa a reunião de vários processos para que dali surja um precedente que determinará o julgamento não apenas dos processos sobrestados, mas também de todos os pendentes e futuros sobre o mesmo ‘tema’,

⁴⁷³ MEDINA, Damares. *Amicus curiae: amigo da corte ou amigo da parte?* São Paulo: Saraiva, 2010, p. 169.

⁴⁷⁴ MEDINA, Damares. *Amicus curiae: amigo da corte ou amigo da parte?* São Paulo: Saraiva, 2010, p. 123. Bueno tece as seguintes considerações a aferição da repercussão geral: “Vale destacar a respeito deste procedimento, diferentemente do que a leitura dos diversos parágrafos do art. 543-A e, sobretudo, dos precitados dispositivos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal insinua, que ele viabiliza ampla participação das partes e também de terceiros. Trata-se de um verdadeiro incidente, necessariamente realizado em amplo (e desejavelmente prévio) contraditório (...) que se verifica durante a tramitação do recurso extraordinário. A definição dos casos que oferecem repercussão geral não é e não deve ser entendida como mera reunião das opiniões ou impressões que os Ministros do Supremo Tribunal Federal têm acerca da causa submetida a julgamento, como se a deliberação sobre existir, ou não, repercussão geral fosse questão *interna corporis*, imotivada e, como já se admitiu no direito brasileiro, sob a égide da Constituição Federal de 1969 (art. 119, § 1º e § 3º, letra ‘c’, com relação à então vigente ‘arguição de relevância’, secreta (arts. 151 a 153 c/c o art. 327 do RISTF de 1980)”. BUENO, Cassio. *Curso sistematizado de direito processual civil*. Recursos, processos e incidentes nos tribunais, sucedâneos recursais: técnicas de controle das decisões judiciais. v. 5. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 254.

⁴⁷⁵ MEDINA, Damares. *Amicus curiae: amigo da corte ou amigo da parte?* São Paulo: Saraiva, 2010, p. 123.

quanto maior o leque de tezes trazidas à consideração, melhor será o precedente formado⁴⁷⁶.

Comentando sobre o *amicus curiae* na repercussão geral e a possibilidade de recurso nos casos de inadmissão do pedido de manifestação, Mendes e Branco observam que,

Embora a legislação tenha consagrado a irrecorribilidade da decisão, tal como nos casos de admissão de *amicus curiae* no controle abstrato de normas, afigura-se inequívoco que se deu passo significativo na estrutura de um processo de controle incidental aberto e plural, no qual as diferentes visões sobre a questão constitucional posta poderão revelar-se de forma integral⁴⁷⁷.

Bueno, na mesma linha do que já foi amplamente exposto neste trabalho, assevera que a intervenção do *amicus curiae* tem o condão de reduzir o chamado “déficit democrático” do STF, o qual é decorrente, dentre outros fatores, da ausência de participação, da sociedade ou de órgãos governamentais, na escolha de seus membros, bem como em virtude da vitaliciedade dos mesmos. Tais motivos, somados à necessidade de possibilitar a “maior amplitude possível sobre o tema”, notadamente sobre quem pode ou não atuar na condição de *amicus curiae* no procedimento de análise da existência de repercussão geral, “a admissão ou não da intervenção do terceiro deve ser compreendida como decisão recorrível, indiferente, para tanto, a cláusula de irrecorribilidade consagrada pelo § 3º do art. 323 do RISTF”⁴⁷⁸.

No que diz respeito à mencionada irrecorribilidade da decisão que inadmite a intervenção, a qual, por questões de metodologia, será analisada em tópico dedicado aos aspectos processuais do *amicus curiae*, o mesmo autor acrescenta que a restrição ao direito de recorrer no caso em análise é inconstitucional, tendo em vista o princípio da colegialidade das decisões e a impossibilidade de qualquer Regimento Interno, mesmo do STF, alterar o sistema processual civil, motivo pelo qual, na presente hipótese, caberia agravo interno no prazo de cinco dias⁴⁷⁹.

Nesse sentido, se a intervenção pode, em princípio, possibilitar uma abertura procedimental para um mais completo e qualificado debate, não é menos verdade que, seja

⁴⁷⁶ BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. Repercussão geral em recurso extraordinário e o papel do “*amicus curiae*”. In: *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)*, julho-dezembro, 2013, p. 170.

⁴⁷⁷ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 1074.

⁴⁷⁸ BUENO, Cassio. *Curso sistematizado de direito processual civil*. Recursos, processos e incidentes nos tribunais, sucedâneos recursais: técnicas de controle das decisões judiciais. v. 5. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 256-257.

⁴⁷⁹ BUENO, Cassio. *Curso sistematizado de direito processual civil*. Recursos, processos e incidentes nos tribunais, sucedâneos recursais: técnicas de controle das decisões judiciais. v. 5. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 189, 194 e 257.

nos casos de decisão que indefere a intervenção, naqueles em que o *amicus curiae* intenta recorrer da decisão que não reconheceu a repercussão geral, ou ainda os que julgarem o mérito do recurso, o reconhecimento da legitimidade recursal do *amicus curiae* potencializaria os ganhos decorrentes desta abertura cognitiva. Se bem tematizada e tendo em vista a percepção de eventuais riscos, da mesma forma que a análise dos poderes do *amicus curiae*, a intervenção possibilitaria uma ampla participação dos que eventualmente puderem sofrer os efeitos da decisão pela futura aplicação do precedente a ser formado.

No que diz respeito à operacionalidade do instituto, Wolkart considera a repercussão geral, da mesma forma que outros institutos de filtragem recursal e compatibilização vertical das decisões, um dos maiores exemplos da chamada “objetivação do processo” e do próprio controle difuso de constitucionalidade, na medida em que descontextualiza os casos julgados de suas indagações fáticas, isolando a questão de direito e aplicando o julgamento desta nos casos análogos, privilegiando, desta forma, a celeridade processual e contribuindo para aliviar a quantidade de feitos em trâmite no STF. Nas palavras de Wolkart:

Para nós, os reflexos da decisão do STF sobre os recursos sobrestados representam a “objetivação do processo” e, conseqüentemente, a “objetivação” do recurso extraordinário, elevadas a potência extrema. É aqui que se radicaliza a descontextualização da lide. O STF “isola” e julga a questão de direito. Os reflexos dessa decisão nos órgãos inferiores só são possíveis a partir da “abstrativização” dos feitos sobrestados, como se a questão fática presente em cada um deles simplesmente não existisse em suas peculiaridades. O legislador, com isso, dá relevo aos valores “segurança” e “previsibilidade”, tratando de maneira idêntica conflitos semelhantes. Há evidente refração no caráter “subjetivo” da atividade jurisdicional. De outro lado, põe-se em caixa alta um dos maiores escopos da jurisdição, qual seja, a busca da pacificação social, aqui pelo tratamento célere e igualitário de relações jurídicas idênticas⁴⁸⁰.

No mesmo sentido, Monnerat defende que os expedientes de “pacificação da jurisprudência”, como a repercussão geral, a súmula impeditiva de recursos e a súmula vinculante, dentre outros, consistiriam em uma “estratégia de aceleração do procedimento” para imprimir maior celeridade e efetividade à função jurisdicional, afirmando que este, “influenciado pelos precedentes judiciais, pode ser encurtado ou abreviado pela supressão de um incidente ou atividade processual, sempre que o objeto dessa atividade for discutir algo já apreciado ou consolidado pelo Judiciário”. Nas palavras do autor:

Portanto, fato é que, em função das recentes modificações constitucionais e legais no plano processual, especialmente com o advento da súmula vinculante e repercussão geral, mas também em função de outros mecanismos que igualmente valorizam a

⁴⁸⁰ WOLKART, Erik Navarro. *Precedente judicial no processo civil brasileiro: mecanismos de objetivação do processo*. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 54-55.

jurisprudência, sobretudo aquela formada pelo STF no exercício do controle difuso, é visível uma aproximação com o sistema de controle concentrado, em princípio, o único apto a gerar efeitos vinculantes e obrigatória observância de seus julgados⁴⁸¹.

No mesmo sentido, Mendes e Branco argumentam que a intervenção do *amicus curiae* é uma oportunidade para “uma efetiva abertura do processo de controle de constitucionalidade incidental, que passa, nesse ponto, a ter uma estrutura semelhante à dos processos de índole estritamente objetiva”⁴⁸².

Todavia, a defesa dessa suposta objetivação do processo, de modo a aproximar o controle difuso de constitucionalidade das características do controle difuso, notadamente o efeito *erga omnes* das decisões e a possibilidade de modulação de efeitos, não se trata, em verdade, conforme já consignado neste trabalho, de um avanço, mas um verdadeiro retrocesso contra a tradição constitucional brasileira, que é, principalmente, realizada de forma difusa.

Um ponto relevante no tratamento dos dispositivos em análise diz respeito à participação, na qualidade de *amicus curiae*, daqueles que terão seus recursos extraordinários analisados pelo STF, no que toca à análise de existência da repercussão geral⁴⁸³, nos casos em que, por circunstância do procedimento previsto no art. 543-B, § 1º, tiverem seus recursos selecionados, por serem representativos da controvérsia, e encaminhados ao Tribunal para um adequado dimensionamento da questão discutida ou, ao contrário, tiveram seus recursos sobrestados.

No que diz respeito ao modo como estes recursos serão selecionados, Marinoni e Arenhart afirmam que, “infelizmente, não há critérios para que o tribunal escolha os feitos representativos da polêmica”, sendo de se esperar dos tribunais locais que estes sejam criteriosos, “especialmente para que o tema não fique subdimensionado no Supremo Tribunal

⁴⁸¹ MONNERAT, Fábio Victor da Fonte. A jurisprudência uniformizada como estratégia de aceleração do procedimento. In: WAMBIER; Tereza Arruda Alvim (coord.). *Direito Jurisprudencial*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 389.

⁴⁸² MENDES, Gilmar Ferreira, BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*, p. 1074.

⁴⁸³ A intervenção na qualidade de *amicus curiae* para a aferição da repercussão geral é amplamente reconhecida pela literatura especializada: NUNES, Dierle José Coelho; BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco; CÂMARA, Bernardo Ribeiro; SOARES, Carlos Henrique. *Curso de direito processual civil: fundamentação e aplicação*. 1. ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011, p. 348; BUENO, Cássio Scarpinella. *Curso sistematizado de processo civil*. v. 5. Recursos, processos e incidentes nos tribunais, sucedâneos recursais: técnicas de controle das decisões jurisdicionais. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 256; CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. v. 2. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 140. Em sentido contrário, Marinoni e Arenhart se posicionam da seguinte forma: “No exame da presença ou não dessa questão de repercussão geral, poderá o Supremo Tribunal Federal admitir a manifestação de terceiros (por procurador habilitado), a fim de dar maior latitude à sua análise. A indicação de que estes terceiros façam-se representar por procurador leva à conclusão de que somente terceiros que possam (ainda que futuramente) levar ao conhecimento do Supremo Tribunal Federal questão idêntica à que está sendo examinada tenham legitimidade para serem ouvidos. Não se adotou, portanto, no Brasil, a técnica admitida na Europa (v.g., na Alemanha, cf. *BverfGG*, § 27^a) de permitir a consulta a especialistas, juristas ou outros, na deliberação da presença da questão de repercussão geral”. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Processo de conhecimento*. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais: 2014, p. 569.

Federal e não receba a atenção devida, em razão da má qualidade dos recursos extraordinários encaminhados para avaliação da repercussão geral”⁴⁸⁴.

Para solucionar o problema desses critérios de seleção dos recursos a serem analisados, além da postura criteriosa dos tribunais locais na escolha dos processos, os “interessados não participantes” ou, na precisa expressão do Min. Do STJ Herman Benjamin, os “litigantes sombra”⁴⁸⁵, na condição de *amicus curiae* poderiam desenvolver um importante papel no procedimento de escolha dos feitos representativos da controvérsia. Este papel reside na possibilidade dos tribunais locais, assim como quaisquer órgãos, entidades e pessoas envolvidas nos casos que versem sobre a matéria discutida e que pretendam contribuir para a análise da aferição da repercussão geral possam, de forma conjunta, realizarem um amplo levantamento da dimensão dos casos sobrestados e quais deles apresentam um dimensionamento mais completo e denso dos motivos subjacentes à discussão travada na análise da repercussão geral.

Esta maior abertura, possibilitada pela ampla informação acerca dos casos de repercussão geral a serem analisados pelo Tribunal, pode efetivamente fazer frente aos questionamentos relativos ao número de recursos paradigma e a qualidade destes para uma adequada compreensão da controvérsia, evitando assim, o sobrestamento indevido de recursos que tratem de matéria diversa, que não apresenta a identidade argumentativa que caracteriza a controvérsia, bem como viabilizaria o envio dos melhores casos pelos tribunais locais.

4.13 Julgamento de recursos repetitivos (art. 543-C, § 4º, do CPC)

O recurso especial está previsto no art. 102, inc. III, alíneas “a” a “d”⁴⁸⁶ e nos arts. 541 a 546 do Código de Processo Civil. Por se tratar de um recurso de fundamentação vinculada,

⁴⁸⁴ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Processo de conhecimento*. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais: 2014, p. 570.

⁴⁸⁵ NUNES, Dierle José Coelho; BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco; CÂMARA, Bernardo Ribeiro; SOARES, Carlos Henrique. *Curso de direito processual civil: fundamentação e aplicação*. 1. ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011, p. 346. BRASIL. *Superior Tribunal de Justiça*. REsp nº 911.802/RS, 1S, Rel. Min. José Delgado, j. 24.10.2007, DJe 01.09.2008.

⁴⁸⁶ Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:
(...)

III - julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida:

a) contrariar dispositivo desta Constituição;
b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal;
c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição.
d) julgar válida lei local contestada em face de lei federal. (BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em 10.10.2014).

vez que suas estritas hipóteses de cabimento estão previstas na CRFB, o recurso especial, assim como o recurso extraordinário, difere dos demais recursos previstos no art. 496 do CPC, em virtude do tratamento constitucional quanto seu objeto, requisitos de admissibilidade, procedimento e competência para julgamento, constituindo, portanto, meios excepcionais de impugnação⁴⁸⁷.

Com efeito, seja em virtude de sua conformação técnica, recentemente modificada pela Lei n.º 11.672/2008, seja em decorrência do que se convencionou chamar de jurisprudência defensiva dos tribunais, a lista de requisitos a serem preenchidos para que o recorrente possa ter acesso aos Tribunais superiores está cada vez mais extensa.

Após a experiência do STF com a repercussão geral no recurso extraordinário, o recurso especial foi recentemente modificado pela Lei n.º 11.672, de 8 de maio de 2008, instituindo o procedimento do julgamento de recursos especiais repetitivos pela inclusão do art. 543-A no CPC⁴⁸⁸.

Nunes *et al.* explicam que, pelo procedimento em análise, os recursos dirigidos ao STJ (recursos especiais e seus respectivos agravos), quando se caracterizarem pela “multiplicidade

⁴⁸⁷ NUNES, Dierle José Coelho; BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco; CÂMARA, Bernardo Ribeiro; SOARES, Carlos Henrique. *Curso de direito processual civil: fundamentação e aplicação*. 1. ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011, p. 330-331.

⁴⁸⁸ Art. 543-C. Quando houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica questão de direito, o recurso especial será processado nos termos deste artigo.

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

§ 2º Não adotada a providência descrita no § 1º deste artigo, o relator no Superior Tribunal de Justiça, ao identificar que sobre a controvérsia já existe jurisprudência dominante ou que a matéria já está afeta ao colegiado, poderá determinar a suspensão, nos tribunais de segunda instância, dos recursos nos quais a controvérsia esteja estabelecida.

§ 3º O relator poderá solicitar informações, a serem prestadas no prazo de quinze dias, aos tribunais federais ou estaduais a respeito da controvérsia.

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

§ 5º Recebidas as informações e, se for o caso, após cumprido o disposto no § 4º deste artigo, terá vista o Ministério Público pelo prazo de quinze dias.

§ 6º Transcorrido o prazo para o Ministério Público e remetida cópia do relatório aos demais Ministros, o processo será incluído em pauta na seção ou na Corte Especial, devendo ser julgado com preferência sobre os demais feitos, ressalvados os que envolvam réu preso e os pedidos de habeas corpus.

§ 7º Publicado o acórdão do Superior Tribunal de Justiça, os recursos especiais sobrestados na origem:

I - terão seguimento denegado na hipótese de o acórdão recorrido coincidir com a orientação do Superior Tribunal de Justiça; ou

II - serão novamente examinados pelo tribunal de origem na hipótese de o acórdão recorrido divergir da orientação do Superior Tribunal de Justiça.

§ 8º Na hipótese prevista no inciso II do § 7º deste artigo, mantida a decisão divergente pelo tribunal de origem, far-se-á o exame de admissibilidade do recurso especial.

§ 9º O Superior Tribunal de Justiça e os tribunais de segunda instância regulamentarão, no âmbito de suas competências, os procedimentos relativos ao processamento e julgamento do recurso especial nos casos previstos neste artigo. (BRASIL. *Código de Processo Civil de 1973*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15869compilada.htm. Acesso em 08.09.2014).

de recursos com fundamento em idêntica questão de direito” (art. 543-C, CPC), promover-se-á o chamado “pinçamento” dos recursos representativos da controvérsia. Ainda de acordo com os autores, referido artigo foi regulamentado pela Resolução nº 07 do STJ, a qual apresenta algumas novidades frente ao procedimento semelhante do STF:

[...] os Presidentes de Tribunais de Justiça e Tribunais Regionais Federais, verificando haver vários REsp com fundamento em idêntica questão de direito, deverão selecionar um ou mais recursos e suspender os demais (inclusive Agravos e mesmo processos na primeira instância).

(...)

[...] outra novidade é que a seleção do(s) recurso(s) representativo(s) deverá levar em consideração aquele(s) que tiver(em) maior diversidade de fundamentos no acórdão e de argumentos no recurso especial. Há aqui um avanço frente à genérica designação da escolha de Recursos “representativos da matéria”: no caso do STJ, mais do que representativos, os Recursos deverão ser também os mais abrangentes possíveis quanto às teses defendidas pelos recorrentes e ventiladas nos acórdãos recorridos⁴⁸⁹.

De forma semelhante como ocorre no âmbito do STF, cabe ao ministro relator do recurso no STJ verificar a existência de recursos que versem sobre idêntico fundamento, podendo afetar o julgamento de um, bem como suspender os demais, constituindo uma novidade no procedimento em análise o estabelecimento de um prazo que, a partir da afetação do recurso e suspensão dos demais, o julgamento deverá ser realizado no prazo de 60 dias, sob pena dos recursos suspensos voltarem a seu curso normal⁴⁹⁰.

Julgado o recurso, a decisão vale para todos os demais suspensos, assim como os futuros recursos sobre o mesmo tema, os quais terão seguimento denegado, caso o acórdão recorrido coincida com a orientação jurisprudencial do STJ ou, no caso de divergência do acórdão recorrido com o entendimento do Tribunal, o recurso será novamente examinado pelo tribunal de origem.

Ao que interessa no presente trabalho, importa destacar a possibilidade de manifestação de pessoas, órgãos e entidades interessadas (art. 543-C, § 4º, CPC)⁴⁹¹, que na qualidade de *amicus curiae*, poderão pleitear sua admissão para se manifestarem acerca da

⁴⁸⁹ NUNES, Dierle José Coelho; BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco; CÂMARA, Bernardo Ribeiro; SOARES, Carlos Henrique. *Curso de direito processual civil: fundamentação e aplicação*. 1. ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011, p. 365.

⁴⁹⁰ Idem.

⁴⁹¹ A Resolução n.º 8 do STJ também dispõe sobre o tema em seu artigo 3º, *in verbis*:

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

I – poderá solicitar informações aos tribunais estaduais ou federais a respeito da controvérsia e autorizar, ante a relevância da matéria, a manifestação escrita de pessoas, órgãos ou entidades com interesse na controvérsia, a serem prestadas no prazo de quinze dias.” (BRASIL. *Superior Tribunal de Justiça*. Resolução n.º 8, de 7 de agosto de 2008. Disponível em: http://bdjur.stj.jus.br/xmlui/bitstream/handle/2011/17559/Res_8_2008_PRE.pdf;jsessionid=E40F8D4E5D2D53422D6E901B4BAB381C?sequence=4. Acesso em 13.10.2014).

controvérsia discutida no(s) caso(s) piloto(s), de modo a se fixar a orientação neste a sua posterior ressonância nos demais casos sobrestados⁴⁹². Registre-se que o art. 543-C, § 4º, tratando da intervenção no procedimento dos recursos repetitivos, apresenta uma significativa melhora na redação de seu texto quando comparado com o correspondente art. 543-A, § 6º, no procedimento de aferição da repercussão geral, na medida em que não menciona somente a “manifestação de terceiros”, mas a “manifestação de pessoas, órgãos ou entidades com interesse na controvérsia”.

Wolkart, analisando o julgamento dos recursos repetitivos, considera o mesmo como sendo um “caso radical de objetivação do processo”, afirmando que o procedimento em questão “é uma espécie de transplante, com adaptações para a seara dos recursos especiais, daquilo que já ficara estabelecido para o julgamento de recursos extraordinários quando a análise da repercussão geral se desse por amostragem – art. 543-B do CPC”⁴⁹³.

O mesmo autor defende que, em que pese a ausência de previsão constitucional do procedimento dos recursos repetitivos, como ocorreu no recurso extraordinário pela EC n.º 45/2004, o novo procedimento no âmbito do STJ não seria eivado de inconstitucionalidade⁴⁹⁴, uma vez que os “nobres objetivos do fenômeno da objetivação do processo”, quais sejam, a segurança e previsibilidade aos jurisdicionados, supostamente respeitariam “o modelo constitucional do processo civil”⁴⁹⁵.

⁴⁹² A intervenção na qualidade de *amicus curiae* no âmbito do procedimento dos recursos repetitivos é amplamente reconhecida pela literatura especializada: NUNES, Dierle José Coelho; BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco; CÂMARA, Bernardo Ribeiro; SOARES, Carlos Henrique. *Curso de direito processual civil: fundamentação e aplicação*. 1. ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011, p. 366; DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de direito processual civil. Meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais*. 11. ed. Salvador: JusPodivm, 2013, p. 339; BUENO, Cássio Scarpinella. *Curso sistematizado de processo civil*. v. 5. Recursos, processos e incidentes nos tribunais, sucedâneos recursais: técnicas de controle das decisões jurisdicionais. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 270; CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. v. 2. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 143.

⁴⁹³ WOLKART, Erik Navarro. *Precedente judicial no processo civil brasileiro: mecanismos de objetivação*, p. 127.

⁴⁹⁴ Em sentido contrário, Bueno entende que o procedimento dos recursos repetitivos é inconstitucional, por modificar, mesmo que de forma discreta, as hipóteses de cabimento do recurso especial, bem como o órgão competente para julgamento. BUENO, Cássio Scarpinella. *Curso sistematizado de processo civil*. v. 5. Recursos, processos e incidentes nos tribunais, sucedâneos recursais: técnicas de controle das decisões jurisdicionais, p. 271.

⁴⁹⁵ *Op. cit.*, p. 129. O “modelo constitucional do processo civil” defendido pelo autor é a concepção do processo constitucional na visão de Cássio Scarpinella Bueno, autor prestigiado cuja sua pesquisa sobre o *amicus curiae*, amplamente utilizada nesta investigação, é um porto seguro para o estudo do tema. Contudo, impende ressaltar que, em que pese as investigações do autor acerca do processo estarem supostamente demarcadas pelas novas luzes que a Constituição de 1988 lançou ao estudo do direito e, em especial, do processo, verifica-se que a mesma ainda se encontra atrelada a uma perspectiva socializadora do processo, a qual admite a existência dos alardeados escopos jurídicos do processo, tendo a obra de Dinamarco com ponto de partida, bem como a admite a criação do direito pelo magistrado, nos casos em que este se depara com lacunas e cláusulas abertas ou indeterminadas.

Se o procedimento não é de fato inconstitucional, com o que se concorda, não é menos verdade que, dada sua atual conformação, no contexto da já mencionada aproximação entre *civil law* e *common law* com a persecução de uma padronização decisória, o mesmo deve ser dimensionado a partir de uma perspectiva constitucionalmente adequada, de modo a se evitar, na maior medida possível, os problemas de ilegitimidade decisória decorrentes do fenômeno da chamada abstrativização ou objetivação do processo.

De acordo com Wolkart, a abertura possibilitada pelo art. 543-C, § 4º e no art. 3º, I, da Resolução n.º 8 do STJ não implica que todos aqueles que pretendam a intervenção no procedimento dos recursos repetitivos serão admitidos na qualidade de *amicus curiae*, causando estranheza ao autor a quase unanimidade de opiniões no sentido de que qualquer interveniente atuaria nesta condição. Para Wolkart, esta possibilidade estaria assegurada apenas àqueles “grupos, entidades ou associações dotadas de representatividade adequada” que ostentem “um interesse institucional, transcendente, público, diferente do interesse jurídico clássico, de cunho nitidamente individualista”⁴⁹⁶, motivo pelo qual os intervenientes que porventura também fossem partes nos processos sobrestados, não poderiam intervir na condição de *amicus curiae*, uma vez que este seria detentor de um genuíno interesse jurídico e sua intervenção teria “o único objetivo de convencer o órgão julgador a adotar a tese que mais lhe interessa”⁴⁹⁷.

Referidas afirmações devem ser devidamente refutadas, tendo em vista que acabam por esvaziar a importância e amplitude do papel conferido ao *amicus curiae* no sistema recursal e inviabilizando os motivos pelos quais a possibilidade de intervenção foi inserida no procedimento dos recursos repetitivos, qual seja, uma maior amplitude do debate para potencialização do princípio do contraditório como contraponto a ilegitimidade da objetivação do processo, de modo a viabilizar um padrão decisório a partir de uma multiplicidade de pontos de vista daqueles que serão afetados pela decisão.

Assim, entender a intervenção do *amicus curiae* no sistema recursal a partir das modalidades de intervenção de terceiros previstas no CPC é relegar a segundo plano a insuficiente tentativa do legislador de conferir legitimidade ao procedimento e, conseqüentemente, ao padrão decisório que este resultará.

Pela conformação atual do instituto, não se olvida que recentemente se percebeu, conforme já mencionado, que determinados grupos hegemônicos se valem dos recursos extraordinários, bem como da intervenção na condição de *amicus curiae*, para provocar a

⁴⁹⁶ WOLKART, Erik Navarro. *Precedente judicial no processo civil brasileiro*, p. 157.

⁴⁹⁷ WOLKART, Erik Navarro. *Precedente judicial no processo civil brasileiro*, p. 159.

formação de uma padronização decisória que esteja em consonância com a preservação de seus interesses, notadamente financeiros⁴⁹⁸.

Entretanto, uma resposta adequada ao problema não passa pela redução do papel conferido ao *amicus curiae* em uma leitura tradicionalista do processo civil, mas por uma compreensão do direito processual como uma atividade discursiva de formação participada das decisões, a qual implica em uma constante fiscalização do comportamento e das atividades desenvolvidas por todos os sujeitos processuais, bem como uma ampla e irrestrita fiscalidade das decisões judiciais⁴⁹⁹.

No diz respeito ao momento para intervenção, o STJ, da mesma forma que o STF, entende que esta deve ocorrer antes da inclusão do processo em pauta para julgamento pelo órgão colegiado, conforme decisão abaixo, que também ressalta a ausência de legitimidade recursal do *amicus curiae*:

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. MOMENTO PARA HABILITAÇÃO COMO AMICUS CURIAE EM JULGAMENTO DE RECURSO SUBMETIDO AO RITO DO ART. 543-C DO CPC. O pedido de intervenção, na qualidade de *amicus curiae*, em recurso submetido ao rito do art. 543-C do CPC, deve ser realizado antes do início do julgamento pelo órgão colegiado. Isso porque, uma vez iniciado o julgamento, não há mais espaço para o ingresso de *amicus curiae*. De fato, já não há utilidade prática de sua intervenção, pois nesse momento processual não cabe mais sustentação oral, nem apresentação de manifestação escrita, como franqueia a Resolução 8/2008 do STJ, e, segundo assevera remansosa jurisprudência, o *amicus curiae* não tem legitimidade recursal, inviabilizando-se a pretensão de intervenção posterior ao julgamento (EDcl no REsp 1.261.020-CE, Primeira Seção, DJe 2/4/2013). O STJ tem entendido que, segundo o § 4º do art. 543-C do CPC, bem como o art. 3º da Resolução 8/2008 do STJ, admite-se a intervenção de *amicus curiae* nos recursos submetidos ao rito dos recursos repetitivos somente antes do julgamento pelo órgão colegiado e a critério do relator (EDcl no REsp 1.120.295-SP, Primeira Seção, DJe 24/4/2013). Ademais, o STF já decidiu que o *amicus curiae* pode pedir sua participação no processo até a liberação do processo para pauta (ADI 4.071 AgR, Tribunal Pleno, DJe 16/10/2009)⁵⁰⁰.

Todavia, no julgamento do REsp 1117614/PR, a Federação Brasileira de Bancos – FEBRABAN foi admitida como *amicus curiae* em recurso especial representativo da controvérsia, no qual se examinava o prazo decadencial para ajuizamento de ação de prestação de contas em face de instituições bancárias. No caso em questão, o pedido foi formulado pós a inclusão do processo na pauta de julgamento, sob a justificativa de que, embora a apresentação tardia do pedido pudesse subverter a marcha processual, com

⁴⁹⁸ NUNES, Dierle. *Novo CPC: Fundamentar decisões judiciais com amplitude e profundidade é cada vez mais necessário...* Disponível em <<http://cron.adv.br/2014/12/novo-cpc-fundamentar-decisoes-judiciais-com-amplitude-e-profundidade-e-cada-vez-mais-necessario/>>. Acesso em 20.11.2014.

⁴⁹⁹ NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático*. Curitiba, Juruá: 2008.

⁵⁰⁰ BRASIL. *Superior Tribunal de Justiça*. QO no REsp 1.152.218-RS, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 7.5.2014.

excessivo número de sustentações orais e incidentes, ou até mesmo o adiamento do julgamento, o “inegável grau de representatividade da requerente” justificaria a intervenção no estado em que se encontrassem os autos, sem adiamento do julgamento⁵⁰¹.

Na decisão colacionada, a relativização do momento adequado para a intervenção, especialmente para uma entidade do porte da interveniente, traz a tona a já mencionada preocupação da utilização estratégica dos recursos excepcionais e do *amicus curiae* para a defesa de interesses inconfessáveis, com o objetivo de provocar a formação de um padrão decisório que atenda aos interesses das instituições financeiras, as quais, como se sabe, estão dentre os maiores litigantes habituais (*repeat players*) do país.

Por fim, no que diz respeito à sustentação oral, verifica-se uma discordância entre os entendimentos do STF e STJ, o que se mostra preocupante em um sistema processual que, pela sua atual conformação, busca uma pacificação de entendimento mediante uma padronização decisória e a assunção deste padrão como fonte de normatividade para decisões futuras.

Em questão de ordem examinada no REsp 1.205.946/SP, a Corte Especial definiu que o *amicus curiae* não tem direito à sustentação oral, consistindo em uma faculdade do Tribunal de convocá-lo ou não a sustentar oralmente suas razões⁵⁰².

Contudo, o STF admite que o *amicus curiae* pode, além da apresentação de memoriais, prestar as informações que lhe forem solicitadas e sustentar oralmente suas razões⁵⁰³.

Apresentadas, em linhas gerais, as diversas hipóteses da intervenção do *amicus curiae* no direito brasileiro, o próximo tópico apresentará uma síntese dos aspectos processuais do instituto, de modo que, a partir da análise de suas principais características de atuação, se possa apresentar o modo como esta modalidade interventiva foi pioneiramente inserida no novo Código de Processo Civil brasileiro, bem como os avanços e retrocessos no seu tratamento dogmático.

Tal apresentação, por tudo que já foi exposto nesta pesquisa, permitirá uma interpretação crítica do *amicus curiae* no contexto das diversas tensões que caracterizam o direito brasileiro na atualidade, bem como permitirá uma compreensão do instituto a partir do marco teórico do processualismo constitucional democrático, de modo a fomentar o debate

⁵⁰¹ BRASIL. *Superior Tribunal de Justiça*. REsp 1117614/PR, Segunda Seção, Rel. Ministra Maria Isabel Gallotti, Dj. 10/08/2011.

⁵⁰² BRASIL. *Superior Tribunal de Justiça*. QO no REsp 1.205.946-SP, Rel. Min. Benedito Gonçalves, em 17/8/2011.

⁵⁰³ BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. ADI 2675/PE, Rel. Min. Carlos Veloso, ADI 2777/SP, rel. Min. Cezar Peluso.

acerca das duas facetas do instituto, quais sejam, todas as suas potencialidades e ganhos para o processo constitucional brasileiro, assim como a percepção dos eventuais riscos decorrentes de sua maior utilização no direito brasileiro.

4.14 Aspectos processuais do *amicus curiae*

O espectro de poderes a serem reconhecidos ao *amicus curiae* guarda estreita relação com a definição de sua natureza jurídica, bem como da maior ou menor importância que, declaradamente ou não, lhe é atribuída.

A definição do *amicus* como um informante ou auxiliar do juízo acaba por reduzir os poderes que potencialmente este poderá exercer e, conseqüentemente, a sua própria importância no contexto de seu desenvolvimento e das novas perspectivas de atuação.

Lado outro, a classificação jurídica do *amicus curiae* como sendo um terceiro, para além de todas as nomenclaturas utilizadas para conceituar sua intervenção, seja ela especial, *sui generis* ou anômala, possibilita o reconhecimento de uma maior quantidade de poderes. Diferentemente dos auxiliares que, em regra, participam do processo mediante requisição do juízo, o *amicus curiae* pode vir a participar mediante solicitação ou ainda de forma voluntária, característica que potencialmente atribui a esta modalidade interventiva um viés de participação democrática. Tem-se, assim, a classificação da intervenção como sendo voluntária ou mediante requisição⁵⁰⁴.

Nesse sentido, dentre os possíveis critérios de uma classificação geral do *amicus curiae*, constata-se que este pode ser de caráter público – a exemplo das já mencionadas modalidades de participação nessa qualidade, *e.g.* CADE, CVM e INPI, que desenvolvem uma atividade fiscalizatória, bem como a intervenção da União – ou de caráter privado, os quais, por um critério de exclusão, são todas aquelas intervenções não realizadas por um ente público⁵⁰⁵. Esta última modalidade, conforme amplamente demonstrado, decorre de uma abertura cognitiva dos procedimentos decisórios à participação da sociedade, ou, como se demonstrará com maior detalhamento a seguir, a participação de todos aqueles que, por serem destinatários das decisões e da interpretação dada ao direito, necessariamente deverão participar na condição de coautores.

Para uma adequada instrumentalização do objetivo justificador da intervenção, qual seja o de contribuir para o espectro informacional a ser debatido no âmbito processual para

⁵⁰⁴ DEL PRÁ, Carlos Gustavo Rodrigues. *Amicus curiae*, p. 126.

⁵⁰⁵ BUENO, Cassio Scarpinella. *Amicus curiae no processo civil brasileiro*, p. 473-474.

uma decisão mais acertada e legítima, é possível enumerar os poderes do *amicus curiae* em: manifestação escrita, através de memoriais (*briefs*), sustentação oral, iniciativa instrutória e legitimidade recursal⁵⁰⁶.

No que diz respeito à apresentação de memoriais, verifica-se que desde o surgimento e desenvolvimento histórico do *amicus curiae*, esta possibilidade é amplamente reconhecida, ocorrendo logo após superada pelo magistrado as indagações acerca de sua admissão no processo, ou de imediato, nos casos em que o pedido de intervenção já é acompanhado das informações que se pretende apresentar. Pode-se falar, seguramente, que a apresentação de memoriais é a característica mais marcante e tradicional desta modalidade interventiva⁵⁰⁷.

Como visto nas diversas hipóteses de intervenção na qualidade de *amicus curiae* no direito brasileiro, a sustentação oral é aceita no STF e facultada ao critério do relator no STJ, sendo que esta diferença de tratamento do mesmo instituto não se justifica, notadamente diante da tendência de padronização decisória que se tem verificado nos últimos anos. De modo a solucionar essa divergência, entende-se que a relação entre oralidade e escritura é de fundamental importância para a fase de debates que antecedem a formação do provimento, motivo pelo qual se defende que a sustentação oral deve ser amplamente aceita.

No que tange a iniciativa instrutória, Del Prá apresenta uma precisa síntese de todas as faculdades do *amicus curiae*, o qual poderá apresentar memoriais, pareceres ou qualquer outra forma de esclarecimento por escrito, proceder à juntada de documentos, realizar sustentação oral, recorrer da decisão que denegar sua intervenção, “bem como das decisões referentes a forma, conteúdo e extensão da sua participação”, requerer ao relator a determinação de

⁵⁰⁶ BUENO, Cassio Scarpinella. *Amicus curiae no processo civil brasileiro*, p. 504-523; MATTOS, Ana Letícia Queiroga. *Amicus curiae: hermenêutica e jurisdição constitucional*, p. 182. Registre-se que, por sua pesquisa tratar do controle concentrado de constitucionalidade, a autora não fez menção à iniciativa probatória do *amicus curiae*.

