



UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
FACULDADE DE DIREITO DO RECIFE
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO



JOYCE ARAÚJO DOS SANTOS

**INTERVENÇÃO DO *AMICUS CURIAE* NA JURISDIÇÃO
DEMOCRÁTICA:**

Da legitimidade das decisões judiciais no sistema de direito
comunicativo e o modelo estrutural de contraditório
comparticipativo

Recife
2020

JOYCE ARAÚJO DOS SANTOS

**INTERVENÇÃO DO AMICUS CURIAE E JURISDIÇÃO
DEMOCRÁTICA:**

Da legitimidade das decisões judiciais no sistema de direito comunicativo e
o modelo estrutural de contraditório participativo

Tese apresentada para obtenção do grau de
Doutor pelo Programa de Pós-Graduação
em Direito do Centro de Ciências Jurídicas
da Universidade Federal de Pernambuco.

Área de Concentração: Transformações do
Direito Público

Linha de Pesquisa: 1.1 Jurisdição e
Processos Constitucionais

Orientador: Professor Doutor Ivo Dantas

Recife
2020

Catálogo na fonte
Bibliotecário Jefferson Luiz Alves Nazareno, CRB-4/1758

S237i Santos, Joyce Araújo dos.
Intervenção do *Amicus Curiae* na jurisdição democrática: da legitimidade das decisões judiciais no sistema de direito comunicativo e o modelo estrutural de contraditório participativo / Joyce Araújo dos Santos – Recife, 2020.
200 f.

Orientador: Francisco Ivo Dantas Cavalcanti.
Tese (Doutorado) – Universidade Federal de Pernambuco. Centro de Ciências Jurídicas. Programa de Pós-Graduação em Direito, 2020.

Inclui referências.

1. Direito constitucional. 2. Estado democrático de direito. 3. Jurisdição. 4. Amicus curiae. I. Cavalcanti, Francisco Ivo Dantas. (Orientador). II. Título.

342.81 CDD (22. ed.) UFPE (BSCCJ 2021-09)

JOYCE ARAUJO DOS SANTOS

**INTERVENÇÃO DO AMICUS CURIAE E JURISDIÇÃO
DEMOCRÁTICA:**

Da legitimidade das decisões judiciais no sistema de direito comunicativo e
o modelo estrutural de contraditório participativo

Tese apresentada ao Programa de
PósGraduação em Direito do Centro de
Ciências Jurídicas, Faculdade de Direito
do Recife da Universidade Federal de
Pernambuco, como parte dos requisitos
parciais para obtenção do título de
Doutora em Direito.

Aprovada em: 02/03/2020

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Ivo Dantas (Orientador)
Universidade Federal de Pernambuco

Prof. Dr. Walber de Moura Agra (Examinador Interno)
Universidade Federal de Pernambuco

Profa. Dr. Sérgio Torres Teixeira (Examinador Interno)
Universidade Federal de Pernambuco

Profa. Dra. Carina Barbosa Gouvêa (Examinador Interno)
Centro Universitário Tiradentes

Prof. Dr. Beclaute Oliveira Silva (Examinador Externo)
Universidade Federal de Alagoas

Prof. Dr. Márcio Oliveira Rocha (Examinador Externo)
Universidade Estadual de Alagoas

A meu pai (*in memoriam*), sempre.
Aos meus filhos, Leticia e Antônio, amores meus,
motivos do meu viver e de maior gratidão nesta vida.

AGRADECIMENTOS

A **Deus**, gratidão!

À minha mãe, **Mirian Araújo**, mulher inteligente, forte e temente a Deus, que, na criação de seus quatro filhos, soube passar os valores de conduta e de determinação, além de despertar meu interesse pelo Direito, minha eterna gratidão por tudo que representa, pela força e pela coragem que me foram dadas para a conclusão deste doutorado.

Ao meu orientador, Prof. Dr. **Ivo Dantas**, por me acolher como sua orientada no programa de doutorado desta instituição, mas, principalmente, pelas inúmeras lições de direito processual constitucional, sempre regadas de cordialidade e de educação. Sua amizade, sua disponibilidade em orientar seus alunos e seu vasto conhecimento jurídico são qualidades que pretendo cada vez mais imprimir em minha vida acadêmica. Minha gratidão e admiração.

Aos meus irmãos, **João Paulo Araújo, Ceres Jamille Araújo e Jully Mariana Araújo**, agradeço pelo incentivo que depositaram em mim para a conclusão deste trabalho.

Reservo, ainda, espaço para minhas musas inspiradoras, amigas irmãs, **Carolina Valões, Fabiola Melo, Fernanda Ricarda, Isabelle Sampaio, Luciana Raposo, Michele Araújo, Sibela Andrade**, pelo companheirismo, troca de ideias, pela amizade e por risos em meio às dificuldades para a conclusão deste estudo. Amigas, gratidão.

A **Sidney Wanderley**, com toda sua presteza, pela revisão do uso do vernáculo.

Ao Prof. Dr. **Ivan Luiz**, que muito contribuiu para minha inserção na vida acadêmica e pelo auxílio na elaboração do projeto desta pesquisa.

Ao Prof. Dr. **Beclaute Silva**, doutor por esta instituição, cujo nome há muito desponta no cenário da academia processualista, companheiro da primeira turma de mestrado em Direito da Universidade Federal de Alagoas, cujos ensinamentos e apoio ainda ressoam na minha vida acadêmica. Minha extrema admiração. Sou-lhe grata por ter aceitado avaliar a presente tese como membro externo na sessão de defesa.

Ao Prof. Dr. **Márcio Rocha**, doutor por esta instituição, com trabalhos primorosos na seara processualista, obrigada por sua atenção e por haver gentilmente accitado compor a banca de defesa desta, na condição de membro externo.

A Profa. Dra. **Carina Gouvêa**, docente por esta instituição, que, com cordialidade e gentileza, fez recomendações na sessão de qualificação da presente tese, para o aprimoramento do texto. Grata.

A minha turma de gabinete, meus queridos **Paulo Henrique Brandão, Lanay Barbosa, Patrícia Fontan, Ramon Aureliano e Sávio Martins**, que tanto me auxiliam na condução dos trabalhos na Comarca de Viçosa. Sem o apoio de vocês, a escrita desta tese não teria sido possível. Obrigada!

Aos funcionários do programa de pós graduação em Direito da Universidade Federal de Pernambuco, PPGD, na pessoa de **Maria do Carmo Mota de Aquino**, carinhosamente chamada de Carminha, pelo trabalho, dedicação e pelo auxílio prestado a mim durante o programa de doutorado.

Meus sinceros agradecimentos.

Acredito estejamos caminhando para o processo como instrumento político de participação. A democratização do Estado alçou o processo à condição de garantia constitucional; a democratização da sociedade fa-lo-á instrumento de atuação política. Não se cuida de retirar do processo sua feição de garantia constitucional, sim fazê-lo ultrapassar os limites da tutela dos direitos individuais, como hoje conceituados. Cumpre proteger-se o indivíduo e as coletividades não só do agir 'contra legem' do Estado e dos particulares, mas de atribuir a ambos o poder de provocar o agir do Estado e dos particulares no sentido de se efetivarem os objetivos politicamente definidos pela comunidade".

(CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *Democracia, participação e processo*", in Pellegrini, Ada (Coord.) *Participação e Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, p. 95).

RESUMO

A presente tese envolve a pesquisa teórica acerca dos meandros da legitimidade das decisões judiciais no âmbito do direito processual democrático, cunhado sob os ditames do Estado Democrático de Direito, cujo processo de constitucionalização dos direitos resultou na aproximação do processo e dos ideais constitucionais de democracia. Há uma especial atenção em se firmar o direito processual civil conforme os aspectos teóricos e sociológicos de sistema, a fim de conferir maior rigor científico à questão da legitimidade da atuação do poder judiciário, além de se conceber o sistema com abertura comunicativa e operativa para o efetivo contraditório, de caráter ampliativo e participativo, com o objetivo de alcance, não só das partes, mas também do *amicus curiae*, como terceiro colaborador do juízo, cuja intervenção, em diferentes funções, seja realmente capaz de promover a legitimidade esperada no processo de jurisdição hodierna, com reflexos e influências de forma mais abrangente em diversos instrumentos processuais, como os atos de instrução e de recurso.

Palavras-chave: Estado democrático de direito. Direito processual constitucional. Processo e democracia. Jurisdição. Legitimidade. Decisões judiciais. *Amicus curiae*. Contraditório. Participação.

ABSTRACT

This thesis engages with the theoretical research on the intricacies of the legitimacy of judicial decisions in the sphere of the democratic procedural law and under the precepts of the Democratic State, in which the process of the constitutionalization of rights has resulted in an approximation of the process, and the ideals of a constitutional democracy. There is a special attention to strengthen the law on civil procedure according to aspects of the theory and the sociological of the system, in order to bring more scientific rigor to the question of the legality of the actions of the courts. In addition to designing the system to have open communication and be operational to the actual design of the expansive and co-participatory character, with the aim of reaching not only the parts but also on the amicus curiae as a third party employee of the court, whose intervention in different positions, to be really able to promote the legitimacy of what is expected in the process from the jurisdiction of the actual impacts and influences in a more comprehensive manner in the various procedural instruments, such as the acts of the instruction, and the right of appeal.

Keywords: Democratic state of law. Constitutional procedural law. Process and the democracy. Jurisdiction. Legitimacy. Judicial decisions. Amicus curiae. Contradictory. Co-participation.

RÉSUMÉ

La présente thèse implique une recherche théorique sur les méandres de la légitimité des décisions judiciaires dans le cadre du droit processuel démocratique, établi sous les règles de l'État de droit démocratique, dont le processus de constitutionnalisation des droits a abouti au rapprochement du processus et des idéaux constitutionnels de démocratie. Une attention particulière est accordée à la consolidation du droit processuel civil selon les aspects théoriques et sociologiques de système, afin d'apporter une plus grande rigueur scientifique à la question de la légitimité de l'action du pouvoir judiciaire, et de concevoir le système avec une ouverture communicative et opérationnelle pour l'effectif contradictoire, de caractère extensif et participatif, avec le but d'atteindre non seulement les parties, mais aussi l'*amicus curiae*, comme troisième collaborateur du jugement, dont l'intervention, dans différentes fonctions, soit réellement capable de promouvoir la légitimité attendue dans le processus de juridiction d'aujourd'hui, avec des répercussions et influences plus larges sur divers instruments processuels, tels que les actes d'instruction et de recours.

Mots clés: État démocratique de droit. Droit processuel constitutionnel. Procédure et démocratie. Juridiction. Légimité. Décisions judiciaires. *Amicus curiae*. Contradictoire

RIASSUNTO

Questa tesi coinvolge la ricerca teorica sulla complessità della legittimità delle decisioni giudiziarie nell'ambito del diritto processuale democratico, conosciuta secondo i dettami dello Stato di diritto democratico, il cui processo di costituzionalizzazione dei diritti ha comportato il ravvicinamento del processo e degli ideali costituzionali della democrazia. Particolare attenzione viene data all'istituzione del diritto processuale civile in conformità con gli aspetti teorici e sociologici del sistema, al fine di dare un maggiore rigore scientifico alla questione della legittimità della magistratura, nonché di concepire il sistema con apertura comunicativa e operativa al sistema. contraddittorio, di ampio respiro e cooperativo, con l'obiettivo di raggiungere non solo le parti, ma anche l'*amicus curiae*, in quanto terzo collaboratore del tribunale, il cui intervento, in diverse funzioni, è realmente in grado di promuovere la legittimità prevista nel processo. giurisdizione di oggi, con più ampi riflessi e influenze su vari strumenti procedurali, come atti di istruzione e appello.

Parole Chiave: Stato democratico del diritto. Diritto procedurale costituzionale. Procedura e democrazia. Giurisdizione. Diritto. Decisioni giudiziali. *Amicus curiae*. Contradictory. Participation.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO.....	17
2	DIREITO PROCESSUAL CONTEMPORÂNEO: JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E O MODELO ATUAL DE DIREITO PROCESSUAL CONSTITUCIONAL DEMOCRÁTICO.....	26
2.1	Fundamentos teóricos do estado de direito: da fase liberal ao estado democrático de direito.....	26
2.2	Breve incursão histórica acerca do constitucionalismo moderno: a evolução do pensamento político-jurídico e a ideia de jurisdição constitucional.....	33
2.2.1	<i>Aspectos teóricos de jurisdição constitucional no estado democrático de direito e a necessidade de legitimação das decisões judiciais.....</i>	<i>35</i>
2.2.2	<i>Princípio contramajoritário e jurisdição democrática.....</i>	<i>41</i>
2.3	Da concepção de estado democrático de direito e sua influência na evolução do direito processual civil: atuação do poder judiciário frente ao princípio contramajoritário.....	43
2.4	Fundamentos do direito processual constitucional para uma melhor compreensão do papel do poder judiciário sob a perspectiva constitucional.....	52
2.5	Atuação do poder judiciário no processo de legitimação democrática: algumas breves considerações sobre ativismo judicial.....	60
2.6	Nuances procedimentalismo constitucional e o modelo de democracia deliberativa.....	62
3	FUNDAMENTOS TEÓRICOS DOS SISTEMAS JURÍDICOS: MODELO DE SISTEMA OPERATIVO E A DEVIDA ABERTURA COMUNICATIVA PARA ATUAÇÃO DO AMICUS CURIAE COMO INSTRUMENTO DE LEGITIMAÇÃO DEMOCRÁTICA.....	64
3.1	Noção sistêmica do direito: em busca de racionalidade no discurso científico.....	64
3.1.1	<i>Noção de sistema jurídico: ordenação e unidade dos elementos que o compõem.....</i>	<i>68</i>
3.1.2	<i>A moderna concepção de sistema jurídico e a influência da jurisdição democrática.....</i>	<i>69</i>
3.2	Aspectos sociológicos de sistema jurídico: ênfase na proposta funcionalista-estruturalista - fechamento operativo, abertura cognitiva e acoplamento estrutural dos sistemas.....	70

3.3	O direito processual civil como modelo de um sistema comunicativo: em busca de bases teóricas para a noção de participação no processo democrático.....	75
3.4	Sistemas de direito e suas tradições jurídicas: um apanhado necessário dos modelos de civil law e common law.....	77
3.4.1	<i>As tradições jurídicas do civil law e common law</i>	78
4	AMICUS CURIAE: DIGRESSÃO HISTÓRICA NOS SISTEMAS JURÍDICOS E OS PARÂMETROS DO INSTITUTO NO CONTEXTO DO DIREITO ESTRANGEIRO	81
4.1	Antecedentes históricos do amicus curiae.....	81
4.2	<i>Amicus curiae</i> : parâmetros regulatórios do instituto no direito estrangeiro.....	91
5	DA EVOLUÇÃO DO TRATAMENTO NORMATIVO CONFERIDO AO AMICUS CURIAE NO DIREITO PROCESSUAL CONSTITUCIONAL BRASILEIRO	96
5.1	Antecedentes normativos do amicus curiae na legislação adjetiva extravagante.....	96
5.1.1	<i>Amicus curiae no regime normativo da comissão de valores mobiliários – lei nº 6.835/76</i>	96
5.1.2	<i>Amicus curiae no regime normativo do conselho administrativo de defesa econômica – leis nºs 8.884/94 e 12.529/2011</i>	98
5.1.3	<i>Amicus curiae no regime normativo da propriedade industrial – lei nº 9.279/96</i>	100
5.1.4	<i>Amicus curiae e suas previsões no processo de jurisdição constitucional</i>	100
5.2	Do controle de constitucionalidade e a inserção do <i>amicus curiae</i> como elemento de representatividade.....	101
5.2.1	<i>Retomando a noção de democracia e a necessidade de representatividade na fiscalização constitucional: influências teóricas de peter berle</i>	101
5.2.2	<i>Do controle de constitucionalidade e a interpretação das normas constitucionais: uma visão pluralista e democrática da jurisdição constitucional</i>	103
5.2.3	<i>Sistema de controle de constitucionalidade no brasil: das formas previstas de controle no ordenamento</i>	105
5.2.4	<i>Amicus curiae no controle incidental de constitucionalidade das normas brasileiras: análise do requisito da repercussão geral nos recursos extraordinários</i>	110

5.2.5 *Amicus curiae* no controle incidental de constitucionalidade das normas brasileiras e sua influência na análise do requisito da repercussão geral nos recursos extraordinários.....115

5.3 *Amicus curiae* no regime jurídico das súmulas vinculantes.....116

6 ASPECTOS TEÓRICO-PROCESSUAIS NO AMICUS CURIAE NO DIREITO PROCESSO CIVIL VIGENTE.....118

6.1 Do modelo de processo civil inserido com o novo código de processo civil: fundamentos principiológicos do sistema processual civil na atualidade.....118

6.1.1 *Teoria geral dos princípios jurídicos no direito brasileiro: uma abordagem teórica necessária..... 118*

6.1.2 *Bases principiológicas da jurisdição no sistema processual civil vigente: ênfase nos princípios do contraditório participativo e da cooperação à luz do código de processo civil.....126*

6.2 Da previsão normativa do *amicus curiae* veiculada art. 138 do código de processo civil vigente.....132

6.2.1 *Da problemática concepção do amicus curiae como terceiro interventor no sistema processual brasileiro.....134*

6.2.2 *Por uma distinção entre parte e terceiro.....136*

6.2.3 Da delimitação do interesse legitimador da atuação do *amicus curiae*: “ajustando as contas” com o sistema.....144

7 DA INTERVENÇÃO DO AMICUS CURIAE NAS DECISÕES JUDICIAIS E O MODELO DE JURISDIÇÃO PROCESSUAL COMPARTICIPATIVA E DEMOCRÁTICA.....147

7.1 Abertura dialógica na formação da decisão judicial e legitimidade democrática do poder judiciário no cenário atual brasileiro.....147

7.2 Intervenção do *amicus curiae* como decorrência do contraditório participativo no sistema de direito comunicativo.....151

7.2.1 *Novas perspectivas do dever de fundamentação das decisões judiciais à luz do contraditório participativo ou ampliado.....153*

7.2.2	<i>Reformulando os padrões decisórios sob a ótica do contraditório ampliado no novo código de processo civil: influência do amicus curiae no processo decisório.....</i>	157
7.3	Do imperativo de fundamentação das decisões judiciais e a importância do amicus curiae na jurisdição democrática: por um modelo estrutural participativo do contraditório.....	178
8	CONCLUSÕES.....	183
	REFERÊNCIAS.....	186

1 INTRODUÇÃO

Com o advento da Constituição Federal de 1988, a República Federativa do Brasil encontra seu principal fundamento no princípio democrático¹, que deve permear as ações dos poderes, bem como garantir a participação dos cidadãos na administração e na consecução dos atos do poder público.

A justiça da medida da democracia revela-se como um dos principais desafios no processo de legitimidade dos atos advindos dos poderes da República, com especial atenção ao Poder Judiciário. Isso porque, diferentemente dos Poderes Executivo e Legislativo, os membros do Poder Judiciário não são eleitos pelo povo, a revelar mais dificultosa a observância da legitimidade democrática de seus atos, *in casu*, os atos judiciais².

O presente estudo trata, em um primeiro momento, de apresentar as balizas teóricas para a compreensão do Estado de Direito, mais precisamente do Estado Democrático de Direito, e, como consequência, como o direito processual civil teve sua evolução demarcada pela evolução do próprio Estado de Direito.

Revela-se essencial compreender como o direito processual civil perpassou por mudanças teóricas e estruturais, a fim de conferir seu aspecto publicista, mas principalmente alocá-lo nos elementos de estrutura democráticos, o que demanda a criação, formação e aplicação de institutos processuais carregados de carga democrática, como forma de aproximar a jurisdição dos ideais de democracia.

Com efeito, a primeira parte do presente estudo envolve uma visão mais propedêutica da evolução do direito processual civil no Direito ocidental, com a aferição das fases do Estado de Direito e sua relação com o sistema jurídico.

¹ O princípio democrático informa o Estado de Direito hodierno, cunhado na perspectiva de participação da sociedade. No decorrer do presente estudo, há uma preocupação em estabelecer as bases propedêuticas para se compreender a jurisdição democrática, e, neste ponto, a evolução do próprio direito processual civil e suas principais fases no Estado Constitucional, com a superação da instrumentalidade processual, para alocá-lo numa fase do neoprocessualismo, na visão trazida por Fredie Didier (DIDIER Jr., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. 12. ed. Salvador: Juspodivm, 2010, v. 1, p. 28), ou ainda formalismo-valorativa, teoria capitaneada por Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. **Do formalismo no processo civil**. São Paulo: Saraiva, 2009).

² Conforme assevera Pinheiro Pereira, apoiado nas ideias de Habermas, o discurso depende do direito, a partir da institucionalização jurídica de um arranjo comunicativo que possibilite aos parceiros do direito examinar as normas controversas ou obter a aquiescência dos demais. (PEREIRA, Carlos André Maciel Pinheiro. **Jurisdição Procedimental: o agir comunicativo da opinião pública através do *amicus curiae***. Curitiba: Juruá, 2018, p. 52).

A concepção de Estado, de democracia e da atuação do Poder Judiciário possui íntima relação com o objeto do presente estudo, haja vista que o instituto do *amicus curiae*, como instrumento de caráter processual, traduz o ideal de democracia na formação das decisões judiciais.

Com o objetivo de estabelecer as concepções democráticas da jurisdição e do processo, importante apontar os meandros do próprio constitucionalismo, como movimento de limitação do poder, com vistas à consecução das normas constitucionais dirigentes e do fortalecimento da democracia³, representando, ainda, um conceito novo, que leva em conta os ideários do Estado Democrático e do Estado de Direito⁴.

O aporte doutrinário sobre democracia tem necessário valor epistemológico, no presente estudo, devido ao fato de serem frequentemente colocadas questões envolvendo o Estado Democrático, processo democrático, legitimidade democrática e assim por diante.

No entanto, para além de apontar aspectos teóricos da democracia no Estado Constitucional, a atenção do presente texto se volta para questões relacionadas à forma de se compreender o processo e o procedimento no âmbito da jurisdição e do sistema jurídico.

Por se compreender a atuação do *amicus curiae* sob o viés procedimentalista, a teoria habermasiana encontra esteio nesta pesquisa, nomeadamente porque, além de Jürgen Habermas trabalhar sob a perspectiva da jurisdição constitucional, apresenta reforço quanto à importância da democracia na atuação do Estado e no desenvolvimento do sistema jurídico⁵.

Com efeito, para a teoria procedimentalista, os valores da sociedade devem ser definidos e defendidos por meio de uma deliberação democrática, especialmente pelos poderes representativos do povo. Como visto, ainda que baseado num princípio contramajoritário, o Poder Judiciário deve ter por propósito – porque é o da jurisdição – garantir a aplicação de instrumentos processuais que contribuam para essa deliberação no processo.

A previsão de instrumentos processuais de cunho democrático reforça o papel do Poder Judiciário na consecução da justiça, pois torna a jurisdição mais democrática, para atender a uma sociedade cada vez mais plural e dialógica, no intuito de estabelecer a participação, o debate e a influência nas decisões judiciais.

³ STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 1-5.

⁴ SILVA, José Afonso da. *Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 123.

⁵ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre a facticidade e a validade*. Rio de Janeiro: Editora Tempo Brasileiro, 2003, p. 184.

Em que pese o corte epistemológico do estudo não se limitar à jurisdição constitucional, vê-se a importância de se estabelecer como ela se percebe e do comportamento do órgão julgador, no caso, o Supremo Tribunal Federal⁶, porquanto o *amicus curiae* possui campo de atuação – mais abrangente – ou mesmo de maior alcance da sociedade nos casos submetidos ao controle de constitucionalidade, seja pela via direta, seja pela via difusa.

Nesse ponto, observa-se uma discussão sobre as consequências do processo de formação da decisão jurisdicional, com notória força normativa⁷, sem que haja participação social efetiva, ou seja, se aquele fragiliza a legitimidade do processo constitucional, nomeadamente quando tais decisões possuem o poder de alcance de todos os cidadãos destinatários da norma objeto da apreciação judicial.

Sob a perspectiva da jurisdição e do processo democráticos, o Poder Judiciário encontra problemática de legitimidade democrática no princípio contramajoritário, de modo que a jurisdição – sobretudo a constitucional – representa importante instrumento de equilíbrio das forças políticas, especialmente nos casos chamados de estruturais⁸.

A concepção de Estado Democrático de Direito, portanto, envolve dois conceitos: constitucionalismo e democracia, sendo este último o maior desafio da jurisdição atualmente. Para além dele, a perspectiva do processo se revela, não somente ideologicamente democrática, mas dialética e policêntrica⁹.

⁶ Sobre a discussão teórica acerca da natureza do Supremo Tribunal Federal, no sentido de sua alocação como corte ou tribunal constitucional, pertinentes as palavras de García de Enterría, para quem o Tribunal Constitucional possui naturalmente função política, uma vez que afere o controle de constitucionalidade do texto constitucional, igualmente de cunho essencialmente político, de modo que “es pues cierto que el Tribunal Constitucional decide conflictos políticos, pero lo característico es que la resolución de los mismos se hace por criterios y métodos jurídicos”. (ENTERRÍA, Eduardo García de. *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. 3. ed., Madrid: Civitas, 2001, p. 178).

⁷ Nesse sentido, Beclate Oliveira Silva assevera que a decisão, como consequência da cognição, é categoria de norma jurídica. Diz o autor que, “em uma perspectiva dialógica, a norma irá delimitar os contornos do gênero jurídico”. (SILVA, Beclate Oliveira. *A cognição no mandado de segurança sob o prisma dialógico de Mikhail Bakhtin*. Tese de Doutorado para a obtenção do título de doutor junto ao Programa de Pós-Graduação da Universidade Federal de Pernambuco, 2011, p. 61-63).

⁸ Por decisão estrutural pode ser entendida aquela que “busca implantar uma reforma estrutural (*structural reform*) em um ente, organização ou instituição, com o objetivo de concretizar um direito fundamental, realizar uma determinada política pública ou resolver litígios complexos. (DIDIER, Fredie; ZANETTI JR., Hermes; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. “Notas sobre as decisões estruturantes”. In *Processos estruturais*. Organizadores: Sérgio Cruz Arenhart e Marco Felix Jobim. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 341. Basta aferir a quantidade de julgamentos, pelo Supremo Tribunal Federal, de ações de controle de constitucionalidade de grande abrangência na sociedade, como a discussão acerca da natureza de união estável das entidades homoafetivas, cujo julgado será trazido no último capítulo para elucidação da problemática com a casuística de decisões dos tribunais superiores.

⁹ As ideias de policentrismo e de comparticipação indicam uma forma mais democrática de aferir as decisões judiciais. Possuem esteio no pensamento de Elio Fazzalari, segundo o qual o processo é concebido como um

Nesse cenário encontra-se o instituto do *amicus curiae*, conhecido também como “amigo da corte”¹⁰, tido como importante instrumento no papel de imprimir legitimação ao processo civil, por meio de fornecimento de elementos informativos, instrutivos, para subsidiar a tomada de decisão, mas principalmente para possibilitar a representatividade de setores das sociedades em julgados de repercussão social.

O discurso científico fundamenta-se na noção sistêmica, como elemento de lógica e de racionalidade¹¹, de sorte que a pesquisa apresenta o agir comunicativo sob a ótica do sistema jurídico. Interessa a análise do sistema jurídico (interno), o que pressupõe a racionalidade e a logicidade dos elementos normativos, a incidência e as consequências daí advindas, malgrado se tenha, com o presente trabalho, também a concretização da ciência jurídica (elementos do sistema externo), resultado da aferição do próprio Direito.

O Direito como objeto é construído pelo homem, havendo, por isso, a presença humana no plano da ciência jurídica e de seu objeto, sendo uma das características do direito positivo constituir-se também com a ciência do Direito. A ciência do Direito, enquanto sistema externo ou mesmo sistema da ciência do Direito, acaba por criar o Direito positivo, uma vez que esse constitui um processo cultural decorrente do agir humano. Todavia, apesar dessa confluência do discurso com o próprio Direito, devido a ambos se utilizarem da linguagem, não têm o condão de desconstituir os elementos formais que os compõem, a ponto de se confundirem os dois sistemas. Essa noção de sistema, apoiada na teoria sociológica de Niklas Luhmann¹², busca explicar o direito como estrutura dialógica dos sistemas sociais, numa tentativa de conciliar a relação entre sujeito e objeto, vindo a privilegiar a teoria da comunicação.

Assim, entende-se que a teoria dos sistemas se revela pertinente para explicar o sistema jurídico e sua evolução como redutor da complexidade da sociedade, valendo-se, por isso, de aspectos formais, nomeadamente explicando todo esse processo de redução de complexidade social por meio das decisões judiciais.

procedimento em contraditório, não se limitando a uma relação jurídico-processual (FAZZALARI, Elio. **Procedimento e processo (teoria generale)**. Enciclopedia del diritto. Milano: Giuffrè, 1986, 861).

¹⁰ O terceiro capítulo do presente estudo é dedicado à pesquisa sobre a origem etimológica e os antecedentes históricos do instituto.

¹¹ CORDEIRO, Antônio Menezes. “Introdução.” In CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do Direito**. de Claus-Wilhelm Canaris. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996, p. LXIV.

¹² LUHMAN, Niklas. **Legitimidade pelo procedimento**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2004.

A democratização da jurisdição, do contraditório participativo e das influências do *amicus curiae* sobre esses aspectos do processo contemporâneo resulta da complexidade da sociedade moderna, que se manifesta na influência nas decisões judiciais, de modo que o Direito, em especial o direito processual civil, pode ser concebido como um sistema comunicativo estritamente jurídico, sem que se olvidem as aberturas dialógicas com os demais sistemas sociais, como o político e o social, daí a importância do *amicus curiae* como instrumento para tanto.

As temáticas tratadas no presente estudo, com ênfase no papel do *amicus curiae* – contraditório, precedentes judiciais e demais matérias de relevância para a concepção de um processo essencialmente democrático –, possuem relação intrínseca com os grandes sistemas de criação do Direito, inclusive quanto à influência desses sistemas no direito processual civil brasileiro hoje.

Na atualidade, percebe-se uma aproximação dos dois regimes, não havendo que se falar mais em sistemas estanques do Direito, uma vez que, ao longo dos séculos, os regimes dos países de *civil law* e *common law* possuem cada vez mais intersecções, sobretudo no que se refere ao papel desempenhado pela lei e ao alcance da justiça, que representam o denominador comum nos dois sistemas jurídicos¹³.

Essas ilações acerca dos sistemas jurídicos permitirão compreender melhor a origem do *amicus curiae* e sua evolução, cujo desenvolvimento se deu no sistema de *common law*, e cujas influências são percebidas no âmbito do novo Código de Processo Civil.

Apoiada em tais premissas teóricas, a presente pesquisa trata do desenvolvimento do instituto do *amicus curiae* no Direito brasileiro, desde suas previsões em textos adjetivos esparsos até se chegar ao momento atual, com a importância que lhe é atribuída no direito processual contemporâneo e a delimitação da estrutura para se conferir o aspecto da democracia ao processo civil.

Justamente por tratar do modelo estrutural de contraditório, a pesquisa não pode se descurar de elementos da teoria da argumentação, idealizada por Jürgen Habermas¹⁴, como assinalado, nem da abertura da sociedade no processo de interpretação das normas, com expoente em Peter Habërle, para quem os meios de interpretação devem representar uma

¹³ DAVI, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 20.

¹⁴ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. 2. ed. Tradução de Flávio Beno Siebneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2012.

maior abertura da sociedade como alcance do interesse público, ou seja, “os critérios de interpretação constitucional hão de ser tanto mais abertos quanto mais pluralista for a sociedade”¹⁵.

Com efeito, o instituto do *amicus curiae* não é algo novo no direito brasileiro, tendo sido previsto no ordenamento, inicialmente, como forma de melhor subsidiar o debate com esclarecimentos de ordem técnica ou pareceres de caráter específico da área de atuação de alguns órgãos. Os primeiros registros normativos de atuação do *amicus curiae* no Direito brasileiro envolvem a participação de órgãos administrativos, como fomento de fiscalização das atividades nas áreas de sua competência, o que reforça a premissa de que o *amicus curiae* tem atuação voltada aos interesses institucionais, para melhor compreender o alcance deste instituto na vigência do novo Código de Processo Civil e sob os ditames da jurisdição democrática.

Além da intervenção de órgãos administrativos dotados de poder de fiscalização no âmbito de suas atividades, em processos de partes alheias, a figura do *amicus curiae* melhor se firmou, no Direito brasileiro, nos processos de jurisdição constitucional.

Nesse contexto, apresentada a evolução do direito processual civil e do movimento constitucional do processo, o marco teórico da presente pesquisa se deu a partir do processualismo constitucional democrático, para a compreensão do *amicus curiae* sob uma perspectiva participativa e policêntrica do processo.

Tal perspectiva serviu como principal parâmetro para apresentar os pressupostos teóricos do sistema processual civil atual e seus mais relevantes princípios informadores, entre eles os princípios da cooperação e do contraditório, compreendido este com uma abordagem mais ampla e participativa, mediante a definição de sua aplicação nos julgados.

Assim, a parte final da pesquisa traz os meandros da natureza jurídica do *amicus curiae* e da famigerada conceituação de parte e de terceiro, à luz dessa perspectiva policêntrica, para a delimitação das funções e dos poderes a serem conferidos ao *amicus curiae* no processo em que atua, sob pena de violação ao contraditório e de não atingimento da democracia atualmente idealizada no processo.

Há, neste cenário, entraves e dificuldades na consecução dos objetivos do *amicus curiae*, pois, apesar de muito se proclamar a legitimação das decisões judiciais, essa figura

¹⁵ HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta de intérpretes da Constituição – contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, p. 60.

ainda se revela com eficácia acanhada neste aspecto, especialmente nos processos de maior repercussão social, seja tomado em seara de repercussão geral ou controle de constitucionalidade, seja em sede de demanda repetitiva.

Perfilhado um apanhado teórico sobre os princípios jurídicos, o quinto capítulo buscou apresentar as nuances gerais sobre os princípios do direito processual civil, com enfoque na cooperação e no contraditório, sobretudo este último, por ser o objetivo específico do presente estudo, e sua relação com o princípio da fundamentação das decisões judiciais.

Com apoio na doutrina de Fredie Didier,¹⁶ a estruturação dos princípios como normas jurídicas, especificamente no sistema processual civil, contribuiu para a transformação da hermenêutica jurídica, com o reconhecimento do papel criativo e normativo da atividade jurisdicional: a função jurisdicional passa a ser encarada como uma função essencial ao desenvolvimento do Direito, seja pela estipulação da norma jurídica do caso concreto, seja pela interpretação dos textos normativos, definindo-se a norma geral que deles deve ser extraída e que deve ser aplicada a casos semelhantes.

O princípio do contraditório, previsto no art. 5º, LIV e LV, da Constituição Federal e no art. 7º do Código de Processo Civil, dá-se sob duas perspectivas, a saber: como garantia de participação no processo, de caráter formal, e como efetivo instrumento de influência no processo decisório, como expressão de sua dimensão material¹⁷.

Por meio do contraditório, revelam-se os aspectos dialéticos do processo e do “diálogo judicial para a formação do juízo”¹⁸. O princípio do contraditório é um dos mais importantes, por integrar o conceito de processo, compreendido como um procedimento em contraditório, uma vez que, na realização dos atos processuais, com vistas a um provimento, são chamados a participar todos os envolvidos no procedimento, de modo que esta participação – o contraditório – torna-se a essência do processo, a sua maior característica, assumindo papel fundamental na concreção do direito, especialmente no processo de tomada da decisão ou na elaboração da norma de decisão.

Numa visão normativa do *amicus curiae*, merece atenção sua previsão no atual Código de Processo Civil, no art. 138, em que se estabelecem como requisitos desta

¹⁶ DIDIER, Fredie Didier. *Op. cit.*, p. 47.

¹⁷ *Idem, ibidem. Op. cit.*, p. 93.

