

INTERVENÇÃO DE AMICUS CURIAE EM TEMPOS DE ASFIXIA: A LEGITIMAÇÃO DEMOCRÁTICA DAS DECISÕES VINCULANTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

INTERVENTION OF AMICUS CURIAE IN TIMES OF ASPHYXIA: THE DEMOCRATIC LEGITIMATION OF BINDING EFFECTS DECISIONS OF THE BRAZILIAN SUPREME COURT

*Jorge Luis da Costa Silva*¹

Resumo: O presente artigo tem o objetivo de analisar a intervenção do *amicus curiae* como instrumento de legitimação democrática das decisões com eficácia vinculante proferidas pelo Supremo Tribunal Federal (STF). Para tanto, examina-se a noção de jurisdição participativa e os critérios de admissibilidade de *amicus curiae* utilizados pelo STF. Por fim, aborda-se as principais alterações do *amicus curiae* a partir do novo diploma processual.

Abstract: The present paper intends to analyze the intervention of *amicus curiae* as instrument of democratic legitimation of binding effects decisions of the Brazilian Supreme Court. To that end, we examine the notion of participatory jurisdiction and the eligibility criteria of *amicus curiae* used by the Brazilian Supreme Court. In the end, we approach the main changes of *amicus curiae* from the new code of procedure.

Palavras-chave: Poder judiciário. Participação. Atores sociais. *Amicus curiae*.

Keywords: Judiciary Branch. Participation. Social actors. *Amicus curiae*.

1. Notas Introdutórias

A atuação do Poder Judiciário, sobretudo do STF, é marcada, nos últimos anos, pela expansão da tutela jurisdicional dos direitos fundamentais (BARROSO, 2012). Nesse contexto, questiona-se, corriqueiramente, a ausência de representatividade democrática desse poder (PEREIRA, 2014). É que, atuando sem o “batismo das urnas”, conforme ensina Luiz Roberto Barroso, ou, nas palavras de Jane Reis, sem um “*pedigree* democrático”, o Judiciário funciona enclausurado nas próprias muralhas erguidas pelo aparato judicial. Atua

¹ Graduando em Direito pela Uerj. E-mail: jldacostasilva@gmail.com

entrincheirado e apartado das forças e atores sociais. No entanto, essa tendência esbarra – e tropeça – na própria noção de Estado democrático, que tem como consectário a jurisdição pensada sob o prisma da participação da sociedade civil. Existe, portanto, a necessidade de (re)pensar a tutela jurisdicional, tendo vista desenvolver – e, aqui, fala-se no sentido de criar e aprimorar – instrumentos processuais capazes de oxigenar as veias do Poder Judiciário e democratizar a jurisdição estatal.

O Código de Processo Civil de 2015 (CPC/2015) instituiu uma série de mecanismos que contribuem para que a prestação da tutela jurisdicional seja pautada em princípios e fundamentos democráticos, dentre os quais, pinçamos o tratamento do contraditório substancial enquanto poder de influência, o incremento no dever de fundamentação, a possibilidade de realização de audiências públicas no bojo dos processos repetitivos e a intervenção de terceiros, de forma individual ou institucional, na condição de *amicus curiae*. Há, por certo, um extenso debate por detrás de cada um destes tópicos, contudo, o presente artigo se propõe a fazer uma breve análise dos impactos do CPC/2015 na intervenção do *amicus curiae*, tendo em vista analisar as possibilidades de atuação democrática deste sujeito processual.

Nessa esteira, tratamos do fenômeno de ascensão do Poder Judiciário como ponto de virada nas discussões relativas à legitimidade das decisões judiciais. Posteriormente, analisamos alguns pressupostos de jurisdição democrática e participativa, partindo da experiência do STF no julgamento de causas paradigmas da política de cotas raciais, pois constituem objeto de relevante questão social. Nessa ordem de ideias, examinamos as principais alterações promovidas pelo CPC/2015 no tratamento do *amicus curiae*, considerando os aspectos que foram ampliados e as respectivas restrições impostas pelo diploma processual. Por fim, concluímos que a intervenção de *amicus curiae* deve ser interpretada como instrumento de oxigenação democrática das veias do Poder Judiciário, o que impõe a necessidade de interpretação elástica das normas do novo diploma processual, tendo em vista ampliar sua atuação junto aos tribunais.

2. O Declínio Democrático e a Ascensão do Judiciário

No famoso livro “*O Espírito das Leis*”, Montesquieu desenvolveu a ideia da separação dos poderes que é amplamente adotada até os dias de hoje, inclusive pelo Brasil, que insculpiu a tese no art. 2º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/1988).

Em que pese as alegações de que existem novas formas institucionais que não podem ser categorizadas como legislativas, judiciais ou executivas (cf. ACKERMAN, 2014), fato é que as ideias do filósofo francês continuam sendo o ponteiro norte das bússolas dos Estados contemporâneos.