⁵⁰⁷ Em sentido contrário, Medina afirma que “no caso do *amicus curiae*, a permissão para a entrega de memoriais sempre foi mais um ato de boa vontade da corte que uma questão de direito. É que, em última análise, o ingresso do *amicus curiae* dependerá da vontade e da livre discricionariedade do juiz. Se não há de se falar em direito subjetivo ao acesso do amigo da corte à jurisdição constitucional, não há como se falar em papel democratizador do *amicus*. Pode-se dizer, sim, pluralização do debate, na medida em que outras luzes poderão iluminar o processo de tomada de decisão judicial. Contudo, essas luzes apenas poderão ser lançadas a partir do crivo discricionário do relator no processo”. MEDINA, Damares. *Amicus curiae: amigo da corte ou amigo da parte?*, p. 76. Tal afirmação deve ser de plano rechaçada, tendo em vista a inexistência de poderes discricionários conferidos ao magistrado, vez que todas as decisões, a exemplo da que analisa a possibilidade ou não da intervenção do *amicus curiae*, deve ser adequadamente fundamentada, levando em conta os requisitos da intervenção, os fatos e fundamentos jurídicos subjacentes à controvérsia, bem como os argumentos das partes sobre a necessidade e objetivos da intervenção.

medidas para esclarecer questões fáticas ou matérias informadas de maneira insuficiente, solicitação de perícia e, por fim, requerer audiência pública⁵⁰⁸.

Cabral observa que tanto a intervenção do *amicus curiae* quanto a extensão das faculdades que lhe são conferidas tem por objetivo a ampliação do contraditório, tendo em vista o interesse público subjacente à discussão:

[...] não se propõe aqui a “intrusão” indevida de terceiros alheios ao litígio de caráter estritamente individual. O permissivo à oitiva do *amicus curiae* é a presença do interesse público no processo, o que impõe a ampliação do contraditório em virtude: a) do mandamento da participação como objetivo político do processo e b) do postulado de depuração da prestação jurisdicional, pelo aspecto colaborativo do contraditório”⁵⁰⁹.

Sobre a legitimidade recursal, Fernandes defende que, embora a Lei nº 9.868/99 prever que o relator autorizará a participação do *amicus* mediante despacho irrecorrível, existe uma controvérsia no âmbito do STF no que diz respeito à possibilidade de recurso nos casos em que a intervenção seja negada. Para o autor, na hipótese de negativa da admissão, seria cabível um pedido de reconsideração, ou mesmo um agravo regimental, a ser manejado por aquele *amicus curiae* que teve sua participação negada⁵¹⁰.

Em sentido contrário, Medina afirma não ser o *amicus curiae* detentor de legitimidade recursal, posto que sua atuação teria um caráter meramente instrutório. Nas palavras da autora:

Ora, no caso do ingresso do *amicus curiae*, a relação processual travada entre a corte e seu amigo não se reveste de natureza contenciosa, mas meramente instrutória e informacional. Diante disso, forçoso reconhecer a carência de legitimidade recursal do *amicus curiae*, seja em face da ausência de direito subjetivo ao ingresso, seja em face da ausência do direito processual de ver os argumentos por ele deduzidos expressamente apreciados pela corte⁵¹¹.

⁵⁰⁸ DEL PRÁ, Carlos Gustavo Rodrigues. *Amicus curiae*, p. 141-142. A ressalva a ser feita à definição do autor consiste no fato de que este não reconhece a legitimidade recursal do *amicus curiae* quanto às questões diretamente relacionadas ao objeto da ação.

⁵⁰⁹ CABRAL, Antonio do Passo. *Pelas asas de Hermes: a intervenção do amicus curiae*, um terceiro especial, p. 129.

⁵¹⁰ FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de direito constitucional*, p. 1145. O entendimento em questão encontra algum respaldo na própria jurisprudência do STF, a exemplo da ADI nº 3.105: “AÇÃO DECLARATÓRIA DE INCONSTITUCIONALIDADE – ADI. *Amicus curiae*. Recurso. Legitimidade ou legitimação recursal. Inexistência. Embargos de declaração não conhecidos. Interpretação do art. 7º, § 2º, da Lei 9.868/99. *Amicus curiae* não tem legitimidade para recorrer de decisões proferidas em ação declaratória de inconstitucionalidade, salvo da que não o admita como tal no processo”. (BRASIL, *Supremo Tribunal Federal*. ADI nº 3.105, Rel. Min. Cezar Peluzo, dj. 23.02.2007).

⁵¹¹ MEDINA, Damares. *Amicus curiae: amigo da corte ou amigo da parte?* São Paulo: Saraiva, 2010, p. 78. Em sentido semelhante, Câmara afirma que o *amicus curiae* poderá juntar documentos e ter voz nas audiências e sessões de julgamento, não lhe sendo reconhecido, contudo, ampla legitimidade recursal, ressalvados as hipóteses em que a decisão não admita sua intervenção e das decisões que afetem seus interesses, a exemplo da

A mesma autora afirma que “não assiste direito subjetivo à parte – ou a quem quer que seja – em ver apreciados, em juízo, todos os fundamentos de direito por ela aduzidos”, sendo que tal constatação se tornaria “ainda mais imperiosas em se de controle concentrado de constitucionalidade, no qual o juiz nem sequer fica adstrito à causa de pedir, podendo decidir em face de todos os princípios constitucionais que entender incidentes no caso”⁵¹².

Tal afirmação deve ser devidamente refutada, tendo em vista que, contrariamente a ideia de que não há um direito de se ter apreciado todos os pedidos, bem como o de que não haveria adstrição da Corte à causa de pedir ou, em outras palavras, uma causa de pedir aberta, uma compreensão do direito processual constitucionalizado implica na superação destes argumentos, tornando-os equivocados e, até mesmo, perigosos. Entender o contrário seria esvaziar por completo a abertura possibilitada pela intervenção do *amicus curiae*, bem como inviabilizar sua efetiva possibilidade de contribuição, tornando o instituto em um mero parecerista, ao qual o Judiciário poderia livremente considerar ou não seus aportes.

Como será considerado com mais detalhamento a seguir, defende-se que, para uma adequada consecução dos objetivos de sua intervenção, o *amicus curiae* deve ter uma ampla legitimidade recursal. Nesse sentido, Cunha Jr. assevera que

[...] se a intervenção do *amicus curiae* é uma necessidade do regime democrático e um imperativo na solução dos principais temas constitucionais, afigura-se coerente permiti-lo manifestar-se no processo das mais variadas formas, seja por escrito, seja oralmente, com amplos poderes processuais⁵¹³.

Mattos, percebendo a importância do *amicus curiae* e a dimensão de sua intervenção no direito atual, assevera que

[...] O *amicus curiae* representa um instrumento de grande potencial ao fortalecimento de uma democracia participativa, o que o torna uma figura de caráter público que não se restringe aos limites daquela determinada demanda. Assim sendo, não é possível retirar-lhe (ou negar-lhe) a faculdade de recorrer das decisões das quais o mesmo discorda, especialmente se se considerar ser este um verdadeiro representante da sociedade civil. Se assim não for, o instrumento em tela não passará de um mero potencial ainda a ser explorado, como tantos outros, a exemplo do Mandado de Injunção, da Ação Direta de Inconstitucionalidade omissiva etc⁵¹⁴.

imposição da multa prevista no art. 14 do CPC. CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. v. 1, p. 251.

⁵¹² MEDINA, Damares. *Amicus curiae: amigo da corte ou amigo da parte?* São Paulo: Saraiva, 2010, p. 78.

⁵¹³ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. A intervenção de terceiros no processo de controle abstrato de constitucionalidade: a intervenção do particular, do co-legitimado e do *amicus curiae* na ADIN, ADC e ADPF. In: DIDIER JR., Fredie; WAMBIER, Tereza Arruda Alvim (coord.) *Aspectos polêmicos e atuais sobre os terceiros no processo civil e assuntos afins*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 157.

⁵¹⁴ MATTOS, Ana Letícia Queiroga. *Amicus curiae: hermenêutica e jurisdição constitucional*, p. 190.

Por fim, um dos aspectos processuais mais controversos do *amicus curiae* diz respeito aos reais objetivos de sua intervenção e a correlação destes com o papel a ser por ele desenvolvido. Pela apresentação histórica, os recortes de direito estrangeiro, seu desenvolvimento e sua recepção no ordenamento jurídico brasileiro, verifica-se ser recorrente o argumento de que a intervenção do *amicus curiae* tem como fundamento principal o interesse público, orientado pela busca de uma decisão que se legitimaria pela maior quantidade de vozes da sociedade fossem possíveis de contribuir para sua formação⁵¹⁵.

Contudo, se o interesse público é o que justifica a intervenção, as indagações sobre sua suposta neutralidade e imparcialidade, realizadas por investigações tanto no direito comparado quanto, e mais recentemente, no direito brasileiro⁵¹⁶, causam ainda mais perplexidade a quem se lança à investigação do tema.

Assim, um dos principais desafios presentes na investigação do *amicus curiae* no direito processual brasileiro é, muito mais do que celebrar sua popularização e alardear suas potencialidades, o de perceber a delimitação de seus limites e os reais objetivos que justificam a intervenção, de modo que este interesse público não seja cooptado por um agir estratégico, viciando, desta forma, o caráter democrático decorrente da abertura procedimental para referida modalidade de participação.

Nesse sentido, importa também destacar que o próprio conceito de interesse público, confundido, na maioria das vezes, com o interesse estatal, deve ser devidamente problematizado, notadamente diante da constatação de que não existe tão somente “um interesse público”, mais uma confluência de diversos interesses, muitas vezes conflitantes e que, no presente caso, serão objeto de uma tentativa de solução pelo Judiciário. A tematização do interesse público se torna especialmente preocupante, tendo em vista que, “não bastasse uma série de privilégios processuais legalmente previstos, o Estado também se vale da invocação genérica do interesse público”, “pretendendo que este sempre prevaleça judicialmente sobre quaisquer que sejam as pretensões a direito trazidas pelo outro”⁵¹⁷.

A análise desta multiplicidade de interesses conflitantes não pode ser pensada e solucionada a partir de uma pressuposição do que seja o interesse público, a exemplo do que

⁵¹⁵ De acordo com as precisas observações de Bueno: “Quando se afirma que o *amicus curiae* a exemplo de um ‘terceiro’, pressupõe algum tipo de ‘interesse’ ou algum tipo de ‘direito’ que autoriza sua intervenção em processo alheio, certamente se está falando de algum tipo de ‘interesse’ ou ‘direito’ diferente. Fosse o mesmo, e as diversas modalidades de intervenção de terceiros, cunhadas ao longo do desenvolvimento do direito processual civil, seriam mais que suficientes para dar conta dessa figura”. BUENO, Cassio Scarpinella. *Amicus curiae no processo civil brasileiro*, p. 429.

⁵¹⁶ Como já mencionado em outras oportunidades neste trabalho: MEDINA, Damares. *Amicus curiae: amigo da corte ou amigo da parte?* São Paulo: Saraiva, 2010.

⁵¹⁷ BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. *Recursos extraordinários no STF e no STJ*, p. 257.

amplamente ocorre no judiciário brasileiro, com a não superação das teorias processuais de viés socializador e seus escopos metajurídicos, as nefastas consequências do neoliberalismo processual decorrente de uma análise tão somente numérica da profusão de julgados e o problema do ativismo judicial em todos os níveis do judiciário, em especial nos Tribunais superiores, pois, de acordo com Bahia:

No paradigma do Estado Democrático de Direito, não mais se pode falar numa prevalência *a priori* do interesse público sobre o privado (tal qual era pressuposto no paradigma do Estado de Bem-Estar), nem do interesse privado sobre o público (como no paradigma do Estado Liberal), já que nem o público pode mais ser visto como estatal, nem o privado como sinônimo de egoísmo⁵¹⁸.

Assim, de modo a possibilitar uma leitura constitucionalmente adequada da intervenção do *amicus curiae* no panorama jurídico brasileiro atual, torna-se necessário uma contextualização do conceito de interesse público, no que diz respeito à relação entre autonomia pública e autonomia privada. Com efeito, a partir dos balizamentos teóricos apresentados no capítulo 2, torna-se necessário uma análise da intervenção do *amicus curiae* a partir do procesualismo constitucional democrático, o qual é lastreado, como já se disse, na tentativa de se suplantar a mera análise dogmática e pontual do instituto, buscando compreendê-lo em uma perspectiva global, a partir da realidade em que está inserido.

Antes disso, apresentar-se-á, em linhas gerais, a previsão normativa do *amicus curiae* no novo Código de Processo Civil brasileiro, analisando seu dimensionamento técnico, os poderes que lhe foram conferidos e, conseqüentemente, a dimensão da importância que lhe foi conferida para, juntamente com a dimensão principiológica do novo CPC e disciplinamento normativo de suas normas, verificar em que medida a nova legislação poderá contribuir para um modelo democrático e participativo de processo.

4.15 A previsão normativa do *amicus curiae* no Novo Código de Processo Civil

As discussões sobre o Novo Código de Processo Civil possibilitou, nos últimos anos, uma verdadeira revolução, iniciando um debate nunca antes visto sobre a necessidade de uma nova gramática interpretativa para o Direito Processual e um texto normativo que pudesse se adequar aos diversos desafios com os quais os técnicos do direito se deparam na atualidade.

Se a versão inicial do anteprojeto apresentado no Senado foi amplamente modificada ao longo de diversos debates e audiências públicas, não é menos verdade que a participação

⁵¹⁸ BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. *Recursos extraordinários no STF e no STJ*, p. 263.

de um sem número de processualistas, representantes de diversas escolas processuais, em muito contribuiu para o delineamento de um procedimento que possa na maior medida possível, potencializar a relação entre Constituição e Processo, de modo que o Direito Processual possa atender às exigências normativas do Estado Democrático de Direito.

O anteprojeto acolheu, de maneira acertada, o que há muito vinha repercutindo em sede doutrinária e, em menor medida, em sede jurisprudencial: a necessidade de potencialização da participação do *amicus curiae* no Direito Processual Brasileiro, inovação que, se bem tematizada, propiciará relevantes avanços no tratamento conferido à intervenção, bem como um ganho qualitativo no exercício da função jurisdicional.

A análise geral do novo CPC, pela sua importância, será abordada em tópico próprio, oportunidade na qual será feita uma breve análise de uma das grandes e controversas novidades em seu texto, qual seja, o dimensionamento de um sistema de precedentes no direito brasileiro, o qual, como fartamente se discutiu até agora, busca solucionar o problema da morosidade processual a partir de expedientes destinados a viabilizar uma padronização decisória, a qual, necessariamente, deverá contar com a intervenção do *amicus curiae* para sua adequada operacionalização.

A intervenção do *amicus curiae* está prevista, de maneira inédita e inovadora, no Livro III – Dos Sujeitos do Processo, Título III – Da Intervenção de Terceiros, Capítulo V, no art. 138 do novo código:

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 manifestação de pessoa natural ou jurídica, órgão ou entidade especializada, com representatividade adequada, no prazo de quinze dias da sua intimação.

§ 1º A intervenção de que trata o *caput* não implica alteração de competência nem autoriza a interposição de recursos, ressalvada a oposição de embargos de declaração.

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

§ 3º O *amicus curiae* pode recorrer da decisão que julgar o incidente de resolução de demandas repetitivas⁵¹⁹.

A previsão inicial demonstra que a intervenção, antes característica do controle concentrado de normas, nas ações de constitucionalidade, no controle difuso, como no caso da repercussão geral no recurso extraordinário e demais normas já mencionadas, concernentes à

⁵¹⁹ BRASIL. Parecer n.º 1.111, de 2014. Redação Final do Substitutivo da Câmara dos Deputados ao Projeto de Lei do Senado n.º 166 de 2010 (n.º 8.046, de 2010, naquela casa). Disponível em: <http://legis.senado.leg.br/mateweb/arquivos/mate-pdf/160741.pdf>. Acesso em 25.02.2015.

atuação de alguns órgãos ou entidades fiscalizatórias, será significativamente ampliada, podendo ter lugar em qualquer processo, mesmo nos de primeiro grau. Afinal, se determinada causa apresenta relevância e transcendência, de modo a influir em um sem número de casos supostamente análogos, a exemplo do reconhecimento da repercussão geral, essa relevância e transcendência caracteriza, em regra, o caso desde o seu nascedouro, motivo pelo qual a intervenção dos *amici* em primeira instância potencializará um maior espectro argumentativo desde o início da fase cognitiva.

No que diz respeito aos requisitos, observa-se que estes ficaram mais claros, disciplinando, em maior ou menor medida, o que já vinha sendo posto em sede jurisprudencial, a saber: a relevância da matéria⁵²⁰, a especificidade do tema objeto da

⁵²⁰ Sobre os mencionados requisitos, Cabral realiza percutiente análise, analisando que, ao se referir à “matéria relevante” e à “repercussão social”, o novo CPC e, em especial, o art. 138, não exige que a discussão deva versar sobre questão repetitiva para que o *amicus curiae* possa intervir. A intervenção nesses moldes pode ser manejada em qualquer caso “em que se discutam matérias polêmicas, com grande divulgação na mídia ou que envolvam debates sensíveis numa comunidade”, bem como em “questões sociais como sistema de ensino e hospitalar, controle da aplicação e gestão de verbas públicas, orçamento participativo, dentre outras”. A intervenção, desta forma, é cabível em quaisquer casos em que a matéria discutida envolver casos relevantes para a sociedade, notadamente quando pensada em conjunto com o art. 15 do NCPC, que trata da aplicação subsidiária do novo Código nos processos administrativos, eleitorais e trabalhistas. CABRAL, Antonio do Passo. Art. 138 NCPC. In: NUNES, Dierle; Cunha, Leonardo Carneiro da; STRECK, Lenio. *Comentários ao novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2015 (no prelo). Nesse sentido, os seguintes Enunciados Interpretativos consolidados nas reuniões do Fórum Permanente de Processualistas Civis: Enunciado 249. (art. 138) “A intervenção do *amicus curiae* é cabível no mandado de segurança. (Grupo: Impactos do CPC nos Juizados e nos procedimentos especiais de legislação extravagante)”. Enunciado 250. (art. 138; art. 15). “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”. (Grupo: Impacto do CPC no processo do trabalho). Disponível em: https://www.academia.edu/9845423/Enunciados_consolidados_do_F%C3%B3rum_Permanente_de_Processualistas_Civis. Acesso em: 25.02.2015.

demanda⁵²¹ ou a repercussão social da controvérsia e, por fim, a representatividade adequada⁵²².

O juiz ou relator, em decisão interlocutória irrecorrível, de ofício, a requerimento daquele que pretende intervir no feito na condição de *amicus*, ou ainda nos casos de requerimento das partes, decidirá acerca da intervenção. Apesar dos inúmeros

⁵²¹ “O novo CPC estabelece como pressuposto para a intervenção do *amicus curiae* que o tema objeto da demanda tenha uma “especificidade”, isto é, idiosincrasia que faça com que o contraditório se instale sobre um temário que exija conhecimentos peculiares, a recomendar uma cognição qualificada por informações cuja especificidade pode escapar até mesmo às partes e ao juízo. Estas informações não necessariamente são técnicas, a serem apresentadas por peritos; mesmo sendo elementos técnicos, podem ser trazidos aos autos independentemente de laudo pericial. É que, por vezes, a manifestação do *amicus curiae* dá-se sobre questões jurídicas (não fáticas), e portanto nem mesmo incluídas no objeto da prova. De qualquer modo, a expressão legal ‘especificidade do tema objeto da demanda’ mostra algo sobre o pressuposto de admissão da intervenção do *amicus curiae*: exige-se um exame sobre a potencial possibilidade que o *amicus* tenha de incrementar o debate com sua manifestação. Assim, conquanto não haja necessidade de demonstração de um interesse jurídico, e mesmo que em nossa opinião tampouco deva ser exigida “representatividade adequada”, aqui não há como fugir: o conteúdo da manifestação do amigo da corte deve ser apto a prestar uma *relevante contribuição* para a discussão. Trata-se de uma prognose sobre o *potencial de influência* que a manifestação do *amicus* pode emprestar ao debate. Nesse contexto, a *expertise* e conhecimento técnico do *amicus* são fatores a serem analisados, que podem demonstrar ou indicar que suas manifestações tem potencial de influenciar o debate, incrementando e emprestando mais qualidade ao contraditório”. CABRAL, Antonio do Passo. Art. 138 NCPC. In: NUNES, Dierle; Cunha, Leonardo Carneiro da; STRECK, Lenio. Comentários ao novo Código de Processo Civil. São Paulo: Saraiva, 2015 (no prelo).

⁵²² “O requisito da ‘representatividade adequada’ já vinha sendo exigido pela jurisprudência brasileira para a participação processual do amigo da corte (STF - RE nº 597.165/DF, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 12/04/2011). Apesar de não ter que demonstrar o interesse jurídico, o *amicus curiae* deveria comprovar ter alguma proximidade com os interesses materiais em causa, demonstrando uma condição subjetiva que o autorize a falar no processo em favor de todos os sujeitos que possam ser potencialmente atingidos. (...)A representatividade adequada (*adequacy of representation*) é um requisito utilizado nas *class actions* norte-americanas para que o tribunal possa aferir se a parte que está em juízo defendendo direito supraindividual tem aptidão técnica e empreenderá uma proteção efetiva aos interesses dos membros da coletividade, que poderá ser atingida pelos efeitos da decisão e pela formação da coisa julgada mesmo em relação aos ausentes do litígio, como é típico nas demandas coletivas. A representatividade adequada relaciona-se diretamente à questão da vinculação da decisão àqueles que não tenham participado do processo (*absent class members*) e que, diante da substituição processual, poderiam ser prejudicados pela atuação negligente do substituto processual. Nas ações coletivas, o requisito se justifica pelo perigo da representação inadequada que poderia levar aqueles que não participaram a sofrer os efeitos da coisa julgada, mas a mesma lógica não existe para o *amicus*. Ao contrário das ações coletivas, no caso do *amicus curiae*, não há substituição processual: o *amicus curiae* não vai a juízo em nome próprio na defesa de direito alheio, não sendo legitimado extraordinário. E as partes que debatem em torno do direito material estão presentes no processo. Logo, não há risco de representatividade inadequada e desnecessário o exame da *adequacy of representation*. O novo CPC, portanto, parece ter andado na contramão da legislação brasileira, importando acriticamente um requisito que não é próprio do nosso direito e é equivocado para a intervenção do amigo da corte. Note-se que quase todas as normas que preveem o instituto do *amicus curiae* na legislação ordinária nada mencionam acerca da representatividade adequada. Pensamos que esta exigência pode obstaculizar a participação de diversos entes, contrariamente ao escopo de emprestar maior pluralismo ao contraditório, e ainda pode ser utilizado de forma elitista para criar uma reserva de mercado para a litigância nessa qualidade. Em nosso sentir, não é assim que deva ser interpretado e aplicado o instituto. No máximo, a ideia de pertinência temática ou institucional do *amicus* com a discussão no processo deve iluminar o exame da “especificidade” do objeto da discussão, exigindo um *potencial de influência* na manifestação do *amicus curiae*. Sobre esta questão, vejam-se os tópicos seguintes”. CABRAL, Antonio do Passo. Art. 138 NCPC. In: NUNES, Dierle; Cunha, Leonardo Carneiro da; STRECK, Lenio. Comentários ao novo Código de Processo Civil. São Paulo: Saraiva, 2015 (no prelo).

posicionamentos defendendo a legitimidade recursal do *amicus curiae*⁵²³, percebe-se que o novo código não avançou no ponto em questão, ressalvado a possibilidade de interposição de embargos de declaração, consoante o parágrafo primeiro do artigo em comento.

O que não restou suficientemente claro é em quais circunstâncias o recurso em questão poderá ser aviado, se apenas nos casos de inadmissão do pedido de intervenção, em face da decisão que autoriza a intervenção e, contudo, não reconhece determinados poderes ou faculdades ao *amicus*, ou ainda em face de qualquer decisão no processo, quando configuradas as hipóteses de obscuridade, contradição ou omissão do *decisum*.

Acerca destas três possibilidades, Del Prá defende que o *amicus curiae* pode recorrer da decisão que não admite sua intervenção ou que, admitindo-a, tenha incorrido em omissão, obscuridade ou contradição quanto à definição de seus poderes. Entretanto, ainda de acordo com o autor, o *amicus curiae* não teria legitimidade para interpor embargos de declaração “em face de decisões outras, que não aquelas referentes à sua admissão no processo, ou referentes ao exercício de seus poderes”, uma vez que sua atuação estaria limitada à função que lhe cabe exercer dentro do processo. Assim, ao participar do processo, apresentando elementos fáticos e jurídicos que possam auxiliar na tomada de decisão, “a sua dupla função (de instrumento de participação democrática e de aperfeiçoamento da prestação jurisdicional) tem-se como já exercida”⁵²⁴.

Uma alternativa adequada em face da ausência de legitimidade recursal, nos casos de requerimento do interessado para intervir, é encontrada no art. 10 do novo CPC⁵²⁵, uma vez que, não sendo mais permitida a prolação de decisões com fundamento jurídico diverso daqueles invocados pelas partes (decisões de surpresa), o juiz ou relator deverá, obrigatoriamente, ouvir o que as partes teriam a dizer sobre o pedido de intervenção do interessado, bem como acerca da definição de seus poderes. Com efeito, como será explicado adiante em maiores detalhes, essa decisão deverá ser proferida nos moldes previstos no art. 489⁵²⁶, também do novo CPC, sob pena de nulidade.

⁵²³ Del Prá defende a titularidade da legitimidade recursal do *amicus curiae*, assim como outros poderes processuais. DEL PRÁ, Carlos Gustavo Rodrigues. *Amicus Curiae: instrumento de participação democrática e de aperfeiçoamento da prestação jurisdicional*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 66-77.

⁵²⁴ DEL PRÁ, Carlos Gustavo Rodrigues. O princípio do máximo rendimento: *amicus curiae* e audiências públicas. *Revista de Processo* v. 224. São Paulo: Revista dos Tribunais, out. 2013, p. 84-85.

⁵²⁵ “Art. 10. O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício”.

⁵²⁶ “Art. 489. São elementos essenciais da sentença:

I – o relatório, que conterà os nomes das partes, a identificação do caso, com a suma do pedido e da contestação, e o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo;

II – os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito;

III – o dispositivo, em que o juiz resolverá as questões principais que as partes lhe submeterem.

Outro ponto interessante, como muito bem observado por Bahia, em comentários a uma das versões do anteprojeto na Câmara dos Deputados, é que o *caput* deixa claro que o *amicus* poderá ser “pessoa natural ou jurídica, órgão ou entidade especializada com representatividade adequada”. A redação em análise afasta os obstáculos impostos pela jurisprudência do STF, que até então não admite a intervenção daqueles que tenham interesse no desfecho do processo em que figuram como partes, nos casos de processos sobrestados, como o julgamento dos feitos com repercussão geral reconhecida e nos casos de julgamento de recursos repetitivos no âmbito do STJ⁵²⁷, bem como vai de encontro às concepções doutrinárias já mencionadas que defendem tal posicionamento.

O § 2º do artigo em comento merece especial atenção, uma vez que prevê a competência do juiz ou relator de, admitindo a intervenção, definir os poderes do *amicus curiae*, “o que, definido desde a decisão que aceita seu ingresso, pode acabar com discussões futuras sobre o que ele pode ou não fazer”.

A previsão da intervenção do *amicus curiae* também aparece no Capítulo III – “Do Incidente de Arguição de Inconstitucionalidade”, cujo art. 948, § 1º⁵²⁸, em franca semelhança

§ 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:
I – se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;

II – empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;

III – invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;

IV – não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;

V – se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;

VI – deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

§ 2º No caso de colisão entre normas, o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão.

§ 3º A decisão judicial deve ser interpretada a partir da conjugação de todos os seus elementos e em conformidade com o princípio da boa-fé”. BRASIL. (*Parecer n.º 1.111, de 2014. Redação Final do Substitutivo da Câmara dos Deputados ao Projeto de Lei do Senado n.º 166 de 2010 (n.º 8.046, de 2010, naquela casa)*). Disponível em: <http://legis.senado.leg.br/mateweb/arquivos/mate-pdf/160741.pdf>. Acesso em 25.02.2015). A fundamentação das decisões no novo CPC, pela sua importância, bem como pelo que se propõe acerca da relação entre a atuação do *amicus curiae*, será tratado em tópico próprio.

⁵²⁷ BAHIA; Alexandre Gustavo Melo Franco. O crescimento do papel do *amicus curiae* no novo CPC: perspectivas sobre a jurisprudência atual do STF. In: FREIRE; Alexandre et. al. *Novas tendências do processo civil. Estudos sobre o projeto do novo Código de Processo Civil*. Salvador: JusPodivm, 2012, p. 278.

⁵²⁸ “Art. 948. Arguida, em controle difuso, a inconstitucionalidade de lei ou de ato normativo do poder público, o relator, após ouvir o Ministério Público e as partes, submeterá a questão à turma ou à câmara à qual competir o conhecimento do processo.

Art. 949. Se a alegação for rejeitada, prosseguirá o julgamento; se acolhida, a questão será submetida ao plenário do tribunal ou ao seu órgão especial, onde houver. Parágrafo único. 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.

Art. 950. Remetida cópia do acórdão a todos os juízes, o presidente do tribunal designará a sessão de julgamento.

§ 1º As pessoas jurídicas de direito público responsáveis pela edição do ato questionado poderão manifestar-se

com o procedimento no CPC atual (§ 1º e 2º do art. 482), prevê a possibilidade de manifestação das pessoas jurídicas de direito público que responsáveis pela edição do ato questionado, bem como a manifestação de outros órgãos e entidades, nos casos de relevância da matéria (§ 3º).

A intervenção também está prevista na Seção II, Subseção I – Do Recurso Extraordinário e do Recurso Especial, na qual, dentre as disposições gerais aplicáveis à repercussão geral, da mesma forma que o atual art. 543 do CPC de 1973, o § 4º do art. 1035, prevê a possibilidade de o relator admitir, na análise da repercussão geral, “a manifestação de terceiros, subscrita por procurador habilitado, nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal”⁵²⁹.

Com efeito, na Subseção II – Do Julgamento dos Recursos Extraordinário e Especial Repetitivos, sempre que houver “multiplicidade de recursos extraordinários ou especiais com fundamento em idêntica questão de direito”, haverá afetação para julgamento de acordo os artigos em comento, observados o disposto no RISTF e no do RISTJ (art. 1.036 NCPC). Para tanto, o Presidente ou vice-presidente de tribunal de justiça selecionarão dois ou mais recursos representativos da controvérsia, que serão encaminhados para o STF ou STJ para fins de afetação, determinando a suspensão dos processos pendentes (art. 1.036, § 1º, NCPC). O relator em tribunal superior também poderá selecionar dois ou mais recursos representativos da controvérsia para julgamento da questão de direito (art. 1.036, § 5º NCPC), desde que, assim como os recursos selecionados pelos tribunais inferiores, estes sejam admissíveis e contenham “abrangente argumentação e discussão a respeito da questão a ser decidida” ((art. 1.036, § 6º NCPC). Nesse novo procedimento dos recursos repetitivos, de forma semelhante à abertura possibilitada pelos arts. 543-A, § 6º, 543-C, §§ 3º e 4º, do CPC de 1973, o relator poderá, de acordo com o art. 1.038 do NCPC, (I) “solicitar ou admitir manifestação de pessoas, órgãos ou entidades com interesse na controvérsia, considerando a relevância da

no incidente de inconstitucionalidade, se assim o requerem, observados os prazos e as condições previstos no regimento interno do tribunal.

§ 2º A parte legitimada à propositura das ações previstas no art. 103 da Constituição Federal poderá manifestar-se, por escrito, sobre a questão constitucional objeto de apreciação, no prazo previsto pelo regimento interno, sendo-lhe assegurado o direito de apresentar memoriais ou de requerer a juntada de documentos. § 3º Considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, o relator poderá admitir, por despacho irrecorrível, a manifestação de outros órgãos ou entidades.

§ 3º Considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, o relator poderá admitir, por despacho irrecorrível, a manifestação de outros órgãos ou entidades”. [*Parecer n.º 1.111, de 2014. Redação Final do Substitutivo da Câmara dos Deputados ao Projeto de Lei do Senado n.º 166 de 2010 (n.º 8.046, de 2010, naquela casa)*]. Disóñível em: <http://legis.senado.leg.br/mateweb/arquivos/mate-pdf/160741.pdf>. Acesso em 25.02.2015].

⁵²⁹ [*Parecer n.º 1.111, de 2014. Redação Final do Substitutivo da Câmara dos Deputados ao Projeto de Lei do Senado n.º 166 de 2010 (n.º 8.046, de 2010, naquela casa)*]. Disóñível em: <http://legis.senado.leg.br/mateweb/arquivos/mate-pdf/160741.pdf>. Acesso em 25.02.2015].

matéria e consoante dispuser o regimento interno”, (II) “fixar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e conhecimento na matéria, com a finalidade de instruir o procedimento”; (III) “requisitar informações aos tribunais inferiores a respeito da controvérsia”, no prazo de quinze dias (art. 1.038, III, § 1º)⁵³⁰.

Verifica-se nesse ponto um dos pressupostos que orientaram a formulação do texto projetado durante toda a sua maturação, qual seja, a manutenção das recentes reformas empreendidas no texto do CPC atual, de modo que a disposição acerca dos Recursos Excepcionais está em consonância com o previsto no código atual. O procedimento de julgamento por amostragem está previsto tanto no âmbito do Recurso Especial quanto no do Recurso Extraordinário, o que acaba por reforçar a participação do *amicus curiae*.

Dentre as diversas novidades do novo CPC, o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas também traz a previsão normativa da intervenção do *amicus curiae*⁵³¹. O Incidente desponta como uma das grandes apostas do novo CPC, na medida em que, conforme observado por Bahia, tenta buscar respostas adequadas a diversidade de litigiosidades que compõe o atual cenário brasileiro, como a repetitiva e a “litigância de interesse público”⁵³².

Seguindo a tendência de padronização decisória que caracteriza o Direito brasileiro nos últimos anos, o Incidente confere ao Judiciário a possibilidade de paralisar um sem

⁵³⁰ Idem.

⁵³¹ “Art. 976. É cabível a instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas quando houver, simultaneamente:

I – efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito; II – risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica.

(...)

Art. 983. O relator ouvirá as partes e os demais interessados, inclusive pessoas, órgãos e entidades com interesse na controvérsia, que, no prazo comum de 15 (quinze) dias, poderão requerer a juntada de documentos, bem como as diligências necessárias para a elucidação da questão de direito controvertida, e, em seguida, manifestar-se-á o Ministério Público, no mesmo prazo.

§ 1º Para instruir o incidente, o relator poderá designar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e conhecimento na matéria.

§ 2º Concluídas as diligências, o relator solicitará dia para o julgamento do incidente”. (*Parecer n.º 1.111, de 2014. Redação Final do Substitutivo da Câmara dos Deputados ao Projeto de Lei do Senado n.º 166 de 2010 (n.º 8.046, de 2010, naquela casa)*). Disponível em: <http://legis.senado.leg.br/mateweb/arquivos/mate-pdf/160741.pdf>. Acesso em 25.02.2015).

⁵³² BAHIA; Alexandre Gustavo Melo Franco. O crescimento do papel do *amicus curiae* no novo CPC: perspectivas sobre a jurisprudência atual do STF. In: FREIRE; Alexandre et. al. *Novas tendências do processo civil. Estudos sobre o projeto do novo Código de Processo Civil*. Salvador: JusPodivm, 2012, p. 280. Nunes observa que “não se pode ainda olvidar que a ‘litigiosidade de alta intensidade’ (coletiva e serial) merece tratamento dogmático próprio. Quando se percebe, na atualidade, que não lidamos somente com processos bipolares (um autor – um réu) acerca de pretensões patrimoniais, mas com processos multifacetados (envolvendo a litigância de interesse público – questões fundiárias, consumidor, saúde, minorias, meio ambiente, entre outras temáticas) com vários atores sociais, percebemos a necessidade de ampliar o enfoque de análise”. NUNES, Dierle. Processualismo constitucional democrático e o dimensionamento de técnicas para a litigiosidade repetitiva. A litigância de interesse público e as tendências “não compreendidas” de padronização decisória. In: *Revista de Processo* v. 199. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 36, v. 199, set/2011, p. 51.

número de casos que se caracterizam por uma questão de direito análoga⁵³³. Com o novo instituto, os casos em questão poderão ter o mérito resolvido a partir de uma estruturação procedimental orientada ao julgamento único da controvérsia que caracteriza todos os feitos, sendo que a decisão do Incidente resolverá o mérito de cada processo paralisado.

O art. 983 disciplina que “o relator ouvirá as partes e os interessados, inclusive pessoas, órgãos e entidades com interesse na controvérsia, que, no prazo comum de quinze dias, poderão requerer a juntada de documentos, bem como as diligências necessárias para a elucidação da questão de direito controvertida”, podendo também designar data para ouvir, em audiência pública, “depoimentos de pessoas com experiência e conhecimento na matéria”.

O que releva destacar é que, na sessão de julgamento do Incidente, feita a exposição do objeto pelo relator, “o presidente dará a palavra, sucessivamente, ao autor e ao réu do processo originário, e ao Ministério Público, pelo prazo de trinta minutos, para sustentar suas razões” (art. 984, II, a), o mesmo prazo sendo conferido aos demais interessados e a ser dividido entre todos (art. 984, II, b), podendo a critério do julgador ocorrer a ampliação do mesmo em havendo muitos interessados (art. 984, II, § 1º)⁵³⁴.

