

ano 20 - n. 79 | janeiro/março – 2020

Belo Horizonte | p. 1-326 | ISSN 1516-3210 | DOI: 10.21056/aec.v20i79

A&C – R. de Dir. Administrativo & Constitucional

www.revistaaec.com

A&C

**Revista de Direito
ADMINISTRATIVO
& CONSTITUCIONAL**

**A&C – ADMINISTRATIVE &
CONSTITUTIONAL LAW REVIEW**

FORUM

FÓRUM

Luís Cláudio Rodrigues Ferreira
Presidente e Editor

Av. Afonso Pena, 2770 – 15ª andar – Savassi – CEP 30130-012 – Belo Horizonte/MG – Brasil – Tel.: 0800 704 3737
www.editoraforum.com.br / E-mail: editoraforum@editoraforum.com.br

Impressa no Brasil / Printed in Brazil / Distribuída em todo o Território Nacional

Os conceitos e opiniões expressas nos trabalhos assinados são de responsabilidade exclusiva de seus autores.

A246	A&C : Revista de Direito Administrativo & Constitucional. – ano 3, n. 11, (jan./mar. 2003). – Belo Horizonte: Fórum, 2003-
	Trimestral ISSN: 1516-3210
	Ano 1, n. 1, 1999 até ano 2, n. 10, 2002 publicada pela Editora Juruá em Curitiba
	1. Direito administrativo. 2. Direito constitucional. I. Fórum.
	CDD: 342 CDU: 342.9

Coordenação editorial: Leonardo Eustáquio Siqueira Araújo
Capa: Igor Jamur
Projeto gráfico: Walter Santos

Periódico classificado no Estrato A2 do Sistema Qualis da CAPES - Área: Direito.

Qualis – CAPES (Área de Direito)

Na avaliação realizada em 2017, a revista foi classificada no estrato A2 no Qualis da CAPES (Área de Direito).

Entidade promotora

A *A&C – Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, é um periódico científico promovido pelo Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar com o apoio do Instituto Paranaense de Direito Administrativo (IPDA).

Foco, Escopo e Público-Alvo

Foi fundada em 1999, teve seus primeiros 10 números editorados pela Juruá Editora, e desde o número 11 até os dias atuais é editorada e publicada pela Editora Fórum, tanto em versão impressa quanto em versão digital, sediada na BID – Biblioteca Digital Fórum. Tem como principal objetivo a divulgação de pesquisas sobre temas atuais na área do Direito Administrativo e Constitucional, voltada ao público de pesquisadores da área jurídica, de graduação e pós-graduação, e aos profissionais do Direito.

Linha Editorial

A linha editorial da *A&C – Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, estabelecida pelo seu Conselho Editorial composto por renomados juristas brasileiros e estrangeiros, está voltada às pesquisas desenvolvidas na área de Direito Constitucional e de Direito Administrativo, com foco na questão da efetividade dos seus institutos não só no Brasil como no Direito comparado, enfatizando o campo de intersecção entre Administração Pública e Constituição e a análise crítica das inovações em matéria de Direito Público, notadamente na América Latina e países europeus de cultura latina.

Cobertura Temática

A cobertura temática da revista, de acordo com a classificação do CNPq, abrange as seguintes áreas:

- Grande área: Ciências Sociais Aplicadas (6.00.00.00-7) / Área: Direito (6.01.00.00-1) / Subárea: Teoria do Direito (6.01.01.00-8) / Especialidade: Teoria do Estado (6.01.01.03-2).
- Grande área: Ciências Sociais Aplicadas (6.00.00.00-7) / Área: Direito (6.01.00.00-1) / Subárea: Direito Público (6.01.02.00-4) / Especialidade: Direito Constitucional (6.01.02.05-5).
- Grande área: Ciências Sociais Aplicadas (6.00.00.00-7) / Área: Direito (6.01.00.00-1) / Subárea: Direito Público (6.01.02.00-4) / Especialidade: Direito Administrativo (6.01.02.06-3).

Indexação em Bases de Dados e Fontes de Informação

Esta publicação está indexada em:

- Web of Science (ESCI)
- Ulrich's Periodicals Directory
- Latindex
- Directory of Research Journals Indexing
- Universal Impact Factor
- CrossRef
- Google Scholar
- RVBI (Rede Virtual de Bibliotecas – Congresso Nacional)
- Library of Congress (Biblioteca do Congresso dos EUA)
- MIAR - Information Matrix for the Analysis of Journals
- WorldCat
- BASE - Bielefeld Academic Search Engine
- REDIB - Red Iberoamericana de Innovación y Conocimiento Científico
- ERIHPLUS - European Reference Index for the Humanities and the Social Sciences
- EZB - Electronic Journals Library
- CiteFactor
- Diadorim

Processo de Avaliação pelos Pares (Double Blind Peer Review)

A publicação dos artigos submete-se ao procedimento *double blind peer review*. Após uma primeira avaliação realizada pelos Editores Acadêmicos responsáveis quanto à adequação do artigo à linha editorial e às normas de publicação da revista, os trabalhos são remetidos sem identificação de autoria a dois pareceristas *ad hoc* portadores de título de Doutor, todos eles exógenos à Instituição e ao Estado do Paraná. Os pareceristas são sempre Professores Doutores afiliados a renomadas instituições de ensino superior nacionais e estrangeiras.

O *amicus curiae* e as novas caras da justiça

Amicus curiae and the new faces of Justice

Eduardo Talamini*

Universidade Federal do Paraná (Brasil)
talamini@justen.com.br

Recebido/Received: 18.02.2020/February 18th, 2020

Aprovado/Approved: 29.05.2020/May 29th, 2020

Resumo: O texto analisa os principais aspectos teóricos e práticos do instituto do *amicus curiae*, considerando-o como mecanismo que amplia a participação da sociedade no Poder Judiciário, em um cenário em que a jurisdição desempenha, cada vez mais, um papel de grande importância na formação do Estado constitucional contemporâneo.

Palavras-chave: *Amicus curiae*. Intervenção de terceiro. Terceiro interveniente. Jurisdição. Poder Judiciário.

Abstract: The text analyzes the main theoretical and practical aspects of the institute of *amicus curiae*, considering it as a mechanism that broadens the participation of society in the Judicial Branch, in a scenario in which jurisdiction plays an increasingly important role in the formation of the contemporary constitutional state.

Keywords: *Amicus curiae*. Third party intervention. Third intervener. Jurisdiction. Judicial Branch.

Sumário: **1** Introdução – **2** As novas caras da justiça – **3** Noção e origem – **4** Distinção em face das demais modalidades interventivas – **5** Distinção em face de outras figuras – **6** “Nova” categoria geral de intervenção de terceiros – **7** Participação do *amicus* em processos em que se veda a “intervenção de terceiros” – **8** Momento da intervenção – **9** Pressupostos objetivos – **10** Pressupostos subjetivos – **11** O possível interesse do *amicus* na causa – **12** Ausência de disponibilidade quanto à forma de

Como citar este artigo/How to cite this article: TALAMINI, Eduardo. O *amicus curiae* e as novas caras da justiça. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 20, n. 79, p. 133-185, jan./mar. 2020. DOI: 10.21056/aec.v20i79.1309.

* Professor de Direito Processual Civil, Processo Constitucional e Arbitragem na Universidade Federal do Paraná – UFPR (Curitiba/PR, Brasil). Livre-Docente, Doutor e Mestre em Direito Processual Civil pela Universidade de São Paulo – USP (São Paulo/SP, Brasil). Advogado em Curitiba/PR, São Paulo/SP e Brasília/DF. E-mail: talamini@justen.com.br.

intervenção – **13** Intervenção espontânea ou provocada; de ofício ou a pedido – **14** (Ir)recorribilidade da decisão sobre o ingresso de *amicus curiae* e ausência de discricionariedade judicial – **15** A gama de poderes do *amicus curiae* – **16** Não atingimento pela coisa julgada ou efeito da assistência – **17** Não modificação de competência – **18** O *amicus curiae* e o procedimento das súmulas – **19** O *amicus curiae* como mecanismo essencial para a legitimidade da ação declaratória de constitucionalidade – **20** O amplo convite aos possíveis *amici* – **21** A plasticidade do *amicus* e o dever de adequação – **22** Conclusão – Referências

1 Introdução

Para o bem ou para o mal, a jurisdição ora desempenha um papel e ocupa um espaço sem precedentes na formação e desenvolvimento do Estado de Direito. Uma função desempenhada por membros não eleitos pelo sufrágio universal e cujas decisões não coincidem – nem devem necessariamente coincidir com a vontade da maioria – precisa cercar-se e estar permeada de mecanismos que lhe garantam a legitimidade democrática. Novas injunções e necessidades político-sociais conduzem a novas técnicas e instrumentos processuais. Invariavelmente, com maior ou menor atraso, o processo funciona como um *microcosmo* do Estado como um todo.¹

É nesse cenário que se insere o instituto *amicus curiae*. Mais do que simples incremento ou aperfeiçoamento técnico dos mecanismos de intervenção de terceiros no processo, a admissão generalizada do *amicus curiae* é reflexo do novo papel assumido pelo Poder Judiciário na sociedade contemporânea. É um dos modos, talvez o principal, de se tentar fazer com que a ampliação do papel e do espaço da Jurisdição se dê “para o bem”.

As questões teóricas e práticas relativas ao instituto devem ser resolvidas à luz de tal premissa.

Este texto propõe-se a ressaltar essa inserção contextual, destacando algumas de suas principais decorrências técnico-processuais.

2 As novas caras da justiça

O atual protagonismo da função jurisdicional não tem uma causa única. Concorrem para tanto fatores diversos, ainda que relacionados entre si e com uma origem comum. Ela concerne à conformação constitucional dos Estados contemporâneos.

¹ Para usar a feliz expressão de Cândido Rangel Dinamarco (*A instrumentalidade do processo*. 3. ed. n. 2. São Paulo, Malheiros, 1993. p. 25).

2.1 O Estado constitucional contemporâneo

Mauro Cappelletti notou que, se nos séculos XVIII e XIX a “legalidade” se estabeleceu como salvaguarda contra os arbítrios até então perpetrados, no século XX essa mesma “legalidade” mostrou-se impotente diante do arbítrio ou até mesmo lhe serviu de instrumento máximo (a lei como vontade do *Führer*...). A partir da Primeira Grande Guerra, assistiu-se à “revalorização” dos juízos de equidade. Foi o caso dos Estados Unidos, durante o *New Deal*, através das *administrative agencies*. O mesmo ocorreu, de outras formas e com outras dimensões, na Europa Continental, sobretudo depois da Segunda Guerra.² Todavia, se, por um lado, constatou-se que a mera legalidade não constitui escudo contra o arbítrio, por outro, igualmente percebeu-se a inviabilidade de uma absoluta ausência de parâmetros previamente estabelecidos, mais ou menos permanentes.³

A solução encontrada – ainda na constatação de Cappelletti – foi o sistema do moderno constitucionalismo, caracterizado pelas “justiças constitucionais”.⁴ Estabelecem-se constituições *rígidas*, que reconhecem os direitos fundamentais e instituem normas “prevalentemente ‘de valor’”, consistentes em fórmulas “necessariamente vagas, ambíguas, imprecisas e programáticas” – a serem dinâmica e permanentemente concretizadas. Ao lado disso, criam-se mecanismos de controle de constitucionalidade.

Esse conjunto de traços fundamentais do constitucionalismo moderno (denominado por alguns como “neoconstitucionalismo”)⁵ pode ser assim sintetizado (e aqui já se toma em conta o direito constitucional positivo brasileiro):

- a) Há uma Constituição *rígida*, que não pode ser alterada por normas hierarquicamente inferiores. Mais do que isso, sua própria alteração mediante emendas submete-se a limites formais e materiais (*cláusulas pétreas*) – incluindo-se entre esses últimos a proibição da supressão ou

² V., entre outros: Apuntes para una fenomenología de la justicia en el siglo xx. *Revista de Processo*, v. 71, 1993, n. 2.b, p. 91-97; Problemas de reforma do processo civil nas sociedades contemporâneas. *Revista de Processo*, v. 65, 1992, n. 3, p. 135-136; Costituzionalismo moderno e ruolo del potere giudiziario nelle società contemporanee, *Revista de Processo*, v. 68, 1992, *passim*; *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. Trad. da 7ª reimpressão italiana, de 1978, por A. Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Fabris, 1984, apresentação, p. 9-15.

³ Apuntes para una fenomenología de la justicia en el siglo xx. *Revista de Processo*, v. 71, 1993, n. 2.b, p. 91-95.

⁴ Apuntes para una fenomenología de la justicia en el siglo xx. *Revista de Processo*, v. 71, 1993, n. 2.b, p. 95-97, e também em *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. Trad. da 7ª reimpressão italiana, de 1978, por A. Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Fabris, 1984, apresentação, p. 12-15, e Costituzionalismo moderno e ruolo del potere giudiziario nelle società contemporanee. *Revista de Processo*, v. 68, 1992, p. 47 e seguintes.

⁵ Assim, Paolo Comanducci (Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico. Trad. Miguel Carbonell. *Isonomía*, v. 16, abr. 2002, p. 89 e seguintes). O elenco a seguir exposto coincide na essência como por ele apresentado (*ob. cit.*, n. 2, p. 96).

- esvaziamento dos direitos e garantias fundamentais (CF, art. 60). Aliás, isso tem relação com a segunda característica.
- b) Há no texto constitucional a *positivação do catálogo de direitos fundamentais*. Os direitos e garantias fundamentais não estão enunciados como simples valores ou metas programáticas, estão normativamente prescritos, e a Constituição preocupa-se em explicitar sua “aplicabilidade imediata” (art. 5º, I).
- c) Esse aspecto põe em destaque a terceira característica: é a chamada “*omnipresença de regras e princípios*” na Constituição. Os direitos e garantias fundamentais, assim como as demais previsões ali contidas, têm caráter vinculante, cogente, e revestem-se de força normativa, ou seja, a Constituição não apenas é *rígida* como também é *vinculante*. Os direitos fundamentais, na medida em que veiculados em normas-princípios, constituem uma “ordem objetiva de valores” que permeia todo o ordenamento, público e privado.⁶
- d) As normas constitucionais têm aplicação direta também para regular *relações entre particulares*, ou seja, não são mais meras normas limitadoras do poder estatal.
- e) Inclusive como decorrência dos traços anteriores, vigora a diretriz hermenêutica que se poderia denominar, como faz determinada doutrina, de “máxima interpretação” ou “máxima efetividade” da Constituição.⁷ Interpreta-se o texto constitucional extensivamente e dele extraem-se também princípios implícitos.
- f) Pelas mesmas razões, impõem-se *peculiaridades na interpretação e aplicação das leis infraconstitucionais*, à luz da Constituição: “interpretação conforme”, suprimento de lacunas constitucionais, ponderação e balanceamento de princípios.
- g) Por fim, há um aspecto essencial, sem o qual os anteriores nem sequer se poriam: a *garantia jurisdicional da Constituição*, consagrada não apenas no direito à tutela jurisdicional do art. 5º, XXXV, mas também nos instrumentos de jurisdição das liberdades (mandado de segurança, *habeas corpus*, *habeas data*, mandado de injunção), nos instrumentos de proteção coletiva (mandado de segurança coletivo, ação popular, legitimação extraordinária dos sindicatos e do Ministério Público para ações coletivas)

⁶ Essa foi a fórmula adotada pelo Tribunal Federal Constitucional alemão, na sentença Lüth (Sentença BVerfGE 7, 198 – v. JÜRGEN SCHWABE, *Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán*, Trad. Marcela Anzola Gil e Emilio Maus Ratz, Cidade do México, Konrad Adenauer Stiftung, 2009, n. 46, p. 202-207).

⁷ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. cap. VII, parte III, n. I, p. 517-519.

e nos mecanismos de controle direto de constitucionalidade (ação direta de inconstitucionalidade, ação declaratória de constitucionalidade, arguição de descumprimento de preceito fundamental).

Nesse sentido, tem-se uma constituição que não apenas norteia ou inspira – nem meramente limita – o restante do ordenamento, mas que o “impregna”, “satura-o”, “embebe-o” com seus valores e ditames.⁸ Trata-se da “constitucionalização” do ordenamento jurídico. O fenômeno, por óbvio, não é de todo recente nem restrito ao direito brasileiro: desenvolve-se no direito alemão desde a década de 1950; no direito italiano, iniciou-se com a Constituição de 1948, mas, sobretudo, a partir dos anos 1970. No Brasil, ele assumiu toda a sua magnitude apenas com Constituição de 1988.

2.2 A atividade construtiva na atuação jurisdicional do ordenamento

Diante de normas “prevalentemente ‘de valor’” – reitera-se, veiculadas em fórmulas “necessariamente vagas, ambíguas, imprecisas e programáticas”, a serem dinâmica e permanentemente concretizadas –, o Poder Judiciário assume, ainda segundo Cappelletti, dupla feição: é “justiça legal” – pois aplica, interpreta a Constituição – e é “justiça de equidade” (“política”, “discricionária” – *sic*) – uma vez que há um acentuado caráter criativo na definição concreta dos conceitos vagos e genéricos, cambiáveis no tempo e no espaço.⁹

Cappelletti, é bem verdade, estava especificamente se referindo à “justiça constitucional” desempenhada por cortes constitucionais e cortes supremas, mas pode-se estender a constatação aos “tribunais e juízes ordinários”. A existência de controle difuso e incidental faz com que todo o Judiciário, em alguma medida, assumam idêntico papel.

Tal aspecto é mais evidente nos sistemas que adotam o modelo de controle de constitucionalidade difuso, como o brasileiro ou o norte-americano, mas hoje é também uma realidade em ordenamentos que seguiram o modelo austríaco de controle de constitucionalidade, concentrado em uma corte constitucional. E assim o é por pelo menos duas razões: (1^ª) mesmo nos sistemas de controle concentrado puro, o juiz “ordinário” tem de nortear toda a sua atuação em conformidade com a

⁸ COMANDUCCI, *ob. cit.*, n. 2, p. 95. No Brasil, ver NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. Jurisdição constitucional e política. *Revista de Investigações constitucionais*, Curitiba, v. 4, p. 147-162, maio/ago. 2017, p. 149.

⁹ Apuntes para una fenomenología de la justicia en el siglo xx. *Revista de Processo*, v. 71, 1993, n. 2.b, p. 91-97; Problemas de reforma do processo civil nas sociedades contemporâneas. *Revista de Processo*, v. 65, 1992, n. 3, p. 135-136; Costituzionalismo moderno e ruolo del potere giudiziario nelle società contemporanee. *Revista de Processo*, v. 68, 1992, *passim*; *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. Trad. da 7^a reimpressão italiana, de 1978, por A. Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Fabris, 1984, apresentação, p. 9-15.