¹⁸ ARZLA, Giuseppe... “O contraditório no processo executivo” in *Revista de Processo*, n. 28, outubro-dezembro de 1982, p. 56; OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro... “A garantia do contraditório” in *Revista Forense*, vol. 346, abril-junho, 1999, p. 12.

modalidade: a) relevância da matéria, para que a questão transcenda o mero interesse individual; b) especificidade do objeto da demanda, sendo exigidos conhecimentos particulares e específicos; c) repercussão social da controvérsia, ou seja, a questão deve mobilizar um interesse institucional; e d) interesse institucional do terceiro, pessoa natural ou jurídica, órgão ou entidade especializada.

A esse respeito, para o objeto deste estudo, o interesse do *amicus curiae*, motivador de sua intervenção, constitui fator importante na delimitação de sua qualificação jurídica, pois, apesar de seu enquadramento legal como modalidade de intervenção de terceiros, ainda pairam dúvidas sobre sua natureza jurídica¹⁹, daí por que, no quinto capítulo, consta apanhado doutrinário sobre a distinção entre parte e terceiro.

No entanto, o processo civil passou por transformações, inclusive na forma de se conceber os sujeitos de que dele participam, razão pela qual, atualmente, pode-se conceber o conceito de partes da demanda e de partes do processo, a incluir, nesta última categoria, aqueles sujeitos que atuam no procedimento em contraditório, de modo que o conceito de parte processual – embora ainda tenha como ponto de partida a relação jurídico processual – alcança os sujeitos parciais que nela participem na defesa de alguma pretensão.²⁰

Apresenta-se, ainda, o *amicus curiae* sob uma perspectiva tridimensional²¹, para abarcar suas variadas qualificações jurídicas de terceiro *sui generis*²² ou ainda de terceiro especial²³, como conceito em construção, sendo inegável o caráter inovador dessa forma de intervenção²⁴.

Entre os escopos políticos do processo, destaca-se a missão de permitir a participação do indivíduo na vida política do país. Trata-se de peculiar espectro da condição de cidadão, o *status activae civitatis*, que consubstancia o direito fundamental de participação

¹⁹ O Supremo Tribunal Federal, por sua vez, já se posicionou no sentido de que o *amicus curiae* seria um colaborador da justiça (STF, Pleno, ADI 3.460/DF, Rel. Min. Teori Zavascki, DJ 12.3.2015).

²⁰ Tal nomenclatura mais atual, advinda de pensamento crítico explanado por Alexandre Freitas Câmara, busca atender ao conceito mais plural de contraditório, afastando-se de um rigor do conceito de partes, para contemplar os sujeitos processuais que participam do processo e nele atuam em observância do contraditório. (CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*, Rio de Janeiro: Atlas, 2010, p. 178).

²¹ SULLA, João Antônio Barbieri. *Amicus curiae tridimensional: análise e perspectivas no novo Código de Processo Civil*. Curitiba: Juruá, 2018, p. 218.

²² Soares, Marcelo Negri. *Amicus curiae no Brasil: um terceiro necessário*. Nesse sentido, ainda, Andréia Maria Bonatto (BONATTO, Andréia Maria. *O instituto jurídico do amicus curiae e sua aplicação no direito brasileiro*, p. 5).

²³ CHANAN, Guilherme Giacomelli. *Amicus curiae no direito brasileiro e a possibilidade de seu cabimento nas cortes estaduais*, p. 4.

²⁴ SILVA, Larissa Clare Pochmann da. *O amicus curiae no (novo) processo civil brasileiro*. Revista Culturas Jurídicas, p. 12.

ativa nos procedimentos estatais decisórios, vale dizer, o direito de influenciar a formação de normas jurídicas vinculativas²⁵.

Por fim, o estudo apresenta síntese conclusiva quanto à urgência de se emprestar a devida eficácia à atuação do *amicus curiae* com a apreciação de seus argumentos e debates apresentados com base na abertura dialógica, sob pena do não alcance das finalidades do contraditório e de observância do dever de fundamentação das decisões judiciais, numa perspectiva do processualismo constitucional democrático, policêntrico e participativo.

2 DIREITO PROCESSUAL CONTEMPORÂNEO: JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E O MODELO ATUAL DE DIREITO PROCESSUAL CONSTITUCIONAL DEMOCRÁTICO

²⁵ Neste sentido, CALMON DE PASSOS, José Joaquim. “Instrumentalidade do processo e devido processo legal”, in *Revista Forense*, vol. 35, p. 109, preferindo a denominação, também adotada por HÄBERLE, de *status activus processualis*.

2.1 Fundamentos teóricos do Estado de Direito: da fase liberal ao Estado Democrático de Direito

Para se compreender a evolução do direito processual civil no Direito ocidental, importante aferir a própria evolução do Estado de Direito, porquanto a forma de constituição do Estado e a forma de se conceber a ordem jurídica têm estrita relação com o sistema jurídico, e, neste âmbito, com as normas processuais e o modo como aplicadas pelo Poder Judiciário.

A própria concepção de Estado, de democracia e da atuação do Poder Judiciário guarda importância para o deslinde do tema deste estudo, haja vista que o instituto do *amicus curiae*, como instrumento de caráter processual, envolve o ideal de democracia na construção das decisões judiciais, na forma atual da jurisdição democrática e, em última medida, do próprio Estado.

É de se observar que, nos séculos XVII e XVIII, o Direito incorporou o jusnaturalismo racionalista, fomentado nas revoluções americana e francesa, período em que a lei estatal passou a ser a única fonte do poder. De tal premissa surge a ideia do Estado de Direito plasmado na superioridade da lei, ou melhor, na superioridade da Constituição, visto que é principalmente por meio desta que os direitos naturais, antes desprotegidos no aspecto normativo, foram positivados na ordem jurídica.

No entanto, o Estado de Direito não se encerra numa simples ideia de um Estado regulado por leis, o que caracterizaria um Estado legalista ou Estado legal²⁶, pois aquele pressupõe a legalidade fundada na legitimidade e na previsão e no respeito aos direitos fundamentais.

Com efeito, o Estado de Direito concebido modernamente e de modo racionalista fundamenta-se no contrato social e na noção de legitimidade. Tais fundamentos ganham força

²⁶ Hermes Zaneti Jr. traz a denominação de Estado nomocrático para afirmar que, no Estado liberal burguês do século XIX, “as declarações de direitos eram apenas nominativas e a Constituição tinha por principal função ordenar os diversos ramos do Poder. O Estado legalista era reativo e deixava ao Poder Judiciário uma esfera muito fraca de intervenção – ao Judiciário era imputada apenas a fatia corretiva, ou seja, a justiça retributiva e a defesa dos direitos individuais do cidadão” (ZANETI JR., Hermes. **O valor vinculante dos precedentes: Teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes**. Salvador: Editora JusPodivm, 2019, p. 211).

ao se observar a Constituição como modo de estruturar o Estado de Direito.²⁷ Nela estão as disposições referentes ao funcionamento do Estado, o processo legislativo, ou seja, a competência legislativa, os procedimentos que devem ser observados e, ainda, seus limites.

Assim, vê-se que o Estado de Direito se fundamenta em quatro pressupostos básicos, a saber: o constitucionalismo, a separação dos Poderes, a superioridade da lei e a garantia dos direitos individuais²⁸.

Com o surgimento do Estado moderno, houve necessidade de uma maior estruturação do poder, de modo que, num primeiro momento, o Estado moderno guardou viés absolutista e, portanto, sem Constituição. Foi diante da exigência de maior controle do poder que o constitucionalismo ganhou força.

Como assevera Lenio Streck²⁹,

o constitucionalismo, pelas suas características contratualistas, vai se firmar como uma teoria que tem a Constituição como lei fundamental apta a limitar o poder, porém, mais que isso, limitar o poder em benefício de direitos, os quais, conforme a evolução histórica, vão se construindo no engate das lutas políticas (direitos de primeira, segunda, terceira e quarta dimensões, que demonstram as diversas fases pelas quais passou o Estado de Direito a partir da revolução francesa até os dias atuais). O constitucionalismo é, assim, um movimento que objetiva colocar os limites no político. E essa limitação assume diferentes matizes, chegando ao seu ápice no segundo pós-guerra, a partir da noção de Constituição dirigente e compromissória e da noção de Estado Democrático de Direito.

Até o final do século XVIII, o Estado não se fundamentava no documento formal chamado Constituição, como atualmente é concebido, ainda que as sociedades em geral, mesmo que costumeiramente, se desenvolvessem sob as regras de organização de poder e de competência; todavia, inexistia a formalização da Constituição como documento, com matérias atinentes à estrutura do poder e do Estado, bem assim à positivação dos direitos fundamentais.

Corroborar essa afirmação a forma de organização da sociedade grega na Idade Antiga, na qual a noção de Constituição se refletia na finalidade política daquele povo, delineando o modo de ser da pólis. Sobre esse aspecto, importante trazer à colação o entendimento de Aristóteles no sentido de ser a Constituição – concebida mais precariamente

²⁷ No dizer de Mandelli Júnior, “estes documentos passariam, então, a ter a incumbência de estruturar juridicamente o poder político do Estado, definir a sua forma e sistema de governo, a divisão e o funcionamento dos órgãos que prestam atividades do poder, o modelo econômico, bem como limitações ao poder político, através dos direitos e garantias fundamentais” (*Os direitos sociais e as cláusulas pétreas*. Tese apresentada no XXV Congresso Nacional de Procuradores de Estado. Maceió. ANAPE, 1999).

²⁸ FERREIRA, Manoel Gonçalves Filho, *Aspectos do Direito Constitucional Contemporâneo*. 2003.

²⁹ STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 01.

– composta por três partes, a saber: “*a parte deliberativa, relativa aos interesses comuns; a parte relacionada com as administrações e magistraturas; a parte, enfim, encarregada de aplicar a justiça*”.³⁰

De fato, o surgimento das constituições guarda estrita relação com a necessidade de limitação do poder político e a perspectiva de uma sociedade organizada sob o primado da lei. Numa abordagem histórica, percebe-se que o movimento do constitucionalismo se iniciou muito antes desta perspectiva mais formal de Constituição. Relata Barroso que as ideias centrais desse movimento remontam à Antiguidade clássica, especialmente apoiado no pensamento filosófico de Sócrates, Platão e Aristóteles³¹.

Sob a perspectiva histórica, pode-se observar o movimento do constitucionalismo desde a Antiguidade clássica, tendo sido Atenas o primeiro registro de limitação do poder político, com o governo de leis, inclusive com a participação dos cidadãos nos assuntos da pólis³².

Na Antiguidade grega, depreende-se o ideal de constitucionalismo, que foi compartilhado no Império Romano, instituído em 529 a.C.

Esclarece Barroso³³ que,

a despeito de seu caráter aristocrático, o poder na República era repartido por instituições que se controlavam e temiam reciprocamente. Nada obstante, um conjunto de causas conduziram ao modelo republicano, entre as quais o sistema de privilégios da aristocracia patricia e a insatisfação das tropas, do povo e das outras aristocracias excluídas dos cargos consulares e do Senado.

Com a queda do Império Romano em 476, sucederam outros impérios, mais precisamente o Império Bizantino, as tribos germânicas invasoras e o império árabe do Islã, de modo que os povos da Europa integravam principados autônomos e difusos, daí por que somente no século X a autoridade mais ampla passou a ser a Igreja católica, com base no Sagrado Império Romano-Germânico³⁴.

Note-se que a ideia de Constituição, no tocante à organização do poder político é vislumbrada desde os primórdios da formação da sociedade, levando Ferdinand Lassale à assertiva de que a essência da Constituição reflete a soma dos fatores reais do poder que

³⁰ GOYARD-FABRE, Simone. *Os princípios filosóficos do Direito Público Moderno*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 102.

³¹ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, p. 32.

³² *Idem, ibidem. Op. cit.*, p. 33.

³³ *Idem, ibidem. Op. cit.*, p. 33.

³⁴ *Idem, ibidem. Op. cit.*, p. 35.

regem uma nação, não sendo necessário que esta seja escrita. O fato de ela ser escrita numa *folha de papel* não significa que seja uma Constituição real ou legítima, pois, se não corresponder aos fatores reais do poder da sociedade, não passará de uma mera *folha de papel*³⁵, conferindo um sentido ou acepção sociológica de Constituição.

Nas palavras de Barroso, “*constitucionalismo significa, em essência, limitação do poder e supremacia da lei (Estado de Direito, rule of law, Rechtsstaat)*”³⁶. Ainda segundo o referido autor, num Estado constitucional existem limitações materiais, como o respeito à dignidade humana; orgânicas, como as regras de funcionamento dos poderes; e as de caráter processual, como a observância ao contraditório.

Essa noção perdurou na Idade Média, mais precisamente no século XIII, mas como diferencial, destacado por Simone Goyard-Fabre³⁷, de oscilação semântica quanto à palavra Constituição, visto que fora empregada durante esse período no sentido de instituição, evidenciada em forma de forais ou pactos, tal como se deu no pacto firmado entre os senhores feudais e o rei da Inglaterra João Sem Terra, visando assegurar mais liberdade a tal segmento da sociedade através da limitação do poder político.

Assim, sob a abordagem histórica, merece registro que o Estado moderno surge já no século XVI, ao final da Idade Média, com a queda do sistema feudal.

Diz Barroso que o Estado moderno³⁸

nasce absolutista, por circunstância e necessidade, com seus monarcas ungidos por direito divino. O poder secular liberta-se progressivamente do poder religioso, mas sem lhe desprezar o potencial de legitimação. Soberania é o conceito da hora, concebida como absoluta e indivisível, atributo essencial do poder político estatal.

Depreende-se, portanto, que a constatação da existência de Constituição ao longo da história está intimamente relacionada à matéria fundamental por ela regulamentada: a estrutura do Estado ou estatuto orgânico do Estado. Sob o aspecto material, desde os primórdios vê-se a existência de Constituição.

No plano da ciência, desde Aristóteles se teoriza sobre Constituição³⁹; essas ideias vieram a ter especial reforço no final do século XVII e início do século XVIII, entre as quais

³⁵ LASSALE, Ferdinand. *A essência da Constituição*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 1998, p. 32.

³⁶ BARROSO, Luís Roberto. *Op. cit.*, p. 33.

³⁷ *Idem, ibidem*, p. 102.

³⁸ BARROSO, Luís Roberto. *Op. cit.*, p. 36.

se destacam o *Tratado do Governo Civil* (1690), de John Locke, e *O espírito das leis* (1748), de Montesquieu, que consagra a exigência da separação dos poderes como forma de limitar o poder do monarca.

Entretanto, é nos primados da Revolução Francesa, disseminada no seio da sociedade e da comunidade jurídica: LIBERDADE, IGUALDADE E FRATERNIDADE (*Liberté, égalité e fraternité*), que a ideia constitucional assume o sentido e a força que possui nos dias atuais. Isso porque, com o advento do Estado Moderno, deu-se vazão ao movimento denominado Constitucionalismo formal, evidenciado pela criação de constituições escritas, iniciado com a Constituição americana (1787) e a francesa (1789), passando a Constituição a representar o documento legal e legítimo não só de formulação da maneira de ser do Estado, em que constam normas dispendo acerca de suas relações fundamentais, como forma de governo, estrutura do Estado, repartição de competências entre os entes políticos, divisão dos poderes, mas também o principal instrumento do processo de positivação dos direitos naturais, até então desprotegidos pela ordem jurídica do país, sendo certo que a partir daí a ideia constitucional se impôs a todo o pensamento político moderno.

A soberania destaca o núcleo essencial do Estado moderno, nomeadamente diante da necessidade de fazer frente ao regime absolutista de outrora. No entanto, com as revoluções francesa e americana, “o poder soberano passa nominalmente para o povo, uma abstração aristocrático-burguesa que, com o tempo, iria democratizar-se”⁴⁰.

Assim, tem início o constitucionalismo liberal a partir do final do século XVIII, período em que se observa a transição da monarquia absolutista para o Estado liberal.

No que concerne à característica da separação dos Poderes, teorizada por Montesquieu, na sua clássica obra intitulada *Do Espírito das Leis*.⁴¹ De fato, não há de se considerar um Estado que eleva o respeito aos direitos humanos e à Constituição tendo as atividades dos seus governantes submetidas às leis por ele criadas, cujo descumprimento gera

³⁹ Cumpre destacar, sobre este aspecto, que a teorização do Poder Constituinte, no direito moderno, é contribuição de Joseph Sièyes, que, em sua célebre obra *Qu'est-ce que le Tiers État? (Que é Terceiro Estado?)*, afirma que a nação delega à Assembleia Nacional Constituinte a função de criar o instrumento orgânico regente do Estado.

⁴⁰ BARROSO, Luís Roberto. *Op. cit.*, p. 36.

⁴¹ Em sua difundida obra, Montesquieu apresenta conceitos sobre as formas de governo e seu exercício, considerados primados da ciência política, além de influenciarem o pensamento político moderno. (Montesquieu, Charles Louis de Seconda. *Do espírito das leis*. São Paulo: Martin Claret, 2003).

sanções ao Estado, sem que haja uma divisão das suas funções⁴² e uma consequente divisão dos Poderes, sob pena de os atos estatais resultarem em arbitrariedade e em tirania.

Quanto ao pressuposto da superioridade da lei, é de se observar que, no Estado de Direito, a lei é concebida como ato formal emanado do Poder Legislativo, fruto da Vontade Geral,⁴³ que justifica a submissão do Estado ao império da lei e a superioridade desta, consistente em condicionar os atos do Poder Executivo e do Poder Judiciário, assim como os da sociedade. Por fim, tem-se a garantia dos direitos individuais que, no Estado de Direito, passaram a ser respeitados devido à sua constitucionalização e à inferida positivação.

Nesta primeira fase – *Estado Liberal de Direito* –, o Estado assume um caráter abstencionista, neutro ou mínimo, a fim de garantir as liberdades individuais.⁴⁴

Nas palavras de Rafael Alem Mello Ferreira⁴⁵,

a subordinação igualitária de todos à lei é institucionalizada por meio de adoção das premissas defendidas pelo paradigma liberal; assim, preza-se pelo chamado império da lei, que atribui ao sistema jurídico a garantia de uma igualdade formal. A própria ideia de livre-formulação de contratos está atrelada à igualdade entre os participantes tanto entre si como em sua relação com o Estado-juiz. Empreendia-se, sob a alegação da pretensa igualdade obtida, a vitória da sociedade em face da antiga denominação social com base transcendental. Por meio do espaço de liberdade garantido pela igualdade ante as leis, o caminho certo para a realização dos objetivos tão caros aos indivíduos, como a busca pela felicidade, seria viável.

A despeito de o Estado Liberal de Direito fomentar as liberdades individuais, com a proteção dos direitos de cada um, mostrou-se insuficiente no que concerne à garantia da

⁴² A divisão dos Poderes em Executivo, Legislativo e Judiciário é tida como necessária ao Estado de Direito no que toca ao controle do exercício do poder político, repartindo-se funções entre os órgãos distintos que o compõem. Assim, cada Poder exerce uma função. Ao Poder Legislativo é incumbida a função legislativa, concernente à edição de leis dotadas de generalidade e abstração, com a finalidade de regular a vida dos cidadãos e atividades dos demais Poderes. Ao Poder Executivo cabe a função administrativa, correspondente à aplicação das leis, como a cobrança de tributos, prestação de serviços e a ordenação, de um modo geral, da vida privada. E, por último, o Poder Judiciário exerce a função jurisdicional, julgando, quando provocado, os conflitos de interesses, seja entre particulares ou destes com o Poder Público. É importante salientar que, com a separação dos Poderes, estes desempenham suas funções de modo harmônico e interdependente, podendo ocorrer intervenções de um órgão no outro, caracterizando o sistema de freios e contrapesos, o qual traz como consequência o controle mútuo desses órgãos, bem como seu equilíbrio entre os Poderes.

⁴³ “As leis são, propriamente, mais do que as condições da associação civil. O povo, submetido às leis, deve ser o seu autor. Só àqueles que se associam cabe regulamentar as condições da sociedade.” (ROUSSEAU, Jean Jacques. *O contrato social*. 3. ed., São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 48).

⁴⁴ O Estado não interfere na vida econômica dos indivíduos, com vistas a oferecer o alicerce necessário para o exercício da liberdade, tão visada nesse período, em virtude da repressão existente no regime anterior, o absolutista.

⁴⁵ FERREIRA, Rafael Alem Mello. *Jurisdição constitucional agressiva – o STF e a Democracia Deliberativa de Jürgen Habermas*. Curitiba, Juruá Editora, 2015, p. 42-43.

dignidade humana e do bem comum.⁴⁶ Em decorrência da crise social do século XIX, surgiu a necessidade de proteção do bem comum e o chamado Estado Social de Direito, evolução do Estado Liberal de Direito.

O Estado Social de Direito foi se fixando a partir da Revolução Industrial, já no século XIX, quando a burguesia se firmou como detentora do capital e dos bens de produção e, em contrapartida, surgiu a classe operária, descontente com seus baixos salários, péssimas condições de trabalho e abandono do Estado. Tornou-se imprescindível, então, que ao contrário de ações negativas com a finalidade de garantir, em suma, a liberdade individual, fossem exercidas, pelo Estado, ações positivas, a fim de efetivar os ditames do Desenvolvimento e da Justiça Social.

Conforme adverte Rafael Alem Mello Teixeira, “torna-se precípua a função do Estado de realizar políticas públicas com o intuito de garantir o acesso material a direitos ditos como universais pelo paradigma liberal”⁴⁷.

O Estado Social de Direito, contudo, ainda se mostrou insuficiente para a efetivação dos direitos, uma vez que se transformou num regime em que o intervencionismo estatal predominou, gerando, assim, insatisfação, correspondente à participação dos grupos e da sociedade civil como um todo na busca da Justiça Social. Surgiu, então, o Estado Democrático de Direito, no qual os destinatários do poder político participam regularmente no exercício desse poder.

Segundo José Afonso da Silva,

a configuração do Estado Democrático de Direito não significa apenas unir formalmente os conceitos de Estado Democrático e Estado de Direito. Consiste, na verdade, na criação de um conceito novo, que leva em conta os conceitos dos elementos componentes, mas os supera na medida em que incorpora um componente revolucionário de transformação do *status quo*.⁴⁸

Nesta linha, o Estado Democrático de Direito tem como pressupostos os do Estado Liberal de Direito, mas com a ressalva de que, a esses pressupostos, acrescenta-se a ideia de democracia. Portanto, esses ideais, sem perder seu conteúdo inicial, evoluem qualitativamente até chegar ao seu atual estágio: um Estado Democrático de Direito.

⁴⁶ Como afirma Guilherme Braga de Moraes (*Dos direitos fundamentais: contribuição para uma teoria*. São Paulo, LTR, 1997, p. 70): “o Estado só seria necessário para harmonizar as liberdades individuais, evitando que se chocassem. No entanto, a garantia do Bem comum não lhe daria respeito”.

⁴⁷ FERREIRA, Rafael Alem Mello. *Op. cit.*, p. 42-43.

⁴⁸ SILVA, José Afonso da. *Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 123.

A esse respeito, Jürgen Habermas concebe a importância da democracia na atuação do Estado e no desenvolvimento do sistema jurídico. Segundo o autor⁴⁹,

na medida em que os programas legais dependem de uma concretização que contribui para desenvolver o direito – a tal ponto que a justiça, apesar de todas as cautelas, é obrigada a tomar decisões nas zonas cinzentas que surgem entre a legislação e a aplicação do direito –, os discursos acerca da aplicação do direito têm de ser complementados, de modo claro, por elementos dos discursos de fundamentação. Esses elementos de uma formação quase legisladora da opinião e da vontade necessitam certamente de outro tipo de legitimação. O fardo dessa legitimação suplementar poderia ser assumido pela obrigação de apresentar justificações perante um fórum judiciário crítico. Isso seria possível através da institucionalização de uma esfera pública jurídica capaz de ultrapassar a atual cultura de especialistas e suficientemente sensível para transformar as decisões problemáticas em foco de controvérsias públicas.

Essa noção de democracia na construção das decisões judiciais, nomeadamente em face de o sistema jurídico estar inserido no Estado Democrático de Direito, guarda papel principal na forma de se conceber o processo civil contemporâneo⁵⁰ e de como se pode contribuir para a consecução dos ideais de democracia no âmbito processual e sob a atuação do Poder Judiciário.

2.2 Breve incursão histórica acerca do constitucionalismo moderno: a evolução do pensamento político-jurídico e a ideia de jurisdição constitucional

A perspectiva teórica explanada no tópico anterior reflete a importância do constitucionalismo para a ordem jurídica, a justificar a sua influência por todo o ordenamento jurídico, de modo a servir de fundamento de validade da ordem normativa vigente⁵¹, seja no

⁴⁹ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. 2. ed. Tradução de Flávio Beno Siebneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2012, p. 184.

⁵⁰ No atual estágio do processo, pode-se conceber uma teoria constitucional do processo, entendimento como “instrumento de exercício da cidadania, adequado e apto à pacificação social”. Com efeito, “o fenômeno da constitucionalização do processo, ao ressaltar o caráter publicístico do processo, supera a dimensão puramente técnica e socialmente neutra, de forma a evidenciar a questão do acesso à Justiça e da técnica processual direcionada social: pacificação com a Justiça”. (SOUZA, André Pagani de; CARACIOLA, Andrea Boari; ASSIS, Carlos Augusto de; FERNANDES, Luís Eduardo Simardi; DELLORE, Luiz. *Teoria Geral do Processo Contemporâneo*. 4ed. São Paulo: Atlas, 2019, p. 35.

⁵¹ Nesse ponto, importante ressaltar que Hans Kelsen, além de teorizar sobre a Constituição como as normas situadas no ápice da pirâmide normativa, criou um artifício lógico para fundamentar a ordem jurídica posta: a norma hipotética fundamental, antecedente, pré-jurídica e lógico-transcendental. Assim, ressalta o aludido autor:

aspecto formal, seja no substancial. Nesse sentido, vale o registro das palavras de Hans Kelsen⁵²:

O sistema de normas que se apresenta como uma ordem jurídica tem essencialmente um caráter dinâmico. Uma norma jurídica não vale porque tem um determinado conteúdo, quer dizer, porque o seu conteúdo pode ser deduzido pela vida de um raciocínio lógico de uma norma fundamental pressuposta, mas porque é criada de uma forma determinada – em última análise, por uma forma fixada por uma norma fundamental pressuposta. Por isso, e somente por isso, pertence ela à ordem jurídica cujas normas são criadas de conformidade com esta norma fundamental. Por isso, todo e qualquer conteúdo pode ser de Direito.

Afigura-se, portanto, precisa, na estrutura fechada do sistema jurídico, a noção de que as normas jurídicas possuem uma unidade lógica neste sistema. A norma superior concerne ao fundamento de validade das normas inferiores, porquanto dispõe sobre a forma de criação das normas a ela inferiores. A aferição de validade da norma inferior implica necessariamente o reconhecimento de que a norma superior dita seu processo de formação e, conseqüentemente, de inserção na ordem jurídica.

Esse constitui o pressuposto teórico para justificar a existência de normas inferiores e superiores, da qual se destaca a Constituição, ou seja, serve para relevar a legitimidade da força normativa e suprema da Constituição, não sendo, por outro lado, afirmativa a assertiva de que a relação entre as normas infraconstitucionais e a Constituição se dá apenas no âmbito formal, pois, fixada a premissa de que Constituição é a norma fundamental do ordenamento jurídico, todas as normas infraconstitucionais devem observá-la no aspecto formal ou no material.

“a norma que representa o fundamento de validade de uma outra norma é, em face desta, uma norma superior. Mas a indagação do fundamento de validade de uma norma não pode, tal como a investigação da causa de um determinado efeito, perder-se no indeterminável. Tem de terminar numa norma que se pressupõe como a última e a mais elevada. Como norma mais elevada, ela tem de ser *pressuposta*, visto que não pode ser *posta* por uma autoridade, cuja competência teria de se fundar numa norma ainda mais elevada. A sua validade já não pode ser derivada de uma norma mais elevada, o fundamento de validade já não pode ser posto em questão. Uma tal norma, pressuposta como a mais elevada, será aqui designada como a norma fundamental (*Grundnorm*)” (KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo. Martins Fontes, 2003, p. 217). Sua preocupação consiste exatamente em apresentar uma estrutura fechada de sistema jurídico, sem a interferência de outros aspectos de ordem extrajurídica, como o político, o econômico, o moral etc. Para tanto, criou um artifício lógico: a norma hipotética fundamental, de modo que todas as normas jurídicas teriam como fundamento de validade a norma hipotética como pressuposto abstrato de existência. Insta informar que a norma hipotética é oca de sentido, ou seja, ela é vazia, a fim de possibilitar a compreensão de que todos os elementos valorativos ou de ordem subjetiva lá encontram guarida.

⁵² KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo. Martins Fontes, 2003, p. 218.

No Brasil, o Estado Democrático de Direito possui lastro em um constitucionalismo de viés garantista, traduzido em três marcos fundamentais, conforme assevera Hermes Zaneti Jr.⁵³, a saber:

o marco histórico, ocorrido no Brasil em dois momentos, na Constituição Republicana de 1891 e a partir de 1988, com a priorização dos direitos fundamentais; o marco filosófico pós-positivista, que consiste na superação, ao mesmo tempo, da lei como única fonte do direito e das diferenças radicais entre moral e direito, reconhecendo indeterminação da norma e do papel do intérprete (distinção entre texto e norma); e, por fim, o marco teórico, que reconhece o papel preponderante da força normativa da Constituição nos ordenamentos jurídicos e o reconhecimento dos direitos fundamentais como normas, e engloba desde o controle de constitucionalidade até as novas técnicas de interpretação jurídicas.

Depreende-se que a interpretação das normas infraconstitucionais reclama necessariamente a observância das normas constitucionais pertinentes à matéria. É o que os constitucionalistas denominam “princípio do filtro constitucional” – um dos princípios informadores da hermenêutica constitucional –, segundo o qual as normas infraconstitucionais, que compõem os diversos ramos do Direito desde a codificação, devem ser interpretadas sempre à luz da Constituição.

Esse princípio, juntamente com os subsídios teóricos já fixados, evidencia o processo de transformações do Direito, no qual se insere o direito processual civil. Conforme aludido na doutrina pátria, o processo é o principal instrumento de realização e conformação do Direito, daí a importância de estudar suas vicissitudes e as problemáticas que o envolvem. À semelhança do direito civil, mas numa proporção menos brusca, pois as normas processuais guardam natureza pública e cogente, o direito processual civil vem sendo reformulado para atender aos ditames constitucionais aplicados, tendo como exemplo mais elucidativo a regra constitucional que impõe a observância do devido processo legal no âmbito dos processos judiciais e administrativos como forma de garantir o direito fundamental à ampla defesa e ao contraditório.

2.2.1 Aspectos teóricos de jurisdição constitucional no Estado Democrático de Direito e a necessidade de legitimação das decisões judiciais

⁵³ ZANETI JR., Hermes. *A teoria da separação dos poderes e o Estado Democrático Constitucional*. In R. bras. Dir. proc. - RBDPro, Belo Horizonte, ano 18, n. 70, p. 49-81, abr./jun. 2010, p. 54.

No âmbito da jurisdição constitucional propriamente dita, em que prepondera um processo constitucional objetivo, cujo objeto da ação reside no conflito entre as normas infraconstitucionais e a Constituição -- *contencioso constitucional*.

Conforme elucidado por Louis Favoreu, o contencioso constitucional se distingue do contencioso ordinário na medida em que não se pode falar de litígios, senão de um processo objetivo voltado à manutenção ou à restauração da ordem constitucional (controle de constitucionalidade).⁵⁴

Mesmo no caso do controle difuso de constitucionalidade, em que o reconhecimento da inconstitucionalidade se dá por via de exceção, concebida como uma questão prejudicial de constitucionalidade, ou seja, a invocação da inconstitucionalidade pela parte compõe a sua causa de pedir, a fim de afastar a lei na aplicação do caso concreto, tal declaração de constitucionalidade garante por meio indireto a preservação das normas constitucionais.

Com efeito, no contencioso constitucional, assim entendido como o conflito constitucional sem sujeitos, há uma preocupação com a restauração ou preservação da ordem constitucional, inserindo-se no âmbito das medidas constitucionais de projeção na Justiça Constitucional ou jurisdição constitucional, baseada no pressuposto da força normativa da Constituição. Diz que a Constituição

é a base indispensável das normas jurídicas que regem a conduta recíproca dos membros da coletividade estatal, assim como das que determinam os órgãos necessários para aplicá-las e impô-las, e a maneira como devem proceder, isto é, em suma, o fundamento da ordem estatal.⁵⁵

Justifica-se a jurisdição constitucional no princípio da supremacia da Constituição, mediante o qual a Constituição é erigida em parâmetro de validade dos atos infraconstitucionais, exigindo-se a garantia judicial de sua observância através do controle de constitucionalidade, aparato do Estado para coibir as violações à Constituição no âmbito da justiça constitucional.

Nesse contexto, é cediço que o direito europeu aprecia a possibilidade de existência de um tribunal constitucional não componente do Poder Judiciário, destinado às causas de natureza estritamente constitucional, referente à (in)validade ou (in)constitucionalidade das normas infraconstitucionais ou mesmo das normas constitucionais

⁵⁴ FAVOREU, Louis. *Tribunales Constitucionales*. Barcelona: Ariel Derecho, p. 15.

⁵⁵ KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 131.

derivadas, advindas do processo de emenda, evidenciando-se o referido processo constitucional objetivo, descurado de direito, de interesse subjetivo e de pretensão resistida (lide), uma vez que os conflitos ficam adstritos aos fatos decorrentes da aplicação da jurisdição constitucional orgânica e internacional.

Nessa linha, os tribunais constitucionais⁵⁶ não exercem propriamente a jurisdição, funcionando mais como um legislador negativo, pois a aferição da compatibilidade lógica entre a lei e a Constituição não implicaria a aplicação dessa lei a um caso concreto, ao contrário, pela decisão do tribunal constitucional, a lei será expurgada do ordenamento jurídico.

Depreende-se um caráter formal de jurisdição constitucional, o qual reclama a criação de um tribunal específico, competente para resolver as questões relacionadas ao controle de constitucionalidade das leis infraconstitucionais. Esse é, por excelência, o modelo de jurisdição constitucional adotado em França, Áustria, Alemanha e Rússia, entre outros países da Europa.⁵⁷

Todavia, ao lado desse sistema europeu de controle de constitucionalidade, em que há a criação de um tribunal constitucional, depreende-se do direito comparado o sistema norte-americano de controle de constitucionalidade, no qual a jurisdição constitucional é exercida pelo mesmo aparato jurisdicional que decide as questões referentes à jurisdição ordinária, sendo certo que, qualquer que seja a natureza dos litígios, eles serão julgados pelos mesmos juízes e tribunais. Na posição noticiada por Louis Favoreu, não há aqui um “verdadeiro contencioso constitucional”.⁵⁸

Esse é o modelo utilizado pela jurisdição constitucional brasileira, na qual o órgão competente para apreciar as questões voltadas à validade das normas constitucionais compõe a estrutura do Poder Judiciário, no caso, o Supremo Tribunal Federal.

O Supremo Tribunal Federal, como órgão legitimado pela Constituição para análise e preservação das regras e princípios constitucionais, há muito se afastou da concepção pura de legislador negativo, concepção essa idealizada no cenário da justiça

⁵⁶ Na lição de García de Enterría, o Tribunal Constitucional possui naturalmente função política, uma vez que afere o controle de constitucionalidade do texto constitucional, igualmente de cunho essencialmente político, de modo que “es pues, cierto que el Tribunal Constitucional decide conflictos políticos, pero lo característico es que la resolución de los mismos se hace por criterios y métodos jurídicos” (ENTERRÍA, Eduardo García de. *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. 3. ed., Madrid: Civitas, 2001, p. 178).

⁵⁷ FAVOREU, Louis. *Op. cit.*, p. 16-42.

⁵⁸ FAVOREU, Louis. *Op. cit.*, p. 15.

constitucional, para influenciar e – em muitos casos – promover a normatização das hipóteses ocorridas no seio da sociedade, mormente nos casos de omissão constitucional.