⁵³³ Nunes e Patrus explicam que “como é sabido, a referência estrangeira na qual se baseia o CPC projetado de um incidente de resolução de demandas repetitivas é o procedimento-modelo alemão. (...). A lei que introduziu o procedimento-modelo no sistema processual alemão (*kapitalanleger-musterverfahrensgesetz*) foi editada em 2005. Foi concebida, de início, como um instrumento restrito aos litígios no campo do mercado de capitais, sendo proposta como lei experimental, destinada a perder sua eficácia com o exaurimento do prazo de cinco anos (em novembro de 2010, portanto). Antes disso, porém, a técnica foi incorporada ao *ZPO (Zivilprozessordnung)*. A origem da lei respeita ao caso *Deutsche Telekom (DT)*, empresa com mais de três milhões de acionistas na Alemanha. Em função de suposta veiculação de informações equivocadas a respeito da extensão do patrimônio da sociedade em duas circulares de ofertas de ações (em 1999 e 2000), milhares de investidores ditos lesados (aproximadamente 15 mil), representados por mais de setecentos e cinquenta advogados diferentes, propuseram demandas contra a DT perante a corte distrital de Frankfurt, foro da sede da bolsa de valores em que os prospectos circularam. O conjunto das ações representa valor superior a cento e cinquenta milhões de euros. Depois de quase três anos sem que uma única audiência fosse designada, parte dos demandantes apresentou queixas constitucionais (*Verfassungsbeschwerde*) perante o Tribunal Constitucional Federal (*Bundesverfassungsgericht*), sob a alegação de negativa de acesso à justiça. O Tribunal rejeitou as queixas, mas reconheceu a necessidade de a corte distrital agilizar a tramitação dos procedimentos instaurados. Nesse contexto, o **legislador reagiu** com a edição da lei de procedimento-modelo para o mercado de capitais, objetivando facilitar o tratamento das causas propostas no caso *Deutsche Telekom*. A ideia da lei é simples, mas também ousada: introduzir no bojo do processo judicial um expediente incidental com a pretensão de estabelecer, a partir do julgamento de uma causa-modelo, um padrão decisório, de acordo com o qual todos os demais casos repetitivos serão posteriormente examinados e julgados. Era, como se pensou, a solução mais adequada, dentro dos parâmetros da ordem processual alemã, vinculados ao sistema tradicionalmente de *civil law* de resolução de litígios civis, para o tratamento do caso *DT*”. NUNES, Dierle; PATRUS, Rafael Dilly. Uma breve notícia sobre o procedimento-modelo alemão e sobre as tendências brasileiras de padronização decisória: um contributo para o estudo do incidente de resolução de demandas repetitivas no direito brasileiro. In: FREIRE; Alexandre et al. *Novas tendências do processo civil. Estudos sobre o projeto do novo Código de Processo Civil*. Salvador: JusPodivm, 2012, p. 477-478.

⁵³⁴ “É claro que, havendo centenas de interessados o prazo pode se mostrar exíguo, razão pela qual entendemos que estes poderiam aderir a algo semelhante à técnica alemã do *Musterverfahren* alemão e escolher no grupo um “litigante-modelo” que fale em nome dos autores e um que fale em nome dos réus (*Musterklager* e *Musterbeklagte*, respectivamente) dos processos sobrestados – e que poderia incluir ou não as demais “pessoas, órgãos e entidades com interesse na controvérsia” –, de forma que sejam reunidas e articuladas de forma ordenada as principais teses”. BAHIA; Alexandre Gustavo Melo Franco. O crescimento do papel do *amicus curiae* no novo CPC: perspectivas sobre a jurisprudência atual do STF. In: FREIRE; Alexandre et al. *Novas*

Por fim, o *amicus curiae* também tem legitimidade para ajuizamento de ação rescisória, (art.967, IV) nos casos em que a intimação para sua intervenção for obrigatória e porventura não ter sido realizada⁵³⁵.

A previsão normativa do *amicus curiae* no novo CPC, desta forma, potencializará as possibilidades de intervenção, na medida em que estas serão possíveis desde a primeira instância, de modo a contribuir durante toda a fase instrutória do processo, bem como para a efetivação de um modelo bifásico de cognição que possa dar a devida importância a todos os argumentos apresentados pelos sujeitos processuais e discutidos nos autos.

Contudo, se a intervenção pode, como visto, ser motivada por um agir estratégico no âmbito do julgamento dos recursos excepcionais, de modo a buscar a formação de padrões decisórios que atendam aos interesses dos grupos hegemônicos, a possibilidade de intervenção do *amicus curiae* desde a primeira instância radicaliza o riscos decorrentes de sua participação, nos casos em que essa for orientada a defesa de interesses nebulosos ou inconfessáveis.

Assim, após a apresentação do panorama jurídico processual na contemporaneidade, passando pelos avanços empreendidos no campo do direito e, em especial, do direito processual, verifica-se que o movimento reformista – que ora opta por uma série de modificações pontuais, ora por uma verdadeira revolução legislativa, como no presente caso – busca incessantemente a radicalização da aproximação ente a CRFB e o direito processual, de modo que este possa efetivamente ser dimensionado como um microcosmo do Estado Democrático de Direito⁵³⁶.

No entanto, esse microcosmo deve ser dimensionado a partir dos avanços teóricos empreendidos por diversas áreas do direito e compreendido a partir de uma perspectiva multidimensional. Assim, de modo a viabilizar a percepção dos principais fenômenos que caracterizam o panorama jurídico atual, em especial no direito processual, deve-se buscar uma compreensão de suas principais características, a exemplo da convergência entre *civil law* e *common law*, da qual a busca de uma padronização decisória e a intervenção do *amicus curiae*

tendências do processo civil. Estudos sobre o projeto do novo Código de Processo Civil. Salvador: JusPodivm, 2012, p. 281. (grifos dos autores)

⁵³⁵Enunciado Interpretativo 339. “(art. 979, IV; art. 118, Lei n. 12.529/2011; art. 31, Lei n. 6.385/1976). O CADE e CVM, caso não tenham sido intimados, quando obrigatório, para participar do processo (art. 118, Lei n. 12.529/2011; art. 31, Lei n. 6.385/1976), têm legitimidade para propor ação rescisória contra a decisão ali proferida, nos termos do inciso IV do art. 979”. (Grupo Sentença, Coisa Julgada e Ação Rescisória). Disponível em:

https://www.academia.edu/9845423/Enunciados_consolidados_do_F%C3%B3rum_Permanente_de_Processualistas_Civis. Acesso em: 25.02.2015.

⁵³⁶ BUENO, Cássio Scarpinella. *O amicus curiae no processo civil brasileiro*, p. 97-101.

desponta como uma de seus principais exemplos, bem como o papel atribuído ao Judiciário na atualidade e, em especial, às Cortes superiores.

5 O *AMICUS CURIAE* NO PROCESSUALISMO CONSTITUCIONAL DEMOCRÁTICO

5.1 Pressupostos teóricos para uma compreensão constitucionalmente adequada do *amicus curiae* no direito brasileiro

Por tudo que até então já foi considerado sobre o instituto do *amicus curiae*, percebe-se que a história e desenvolvimento deste “só reforçam a constatação de que toda interpretação do direito é feita em resposta aos desafios de uma determinada situação social”⁵³⁷.

Se os paradigmas do direito conformam a atribuição de significado e o modo como serão concretizados os institutos jurídicos, os direitos fundamentais e os princípios que orientam o ordenamento jurídico, torna-se necessário problematizar o *amicus curiae* em uma perspectiva que vá além de uma leitura liberal ou socializadora do direito.

A premissa básica para tanto se sustenta em um dos pressupostos teóricos do processualismo constitucional democrático, teoria que, como já verificado, realiza uma análise crítica do sistema processual em perspectiva macroestrutural, a partir da ressonância do liberalismo, socialismo e neoliberalismo na conformação do Direito Processual, de modo a viabilizar uma análise panorâmica das reformas processuais e possibilitar uma renovada concepção de processo, mediante a valorização de todos os participantes (sujeitos processuais), pela comparticipação e policentrismo a orientarem todo o procedimento em contraditório⁵³⁸.

Esse pressuposto reside na necessária e imperiosa abertura do Direito Processual para outras áreas do conhecimento, como a teoria do direito, a teoria da constituição, a teoria da argumentação jurídica, dentre outras, ampliando, desta forma, o enfoque que o processualista deve atualmente tematizar, tendo em vista a percepção da insuficiência do mero trato

⁵³⁷ NUNES, Dierle, TEIXEIRA, Ludmila. *Acesso à justiça democrático*, p. 56.

⁵³⁸ Nunes, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático*. Curitiba: Juruá, 2008; NUNES, Dierle. Fundamentos e dilemas para o sistema processual brasileiro: uma abordagem da litigância de interesse público a partir do Processualismo Constitucional democrático. In: FIGUEIREDO; Eduardo Henrique Lopes *et al.* *Constitucionalismo e democracia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, p. 165-190; NUNES, Dierle. Precedentes, padronização decisória preventiva e coletivização. Paradoxos do sistema jurídico brasileiro: uma abordagem constitucional democrática. In: WAMBIER; Tereza Arruda Alvim (coord.). *Direito Jurisprudencial*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 245-276; NUNES, Dierle. Processualismo constitucional democrático e o dimensionamento de técnicas para a litigiosidade repetitiva. A litigância de interesse público e as tendências “não compreendidas” de padronização decisória. *Revista de Processo* v. 199. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 41-82.

dogmático das técnicas processuais e o insucesso deste tipo de análise para a compreensão das “tendências e vicissitudes do nosso sistema jurídico”⁵³⁹.

Assim, para delinear algumas soluções legítimas para o cidadão e a sociedade no panorama jurídico processual na atualidade, em especial no que tange a intervenção do *amicus curiae* como uma das hipóteses desta busca por legitimidade, mostra-se necessário apresentar, em linhas gerais, os balizamentos teóricos que proporcionaram um significativo avanço na compreensão do direito constitucionalizado.

Desde a escola da exegese, a qual acreditava “no poder absoluto da razão que, compartilhada igualmente por todos, tornaria óbvias as normas de agir, de forma que as normas positivadas (passageiras e imperfeitas) deveriam estar de acordo com as leis eternas da razão, e que, ante a clareza dos textos legislativos, “o juiz deveria se postar, diante da perfeição da norma, como aquele que apenas pronuncia as palavras da lei, como ‘*bouche de la loi*’”⁵⁴⁰, busca-se respostas para as diversas indagações sobre a interpretação das normas.

Contudo, face a percepção de que uma codificação não pode dar conta de todas as situações da vida, bem como diante da constatação de que, não obstante a crença na clareza e perfeição dos textos, esses poderiam se revelar obscuros, o positivismo jurídico desenvolveu, ao longo do século XIX, diversas técnicas e métodos para a aplicação do direito, de modo a se obter o verdadeiro sentido da lei, nos casos em que “houvesse dúvida, pois que apenas haveria interpretação quando, eventualmente a regra não fosse clara, já que *in claris cessat interpretatio*”⁵⁴¹.

No século XX os métodos em questão se tornaram ultrapassados, dado o caráter problemático dos mesmos, vez que pressupunham “uma lógica cartesiana de ciência baseada no tripé: sujeito (neutro), objeto e método”⁵⁴², e acreditavam que, pela utilização destes, o problema da interpretação jurídica estaria resolvido. Contudo, percebeu-se que a generalidade

⁵³⁹ NUNES, Dierle. Processualismo constitucional democrático e o dimensionamento de técnicas para a litigiosidade repetitiva. A litigância de interesse público e as tendências “não compreendidas” de padronização decisória, p. 45-46.

⁵⁴⁰ THEODORO JR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco. Breves considerações sobre a politização do judiciário e sobre o panorama de aplicação no direito brasileiro – análise da convergência ente o *civil law* e o *common law* e dos problemas da padronização decisória. *Revista de Processo*. n. 189. São Paulo: Revista dos Tribunais, nov/2010, p. 31.

⁵⁴¹ THEODORO JR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco. Breves considerações sobre a politização do judiciário e sobre o panorama de aplicação no direito brasileiro – análise da convergência ente o *civil law* e o *common law* e dos problemas da padronização decisória, p. 32.

⁵⁴² Idem.

e abstração da lei não está imune a distorções, não estando isenta, portanto, da condição hermenêutica que constitui os textos⁵⁴³.

Referida percepção tem início com Kelsen e sua teoria pura do direito, a partir da percepção de que a norma não seria a lei, mas o sentido que dela se depreende. Kelsen acreditava não ter sentido buscar a *mens legis* ou *legislatoris*, bem como rejeitava os tradicionais métodos de interpretação (gramatical, lógico, histórico, sistemático e teleológico), uma vez que padeciam do mesmo problema, qual seja, a crença na existência de um único sentido verdadeiro das normas e sua busca. De acordo com Bahia e Nunes, “Kelsen defende que toda norma abre um quadro de interpretações possíveis (todas elas igualmente válidas, sem qualquer relação de prioridade entre elas)”, sendo esse “preenchido pela doutrina (interpretação não autêntica)” e também pela jurisprudência⁵⁴⁴.

Assim, caberia ao legislador e ao magistrado (intérpretes autênticos), ao produzirem as normas gerais/abstratas e normas individuais, se valer de uma das interpretações do quadro em suas respectivas funções, sendo que, por receberem autorização para decidir a partir de uma norma hierarquicamente superior, os intérpretes autênticos poderiam proferir decisões além daquelas constantes no quadro, inclusive mediante a utilização de fundamentos extrajurídicos⁵⁴⁵.

Conforme observam Theodoro Jr., Nunes e Bahia, qualquer um que defenda, atualmente, “a univocidade ou a ‘clareza’ da interpretação jurídica (seja de uma lei, seja de uma súmula) está aquém da teoria de Kelsen, de meados do século passado”, não fazendo mais sentido, portanto, “os postulados da exegese e do positivismo clássico quanto a ‘um’ sentido verdadeiro/correto de uma norma”⁵⁴⁶.

⁵⁴³ BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. A interpretação jurídica no Estado Democrático de Direito: contribuição a partir da teoria do discurso de Jürgen Habermas. In: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo (coord.). *Jurisdição e hermenêutica constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, p. 301-357.

⁵⁴⁴ BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco; NUNES, Dierle. Tendências de padronização decisória no PLS nº 166/2010: o Brasil entre o *civil law* e o *common law* e os problemas na utilização do “marco zero interpretativo”. In: BARROS, Flaviane de Magalhães; BOLZAN DE MORAIS, Jose Luis (Coord.). *Reforma do processo civil: perspectivas constitucionais*. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 83.

⁵⁴⁵ THEODORO JR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco. Breves considerações sobre a politização do judiciário e sobre o panorama de aplicação no direito brasileiro – análise da convergência ente o *civil law* e o *common law* e dos problemas da padronização decisória, p. 33. Em outro estudo acerca do tema, Bahia observa que “Aparentemente Kelsen percebe que a Dogmática poderia não ser capaz de inferir todas as interpretações possíveis e então caso aquilo ocorresse, o aplicador poderia completar o trabalho. Ele cede não apenas à impossibilidade de se estabelecer todas as interpretações possíveis, como também à facticidade de que a autoridade não apenas não está vinculada ao que disse a doutrina, mas que, por vezes, age em desconsideração a esta”. BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. A interpretação jurídica no Estado Democrático de Direito: contribuição a partir da teoria do discurso de Jürgen Habermas. In: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo (coord.). *Jurisdição e hermenêutica constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, p. 311.

⁵⁴⁶ THEODORO JR., Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco. Breves considerações sobre a politização do judiciário e sobre o panorama de aplicação no direito brasileiro – análise da convergência ente o *civil law* e o *common law* e dos problemas da padronização decisória, p. 33. Deve-se ressaltar, contudo, que a

De forma análoga, não se pode desconsiderar as aportes da hermenêutica filosófica de Gadamer, uma vez que, por meio dela, percebe-se que “qualquer doutrina ou legislação a respeito da decisão judicial já não pode mais crer que a aplicação do direito possa se dar nos mesmos moldes propostos pelo positivismo clássico”⁵⁴⁷. Isto porque, para Gadamer, “não há um método de conhecimento válido para todos os casos, mas somente construções metodológicas que devem ser construídas e justificadas caso a caso”, motivo pelo qual não é mais possível “fundar uma dogmática na crença do método, na crença de que um sujeito neutro, destacando em parcela da realidade vá dela tratar a partir de um método ‘rigoroso’”⁵⁴⁸.

Gadamer denuncia a ausência de neutralidade na ciência e, conseqüentemente, na aplicação do direito, por não haver construções metodológicas que nos livrem do problema de interpretar a partir de um sentido predefinido. Theodoro Jr., Nunes e Bahia, explicando o presente ponto da obra gadameriana, esclarecem que:

Gadamer mostra como cooriginais três ações/momentos que, até então, se tinham como distintos/sucessivos: compreensão, aplicação e interpretação: não existe tanta clareza em um texto que dele se possa prescindir da interpretação; a compreensão de um texto (de um fato) é sempre, ao mesmo tempo, interpretação; a aplicação de uma norma e a solução de uma caso – ambos “textos” – envolvem, simultaneamente, sua compreensão e, para tanto, sua interpretação. A condição humana é uma condição hermenêutica, por isso qualquer juiz, diante de um caso, irá, de forma ontologicamente inafastável – interpretar fatos, normas, provas e teses. Ao invés de neutralidade, falar-se-á agora em imparcialidade, é dizer, tendo em vista que não é possível que o magistrado “saia do mundo” para decidir o caso – se, afinal, os limites da minha linguagem são os limites do meu mundo, – deverá explicitar detalhadamente as razões que formaram seu “convencimento”. Apesar de não haver a diferença entre a interpretação de um texto e de uma norma, Gadamer aponta objetivos diferentes entre o primeiro, que é entendido historicamente e a

teoria de Kelsen também apresenta problemas incorrigíveis, uma vez que, de acordo com Chamon Junior, “a saída encontrada por Kelsen esvazia o próprio conteúdo de uma pretensa legitimidade na operacionalização do sistema jurídico ao interpretar que mesmo uma norma individual porventura alcançada fora da moldura do Direito não seria inválida porque aquilo que deveríamos compreender como norma superior seria, pois, aquela que atribui poder/competência à autoridade para decidir! Somente assim seria possível conectar tal compreensão do Direito como sistema de regras ao esclarecimento pretendido. Obviamente que o juiz, por exemplo, somente tem o poder ao mesmo atribuído para que decida em termos do próprio ordenamento normativo; esta é toda a tônica no que se refere à sua discussão acerca das “lacunas” do sistema. Mas o giro funcionalista de Kelsen é mais marcante ao firmar que não seria inválida uma decisão fora do quadro que representa a moldura pelo fato de operacionalmente não poder a mesma ser mais questionada perante qualquer outra autoridade – reduzindo, assim, e mais uma vez, validade à faticidade desde à ótica de uma perspectiva decisionista-funcional”. CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. *Tertium non datur*: pretensão de coercibilidade e validade em face de uma teoria da argumentação jurídica no marco de uma compreensão procedimental do estado democrático de direito. In: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo (coord.). *Jurisdição e hermenêutica constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, p. 89.

⁵⁴⁷ THEODORO JR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco. Breves considerações sobre a politização do judiciário e sobre o panorama de aplicação no direito brasileiro – análise da convergência ente o *civil law* e o *common law* e dos problemas da padronização decisória, p. 34.

⁵⁴⁸ BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco; NUNES, Dierle. Tendências de padronização decisória no PLS nº 166/2010: o Brasil entre o *civil law* e o *common law* e os problemas na utilização do “marco zero interpretativo”, p. 84.

segunda, cujo processo hermenêutico visa concretizar a norma frente ao caso, pois que uma norma só fará sentido frente a um caso⁵⁴⁹.

Desta forma, se a norma adquire sentido frente ao caso, mais uma vez não há que se falar na busca pela intenção da norma ou do legislador.

Dworkin, por sua vez, oferta decisivas contribuições ao tema ora em debate, na medida em que, para o autor norte americano, a interpretação judicial passa necessariamente pela compreensão de que o direito não seria apenas um conjunto de decisões (legislativas e/ou judiciais) tomadas no passado, como na concepção convencionalista⁵⁵⁰, tampouco uma negativa da existência de direitos, que seriam reconhecidos apenas na decisão judicial que se revelaria como a melhor decisão para a comunidade como um todo, conforme defendido pelo realismo jurídico (pragmatismo)⁵⁵¹.

Contra as duas concepções mencionadas, Dworkin formula sua concepção de direito como integridade que, a partir de uma interpretação construtiva, somando-se aos ideais políticos da equanimidade (*fairness*), justiça (*justice*) e do devido processo legal adjetivo (*procedure due process*)⁵⁵², tem-se que uma sociedade de princípio deve se pautar pelo igual

⁵⁴⁹ BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco; NUNES, Dierle. Tendências de padronização decisória no PLS nº 166/2010: o Brasil entre o *civil law* e o *common law* e os problemas na utilização do “marco zero interpretativo”, p. 34-35.

⁵⁵⁰ Segundo Dworkin, o convencionalismo pode ser entendido da seguinte forma: “a força coletiva só deve ser usada contra o indivíduo quando alguma decisão política do passado assim o autorizou explicitamente, de tal modo que advogados e juízes competentes estarão todos de acordo sobre qual foi a decisão, não importa quais sejam suas divergências em moral e política”. DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 141.

⁵⁵¹ Dworkin explica que o “pragmatismo é uma concepção cética do direito porque rejeita a existência de pretensões juridicamente tuteladas genuínas, não estratégicas. Não rejeita a moral, nem mesmo as pretensões morais e políticas. Afirma que, para decidir os casos, os juízes devem seguir qualquer método que produza aquilo que acreditam ser a melhor comunidade futura, e ainda que alguns juristas pragmáticos pudessem pensar que isso significa uma comunidade mais rica, mais feliz ou mais poderosa, outros escolheriam uma comunidade com menos injustiças, com uma melhor tradição cultural e com aquilo que chamamos de alta qualidade de vida. O pragmatismo não explui nenhuma teoria sobre o que torna uma comunidade melhor. Mas também não leva a sério as pretensões juridicamente tuteladas. Rejeita aquilo que outras concepções do direito aceitam: que as pessoas podem claramente ter direitos, que prevalecem sobre aquilo que, de outra forma, asseguraria o melhor futuro da sociedade. Segundo o pragmatismo, aquilo que chamamos de direitos atribuídos a uma pessoa são apenas os auxiliares do melhor futuro: são instrumentos que construímos pra esse fim, e não possuem força ou fundamento independentes”. DWORKIN, Ronald. *O império do direito*, p. 195. De acordo com Pedron, “enquanto o juiz convencionalista deve ter os olhos voltados para o passado, o olhar de um pragmático se remete ao futuro; podendo, para tanto, deixar de respeitar a coerência de princípio com aquilo que outras autoridades públicas fizeram ou farão. As decisões do passado são apenas expedientes de convencimento para uma decisão previamente tomada e pautada por uma escolha política ou por valores de preferência do julgador. Por isso, no pragmatismo, parece desaparecer qualquer separação entre legislação e aplicação judicial do Direito: o juiz, ao se posicionar desvinculado de toda e qualquer decisão política do passado, pode decidir os casos concretos aplicando um direito novo que ele mesmo criou. Nega-se, portanto, a necessidade de ser observada uma coerência de princípio, já que não se reconhece a importância dessa, ainda mais quando é polêmico e incerto qual seja a exigência de coerência a ser atendida”. PEDRON, Flávio Quinaud. *Em busca da legitimidade do direito contemporâneo: uma análise reconstrutivas das teorias jurídicas de Ronald Dworkin, Jürgen Habermas e Klaus Günther*. Belo Horizonte: Ed. Clube de Autores, 2013, p. 47-48.

⁵⁵² PEDRON, Flávio Quinaud. *Em busca da legitimidade do direito contemporâneo: uma análise reconstrutivas das teorias jurídicas de Ronald Dworkin, Jürgen Habermas e Klaus Günther*, p. 48-49.

reconhecimento de direitos a todos, e todas as normas desta sociedade devem promover uma maior liberdade e maior igualdade, de forma que, nas palavras de Dworkin:

Se as pessoas aceitam que são governadas não por regras explícitas, estabelecidas por decisões políticas tomadas no passado, mas por quaisquer outras regras que decorrem dos princípios que essas decisões pressupõem, então o conjunto de normas públicas reconhecidas pode expandir-se e contrair-se organicamente, à medida que as pessoas se tornem mais sofisticadas em perceber e explorar aquilo que esses princípios exigem sob novas circunstâncias, sem a necessidade de um detalhamento da legislação ou da jurisprudência de cada um dos possíveis pontos de conflito⁵⁵³.

A integridade, desta forma, se desdobra em integridade da legislação e também na decisão judicial. No que diz respeito a esta última, Dworkin compreende a aplicação do direito a partir de duas fundamentais metáforas para a compreensão de seu pensamento, quais seja, o juiz Hércules e o romance em cadeia, que são de fundamental importância para a compreensão do direito como integridade e para o afastamento das críticas de que o modelo proposto por Dworkin (notadamente a metáfora de Hércules) seria solipsista. Hércules, consistente em ou expediente contrafático de argumentação, segundo Pedron, “é um juiz filósofo dotado de sabedoria e paciência sobre-humanas, capaz de resolver os casos difíceis através de uma análise completa da legislação, dos precedentes e dos princípios aplicados ao caso”⁵⁵⁴.

Essa análise completa da normatividade aplicável ao caso, em uma comunidade princípios, levaria a uma única resposta correta a decidir o caso, notadamente os casos difíceis (*hard cases*). Para tanto, Dworkin se vale de uma outra metáfora, qual seja, o romance em cadeia, na qual a aplicação judicial do direito é comparada a um “pitoresco exercício literário”⁵⁵⁵. Segundo Dworkin:

Em tal projeto, um grupo de romanistas escreve um romance em série; cada romanista da cadeia interpreta os capítulos que recebeu para escrever um novo capítulo, que é então acrescentado ao que recebe o romancista seguinte, e assim por diante. Cada um escreve seu capítulo de modo a criar da melhor maneira possível o romance em elaboração, e a complexidade dessa tarefa reproduz a complexidade de decidir um caso difícil de direito como integridade⁵⁵⁶.

O romancista deve interpretar adequadamente a obra em elaboração, mediante, bem como o gênero da obra a ser continuada, motivo pelo qual “cada romancista não tem liberdade

⁵⁵³ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*, p. 229.

⁵⁵⁴ PEDRON, Flávio Quinaud. *Em busca da legitimidade do direito contemporâneo: uma análise reconstrutivas das teorias jurídicas de Ronald Dworkin, Jürgen Habermas e Klaus Günther*, p. 66.

⁵⁵⁵ PEDRON, Flávio Quinaud. *Em busca da legitimidade do direito contemporâneo: uma análise reconstrutivas das teorias jurídicas de Ronald Dworkin, Jürgen Habermas e Klaus Günther*, p. 70.

⁵⁵⁶ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*, p. 276.

criativa, pois há um dever de escolher a interpretação que, para ele, faça da obra em continuação a melhor possível”⁵⁵⁷. Assim, espera-se que referido exercício literário seja escrito como um todo, de forma integrada, ao invés de uma compilação de contos independentes e sem relação com os outros, tendo em comum tão somente o nome dos personagens⁵⁵⁸. Partindo do material escrito por seus antecessores, o romancista “deve partir do material que seu antecessor lhe deu, daquilo que ele próprio acrescentou e – dentro do possível – observando aquilo que seus sucessores vão querer ou ser capazes de acrescentar”⁵⁵⁹.

Nesse sentido, Dworkin mostra que tanto na atividade legislativa quanto na aplicação judicial do direito, este assume a condição de um produto coletivo resultante da permanente reconstrução de determinada sociedade, na qual o próprio Hércules está inserido como partícipe⁵⁶⁰, ressaltando-se que “os direitos e deveres políticos dessa comunidade não estão ligados apenas às decisões particulares tomadas no passado, mas sim são dependentes de um sistema de princípios que essas decisões pressupõe ou endossam”⁵⁶¹.

Assim, Dworkin mostra que a integridade do direito implica em um complexo processo hermenêutico entre passado, presente e futuro que, pela história institucional dessa comunidade de princípios, possibilita a existência de uma resposta correta para os casos que se apresentam a esta comunidade⁵⁶². Nesse sentido, a reconstrução paradigmática do direito

⁵⁵⁷ PEDRON, Flávio Quinaud. *Em busca da legitimidade do direito contemporâneo: uma análise reconstrutivas das teorias jurídicas de Ronald Dworkin, Jürgen Habermas e Klaus Günther*, p. 70.

⁵⁵⁸ “Afim, assumindo o Direito como integridade, Dworkin nos ensina que o Direito há que ser compreendido como fruto de um processo histórico de reconhecimento, um processo referido a um único autor, qual seja, a própria comunidade política. Referindo-se à metáfora do ‘romance em cadeia’, a explicitar a própria dimensão hermenêutica da práxis comunicativa, Dworkin nos propõe perceber que o Direito de hoje há que ser compreendido como engajado numa cadeia de desenvolvimento que, desde o passado, veio se construindo pelas mãos da comunidade. CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. *Teoria da argumentação jurídica: constitucionalismo e democracia em uma reconstrução das fontes do direito moderno*”. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2008, p. 175.

⁵⁵⁹ PEDRON, Flávio Quinaud. *Em busca da legitimidade do direito contemporâneo: uma análise reconstrutivas das teorias jurídicas de Ronald Dworkin, Jürgen Habermas e Klaus Günther*, p. 70-71.

⁵⁶⁰ “Completando, então, sua teoria, Dworkin elaborou a metáfora do (contrafactual) juiz Hércules, sobre-humano, capaz de cumprir integralmente as referidas exigências. Embora modelo ideal, não se converte em mera utopia inútil: serve de guia à atuação do magistrado. Bem representativo essa metáfora, portanto, do que ao fundo significa a integridade: a imposição ao magistrado do dever de, tendo-se em vista tais ensinamentos, dar a melhor solução ao caso (exigência de moralidade política). Reflete a integridade, portanto, a noção de responsabilidade”. FERNANDES, Bernardo Gonçalves; MEIRA, Renan Sales de. Os poderes dos magistrados devem continuar a ser ampliados? Críticas ao projeto do novo código de processo civil à luz de um modelo constitucionalmente (discursivo-democrático) adequado de processo. *In: FREIRE; Alexandre et. al. Novas tendências do processo civil. Estudos sobre o projeto do novo Código de Processo Civil*. Salvador: JusPodivm, 2012, p. 200.

⁵⁶¹ PEDRON, Flávio Quinaud. *Em busca da legitimidade do direito contemporâneo: uma análise reconstrutivas das teorias jurídicas de Ronald Dworkin, Jürgen Habermas e Klaus Günther*, p. 77.

⁵⁶² De acordo com Theodoro Jr., Nunes e Bahia, tais referências são de particular importância para o Brasil, (especialmente com a tendência de padronização decisória), “onde se acredita que os problemas do direito são resolúveis pela alteração constante das leis ou pela fixação de novo posicionamento pretoriano. Tomando-se o

“retiraria dos ombros do intérprete um papel ou encargo hercúleo, pois uma vez reconstruído o paradigma, ter-se-ia, sem maiores mediações, uma vetor interpretativo já presente e efetivo para a resolução de questões jurídicas”⁵⁶³.

Klaus Günther também oferece decisivas contribuições o processo de compreensão da decisão judicial. Tendo a unicidade do caso como pressuposto (assim como Dworkin), bem como a singularidade de cada evento reconstruído no processo⁵⁶⁴, Günther registra que “a decisão deve preceder um processo em que todas as características relevantes do caso sejam levadas em consideração”, de modo que, “ao ser feito esse levantamento o ordenamento aparece ao aplicador como um ‘mar revolto’ de normas competindo entre si para regerem a situação” e não como uma regra integrante de um todo harmônico e predeterminado que regulasse de modo absoluto a aplicação de suas regras⁵⁶⁵. De acordo com Theodoro Jr., Nunes e Bahia:

Havendo várias normas válidas que poderiam reger aquele caso – normas aplicáveis *prima facie* –, a descoberta de qual delas é a norma adequada é tarefa da qual participam, como dissemos, ativamente as partes em contraditório e o próprio juiz. Descobrir quais são as normas aplicáveis *prima facie* – isto é, quais normas são válidas já que obedecem a um critério de universalização, portanto, sem consideração do caso –, é um processo que se dá através de discursos de justificação. Uma vez definidas quais são as normas *prima facie* aplicáveis, passa-se ao que Günther chama de discursos de aplicação, como dissemos, através da busca pela descrição o mais completa possível do caso, de suas particularidades, será possível perceber qual daquelas normas (e nenhuma outra) é a norma adequada. Dessa forma, não há um conflito real entre as normas, mas apenas aparente. Pretensões abusivas se evidenciam quando o gozo regular do direito de um implica a infringência do direito legítimo de outrem⁵⁶⁶.

exemplo do Processo Civil, percebe-se que, a despeito das reformas incessantes pelas quais vem passando a lei e, a despeito do ‘aperfeiçoamento’ do sistema de súmulas, a crise do Judiciário não foi resolvida, pois que nosso problema não é de texto – como poderia parecer a uma comunidade de regras”. THEODORO JR.; NUNES, DIERLE; BAHIA, Alexandre Melo Franco. Litigância de interesse público e execução participada de políticas públicas, p. 35.

⁵⁶³ CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. PEDRON, Flávio Quinaud. O que é uma decisão judicial fundamentada?: reflexões para uma perspectiva democrática do exercício da jurisdição no contexto da reforma processual civil. In: BARROS, Flaviane de Magalhães; BOLZAN DE MORAIS, Jose Luis (Coord.). *Reforma do processo civil: perspectivas constitucionais*. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 135.

⁵⁶⁴ PEDRON, Flávio Quinaud. *Em busca da legitimidade do direito contemporâneo: uma análise reconstrutivas das teorias jurídicas de Ronald Dworkin, Jürgen Habermas e Klaus Günther*, p. 171-172.

⁵⁶⁵ THEODORO JR.; NUNES, DIERLE; BAHIA, Alexandre Melo Franco. Litigância de interesse público e execução participada de políticas públicas, p. 37-38.

⁵⁶⁶ THEODORO JR.; NUNES, DIERLE; BAHIA, Alexandre Melo Franco. Litigância de interesse público e execução participada de políticas públicas, p. 38. De acordo com Pedron, “um procedimento imparcial de aplicação do Direito, então, deve levantar exigências de iguais considerações de todas as particularidades apresentadas pelo caso. Desta sorte, uma aplicação imparcial de uma norma significa compreendê-la como a norma adequada capaz de, simultaneamente, ser interpretada como se fizesse parte de um sistema coerente de normas e fornecer uma resposta para o caso particular, preenchendo uma exigência de correção normativa para aquela decisão singular”. PEDRON, Flávio Quinaud. *Em busca da legitimidade do direito contemporâneo: uma análise reconstrutivas das teorias jurídicas de Ronald Dworkin, Jürgen Habermas e Klaus Günther*, p. 191.

Em face da riqueza e complexidade da realidade, “não há lei, sumula ou jurisprudência que possam prever todas suas situações de aplicação”, o que implica no constante desafio ao aplicador, que se deparará o tempo todo com um conflito entre as normas aplicáveis. Assim, a análise circunstanciada do caso e da normatividade aplicável é que complementarás as normas, dando subsídios à decisão⁵⁶⁷.

Por fim, Habermas esclarece, por meio de sua teoria do discurso e da democracia, que “entre segurança jurídica (positividade do direito) e a pretensão de gerar decisões corretas (legitimidade)”, “a decisão judicial deve levar em conta o ordenamento (justificação interna), como repositório das expectativas de comportamento que foram estabilizadas, seja pelo legislador, seja pelo Judiciário (ou ainda pela tradição e costumes)”⁵⁶⁸.

De acordo com Theodoro Jr, Nunes e Bahia:

Ao mesmo tempo, no entanto, a decisão reclama aceitabilidade racional (justificação externa). Para isso há que se atentar não apenas para a qualidade dos argumentos, mas também para a própria estrutura do procedimento argumentativo que leva à decisão, de forma a garantir a igual participação dos afetados pela decisão, de forma a garantir a igual participação dos afetados pela decisão, sem coerções (validade), a despeito da limitação de tempo (facticidade). Para que uma decisão judicial possua certeza e aceitabilidade racional deve cumprir duas condições: fundamentação interna, isto é, conceber-se o Direito como um conjunto principiológico de normas e fundamentação externa, legitimidade que garanta aceitabilidade à decisão verificada pela observância de um procedimento que haja garantido igual participação, em contraditório⁵⁶⁹.

⁵⁶⁷ THEODORO JR.; NUNES, DIERLE; BAHIA, Alexandre Melo Franco. Litigância de interesse público e execução compartilhada de políticas públicas, p. 38.

⁵⁶⁸ BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco; NUNES, Dierle. Tendências de padronização decisória no PLS nº 166/2010: o Brasil entre o *civil law* e o *common law* e os problemas na utilização do “marco zero interpretativo”, p. 88. De acordo com Chamon Jr, “Se no processo legislativo, argumentos referidos a valores (axiológicos), argumentos morais (referidos à justiça) e argumentos pragmatistas (referidos a uma concepção a tomar em conta meios adequados para a realização de determinados fins) podem assumir de maneira determinante a força de argumentos capazes de determinar a decisão legislativa, por outro lado, em um processo jurisdicional tão somente argumentos jurídicos podem cobrar força em uma decisão, uma vez que estamos nos referindo a um discurso de aplicação normativa, e não a um discurso de criação, ou justificação, de normas. (...), é que a atividade de aplicação jurídico-normativa jamais pode confundir com a atividade legislativa, com o processo democrático”. CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. *Teoria da argumentação jurídica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 181-182.