Constituição. Tem mesmo de aplicar diretamente as normas constitucionais – o que é cada vez mais frequente e relevante na medida em que se ampliam e valorizam os direitos fundamentais constitucionalmente consagrados em normas de eficácia plena. Só não é dado ao juiz “ordinário” afastar a incidência de normas infraconstitucionais por reputá-las inconstitucionais;¹⁰ (2ª) o Tribunal Europeu consagrou o entendimento de que cabe ao juiz “ordinário” de cada Estado-Membro da União Europeia realizar ele mesmo o controle de compatibilidade das normas de direito interno com as de direito europeu – não cabendo remessa da questão à Corte Constitucional. Ou seja, o controle da “convencionalidade” submete-se ao modelo difuso.¹¹

De resto, a mesma técnica utilizada nos textos normativos constitucionais – disposições veiculadoras de conceitos indeterminados; normas principiológicas, com forte carga axiológica – tem sido adotada, de modo cada vez mais intenso, pelo legislador infraconstitucional.

Assim, a interpretação e a aplicação do direito, especialmente dos princípios constitucionais – mas não apenas deles –, envolvem necessariamente uma atividade que é, em certa medida, construtiva, e essa atividade de construção requer dos agentes jurisdicionais não apenas a percepção dos valores vigentes em seu lugar e época, como o domínio de conhecimentos técnicos extrajurídicos.

2.3 O progressivo caráter transindividual da atividade judiciária

Como consequência dos aspectos até aqui destacados, a atividade jurisdicional deixou de ser simples forma de solução de litígios individuais. Em muitos casos – seja nas ações de controle direto de constitucionalidade, seja nas ações coletivas, seja ainda nos mecanismos de solução de casos e questões repetitivas ou até mesmo na formação de precedentes e orientações jurisprudenciais independentemente do emprego dessas medidas e instrumentos¹² –, tem-se atividade que produz resultados aplicáveis a toda uma generalidade de pessoas, quando não a todos os jurisdicionados.

O papel do Judiciário de órgão pacificador de conflitos também é potencializado e assume novas características nesse contexto. Os órgãos jurisdicionais passam a

¹⁰ E, ainda nessa hipótese, em muitos ordenamentos que seguem o modelo austríaco reconhece-se, dentro de certos limites, seu poder de negar aplicação às normas infraconstitucionais preexistentes à Constituição e com ela incompatíveis (GARCÍA DE ENTERRÍA. *La Constitución como norma*, n. I.III.5.C, p. 83-94).

¹¹ Veja-se a respeito SEGADO, Francisco Fernández. *La justicia constitucional: una visión de derecho comparado*. t. I. Madri, Dykinson, 2009. cap. V, p. 1.207.

¹² MANEIRO, Renata Martins Jaber; PULCINELLI, Eliana. Litígio estratégico, vinculação de precedentes e abertura ao diálogo constitucional na construção do provimento jurisdicional. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, v. 4, p. 193-219, maio/ago. 2017, p. 194-195.

equacionar não apenas litígios privados, intersubjetivos, mas verdadeiros conflitos institucionais, que muitas vezes põem em choque amplos setores da sociedade, quando não ela mesma como um todo. O exemplo histórico mais marcante é o da decisiva atuação da Suprema Corte americana no processo sociopolítico de superação das barreiras raciais. No Brasil, considerem-se algumas das importantes questões enfrentadas pelo Judiciário brasileiro nos últimos anos: interrupção de gestação de feto anencefálico, pesquisas com células-tronco de embriões, efeitos jurídicos da união homoafetiva e responsabilidade por possíveis perdas em planos econômicos.

2.4 O controle e implementação judicial de políticas públicas

Além disso, o Poder Judiciário interfere intensamente nas políticas públicas. Esse aspecto, ainda que também identificável no direito comparado, assume especial intensidade no Brasil, por força de peculiaridades da ordem constitucional brasileira. É bastante largo o âmbito de “justicialidade” (aptidão de ser exigido e imposto judicialmente) dos direitos fundamentais que se satisfazem com ações estatais positivas (*i.e.*, condutas ativas – e não simples abstenção) do Estado¹³ – aí se incluem não apenas os “direitos sociais” que exigem prestações positivas (saúde, educação, moradia, combate à fome...). Estão igualmente abrangidas as medidas práticas de segurança pública, de proteção ambiental etc. – por vezes enquadradas entre os “direitos fundamentais à proteção”.¹⁴ Podem também ser aqui incluídas as providências concretas exigidas do Estado para o fim de

¹³ O termo entre aspas é empregado pela doutrina constitucional portuguesa (v. CANOTILHO. *Direito constitucional*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993, parte IV, cap. 6, C, II, n. 1.2, p. 543; JORGE MIRANDA. *Manual de direito constitucional*. Coimbra: Coimbra Ed., 1988, t. IV, n. 78, p. 342 – que alude à “justiciabilidade”). Sobre o tema, confirmam-se, entre outros: SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 11. ed. São Paulo, Malheiros, 1996, segunda parte, tít. III, cap. III, n. 3, p. 298, e tít. VI, cap. III, n. 6-10, p. 441-443; BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 5. ed. São Paulo, Malheiros, 1994, cap. 16, n. 3, p. 518-519; LOPES, J. R. de Lima. Direito subjetivo e direitos sociais: o dilema do Judiciário no Estado Social de Direito, *In*: FARIA, J. Eduardo (Org.). *Direitos humanos, direito sociais e Justiça*. São Paulo: Malheiros, 1994, n. 6.4 a 6.6, p. 124-143; BANDEIRA DE MELLO, C. A. Eficácia das normas constitucionais sobre justiça social. *Revista de Direito Público*, v. 57, 1981, *passim*; MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. Coimbra: Coimbra Ed., 1988, t. IV, n. 77-78, p. 340-342; CANOTILHO. *Direito constitucional*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993, parte IV, cap. 6, C, II, p. 541-546; HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Trad. L. A. Heck, da 20. ed. alemã de Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland. Porto Alegre: Fabris, 1998, n. 208, p. 170-172, e Significado de los derechos fundamentales, *In*: BENDA; MAIHOFER; VOGEL; HESSE; HEYDE (Org.). Trad. de A. López Pina, da ed. alemã de 1994 de Handbuch des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland. Madri: Marcial Pons, 1996, n. 29-52, p. 96-105; ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*. 1ª reimp. Trad. E. Garzón Valdés, da ed. alemã de 1986 de Theorie der Grundrechte. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, cap. 9, p. 419-501; ABRAMOVICH; COURTIS. *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Madri: Trotta, 2002, *passim*; BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica*, cap. VII, p. 201-246; SARLET, Ingo W. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, n. 3.4, p. 258-325; PEREIRA, Cesar Guimarães. *Usuários de serviços públicos* 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, n. 5.4 a n. 5.7, p. 270-332.

¹⁴ Conferir ALEXY. *Teoría*, cap. 9, II, p. 435 e seguintes.

satisfazer adequadamente determinados “direitos fundamentais de organização e de procedimento”; por exemplo, a manutenção de uma adequada estrutura de pessoal, material, instalações etc. destinada à viabilização dos órgãos administrativos reguladores ou dos procedimentos judiciais.¹⁵

Há aspecto essencial na ordem constitucional brasileira que impede o empréstimo acrítico de doutrina estrangeira relativa ao assunto.

Em outros ordenamentos, o argumento comumente empregado para fundamentar a “não justicialidade” dos direitos fundamentais a prestações estatais positivas reside na afirmação de que estes não são assimiláveis, na sua estrutura, aos “direitos fundamentais clássicos”, na medida em que “mal se diferenciam (...) de *determinações objetivas estatais* – isto é, normas constitucionais que determinam tarefas e direção da atuação estatal, presente e futura”. Assim, e apesar de cogentes para a atuação legislativa, tais determinações de objetivos estatais, por si sós, “não são capazes de produzir nada” para os cidadãos – pois dependem de ser acolhidas pelo legislador; só depois disso, os direitos sociais surtem o efeito de garantias constitucionais amparadoras de direitos adquiridos.¹⁶

Na Constituição brasileira, significativa parcela das prestações estatais destinadas à satisfação de interesses sociais, econômicos e culturais foi, em termos explícitos, constitucionalmente vinculada a *direitos fundamentais*. Houve a *atribuição subjetiva* dos direitos sociais – e não sua simples consagração, por via reflexa e indireta, como meras decorrências da previsão de políticas públicas.¹⁷ Podem ser mencionadas, entre outras, as regras dos arts. 6º, 196, 205 e 208, §1º, da Constituição. Há o direto estabelecimento do direito social à educação, à saúde, ao trabalho, ao lazer, à segurança social, à previdência social – e assim por diante. É bem verdade que o conteúdo de tais direitos é especificado em muitas das normas que fixam políticas governamentais (v.g., CF, arts. 194 e 195, 196 a 200, 201, 203, 204, 206 a 208 e 210 a 214; as previsões constantes do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, aprovado

¹⁵ ALEXY. *Teoria*, cap. 9, III, p. 454 e seguintes.

¹⁶ Esta é a lição de Hesse para o direito alemão (*Elementos*, n. 208, p. 170-171. Confirma-se também na mesma obra n. 289, p. 237-238, e, também de HESSE. *Significado...*, n. 30-41, p. 96-101). Ainda sobre a Alemanha, v. CAPITANT. *Les effets juridiques*, parte 3, cap. III, s. II, p. 305-313. Resumo dos argumentos favoráveis e contrários à existência de direitos subjetivos sociais na ordem constitucional alemã é apresentado por Alexy (*Teoria*, cap. 9, IV, n. 2, p. 486-494), que, em seguida (n. 3, p. 494-501), defende a existência de tais direitos, mediante um modelo de ponderação de valores. Semelhantes considerações são feitas para outras ordens constitucionais. Assim, na Itália, ROLLA, Giancarlo. *I diritti fondamentali*, n. 3.a, p. 18. Na Espanha, Sentença da Sala 3.ª, Seção 7.ª, de 19.05.1995, cit. em RODRÍGUEZ, Martínez-Pereda e outros. *Constitución*, nota ao art. 53, p. 380. Em Portugal, CANOTILHO. *Direito*, Parte IV, cap. 6, C, II, n. 1.2.1, p. 544; JORGE MIRANDA. *Manual*, IV, n. 74, p. 336-337, n. 78, p. 341; e ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais*, cap. X, n. 2, p. 373-377.

¹⁷ Há uma grande diferença entre situar os direitos sociais e econômicos e culturais num nível constitucional e com uma *dimensão subjetiva*, e considerá-los como simples imposições constitucionais, donde derivariam *direitos reflexos* para os cidadãos (CANOTILHO. *Direito*, parte IV, cap. 6, C, II, n. 1.2.3, p. 546).

pelo Decreto Legislativo nº 226, de 12.12.1991, e promulgado pelo Decreto nº 591, de 06.07.1992 – incorporadas ao rol dos direitos constitucionais, *ex vi* do art. 5º, §2º, da CF). Há, porém, de qualquer modo, a inequívoca indicação de que aquelas regras não tratam de meras diretrizes para o agir estatal – constituindo, igualmente, verdadeiros direitos subjetivos. Some-se a isso a previsão constitucional da aplicabilidade imediata das normas definidoras de direitos fundamentais (CF, art. 5º, §1º).

Isso retira a legitimidade de uma recusa geral e absoluta à efetivação judicial dos direitos fundamentais a prestações estatais, afastando o argumento de que o tema constituiria apenas matéria de política pública, submetida a uma suposta discricionariedade estatal impassível de controle pela Jurisdição.¹⁸ Por certo, essa constatação não é suficiente para dar a questão da justicialidade de tais direitos por resolvida, mas basta para explicar por que a intervenção judicial nesse âmbito é tão intensa na experiência brasileira.¹⁹

No entanto, seja pela “reserva econômica do possível”,²⁰ seja pela multiplicidade de caminhos que o implemento de uma ação governamental pode envolver, a concretização jurisdicional desses direitos fundamentais: (i) tem sempre repercussão transcendental, que ultrapassa em muito o interesse subjetivo dos sujeitos envolvidos no processo em que a questão é discutida;²¹ (ii) invariavelmente envolve o domínio aprofundado de conhecimentos multidisciplinares.

2.5 A “vocação da nossa época para a jurisdição”

Aos fatores até aqui expostos, somam-se tantos outros: a infla o legislativa e a multiplica o dos centros de produ o normativas, sob o aspecto territorial (polos regionais e internacionais) e funcional (atividade normativa legislativa e regulamentos infralegais), a exigir uma interven o cada vez maior do Judiciário

¹⁸ MARTINS, Ricardo Marcondes. “Políticas públicas” e Judiciário: uma abordagem neoconstitucional. *A&C - Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, Belo Horizonte, v. 71, p. 145-165, jan./mar. 2018, p. 153.

¹⁹ Para exame mais amplo da justicialidade dos direitos a presta es positivas no Brasil, remeto ao que escrevi em *Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer: e sua extensão aos deveres de entrega de coisa*. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, n. 4.5, p. 138-147, e 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, n. 4.5, p. 137-147, e Concretiza o jurisdicional de direitos fundamentais a presta es positivas do Estado. In: TESHEINER, José Maria Rosa; MILHORANZA, Mariângela Guerreiro; PORTO, Sérgio Gilberto. *Instrumentos de coer o e outros temas de direito processual civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 151-177.

²⁰ Os recursos econ micos de que dispõe o Estado são limitados – nem sempre suficientes para o desenvolvimento simultâneo de todas as suas tarefas, inclusos os programas de a o social constitucionalmente previstos (MIRANDA, Jorge. *Manual*, IV, n. 77, p. 340; HESSE. *Significado...*, n. 30, p. 96-97).

²¹ PESSOA, Flávia Moreira Guimarães; CARDOSO, Henrique Ribeiro; SOUSA, Otávio Augusto Reis de. Possibilidade e limites do controle judicial das a es e das omissões da Administra o Pública na implanta o de políticas públicas com sede constitucional. *A&C - Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, Belo Horizonte, v. 61, p. 117-144, jul./set. 2015, p. 135.

para definir as soluções jurídicas concretamente aplicáveis; a frequente mora do legislador, implicando uma crescente atuação “aditiva”, “integrativa” da Jurisdição; a redução da atuação de polícia preventiva da administração, abrindo espaço à atividade de tutela preventiva jurisdicional; a sociedade de massa, a exigir cada vez mais uma atuação jurisdicional urgente. Tomando em conta esses aspectos, Nicola Picardi aludiu à “vocação de nossa época à Jurisdição”, em uma inspirada paródia da expressão cunhada por Savigny, no século XIX, para se referir à primazia de que então gozava a legislação.²²

E, na conclusão do seu ensaio, Picardi notava emergir em dimensão supranacional uma tendência dirigida a separar a jurisdição do aparelho estatal. O Judiciário ora buscaria sua legitimação não no aparato estatal, mas na própria coletividade (“*communità*”) – e assim tenderia a controlar cada vez mais intensamente o exercício de funções pelos poderes estatais.²³

2.6 As críticas ao déficit democrático e à onnipresença do Judiciário

Diante desse quadro, autorizada doutrina manifesta a preocupação com que um “holismo constitucional” ou “superconstitucionalização” conduza à onnipresença jurisdicional e ao risco de arbítrio.²⁴ A atribuição, ao Judiciário, da definição concreta dos conceitos indeterminados e do balanceamento dos princípios tenderia a gerar insegurança jurídica e riscos à liberdade – esvaziando-se a garantia estabelecida pelo princípio da legalidade. Nesse sentido, Ingeborg Maus aponta para os riscos de normas com fórmulas excessivamente abertas, cuja determinação pelo órgão judicial dependa da consideração de aspectos precipuamente morais: “Enriquecido por pontos de vista morais, o âmbito das ‘proibições’ legais pode ser arbitrariamente estendido ao campo extrajurídico das esferas de liberdade”. Maus observa que, “quando a Justiça ascende ela própria à condição de mais alta instância moral da sociedade, passa a escapar de qualquer mecanismo de controle social” – assumindo papel “paternalista” em face de uma sociedade “órfã” do poder de um monarca.²⁵

²² A vocação do nosso tempo para a jurisdição. In: *Jurisdição e processo* (org. e rev. trad. C. A. Alvaro de Oliveira). Rio de Janeiro: Forense, 2088, p. 1 e seguintes.

²³ *A vocação...*, *cit.*, n. 1.9, p. 32.

²⁴ Para uma visão do debate sobre o tema na jurisdição constitucional alemão, vejam-se: ALEXY, ROBERT. Direito constitucional e direito ordinário: jurisdição constitucional e justiça especializada. In: *Constitucionalismo discursivo* (trad. L. A. Heck). 2. ed. Porto Alegre: Liv. do Advogado, p. 71 e seguintes; BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. Giurisdizione costituzionale, questione strutturale, organizzazione, legittimazione. In: *Stato, costituzione, democrazia* (org. M. Nicoletti e O. Brino; trad. O. Brino e M. Tomba). Milão: Giuffrè, 2006, p. 625 e seguintes; HABERMAS. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Trad. F. B. Siebeneichler. v. I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, cap. VI, p. 297 e seguintes; e MÜLLER, Friedrich. *Teoria estruturante do direito*. Trad. P. Naumann e E. A. de Souza. v. I. São Paulo: RT, 2008, cap. IX, p. 145 e seguintes.

²⁵ Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na sociedade órfã. *Novos Estudos – CEBRAP*, n. 58, 2000, p. 184-190.

Censura-se o “déficit democrático” do Judiciário. Pondera-se que, embora detendo competência para emitir inclusive comandos abstratos, gerais, com eficácia *erga omnes* e vinculante, os integrantes da magistratura não são democraticamente eleitos e, em regra, ocupam o cargo por prazo indeterminado, até a idade da aposentadoria compulsória.²⁶

Esse não é um debate que se trava apenas no Brasil. As preocupações com instituições contramajoritárias e sua compatibilização com a democracia também estão presentes na doutrina estrangeira.²⁷

2.7 A relevância do Judiciário como instituição contramajoritária

O caráter contramajoritário do Poder Judiciário, em si, não é fator negativo. Pelo contrário, é condição essencial para a preservação do Estado de Direito que determinadas instituições – dentre elas, notadamente os órgãos judiciais – estejam alheias ao sistema da escolha pelo voto da maioria. E assim o é inclusive e especialmente para que, não estando submetidas diretamente ao critério da escolha majoritária, tenham autonomia e independência inclusive para, por um lado, proteger as próprias minorias e, por outro, resguardar as garantias fundamentais e institucionais que devem existir independentemente da escolha da maioria. Nesse sentido, considere-se que a própria Constituição, em suas cláusulas pétreas (CF, art. 60, §4º), é um instituto contramajoritário: nenhuma maioria é apta a alterar essas normas – seja pela via parlamentar, seja pela via direta do plebiscito ou referendo.²⁸

O princípio da prevalência da vontade majoritária não suplanta o do respeito à dignidade humana – que é o cerne dos direitos humanos. Pelo contrário, aquele subordina-se a esse, ou seja, a dignidade humana – vale dizer, o postulado do respeito à vida digna de cada ser humano, o núcleo dos direitos humanos – é que fundamenta e condiciona axiologicamente o princípio da decisão pela maioria.

²⁶ V, por exemplo, SCAFF, Fernando. Novas dimensões do controle de constitucionalidade no Brasil: prevalência do concentrado e o caso do difuso. *Revista Dialética de Direito Processual*, 50, 2007, n. IV, p. 38-40; e GRECO, Leonardo. A reforma do Poder Judiciário e o acesso à Justiça. *Revista Dialética de Direito Processual*, 27, 2005, n. 6.9, p. 78.