É inegável a consolidação do papel da jurisdição constitucional na realização do procedimento hermenêutico, por meio da qual se realiza a determinação do conteúdo e do sentido das normas constitucionais, muito embora não exista um consenso acerca dos métodos para desenvolvê-la, que não mais se resume na dicotomia subsunção *versus* casuísmo. Adotam-se, assim, novos critérios como o pluralismo político e social, o caráter aberto das normas constitucionais, bem como a estrutura principiológica da Lei Maior.

Nesse sentido, ainda sobre jurisdição constitucional, interessa a seguinte ilação⁵⁹:

A jurisdição constitucional, estruturada de acordo com as exigências de uma sociedade pós-moderna, representa a substancialização dos princípios materiais do regime democrático, guiada em sua incidência pelos direitos fundamentais, requisitos inexoráveis para a realização de uma democracia que não se restrinja apenas a seu aspecto formal, mas que incorpore o aspecto material, o que possibilita a real participação de todos os setores da sociedade. Se ela for implementada sob um regime autoritário, não visará à defesa dos direitos da cidadania, mas sim a manter o *status quo* do sistema, legitimado o arbítrio e a prepotência. A defesa dos direitos fundamentais significa assegurar prerrogativas inalienáveis e imprescindíveis aos cidadãos, que não podem ser descuradas sob forma alguma, mesmo se forem respaldadas pelos institutos da democracia formal.

Nesse ponto, há consequências do processo de formação da decisão jurisdicional, com notória força normativa, sem que haja participação social efetiva, ou seja, se aquele fragiliza a legitimidade do processo constitucional, nomeadamente quando tais decisões possuem o poder de alcance de todos os cidadãos destinatários da norma objeto da apreciação judicial.

Para a compreensão do poder da jurisdição, necessário fincar as bases jurídicas do instituto, o que se fará a seguir.

Um dos mais expressivos institutos do direito processual civil é a jurisdição, afinal, é no âmbito da jurisdição que o Direito se realiza. Segundo magistério de Giuseppe Chiovenda, a jurisdição consiste em função do Estado pela qual a vontade da lei se concretiza através da substituição, tornando a lei efetiva.⁶⁰

Hans Kelsen, por sua vez, entende que a decisão judicial cria direito. Segundo ele,

⁵⁹ AGRA, Walber de Moura. *A reconstrução da legitimidade do Supremo Tribunal Federal: densificação da jurisdição constitucional brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 35.

⁶⁰ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 1969. v. II, p. 37.

uma decisão judicial não tem, como por vezes se supõe, um simples carácter declaratório. O juiz não tem simplesmente de descobrir e declarar um direito já de antemão firme e acabado, cuja produção já foi concluída.⁶¹

Luiz Recaséns Siches, na esteira do pensamento de Kelsen, expõe que a atividade jurisdicional compreende funções que não estão previamente estabelecidas na norma geral e abstrata, malgrado tenha de seguir as diretrizes informadas na norma abstrata, caso contrário as decisões seriam arbitrárias. Aduz que a norma individual da decisão judicial contém dimensões criadoras da função jurisdicional, uma vez que traz novos ingredientes não contidos na norma geral e abstrata⁶², razão pela qual entende que

la norma individualizada es la única norma jurídica perfecta, porque es la única capaz de ser impuesta inexorablemente (...). Solo la norma jurídica individualizada es la que tiene *plenitud de sentido*, porque articula la directriz de la norma general con la realidad da vida, que es siempre concreta y particular.⁶³

É de se observar, portanto, essa função criadora da jurisdição, no sentido de que a declaração que se tem alcança apenas a determinação da norma geral e abstrata a ser aplicada, que, diga-se de passagem, não tem um cunho declaratório exato, porque as normas jurídicas são construídas pelo intérprete. O carácter criativo da decisão judicial, nesses termos, diz respeito à produção da norma concreta no caso, vindo a gerar uma nova situação jurídica.⁶⁴

A jurisdição é concebida como uma função do Estado, amplamente divulgada como “poder jurisdicional”, cuja principal característica é a substituição. A jurisdição substitui a vontade das partes, visto que, uma vez provocado o poder jurisdicional, somente a ele cabe resolver o conflito de interesses, sem necessidade de anuência das partes, não podendo assim ser prorrogada pelas partes envolvidas no conflito.

Entretanto, malgrado o Direito se realize no âmbito da jurisdição, faz-se necessário um meio ou forma capaz de atingir essa finalidade. Desse modo, mostra-se imprescindível a existência de um processo – mais ainda, de um devido processo legal. Fácil reconhecer, portanto, a importância do processo para a realização e conformação do Direito, pois, em meio à complexidade de que se reveste a sociedade moderna, o processo cada vez

⁶¹ KELSEN, Hans. *Op. cit.*, 2003, p. 264.

⁶² SICHES, Luiz Recaséns. *Nueva filosofía de la interpretación del derecho*. México: Porrúa, 1973, p. 313-316.

⁶³ *Idem, ibidem*, p. 329. Tradução livre: “a norma individualizada é a única norma jurídica perfeita, porque é a única capaz de ser imposta inexorablemente (...). Somente a norma jurídica individualizada tem plenitude de sentido, porque articula a diretriz da norma geral com a realidade da vida, que é sempre concreta e particular”.

⁶⁴ *Idem, ibidem*, p. 265.

mais se mostra indispensável, sobretudo porque o ambiente de regularidade corresponde ao modelo teórico objetivado no Estado de Direito.

De outro lado, é de se observar as profundas mudanças pelas quais passou o Estado Moderno com o advento do Constitucionalismo, marcado pelo reconhecimento da força normativa da Constituição, ressaltando, assim, a expansão da jurisdição constitucional justificada pela premissa da supremacia da Constituição, sem olvidar a reformulação da hermenêutica, em que se coloca a Constituição como principal parâmetro na interpretação das normas jurídicas.

Para a presente problemática, interessam, ainda, as bases teóricas do controle de constitucionalidade das normas brasileiras, que serão objeto mais adiante, notadamente para a delimitação da jurisdição constitucional pátria.

Vale registrar, de logo, a importância do *amicus curiae* como instrumento de legitimidade democrática. Nesse sentido, defende Abbud⁶⁵:

A admissão do *amicus curiae* tem o propósito de ampliar os mecanismos de participação da sociedade no processo, contribuindo assim para acentuar o caráter democrático e pluralista deste e, nessa medida, conferir maior legitimidade à decisão judicial. A previsão do anteprojeto foi, assim, bastante feliz. Tendo em vista a enorme força por ele atribuída aos precedentes do STF no juízo sobre a repercussão geral, os quais terão larga influência sobre o julgamento de outros recursos, nada melhor que abrir à sociedade, na figura do *amicus*, a possibilidade de participar ativamente da formação do convencimento e da tomada de decisão da corte.

Observadas as bases teórico-filosóficas do Estado Democrático de Direito, é conclusivo o pensamento no sentido de que a jurisdição contemporânea que se impõe guarda inegável perfil democrático. No entanto, tal viés não se resume à jurisdição constitucional, sendo ela a base desse pensamento, mas que se expande a partir da premissa de que os ramos do direito, e aqui se faz alusão ao processo civil, devem se conformar às normas e aos ideais constitucionais.

Nesse passo, os ideais de democracia permearam o conceito e a compreensão de jurisdição no Estado Democrático de Direito, sendo tarefa deste novo modelo conferir uma maior legitimidade democrática às decisões judiciais.

Como assevera Barroso⁶⁶,

a legitimidade democrática do Judiciário, sobretudo quando interpreta a Constituição, está associada à sua capacidade de corresponder ao sentimento social.

⁶⁵ ABBUD, André Albuquerque Cavalcanti. As novas reformas do CPC e de outras normas processuais 2005, p. Repro n° 129.

⁶⁶ BARROSO, Luís Roberto. *Op. cit.*, p. 460.

Cortes constitucionais, como os tribunais em geral, não podem prescindir do respeito, da adesão e da aceitação da sociedade. A autoridade para fazer a Constituição, como qualquer autoridade que não repouse na força, depende da confiança dos cidadãos. Se os tribunais interpretarem a Constituição em termos que divirjam significativamente do sentimento social, a sociedade encontrará mecanismos de transmitir suas objeções e, no limite, resistirá ao cumprimento da decisão.

Com efeito, o constitucionalismo democrático, fruto da fusão das ideias de democracia, como soberania popular, e o constitucionalismo, traduzido na limitação do poder político e no respeito aos direitos fundamentais⁶⁷, reforçam um novo modelo de jurisdição constitucional, e, em última medida, da jurisdição como um todo, já que o direito processual civil e as normas e institutos a ele atinentes devem observância à Constituição.

2.2.2 Princípio contramajoritário e jurisdição democrática

Como visto, no âmbito da jurisdição constitucional, sabe-se que esta é desenvolvida especialmente por uma corte, no caso do Brasil, o Supremo Tribunal Federal. Nas palavras de Barroso⁶⁸:

A Corte desempenha, claramente, dois papéis distintos e aparentemente contrapostos. O primeiro é apelidado, na teoria constitucional, de contramajoritário: em nome da Constituição, da proteção de regras do jogo democrático e dos direitos fundamentais, cabe a ela a atribuição de declarar a inconstitucionalidade de leis (*i.e.*, de decisões majoritárias tomadas pelo Congresso) e de atos do Poder Executivo (cujo chefe foi eleito pela maioria absoluta dos cidadãos). Vale dizer: agentes públicos não eleitos, como juízes e Ministros do STF, podem sobrepor a sua razão à dos tradicionais representantes da política majoritária. Daí o termo contramajoritário. O segundo papel, menos debatido na teoria constitucional, pode ser referido como representativo. Trata-se, como o nome sugere, do atendimento pelo Tribunal, de demandas sociais e de anseios políticos que não foram satisfeitos a tempo e a hora pelo Congresso Nacional.

De fato, para além de a corte constitucional representar um papel contramajoritário na democracia, necessário para o equilíbrio entre os poderes, a garantia da estrutura organizacional e a proteção dos direitos fundamentais tutelados, guarda finalidade de caráter representativo, legitimando-se como um representante argumentativo da sociedade.

⁶⁷ *Idem, ibidem*, p. 462.

⁶⁸ *Idem, ibidem*, p. 463.

Além da democracia representativa, decorrente da eleição de representantes do povo pelo voto da maioria, há democracia representação argumentativa ou discursiva⁶⁹. Nessa linha de pensamento, afirma Barroso que “uma decisão da corte suprema, para ser inquestionavelmente legítima, deverá ser capaz de demonstrar: (i) a racionalidade e a justiça de seu argumento, bem como (ii) que ela corresponde a uma demanda social objetivamente demonstrável”⁷⁰.

Com efeito, na tentativa de conferir maior caráter interdisciplinar e coletivo às suas decisões judiciais, o Supremo Tribunal Federal tem, desde 2007, procurado dar voz a segmentos da sociedade no processo de construção das decisões judiciais, justamente para atender ao aspecto argumentativo-discursivo com viés de representatividade e, portanto, de maior legitimidade.

Esse novo modelo de cooperação, voltado ao maior diálogo, guarda aspectos democráticos e confere uma reinvenção do processo tradicional, mais comprometido com o princípio do dispositivo e voltado à situação *inter partes*⁷¹. Com efeito,

o processo constitucional, neste sentido, inova e se adequa ao projeto de democracia constitucional, marcado por uma lógica construtiva e participativa na elaboração das respostas públicas, rompendo com o modelo tradicional de processo individualista e porque repousa na perspectiva de resultado mais amplo do ponto de vista dos antigos da decisão”.⁷²

Forçoso perceber que a jurisdição constitucional democrática vem se firmando como instrumento de equilíbrio das forças políticas, nomeadamente por meio de julgamento de “*leading cases*”, de proporção socialmente abrangente, inclusive para fazer frente à inércia dos demais poderes no âmbito de suas atribuições

Portanto, a jurisdição constitucional brasileira e o conceito da própria jurisdição vêm passando por uma formatação de novo modelo envolvendo aspectos argumentativos e discursivos mais amplos, sem apego demasiado à jurisdição apenas como método de solução de controvérsias, de modo a inserir instrumentos democráticos na construção das decisões judiciais e da forma de concretização do processo.

⁶⁹ *Idem, ibidem*, p. 463.

⁷⁰ *Idem, ibidem*, p. 464.

⁷¹ MORAIS, José L. Bolzan; SALDANHA, Jânia M. L.; ESPINDOLA, Angela A. S. **Jurisdição constitucional e Hermenêutica. Constituição e Processo: A contribuição do Processo ao Constitucionalismo democrático brasileiro**. Belo Horizonte: Del Rey Editora, 2009, p. 115.

⁷² *Idem, ibidem*, p. 124.

2.3 Da concepção de Estado Democrático de Direito e sua influência na evolução do direito processual civil: a atuação do Poder Judiciário em face do princípio contramajoritário

Infere-se como a evolução do Estado de Direito contribuiu para a evolução do direito processual civil. Com efeito, no Estado Liberal de Direito, em que predominava o abstencionismo estatal, tal pensamento igualmente moldou o direito processual civil, para o fim de concebê-lo mais independente, com apego ao princípio do dispositivo e à forma, de modo que o juiz fora alocado na figura de um mero espectador⁷³, pois nada interpretava, sendo “mera boca da lei”.

Por outro lado, com o advento das ideias do Estado Social de Direito, mais precisamente, de bem-estar geral e de igualdade por meio do intervencionismo estatal, a direção do processo civil igualmente sofreu alterações, tendo como referência o autor austríaco Franz Klein, que defendia o protagonismo do magistrado e sua intervenção no processo, além da primazia de um processo oral em contraponto ao processo escrito⁷⁴.

Ressalta Dierle Nunes que, sob a influência do Estado Liberal de Direito,

delineavam-se, em regra, legislações e sistemas processuais lastreados em princípios técnicos, agora liberais (liberalismo processual), quais sejam: a igualdade formal dos cidadãos, a escritura (mantida da fase pré-liberal) e, especialmente, o princípio do dispositivo. Todos os princípios técnicos buscavam a manutenção da imparcialidade e de um comportamento passivo do juiz.

Devido à autonomia da vontade e ao papel abstencionista do Estado, o Poder Judiciário assumiu uma postura neutra ante as funções políticas do Executivo e do Legislativo, enquanto as partes seguiam com maior domínio do processo e da lide.

Vale ressaltar que, em tal fase do processo, houve uma maior consolidação e destaque dos princípios da igualdade formal e do dispositivo, presentes até a atualidade, porém com a roupagem dos valores obtidos com a evolução do Estado de Direito.

Nesse contexto, o princípio do dispositivo tem justamente viés na autonomia das partes e no poder a elas conferido para dar início ao processo, o que corrobora um modelo

⁷³ NUNES, Dierle José Coelho. *Comparticipação e policentrismo: horizontes para a democratização processual civil*, 2008. Tese (Doutorado) – PUC, São Paulo.

⁷⁴ *Idem, ibidem.*

mais liberal de processo. Com base ainda na imparcialidade do juízo, ele reforça o protagonismo das partes e a figura de espectador do juiz no processo⁷⁵.

Já a igualdade formal tem como objetivo garantir um mesmo tratamento formal às partes do processo, sem atender às peculiaridades e às necessidades delas em determinados tipos de demanda, o que aumentou consideravelmente a produção, mas com deficiências na efetividade do processo.

O liberalismo processual repercutiu no Brasil, tendo sido uma fase considerada como autonomista do direito processual, com uma tendência à oralidade como principal método de prática dos atos processuais⁷⁶.

A perspectiva liberal, em que se observa o abstencionismo estatal, igualmente contribuiu para um modelo de processo civil mais autônomo, que pressupõe um jurisdicionado mais independente, capaz de buscar seus interesses sem a intervenção do Estado⁷⁷. Por outro lado, num modelo social do processo, há “um reforço dos poderes dos juízes, especialmente officiosos, de modo a viabilizar uma engenharia social governada e predisposta para o Judiciário, que, com sensibilidade, aplicaria o direito aos seus clientes hipossuficientes”⁷⁸.

Todavia, afirma Dierle Nunes que, diversamente de outros países, no Brasil houve uma prevalência de interesses privados no âmbito do acesso à justiça e do modelo de jurisdição. E acrescenta⁷⁹:

Prova disso é que as tendências técnicas da socialização do processo, apesar de constarem de nossa legislação (oralidade, imediatidade e concentração), jamais se apresentaram na prática processual brasileira com todo seu vigor, sendo de se perceber um exercício de todas as atividades processuais num plano cartorial (prevalência das petições escritas como mecanismo de argumentação processual) e

⁷⁵ Assevera Mauro Cappelletti que “o princípio (e processo) dispositivo em sentido material ou em sentido próprio, aquele com o qual se indica a existência de um poder exclusivo das partes no requerer a tutela jurisdicional e no fixar o objeto do juízo (...) e princípio (e processo) dispositivo em sentido processual ou impróprio, aquele com o qual se alude, em sentido diverso, a uma vinculação do juiz às iniciativas das partes e que, por isso, diz respeito à técnica e ao desenvolvimento interno do processo e, em espécie, à escolha dos instrumentos para a formação do convencimento judicial. Tradução livre, citado por Dierle Nunes (*Op. cit.*, p. 76).

⁷⁶ NUNES, Dierle José Coelho. **Processo jurisdicional democrático: Uma análise crítica das reformas processuais**. Curitiba: Juruá, 2012, p. 55. Segundo o autor, com o advento do Código de Processo Civil de 1939, houve uma maior atenção no tocante a se estruturar modelos orais de procedimento, observando-se as reformas europeias iniciadas pela Reforma Klein, na ÖZPO (*Östereich Zivilprozessordnung* – “Ordenança processual civil austríaca”), de 1895, as reformas alemãs de sua ZPO (*Zivilprozessordnung*), em 1924 e em 1933, e a reforma do *Codice de Procedura Civile* italiano, em 1922. (*Idem, ibidem*, p. 56.)

⁷⁷ *Idem, ibidem*, p. 57.

⁷⁸ *Idem, ibidem*, p. 57.

⁷⁹ *Idem, ibidem*, p. 57.

uma preocupação do juiz com o caso em discussão tão somente no momento decisório, tal como funcionava o processo na época do liberalismo processual.

À semelhança dos pressupostos que levaram ao Estado Social de Direito, concebeu-se a formação de um socialismo processual com apoio nas ideias de Anton Menger e Franz Klein. Menger, em sua obra *Das Bürgerliche Recht und die Besitzlosen Volksschichten* (O direito civil e os pobres), tece severas críticas ao modelo liberal, com a propositura de alterações no modelo de justiça civil, para conceber o juiz como educador, de modo a auxiliar o jurisdicionado na consecução de seus direitos, além de assumir um papel mais interventor em favor dos pobres no processo⁸⁰.

Franz Klein defendia uma reestruturação do papel das partes e dos juizes no processo⁸¹, encarando o processo como uma instituição estatal de bem-estar geral, com a efetivação do discurso de protagonismo judicial, de forma a enaltecer a função social do processo.

Nas palavras de Mauro Cappelletti, o protagonismo judicial acentua a figura ativa do juiz, não só para promover a resolução das demandas com celeridade, mas também para proporcionar a finalidade social de igualdade efetiva entre as partes⁸².

O esforço legislativo de Klein na Áustria ecoou para a Alemanha, Itália e até para o Brasil, com a edição do Código de Processo Civil de 1939, inspirado nas ideias de processualistas italianos como Giuseppe Chiovenda. Com esteio na linha doutrinária, o socialismo processual encontra expoente na figura de Oskar Bülow, com o delineamento da relação jurídico-processual, tendo como protagonista o juiz, como instrumento de complemento de construção do direito que a lei iniciou⁸³.

⁸⁰ Tais ideias, explanadas por Dierle Nunes, podem ser corroboradas na citação de Menger, no original: “cuando el demandante hubiera producido su demanda y el demandado le hubiera contestado, el juez debería proceder em el litigio de oficio. Una vez concedido al rico el derecho de hacerse representar por abogado, el juez debería establecer un equilibrio entre as partes, asumiendo la representación de la parte pobre. Bien sé que la aplicación de estas soluciones en la administración del Derecho civil tropezaria con algunas dificultades técnicas; pero ante los defectos de la actual condición jurídica, en la cual, a la disparidade del derecho, se suma la de los procedimientos, aquéllas dificultades no hay para qué tomarlas em cuenta. La aplicación de esas soluciones requeriria, naturalmente, una reconstitución de las leyes relativas a las funciones de los Tribunales. En el período transitorio, aquellas funciones judiciales podrían confiarse a los abogados de los pobres, los cuales podrían ser nombrados em numero suficiente y pagados por el Estado. Estos abogados no deberían, sin embargo, asumir la defensa de otros pleitos o causas que no fueran los de los pobres” (Menger, 1947, p. 69 apud NUNES, Dierle José Coelho. *Op. cit.*, p. 80).

⁸¹ NUNES, Dierle José Coelho. *Op. cit.*, p. 82.

⁸² CAPPELLETI, Mauro. *O processo civil no direito comparado*. Belo Horizonte: Cultura Jurídica, 2002, p. 44.

⁸³ NUNES, Dierle José Coelho. *Op. cit.*, p. 101.

Adverte Nicola Picardi⁸⁴:

É notório que, com a passagem do Estado Liberal clássico ao Estado Social de direito, as atribuições do legislador e os aparatos administrativos foram multiplicados. Mas o aumento destes aparatos determinou (...) um incremento dos poderes do juiz. O fenómeno resulta acelerado, sobretudo pela patologia de uma legislação oscilante entre a inflação em alguns setores e a inatividade em outros.

O ápice do modelo social do processo, com o movimento do acesso à justiça, idealizado por Mauro Cappelletti, não restou blindado, de modo que a ideia paternalista de processo e suas tensões com as perspectivas liberais fizeram surgir um novo paradigma de processo, que, sem se afastar por completo dos pressupostos do liberalismo e dos socialismos processuais, reafirmam os ideais de democracia para um processo mais amplo e efetivo.

Como visto, a concepção de Estado Democrático de Direito, como evolução do Estado de Direito, perpassa por dois conceitos: constitucionalismo e democracia. Com efeito, o ápice do constitucionalismo, com o surgimento das constituições, as ideias de limitação do poder, superioridade da lei e, nomeadamente, da Constituição, todos esses elementos contribuem para a formação de um sistema jurídico racional e mais organizado.

Tal contributo, somado aos ideais de democracia, consagra a soberania popular e o governo da maioria, o que deve ser garantido pela atuação da jurisdição constitucional. No entanto, conforme adverte Luís Roberto Barroso, é recorrente na doutrina o debate acerca do fundamento democrático da jurisdição constitucional, especialmente devido à

busca constante de legitimação nas relações entre o constituinte e o legislador, que revelam um imperativo dos tempos modernos: o de harmonizar a existência de uma Constituição com a liberdade necessária às deliberações majoritárias, próprias do regime democrático.

Esse tem sido um dos principais desafios da jurisdição constitucional na atualidade e, em certa medida, da jurisdição como um todo, uma vez que a atuação do Poder Judiciário na aplicação do ordenamento jurídico não está dissociada do respeito à Constituição, especialmente após o fenómeno da constitucionalização dos direitos, já assentado neste estudo.

Já no âmbito da jurisdição constitucional, percebe-se um terreno mais fértil à consecução dos interesses comuns por meio da adoção do regime democrático. Encontram-se

⁸⁴ PICARDI, Nicola. *Jurisdição e Processo*. Rio de Janeiro: Atlas, 2008.

no ideário de democracia os elementos de legitimação do Estado e, especificamente, do Poder Judiciário.

Nas lições de Luís Roberto Barroso⁸⁵, no âmbito do Estado Democrático de Direito,

cabe à Constituição garantir o espaço próprio do pluralismo político, assegurando o funcionamento adequado dos mecanismos democráticos. A participação popular, os meios de comunicação social, a opinião pública, as demandas dos grupos de pressão e dos movimentos sociais imprimem à política e à legislação uma dinâmica própria e exigem representatividade e legitimidade corrente do poder. Há um conjunto de decisões que não podem ser subtraídas dos órgãos eleitos pelo povo a cada momento histórico. A Constituição não pode, não deve nem tem a pretensão de suprimir a deliberação legislativa majoritária.

Barroso defende que a jurisdição constitucional não pode ser vista como componente indispensável da democracia ou do constitucionalismo democrático, embora seu uso seja favorável, uma vez que reforça a legitimação discursiva das decisões políticas, servindo-lhe de contraponto e complemento.⁸⁶

É inegável que o caráter democrático da jurisdição fortalece o estado constitucional na atualidade e, como consequência, o direito aplicável naquele sistema jurídico, haja vista a legitimação democrática advinda da aplicação das nuances da democracia à jurisdição constitucional.

Nesse sentido, especialmente nos processos direcionados à garantia constitucional e do Estado de Direito nela alocado, há uma preocupação em como conferir maior legitimação democrática às decisões judiciais, como forma de privilegiar os valores de uma determinada sociedade e, assim, conferir voz a esta sociedade no processo de construção do Direito.

Tais ideias se coadunam com o pensamento de Peter Häberle, para quem a interpretação das normas constitucionais não pode se limitar a uma sociedade fechada de intérpretes.

Assevera o referido autor alemão⁸⁷:

⁸⁵ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 8. ed. São Paulo: Saraiva.

⁸⁶ BARROSO, Luís Roberto. *Op. cit.*, p. 438. Ainda, segundo Dieter Grimm, citado por Barroso, “a jurisdição constitucional não é nem incompatível nem indispensável à democracia (...). Há suficientes provas históricas de que um Estado democrático pode dispensar o controle de constitucionalidade (...). Ninguém duvidaria do caráter democrático de Estados como o Reino Unido e a Holanda, que não adotam o controle de constitucionalidade” (GRIMM, Dieter. “Jurisdição constitucional e democracia”. *Revista de Direito do Estado*, 2006, p. 9 *apud* BARROSO, Luís Roberto. *Op. cit.*, p. 438).

⁸⁷ HÄBERLE, Peter. **El Estado constitucional**. Tradução de Hector Fix-Fierro. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2003, p. 150.

Quien “vive” la norma, también la interpreta. Toda actualización de la Constitución (por cualquiera) es, cuando menos, un pedazo de interpretación anticipada. Tradicionalmente se entiende por “interpretación” una actividad que esta encaminada, consciente e intencionalmente, a la comprensión y explicación de una norma también tiene sentido, ya que la cuestión del método, por ejemplo, solamente puede plantarse ahí donde se interpreta de manera consciente. Sin embargo, un examen realista, del surgimiento de la interpretación constitucional puede requerir un concepto de interpretación más amplio, para el cual ciudadanos y los grupos, los órganos del Estado y la opinión pública (*Öffentlichkeit*), son “fuerzas productivas de la interpretación”, es decir, intérprete de la Constitución en sentido amplio. Estos intérpretes actúan al menos como “intérpretes previos” (*Vorinterpretieren*), la responsabilidad permanece en la jurisdicción constitucional como intérprete de “última instancia” (a reserva de la fuerza normativa de los votos de minoría). Se se quiera, se trata de la democratización de la interpretación tenga que obtener respaldo en la teoría democrática y vice-versa. No hay interpretación de la Constitución sin los ciudadanos activos y los poderes públicos citados⁸⁸.

A democratização da interpretação das normas constitucionais, como forma de conferir maior legitimidade ao processo de construção das normas na atuação da jurisdição constitucional, guarda estreita relação entre Direito e Política. No entanto, não há como comparar o Direito e a Política, esta como o terreno mais fértil à realização de atos da democracia, sendo este, inclusive, o liame entre a Política e o Poder Judiciário, com a particularidade de que, no âmbito do Judiciário, não há, assim como nos demais poderes estatais, votação pela maioria do povo brasileiro.

Percebe-se que, apesar de o Judiciário ocupar-se cada vez mais de questões políticas judicializadas, não há uma contrapartida para conferir maior democracia na sua formação. Daí a necessidade de melhor aferir acerca do princípio contramajoritário⁸⁹ que

⁸⁸ Tradução livre: “Quem ‘vive’ a norma também a interpreta. Qualquer atualização da Constituição (por qualquer pessoa) é, pelo menos, uma peça de interpretação prévia. Tradicionalmente, ‘interpretação’ significa que uma atividade que é consciente e intencionalmente direcionada para a compreensão e explicação de uma norma também faz sentido, pois a questão do método, por exemplo, só pode ser plantada onde é conscientemente interpretada. No entanto, um exame realista do surgimento da interpretação constitucional pode exigir um conceito mais amplo de interpretação, para o qual cidadãos e grupos, órgãos estatais e opinião pública (*Öffentlichkeit*) são ‘forças produtivas de interpretação’, isto é, intérprete da Constituição em um sentido amplo. Esses intérpretes agem pelo menos como ‘intérpretes anteriores’ (*Vorinterpretieren*); a responsabilidade permanece na jurisdição constitucional como intérprete de ‘última instância’ (sujeita à força normativa dos votos das minorias). É sobre a democratização da interpretação que se obtém apoio na teoria democrática e vice-versa. Não há interpretação da Constituição sem os cidadãos e as autoridades públicas citadas”.

⁸⁹ Sobre a forma de ingresso dos juízes no Brasil, afirma Barroso que “ao Poder Judiciário são reservadas atribuições tidas como fundamentalmente técnicas. Ao contrário do chefe do Executivo e dos parlamentares, seus membros não são eleitos. Como regra geral, juízes ingressam na carreira no primeiro grau de jurisdição, mediante concurso público. O acesso aos tribunais de segundo grau se dá por via de promoção, conduzida pelo órgão de cúpula do próprio tribunal. No tocante aos tribunais superiores, a investidura de seus membros sofre

envolve o Poder Judiciário, bem como averiguar os instrumentos que podem ser utilizados para suprir tal circunstância, como o *amicus curiae* e seus desdobramentos.

Segundo Dierle Nunes⁹⁰,

nos regimes democráticos, o processo estrutura, mediante o debate endoprocessual, a forma e o conteúdo das decisões e, por conseguinte, seu controle, mediante a implementação técnica de direitos fundamentais em perspectiva dinâmica⁹¹. Apoiado nas ideias de Habermas, o autor vislumbra o processo sob uma estrutura participativa e policêntrica, arrimada nos princípios constitucionais, a impor que os envolvidos no processo gozem de condições comunicativas satisfatórias, com participação na formação de procedimentos legítimos.

Sob a perspectiva policêntrica do processo, importante trazer à colação o conceito conferido por Nicola Picardi⁹²:

A atividade jurisdicional é estruturada, necessariamente, como processo, entendido como subespécie do procedimento, isto é, como procedimento de estrutura policêntrica e com desenvolvimento dialético (...). O processo é policêntrico, já que envolve sujeitos diversos, cada um dos quais possui uma colocação particular e desenvolve em papel específico. À estrutura subjetivamente complexa corresponde então um desenvolvimento dialético.

Ainda sobre democracia, importante trazer a lume a visão procedimental da jurisdição constitucional e da própria justiça. Nesse contexto, as ideias de Jürgen Habermas representam importante contribuição a uma concepção procedimental de democracia na jurisdição.

Segundo o autor⁹³,

O princípio da democracia resulta da interligação (*Verschränkung*) que existe entre o princípio do discurso e a forma jurídica. Eu vejo esse entrelaçamento (*Verschränkung*) como uma gênese lógica de direitos, a qual pode ser construída passo a passo. Ela começa com a aplicação (*Anwendung*) do princípio do discurso ao direito a liberdades subjetivas de ação em geral – constitutivo para a forma jurídica enquanto tal – e termina quando acontece a institucionalização jurídica de condições para um exercício discursivo da autonomia política, a qual pode equiparar retroativamente a autonomia privada, inicialmente abstrata, com a forma jurídica. Por isso, o princípio da democracia só pode aparecer como núcleo de um sistema de direitos.

maior influência política, mas, ainda assim, está sujeita a parâmetros constitucionais.” (BARROSO, Luís Roberto. *Op. cit.*, p. 441).

⁹⁰ *Idem, ibidem*, p. 211.

⁹¹ NUNES, Dierle José Coelho. *Op. cit.*, p. 211.

⁹² PICARDI, Nicola. *Manual del processo civile*. Milano: Giuffrè, 2006, p. 208.

⁹³ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. 2. ed. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2012. V. 1, p. 158.

Essa visão policêntrica torna-se ainda mais relevante no Estado Democrático de Direito e no modelo processual dele advindo, haja vista que é neste paradigma procedimental democrático que se impõe a prevalência da soberania do povo e dos direitos fundamentais, a possibilitar que os provimentos irradiem efeitos para uma pluralidade de cidadãos⁹⁴.

Sob a perspectiva do Estado Democrático de Direito e sua influência no modelo de processo civil, não é demais registrar a importância da teoria da constituição e do que dela se desvela para a atuação estatal, incluindo a atuação do Poder Judiciário.

Nas palavras de Catoni de Oliveira⁹⁵,

A teoria da constituição deve assumir a perspectiva do sistema jurídico-constitucional e analisar a tensão interna entre facticidade e validade, ou seja, entre positividade e legitimidade do Direito, reconstruindo os princípios, as regras, os procedimentos, a compreensão, a justificação e a aplicação desses, resgatando a normatividade constitucional e a função primordial do Direito moderno, presente no Direito constitucional de modo ímpar: a função de integração social, numa sociedade em que tal problema só pode ser enfrentado por seus próprios membros, na medida em que se instaura um processo e se engajam na busca cooperativa de condições recorrentemente mais justas da vida, no qual questões acerca de sua automoral, além de seus interesses pragmáticos, devem encontrar vazão, mediante, inclusive, a institucionalização de formas discursivas e de negociação no nível do Estado.

Como forma de promover a democratização do sistema processual, faz-se necessária a adoção de um modelo participativo, dialético e democrático no aspecto discursivo do procedimento e, portanto, na estrutura processual.

Nessa abordagem teórico-filosófica, encontram-se institutos de legitimação democrática, como o *amicus curiae* e as audiências públicas, a evidenciar a necessidade de que tais institutos tenham cada vez mais aplicação no processo de tomada de decisões, de modo a cada vez mais se afastar do modelo liberal de decisão majoritária. Ao contrário, percebe-se um movimento maior de “institucionalização de procedimentos estruturados por normas que garantam a possibilidade de participação discursiva dos cidadãos no processo de tomada de decisões”⁹⁶.

⁹⁴ *Idem, ibidem*, p. 216.

⁹⁵ OLIVEIRA, Marcelo Andrade Catoni. *Direito, Política e Filosofia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 150.

⁹⁶ *Idem, ibidem*, p. 142.

De fato, no Estado Democrático de Direito, a atuação do Poder Judiciário e o exercício da função jurisdicional concretizam-se na estrutura constitucional de processo. Conforme afirma Ronaldo Bretas⁹⁷,

a declaração final do Estado (ato decisório), decorrente do poder de cumprir o dever de prestar a jurisdição, quando e se provocado por qualquer um do povo ou mesmo por qualquer órgão estatal, inserida na decisão, sentença ou provimento ali prolatados, jamais será um ato isolado ou onipotente do órgão jurisdicional, ditando ou criando direitos a seu talante, máxime se fundados nas fórmulas ilógicas, inconstitucionais e antidemocráticas do livre (ou prudente) arbítrio ou prudente critério do juiz ou sentimento de justiça do julgador.

No entanto, a atuação do Poder Judiciário no Estado Democrático de Direito apresenta tensões quando considerado o aspecto nodal dessa forma de Estado: a democracia, mais precisamente em como conferir maior legitimidade democrática na construção do Direito.

Fala-se em construção do Direito em face da função normativa das decisões judiciais, mais precisamente dos julgados constitucionais, a ser aprofundada ao longo do presente estudo.

Roberto Barroso, ao apresentar a problemática do princípio contramajoritário, assim expõe⁹⁸:

Supremas cortes e tribunais constitucionais, na maior parte dos países democráticos, detêm o poder de controlar a constitucionalidade dos atos do Poder Legislativo (e do Executivo também), podendo invalidar normas aprovadas pelo Congresso ou Parlamento. Esta possibilidade, que já havia sido aventada nos *Federalist Papers* por Alexander Hamilton, teve como primeiro marco jurisprudencial a decisão da Suprema Corte americana em *Marbury v. Madison*, julgado em 1803. Isso significa que os juízes das cortes superiores, que jamais receberam um voto popular, podem sobrepor a sua interpretação da Constituição a que foi feita por agentes políticos investidos de mandato representativo e legitimidade democrática. A essa circunstância, que gera uma aparente incongruência no âmbito de um Estado democrático, a teoria constitucional deu o apelido de “dificuldade contramajoritária”.