⁵⁶⁹ THEODORO JR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco. Breves considerações sobre a politização do judiciário e sobre o panorama de aplicação no direito brasileiro – análise da convergência ente o *civil law* e o *common law* e dos problemas da padronização decisória, p. 39. Chamon Junior observa tece as seguintes considerações sobre a relação entre facticidade (coerção) e validade (aceitabilidade): “O papel principal do Direito no que se refere à integração social se deve ao fato de que o risco do dissenso resta neutralizado agora não mais por uma autoridade sacra ou por instituições fortes que mantinham fora do criticável determinados conteúdos axiológicos e deontológicos. O posto de centralidade do Direito se deve a uma limitação na medida em que a validade das normas não pode ser questionada quando de uma pretensão individual orientada ao êxito. O Direito legítimo é coercitivo e esta coercibilidade possível reflete a aceitabilidade racional e não-questionabilidade da validade desse fato – cisão entre facticidade e validade. Do contrário, o risco de dissenso estaria absurdamente largado, o que colocaria em risco a própria solidariedade social garantida, em última instância, pela ação comunicativa que, assim, fica aliviada de buscar soluções orientadas ao entendimento”. CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. *Filosofia do Direito na Alta Modernidade: Incursões teóricas em Kelsen, Luhmann e Habermas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 236.

Habermas trabalha como pontos centrais de sua teoria a soberania popular e os direitos humanos, dos quais resulta a formação da opinião e da vontade pública e a ideia de co-originalidade entre autonomia pública e autonomia privada. O sistema de direitos de determinada sociedade ou, em outras palavras, “o conjunto de direitos (fundamentais) que os membros de uma comunidade atribuem-se reciprocamente quando decidem regular legitimamente sua convivência através do Direito Positivo” e que na modernidade tal fundação se dá na Constituição⁵⁷⁰, “não deve apenas institucionalizar uma formação da vontade política racional, mas também proporcionar o próprio *medium* no qual essa vontade pode se expressar como vontade comum de membros do direito livremente associados”⁵⁷¹.

O sistema de direitos, desta forma, é responsável pela autonomia privada, garantindo “aos indivíduos determinadas liberdades subjetivas de ação a partir das quais podem agir em conformidade com seus próprios interesses”. Lado outro, a autonomia pública consiste na “garantia de legitimidade do procedimento legislativo através de iguais direitos de comunicação e de participação”, ou, em outras palavras, “trata-se do fato de que os sujeitos de direito têm de se reconhecer como autores das normas às quais se submetem”⁵⁷². Assim, a “reconstrução da noção de autonomia leva Habermas a afirmar que os indivíduos, como sujeitos de direito, devem ao mesmo tempo sempre ser autores e destinatários do Direito por eles produzidos”⁵⁷³.

No que diz respeito à equiprimordialidade entre autonomia pública e privada, relevante destacar que, no que tange ao principal argumento de defesa da intervenção do *amicus curiae* no direito brasileiro, qual seja, o de que sua manifestação seria justificada pelo interesse público, bem como viabilizar uma sociedade aberta de intérpretes da Constituição mediante uma abertura procedimental, conforme propugnado por Häberle, Habermas resgata algumas destas ideias, aprimorando e acrescentando em sua obra

[...] elementos essenciais para sua defesa acerca de uma postura procedimental de interpretação constitucional que preveja e viabilize uma efetiva participação de todos e cada um na formação crítica da opinião e da vontade política, bem como nos rumos das decisões e deliberações tomadas na esfera política/jurídica⁵⁷⁴.

⁵⁷⁰ PEDRON, Flávio Quinaud. *Em busca da legitimidade do direito contemporâneo*, p. 145.

⁵⁷¹ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*, Vol. I, 1997, p. 147.

⁵⁷² PEDRON, Flávio Quinaud. *Em busca da legitimidade do direito contemporâneo*, p.145-146.

⁵⁷³ PEDRON, Flávio Quinaud. *Em busca da legitimidade do direito contemporâneo*, p. 146.

⁵⁷⁴ MATTOS, Ana Leticia Queiroga de. *Amicus curiae: hermenêutica e jurisdição constitucional*, p. 151. No mesmo sentido, Binenbojm pontua que “Habermas resgata a ideia da sociedade aberta de intérpretes da Constituição, formulada por Peter Häberle, segundo a qual o círculo de intérpretes da Lei Fundamental deve ser elástico para abarcar não apenas as autoridades públicas e as partes formais nos processos de controle de constitucionalidade, mas todos os cidadãos e grupos sociais que, de uma forma ou de outra, vivenciam a realidade constitucional”. BINENBOJM, Gustavo. *A nova jurisdição constitucional brasileira – legitimidade democrática e instrumentos de realização*, 2014, p. 114-115.

Nesse sentido, o próprio Habermas tece as seguintes considerações:

[...] é necessário que a pessoa envolvida experimente a organização da proteção do direito como um processo político e que ela mesma participe na construção do contrapoder articulando os interesses sociais. A colaboração no processo de realização do direito cria um laço entre o *status* positivo do direito, valorizado em termos coletivos, e o *status* de cidadão ativo. P. Häberle ampliou o sentido democrático-procedimental da participação no processo, estendendo-o aos direitos a prestações sociais em geral. Ele aposta suas fichas na configuração de um *status activus processualis*⁵⁷⁵.

A política deliberativa, para Habermas, compreende, a um só tempo, o espaço social em que os participantes da formação da vontade política estão contidos e a garantia de participação de toda a opinião pública como condição de legitimidade da jurisdição constitucional⁵⁷⁶. De acordo com Cattoni de Oliveira:

[...] a Jurisdição Constitucional deve garantir, de forma constitucionalmente adequada, a participação, nos processos constitucionais de controle jurisdicional de constitucionalidade da lei e do processo legislativo, dos possíveis afetados por cada decisão, em matéria constitucional, através de uma interpretação construtiva que compreenda o próprio Processo Constitucional como garantia das condições para o exercício da autonomia jurídica dos cidadãos. Ao possibilitar a garantia dos direitos fundamentais processuais jurisdicionais, nos próprios processos constitucionais de controle jurisdicional de constitucionalidade das leis e do processo legislativo, a Jurisdição Constitucional também garantirá as condições para o exercício da autonomia jurídica dos cidadãos, pela aplicação reflexiva do princípio do devido processo legal, compreendido aqui, como “modelo constitucional de processo” (para utilizar a expressão de Andolina-Vignera) a si mesma⁵⁷⁷.

Assim, por todas as contribuições teóricas apresentadas, em que pese uma recorrente leitura tão somente dogmática do direito processual, ou ainda uma visão atrelada a perspectivas teóricas insuficientes diante da complexidade da sociedade atual, a exemplo das teorias de viés socializante ou neoliberal, verifica-se que uma análise do processo em uma perspectiva constitucionalizada deve passar por uma imperiosa leitura de seus pressupostos, de modo que o dimensionamento técnico do direito processual possa atender a exigência de legitimidade das decisões jurisdicionais mediante a participação de todos os sujeitos processuais.

A preocupação com a legitimidade das decisões ganha especial relevo quando da problematização do papel atribuído aos Tribunais de sobreposição no Estado Democrático de Direito, notadamente diante das modificações do controle de constitucionalidade ao longo dos anos e o (questionável) argumento de que este estaria passando por uma transformação,

⁵⁷⁵ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*, Vol. II, 1997, p. 149-150.

⁵⁷⁶ SILVA, Diogo Bacha e. *Ativismo no controle de constitucionalidade*, p. 90.

⁵⁷⁷ CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Devido processo legislativo*, p. 168.

consistente na atribuição, pela CRFB e por inúmeras outras normas, de uma maior força ao controle concentrado e abstrato em detrimento do controle difuso de constitucionalidade.

Nesse sentido, a idealização de uma abertura procedimental pela possibilidade de intervenção *amicus curiae* como suposto expediente de contornar o déficit de legitimidade das decisões dos Tribunais Superiores, apesar de louvável, acaba por esbarar em diversos outros problemas, como a pressuposição do que seria o interesse público subjacente à causa discutida, bem como a ausência de uma percepção do processo como um imperioso meio institucional de garantia de formação participada das decisões, bem como uma modalidade de fiscalidade e processualização do poder decisório.

Nesse sentido, conforme a advertência de Bahia sobre o crescimento do papel do *amicus curiae* na jurisprudência do STF:

[...] não faz sentido a aceitação do “*amicus*” se sua contribuição não for nem “desejável” nem “útil” ao aporte de um maior número de diferentes teses (jurídicas ou não) sobre o caso. Perceba-se, no entanto, que essa ideia – de que trazer o máximo de contribuições para o processo gera um “plus” na decisão – somente subsiste se o órgão julgador realmente levar a sério todas as teses “ventiladas”, o que, segundo a jurisprudência atualmente dominante, não é um requisito nem frente às teses das partes. Se nem aos argumentos trazidos pelas partes é dado o status de merecer consideração integral pelo órgão julgador, haver-se-ia de conferir maior destaque a quem sequer possui interesse na causa?⁵⁷⁸

Assim, tanto a ausência de uma completa e exauriente análise dos argumentos das partes e dos intervenientes – em descompasso com a garantia constitucional da fundamentação racional das decisões e da acepção contemporânea do princípio do contraditório⁵⁷⁹ –, quanto o modo como se opera a escolha pela admissão ou não da intervenção devem ser devidamente problematizados, de modo que o *amicus curiae* possa efetivamente contribuir para a legitimidade das decisões e não somente referendar a existência de um interesse público não demarcado de forma argumentativa, ou ainda uma decisão baseada em uma suposta legitimação pelo procedimento, na qual a simples intervenção, por si só, alardeada como virtuosa, benéfica e democrática, teria o condão de cumprir com os objetivos pelos quais foi idealizada.

⁵⁷⁸ BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. O crescimento do *amicus curiae* no novo CPC: perspectivas sobre a jurisprudência atual do STF, p. 270.

⁵⁷⁹ THEODORO JR, Humberto; NUNES, Dierle José Coelho. Uma dimensão que urge reconhecer ao contraditório no direito brasileiro: sua aplicação como garantia de influência, de não surpresa e de aproveitamento da atividade processual. *Revista de Processo* v. 168. São Paulo: Revista dos Tribunais, fev./2009, p. 107-141. NUNES, Dierle José Coelho. Processo jurisdicional democrático, p. 224-246.

5.2 A intervenção do *amicus curiae* e sua influência no processo decisório no âmbito dos Tribunais Superiores

As discussões acerca da legitimidade das decisões encontram um espaço profícuo e complexo na contemporaneidade e, em especial, no âmbito dos Tribunais Superiores. Seja pelas discussões relativas ao controle concentrado de constitucionalidade ou no controle difuso, o modo de se entender as justificativas que orientaram determinada decisão, somado ao modo como se entende o procedimento que lhe é um antecedente lógico e indispensável, cobra dos operadores do direito uma compreensão do atual panorama jurídico.

Esta compreensão deve ter como pano de fundo, conforme já considerado ao longo deste trabalho, as diversas tensões que caracterizam o direito na atualidade e mencionadas ao longo deste trabalho, a exemplo das concepções de viés socializante e neoliberal do direito processual, os fenômenos do ativismo judicial e da judicialização da política, as modificações ocorridas no controle de constitucionalidade, bem como a busca pela padronização decisória mediante o delineamento de um sistema de precedentes. Todas estas vertentes de conformação do direito atual merecem, seja pela complexidade dos temas, seja pela delimitação da presente pesquisa, um estudo próprio e com a necessária profundidade, não sendo equivocado afirmar, contudo, que todas elas ofertam desafios e perspectivas para uma compreensão da intervenção do *amicus curiae* no direito brasileiro atual.

Medina, em recente pesquisa sobre a influência do *amicus curiae* no processo decisório do STF, chega à conclusão sobre as qualidades da intervenção, que teria o condão de “fornecer à corte um dimensionamento político-social da questão constitucional controvertida”⁵⁸⁰, bem como alerta para o caráter parcial da intervenção e de como esta pode influenciar a decisão a favor de uma ou de outra parte. Para a autora, contudo, esta influência, baseada no caráter informacional da manifestação poderia, se realizada de forma polarizada, aumentar as chances de êxito da parte apoiada pelo *amicus*, causando um desequilíbrio informacional e uma consequente desvantagem para a parte que não estivesse amparada por semelhante manifestação de terceiros a seu favor⁵⁸¹. Assim, como possível alternativa para

⁵⁸⁰ MEDINA, Damares. *Amicus curiae: amigo da corte ou amigo da parte?* São Paulo: Saraiva, 2010, p. 102.

⁵⁸¹ “Ao surgir como porta adicional de entrada das informações no processo, o amigo da corte pode atuar como mecanismo mitigador ou potencializador da vantagem informacional das partes (ou de apenas uma delas, o lado apoiado). A potencialização da vantagem informacional da parte apoiada pelo *amicus curiae* pode aumentar a assimetria de informações entre as partes e o juízo (corte), comprometendo o equilíbrio processual fundamental para o processo de tomada de decisão judicial. Por essa razão, o papel do *amicus curiae* no aumento da informação (aqui tida como algo ainda não sabido, não revelado) não pode ser analisado fora do contexto jurídico-processual no qual ele está inserido”. MEDINA, Damares. *Amicus curiae: amigo da corte ou amigo da parte?* São Paulo: Saraiva, 2010, p. 163.

superação do negativo desequilíbrio informacional que o *amicus curiae* poderia causar, a autora aponta que, se o ingresso *do amicus* ocorrer em apoio a ambos os lados da controvérsia, “pode não haver desvantagem informacional nenhuma das partes, uma vez que o acréscimo informacional em um dos polos do processo pode ser compensado pelo aumento informacional do lado oposto”⁵⁸². Por fim, como alternativa procedimental, sugere a utilização do procedimento das audiências públicas⁵⁸³.

Com efeito, não obstante a reafirmação do caráter democrático da intervenção do *amicus curiae*, mesmo diante dos riscos de que este possa atuar com parcialidade, apoiando interesses das partes ou mesmo interesses próprios, Medina afirma peremptória e repetidamente que a intervenção estaria condicionada à discricionariedade do Relator⁵⁸⁴. A mesma autora também afirma que a ausência de partes no sentido estrito faz com que o princípio do contraditório não incida nos processos do controle concentrado de constitucionalidade, não havendo, portanto, que se falar direito de ampla defesa⁵⁸⁵.

Pela leitura e análise destas afirmações, constata-se que de nada adianta uma previsão legal do instituto, sua admissão em inúmeros procedimentos e a defesa, pela doutrina e pela jurisprudência, de sua maior utilização, se a incidência dos princípios processuais é completamente afastada e se a intervenção é tratada como um ato de *gracioso*, benevolência ou conveniência do Relator.

Nesse sentido, partindo do pressuposto já mencionado de que o processo não pode ser entendido como instrumento da Jurisdição e o procedimento não pode ser trabado como mecanismo específico de sucessão de atos processuais⁵⁸⁶, conforme trabalhado no segundo capítulo desta pesquisa, Cruz tece as seguintes considerações:

Restou claro que para Habermas (1997) é do próprio procedimento democrático que o Direito extrai sua legitimidade das sociedades contemporâneas. Assim, torna-se indispensável tratar o controle da constitucionalidade das leis dentro do contexto de procura de um consenso racional, fruto da ação comunicativa. Contudo, essa procura

⁵⁸² MEDINA, Damares. *Amicus curiae: amigo da corte ou amigo da parte?* São Paulo: Saraiva, 2010, p. 163-164.

⁵⁸³ “Um procedimento para minimizar o desequilíbrio informacional entre as partes seria a adoção do procedimento eletrônico, no termos da Lei n.º 11.419/2006, da Resolução n. 344/2007 e da Portaria n. 73/2007, do STF, adotado com grande êxito pela Ministra Cármen Lúcia, no julgamento da ADPF 101. Outra medida seria a realização de audiências públicas em casos em que envolvam questões cuja controvérsia ultrapassa o campo estritamente legal. Na linha do que foi decidido na ADI 3.510 e nas ADPF 54 e 101, a audiência pública pode ser o *locus* para que o *amicus curiae* se manifeste em igualdade de condições com as demais partes do processo, sem que se comprometa o equilíbrio informacional”. MEDINA, Damares. *Amicus curiae: amigo da corte ou amigo da parte?* São Paulo: Saraiva, 2010, p. 167.

⁵⁸⁴ MEDINA, Damares. *Amicus curiae: amigo da corte ou amigo da parte?*, p. 76, 102

⁵⁸⁵ MEDINA, Damares. *Amicus curiae: amigo da corte ou amigo da parte?*, p. 89.

⁵⁸⁶ Gonçalves. Arodo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. Rio de Janeiro: Aide, 1992; CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Jurisdição constitucional democrática*, p. 409.

pelo melhor (mais adequado) argumento exige uma perspectiva dialética nesse procedimento, que só se pode dar pela implementação do contraditório⁵⁸⁷.

Assim, contrariamente ao argumento de que o controle concentrado de constitucionalidade seja (ou deva ser) objetivo, Cruz assevera que aceitar passivamente tal entendimento “viola inteiramente a concepção de democracia radical da proposta crítico-deliberativa de Habermas (1997), alternativa entendida como mecanismo de construção e solidificação do regime democrático num país subdesenvolvido como o Brasil”⁵⁸⁸.

Desta forma, o contraditório, como garantia constitucional e corolário do devido processo legal, não pode ter sua aplicabilidade negada ou tolhida pelo STF ou qualquer outro órgão jurisdicional, notadamente nos procedimentos voltados para a defesa da integridade do texto constitucional⁵⁸⁹.

Ao invés de se falar em objetivação ou abstrativização do controle difuso, assim como em um controle que se pretenda abstrato, a Jurisdição Constitucional brasileira deve, para uma adequada realização das funções que lhes são atribuídas, pressupor que “o processo é necessariamente um procedimento subjetivo, sujeito ao devido processo legal, contraditório e ampla defesa (art. 5º, LV, da CF/88), sem o que se perde sua legitimidade democrática”⁵⁹⁰.

Conforme amplamente considerado neste trabalho, as inúmeras reformas legislativas ocorridas nos últimos anos no Brasil, sobretudo no que tange as reformas do sistema processual, delinearam uma série de expedientes de compatibilização vertical das decisões, os quais, conforme observam Cruz *et al.*,

[...] demonstram de forma cabal que a via difusa de controle concentrado de constitucionalidade das leis tem recebido influxos da via concentrada, o que claramente encerra uma preferência evidente do STF pela via concentrada em detrimento da via difusa, sempre com o discurso da premência favorável a uma jurisdição de massa e justificada pela noção de que, por exemplo, a súmula vinculante corresponderia a um espelho da doutrina americana do *stare decisis*⁵⁹¹.

⁵⁸⁷ CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Jurisdição constitucional democrática*, p. 407.

⁵⁸⁸ CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Jurisdição constitucional democrática*, p. 408.

⁵⁸⁹ Cruz, reconhecendo os avanços empreendidos no campo do direito processual, em especial os estudos levados a cabo pela Escola Mineira de Processo, afirma que “O processo não pode ser entendido como instrumento de exercício da Jurisdição e o procedimento como mecanismo específico de sucessão de atos processuais. Na moderna doutrina processual, para Gonçalves (1992), Cattoni de Oliveira (2001) processo é espécie de procedimento no qual se garante o contraditório e a simétrica participação das partes. O contraditório e a ‘subjetivação’ dos processos de controle de constitucionalidade concentrados tornam-se, sob a perspectiva da Teoria Discursiva do Direito, elementos essenciais à redução de seu *deficit* de legitimidade, por tratar-se, especialmente no Brasil, de demandas nas quais a sociedade e a cidadania não se fazem presentes”. CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Jurisdição constitucional democrática*, p. 409.

⁵⁹⁰ CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Jurisdição constitucional democrática*, p. 409.

⁵⁹¹ CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza; NEDER MEYER, Emílio Peluso; RODRIGUES, Eder Bomfim. *Desafios contemporâneos do controle de constitucionalidade no Brasil*. Belo Horizonte: 2012, p. 130.

Entretanto, tendo em vista o fato de que a Jurisdição Constitucional brasileira é composta por dois sistemas distintos, quais sejam, o difuso e o concentrado, referidos modelos devem se complementar, ao invés de promover uma mitigação ou proeminência de um sobre o outro. Disto decorre que

[...] o significado na Teoria Discursiva é a necessidade que a Jurisdição Constitucional não perca contato com a textualidade concreta. Mister se faz, em um modelo que admite mais de uma via de controle, que essas técnicas venham a interagir mutuamente, complementando-se. Inconcebível, pois, dizer que um processo constitucional possa ser “objetivo”, desvincilhado dos princípios cardeais que devem guardar não apenas o processo judicial, mas também o legislativo e o administrativo⁵⁹².

Assim, a imperiosa compreensão acerca de uma adequada confluência dos dois modelos de controle de constitucionalidade e a aplicabilidade dos princípios processuais componentes do devido processo legal em ambos mostra também o equívoco de se afirmar que a (in)admissão da intervenção do *amicus curiae* consistiria em uma discricionariedade a ser exercida pelo relator. Afinal, conforme a observação de Streck:

[...] se a grande conquista do século XX foi o alcance de um direito transformador das relações sociais, será (é?) um retrocesso reforçar/acentuar formas de exercício de poder fundados na possibilidade de atribuição de sentidos de forma discricionária, que leva, inexoravelmente, a arbitrariedades, soçobrando, com isso, a própria Constituição⁵⁹³.

Levando em conta tudo o que já se disse sobre os pressupostos teóricos para uma adequada compreensão da intervenção do *amicus curiae*, percebe-se que o atual estágio de avanço do direito não mais permite a defesa ou existência de decisões judiciais pautadas na discricionariedade, notadamente diante do dimensionamento do processo constitucionalizado, pautado na construção participada das decisões pela incidência, em todo o iter processual, do contraditório dinâmico, bem como a obrigatoriedade de fundamentação das decisões⁵⁹⁴.

Nesse sentido, uma interpretação constitucionalmente adequada do direito na atualidade, a partir do processualismo constitucional democrático, permite uma renovada análise do sistema processual como um todo e, em especial, do movimento reformista e suas constantes incursões, as quais, ora mediante reformas pontuais, ora realizando uma verdadeira

⁵⁹² CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Jurisdição constitucional democrática*, p. 409.

⁵⁹³ STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica, Constituição e Processo, ou de como “discricionariedade não combina com democracia”: o contraponto da resposta correta. In: OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; MACHADO, Daniel Amorim (Coord.). *Constituição e processo: a contribuição do processo no constitucionalismo democrático brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 16.

⁵⁹⁴ NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático*, p. 201-251.

revolução, como o novo CPC brasileiro, buscam novas formas de legitimidade mediante a modificação e criação de diversos procedimentos, a exemplo da previsão normativa do *amicus curiae* na nova codificação.

Uma concepção dinâmica de participação democrática por meio do processo constitucionalizado viabiliza o apontamento de alternativas constitucionalmente adequadas para os diversos problemas que se apresentam aos estudiosos do direito na atualidade, na medida em que a permanente fiscalidade do poder decisório – mediante a aplicação dinâmica dos princípios processuais e a reconstrução argumentativa de todos os argumentos envolvidos no caso a ser discutido – possibilita uma blindagem hermenêutica às concepções socializadoras e neoliberais de aplicação do direito, bem como às posturas ativistas e protagonistas do judiciário⁵⁹⁵.

Nesse sentido, o processualismo constitucional democrático viabilizada também uma renovada leitura da importância da intervenção do *amicus curiae* e do papel que lhe é conferido no direito brasileiro, levando em conta o devido dimensionamento de suas virtudes e contribuições e, principalmente, dos eventuais riscos e deturpações de sua intervenção.

A demarcação teórica nos moldes referidos se mostra de fundamental importância para o tema objeto de estudo, na medida em que, contrariamente às constatações mencionadas por Bueno para uma compreensão do *amicus curiae* no direito brasileiro, não se pode, no atual estágio de avanço do direito, defender uma atividade criativa-valorativa e concretizadora do magistrado, no sentido de que este “criaria o próprio direito a ser aplicado, justamente em virtude da complexidade do ordenamento jurídico atual”, caracterizado pela necessidade de “captação” e “compreensão” dos valores dispersos na sociedade⁵⁹⁶.

A busca por um dimensionamento adequado do *amicus curiae* no Estado Democrático de Direito passa necessariamente pela compreensão, pela análise das diversas hipóteses procedimentais de participação processual nesta qualidade, da aparente dualidade que caracteriza a intervenção.

Referida dualidade reside no fato de que uma leitura corriqueira do instituto, sempre pressupondo a neutralidade e altruísmo de sua atuação, supostamente virtuosa e orientada a contribuir para uma decisão mais legítima, acaba por olvidar que a mesma intervenção, não raras vezes, pode ocorrer com parcialidade, seja em benefício das partes, seja em benefício próprio, ocorrendo, nestes casos, o desvirtuamento do papel original do instituto, como amplamente denunciado pela literatura jurídica estrangeira, em especial a norte-americana.

⁵⁹⁵ NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático*, p. 201-251.

⁵⁹⁶ BUENO, Cassio Scarpinella. *O amicus curiae no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático*, p. 51-52.

Perceba-se que em ambos os casos corre-se o risco de o *amicus curiae*, sob as vestes de uma contribuição altruísta e supostamente fundada na defesa do interesse público, intervir para a promoção ou defesa de interesses inconfessáveis, de modo a viabilizar a manutenção de interesses de grupos hegemônicos que, na condição de lobistas, interviriam de forma orientada a provocar a formação de um entendimento decisório que fosse favorável a seus interesses.

Assim, pela das hipóteses de intervenção na qualidade de *amicus curiae* no direito brasileiro atual e o pano de fundo no qual está inserido, impende delinear uma compreensão democrática do instituto, de modo que de sua operacionalidade possa-se alcançar o seu máximo rendimento⁵⁹⁷.

5.3 O *amicus curiae* a partir de uma perspectiva discursiva do direito e da democracia: o processo na construção do Estado Democrático de Direito

Pelas considerações até aqui expostas, percebe-se que, com a verificação da crescente importância do *amicus curiae* no direito brasileiro e estrangeiro, seu desenvolvimento no direito estrangeiro até sua gradual recepção pelo direito pátrio, bem como a problematização das hipóteses normativas, das potencialidades e, principalmente, dos riscos decorrentes da intervenção, o principal desafio que se apresenta aos estudiosos é o de conferir ao instituto uma abordagem constitucionalmente adequada, que ao mesmo tempo possa viabilizar a maior aplicabilidade possível, levando em conta todas as suas potenciais qualidades, bem como a percepção dos riscos e limites a ele inerentes. Em outras palavras, torna-se imperioso que o dimensionamento teórico, dogmático e jurisprudencial do instituto, notadamente em face das novas possibilidades de atuação do *amicus curiae* em virtude de sua previsão no novo Código de Processo Civil, seja realizado a partir dos balizamentos teóricos do processo constitucionalizado, de modo a se alcançar o máximo rendimento da intervenção⁵⁹⁸.

⁵⁹⁷ DEL PRÁ, Carlos Gustavo Rodrigues. O princípio do máximo rendimento: *amicus curiae* e audiências públicas. *Revista de Processo* v. 224. São Paulo: Revista dos Tribunais: out. 2013, p. 73-91.

⁵⁹⁸ DEL PRÁ, Carlos Gustavo Rodrigues. O princípio do máximo rendimento: *amicus curiae* e audiências públicas. *Revista de Processo*. v. 224. São Paulo: Revista dos Tribunais: out. 2013, p. 73-91. Impende ressaltar que, em que pese ser desejável e até mesmo imperioso os esforços para que se tenha o máximo aproveitamento da intervenção do *amicus curiae* no direito brasileiro, conforme defendido por Del Prá, não há que se falar em um “princípio do máximo rendimento”, tendo em vista sua completa ausência de densidade normativa, estando, portanto, dentro do que Streck denominou de pan-principiologismo, expressão cunhada para denunciar a existência, no direito brasileiro, de uma produção industrial de princípios sem normatividade (standards jurídicos), construídos por diversos juristas e em descompasso com os atuais avanços da teoria dos princípios. Para um aprofundamento no tema: STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso*. 4. ed. São Paulo: Editora Saraiva: 2011.

Primeiramente, impende ressaltar que, na linha de tudo o que foi apresentado acerca do *amicus curiae*, percebe-se que a intervenção pode contribuir para uma efetiva melhora qualitativa dos atos decisórios, mediante o incremento do espectro informacional a ser discutido processualmente, seja ele fático ou jurídico. Referido auxílio, desta forma, seja pela apresentação de novos elementos, uma nova leitura ou interpretação, ou ainda o aporte de dados técnicos, pode viabilizar uma melhora do ato decisório resultante da função jurisdicional, contribuindo, portanto, para uma maior legitimidade das decisões, baseada na abertura procedimental e na participação de diversos setores da sociedade.

Contudo, a virada hermenêutica que se propõe quanto ao estudo do tema reside no fato de que, se a intervenção do *amicus curiae* for analisada por uma leitura rasa, a partir de um viés liberal, socializador ou ainda neoliberal, não se logrará alcançar todas as potencialidades que uma leitura atenta às exigências normativas do processo constitucional democrático pode viabilizar.

Como apresentado no capítulo dois, no que diz respeito às fases que caracterizam o direito processual nos últimos séculos, os períodos pré-liberal e liberal são caracterizados por uma predominância das partes na conformação do procedimento e, por outro lado, um magistrado passivo, sem qualquer contato com as partes ou mesmo com as provas produzidas, tendo em vista a crença de que uma presença ativa do magistrado poderia abalar sua imparcialidade⁵⁹⁹.

Nesse sentido, levando em conta o que já se disse quanto ao desenvolvimento histórico da figura do *amicus curiae*, infere-se que nestas fases a intervenção era manejada de forma neutra e altruísta, sendo utilizada para apontar argumentos ou fatos não considerados pelas partes, já que estas tinham o monopólio do procedimento e, conseqüentemente, da formação do objeto litigioso, ou ainda para contribuir para uma decisão mais acertada mediante a menção de precedentes potencialmente aplicáveis ao caso e por quaisquer motivos ainda não invocados⁶⁰⁰.

Com a insuficiência do modelo de Estado Liberal e a ressonância desta também no sistema processual, delineou-se o Estado de Bem Estar Social que, como visto, caracteriza-se pela intervenção estatal orientada à promoção dos direitos sociais e à busca pela igualdade material. Neste modelo, contudo, a busca pela igualdade material acaba por fazer com que a promoção da cidadania seja transmutada em um considerável aumento do Estado a da

⁵⁹⁹ NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático*, p. 73-77.

⁶⁰⁰ BUENO, Cássio Scarpinella Bueno. *Amicus curiae* no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático, p. 114; BISH, Isabel da Cunha. *O amicus curiae, as tradições jurídicas e o controle de constitucionalidade*, p. 19.

dimensão do público, “deixando os indivíduos na posição (cômoda?) de clientes, numa relação paternalista e dependente”⁶⁰¹.

Nesse contexto, o *amicus curiae* começa a se desenvolver como um precioso expediente dentre os muitos que integram os poderes instrutórios do magistrado, de modo que, pela convocação daqueles que podem contribuir para o deslinde da questão, o Estado possa se valer dos argumentos mais adequados para a consecução e defesa do interesse público.

Ressalte-se que é no paradigma do Estado de Bem Estar Social que o *amicus curiae* passa pelas diversas modificações que hoje lhe caracterizam, como a perda do seu caráter de neutralidade e a assunção da intervenção como uma modalidade de defesa de interesse das partes, ou ainda de interesses próprios.

Nesse sentido, Cappelletti aponta que a vagueza do conteúdo das leis, dado que algumas são caracterizadas por elementos jurídicos imprecisos, somado a necessidade de interpretação e efetivação dos direitos sociais deu espaço à discricionariedade e criatividade das decisões judiciais, concluindo que “esta é, portanto, poderosa causa da acentuação que, em nossa época, teve o ativismo, o dinamismo e, enfim, a criatividade dos juízes”⁶⁰². O mesmo autor afirma que o *amicus curiae* seria uma possível solução para o possível perigo de que a criatividade do julgador viesse a se converter em um recinto de decisões arbitrárias. Para tanto, Cappelletti explica a contribuição do *amicus curiae* para a criatividade judicial da seguinte forma:

[...] é certo, contudo, não faltarem casos e domínios da vida jurídica em que o tipo de conhecimentos, instrumentos e recursos, dos quais o juiz pode dispor, mostra-se perfeitamente adequado para funções de razoável criatividade judiciária. Por outro lado, a gravidade do problema muitas vezes se pode ser atenuada mediante o recurso ampliado a pareceres técnicos ou perícias, à intervenção de terceiros no processo – também com a finalidade proeminentemente informativa, a exemplo do *amicus curiae* brief e outras formas análogas – e o emprego de expertos como membros laicos de órgãos judicantes⁶⁰³.

Assim, no paradigma do Estado de Bem Estar Social, verifica-se que o *amicus curiae* é utilizado, sobretudo, para uma tentativa de dimensionamento dos interesses estatais, muitas vezes justificado como sendo o interesse público, tendo em vista a supremacia do interesse

⁶⁰¹ BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. *Recursos extraordinários no STF e no STJ: conflito entre interesse público e privado*, p. 260.

⁶⁰² CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Porto Alegre: Fabris, 1993, p. 42; BISH, Isabel da Cunha. *O amicus curiae, as tradições jurídicas e o controle de constitucionalidade: um estudo comparado à luz das experiências americana, europeia e brasileira*, p. 81.

⁶⁰³ CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Porto Alegre: Fabris, 1993, p. 42.

público sobre o privado, característica marcante deste período⁶⁰⁴. Nesse sentido, seja de forma voluntária ou mediante provocação, caberia ao magistrado realizar uma análise dos argumentos colacionados pelo *amicus curiae* e em que medida estes seriam ou não considerados para o dimensionamento do interesse público e a efetivação deste pela decisão.

Não é demasiado lembrar, no entanto, conforme já apresentado, que a função jurisdicional nesta época era (e talvez ainda hoje seja) orientada por um sem número de teorias de viés socializador, as quais conferiam ao magistrado uma função criativa, por meio da qual este fixaria o conteúdo das cláusulas abertas e indeterminadas e decidiria livremente, conforme seu “prudente arbítrio” ou de acordo com sua “consciência”, fazendo com que a intervenção do *amicus curiae*, conseqüentemente, fosse tomada como um ato de liberalidade do julgador, podendo este, portanto, fazer o que melhor lhe aprouver quanto às informações apresentadas⁶⁰⁵.

Assim, se nesta conformação doutrinária e jurisprudencial de viés socializador, o magistrado não estaria obrigado (assim como ainda verificado nas decisões atuais) a enfrentar todos os argumentos aduzidos pelas partes, como já mencionado, o mesmo raciocínio se aplicaria à intervenção do *amicus curiae*, tendo em vista seu suposto papel eminentemente informacional, relegado a um mero parecerista ou ainda nos casos em que, agindo de forma voluntária, de forma neutra ou partidária, seria tão somente um canal viabilizador da melhor aplicação solitária do direito pelo magistrado (*jura novit curia*).

Contudo, impende ressaltar que, assim como o modelo de Estado de Bem Estar Social teve seu declínio, notadamente em face da insuficiência do Estado em cumprir com a

⁶⁰⁴ De acordo com Bahia, “para tentar cumprir todas as obrigações sociais e econômicas assumidas na Constituição, o Estado passa a intervir nas mais diversas áreas da sociedade (saúde, educação, transportes, economia, etc.), não apenas disciplinando exaustivamente cada uma dessas áreas, mas participando diretamente através de empresas ou fundações criadas e mantidas por ele. A antiga separação entre Estado e Sociedade é superada pela interferência do primeiro sobre a última. Há uma grande mudança, pois o Estado **amplia** (ou até mais, **subsume**) **a esfera do público**”. BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. *Recursos extraordinários no STF e no STJ: conflito entre interesse público e privado*, p. 253. (grifos do autor)

⁶⁰⁵ Sobre a concepção dominante acerca do direito processual e da aplicação do direito, Streck observa que “é preciso ressaltar que essa questão vem de longe, na verdade, do século XIX. Desde então, há um problema filosófico-pragmático que continua presente nos diversos ramos do direito passados dois séculos, mormente na problemática relacionada à jurisdição e o papel destinado ao juiz. Desde Oskar von Bülow – questão que também pode ser vista em Anton Menger e Franz Klein –, a relação publicística está lastreada na figura do juiz, ‘porta voz avançado do sentimento jurídico do povo’, com poderes para além da lei, tese que viabilizou, na seqüência, a Escola do Direito Livre. Essa aposta solipsista está lastreada no paradigma racionalista-subjetivista que atravessa dois séculos, podendo facilmente ser percebida, na seqüência, em Chiovenda, para quem a vontade concreta da lei é aquilo que o juiz afirma ser a vontade concreta ad lei: em Carnellutti, de cuja obra se depreende que a jurisdição é ‘prover’, ‘fazer o que seja necessário’, também em Couture, para o qual, a partir de sua visão intuitiva e subjetivista, chega a dizer que o ‘problema da escolha do juiz é, em definitivo, o problema da justiça’; em Liebman, para quem o juiz, no exercício da jurisdição, é livre de vínculos enquanto intérprete qualificado da lei. STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora: 2010, p. 38.

imensidão de suas promessas para com os cidadãos, ora transformados em clientes⁶⁰⁶, ocasionando uma releitura do papel atribuído ao Estado, o direito processual vem passando pelos mesmos questionamentos.

O Estado Democrático de Direito, a partir da compreensão dos paradigmas anteriores, “parte de pressupostos distintos dos que o sucederam”, na medida em que reconhece o significativo avanço do reconhecimento dos direitos individuais (Estado Liberal) e a necessidade de materialização destes direitos (Estado Social), percebendo, todavia, que “se o mero reconhecimento formal não é suficiente para garantir a autonomia privada dos cidadãos, sua materialização pura e simplesmente em direitos sociais não garante a construção de uma autonomia pública plena”⁶⁰⁷. De acordo com Bahia:

O Estado Democrático de Direito, tal qual previsto no art. 1º, da Constituição da República de 1988, como novo paradigma, toma a cidadania como agir (agir discursivo). Somente através de espaços de discussão pública (formalizados ou não), em que se possibilite (potencialmente) a igual participação de diferentes grupos agindo discursivamente é que se poderá lidar com as desigualdades, sem esperar que a solução dos problemas venha (pronta) do Estado – aliás, não apenas as soluções, mas, inclusive, a formulação dos problemas (e dos critérios de solução) devem vir de baixo, sem agendas fechadas – e sem a esperança de que, uma vez encontrada uma solução, esteja resolvido o problema: na verdade, este fechamento tem de representar ponto de partida para uma nova abertura, dada a complexidade e mutação nas sociedades atuais⁶⁰⁸.