Ocorre que essa clássica separação sofreu – e vem sofrendo – alterações na sua estrutura, de modo que é possível afirmar um período de ascensão do Poder Judiciário nos últimos anos, não somente no Brasil, mas em diversas democracias ao redor do mundo. Esse fenômeno é percebido pelo professor Luis Roberto Barroso como o aspecto institucional do movimento pela efetividade da Constituição, que atribui ao Poder Judiciário um papel mais destacado na concretização dos valores e dos direitos constitucionais (BARROSO, 2012).

Dito isto, destaca-se os aspectos qualitativo e quantitativo do chamado processo de ascensão do Judiciário. Sob o ponto de vista quantitativo, deve-se ter em conta que o Brasil possui altos índices de litigiosidade. Segundo dados do Relatório Justiça em Números de 2016, divulgado anualmente pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), o total de processos que tramitaram no Judiciário no ano de 2015, excluindo aqueles que estavam no Supremo Tribunal Federal (STF), chegou a 102 milhões (BRASIL, 2016b).

Além disso, menciona-se, ainda, o processo de judicialização da política. Trata-se da transposição de poder das instâncias ordinárias para as vias judiciais, de tal modo que as questões relevantes do ponto de vista político, social ou moral passam a ser decididas pelo Judiciário. Os principais fatores são (i) o reconhecimento de que o Judiciário pode atuar em defesa de direitos fundamentais, (ii) a crise de representatividade vivida pelas instâncias políticas tradicionais e (iii) a preferência dos atores políticos para tratar desses assuntos no Judiciário (BARROSO, 2012).

Associado a estes fatores, deve-se ter em conta que o Código de Processo Civil de 2015 (CPC/2015) ampliou significativamente a papel da jurisprudência como fonte do Direito, contribuindo com o aspecto qualitativo no processo de ascensão do Poder do Judiciário. Isto porque o art. 927 do diploma processual estabeleceu um rol de decisões que terão caráter vinculante em relação aos juízes e tribunais, dentre as quais destacam-se as decisões do STF em controle concentrado de constitucionalidade e os acórdãos em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos.

Some-se a isto as disposições da Lei nº 9.882/1999, que trata do processo e do julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF). De acordo com

o art. 10, § 3º, da referida lei, a decisão proferida no bojo da ADPF “terá eficácia contra todos e efeito vinculante relativamente aos demais órgãos do Poder Público”.

Diante desse breve panorama, é possível afirmar que há um incremento na função desempenhada pelo Judiciário, vez que é atribuída eficácia vinculante a um conjunto cada vez maior de decisões proferidas pelos tribunais superiores. Resta saber, no entanto, como essas decisões – que produzem norma em abstrato e, por isso, assemelham-se à própria lei – podem ser vistas como legítimas, do ponto de vista democrático, perante a sociedade.

3. Jurisdição Participativa: Uma análise a partir da intervenção de *amici curiae* na ADPF 186 e ADC 41

A legitimidade democrática das decisões do Poder Judiciário é tema que, há tempo, ocupa a doutrina. Em torno dessa discussão, desenvolveu-se a noção de jurisdição participativa, segundo a qual o Poder Judiciário deve ser permeável às demandas e forças sociais.

Nesse contexto, a ideia e conceito de uma democracia participativa no processo judicial têm como característica a possibilidade de intervenção de cidadãos, individual ou organizadamente, nos procedimentos de tomada de decisões (WELSCH, 2016). Ressalta-se, por oportuno, o raciocínio esclarecedor elaborado por Darci Guimarães Ribeiro e Felipe Scalabrin:

Portanto, para além da democracia participativa inserida nos âmbitos já citados, devemos concebê-la em seu aspecto verdadeiro: aquela visão de democracia em que o indivíduo está concretamente engajado na busca daquilo que ele entende ser o melhor para si e para a sociedade em que vive, ele é o verdadeiro protagonista dos rumos da sociedade e não mais os seus representantes. É ele, e somente ele, que sabe o que é melhor para si e, conseqüentemente, para os outros. Não há transferência de legitimidade a outros, pois só transfere legitimidade, num regime verdadeiramente democrático, quando não se é capaz de, por si só, concretizar a realização de uma sociedade livre, justa e solidária. Nesta perspectiva, o Judiciário está em franca vantagem para a implementação da democracia participativa, porquanto é o mais legitimado das três funções do Estado para realizar as promessas da modernidade. Como se o povo ativo escolhe seus governantes: legislativo e executivo? Onde estaria a legitimidade democrática do Judiciário, que não é eleito nem escolhido por esse ator decisivo que é o povo? Sua legitimação decorre não do sufrágio universal como nas outras esferas de poder, mas de uma legitimação procedimental que encontra no irrestrito acesso ao judiciário, no contraditório, na publicidade e na fundamentação os mais altos desígnios da legitimidade democrática, pois é através do processo, como garantia constitucional do Estado Democrático de Direito, que o direito é realmente criado (RIBEIRO, 2008, p. 63-4) e não a lei (GROSSI, 2003, p. 21). Sem falar no grau de credibilidade social que usufrui o Judiciário quando comparado ao Executivo e ao Legislativo, pois é o mais ético deles (RIBEIRO; SCALABRIN, 2009, p. 164-165).