Inegável que, do ponto de vista genuíno da democracia, o voto popular se apresenta com maior eficácia democrática, por refletir a decisão e o sentimento da maioria do povo; no entanto, a tensão trazida pela atuação do Judiciário sem que seus membros sejam escolhidos pela manifestação popular pode ser atenuada ou mesmo afastada por instrumentos presentes no próprio sistema jurídico.

⁹⁷ DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. *Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, 40.

⁹⁸ BARROSO, Luís Roberto. *Op. cit.*, p. 471.

Ainda nas palavras de Barroso, o papel contramajoritário tem sido aceito como fundamento na proteção dos direitos fundamentais, “que correspondem ao mínimo ético e à reserva de justiça de uma comunidade política”⁹⁹, além de o próprio Judiciário garantir as regras do processo democrático e dos canais de participação da comunidade¹⁰⁰.

Barroso defende diferentes nuances da democracia, para o fim de teorizar acerca de qual papel democrático pode ser atingido pelo Judiciário:

A democracia contemporânea é feita de votos, direitos e razões, o que dá a elas três dimensões: representativa, constitucional e deliberativa. A democracia representativa tem como elemento essencial o voto popular, e como protagonistas institucionais o Congresso e o Presidente, eleitos pelo sufrágio universal. A democracia constitucional tem como componente nuclear o respeito aos direitos fundamentais, que devem ser garantidos inclusive contra a vontade eventual das maiorias políticas. O árbitro final das tensões entre vontade da maioria e direitos fundamentais e, portanto, protagonista institucional desta dimensão da democracia, é a Suprema Corte. Por fim, a democracia deliberativa tem como seu componente essencial o oferecimento de razões, a discussão de ideias, a troca de argumentos.

Com efeito, não há como limitar a instrumentalização da democracia ao voto popular, tendo em vista que o papel democrático na sociedade perpassa ideologicamente pelo que a maioria aufere, contribui com seus pensamentos, opiniões, além do que pode ser deliberado nos diversos setores da sociedade civil.

O Estado, por meio do Poder Judiciário, em que pese seja dissociado da atuação do voto popular, guarda em sua gênese a legitimação, por se constituir em Estado Democrático de Direito, com pressupostos que igualmente configuram a atuação do Poder Judiciário. Instrumentos como o *amicus curiae* e audiências públicas, aplicados no âmbito do processo, conferem tal legitimidade de maneira mais efetiva.

2.4 Fundamentos do Direito processual constitucional e o papel do Poder Judiciário sob a perspectiva constitucional

A expressão direito processual constitucional surgiu na década de 1940, cunhada pelo processualista espanhol Niceto Alcalá Zamora y Castillo, mais precisamente em sua obra

⁹⁹ *Idem, ibidem*, p. 471.

¹⁰⁰ *Idem, ibidem*, p. 471.

Ensayos de derecho procesal (civil, penal y constitucional), publicada em Buenos Aires, em 1944. Nela afirma que Kelsen fora o fundador do direito processual constitucional¹⁰¹.

Ao discorrer sobre os antecedentes históricos, Humberto Alcalá, apoiado nas ideias de Néstor Pedro Sagüés, afirma que os “tres cumpleaños del derecho procesal constitucional” são:

a Habeas Corpus Amendment Act Inglesa de 1679, en que se regula com detalle un primer proceso constitucional que garantiza el derecho fundamental a la libertad personal, em de Habeas Corpus, el caso Merbury vs. Madison, resuelto por la Corte Suprema Norteamericana el 24 de febrero de 1803, que institucionaliza el sistema judicial de control de constitucionalidade em los Estados Unidos de Norteamérica, aun cuando este no será assumido de inmediato como una práctica sostenida de la Corte Suprema norte americana, pasando varias décadas, hasta que se asuma efectivamente y realmente em el sistema judicial norteamericano em la segunda mitad del siglo XIX; el tercer antecedente relevante para el derecho procesal constitucional y el cual acelera la reflexión sobre la materia de la jurisdicción constitucional, y un cambio en el paradigma de Estado de derecho, pasando al desarrollo del Estado Constitucional, fue el nacimiento del Tribunal Constitucional como órgano especializado de control de constitucionalidade em la Constitución de Austria del 1º de octubre de 1920, en el que juega un rol significativo Hans Kelsen¹⁰².

Segundo Alcalá Zamora y Castillo, Kelsen seria o fundador do direito processual constitucional¹⁰³. Eduardo Couture, por sua vez, em sua obra *Las garantías constitucionales del proceso civil*, publicada em Buenos Aires, em 1946, reconhece o direito constitucional processual como o estudo das garantias constitucionais de acesso à justiça, tutela efetiva e do conjunto de regras materiais e processuais do devido processo¹⁰⁴. Alcalá menciona, ainda, a concepção de Piero Calamandrei, processualista e professor de direito constitucional italiano,

¹⁰¹ ALCALÁ, Humberto Nogueira. *El derecho procesal constitucional a inicios del siglo XXI en America Latina – The procedural constitutional law to the beginning of the XXI century in Latin America*. Estudios Constitucionales, Año 7, Nº 1, 2009, p. 13-58.

¹⁰² Tradução livre: “A lei inglesa de Habeas Corpus de 1679, que regula em detalhes um primeiro processo constitucional que garante o direito fundamental à liberdade pessoal, Merbury v. Madison, decidida pelo Supremo Tribunal da América do Norte em 24 de fevereiro de 1803, institucionaliza o sistema judicial de controle constitucional nos Estados Unidos da América, mesmo que não seja assumido imediatamente como uma prática sustentada do Supremo Tribunal norte-americano, durante várias décadas, até que o sistema judicial dos EUA seja efetiva e verdadeiramente assumido na segunda metade do século XIX; o terceiro antecedente relevante para o direito processual constitucional e que acelera a reflexão sobre a questão da jurisdição constitucional, e uma mudança no paradigma do Estado de Direito, que se move para o desenvolvimento do Estado Constitucional, foi o nascimento do Tribunal Constitucional como órgão especializado de controle constitucional na Constituição austríaca de 1º de outubro de 1920, na qual Hans Kelsen desempenha um papel significativo”.

¹⁰³ ZAMORA Y CASTILLO, Niceto Alcalá. *Proceso, autocomposición y autodefensa (contribución a los fines del proceso)*. 3. ed. México, UNAM, 1991, p. 215. Nesse sentido, diz Humberto Alcalá que “Hans Kelsen es el autor del primer estudio sistemático sobre la jurisdicción constitucional desarrollado en 1928 en su obra *La garantie jurisdictionelle de la Constitución* (La justice constitutionnelle), donde fundamenta y desarrolla em forma sistemática la existencia de una jurisdicción constitucional concentrada y especializada” (*Op. cit.*, p. 15).

¹⁰⁴ ALCALÁ, Humberto Nogueira. *Op. cit.*, p. 15.

e de Mauro Cappelletti, processualista também italiano, sobre os fundamentos da jurisdição constitucional.

A sistematização do direito processual constitucional como disciplina foi capitaneada por Héctor Fix Zamúdio, discípulo de Alcalá Zamora y Castillo, cujo primeiro estudo se chamou *La garantía jurisdiccional de la Constitución mexicana*, em 1955.

Segundo o autor, observam-se as duas posturas dominantes sobre a natureza do direito processual constitucional: 1) A europeia, que, sem entrar no deslindamento com o processualismo científico, considera-a parte do estudo da ciência constitucional, com a denominação majoritária de “justiça constitucional”; e 2) a latino-americana, que defende sua autonomia científica em duas vertentes: a) “autonomia mista”, estimando que devem ser considerados os princípios, as instituições, a metodologia e as técnicas do direito constitucional e do direito processual; e b) “autonomia processual”, na qual, partindo da teoria geral do processo, devem ser construídas suas próprias categorias, princípios e instituições, embora com importante aproximação ao direito constitucional¹⁰⁵.

A esse respeito, Ivo Dantas traz à colação acurado apanhado doutrinário acerca da discussão do alcance das expressões “Direito Processual Constitucional” e “Direito Constitucional Processual”, bem como se a adoção de uma ou de outra implica conteúdo e tratamento diversos. Afirma o autor que

esta realidade, ou seja, o conteúdo constitucional-ideológico do processo na época contemporânea, se reflete, até mesmo, na consagração, por um lado, das normas constitucionais que visam à garantia processual da própria Constituição, e por outro lado, das garantias constitucionais em relação ao processo e ao procedimento¹⁰⁶.

Segundo escólio de José Frederico Marques, o direito processual constitucional pode ser concebido “como o conjunto de preceitos destinados a regular exercício da jurisdição constitucional, ou seja, a aplicação jurisdiccional das normas da Constituição”¹⁰⁷. O direito constitucional processual, por sua vez, “trata das normas do processo contidas na Constituição”¹⁰⁸.

¹⁰⁵ MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. *Direito Processual Constitucional: Origem científica (1928-1956)*. Curitiba: Juruá Editora, 2009, p. 09. Neste tópico, foram trazidas ilações do autor, em forma de resumo/fichamento, que constituiu metodologia de avaliação da disciplina ministrada pelo Prof. Dr. Ivo Dantas, no programa de doutorado em Direito da UFPE, “Constitucionalismo democrático e Justiça Constitucional”.

¹⁰⁶ DANTAS, Ivo. *Constituição e Processo*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2007, p. 311.

¹⁰⁷ MARQUES, José Frederico. *Manual de Direito Processual Civil*. Bookseller, 1997, p. 30-31.

¹⁰⁸ *Idem, ibidem*.

Portanto, o direito processual constitucional refere-se às normas que regulam o processo constitucional, como as ações constitucionais de controle de constitucionalidade. Já o direito constitucional processual consiste no apanhado das normas constitucionais, incluindo os princípios processuais, contidos implícita e explicitamente na Constituição.

Ainda, seguindo as lições de Mac-Gregor, podem ser vislumbradas duas possibilidades no âmbito do direito processual constitucional: a convergência ou a convivência. A disjuntiva entre “convergência” (e, conseqüentemente, o possível desaparecimento ou assimilação de uma pela outra) ou “convivência” de ambas está latente e o tempo dará sua resposta. A “convivência”, como sucede atualmente, deveria levar à “convergência” de posturas (e não à rejeição da existência de uma ou de outra) e, assim, reconduzir as propostas a possíveis encontros, que possibilitem mencionar categorias compartilhadas¹⁰⁹.

A “jurisdição constitucional”, como o “processo constitucional”, enquanto “processo” e “jurisdição”, são instituições processuais fundamentais da dogmática processual e atingiram importante desenvolvimento em outros ramos processuais. Sucede também que os “processos constitucionais” e as “jurisdições constitucionais” (tribunais constitucionais, salas constitucionais etc.) estão previstos nas próprias leis supremas, o que significa que devem ser tratados pela ciência constitucional, por ser a Constituição seu objeto de estudo.

Nesse sentido, a partir da melhor dogmática contemporânea (processual e constitucional), envidam-se esforços para iniciar o deslindamento das ciências processual e constitucional em relação ao “direito processual constitucional”. Fix-Zamudio, apoiando-se nas ideias de Couture sobre as garantias constitucionais do processo civil, elaborou a tese relativa à existência de uma nova disciplina limítrofe, denominada “Direito Constitucional Processual” (como parte do direito constitucional), que compreende aquelas instituições processuais elevadas à categoria constitucional¹¹⁰.

Esse inusitado desenvolvimento do direito processual constitucional nas três citadas vertentes deve-se a múltiplos fatores. Em primeiro lugar, à importância da proteção constitucional nos Estados democráticos contemporâneos, propiciando a incorporação e o aumento de instrumentos processuais para sua tutela.

¹⁰⁹ MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. **Direito Processual Constitucional: Origem científica (1928-1956)**. Curitiba: Juruá Editora, 2009, p. 78.

¹¹⁰ *Idem, ibidem*, 121.

Em segundo lugar e como consequência, gerou-se intensa tarefa de codificação, juntamente com o auge da criação de magistraturas especializadas para solucionar conflitos constitucionais por meio de tribunais constitucionais autônomos (dentro ou fora do poder judicial), salas constitucionais, ou mediante novas faculdades das cortes supremas, que, paulatinamente, vêm se transformando em guardiãs e intérpretes supremas dos valores, princípios e normas constitucionais.

Em outra sede, o direito processual como parte da ciência jurídica, ou seja, a moderna ciência processual como disciplina autônoma, originou-se a partir da doutrina dos pandectistas alemães, em meados do século XIX. Na melhor doutrina processual, afirma-se que, para alcançar sua autonomia científica, influíram dois acontecimentos: por um lado, a famosa polêmica entre Windscheid e Muther (1856-1857), ao confrontar a primitiva *actio* romana com a *klage* germânica, originando o conceito da ação como direito subjetivo diferenciado do direito material¹¹¹.

Tal como o expressara Couture, “a separação do direito e da ação constituiu um fenômeno análogo ao que representou para a física a divisão do átomo”. Foi a partir desse momento “que o direito processual adquiriu personalidade e se desprende do velho tronco do direito civil”¹¹².

Como adverte Mac-Gregor¹¹³:

Independente das cátedras, costuma-se considerar o surgimento da disciplina constitucional com caráter autônomo a partir do moderno direito público alemão, sob uma ótica estrita do método jurídico. Destaca-se especialmente a obra de Karl Friedrich Von Gerber, *Grundzüge eines Systems des deutschen Staatsrechts* (1865), (Fundamentos de um sistema do direito político alemão), que, de algum modo, pode equiparar-se à obra de Bülow para o direito processual, não propriamente por construir a autonomia da disciplina, mas, essencialmente, pela nova concepção e repercussão derivada daquela, isto é, por sua concepção e metodologia estritamente jurídica, que, com o tempo, terminou em ciência do direito constitucional.

Nessa linha, a consolidação da ciência do direito constitucional foi sendo significativamente construída, especialmente na Itália, na França e na Alemanha¹¹⁴. O estudo científico do direito processual e do direito constitucional surge a partir da corrente do direito

¹¹¹ *Idem, ibidem*, p. 22.

¹¹² *Idem, ibidem*, p. 12.

¹¹³ *Idem, ibidem*, p. 25.

¹¹⁴ Destacam-se na escola italiana, além dos mencionados Orlando e Santi Romano, Constantino Mortati, Vezio Crisafulli, Egidio Tosato, Leopoldo Elia, Carlo Esposito, Livio Paladin, Mario Galizia, Carlo Lavagna, Paolo Barile, Giorgio Ballardore Pallieri, Temistocle Martines, Paolo Biscaretti di Ruffia, Franco Pierandrei, Alessandro Pizzorusso, Alessandro Pace, Antonio La Pergola, Gustavo Zagrebelsky, Giuseppe de Vergotinni, Franco Modugno, Sergio Bartole e Antonio Ruggeri (*Idem, ibidem*, p. 27).

público alemão da segunda metade do século XIX e se consolida como disciplinas jurídicas autônomas durante o século XX.

Vale ressaltar que o direito processual constitucional compreende também duas vertentes, a saber: o fenômeno histórico-social e seu estudo científico. O primeiro deles se refere aos instrumentos jurídicos de garantia dos direitos humanos, enquanto o estudo científico envolve a ciência do direito processual constitucional propriamente dita, ou, ainda, a dogmática do direito processual constitucional, que adquire relevância com a criação dos tribunais constitucionais europeus, especialmente da Corte Constitucional austríaca de 1920 e, particularmente, a partir do influente estudo de Hans Kelsen de 1928¹¹⁵.

Inicia-se então uma transição à luz da corrente do processualismo científico. Primeiramente, ao perceber sua existência como disciplina autônoma; depois, seu desenvolvimento dogmático; finalmente, chega-se à sua sistematização científica como ramo processual. Neste período é que se deve localizar o nascimento do direito processual constitucional como ciência (1928-1956). Ponto nodal diz respeito ao fundador do direito processual constitucional, sendo o ponto de partida constituído pela afirmação de Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, em sua clássica obra *Proceso, autocomposición y autodefensa (contribución al estudio de los fines del proceso)*, publicada no México em 1947.

Alcalá-Zamora considera Kelsen o “fundador do ramo processual”, uma vez que (i) inspirou a criação da jurisdição constitucional austríaca; (ii) realizou um importante estudo sobre esta (refere-se ao de 1928, que cita, expressamente, em nota de rodapé); e (iii) por ter repercutido no constitucionalismo de outros países.

Mac-Gregor, apoiado nas ideias de Sagüés, afirma que o direito processual constitucional pode ser concebido como fenômeno histórico social, em contraponto à teoria de Kelsen:

De fato, Kelsen deve ser considerado um “precursor” da disciplina científica –apoiamo-nos na conotação científica que indicamos linhas acima –, isto é, aquele que aportou as bases teóricas aceitas tempos depois, no melhor processualismo científico. Mas, com esse mesmo realismo, seria necessário avaliar, em sua justa dimensão, a contribuição de Alcalá-Zamora y Castillo, que, no máximo, poderia ser reconhecido como “fundador nominal”.

¹¹⁵ *Idem, ibidem*, p. 30.

Podem ser observadas quatro etapas que encadeiam as contribuições dos referidos juristas, até chegar a uma configuração sistemática, como disciplina autônoma processual, a saber:

a) PRECURSORA (1928-1942). Tem início com o trabalho de fundamentação teórica de Kelsen, relativo às garantias jurisdicionais da Constituição (1928) e ao reafirmar sua postura com a polêmica que sustentou com Carl Schmitt, a propósito de quem deveria ser o guardião da Constituição (1931); (...) b) DESCOBERTA PROCESSUAL (1944-47). O processualista espanhol Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, em seus primeiros anos de exílio na Argentina (1944-45) e depois no México (1947), se apercebe da existência de um novo ramo processual e lhe dá um nome. Na Argentina, ao intitular sua obra *Estudios de derecho procesal (civil, penal y constitucional)* em 1944; e no ano seguinte, de maneira expressa, indica que a instituição da proteção deve ser considerada dentro do direito processual constitucional, em uma resenha feita sobre um comentário de um livro na Revista de Derecho Procesal (1945); (...) c) DESENVOLVIMENTO DOGMÁTICO PROCESSUAL (1946-55). Etapa na qual o melhor processualismo científico da época realiza importantes contribuições para aproximar-se da tendência do constitucionalismo. É o período do estudo das garantias constitucionais do processo, iniciado por Couture (1946-48), e da análise da jurisdição constitucional e instrumentos processuais de controle, através das colaborações de Calamandrei (1950-56) e Cappelletti (1955); (...) d) DEFINIÇÃO CONCEPTUAL E SISTEMÁTICA (1955-56). O último elo constitui a definição conceptual como disciplina processual, que Fix-Zamudio realiza em seu trabalho relativo a La garantía jurisdiccional de la constitución mexicana. Ensayo de una estructuración procesal del amparo (1955), publicado parcialmente no ano seguinte, em diversas revistas mexicanas (1956)¹¹⁶.

A “tese García Belaunde” representa uma contribuição transcendental para compreender sua origem científica e estabelecer a distinção entre o precursor trabalho de Kelsen (1928) sobre a descoberta da disciplina processual como tal que, como bem indica, foi sucedido por Niceto Alcalá-Zamora y Castillo (1944-47), pelo que se deve considerá-lo o “fundador nominal”¹¹⁷.

As conotações do devido processo legal, processo justo ou garantia de audiência, usualmente empregadas para identificar esta categoria processual, são atualmente motivo de profundos e prolixos estudos, devido à sua concepção como garantia constitucional. É comum confundir sua caracterização como direito fundamental – porque, em muitas ocasiões, acha-se no capítulo relativo à parte dogmática das Constituições – com aquela outra dimensão da tutela dos direitos através dos processos e procedimentos constitucionais desenhados para alcançar sua efetividade.

A concepção ampla do conteúdo do direito processual constitucional repousa em uma premissa: considerar como sua matéria de estudo qualquer instituição, categoria ou

¹¹⁶ MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. *Op. cit.*, p. 98-99.

¹¹⁷ *Idem, ibidem*, p. 100-101.

princípio processual que se ache na Constituição. Em troca, uma versão anotada da disciplina se reduz propriamente ao primeiro setor. E somente aos instrumentos ou mecanismos processuais de proteção da Constituição como tais desenhados, assim como a jurisdição e órgãos que se encarregam de resolvê-los.

A proposta sistemática de Fix-Zamudio cobra importância para 1) delimitar com maior nitidez o conteúdo próprio do direito processual constitucional e 2) agrupar as restantes categorias processuais previstas na Constituição.

Nesse sentido, no âmbito da ciência constitucional, devem ser observadas diversas categorias processuais que compõem o denominado direito constitucional processual, cujo conteúdo se divide em três setores: a) a jurisdição; b) as garantias judiciais (estabilidade, imutabilidade, remuneração, responsabilidade etc.); c) as garantias das partes (ação processual, devido processo etc.).

Importante, ainda, trazer a lume os estudos de Mac-Gregor em relação ao processualismo científico na Itália. Com efeito, Piero Calamandrei (1889-1956) foi um defensor da liberdade e da justiça. Representa, com Francesco Carnelutti, os líderes da escola do processualismo científico italiano, que herdaram de Giuseppe Chiovenda. Sua liderança científica levou-o a ser reitor da Universidade de Florença em duas ocasiões (1943-44) e a redigir, com Carnelutti e Redenti, o Código de Procedimentos Civis italiano de 1940¹¹⁸.

Calamandrei delineou pontes entre a ciência processual com o processo e a jurisdição constitucional. O professor florentino foi um dos primeiros processualistas italianos a compreender a vinculação que deve existir entre o processualismo científico e o fenômeno constitucional. Atribui-se a Calamandrei uma influência importante na configuração do desenho do Poder Judicial, da Corte Constitucional italiana, assim como do controle da constitucionalidade das leis.

Efetivamente, Calamandrei teoriza acerca das competências e da natureza jurídica da Corte Constitucional (que considerava “paralegislativa” ou “supralegislativa”) e sua vinculação com a jurisdição ordinária. Para esse efeito, visualiza com agudeza como foi criada, na Itália, a questão incidental exposta perante o juiz ordinário, que denomina “prejudicial constitucional”, à maneira de um sistema intermédio entre o norte-americano e o

¹¹⁸ *Idem, ibidem*, 100-110.

austriaco. Um dos principais aportes de Calamandrei ao direito processual constitucional consiste em sua caracterização dos sistemas de justiça constitucional.

O pensamento de Mauro Cappelletti constitui uma prolongação e desenvolvimento dos valores e ideais de seu mestre Calamandrei. Assim se reflete ao longo da sua frutífera carreira acadêmica e em toda a sua obra, que girou em torno da justiça e da defesa da liberdade.

Foi Fix-Zamudio que contribuiu para sua consagração e divulgação. Não só por ter traduzido ao castelhano aquela clássica obra com uma conotação mais ampla que no texto original, mas, especialmente, por considerá-lo um dos setores de estudo da nova corrente científica denominada direito processual constitucional, conjuntamente com a jurisdição constitucional orgânica e a transnacional.

Já Mauro Cappelletti realizou contribuições relevantes para o direito processual constitucional ao longo da sua obra escrita, especialmente nos antecedentes dos instrumentos de controle constitucional das leis, na sistematização dos meios de proteção constitucional dos direitos fundamentais em sua dimensão nacional e internacional, e na utilização do método comparativo para a análise da jurisdição constitucional.

Kelsen lançou os alicerces, as bases gerais a partir da teoria do direito, e Couture, Calamandrei e Cappelletti contribuíram para estabelecer o fenômeno em sua significação científica processual. Nessa mesma corrente, Alcalá-Zamora y Castillo compreende a existência da nova disciplina, com a mesma lógica com que se vinham tornando autônomos os restantes ramos processuais, sob a unidade da teoria geral do processo. Faltava ainda o último elo da corrente: sua coerência estrutural e a sistematicidade científica.

Fix-Zamudio entende por direito processual constitucional¹¹⁹

a disciplina que se ocupa do estudo das garantias da Constituição, isto é, dos instrumentos normativos de caráter repressivo e reparador, cujo objetivo é remover os obstáculos existentes para o cumprimento das normas fundamentais, quando essas foram violadas, ignoradas ou existe incerteza sobre sua transcendência ou seu conteúdo, ou, para dizê-lo com palavras carnelutianas, são as normas instrumentais estabelecidas para a composição dos litígios constitucionais.

É nesse contexto que surge o primeiro estudo sistemático da ciência do direito processual constitucional como tal, isto é, em sua dimensão de análise conceptual, como disciplina jurídica autônoma de natureza processual.

¹¹⁹ FIX-ZAMUDIO, Héctor. La Justicia, t. XXVII, n. 309 e 310, jan/fev, 1956. (Corresponde ao capítulo III de sua tese de 1955), p. 90-91.

2.5 Atuação do Poder Judiciário no processo de legitimação democrática: algumas breves considerações sobre ativismo judicial

No âmbito do Estado Democrático de Direito, há uma especial atenção para se atingir um modelo de democracia integral, ou seja, direta, representativa, política e social¹²⁰.

Nesse mesmo sentido, Ferrajoli defende que as expressões “democrazia liberale, democrazia sociale e democrazia civile – sono in realtà formule ellittiche, dato che, a rigore, occorre parlare di ‘dimensioni’ liberale, sociale e civile, oltre che politica, della democrazia costituzionale, in quanto basate altrettante classi di diritti fondamentali”¹²¹.

Para o referido autor, a dimensão política da democracia, “diversamente dalle altre dimensioni, è da me riconosciuta quale condicio sine qua non della democrazia, nel senso che sul piano teorico per un verso può ben darsi una democrazia politica illiberale e/o anti-sociale e/o anti-civile e, per altro verso, possono darsi sistemi politici liberali, socialisti e capitalisti non democratici”¹²².

Nessa seara, a jurisdição e seus atores, notadamente os juizes e tribunais, ganham relevo na tarefa de efetivar os direitos fundamentais, no “modelo material-procedimental de constituição”¹²³, notadamente nas hipóteses de tensões decorrentes da ausência de políticas públicas que furtam a efetividade de direitos. Surge então maior espaço para a atuação do Poder Judiciário como uma espécie de legislador positivo, movimento este conhecido como ativismo judicial (*judicial activism*).

¹²⁰ ZANETI JR., Hermes. *Op. cit.*, p. 216.

¹²¹ Tradução livre: “democracia liberal, democracia social e democracia civil – elas realmente são fórmulas elípticas, dado que, estritamente falando, deve-se falar de ‘dimensões’ liberais, sociais e civis, bem como políticas, democracia constitucional, com base em tantas classes de direitos fundamentais” (FERRAJOLI, Luigi. *La democrazia attraverso i diritti. Diritto e questioni pubbliche*, Palermo, 2014. Disponível no *site* <http://www.dirittoequestionipubbliche.org/pagc/2014_n14/06-mono-1_Ferrajoli.pdf>. Acesso em 1º de maio de 2019, p. 147-148).

¹²² Tradução livre: Por outro lado, “a dimensão política, ao contrário das outras dimensões, é reconhecida por mim, como recordou Valentina, como uma condição *sine qua non* da democracia, no sentido de que, em um nível teórico, para um verso pode muito bem ser uma democracia não liberal e / ou política antissociais e / ou anticívicas e, por outro lado, podem ser sistemas políticos liberais, socialistas e capitalistas não democráticos” (FERRAJOLI, Luigi. *Idem, ibidem*).

¹²³ ZANETI JR., Hermes. *Op. cit.*, p. 217.

Luis Roberto Barroso, em artigo intitulado “Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática”¹²⁴, bem resume o que seria tal movimento no cenário da jurisdição atual:

A ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: (i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas.

Até o advento da Constituição de 1988, o Poder Judiciário brasileiro atuava em modelo distinto e contrário ao ativismo, conhecido como autocontenção judicial (*judicial restraint*), por meio do qual o princípio da separação dos poderes é concebido de modo menos flexível, com mitigação da força normativa da Constituição ante as limitações de recursos estatais ou mesmo de normas infraconstitucionais que não confirmam a efetividade necessária aos direitos fundamentais.

Por evidente, o ativismo judicial aloca o Poder Judiciário num cenário de discricionariedade e de protagonismo, cuja cautela igualmente se faz necessária. Como afirma Nicola Picardi, é necessário controlar o poder discricionário do juiz no plano da logicidade, por meio de deveres a serem cumpridos no processo decisório, como dever de publicidade, de motivação e de fundamentação dos atos judiciais¹²⁵.

2.6 Nuances do procedimentalismo constitucional e o modelo de democracia deliberativa

As concepções procedimentalistas defendem que o papel precípua da Constituição é definir as regras do jogo político, garantindo a sua natureza democrática. O enfoque fundamental dos procedimentalistas dá-se no princípio democrático, segundo o qual as decisões substantivas sobre temas controvertidos no campo moral, econômico, político, entre

¹²⁴ BARROSO, Luis Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. Disponível em: <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433>. Acesso em: 20 jul. 2016.

¹²⁵ PICARDI, Nicola. *Op. cit.*, p. 20-21.

outros, não devem estar contidas na Constituição, mas deve o povo deliberar sobre tais temas. Nessa perspectiva, a premissa de constitucionalização de uma decisão, por implicar a supressão do espaço de deliberação das maiorias políticas, deve conter reservas.

Cabe à Constituição estabelecer procedimentos pelos quais os cidadãos exercitem seus direitos políticos de autodeterminação com êxito, pois a legitimidade do Direito proclamado depende dessas condições procedimentais para a gênese democrática das leis, com o fim de viabilizar o projeto de se estabelecer justas condições de vida.

No processo comunicativo democrático, diz Rafael Lazzarotto Simioni que “a participação dos cidadãos em todos os processos de deliberação e de decisão relevantes para a legislação torna-se condição de possibilidade da liberdade comunicativa, vale dizer, da liberdade de crítica e de tomada de posição a respeito de pretensões de validade”.¹²⁶

Com efeito, para a teoria procedimentalista, os valores da sociedade devem ser definidos e defendidos por meio de uma deliberação democrática, especialmente pelos poderes representativos do povo. Como visto, ainda que baseado num princípio contramajoritário, o Poder Judiciário deve ter por propósito – porque é o da jurisdição – garantir a aplicação de instrumentos processuais que contribuam para essa deliberação no processo.

Adverte Flávia Santiago que se faz necessária cautela nesta atuação, pois

o fortalecimento do Poder Judiciário em virtude de um aparato metodológico que lhe assegura maior discricionariedade é objeto de ferrenha censura, já que acarreta riscos para o arranjo democrático, numa substituição das decisões imputáveis aos agentes sociais e titulares dos poderes majoritários pelas escolhas judiciais, aumentando, deste modo, a tensão entre constitucionalismo e democracia¹²⁷.

No cerne desta tensão está a questão da legitimidade, uma vez que se verifica haver no Judiciário um déficit democrático, na medida em que os juízes não são democraticamente eleitos e suas decisões, em última instância, como palavra final em temas de grande relevância social, política e econômica, representam discricionariedade judicial em detrimento da representatividade própria da democracia deliberativa.

¹²⁶ SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Direito e Racionalidade Comunicativa: A Teoria Discursiva do Direito no Pensamento de Jürgen Habermas*, p. 165.

¹²⁷ LIMA, Flávia Santiago. *Jurisdição Constitucional e Política: Ativismo e Autocontenção no STF*, *op. cit.*, p. 263.

3 FUNDAMENTOS TEÓRICOS DOS SISTEMAS JURÍDICOS: MODELO DE SISTEMA OPERATIVO E A DEVIDA ABERTURA COMUNICATIVA PARA A ATUAÇÃO DO *AMICUS CURIAE* COMO INSTRUMENTO DE LEGITIMAÇÃO DEMOCRÁTICA

3.1 Noção sistêmica do Direito: em busca de racionalidade no discurso científico

O discurso científico fundamenta-se na noção sistêmica, com imposição de lógica e de racionalidade¹²⁸, a fim de se compreender o poder da comunicação no processo, da dialética e de como os sujeitos processuais, em especial o *amicus curiae*, podem contribuir para conferir maior sistematicidade à fundamentação dos atos judiciais no processo democrático.

128 CORDEIRO, Antônio Menezes. "Introdução." In CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do Direito**. de Claus-Wilhelm Canaris. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996, p. LXIV.

Cumpra definir a noção de sistema jurídico. O termo “sistema” não possui significado unívoco. Utilizando-se da teoria da linguagem, neste ponto, pode-se dizer que a palavra “sistema” admite variadas significações e, por consequência, sentidos distintos.

Origina-se do grego, com o significado de reunião ou conjunto, de forma que, basicamente, implica a ideia de todo, pela qual se denota que, não obstante a possibilidade de possuir partes ou propriedades distintas e separadas, agrupa-se unitariamente de forma lógica.¹²⁹

A noção introdutória de sistema jurídico visa imprimir racionalismo na resolução dos casos jurídicos.¹³⁰ Nas palavras de Antônio Menezes Cordeiro, “um racionalismo – agora não entendido apenas como um conhecimento pela razão, mas antes como um progredir metódico, norteado por regras”.¹³¹ O recurso metodológico ao sistema jurídico decorre da necessidade e vontade de ultrapassar a influência do pensamento jusfilosófico, baseado no formalismo e no positivismo, que interioriza uma jurisprudência de valores¹³². Valoração aqui entendida como um “processo tendente ao aparecimento dum sentido jurídico, o qual, por seu turno, traduz um esquema de identificação espontâneo, num conflito jurídico, como uma das posições em presença”.¹³³

Já se pode conceber uma jurisprudência analítica, ou melhor, uma teoria analítica do Direito, com ênfase na linguagem, racionalismo, crítica ética etc.;¹³⁴ no entanto, faz-se necessário voltar os olhos para o fato de que as grandes questões ainda bem atuais, mesmo na chamada jurisprudência analítica, padecem de solução, tais como os conceitos jurídicos indeterminados e a adequação da justiça à teoria das normas jurídicas.

Nesse contexto, apresenta-se a jurisprudência programática como uma segunda corrente do pensamento jurídico moderno, aproximando o Direito da resolução dos casos concretos, a exemplo do pensamento difundido por Theodor Viehweg acerca do método tópico de interpretação e de concretização.

129 NEVES, Marcelo. **Teoria da inconstitucionalidade das leis**. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 2.

130 A resolução dos casos jurídicos não se refere, aqui, ao âmbito jurisdicional, mas ao próprio discurso do Direito enquanto ciência jurídica.

131 CORDEIRO, Antônio Menezes. “Introdução.” In CANARIS, Claus-Wilhelm, *Op. cit.*, p. XXXII.

132 Jurisprudência aqui no sentido de discussão científica.

133 *Idem, ibidem*, p. XXXVII.

134 *Idem, ibidem*, p. XLII.

Na seara da jurisprudência problemática, ganha especial destaque a retórica, cujo objetivo redundando na justificação e na legitimação das decisões judiciais, como decorrência também do *non liquet*, pelo qual o julgador não pode denegar a realização da justiça, ou melhor, não pode deixar de decidir, ainda que não exista uma regra específica no ordenamento jurídico.

Nesse breve percurso da evolução do discurso, já se constata a necessidade de que este observe a racionalidade, daí que a forma mais razoável é se valer da noção de sistema como unidade e ordem, para então se conseguir destrinçar os problemas que o Direito apresenta na busca pela sua realização.

Com efeito, encontra-se em Immanuel Kant a noção mais emblemática de sistema, pela qual se privilegiam os referidos elementos básicos e se afirma ser o sistema “a unidade dos diversos conhecimentos debaixo de uma ideia”,¹³⁵ a fim de indicar que o conhecimento envolve a ideia de conjunto ordenado de pensamentos interdependentes.¹³⁶

Essa noção de sistema difundida por Immanuel Kant, na sua obra *Crítica da Razão Pura*¹³⁷, no entanto, fortalece a dicotomia entre sistema interno e externo. O sistema externo ou extrínseco, nesse contexto, se refere à própria ciência do Direito, visto que se relaciona à racionalidade do trabalho científico, cujos critérios informadores são a coerência, a perfeição e a independência (requisitos formais).