²⁷ Cf., por exemplo, BICKEL, Alexander M. *The least dangerous branch: the Supreme Court at the bar of politics*. 2. ed. New Haven: Yale Press, 1986, cap. 1, p. 16-23; GARGARELLA, Roberto. *La justicia frente al gobierno: sobre el carácter contramayoritario del poder judicial* (apresent. Cass Sunstein). Barcelona: Ariel, 1996, *passim*; MÉNY, Yvez. De la démocratie en Europe: old concepts and new challenges. *JCMS* 41, 2003, *passim* e, sobre as cortes constitucionais, esp. n. II, p. 5-6; MAJONE, Giandomenico. Temporal consistency and policy credibility: why democracies need non-majoritarian institutions, European University Institute, *Working Paper RSC*, n. 96/57, *passim*.

²⁸ Sobre o contido nesse parágrafo e nos seguintes, ver TALAMINI, Eduardo. Dignidade humana, soberania popular e pena de morte. *Revista Trimestral de Direito Público*, v. 11, 1995, e *Revista do Instituto dos Advogados do Paraná*, v. 26, 1996, *passim*.

A soberania popular é importante meio de efetivação e preservação dos direitos humanos. Não é, contudo, mais do que isso. Do mesmo modo que a votação majoritária não cria tais direitos, não lhe é dado suprimi-los ou restringi-los.²⁹ E é assim precisamente porque o respeito à vontade da maioria não se fundamenta em uma concepção utilitarista do direito.³⁰ A soberania popular só tem valor como instrumento em prol da dignidade humana.

E cabe precisamente ao Judiciário e especialmente à Suprema Corte, como instituições contramajoritárias, zelar para que as pretensões majoritárias não ultrapassem os limites de sua função instrumental.

2.8 A legitimação pelo contraditório

O fator fundamental de atribuição de legitimidade à atuação do Judiciário não é extrínseco. Concerne a um aspecto inerente à atividade jurisdicional no Estado de Direito. Como escreveu Carnelutti, a participação da parte na formação do comando, em colaboração com a autoridade, é o dado fundamental na distinção entre jurisdição (produção interpartes) e legislação (produção superpartes).³¹ Não apenas esse é o aspecto distintivo da jurisdição, como é o seu fundamento de legitimação. Portanto, é o efetivo exercício da garantia do contraditório que legitimará a atuação jurisdicional.

Agora, em um cenário em que a atuação jurisdicional se transformou, assumindo novas caras, produzindo resultados qualitativamente mais intensos e quantitativamente mais amplos do que os tradicionalmente produzidos, os parâmetros tradicionais do contraditório são insuficientes para a legitimação dessa atividade.

Se o Judiciário (a) desempenha uma função construtiva do ordenamento; (b) profere decisões que transcendem os interesses daqueles que figuram como parte no processo, repercutindo em grau maior ou menor sobre toda a coletividade; (c) está incumbido de enfrentar questões de grande complexidade técnico-científica, filosóficas e (ou) morais; (d) interfere em políticas públicas; (e) controla de modo cada vez mais intenso e amplo a atividade dos agentes públicos que desempenham funções normativas e administrativas, no mais das vezes eleitos por sufrágio universal, a garantia de participação em contraditório é igualmente transformada a fim de que possa continuar funcionando como fator de legitimação jurisdicional.

²⁹ COMPARATO, Fabio Konder. Igualdade, desigualdades. *Revista Trimestral de Direito Público*, v. 1, 1993, p. 75.

³⁰ ARENDT, Hannah. *Origens do totalitarismo*. Trad. R. Raposo, da ed. americana de *The origins of totalitarianism*. São Paulo: Companhia das Letras, 1989, parte II, n. 5, p. 332.

³¹ CARNELUTTI. *Diritto e processo*. Nápoles: Morano, 1958, n. 18, p. 31-32; *Teoria geral do direito*. Trad. Antonio C. Ferreira – s/ indic. da ed. original. São Paulo: Lejus, 1999, n. 59, p. 148.

A permissão de participação processual daquele que demonstra concreto interesse jurídico na situação litigiosa permanece sendo garantia fundamental: ninguém pode ter a esfera jurídica atingida por ato de poder sem que lhe seja dada a possibilidade de participar do processo de formação de tal. Porém, ao lado desse critério, a garantia constitucional do contraditório exige que passe a se estabelecer outro, autorizador de outro modelo de participação processual. Assim, a plena observância da garantia do contraditório já não se faz apenas com a atribuição de possibilidade de participação plena aos sujeitos que ocupam a posição de partes ou de assistentes, juridicamente interessados, das partes. Mais do que isso, é fundamental a participação de “terceiros” que sejam aptos a contribuir, mediante a apresentação de subsídios fáticos e jurídicos, na solução das questões transcendentais postas em cada processo.

Em suma: a objetivação do resultado da atuação jurisdicional conduz à objetivação do critério de admissão de “terceiros” no processo (sem prejuízo de que a jurisdição continue também desempenhando seu papel fundamental de tutela de direitos e continuem sendo admitidos sujeitos no processo a partir da aferição de seu específico interesse jurídico); a multiplicação de questões de grande sofisticação técnica ou científica a serem enfrentadas pelo juiz não apenas na reconstrução dos fatos da causa, mas sobretudo para a concretização de conceitos indeterminados nas disposições normativas, faz com que seja bem-vinda no processo a participação de “terceiros” que possam colaborar com sua *expertise* nessas áreas; a intensificação da necessidade de escolhas ou cotejos axiológicos pela jurisdição requer que os julgadores busquem o máximo de contribuição de pessoas e entidades que expressem as mais diversas concepções culturais, políticas ou éticas dentro da sociedade. As novas caras da jurisdição conduzem à participação no processo também de sujeitos com novas caras.

2.9 *Amicus curiae* e fundamentos constitucionais

Nesse contexto, a participação do *amicus curiae*, com o fornecimento de subsídios ao julgador, é fator essencial para o incremento de qualidade das decisões judiciais. Amplia-se a possibilidade de obtenção de decisões mais justas – e, portanto, mais consentâneas com a garantia da plenitude da tutela jurisdicional (CF, art. 5º, XXXV).

Por outro lado, e sobretudo nos processos de cunho precipuamente objetivo (ações diretas de controle de constitucionalidade, mecanismos de resolução de questões repetitivas etc.) ou coletivo, a admissão do *amicus* é um dos modos de ampliação e qualificação do contraditório (CF, art. 5º, LV) – a fim de que esse permaneça funcionando como fator de legitimação da jurisdição.

3 Noção e origem

O *amicus curiae* é terceiro admitido no processo para fornecer subsídios instrutórios (probatórios ou jurídicos) à solução de causa revestida de especial relevância ou complexidade, sem, no entanto, passar a titularizar posições subjetivas relativas às partes (nem mesmo limitada e subsidiariamente, como o assistente simples).³² Auxilia o órgão jurisdicional no sentido de que lhe traz mais elementos para decidir – daí o nome de “amigo da corte”. Questão outra está em saber se esse auxílio precisa ser desinteressado (v. n. 11, adiante).

Trata-se de figura originalmente desenvolvida na *common law*, que, aos poucos, ganhou espaço e sistematização no direito brasileiro.³³ Sua configuração entre nós toma em conta a coexistência de outras modalidades de intervenção de terceiros – o que, aliás, também ocorre no direito anglo-saxão. Assim, aquilo que aqui se designa *amicus curiae* não corresponde necessariamente, em tudo e para tudo, ao instituto vigente no direito estrangeiro.

4 Distinção em face das demais modalidades interventivas

Diferentemente da assistência litisconsorcial, do chamamento, da oposição e da intervenção acarretada pela desconsideração de personalidade jurídica, o *amicus curiae* não assume a condição de parte. Diferentemente da assistência simples, a intervenção do *amicus* não se fundamenta no interesse jurídico na vitória de uma das partes (v. n. 11, adiante), e ele não assume poderes processuais para auxiliá-la. Ainda que os seus poderes sejam definidos em cada caso concreto pelo juiz, na essência serão limitados à prestação de subsídios para a decisão.

5 Distinção em face de outras figuras

O *amicus* também não é um auxiliar do juízo nem é equiparável a terceiros que prestam colaboração instrutória pontual no processo. Sob esse aspecto, o Código de 2015 claramente tomou uma posição ao incluí-lo entre os terceiros intervenientes.

Sua posição é inconfundível com a do perito (que auxilia o juiz com conhecimentos técnicos extrajurídicos para o fim probatório, ou seja, para reconstruir fatos pretéritos) e a da testemunha (que depõe sobre fatos relevantes para a causa acerca dos quais teve alguma percepção sensorial). Já o auxílio que o *amicus curiae* pode prestar ao juiz, por um lado, abrange, inclusive e especialmente, subsídios técnicos

³² DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2017, v. 2, n. 695, p. 455.

³³ Para uma visão aprofundada do instituto: BUENO, Cassio Scarpinella. *Amicus curiae no processo civil brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

jurídicos (embora também possa envolver informações técnicas de outras áreas, relevantes para os dados jurídicos). Por outro, ele não investigará, para o juiz, os fatos da causa.

Tampouco o papel do *amicus* confunde-se com o do Ministério Público como *custos legis*. O *amicus* não assume nenhum papel de fiscal da lei ou do “interesse público” no curso do processo, diferentemente do Ministério Público; não fica investido das prerrogativas processuais a ele conferidas, e assim por diante. Ele limita-se a fornecer subsídios ao juiz – sem nenhum papel de fiscalização dentro do processo e sem a gama de poderes participativos de que essa atribuição é acompanhada.

6 “Nova” categoria geral de intervenção de terceiros

Em que medida a previsão do *amicus curiae* no art. 138 do CPC/2015 constituiu verdadeira inovação?

6.1 As regras estabelecidas na vigência do CPC/1973

Não havia no Código de 1973 norma expressa estabelecendo o cabimento genérico de intervenção de terceiro na condição de *amicus curiae*, mas tal modalidade estava prevista para casos específicos, em regras dispersas naquele diploma.

Ainda que sem essa denominação, constituíam hipóteses de *amicus curiae* as seguintes regras do CPC/1973: art. 482, §2º (incidente de declaração de inconstitucionalidade); art. 543-A, §6º (repercussão geral); art. 543-C, §4º (recursos especiais repetitivos).

Nenhuma delas estava no texto original do CPC/1973: foram-lhe acrescentadas por leis subsequentes.

6.2 Previsão em legislação esparsa anterior ao CPC/2015

Também se enquadravam na moldura do *amicus curiae* outras previsões, contidas em leis esparsas. Tomem-se como exemplos a Lei nº 4.726/1965, art. 32 (intervenção da Junta Comercial); a Lei nº 6.385/1976 (intervenção da Comissão de Valores Mobiliários – CVM); a Lei nº 9.868/1999, art. 7º, §2º (intervenção em ação direta de inconstitucionalidade); a Lei nº 9.882/1999, art. 6º, §1º (intervenção em arguição de descumprimento de preceito fundamental); a Lei nº 10.259/2001, art. 14, §7º (intervenção nos juizados especiais federais); a Lei nº 11.417/2006, art. 3º, §2º (intervenção no procedimento de súmula vinculante); a Lei nº 12.529/2011, art. 118 (intervenção do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, antes prevista no art. 89 da Lei nº 8.884/1994); o art. 896-C, §8º, da CLT, acrescentado pela Lei nº 13.015/2014 (intervenção em recursos de revista repetitivos).

A escalada de previsões específicas de participação de *amicus curiae* refletiu a tendência de objetivação da atuação jurisdicional estatal, antes descrita.

Não há identidade absoluta entre os regimes jurídicos extraíveis das disposições ora citadas, mas, de todas, extrai-se um núcleo comum: permitir a colaboração processual de um terceiro, que nem por isso passa a titularizar posições jurídico-processuais parciais. Todas essas regras permanecem em vigor, sendo-lhes subsidiariamente aplicável o art. 138 do CPC/2015.

6.3 A aplicação do instituto por direta imposição constitucional

A partir do final dos anos 1990, quando doutrina e profissionais do foro atinaram para a existência do instituto, passou-se a discutir se seu emprego seria admissível em situações alheias àquelas objeto de expressa disciplina. Foi admitido por vezes.³⁴ Tal orientação, porém, não se pacificou, tendo o STJ, por exemplo, afirmado o princípio geral da inadmissibilidade de *amicus curiae*.³⁵

A rigor, o *amicus curiae* já deveria ser admitido, independentemente de regra explícita, como expressão da garantia constitucional do contraditório. A esse respeito, vêm a calhar duas observações distintas de Comoglio – válidas, aliás, não só para o contraditório, como para todos os princípios e garantias constitucionais do processo – contidas ambas em um mesmo ensaio: (a) jamais o sistema constitucional de garantias do processo pode ser lido, interpretado meramente a partir daquilo que está previsto na legislação infraconstitucional, mas, sim, o contrário: esta é que há de ser reinterpretada, “reconstruída” “à imagem e semelhança” daquele; (b) há uma exigência de que se promovam “*le condizioni migliori per una ‘concretizzazione’ sempre più adeguata di quelle stesse garanzie*”.³⁶

6.4 A previsão geral e as regras especiais sobre *amicus curiae* no CPC/2015

De todo modo, a regra do art. 138 do Código de 2015 veio a consagrar expressamente a figura do *amicus curiae*.³⁷

³⁴ Como exemplo, antes de haver previsão legal, em processo de controle direto de constitucionalidade: STF, Plenário, AgRg na ADI 748, v. u., rel. min. Celso de Mello, j. 1º.08.1994, DJU 18.11.1994.

³⁵ STJ, 2ª Turma, REsp 1.283.757, v. u., rel. min. Mauro Campbell Marques, j. 19.09.2013, DJe 27.09.2013.

³⁶ Giurisdizione e processo nel quadro delle garanzie costituzionale. *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, n. 4, 1994, p. 1.064 e 1.065, respectivamente.

³⁷ Art. 138. O juiz ou o relator, considerando a relevância da matéria, a especificidade do tema objeto da demanda ou a repercussão social da controvérsia, poderá, por decisão irrecorrível, de ofício ou a requerimento das partes ou de quem pretenda manifestar-se, solicitar ou admitir a participação de pessoa natural ou jurídica, órgão ou entidade especializada, com representatividade adequada, no prazo de 15 (quinze) dias de sua intimação.

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

Além dessa regra geral, há previsões específicas de intervenção do *amicus curiae*: art. 927, §2º (alteração de entendimento sumulado ou adotado em julgamento por amostragem); arts. 950, §§2º e 3º (incidente de arguição de inconstitucionalidade); art. 983 (incidente de resolução de demandas repetitivas); art. 1.035, §4º (repercussão geral); art. 1.038, I (recursos especiais e extraordinários repetitivos).

Tais regras devem ser coordenadas com aquela geral do art. 138.

6.5 A função do art. 138 do CPC/2015

Por um lado, o art. 138 elimina qualquer dúvida quanto à incidência geral dessa modalidade interventiva. Por outro, define em termos explícitos os parâmetros essenciais do regime jurídico aplicável ao *amicus*, seja quanto aos pressupostos de sua admissibilidade, seja quanto à gama de posições jurídicas de que esse interveniente está investido. Eventual incerteza quanto aos critérios para a admissão do *amicus* ou ao seu papel no processo já era eliminável pela aplicação analógica das previsões especiais já vigentes. Seja como for, esse argumento já não se põe mais.

6.6 Amplitude e plasticidade da figura do *amicus* (as várias caras do *amicus*)

Seja por se tratar de instituto que se impõe constitucionalmente, seja pela possibilidade de modulação de seu regime jurídico no caso concreto, seja ainda pela multiplicidade de previsões especiais de seu cabimento, ao lado da regra geral do art. 138 do CPC, o *amicus curiae* consiste na mais abrangente e adaptável modalidade de participação processual no ordenamento brasileiro.

Isso significa que: (a) sua incidência estende-se inclusive a esferas alheias às regras infraconstitucionais sobre o tema (por exemplo, o processo penal, mesmo fora do âmbito dos recursos repetitivos); (b) limitações atinentes ao momento do pedido de intervenção do *amicus* ou ao procedimento em que ele se dá devem ser consideradas para, admitindo-se sua participação, modulá-la ao invés de amparar-lhe a negativa;³⁸ (c) modalidades interventivas previstas em regras esparsas e inominadas devem ser sempre reconduzidas ao regime do *amicus curiae*, na medida em que

§ 2º Caberá ao juiz ou ao 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 repetitivas.

³⁸ Tomem-se como exemplo o pedido de ingresso no mandado de segurança e o de intervenção quando o processo está já pautado, a seguir exposto.

isso se preste a assegurar ao sujeito interveniente uma gama mínima de poderes participativos que possam ir além daqueles já previstos na regra especial.

7 Participação do *amicus* em processos em que se veda a “intervenção de terceiros”

A atuação do *amicus curiae*, dada a sua função constitucional e sua limitada esfera de poderes (e, conseqüentemente, sua restrita interferência procedimental), é cabível inclusive em procedimentos especiais em que se veda genericamente a intervenção de terceiros – sobretudo naqueles que são regulados por leis anteriores ao CPC/2015. O veto deve ser interpretado como aplicável apenas às formas de intervenção fundadas diretamente no interesse jurídico, em que o terceiro se torna parte ou assume subsidiariamente os poderes da parte.

7.1 *Amicus curiae* no mandado de segurança

Assim, cabe ingresso no mandado de segurança.³⁹

No que tange às formas de intervenção de terceiros previstas no Código de Processo Civil, prevaleceu sob a égide da antiga Lei do Mandado de Segurança (Lei nº 1.533/1951) o entendimento de que seriam inadmissíveis – exceção feita à assistência litisconsorcial, que, por constituir simples modalidade de litisconsórcio superveniente, era aceita, por força da regra que expressamente admitia o litisconsórcio no mandado de segurança.⁴⁰ O argumento utilizado para a negativa da intervenção de terceiros no mandado de segurança, contudo, era extremamente falho. Invocava-se o art. 20 da Lei nº 1.533/1951 para daí se extrair a inaplicabilidade das regras do Código de Processo Civil ao mandado de segurança. A tese não procedia. O art. 20 da antiga lei, ao estabelecer que “revogam-se os dispositivos do Código de Processo Civil sobre o assunto e mais disposições em contrário”, tinha de ser compreendido em seu contexto histórico. Até a edição da Lei nº 1.533/1951, o processo do mandado de segurança era regulado por dispositivos inseridos no Código de 1939. Foi a aplicação de tais regras específicas, e não necessariamente de outras, que se pretendeu afastar. Note-se que não foi apenas no campo da intervenção de terceiros que o argumento ora criticado foi utilizado. A negativa de condenação em honorários de sucumbência (STF, Súmula nº 512) e a inadmissão de embargos infringentes em apelação em mandado de segurança

³⁹ O que eu já sustentava mesmo antes do atual CPC (EDUARDO TALAMINI, “Partes e terceiros no mandado de segurança”, *Revista Dialética de Direito Processual*, v. 80, 2009, p. 551); e Enunciado n. 249 do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis.