Sendo assim, partindo da teoria discursiva do direito, formulada pelo filósofo alemão Jürgen Habermas, “a legitimidade do direito não mais advém de sua submissão a uma moral superior ou a fundamentos éticos, e sim pelo fato de que os afetados pelas normas jurídicas se reconhecem como coautores dessas normas” (MIRANDA, 2009, p. 113 *apud* SCHMITZ, 2015, p. 125). Nessa linha, a legitimidade das decisões do Poder Judiciário se traduz na capacidade que os tribunais têm para admitir a intervenção de cidadãos, individual ou organizadamente, nas discussões que estão *sub judice*. Trata-se, pois, de discutir a forma pela qual as vozes da sociedade chegarão ao Poder Judiciário. Fala-se, nesse contexto, sobre a necessidade de democratizar o acesso aos diálogos judiciais, tendo em vista promover outras formas de participação popular na formação de decisões judiciais.

Ao analisar a temática, a professora Jane Reis Gonçalves Pereira asseverou que a capacidade de representação democrática do Judiciário impõe o ônus de abertura e porosidade em relação às variadas forças sociais (PEREIRA, 2014). Nessa ordem de ideias, a permeabilidade dos tribunais é condição de legitimidade democrática das suas decisões. É exatamente nesse cenário que a figura do *amicus curiae* cumpre um papel fundamental, conforme sustentam Bruno de Almeida Passadore e Camille Vieira da Costa:

Assim, ao lado da garantia do contraditório e da ampla defesa, deve-se dar destaque a outras formas de participação popular na formação de decisões judiciais. Para tanto, deve-se ser dado incentivo, através da devida assistência jurídica, para que a sociedade civil intervenha em processos judiciais de repercussão social na condição de “*amici curiae*” (PASSADORE; COSTA, 2017).

A importância da atuação do *amicus curiae* já foi tratada pelo STF no julgamento da ADI nº 2.321-7-MC/DF, relatada pelo Min. Celso de Mello, ocasião em que se reconheceu expressamente sua relevância na legitimação democrática das decisões do tribunal. Vejamos:

PROCESSO OBJETIVO DE CONTROLE NORMATIVO ABSTRATO – POSSIBILIDADE DE INTERVENÇÃO DO “AMICUS CURIAE”: UM FATOR DE PLURALIZAÇÃO E DE LEGITIMAÇÃO DO DEBATE CONSTITUCIONAL.

- O ordenamento positivo brasileiro processualizou, na regra inscrita no art. 7º, § 2º, da Lei nº 9.868/99, 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 à 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 no desempenho de seu extraordinário poder de efetuar, em abstrato, o controle concentrado de constitucionalidade.

E, mais recentemente, o tema voltou a ser tratado no voto do Min. Edson Fachin, no bojo da ADI nº 4.858/DF:

O *amicus curiae* revela-se como importante instrumento de abertura do STF à participação na atividade de interpretação e aplicação da Constituição, o que não apenas se restringe ou se pode restringir aos processos de feição objetiva. Como é sabido, a interação dialógica entre o STF e pessoas naturais ou jurídicas, órgãos ou entidades especializadas, que se apresentem como amigos da Corte, tem um potencial epistêmico de apresentar diferentes pontos de vista, interesses, aspectos e elementos nem sempre alcançados, vistos ou ouvidos pelo Tribunal diretamente da controvérsia entre as partes em sentido formal, possibilitando, assim, decisões melhores e também mais legítimas do ponto de vista do Estado Democrático de Direito (BRASIL, 2017c).

Como se vê, a intervenção de *amicus curiae* constitui instrumento de penetração das forças sociais nos tribunais. Atua, portanto, como agente oxigenador das veias judiciais asfixiadas pelos debates triangulares entre autor, réu e juiz. No entanto, a simples possibilidade de intervenção não é o suficiente, conforme aponta Jane Reis:

No Brasil, as audiências públicas, a possibilidade de intervenção como *amicus curiae* e o catálogo extenso de legitimados para deflagrar o processo de controle de constitucionalidade costumam ser apontados – e invocados pelos próprios juízes – como elementos que pluralizam o acesso à jurisdição constitucional. No entanto, a existência desses mecanismos processuais não é, em si mesma, uma garantia de acesso igualitário e democrático das variadas vozes e movimentos sociais à Corte. É que abertura democrática só se opera verdadeiramente se os critérios de acesso à Corte – e de utilização desses mecanismos – forem objetivos, transparentes e igualitários. [...]