O sistema interno, por seu turno, corresponde ao próprio objeto da ciência jurídica, qual seja: o Direito consiste no “conjunto de elementos materiais (coisas ou processos) ou não-materiais (conceitos), ligados entre si por uma relação de mútua dependência, constituindo um todo organizado”.¹³⁸

Philip Heck já chamava a atenção para a existência de um sistema interno e externo,¹³⁹ o que necessariamente ressalta a contraposição sobre a importância ou não dos elementos externos para o sistema interno do Direito. Essa premissa se estende à teoria da linguagem, no sentido de se explicar a linguagem pertinente aos sistemas da ciência do Direito e o do seu próprio objeto de estudo.

135 KANT, Immanuel. *Crítica da Razão Pura*. São Paulo: Martin Claret, 2005, p. 26.

136 BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 108.

137 Interessante notar que nesta obra Kant trata da possibilidade do conhecimento, sendo o sistema uma delas.

138 *Idem, ibidem*, p. 109.

139 CORDEIRO, Antônio Menezes. “Introdução.” In CANARIS, Claus-Wilhelm, *Op. cit.*, p. LXVII.

Conforme assevera Gabriel Ivo, o mundo jurídico se constitui pelo universo da linguagem, que se diferencia em linguagem-objeto (prescritiva) e metalinguagem, esta caracterizando a linguagem de sobrenível (descritiva).¹⁴⁰ Daí se evidencia que o sistema interno jurídico se utiliza da linguagem prescritiva, no sentido de impor o comportamento humano, enquanto o sistema externo se vale da linguagem descritiva, para explicar o fenômeno jurídico.

Essa dilação mostra-se pertinente sob o aspecto de que a decisão judicial sofre a influência de elementos externos ao sistema do momento em que fora concebida, razão pela qual se revela de suma importância uma abrangência do discurso, para o alcance de uma legitimação democrática na atuação do Poder Judiciário no âmbito deste sistema, sem descurar da segurança jurídica.

Interessa a análise do sistema jurídico (interno), o que pressupõe a racionalidade e a logicidade dos elementos normativos, a incidência e as consequências daí advindas, malgrado se tenha, com o presente trabalho, também a concretização da ciência jurídica (elementos do sistema externo), resultado da aferição do próprio Direito.

Importante destacar que a diferenciação entre sistema interno e externo não raras vezes se encontra sobre uma linha tênue. É que fatalmente o discurso como criação intelectual do jurista se reveste de subjetividade, que ele faz com seus esquemas dogmáticos acerca do Direito, sobretudo porque a concepção do sistema interno decorre também da operação intelectual e racional humana.¹⁴¹

O Direito como objeto é construído pelo homem, havendo, por isso, a presença humana no plano da ciência jurídica e de seu objeto. A esse respeito, pertinentes as observações de Paulo Bonavides¹⁴²:

Mas no sistema extrínseco, o teórico constrói, dogmatiza e impõe a lógica ao Direito, ao passo que no sistema intrínseco, ainda o de natureza formal, como o de Kelsen, a lógica, ao contrário, está no próprio Direito, no ordenamento dotado de racionalidade à espera de revelação, racionalidade que já existe e independe dos meios lógicos do sujeito cognoscente, o qual, até mesmo por insuficiência de compreensão, poderá pelo discurso deixar de reproduzi-la com fidelidade, falseando assim a base intrinsecamente lógica ou dedutível da ordem jurídica.¹⁴³

140 IVO, Gabriel. *A incidência da norma jurídica – o cerco da linguagem*. In Revista Trimestral de Direito Civil. V. 4 (outubro/dezembro/2000). Rio de Janeiro: Padma, 2000, p. 23.

141 BONAVIDES, Paulo. *Op. cit.*, p. 111.

142 IVO, Gabriel. *Op. cit.*, p. 23-24.

143 BONAVIDES, Paulo. *Op. cit.*, p. 111.

A ciência do Direito, enquanto sistema externo ou mesmo sistema da ciência do Direito, acaba por criar o Direito positivo, em face de esse constituir um processo cultural decorrente do agir humano. Todavia, apesar dessa confluência do discurso com o próprio Direito, devido a ambos se utilizarem da linguagem, não têm o condão de desconstituir os elementos formais que os compõem, a ponto de se confundirem os dois sistemas.

Na tentativa de procurar impor um rigor científico ao discurso sistemático do Direito, enquanto sistema interno, indubitavelmente merece atenção a teoria de Hans Kelsen, pincelada no capítulo anterior. No século XX, de fato, a noção sistêmica voltou a dominar o campo das ideias, por meio da inserção do estudo da lingüística no discurso científico, influenciada, ainda, pela biologia e pela cibernética¹⁴⁴.

Passadas essas considerações básicas acerca dos sistemas enquanto ciência e sobre a importância do pensamento sistemático enquanto Direito, importante fincar os elementos do sistema jurídico, para firmar as bases dos sistemas em que se desenvolveu a figura do *amicus curiae*, para, assim, compreender sua evolução e seu papel no sistema jurídico processual atual.

3.1.1 Noção de sistema jurídico: ordenação e unidade dos elementos que o compõem

Malgrado o sentido plurívoco do termo “sistema”, não se pode olvidar que este tem como fator básico o fato de remeter à ideia de ordem e de unidade de uma pluralidade de elementos, daí a aproximação com o pensamento de Immanuel Kant, segundo o qual o sistema reflete a ordenação de variadas realidades sob pontos de vista unitários.¹⁴⁵

A noção de sistema jurídico se faz necessária para qualquer discurso científico relacionado ao Direito como imposição de racionalidade e de coerência. Nesse ponto, não se pode explicar a função do *amicus curiae* no processo decisório sem um necessário percurso sobre as estruturas e funcionamentos do sistema jurídico.

144 BONAVIDES, Paulo. *Op. cit.*, p. 123.

145 KANT, Immanuel. *Op. cit.*, p. 30.

Na sua obra intitulada *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do Direito*, Claus-Wilhelm Canaris¹⁴⁶ desenvolve uma teoria arrimada nas características mais aceitas acerca dos sistemas, a saber: a ordenação e a unidade.

Segundo o seu magistério:

No que respeita, em primeiro lugar, à ordenação, pretende-se, com ela – quando se recorra a uma formulação muito geral, para evitar qualquer restrição precipitada – exprimir um estado de coisas intrínseco racionalmente apreensível, isto é, fundado na realidade. No que toca à unidade, verifica-se que este factor modifica o que resulta já da ordenação, por não permitir uma dispersão numa multitude de singularidades desconexas, antes devendo deixá-las reconduzir-se a uns quantos princípios fundamentais.

E não poderia ser diferente. Os elementos de ordem e unidade atribuíveis ao sistema jurídico são os que melhor fundamentam a exigência de racionalidade que deve permear as estruturas e funções deste sistema como imperativo de sua sustentabilidade. Interessante notar que, para se manter a logicidade e a racionalidade, a ordem e a unidade devem estar relacionadas, sendo certo que a formação do sistema jurídico com a observância desses dois elementos repousa na ideia necessária de objetividade.

3.1.2 A moderna concepção de sistema jurídico e sua influência na jurisdição democrática

Essa concepção moderna de sistema reporta-se a Rolf-Peter Calliess, o qual, apoiado na sociologia de Niklas Luhmann, busca explicar o direito como estrutura dialógica dos sistemas sociais, numa tentativa de conciliar a relação entre sujeito e objeto, vindo a privilegiar a teoria da comunicação.¹⁴⁷

De certo, mostra-se bastante pertinente a teoria dos sistemas preconizada pelo aludido autor, o qual busca explicar o sistema jurídico e sua evolução como redutor da complexidade da sociedade, valendo-se, por isso, de aspectos formais, nomeadamente

146 CANARIS, Claus-Wilhelm. *Op. cit.*, p. 12-13.

147 BONAVIDES, Paulo. *Op. cit.*, p. 123-125.

explicando todo esse processo de redução de complexidade social por meio das decisões judiciais.

Nesse contexto, não é demais registrar que a temática acerca da democratização da jurisdição, do contraditório participativo e das influências do *amicus curiae* sobre esses aspectos do processo contemporâneo resulta da complexidade da sociedade moderna, tendo em vista a influência que esta manifesta no Direito, e, por consequência, nas decisões judiciais. Interessante, pois, conhecer os elementos e estruturas do sistema que possibilitam a redução da complexidade a que se sujeita a sociedade.

A teoria de Niklas Luhmann representa a noção sistêmica moderna,¹⁴⁸ na qual se pode observar o intento de explicar o processo de tomada de decisões e os princípios que a informam, sempre com o intuito precípuo de redução de complexidade das relações sociais, utilizando-se da teoria da comunicação.

A evolução da sociedade e do próprio Direito resulta na reformulação do pensamento sistemático, a fim de adequá-lo à complexidade moderna das relações intersubjetivas, bem como da forma conferida pelas instituições. Daí se destacarem os órgãos jurisdicionais na busca pela redução de tal complexidade, atuando *in concreto* com o auxílio e a efetiva participação de setores da sociedade, como ocorre na atuação do *amicus curiae*.

Com efeito, mostra-se pertinente a teoria de Niklas Luhmann, que, arrimada numa proposta funcionalista-estruturalista,¹⁴⁹ busca racionalizar a complexidade que envolve o sistema da sociedade e do Direito propriamente dito, muito embora faça uso demasiado de paradoxos.¹⁵⁰ Também, revela-se oportuno o modelo teórico utilizado por autores pátrios,

148 Paulo Bonavides aloca a teoria de Luhmann na moderna concepção de sistema jurídico, inspirada na teoria dialógica do Direito, consistente na “concepção de Direito reduzida a um processo verbal conciliatório de interação, informação e comunicação”. (BONAVIDES, Paulo. *Op. cit.*, p. 125).

149 Ao contrário de Talcott Parsons, que analisa o sistema numa abordagem estruturalista-funcionalista, Luhmann dará mais ênfase às operações realizadas pelo sistema do que às suas estruturas. Nesse ponto, assevera CAMPILONGO que “o funcionalismo tradicional (Parsons) considera o sistema social um todo composto por partes funcionalmente dispostas, de modo a manter o equilíbrio estável do sistema. O funcionalismo de Luhmann, ao contrário, parte da distinção sistema/ambiente para colocar como problema central a questão da rede de operações que permite ou interrompe a reprodução dos elementos internos do sistema (ou o seu fechamento operacional)” (CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Política, Sistema Jurídico e Decisão Judicial*. São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 67).

150 O paradoxo, segundo Luhmann, “desenvolve-se, como dizem os lógicos (*Logiker*), no interior do sistema, a partir dos limites estabelecidos entre a diferenciação do sistema jurídico e a sua semântica, por um lado e, por outro, {na diferença entre} a sociedade e seu ambiente” (LUHMANN, Niklas. “A Restituição do Décimo Segundo Camelo: Do sentido de uma análise Sociológica do Direito.” *In Da Sociologia social à sociologia jurídica*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2005, p. 33-107).

como Marcelo Neves e Celso Campilongo, na busca de identificar o Direito como um sistema comunicativo com a função de generalizar de forma congruente as expectativas normativas da sociedade.

Necessário se faz, portanto, registrar os elementos básicos da teoria original de Niklas Luhmann, em congruência com a razão comunicativa e o modelo procedimental de jurisdição democrática.

3.2 Aspectos sociológicos de sistema jurídico: ênfase na proposta funcionalista-estruturalista – fechamento operativo, abertura cognitiva e acoplamento estrutural dos sistemas

O sistema pode ser concebido como um conjunto autônomo de elementos, compreendidos como verdadeiras unidades do sistema, que se relacionam entre si e com o ambiente mediante a utilização de tipos específicos de operações, de forma que tais operações funcionam como o elo entre o sistema e o ambiente, na medida em que filtram as informações do sistema e as processam internamente. As operações correspondem a acontecimentos instantâneos, ocorridos no sistema estruturalmente fechado, que produzem um processo de diferenciação dentro do sistema.¹⁵¹

Celso Fernandes Campilongo, arrimado na proposta de teoria sistêmica, anota a seguinte afirmação:

Um sistema caracteriza-se pela diferença com seu ambiente e pelas operações internas de autorreprodução de seus elementos. A sociedade é um grande sistema social que compreende, no seu interior, todas as formas de comunicação. A sociedade não é composta por relações individuais, mas sim por comunicações. Os homens, enquanto sistemas psíquicos e orgânicos, são o ambiente necessário e indispensável da sociedade. Os sistemas sociais das sociedades modernas são funcionalmente diferenciados em diversos sistemas parciais. São exemplos de sistemas parciais os sistemas econômico, jurídico e político. Cada sistema parcial possui seu próprio código (esquema binário que caracteriza a comunicação no sistema), suas operações específicas de reprodução, ou seja, sua clausura operativa (ou fechamento operativo) e sua abertura ao ambiente.¹⁵²

151 VALVERDE, Gustavo Sampaio. *Coisa julgada em matéria tributária*. São Paulo: Quartier Latin, 2004, p. 34.

152 CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Op. cit.*, p. 66.

Tais dados, sobretudo as operações internas desempenhadas pelo sistema, revelam como seus elementos se relacionam, sendo funcionalmente limitados à forma como se encontra estruturado o sistema, daí que se convencionou afirmar, com base na teoria luhmanniana, que os sistemas são autopoieticos, porquanto “reproduzem seus elementos valendo-se de seus próprios elementos, por meio de operações internas”.¹⁵³

É de se observar, portanto, que os sistemas, *in casu*, o sistema jurídico, trabalham de forma contínua, uma vez que, sem se descurar dos elementos estruturais, filtram as informações e alterações do ambiente mediante operações destinadas ao processamento dessas informações, de forma a produzir os elementos do sistema.

Forçoso reconhecer que a referida teoria sistêmica se relaciona à *autopoiesis*¹⁵⁴, na medida em que idealiza os sistemas como autorreferentes, sendo este ponto o principal traço distintivo do conceito tradicional de sistemas, pelo qual se colocam os sistemas como um conjunto de elementos que se relacionam entre si num dado ambiente, ainda que dele separado.

Com efeito, os sistemas não possuem essa relação embrionária com o ambiente; este apenas lhes fornece os elementos (matéria-prima) para seu funcionamento, mediante suas operações próprias e internas, sendo certo que os elementos advindos do ambiente, rico em complexidade, sofrerão a necessária filtragem nos sistemas. Corroborando tal entendimento, assevera Emílio Peluso Neder Meyer:

Na teoria dos sistemas autorreferentes, o sistema se define precisamente por sua diferença em relação ao ambiente, uma diferença incluída no próprio conceito de sistema. O sistema só pode ser entendido a partir da diferença em relação ao ambiente. Mais à frente, tal sistema pode ser observado como um sistema autorreferente e autopoietico. Assim, ele pode criar tanto a estrutura quanto os elementos que o compõem.¹⁵⁵

153 VALVERDE, Gustavo Sampaio. *Op. cit.*, p. 36.

154 Humberto Maturana, biólogo chileno, foi o primeiro a elaborar o conceito de *autopoiesis*, intimamente relacionado à sua pesquisa sobre a organização dos organismos vivos. “Un sistema vivente, secondo Maturana, è caratterizzato dalla capacità di produrre e riprodurre esto stesso gli elementi che lo costituiscono, e definisce in questo modo la própria unità: ogni cellula è il prodotto di un reticolo di operazioni (...) interne al sistema di cui essa è un elemento, e non di un intervento esterno”. BARALDI, Cláudio; CORSI, Giancarlo; ESPOSITO, Elena. **Luhmann in Glossário – I concetti fondamentali della teoria dei sistemi sociali**. Milano: Franco Angeli, 2005, p. 53. Tradução livre: “Um sistema vivo, segundo Maturana, se caracteriza pela capacidade de produzir e reproduzir pelos próprios elementos que o constituem, e assim define sua própria unidade: cada célula é produto de um retículo de operações (...) internas ao sistema do qual ela mesma é seu elemento; e não de uma ação externa”.

155 MEYER, Emílio Peluso Neder. **O caráter normativo dos princípios**. Artigo extraído do *site* www.jusnavigandi.com.br Acesso em: 25 de agosto de 2016.

É imperioso destacar, todavia, que o isolamento do sistema em face do ambiente não é transitório nem causal, mas sim uma exigência de que ele opere de um modo estruturalmente fechado, a possibilitar a redução de complexidades do ambiente, ainda que tal redução aumente a complexidade interna do sistema, todavia, não mais se visualizando os dados que o compõem como possibilidades, mas sim como probabilidades resultantes da observância dos códigos binários existentes num dado sistema, sendo este, repise-se, um dos paradoxos desta teoria.

Um dos pontos marcantes da teoria luhmanianna reside justamente nos paradoxos, sendo o maior deles a afirmação de que o fechamento operativo do sistema é condição para a sua abertura cognitiva (a autorreprodução dos elementos internos a partir dos dados obtidos no ambiente). Vale destacar que “os problemas de abertura e fechamento do sistema não podem ser respondidos em termos causais ou a partir do esquema *input/output*”.¹⁵⁶

É de se observar que a teoria sistêmica trazida à colação trabalha com a perspectiva de que no ambiente residem as possibilidades, cabendo aos diversos sistemas promover a devida redução dessa complexidade¹⁵⁷ inerente ao ambiente através de suas operações internas.

Em síntese,

entre ambiente e sistema há um desequilíbrio de complexidade que permite o nascimento da determinação. Os sistemas reduzem a complexidade do ambiente transformando o simplesmente possível em possível e determinável. Essa operação dos sistemas responde a uma dinâmica evolutiva que é resultado de um processo

156 Conforme afirma Campilongo, “a teoria dos sistemas autopoieticos substitui a explicação causal dos sistemas abertos (*input/output*) por um modelo de ligações simultâneas e assimétricas entre os sistemas”. (CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Op. cit.*, p. 95). Interessante notar que essa abertura cognitiva do sistema não pressupõe uma descaracterização de seus programas ou códigos, pois funciona como o acoplamento estrutural entre os sistemas ou mesmo entre os sistemas e determinado ambiente específico, de forma que os sistemas, *in casu*, o sistema jurídico, permitem sofrer irritações internas ocasionadas por tal abertura. Tais influências não se constituem em informações ou determinação, já que funcionam como dados brutos que alimentam o sistema jurídico, sem prescindir de uma necessária seleção e construção a partir de suas estruturas internas e fechadas.

157 Relata Emílio Peluso que o reconhecimento da complexidade da sociedade moderna, bem como o objetivo de reduzi-la através da ciência, é um ponto de extrema relevância na teoria luhmanianna. “A complexidade é entendida como a abundância de relações, possibilidades, conexões, sem que seja possível estabelecer uma linha contínua entre cada elemento. O problema próprio de uma sociedade complexa como a hodierna é o da impossibilidade de se referir apenas a um centro; nisto se revela a marcada diferenciação desta sociedade. Tal diferenciação é extremamente importante em nossa análise para que possamos entender a autonomização de sistemas como o direito frente a outras ordens normativas, como a moral e a ética. A complexidade da sociedade moderna é enfrentada pela própria assunção de um *paradoxo*: só é possível reduzir complexidades aumentando a própria complexidade. Daí que uma teoria da sociedade que pretenda reduzir a complexidade desta sociedade deverá ser, ela mesma, complexa”. (MEYER, Emílio Peluso Neder. *Op. cit.*).

constante de variação, seleção e estabilização de estruturas, de tal maneira que as possibilidades do ambiente não selecionadas num primeiro momento poderão vir a sê-lo posteriormente (...). Em razão disso, o ambiente segue sendo um espaço mais complexo de que o sistema. Este, por seu turno, renova incessantemente seus elementos por meio de contínuas e novas seleções promovidas naquele.¹⁵⁸

Destacam-se, nesse contexto, as palavras de Niklas Luhmann, no sentido de que

a codificação do sistema jurídico é dada por meio de diferenciações do direito e do não-direito e, a partir disso, os textos escritos sobre a reflexão interna do sistema podem ser mais precisos quanto a este enunciado. O sistema jurídico se desparadoxiza pela adoção desse código. Trata-se da diferença do direito e do não-direito não como paradoxo, e sim como contradição. Tem-se então: não-direito \neq direito (*Unrecht \neq Recht*) (...). O paradoxo é tomado como se fosse uma contradição, isto é, como se pudesse eliminar um procedimento lógico e técnico (*technisierbaren*) por meio de uma lógica de valores dual.¹⁵⁹

Ainda sobre a paradoxização do sistema e a funcionalidade de seus elementos, noticia Marcelo Neves que o fechamento autorreferencial é condição para a abertura do sistema ante a exigência de que este realize conexão com os acontecimentos elementares, o que implica sua necessidade de abertura cognitiva. Entende-se que a radicalização do fechamento operativo do sistema conduziria a um paradoxismo insuperável da autopoiese, já que não possibilitaria a interrupção da interdependência dos elementos internos em face dos dados obtidos no ambiente.¹⁶⁰

Assim, o sistema envolve uma dinâmica de operações fáticas por meio de elementos estruturais. Todavia, apesar da importância de tais elementos como instrumentos para a realização das operações, são elas que diferenciam o sistema do ambiente de outros sistemas.

Nesse passo,

as operações realizadas pelo sistema consistem basicamente na seleção de informações do ambiente e no processamento interno dessas informações, de forma que cada sistema possui um critério e uma forma de selecionar e processar informações que lhe possibilitam operar de uma maneira própria e delimitar-se frente ao ambiente.¹⁶¹

158 VALVERDE, Gustavo Sampaio. *Op. cit.*, p. 38.

159 LUHMANN, Niklas. "A Restituição do Décimo Segundo Camelo: Do sentido de uma análise Sociológica do Direito." *In Da Sociologia social à sociologia jurídica*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2005, p. 57.

160 NEVES, Marcelo. *A Constituição Simbólica*. São Paulo: Editora Acadêmica, 1994, p. 122.

161 VALVERDE, Gustavo Sampaio. *Op. cit.*, p. 34.

Como cada sistema parcial possui suas próprias estruturas e operações, é certo dizer que cada sistema parcial da sociedade funciona conforme seu ritmo singular, em interação com os demais sistemas parciais, através de operações internas que possibilitam a autorreprodução de seus elementos a partir dos elementos colhidos do ambiente.

A comunicação do Direito depende da funcionalidade de tais programas, o que garantirá ao sistema o aspecto de variabilidade, já que os códigos binários a ele relativos permaneceram imutáveis. Nessa perspectiva, vale ressaltar que a funcionalidade ou unidade dos sistemas guarda uma intrínseca relação com as dimensões neles existentes, quais sejam: as dimensões material, social e temporal. Na dimensão material, observa-se a preocupação em atribuir sentido às operações realizadas pelo sistema para reduzir as complexidades do ambiente, conduzindo ao surgimento de expectativas.

No caso do sistema jurídico, por óbvio, as expectativas são normativas. A fixação dessas expectativas deve pressupor um grau mínimo de abstração capaz de produzir certa indiferença, ou seja, as experiências não devem ser processadas de modo muito abstrato, sob o risco de acarretar a incapacidade de o sistema prescrever os comportamentos conforme o caso.¹⁶²

Entender que as expectativas geradas pelo processo de tomada de decisões, no âmbito do sistema jurídico, são normativas contribui para a compreensão e a redefinição do modelo de contraditório ampliativo e participativo, visando alcançar a atuação do *amicus curiae*.

Para se compreender esse novo modelo estrutural, ganha relevo a teoria funcionalista-estruturalista dos sistemas. Por meio dela, observa-se a abordagem acerca da necessidade de que os sistemas trabalhem com generalizações de expectativas, de forma a garantir-lhes um nível de abstração mínima que possibilite a adoção dos comportamentos prescritos em conformidade com o caso concreto, sobretudo porque isto se mostra necessário até no processo tradicional de subsunção de normas jurídicas. Já a dimensão temporal cuida em conferir estabilização às expectativas através da relação entre passado e futuro no presente.

162 VALVERDE, Gustavo Sampaio. *Op. cit.*, p. 62.

A dimensão social, por outro lado – e aqui a importância dela para se conceber um sistema democrático –, lida com o aspecto da institucionalização das expectativas, *in casu*, normativas, por meio do processo de tomada de decisão, sendo certo que, por meio da institucionalização produzida na dimensão social, detém-se a validade das expectativas. Os processos funcionam como um filtro onde as incontáveis possibilidades (expectativas) ingressam como redução de complexidade no sistema jurídico.¹⁶³

Com efeito, tais dimensões não são excludentes entre si, ao contrário, se complementam, porquanto são necessárias para o processo de generalização de expectativas exigido para a compatibilização do direito no âmbito da sociedade moderna. Essa generalização de expectativas envolve a celeuma em torno da democratização do processo, como forma de, por meio de uma teoria de viés sociológico, imprimir maior racionalidade científica ao sistema e à exigência de que as decisões judiciais possuam caracteres efetivamente democráticos.

3.3 O direito processual civil como modelo de um sistema comunicativo: em busca de bases teóricas para a noção de comparticipação no processo democrático

À primeira vista, o direito, em especial o direito processual civil, pode ser concebido como um sistema comunicativo estritamente jurídico. No entanto, não se pode olvidar que ele engloba sistemas distintos: político, jurídico, social, entre outros, que, a despeito de serem fechados do ponto de vista operacional, permitem uma abertura cognitiva, pois o fechamento operacional do sistema, paradoxalmente, favorece a sua abertura às referências do ambiente e aos programas de mudança do sistema (acoplamento estrutural), com abertura cognitiva para o discurso no âmbito do processo¹⁶⁴.

¹⁶³ *Idem, Ibidem*, p. 65.

¹⁶⁴ Percebe-se certa influência, no presente trabalho, da teoria funcionalista-estrutural, idealizada por Habermas, como visto no primeiro capítulo. Com efeito, as ideias de sistema e de um modelo estrutural contribuíram para esta pesquisa. Sobre a teoria de Habermas e da razão comunicativa, confira-se o texto, publicado em forma de artigo científico, do Prof. Dr. Beclaute Oliveira Silva. Sobre ação comunicativa, diz o autor que “o que demarca a ação comunicativa ou a ação orientada para o entendimento é a obtenção de um acordo entre os participantes da via comunicativa. Esse acordo ou consenso é desenvolvido com base na pretensão de validade dos atos enunciativos. Nesse caso, o entendimento decorre do reconhecimento intersubjetivo da pretensão de validade veiculado pelo ato ilocucionário. É intersubjetivo, pois a comunicação se faz com a participação do outro, não se tratando de um solilóquio ou um monólogo, mas de um colóquio ou um diálogo”. (SILVA, Beclaute Oliveira.

Explica Celso Fernandes Campilongo que o processo evolutivo do sistema jurídico, pelo qual há a transformação das estruturas internas como resultado da absorção da complexidade do ambiente e até do próprio sistema, pressupõe um sistema de limitações das expectativas já existentes através da codificação particular de cada sistema, tal como no caso do sistema jurídico, que trabalha principalmente com o código lícito/ilícito.

Nesse ponto, interessante destacar que o principal traço distintivo do sistema da sociedade reside na probabilidade da comunicação humana. Tércio Sampaio Ferraz Jr. afirma que

há quatro axiomas básicos que ajudam a compreensão do conceito de comunicação. O primeiro é que a comunicação não tem contrários: o ser humano se comunica em todas as circunstâncias, pois comunicação equivale a comportamento e comportamento equivale à comunicação. O segundo é que o ser humano se comunica de dois modos distintos: um modo digital, que se vale da palavras, dos dígitos, dos gestos etc.; e um modo analógico, que se vale da comunicação não-verbal, de que é exemplo uma lágrima, um sorriso, o jeito de vestir etc. Terceiro, a comunicação ocorre sempre em dois níveis simultâneos: o nível do relato, que é próprio do conteúdo da mensagem; e o nível do cometimento, que representa a relação entre participantes da relação comunicativa, isto é, a forma como o conteúdo deve ser compreendido (simetria ou assimetria). O quarto, e último axioma, diz que em torno das relações de comunicação sempre existe uma pontuação: quem fala e quem ouve.¹⁶⁵

Observa-se, portanto, que a principal operação realizada pelo sistema da sociedade é a linguagem, ou melhor, a comunicação entre os sujeitos, de forma que o conjunto das comunicações realizadas pelo sistema resulta na definição da unidade do sistema. Mas qual seria a relevância da comunicação na redução das complexidades do ambiente?

Afirma Gustavo Sampaio Valverde que, sendo o ambiente composto de infinitas possibilidades, para que haja o mínimo de harmonia ante a contingência do comportamento humano e, por conseguinte, das relações inter-humanas, a viabilidade da interação resulta da estabilização das expectativas que cada indivíduo possui sobre o outro, capaz de conduzir a uma pauta de previsibilidade, de modo a estabilizar os comportamentos recíprocos.¹⁶⁶

Teoria discursiva e seus reflexos no direito segundo o pensamento de Habermas. Texto disponível no site: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/137588>.

165 Excerto extraído da aula ministrada por Tércio Sampaio Ferraz Jr. no curso de pós-graduação na PUC/SP em 23.3.2003, transcrito em nota de rodapé por Valverde (VALVERDE, Gustavo Sampaio. *Op. cit.*, p. 39).

166 VALVERDE, Gustavo Sampaio. *Op. cit.*, p. 42.

Para o presente estudo, revela-se imprescindível saber se o sistema jurídico possui na sua definição estrutural o código válido/inválido, a fim de aferir a exigência da atuação do *amicus curiae* no processo decisório, especialmente se suas alegações, informações e conjunto probatório devem constar no julgado, sob pena de invalidade.

3.4 Sistemas de Direito e suas tradições jurídicas: um apanhado necessário dos modelos de *civil law* e *common law*

A compreensão de sistema jurídico e de suas implicações nos instrumentos processuais perpassa pela análise do contexto histórico dos sistemas de Direito, como forma de observar a evolução dos conceitos jusfilosóficos do próprio direito processual civil.

De fato, as temáticas tratadas no presente estudo, com ênfase no papel do *amicus curiae*, contraditório, precedentes judiciais e demais matérias de relevância para a concepção de um processo essencialmente democrático, possuem relação intrínseca com os grandes sistemas de criação do direito, inclusive quanto à influência desses sistemas no direito processual civil brasileiro na atualidade.

3.4.1 As tradições jurídicas do *civil law* e *common law*

O sistema jurídico de *civil law*, também conhecido como família de direito romano-germânica, tem seu surgimento na Idade Média, por volta dos séculos XII e XIII, no continente europeu, quando as universidades europeias, em especial a Universidade de Bolonha, procuraram analisar o direito a partir da compilação (ou codificação) do direito romano.

Por meio dos chamados glosadores, houve uma intensa atividade na compilação das leis romanas e uma busca de se conceber seu sentido original, por meio de uma linguagem técnica. Com efeito, “o símbolo dessa atividade é o estudo integral do Digesto por parte de

Irnério, que viveu em Bolonha no século XII. Com ele, o direito deixa de ser uma matéria esparsa entre as disciplinas do trívio e torna-se uma ciência autônoma”¹⁶⁷.

Já no século XIV, os glosadores foram substituídos pelos comentadores, pós-glosadores ou Escola de Comentadores, por meio dos quais se firmou a intenção de utilizar todo o arcabouço de Direito produzido desde o direito romano, incluindo o direito feudal e o canônico¹⁶⁸.

Com o advento da Escola de Direito Natural, nos séculos XVII e XVIII, passa-se ao modelo de sistematização com alicerce na ideia de racionalidade, sem fundamento no direito divino, e com o objetivo de maior compilação. Este movimento histórico restou conhecido como codificação, com a criação do Código de Napoleão, em 1804. Fruto dos ideais da Revolução Francesa, o referido código firmou o Direito como sistema, dando azo ao jusracionalismo no objetivo de se formar um sistema fechado de normas¹⁶⁹.

Há, no jusracionalismo da codificação, um especial apego à normatividade e à concepção secundária dos julgadores, já que, no processo decisório, os juízes deveriam ficar adstritos à lei. Tal concepção influenciou o movimento do positivismo jurídico, capitaneado por Hans Kelsen.

O sistema de *common law*, de tradição inglesa, tem seu surgimento no século XI, com um maior apego aos costumes e ao direito de jurisprudência. Exponte doutrinário do estudo dos sistemas de direito, René David¹⁷⁰ situa a história do *common law* na própria história da Inglaterra. Assim discorre sobre os períodos históricos:

O primeiro é o período anterior à conquista normanda de 1066. O segundo, que vai de 1066 ao advento da dinastia dos Tudors (1485), é o da formação do *common law*, no qual um sistema de direito novo, comum a todo o reino, se desenvolve e substitui os costumes locais. O terceiro período, que vai de 1485 a 1832, é marcado pelo desenvolvimento, ao lado da *common law*, de um sistema complementar e às vezes rival, que se manifesta nas “regras de equidade”. O quarto período, que começa em 1832 e continua até os nossos dias, é o período moderno, no qual a *common law* deve fazer face a um desenvolvimento sem precedentes da lei e adaptar-se a uma sociedade dirigida cada vez mais pela administração.

¹⁶⁷ LOSANGO, Mario Giuseppe. *Os grandes sistemas jurídicos: introdução aos sistemas jurídicos europeus e extracuropeus*. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 52.

¹⁶⁸ HESPANHA, Antônio Manuel. *Cultura jurídica européia: síntese de um milênio*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005, p. 198.

¹⁶⁹ *Idem, ibidem*.

¹⁷⁰ DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*, cit., p. 283-284.

Conforme adverte Danilo Candido Portero, o período anterior à conquista normanda se refere ao período anglo-saxônico, “caracterizado pela época em que a Inglaterra se converteu ao cristianismo, logo após a partilha do território inglês por diversas tribos de origem germânica”¹⁷¹. Somente a partir do século XIII pode-se falar em surgimento do direito comum (*common law*), “na sua origem, essencialmente um direito público, só podendo as questões entre particulares ser submetidas aos tribunais da *common law* à medida que se pusesse em jogo o interesse da coroa ou do reino”¹⁷².

Ainda sob uma perspectiva jus-histórica, mais precisamente no período moderno, a partir do século XIX, percebem-se mudanças no direito inglês: uma maior aproximação com o direito de origem romano-germânica e uma maior sistematização do *common law*. Danilo Portero, arrimado nas ideias de Benjamin Cardozo¹⁷³, enfatiza que “é reconhecida a superioridade da lei, mas também se acredita que exista um direito não-escrito. No entanto, um movimento semelhante à codificação não se mostra presente no direito inglês, num sistema em que, historicamente, se optou por manter o desenvolvimento nas mãos dos juízes”¹⁷⁴.

Sobre o sistema de *common law*, interessa a este estudo a compreensão de que, neste modelo de sistema, os precedentes possuem força normativa na mesma proporção das leis escritas (referenciadas no sistema romano-germânico), a evidenciar a criação do Direito por meio de julgados e decisões judiciais.

Tal fenômeno, conhecido como *judge-made law*, representa a teoria constitutiva do direito pela atuação dos juízes no sistema de *common law*, em contraponto ao *statute law*, ou direito criado pelo parlamento.¹⁷⁵

A esse respeito, vale a ressalva apresentada por Portero:

Note-se que para a teoria constitutiva, tanto o juiz poderia criar o direito (*judge-made law*), como basear sua decisão em direito criado pelo parlamento (*statute law*). Ao contrário da teoria declaratória, que também afirmava a necessidade de o juiz

¹⁷¹ PORTERO, Danilo Candido. *A aproximação entre os grandes sistemas do Direito Contemporâneo*. RJBL, Ano 4, nº 6, p. 1.712, 2018.

¹⁷² DAVID, René. *Op. cit.*, p. 19.

¹⁷³ CARDOZO, Benjamin N. *A natureza jurídica do processo judicial*. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

¹⁷⁴ PORTERO, Danilo Candido. *Op. cit.*, p. 1.717. O autor traz a ideia trabalhada por Merryman e Pérez-Perdomo acerca da importância dos juízes no sistema de *common law*: “nós sabemos que há uma abundância de legislação em vigor, e reconhecemos que há uma função legislativa. Mas, para nós, o *common law* significa o direito criado e moldado pelos juízes, e nós ainda pensamos (embora às vezes de maneira imprecisa) em legislação como servindo um tipo de função suplementar”. (MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. *The civil law tradition: an introduction to the legal systems of Europe and Latin America*. Stanford: Stanford University Press, 2007, p. 34.