O paradigma do Estado Democrático de Direito, através de sua recente idealização e permanente construção no direito brasileiro, proporciona uma renovada compreensão do direito processual, potencializando a relação entre Constituição e processo a partir da releitura dos pressupostos técnicos e teóricos que atualmente se mostram inconciliáveis com o processo democrático, bem como o delineamento de uma procedimentalização da função jurisdicional, mediante a implementação de um amplo recinto argumentativo, que possibilite uma mútua fiscalidade das atividades desenvolvidas por todos os sujeitos processuais e de modo que, a partir dos princípios processuais formadores do devido processo legal, possa viabilizar a formação de uma decisão que leve a sério todos os argumentos discutidos.

Esta nova leitura implica na constatação de que, na atualidade, as teorias de viés socializador e a aposta do sistema na virtuosidade e qualidade da magistratura se mostram insuficientes e até mesmo incompatíveis com a nova realidade, podendo-se afirmar o mesmo no que diz respeito ao modo como o tais concepções teóricas entendem o processo

⁶⁰⁶ BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. *Recursos extraordinários no STF e no STJ*, p. 259.

⁶⁰⁷ BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. *Op. cit.*, p. 264.

⁶⁰⁸ BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. *Op. cit.*, p. 265.

hermenêutico de interpretação e aplicação do direito⁶⁰⁹. O direito, desta forma, não pode mais ser entendido como um conhecimento messiânico e exclusivo do magistrado (*jura novit curia*), mas percebido a partir da construção participada do sentido normativo⁶¹⁰.

Na atualidade, não se pode mais pensar a figura da magistratura como uma ordem superior oracular, incumbida de aplicar o direito de forma criativa, a partir de subjetivismos e arbitrariedades, justificadas tão somente por critérios hierárquicos, como se ao juiz fosse possível se valer da moldura kelseniana⁶¹¹ para escolher uma entre inúmeras decisões igualmente válidas, vez que supostamente autorizadas por uma norma superior⁶¹².

Da mesma forma, o atual estágio de avanço da ciência processual não mais permite que se aceite como algo defensável argumentos não devidamente demarcados, a exemplo da suposta discricionariedade que seria reconhecida ao magistrado, bem como qualquer conjectura acerca do processo decisório em que se admitam subjetivismos perniciosos, como

⁶⁰⁹ Streck observa que “Por vezes, em artigos, livros, entrevistas ou julgamentos, os juízes (singularmente ou por intermédio de acórdãos nos Tribunais) deixam ‘claro’ que estão julgando de acordo com a sua consciência’ ou ‘seu entendimento pessoal sobre o sentido da lei’. Em outras circunstâncias, essa questão aparece devidamente teorizada sob o manto do poder discricionário dos juízes”. STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora: 2010, p. 20.

⁶¹⁰ Madeira esclarece com muita propriedade que as expressões latinas “*jura novit curia*” e “*da mihi factum dabo tibi ius*”, “ainda encontradas em muitos manuais de grande sucesso editorial, apresentam-se como verdadeiras quinquilharias históricas frente ao atual estágio da Hermenêutica Jurídica”. MADEIRA, Dhenis Cruz. *Processo de conhecimento e cognição: uma inserção no estado democrático de direito*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 74.

⁶¹¹ Perceba-se que, de forma diametralmente oposta ao que defendido nesta oportunidade, Bueno afirma que, Kelsen, “ao oferecer sua teoria da interpretação jurídica, e estremando as posições assumidas pelo cientista do direito e do aplicador do direito, não nega que este – mas não aquele – leve em consideração outros valores, outros conhecimentos e outros dados que não os estritamente jurídicos. Aliás, se, para Kelsen, a interpretação da norma jurídica resulta sempre em uma ‘moldura de interpretações’, nada mais natural do que admitir, expressamente, ser o elemento ‘não jurídico’ o fator decisivo para a aplicação de uma das possíveis interpretações da norma. Esse fator deverá ser, necessariamente, metajurídico, estranho ao direito, pela simples razão de que, do ponto de vista jurídico, todas as interpretações que resultam na moldura consistem em um verdadeiro indiferente jurídico. O elemento não jurídico, nessas condições, aparece perante o aplicador do direito como um dado de opção entre qual interpretação de norma a ser aplicada. Com isso, parece-nos que, mesmo para ‘um’ Kelsen e sua teoria pura, não haveria espaço para negar a necessidade de o aplicador do direito – e não o cientista – socorrer-se da melhor forma possível de algum auxílio específico – valer-se, pois – de um colaborador – para bem compreender e capturar todos os dados que, posto não serem jurídicos, influenciam, de uma ou de outra forma, a aplicação do direito. Por quê? Porque, para Kelsen, o aplicador do direito, ao contrário do cientista, cria o direito na exata medida em que o aplica no caso concreto. Prática, assim, ato de vontade e não mero ato de conhecimento”. BUENO, Cássio Scarpinella Bueno. *Amicus curiae no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático*, p. 54.

⁶¹² Streck explica que o ativismo judicial, o decisionismo e a admissão do poder discricionário são dois grandes exemplos de manifestação do paradigma da subjetividade (filosofia da consciência). De acordo com o autor: “O primeiro trata do problema de forma mais explícita, ‘assumindo’ que o ato de julgar é um ato de vontade (para não esquecer o oitavo capítulo da Teoria Pura do Direito de Kelsen); ainda nesse primeiro grupo devem ser incluídas as decisões que, no seu resultado, implicitamente trata(ra)m da interpretação ao modo solipsista. São decisões que se baseiam em um conjunto de métodos por vezes incompatíveis ou incoerentes entre si ou, ainda, baseadas em leituras equivocadas de autores como Ronald Dworkin ou até mesmo Gadamer, confundindo a ‘superação’ dos métodos com relativismos e/ou irracionalismos. No segundo grupo, encontramos as decisões que buscam justificações no plano de uma racionalidade argumentativa, em especial, os juristas adeptos das teorias da argumentação jurídica, mormente a matriz alexyana. Também nestas estará presente o problema paradigmático, uma vez que as teorias da argumentação são dependentes da discricionariedade”. STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora: 2010, p. 23-24.

as famigeradas decisões baseadas na equidade⁶¹³, baseadas no prudente arbítrio⁶¹⁴ ou conforme a consciência do julgador⁶¹⁵.

Dessa forma, o estudo do direito processual na atualidade deve levar em conta, como amplamente demonstrado, a radicalização da aproximação entre Constituição e Processo e a imperiosa interpretação deste a partir das exigências normativas do Estado Democrático de Direito, mediante uma abordagem processual participativa e policêntrica do papel atribuído ao processo e à jurisdição⁶¹⁶.

Pela apresentação, em linhas gerais, da conformação da ciência processual, decorrente da influência exercida pelos paradigmas liberal, social e democrático e a partir de uma análise crítica das reformas processuais, percebe-se que o instituto do *amicus curiae* também se insere nesta trajetória de avanços e retrocessos na busca pela realização dos objetivos atribuídos ao direito processual.

⁶¹³ Brêtas assevera que, “no Estado Democrático de Direito brasileiro, que adota o sistema jurídico romano-germânico (*civil law*), o juiz não pode decidir por equidade. Se houver alguma norma que o autorize a tanto, será inconstitucional, porque o agente público decisor (juiz) sempre estará vinculado à reserva legal, garantia fundamental do povo, conforme prevê o art. 5º, inc. II, da Constituição Federal: ‘Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei’. A expressão lei, no texto constitucional, deve ser entendida como ordenamento jurídico, vale dizer, conjunto de princípios e regras constitucionais e infraconstitucionais que o compõem, vinculando os órgãos jurisdicionais, quando proferem suas decisões”. BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. Projeto do novo Código de Processo Civil aprovado pelo Senado – Exame técnico e constitucional. In: *Futuro do Processo Civil Brasileiro: uma análise crítica ao Projeto do Novo CPC*. Organização: ROSSI, Fernando; RAMOS, Glauco Gumerato; GUEDES, Jefferson Carús; DELFINO, Lúcio; RIBEIRO MOURÃO, Luiz Eduardo. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011, p. 551-566.

⁶¹⁴ Brêtas explica que, pela vinculação dos atos da jurisdição ao Estado Democrático de Direito, em rigorosa observância da reserva legal e pela supremacia da Constituição, “devem ser energeticamente descartados quaisquer doutrinas e precedentes jurisprudenciais que sugiram aos órgãos estatais decisores (juízes e tribunais) exercício da função jurisdicional sob critérios outros dissociados da constitucionalidade da jurisdição, porém, ao revés, marcados de forma inconstitucional e antidemocrática pela arbitrariedade, pela discricionariedade, pelo subjetivismo, pelo messianismo, pela sensibilidade, pelas individualidades carismáticas ou pela patologia judiciária que denominamos complexo de Magnaud”. BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. *Processo constitucional e Estado Democrático de Direito*. 2ª. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012, p. 123. Segundo Gonçalves, “O mais alto grau de racionalidade atingido pelos ordenamentos jurídicos contemporâneos, que se seguiu à conquista das garantias constitucionais, importa na superação do critério de aplicação da justiça do tipo salomônico, inspirada apenas na sabedoria, no equilíbrio e nas qualidades individuais do julgador, ou na sensibilidade extremada do juiz, simbolizada pelo ‘fenômeno Magnaud’ (expressão de Gény, quando, na segunda edição do *Méthode d’Interprétation et Sources em Droit Prive Positif*, analisou os possíveis efeitos dos métodos empregados pelo Juiz Magnaud, que presidiu, de 1889 a 1904, o tribunal de primeira instância de *Château-Thierry*, cujas decisões se celebrizaram e o celebrizaram como *lê bom juge Magnaud*). Esse critério é substituído por uma técnica de aplicação do direito que se vincula a elementos não-subjetivos, a uma estrutura normativa que possibilita aos membros da sociedade, que vão a Juízo, contarem com a mesma segurança, no processo, quer estejam perante um juiz dotado de inteligência, cultura e sensibilidade invulgares, quer estejam diante de um juiz que não tenha sido agraciado com os mesmo predicados”. GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. Rio de Janeiro: Aide, 1992, p. 45-46.

⁶¹⁵ Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora: 2010.

⁶¹⁶ NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais*. Curitiba: Juruá, 2008.

Assim, uma compreensão adequada do *amicus curiae* que esteja de acordo com as exigências normativas do Estado Democrático de Direito deve necessariamente ter como pressuposto que, na atualidade, o processo constitui

[...] uma verdadeira garantia contra o exercício ilegítimo de poderes públicos e privados em todos os campos (jurisdicional, administrativo, legislativo), com o fim de controlar os provimentos dos agentes políticos e garantir a legitimidade discursiva e democrática das decisões⁶¹⁷.

Da mesma forma, torna-se imperioso o completo abandono das perspectivas teóricas que, declarada ou veladamente, acabam por realizar um esvaziamento deste papel. Contudo, a partir da análise das reformas processuais, especialmente as ocorridas no direito brasileiro a partir da década de 1990, às quais consolidaram um “peculiar movimento pelo acesso à Justiça”, percebe-se que,

[...] para além da finalidade ideológica alegada – qual seja, a socialização do Direito Processual –, permitiu uma série de alterações na legislação e no Direito Processual que permitem a sobrevalorização da rapidez procedimental e de uma específica concepção funcional (de eficácia)⁶¹⁸.

Referidas alterações, ao invés de promover a instauração de um modelo social de processo, o que, conforme muito bem observa Nunes, já seria criticável, referidas reformas legislativas acabaram por estabelecer, mediante diversos procedimentos, o já mencionado depauperamento desta concepção socializadora, ou, em outras palavras, o neoliberalismo processual, o qual promoveu a massificação dos julgamentos e a redução do processo como mera formalidade, bem como “sua função legitimadora e formadora dos provimentos a mera função legitimante das concepções judiciais, que podem corroborar os interesses do mercado ou da Administração”⁶¹⁹.

O sistema processual brasileiro se caracteriza, depois de referidas reformas, por um alardeado discurso de produtividade em escala industrial, que primaria pela velocidade na prolação das decisões em detrimento da busca de decisões legítimas, as quais partiriam, necessariamente, de uma detalhada análise dos casos concretos e todas as suas especificidades. Contrariamente à busca por uma adequação das decisões ao modelo constitucional de processo, diversos procedimentos foram idealizados para o julgamento massificado de centenas de casos supostamente análogos, fazendo com que o Judiciário passa-

⁶¹⁷ NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 209.

⁶¹⁸ Idem.

⁶¹⁹ Idem.

se a preocupar mais com a fixação de teses jurídicas de amplo espectro de aplicação do que com o julgamento, em perspectiva técnica, dos casos concretos a serem julgados⁶²⁰. Este contexto é explicado por Nunes da seguinte forma:

A funcionalidade de um sistema que se auto-reproduz em perspectiva instrumental, sem criar problemas para o capital financeiro que se impôs no Brasil desde a década de 1960, permite, por meio de poucas sentenças realmente socializadoras (v.g. em questões fundiárias, consumeristas, em autorização de tratamentos médicos), um lastro para que se imponha, na maioria dos casos e de forma sub-reptícia, a tônica neoliberal, embasada em decisões repetitivas e que faz crer que o único aspecto que possui relevância no processo civil é a busca de resultados eficientes, rápidos, com mínimo (ou inexistente) desenvolvimento de atividades processuais (sumarização cognitiva extrema)⁶²¹.

O discurso processual da socialização do processo, da qual o protagonismo judicial é uma de suas principais características, acaba por esvaziar o caráter democrático e técnico do processo, ao mesmo tempo em que

[...] vai-se idealizando e amalgamando a ideia de que este somente serve para legitimar as decisões dos agentes políticos, quando não é analisado como formalismo que cria embaraços e protela o auferimento de direitos pelo cliente consumidor da ‘prestação de serviços judiciários’⁶²².

Nesse sentido, o papel do processo como garantia é negligenciado, olvidando-se que, “nos regimes democráticos, o processo estrutura, mediante o debate endoprocessual, a forma e o conteúdo das decisões e, por conseguinte, seu controle, mediante a implementação técnica de direitos fundamentais em perspectiva dinâmica”⁶²³.

A partir da percepção da insuficiência das teorias processuais de viés socializador, as quais, como amplamente demonstrado, não lograram viabilizar uma compreensão constitucionalmente adequada do direito processual, uma releitura do processo nos moldes propostos pela Escola Processual Mineira e, em especial, pela pesquisa empreendida por Nunes, lastreada na perspectiva procedimental estruturada por Habermas, vislumbra-se que

[...] o processo estruturado em perspectiva participativa e policêntrica, ancorado nos princípios processuais constitucionais, impõe um espaço público no qual se apresentam as condições comunicativas para que todos os envolvidos, assumindo a responsabilidade de seu papel, participem na formação de provimentos legítimos que permitirá a clarificação discursiva das questões fáticas e jurídicas⁶²⁴.

⁶²⁰ NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático*, p. 210.

⁶²¹ Idem.

⁶²² Idem.

⁶²³ Idem.

⁶²⁴ NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático*, p. 211.

Nesse sentido, o próprio Habermas tece as seguintes considerações sobre o papel do processo:

Os direitos processuais garantem a cada sujeito de direito a pretensão a um processo equitativo, ou seja, uma clarificação discursiva das respectivas questões de direito e de fato: deste modo, os atingidos podem ter a segurança de que, no processo, serão decisivos para a sentença judicial argumentos relevantes e não arbitrários⁶²⁵.

Referida concepção teórica garante a possibilidade de cada potencial afetado pela decisão poder expor as razões que reputa relevantes para a determinação do tema a ser discutido endoprossualmente, “dentro de uma linha temporal, de uma fixação adequada do objeto de discussão e de uma distribuição dos papéis a serem desenvolvidos”, em um espaço público normatizado pelo modelo constitucional de processo e os princípios processuais que orientam a sua conformação técnica. Ao mesmo tempo, uma perspectiva participativa e policêntrica do processo “fixa os limites de atuação e constitui condição de possibilidade para que todos os sujeitos processuais (em seus respectivos papéis), discutam argumentos normativos para formação da decisão mais adequada ao caso em análise”⁶²⁶.

A compreensão do processo nos moldes acima propostos passa necessariamente pela análise dos avanços empreendidos pelo movimento constitucionalista do século XX e sua ressonância no direito processual, como já apresentado neste trabalho (cap. 2), bem como pela aplicação dinâmica do princípio do contraditório e seu dimensionamento na atuação dos sujeitos processuais.

Dessa forma, pelo desenvolvimento até aqui realizado, percebe-se da análise das fases processuais e dos movimentos reformistas “o estabelecimento de focos de centralidade”, seja nas partes, como no processo de matriz liberal, dominado pelas partes e caracterizado por um juiz passivo, seja no magistrado, como no modelo social de processo, pautado na proeminência da magistratura e na aplicação solitária de uma atividade compensadora. Em ambos, verifica-se a redução de “espaços de discussão endoprocessual e a função técnica desenvolvida pelas partes e seus advogados”, bem como a completa incompatibilidade destes modelos com uma perspectiva democrática, notadamente quando o modelo social de processo é cooptado por uma lógica “meramente funcional de produtividade e redutora do papel processual, típica do neoliberalismo processual”⁶²⁷.

⁶²⁵ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. v. I, p. 247.

⁶²⁶ NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático*, p. 211-212.

⁶²⁷ NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático*, p. 212.

As diversas vertentes da hermenêutica constitucional idealizadas após a Segunda Guerra, orientadas à superação das inúmeras concepções positivistas, proporcionaram novas perspectivas para o estudo do direito e, em especial, do processo. Referidos estudos, conforme já amplamente apresentado no tópico anterior, tiveram o grande mérito de viabilizar

[...] o abandono de qualquer perspectiva subjetivista e de juízos de prelação dos agentes políticos, de modo que somente argumentos racionais que passarem pelo debate e pela ampla participação dos interessados (autores – destinatários) podem obter assentimento da comunidade jurídica⁶²⁸.

Os argumentos racionais a serem levados em consideração no debate passam necessariamente pelo resgate do processo em uma perspectiva democrática, com a superação dos focos de centralidade mediante o delineamento de um policentrismo processual e uma comparticipação decisória, de modo a permitir uma valorização de todos os sujeitos processuais, bem como da realização de seus respectivos papéis e os potenciais ganhos decorrentes de sua atuação.

Nesse sentido, conforme a proposta idealizada por Nunes:

Revela-se a necessidade de resgatar a discussão, no âmbito jurisdicional, entre todos os sujeitos processuais, mediante a implementação dos direitos fundamentais, que balizariam a tomada de decisões em seus aspectos formal e substancial, mantendo em tensão os discursos liberal e social nas situações de aplicação e afastando por completo modelos solipsistas típicos de um modelo autoritário, de viés positivista ou axiológico⁶²⁹.

A democratização processual, desta forma, não será alcançada mediante um considerável aumento do poder conferido às partes ou ao magistrado, mas a partir de uma adequada divisão da atuação de cada um, “de modo a absorver os aspectos benéficos tanto dos movimentos liberais quanto dos sociais e a verificação de que a defendida democratização do processo exige a clara **percepção da interdependência entre os sujeitos processuais**”⁶³⁰.

⁶²⁸ NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático*, p. 216.

⁶²⁹ NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático*, p. 223. No mesmo sentido, Cattoni de Oliveira tece as seguintes considerações sobre o atual papel da Teoria da Constituição no Estado Democrático de Direito: “A Teoria da Constituição deve assumir a perspectiva do sistema jurídico – constitucional e analisar a tensão interna entre facticidade e validade, ou seja, entre positividade e legitimidade do Direito, reconstruindo os princípios, as regras, os procedimentos, a compreensão, a justificação e aplicação desses, resgatando a normatividade constitucional e a função primordial do Direito moderno, presente no Direito Constitucional de modo ímpar: a função de integração social, numa sociedade em que tal problema só deve ser enfrentado por seus próprios membros, na medida em que instauram um processo e se engajam na busca cooperativa de condições recorrentemente mais justas de vida, na qual questões acerca de sua autoconcepção ético-política e de sua autodeterminação prático-moral, além de seus interesses pragmáticos, devem encontrar vazão, mediante, inclusive, a institucionalização de formas discursivas e de negociação no nível do Estado”. CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Direito, política e filosofia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 149-150.

⁶³⁰ NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático*, p. 224 (grifos do autor).

Esta interdependência passa necessariamente por uma “imperiosa análise dos princípios processuais constitucionais em sentido forte ou dinâmico” e, dentre estes, a verificação da crescente importância do contraditório, princípio que “garante o fluxo discursivo entre os sujeitos processuais e constitui uma baliza procedimental para o exercício das funções endoprocessuais”⁶³¹.

Conforme apresentado no capítulo dois, a transição do processo comum até o início da socialização processual consistiu, para Picardi e Nunes, a passagem de uma ordem isonômica entre os sujeitos processuais para uma ordem assimétrica, na qual a concepção hierárquica e protagonista da magistratura frente às partes se fez impor⁶³².

Conjuntamente com referida transição, também se verifica nesta época o enfraquecimento do princípio do contraditório, o qual foi relegado a uma aplicação formal de “uma mecânica contraposição de direitos e obrigações ou, como se tornou costumeiro afirmar, **tão somente como um direito de bilateralidade da audiência**, possibilitando às partes a devida informação e possibilidade de reação”⁶³³.

O depauperamento da importância e significado do contraditório, que antes era entendido como elemento que “asseguraria influência e compensação de desigualdade entre as partes”, ocorreu da transição do processo comum até meados da primeira metade do século XX, sendo que, após a Segunda Grande Guerra e a potencialização da constitucionalização das garantias processuais, o estudo destas, bem como o da colaboração das partes, proporcionaram novos rumos para a compreensão do aludido princípio⁶³⁴.

Em face da percepção da insuficiência do conteúdo atribuído ao princípio do contraditório, a doutrina italiana passa a vislumbrá-lo como uma garantia dinâmica e de função nuclear no processo, aproximando-se do conteúdo e significado da garantia de defesa e da igualdade formal⁶³⁵.

Nunes esclarece que referida aproximação conceitual promoveu um perfil dinâmico do contraditório, “atribuindo às partes possibilidades de participação preventiva sob qualquer

⁶³¹ NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático*, p. 224.

⁶³² PICARDI, Nicola. *Jurisdição e processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 136-137; NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático*, p. 67.

⁶³³ NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático*, p. 225.

⁶³⁴ NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático*, p. 225-226.

⁶³⁵ THEODORO JR, Humberto; NUNES, Dierle José Coelho. Uma dimensão que urge reconhecer ao contraditório no direito brasileiro: sua aplicação como garantia de influência, de não surpresa e de aproveitamento da atividade processual. *Revista de Processo* n. 168. São Paulo: Revista dos Tribunais, fev./2009, p. 118. Theodoro Jr e Nunes explicam que “Tal situação é presente, por exemplo, na doutrina italiana, em face da ausência de texto expresso em sua Constituição, até bem pouco tempo, que garantisse o contraditório. Desta maneira, este teria sido elevado à perspectiva constitucional por força da interpretação do § 2.º de seu art. 24, que estabelece a garantia de defesa, e/ou do § 1.º, do art. 3.º, que garante a igualdade”. *Op. cit.*, p. 118-119.

aspecto fático ou jurídico que esteja sendo discutido e julgado, cunhando-se à seguinte equação: ‘defesa = contraditório = participação = audiência preventiva’⁶³⁶.

Perceba-se que a conformação do contraditório acima descrito é reforçada pelos estudos acerca do tema realizados na Alemanha, nos quais se identificou um dever de consulta do juiz para com as partes, impondo o debate preventivo e a submissão ao contraditório de todos os fundamentos da futura decisão: De acordo com Nunes:

O delineamento de uma moderna concepção isonômica do contraditório somente se inicia de modo mais efetivo a partir desse momento, mediante a percepção da doutrina processual germânica de que este não poderia mais ser analisado tão-somente como mera garantia formal de bilateralidade da audiência, mas, sim, como uma possibilidade de influência (Einwirkungsmöglichkeit) sobre o conteúdo das decisões (BAUR, 1954, p. 403) e sobre o desenvolvimento do processo, com inexistentes ou reduzidas possibilidades de surpresa (BENDER, STRECKER, 1978, p. 554)⁶³⁷.

No mesmo sentido, a doutrina italiana, notadamente a partir de Fazzalari, começou a perceber o contraditório como uma garantia de simétrica paridade de armas, bem como de influência no desenvolvimento e resultado do processo, sendo elevado, desta forma, como elemento estrutural da comparticipação das decisões e assegurando, a partir de uma leitura constitucional das garantias processuais, o policentrismo processual⁶³⁸.

Perceba-se que tal leitura do contraditório permite a todos os sujeitos processuais potencialmente atingidos pela decisão a garantia de uma participação crítico-constructiva para a formação do provimento⁶³⁹, alcançando não somente os elementos fáticos, mas, na mesma linha do que se disse sobre a aplicação do direito e a superação do brocardo *jura novit curia*, a submissão, ao contraditório, dos fundamentos jurídicos a justificarem a decisão.

Assim a vedação das decisões com fundamento jurídico diverso do que o alegado pelas partes ou, como denominado pela literatura jurídica italiana, as decisões de surpresa (*terza via*), se insere na atual dimensão do princípio do contraditório e está prevista em

⁶³⁶ Theodoro Jr e Nunes esclarecem que esta aproximação deu origem ao entendimento de que o contraditório seria exercido somente pelas partes, excluindo-se o órgão julgador, dado a “nítida distinção entre os conteúdos da garantia do contraditório e da garantia da ampla defesa: a primeira, disciplina as relações dos titulares dos interesses contrapostos (as partes), ao passo que a segunda estabelece uma forma organizatória entre as relações destas mesmas partes com o juiz”. THEODORO JR., Humberto; NUNES, Dierle José Coelho. Uma dimensão que urge reconhecer ao contraditório no direito brasileiro: sua aplicação como garantia de influência, de não surpresa e de aproveitamento da atividade processual, p. 119. Contudo, como se verá a seguir, o melhor entendimento sobre o tema é o de que o contraditório também engloba todos os atos do magistrado.

⁶³⁷ NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático*, p. 226.

⁶³⁸ NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático*, p. 227.

⁶³⁹ “O reconhecimento do contraditório, vez que reconhecimento de iguais possibilidades de participação no processo, e da ampla argumentação, vez que reconhecimento de liberdade argumentativa referente ao objeto de discussão no processo, tornam-se indispensáveis para uma práxis jurisdicional legítima”. CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. *Teoria da argumentação jurídica: constitucionalismo e democracia em uma reconstrução das fontes do direito moderno*. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2008, p. 180.

diversos ordenamentos, a exemplo dos códigos de processo português, francês alemão, austríaco⁶⁴⁰ e, mais recentemente, no art. 10 do novo Código de Processo Civil brasileiro⁶⁴¹.

De tal conformação do contraditório decorre, desta forma, um dever de esclarecimento judicial a ser exercido em cada etapa do processo, de modo que o julgador informe às partes acerca do exercício de suas iniciativas na condução do processo, inviabilizando, assim, os julgamentos surpresa. Com efeito, pela análise do panorama jurídico atual e a constatação da valorização jurisprudencial do direito, Nunes tece valiosas considerações sobre a tendência de padronização decisória:

⁶⁴⁰ THEODORO JR, Humberto; NUNES, Dierle José Coelho. Uma dimensão que urge reconhecer ao contraditório no direito brasileiro: sua aplicação como garantia de influência, de não surpresa e de aproveitamento da atividade processual, p. 120-124. Brêtas observa que “No Brasil, ao contrário, a apelidada decisão-surpresa, fruto do mero convencimento solitário do juiz, sem debate prévio entre as partes, é moda forense” (Brêtas, Ronaldo de Carvalho Dias. *Processo constitucional e Estado Democrático de Direito*, p. 100), pelo que se espera que o mencionado art. 10 no novo CPC seja aplicado em sua plenitude, juntamente com a nova gramática interpretativa prevista em sua parte geral, para que se possa alcançar a legitimidade dos provimentos jurisdicionais. Lebre de Freitas, em trabalho dedicado à amplitude do princípio do contraditório na legislação processual portuguesa, explica que “A lei processual portuguesa deu um passo decisivo quando, em 1995-1996, compreendeu que a contrariedade não consiste só na contraposição de requerimento e resposta, mas, de modo mais geral, na concessão às partes, ao longo de todo o processo, de todos os meios de actuação legítima susceptível de exercer influência na decisão do litígio. Por isso proibiu, designadamente, a chamada decisão surpresa. [...] No entanto, decorridos mais de treze anos sobre a inequívoca consagração desta derivação do princípio do contraditório, muitos juízes portugueses ainda se mostram reticentes à sua plena actuação – como se fosse desprestigiante para a autoridade judiciária ouvir as partes antes de decidir como se julga certo”. LEBRE DE FREITAS, José Manuel. A exigência de celeridade e os princípios processuais (a experiência portuguesa). *Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas* v. 26, n. 2, Pouso Alegre, jul./dez. 2010, p. 186-187. Theodoro Jr e Nunes apontam que “Na França, o art. 16 do *Nouveau Code de Procédure Civile* impede o juiz de fundamentar a sua decisão sobre aspectos jurídicos que ele suscitou de ofício sem ter antecipadamente convidado as partes a se manifestarem acerca de suas observações. Assim, a garantia opera não somente no confronto entre as partes, transformando-se também num dever-ônus para o juiz que passa a ter que provocar de ofício o prévio debate das partes sobre quaisquer questões de fato ou de direito determinantes para a resolução da demanda. Na Alemanha, após o segundo pós-guerra, o conteúdo da cláusula estabelecida no art. 103, § 1.º, da Lei fundamental da República Federal da Alemanha como ‘pretensão de audição jurídica’ (*Anspruch auf Rechtliches Gehör*) foi interpretada de modo a garantir um alcance maior que a simples literalidade. O Tribunal Constitucional Federal (*Bundesverfassungsgericht*) passou a afirmar que o dispositivo não só operava seus efeitos no confronto entre as partes, mas, sim, convertia-se também num dever para o magistrado, de modo que se atribuía às partes a possibilidade de posicionar-se sobre qualquer questão de fato ou de direito, de procedimento ou de mérito, de tal modo a poder influir sobre o resultado dos provimentos. Ao magistrado é imposto o dever de provocar o debate preventivo, com as partes, sobre todas as questões a serem levadas em consideração nos provimentos”. THEODORO JR, Humberto; NUNES, Dierle José Coelho. Uma dimensão que urge reconhecer ao contraditório no direito brasileiro: sua aplicação como garantia de influência, de não surpresa e de aproveitamento da atividade processual, p. 120-121.

⁶⁴¹ “Art. 10. O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício”. (BRASIL. *Parecer n.º 1.111, de 2014. Redação Final do Substitutivo da Câmara dos Deputados ao Projeto de Lei do Senado n.º 166 de 2010 (n.º 8.046, de 2010, naquela casa)*. Disponível em: <http://legis.senado.leg.br/mateweb/arquivos/mate-pdf/160741.pdf>. Acesso em 25.02.2015). Sobre as previsões semelhantes no direito estrangeiro, Nunes observa que “No entanto, a existência técnica nas legislações processuais (no plano infraconstitucional) de regras com o teor acima expresso nada altera o panorama (talvez mesmo o consolide), pois o comando constitucional que prevê o contraditório e garante um Estado Democrático de Direito já impõe a interpretação do contraditório como garantia de influência a permitir uma participação dos sujeitos processuais na formação das decisões”. NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático*, p. 229.

A colocação de qualquer entendimento jurídico (v.g. aplicação de súmula da jurisprudência dominante nos Tribunais Superiores) como fundamento da sentença, mesmo que aplicada *ex officio* pelo juiz, sem anterior debate com as partes, poderá gerar o aludido fenômeno da surpresa. Desse modo, o **contraditório constitui uma verdadeira garantia de não surpresa** que impõe ao juiz o dever de provocar o debate acerca de todas as questões, inclusive as de conhecimento oficioso, impedindo que em “solitária onipotência” aplique normas ou embase a decisão sobre fatos completamente estranhos à dialética defensiva de uma ou de ambas as partes⁶⁴².

O dever de esclarecimento, portanto, somado a garantia de não surpresa, implica a nulidade de toda e qualquer decisão de surpresa, por inobservância ao princípio do contraditório, mesmo as de conhecimento oficioso, fundado em questões de ordem pública⁶⁴³.

Referidas dimensões do contraditório são dimensionadas pelo modo como a cognição é estruturada procedimentalmente. Como apresentado no capítulo dois, as reformas processuais realizadas ao longo do século XX delinearão um procedimento cognitivo bifásico, de modo a se buscar uma estruturação do equilíbrio entre oralidade e escritura⁶⁴⁴. Nesse sentido, Nunes as seguintes considerações:

[...] a cognição bifásica que assegure uma fase preparatória adequada, poderia servir de modelo para um procedimento que atendesse aos anseios participativos da democratização processual se essa primeira fase fosse utilizada como locus de fomento do debate por todos os sujeitos processuais, sem qualquer pressuposição de protagonismo (das partes ou do juiz), mediante a depuração de todos os elementos fáticos e jurídicos colocados pelas partes, advogados, promotores e juízes. Tal fase poderia ser realizada mediante a prévia troca de petições (um arrazoado para cada parte) e a fixação de uma audiência preliminar de debate e de discussão obrigatória de todos pontos controvertidos, de fato e de direito, de modo que todos os sujeitos processuais estariam prontos (se desejassem estar) e saberiam todos os argumentos relevantes a serem discutidos na segunda fase, quando ocorreria a segunda audiência de colheita de provas e discussão dos pontos principais⁶⁴⁵.

De se ressaltar que, em um sistema jurídico no qual, apesar do modelo constitucional do processo implementado desde 1988, o direito ainda é aplicado a partir de uma lógica

⁶⁴² NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático*, p. 229 (grifos do autor).

⁶⁴³ “Toda vez que o magistrado não exercitasse ativamente o dever de advertir as partes quanto ao específico objeto relevante para o contraditório, o provimento seria invalidado, sendo que a relevância ocorre se o ponto de fato ou de direito constituiu necessária premissa ou fundamento para a decisão (*ratio decidendi*). Assim, o contraditório não incide sobre a existência de poderes de decisão do juiz, mas, sim, sobre a modalidade de seu exercício, de modo a fazer do juiz um garante da sua observância, impondo a nulidade de provimentos toda vez que não exista a efetiva possibilidade de seu exercício”. NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático*, p. 230.

⁶⁴⁴ “Sabe-se que todos os sistemas processuais modernos, sejam de *common law* e ou de *civil law*, dimensionaram suas fases ou procedimentos cognitivos em estruturas bifásicas que, numa primeira fase técnica, ocorre a preparação do debate (v.g. audiência preliminar, com a fixação dos pontos controvertidos, e a preparação escrita do tema da prova) e, numa segunda fase, a discussão endoprocessual de todos os argumentos relevantes (v.g. audiência de instrução e julgamento). NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático*, p. 241.

⁶⁴⁵ NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático*, p. 243.

instrumental, orientada ao julgamento massificado de casos e uma rapidez extrema no julgamento. Neste contexto, percebe-se que as tendências reformistas brasileiras ainda trabalham, pelo menos até o advento e as promessas decorrentes do novo CPC brasileiro, “com um modelo monológico de aplicação de tutela, em que se cria uma credulidade de que a grande maioria dos problemas do sistema processual poderão ser sanadas com o paulatino aumento dos poderes judiciais”⁶⁴⁶.

Em face do perigo de uma análise superficial das alegações, dos fatos aduzidos e das provas produzidas pelas partes em primeira instância, maculando-se, desta forma, os princípios processuais constitucionais, o direito constitucional ao recurso passa a ter um papel fundamental para o prolongamento da atividade processual. Assim, o direito ao recurso deve ser entendido como “possibilidade jurídico-discursiva das garantias da ampla defesa e contraditório”⁶⁴⁷, consistindo, desta forma, um espaço procedimental de continuidade de análise dos argumentos discutidos em primeira instância, nas hipóteses em que esta foi feita de forma insuficiente ou de forma contrária à legalidade⁶⁴⁸.

A dinâmica de aplicação dos princípios processuais constitucionais no âmbito do procedimento, desta forma, especialmente o contraditório, afastam a ideia de que uma concepção publicística do processo ocorre somente pela atuação dos magistrados, fazendo com que o direito processual seja entendido como um espaço público no qual “os fluxos comunicativos são fomentados, filtrados e sintetizados, de modo a se condensarem em opiniões públicas enfeixadas em temas específicos, corporificando uma estrutura comunicacional do agir orientado ao entendimento”⁶⁴⁹.

Neste contexto, a partir de uma renovada interpretação da relação entre autonomia pública e privada, o espaço público ganha uma nova dimensão, a qual, conforme explica Chamon Júnior:

[...] no marco de uma práxis procedimental do Estado democrático de Direito, não pode mais ser confundido, ou reduzido, ao estatal. A autonomia pública, portanto, pelo fato de também garantir a todos, reciprocamente, determinados direitos, é que permite a possibilidade de construção de um espaço de produção legítima do Direito. A autonomia pública, assim, se refere a todos a possibilidade de manifestar publicamente acerca de questões públicas⁶⁵⁰.

⁶⁴⁶ NUNES, Dierle José Coelho. *Direito constitucional ao recurso: da teoria geral dos recursos, das reformas processuais e da participação nas decisões*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 160.