Além disso, a realização de audiências públicas e a aceitação de *amicus curiae* não estão atualmente submetidas a qualquer critério objetivo e controlável, ficando à mercê da discricionariedade do relator. Muitos estudos realizados nos últimos anos demonstram a seletividade e ausência de transparência e objetividade no uso desses instrumentos pelo STF, o que compromete a leitura de que possam ser entendidos como autênticas ferramentas de democratização (PEREIRA, 2014, p. 354-356)

De fato, no âmbito da ADPF nº 186/DF, ajuizada pelo partido Democratas contra as cotas étnico-raciais da Universidade de Brasília, houve a intervenção de doze entidades como *amici curiae*. Apesar do elevado número de pedidos deferidos, três pedidos de ingresso foram indeferidos: (i) Central Única dos Trabalhadores do Distrito Federal - CUT/DF; (ii) Diretório Central dos Estudantes da Universidade de Brasília - DCE-UnB; e (iii) Partido dos Trabalhadores. Nos dois primeiros casos, a decisão sequer mencionou os motivos que levaram ao indeferimento, confira-se:

Indefiro os pedidos de *amici curiae* da Central Única dos Trabalhadores do Distrito Federal - CUT/DF, do Diretório Central dos Estudantes da Universidade de Brasília - DCE-UnB (BRASIL, 2010)

Nos termos da decisão do ministro relator Ricardo Lewandowski, "a admissão de *amicus curiae* configura circunstância de fundamental importância, porém de *caráter excepcional*" (grifo nosso). Em que pese o entendimento do ministro relator, parece-nos que a

intervenção de *amicus curiae* em processos cujo resultado produzirá uma decisão vinculante é, na verdade, medida desejável, e não de natureza excepcional. Em função do potencial de gerar efeitos vinculantes sobre a questão de direito analisada, o procedimento adotado para julgamento de causas dessa natureza deve permitir a ampla participação dos interessados. Nessa linha, Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero sustentam que a ausência de participação e representação adequada nos processos que geram precedentes obrigatórios pode gerar a não vinculatividade da decisão tomada, sob pena de violação do princípio do contraditório (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2016). Essa ampla possibilidade de manifestação e intervenção da sociedade civil é o que legitima o procedimento judicial e a aplicação da *ratio decidendi* da decisão obtida aos demais processos que contém a mesma controvérsia. Assim, sem possibilidade de contraditório não se concebe que uma parte sofra os efeitos de um provimento judicial.

O outro indeferimento, relacionado ao pedido de ingresso do Partido dos Trabalhadores, teve como fundamento o fato de que o *amicus curiae* somente pode demandar a sua intervenção até a data em que o Relator liberar o processo para pauta. Desta maneira, tendo sido formulado o pedido em data posterior à remessa dos autos para pauta, o ministro relator indeferiu o pleito, com base no entendimento sedimentado pela jurisprudência do tribunal. Nesse aspecto, o STF edificou uma barreira processual para apreciar o pedido de participação de atores sociais cujo propósito da intervenção é qualificar o debate jurisdicional e legitimá-lo do ponto de vista democrático.

Ainda assim, o julgamento da ADPF nº 186/DF contou com a participação de doze *amici curiae* que contribuíram na formação do convencimento da Corte no sentido de julgar improcedente a ADPF e reconhecer a constitucionalidade das cotas raciais.

Outro caso que merece ser matéria de análise é a ADC nº 41/DF, que tem por objeto a Lei nº 12.990/2014, que reserva aos negros 20% das vagas oferecidas nos concursos públicos para provimento de cargos efetivos e empregos públicos no âmbito da administração pública federal direta e indireta. Também neste caso, há pedido de *amicus curiae* indeferido por ter sido formulado depois da inclusão do processo em pauta:

Nos termos da jurisprudência desta Corte, pedidos de ingresso de *amici curiae* devem ser formulados antes da inclusão do processo em pauta (ADI 4.071 AgR e ADI 2.435 AgR). Entendo que esse marco temporal somente deve ser flexibilizado em situações excepcionais, notadamente quando seja necessário garantir a pluralidade e o equilíbrio dos pontos de vistas defendidos (BRASIL, 2017d).

Neste caso, entendeu-se que a inadmissão do pedido de ingresso formulado pela Defensoria Pública da União (DPU) não causaria prejuízos, vez que outros dois pedidos já

havam sido deferidos e todos sustentariam posições semelhantes. Com isso, manteve-se, mais uma vez, o rigor do marco temporal para admissão de *amicus curiae*.

Como se pode perceber, a figura do *amicus curiae* pode desempenhar papel fundamental na legitimação democrática das decisões vinculantes do STF, no entanto, o juízo de admissibilidade ocorre por meio de decisões cuja fundamentação não atende aos parâmetros estabelecidos pelo art. 489, § 1º do CPC/2015. Diante disso, passamos a tratar das inovações trazidas pelo novo diploma processual, tendo vista examinar as novas possibilidades de atuação democrática deste sujeito processual.

4. Novos Rumos do *amicus curiae* a partir do CPC/2015

Longe de ser uma novidade no ordenamento jurídico brasileiro, o *amicus curiae* já estava presente na legislação esparsa², contudo o CPC/2015 foi o primeiro diploma legal que tratou o instituto de forma generalizada como modalidade de intervenção de terceiros (ALVIM, 2017).

Nesse sentido, o art. 138 do CPC/2015 passou a tratar do assunto, admitindo a intervenção de *amicus curiae* em qualquer processo, considerando a relevância da matéria, a especificidade do tema objeto da demanda ou a repercussão social da controvérsia. Note-se que o uso do conectivo “ou” pelo legislador revela que são requisitos alternativos, conforme entendimento do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis (FPPC) consubstanciado no enunciado 395³. Desta forma, a presença de um dos requisitos objetivos já justifica a intervenção de *amicus curiae* (WAMBIER, 2015, p. 256).