¹⁷⁵ *Idem, ibidem*, p. 1.720.

dizer o direito segundo as leis (*statute law*), mas que negava a atividade criativa do juiz quando sua decisão fosse baseada nos costumes gerais (*common law*)¹⁷⁶.

Na atualidade, percebe-se uma aproximação dos dois regimes, não havendo que se falar mais em sistemas estanques do Direito, uma vez que, ao longo dos séculos, os regimes dos países de *civil law* e *common law* possuem cada vez mais intersecções, sobretudo no que se refere ao papel desempenhado pela lei e ao alcance da justiça, que representam o denominador comum nos dois sistemas jurídicos¹⁷⁷.

Essas ilações acerca dos sistemas jurídicos permitirá compreender melhor a origem do *amicus curiae* e sua evolução, cujo desenvolvimento se deu no sistema de *common law*, como será explanado no capítulo a seguir, além da forma como atualmente se observa no sistema jurídico brasileiro, tradicionalmente cunhado sob o regime de *civil law*, porém com influências do *common law*, no âmbito no novo Código de Processo Civil.

4 AMICUS CURIAE: DIGRESSÃO HISTÓRICA NOS SISTEMAS JURÍDICOS E OS PARÂMETROS DO INSTITUTO NO CONTEXTO DO DIREITO ESTRANGEIRO

4.1 Antecedentes históricos do *amicus curiae*

Apesar de sua origem controversa, parte da doutrina afirma que os antecedentes históricos do *amicus curiae* remontam ao direito romano, na figura do *consiliarius* romano. Tal similitude se deu porquanto o *consiliarius* funcionava como uma espécie de conselheiro, de maneira neutra, porém auxiliava o magistrado no convencimento para a decisão judicial.

¹⁷⁶ *Idem, ibidem*, p. 720. Concebido como expoente da teoria declaratória do direito e da jurisdição no regime de *common law*, o autor Willian Blackstone, na obra intitulada *The Commentaries on the law of England*, defende a existência de duas espécies de direito, a saber: direito escrito, baseado em leis e em costumes; e o direito não escrito (*common law*). A fundamentação das decisões judiciais deveria se relacionar ao direito já existente. (BLACKSTONE, Willian. *The Commentaries on the law of England*. Chicago: The University of Chicago Press, 1979, p. 42 *apud* PORTERO, Danilo Candido. *Op. cit.*, p. 1.718). Por outro lado, o expoente doutrinário de defesa à teoria constitutiva é John Austin, citado por Portero, que reforça a teoria austiniana, no sentido de que o juiz, ao revogar precedente, igualmente criaria o direito. (AUSTIN, John. *Lectures on jurisprudence, or the philosophy of positive law*. London: John Murray, 1911, p. 634 *apud* PORTERO, Danilo Candido. *Idem, ibidem*, p. 1.721).

¹⁷⁷ DAVI, René. *Op. cit.*, p. 20.

Como afirma Luigi Crema¹⁷⁸,

Nevertheless, many doctrinal works on amici curiae refer to a direct Roman origin. This is due probably to a chain of erroneous citations originating from the entry Amicus curiae in the Rawlse's edition of the Bouvier law dictionary. That volume tracks the origins of amicus curiae to English law, but also draws a bold parallel with the institution of the *consilium*. However, none of the sources quoted by that law dictionary describes a third person intervening unrequested in a trial. Instead they describe the dynamic of advice – *consilium* – given by somebody involved, under invitation of the judge, in the decision-making phase. (...) just as the prince relied on the advice of a large circle of amici (friends), judges and lawyers were advised by friends of the court in their decisions¹⁷⁹.

Por esse registro de origem remota do instituto, percebe-se um papel mais de conselheiro das decisões dos magistrados¹⁸⁰, a distanciar da função deste nos dias atuais¹⁸¹. Por outro lado, mesmo com menção ao direito romano como origem dos primeiros registros do *amicus curiae*, depreendem-se dessa noção traços do sistema de *common law*, daí a relação imbricada do instituto com o referido modelo de sistema.

Michael Lowan assinala que:

The earliest notion of *amicus* participation is found in Roman law. Under Roman law, the *amicus*, at the court's discretion, provided information on areas of law beyond the expertise of the court. From this practice emerged the english common law concept of an *amicus* as a disinterested bystander who, at the court's request or permission, informed the court on points of law¹⁸².

¹⁷⁸ CREMA, Luigi. Tracking the origins and testing the fairness of the instrument of fairness: amici curiae in international litigation. The Jean Monnet Program. NYU School of law. New York, NY, 10011. Paper 9/12, p. 7.

¹⁷⁹ Tradução livre: “No entanto, muitas obras doutrinárias sobre amici curiae referem-se a uma origem romana direta. Isso se deve, provavelmente, a uma cadeia de citações errôneas originadas da entrada Amicus curiae na edição de Rawlse do dicionário de lei Bouvier. Esse volume rastreia as origens do amicus curiae para o direito inglês, mas também traça um paralelo ousado com a instituição do consilium. No entanto, nenhuma das fontes citadas pelo dicionário de lei descreve uma terceira pessoa intervindo sem ser solicitada em um julgamento. Em vez disso, descrevem a dinâmica do conselho – consilium – dada por alguém envolvido, a convite do juiz, na fase de tomada de decisões (...) assim como o príncipe contava com o conselho de um grande círculo de amici (amigos), os juízes e advogados eram aconselhados por amigos no tribunal em suas decisões”.

¹⁸⁰ Com efeito, adverte Luigi Crema que “in more times, Chandra Mohan is clear in saying that amicus curiae was a not an expression used in classical Roman law; however, he too tracks the origin of the amicus to Rome, drawing a parallel with the *consilium Principi*”. (Tradução livre: “em tempos mais recentes, Chandra Mohan é claro ao dizer que o *amicus curiae* era uma expressão usada no direito romano clássico; no entanto, ele também observa a origem do *amicus* para Roma, traçando um paralelo com o *consilium principis*”).

¹⁸¹ Paulo de Tarso Menezes ressalta, no entanto, que tal origem romana não corresponde ao instituto do *amicus curiae* nos moldes atuais, pois sua atuação dependia da convocação por parte do julgador, além de se limitar ao aspecto consultivo e de caráter neutro (MENEZES, Paulo de Tarso Duarte. Aspectos gerais da intervenção do *amicus curiae* nas ações de controle de constitucionalidade pela via concentrada. *Revista de Direito Público*, n. 17, p. 36-37, jul./set. 2007).

¹⁸² Tradução livre: (“A noção mais antiga de participação amicus é encontrada no direito romano. Sob a lei romana, o amicus, a critério do tribunal, forneceu informações sobre áreas de direito além da perícia do tribunal. Desta prática emergiu o conceito de common law inglês de um amicus como um espectador desinteressado que, a pedido ou permissão do tribunal, informou o tribunal sobre pontos de lei”). (LOWMAN, Michael K. The litigating amicus curiae: when does the party begin after the friends leave?)

A esse respeito, Giovanni Criscuoli defende que se pode admitir o *amicus curiae* como derivação do *consillarius* romano, no entanto, o instituto somente fora melhor desenvolvido no direito inglês, com a possibilidade de desdobramentos para outros sistemas jurídicos. Em verdade, o mencionado autor acentua a distinção entre as figuras do *consillarius* e do *amicus curiae*, no sentido de que, enquanto este pode comparecer espontaneamente ao juízo, o *consillarius* era chamado a intervir no feito para manifestar sua opinião de forma consultiva e auxiliar o juiz na prolação do julgamento¹⁸³.

Nesse sentido, outra vertente identifica a origem do instituto nos sistemas jurídicos do *Common Law*, mais precisamente no direito inglês, com posterior expansão para o direito norte-americano.

Cassio Scarpinella Bueno, com apoio nas palavras de Elisabetta Silvestri¹⁸⁴, aponta a origem do *amicus curiae* no direito penal inglês medieval, no sentido de que os “amigos da corte” participam de julgamentos que não envolviam interesses governamentais, na condição de “attorney general” (*Procurador Geral*), com o propósito de sistematizar as informações do julgado, precedentes, leis etc., a fim de conferir maiores subsídios aos juízes, inclusive para dar conhecimento dos precedentes e de suas “ratio decidendi”¹⁸⁵.

Nas palavras de Gerardo Linden Torres¹⁸⁶,

el primer antecedente propriamente documentado de la figura del *amicus curiae* en forma es la contenida en la codificación de Inglaterra en el año de 1403, y surgiendo en el año 1066 la figura del Curia Regis, que eran un grupo de nobles y obispos, quienes asesoraban al rey en el ejercicio de funciones administrativas y judiciales. Posteriormente, durante los siglos XVII y XVIII se dio una mayor aplicación de la figura del *amicus curiae* por parte de los tribunales ingleses, desarrollándose de una manera eminentemente oral y consistía en hacerle saber al tribunal los precedentes que debían tomarse en consideración, o bien en aclarar el sentido de una norma¹⁸⁷.

¹⁸³ CRISCUOLI, Giovanni. “Amicus Curiae”, *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. Ano XXVII, n. 1, março de 1973, p. 198.

¹⁸⁴ A autora, no entanto, não despreza as raízes romanas do instituto. Segundo ela, “i primi esempi di ricorso all’amicus curiae nel processo civile e, più limitadamente, in quello penale, possono essere rinvenuti nell’Inghilterra medievale, anche se non mancano tesi volte ad accreditare una derivazione romanistica dell’istituto”. Tradução livre: “os primeiros exemplos de aplicação do *amicus curiae* no processo civil e, mais limitadamente, no processo penal, podem ser encontrados na Inglaterra medieval, mesmo que também existam teses voltadas para a acreditação de uma derivação romanista do instituto. (SILVESTRI, Elisabetta. *L’amicus curiae: uno strumento per la tutela degli interessi non rappresentati*, p. 679/680).

¹⁸⁵ BUENO, Cassio Scarpinella. *Op. cit.*, p. 90 e nota 13.

¹⁸⁶ TORRES, Gerardo Linden. *La tutela jurisdiccional de los derechos humanos: la suprema corte de justicia de la nación no tiene buenos amigos*. Universidad Juárez del Estado de Durango, Mexico, 2018.

¹⁸⁷ (Tradução livre: “o primeiro antecedente documentado da figura do *amicus curiae* fora previsto na codificação da Inglaterra no ano de 1403, e emergindo no ano 1066 a figura da *Curia Regis*, que era um grupo ou de nobres e bispos, que aconselharam o rei no exercício de funções administrativas e judiciais. Mais tarde, durante os séculos XVII e XVIII, houve uma maior aplicação da figura dos *amicus curiae* pelos tribunais

Giovanni Criscuoli, por sua vez, traz precedentes desta figura que remontam a um período situado entre 1353 e 1866¹⁸⁸. Sobre os primeiros precedentes com participação do *amicus curiae* no âmbito do direito inglês, afirma Francisco Pascual Vives¹⁸⁹ que

la institución procesal del *amicus curiae* se desarrolló en el derecho anglosajón y, más en particular, em el seno de la práctica judicial inglesa. Por ejemplo, puede destacarse como um precedente relevante para esta materia la intervención de Sir George Treby, membro del Parlamento inglés, en el Caso Horton & Ruesby (1686) para informar al tribunal sobre el contenido de una ley controvertida por las partes.

Samuel Krislov, ao explicar sobre as origens do instituto no direito inglês, cita o mesmo caso do membro do parlamento, Sir George Treby, que manifestou interesse em informar à Corte acerca do conteúdo da legislação, incluindo suas alterações, uma vez que participou da evolução do estatuto, de modo que, no dizer do referido autor, o amigo da corte guardava uma função de “*Shepardizing*”¹⁹⁰, ou seja, possuía a função de apresentar os precedentes e suas *ratio decidendi* ainda desconhecidos do juízo.

Nesse sentido, afirma Samuel Krislov que “*the Yearbook cite many instances of such aid by bystanders, who not only acted on behalf of infants, but also called attention to manifest error, to the death of a party to the proceeding, and to existing appropriate statutes*”¹⁹¹.

Nessa época, o *amicus curiae* guardou similitude com a intervenção de terceiros, pois, por meio desse instituto, terceiros podiam apresentar informações ao juízo, em forma de

ingleses, desenvolvendo-se de maneira eminentemente oral e consistindo em informar ao tribunal os precedentes que deveriam ser levados em consideração, ou esclarecer o significado de uma regra”).

¹⁸⁸ CRISCUOLI, Giovanni. *Op. cit.*, p. 199.

¹⁸⁹ (Tradução livre: “o instituto processual do *amicus curiae* foi desenvolvido na lei anglo-saxônica e, mais particularmente, na prática judicial inglesa. Por exemplo, pode se destacar como precedente relevante para esta questão a intervenção de Sir George Treby, membro do Parlamento inglês, no processo Horton & Ruesby (1686) para informar o tribunal sobre o conteúdo de uma lei contestada pelas partes”). VIVES, Francisco José Pascual. **El desarrollo de la institución del *amicus curiae* em la jurisprudência internacional**. Revista Electrónica de estudios internacionales, 2011, p. 4/5.

¹⁹⁰ Tal expressão tem como origem a figura do americano Frank Shepard, que se dedicou a catalogar informações acerca de leis (*estatutes*) e precedentes (*cases*), para servirem de consulta a advogados e juizes. (BISH, Isabel da Cunha. **O *amicus curiae*, as tradições jurídicas e o controle de constitucionalidade: um estudo comparado à luz das experiências americana, europeia e brasileira**, p. 20.

¹⁹¹ Tradução livre: “o Yearbook (anário) cita muitos casos de tal ajuda pelos amigos da corte, não apenas em relação a casos envolvendo crianças, mas também para evitar erro manifesto, capaz de prejudicar uma das partes no processo, e para os estatutos apropriados existentes.

memoriais, para a representação de interesses que seriam afetados pela decisão, indo além do sistema litigioso de resolução entre as partes¹⁹².

Cassio Scarpinella Bueno, ao se debruçar sobre os antecedentes históricos do instituto no direito inglês, cita o caso “*Coxe VS. Phillips*”, datado de 1736, em que se admitiu a participação de um *amicus curiae* para a defesa de interesse próprio¹⁹³. Nas palavras de Lowman, “*the case tied two stands of amicus curiae development together. A form of the traditional function of an amicus, preserving the court’s honor by avoiding error, was merged with the goal of representing third-party interests in a adversary proceeding*”¹⁹⁴.

Sob essa vertente, Cassio Scarpinella Bueno esclarece que o instituto do *amicus curiae*, como modalidade interventiva espontânea, tem sua gênese no direito inglês, no sentido de que não é possível estabelecer uma ligação entre a figura do *consiliarius*, do direito romano, com a figura do *amicus curiae*, exceto nos casos em que o amigo da corte é chamado de ofício pelo magistrado para subsidiar a prolação da decisão judicial, e não como intervenção espontânea¹⁹⁵.

Samuel Krislov ressalta a ausência de normas para a atuação do *amicus curiae* no sistema jurídico inglês, o que lhe concedeu certa discricionariedade em sua atuação, a permitir que se amoldasse em diversas situações ao longo dos anos e de sua evolução¹⁹⁶, nomeadamente porque o direito inglês era informado pelo sistema de *common law*, em que se permitia maior liberdade às partes, não só na instauração do processo, mas em sua condução e resistência à intervenção de terceiros. O *amicus curiae* passou a ser admitido porque, apesar de estranho ao processo, guardava aspecto de neutralidade e tinha como pretensão auxiliar o juízo.

¹⁹² BISH, Isabel da Cunha. *Op. cit.*, p. 29.

¹⁹³ Cassio Scarpinella Bueno assim relata o caso: “o casamento de Mrs. Phillips e Mr. Muilman foi declarado nulo ao se descobrir que ela já era casada. Mesmo depois de Mr. Muilman já ter se casado novamente, Mrs. Phillips invocou seu casamento com ele para alegar a incapacidade de se obrigar quando cobrada pelo não pagamento de uma nota promissória. Como as razões de defesa invocadas por ela podiam comprometer o então atual casamento de Mr. Muilman, a corte permitiu, mesmo que ele não fosse parte ou interessado no processo, que um *amicus curiae* representasse seus interesses naquela ação. A tese do *amicus curiae* foi acolhida, a ação de cobrança foi extinta e as partes, Mr. Coxe e Mrs. Phillips, condenadas como litigantes da má-fé. (BUENO, Cassio Scarpinella. *Op. cit.*, p. 115). Com efeito, por meio desse caso paradigmático, foi autorizado que um terceiro interviesse no processo como *amicus curiae* para proteger os seus próprios interesses, além de ter contribuído para afastar a fraude pretendida pela parte vencida.

¹⁹⁴ (Tradução livre: “O caso envolveu dois estágios de desenvolvimento de *amicus curiae*. Uma forma tradicional de um *amicus*, preservando o tribunal do cometimento de erros, além de representar interesses de terceiros em um adversário no processo”) LOWMAN, Michael K. *Op. cit.*, p. 1.250.

¹⁹⁵ BUENO, Cassio Scarpinella. *Op. cit.*, p. 199.

¹⁹⁶ KRISLOV, Samuel. *Op. cit.*, p. 695-696.

Conforme ensina José Carlos Barbosa Moreira, a atuação do *amicus curiae* teve o condão de minimizar os problemas advindos do referido sistema adversarial, cujas partes possuíam domínio na produção de provas, com ampla liberdade, o que, por vezes, ocasionava distorções entre os fatos e as provas apresentadas nos autos. Neste período, a referida figura possuía função de auxílio à administração da justiça, como forma de impedir ou evitar a prática fraudulenta na produção de provas¹⁹⁷.

Olívia Razaboni¹⁹⁸ assim adverte:

Cabe ressaltar, uma vez mais, que o instituto do *amicus curiae* surge, ou ao menos se desenvolve, no bojo de um sistema jurídico inicialmente resistente à interferência de terceiros no processo, pautado pela grande autonomia das partes em juízo. Todavia, por razões de segurança jurídica, mais ainda, diante da percepção de que as matérias discutidas em juízo muitas vezes extrapolavam a esfera restrita das partes envolvidas, o instituto evoluiu por obra da jurisprudência, que ampliou, gradativamente, suas possibilidades no direito inglês.

Interessante constatar que o *amicus curie* passou a melhor se desenvolver no direito inglês, deixando parte de sua neutralidade inicial, para constituir importante instrumento na defesa de direitos e na boa condução do processo, como também permitiu a evolução do próprio sistema de *common law* e de sua maior democratização.

Com efeito, o sistema jurídico inglês permitiu que o *amicus curiae* atuasse para além de um mero conselheiro, cuja participação tinha como interesse o próprio magistrado, que necessitava de conselhos ou opiniões para a emissão de sua decisão. No entanto, ainda havia certa similitude com a figura do *advocatus*, de raízes igualmente romanas, por meio dos quais se auxiliavam as partes como espécie de assistência judiciária e defesa técnica, haja vista que os primeiros registros no direito inglês envolvem o direito processual penal, mais precisamente para a defesa em infrações graves, sem direito de defesa¹⁹⁹.

Afirma Olívia Razaboni, apoiada nas ideias de Frank Covey Jr., que o “papel originário do *amicus curiae* seria o de garantir a observância do devido processo legal (em seu aspecto substantivo e não apenas formal) aos acusados de graves infrações criminais, desprovidos de defesa técnica”²⁰⁰, ainda que sem provocação por parte do juízo.

A despeito das divergências acerca da origem do instituto, o *amicus curiae*, de fato, começou a se firmar, nos séculos XIV a XVI, como modalidade de intervenção

¹⁹⁷ DEL PRÁ, Carlos Gustavo Rodrigues. *Amicus curiae*, p. 27.

¹⁹⁸ RAZABONI, Oliveira Ferreira. *Op. cit.*, p. 16.

¹⁹⁹ RAZABONI, Oliveira Ferreira. *Op. cit.*, p. 10-11.

²⁰⁰ *Idem, ibidem*, p. 12.

espontânea, porém com viés informativo e supletivo, seja porque participava da defesa em casos processuais penais, seja porque servia como figura de consulta para apresentar precedentes ou estatutos ainda não conhecidos pelo juízo²⁰¹.

Henry S. Gao²⁰² preleciona que o *amicus curiae* ganhou maior importância no direito inglês, mais precisamente nos séculos XIV e XVII, com as seguintes características principais:

1) The main functions of *amicus curiae* were to clarify factual issues explain legal issues and represent certain groups of litigants (such as infants). 2) An *amicus curiae*, dealing with factual as well as legal issues, did not necessarily have to be lawyer. 3) An *amicus curiae* unrelated to either the plaintiff or the defendant could still have an interest in the case. 4) As permission to participate as *amicus curiae* has always been a matter of grace rather than right, courts have from the outset avoided a precise definition of the perimeters and conditions justifying utilization of the mechanism. This has not only increased judicial discretion, but has also given maximum flexibility to the systema²⁰³.

Posteriormente, a prática inglesa foi levada para suas colônias, notadamente os EUA, que adotou sistema similar.

No âmbito do direito norte-americano, o instituto surgiu em 1812, no *leading case* “*The Schooner Exchange vs. McFadden*”, no qual o *amicus curiae*, na figura do *Attorney General* dos Estados Unidos, fora admitido para apresentar informações sobre questões relativas à Marinha americana²⁰⁴.

²⁰¹ KRISLOV, Samuel. *The amicus curiae brief: from friendship to advocacy*, p. 695.

²⁰² GAO, Henry S. *Amicus Curiae in to dispute settlement: theory and practice*, p. 2.

²⁰³ Tradução livre: “a principal função do *amicus curiae* era a de esclarecer questões de fato ou de direito e representar litigantes com certa qualificação específica, como as crianças; b) o *amicus curiae* não precisava ser advogado, quando tratasse de questões fáticas ou jurídicas; c) o *amicus curiae* sem relação com autor ou réu pode, ainda assim, ter interesse na resolução do caso. Aponta-se que o instituto serve para suprir uma grande lacuna do sistema jurídico adversarial da época, que é sua incapacidade de proteger, eficazmente, interesses de terceiros; d) a permissão para participar como *amicus curiae* sempre teve viés de privilégio e não de direito, de modo que os tribunais sempre evitaram uma definição precisa sobre os requisitos e perímetros que justificam a utilização do mecanismo. Informa que isto não só aumentou a discricão judicial, como também tem dado grande flexibilidade ao sistema”.

²⁰⁴ No entanto, pode ser encontrada a gênese normativa do instituto no direito norte-americano na Constituição Americana de 1787, informada pelo princípio da igualdade e da justiça. Entretanto, na referida Constituição, não constava expressamente nenhum dispositivo escrito assegurando a garantia de assistência jurídica aos que não possuíssem recursos financeiros. Em 1791, com a aprovação das dez primeiras Emendas à Constituição, restou instituída a Declaração de Direitos, cujo conjunto passou a ser conhecido por Bill of Rights. A prerrogativa de que ninguém poderia ter violado o seu direito de se fazer assistir por um advogado, quando acusado de algum crime perante um tribunal, foi disciplinada na Sexta Emenda à Constituição Norte-Americana. A partir de históricas decisões, e, em especial, na Década de 60, no caso “*Gideon vs. Wainwright*”, a Suprema Corte Americana estabeleceu como regra, para todos os Estados da Federação, que as pessoas desprovidas de recursos financeiros teriam garantido o direito à gratuidade da justiça e a assistência de um advogado.

A prática do *amicus curiae* no direito norte-americano rendeu-lhe aspectos evolutivos, uma vez que passou a guardar nuances cada vez mais interventivas e de menos neutralidade, de modo a participar mais ativa e combativamente no processo, inclusive para defender os interesses de uma das partes²⁰⁵.

A esse respeito, “*Müller v. Oregon*”, de 1907, representa um caso paradigmático na atuação mais interventiva do instituto em questão, porquanto sua atuação não se limitou à emissão de parecer sobre questões jurídicas do caso, mas também sobre questões outras, de ordem social, econômica, médica etc.

Inegável, portanto, que o instituto passou por diversas transformações desde seus primeiros registros, perpassando por uma fase mais neutra e consultiva no âmbito do direito inglês, para ter função mais decisiva nos julgados submetidos à Suprema Corte Americana.

Elisabetta Silvestri, ao discorrer sobre a evolução do instituto, acentua que, na adaptação do *amicus curiae* do direito inglês para o americano, acabou-se distorcendo sua qualidade de interveniente “neutro”, para um terceiro interveniente, com interesse no resultado do litígio.

A princípio, sua participação guardava aspecto publicista, pois sua intervenção era tida como atuação da administração pública, sobretudo federal, de modo que, num primeiro momento, a atuação do *amicus curiae* se restringia à defesa do interesse público²⁰⁶.

Em 1908, o caso envolvendo o parecer do advogado Louis Brandeis contribuiu para a mudança de paradigma em relação ao *amicus curiae* governamental.

No período compreendido entre 1880 e 1935, a Suprema Corte realizou uma interpretação da Constituição em sentido eminentemente liberal e conservador, a exemplo do julgado *Lochner v. New York* (1905), no qual a Corte considerou inconstitucional uma lei que limitava a jornada dos trabalhadores em padarias a sessenta horas semanais, além do caso *Adkins v. Children Hospital* (1923), no qual se decidiu pela inconstitucionalidade de uma lei do Distrito de Colúmbia, que determinava a adoção de um salário mínimo para mulheres.

²⁰⁵ SILVESTRI, Elisabetta. *L’amicus curiae: uno strumento per la tutela degli interessi non rappresentati*, p. 68].

²⁰⁶ No direito norte-americano, em que se adota um modelo adversarial de processo, há menção ao primeiro caso de *amicus curiae*, datado de 1823 (caso *Green vs. Biddle*), no qual a Suprema Corte dos Estados Unidos autorizou que Henry Clay, na condição de *amicus curiae*, apresentasse uma petição pleiteando um novo julgamento para um caso relativo à titularidade de terras no Estado de Kentucky, sob o fundamento de que o referido Estado teria sido mal representado. (NUNES, Jorge Amaury Maia. A participação do *amicus curiae* no procedimento de arguição de descumprimento de preceito fundamental – ADPF. *Direito Público*, São Paulo, v. 5, n. 20, mar./abr. 2008, p. 54).

Bish também menciona o caso *Coppage v. Kansas* (1915), no qual a Suprema Corte, apesar de sua orientação liberal, declarou a inconstitucionalidade de lei estadual que proibia os contratos conhecidos como “*yellow dog*”; estes requeriam, para o contrato de trabalho, a comprovação de que o contratado não era filiado ao respectivo sindicato.

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

Nesta nova fase, marcada pelo perfil liberal da maioria dos integrantes da Corte, “especialmente após a Segunda Guerra Mundial, com a expansão dos direitos civis, muito do que antes era considerado domínio do Direito Privado veio a ser objeto de decisões e regras de Direito Público”.

A Suprema Corte passa a ter uma orientação de salvaguarda da liberdade política e, principalmente, da igualdade racial, como no caso *Brown v. Board of Education* (1954), o qual, modificando o precedente *Plessy v. Fergusson* (1896), acabou com a segregação racial nas escolas públicas de ensino fundamental e médio, ao entender que as referidas leis estaduais violavam a Décima Quarta Emenda da Constituição Americana.

O caso em questão, contrariando o entendimento dominante à época, derrubou quase sessenta anos de segregação racial, sintetizada pela doutrina “*separated, but equal*”. Registre-se que, durante a “Corte Warren”, passou-se a aceitar amplamente informações não jurídicas, a exemplo da menção, na decisão proferida, de inúmeros trabalhos empíricos de cientistas e sociólogos, “indicando que a segregação racial em escolas causaria danos psicológicos às crianças”.

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

A partir do século XX, a jurisprudência americana passou a admitir os “*amicus curiae*” em causas particulares, ainda que fosse possível sua admissão como “*attorney general*”, de forma que ainda poderiam ser utilizados para a tutela de interesses públicos.

A evolução do instituto demandou a estipulação de novas regras no Regimento Interno da Suprema Corte Americana, razão pela qual foi editada a Regra (*Rule*) nº 37²⁰⁷, por meio da qual se estabeleceu a exigência de consentimento das partes acerca da intervenção do *amicus curiae* no processo, salvo nos casos de entes públicos, podendo ser afastada eventual negativa por decisão direta da Corte Americana, em resposta a pedido a ela veiculado neste sentido²⁰⁸.

²⁰⁷ Rule 37. Brief for an Amicus Curiae

1. An amicus curiae brief that brings to the attention of the Court relevant matter not already brought to its attention by the parties may be of considerable help to the Court. An amicus curiae brief that does not serve this purpose burdens the Court, and its filing is not favored.

2. (a) An amicus curiae brief submitted before the Court's consideration of a petition for a writ of certiorari, motion for leave to file a bill of complaint, jurisdictional statement, or petition for an extraordinary writ, may be filed if accompanied by the written consent of all parties, or if the Court grants leave to file under subparagraph 2(b) of this Rule. An amicus curiae brief in support of a petitioner or appellant shall be filed within 30 days after the case is placed on the docket or a response is called for by the Court, whichever is later, and that time will not be extended. An amicus curiae brief in support of a motion of a plaintiff for leave to file a bill of complaint in an original action shall be filed within 60 days after the case is placed on the docket, and that time will not be extended. An amicus curiae brief in support of a respondent, an appellee, or a defendant shall be submitted within the time allowed for filing a brief in opposition or a motion to dismiss or affirm. An amicus curiae shall ensure that the counsel of record for all parties receive notice of its intention to file an amicus curiae brief at least 10 days prior to the due date for the amicus curiae brief, unless the amicus curiae brief is filed earlier than 10 days before the due date. Only one signatory to any amicus curiae brief filed jointly by more than one amicus curiae must timely notify the parties of its intent to file that brief. The amicus curiae brief shall indicate that counsel of record received timely notice of the intent to file the brief under this Rule and shall specify whether consent was granted, and its cover shall identify the party supported.

(b) When a party to the case has withheld consent, a motion for leave to file an amicus curiae brief before the Court's consideration of a petition for a writ of certiorari, motion for leave to file a bill of complaint, jurisdictional statement, or petition for an extraordinary writ may be presented to the Court. The motion, prepared as required by Rule 33.1 and as one document with the brief sought to be filed, shall be submitted within the time allowed for filing an amicus curiae brief, and shall indicate the party or parties who have withheld consent and state the nature of the movant's interest. Such a motion is not favored.

3. (a) An amicus curiae brief in a case before the Court for oral argument may be filed if accompanied by the written consent of all parties, or if the Court grants leave to file under subparagraph 3(b) of this Rule. The brief shall be submitted within 7 days after the brief for the party supported is filed, or if in support of neither party, within 7 days after the time allowed for filing the petitioner's or appellant's brief. An electronic version of every amicus curiae brief in a case before the Court for oral argument shall be transmitted to the Clerk of the Court and to counsel for the parties at the time the brief is filed in accordance with the guidelines established by the Clerk. The electronic transmission requirement is in addition to the requirement that booklet-format briefs be timely filed. The amicus curiae brief shall specify whether consent was granted, and its cover shall identify the party supported or indicate whether it suggests affirmance or reversal. The Clerk will not file a reply brief for an amicus curiae, or a brief for an amicus curiae in support of, or in opposition to, a petition for rehearing.

(b) When a party to a case before the Court for oral argument has withheld consent, a motion for leave to file an amicus curiae brief may be presented to the Court. The motion, prepared as required by Rule 33.1 and as one document with the brief sought to be filed, shall be submitted within the time allowed for filing an *amicus curiae* brief, and shall indicate the party or parties who have withheld consent and state the nature of the movant's interest.

²⁰⁸ Nesse sentido, preleciona Paul M. Collins Jr. que "though Supreme Court Rule 37 contains explicit guidelines regarding *amicus curiae* participation on the merits, in practice, the court allows for essentially unlimited participation. Private amici, such as interest groups, must obtain permission from both of the parties to litigation to participate, which is often granted. If one or both of the parties refuse to grant such consent, the potential amici may petition the court for leave to file, and the Court almost always grants such petition" (COLLINS JR.,

Mencionado tratamento diferenciado conferido aos entes governamentais resultou na distinção de dois tipos de *amici*: governamentais e privados. Com efeito, enquanto os *amici curiae* privados procuravam tutelar, de forma direta ou indireta, interesses próprios, os *amici* governamentais atuavam salvaguardados por interesses públicos, a presumir sua neutralidade e, assim, justificar o tratamento diferenciado²⁰⁹.

Nas palavras do autor²¹⁰,

considerando que o *amicus curiae* governamental poderá colaborar com a implementação concreta da decisão a ser proferida pelo Judiciário (sua execução ou, mais amplamente, sua efetivação) e considerando que ele, como ente governamental que é, tem condições de fornecer maiores detalhamentos de políticas públicas e diretrizes governamentais, minimiza-se qualquer interferência indevida de uma função governamental na outra, é dizer, conserva-se intacta a cláusula da separação dos poderes, ao tempo que se consagra, na atuação judicial de uma entidade do governo na qualidade de *amicus*, melhor realizar a imprescindível cooperação e harmonização das distintas funções governamentais.

A atuação do *amicus curiae* na esfera privada passou por transformações, de modo a se afastar gradativamente da característica histórica da neutralidade, com o surgimento dos “*litigant amici*”, representados por terceiros que buscavam a tutela de interesses próprios por meio dessa intervenção no processo²¹¹.

Com o surgimento do *litigant amici*, além da Regra 37 da Suprema Corte Americana, foi editada, em 1998, a Regra 29 da “*Federal Rules of appellate Procedure*”, para estabelecer consonância com a Regra 37, como forma de limitar a admissão do *amicus curiae* aos casos de incremento da discussão da matéria posta em juízo, além de evitar dissonâncias no procedimento adotado pelo direito norte-americano.

Adhemar Ferreira Maciel, por sua vez, assim preleciona²¹²:

As regras do instituto americano não são lá muito bem delineadas, uma vez que podem variar de Estado para Estado, de tribunal para tribunal. Mas, de um modo

Paul M. *Friends of the Court: Examining the influence of amicus curiae participation in U.S. Supreme Court litigation*, p. 89). (Tradução livre: “*embora a Regra 37 da Suprema Corte contenha diretrizes explícitas sobre a participação de amicus curiae no mérito, na prática, a corte permite a participação essencialmente ilimitada. Amici privados, como grupos de interesse, devem obter permissão de ambas as partes para o litígio para participar, o que geralmente é concedido. Se uma ou ambas as partes se recusarem a conceder tal consentimento, o potencial amici poderá solicitar ao tribunal a permissão de arquivamento, e a Corte quase sempre outorga tal petição*”).

²⁰⁹ BUENO, Cássio Scarpinella. *Op. cit.*, p. 96.

²¹⁰ *Idem, ibidem*, p. 97.

²¹¹ Como intervenção mais combativa do *amicus curiae*, merece registro o caso “*Wyatt VS Stickney*”, de 1972, em que foram conferidos poderes amplos aos *amici curiae* privados, à semelhança daqueles conferidos aos *amici* governamentais.

²¹² MACIEL, Adhemar Ferreira. *Amicus curiae: um instituto democrático*. Brasília a. 38 n. 153 jan./mar. 2002, p. 08.

geral, o terceiro, que tem um “forte interesse” que a decisão judicial favoreça um determinado ponto de vista, sumariza um pedido (*brief*) ao juiz (comumente tribunal de segundo grau), trazendo, em poucas linhas, suas razões de convencimento. À evidência, não é todo arrazoado de qualquer pessoa que é admitido. As partes, como *domini litis*, podem recusar o ingresso do *tertius* em “seu” processo. Muitas vezes, as partes se põem de acordo, mas, ainda assim, a corte nega o pedido de ingresso do terceiro: a matéria não é relevante, as partes já tocaram no assunto. Órgãos governamentais, associações particulares de interesse coletivos, “grupos de pressão” muito se utilizam do *judicial iter* para deduzirem seus entendimentos, influenciando na vida de toda comunidade. Aliás, na Suprema Corte dos Estados Unidos, mais da metade dos casos de *amicus curiae* são ocasionados pelo *solicitor general*, que representa a União Federal.