⁴⁰ Cf., p. ex., STF, Plenário, MS 24.414-3, v. m., rel. min. CESAR PELUSO, j. 04.09.2003, DJU 21.11.2003.

(STF, Súmula nº 597; STJ, Súmula nº 169), por exemplo, também foram conclusões extraídas daquele equivocado fundamento.

A Lei nº 12.016/2009, contudo, não possui nenhuma disposição da qual se possa extrair – ainda que indiretamente ou, como antes ocorrera, de modo artificioso – qualquer diretriz no sentido de que as normas do Código de Processo Civil não se aplicariam ao mandado de segurança. Bem o contrário, foram reiteradas as remissões da Lei nº 12.016 ao Código de Processo Civil de 1973 (v.g., Lei nº 12.016/2009, art. 6º, §5º, art. 7º, §§1º e 5º, art. 24...) – o que indica a aplicabilidade subsidiária do diploma processual civil, que, de resto, era confirmada pelo art. 1.211 do Código anterior e pelo art. 1º do atual CPC. A negativa de condenação em honorários de sucumbência e a inadmissibilidade de embargos infringentes, antes fundadas na tese da inaplicabilidade subsidiária do Código, ora estão expressamente consagradas no novo diploma (art. 25 da Lei nº 12.016/2009). No entanto, não há nenhuma regra na nova lei que expressamente vede a intervenção de terceiros. Isso significaria que ora as várias modalidades interventivas previstas no Código são admissíveis no mandado de segurança?

A resposta é negativa. Cumpre considerar qual era o adequado fundamento para mesmo antes se negar o cabimento de intervenção de terceiros em mandado de segurança. Por certo, não era o art. 20 da antiga lei. A incidência das regras do Código no processo do mandado de segurança encontrava um limite, inerente a toda aplicação subsidiária. Apenas eram aplicáveis as normas do CPC compatíveis com a essência constitucional do mandado de segurança: instrumento célere, de cognição sumária e “eficácia potenciada”. A celeridade, simplicidade e sumariedade do rito do processo do mandado de segurança incompatibilizam-no com todas as modalidades de intervenção de terceiros previstas no Código (desse rol excluída, reitere-se, a assistência litisconsorcial, que se submete ao regime do litisconsórcio). Esse fundamento permanece plenamente válido. Note-se que mesmo a assistência simples é apta a gerar significativos transtornos procedimentais. Basta considerar a necessidade de instauração de um incidente específico caso uma das partes impugne o pedido de intervenção assistencial (CPC/2015, art. 120).

Porém, tais razões não se aplicam minimamente ao ingresso do *amicus curiae*. Por um lado, a proibição à intervenção de terceiros só se justifica relativamente às modalidades em que o terceiro se torna parte ou assume subsidiariamente os poderes da parte. Por outro lado, e mesmo como decorrência desse primeiro aspecto, o requerimento de ingresso do terceiro como *amicus curiae* não gera nenhum tipo de perturbação procedimental. Não instaura nenhum incidente. Deve ser decidido de plano pelo juiz ou relator, mediante pronunciamento que inclusive a lei qualifica como “irrecorrível”.

O STF já decidiu não caber em mandado de segurança a intervenção de *amicus*. Entretanto, e a despeito de afirmar essa inadmissibilidade, a corte tem permitido que os terceiros aptos a contribuir apresentem manifestação escrita no processo do mandado de segurança.⁴¹ A rigor, isso consiste em admissão do *amicus curiae*, moldando-se a extensão de sua participação à sumariedade procedimental do mandado de segurança – o que é perfeitamente consentâneo com o regime jurídico dessa modalidade interventiva.

7.2 *Amicus curiae* nos juizados especiais

Pelas mesmas razões, cabe a participação de *amicus curiae* em processos que tramitam nos juizados especiais – a despeito de o art. 10 da Lei nº 9.099/1995 prever que “não se admitirá, no processo, qualquer forma de intervenção de terceiro nem de assistência”. Tal interdição, embora explícita e ampla, tinha em vista as modalidades de intervenção de terceiros então vigentes à época da edição da Lei dos Juizados.

De todo modo, deve ser pequena a frequência com que concretamente se configurarão os pressupostos de admissibilidade do *amicus curiae* em tais processos. Afinal, aos juizados especiais são destinadas causas de menor complexidade e de índole eminentemente individual, que tendem a não se enquadrar na exigência de “relevância da matéria, especificidade do tema objeto da demanda ou repercussão social da controvérsia”. A hipótese em que, no âmbito dos juizados, a participação do *amicus* tende a ser mais necessária é a do incidente previsto no art. 14 da Lei nº 10.259/2001.

8 Momento da intervenção

Em tese, admite-se a intervenção em qualquer fase processual ou grau de jurisdição. A lei não fixa limite temporal para a participação do *amicus curiae*. A sua admissão no processo é pautada na sua aptidão em contribuir. Assim, apenas reflexamente a fase processual é relevante: será descartada a intervenção se, naquele momento, a apresentação de subsídios instrutórios fáticos ou jurídicos já não tiver mais relevância.

Nesse sentido, o STF tem em regra rejeitado o ingresso de *amicus* quando o processo já tiver sido liberado para inclusão em pauta de julgamento,⁴² mas tanto

⁴¹ V., por exemplo, MS 36.368, rel. min. Luís Roberto Barroso, decisão de 03.04.2019.

⁴² Plenário, AgRg na ADPF nº 449, v. m., rel. min. Luiz Fux, j.18.05.2018, DJe 13.06.2018; Plenário, AgRg na ADI nº 2.435, v. u., rel. min. *Cármem Lúcia*, j. 26.11.2015, DJe 10.12.2015; Plenário, AgRg na ADI nº 4.067, v. u., rel. min. Joaquim Barbosa, j. 07.04.2010, DJe 23.04.2010; Plenário, AgRg na ADI nº 4.071, v. m., rel. min. Menezes Direito, j. 18.08.2009, DJe 16.10.2009.

não é uma limitação meramente formal – e sim fundada na consideração efetiva da aptidão de contribuir – que o STF admite exceções, quando evidenciado que a intervenção do *amicus*, ainda que posterior àquele momento, terá especial utilidade.⁴³

9 Pressupostos objetivos

A intervenção do *amicus curiae* cabe quando houver “relevância da matéria, a especificidade do tema objeto da demanda ou a repercussão social da controvérsia”. As regras especiais dessa intervenção (n. 7 e 8, acima) não exaurem as hipóteses objetivas de cabimento, mas servem para ilustrá-las. São duas as balizas: por um lado, a especialidade da matéria, o seu grau de complexidade; por outro, a importância da causa, que deve ir além do interesse das partes, *i.e.*, sua transcendência, repercussão transindividual ou institucional.

São requisitos alternativos (“ou”), não necessariamente cumulativos: tanto a sofisticação da causa quanto sua importância *ultra partes* pode autorizar, por si só, a intervenção.⁴⁴ De todo modo, os dois aspectos, em casos em que não se põem isoladamente de modo tão intenso, podem ser somados, considerados conjuntamente, a fim de viabilizar a admissão do *amicus*.

A complexidade da matéria justificadora da participação do *amicus* tanto pode ser fática quanto técnica, jurídica ou extrajurídica. Ao avaliar a necessidade de subsídios técnico-jurídicos, o juiz deve estar investido da humildade que é indispensável a todo aquele que investiga. Os possíveis subsídios devem sempre ser considerados bem-vindos pelo julgador, na medida em que o ajudem na solução da causa. Isso se aplica inclusive a possíveis contribuições de conteúdo estritamente jurídico. A ideia de que “o juiz conhece o direito” (*jura novit curia*) não pode servir de fundamento para o magistrado negar-se a receber subsídios dessa natureza; pelo contrário, tal brocardo presta-se a indicar que o juiz tem o dever de aplicar corretamente o direito, e, portanto, tem o dever de empreender os esforços para esse fim, valendo-se de todos os mecanismos que o ordenamento oferece, inclusive a colaboração do *amicus curiae*.

A importância transcendental da causa pode pôr-se tanto sob o aspecto qualitativo (“relevância da matéria”) quanto quantitativo (“repercussão social da controvérsia”). Por vezes, a solução da causa tem repercussão que vai muito além do interesse das partes porque será direta ou indiretamente aplicada a muitas outras pessoas⁴⁵ (ações de controle direto, processos coletivos, incidentes de julgamento

⁴³ Admitindo essa exceção, ao menos em tese: STF, Plenário, AgRg na ACO nº 779, v. m., rel. Min. Dias Toffoli, j. 30.11.2016, DJe 09.03.2017.

⁴⁴ Conforme Enunciado nº 395 do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis.

⁴⁵ Nesse mesmo sentido: CABRAL, Antonio do Passo. Comentários ao art. 138 do CPC/2015. In: STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo Carneiro da (Org.). *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2. ed. São Paulo, Saraiva, 2017, n. 2.4.3, p. 219.

de questões repetitivas, edição, revisão ou cancelamento de súmula dos tribunais ou mesmo a simples formação de um precedente relevante etc.), mas, em outras ocasiões, a dimensão *ultra partes* justificadora da intervenção do *amicus* estará presente em questões que, embora sem a tendência de reproduzir-se em uma significativa quantidade de litígios, versam sobre temas fundamentais para a ordem jurídica. Imagine-se uma ação que versa sobre a possibilidade de se autorizar uma transfusão sanguínea para uma criança mesmo contra a vontade dos pais dela. O caso, em si, concerne a pessoas específicas e determinadas, mas envolve valores jurídicos fundamentais à ordem constitucional (direito à vida, liberdade religiosa, limites do direito à intimidade etc.). Em uma causa como essa, é justificável a intervenção de *amici curiae*, que poderão contribuir sob vários aspectos (médicos, filosóficos, religiosos...).

10 Pressupostos subjetivos

10.1 Natureza do sujeito interveniente

Podem ser *amici curiae* tanto pessoas naturais quanto jurídicas – e, nesse caso, tanto entes públicos como privados; entidades com ou sem fins lucrativos. Mesmo órgãos internos e outros entes públicos podem em tese contribuir como *amici curiae*. Não há restrição quanto à natureza intrínseca do sujeito interveniente.

O próprio STF já havia admitido em controle direto de constitucionalidade a participação de pessoas físicas, na medida em que detinham especial qualificação – por exemplo, nos casos em que se discutiam a legitimidade de pesquisas e terapia com células-tronco⁴⁶ e a possibilidade da interrupção do feto anencefálico.⁴⁷ Ainda, em *habeas corpus* em que se discutia a configuração de crime de racismo pela publicação de livros antissemitas, foram aceitos nos autos, como contribuição para a discussão ali posta, pareceres dos professores Celso Lafer e Miguel Reale Jr.⁴⁸ Essa participação outra natureza não teve que não a de *amicus curiae*.

Órgãos internos de entes da administração pública ou mesmo de instituições privadas – que não possuem personalidade jurídica própria – podem vir a atuar como *amici curiae*, desde que tenham a aptidão para contribuir para a solução da causa. Por exemplo, um departamento de uma universidade pode servir como *amicus curiae* para aportar no processo subsídios relevantes da sua área científica de competência. Do mesmo modo, o Tribunal de Contas – que igualmente não tem

⁴⁶ STF, Plenário, ADI nº 3.510, v. m., rel. min. Ayres Britto, j. 29.05.2008, DJe 28.05.2010.

⁴⁷ STF, Plenário, ADPF nº 54, v. m., rel. min. Marco Aurélio, j. 12.04.2012, DJe 30.04.2008.

⁴⁸ STF, Plenário, HC nº 82.424, v. m., rel. p/ acórdão min. Maurício Corrêa, j. 17.09.2003, DJU 19.03.2004.

personalidade jurídica – pode intervir em processo para contribuir com elementos técnicos específicos da sua área de atuação.

Mais problemático é saber se os próprios órgãos do Poder Judiciário poderiam intervir como *amici curiae*. A questão foi recentemente enfrentada em caso em que o Tribunal de Justiça de São Paulo requereu e viu deferida sua intervenção como *amicus* em processo que tramitava perante o próprio Tribunal.⁴⁹ É indiscutível que uma entidade de classe dos juízes, como a associação dos magistrados, possa atuar como *amicus curiae*. Pode-se até cogitar – ainda que com alguma ressalva – de que um órgão judiciário com função exclusivamente administrativa, como o Conselho Nacional de Justiça, assuma eventualmente o papel de *amicus* em um processo jurisdicional, mas é difícil compreender como uma corte jurisdicional poderia ser “amiga” dela mesma. A condição de não parte (imparcialidade), de não sujeito (“*asoggettività*”), que é da essência do órgão jurisdicional, já o impediria de assumir qualquer outro papel processual que não o de julgador,⁵⁰ mesmo quando o processo tramite perante órgão totalmente distinto. No caso em pauta, há um obstáculo lógico adicional: o órgão julgador não tem como ser auxiliar de si mesmo. O tema começou a ser enfrentado pelo STF, que, a princípio, admitiu tal participação.⁵¹ Autorizada doutrina já criticou, com razão, essa orientação.⁵²

10.2 Contributividade (“representatividade”) adequada

A condição para admitir-se o terceiro como *amicus* é sua potencialidade de aportar elementos úteis para a solução do processo ou incidente. Essa demonstração faz-se pela verificação do histórico e atributos do terceiro, de seus procuradores, agentes, prepostos etc.⁵³

⁴⁹ Processo nº 1008488-20.2017.8.26.0037, 1ª Vara da Fazenda Pública de Araraquara.

⁵⁰ RICCI, Gianfranco. *Principi di diritto processuale generale*. 2. ed. Turim: Giappichelli, 1998, cap. 1, n. 2-4, p. 4-11; MONTESANO. *La tutela giurisdizionale dei diritti*. v. XIV, t. IV, do *Trattato di diritto civile italiano*, fundado por F. Vassali. 2. ed. Turim: Utet, 1994, n. 4, p. 4-6. Note-se que nem mesmo no mandado de segurança contra ato judicial o órgão julgador que figura como autoridade coatora assume condição de parte. Nesse caso, o mandado de segurança funciona como uma medida impugnativa de decisão, um sucedâneo recursal ou um mecanismo acautelatório em relação ao recurso: o verdadeiro adversário do impetrante é a parte, no processo de origem, favorecida pela decisão impugnada – e não o prolator dessa decisão (ARAGÃO, Egas Moniz de. Mandado de segurança contra ato judicial. *Revista dos Tribunais*, v. 682, 1992, n. 16). De resto, mesmo formalmente a parte passiva no mandado de segurança não é a autoridade coatora, mas a pessoa jurídica da administração direta ou indireta a que a autoridade está vinculada (a União, o estado ou o Distrito Federal, no caso do juiz federal, do juiz estadual ou do juiz distrital, respectivamente) (v. TALAMINI, Eduardo. As partes e os terceiros no mandado de segurança individual à luz de sua nova disciplina (Lei 12.016/2009). *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo, n. 80, 2009, n. 9).

⁵¹ STF, Rcl nº 32.080, rel. min. Ricardo Lewandowski, decisão monocrática em 10.10.2018, DJe 15.10.2018.

⁵² LOPES JUNIOR, Aury; PACZEK, Vitor. Parecer jurídico sobre o ingresso do TJSP como *amicus curiae*, *Conjur*, 08 abr. 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/parecer-aury-lobes-tj-sp-amicus-curiae.pdf>.

⁵³ Na mesma linha, ASSIS, Araken de. *Processo civil brasileiro: parte geral, institutos fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, v. 2, t. 2, n. 801.1, p. 669-670.

A lei aludiu a “representatividade adequada”, mas não se trata propriamente de uma aptidão do terceiro em representar ou defender os interesses de jurisdicionados. Precisamente por isso descabe cogitar de “concordância dos representados”, a que aludiu, ainda que para mitigá-la, o Enunciado nº 127 do Fórum Permanente de Processualistas Civis.⁵⁴ Não há na hipótese representação nem substituição processual.

A expressão refere-se à capacitação avaliada a partir da qualidade (técnica, cultural...) do terceiro (e de todos aqueles que atuam com ele e por ele) e do conteúdo de sua possível colaboração (petições, pareceres, estudos, levantamentos etc.). A “representatividade” não tem aqui o sentido de legitimação subjetiva, mas de qualificação objetiva. Permite-se um neologismo, à falta de expressão mais adequada para o exato paralelo: trata-se de uma *contributividade adequada* (adequada aptidão em colaborar).

A representatividade, no sentido original e exato do termo, empregado, por exemplo, para a aferição de legitimidade no processo coletivo, pode até ser um fator relevante para a aferição da contributividade adequada – mas com ela não se identifica, não pode ser exigida, nem a supre, como pressuposto subjetivo para a participação do sujeito como *amicus*.

11 O possível interesse do *amicus* na causa

O emprego do termo “representatividade”, além de incorreto, tem um inconveniente adicional. Ele poderia induzir à noção de que o *amicus curiae* há de representar determinado interesse de determinado grupo ou categoria dentro do processo. Essa ideia é equivocada.

Em regra, a admissibilidade da intervenção do *amicus curiae* não é pautada por seu interesse jurídico ou extrajurídico na solução da causa. Isso não significa que o eventual envolvimento subjetivo do terceiro seja um empecilho à sua participação como *amicus curiae* ou mesmo sequer que seja irrelevante. O seu eventual interesse no resultado do julgamento, em si, não é significativo.

Rejeita-se a participação de terceiro como *amicus* fundada na mera indicação de um interesse jurídico na solução da questão.⁵⁵ Porém, é frequente que a existência desse interesse faça do terceiro alguém especialmente qualificado para fornecer subsídios úteis ao processo.⁵⁶ Não é incomum, por exemplo, que determinada

⁵⁴ A representatividade adequada exigida do “*amicus curiae*” não pressupõe a concordância unânime daqueles a quem representa.

⁵⁵ Conforme, na jurisprudência: STF, ADC nº 18, rel. min. Carlos Direito, decisão monocrática em 14.11.2007.

⁵⁶ O que leva Alexandre Freitas Câmara a aludir a um interesse de outra natureza, distinta daquela que justifica a intervenção do assistente (*O novo processo civil brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2017, n. 7.5.5, p. 107).

entidade de classe, precisamente porque seus membros têm interesse na definição da interpretação ou validade de certa norma, promova diversos simpósios, estudos, levantamentos ou obtenha pareceres de especialistas sobre o tema. Todo esse acervo – nitidamente formado a partir de interesses específicos da entidade e seus integrantes – tende a ser muito útil à solução do processo objetivo. Caberá ao julgador aproveitá-lo, filtrando eventuais desvios ou imperfeições. Mas, mesmo nesses casos, não é a circunstância de a entidade representar determinada classe que a habilita a participar como *amicus curiae*. É, sempre, a aptidão em contribuir. A representatividade, quando muito, pode ser um indicativo da *contributividade*, mas não a dispensa nem a substitui.