Além disso, o legislador reconheceu a possibilidade de pessoa natural figurar como *amicus curiae*. A opção legislativa nesse caso é pela ampliação do rol de entes aptos a ser *amicus curiae*, haja vista que antes do CPC/2015 não havia previsão expressa quanto à possibilidade de pessoa natural atuar nessa condição. Contudo, tanto nos casos de pessoa natural, como nos casos de pessoa jurídica, órgão ou entidade especializada, deverá ser preenchido outro critério, qual seja, a representatividade adequada. A respeito do tema, confira-se a lição de Fredie Didier Júnior:

² A título de exemplo, cita-se a Lei nº 6.385/1976, que prevê a intervenção da Comissão de Valores Mobiliários (CVM) nos processos judiciais que tenham por objetivo matéria incluída na competência dessa autarquia; e a Lei nº 12.529/2011, que, de semelhante forma, estabelece que o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) deverá intervir nos processos em que se discutam questões relacionadas ao direito da concorrência (DIDIER JÚNIOR, 2016, p. 529).

³ Enunciado nº 395, FPPC. Os requisitos objetivos exigidos para a intervenção do *amicus curiae* são alternativos.

A adequação da representação será avaliada a partir da relação entre o *amicus curiae* e a relação jurídica litigiosa. Uma associação científica possui representatividade adequada para a discussão de temas relacionados à atividade científica que patrocina; um antropólogo renomado pode colaborar, por exemplo, com questões relacionadas aos povos indígenas; uma entidade de classe pode ajudar na solução de questão que diga respeito à atividade profissional que ela representa etc (DIDIER JÚNIOR, 2016, p. 530).

Preenchido pelo menos um dos requisitos objetivos e atendido ao critério da representação adequada, o ingresso poderá ocorrer (i) a requerimento das partes, (ii) a requerimento do interessado que pretende atuar no feito como *amicus curiae* ou (iii) por decisão, de ofício, do juiz ou relator.

Como se vê, o CPC/2015 promoveu significativas alterações no instituto do *amicus curiae*, ampliando as suas possibilidades de atuação, no entanto, na outra face da moeda, o tratamento dispensado pelo CPC/2015 ao instituto ergue duas barreiras processuais: (i) a discricionariedade judicial na admissão do *amicus curiae* e (ii) a ausência de legitimidade recursal do *amicus curiae* em face da decisão que inadmita seu ingresso.

A primeira barreira processual diz respeito ao elevado grau de discricionariedade atribuído ao magistrado no juízo de admissibilidade. Conforme se depreende do *caput* do art. 138, o juiz ou relator poderá admitir a participação de *amicus curiae*. Trata-se, portanto, de mera faculdade do julgador, conforme observa Gisele Mazzoni Welsch:

Porém, tal previsão define uma mera faculdade do juiz em determinar a intervenção do *amicus curiae* e quando o julgador entender conveniente, o que ainda não assegura uma condição ou critério de legitimidade política e democrática para a formação da decisão judicial (que poderá vir a tornar-se um precedente judicial com eficácia vinculante), pois não possui caráter obrigatório, além de não prever objetivamente as matérias e naturezas de ações em que tal manifestação deva ocorrer, configurando mero arbítrio judicial, o que não consiste fator de segurança jurídica (2016, p. 154-155).

Nessa esteira, Eloísa Machado de Almeida e Daniel Baggio Maciel (2016, p. 209) consideram que a discricionariedade do juiz na admissibilidade do *amicus curiae* pode, a um só tempo, gerar insegurança e diminuir sua capacidade de influenciar as decisões.

Alternativamente, Eduardo Talamini (2016, p. 498) sustenta que a admissibilidade do *amicus curiae* não está na esfera discricionária do juiz, assim, segundo autor, uma vez preenchidos os pressupostos para intervenção previstos pelo art. 138 do CPC/2015, a decisão deve ser pelo deferimento do pedido de ingresso no feito. Evidentemente, este raciocínio privilegia a atuação do *amicus curiae* e contribui na abertura das portas de acesso do Judiciário, contudo “um excesso de pessoas e entidades atuando no processo poderia causar transtornos processuais e levar à ineficiência do procedimento ou à sua demora desarrazoada” (CABRAL, 2016, p. 215). Em razão disso, entendemos que o juízo discricionário na admissibilidade de

amicus curiae tem como ônus o incremento no dever de fundamentação da decisão. Com isso, seria possível preservar a prerrogativa do magistrado no controle dos atos processuais, sem renunciar aos interesses democráticos perseguidos pelo processo.

Sem prejuízo disso, o §2º do art. 138 determina que “caberá ao juiz ou ao relator, na decisão que solicitar ou admitir a intervenção, definir os poderes do *amicus curiae*”. À luz destas disposições, Antonio do Passo Cabral (2016, p. 215) assevera que “a lei atribui um juízo discricionário ao julgador, de definir caso a caso os poderes processuais do amigo da corte”. Como se vê, o CPC/2015 atribui amplos poderes ao magistrado não só para admitir, como para definir os limites da atuação do *amicus curiae*.