⁶⁴⁷ Idem.

⁶⁴⁸ NUNES, Dierle José Coelho. *Direito constitucional ao recurso*, p. 175-177.

⁶⁴⁹ NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático*, p. 238.

⁶⁵⁰ CHAMON JÚNIOR, Lúcio Antônio. *Filosofia do direito na alta modernidade: incursões teóricas em Kelsen, Luhman e Habermas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 252.

Por tudo que se disse até aqui, conclui-se que a estruturação do processo a partir dos balizamentos teórico-constitucionais constitui a base de um processo efetivamente democrático, o qual, pela sua importância, não pode ser considerado como um instrumento orientado a produção de decisões em larga escala e rapidez, mas como uma

[...] estrutura normativa constitucionalizada que é dimensionada por todos os princípios constitucionais dinâmicos, como o contraditório, a ampla defesa, o devido processo constitucional, a celeridade, o direito ao recurso, a fundamentação racional das decisões, o juízo natural e a inafastabilidade do controle jurisdicional⁶⁵¹.

Os princípios constitucionais do processo, aplicados de forma dinâmica, viabilizam uma “adequada fruição de direitos fundamentais em visão normativa, além de uma ampla participação e problematização, na ótica policêntrica do sistema, de todos os argumentos relevantes para os interessados”⁶⁵².

De modo a se contornar os nefastos resultados decorrentes das concepções ativistas e protagonistas do judiciário, torna-se necessário “resgatar a importância do espaço público processual, no qual todos possam participar do aprimoramento do sistema jurídico”, o que será alçado mediante uma “procedimentalidade fiscalizadora e participativa”. Nesse sentido, a proposta defendida por Nunes propõe que

A coparticipação e o policentrismo buscam o dimensionamento e o equilíbrio de concepções liberais e sociais em face das nuances de aplicação normativa, de modo que a assunção de responsabilidade por todos os agentes processuais e a mudança de sua mentalidade no exercício das respectivas funções venham a representar um verdadeiro horizonte para a almejada democratização processual⁶⁵³.

Uma compreensão constitucionalmente adequada do *amicus curiae*, conforme proposto neste trabalho passa, necessariamente, por uma demarcação teórica que permita balizamentos para a superação dos inúmeros problemas decorrentes da atual conjuntura do direito brasileiro. Compete, portanto, interpretar a intervenção do *amicus curiae* a partir de sua origem, seu desenvolvimento no direito estrangeiro e as diversas hipóteses e modalidades de incidência decorrentes de sua recepção pelo direito brasileiro, bem como tentar dimensioná-lo de forma que se possa viabilizar a maior operacionalidade possível do instituto e sua utilização a partir dos pressupostos do processualismo constitucional democrático.

Pela apresentação dos objetivos da intervenção, das classificações, modalidades de atuação e de suas principais características, pode-se apontar que a função conferida ao *amicus*

⁶⁵¹ NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático*, p. 250.

⁶⁵² Idem.

⁶⁵³ NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático*, p. 251.

curiae é o de viabilizar uma amplitude informacional orientada a acrescentar aportes diversos para o processo decisório, nas causas em que presentes o interesse público (*e.g.* intervenção de autarquias ou participação no controle de constitucionalidade), ou ainda nos casos em que a decisão potencialmente poderá alcançar a esfera jurídica de pessoas originalmente não participantes do processo (intervenção no âmbito recursal, *e.g.* repercussão geral e recursos repetitivos).

Diversos autores e estudos sobre o tema, assim como o entendimento dos tribunais, são unânimes ao apontar que o *amicus curiae* é um instituto democrático de participação, orientado a contribuir para a democratização da discussão travada no âmbito jurisdicional e para uma decisão mais correta.

Parte dos estudiosos, contudo, a partir das experiências do direito norte-americano, apontam que a postura de neutralidade do *amicus curiae* teria sido abandonada, dando lugar a uma atuação em apoio adicional e complementar às pretensões das partes, ou ainda orientada a defesa de interesses próprios. Com efeito, de forma pioneira no Brasil, Medina, como já mencionado, aponta que a atuação parcial dos *amici curiae* poderia, se realizada de forma parcial, ocasionar um desequilíbrio informacional que acabaria por influenciar o julgamento a favor da parte apoiada, o mesmo não ocorrendo se ambas porventura tiverem suas teses apoiadas pelos intervenientes⁶⁵⁴.

Assim, constata-se que, seja no controle concentrado ou difuso, a crença na neutralidade do *amicus curiae* deve ser devidamente problematizada, tendo em vista que sua intervenção, conforme já abordado, corriqueiramente orientada ao apoio a uma das partes, ou ainda a tutela de interesses jurídicos não representados, pode nem sempre ser virtuosa, pois, como já mencionado, este pode ser utilizado como lobby, em uma tentativa de degenerar a conformação democrática do instituto para alcançar interesses inconfessáveis⁶⁵⁵.

Para além das diversas classificações sobre a natureza jurídica da intervenção, infere-se que, mais do que um simples auxiliar do juízo, convidado ou apresentando de forma

⁶⁵⁴ MEDINA, Damares. *Amicus curiae: amigo da corte ou amigo da parte?* São Paulo: Saraiva, 2010.

⁶⁵⁵ BISH observa que “A intervenção de tantos órgãos e entidades na esfera do Poder Judiciário, foi referido, é encarada por muitos autores americanos como instrumento de atuação dos grupos de pressão. É bem visível que o *amicus curiae* à brasileira vem assumindo, na grande parte de suas atuações, essa conotação. Basta conferir a natureza dos principais colaboradores e as causas pelas quais demonstram interesse em aconselhar a Corte. Importante referir, até para fazer contraponto ao posicionamento unânime do STF, que a intervenção de tantos grupos de interesse pode, antes de favorecer a democracia, prejudicar a mesma. Foi analisado que não faltam críticas à representação de interesses e a atuação dos grupos de pressão sobre os poderes públicos, que podem induzir os responsáveis pela elaboração, aplicação e interpretação de leis a uma visão meramente restrita, até egoística do Direito. A necessidade de privilegiar o interesse público e o bem comum, muitas vezes, caminha no sentido contrário ao atendimento de interesses de grupos sociais, que estão sempre em ebulição no Estado Social contemporâneo”. BISH, Isabel da Cunha. *O amicus curiae, as tradições jurídicas e o controle de constitucionalidade*, p. 159.

espontânea para possibilitar elementos de convicção, o *amicus curiae* é um sujeito processual, motivo pelo qual deve ser dimensionado a partir de uma teoria processual que viabilize uma leitura do sistema processual como um todo, de modo que se possa, ao mesmo tempo, garantir sua atuação em juízo nas mais variadas formas, bem como viabilizar a adequação constitucional do instituto e a imperiosa fiscalidade de sua atuação.

Apesar de algumas vozes defenderem que a atuação parcial do *amicus curiae* não deslegitima sua intervenção, sob o argumento de que “ainda que o terceiro intervenha para afirmar e defender determinado ponto de vista, que coincide com o fundamento da afirmação de direito de uma das partes, não o faz para defender os interesses de qualquer uma delas”⁶⁵⁶, as preocupações quanto à parcialidade do instituto, bem como os potenciais riscos desta intervenção, devem ser devidamente problematizados e, como se verá a seguir, encontram uma solução constitucionalmente adequada pelo processualismo constitucional democrático.

Assim, em atendimento aos princípios processuais constitucionais, em especial o contraditório dinâmico⁶⁵⁷, o magistrado deve considerar detidamente todo o conteúdo da manifestação, enfrentando todos os fatos e argumentos e circunstâncias trazidas pelas manifestações dos *amici curiae*, bem como fundamentar racionalmente a decisão, justificando o acatamento ou afastamento destes aportes⁶⁵⁸, de modo a viabilizar o máximo rendimento da intervenção⁶⁵⁹ e não trata-la, ao contrário, como um simples parecer ou laudo a poder ser utilizado ou não para embasar uma decisão solitária e ilegítima.

⁶⁵⁶ DEL PRÁ, Carlos Gustavo Rodrigues. *Amicus curiae*: instrumento de participação democrática e de aperfeiçoamento da prestação jurisdicional, p. 114. No mesmo sentido, Medina afirma que “o interesse direto na solução da controvérsia constitucional não deslegitima a intervenção do *amicus*, haja vista que a função informacional que ele exerce pode contribuir para o aperfeiçoamento do processo de tomada de decisão”. MEDINA, Damares. *Amicus curiae*: amigo da corte ou amigo da parte? São Paulo: Saraiva, 2010, p. 89.

⁶⁵⁷ Ronaldo Brêtas observa que “impõe-se o entendimento de que a fundamentação da decisão jurisdicional, muito longe de surgir apoiada em convicções pessoais ou em critérios salomônicos ou sentimentos vagos de justiça, deverá ser o resultado lógico da atividade procedimental desenvolvida em torno das questões discutidas e dos argumentos produzidos em contraditório pelas partes em todas as fases do processo, porquanto são elas, as partes contraditórias, que suportarão seus efeitos”. BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. *Processo constitucional e estado democrático de direito*, p. 134-135.

⁶⁵⁸ Alexandre Bahia observa que “não faz sentido a aceitação do ‘*amicus*’ se sua contribuição não for nem ‘desejável’ nem ‘útil’ ao aporte de um maior número de diferentes teses (jurídicas ou não) sobre o caso. Perceba-se, no entanto, que essa ideia – de que trazer o máximo de contribuições para o processo gera um ‘plus’ na decisão – somente subsiste se o órgão julgador realmente levar a sério todas as teses ‘ventiladas’, o que, segundo a jurisprudência atualmente dominante, não é um requisito nem frente às teses das partes. Se nem aos argumentos trazidos pelas partes é dado o status de merecer consideração integral pelo órgão julgador, haver-se-ia de conferir maior destaque a quem sequer possui interesse na causa? BAHIA; Alexandre Gustavo Melo Franco. O crescimento do papel do *amicus curiae* no novo CPC: perspectivas sobre a jurisprudência atual do STF. In: FREIRE; Alexandre *et al.* *Novas tendências do processo civil. Estudos sobre o projeto do novo Código de Processo Civil*. Salvador: JusPodivm, 2012, p. 270.

⁶⁵⁹ Sobre o máximo rendimento da intervenção, conferir: DEL PRÁ, Carlos Gustavo Rodrigues. O princípio do máximo rendimento: *amicus curiae* e audiências públicas. In: *Revista de Processo* v. 224. Editora Revista dos Tribunais: São Paulo, ano 38, out. 2013.

A aplicação do contraditório dinâmico obriga que as partes possam se manifestar sobre a viabilidade das manifestações dos candidatos a intervenientes, fazendo cair por terra o entendimento de que a admissão seria uma discricionariedade do relator, conforme dito anteriormente, bem como a manifestação sobre o conteúdo veiculado nestas manifestações.

Com efeito, a discussão acerca das informações apresentadas pelos *amici curiae* pode, ao mesmo tempo, realizar os objetivos informacionais da intervenção, contribuindo para a abertura cognitiva dos tribunais, a tutela de interesses não representados e para uma decisão mais acertada, bem como permite uma ampla fiscalidade acerca destas informações e a possibilidade de verificação dos verdadeiros objetivos ensejadores das intervenções. Nesse sentido, Mattos tece as seguintes considerações sobre o papel do *amicus curiae* no controle concentrado de constitucionalidade, sendo útil, entretanto, a todas as demais hipóteses de intervenção:

A admissão no processo do instituto do *amicus curiae* e, dessa forma, o respeito ao princípio do contraditório representam um fortalecimento da dialética processual, pois, além de permitirem uma interação da sociedade civil com os processos que envolvem o controle concentrado de constitucionalidade, ainda permitem que os elementos trazidos por essa abertura dialética possam acrescentar aos pontos de vista já estabelecidos pelas partes. Assim, o contraditório amplo configura uma necessidade de se abandonar a orientação restritiva que ainda permeia a atividade jurisdicional, especialmente no controle concentrado, e representa a base normativa que justifica a admissão do *amicus curiae*⁶⁶⁰.

A superação desta orientação restritiva, contudo, traz a tona a percepção acerca dos riscos da intervenção, a qual pode ser realizada de modo a buscar a preservação dos interesses dos grupos hegemônicos, bem como, em vista dos procedimentos de padronização decisória, intentar a formação de um padrão decisório que atenda tais interesses.

Como possível e imperiosa alternativa para tal constatação, defende-se que uma concepção participativa e policêntrica de atuação de todos os sujeitos processuais, pela aplicação da principiologia constitucional, em especial do contraditório dinâmico, pode viabilizar o controle dos “comportamentos não cooperativos e contaminados de todos os sujeitos processuais”. Nesse sentido, Nunes tece as seguintes considerações:

Torna-se, assim, imperativo, ao se pensar o sistema processual, a criação de mecanismos de fiscalidade ao exercício dos micropoderes exercidos ao longo do iter processual, além da criação de espaços de interação (participação) que viabilizem consensos procedimentais aptos a viabilizar, no ambiente real do debate processual, a prolação de provimentos que representem o exercício de poder participado, com atuação e influência de todos os envolvidos, inclusive criando-se

⁶⁶⁰ MATTOS, Ana Letícia Queiroga de. *Amicus curiae*: hermenêutica e jurisdição constitucional, p. 212.

contramedidas (como as decorrentes da boa fé processual e do sistema recursal) aptas a impedir ou mitigar o aludido uso estratégico do processo⁶⁶¹.

O processualismo constitucional democrático, desta forma, apresenta uma dupla função, consistente na garantia da ampla argumentação, decorrente do direito à prova, “a assistência de um advogado, à necessidade de se garantir que as partes possam ter o tempo processual para reconstruir o caso concreto, e quais as normas *prima facie* aplicáveis são mais adequadas ao caso concreto”⁶⁶², bem como a possibilidade de fiscalidade do comportamento e de todos os atos realizados pelos sujeitos processuais.

Esta fiscalidade permite uma mútua fiscalização da atuação respectiva de cada um dos sujeitos processuais e, em especial, do *amicus curiae*. Nesse sentido, Cabral tece as seguintes considerações:

[...] a vertente democrática do princípio do contraditório como postulado de influência permite a abertura da concepção do exercício do direito de manifestação no processo a outros sujeitos que não as partes, o que se consegue na atualidade como o instituto do *amicus curiae*, por exemplo, afastando o contraditório das chagas individualistas que ainda maculam a compreensão do princípio e fomentando o ingresso de diversas entidades no processo, para enriquecer o debate e oxigenar o litígio com outros pontos de vista argumentativos⁶⁶³.

A compreensão do instituto do *amicus curiae* a partir de uma concepção participativa e policêntrica de processo pode, portanto, viabilizar uma compreensão procedimental discursiva do processo de tomada de decisão nos casos em que, pela natureza da controvérsia a ser resolvida, a abertura cognitiva da Jurisdição às mais variadas vozes da sociedade seja necessária para uma decisão constitucionalmente adequada.

Nesse sentido, ao se entender o processo como um espaço público discursivo para escolha dos melhores argumentos, a partir da participação de todos os sujeitos processuais mediante a atuação constante dos princípios constitucionais processuais, viabiliza-se uma compreensão hermenêutica de aplicação do direito que esteja em consonância com as premissas fundamentais para compreensão constitucionalmente adequada do processo de interpretação e aplicação do direito⁶⁶⁴.

⁶⁶¹ NUNES, Dierle. Novo CPC: *Fundamental decisões judiciais com amplitude e profundidade é cada vez mais necessário...* Disponível em: <http://cron.adv.br/2014/12/novo-cpc-fundamental-decisoes-judiciais-com-amplitude-e-profundidade-e-cada-vez-mais-necessario/>. Acesso em: 20.11.2014.

⁶⁶² BARROS, Flaviane de Magalhães. *(Re)forma do processo penal: comentários críticos dos artigos modificados pelas Leis n. 11.690 e n. 11.719/08*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 20.

⁶⁶³ CABRAL, Antônio do Passo. *O princípio do contraditório como direito de influência e dever de debate colaborativo*. Rio de Janeiro: UERJ, 2005. 15 páginas. Mimeografado.

⁶⁶⁴ Nesse sentido, Mattos esclarece que, “sob essa perspectiva, o contraditório vai muito além de, simplesmente, ter-se conhecimento dos atos processuais e ter-se direito de ver suas considerações analisadas pelo Poder

Assim, percebe-se que, contrariamente ao que delineado na obra de Kelsen, não é lícito que o magistrado escolha uma entre diversas possibilidades de decidir determinado caso baseado tão somente em uma norma hierarquicamente superior que lhe atribui competência para tanto, podendo escolher até mesmo um fundamento que esteja além da moldura de possibilidades legalmente previstas⁶⁶⁵.

Com Gadamer, dado a co-originalidade entre três ações que até então eram consideradas momentos distintos, quais sejam, compreensão, aplicação e interpretação, percebe-se não ser mais defensável o argumento de que um texto seja suficientemente claro que se possa dele abstrair a interpretação⁶⁶⁶.

Com Dworkin, entende-se que, em uma comunidade de princípios, uma decisão racionalmente aceitável passa pela reconstrução de toda a ordem jurídica e institucional, de modo a buscar a integridade do direito a partir da continuidade do romance em cadeia⁶⁶⁷.

A partir das contribuições de Günther, percebe-se a importância de se dissipar o mar revolto de normas aptas a reger determinada situação, tarefa a ser realizada por todos os participantes para a completa individualização do caso e suas particularidades, de modo a se perceber qual daquelas normas é a mais adequada⁶⁶⁸.

Por fim, Habermas esclarece que uma decisão deve ser resultante de um procedimento legítimo no qual os destinatários possam ser vistos como coautores, mediante a igual participação na construção procedimento argumentativo⁶⁶⁹.

Todos estes aportes, somados as premissas e balizamentos teóricos do processualismo constitucional democrático e seu dimensionamento participativo e policêntrico, viabilizam uma compreensão constitucionalmente adequada do *amicus curiae*, na medida em que se

Judiciário. Na verdade, o contraditório ultrapassa esses limites, já que atinge uma alcance maior, qual seja, serve para garantir uma espécie de participação deliberativa/colaborativa nas decisões judiciais. Tendo em vista essa visão ampliada do princípio do contraditório, é plenamente justificável – e até necessário – que se favoreça a admissão do instituto do *amicus curiae* como forma de proporcionar não só uma alargada participação no processo por parte dos sujeitos processuais, mas, também, pela sociedade civil de uma maneira geral, aí representada pelo instituto do *amicus curiae*. MATTOS, Ana Letícia Queiroga de. *Amicus curiae: hermenêutica e jurisdição constitucional*, p. 210.

⁶⁶⁵ CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. *Tertium non datur*: pretensão de coercibilidade e validade em face de uma teoria da argumentação jurídica no marco de uma compreensão procedimental do estado democrático de direito. In: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo (coord.). *Jurisdição e hermenêutica constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, p. 89.

⁶⁶⁶ BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco; NUNES, Dierle. Tendências de padronização decisória no PLS nº 166/2010: o Brasil entre o *civil law* e o *common law* e os problemas na utilização do “marco zero interpretativo”, p. 84.

⁶⁶⁷ PEDRON, Flávio Quinaud. *Em busca da legitimidade do direito contemporâneo*, p. 70.

⁶⁶⁸ BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco; NUNES, Dierle. Tendências de padronização decisória no PLS nº 166/2010: o Brasil entre o *civil law* e o *common law* e os problemas na utilização do “marco zero interpretativo”, p. 87.

⁶⁶⁹ THEODORO JR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco. Breves considerações sobre a politização do judiciário e sobre o panorama de aplicação no direito brasileiro – análise da convergência ente o *civil law* e o *common law* e dos problemas da padronização decisória, p. 39.

institui condições procedimentais legítimas para a imperiosa abertura do direito à sociedade de intérpretes. Desta forma, para além de uma noção clássica de democracia como mera representação, a intervenção do *amicus curiae* desponta como resultado de “uma compreensão procedimentalmente adequada dos direitos comunicativos e dos direitos de participação constitutivos da formação da vontade democrática, o que só tende a fortalecer os preceitos de um Estado Democrático de Direito”⁶⁷⁰.

Assim, no controle concentrado de constitucionalidade ou difuso, nos procedimentos recursais de padronização decisória (repercussão geral e recursos repetitivos), o *amicus curiae* pode contribuir, mediante a apresentação de novas perspectivas, dados técnicos, argumentos e fundamentos jurídicos, de modo a contribuir para uma ampla argumentação sobre a controvérsia e uma decisão constitucionalmente adequada, sempre a partir dos princípios processuais constitucionais e do processualismo constitucional democrático como meio de blindagem dos comportamentos não cooperativos e das posturas protagonistas e ativistas do magistrado.

Com efeito, a previsão normativa do *amicus curiae* no novo CPC brasileiro e a possibilidade de que a intervenção possa ocorrer desde a primeira instância, assim como em alguns novos procedimentos disciplinados no novo Código, esta deverá ser realizada tendo como premissa fundamental a importância do dimensionamento do procedimento cognitivo em estruturas bifásicas, nas quais o *amicus curiae* poderá contribuir ativamente para a discussão, mediante a apresentação de escritos, troca de articulados com as partes, fixação dos pontos controvertidos, bem como sua contribuição na fase oral.

Afinal, como já mencionado, se uma controvérsia se apresenta como dotada de repercussão geral no âmbito do recurso extraordinário, esta transcendência e relevância do tema está presente desde a primeira instância, cabendo ao judiciário, portanto, o dever de informação e publicidade das causas, seja, em primeira instância, seja no âmbito recursal, que potencialmente podem ter suas discussões ampliadas pelas intervenções de *amici curiae*.

Nesse sentido, conforme as precisas observações de Pinto:

A ampliação das hipóteses de atuação do *amicus* é irrefreável. A complexidade das relações humanas certamente tem reflexos na atividade jurisdicional. Serão cada vez mais frequentes os litígios cuja especificidade e tecnicidade exigirão dos juízes conhecimentos que lhe são alheios, seja para compreender a demanda ou para apreender o real alcance de suas decisões⁶⁷¹.

⁶⁷⁰ MATTOS, Ana Letícia Queiroga de. *Amicus curiae*: hermenêutica e jurisdição constitucional, p. 212.

⁶⁷¹ PINTO, Rodrigo Strobel. *Amicus curiae*: atuação plena segundo o princípio da cooperação e o poder instrutório judicial. *Revista de Processo* v. 151. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 137.

Por fim, impende ressaltar que a intervenção não lograria alcançar seus objetivos caso os argumentos apresentados pelos *amici curiae* não fossem objeto de exauriente análise pelo órgão julgador, motivo pelo qual o magistrado deve fundamentar racionalmente todas as informações, fatos, provas e fundamentos jurídicos apresentados na manifestação. Desta forma, a fundamentação das decisões é condição indispensável para que o *amicus curiae* não seja reduzido a um componente secundário de convencimento do magistrado, mas como uma oportunidade para um mais completo dimensionamento dos elementos subjacentes a controvérsia e uma decisão que atenda a exigência de participação ativa e construtiva para sua aceitabilidade⁶⁷².

Ressalte-se que a participação nestes moldes poderá também viabilizar uma ampla fiscalidade sobre a função a ser exercida pelo *amicus*, posto que este, conforme apresentado, poderá atuar de forma neutra ou parcial. Assim, caso seja constatado, nas discussões acerca da admissão da intervenção, a presença de um interesse jurídico semelhante ao que caracteriza a atuação na qualidade de assistente, esta deverá necessariamente ser rechaçada, ao passo que, comprovado que o interesse motivador da intervenção ultrapassa o mero interesse jurídico subjetivo, ostentando um interesse que se revela institucional⁶⁷³, sua manifestação será plenamente admitida.

Assim, fazendo coro às conclusões realizadas por Mattos:

é inquestionável que essa inovação no cenário jurídico brasileiro proporciona uma dilatação do conceito de democracia participativa, viabilizando mais uma forma de efetivação e exploração do espaço público. Parece, pois, que o *amicus curiae* só vem a ampliar os parâmetros democráticos do regime jurídico brasileiro. Decorre do exposto que concebido, admitido, aplicado e interpretado sob um enfoque de uma teoria procedimentalista, o *amicus curiae* representa um importante instrumento de democratização e pluralização da Jurisdição Constitucional, conferindo, com isso, maior legitimidade aos processos envolvendo discussões constitucionais no cenário brasileiro⁶⁷⁴.

No que diz respeito à previsão normativa do *amicus curiae* no novo CPC, impende ressaltar que, não obstante os avanços decorrentes de seu disciplinamento na nova legislação – fruto das diversas vozes a defender a necessidade de generalização do instituto e sua

⁶⁷² De acordo com Cordeiro Leal, “mais do que garantia de participação das partes em simétrica paridade, portanto, o contraditório deve ser efetivamente entrelaçado com o princípio (...) da fundamentação das decisões, de forma a gerar bases argumentativas acerca dos fatos e do direito debatido, para a motivação das decisões”. LEAL, André Cordeiro. O contraditório e a formação das decisões no direito processual democrático. LEAL, André Cordeiro. O contraditório e a fundamentação das decisões no direito processual democrático. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, p. 105.

⁶⁷³ BUENO, Cassio Scarpinella. *O amicus curiae no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático*, p. 459-468.

⁶⁷⁴ MATTOS, Anna Letícia Queiroga. *Amicus curiae: hermenêutica e jurisdição constitucional*, p. 217.

admissão em outros procedimentos⁶⁷⁵ –, o instituo ainda não terá condições de desenvolver todas as suas potencialidades e as inúmeras contribuições que poderia ofertar para uma jurisdição democrática, tendo em vista a ausência de uma previsão geral de recorribilidade das decisões nos processos em que a intervenção ocorrer⁶⁷⁶. Afinal, se o direito ao recurso é reconhecido quando autarquia e entes públicos intervêm na qualidade de *amicus curiae*, a exemplo do CADE, CVM, INPI e União Federal, não haveria qualquer motivo em não reconhecer o mesmo direito àqueles que voluntariamente se propõe a contribuir para o processo de tomada de decisão.

Espera-se, contudo, que os estudiosos e a literatura jurídica especializada (doutrina) possa efetivamente realizar sua função⁶⁷⁷, de modo que o novo CPC seja interpretado de forma a viabilizar uma efetiva fruição dos direitos fundamentais, mediante a construção de respostas constitucionalmente adequadas aos diversos problemas que a nova legislação tentará dimensionar, a exemplo da padronização decisória e seus diversos desdobramentos, como a formação e aplicação do precedente em face da ausência de um consenso teórico para tanto, fruto de uma inadequada percepção das implicações da aproximação entre *civil law* e *common*

⁶⁷⁵ DEL PRÁ, Carlos Gustavo Rodrigues. *Amicus Curiae: instrumento de participação democrática e de aperfeiçoamento da prestação jurisdicional*, p. 165-195. BUENO, Cassio Scarpinella. *O amicus curiae no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático*, p. 554-592.

⁶⁷⁶ Nesse sentido, Cattoni de Oliveira e Pedron tecem as seguintes considerações sobre o art. 320 do PLS nº 166/2010, versão original do projeto do novo CPC fruto da comissão designada para sua criação, o qual, como já mencionado, está previsto no art. 138 da última versão aprovada: “Assim, o art. 320, que disciplina a participação do *amicus curiae*, reduz figura tão importante na processualidade democrática a uma mero parecerista, cujos argumentos apenas enfeitam os autos, sem qualquer necessidade de receberem uma atenção e resposta devidas pelo magistrado. Com isso, dá-se mais uma vez, passos em sentido contrário a uma leitura aberta do direito, que deveria convidar e criar condições de possibilidade para um alargamento do espaço processual para a participação da sociedade, que ao contrário do que pensam uma maioria dos autores nacionais não iria servir para tumultuar o procedimento, mas antes para contribuir para um ganho de legitimidade democrática e enriquecer argumentativamente a própria decisão”. CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. PEDRON, Flávio Quinaud. O que é uma decisão judicial fundamentada?: reflexões para uma perspectiva democrática do exercício da jurisdição no contexto da reforma processual civil. In: BARROS, Flaviane de Magalhães; BOLZAN DE MORAIS, Jose Luis (Coord.). *Reforma do processo civil: perspectivas constitucionais*. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 123.

⁶⁷⁷ Streck afirma sobre o papel da doutrina que “o direito não é (e não pode ser) aquilo que o intérprete quer que ela seja. Portanto, o direito não é aquilo que o Tribunal, no seu conjunto ou na individualidade de seus componentes, dizem que é. A doutrina deve doutrinar, sim. Esse é o seu papel. Aliás, não fosse assim, o que faríamos com as mais de mil faculdades de direito, os milhares de professores e os milhares livros produzidos anualmente? E mais: não fosse assim, o que faríamos com o parlamento, que aprova as leis? E, afinal, o que fazer com a Constituição, ‘lei das leis’?”. STRECK, Lenio Luiz. STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência?*, p. 25. No mesmo sentido, Nunes, Almeida e Rezende refletem que “é importante apresentar e repensar o que se entende por doutrina e sua atual composição no sistema jurídico brasileiro, uma vez que além de não cumprir as suas funções, a mesma se limita a justificar a ‘jurisprudência instável’, de forma a legitimar e fortalecer a atuação desta, como se fosse a principal fonte argumentativa do direito. A preocupação é urgente, uma vez que a aprovação do novo Código de Processo Civil e a introdução de uma normatização do precedente judicial faz com que a participação da doutrina se torne essencial na construção do processo democrático e da fixação de bases fortes na aplicação para as novas normas”. NUNES, Dierle; ALMEIDA, Helen; REZENDE, Marcos. A contribuição da doutrina na (con)formação do direito jurisprudencial: uma provocação essencial. In: *Revista de Processo* n. 232, junho, Revista dos Tribunais: Ano 39, n. 232, jun/2014, p. 329.

law no direito atual, além de temas como o ativismo judicial e a litigância de interesse público.

Aproximando-se das conclusões resultantes desta pesquisa e, tendo em vista os diversos procedimentos orientados à padronização decisória e a possibilidade de intervenção do *amicus curiae* para o dimensionamento das controvérsias caracterizadas pela relevância e transcendência que as caracterizam, o próximo tópico abordará, em linhas gerais, as premissas interpretativas para compreensão do novo CPC, a necessidade de um adequado dimensionamento das técnicas concernentes ao sistema de precedentes, bem como as possíveis contribuições do *amicus curiae* para uma melhor operacionalidade do processo civil contemporâneo.

5.4 Desafios e perspectivas da previsão normativa do *amicus curiae* no Novo Código de Processo Civil

O Processo Civil brasileiro passa, na atualidade, por uma verdadeira mudança paradigmática, a qual, pela sua grandiosidade, poucas vezes se verificou de forma semelhante no direito brasileiro, a exemplo do CPC de 1939, o CPC de 1973 e o Código Civil de 2002 e, que, no direito comparado, ocorreu na Inglaterra (1999) e, mais recentemente, em Portugal (2014).

A grandeza de uma nova codificação a orientar as expectativas de comportamento no presente e futuro traz a percepção dos velhos e novos problemas a serem superados, a segurança decorrente da continuidade das instituições e das ideias daqueles que contribuíram para o estudo da ciência processual ao longo dos últimos 150 anos, bem como a perspectiva de que o novo possa efetivamente cumprir os motivos pelos quais foi idealizado.

O novo CPC, após a apresentação do anteprojeto pela comissão designada para sua criação, foi objeto de diversas investigações, debates e audiências públicas para consolidação de seu texto, sendo resultado de um verdadeiro “consenso procedimental das mais diversificadas (e, em vários aspectos, modernas) correntes dogmáticas do Direito Processual”⁶⁷⁸. Assim, após cinco anos de tramitação nas casas legislativas, o novo código foi aprovado em 16/12/2015 e, até o fechamento desta pesquisa, aguarda a sanção presidencial para que se inicie a *vacatio legis* que antecederá a aplicação da nova legislação.

⁶⁷⁸ NUNES, Dierle. *Novo CPC promove equilíbrio entre magistrados e advogados*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2014-dez-17/dierle-nunes-cpc-promove-equilibrio-entre-juizes-advogados>. Acesso em: 18.12.14.

Para além das críticas de que o novo código seria uma quase repetição do CPC de 1973, verifica-se na nova codificação grandes novidades, como a criação de novos institutos, alterações procedimentais nos procedimentos já consolidados no sistema processual, bem como o delineamento de uma parte geral a englobar uma significativa dimensão principiológica do direito processual, a qual será uma premissa indispensável para a compreensão desta nova fase do direito processual civil brasileiro, em aproximação as balizas interpretativas do processualismo constitucional democrático.

Dentre as novidades previstas nesta nova gramática interpretativa, pode-se mencionar o intento de aproximação entre constituição e processo, a previsão normativa do contraditório dinâmico e suas dimensões como a garantia de influência e não surpresa, o delineamento de um processo compartipativo/colaborativo (art. 7º), mediante a uma postura participativa de todos os sujeitos processuais (art. 6º) e com expressa vedação das decisões-surpresa (art. 9º e 10º) e a observância de uma ordem cronológica de julgamento (art. 12).

No que diz respeito às diversas alterações procedimentais, importa mencionar que no novo CPC dimensiona uma tentativa de estabilização da jurisprudência, mediante o delineamento de um sistema de precedentes, de forma semelhante aos objetivos das modificações realizadas pela última onda reformista, a exemplo da súmula vinculante e repercussão geral, o procedimento de julgamento por amostragem no âmbito do julgamento dos recursos especial e extraordinário, dentre outros.

Um ponto de destaque a ser mencionado é a nova conformação da fundamentação das decisões, de modo a afastar os subjetivismos e discricionariedades decorrentes de uma atuação judicial em descompasso com o processo constitucionalizado. O art. 489, § 1º, exemplifica de forma detalhada o que não se considera uma decisão fundamentada, afastando, desta forma, exemplos perniciosos de como as decisões vem sendo fundamentadas até então⁶⁷⁹.

⁶⁷⁹ Art. 489. São elementos essenciais da sentença:

I – o relatório, que conterà os nomes das partes, a identificação do caso, com a suma do pedido e da contestação, bem como o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo;

II – os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito;

III – o dispositivo, em que o juiz resolverá as questões principais que as partes lhe submeterem.

§ 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

I – se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;

II – empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;

III – invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;

IV – não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;

V – se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;

A estruturação do sistema de precedentes, contudo, para além de um fortalecimento da jurisprudência defensiva e da limitação do acesso aos tribunais, busca um adequado dimensionamento entre os procedimentos de compatibilização decisória e as garantias do processo constitucionalizado, de modo a promover, ao mesmo tempo, a celeridade e segurança, bem como a legitimidade das decisões. Nesse sentido, o art. 942 do novo CPC preceitua que “os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente”.

Para fins de conclusão da presente pesquisa, tendo em vista que uma análise do novo CPC, pela amplitude e complexidade do tema, extrapolaria os objetivos deste trabalho, importa destacar a necessidade de um tratamento adequado do direito jurisprudencial no novo código, bem como a importância do *amicus curiae* no sistema de precedentes a ser desenvolvido nos próximos anos.

5.4.1 A assunção do precedente como fonte de normatividade e a importância do amicus curiae em um sistema de precedentes

A Constituição de 1988, conforme já abordado, representou um marco de fundamental importância para o sistema processual brasileiro, em virtude da adoção de um detalhado modelo constitucional de processo, o qual, em face da garantia do acesso à justiça e do reconhecimento de inúmeros direitos fundamentais, permitiu o ingresso de novos perfis de litigiosidade⁶⁸⁰ e um significativo aumento de complexidade do sistema de aplicação de direitos no Brasil.

Com efeito, conforme já mencionado, o projeto constitucional brasileiro “impôs aos ‘Poderes’ a competência para implementação de uma série de políticas públicas de inclusão com a finalidade de viabilizar os direitos fundamentais nele previstos”⁶⁸¹, sendo que, diante do déficit de funcionalidade dos demais poderes, verifica-se a atuação do Judiciário como

VI – deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

§ 2º No caso de colisão entre normas, o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão.

§ 3º A decisão judicial deve ser interpretada a partir da conjugação de todos os seus elementos e em conformidade com o princípio da boa-fé. BRASIL. *Parecer n.º 1.111, de 2014. Redação Final do Substitutivo da Câmara dos Deputados ao Projeto de Lei do Senado n.º 166 de 2010 (n.º 8.046, de 2010, naquela casa)*. Disponível em: <http://legis.senado.leg.br/mateweb/arquivos/mate-pdf/160741.pdf>. Acesso em 25.02.2015.

⁶⁸⁰ NUNES, Dierle. Precedentes, padronização decisória preventiva e coletivização. Paradoxos do sistema jurídico brasileiro: uma abordagem constitucional democrática. In: WAMBIER; Tereza Arruda Alvim (coord.). *Direito Jurisprudencial*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 247.

⁶⁸¹ Idem.

uma atividade compensadora, a qual, na maioria das vezes, é levada a cabo a partir de uma postura ativista e protagonista da magistratura⁶⁸².

Esta atividade compensadora é que o Judiciário, no entanto, “nem mediante um esforço incomensurável de seus órgãos, conseguiria ser ‘virtuoso’ em face das exigências de produtividade numérica e de rapidez procedimental máxima”, fazendo com que este papel “consequencialista do Judiciário, (de antevisão dos impactos decisórios no campo político, econômico e social)”⁶⁸³, seja embasado, conforme já mencionado, por perspectivas teóricas incompatíveis com o atual papel atribuído ao processo constitucionalizado.