Contudo, há um conjunto de hipóteses em que a participação do *amicus* expressamente se ampara em seu interesse no resultado do julgamento. Trata-se dos julgamentos por amostragem: incidente de resolução de demandas repetitivas (art. 983) e recursos especiais e extraordinários repetitivos (art. 1.038, I). Tratando do tema ainda no CPC/1973, parcela da doutrina afirmava que bastaria ao terceiro demonstrar seu interesse na controvérsia – no sentido de que aquilo que ali se decidir servirá para outro recurso, que versa sobre questão idêntica, em processo de que ele é parte.⁵⁷ Há quem chegue a afirmar que o caso é de assistência, e não *amicus curiae*.⁵⁸

A hipótese não se enquadra na assistência. O interesse do terceiro, nessa hipótese, não se confunde com o interesse jurídico exigido para a admissão do assistente simples ou litisconsorcial. Não se trata de o terceiro integrar uma relação jurídica dependente da relação jurídica objeto do processo (o que justificaria a assistência simples) nem de ele ser cotitular da posição jurídica que é discutida no processo (o que fundamentaria a assistência litisconsorcial). Há apenas o interesse mediato na formação da decisão-quadro.

Parece mais adequada uma solução intermediária. Nesse caso, a aferição da aptidão para intervir não pode ser puramente objetiva, fundada apenas na qualidade da contribuição que o terceiro está potencialmente apto a dar, como, por exemplo, nos processos de controle direto de constitucionalidade. Porém, não parece viável admitir no processo, como *amicus curiae*, todo aquele que apenas demonstre que é parte em outro processo em que há recurso sobre a mesma questão: em vez de uma imensidão de recursos, ter-se-ia um recurso com uma imensidão de partícipes.

⁵⁷ Conforme: DIDIER JUNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de direito processual civil: meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais*. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2007, v. 3, cap. VII, n. 17.8, p. 272; WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALVIM, Teresa Arruda; MEDINA, José Miguel Garcia. *Breves comentários à nova sistemática processual civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, v. 3, p. 247-248; ASSIS, Carlos Augusto de. Repercussão geral como requisito de admissibilidade do recurso extraordinário. *Revista Dialética de Direito processual*, v. 54, 2007, p. 42.

⁵⁸ PRÁ, Carlos Del. *Amicus curiae: instrumento de participação democrática e de aperfeiçoamento da prestação jurisdicional*. Curitiba: Juruá, 2007. p. 119.

Isso seria de nenhuma ajuda para a efetiva incidência do contraditório: centenas ou milhares de manifestações acumuladas, muitas absolutamente idênticas quanto ao conteúdo, obscureceriam aquelas intervenções que de fato contribuiriam para o debate.

Portanto, a demonstração de que se é parte em outro processo que trata da mesma questão pode atenuar a demonstração da contributividade, mas não a eliminar por completo. De todo modo, mesmo nesse caso não tem nenhuma relevância a questão da representatividade, no sentido próprio do termo: não há de se falar em qualquer autorização de grupo ou classe para o terceiro intervir como *amicus curiae*.

12 Ausência de disponibilidade quanto à forma de intervenção

O sujeito que preenche simultaneamente os requisitos para ser assistente e *amicus curiae* não pode escolher o modo pelo qual intervirá no processo. O *amicus curiae* não fica vinculado à coisa julgada, que atinge o assistente litisconsorcial, nem ao efeito da assistência simples (v. n. 16, adiante). Se fosse dado ao terceiro escolher se interviria como assistente ou como *amicus*, ela assim poderia definir o quanto se vincular à decisão final. Isso não é viável: não há disponibilidade jurídica da parte quanto aos efeitos típicos de estabilidade processual, notadamente da coisa julgada. Se o terceiro cumpre os pressupostos para intervir como assistente litisconsorcial ou simples (inclusive quanto ao tipo de procedimento e fase do processo), caso queira ingressar no processo, será admitido sob essa condição.

13 Intervenção espontânea ou provocada; de ofício ou a pedido

O ingresso do *amicus curiae* no processo pode derivar de pedido de uma das partes ou do próprio terceiro. Pode também ser solicitado de ofício pelo juiz. Portanto, essa é uma modalidade de intervenção que tanto pode ser espontânea quanto provocada. Vale dizer: (i) as partes têm o direito de provocar a intervenção de *amicus curiae*, demonstrando que o caso requer sua participação; (ii) o terceiro tem o direito de intervir como *amicus curiae*, nos casos em que cumpra os requisitos para tanto; (iii) o juiz tem o poder de, mesmo de ofício, determinar a intervenção de *amicus curiae*, quando constatar que sua contribuição pode ser muito relevante para a solução da causa.

13.1 Amicus e negócio processual

A intervenção de *amicus curiae* não pode ser vedada por convenção processual entabulada pelas partes.⁵⁹

O art. 190 do CPC consagrou a ampla possibilidade da celebração de negócios jurídicos processuais. As partes podem, antes do processo ou durante ele, convencionar a modificação de seus poderes, ônus e faculdades processuais, bem como modular o procedimento. Os negócios processuais submetem-se a dois pressupostos gerais de validade – um subjetivo (capacidade das partes para o exercício dos direitos em juízo) e outro objetivo (a pretensão objeto do processo deve comportar “autocomposição”, no sentido de admitir alguma forma de solução extrajudicial). Há também um relevante limite de eficácia, no sentido de que o juiz obstará os efeitos da convenção processual abusivamente imposta “em contrato de adesão ou no qual alguma parte se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade” (art. 190, parágrafo único). Por fim, há ainda outro limite de eficácia que é inerente a qualquer negócio jurídico: ninguém pode dispor de posições jurídicas que não lhe pertencem. Trata-se da legitimidade *ad acto*. Não há como convencionar eficazmente sobre poderes e faculdades processuais alheios.

Daí se vê que a intervenção de *amicus curiae* não tem como ser eficazmente vedada por convenção processual entabulada pelas partes, em todo e qualquer caso. As partes *não podem*, mediante negócio processual: (1º) vedar a intervenção espontânea de terceiro como *amicus curiae*; (2º) impedir o juiz de determinar de ofício a intervenção de um terceiro como *amicus curiae*; (3º) estabelecer que um terceiro, alheio à avença, obrigatoriamente intervenha como *amicus curiae*. Em suma, o negócio jurídico não pode restringir direitos nem impor deveres a terceiros. E é à luz dessa diretriz que se identificam os negócios jurídicos processuais possíveis, no que concerne à figura do *amicus curiae*.

No entanto, as partes *podem*, mediante negócio processual: (1º) obrigar-se a não provocar a intervenção de um *amicus curiae*; (2º) pactuar, com um terceiro, que ele se obrigue a intervir como *amicus curiae* em processo (presente ou futuro) entre as partes.

⁵⁹ Conforme Enunciado nº 392 do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis. Nesse mesmo sentido, BUENO, Cassio Scarpinella. Comentários ao artigo 138 do CPC/2015. In: BUENO, Cassio Scarpinella. *Comentários ao Código de Processo Civil*: arts. 1º a 137 – Parte Geral. São Paulo: Saraiva, 2017, v. 1, n. 3.1, p. 606.

13.2 Não obrigatoriedade da intervenção

Ainda quando provocada a participação do *amicus curiae*, a requerimento ou de ofício, em princípio ela não é obrigatória.⁶⁰ O *caput* do art. 138 prevê que o juiz “solicitará”, e não “determinará” essa participação. O dever de o terceiro colaborar com a jurisdição concerne a intervenções pontuais para fins instrutórios (CPC/2015, arts. 378 e 380). Assim, o ordenamento processual não vai ao ponto de impor a alguém o dever de passar a participar de todo um processo como colaborador da corte, mas tal obrigatoriedade pode advir do regramento específico a que esteja submetido o terceiro; por exemplo, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) tem o dever de zelar pela observância da Lei nº 12.529/2011 e responder a consultas sobre matéria de sua competência.

14 (Ir)recorribilidade da decisão sobre o ingresso de *amicus curiae* e ausência de discricionariedade judicial

Nos termos do art. 138, *caput*, o juiz ou relator “poderá, por decisão irrecorrível, de ofício ou a requerimento das partes ou de quem pretenda manifestar-se, solicitar ou admitir a participação” de pessoa ou órgão como *amicus curiae*. Da literalidade da regra extrai-se a irrecorribilidade da decisão que admite o *amicus curiae*. Daí já se haver cogitado de que a decisão que o inadmitiria seria recorrível.⁶¹

A questão deve ser examinada em dois planos distintos – conforme a decisão seja proferida pelo juiz em primeiro grau de jurisdição ou pelo relator em processo que tramita no tribunal.

14.1 Irrecorribilidade em primeiro grau

A decisão que, em primeiro grau, indefere a intervenção do *amicus curiae* é irrecorrível – tanto quanto a que admite sua participação. Esse é o sentido do art. 138, *caput*. Deve haver simetria entre as duas hipóteses. Não há imposição de que todas as decisões se submetam ao duplo grau. Nesse caso, é razoável a supressão do recurso. Considerou-se que as possíveis vantagens que a participação do *amicus* poderiam propiciar não seriam compensadas pelos retardos e transtornos gerados pela discussão recursal do cabimento de sua intervenção. Some-se a isso

⁶⁰ Nesse sentido, GAJARDONI, Fernando da Fonseca; DELLORE, Luiz; ROQUE, Andre Vasconcelos; OLIVEIRA JUNIOR, Zulmar Duante de. *Teoria geral do processo, comentários ao CPC de 2015, parte geral*. São Paulo: Forense, 2015, n. 2.3, p. 447.

⁶¹ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Novo Código de Processo Civil comentado artigo por artigo*. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 226.

a circunstância de que essa decisão não vincula o grau de jurisdição subsequente – que poderá valer-se da contribuição do terceiro, como *amicus curiae*, que o juízo *a quo* rejeitou.

A regra geral já é da irrecorribilidade imediata das interlocutórias. As exceções estão expressas na lei (CPC/2015, art. 1.015). A afirmação da irrecorribilidade no art. 138, todavia, vai mais longe: ela não apenas se presta a indicar que a decisão sobre o ingresso do *amicus* não se enquadra na exceção do inc. IX do art. 1.015; mais do que isso, o art. 138 *exclui* a recorribilidade – e não apenas a posterga. Diferentemente das interlocutórias em geral (que têm sua recorribilidade apenas diferida), a decisão da (in)admissão do terceiro como *amicus* não poderá ser revista como preliminar da apelação (CPC/2015, art. 1.009, §1º).

No entanto, o tribunal, até porque tem o poder de decidir a matéria mesmo de ofício, poderá emitir juízo diverso acerca da necessidade e utilidade da participação do *amicus curiae*. Poderá deferir a intervenção antes rejeitada ou vice-versa. Isso, porém, não consiste em *reformular* a decisão do juízo *a quo*. Significará apenas que o tribunal optou por aceitar o auxílio que o juízo *a quo* havia dispensado ou por prescindir da ajuda que o grau de jurisdição inferior tinha considerado útil e necessário. Não haverá a repetição dos atos processuais de primeiro grau. Apenas, o *amicus* passará a (ou deixará de) atuar a partir de tal momento.

14.2 Recorribilidade da inadmissão pelo relator

Já quando a decisão sobre a participação do terceiro como *amicus* provém do relator no tribunal, a questão da recorribilidade põe-se em termos diversos.

A diferença não advém propriamente da disposição do art. 138, *caput*, que, na sua literalidade, também afastaria o recurso contra a decisão do relator que admitisse ou negasse o ingresso do *amicus curiae*. No entanto, é inconstitucional a norma que veda recurso contra decisão monocrática nos processos de competência dos órgãos colegiados dos tribunais: o STF sedimentou outrora essa importante baliza, tendo em vista a essência constitucional colegiada dos tribunais. Quando decide isoladamente, o relator atua por delegação do colegiado. É essencial que exista um mecanismo que permita à parte levar a questão ao colegiado para que esse também se pronuncie sobre ela. O agravo interno cumpre esse papel.⁶² Na hipótese em exame, isso é bastante evidente. O auxílio que o *amicus curiae* pode propiciar, caso admitido, seria destinado ao colegiado como um todo, e não

⁶² STF, Plenário, Rp. Nº 1.299, rel. min. Celio Borja, j. 21.08.1986, DJU 14.11.1986, v. RTJ 119/1980. Para exame amplo do tema, reporto-me ao que escrevi em ocasião anterior (TALAMINI, Eduardo. Decisões individualmente proferidas por integrantes dos tribunais: legitimidade e controle ('agravo interno'). In: ALVIM, Teresa Arruda; NERY JUNIOR, Nelson (coord.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis*. v. 5. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002).

apenas ao relator. Portanto, é o colegiado, e não exclusivamente o relator, quem deve decidir se o admite no processo. Então, o *caput* do art. 138 deve ser interpretado conforme a Constituição, no sentido de que veda apenas o recurso contra a decisão do relator que admita o *amicus*. Afinal, quando admitido pelo relator o *amicus*, é desnecessário que tal decisão seja recorrível. Se o colegiado, depois, reputar tal participação impertinente, bastará desconsiderar sua colaboração – apresentando os fundamentos pelos quais reputa ausentes os pressupostos para a intervenção. Já a decisão do relator que indefere o ingresso do *amicus* deve poder ser controlada pelo colegiado, mediante agravo interno. Compete ao colegiado definir se ele mesmo precisa da contribuição do *amicus*.

Por muito tempo, o STF aplicou sem ressalvas regras que vedam recurso contra decisões monocráticas de seus integrantes relativas à (in)admissão de *amicus curiae* (Lei nº 9.868/1999, art. 7º, §2º; CPC/1973, art. 482, §3º; Lei nº 11.417/2006, art. 2º, §3º; RISTF, art. 323, §2º).⁶³ Posteriormente, em alguns pronunciamentos pontuais, o STF veio a cogitar da admissão do agravo interno contra a decisão que indefere o ingresso de *amicus*.⁶⁴ Desde 2016, aguardava-se a definição da questão pelo Plenário da Corte; na ADI nº 3.396, cinco ministros votaram favoravelmente e cinco foram contrários ao cabimento do agravo interno na hipótese (j. 25.05.2016). No momento da conclusão deste texto, o processo aguarda sua reinclusão em pauta para a coleta do voto de desempate da min. Cármen Lúcia. No entanto, paralelamente a isso, no RE nº 602.584, a questão veio também a ser decidida: por seis votos a cinco prevaleceu não caber agravo interno contra a decisão que inadmite o ingresso do *amicus*.⁶⁵ O fundamento adotado para tal orientação vai frontalmente de encontro ao aqui sustentado: o *amicus* não seria parte nem terceiro, mas apenas agente colaborador. “A razão é meramente colaborativa, não constitui um direito, mas apenas um privilégio para aquele que pleiteia”, afirmou o relator.⁶⁶ Razões operacionais, de ordem prática, foram também invocadas⁶⁷ e são até mais aceitáveis do que a ideia de que o direito de participação como *amicus* seria um privilégio senhorialmente outorgado pela corte.

⁶³ ARE nº 785.068, rel. min. Ricardo Lewandowski, decisão monocrática em 09.11.2015, DJe 12.11.2015; RE nº 601.720, rel. min. Edson Fachin, decisão monocrática em 03.11.2015, DJe 05.11.2015; AgRg no ARE nº 744.436, rel. min. Rosa Weber, decisão monocrática em 15.07.2015, DJe 06.08.2015; AgRg no RE nº 611.503, decisão monocrática em 07.10.2014, DJe 07.10.2014.

⁶⁴ V., por exemplo, Plenário, ADPF nº 449, v. m., rel. min. Luiz Fux, j. 18.05.2018; DJe 12.06.2018.

⁶⁵ Plenário, v. m., rel. min. Luiz Fux, j. 17.10.2018, DJe 24.10.2018.

⁶⁶ Cf. Notícia STF, 17.10.2018. Disponível em: <http://noticias.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=393002>.

⁶⁷ Apontou-se a inviabilidade de, em um processo, haver cinquenta agravos internos, como ocorreria, por exemplo, na ADI sobre o Código Florestal (Notícia STF, 17.10.2018, *cit.*).

14.3 Ausência de discricionariedade

Seja como for, ao contrário do que a irrecorribilidade da decisão sobre a questão pode sugerir, a admissão do *amicus* como autor não está na esfera discricionária do juiz. A lei estabeleceu pressupostos para a intervenção, que deve ser deferida sempre que eles estiverem configurados. A decisão deve ser motivada (CF, art. 93, IX; CPC/2015, arts. 11 e 489, §1º).

14.4 Cabimento de embargos declaratórios

Bem por isso, em qualquer caso caberão embargos declaratórios. A previsão de irrecorribilidade jamais atinge essa espécie recursal, dada sua estrita função de esclarecer ou integrar a decisão. Os embargos de declaração estão indissociavelmente ligados à garantia da fundamentação das decisões (CF, art. 93, IX). Prestam-se a assegurar que a decisão seja clara e completa. Por isso, independem de expressa previsão para que sejam admissíveis. Em suma, qualquer decisão jurisdicional comporta embargos declaratórios. Como leciona Barbosa Moreira, “ainda quando o texto legal, *expressis verbis*, a qualifique de irrecorrível, há de entender-se que o faz com a ressalva implícita concernente aos embargos de declaração”.⁶⁸

15 A gama de poderes do *amicus curiae*

Há uma gama mínima já estabelecida em lei: possibilidade de manifestação escrita em quinze dias; legitimidade para opor embargos declaratórios; possibilidade de sustentação oral e legitimidade recursal nos julgamentos por amostragem. E há limites máximos: impossibilidade de atribuição de legitimidade recursal generalizada ou de outros poderes em grau equivalente aos das partes.

Dentro dessas margens, o juiz, ao admitir ou solicitar a participação do *amicus curiae*, determinará concretamente os poderes que lhe são conferidos.⁶⁹

15.1 Poder de influência

Há um núcleo essencial ineliminável na participação do *amicus* no processo: seus argumentos devem ser enfrentados pela decisão judicial (CPC/2015, arts. 489, §1º, IV, 984, §2º, e 1.038, §3º; Enunciado nº 128, Fórum Permanente de Processualistas Cíveis).⁷⁰

⁶⁸ *Comentários ao Código de Processo Civil*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, v. V, n. 298, p. 549-550 – com amplas referências doutrinárias e jurisprudenciais.

⁶⁹ A esse respeito, MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Código de Processo Civil comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, n. 4, p. 210-211.

⁷⁰ No processo em que há intervenção do *amicus curiae*, a decisão deve enfrentar as alegações por ele apresentadas, nos termos do inciso IV do § 1.º do art. 489. Nesse sentido, v. também DIDIER JUNIOR,

É da essência do contraditório a ideia de debate – e não apenas entre as partes (e os eventuais intervenientes), mas também e sobretudo entre o juiz, as partes e os intervenientes. O juiz dialoga com as partes e os intervenientes, quando cumpre o dever de consulta, submetendo ao contraditório as questões que ele, de ofício, aporta no processo (CPC/2015, art. 10), mas o verdadeiro diálogo exige também que o juiz *responda* aos argumentos que lhe são apresentados e que sejam pertinentes ao objeto de conhecimento processual. Enfim, o exercício do contraditório não se satisfaz ao lançarem-se palavras ao vento. Implica necessariamente o sujeito (que exerce o direito de se manifestar) ser ouvido, e a fundamentação é o mecanismo que permite aferir que os argumentos expostos, no exercício do contraditório, foram devidamente considerados pelo órgão julgante.⁷¹

A decisão que não examinar tais argumentos é omissa. Caberá tanto a qualquer das partes quanto ao *amicus curiae* o direito de opor embargos de declaração para corrigir tal defeito.⁷² As partes têm o direito ao enfrentamento de todos os argumentos pertinentes para a solução da causa, independentemente de quem os tenha apresentado (art. 489, §1º, IV). Já no que tange ao *amicus curiae*, embora não lhe tenha sido atribuída legitimidade recursal ampla, o direito de opor embargos declaratórios foi-lhe expressamente assegurado (art. 138, §1º – v. n. 15.2.1 a seguir).