A segunda barreira processual consiste na ausência de legitimidade recursal do *amicus curiae* em face da decisão que inadmite seu ingresso. Isso porque o § 1º do art. 138 do CPC/2015 estabelece que a intervenção de *amicus curiae* não autoriza a interposição de recursos. Note-se, contudo, que o mesmo dispositivo admite a oposição de embargos de declaração pelo *amicus curiae*. Questiona-se, portanto, sobre a possibilidade de o *amicus curiae* opor embargos aclaratórios em face da decisão que inadmite seu ingresso no feito.

Em verdade, o diploma processual nada dispõe sobre essa possibilidade, no entanto entendemos que a previsão do § 1º do art. 138 é aplicável neste caso. Até porque, “as expressões de que se serve o legislador para identificar critérios que justificam a intervenção do *amicus curiae* são vagas” (WAMBIER, 2015, p. 257). Sendo assim, constitui tarefa da doutrina e da jurisprudência delinear os contornos objetivos ao texto do art. 138 do CPC/2015, de tal modo que a admissibilidade dos embargos de declaração contribui decisivamente no preenchimento do sentido da referida norma, haja vista sua função integrativa do conteúdo da decisão

Assim, em que pese o silêncio do CPC/2015 acerca desta possibilidade, o raciocínio é perfeitamente deduzido a partir dos dispositivos do próprio Código. Isto porque, conforme já dito, se, por um lado, o § 1º do art. 138 do CPC/2015 retira a legitimidade recursal do *amicus curiae*, por outro lado, garante o direito de opor embargos aclaratórios. Nessa esteira, o art. 1.022 do CPC/2015 estabelece que são cabíveis os embargos para corrigir, esclarecer e completar a decisão omissa. Conforme dispõe o inciso II do parágrafo único do art. 1.022, considera-se omissa a decisão que incorra em qualquer das condutas descritas no art. 489, § 1º, que trata das hipóteses em que se considera a decisão judicial não fundamentada.

Esse mosaico normativo permite concluir que, nas hipóteses previstas pelo art. 489, § 1º, o *amicus curiae* pode opor embargos de declaração, na forma do art. 138, § 1º c/c art. 1.022,

parágrafo único, inciso II, do CPC/2015. Sendo assim, a omissão judicial abre a oportunidade para oposição de embargos de declaração pelo *amicus curiae*, conforme entendimento esposado no enunciado 128 do FPPC⁴.

Contudo, duas objeções – perfeitamente refutáveis, como se verá adiante – podem ser opostas a este raciocínio: (i) a expressa previsão legal de irrecorribilidade da decisão e (ii) o fato de o ato que inadmite o ingresso de *amicus curiae* se dar mediante despacho.

A primeira objeção encontra fundamento no *caput* do art. 138 do CPC/2015, segundo o qual, o juízo de admissibilidade de *amicus curiae* se dá por “decisão irrecorrível”. A opção legislativa foi de estabelecer que a decisão é insuscetível de reforma, ou seja, não se permite que a decisão que inadmitiu o ingresso de *amicus curiae* seja revertida em decisão de admissão, resguardando, com isso, os princípios da celeridade e da primazia do julgamento de mérito. Contudo, segundo ensina Teresa Arruda Alvim Wambier *et al*, os embargos de declaração constituem recurso atípico, cujo objetivo não é modificar a decisão, no sentido de anular ou provocar a prolação de outra em seu lugar. Tanto é assim que até o vencedor pode opor embargos de declaração (WAMBIER, 2015).

E mais: ainda que se entenda pela irrecorribilidade irrestrita da decisão, fato é que o dispositivo menciona apenas a decisão que admite o ingresso, silenciando a respeito da decisão que inadmite o pedido de ingresso de *amicus curiae*. Assim, é possível afirmar, alternativamente, que o suposto manto de irrecorribilidade cobriria, apenas e tão somente, a decisão que admite o ingresso de *amicus curiae*, sendo certo que a decisão em sentido contrário, isto é, que inadmite o ingresso, não é revestida dessa irrecorribilidade.

Desta forma, considerando a atipicidade deste recurso, que seu propósito não é alterar o conteúdo da decisão e considerando, ainda, o silêncio legislativo sobre a decisão de inadmissibilidade, entendemos que a oposição de embargos de declaração em face da decisão que inadmite o ingresso de *amicus curiae* não fere o comando do *caput* do art. 138 do CPC/2015. Tanto é assim que, ao tratar da irrecorribilidade da decisão sobre o ingresso de *amicus curiae*, Eduardo Talamini (2016, p. 493) leciona que “a despeito da letra da lei, não fica afastado o cabimento de embargos declaratórios, dada sua estrita função de esclarecer ou integrar a decisão”.

A segunda objeção dessa linha de raciocínio consiste no fato de que o juízo de admissibilidade de *amicus curiae* se dá por meio de despacho. Os despachos, previstos no art.

⁴ Enunciado 128, FPPC. 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. 489.