A denominada crise do Poder Judiciário, desta forma, é pauperizada a partir da crença em uma magistratura virtuosa e com uma visão privilegiada acerca dos anseios da sociedade, colocando em segundo plano a implementação de um espaço processual argumentativo orientado a formação de uma decisão compartilhada e fundamentada racionalmente. A legitimidade das decisões, nesse sentido, é desconsiderada diante da busca por uma eficiência meramente quantitativa, olvidando-se que, esta, além da preocupação com números, também se desdobra na exigência de que o sistema também deve buscar uma eficiência qualitativa, entendida como “aquela na qual um dos elementos principais de sua implementação passaria a ser a qualidade das decisões e de sua fundamentação e que conduziria à necessidade de técnicas processuais adequadas, corretas, justas e equânimes”, de forma a viabilizar uma aplicação democrática do direito⁶⁸⁴.

A partir da constatação da diversidade de litigiosidades decorrentes da ampliação da agenda do sistema jurisdicional brasileiro, percebe-se que, na atualidade, o sistema processual deve viabilizar uma aplicação ao mesmo tempo legítima e eficiente do direito em três tipos de litigiosidade, descritas por Bahia e Nunes da seguinte forma:

a) individual ou “de varejo”: sobre a qual o estudo e dogmática foram tradicionalmente desenvolvidos, envolvendo lesões e ameaças a direito isoladas; b) a litigiosidade coletiva: envolvendo direitos coletivos e difusos, nos quais se utilizam procedimentos coletivos representativos, normalmente patrocinados por legitimados extraordinários (órgão de execução do MP, Associações representativas etc.); e c) em massa ou de alta intensidade: que dá margem a propositura de ações repetitivas ou seriais, que possuem como base pretensões isomórficas, com especificidades, mas que apresentam questões (jurídicas e/ou fáticas) comuns para a resolução da causa⁶⁸⁵.

⁶⁸² THEODORO JR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco. Breves considerações sobre a politização do judiciário e sobre o panorama de aplicação no direito brasileiro – análise da convergência ente o *civil law* e o *common law* e dos problemas da padronização decisória, p. 16-17.

⁶⁸³ THEODORO JR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco, *op. cit.*, p. 17.

⁶⁸⁴ THEODORO JR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco, *op. cit.*, p. 21.

⁶⁸⁵ BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco; NUNES, Dierle. Tendências de padronização decisória no PLS nº 166/2010: o Brasil entre o *civil law* e o *common law* e os problemas na utilização do “marco zero interpretativo”, p. 78.

Nas diversas tentativas de um tratamento dogmático para referidos tipos de litigiosidade, conforme já informado, idealizou-se diversos procedimentos objetivando uma padronização decisória a ser aplicada em casos semelhantes, prestigiando-se, assim, a jurisprudência dos tribunais superiores mediante a assunção de normatividade de seus fundamentos, como no procedimento de aferição da repercussão geral e os procedimentos de julgamento por amostragem.

No que diz respeito a técnica procedimental no âmbito dos recursos extraordinários, Nunes *et al.* observam o seguinte:

A defesa da limitação desses meios de impugnação das decisões se torna uma constante, lastreada na preocupação e busca de um “acesso à justiça” quantitativo, que longe de se adequar às diretrizes típicas do movimento de “socialização processual”, típico do século XX, do qual se alega derivar, mais se aproximam de uma justiça de alta produtividade que pouco se preocupa com o impacto decisório (jurídico, social e econômico) nos discursos de aplicação normativa⁶⁸⁶.

Referida percepção acerca da tendência de reforço da importância das decisões dos tribunais superiores é uma das principais características da denominada “mixagem, circulação de modelos ou ‘bijuralismo’ entre sistemas que tipicamente eram de *civil law* ou de *common law*”, fenômeno investigado em diversos estudos e identificado em diversos países, consistente na concessão de maior importância ao direito jurisprudencial nos países de tradição anglo-saxônica e, por outro lado, “uma orgia legislativa que ofertam formas legais às regras do *common law* clássico⁶⁸⁷”.

A identificação do mencionado fenômeno no Brasil, contudo, mostra que o “*common law* à brasileira” vem ocorrendo sem a consolidação de uma teoria dos precedentes para o direito brasileiro, tendo em vista que a referência às súmulas e casos julgados anteriores é levada a cabo de forma completamente desconexa os as particularidades dos casos que lhes deram origem, diferentemente, portanto, do modo como os precedentes são aplicados nos países caracterizados pelo *stare decisis*⁶⁸⁸. Essa aplicação equivocada de vinculação decisória às decisões dos tribunais superiores demonstra que, conforme a observação de Nunes, “temos

⁶⁸⁶ BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco; NUNES, Dierle. Tendências de padronização decisória no PLS nº 166/2010: o Brasil entre o *civil law* e o *common law* e os problemas na utilização do “marco zero interpretativo”, p. 342.

⁶⁸⁷ THEODORO JR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco. Breves considerações sobre a politização do judiciário e sobre o panorama de aplicação no direito brasileiro – análise da convergência ente o *civil law* e o *common law* e dos problemas da padronização decisória, p. 40; TARUFFO, Michele. *Precedente e giurisprudenza. Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano: Giuffrè, ano LXI, n. 3. p. 709.

⁶⁸⁸ THEODORO JR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco. Breves considerações sobre a politização do judiciário e sobre o panorama de aplicação no direito brasileiro – análise da convergência ente o *civil law* e o *common law* e dos problemas da padronização decisória, p. 41.

muito a aprender com a tradição do *common law* antes de nos valer de seu modo de aplicação, de forma completamente atabalhoada e mecânica, como os Tribunais e juízes brasileiros vêm, com recorrência, fazendo”⁶⁸⁹. Este aprendizado reside no modo como o direito é aplicado no *common law* e o desconhecimento deste método no direito brasileiro. De acordo com Theodoro Jr, Nunes e Bahia:

Nem todos os precedentes tem a mesma “força”. Entre eles há os vinculativos e os meramente persuasivos: o que diferencia uns de outros é a práxis argumentativa nos tribunais. No interior de um precedente ainda se diferencia entre a parte de fundamentação do precedente (princípio) e o simples *dictum* (sem força vinculante) Percebe-se que um sistema fundado no *stare decisis* não está, contudo, preso a leituras “exegéticas” dos precedentes. A relação é dinâmica, de construção do direito e não estática de quem toma os precedentes como um dado do passado a que se deva repetir sem mais⁶⁹⁰.

O processualismo constitucional democrático, a partir da constatação dos problemas relativos ao atual dimensionamento do direito jurisprudencial brasileiro, de acordo com Nunes:

[...] tenta discutir a aplicação de uma igualdade efetiva e valoriza, de modo policêntrico e participativo, uma renovada defesa de convergência entre o *civil law* e *common law*, ao buscar uma aplicação legítima e eficiente (efetiva) do Direito para todas as litigiosidades (sem se aplicar padrões decisórios que pauperizam a análise e a reconstrução interpretativa do direito), e defendendo o delineamento de uma teoria geral dos precedentes para o Brasil que suplante a utilização mecânica dos julgados isolados e súmulas em nosso país⁶⁹¹.

A busca por referida teorização é de fundamental importância para a legitimidade e eficiência do sistema processual, de modo a ofertar respostas constitucionalmente adequadas para os diversos tipos de litigiosidade, bem como para suplantar a utilização mecânica de julgados isolados – tomados equivocadamente como “precedentes” – e das súmulas em nosso país.

Esta adequada teorização, de acordo com Nunes, deve seguir algumas premissas fundamentais, como o esgotamento prévio da temática subjacente aos casos paradigmas antes de sua utilização como padrão decisório, posto que, dado a dificuldade inerente à formação de

⁶⁸⁹ NUNES, Dierle. Fundamentos e dilemas para o sistema processual brasileiro: uma abordagem da litigância de interesse público a partir do Processualismo Constitucional democrático. In: FIGUEIREDO; Eduardo Henrique Lopes *et al.* *Constitucionalismo e democracia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, p. 179.

⁶⁹⁰ THEODORO JR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco. Breves considerações sobre a politização do judiciário e sobre o panorama de aplicação no direito brasileiro – análise da convergência ente o *civil law* e o *common law* e dos problemas da padronização decisória, p. 42.

⁶⁹¹ NUNES, Dierle. Precedentes, padronização decisória preventiva e coletivização. Paradoxos do sistema jurídico brasileiro: uma abordagem constitucional democrática. In: WAMBIER; Tereza Arruda Alvim (coord.). *Direito Jurisprudencial*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 263.

um precedente a partir de um único julgado e sem o “esgotamento discursivo de todos os aspectos relevantes suscitados pelos interessados”; integridade da reconstrução da história institucional da tese a ser aplicada pelo tribunal, de forma a não desconsiderar as decisões do passado sobre o mesmo tema (marco zero interpretativo), bem como a reconstrução das razões pelas quais o Tribunal entenda se tratar de uma superação do precedente firmado (*overruling*)⁶⁹²; compatibilização horizontal das decisões (*stare decisis* horizontal), tendo em vista a exaustão argumentativa necessária para a formação do precedente e de modo a se evitar posicionamentos individuais acerca de determinado tema, ressalvada a hipótese de se tratar de um caso diferente (*distinguishing*)⁶⁹³ ou de superação (*overruling*); a aplicação de forma discursiva do padrão decisório fixado pelos tribunais superiores quando de sua

⁶⁹² De acordo com Busmante: “O *overruling* é uma espécie do gênero das denominadas *judicial departures*, ou seja, dos casos de afastamento de uma regra jurisprudencial. Uma hipótese de afastamento se dá quando o tribunal resolve um problema jurídico solucionável por um precedente judicial, mas de forma diferente. O juiz apela, nesses casos, para um nova regra jurídica que conduz a um resultado diverso do previsto pelo precedente. Como explicam Summers e Eng [1997:521], nas *judicial departures* ‘a decisão precedente deve ser apropriadamente semelhante ao caso subsequente. Em última instância, o precedente e o caso a ser decidido devem trazer à tona as mesmas questões jurídicas, e o caso precedente deve já ter resolvido a questão. (...) Em países de *common law*, uma *departure* ou afastamento de um precedente por uma corte superior pode, via de regra, ser prontamente identificada como um regramento [*rulling*] diferente para uma questão posta por fatos materiais relevantemente semelhantes aos da decisão precedente’. (...) As situações que dão ocasião a *overruling* – a anulação de um precedente pelo próprio órgão jurisdicional que o estabeleceu – costumam variar, em cada sistema jurídico, em função dos fatores institucionais e extrainstitucionais que influem sobre a força do precedente judicial. No entanto, a regra-de-ouro sobre as *departures* – e o *overruling*, em especial – deve ser a mesma, não importam a tradição jurídica ou a força do precedente no caso concreto: sempre que um juiz ou tribunal for se afastar de seu próprio precedente, este deve ser levado em consideração, de modo que a questão do afastamento do precedente judicial seja expressamente tematizada. Nesse sentido, aponta Rorive que em sistemas jurídicos tão diferentes como a Bélgica – que adota um modelo de cassação semelhante ao francês – e a Inglaterra – berço do *common law* – despontam teorias sobre o *overruling* ou *revirement jurisprudentiel* cuja principal importância é ‘fornecer uma justificação convincente das modificações operadas [na jurisprudência], que seja capaz de conciliar a força normativa atribuída aos precedentes e a necessidade de se recolocá-los em questão, em certo momento’ [RORIVE 2003:497]. Todo abandono de um precedente judicial deve ser expressamente justificado. BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do precedente judicial: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais*. São Paulo: Noeses, 2012, p. 387-389.

⁶⁹³ Bustamante explica que “A técnica do *distinguishing* é um dos elementos característicos do *common law*, mas tende a se expandir cada vez mais para outros domínios e tradições jurídicas. Quanto mais rígida seja a aderência ao precedente judicial, mais frequente será seu emprego. Como vimos, o *distinguishing* pode ser descrito como uma *judicial departures* que se diferencia do *overruling* porque o afastamento do precedente não implica seu abandono – ou seja, sua validade como norma universal não é infirmada –, mas apenas sua não-aplicação em determinado caso concreto, seja por meio da criação de uma exceção à norma adscrita estabelecida na decisão judicial ou de uma interpretação restritiva dessa mesma norma, com o fim de excluir suas consequências para quaisquer outros fatos não expressamente compreendidos em sua hipótese de incidência”. “Desse modo, a técnica do *distinguishing* deve ser definida como um tipo de afastamento do precedente judicial no qual a regra da qual o tribunal se afasta permanece válida mas não é aplicada com fundamento em um discurso de aplicação em que, das duas, uma: (1) ou se estabelece uma exceção anteriormente não reconhecida – na hipótese de se concluir que o fato *sub judice* pode ser subsumido na moldura do precedente judicial citado; ou (2) se utiliza o argumento a contrario para fixar uma interpretação restritiva da *ratio decidendi* do precedente invocado na hipótese de se concluir que o fato *sub judice* não pode ser subsumido no precedente. No primeiro caso (redução teleológica) opera-se a exclusão de determinado universo de casos antes compreendidos no âmbito de incidência da norma apontada como paradigma; no segundo caso (argumento a contrario) a norma jurisprudencial permanece intacta, mas se conclui que suas consequências não podem ser aplicadas aos fatos que não estejam compreendidos em sua hipótese de incidência”. BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do precedente judicial: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais*. São Paulo: Noeses, 2012, p. 470 e 473.

aplicação pelos tribunais inferiores, tendo em vista a impossibilidade de sua aplicação mecânica, bem como o “estabelecimento de fixação e separação das *ratione decidendi*⁶⁹⁴ dos *obter dicta*⁶⁹⁵ da decisão”, tendo em vista que o primeiro justifica o padrão decisório e pode servir para a solução de um caso futuro, enquanto o segundo consistem nas considerações sobre a relação entre o fato e a decisão e que não são determinantes de causalidade⁶⁹⁶ e, por fim, de acordo com Nunes, torna-se imperioso o:

Delineamento de técnicas processuais idôneas de distinção (*distinguishing*) e superação (*overruling*) do padrão decisório: A ideia de se padronizar entendimentos não se presta tão só ao fim de promover um modo eficiente e rápido de julgar casos, para se gerar uma profusão numérica de julgamentos. Nestes termos, a cada precedente formado (padrão decisório) devem ser criados modos idôneos de se demonstrar que o caso em que se aplicaria um precedente é diferente daquele padrão, mesmo que aparentemente seja semelhante, e de proceder à superação de seu conteúdo pela inexorável mudança social – como ordinariamente ocorre em países de *common law*⁶⁹⁷.

A complexidade de uma teoria do precedente para a realidade jurídica brasileira mostra que, como aporte para seu desenvolvimento, o panorama jurídico atual é caracterizado por muito mais dúvidas do que certezas acerca da operacionalidade da padronização decisória no Brasil nos próximos anos. Inicialmente, vislumbra-se uma importância ainda maior ao sistema recursal e à colegialidade das decisões, posto que nesta fase é que os padrões decisórios serão forjados e os participantes poderão contribuir para a fixação da *ratio decidendi* e suas hipóteses de incidência em outros casos, bem como a formação da coerência e integridade das decisões a partir da história institucional dos casos relativos ao tema.

⁶⁹⁴ “A reconstrução da *ratio decidendi* – isto é, das regras adscritas que têm força de precedente – deve ser, portanto, uma elucidação das premissas normativas tomadas como etapas de justificação de uma decisão judicial. Parece adequado, nesse sentido, um modelo exegético [Siltala 2000:84-90] de reconstrução das normas a partir da interpretação das decisões judiciais. ‘Quando um juiz faz referência a uma decisão anterior, o faz a uma regra universal contida na decisão’ [Moral Soriano 2002:138]. A interpretação dos precedentes deve conter, portanto, uma ‘análise normativa’, cujo objetivo é a ‘individualização da regra ou norma: mas não a situação individual que constitui o decisum, senão as *rationes decidendi*’ [Chiassoni 1999:145]”. BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do precedente judicial: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais*. São Paulo: Noeses, 2012, p.277-278.

⁶⁹⁵ Taruffo explica que as *obter dicta* são: “todas essas reivindicações e argumentos encontrados nos fundamentos do aórdão, mas, no entanto a sua utilidade para a compreensão da decisão e os seus motivos, não constitui uma parte integrante da base jurídica da decisão. Essa distinção pode ser difícil de perceber na prática, mas é essencial, em como ela ajuda a entender como apenas através de referência direta aos fatos do caso pode determinar a razão jurídica efetivada na decisão, ou seja, que a ratio só pode ser eficaz no precedente. O *obter dicta* não tem eficácia e não pode ser invocada como precedente em casos posteriores à decisão, pois eles não condicionam a decisão do caso anterior”. TARUFFO, Michele. Precedente e Giurisprudenza. In: MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. *La ciencia del derecho procesal constitucional: estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamúdio en sus cincuenta años como investigador del derecho – tomo V: Juez e sentencia constitucional*. Mexico: Unam, 2008, p. 801.

⁶⁹⁶ NUNES, Dierle. Precedentes, padronização decisória preventiva e coletivização. Paradoxos do sistema jurídico brasileiro: uma abordagem constitucional democrática. In: WAMBIER; Tereza Arruda Alvim (coord.). *Direito Jurisprudencial*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 265-266.

⁶⁹⁷ *Op. cit.*, p. 267.

Ao que interessa no presente trabalho, impende ressaltar que o *amicus curiae* apresenta uma importância fundamental para o processo hermenêutico de formação do precedente. Partindo do pressuposto de que o padrão decisório será forjado a partir do julgamento de um ou mais casos caracterizados pela similaridade fática e argumentativa e para que possa, portanto, abarcar a mais ampla dimensão da controvérsia, o *amicus curiae* poderá contribuir para o dimensionamento de todos os argumentos a serem analisados, apresentando novos fundamentos, ou ainda alternativas interpretativas, de modo a viabilizar um exaurimento discursivo acerca de todas as questões a serem consideradas. Para tanto, Bueno ressalta ser imperioso a observância e incidência, no iter processual, de

[...] um verdadeiro ‘contraditório institucional’ que viabilize a ampla participação de todos os segmentos da sociedade civil e do próprio Estado interessados na fixação de determinadas teses jurídicas antes de ser proferida decisão pelos Tribunais Superiores que passe a ter efeitos, como aqui examinado, para outros processos estranhos àqueles em que prolatadas⁶⁹⁸.

O mesmo autor acrescenta, no que diz respeito a uma “interpretação conforme” da súmula impeditiva de recursos e a necessidade de um “contraditório institucionalizado”, que

[...] a figura do *amicus curiae*, bem compreendida, tem plenas condições de desempenhar satisfatoriamente este papel, garantindo legítima definição dos paradigmas jurisprudenciais que definirão a sorte dos recursos interpostos das sentenças que os apliquem concretamente⁶⁹⁹.

No mesmo sentido, Nogueira ressalta a necessidade de valorização do *amicus curiae*, notadamente nos casos que potencialmente poderão resultar em um precedente a ser futuramente aplicado. De acordo com o autor:

Para que o ingresso do *amicus* comece a ser assimilado pela comunidade jurídica, até virar um hábito, é preciso que os Tribunais façam uma divulgação maior da intimação que estão fazendo para permitir seu ingresso. Ainda que, inicialmente, a procura seja pequena, com o tempo, com a maior valorização do precedente, a tendência é que haja uma maior participação da sociedade⁷⁰⁰.

De se ressaltar que, além da contribuição para a formação do padrão decisório, o *amicus curiae* também pode contribuir sobremaneira para o processo de aplicação do

⁶⁹⁸ BUENO, Cassio. *Curso sistematizado de direito processual civil*. Recursos, processos e incidentes nos tribunais, sucedâneos recursais: técnicas de controle das decisões judiciais. v. 5. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 77-78.

⁶⁹⁹ Idem.

⁷⁰⁰ NOGUEIRA, Gustavo Santana. *Stare decisis et non quieta movere*: a vinculação aos precedentes no direito comparado e brasileiro. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 231-232.

precedente nos casos concretos, viabilizando as técnicas de distinção e superação dos padrões decisórios pela via recursal.

Nesse sentido, de modo a viabilizar a ideia de sociedade aberta de intérpretes, mediante a adoção de institutos democratizantes, como no caso do *amicus curiae*, Taranto propõe que, nos procedimentos destinados a viabilizar a edição de precedentes com grande repercussão, “o magistrado e órgãos jurisdicionais de instâncias ordinárias, tendo-se em vista a proximidade com a realidade vivida pelas partes nos processos (subjetivos), possam ser ouvidos na qualidade de *amici curiae*”⁷⁰¹.

Tal participação teria a qualidade de ser, de acordo com o autor, genuinamente imparcial, na qual os magistrados teriam condição de apresentar informações sobre a extensão das decisões divergentes sobre a matéria discutida, seja entre órgãos jurisdicionais ou entre estes e a administração pública. Assim, nos procedimentos disciplinados pela Lei n. 11.417/06, como a edição ou revogação da súmula vinculante e também no julgamento de recursos especiais repetitivos, o *amicus curiae* judicial, juntamente com as outras modalidades de intervenção, voluntária ou provocada, viabilizaria o que o autor denomina de “precedente pluriprocessual”. Nesse sentido, Taranto tece as seguintes considerações:

O magistrado e demais órgãos jurisdicionais podem expor a repercussão social das teses adotadas para ensejar juízo de razoabilidade pelo Supremo Tribunal Federal. Logo, na qualidade de *amicus curiae*, o juiz não estaria adstrito à orientação seguida quando da prolação das sentenças. Ademais, é esse agente que irá aplicar, em processos posteriores, os precedentes vinculantes e persuasivos. A ele caberá, inclusive, a aplicação por negativa do precedente, ou seja, do método *distinguishing*, na qualidade de válvula de escape apta a ensejar a evolução do direito pretoriano⁷⁰².

A nova conformação da fundamentação das decisões, como se verá a seguir, viabiliza o delineamento das técnicas de distinção pelas partes e também pelos interessados admitidos na qualidade de *amici curiae*, do modo que estes possam realizar, conforme a expressão de Streck, uma verdadeira “devassa hermenêutica” quanto à justificação e fundamentação racional das decisões⁷⁰³.

Perceba-se, entretanto, que o *amicus curiae* somente poderá contribuir de forma ampla para o sistema de precedentes com a materialização dos pressupostos hermenêuticos que

⁷⁰¹ TARANTO, Caio Márcio Gutterres. *Precedente judicial: autoridade e aplicação na jurisdição constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 80.

⁷⁰² TARANTO, Caio Márcio Gutterres. *Precedente judicial: autoridade e aplicação na jurisdição constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 82.

⁷⁰³ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica, Constituição e Processo, ou de como “discrecionalidade não combina com democracia”*: o contraponto da resposta correta. In: OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; MACHADO, Felipe Daniel Amorim (Coords.). *Constituição e processo: a contribuição do processo no constitucionalismo democrático brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 5-6.

norteiam a aplicação do novo CPC, quais sejam, um modelo procedimental participativo e policêntrico e normatizado pelos princípios processuais constitucionais, como a ampla defesa e o contraditório dinâmico.

5.4.2 O art. 489 do CPC projetado: a procedimentalização da fundamentação racional das decisões e a intervenção do amicus curiae

Pelo exposto até aqui, constata-se que a previsão normativa da intervenção do *amicus curiae* no CPC código projetado poderá contribuir sobremaneira para a legitimidade decisória, seja em primeira instância, nos casos em que este poderá colaborar para a formação de um precedente nas instâncias superiores, mediante a consignação de argumentos novos fazendo uma leitura diferente da matéria discutida, possibilitando a ampliação do horizonte interpretativo em que a decisão será baseada, ou ainda contribuindo para uma maior amplitude das técnicas de superação e distinção dos precedentes.

Para que o novo código consiga efetivamente uma perfeita confluência entre os balizamentos normativos do Estado Democrático de Direito e o novo dimensionamento do sistema processual, torna-se imperioso que a estruturação técnica do novo CPC seja levada a sério, de modo que este possa viabilizar uma arena institucional pela participação de todos os interessados e que as decisões possam ser dotadas de aceitabilidade porque construídas discursivamente.

Assim, de modo a garantir a consecução de seus objetivos, de nada adiantaria a previsão normativa de um contraditório dinâmico, inclusive com a vedação expressa das decisões surpresa, se as decisões – resultante discursiva da atividade e participação dos sujeitos processuais e um capítulo do romance em cadeia (Dworkin) –, não fossem formadas mediante uma exaustiva e exauriente explicitação de suas razões e fundamentos determinantes⁷⁰⁴.

Nesse sentido, o mencionado artigo 489 do novo CPC, se efetivamente observado, realizará uma verdadeira revolução na garantia constitucional de fundamentação das decisões, na medida em que disciplina de forma detalhada o que não seria uma decisão fundamentada.

⁷⁰⁴ De acordo com Chamon Junior, “a pretensão de racionalidade/legitimidade do processo jurisdicional está entrelaçada à assunção, de todos os envolvidos nesse processo, com as questões nele levantadas e debatidas argumentativamente. Com isso a autoridade jurisdicional se torna, desde uma racionalidade comunicativa, obrigada a fundamentar, detidamente, sua decisão, se valendo dos argumentos e provas apresentados pelas partes, levando a sério aquilo reconstruído no bojo do processo a partir do qual tem o dever de aplicar o Direito ao caso”. CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. *Teoria da argumentação jurídica: constitucionalismo e democracia em uma reconstrução das fontes do direito moderno*. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2008, p. 180.

Ressalte-se que tanto a previsão de um contraditório dinâmico, nos moldes aqui trabalhados, bem como a vedação das decisões-surpresa, a formação participada da decisão e do precedente, prescindiriam de uma previsão infraconstitucional, tendo em vista estarem expressamente contidos na cláusula geral do devido processo legal e na garantia constitucional da fundamentação racional das decisões (art. 93, IX, CRFB).

O art. 489 reforça a relação entre contraditório e fundamentação, na medida em que “a construção participada da decisão judicial, garantida num nível institucional, e o direito de saber sobre quais bases foram tomadas as decisões dependem não somente da atuação do juiz, mas também do Ministério Público, das partes e dos seus advogados”⁷⁰⁵, acrescentando-se, também, o *amicus curiae*. Para tanto, a garantia do contraditório dinâmico “é condição institucional realização de uma argumentação jurídica consistente e adequada e, com isso, liga-se internamente à fundamentação da decisão jurisdicional participada”⁷⁰⁶.

Nesse sentido, em que pese o art. 138 do CPC projetado prever a possibilidade de intervenção, o § 2º do artigo em comento deve ser devidamente tematizado, tendo em vista que, pela sua importância e potencialidade, a admissão do *amicus curiae* e a definição de seus poderes não pode ficar condicionada à decisão solitária do juiz ou relator, sob pena de depauperar o momento da intervenção. Entender o contrário seria ir de encontro à nova gramática interpretativa prevista nos primeiros artigos do novo código, que expressamente consagram o contraditório dinâmico⁷⁰⁷ como garantia de influência e não surpresa na decisão, bem como a consequente vedação das decisões de surpresa⁷⁰⁸.

De modo a se evitar uma decisão solipsista por parte do juiz ou relator quando da análise do pedido ou da solicitação de intervenção, bem como para realizar uma justificação válida dos poderes a serem exercidos pelo *amicus curiae*, impende ressaltar o óbvio, no sentido de que a decisão deverá ser adequadamente fundamentada, o mesmo se aplicando no

⁷⁰⁵ CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. PEDRON, Flávio Quinaud. O que é uma decisão judicial fundamentada? Reflexões para uma perspectiva democrática do exercício da jurisdição no contexto da reforma processual civil, p. 130.

⁷⁰⁶ Idem, p. 124.

⁷⁰⁷ “Art. 10. Em qualquer grau de jurisdição, o órgão jurisdicional não pode decidir com base em fundamento a respeito do qual não se tenha oportunizado manifestação das partes, ainda que se trate de matéria apreciável de ofício”. (BRASIL. Parecer n.º 1.111, de 2014. Redação Final do Substitutivo da Câmara dos Deputados ao Projeto de Lei do Senado n.º 166 de 2010 (n.º 8.046, de 2010, naquela casa). Disponível em: <http://legis.senado.leg.br/mateweb/arquivos/mate-pdf/160741.pdf>. Acesso em 25.02.2015).

⁷⁰⁸ Nunes defende que a leitura dinâmica do contraditório, “como incentivador ao aspecto dialógico do procedimento, impõe uma efetiva participação dos sujeitos processuais em todo o iter formativo das decisões”, criando, desta forma, “uma nova tendência e uma nova leitura paritária entre os sujeitos processuais, sem confundir seus papéis, mas, de modo a se implementar uma participação real com a assunção da coresponsabilidade endoprocessual por todos”. THEODORO JÚNIOR; Humberto; NUNES, Dierle. Uma dimensão que urge reconhecer ao contraditório no direito brasileiro: sua aplicação como garantia de influência, de não surpresa e de aproveitamento da atividade processual, p. 140.

que diz respeito à análise do conteúdo da manifestação e dos elementos argumentativos apresentados.

Assim, a sentença ou acórdão deverá, obrigatoriamente, enfrentar todos os argumentos apresentados nas manifestações dos *amici curiae*, entendimento que ensejou a formulação de um enunciado interpretativo no Fórum Permanente de Processualistas, evento periódico dedicado ao estudo do novo CPC e realizado na cidade do Rio de Janeiro, nos dias 25 a 27 de abril de 2014, com a seguinte redação: (art. 138; art. 499, § 1º, IV). “No processo em que há intervenção do *amicus curiae*, a decisão deve enfrentar as alegações por ele apresentadas, nos termos do inciso IV, do § 1º, do art. 499”⁷⁰⁹.

Espera-se, por tudo que foi apresentado, que o a intervenção do *amicus curiae* possa efetivamente um espaço ainda maior nas novas perspectivas advindas desta nova fase do direito processual civil brasileiro, contribuindo para a realização de um direito processual constitucionalizado e para a fruição dos direitos fundamentais. Assim, conforme as saudações feitas por Bueno em sua magistral pesquisa sobre o tema, seja muito bem vindo, *amicus curiae*, ao processualismo constitucional democrático⁷¹⁰.

⁷⁰⁹ Em virtude de algumas modificações no texto do novo CPC, o art. 499 assumiu nova numeração, estando previsto agora no mencionado art. 489 da versão consolidada e atualmente pendente de sanção presidencial.

⁷¹⁰ BUENO, Cassio Scarpinella. O *amicus curiae* no direito processual civil brasileiro: um terceiro enigmático, p. 467.

6. CONCLUSÃO

As diversas tensões inerentes ao cenário jurídico da atualidade cobram dos estudiosos do direito respostas adequadas para os diversos problemas que se apresentam. O processualismo constitucional democrático, a partir de uma análise panorâmica do fenômeno jurídico, parte do pressuposto de que o processo é um instituto indispensável para o Estado Democrático de Direito, na medida em que evita o arbítrio de decisões ilegítimas e possibilita a formação democrática das decisões.

Pela análise das reformas processuais e das fases caracterizadoras destes movimentos reformistas, verificou-se o modo como uma compreensão paradigmática do direito influencia e conforma as teorias e os institutos jurídicos.

Tais movimentos reformistas realizaram, ao longo dos últimos dois séculos, uma profunda modificação na compreensão do direito processual. Verificou-se que, ora com uma proeminência da oralidade, ora da escritura, ora monopolizado pelas partes, no paradigma liberal, ora pensando o processo a partir da figura de centralidade do magistrado, no paradigma do Estado de Bem Estar Social, o processo se desenvolveu de modo a buscar sua melhor operacionalidade e os objetivos perseguidos, os quais eram conformados pelos paradigmas de cada época.

A percepção da insuficiência do Estado Liberal e a passagem para o de Bem Estar Social provocou uma significativa modificação no sistema processual mediante uma assunção de proeminência e protagonismo da magistratura, a qual foi incumbida de uma responsabilidade impraticável, de ser a guardiã dos valores dispersos na sociedade e o canal de realização dos direitos pela atividade criativa e supostamente sensível e virtuosa do magistrados.

As tragédias resultantes das duas Grandes Guerras mundiais ensejaram um esforço nunca antes visto de preocupação, de diversos Estados, com a previsão normativa dos direitos humanos e fundamentais e sua aplicabilidade e defesa no plano fático, bem como uma aproximação da relação entre o processo e o texto constitucional.

A postura ativista do judiciário e o papel do processo como instrumento da jurisdição, a partir do esgotamento do Estado de Bem Estar, foi severamente questionada, notadamente da constatação de que os cidadãos foram transformados em clientes, não permitindo, desta forma, o exercício de uma autonomia destes.

A constitucionalização do processo pela Constituição de 1988 realizou uma verdadeira mudança paradigmática no direito brasileiro, mediante uma nunca antes vista previsão

normativa e principiológica de promoção e defesa dos direitos fundamentais, provocando uma ampliação da agenda institucional brasileira no que tange à realização destes direitos assegurados.

Apesar do delineamento de um processo constitucionalizado, o direito brasileiro ainda hoje não logrou alcançar uma verdadeira emancipação quanto a perspectivas teóricas de viés socializador, que ainda pensam o papel do processo como instrumento de uma jurisdição confiada a uma magistratura de sabedoria privilegiada e dotada de sensibilidade, o que acaba por fazer com que a aplicação do direito seja caracterizada por subjetivismos e arbitrariedades. Com efeito, algumas reformas processuais, supostamente de viés socializador, acabaram por reduzir o processo e a jurisdição a um expediente de produção industrial de decisões em larga escala, mediante uma rapidez extrema e diminuição do tempo de julgamento. O processo, neste contexto, teve seu papel de garantia esvaziado e passou a ser enxergado como um entrave ou, em outras palavras, um mal a ser combatido.

O instituto do *amicus curiae* tem sua origem controversa origem apontada como sendo no direito romano e no direito inglês medieval, e sua atuação se originou como uma possibilidade de, mediante uma atuação neutra e imparcial ou, em outras palavras, como “amigo da corte”, um terceiro estranho ao processo pudesse levar ao conhecimento do magistrado informações diversas, como uma melhor compreensão da controvérsia e o levantamento de *cases* que porventura pudessem auxiliar no julgamento.

O *amicus curiae* foi recepcionado pelo direito norte-americano, encontrando terreno fértil para seu desenvolvimento e popularização, notadamente nas hipóteses de participação do Estado nesta qualidade, seja pela intervenção de autarquias e entidades governamentais, seja pela atuação do *Attorney general*.

Contudo, a maior utilização do instituto, notadamente nos casos de intervenção voluntária em suas mais variadas formas, por pessoas, órgãos e entidades representativas, acabou por ocasionar uma modificação das conformações iniciais do instituto, o qual foi gradativamente perdendo sua característica de neutralidade e imparcialidade e passou a ser utilizado de forma parcial, de modo a, sob as vestes de uma atuação voltada à contribuição de uma decisão justa, defender interesses das partes ou mesmo interesse próprios.

O instituto do *amicus curiae*, pela sua conformação democrática, encontrou ampla recepção em diversos ordenamentos jurídicos, sendo que, à falta de uma expressa previsão legislativa sobre o tema, a intervenção nesta qualidade passou a ser admitida justificada pelos poderes instrutórios do magistrado, bem como pela própria ideia de participação democrática.

Ainda sobre o seu desenvolvimento no direito estrangeiro, verificou-se que, além de sua previsão normativa no direito norte-americano, o instituto se desenvolveu consideravelmente no direito argentino, assumindo a qualidade de verdadeiro instituto de participação democrática.

No direito brasileiro, o *amicus curiae* foi pioneiramente previsto na Lei n.º 6.385/76, que regula a atuação da Comissão de Valores Mobiliários – CVM, nos processos de sua competência. Posteriormente, outras legislações disciplinaram a intervenção de autarquia na qualidade de *amicus curiae*, a exemplo da Lei n.º 9.279/96, que regula a atuação do Instituto Nacional da Propriedade Industrial – INPI, e a Lei n.º 8.884/94, posteriormente modificada pela Lei n.º 12.529/2011, que regulamenta a atuação do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE. Tais atuações são recorrentemente justificadas como orientadas a defesa do interesse público. Além da possibilidade de apresentar informações relevantes e conhecimentos de ordem técnica, sobre as complexas matérias de suas respectivas atuações, é facultado que tais autarquias, em julgando necessário para a realização de suas funções, possam até mesmo apresentar recurso nos casos em que porventura intervirem.

Apesar da previsão normativa da atuação de autarquias na qualidade de *amicus curiae*, verifica-se que, no direito brasileiro, o instituto se desenvolveu e popularizou a partir das leis n.º 9.868/99 e 9.882/99, as quais disciplinam o controle concentrado de constitucionalidade concentrado. A possibilidade de intervenção, nestes casos, foi idealizada de modo a viabilizar uma democratização da interpretação constitucional, mediante uma abertura cognitiva do STF a uma comunidade aberta de intérpretes. Com efeito, a intervenção do *amicus curiae* é apontada como um precioso expediente de redução do déficit de legitimidade das decisões em sede de controle concentrado, uma vez que viabilizaria a participação da sociedade na discussão das principais controvérsias relativas à defesa do texto constitucional.

A indagação sobre a natureza jurídica do *amicus curiae* e sua classificação jurídica se desdobra em um sem número de digressões doutrinárias, que reconhecem o instituto como uma modalidade de auxiliar do juízo ou de intervenção de terceiros, próxima à figura do assistente, (não ostentando, contudo, um interesse jurídico nos moldes tradicionais), encontrando-se, a partir destas classificações, diversos desdobramentos sobre a análise de suas características.

Dentre seus principais aspectos processuais, destaca-se a possibilidade de apresentar memoriais, participar do debate mediante a sustentação oral de suas razões (entendimento discordante entre o STF e STJ). Em que pese as diversas vozes defendendo a legitimidade

recursal ampla, reconhece-se ao *amicus* legitimidade para tão somente questionar a decisão que inadmita sua intervenção.

As inúmeras reformas processuais realizadas no sistema processual brasileiro, as quais modificavam o sistema recursal em sua quase integralidade, objetivaram dimensionar uma compatibilização horizontal e vertical das decisões, mediante o forjamento de uma padronização decisória pelos tribunais superiores e a utilização desta como paradigma de aplicação em casos futuros.