Em estudo empírico sobre a atuação do *amicus curiae* no direito norte-americano, Cassio Scarpinella Bueno revela que, em 1970, apenas 53,4% dos casos pendentes de julgamento pela Suprema Corte Americana tinham manifestações de *amici curiae*, enquanto, em 1998, tal percentual alcançou o patamar de 95%²¹³.

4.2 *Amicus curiae*: parâmetros regulatórios do instituto no direito estrangeiro

Para se compreender o instituto do *amicus curiae*, deve-se observar como o instituto vem se comportando em outros ordenamentos jurídicos. Como visto, no direito norte-americano o *amicus curiae* tem significativa importância, inclusive com manifesta preocupação na regulação de sua atuação, sob pena de se tornar inócua sua presença nos casos em julgamento.

No direito interno da Argentina, o instituto do *amicus curiae* teve sua regulação inicial no ano de 2000, com previsão na *Ley de Procedimientos ante el Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de Buenos Aires*, mais precisamente em seu artigo 22. Sua participação tem lugar nos casos “*en que se presente una acción declarativa de inconstitucionalidad, estableciendo que cualquier persona, puede presentarse en el proceso en calidad de asistente oficioso, participación se limita a expresar una opinión fundamentada sobre el tema en debate, principalmente opiniones fundadas en defensa del interés público o en una cuestión*”

²¹³ BUENO, Cássio Scarpinella. Processo Civil de interesse público: uma proposta de sistematização. In: SALLES, Carlos Alberto (Org.). Processo Civil e interesse público: o processo como instrumento de defesa social. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

*institucional relevante*²¹⁴, atuando na qualidade de “assistente”, sem natureza de parte, de modo que não lhes eram conferidos privilégios processuais, até mesmo o de recorrer das decisões do tribunal²¹⁵.

Em 2003, a *Corte Suprema de Justicia de la Nación* regulamentou a participação do *amicus curiae* no âmbito da referida corte, por meio da chamada “Acordada 7/2013”, mediante a qual foram estabelecidos alguns requisitos para a sua atuação, como a possibilidade de tanto pessoas físicas quanto jurídicas atuarem como *amicus curiae*, desde que não sejam partes no processo, com reconhecido conhecimento e competência em questões de natureza coletiva ou de interesse geral que justifiquem sua atuação.

Há, portanto, necessidade de que as questões debatidas em juízo sejam institucionalmente relevantes, para fundamentar a admissão do *amicus curiae*, nomeadamente questões de caráter jurídico, técnico ou científico, “*que pudieran enriquecer la deliberación al momento de resolver el asunto, no podrá introducir hechos ajenos a los tomados en cuenta al momento de trabarse la litis, ni tampoco podrá aportar pruebas o elementos no propuestos por las partes en las etapas procesales pertinentes*”²¹⁶.

Na Colômbia, há previsão da participação do *amicus curiae* desde 1991, no artigo 13 do Decreto nº 2.067, por meio do qual, nas ações de inconstitucionalidade de natureza pública, pode ser admitida a referida figura, por decisão discricionária do magistrado, desde “*que sea necesario esclarecer un punto concreto de naturaleza constitucional, de invitar a entidades públicas, a organizaciones privadas y a expertos en las materias relacionadas con el proceso a participar con el carácter de invitados en el proceso*”²¹⁷.

Com efeito, a Corte Constitucional Colombiana possui precedentes (*vide a Sentencia N° C-513/92 Proceso de Constitucionalidad Concepto de Expertos*) no sentido de que o *amicus curiae*, como convidado ao processo, possui a função de fornecer informações e elementos ao juízo, sem que se confunda como órgão de natureza ou de função pública, não lhe sendo lícito apontar soluções ao litígio.

Conforme adverte Guiden:

La función de la figura del invitado es darle facultades a los ministros de la corte constitucional colombiana para invitar a terceros ajenos a la controversia cuya

²¹⁴ BAZÁN, Vico. *Amicus curiae, justicia constitucional y fortalecimiento cualitativo del debate jurisdiccional* Rev. Derecho Estado no.33 Bogotá July/Dec. 2014.

²¹⁵ *Idem, ibidem.*

²¹⁶ *Idem, ibidem.*

²¹⁷ *Idem, ibidem.*

opinión, expresada en su escrito de conceptos, pueda ayudar para mejor ilustrar o complementar los temas que serán materia de decisión en el conflicto constitucional planteado, sin ser de manera alguna vinculatorio, dejando en todo momento a salvo la plena autonomía de la Corte para decidir.

No direito interno do México, o *amicus curiae* teve previsão inicial no *Acuerdo General*, emitido pela *Suprema Corte de Justicia de la Nación* no ano de 2006, por meio do qual foram estabelecidas as normas para a atuação da referida figura. Em 2008 foi emitido um novo *Acuerdo General*, “*para la celebración de audiencias relacionadas con asuntos cuyo tema se estime relevante, de interés jurídico o de importancia nacional*”²¹⁸.

Esse segundo *Acuerdo General* da Suprema Corte contribuiu para melhor sedimentar a atuação do *amicus curiae* no sistema mexicano, especialmente por meio de audiências públicas.

Diz Guiden que as audiências

deben practicarse de manera programada y pública para que los interesados puedan exponer sus puntos de vista sobre los temas a que se refieren dichos asuntos que se consideran de gran entidad y trascendencia para la sociedad mexicana, entre estos lineamientos están el que dichas audiencias serán celebradas cuando sea solicitada participación por parte de asociaciones, agrupaciones o particulares, previo acuerdo del tribunal pleno y serán realizadas en una audiencia pública los días viernes, en el salón del pleno de La Suprema Corte De Justicia De La Nación, en el Distrito Federal, de las 10:30 hasta las 13:30 horas, a las que deberá asistir el ministro presidente y podrán, a su entera discreción, asistir los ministros interesados y el público en general.

O autor, no entanto, adverte que há distorções na regulação do *amicus curiae* no México, quando comparado com outros sistemas jurídicos, nomeadamente uma alegada submissão da participação do *amicus curiae* à discricionariedade da Suprema Corte, e não necessariamente quando os interesses sociais demandarem sua atuação.

Afirma o autor que se “*limita de una manera fáctica y material la participación efectiva de la sociedad mexicana en su conjunto, limitando el ámbito territorial en el cual es más factible la participación de expertos, al requerir en ambos acuerdos generales el traslado de los interesados al distrito federal*”.

No direito francês, o instituto do *amicus curiae* não foi devidamente regulamentado, tendo sido admitido na jurisprudência pelos tribunais franceses como auxiliar na obtenção de informações pelo juízo, sem que se confunda sua participação com a produção de prova típica, a exemplo da pericial e da testemunhal.

²¹⁸ *Idem, ibidem.*

A expressão *amicus curiae* pode ser encontrada no dicionário francês, *Dictionnaire juridique*, par Serge Braudo, *Conseiller honoraire à la Cour d'appel de Versailles*, no qual é descrita como

la personnalité que la juridiction civile peut entendre sans formalités dans le but de rechercher des éléments propres à faciliter son information. Par exemple pour connaître les termes d'un usage local ou d'une règle professionnelle non écrite. *L'amicus curiae* n'est, ni un témoin, ni un expert et il n'est pas soumis aux règles sur la récusation.

Como direito portendente ao sistema do *civil law*, houve uma certa resistência para a sua admissão, em face da carência de instituto equivalente ao direito norte-americano e ao sistema de *common law*²¹⁹. Uma vez admitido, faz-se necessária a oitiva das partes como forma de garantia do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal²²⁰.

No direito italiano, por sua vez, o *amicus* é considerado como aquele que possa carregar fatos e interesses que transcendem os interesses das partes envolvidas, a fim de que o julgador possa proferir uma decisão qualitativamente melhor.

Assim, o juiz pode, de ofício ou a requerimento das partes, exigir que determinado órgão ou entidade preste informações em juízo, bem como estes podem intervir voluntariamente na qualidade de *amicus*, mesmo que a efetiva participação necessite de concordância das partes e da expressa autorização do juiz.

Não há, no ordenamento italiano, referência expressa à intervenção do *amicus curiae*.

Elisabetta Silvestri ensina que o fundamento principal para a admissão do instituto é permitir que este terceiro transponha os limites impostos pelo interesse das partes, levando ao juízo outras questões que podem propiciar subsídios para uma decisão mais justa e efetiva²²¹.

A previsão do instituto pode ser extraída do disposto nos artigos 421, § 2º e 425 do Código de Processo Civil italiano. Tais dispositivos dizem respeito ao processo do trabalho, por meio do qual o juiz pode admitir, de ofício ou a requerimento das partes, a intervenção dos sindicatos para apresentar informações ou esclarecimentos relevantes ao caso.

²¹⁹ SILVESTRI, Elisabetta. "L'amicus curiae: uno strumento per la tutela degli interessi non rappresentati". *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, ano LI, n. 3, p. 695/696, set. de 1997, p. 693.

²²⁰ BUENO, Cassio Scarpinella. *Op. cit.*, p. 130-131.

²²¹ SILVESTRI, Elisabetta. "L'amicus curiae: uno strumento per la tutela degli interessi non rappresentati". *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, ano LI, n. 3, p. 695/696, set. de 1997.

Em que pese a atuação dos sindicatos em processos desse jaez não guardar correspondência com o instituto do *amicus curiae*, possui similitude, uma vez que se permite a atuação de entidades para prestar informações e, assim, contribuir para o melhor julgamento da lide.

Nas palavras de Fernanda Machado Pilar, “haveria, ainda, uma permissão mais ampla trazida pelo artigo 68 do Código de Processo Civil italiano. Em linhas gerais, esse dispositivo permite que o juiz seja assistido por especialistas ou por pessoa idônea para realizar atos necessários ao julgamento da causa”²²².

Diz ainda a autora que, apesar de regulamentação incipiente, “os dispositivos supracitados são utilizados como fundamento para permitir uma maior abertura do sistema com a participação do *amicus curiae*”.

Observados esses parâmetros gerais nos ordenamentos indicados, percebe-se que ainda se mostra acanhada a forma de regulação da figura do *amicus curiae*, sem prejuízo de que sua atuação seja permitida, ainda que com sujeição à Corte Constitucional ou à Suprema Corte, mas com limitação em relação aos seus poderes processuais, nomeadamente no que toca ao poder de recorrer, além de, em geral, ser tido como terceiro, e não como parte.

No capítulo a seguir, cuidar-se-á da abordagem do surgimento e da evolução normativa do *amicus curiae* no direito brasileiro.

5 DA EVOLUÇÃO DO TRATAMENTO NORMATIVO CONFERIDO AO *AMICUS CURIAE* NO DIREITO PROCESSUAL CONSTITUCIONAL BRASILEIRO

O instituto do *amicus curiae* não é algo novo no direito brasileiro, tendo sido previsto no ordenamento, inicialmente, como forma de melhor subsidiar o debate com esclarecimentos de ordem técnica ou pareceres de caráter específico da área de atuação de alguns órgãos, a exemplo da Comissão de Valores Mobiliários.

Como visto anteriormente, a ideia embrionária do amigo da corte perpassou pela mencionada função de um terceiro, estranho ao processo, colaborar com o juízo, sendo esta

²²² PILAR, Fernanda Machado. *Amicus Curiae: uma análise à luz dos ordenamentos jurídicos brasileiro e italiano. Processo civil na Itália e no Brasil: uma visão comparada – Escola da Advocacia-Geral da União* Ministro Victor Nunes Leal – volume 9, n. 2 (abr./ jun. 2017). Brasília: EAGU, 2012.

sua principal gênese: fornecer subsídios teóricos, técnicos, probatórios (elementos instrutórios), com o fito de auxiliar o julgamento da demanda, guardados os aspectos da especificidade e da representatividade²²³.

Conforme se verá adiante, os primeiros registros normativos de atuação do *amicus curiae* no direito brasileiro envolvem a participação de órgãos administrativos, como fomento de fiscalização das atividades nas áreas de sua competência, o que reforça a premissa de que o *amicus curiae* tem atuação voltada aos interesses institucionais, para melhor compreender o alcance deste instituto na vigência do novo Código de Processo Civil e sob os ditames da jurisdição democrática.

5.1 Antecedentes normativos do *amicus curiae* na legislação adjetiva extravagante

5.1.1 *Amicus curiae* no regime normativo da Comissão de Valores Mobiliários – Lei nº 6.835/76

O instituto do *amicus curiae* teve sua previsão normativa no Brasil em 1976, mais precisamente no art. 31 da Lei nº 6.385/1976, em que se admitia a participação da Comissão de Valores Mobiliários – CVM nos processos envolvendo o mercado de capitais, *in verbis*:

Art. 31 Nos processos judiciais que tenham por objeto matéria incluída na competência da Comissão de Valores Mobiliários, será esta sempre intimada para, querendo, oferecer parecer ou prestar esclarecimentos, no prazo de 15 (quinze) dias a contar da intimação.

Tal aparição do instituto revelou-se um pouco distinta do que vinha se praticando nos Estados Unidos e do histórico de participação do *amicus curiae* no direito estrangeiro, sobretudo no direito inglês. Importante registrar o momento histórico e a finalidade de intervenção da Comissão de Valores Mobiliários, a fim de compreender a relevância de sua participação em processos judiciais desse jaez.

Assevera Teresa Helena Barros Sales que

após a crise na bolsa de valores em Nova Iorque, nasceu uma preocupação generalizada a respeito do mercado de valores e de todos os aspectos que envolvem

²²³ Segundo Eduardo Talamini, “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). (TALAMINI, Eduardo. “Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil”, Thomson Reuters, *Revista dos Tribunais*, 2015, p. 439).

as transações financeiras. Dessa forma, o Brasil sanciona essa lei com o objetivo de regular essas atividades de forma mais eficiente e, conseqüentemente, adota esse instrumento de intervenção obrigatória para que as questões postas em juízo sobre mercado imobiliário fossem devidamente esclarecidas por um órgão competente.

A participação da Comissão de Valores Imobiliários guarda semelhança com a gênese do *amicus curiae*, no sentido de auxílio nos esclarecimentos a serem prestados sobre o complexo âmbito do mercado de capitais, a fim de fornecer subsídios ao julgador, sem que haja parcialidade em relação às partes no litígio.

Nesse sentido, assevera Marcos Paulo de Almeida Salles que o disposto no art. 31 da Lei nº 6.385/1976 guarda semelhança com o direito norte-americano, mais precisamente a criação da Comissão de Valores Mobiliários com a função exercida pelo *Securities and Exchange Commission* – SEC, em que pese esta função não se dê de modo obrigatório.²²⁴

Apesar de tal influência norte-americana, Daniela Peretti d'Ávila defende que o instituto, no Brasil, adotou função de caráter mais colaborativo, com a apresentação de parecer, além de prestar apoio técnico para esclarecimentos dos fatos do processo²²⁵.

Há, na referida participação, a consecução do resultado da lide de modo mais consentâneo com as particularidades dos fatos envolvendo o mercado de valores e de capitais, com apoio em esclarecimentos de fatos técnicos.

Nesse sentido, Tavares assim preceitua:

O juiz, pela própria natureza de sua formação profissional, não está em condições de resolver todos os problemas que se apresentam à sua apreciação. Depende, portanto, dos esclarecimentos que lhe são fornecidos pelos técnicos da CVM. Assim, a Comissão de Valores Imobiliários deverá traduzir para o juiz aquelas impressões e conclusões que colheram no exame dos fatos do processo, tornando acessível ao conhecimento do magistrado aquilo que normalmente ele não poderia conseguir sozinho, ou somente o conseguiria após um ingente esforço.

Com efeito, o mercado de valores e de capitais envolve um sistema complexo, com particularidades que demandam conhecimentos específicos a partir de uma variada regulamentação por meio de resoluções e instruções, inclusive com a adoção de linguagem estrangeira, além de as atividades do mercado de capitais em si se revelarem mais distintas do que é usualmente empregado no direito civil²²⁶.

²²⁴ D'ÁVILA. Daniela Peretti. *A atuação da comissão de valores mobiliários como amicus curiae nos processos judiciais que envolvem o mercado de capitais*. Almedina: São Paulo, p. 50.

²²⁵ D'ÁVILA. Daniela Peretti. *Op. cit.*, p. 52.

²²⁶ D'ÁVILA. Daniela Peretti. *Op. cit.*, p. 47.

A previsão normativa da intervenção de um órgão institucional dotado de capacidade técnica e de imparcialidade para com o resultado subjetivo do processo consiste no primeiro registro legal do instituto do *amicus curiae*. A partir dessa previsão, se deu sua evolução até a edição no Código de Processo Civil vigente, como se verá a seguir.

5.1.2 *Amicus curiae* no regime normativo do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – Leis nºs 8.884/94 e 12.529/2011

O segundo registro normativo do *amicus curiae* no direito brasileiro²²⁷ consiste na possibilidade de o Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE ser intimado a participar na qualidade de assistente dos processos judiciais relativos às infrações à ordem econômica, nos termos da Lei nº 8.884/94, posteriormente revogada pela Lei nº 12.529/2011, mas cuja previsão foi mantida na redação do art. 89 deste diploma legal²²⁸.

Como a redação do dispositivo se refere à nomenclatura de assistente, há controvérsia na doutrina quanto ao alcance desse tipo de intervenção, ou seja, se seria mesmo uma forma de *amicus curiae* ou se um exemplo da modalidade de intervenção de terceiros, denominada de assistência.

Ao tratar sobre este ponto, Cássio Scarpinella Bueno defende que a assistência possui características específicas, nomeadamente a presença de interesse jurídico no resultado da lide, o que, segundo o referido autor, não se aplica ao CADE, de modo a afastá-lo na condição de assistente propriamente dito²²⁹. Carlos Gustavo Rodrigues Del Prá, por sua vez,

²²⁷ A segunda referência legislativa foi feita pela Lei nº 8.197/91, em seu art. 2º, que admitiu a intervenção da União em causas em que figuram entes da administração pública indireta. Grande parte da doutrina refere-se a essa intervenção como sendo uma “intervenção anômala”, mas não restam dúvidas da sua semelhança com a figura do *amicus curiae*. Art. 5º A União poderá intervir nas causas em que figurarem, como autoras ou rés, autarquias, fundações públicas, sociedades de economia mista e empresas públicas federais. Parágrafo único. As pessoas jurídicas de direito público poderão, nas causas cuja decisão possa ter reflexos, ainda que indiretos, de natureza econômica, intervir, independentemente da demonstração de interesse jurídico, para esclarecer questões de fato e de direito, podendo juntar documentos e memoriais reputados úteis ao exame da matéria e, se for o caso, recorrer, hipótese em que, para fins de deslocamento de competência, serão consideradas partes. O instituto encontra-se presente também nos processos administrativos. A Lei 9.784/99, que regula o procedimento administrativo no âmbito federal, estabelece, em seus arts. 31 e 32, que poderá o órgão competente admitir a intervenção do *amicus* e até realizar audiência pública para permitir debates mais amplos sobre a matéria discutida no processo.

²²⁸ “Art. 118. Nos processos judiciais em que se discuta a aplicação desta lei, o CADE deverá ser intimado para, querendo, intervir no feito.”

²²⁹ BUENO, Cassio Scarpinella. *Op. cit.*, p. 313.

esclarece que, diferentemente da figura do assistente prevista nos arts. 50 e seguinte do CPC, a intervenção do CADE se dá de maneira provocada, devendo este ser intimado²³⁰.

Interessante, ainda, destacar que a análise acerca de tal intervenção perpassa pela natureza da demanda, individual ou coletiva, que demanda a aplicação da Lei nº 12.259/11²³¹. Partindo desta premissa, Del Prá analisa a forma de intervenção do CADE sob a perspectiva da demanda em que se insere, para asseverar que, no âmbito do processo individual, é possível que haja interesse jurídico do referido órgão, o que reclama análise casuística.

Del Prá cita o seguinte exemplo:

Ação entre duas distribuidoras de combustível, na qual a empresa “A” pleiteia ressarcimento de danos, por parte da empresa “B”, pela prática de preços que caracterizariam concorrência desleal. Intervindo o CADE como assistente, e uma vez julgada procedente a ação, a “justiça da decisão”, que reconheceu a prática da infração à livre concorrência pela empresa B, ficará imutável para ele (CPC, art. 55). Assim, poderá o CADE ingressar posteriormente como ação coletiva, objetivando que a empresa B se abstenha de praticar os referidos preços, em benefício de todo o mercado e, também, dos consumidores, sem que se tenha de rediscutir a efetiva prática da concorrência desleal.

Apesar de o autor defender uma análise casuística, sem excluir previamente a possibilidade de o CADE vir a ter interesse jurídico nas demandas em que intervém, tal circunstância não tem o condão de concluir que a previsão normativa em destaque se refere à assistência, porquanto a participação do CADE depende de provocação, o que seria incompatível com a assistência, de cunho voluntário. Assim, nos processos individuais, sua participação mais se aproxima do *amicus curiae*, “auxiliando o magistrado na solução das complicadas questões concorrenciais”²³².

Situação diversa diz respeito à atuação do CADE nas demandas coletivas, uma vez que, por se tratar de autarquia federal, detém legitimidade para promover ação coletiva na defesa da livre concorrência.

Com efeito, em ações desse jaez, a natureza da intervenção da referida autarquia dependerá do interesse correspondente, porquanto, uma vez intervindo como assistência litisconsorcial ou como parte, sua atuação como *amicus curiae* ficaria prejudicada, inclusive com sua submissão à justiça da decisão²³³. No entanto, tal situação aparentemente conflituosa, não impede sua atuação como amigo da corte, pois esta forma ainda subsistirá quando o

²³⁰ DEL PRÁ, Carlos Gustavo Rodrigues. *Amicus curiae*: instrumento de participação democrática e de aperfeiçoamento da prestação jurisdicional. Curitiba: Juruá, 2011, p. 65.

²³¹ DIDIER Jr., Fredie. *Recurso de terceiro – juízo de admissibilidade*. São Paulo: RT, 2002, p. 159.

²³² DEL PRÁ, Carlos Gustavo Rodrigues. *Op. cit.*, p. 64.

²³³ DEL PRÁ, Carlos Gustavo Rodrigues. *Op. cit.*, p. 65.

CADE não participar como parte ou assistente litisconsorcial, devendo ser analisada pelo magistrado tal necessidade, com a devida provocação (intimação), quando for o caso.

5.1.3 *Amicus curiae* no regime normativo da propriedade industrial – Lei nº 9.279/96

Ainda na seara dos antecedentes históricos normativos do *amicus curiae* no Brasil, merece destaque a previsão do art. 57 da Lei nº 9.279/96, segundo a qual a ação de nulidade de patente ou registro de desenho industrial e de marca será ajuizada no foro da justiça federal, intervindo o Instituto Nacional de Propriedade Industrial no feito, quando não for parte.

Vê-se que a atuação do INPI, na condição de *amicus curiae*, depende de sua não atuação como parte, uma vez que a lei expressamente previu de tal modo, podendo atuar como parte quando houver interesse na demanda e como *amicus curiae* residualmente, dada a função de promover os atos de registro e de cancelamento no âmbito da propriedade industrial, quando “houver relevância dos bens e valores discutidos com a proteção da propriedade industrial”²³⁴.

5.1.4 *Amicus curiae* e suas previsões no processo de jurisdição constitucional

Além da intervenção de órgãos administrativos dotados de poder de fiscalização no seu âmbito de suas atividades, em processos de partes alheias, a figura do *amicus curiae* melhor se firmou, no direito brasileiro, nos processos de jurisdição constitucional.

Com efeito, em que pese a jurisprudência pátria já reconhecesse a atuação de tais órgãos como representação de *amicus curiae*, esse instituto assumiu papel representativo nos processos de controle de constitucionalidade, nomeadamente pelo próprio avanço das formas de controle como reforço da força normativa da Constituição, além de se revestir de importante cenário na consecução dos ditames da democracia no Estado de direito vigente e incorporado na Constituição de 1988.

²³⁴ Teresa Helena Barros Sales. *O amicus curiae e a consolidação de vigência do Código de Processo Civil: uma análise dessa modalidade de intervenção nos processos das varas cíveis de São Luís e Tribunal de Justiça do Maranhão*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 26.

5.2 Do controle de constitucionalidade e a inserção do *amicus curiae* como elemento de representatividade

5.2.1 Retomando a noção de democracia e a necessidade de representatividade na fiscalização constitucional: influências teóricas de Peter Häberle

Falar sobre o ideal de democracia e sua maior efetividade por meio da atuação do Poder Judiciário remete ao pensamento filosófico de Peter Häberle, para quem os meios de interpretação devem representar uma maior abertura da sociedade como alcance do interesse público, ou seja, “os critérios de interpretação constitucional hão de ser tanto mais abertos quanto mais pluralista for a sociedade”²³⁵.

Numa visão sistêmica, de ordem mais democrática, a ideia do autor perpassa pela necessidade de se conferir maior poder de atuação da sociedade, por meio de órgãos dela representativos, como associações, grupos e partidos políticos, mas também de interesses mais institucionais nos processos judiciais que tratem de tais interesses, ainda que tangencialmente, em demandas individuais e coletivas.

Nesse contexto, em face da natureza pública dos processos de controle de constitucionalidade, cuja atuação se destina à fiscalização e repressão de normas inválidas por desconformidade com a Constituição, as ações de controle de constitucionalidade representam o âmbito mais evidentemente democrático de atuação do *amicus curiae*.

Sob a influência do pensamento de Peter Häberle acerca do pluralismo na hermenêutica constitucional, foram editadas as Leis nºs 9.868/99 e 9.882/99, que disciplinam as ações de controle de constitucionalidade, com a previsão da figura do *amicus curiae* para o fornecimento de subsídios técnicos, esclarecimentos e maiores elementos, a fim de auxiliar a jurisdição constitucional.

Como afirma Isabel Bish, “a adoção do *amicus curiae* seria modo não só de democratizar a esfera de atuação da jurisdição constitucional, mas – especialmente – modo de auxiliar os tribunais a aferirem prognoses e fatos legislativos”, além de representar uma maior comunicação entre fato e norma, na visão de Gilmar Ferreira Mendes²³⁶.

²³⁵ HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta de intérpretes da Constituição – contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da constituição*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, p. 60.

²³⁶ BISH, Isabel. *Op. cit.*, p. 107.

Com efeito, numa conjuntura mais tradicional de jurisdição constitucional, a interpretação das normas jurídicas fica a cargo dos órgãos estatais, nomeadamente o Poder Judiciário, daí por que se revela um avanço democrático e, portanto, de legitimidade, atribuir ou conceber setores da sociedade civil com representatividade na função de interpretação e, em última medida, na criação das normas jurídicas *in concreto* por meio das decisões judiciais, sobretudo em sede de controle de constitucionalidade, com seus artificios voltados à atribuição dos efeitos dos julgados para além das partes envolvidas.

O pluralismo social, idealizado por Peter Häberle, fornece arcabouço teórico para a referida extensão do conceito de intérprete, de modo a consolidar aspectos da hermenêutica constitucional hodierna, com um processo aberto e público da consolidação do alcance e do sentido das normas jurídicas.

No entanto, faz-se necessária a adoção de instrumentos processuais eficazes para transmutar essa teoria em práxis, a fim de viabilizar essa realidade constitucional tão propagada por aqueles que defendem a democratização da jurisdição. Nesse contexto, revela-se de suma importância a figura do *amicus curiae*, inclusive com o incremento de sua atuação, para além do que se observou ao longo da história, aliada às audiências públicas realizadas no julgamento das ações de controle de constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal.

Importante, ainda, o registro de que as ideias de Häberle, não obstante possuam pontos de encontro com as teorias de caráter procedimentalista, idealizadas especialmente por Habermas e Luhmann, já assentadas, delas se distinguem porquanto o próprio autor defende o caráter pluralista de sua teoria aberta da interpretação das normas constitucionais como instrumento não só de feição procedimental, mas de efetiva e qualificada influência da sociedade no processo de tomada de decisões²³⁷.

5.2.2 Do controle de constitucionalidade e a interpretação das normas constitucionais: uma visão pluralista e democrática da jurisdição constitucional

A abertura da interpretação das normas a uma sociedade, como reforço do pluralismo democrático, indica a expansão do próprio processo constitucional para concebê-lo

²³⁷ AGRA, Walber de Moura. *A reconstrução da legitimidade do Supremo Tribunal Federal: densificação da jurisdição constitucional brasileira*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 291.

de modo mais subjetivo, o que se convencionou denominar de “subjetivação do controle de constitucionalidade”.

Esse movimento é percebido com mais evidência no controle de constitucionalidade, servindo a admissibilidade do *amicus curiae* como importante instrumento da efetividade da jurisdição constitucional, para além de mero instrumento processual.

As ideias do autor alemão Peter Häberle vão ao encontro da referida concepção como relevante contributo ao estudo dos aspectos democráticos de legitimidade na jurisdição e no âmbito do Estado constitucional.

A consecução de outros elementos processuais para conferir mais legitimidade democrática à jurisdição tem lastro, ainda, na concepção de jurisdição procedimental, nomeadamente quando aferida a ideia entre direito e democracia, na linha do que é defendido por Jürgen Habermas²³⁸:

No princípio da soberania popular, segundo o qual todo o poder do Estado vem do povo, o direito subjetivo à participação, com igualdade de chances, na formação democrática da vontade, vem ao encontro da possibilidade jurídico-objetiva de uma prática institucionalizada de autodeterminação dos cidadãos. Esse princípio forma a charneira entre o sistema dos direitos e a construção de um Estado de Direito.

Como ressalta Jadson Correia de Oliveira, as ideias de Habermas trabalham sob o viés de um Estado constitucional cooperativo, “que pode ser traduzido como a busca pela criação de um modelo no qual os Estados são vistos como integrantes de uma comunidade, num verdadeiro fenómeno de cooperação internacional”²³⁹, como associações, entidades e cidadãos, ou mesmo por meio da sociedade politicamente organizada, como os próprios órgãos estatais ou governamentais.

A interpretação constitucional é, em realidade, mais um elemento da sociedade aberta. Todas as potências públicas, participantes materiais do processo social, estão nela envolvidas, sendo ela, a um só tempo, elemento resultante da sociedade aberta e um elemento formador ou constituinte dessa sociedade.

²³⁸ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. 2. ed. Tradução de Flávio Bueno Siebneichler. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 2012, v. 1, p. 213.

²³⁹ OLIVEIRA, Jadson Correia de. **Controle de constitucionalidade pelo STF: Participação e democratização por meio de audiências públicas e do *amicus curiae***. Curitiba: Juruá, 2015, p. 64.

Isso significa que a teoria da interpretação deve ser garantida sob a influência da teoria democrática. Portanto, é impensável uma interpretação da Constituição sem o cidadão ativo e sem as potências públicas mencionadas.

A ampliação do círculo dos intérpretes aqui sustentada é apenas a consequência da necessidade, por todos defendida, de integração da realidade no processo de interpretação. Os intérpretes em sentido amplo compõem essa realidade pluralista.

A democracia não se desenvolve apenas no contexto de delegação de responsabilidade formal do povo para os órgãos estatais (legitimação mediante eleições), até o último intérprete formalmente “competente”, a Corte Constitucional.

Em uma sociedade aberta, ela se desenvolve também por meio de formas refinadas de mediação do processo público e pluralista da política e da práxis cotidiana, especialmente mediante a realização dos direitos fundamentais (*Grundrechtsverwirklichung*), tema muitas vezes referido sob a epígrafe do “aspecto democrático” dos direitos fundamentais.

A democracia desenvolve-se mediante a controvérsia sobre alternativas, sobre possibilidades e sobre necessidades da realidade, sendo também o “concerto” científico sobre questões constitucionais, nas quais não pode haver interrupção e nas quais não existe, nem deve existir dirigente²⁴⁰

Uma teoria da interpretação constitucional que pretenda contemplar, num mesmo contexto, a questão dos objetivos e métodos de interpretação e a questão referente aos participantes da interpretação constitucional há de tirar consequência dessa situação para o método da hermenêutica constitucional.

O STF identifica dois fatores legitimadores da intervenção do amigo da corte: a participação política pluralista no processo e a contribuição do *amicus* para a decisão, trazendo elementos relevantes à apreciação da corte.

No julgamento da Medida Cautelar na Adin. 2.130-SC (Relator: Ministro Celso de Mello), afirma o Pretório Excelso:

A admissão de terceiro, na condição de *amicus curiae*, no processo objetivo de controle normativo abstrato, qualifica-se como fator de legitimação social das decisões da Suprema Corte, enquanto Tribunal Constitucional, pois viabiliza, em

²⁴⁰ HABERLE, Peter. “Hermenêutica Constitucional – A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: Contribuição para Interpretação Pluralista e “Procedimental” da Constituição”. *Die Offene Gesellschaft der Verfassungsinterpreten, Ein Beitrag Zur Pluralistischen und “Prozessualen” Verfassungsinterpretation*. *Revista de Direito Público*, v. 11, nº 60, 2014.

obséquo ao postulado democrático, a abertura do processo de fiscalização concentrada de constitucionalidade, em ordem a permitir que nele se realize, sempre sob uma perspectiva eminentemente pluralística, a possibilidade de participação formal de entidades e de instituições que efetivamente representem os interesses gerais da coletividade ou que expressem os valores essenciais e relevantes de grupos, classes ou estratos sociais (...). A regra inscrita no art. 7º, § 2º, da Lei nº 9.868/99 – que contém a base normativa legitimadora da intervenção processual do *amicus curiae* – tem por objetivo pluralizar o debate constitucional, permitindo que o Supremo Tribunal Federal venha a dispor de todos os elementos informativos possíveis e necessários à resolução da controvérsia.

Com efeito, a Corte Constitucional deve controlar a participação leal dos diferentes grupos na interpretação da Constituição, de forma que, na sua decisão, se levem em conta, interpretativamente, os interesses daqueles que não participam do processo (interesses não representados ou não representáveis).

5.2.3 Sistema de controle de constitucionalidade no Brasil: das formas previstas de controle no ordenamento

Revela-se importante um estudo primário e basilar da sistemática do controle de constitucionalidade brasileiro de leis e atos normativos, com vistas a uma melhor compreensão do alcance da participação de amigo da corte nas variadas formas de controle. Não é o propósito deste estudo esmiuçar todos os contornos e problemáticas que envolvem o controle de constitucionalidade brasileiro, mas apenas fixar as hipóteses de cabimento do controle difuso e abstrato de controle de constitucionalidade, mais precisamente da ADIn, ADC e ADPF, recurso extraordinário, como se comporta a admissibilidade e o contributo do *amicus curiae* nessas ações.

Hodiernamente, a verificação da compatibilidade das leis e dos atos normativos com as normas constitucionais se dá mediante a observância de requisitos formais – respeito às normas do processo legislativo dispostas nos arts. 60 a 69 da Constituição Federal – e requisitos materiais. A verificação dessa compatibilidade se dá mediante aferição do conteúdo da lei ou ato normativo em face das normas constitucionais.

No que se refere às formas de controle de constitucionalidade, o direito brasileiro admite um controle prévio e repressivo, o qual pode se dar por via de ação ou de exceção. O controle prévio busca impedir que a norma eivada de inconstitucionalidade ingresse no ordenamento jurídico, enquanto o controle repressivo, como o próprio nome sugere, intenta a

retirada de determinada norma do ordenamento positivo, quando esta apresentar algum vício de inconstitucionalidade, seja formal, seja material.

Vale salientar que o controle preventivo pode ser exercido pelo Poder Legislativo, por meio das comissões de constituição e justiça, cuja função primordial é observar a adequação do projeto de lei ou proposta de emenda constitucional com as normas constitucionais; e Executivo, mediante a faculdade conferida ao Chefe deste Poder de vetar o projeto de lei, aprovado pelo Congresso Nacional, quando entender que o projeto se encontra maculado de inconstitucionalidade.

Além disso, é admitida a possibilidade de controle prévio de constitucionalidade pelo Poder Judiciário quando um parlamentar impetrar mandado de segurança contra ato, por exemplo, do Presidente de Casa Legislativa, na hipótese de haver inconstitucionalidades durante o trâmite de projetos legislativos.²⁴¹

O controle repressivo de constitucionalidade, no Brasil, consubstancia-se num controle judiciário ou jurídico, no qual a verificação da compatibilidade normativa tem como órgão controlador o Poder Judiciário.