203, § 3º do CPC/2015, são definidos como uma espécie de pronunciamento judicial, mas que não tem conteúdo decisório (DIDIER JÚNIOR; BRAGA; OLIVEIRA, 2016, p. 312). Não é por outro motivo, aliás, que o art. 1.001 do CPC/2015 prevê que não cabe recurso dos despachos.

A despeito dessas considerações, há, por certo, conteúdo decisório no juízo de admissibilidade de *amicus curiae*. Não é sem razão que o art. 138 faz referência à “decisão” no *caput* e no §2º. Menciona-se, por oportuno, a lição de Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery, para quem independente das características formais de despacho, se, em virtude de sua finalidade, o ato judicial puder causar gravame, não se trata de despacho, mas sim decisão interlocutória (NERY JÚNIOR; NERY, 2015).

Como se vê, os possíveis argumentos que obstaculizam este raciocínio – (i) juízo de admissibilidade se dá por meio de “decisão irrecurável” e (ii) o ato que inadmite o ingresso de *amicus curiae* constitui despacho sem conteúdo decisório – são integralmente questionáveis. Assim, do ponto de vista teórico, é perfeitamente possível sustentar a legitimidade recursal do *amicus curiae* para opor embargos de declaração em face da decisão que inadmite seu ingresso no feito. Resta saber, no entanto, se o raciocínio encontra amparo na jurisprudência dos tribunais superiores.

Apesar do silêncio legislativo acerca do tema, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) já foi instado a se manifestar, em sede de embargos de declaração, sobre a decisão que indeferiu o ingresso de pessoa natural como *amicus curiae*. Confirma-se a decisão de lavra do Min. Paulo de Tarso Sanseverino:

Irresignada da decisão que indeferiu o requerimento, interpõe embargos declaratórios com a alegação de erro material no julgado, por não ter considerado o disposto no art. 983 do CPC, em relação ao incidente de resolução de demandas repetitivas, o relator "ouvirá as partes e os demais interessados, inclusive pessoas, órgãos e entidades com interesse na controvérsia" (BRASIL, 2017a).

Embora os embargos tenham sido rejeitados, o caso ilustra, a um só tempo, que o ato de indeferimento do pedido de *amicus curiae* constitui, em verdade, ato judicial de conteúdo decisório e que é possível a oposição de embargos em face dessa decisão.

Tanto é assim, que em outra oportunidade, também em sede de embargos de declaração opostos contra a decisão que indeferiu pedido de ingresso na relação jurídica processual como *amicus curiae*, o Min. Paulo de Tarso Sanseverino asseverou que “o CPC/2015 trouxe expressa regulação acerca da figura do *amicus curiae* e estabeleceu, de modo claro, a irrecurribilidade da decisão que dispõe acerca do ingresso ou não do referido interveniente, admitindo, apenas, a oposição de aclaratórios” (BRASIL, 2017b).

No âmbito do STF, a via recursal é outra, mas atende ao mesmo propósito. Sob a vigência do CPC/2015, a Corte foi provocada, em duas ocasiões⁵, a se manifestar, em sede de agravo regimental, sobre a decisão que rejeitou a admissão de *amicus curiae*. Nesse sentido, o relatório do acórdão de lavra do Min. Edson Fachin:

Trata-se de agravo regimental interposto por Associação dos Municípios Alagoanos, Associação Amazonense dos Municípios, Associação dos Municípios do Estado do Ceará, Associação dos Municípios do Estado do Maranhão, Federação dos Municípios do Estado do Maranhão, Federação das Associações de Municípios do Estado da Paraíba, Associação Piauiense dos Municípios e Federação dos Municípios do Estado do Rio Grande do Norte em face de decisão que rejeitou a admissão das partes Agravantes no feito na qualidade de amici curiae (BRASIL, 2016a).

Também neste caso, decidiu-se pela rejeição do recurso, contudo importa observar que, assim como no STJ, mesmo sob a vigência do novo diploma processual, foi reconhecida a natureza decisória do juízo de admissibilidade de *amicus curiae* e a possibilidade de recorrer da referida decisão.

Como se vê, tanto pela via dos embargos de declaração no STJ, quanto pela via do agravo regimental no STF, é possível questionar o ato judicial que inadmitiu o ingresso de *amicus curiae*. Nesse sentido, adotar método de interpretação literal da norma contida no art. 138 do CPC/2015 pode conduzir a um equívoco, pois a expressão “decisão irrecorrível” não deve ser entendida como decisão insuscetível de questionamento.

Como se pode perceber, o CPC/2015 contribuiu significativamente para ampliar as possibilidades de intervenção do *amicus curiae*, contudo, o único artigo do Código dedicado à matéria não pode ser interpretado isoladamente. Conforme ensina Humberto Theodoro Júnior, “o Novo CPC traz um conjunto de comentados que fomentam o diálogo e o controle de todas as ações dos sujeitos processuais, como, v.g., a boa-fé processual, a fundamentação estruturada das decisões e o formalismo democrático” (2015, p. 72). Nesse contexto, os limites da atuação do *amicus curiae* não podem ficar integralmente a critério do juiz ou relator, antes, porém, devem ser definidos com base da cooperação processual. Decorre, pois, disto a necessidade de ser reconhecida a legitimidade recursal do *amicus curiae* para questionar a decisão que indeferiu seu pedido de ingresso no feito e de serem flexibilizados os procedimentos de admissão deste sujeito processual.