Mantida a omissão na decisão – seja porque não se interpuseram embargos declaratórios, seja porque tenham sido rejeitados – haverá uma nulidade (CF, art. 93, IX, e CPC, art. 11), que poderá ser arguida ou conhecida de ofício em subsequente recurso e poderá até mesmo ensejar ação rescisória por violação manifesta à norma jurídica (CPC, art. 966, V). Já essas medidas, normalmente, poderão ser promovidas apenas pelas partes, e não pelo *amicus curiae*, como também se vê a seguir.

15.2 Ausência de legitimidade recursal: a regra e suas exceções

Em regra, o *amicus curiae* não detém legitimidade para interpor recursos no processo de que participa (art. 138, §1º).⁷³ Tal limitação explica-se pela natureza de sua intervenção: não assume, nem subsidiariamente, os poderes processuais

Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 18. ed. Salvador: JusPodivm, 2016, v. 1, n. 7, p. 533.

⁷¹ TARUFFO, Michele. Il significato costituzionale dell'obbligo di motivazione. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo (Org.). *Participação e processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988. p. 43-44.

⁷² Enunciado nº 394, Fórum Permanente de Processualistas Civis: “As partes podem opor embargos de declaração para corrigir vício da decisão relativo aos argumentos trazidos pelo *amicus curiae*”.

⁷³ Cassio Scarpinella Bueno critica essa restrição recursal (*Novo Código de Processo Civil anotado*. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 135-136).

inerentes às partes. Há, porém, exceções a tal diretriz – algumas explícitas, outras extraíveis de normas gerais.

15.2.1 Legitimidade para embargos declaratórios

O *amicus* pode sempre opor embargos declaratórios. Ainda que não houvesse expressa autorização no próprio art. 138, §1º, isso já se deveria justificar pela função meramente integrativa e esclarecedora de tal recurso. Vale aqui o exposto no n. 14.4, acima.

No entanto, também nesse ponto o STF hesita em extrair do instituto do *amicus* todas as consequências de sua matriz constitucional. Antes da vigência do atual CPC, a corte havia sedimentado o entendimento de que o *amicus* não teria legitimidade para interposição de nenhum recurso, nem mesmo embargos declaratórios.⁷⁴ Mesmo sob a égide do novo Código, o STF proferiu decisões reafirmando a impossibilidade do emprego de embargos declaratórios pelo *amicus* no âmbito das ações de controle direto de constitucionalidade: não se aplicaria a tais ações o regime jurídico geral do *amicus* delineado no art. 138 do CPC.⁷⁵ A questão, porém, não parece estar definitivamente resolvida no STF. No ARE nº 1.119.336, ainda que em *obiter dictum*, o relator aludiu à possibilidade de emprego dos embargos declaratórios pelos *amicus curiae*, sem excluir os processos de controle direto.⁷⁶

15.2.2 Legitimidade recursal diante de julgamento de casos repetitivos

O *amicus* pode recorrer dos julgamentos de demandas e recursos repetitivos, o que se explica pela especial condição do *amicus curiae* nessas hipóteses, em que seu interesse assume um papel relevante, ainda que não exclusivo.⁷⁷

O art. 138, §3º, aludiu explicitamente apenas às decisões dos incidentes de resolução de demandas repetitivas (IRDR). Silenciou quanto aos recursos repetitivos. Nada disse acerca dos outros dois procedimentos de julgamento “por amostragem” previstos no processo civil, atinentes aos recursos especiais e aos recursos extraordinários repetitivos. Todavia, as três hipóteses – IRDR, julgamento

⁷⁴ V., por exemplo, ED na ADI nº 1.199, rel. min. Joaquim Barbosa, decisão monocrática em 09.08.2010, DJe 12.08.2010; Plenário, AgRg na ADI nº 2.581, v. u., rel. min. Maurício Corrêa, j. 28.09.2005, DJU 10.10.2005; Plenário ED na ADI nº 3.105, v. u., rel. min. Cezar Peluzo, 02.02.2007, DJU 13.02.2007.

⁷⁵ Plenário, ED na ADO nº 6, v. m., rel. min. Edson Fachin, j. 01.07.2016; DJe 05.09.2016; STF, ED na ADI nº 5.609, rel. min. Roberto Barroso, decisão monocrática em 04.12.2017, DJe 06.12.2017; ED na ADI nº 4.389, rel. min. Roberto Barroso, decisão monocrática em 01.08.2018, DJe 17.08.2018.

⁷⁶ STF, ARE nº 1.119.336, rel. ministro Gilmar Mendes, j. 29.05.2018, DJe 06.06.2018.

⁷⁷ Enunciado nº 391, Fórum Permanente de Processualistas Civis: “O *amicus curiae* pode recorrer da decisão que julgar recursos repetitivos”.

de recursos especiais repetitivos e julgamento de recursos extraordinários repetitivos – constituem um microsistema submetido à mesma disciplina geral (CPC/2015, art. 928). A previsão expressa de legitimidade recursal do *amicus curiae* no IRDR é plenamente aplicável aos especiais e extraordinários repetitivos. Não há fundamento razoável para a diferenciação, que seria uma exceção à disciplina geral. Só se justificaria se houvesse um motivo concreto plausível para tratar de modo diferente hipóteses iguais. Some-se a isso a circunstância de que o *amicus curiae* constitui mecanismo de direta concretização da garantia constitucional do contraditório (art. 5º, LV, CF).

No voto que proferiu no processo administrativo que aprovou a instituição do julgamento por amostragem de recursos extraordinários contra decisões dos juizados especiais federais (ER nº 12/2003), o ministro Gilmar Mendes deu especial ênfase a esse aspecto da questão. Depois de destacar que, na prática, já se decidia nesses moldes, com a simples reprodução nos recursos subsequentes da decisão tomada no precedente, o ministro Mendes observou que a institucionalização desse procedimento teria a vantagem de permitir que as partes (dos demais recursos, sobrestados) “se manifestem quando da formação do *leading case*”.⁷⁸ Nos julgamentos “por amostragem”, a questão é decidida não apenas para as partes do caso selecionado como amostra. A solução da tese aplicar-se-á, de modo vinculante, a todos os outros casos, envolvendo outros sujeitos, em que a questão jurídica se ponha. Logo, a viabilização do contraditório, sob a modalidade do *amicus curiae*, é imprescindível para a legitimidade constitucional dessa técnica. O *amicus curiae* poderá apresentar memoriais, juntar pareceres e documentos.

No IRDR, está expressamente previsto que o *amicus* terá também o direito de realizar sustentação oral (CPC, art. 984, II). A exemplo da legitimidade recursal, não há regra expressa a esse respeito na disciplina estabelecida no CPC para os procedimentos de julgamento de recursos especiais e extraordinários repetitivos. No entanto, essa é também uma imposição da garantia do contraditório. O regimento interno do STJ explicita essa possibilidade (art. 160, §8º, acrescido pela ER nº 20/2015, que tornou superada a orientação, desde a origem incorreta – *data venia* –, adotada no REsp nº 1.205.946, Corte Especial, rel. min. Benedito Gonçalves, j. 17.08.2011). No regimento do STF, há também previsão de sustentação pelo *amicus curiae* (explícita nos processos de controle concentrado de constitucionalidade, cf. art. 131, §3º, acrescido pela ER nº 15/2004, mas também extraível, no caso dos julgamentos “por amostragem”, do disposto no art. 131, §4.º, acrescido pela ER nº 20/2006).

⁷⁸ STF, Processo Administrativo nº 318.715.

Se assim o é relativamente à sustentação oral, nada justifica solução diversa no que tange à legitimidade recursal. É imprescindível que o *amicus curiae* possa recorrer da decisão-quadro proferida no julgamento do recurso repetitivo. Não há como restringir a titularidade da faculdade recursal às partes, considerando-se que o que se decide nesse procedimento vai muito além do interesse das próprias partes.

A rigor, o julgamento da questão jurídica repetitiva nem mesmo se identifica com o julgamento do recurso-amostra atinente ao caso concreto. Há, num mesmo momento, a sobreposição de dois julgamentos distintos: (i) o do recurso que serviu de amostra para a solução da questão repetitiva e (ii) o da própria questão objetivada, que transcende o interesse das partes. Tanto são objetos distintos que a desistência do recurso-amostra antes do julgamento, conquanto possível (pois a faculdade recursal permanece na esfera de disponibilidade da parte), não extingue o procedimento para julgamento da questão objetivada (CPC, art. 998, parágrafo único). Compreende-se que o *amicus curiae* não detenha legitimidade nem interesse para recorrer de capítulos decisórios pertinentes exclusivamente ao caso do recurso-amostra, mas excluir-lhe a legitimidade recursal mesmo em face da decisão-quadro (*i.e.*, da resolução da questão objetivada) seria injustificável, à luz das garantias do devido processo.

15.2.3 Previsões normativas especiais

Em modalidades específicas de *amicus curiae*, a lei pode ainda expressamente lhe atribuir o direito de recurso. Por exemplo, a CVM tem legitimidade recursal subsidiária à das partes, nos termos do art. 31, §3º, da Lei nº 6.385/1976.

15.2.4 Recurso como terceiro prejudicado

Além disso, não é de se descartar que surjam outras situações gravosas específica e diretamente para a esfera jurídica do próprio *amicus*. Pense-se na hipótese em que o juiz atribui ao terceiro ônus e deveres que vão além da sua condição de *amicus curiae* ou o condena por litigância de má-fé. Nesses casos, não há o que justifique a exclusão da legitimidade recursal: ele estará legitimado para recorrer tanto quanto estaria qualquer terceiro que tivesse sua esfera jurídica atingida de modo direto por decisão em processo alheio (art. 996, parágrafo único). Se não couber recurso nessas hipóteses, impõe-se admitir o emprego do mandado de segurança (CF, art. 5º, LXIX, e Lei nº 12.016/2009, art. 5º, II).

15.3 Ausência de legitimidade para ação rescisória: a regra e suas exceções

As mesmas balizas norteiam a definição dos limites da legitimação do *amicus curiae* para a propositura de ação rescisória. Se, em regra, ele não tem legitimidade para recorrer, igualmente não a tem para demandar a rescisão da coisa julgada.

15.3.1 Decisão sobre julgamento de casos repetitivos

O *amicus*, porém, está legitimado para ajuizar ação rescisória contra o acórdão transitado em julgado que tenha decidido o mérito do incidente de resolução de demandas repetitivas ou recursos repetitivos. Os mesmos fundamentos que lhe conferem legitimidade recursal nessa hipótese justificam sua legitimidade ativa rescisória. Cumpre destacar que a solução da questão jurídica objetivada no julgamento de casos repetitivos não se confunde com a resolução do caso concreto objeto da demanda ou recurso utilizado como “amostra” (ou caso-piloto) nesse tipo de incidente. A legitimidade rescisória do *amicus* cinge-se ao comando decisório relativo à questão objetivada, não se estendendo ao *decisum* do caso concreto.

15.3.2 Terceiro prejudicado

Por outro lado, o *amicus curiae* está legitimado para a ação rescisória que tenha por objeto decisão de mérito que atinja especificamente a sua esfera jurídica, como nos exemplos vistos acima. A legitimidade funda-se na mesma norma que legitima o terceiro interessado (art. 967, II). Nem se diga que a ausência de formação de coisa julgada contra o *amicus* (v. n. 16, a seguir) não o autorizaria a valer-se da rescisória, por falta de interesse processual. Primeiro, porque os terceiros interessados tampouco são, em regra, atingidos pela coisa julgada – e a despeito disso ação rescisória lhes é assegurada.⁷⁹ Além disso, não é de todo preciso afirmar que o *amicus curiae* está mesmo *sempre* alheio à coisa julgada formada no processo em que interveio. É o que se examina no tópico seguinte.

16 Não atingimento pela coisa julgada ou efeito da assistência

Precisamente porque exerce faculdades processuais limitadas, não assumindo a condição de parte, o *amicus curiae* não se submete à autoridade da coisa julgada,

⁷⁹ Procurei demonstrar as razões para tanto em *Coisa julgada e sua revisão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, n. 2.5.11, p. 121-122 – ao qual ora remeto.

no que tange ao objeto do processo em que intervêm (CPC/2015, art. 506). Nesse âmbito, não se sujeita sequer ao efeito da assistência simples (CPC/2015, art. 123), por não assumir, nem mesmo subsidiariamente, a gama de direitos atribuída às partes.

Por outro lado, como já se destacou acima, podem vir a ser emitidos comandos decisórios diretamente dirigidos à esfera jurídica do *amicus curiae*. Corretamente ou não, o juiz pode vir a sancionar-lhe por litigância de má-fé ou condenar-lhe em verbas de sucumbência. Nesses casos, reitera-se que o *amicus* está investido dos plenos poderes para o exercício do contraditório relativamente a tais questões – devendo-lhe ser reconhecida inclusive a plena legitimidade recursal para impugnar as decisões a elas relativas. Assim, e na medida em que em tais hipóteses o *amicus curiae* esteja investido dos mesmos poderes conferidos às partes, parece razoável reconhecer que tais específicos comandos decisórios serão aptos a fazer coisa julgada em face dele, desde que presentes os demais pressupostos para a configuração dessa autoridade (estar veiculado em pronunciamento final fundado em cognição de mérito; ter havido trânsito em julgado etc.).

17 Não modificação de competência

A intervenção do *amicus curiae* não importa alteração de competência.⁸⁰ Assim, quando uma pessoa de direito público, órgão ou empresa pública federal ingressa como *amicus* em processo em trâmite na justiça estadual, a competência não se deslocará para a justiça federal. Dado o papel processual limitado do *amicus*, não se aplica à hipótese o art. 109, I, da CF.

18 O *amicus curiae* e o procedimento das súmulas

Os processos e incidentes de índole objetiva (ações e incidente de controle de constitucionalidade; julgamento de casos repetitivos; edição, revisão e cancelamento de súmulas...) são o campo principal de incidência da participação do *amicus curiae*. Como visto, em todos eles, há regra específica prevendo a possibilidade de intervenção de *amicus curiae*. No entanto, a presença do *amicus* no procedimento de edição, revisão ou cancelamento de súmulas já foi objeto de alguma resistência – e por isso merece aqui destaque especial. A dificuldade na aceitação do *amicus* deriva de uma inadequada concepção acerca da natureza desse procedimento.

⁸⁰ Quanto ao ponto, v. NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*. 9. ed. Salvador: JusPodivm, 2017, v. único, n. 8.5.4, p. 374.

18.1 A relevância e a repercussão inerentes ao objeto da súmula

Como visto, o pressuposto objetivo de cabimento da intervenção do *amicus curiae* é a “relevância da matéria, a especificidade do tema objeto da demanda ou a repercussão social da controvérsia” (CPC, art. 138). Esse substrato está sempre presente nos processos de edição, revisão e cancelamento de enunciados de súmula de jurisprudência dos tribunais. Se se cogita da edição de um enunciado sumular, é porque se reputa relevante a matéria nele versada, e a edição de um enunciado de súmula inevitavelmente terá repercussão social, no sentido de que a tese ali afirmada haverá de ser aplicada, pelo próprio tribunal e pelos graus de jurisdição inferiores, nos processos em que a mesma questão jurídica se ponha – inclusive quando não se tratar de súmula vinculante. Essas características também estão presentes no processo de cancelamento ou revisão da súmula. Portanto, o processo de edição, revisão ou cancelamento de enunciados sumulares é um dos âmbitos em que a intervenção de *amici curiae* se mostra mais adequada e se faz mais necessária. Trata-se, mesmo, de imposição da garantia constitucional do contraditório (CF, art. 5º, LV).

18.2 O *amicus* e a súmula vinculante

No processo de súmula vinculante no STF, há previsão expressa a respeito da participação do *amicus curiae*. Mediante decisão irrecorrível do relator, terceiros podem ser admitidos a manifestar-se no procedimento da proposta de edição, revisão ou cancelamento de súmula (Lei nº 11.417/2006, art. 3º, § 2º).

A lei não especifica qual o requisito para a participação desses terceiros. É razoável interpretação no sentido de que tal regra equivale àquela que, nos demais processos de controle direto de constitucionalidade, permite a manifestação de terceiros que demonstrem especial qualificação para colaborar com subsídios na definição da questão (esp. Lei nº 9.868/1999, art. 7º, §2º). De resto, esse também é o parâmetro geral atualmente estabelecido no art. 138 do CPC.

O *amicus curiae* poderá apresentar manifestações escritas. Além disso, o regimento interno do STF assegura ao *amicus curiae* a possibilidade de realizar sustentação oral na sessão de julgamento, “no processo de controle de constitucionalidade” (art. 131, §3º, conforme ER nº 15/04) – regra aplicável ao processo objetivo de edição, revisão ou cancelamento da súmula vinculante, por conta da natureza jurídica desse.

Nas ações diretas, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal admite a participação do *amicus curiae*, em regra, até o exaurimento do prazo para prestação

de informações pelas autoridades que emitiram o ato normativo impugnado.⁸¹ Excepcionalmente, tendo em vista a “relevância do caso” ou a “notória contribuição que a manifestação possa trazer para o julgamento da causa”, permite-se manifestação de *amicus curiae* ainda que fora desse prazo.⁸² No processo da súmula vinculante, como não há idêntica manifestação de autoridades responsáveis pelo ato, não é possível aplicar analogicamente a baliza geral acerca do prazo para intervenção. Porém, é preciso estabelecer-se um marco temporal dentro do qual deva ocorrer o ingresso de terceiros no processo. Esse parâmetro é dado pelo art. 354-B do RISTF: uma vez deferido o processamento do pedido de edição, revisão ou cancelamento de súmula vinculante, será publicado “editais no sítio do Tribunal e no Diário da Justiça Eletrônico, para ciência e manifestação de interessados no prazo de cinco dias”. Esse prazo, porém, não é inafastável. Na linha da jurisprudência acima referida, que flexibiliza o limite temporal para a intervenção do *amicus curiae* nos demais processos de controle concentrado de constitucionalidade, a magnitude da questão ou a inquestionável qualidade da contribuição que o terceiro pode vir a aportar no processo justificam a admissão de seu ingresso mesmo depois do prazo do art. 354-B.

Como já dito, os pressupostos para a admissão do *amicus curiae* no processo da súmula vinculante equiparam-se àqueles estabelecidos para a ação direta de inconstitucionalidade. A participação do terceiro tem seu cabimento definido por critérios que não consideram, ao menos diretamente, o seu interesse jurídico na questão. Tal como nas ações diretas, o que aqui interessa é a potencialidade de o terceiro propiciar um auxílio efetivo à corte mediante o aporte de elementos úteis para o processo. É a *contributividade adequada*, a que se aludiu antes (v. n. 10.2).