Tal tendência é decorrente de um fenômeno denominado circulação de modelos, mixagem processual ou bijuralismo, consistente na aproximação entre as tradições de *civil law* e *common law*, decorrentes da influência de determinados procedimentos, institutos e práticas característicos de uma tradição sobre a outra.

De modo a viabilizar um maior dimensionamento da controvérsia discutida, bem como amainar o déficit de legitimidade decorrente dos procedimentos voltados à padronização decisória, vez que possíveis não participantes poderiam ser futuramente alcançados pela decisão, a intervenção na qualidade de *amicus curiae* foi prevista em diversos procedimentos, como no julgamento da repercussão geral no recurso extraordinário e no julgamento dos recursos especiais repetitivos.

Contudo, a ilegitimidade decorrente destes procedimentos, os quais acabam por não considerar cada caso em sua individualidade, são pensados a partir de uma racionalidade instrumental do processo, desconsiderando o importante papel do processo constitucionalizado para uma adequada operacionalidade destes procedimentos.

O desenvolvimento do *amicus curiae* no direito comparado e sua atual conformação no direito brasileiro, da mesma forma que no direito norte-americano, mostra que o instituto vem passando por uma deturpação de seu papel original, sendo utilizado para a defesa de interesses das partes ou interesses próprios. Nesse sentido, percebe-se que os procedimentos de padronização decisória são utilizados de forma estratégica, de modo a, mediante a atuação de grupos hegemônicos na qualidade de *amicus curiae*, seus interesses possam ser preservados pelo forjamento de um padrão decisório que lhes sejam favoráveis.

Verificou-se, assim, que a intervenção do *amicus curiae*, sob as vestes de uma contribuição neutra e justificada pela participação democrática pode, em verdade, ser utilizada para a defesa de interesses inconfessáveis, o que, em face dos riscos dessa atuação estratégica, enseja uma problematização adequada do tema em face das exigências normativas do Estado Democrático de Direito, notadamente diante da previsão normativa do instituto no novo CPC e a possibilidade de utilização deste desde a primeira instância, consistente em uma

verdadeira conquista, fruto de sua evolução e da percepção de sua importância em um direito que se pretenda democrático.

Para uma compreensão constitucionalmente adequada do *amicus curiae*, apresentou-se refutações críticas ao modo como a intervenção é levada cabo no âmbito dos tribunais superiores. Nesse sentido, constatou-se que uma intervenção polarizada, apoiando somente uma das partes envolvidas na controvérsia, pode ocasionar uma distribuição assimétrica de informações e um consequente aumento de chances de sucesso da parte apoiada, o mesmo não ocorrendo quando ambas tem suas posições referendadas pelos *amici curiae*.

Com efeito, para refutar o argumento de que a possibilidade de intervenção estaria condicionada ao poder discricionário do relator, bem como para demarcar as premissas teóricas necessárias para uma adequada compreensão do direito na atualidade e a abertura cognitiva do processualismo constitucional democrático a outras áreas do conhecimento, apresentou-se uma breve síntese das principais contribuições teóricas de autores que foram decisivos para o delineamento dos pressupostos hermenêuticos do direito democrático.

Desta apresentação, constatou-se que o processo de interpretação e aplicação do direito é uma tarefa complexa e de suma importância, não podendo, portanto, ser simplificada pela atribuição de privilégios cognitivos aos aplicadores e intérpretes. Percebe-se que o direito na atualidade se funda na legitimidade, alcançada pela participação de todos aqueles que potencialmente serão seus destinatários, sendo que esta participação, em uma sociedade de princípios, permite uma aceitabilidade de consensos e decisões válidas porque democraticamente construídos.

De modo a superar os entraves teóricos, dogmáticos e hermenêuticos decorrentes de uma perspectiva socializadora e pseudo-socializadora de aplicação do direito, o processualismo constitucional democrático propõe uma análise macroestrutural do sistema processual, de modo a identificar suas principais características e viabilizar uma compreensão adequada do papel do processo na atualidade. Para tanto, busca a democratização processual mediante a percepção do imperioso resgate do papel constitucional do processo como mecanismo de formação das decisões por meio de uma comparticipação e policentrismo das estruturas formadoras das decisões.

Pela percepção do contraditório como elemento fundamental de formação das decisões, entendido como garantia de participação, influência, não surpresa e de aproveitamento máximo dos atos processuais, percebeu-se que a intervenção do *amicus curiae* só pode ser adequadamente compreendida a partir de uma perspectiva técnica de formação comparticipada dos atos decisórios.

Nesse sentido, o contraditório dinâmico, somado a exigência de fundamentação racional das decisões, viabiliza ao mesmo tempo uma participação processualizada da intervenção, de modo que esta possa alcançar seus objetivos de contribuir para uma decisão justa, bem como possibilita uma fiscalidade dos comportamentos indesejáveis e não cooperativos dos sujeitos processuais.

Tal compreensão do papel do processo, nos moldes propugnados pelo processualismo constitucional democrático, oferece renovadas perspectivas de compreensão do *amicus curiae* no direito brasileiro, na medida em que o contraditório dinâmico e a fiscalização mútua entre os sujeitos processuais diminuem os riscos decorrentes de uma atuação estratégica movida a defesa de interesses inconfessáveis de grupos hegemônicos.

Com efeito, referida compreensão, em que pese a ausência de uma teoria dos precedentes no direito brasileiro, oferece novas perspectivas para um tratamento adequado dos procedimentos de padronização decisória, viabilizando, mediante a participação de todos os sujeitos processuais, notadamente o *amicus curiae*, uma formação comparticipada do precedente judicial e os balizamentos teóricos para sua aplicação em casos futuros.

Verifica-se, desta forma que o *amicus curiae* pode contribuir para uma adequada operacionalização do contraditório dinâmico no âmbito recursal, mediante sua contribuição argumentativa no manejo das técnicas de superação e distinção dos precedentes.

No entanto, tal contribuição só poderá ser concretizada se, nos moldes propostos no novo CPC sobre a fundamentação analítica das decisões, o processo decisório seja levado a sério, como resultante de uma ampla argumentação comparticipada, na qual todos os interessados possam, em posição de igualdade, contribuir para a melhor interpretação dos argumentos subjacentes a controvérsia.

O *amicus curiae*, como visto, representa um dos institutos mais intrigantes do direito processual, esperando-se que, pelos pressupostos teóricos do processualismo constitucional democrático, em bases comparticipativas e policêntricas, o instituto possa contribuir para o aprimoramento das práticas sociais e da aproximação entre Constituição e processo, contribuindo para a promoção, fruição e defesa dos direitos fundamentais.

REFERÊNCIAS

ABREGÚ, Martín; COURTIS, Christian. Perspectivas y posibilidades del *amicus curiae* en el derecho argentino. In: ABREGÚ, Martín; COURTIS, Christian (coords.). **La aplicación de los Tratados sobre Derechos Humanos por los Tribunales Locales**. 2. ed. Buenos Aires: del Puerto, 1998.

ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO. **Estudios de teoría general e historia del proceso** (1945-1972). Tomo II, n. 12-30. México: UNAM, 1992.

ANDOLINA, Italo; VIGNERA, Giuseppe. **Il modello costituzionale del processo civile italiano**: corso de lezioni. Torino: G. Giappichelli, 1990.

ANGEL EKMEKDJIAN, Miguel. El *amicus curiae* en el derecho Argentino. In: **Cadernos de direito constitucional e ciência política**, v. 4, n. 16, p. 80-81, jul./set. 1996.

BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. A interpretação jurídica no Estado Democrático de Direito: contribuição a partir da teoria do discurso de Jürgen Habermas. In: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo (coord.). **Jurisdição e hermenêutica constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, p. 301-357.

BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. O crescimento do papel do *amicus curiae* no novo CPC: perspectivas sobre a jurisprudência atual do STF. In: FREIRE; Alexandre *et al.* **Novas tendências do processo civil**. Estudos sobre o projeto do novo Código de Processo Civil. Salvador: JusPodivm, 2012, p. 265-286.

BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. **Recursos extraordinários no STF e STJ**: conflito entre interesse público e privado. Curitiba: Juruá, 2009.

BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. Repercussão geral em recurso extraordinário e o papel do “*amicus curiae*”. In: **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)**, julho-dezembro, 2013, p. 169-177.

BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco; NUNES, Dierle. Tendências de padronização decisória no PLS nº 166/2010: o Brasil entre o *civil law* e o *common law* e os problemas na utilização do “marco zero interpretativo”. In: BARROS, Flaviane de Magalhães; BOLZAN DE MORAIS, Jose Luis (Coord.). **Reforma do processo civil**: perspectivas constitucionais. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 75-95.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Processo constitucional**: aspectos contemporâneos. Belo Horizonte: Fórum, 2006.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira Baracho. Teoria Geral do Processo Constitucional. In: **Revista da Faculdade Mineira de Direito**. Belo Horizonte: Puc Minas, 1998, p. 92.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Duelo e processo. In: **Revista Brasileira de Direito Comparado**. Rio de Janeiro: 2003.

BARROS, Flaviane de Magalhães. O modelo constitucional de processo e o processo penal: a necessidade de uma interpretação das reformas do processo penal a partir da Constituição. *In*: MACHADO, Felipe Daniel Amorim; CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade (Coords.). **Constituição e processo**: a contribuição do processo ao constitucionalismo brasileiro. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

BARROS, Flaviane de Magalhães. **(Re)forma do processo penal**: comentários críticos dos artigos modificados pelas Leis n. 11.690 e n. 11.719/08. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

BINEMBOJM, Gustavo. **A Nova Jurisdição Constitucional Brasileira** – Legitimidade Democrática e instrumentos de realização. 4. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

BISH, Isabel da Cunha. **O amicus curiae, as tradições jurídicas e o controle de constitucionalidade**: um estudo comparado À luz das experiências americana, europeia e brasileira. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2006.

BRASIL. *Código de Processo Civil de 1973*. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15869compilada.htm>. Acesso em: 09.07.2014.

BRASIL. *Lei n.º 6385, de 7 de dezembro de 1976*. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/16385.htm>. Acesso em: 09.08.2014.

BRASIL. *Lei n.º n.º 6.616, de 16 de dezembro de 1978*. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6616.htm>. Acesso em: 09.08.2014.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 05.06.2014.

BRASIL. *Lei n.º 9.279/96, de 14 de maio de 1996*. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19279.htm>. Acesso em: 16.09.2014.

BRASIL. *Lei n.º 9.469, de 10 de julho de 1997*. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9469.htm>. Acesso em: 18.09.2014.

BRASIL. *Lei n.º 9.868, de 10 de novembro de 1999*. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19868.htm>. Acesso em 08.06.2014.

BRASIL. *Lei n.º 11.417/06, de 19 de dezembro de 2006*. Disponível em:
<[http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111417](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111417.htm)>.htm. Acesso em 20.09.2014.

BRASIL. *Lei n.º 11.418, de 19 de dezembro de 2006*. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111418.htm>. Acesso em: 01.10.2014

BRASIL. *Lei n.º 12.529, de 30 de novembro de 2011*. Disponível em:
<[http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Lei/L12529](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm)>.htm. Acesso em: 19.08.2014.

BRASIL. *Parecer n.º 1.111, de 2014. Redação Final do Substitutivo da Câmara dos Deputados ao Projeto de Lei do Senado n.º 166 de 2010 (n.º 8.046, de 2010, naquela casa).* Disponível em: <http://legis.senado.leg.br/mateweb/arquivos/mate-pdf/160741.pdf>. Acesso em 25.02.2015.

BRASIL. *Superior Tribunal de Justiça*. QO no REsp 1.205.946-SP, Rel. Min. Benedito Gonçalves, em 17/8/2011.

BRASIL. *Superior Tribunal de Justiça*. QO no REsp 1.152.218-RS, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 7.5.2014.

BRASIL. *Superior Tribunal de Justiça*. Resolução n.º 8, de 7 de agosto de 2008. Disponível em:
<http://bdjur.stj.jus.br/xmlui/bitstream/handle/2011/17559/Res_8_2008_PRE.pdf;jsessionid=E40F8D4E5D2D53422D6E901B4BAB381C?sequence=4>. Acesso em 13.10.2014.

BRASIL. *Superior Tribunal de Justiça*. REsp 1117614/PR, Segunda Seção, Rel. Ministra Maria Isabel Gallotti, Dj. 10/08/2011.

BRASIL. *Superior Tribunal de Justiça*. REsp nº 911.802/RS, 1S, Rel. Min. José Delgado, j. 24.10.2007, DJe 01.09.2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADC 19 DF, Relator: Min. Marco Aurélio, j. 29/10/2009, DJe 12.11.2009.

BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. ADI 2675/PE, Rel. Min. Carlos Veloso, ADI 2777/SP, rel. Min. Cezar Peluso.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 3.091/DF, Rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 4.3.2005, DJ 18.03.2005, p. 76.

BRASIL, *Supremo Tribunal Federal*. ADI nº 3.105, Rel. Min. Cezar Peluzo, dj. 23.02.2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 3.474/BA, Rel. Min. Cezar Peluso, j. 13.10.2005, DJ 19.10.2005, p. 32.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 3.510/DF, Rel. Min. Carlos Britto, j. 03.05.2006.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, ADI 5022 MC, Rel. Min. Celso de Mello, j. 16/10/2013, DJe-210 divulg. 22/10/2013 public. 23/10/2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 5.061/DF, Rel. Luiz Fux. J. 24.11.2014, DJe 26.11.2014.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal, ADI-AgR 748/RS, Tribunal Pleno, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 18.11.1994.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, ADI-QO no 2.223/DF, Relator Marco Aurélio, DJ 26.10.2001.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 54 DF, Rel. Min. Marco Aurélio, DJe-151 divulg. 13.08.2008, public. 14.08.2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MC. ADI 2321/DF, Rel. Min. Celso de Mello, j. 25/10/2000, DJ. 10/06/2005, RTJ 195/812.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação nº 4.335/AC. Relator Ministro Eros Grau. Plenário. Brasília, 19.04. 2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 611586 PR, rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 04/03/2013, DJe-060 DIVULG 02/04/2013.

BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. **Processo constitucional e Estado Democrático de Direito**. 2ª. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. Projeto do novo Código de Processo Civil aprovado pelo Senado – Exame técnico e constitucional. *In: Futuro do Processo Civil Brasileiro: uma análise crítica ao Projeto do Novo CPC*. Organização: ROSSI, Fernando; RAMOS, Glauco Gumerato; GUEDES, Jefferson Carús; DELFINO, Lúcio; RIBEIRO MOURÃO, Luiz Eduardo. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011, p. 551-566.

BUENO, Cássio Scarpinella Bueno. **Amicus curiae no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BUENO, Cássio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil**. Procedimento comum: ordinário e sumário. v. 2, tomo I. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

BUENO, Cassio. **Curso sistematizado de direito processual civil**. Recursos, processos e incidentes nos tribunais, sucedâneos recursais: técnicas de controle das decisões judiciais. v. 5. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

BUENO FILHO, Edgard Silveira. *Amicus curiae – A democratização do debate nos processos de controle de constitucionalidade*. **Revista de Direito Constitucional e Internacional** vol. 47. p. 7-15. São Paulo: Revista dos Tribunais, abr.-jun. 2004.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **Teoria do precedente judicial: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais**. São Paulo: Noeses, 2012.

CABRAL, Antonio do Passo. Art. 138 NCPC. *In: NUNES, Dierle; Cunha, Leonardo Carneiro da; STRECK, Lenio. Comentários ao novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2015 (no prelo).

CABRAL, Antônio do Passo. **O princípio do contraditório como direito de influência e dever de debate colaborativo**. Rio de Janeiro: UERJ, 2005. 15 páginas. Mimeografado.

CABRAL, Antônio do Passo. Pelas asas de Hermes: a intervenção do *amicus curiae*, um terceiro especial. Uma análise dos institutos interventivos similares – o *amicus* e o *Vertreter dès öffentlichen Interesses*. *In: Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos tribunais: 2004, ano 29, set/out. p. 8/41.

CALAMANDREI, Piero. **Estudios sobre el proceso civil**. Buenos Aires, Ejea, 1962, t. III.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**. v. 1. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**. v. 2. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Trad. de Helen Gracie Northflett. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1988.

CAPPELLETTI, Mauro. **O controle jurisdicional de constitucionalidade das leis no direito comparado**. Trad. Aroldo Plínio Gonçalves. 2º ed. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1999.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1993.

CARDOSO, Oscar Valente. *O amicus curiae* nos Juizados Especiais Federais. **Revista Dialética de Direito Processual (RDDP)**. n. 60. São Paulo: Dialética, mar. 2008.

CARNEIRO, Athos Gusmão. **Intervenção de terceiros**. 19 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

CARNEIRO, Athos Gusmão. Mandado de segurança. Assistência e *amicus curiae*. **Revista de Processo** v. 112. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 213-219.

CARVALHO, Carlos Eduardo Araújo de. O futuro da natureza do Estado Democrático de Direito. Uma reconstrução paradigmática a partir dos modelos de Estado Constitucional. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 14, n. 2146, 17 maio 2009. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/12906>>. Acesso em: 10 jun. 2014.

CARVALHO NETTO, Menelick de. A hermenêutica constitucional sob o paradigma do Estado Democrático de Direito. In: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade (Coord.). **Jurisdição e hermenêutica constitucional no Estado Democrático de Direito**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, p. 25-44.

CARVALHO NETTO, Menelick de. Requisitos Pragmáticos da Interpretação Jurídica sob o Paradigma do Estado Democrático de Direito. **Revista de Direito Comparado**, Belo Horizonte, vol. 3, 2000, p. 473-486.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. **Direito, Política e Filosofia**. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2007.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. **Direito Processual Constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. Jurisdição Constitucional: poder constituinte permanente? In: **Hermenêutica e jurisdição constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. O Processo Constitucional como o Instrumento da Jurisdição Constitucional. **Revista da Faculdade Mineira de Direito**. v.3, nº 05 e 06.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. **Tutela jurisdicional e Estado democrático de direito**: por uma compreensão constitucionalmente adequada do mandado de injunção. Belo Horizonte: Mandamentos, 1998.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. PEDRON, Flávio Quinaud. O que é uma decisão judicial fundamentada?: reflexões para uma perspectiva democrática do exercício da jurisdição no contexto da reforma processual civil. *In*: BARROS, Flaviane de Magalhães; BOLZAN DE MORAIS, Jose Luis (Coord.). **Reforma do processo civil: perspectivas constitucionais**. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 119-152.

CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. **Filosofia do Direito na Alta Modernidade**: Incursões teóricas em Kelsen, Luhman e Habermas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. **Teoria da argumentação jurídica**: constitucionalismo e democracia em uma reconstrução das fontes do direito moderno. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2008.

CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. *Tertium non datur*: pretensão de coercibilidade e validade em face de uma teoria da argumentação jurídica no marco de uma compreensão procedimental do estado democrático de direito. *In*: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade (coord.). **Jurisdição e hermenêutica constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, p. 79-149.

CINTRA, Antônio Carlos de; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. **Teoria geral do processo**. 24 ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

COLLINS JR., Paul M. **Friends of the Supreme Court**: Interests Groups and Judicial Decision Making. Oxford University Press, 2008.

CORDEIRO LEAL, André. Processo e jurisdição no Estado democrático de direito: reconstrução da jurisdição a partir do direito processual democrático. 2006. Tese (Doutorado) – Faculdade Mineira de Direito – **Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais**, Belo Horizonte, 2006.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Jurisdição constitucional democrática**: atualizada pela Emenda Constitucional n. 45/2004 e pelas Leis n. 11.417/2006 e 12.063/2009. 2ª ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Arraes Editores: 2014.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza; NEDER MEYER, Emílio Peluso; RODRIGUES, Eder Bomfim. **Desafios contemporâneos do controle de constitucionalidade no Brasil**. Belo Horizonte: 2012.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. **Tempo e Processo**: uma análise empírica das repercussões do tempo na fenomenologia processual (civil e penal). São Paulo, RT: 1997.

CUNHA, Leonardo José Carneiro da. Intervenção anômala: a intervenção de terceiro pelas pessoas jurídicas de direito público prevista no parágrafo único do art. 5º da Lei 9.469/1997. *In*: DIDIER JR., Fredie; WAMBIER, Tereza Arruda Alvim (coord.). **Aspectos polêmicos e atuais sobre os terceiros no processo civil e assuntos afins**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 581-640.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. A intervenção de terceiros no processo de controle abstrato de constitucionalidade: a intervenção do particular, do co-legitimado e do *amicus curiae* na ADIN, ADC e ADPF. In: DIDIER JR., Fredie; WAMBIER, Tereza Arruda Alvim (coord.) **Aspectos polêmicos e atuais sobre os terceiros no processo civil e assuntos afins**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 149-167.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da, **Curso de direito constitucional**. Salvador: JusPodivm, 2008.
CYRINO, André Rodrigues. Separação de poderes, regulação e controle judicial: por um *amicus curiae* regulatório. **Revista Brasileira de Direito Público**, ano 5. n. 19. Belo Horizonte: Fórum, out.-dez. 2007.

DEL PRÁ, Carlos Gustavo Rodrigues. **Amicus Curiae**: instrumento de participação democrática e de aperfeiçoamento da prestação jurisdicional. Curitiba: Juruá, 2008.

DEL PRÁ, Carlos Gustavo Rodrigues. O princípio do máximo rendimento: *amicus curiae* e audiências públicas. **Revista de Processo** v. 224. São Paulo: Revista dos Tribunais: out. 2013, p. 73-91.

DEL NEGRI, André. **Controle de constitucionalidade no processo legislativo**: teoria da legitimidade democrática. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

DEL NEGRI, André. **Processo constitucional e decisão interna corporis**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

DÍAZ, Mariana. **La acción declarativa de inconstitucionalidad**. Buenos Aires: Ad Hoc, 2003.

DIAS, Ronaldo Bretas de Carvalho Dias. **Responsabilidade do Estado pela Função Jurisdicional**. Belo Horizonte, Del Rey: 2004.

DIDIER JR., Fredie. A intervenção judicial do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (art. 89 da Lei federal 8.884/1994) e da Comissão de Valores Mobiliários (art. 31 da Lei federal 6.385/1876). **Revista de Processo** v. 115. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 151-163.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil**. Introdução ao direito processual civil e processo de conhecimento. 15. ed. Salvador: JusPODIVM, 2013.

DIDIER, Fredie. Possibilidade de sustentação oral do *amicus curiae*. In: **Revista Dialética de Direito Processual**. São Paulo: Dialética, v. 8, p. 33-38, 2003.

DIDIER JR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Curso de direito processual civil**. Meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais. 11. ed. Salvador: JusPodivm, 2013.

DIDIER JR., Fredie; SOUZA, Marcus Seixas. Formação do precedente e *amicus curiae* no direito imperial brasileiro: o interessante Dec. 6.142/1876. **Revista de Processo** v. 220. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 407-422.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. São Paulo: Malheiros, 2001.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. v. II. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

Enunciados Consolidados do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis. Disponível em: <https://www.academia.edu/9845423/Enunciados_consolidados_do_F%C3%B3rum_Permanente_de_Processualistas_Civis>. Acesso em: 25.02.2015.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 6. ed. Salvador: JusPodivm, 2014.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves; MEIRA, Renan Sales de. Os poderes dos magistrados devem continuar a ser ampliados? Críticas ao projeto do novo código de processo civil à luz de um modelo constitucionalmente (discursivo-democrático) adequado de processo. In: FREIRE; Alexandre *et al.* **Novas tendências do processo civil**. Estudos sobre o projeto do novo Código de Processo Civil. Salvador: JusPodivm, 2012, p. 195-210.

GAMBARO, Antonio. *Civil law e common law: evoluzione e metodi di confronto*. **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**, Numero Speciale: Due iceberg a confronto: Le derive di common law e civil law, 2009.

GOLDSCHMIDT, James. **Princípios gerais do processo civil**. Belo Horizonte: Líder, 2002.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica processual e teoria do processo**. Rio de Janeiro: Aide, 1992.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade**. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. V. I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade**. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. V. II. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HARPER V. Fowler, ETHERINGTON Edwing D. *Lobbyists before the Court*. **University of Pennsylvania Law Review**, jun. 1953, p. 1172-1177.

HEINEN, Juliano. A figura do *amicus curiae* como um mecanismo de legitimação democrática do direito. In: **Revista Forense**. Rio de Janeiro: Forense, ano 103, v. 392, jul./ago. 2007, p. 149-165.

KEARNEY, Joseph D, MERRIL. The influence of *amicus curiae* briefs on the supreme court. **University of Pennsylvania Law Review**. Jan. 2000, p. 743-855.

LEAL, Mônia Clarissa Hennig. Jurisdição Constitucional aberta: a abertura constitucional como pressuposto de intervenção do. **Revista IOB de Direito Público**, v. 21, p. 27-49, 2008.

LAZZARINI, Alexandre Alves. A intervenção do CADE no processo judicial. **Revista de Processo** v. 105. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 241-248.

LEAL, André Cordeiro. **O contraditório e a fundamentação das decisões no direito processual democrático**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

LEAL, Rosemiro Pereira. Modelos processuais e Constituição democrática. *In*: MACHADO, Felipe Daniel Amorim; CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade (Coords.).

Constituição e processo: a contribuição do processo ao constitucionalismo brasileiro. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p.

LEAL, Rosemiro Pereira. Parte como instituto do processo constitucional. *In*: DIDIER JR, Fredie *et al.* (Coord.). **O terceiro no processo civil brasileiro e assuntos correlatos**: estudos em homenagem ao professor Athos Gusmão Carneiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo**: primeiros estudos. 9ª ed. rev. aum. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

LEBRE DE FREITAS, José Manuel. A exigência de celeridade e os princípios processuais (a experiência portuguesa). **Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas** v. 26, n. 2, p. 181-194, Pouso Alegre, jul./dez. 2010.

LEONEL, Ricardo de Barros. Recursos de sobreposição: novo procedimento e intervenção do *amicus curiae*. *In*: DIDIER JR, Fredie *et al.* (Coord.). **O terceiro no processo civil brasileiro e assuntos correlatos**: estudos em homenagem ao professor Athos Gusmão Carneiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 435-449.

MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. **Direito processual constitucional**. 1928-1956. Curitiba: Juruá, 2009.

MACIEL, Adhemar Ferreira. *Amicus Curiae*: um instituto democrático. **Revista de Processo** v. 106. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, pp. 280/284.

MADEIRA, Dhenis Cruz. **Processo de conhecimento e cognição**: uma inserção no estado democrático de direito. Curitiba: Juruá, 2008.

MAMARI FILHO, Luís Sérgio Soares. **A comunidade aberta de intérpretes da Constituição**: o *amicus curiae* como estratégia de democratização das busca do significado das normas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Processo de conhecimento**. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Repercussão geral no recurso extraordinário**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MARTINS, Leonardo. **Direito Processual Constitucional Alemão**. São Paulo: Editora Atlas, 2011.

MATOS, José Igreja. **Um modelo de juiz para o processo civil atual**. Coimbra: Wolters Kluwer Portugal/Coimbra Editora, 2010.

MATTOS, Ana Letícia Queiroga de. *Amicus curiae*: hermenêutica e jurisdição constitucional. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2011.

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

MENDES, Gilmar Ferreira. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental**. Comentários à Lei n. 9.882, de 03.12.1999. São Paulo: Saraiva, 2007.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

MONNERAT, Fábio Victor da Fonte. A jurisprudência uniformizada como estratégia de aceleração do procedimento. In: WAMBIER; Tereza Arruda Alvim (coord.). **Direito Jurisprudencial**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 341-490.

MORAIS, Dalton Santos. A asbstrativização do controle difuso de constitucionalidade no Brasil e a participação do amicus curiae em seu processo. *Revista de Processo* v. 164. São Paulo: Editora dos Tribunais, ano 33, out/2009, pp. 193/210.

NOGUEIRA, Gustavo Santana. *Stare decisis et non quieta movere*: a vinculação aos precedentes no direito comparado e brasileiro. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

NUNES, Dierle José Coelho. **Direito constitucional ao recurso**: da teoria geral dos recursos, das reformas processuais e da comparticipação nas decisões. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

NUNES, Dierle. Novo CPC: **Fundamentar decisões judiciais com amplitude e profundidade é cada vez mais necessário...** Disponível em <<http://cron.adv.br/2014/12/novo-cpc-fundamentar-decisoes-judiciais-com-amplitude-e-profundidade-e-cada-vez-mais-necessario/>>. Acesso em 20.11.2014.

NUNES, Dierle. Fundamentos e dilemas para o sistema processual brasileiro: uma abordagem da litigância de interesse público a partir do Processualismo Constitucional democrático. In: FIGUEIREDO; Eduardo Henrique Lopes *et al.* **Constitucionalismo e democracia**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, p. 165-190.

NUNES, Dierle. **Novo CPC promove equilíbrio entre magistrados e advogados**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-dez-17/dierle-nunes-cpc-promove-equilibrio-entre-juize-s-advogados>>. Acesso em 18.12.14.

NUNES, Dierle José Coelho. **Processo jurisdicional democrático**. Uma análise crítica das reformas processuais. Curitiba, Juruá: 2008.

NUNES, Dierle. Precedentes, padronização decisória preventiva e coletivização. Paradoxos do sistema jurídico brasileiro: uma abordagem constitucional democrática. In: WAMBIER; Tereza Arruda Alvim (coord.). **Direito Jurisprudencial**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 245-276.

NUNES, Dierle. Processualismo constitucional democrático e o dimensionamento de técnicas para a litigiosidade repetitiva. A litigância de interesse público e as tendências “não

compreendidas” de padronização decisória. **Revista de Processo** v. 199. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 41-82.

NUNES, Dierle; THEODORO JÚNIOR, Humberto. Uma dimensão que urge reconhecer ao contraditório no direito brasileiro: sua aplicação como garantia de influência, de não surpresa e de aproveitamento da atividade processual. **Revista de Processo** v. 168. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 107-141, fev. 2009.

NUNES, Dierle; PATRUS, Rafael Dilly. Uma breve notícia sobre o procedimento-modelo alemão e sobre as tendências brasileiras de padronização decisória: um contributo para o estudo do incidente de resolução de demandas repetitivas no direito brasileiro. *In: FREIRE; Alexandre et al. **Novas tendências do processo civil. Estudos sobre o projeto do novo Código de Processo Civil.*** Salvador: JusPodivm, 2012, p. 471-483.

NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco; CÂMARA, Bernardo Ribeiro; SOARES, Carlos Henrique. **Curso de direito processual civil: fundamentação e aplicação.** 1. ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011.

NUNES, Dierle; ALMEIDA, Helen; REZENDE, Marcos. A contribuição da doutrina na (con)formação do direito jurisprudencial: uma provocação essencial. **Revista de Processo** v. 232, ano 39, junho Revista de Processo. Editora Revista dos Tribunais: Ano 39, n. 232, jun/2014, p. 327-361.

OMMATI, José Emílio Medauar. **Teoria da Constituição.** 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

PEDRON, Flávio Quinaud. **Em busca da legitimidade do direito contemporâneo: uma análise reconstrutivas das teorias jurídicas de Ronald Dworkin, Jürgen Habermas e Klaus Günther.** Belo Horizonte: Ed. Clube de Autores, 2013.

PEREIRA, Milton Luiz. “*Amicus Curiae* – intervenção de terceiros”. **Revista de Processo** v. 109. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 39-44.

PICARDI, Nicola. **Jurisdição e processo.** Organizador e revisor técnico da tradução Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

PICARDI, Nicola; NUNES, Dierle. O código de processo civil brasileiro: origem, formação e projeto de reforma. **Revista de Informação Legislativa.** Brasília, ano 48, n. 190, abr./jun.2011, p. 93-120.

PINTO, Cristiano Paixão Araújo. Arqueologia de uma distinção – o público e o privado na experiência histórica do direito. *In: PEREIRA, Cláudia Fernanda Oliveira (Org.). **O novo direito administrativo brasileiro.*** v. 1. Belo Horizonte: Fórum, 2003.

PINTO, Rodrigo Strobel. *Amicus Curiae*: atuação plena segundo o princípio da cooperação e o poder instrutório judicial. **Revista de Processo** v. 151. São Paulo: Editora dos Tribunais, ano 32, set. de 2007, p. 131-139.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. **Comentários ao código de processo civil:** tomo I, arts. 1-45. Rio de Janeiro: Forense, 1973.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial**: parâmetros dogmáticos. São Paulo: Editora Saraiva, 2010.

RAZABONI, Olívia Ferreira. *Amicus curiae*: democratização da jurisdição constitucional. 2009. Dissertação (Mestrado) – Universidade de São Paulo, São Paulo. 155 p.

REPÚBLICA ARGENTINA. *CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN*. *Acordada* 28/2004 Disponível em: <http://www.csjn.gov.ar/docus/documentos/verdoc.jsp>. Acesso em 21.11.2014.

REPÚBLICA ARGENTINA. *CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN*. *Acordada* 14/2006 Disponível em: http://www.csjn.gov.ar/docus/documentos/cons_tema.jsp?temaID=K160. Acesso em 21.11.2014.

REPÚBLICA ARGENTINA. *CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN*. *Acordada* 07/2013. Disponível em: http://www.csjn.gov.ar/docus/documentos/cons_tema.jsp?temaID=K160. Acesso em 21.11.2014.

RODRIGUES, Eder Bomfim. **Ações Afirmativas e o Princípio da Igualdade no Estado Democrático de Direito**. Curitiba: Juruá, 2010.

SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: *Filosofia e teoria constitucional contemporânea*. In: SARMENTO, Daniel (coord.). *Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 113/145.

SHINER, Phil. **The Importance of Third-Party Interventions in Public Law and Human Rights Cases. Public Interest Lawyers**. FLAC *Amicus Curiae* Interventions Seminar, 30 April 2007. Disponível em: <http://www.flac.ie/download/pdf/pil13_pshiner_amicus_curiae_sem_30apr07.pdf>. Acesso em 20.11.2014.

SILVA, Diogo Bacha e. **Ativismo no controle de constitucionalidade**: a transcendência dos motivos determinantes e a (i)legítima apropriação do discurso de justificação pelo Supremo Tribunal Federal: Belo Horizonte: Arraes: 2013.

SORENSEN, Nancy Bage. The Ethical Implications of *amicus* briefs: a proposal for reforming rule 11 of the Texas rules of appellate procedure. *St. Mary's Law Journal*, v. 30, p. 1219-1277, 1999.

STERN, Robert L.; GRESSMAN, Eugene; SHAPIRO, Stephen M.; GELLER, Kenneth S. **Supreme Court Practice**. 8. ed., WASHINGTON D.C.: The Bureau of National Affairs, 2002.

STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica, Constituição e Processo, ou de como “discricionariedade não combina com democracia”: o contraponto da resposta correta. In: OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; MACHADO, Felipe Daniel Amorim (Coords.). **Constituição e processo**: a contribuição do processo no constitucionalismo democrático brasileiro. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 03-27.

STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora: 2010.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso.** Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

STRECK, Lenio; ABOUD, Georges. **O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

TARUFFO, Michele. **Il processo civile di civil law e di common law:** aspetti fondamentali. Sui confine: scritti sulla giustizia civile. Bologna: Il Mulino, 2002.

TARUFFO, Michele. Precedente e Giurisprudenza. In: MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. **La ciencia del derecho procesal constitucional:** estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho – tomo V: Juez e sentencia constitucional. Mexico: Unam, 2008.

TAVARES, Fernando Horta. Tempo e processo. In: TAVARES, Fernando Horta. (Org.). **Urgências de tutela:** tutela cautelar e tutela antecipada. Curitiba, Juruá, 2008, p. 111-118.

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

THEODORO JR, Humberto. Constituição e processo: desafios constitucionais da reforma do processo civil no Brasil, p. 234. In: OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; MACHADO, Daniel Amorim (Coord.). **Constituição e processo:** a contribuição do processo no constitucionalismo democrático brasileiro. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

THEODORO JR, Humberto; NUNES, Dierle José Coelho. Uma dimensão que urge reconhecer ao contraditório no direito brasileiro: sua aplicação como garantia de influência, de não surpresa e de aproveitamento da atividade processual. **Revista de Processo** n. 168. São Paulo: Revista dos Tribunais, fev./2009, p. 107-141.

THEODORO JR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco. Litigância de interesse público e execução participada de políticas públicas. **Revista de Processo** n. 224. São Paulo: Revista dos Tribunais, out/2013, p. 121-152.

THEODORO JR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco. Breves considerações sobre a politização do judiciário e sobre o panorama de aplicação no direito brasileiro – análise da convergência ente o *civil law* e o *common law* e dos problemas da padronização decisória. **Revista de Processo** n. 189. São Paulo: Revista dos Tribunais, nov/2010, p. 09-52.

VALLE, Vanice Regina Lírio do [et al.]. **Audiências públicas e ativismo:** diálogo social no STF. Belo Horizonte, Fórum, 2012.

WALKER, Kristen (2010). *Amici curiae* and Access To Constitutional Justice. A Pratical Perspective. **Bond Law Review:** Vol. 22: Iss. 3, Article 9 p. 110-125. Available at: <<http://epublications.bond.edu.au/blr/vol22/iss3/9>>.

WILLIAMS, George. The *amicus curiae* and intervener in The High Court of Australia: a comparative analysis. **Federal Law Review**, v. 28, p. 365-402,2000.

WILLHEIM, Ernst (2010). *Amici curiae* and Access To Constitutional Justice in the High Court of Australia. **Bond Law Review**: Vol. 22: Iss. 3, Article 9 p. 126. Available at: <<http://epublications.bond.edu.au/blr/vol22/iss3/9>>.

WOLKART, Erik Navarro. **Precedente judicial no processo civil brasileiro**: mecanismos de objetivação do processo. Salvador: Juspodivm, 2013.