5. Considerações Finais

⁵ Trata-se do Segundo Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 705.423 - SE e do Agravo Regimental na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.858 - DF.

À luz destas breves considerações, é possível observar que o processo de ascensão do Poder Judiciário carrega consigo dois sintomas da chamada crise da justiça: o incremento no número de litigiosidade e a baixa legitimidade democrática dos pronunciamentos judiciais que geram precedentes vinculantes.

Apesar disso, existem estratégias processuais que contribuem para a melhor prestação da tutela jurisdicional, dentre as quais destacam-se a jurisdição participativa, pautada no diálogo e na cooperação entre os sujeitos processuais, e a intervenção de *amicus curiae*, que permite a participação de atores sociais nos diálogos judiciais.

Nesse contexto, deve-se ressaltar que a regulamentação do CPC/2015 avançou em muitos aspectos, mas deixou de avançar em tantos outros. Ainda assim é possível afirmar que o novo diploma processual promoveu significativas alterações no instituto do *amicus curiae*, de modo a ampliar sua possibilidade de atuação, principalmente por reconhecer, expressamente, a legitimidade de pessoa natural e estabelecer critérios de admissibilidade. Assim, a partir desta regulamentação e de uma interpretação mais elástica das normas processuais, entendemos que será possível expandir os poderes do *amicus curiae*, sobretudo nos processos que geram decisões vinculantes e nas discussões de matérias com relevante repercussão social, com vistas a democratizar as discussões e diálogos judiciais.

6. Referências Bibliográficas

ACKERMAN, Bruce. Adeus, Montesquieu. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 265, p. 13-23, jan./2014

ALMEIDA, Eloísa Machado; MACIEL, Daniel Baggio. Art. 138. In: ALVIM, Angélica Arruda [et al]. *Comentários ao código de processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2016.

ALVIM, Arruda. *Manual de direito processual civil: teoria do processo e processo de conhecimento*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

BARROSO, Luís Roberto. *O novo direito constitucional brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Embargos de Declaração na Petição na Suspensão em Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas nº 1 - DF. Relator: Min. Paulo de Tarso Sanseverino. Comissão Gestora de Precedentes. 28 de março de 2017a.

_____, Superior Tribunal de Justiça, Embargos de Declaração no Recurso Especial nº 1.515.640 – SP, Paulo de Tarso Sanseverino, 3ª Turma, 19 de abril de 2017b.

_____, Supremo Tribunal Federal, Agravo Regimental na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.858 – DF, Edson Fachin, Pleno, 24 de março de 2017c.

_____, Supremo Tribunal Federal, Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 41 – DF, Roberto Barroso, Decisão monocrática em 10 de maio de 2017d.

_____, Supremo Tribunal Federal, Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.321-7-MC/DF, Celso de Mello, Pleno, 25 de outubro de 2000.

_____, Supremo Tribunal Federal, Segundo Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 705.423 – SE, Edson Fachin, 15 de dezembro de 2016a.

_____, Supremo Tribunal Federal, Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 186 – DF, Ricardo Lewandowski, Decisão monocrática em 22 de junho de 2010.

_____, Conselho Nacional de Justiça. *Justiça em números 2016*. Brasília: CNJ, 2016b.

CABRAL, Antonio do Passo. Art. 138. In: STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo Carneiro da (Coord.). *Comentários ao código de processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2016.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual, parte geral e processo de conhecimento*. 18 ed. Salvador: Juspodivm, 2016. v. 1.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafale Alexandria de. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*. 11 ed. Salvador: Juspodivm, 2016. v. 2.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo código de processo civil comentado*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Comentários ao código de processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

PASSADORE, Bruno de Almeida; COSTA, Camille Vieira da. Defensoria e democratização processual através de amici curiae, *Consultor Jurídico*, 16 maio 2017.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Representação democrática do Judiciário: reflexões preliminares sobre os riscos e dilemas de uma ideia em ascensão, *Revista Juris Poiesis*, n. 17, p. 343-359, 2014.

RIBEIRO, Darci Guimarães; SCALABRIN, Felipe. O papel do processo na construção da democracia: para uma nova definição da democracia participativa, *Scientia Iuris*, Londrina, v. 13, p. 155-168, nov./2009.

SCHMITZ, Leonard Ziesemer. *Fundamentação das decisões judiciais: a crise na construção de respostas no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

THEODORO JÚNIOR, Humberto [et al.]. *Novo CPC: Fundamentos e sistematização*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim [et al]. *Primeiros comentários ao novo código de processo civil*: artigo por artigo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

TALAMINI, Eduardo. Art. 138. *In*: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim [et al]. *Breves comentários ao novo código de processo civil*. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

WELSCH, Gisele Mazzoni. *Legitimação democrática do poder judiciário no novo CPC*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.