18.3 O *amicus* e o procedimento de edição de súmula vinculante instaurado de ofício

No procedimento de edição da Súmula Vinculante nº 2 (que versa sobre a inconstitucionalidade de leis estaduais sobre bingos e loterias), o STF não admitiu a intervenção de associação nacional das empresas exploradoras de loterias estaduais.⁸³ O fundamento do voto da min. Ellen Gracie foi no sentido de que, quando o procedimento de edição de súmula é instaurado por requerimento de um dos membros do STF, não se admitiria em nenhuma hipótese a intervenção de terceiros. Apenas haveria verdadeiro processo, com respeito à garantia do

⁸¹ Por exemplo, ADI nº 2.997, rel. min. Cezar Peluso, decisão monocrática em 1º.12.2003, DJU 09.12.2003.

⁸² Por exemplo, ADI nº 2.548, rel. min. Gilmar Mendes, decisão monocrática em 18.10.2005, DJU 24.10.2005.

⁸³ Proc. nº 327.880/2007, v.m., DJE 10.08.2007, p. 35-36.

contraditório, quando o requerimento de edição, cancelamento ou revisão da súmula proviesse de algum dos outros legitimados a tanto. Vale dizer: o procedimento, quando instaurado pelos próprios membros da corte, seria alheio ao crivo do contraditório. A min. Gracie invocou ainda um argumento literal: o art. 3º, §2º, da Lei nº 11.417/2006 alude à possibilidade de o “relator” admitir a participação de terceiros. Segundo ela, apenas haverá relator quando o procedimento de edição, cancelamento ou revisão da súmula for instaurado a pedido de outros legitimados que não os próprios ministros do STF. Por fim, considerou também o fato de que a associação que pretendia ingressar no procedimento já tivera antes a possibilidade de participar, como *amicus curiae*, de vários processos individuais e de controle objetivo em que o tema fora discutido, nos quais se formaram os precedentes que ora justificariam a edição da súmula – razão pela qual não se justificaria uma nova participação.

Esse conjunto de argumentos, se precedente fosse, poderia conduzir também à inadmissibilidade generalizada do *amicus curiae* nos procedimentos de edição dos enunciados de jurisprudência não vinculante. Afinal, é muito comum a concepção – hoje já de todo inservível – de que o processo de edição de enunciados seria mera atividade administrativa dos tribunais.

Porém, com a devida *venia*, tal entendimento é incompatível com as premissas que legitimam o processo objetivo de edição, revisão ou cancelamento de enunciados sumulares. Tal como instituída na ordem constitucional, a súmula vinculante assume a natureza de um instrumento objetivo de controle de constitucionalidade.⁸⁴ Ao lado da ação direta de inconstitucionalidade, da ação declaratória de constitucionalidade e da arguição de descumprimento de preceito fundamental, ela compõe o quadro dos instrumentos de via direta da jurisdição constitucional brasileira.

Reitere-se que tal essência da súmula vinculante é extraível da sua própria disciplina na Constituição e foi confirmada – como não poderia deixar de ser – e tornada ainda mais evidente na regulamentação empreendida pela Lei nº 11.417/2006. Os seguintes traços apontam para seu caráter de instrumento de controle direto de constitucionalidade: (i) é de competência *exclusiva* do Supremo Tribunal Federal;

⁸⁴ Também reconhecendo a inserção da súmula no quadro da jurisdição constitucional: TAVARES, André Ramos. *Nova lei da súmula vinculante: estudos e comentários à Lei 11.417, de 19.12.2006*. São Paulo, Método, 2007, n. 3 ao art. 1º, p. 29-30; LEITE, Glauco Salomão *Súmula vinculante e jurisdição constitucional brasileira*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, n. 3.2, p. 69-72, e n. 6.1, p. 133-135; BAUMÖHL, Débora Inês Kram. *Fundamentos e limites das súmulas de efeito vinculante a serem editadas pelo Supremo Tribunal Federal: uma proposta em torno da regulamentação da emenda constitucional n. 45/2004*. Tese de Doutorado apresentada na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2006, cap. I, n. 3, p. 62-75; e, em termos, FERREIRA, Joana Cristina Brasil Barbosa. *O amicus curiae e a pluralização das ações constitucionais*. In: OLIVEIRA, Vallisney de Souza (Org.). *Constituição e processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2008, n. 4.2.4, p. 136. Já Paulo Roberto Lyrio Pimenta atribui-lhe natureza de processo objetivo, mas lhe nega caráter de instrumento de controle de constitucionalidade (A súmula com efeito vinculante na Lei 11.417/2006. *Revista Dialética de Direito Processual*, v. 50, 2007, n. 3, p. 88).

(ii) deve versar sempre sobre matéria *constitucional*; (iii) deve ter por objeto sempre a validade, a eficácia ou a interpretação de *normas determinadas*; (iv) estão legitimados para requerer sua criação, revisão ou cancelamento todos os legitimados para ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade; (v) o pronunciamento ali produzido tem força vinculante para os demais órgãos judiciários e da administração pública, nos mesmos moldes que as decisões proferidas nos demais processos objetivos de controle de constitucionalidade; (vi) admite-se a modulação dos efeitos do pronunciamento, tal como nos demais instrumentos de controle direto; (vii) permite-se a participação de terceiros com representatividade adequada para participar como *amici curiae*.

Algumas dessas características, se isoladamente consideradas, não se vinculam necessariamente a um processo objetivo de controle de constitucionalidade. É o caso da própria participação de *amicus curiae*, aceito também em outras modalidades processuais, e da modulação dos efeitos de decisões, igualmente admitida em alguns casos alheios ao controle direto de constitucionalidade. No entanto, a conjugação de todos esses fatores conduz necessariamente a um modelo processual objetivo voltado ao controle direto de constitucionalidade

Não há nenhuma diferença essencial no processo objetivo a ser desenvolvido nos casos em que a proposta de edição do enunciado provém de um próprio membro do tribunal e nos casos em que tal proposição advém de outro legitimado. A atividade não se torna administrativa pelo tão só fato de ser instaurada de ofício pelo próprio órgão judicial. Tem-se apenas uma exceção ao princípio da inércia inicial da jurisdição. Basta um simples paralelo: o *habeas corpus* concedido de ofício não tem natureza administrativa. É tão jurisdicional quanto aquele pleiteado por um jurisdicionado. O mesmo se tem no processo da súmula vinculante. A norma constitucional do art. 103-A não autoriza supor a existência de dois regimes jurídicos distintos – uma para a hipótese da propositura de ofício (*i.e.*, por membros do STF) e outro para a provocada por terceiros. A Lei nº 11.417/2006, como devia, manteve-se fiel a essa unicidade de regime. Bem por isso, o ministro Marco Aurélio reputou que era cabível a intervenção do *amicus curiae* no caso acima referido – ficando vencido.

Nem mesmo o argumento literal parece proceder. Mesmo no procedimento de edição de enunciado iniciado a pedido de membro do tribunal, alguém assume o papel de relator: no caso do STF, o próprio presidente da corte. Pode não receber formalmente esse nome, mas é precisamente a tarefa de relatoria que ele desenvolve.

O terceiro argumento, da anterior participação nos processos em que se formaram os precedentes justificadores da edição do enunciado da súmula, também não parece autorizar a recusa à intervenção da entidade no processo de edição da súmula. Mesmo porque o *amicus curiae* pode dedicar-se a tecer argumentos apontando a inviabilidade da edição da súmula (por exemplo, por não atender aos requisitos objetivos antes indicados) – matéria certamente não

versada em suas anteriores manifestações nos processos individuais e objetivos de que antes participara. Ou ainda pode fornecer subsídios úteis para a definição da questão atinente à modulação dos efeitos da súmula vinculante – tema que também normalmente não terá ainda antes sido analisado. Por isso, é fundamental a participação do *amicus curiae* no processo de edição da súmula vinculante.⁸⁵

Posteriormente à orientação jurisprudencial acima indicada, o STF editou a Resolução nº 388/2008, que passava a contemplar a possibilidade de intervenção do *amicus curiae* em qualquer hipótese de edição, revisão ou cancelamento de súmula vinculante, independentemente de quem tenha formulado a proposta (art. 1º) – regra essa subsequentemente reproduzida no RISTF (art. 354-B, acrescentado pela ER nº 46/2011).

18.4 O *amicus curiae* e a súmula não vinculante

Ao lado da súmula vinculante do STF, continuam existindo enunciados de súmula não vinculantes. O próprio Supremo Tribunal Federal mantém a sua “Súmula de Jurisprudência Dominante”, sem força vinculante. A própria EC nº 45/2004, que instituiu a súmula vinculante, manteve o anterior repertório sumular, negando-lhe, porém, eficácia automaticamente idêntica à do novo instituto (“Art. 8º As atuais súmulas do Supremo Tribunal Federal somente produzirão efeito vinculante após sua confirmação por dois terços de seus integrantes e publicação na imprensa oficial”). Além disso, os demais tribunais também instituíram e passaram a manter suas respectivas súmulas de jurisprudência dominante, sem força vinculante no sentido estrito (vinculação forte). Nessa linha, o atual Código de Processo Civil mantém a previsão da competência dos tribunais para a edição de “enunciados de súmula correspondentes a sua jurisprudência dominante” (art. 926, §2º).

Tradicionalmente se afirmava o caráter não jurisdicional do procedimento destinado à edição de enunciados de súmula não vinculantes. Tratar-se-ia de simples medida de organização de trabalho dos tribunais. Uma questão *interna corporis*. Os enunciados seriam formulados e incorporados à súmula em mero procedimento administrativo do tribunal – e serviriam, segundo a concepção originária do seu idealizador, o min. Victor Nunes Leal, apenas para facilitar as referências subsequentes que os integrantes do tribunal pretendessem fazer às suas orientações jurisprudenciais consolidadas.⁸⁶ Por isso, o procedimento de edição desses enunciados dispensaria toda e qualquer participação dos jurisdicionados.

⁸⁵ Como afirma André Ramos Tavares: “Deve formar-se o enunciado da súmula a partir de um processo de modelo objetivo, público, aberto e garantidor da atenção que enunciados desse porte merecem” (*Nova lei da súmula vinculante: estudos e comentários à Lei 11.417, de 19.12.2006*. São Paulo: Método, 2007, comentário ao art. 2º, §2º, p. 43).

⁸⁶ Passado e futuro da súmula do STF. *Revista de Direito Administrativo*, v. 145, jul./set. 1981, p. 1-20.

A rigor, essa concepção, se teve alguma aderência à realidade do ordenamento jurídico no nascimento da súmula, de há muito não é adequada. Mesmo antes da explícita valorização normativa dos precedentes, decisões-quadros e dos enunciados de súmulas em nosso sistema, esses já desempenhavam papel fundamental que ia muito além da simples racionalização de atividades do tribunal que os editava. Como notava Barbosa Moreira, a súmula veio a exercer “enorme influência” no âmbito judiciário, tanto sobre os julgados de primeiro grau quanto nos dos tribunais. Lamentando a falta de estatísticas sobre o tema, ele observava, ainda assim, que poucas foram as decisões que se “animaram a discrepar da tese” sumulada. Além disso, destacava ainda Barbosa Moreira, assistiu-se à escalada de regras conferindo cada vez maior valor à jurisprudência e simultaneamente ampliando os poderes do relator para decidir sem o concurso do colegiado.⁸⁷ E os enunciados da antiga súmula, ainda que não vinculantes em sentido estrito, já se revestiam assim daquilo que se pode denominar “vinculação média”.⁸⁸

Na ordem jurídica atual, é impossível atribuir à súmula de jurisprudência dominante o papel de simples método de organização de trabalho interno do tribunal. O enunciado da súmula retrata orientação jurisprudencial que deve ser observada por todos os órgãos jurisdicionais que estão hierarquicamente sujeitos ao tribunal que o editou. Não há apenas a vinculação “forte” (vinculação *stricto sensu*), no sentido de autorizar o emprego da reclamação, mas há o dever geral de observância da orientação encartada no enunciado sumular (art. 927, IV) – e são vários os mecanismos de vinculação “média”: art. 321, I e IV (improcedência liminar do pedido contrário a súmula); art. 489, §1º, VI (ônus argumentativo da distinção ou superação da orientação sumulada); art. 496, §4º, I (dispensa de reexame necessário da sentença amparada na súmula); art. 521, IV (dispensa de caução na execução provisória da decisão conforme à súmula); art. 932, IV, a (desprovidimento monocrático de recurso contrário à súmula); art. 932, V, a (provimento monocrático de recurso conforme à súmula); art. 955, parágrafo único, I (julgamento monocrático do conflito de competência com amparo em súmula); art. 1.035, §3º, I (presença automática de repercussão geral do recurso extraordinário contra decisão contrária à súmula). Reitere-se que, a rigor, a ampla maioria desses mecanismos já vigorava nos últimos anos de vigência do CPC anterior.⁸⁹

⁸⁷ Súmula, jurisprudência, precedente. *Revista Dialética de Direito Processual*, v. 27, p. 50-51.

⁸⁸ Sobre as acepções e graus de “vinculação”, reporto-me ao que expus em *Objetivação do controle incidental de constitucionalidade e força vinculante* (ou ‘devagar com o andor que o santo é de barro’). In: NERY JUNIOR, Nelson; ALVIM, Teresa Arruda (Coord.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis*, v. 12, n. 2, p. 136-143. Disponível em: https://www.academia.edu/16547631/Objetiva%C3%A7%C3%A3o_do_controle_incidental_ou_devagar_com_o_andor_que_o_santo_%C3%A9_de_barro_.

⁸⁹ Quanto a isso, vejam-se as referências no texto da Barbosa Moreira e no de minha autoria, indicados nas duas notas de rodapé anteriores.

À relevância que a súmula – mesmo a não vinculante – assume na ordem processual deve corresponder, na mesma proporção, a qualificação e intensificação do contraditório no procedimento destinado a editá-la, cancelá-la ou revê-la. E o *amicus curiae* é o instrumento adequado para isso.

Não bastasse a regra geral do art. 138 do CPC, há ainda o art. 927, §2º, também do CPC, que prevê expressamente a admissibilidade de *amici curiae* no processo de revisão ou cancelamento de enunciados sumulares de qualquer espécie, em quaisquer tribunais. O processo de edição do enunciado tem a mesma natureza do destinado à sua revisão ou cancelamento. Logo, a indicação expressa do cabimento da intervenção do *amicus* nesse último é igualmente corroboradora de sua admissibilidade naquele primeiro. Aplicam-se à intervenção e atuação do *amicus curiae* em todos esses processos as diretrizes gerais já destacadas relativamente ao processo de súmula vinculante.

Assim, cabe – e, mais do que isso, é de essencial importância – a participação de *amici curiae* nos processos de edição, cancelamento ou revisão de enunciados de súmula, tenham ou não caráter vinculante em sentido estrito, seja o procedimento instaurado de ofício ou provocado por um dos legitimados.

19 O *amicus curiae* como mecanismo essencial para a legitimidade da ação declaratória de constitucionalidade

Reitere-se que o contraditório é pressuposto essencial para que a produção de decisões com força vinculante e eficácia *erga omnes* seja legítima. Evidentemente, o modo de incidência dessa garantia no processo objetivo é distinto daquele pelo qual ela se apresenta no processo comum, mas a função da garantia é a mesma: resguardar a adequada contraposição de teses relativas à questão posta e assim aumentar as chances de obtenção de um melhor resultado (*i.e.*, um resultado mais correto, mais justo) no processo.

Na ação direta de inconstitucionalidade – modelo inicial de processo objetivo adotado no Brasil –, originalmente o contraditório era assegurado pela participação dos órgãos ou autoridades de que emanou o ato normativo. Já a ação declaratória de constitucionalidade (EC nº 3/1993), nos seus primeiros anos de vigência, foi utilizada em grave descompasso com a garantia constitucional do contraditório. Na questão de ordem suscitada na ADC nº 1, a amplíssima maioria do Supremo Tribunal reconheceu a constitucionalidade do então novo instrumento. No entanto, no que tange à configuração processual do instituto, abriu-se significativa divergência. Quatro ministros reputaram que seria imprescindível viabilizar-se alguma forma de participação em contraditório de órgãos e entidades dispostos a demonstrar a inconstitucionalidade do ato normativo objeto da ação. Defenderam que se franqueasse aos legitimados da ação direta de inconstitucionalidade esse direito.

Prevaleceu, todavia, a tese de que a ação declaratória de constitucionalidade se desenvolveria sem a presença de uma parte em seu polo passivo. O caráter objetivo de seu processo supostamente autorizaria essa solução.⁹⁰ Para agravar a situação, o Supremo Tribunal, também fundado na natureza objetiva do processo, jamais admitiu a intervenção de terceiros na ação direta⁹¹ – entendimento esse estendido à ação declaratória.⁹²

Uma solução para o déficit de contraditório na ação declaratória e um reforço da garantia na ação direta foram propiciados pela Lei nº 9.868/1999. Embora mantendo a regra do não cabimento de intervenção de terceiros em sua concepção tradicional (art. 7º, *caput*, e art. 18), o §2º do art. 7º da lei previu que “o relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, poderá, por despacho irrecorrível, admitir (...) a manifestação de outros órgãos ou entidades”. Tal disposição está veiculada em capítulo dedicado à ação direta. No capítulo referente à ação declaratória de constitucionalidade, constou apenas a regra proibitiva da intervenção de terceiros (art. 18). O §2º do art. 18, dispositivo equivalente ao §2º do art. 7º, foi vetado. Todavia, conforme a própria justificativa do presidente de República, o veto ao art. §2º do art. 18 foi apenas consequência do veto ao §1º do mesmo artigo – sendo possível, “por interpretação sistemática, admitir no processo da ação declaratória a abertura prevista para a ação direta no § 2º do art. 7º”. Esse entendimento já foi expressamente chancelado pelo Supremo Tribunal.⁹³

Desse modo, a possibilidade de participação do *amicus curiae* viabiliza o exercício de contraditório inclusive na ação declaratória de constitucionalidade – e elimina o grave defeito de legitimidade que esse instrumento de controle direto tinha, tal como havia sido originalmente conformado pelo STF.

20 O amplo convite aos possíveis *amici*

A legitimação da atuação jurisdicional, nos casos em que ela assume marcante função coletiva ou objetiva (*i.e.*, em que a solução a ser dada destina-se a transcender a esfera subjetiva das partes do processo), completa-se com a ampla publicidade da sua atuação – não apenas mediante a publicação formal e burocrática dos

⁹⁰ ADC-QO 1, Pleno, v.m., rel. min. Moreira Alves, j. 27.10.1993, DJU 16.06.1995. A tese da desnecessidade de contraditório está desenvolvida no voto do relator. Quanto à defesa da possibilidade de participação dos legitimados para a ação direta, veja-se especialmente o voto do min. Pertence.

⁹¹ V., por exemplo, ADI nº 575 – AgR, Pleno, v.u., rel. min. Celso de Mello, j. 09.12.1992; ADI-MC nº 1.434, Pleno, v.u. (quanto à questão), rel. min. Celso de Mello, j. 20.08.1996, DJU 22.11.1996

⁹² ADC nº 43, dec. Monocrática min. Marco Aurélio, 07.02.18.

⁹³ Ver, por exemplo, ADC 18, rel. min. MENEZES DIREITO, j. 14.11.2007, DJU 22.11.2007; ADC 43, dec. Monocrática min. MARCO AURÉLIO, 07.02.18.

seus atos, mas a plena divulgação, por diferentes meios de comunicação, dos seus processos e decisões, para permitir inclusive e especialmente a ciência dos potenciais *amici curiae*.

Nesse sentido, o Enunciado nº 575 do FPPC afirma que, “verificada a relevância da matéria, a repercussão social da controvérsia ou a especificidade do tema objeto da demanda, o juiz poderá promover a ampla divulgação do processo, inclusive por meio dos cadastros eletrônicos dos tribunais e do Conselho Nacional de Justiça, para incentivar a participação de mais sujeitos na qualidade de *amicus curiae*”. É conveniente a divulgação no cadastro eletrônico dos tribunais e do Conselho Nacional de Justiça, mas a publicidade da tramitação dos processos coletivos e objetivos não se deve cingir a isso: o espaço reservado ao Judiciário na *Hora do Brasil*, os programas de televisão no canal destinado à justiça, os *clippings* e informativos dos tribunais – todos esses mecanismos devem ser intensamente dedicados à divulgação dos processos pendentes revestidos de relevância transcendental, inclusive com o fim específico e declarado de convidar a participação de *amici curiae*.

21 A plasticidade do *amicus* e o dever de adequação

Aludiu-se antes à *plasticidade* do *amicus curiae* (n. 6.6, acima), em uma referência à ampla possibilidade de o seu regime jurídico ser moldado às circunstâncias do caso concreto. Essa adaptabilidade do *amicus* deve funcionar como um fator de incentivo à sua utilização.

Cabe ao juiz estar sempre atento à variedade de modos pelos quais o terceiro pode utilmente trazer contribuições para o processo. Nem sempre e necessariamente será mais adequado o modelo tradicional, de participação do *amicus* mediante a formulação de petições escritas ao longo do processo, replicando em larga medida o modelo de atuação das partes e dos terceiros intervenientes clássicos.

Podem e devem ser concebidas formas alternativas de contribuição, que maximizem o papel do *amicus* e diminuam os inconvenientes eventualmente gerados pelo acréscimo de novos sujeitos ao processo. Por exemplo, a depender das circunstâncias, pode-se cogitar: do envio, pelo juiz, de perguntas específicas ou questionários mais amplos a especialistas em determinado tema; do convite para participação do terceiro unicamente em uma audiência instrutória ou de organização e saneamento (até mesmo por videoconferência); da convocação geral de especialistas para participação em audiência pública. Em suma, a participação pode ser pontual e mesmo meramente verbal.

Sob esse aspecto, aliás, é importante passar a se dedicar maior atenção às audiências públicas realizadas no curso de processos coletivos ou objetivos. Longe de mera formalidade protocolar, elas devem ser previamente programadas e planejadas

a fim de produzir os melhores resultados possíveis. Constituem ambiente propício à formulação de contribuições instrutórias de um modo dinâmico e informal.⁹⁴

22 Conclusão

A participação do *amicus curiae* é instrumento essencial de legitimação do processo jurisdicional em suas facetas contemporâneas. É “um fator de pluralização e de legitimação do debate constitucional”.⁹⁵ Não é um favor, uma mera liberalidade que a lei ou o tribunal confere aos jurisdicionados, mas um mecanismo fundamental para a própria legitimidade dos instrumentos de objetivação da solução de questões jurídicas.

É inclusive irrelevante o fato de que, antes, tal mecanismo não era previsto no direito positivo e, por isso, não era comumente aplicado a tais processos. Isso não autoriza supor que a lei, assim como deu, poderia tirar essa garantia. Vigora a “cláusula de proibição de retrocesso”. Se antes faltavam na lei infraconstitucional previsões consagradoras do contraditório nos processos objetivos, isso implicava uma lacuna, uma falha no sistema de proteção jurisdicional, mas, uma vez consagrado na legislação infraconstitucional mecanismo apto à concretização da garantia constitucional, não é possível retroceder. Nesse ponto, é possível aludir à “garantia de proibição do retrocesso”.⁹⁶

Por isso, devem ser descartadas formulações que se prestam a afastar em termos gerais a possibilidade de participação do *amicus curiae*. A potencialidade da intervenção de *amici curiae* e – mais ainda – a cultura do efetivo exercício e aceitação dessa faculdade são aspectos fundamentais para a própria legitimidade de todos os institutos e mecanismos destinados a atribuir força vinculante (em seus diversos graus) a precedentes, decisões-quadro e súmulas. São igualmente premissas inafastáveis para legitimar a concretização jurisdicional de direitos fundamentais cuja satisfação depende de prestações estatais positivas inseridas em políticas públicas. Enfim, são um componente inafastável para a produção de resultados que legitimamente transcendam as partes formalmente inseridas no processo.

⁹⁴ O tema tem recebido pouca atenção doutrinária. Merecem destaque o exame crítico feito por Edilson Vitorelli (*O devido processo coletivo: dos direitos aos litígios coletivos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, n. 6.2.2.1, p. 476 e seguintes) e as considerações gerais formuladas por Fredie Didier Jr., Rafael Alexandria de Oliveira e Hermes Zanetti (*Curso de direito processual civil*. 11. ed. v. 4. Salvador: JusPodivm, 2017, cap. 11, p. 365 e seguintes).

⁹⁵ Plenário, MC na ADI nº 2.321, v.u. (quanto à questão), rel. min. Celso de Mello, j. 25.10.2000, DJU 10.06.2005.

⁹⁶ CANOTILHO. *Direito Constitucional*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993, Parte IV, cap. 6, C, II, n. 1.1, p. 541-542; *Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*. Coimbra: Coimbra Ed., 1994, [reimp.], Parte II, n. 4.1.3, p. 374-375 ou à “ação positiva de manter em vigência” (ALEXY. *Teoria de los derechos fundamentales*. Trad. E. Garzón Valdés, da ed. alemã de 1986 de *Theorie der Grundrechte*. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1997 [1a reimp.], cap. IX, III, n. 4.1).

Referências

- ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Madri: Trotta, 2002.
- ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. 1ª reimp. Trad. E. Garzón Valdés, da ed. alemã de 1986 de *Theorie der Grundrechte*. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.
- ALEXY, Robert. Direito constitucional e direito ordinário: jurisdição constitucional e justiça especializada. *Constitucionalismo discursivo*. Trad. L. A. Heck. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.
- ALVIM, Teresa Arruda. *Amicus curiae*: afinal quem é ele?. *Revista do Instituto dos Advogados do Paraná*, Curitiba, v. 34, p. 214-245, dez. 2006.
- ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2001.
- ARAGÃO, Egas Moniz de. Mandado de segurança contra ato judicial. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 682, p. 7-23, ago. 1992.
- ARENDT, Hannah. *Origens do totalitarismo*. Trad. R. Raposo, da ed. americana de *The origins of totalitarianism*. São Paulo: Companhia das Letras, 1989.
- ASSIS, Araken de. *Processo civil brasileiro: parte geral, institutos fundamentais*. v. 2. t. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- ASSIS, Carlos Augusto de. Repercussão geral como requisito de admissibilidade do recurso extraordinário. *Revista Dialética de Direito processual*, São Paulo, v. 54, p. 32-46, set. 2007.
- BANDERIA DE MELLO, Celso Antônio. Eficácia das normas constitucionais sobre justiça social. *Revista de Direito Público*, v. 57, p. 233-256, jan./jun. 1981.
- BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- BAUMÖHL, Débora Inês Kram. *Fundamentos e limites das súmulas de efeito vinculante a serem editadas pelo Supremo Tribunal Federal: uma proposta em torno da regulamentação da emenda constitucional n. 45/2004*. Tese de Doutorado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2006.
- BICKEL, Alexander M. *The least dangerous branch: the Supreme Court at the bar of politics*. 2. ed. New Haven: Yale Press, 1986.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1994.
- BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. Giurisdizione costituzionale, questione strutturale, organizzazione, legittimazione. In: NICOLETTI, M.; BRINO, O. (Org.) *Stato, costituzione, democrazia*. Trad. O. Brino e M. Tomba. Milão: Giuffrè, 2006.
- BUENO, Cassio Scarpinella. *Amicus curiae no processo civil brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

- BUENO, Cassio Scarpinella. Comentários ao artigo 138 do CPC/2015. In: BUENO, Cassio Scarpinella. *Comentários ao Código de Processo Civil*: arts. 1º a 137 – Parte Geral. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2017.
- BUENO, Cassio Scarpinella. *Novo Código de Processo Civil anotado*. São Paulo: Saraiva, 2015.
- CABRAL, Antonio do Passo. Comentários ao art. 138 do CPC/2015. In: STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo Carneiro da (Org.). *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2017.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. Coimbra: Coimbra Ed., 1994.
- CAPITANT, David. *Les effets juridiques des droits fondamentaux en Allemagne*. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 2001.
- CAPPELLETTI, Mauro. Apuntes para una fenomenología de la justicia en el siglo xx. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 71, p. 139-184, jul./set. 1993.
- CAPPELLETTI, Mauro. Problemas de reforma do processo civil nas sociedades contemporâneas. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 65, p. 127-143, jan./mar. 1992.
- CAPPELLETTI, Mauro. Costituzionalismo moderno e ruolo del potere giudiziario nelle società contemporanee. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 68, p. 47-54, out./dez. 1992.
- CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. Trad. da 7ª reimpressão italiana, de 1978, por A. Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Fabris, 1984.
- CARNELUTTI, Francesco. *Diritto e processo*. Nápoles: Morano, 1958.
- CARNELUTTI, Francesco. *Teoria geral do direito*. Trad. Antonio C. Ferreira – s/ indic. da ed. original. São Paulo: Lejus, 1999.
- COMANDUCCI, Paolo. Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateorico, Trad. Miguel Carbonell. *Isonomía*, Cidade do México, v. 16, abr. 2002.
- COMOGLIO, Luigi Paolo. Giurisdizione e processo nel quadro delle garanzie costituzionale. *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, Milano, v. 48, p. 1.063-1.111, dez. 1994.
- COMPARATO, Fabio Konder. Igualdade, desigualdades. *Revista Trimestral de Direito Público*. São Paulo, v. 1, p. 69-78, jan./mar. 1993.
- DIDIER JUNIOR, Fredie. *Curso de direito processual civil*: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 18. ed. v. 1. Salvador: JusPodivm, 2016.
- DIDIER JUNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de direito processual civil*: meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais. 3. ed. v. 3. Salvador: JusPodivm, 2007.
- DIDIER JUNIOR, Fredie; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de; ZANETTI, Hermes. *Curso de direito processual civil*. 11. ed. v. 4. Salvador: JusPodivm, 2017.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 7. ed. v. 2. São Paulo: Malheiros, 2017.

ENTERRÍA, Eduardo García de. *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. 3. ed. Madrid: Civitas, 1983.

FERREIRA, Joana Cristina Brasil Barbosa. O *amicus curiae* e a pluralização das ações constitucionais. In: OLIVEIRA, Vallisney de Souza (Org.). *Constituição e processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2008.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca; DELLORE, Luiz; ROQUE, Andre Vasconcelos; OLIVEIRA JUNIOR, Zulmar Duante de. *Teoria geral do processo, comentários ao CPC de 2015, parte geral*. São Paulo: Forense, 2015.

GARGARELLA, Roberto. *La justicia frente al gobierno: sobre el carácter contramayoritario del poder judicial* (apresent. Cass Sunstein). Barcelona: Ariel, 1996.

GRECO, Leonardo. A reforma do Poder Judiciário e o acesso à Justiça. *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo, v. 27, p. 67-87, jun. 2005.

HABÈRLE, Peter. *Hermenêutica constitucional – A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e 'procedimental' da Constituição*. Trad. Gilmar F. Mendes, da ed. alemã de *Die offene Gesellschaft der Verfassungsinterpreten. Ein Beitrag zur pluralistischen und 'prozessualen' Verfassungsinterpretation*. Porto Alegre: Fabris, 1997.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Trad. F. B. Siebeneichler. v. I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Trad. L. A. Heck, da 20. ed. alemã de *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. Porto Alegre: Fabris, 1998.

HESSE, Konrad. Significado de los derechos fundamentales. In: BENDA; MAIHOFER; VOGEL; HESSE; HEYDE (Org.). Trad. de A. López Pina, da ed. alemã de 1994 de *Handbuch des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. Madri: Marcial Pons, 1996.

LEAL, Victor Nunes. Passado e futuro da súmula do STF. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 145, p. 1-20, jul./set. 1981.

LEITE, Glauco Salomão. *Súmula vinculante e jurisdição constitucional brasileira*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

LOPES, J. R. de Lima. Direito subjetivo e direitos sociais: o dilema do Judiciário no Estado Social de Direito. In: FARIA, J. Eduardo (Org.). *Direitos humanos, direito sociais e Justiça*. São Paulo: Malheiros, 1994.

LOPES JUNIOR, Aury; PACZEK, Vitor. Parecer jurídico sobre o ingresso do TJSP como *amicus curiae*. *Conjur*, 08 abr. 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/parecer-aury-lopes-tj-sp-amicus-curiae.pdf>.

MAJONE, Giandomenico. Temporal consistency and policy credibility: why democracies need non-majoritarian institutions. *Working Paper RSC*, European University Institute, v. 57, jul. 1996.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Código de Processo Civil comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

- MARTINS, Ricardo Marcondes. “Políticas públicas” e Judiciário: uma abordagem neoconstitucional. *A&C - Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, Belo Horizonte, v. 71, p. 145-165, jan./mar. 2018.
- MAUS, Ingeborg. Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na sociedade órfã. *Novos Estudos – CEBRAP*, São Paulo, v. 58, 2000.
- MÉNY, Yvez. De la démocratie en Europe: old concepts and new challenges. *Journal of Common Market Studies*, União Europeia, v. 41, p. 1-13, mar. 2003.
- MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. t. IV. Coimbra: Coimbra Ed., 1988.
- MONTESANO, Luigi. *La tutela giurisdizionale dei diritti*. 2. ed. Turim: Utet, 1994.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 14. ed. v. V. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. Súmula, jurisprudência, precedente: uma escalada e seus riscos. *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo, v. 27, p. 49-58, jun. 2005.
- MÜLLER, Friedrich. *Teoria estruturante do direito*. Trad. P. Naumann e E. A. de Souza. v. I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Novo Código de Processo Civil comentado artigo por artigo*. Salvador: JusPodivm, 2016.
- NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*. 9. ed. v. único. Salvador: JusPodivm, 2017.
- PEREIRA, Cesar Guimarães. *Usuários de serviços públicos*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- PESSOA, Flávia Moreira Guimarães; CARDOSO, Henrique Ribeiro; SOUSA, Otavio Augusto Reis de. Possibilidade e limites do controle judicial das ações e das omissões da Administração Pública na implantação de políticas públicas com sede constitucional. *A&C - Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, Belo Horizonte, v. 61, p. 117-144, jul./set. 2015.
- PICARDI, Nicola. A vocação do nosso tempo para a jurisdição. In: OLIVEIRA, Álvaro de (org. e rev. trad.). *Jurisdição e processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. A súmula com efeito vinculante na Lei 11.417/2006. *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo, v. 50, p. 86-94, maio 2007.
- PRÁ, Carlos Del. Súmula vinculante: legitimação pelo procedimento e participação do *amicus curiae*. In: FUX, Luiz; NERY JR., Nelson; ALVIM, Teresa Arruda (Org.). *Processo e Constituição: estudos em homenagem ao Prof. José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- PRÁ, Carlos Del. *Amicus curiae: instrumento de participação democrática e de aperfeiçoamento da prestação jurisdicional*. Curitiba: Juruá, 2007.
- RICCI, Gianfranco. *Principi di diritto processuale generale*. 2. ed. Turim: Giappichelli, 1998.
- MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, José Manuel e outros. *Constitución española (con las doctrinas del Tribunal Constitucional, Tribunal Supremo y Tribunal Europeo de los Derechos Humanos, los Tratados Internacionales suscritos por España y la relación de las leyes dictadas en desarrollo de la Constitución)*. 3. ed. Madrid: Colex, 1997.

ROLLA, Giancarlo. I diritti fondamentali nel costituzionalismo contemporaneo: spunti critici. *Tecniche di garanzia dei diritti fondamentali* (org. G. Rolla). Turim: Giappichelli, 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia jurídica dos direitos fundamentais*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SCAFF, Fernando Facury. Novas dimensões do controle de constitucionalidade no Brasil: prevalência do concentrado e o caso do difuso. *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo, v. 50, p. 20-41, maio 2007.

SCHWABE, Jürgen. *Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán*. Trad. Marcela Anzola Gil e Emilio Maus Ratz. Cidade do México: Konrad Adenauer Stiftung, 2009.

SEGADO, Francisco Fernández. *La justicia constitucional: una visión de derecho comparado*. t. I. Madri: Dykinson, 2009.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

TALAMINI, Eduardo. *Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer: e sua extensão aos deveres de entrega de coisa*. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

TALAMINI, Eduardo. *Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer: e sua extensão aos deveres de entrega de coisa*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada e sua revisão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

TALAMINI, Eduardo. Concretização jurisdicional de direitos fundamentais a prestações positivas do Estado. In: TESHEINER, José Maria Rosa; MILHORANZA, Mariângela Guerreiro; PORTO, Sérgio Gilberto. *Instrumentos de coerção e outros temas de direito processual civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

TALAMINI, Eduardo. Dignidade humana, soberania popular e pena de morte. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, v. 11, p. 178-195, jul./set. 1995.

TALAMINI, Eduardo. Partes e terceiros no mandado de segurança. *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo, v. 80, p. 33-51, nov. 2009.

TALAMINI, Eduardo. Decisões individualmente proferidas por integrantes dos tribunais: legitimidade e controle (“agravo interno”). In: ALVIM, Teresa Arruda; NERY JUNIOR, Nelson (Coord.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis*. v. 5. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

TALAMINI, Eduardo. Objetivação do controle incidental de constitucionalidade e força vinculante (ou “devagar com o andor que o santo é de barro”). In: NERY JUNIOR, Nelson; ALVIM, Teresa Arruda (Coord.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis*. v. 12. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

TARUFFO, Michele. Il significato costituzionale dell’obbligo di motivazione. In: GRINOVER, Ada Pelegri; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo (Org.). *Participação e processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

TAVARES, André Ramos. *Nova lei da súmula vinculante: estudos e comentários à Lei 11.417, de 19.12.2006*. São Paulo: Método, 2007.

VITORELLI, Edilson. *O devido processo coletivo: dos direitos aos litígios coletivos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALVIM, Teresa Arruda; MEDINA, José Miguel Garcia. *Breves comentários à nova sistemática processual civil*. v. 3. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2018 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

TALAMINI, Eduardo. O *amicus curiae* e as novas caras da justiça. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 20, n. 79, p. 133-185, jan./mar. 2020.