Todavia, essa regra não afasta a possibilidade do controle repressivo pelo Poder Legislativo nos casos de sustação de ato normativo que exorbite do poder regulamentar ou em caso de rejeição de medida provisória; e pelo Poder Executivo, quando o Chefe deste determinar, por meio de ato formal e solene, que seus órgãos subordinados deixem de aplicar determinada norma flagrantemente inconstitucional.

No tocante ao controle repressivo concentrado, para o presente estudo, interessa saber que seu objeto são as leis e atos normativos federais, estaduais e distritais incompatíveis com a Constituição, por meio de proposição de ação direta de inconstitucionalidade ou ação declaratória de constitucionalidade²⁴², cujo órgão julgador é o Supremo Tribunal Federal, o qual atua como legislador negativo.

Há, no atual sistema repressivo de inconstitucionalidade, o controle difuso (via de exceção ou defesa), por meio do qual se dá a possibilidade de todo e qualquer juiz ou órgão

²⁴¹ Cf. precedente do STF (MS 20257) admitindo controle de constitucionalidade judicial preventivo relativo à violação formal do processo legislativo ordinário. O STF, entretanto, não admite controle jurisdicional em relação a normas regimentais (atos *interna corporis*) do processo legislativo.

²⁴² Cf. art. 103, da CF e lei nº 9.868/99.

colegiado²⁴³, para tutelar direito subjetivo específico, aferir a compatibilidade da norma a incidir no caso concreto, com o texto constitucional.

Note-se que, neste tipo de controle de constitucionalidade, a ação não tem como pedido a aferição da constitucionalidade de determinada norma, sendo certo que a arguição da invalidade da norma consiste numa questão prejudicial constitucional²⁴⁴, pois não se apreciará a inconstitucionalidade da norma como pedido principal, mas como condição necessária para se decidir sobre o mérito da ação.

Sobre os efeitos decorrentes do controle de constitucionalidade, muito embora ainda existam vozes discordantes na doutrina, como a de Maria Regina Macedo Ferrari, o Supremo Tribunal Federal consolidou entendimento de que a natureza da sentença que afirma a inconstitucionalidade ou constitucionalidade de determinada norma é declaratória, arrimado no fundamento de que a decisão proferida em sede de ADI ou ADC declara a validade ou nulidade de determinada norma.²⁴⁵

Teori Albino Zavascki inseriu em seu livro *Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional* voto proferido na ADI 2, por meio do qual o Ministro Brossard explicita seu entendimento acerca da natureza da sentença de mérito na ação direta e ação declaratória, bem como sua eficácia temporal. Para tanto, faz um comparativo entre o reconhecimento da nulidade de uma norma e a declaração do joalheiro de que um produto sintético apresentado a exame é um diamante, de forma que, assim como o joalheiro não faz o produto sintético, apenas declara que se trata de diamante, o julgador não constitui uma lei inconstitucional, vindo somente a reconhecer uma situação anterior, preexistente, de nulidade ou invalidade; daí os efeitos de tal declaração serem *ex tunc*.²⁴⁶

²⁴³ Interessante destacar que, quanto à aferição da inconstitucionalidade de determinada norma em sede de controle incidental por órgão colegiado, incide a regra inserta no art. 97 da CF/88, conhecida como a cláusula da reserva do plenário, segundo a qual: “Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público”. Todavia, tal regra foi flexibilizada pelo entendimento do Supremo Tribunal Federal (*vide* RE nº 190.728), posteriormente positivado na ordem jurídica através do art. 1º, parágrafo único, da Lei nº 9.756/98, o qual dispõe que ‘os órgãos fracionários dos tribunais não submeterão ao plenário, ou ao órgão especial, a arguição de inconstitucionalidade, quando já houver pronunciamento destes ou do plenário do Supremo Tribunal Federal sobre a questão’.

²⁴⁴ DANTAS, Francisco Wildo Lacerda. “Efeitos da inconstitucionalidade da lei (A questão da reprivatização da lei que revogou disciplina legal anterior e que ela própria foi afastada por inconstitucional)”. In *Revista ESMAFE*. Nº 8, 2004, p. 30.

²⁴⁵ FERRARI, Maria Regina Macedo. *Efeitos da declaração de inconstitucionalidade*. São Paulo: RT, 1990, p. 98.

²⁴⁶ ZAVASCKI, Teori Albino. *Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 49.

Importa destacar que a tese da nulidade da norma inconstitucional, como afirma Teori Albino Zavascki, não fica comprometida com o comando legal previsto no art. 27 da lei nº 9.868/99, pelo qual o STF, ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de **segurança jurídica e de excepcional interesse social**, poderá, por maioria de 2/3 de seus membros, restringir os efeitos dessa declaração ou decidir que ela só terá eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado, uma vez que, ao decidir manter lei inconstitucional por tais razões excepcionais, não declara sua validade, mas sim pondera interesses em conflito, determinando providência menos gravosa ao sistema de direito, mesmo que a situação mantida seja ilegítima.²⁴⁷

Ainda no que diz respeito à declaração de constitucionalidade ou inconstitucionalidade de determinada norma abstratamente considerada, resta explicitar que a eficácia da decisão declaratória é subjetiva *erga omnes*, o que implica dizer que irradiará seus efeitos a todos os possíveis destinatários da norma objeto desta decisão.

Ademais, as sobreditas sentenças possuem efeito vinculante, consoante se destaca do art. 28, parágrafo único, da lei nº 9.868/99, pelo qual as autoridades (Poder Judiciário e Administração Pública) que têm o poder-dever de aplicar a norma expurgada do ordenamento positivo submetem-se a sua declaração de (in)constitucionalidade.

Vale salientar que o efeito vinculante, muito embora também seja *ex tunc*, seu termo inicial, ou seja, sua eficácia processual será desencadeada com a sentença que declarou a (in)constitucionalidade, pois não poderia existir força vinculante para os órgãos se não houvesse sentença declarando a nulidade ou a validade de determinada norma.

Registre-se, ainda, que, em sede de controle concentrado podem ser deferidos pedidos cautelares, nos termos do art. 102, I, “p”, da CF e arts. 10 a 12 e 21 da lei nº 9.868/99. Segundo a jurisprudência dominante do STF, o provimento de tutela provisória na ADI trata de suspender a eficácia da norma objeto da ação até seu julgamento definitivo, retomando-se a aplicabilidade da norma anterior caso existente.²⁴⁸ Já na ação declaratória de constitucionalidade, o deferimento da medida cautelar confirma a eficácia da norma, tornando a presunção relativa de constitucionalidade da norma objeto da ação em absoluta até seu julgamento definitivo, o que, de certa forma, suspende o controle difuso, se houver, dessa norma.

²⁴⁷ *Idem, ibidem*, p. 49/50.

²⁴⁸ STF, Representação 1.356, Ministro Francisco Rezek. Apesar de provisório, tal entendimento traz a possibilidade de repristinação de norma anterior nesse caso.

Registre-se, todavia, que os efeitos supradelineados não são necessários ou exclusivos, de sorte que o STF pode determinar outras providências que considerar necessárias, com base no *periculum in mora* do provimento definitivo, segundo o poder geral de cautela, decorrente da própria Constituição Federal.²⁴⁹

Quanto aos seus efeitos, possuem eficácia vinculante *erga omnes*, eficácia temporal *ex tunc*, e excepcionalmente, *ex nunc*.

No controle incidental de inconstitucionalidade, por sua vez, seus efeitos são *inter partes*, ou seja, alcançam somente as partes envolvidas no processo no qual se reconheceu a inconstitucionalidade da norma, por meio de julgamento de incidente de inconstitucionalidade, com eficácia temporal retroativa.

Todavia, tais efeitos podem ser estendidos para todos os possíveis destinatários da norma reconhecida como inconstitucional no julgado concreto, caso este julgado, por meio de recurso extraordinário, seja objeto de julgamento da Corte Superior no qual se confirme a inconstitucionalidade da norma através de juízo incidental, e o STF comunique ao Senado, para que este, discricionariamente, edite resolução suspendendo no todo ou em parte a eficácia da norma inconstitucional, de modo que os efeitos da declaração incidental de inconstitucionalidade passam a ter eficácia *erga omnes* e força vinculante.

Firmados os pressupostos basilares do controle de constitucionalidade no direito brasileiro, é de se observar como se dá a utilização do instituto do *amicus curiae* em sede de tais ações, como se verá adiante.

5.2.4 Das formas processuais de utilização do amicus curiae em sede de controle de constitucionalidade: da previsão normativa à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal aplicável à espécie

Não obstante a intervenção de terceiros não seja admitida no âmbito do controle de constitucionalidade das normas brasileiras, dado o caráter objetivo dos processos decorrentes desse controle de validade, conforme entendimento há muito sufragado pelo

²⁴⁹ ZAVASCKI, Teori Albino. *Op. cit.*, p. 64.

Supremo Tribunal Federal²⁵⁰, a participação do *amicus curiae* foi admitida em ações desse jaez²⁵¹.

A atuação do *amicus curiae*, embora não consista em intervenção de terceiros de índole subjetiva propriamente dita, como se verá a seguir, revela mitigação da regra de não interferência de terceiros em ações de controle de constitucionalidade em sentido abstrato, nomeadamente devido à importância de tal forma de intervenção para o fortalecimento da jurisdição constitucional democrática.

A Lei nº 9.868/98, no seu art. 7º, veda a intervenção de terceiros na ação direta de inconstitucionalidade, mas, no § 2º do mesmo dispositivo, permite que o ministro Relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, admita, por despacho irrecorrível, a manifestação de outros órgãos ou entidades, no prazo de 30 (trinta) dias, a possibilitar a participação do *amicus curiae* nas ações de controle de constitucionalidade.

Afirma Paulo Roberto Dantas²⁵² que

não há um direito subjetivo a ser admitido como *amicus curiae*, devendo o postulante demonstrar, de maneira indubitosa, não só sua representatividade adequada, como também a relevância da matéria a ser discutida, além, naturalmente, de que ingressará no feito para auxiliar o juízo na perfeita compreensão da matéria submetida a julgamento, e não para defender interesses subjetivos próprios.

O mesmo autor assevera a possibilidade de aplicação do instituto nas ações declaratórias de constitucionalidade, pois, não obstante a expressa previsão legal quanto a este tipo de ação, tendo sido o dispositivo que o previa (art. 18, § 2º) objeto de veto presidencial, é

²⁵⁰ “Com escopo da doutrina de Hans Kelsen, o Supremo Tribunal Federal, especialmente após 1988, firmou posicionamento de acentuar o caráter objetivo da aferição das leis no controle abstrato. Expressão disso é o art. 169, § 2º, do Regimento interno do Tribunal, que proíbe a intervenção assistencial nas representações de inconstitucionalidade, regra, aliás, repetida na própria Lei nº 9.868/99.” (BISCH, Isabel da Cunha. *O amicus curiae, as tradições jurídicas e o Controle de Constitucionalidade: um estudo comparado à luz das experiências americana, europeia e brasileira*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 107.

²⁵¹ A esse respeito, Jadson Correia de Oliveira aponta a reflexão, diante da vedação à intervenção de terceiros em processos desse jaez, se o “amigo da cúria de uma forma de democratizar as decisões oriundas da jurisdição constitucional ou configura-se num mero elemento de retórica legislativa, sob o pseudoargumento de legitimação das decisões?” (OLVEIRA, Jadson Correia de. *Controle de constitucionalidade pelo STF*. Curitiba: Juruá editora, 2015, p. 70). Para além de pertinente, tal reflexão revela a preocupação em torno do alcance conferido ao instituto no âmbito das ações de controle de constitucionalidade. Diante da escassez normativa, o comportamento do *amicus curiae* nas ações de controle de constitucionalidade vem sendo delineado principalmente pelo Supremo Tribunal Federal, que tem amplificado os poderes processuais a essa figura, como se observa no julgamento da ADI 2.130-S. (Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=363431>>. Acesso em: 30 jun. 2019.

²⁵² DANTAS, Paulo Roberto de Figueiredo. *Direito Processual Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 283.

de se salientar o caráter dúplice das ações de controle de constitucionalidade, a permitir, por meio da interpretação teleológica e sistemática, a participação do *amicus curiae* em sede de ação declaratória de constitucionalidade, tendo sido, inclusive, essa abertura interpretativa aposta como uma das razões do veto²⁵³.

Nas ações de inconstitucionalidade por omissão, por sua vez, igualmente não houve previsão expressa acerca da admissibilidade do *amicus curiae*, mas tão somente dos demais legitimados, nos termos do art. 12-E, § 1º, da Lei nº 9.868/98. No entanto, é possível a interpretação sistemática para aplicar tal instituto nesse âmbito, desde que presentes a relevância da matéria e a representatividade adequada, seja por meio de interpretação sistemática, seja por meio da aplicação subsidiária do art. 138 do Código de Processo Civil.

Nesse ponto, importante registrar o teor dos dispositivos que estabelecem a forma de admissibilidade nas ações de controle de constitucionalidade e na ação de descumprimento de preceito fundamental, *in verbis*:

Lei nº 9.868/99:

Art. 7º Não se admitirá intervenção de terceiros no processo de ação direta de inconstitucionalidade.

§ 2º O relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, poderá, por despacho irrecorrível, admitir, observado o prazo fixado no parágrafo anterior, a manifestação de outros órgãos ou entidades.

Art. 9º Vencidos os prazos do artigo anterior, o relator lançará o relatório, com cópia a todos os Ministros, e pedirá dia para julgamento.

§ 1º Em caso de necessidade de esclarecimento de matéria ou circunstância de fato ou de notória insuficiência das informações existentes nos autos, poderá o relator requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou fixar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e autoridade na matéria.

§ 2º O relator poderá, ainda, solicitar informações aos Tribunais Superiores, aos Tribunais federais e aos Tribunais estaduais acerca da aplicação da norma impugnada no âmbito de sua jurisdição.

§ 3º As informações, perícias e audiências a que se referem os parágrafos anteriores serão realizadas no prazo de trinta dias, contado da solicitação do relator.

Lei nº 9.882/99:

Art. 6º Apreciado o pedido de liminar, o relator solicitará as informações às autoridades responsáveis pela prática do ato questionado, no prazo de dez dias.

§ 1º Se entender necessário, poderá o relator ouvir as partes nos processos que ensejaram a arguição, requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou ainda, fixar data para declarações, em audiência pública, de pessoas com experiência e autoridade na matéria.

§ 2º Poderão ser autorizadas, a critério do relator, sustentação oral e juntada de memoriais, por requerimento dos interessados no processo.

²⁵³ *Idem, ibidem*, p. 291.

A dicção dos referidos dispositivos denota a ampliação da aplicação de instrumentos processuais, no âmbito da Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI, Ação Declaratória de Constitucionalidade – ADC e Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF, incluindo a realização de audiências públicas e a intervenção de órgãos, com interesse institucional na aferição da validade das normas relacionadas à sua área de atuação, como forma de democratizar o debate.

É importante ressaltar que a atuação de terceiros, na qualidade de *amicus curiae*, é limitada, podendo ser determinada pelo julgador, ou voluntária, desde que observados os requisitos da relevância da matéria e a representatividade do *amicus curiae*.

A legitimidade para intervir na ação direta de inconstitucionalidade está amplamente relacionada, também, ao critério da representatividade dos postulantes e à relevância da matéria; contudo, esses dois requisitos são no mínimo um tanto subjetivos do ponto de vista processual. O artigo 103 da Constituição Federal de 1988 arrola alguns atores legitimados para assumir a condição de *amicus curiae*.

Sobre a necessidade de representatividade, esclarece Scarpinella Bueno²⁵⁴ que

terá “representatividade adequada” toda aquela pessoa, grupo de pessoas ou entidade de direito público que conseguir demonstrar que tem um específico interesse institucional na causa e, justamente em função disso, tem condições de contribuir para o debate da matéria, fornecendo elementos ou informações úteis e necessárias para o proferimento de melhor decisão jurisdicional.

A esse respeito, infere-se que a Lei nº 9.882/99 – que disciplina as ações de descumprimento de preceito fundamental – guarda aspecto mais flexível, porquanto admite a manifestação de todos os interessados no processo.

Em estudo empírico realizado por Damares Medina, no qual procedeu à coleta de dados dos processos em que foi admitido o *amicus curiae*, inclusive com apoio de relatório fornecido pela Seção de Atendimento e Informações Processuais da Secretaria Judiciária do Supremo Tribunal Federal, foram localizados, à época, 469 (quatrocentos e sessenta e nove) processos que tomaram como parâmetro a juntada de petição do *amicus curiae* nos autos, uma vez que, em alguns processos, mesmo com a inadmissibilidade do *amicus*, as petições por ele juntadas foram processadas, a evidenciar a ausência de uniformidade neste controle²⁵⁵.

²⁵⁴ BUENO, Cassio Scarpinella. *Op. cit.*, p. 132.

²⁵⁵ MEDINA, Damares. *Amicus Curiae: amigo da corte ou amigo da parte?* São Paulo: Saraiva, p. 113-114. A esse respeito, esclarece o autor que “apenas após o julgamento da ADI 2.777, relator o Ministro Cezar Peluso, decisão publicada no DJ de 16-2-2007, e da consequente ER nº. 15/2004, que assegurou o direito do *amicus*

Relata o autor que há uma postura mais condescendente por parte do Supremo Tribunal Federal na admissibilidade do *amicus curiae* nos processos de controle de constitucionalidade, sendo os principais motivos para a inadmissibilidade²⁵⁶:

- a ausência de informação relevante ou simples reiteração das razões da petição inicial;
- pedido após o término da fase de instrução da ação (fora do prazo das informações; às vésperas ou após iniciado o julgamento);
- superposição (no caso de mais de uma pessoa jurídica de um ente público ou categoria requererem o ingresso no mesmo processo);
- e ausência de representatividade.

O autor sustenta que a maioria dos pedidos de intervenção do *amicus curiae* é formulada por pessoas jurídicas, entre elas, as associações e entidades sindicais²⁵⁷, o que denota uma distinção da forma como se comporta o instituto na jurisdição constitucional brasileira em comparação com a dos Estados Unidos, “*onde o amicus surge como forma de viabilizar a participação do Estado e demais entes federativos nas disputas individuais que surtiriam imediato reflexo no sistema federativo*”.²⁵⁸

Em que pese o Supremo Tribunal Federal revelar-se flexível na admissibilidade do *amicus curiae* como colaborador do juízo, mantém posição de que não há direito subjetivo a ser admitido. Confirmam-se os julgados nesse sentido:

EMENTA: Agravo regimental no recurso extraordinário. Processual. Decisão de indeferimento de ingresso de terceiro como amigo da Corte. Amicus curiae. Requisitos. Representatividade adequada. Poderes do ministro relator. Agravo não provido. 1. A atividade do amicus curiae possui natureza meramente colaborativa,

curiae a produzir sustentação oral, começou a fazer-se distinção entre o indeferimento com a juntada e o deferimento. Este último passou a franquear ao *amicus curiae* o acesso à tribuna do plenário do STF, quando do julgamento da ação”.

²⁵⁶ Esclarece Isabel Bisch que são poucas as decisões de inadmissibilidade do *amicus curiae* pelo STF; aponta como principais razões para tanto: “a) quando há sobreposição de interesses e de informações, isto é, quando a entidade representa interesses já defendidos por outro órgão ou quando a participação do *amicus* traz constatações idênticas às já encontradas nos autos; b) quando os indivíduos isolados intentam participar de ADIs. Foi o ocorrido na ADI 3.510/DF, na qual o Min. Carlos Ayres Britto negou a participação de cientista cuja dissertação de mestrado enfocara o assunto cerne do processo objetivo, e na ADI 3.522/RS, na qual o Min. Marco Aurélio impediu duas candidatas aprovadas em concurso público para ingresso nos serviços notariais e registrais de se manifestarem sobre a inconstitucionalidade de lei gaúcha que impusera avaliação de títulos alegadamente irrazoável. Ou, ainda, como verificado na ADI 3.861/SC, em que ex-governador do Estado de Santa Catarina intentou participar como *amicus curiae* para defender o art. 195 da Constituição Estadual, o qual prevê subsídio vitalício, equiparado ao de Desembargador, para os titulares do cargo de governador que o tenham exercido em caráter permanente”. (BISCH, Isabel da Cunha. *Op. cit.*, p. 110).

²⁵⁷ Sobre este aspecto, reforça o autor que “no STF o *amicus curiae* é usado preponderantemente por associações e entidades sindicais que buscam intervir em processos do modelo concentrado de controle de constitucionalidade ou naqueles, do modo incidental, aos quais foi atribuída repercussão geral ou cujas decisões terão repercussão direta ou indireta nos interesses dos grupos representados pelos *amici*”. (*Idem, ibidem*, p. 120).

²⁵⁸ *Idem, ibidem. Op. cit.*, p. 118.

pelo que inexistente direito subjetivo de terceiro de atuar como amigo da Corte. O relator, no exercício de seus poderes, pode admitir o amigo da corte ou não, observando os critérios legais e jurisprudenciais e, ainda, a conveniência da intervenção para a instrução do feito. 2. Consoante disposto nos arts. 138, caput, do CPC e 21, inciso XVIII, do Regimento Interno desta Corte, em hipótese de acolhimento do pedido de ingresso de *amicus curiae* na lide, tal decisão seria irreversível, podendo, contudo, ser objeto de agravo a decisão que indefere tal pleito. 3. O requisito da representatividade adequada exige do requerente, além da capacidade de representação de um conjunto de pessoas, a existência de uma preocupação institucional e a capacidade de efetivamente contribuir para o debate. 4. Havendo concorrência de pedidos de ingresso oriundos de instituições com deveres, interesses e poderes de representação total ou parcialmente coincidentes, por razões de racionalidade e economia processual, defere-se o ingresso do postulante dotado de representatividade mais ampla. Precedentes. 5. Agravo regimental não provido. (RE 817338 AgR, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 1/8/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-137 DIVULG 24-6-2019 PUBLIC 25-6-2019)

Ementa: CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL CIVIL. AMICUS CURIAE. PEDIDO DE HABILITAÇÃO NÃO APRECIADO ANTES DO JULGAMENTO. AUSÊNCIA DE NULIDADE NO ACÓRDÃO RECORRIDO. NATUREZA INSTRUTÓRIA DA PARTICIPAÇÃO DE *AMICUS CURIAE*, CUJA EVENTUAL DISPENSA NÃO ACARRETA PREJUÍZO AO POSTULANTE, NEM LHE DÁ DIREITO A RECURSO. 1. O *amicus curiae* é um colaborador da Justiça que, embora possa deter algum interesse no desfecho da demanda, não se vincula processualmente ao resultado do seu julgamento. É que sua participação no processo ocorre e se justifica, não como defensor de interesses próprios, mas como agente habilitado a agregar subsídios que possam contribuir para a qualificação da decisão a ser tomada pelo Tribunal. A presença de *amicus curiae* no processo se dá, portanto, em benefício da jurisdição, não configurando, conseqüentemente, um direito subjetivo processual do interessado. 2. A participação do *amicus curiae* em ações diretas de inconstitucionalidade no Supremo Tribunal Federal possui, nos termos da disciplina legal e regimental hoje vigentes, natureza predominantemente instrutória, a ser deferida segundo juízo do Relator. A decisão que recusa pedido de habilitação de *amicus curiae* não compromete qualquer direito subjetivo, nem acarreta qualquer espécie de prejuízo ou de sucumbência ao requerente, circunstância por si só suficiente para justificar a jurisprudência do Tribunal, que nega legitimidade recursal ao preterido. 3. Embargos de declaração não conhecidos. (ADI 3460 ED, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, Tribunal Pleno, julgado em 12/2/2015, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-047 DIVULG 11-3-2015 PUBLIC 12-3-2015)

Com o advento da Emenda Regimental nº 15/2004, o Supremo Tribunal Federal passou a admitir a sustentação oral pelo *amicus curiae*, consubstanciando elemento de integração dialética do referido colaborador da corte.²⁵⁹

²⁵⁹ Com efeito, “a partir do julgamento da ADI 2777 QO/SP (j. em 27.11.2003), o Tribunal passou a admitir a sustentação oral do *amicus curiae* — editando norma regimental para regulamentar a matéria —, salientavam que essa intervenção, sob uma perspectiva pluralística, conferiria legitimidade às decisões do STF no exercício da jurisdição constitucional. Observavam, entretanto, que seria necessário racionalizar o procedimento, haja vista que o concurso de muitos *amici curiae* implicaria a fragmentação do tempo disponível, com a brevidade das sustentações orais. Ressaltavam, ainda, que, tendo em vista o caráter aberto da causa petendi, a intervenção do *amicus curiae*, muitas vezes, mesmo já incluído o feito em pauta, poderia invocar novos fundamentos, mas isso não impediria que o relator, julgando necessário, retirasse o feito da pauta para apreciá-los. No mais, manteve-se

Apesar de não haver regra explícita quanto ao momento de admissibilidade do *amicus curiae* nos processos em tramitação no STF, o que sempre ficou a cargo da própria Corte Constitucional decidir, o entendimento assente é o de que tal intervenção tem como termo final a data da remessa dos autos à mesa de julgamento²⁶⁰.

Isabel Bisch traz relevante estudo acerca das categorias com maior atuação como *amicus curiae* na jurisdição constitucional brasileira, a exemplo das organizações privadas que representam segmentos em defesa de direitos fundamentais, organizações profissionais e organizações governamentais²⁶¹.

5.2.5 *Amicus curiae* no controle incidental de constitucionalidade das normas brasileiras e sua influência na análise do requisito da repercussão geral nos recursos extraordinários

A Lei nº 9.868/99, além de estabelecer a admissibilidade do *amicus curiae* em sede de controle concentrado de constitucionalidade, passou a admitir tal intervenção nos processos de tramitação no âmbito dos tribunais, o que foi reforçado com o advento da Emenda Constitucional nº 45/2004, que traz a exigência do requisito da repercussão geral para o processamento dos recursos extraordinários.

Com efeito, por meio do disposto no art. 29 da Lei nº 9.868/99, o legislador adicionou o art. 482 no Código de Processo Civil anterior, para dispor, no seu § 2º, que o “relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, poderá admitir, por despacho irrecorrível, a manifestação de outros órgãos ou entidades”.²⁶²

Referida previsão veio a consolidar a participação do *amicus curiae* nos processos em que se discute a constitucionalidade de determinada norma no âmbito dos tribunais, mais

a decisão agravada no sentido do indeferimento da petição inicial, com base no disposto no art. 4º da Lei 9.868/99, ante a manifesta improcedência da demanda, haja vista que a norma impugnada tivera sua constitucionalidade expressamente declarada pelo Plenário da Corte no julgamento do RE 377457/PR (DJe de 19.12.2008) e do RE 381964/MG (DJe de 26.9.2008)”.

²⁶⁰ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. ADI nº 4.071, AgR/DF, Rel. Min. Menezes Direito, DJ 22.4.2009.

²⁶¹ BISCH, Isabel. *Op. cit.*, p. 123-128.

²⁶² Confira-se o teor integral do dispositivo em questão: Art. 482. Remetida a cópia do acórdão a todos os juízes, o presidente do tribunal designará a sessão de julgamento. § 1º O Ministério Público e as pessoas jurídicas de direito público responsáveis pela edição do ato questionado, se assim o requererem, poderão manifestar-se no incidente de inconstitucionalidade, observados os prazos e condições fixados no Regimento Interno do Tribunal. § 2º Os titulares do direito de propositura referidos no art. 103 da Constituição poderão manifestar-se, por escrito, sobre a questão constitucional objeto de apreciação pelo órgão especial ou pelo Pleno do Tribunal, no prazo fixado em Regimento, sendo-lhes assegurado o direito de apresentar memoriais ou de pedir a juntada de documentos. § 3º O relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, poderá admitir, por despacho irrecorrível, a manifestação de outros órgãos ou entidades.

precisamente em plenário, em face da obrigatoriedade da reserva de plenário, conforme disposto no art. 97 da Constituição Federal.²⁶³

Especificamente no controle incidental de inconstitucionalidade, o recurso extraordinário assume especial papel, porquanto, por meio da interposição de tal recurso, a controvérsia constitucional é levada a julgamento no Supremo Tribunal Federal.

A Lei 11.417/06, regulamenta o artigo 103-A da Carta Magna; já a Lei 11.418/2006 deu nova redação ao Código de Processo Civil Brasileiro, como segue:

543-A [...]

§ 6º [...] o Relator poderá admitir, na análise da repercussão geral, a manifestação de terceiros, subscrita por procurador habilitado, nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

A tendência de democratização dos processos que possuíam caráter objetivo por meio da participação de interessados também foi observada quando da regulamentação do instituto da repercussão geral, com hipótese que autorizava a manifestação de terceiros quando da apreciação da existência de repercussão geral.

5.3 *Amicus curiae* no regime jurídico das súmulas vinculantes

Ainda com o intuito de conferir maior democratização aos processos de cunho objetivo, cabe ressaltar previsão semelhante na disciplina das súmulas vinculantes introduzidas em nosso ordenamento jurídico pelo art. 103-A da Constituição²⁶⁴.

A súmula vinculante consiste em produção de norma jurídica pelo Supremo Tribunal Federal, por meio de fixação de enunciado obrigatório sobre tese jurídica firmada a partir de diversos julgados, de modo a conter preceito abstrato e geral. A observância do viés democrático demanda maior observância.

Com efeito,

a partir da imposição, por força de norma constitucional (art. 103-A), de sua obrigatória observância pelos tribunais, jurisdicionados e pela própria administração pública, tal enunciado passa a contar também com a imperatividade e a

²⁶³ CF, Art. 97. Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público.

²⁶⁴ (Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei).

atributividade, características que, somadas às demais, identificam a norma jurídica²⁶⁵.

Ao dispor sobre o tema, a Lei nº 11.417/200 trouxe a possibilidade de manifestação do *amicus curiae* no procedimento de edição, revisão ou cancelamento das súmulas vinculantes, nos termos do § 2º de seu art. 3º, *in verbis*:

§ 2º No procedimento de edição, revisão ou cancelamento de enunciado da súmula vinculante, o relator poderá admitir, por decisão irrecurável, a manifestação de terceiros na questão, nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

Tal previsão conferiu maior legitimidade à atuação do Supremo Tribunal Federal no procedimento de edição, revisão e cancelamento de seus enunciados vinculantes, na medida em que possibilitou a abertura do diálogo participativo de terceiros no referido procedimento.

Embora a previsão legal não tenha sido específica em nomear tal manifestação como *amicus curiae*, a conclusão mais acertada consiste em enquadrá-la na referida figura, em face do contexto do procedimento e como forma de emprestar legitimidade democrática às decisões judiciais em maior grau, a saber, quando ela deixara de ter um aspecto individual e concreto para constituir um preccito geral e abstrato.

6 ASPECTOS TEÓRICO-PROCESSUAIS DO *AMICUS CURIAE* NO DIREITO PROCESSO CIVIL VIGENTE

6.1 Do modelo de processo civil inserido com o novo Código de Processo Civil: fundamentos principiológicos do sistema processual civil na atualidade

²⁶⁵ DEL PRÁ, Carlos Gustavo Rodrigues. *Op. cit.*, p. 196.

6.1.1 Teoria geral dos princípios jurídicos no direito brasileiro: uma abordagem geral teórica²⁶⁶

A palavra princípio exprime a ideia de início, fundamento de algo. No âmbito específico do sistema jurídico, os princípios ganham contornos mais profundos e relevantes. Para este estudo, importante observar as bases principiológicas do sistema processual civil contemporâneo, nomeadamente aquele introduzido com o advento no novo Código de Processo Civil, a fim de compreender a função e o alcance do instituto do *amicus curiae* neste sistema.

Em difundida definição de princípio jurídico, Celso Antônio Bandeira de Melo o conceitua como disposição fundamental e nuclear do sistema, a definir sua lógica e racionalidade.²⁶⁷ Assim entende Carlos Ari Sundfeld quando preleciona que os princípios correspondem às ideias centrais de um sistema, de modo que lhe conferem logicidade, harmonia e racionalidade, permitindo, assim, a compreensão do seu modo de se organizar.²⁶⁸

Humberto Bergmann Ávila²⁶⁹, por seu turno, procura imprimir uma teoria analítica acerca da distinção entre regras e princípios, chegando a conceituá-los como

normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementaridade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação de correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária.

Ronald Dworkin, representando a tradição anglo-saxônica, definiu os princípios a partir de suas críticas ao modelo do positivismo. Para ele, os princípios possuem uma dimensão de peso, ao contrário das regras, que obedecem à lógica do tudo ou nada. Robert Alexy, por sua vez, a partir das reflexões de Ronald Dworkin, conceitua-os como espécies de normas jurídicas, aos quais se estabeleceriam deveres de otimização, aplicáveis em diferentes graus, a depender dos fatores e circunstâncias fáticas.²⁷⁰

A força normativa dos princípios adviria justamente da capacidade de impor comportamentos voltados à realização de um determinado estado de coisas, no sentido de que

²⁶⁶ Os principais pontos desse tópico foram extraídos em estudo de nossa autoria, fruto da dissertação de mestrado em Direito, publicada como livro, intitulado “Teoria da coisa julgada inconstitucional: Preservação das Decisões Judiciais à Luz da Segurança Jurídica”, Nuria Fabris, 2009.

²⁶⁷ MELO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 450.

²⁶⁸ SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de Direito Público**. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 141.

²⁶⁹ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios – Da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 71.

²⁷⁰ ÁVILA, Humberto Bergmann. **A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade**. In Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro. Jan-mar/1999, p. 156-157.

eventual incerteza quanto ao conteúdo do comportamento não desnatura a imposição deste, nem resume os princípios jurídicos aos valores,²⁷¹ apesar de se relacionarem, pois “o estabelecimento de fins implica a qualificação positiva de um estado de coisas que se quer promover”.²⁷²

Hodiernamente não se afasta a nítida função dos princípios de fundamentarem o sistema jurídico, devido ao caráter axiológico e ao conteúdo mais amplo e indeterminado que os caracterizam, a possibilitar que as regras jurídicas, assim como outros princípios mais específicos, encontrem arrimo em princípios jurídicos.

Sobre esse caráter de fundamento, pertinente o conceito de princípios de Eurico Marcos Diniz di Santi, para quem os princípios jurídicos são “proposições prescritivas que permeiam o sistema nomempírico normativo, traduzindo linhas diretivas que lhes alicerçam as bases como vigas estruturais do edifício dos subsistemas integrados”.²⁷³

Cumprido ressaltar, por oportuno, que, apesar de o entendimento prevalecente considerar os princípios espécie de normas jurídicas,²⁷⁴ a doutrina tradicional costumava distinguir princípios e normas.

Paulo Bonavides ressalta que a teoria dos princípios passou por uma evolução, na qual se destacam as passagens do campo metafísico e abstrato com o estudo de seus efeitos concretos, todavia, ainda com teor de densidade normativa baixa, já que, num primeiro momento, os princípios possuíam um caráter jusprivatista, para uma órbita juspublicista, passando os princípios a ser considerados normas jurídicas, com influência na ciência

²⁷¹ Alexandre Freitas Câmara, apoiado nas ideias de Lênio Streck, defende que “do caráter normativo dos princípios resulta, inevitavelmente, a necessidade de reconhecer não terem eles caráter axiológico. Em outras palavras, princípios – por terem natureza normativa – não são valores”. (CÂMARA, Alexandre Freitas. *Levando os padrões decisórios a sério – Formação e aplicação de precedentes e enunciados de súmula*. 1. ed. São Paulo; Atlas, 2018, p. 67).

²⁷² *Idem, ibidem*, p. 72.

²⁷³ SANTI, Eurico Marcos Diniz de. *Lançamento tributário*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 1999, p. 94.

²⁷⁴ Registre-se que a ideia de norma jurídica, nos moldes aqui apresentados, difere de “formulação da norma”, caracterizada pelo enunciado linguístico ou texto. Nesses termos, o texto ou disposição é o objeto da interpretação da norma, enquanto a norma é o resultado desta interpretação. Tal distinção tem como consequência básica, como afirma Ruy Espíndola, ser a norma qualquer enunciado que constitua o sentido ou significado adscrito a qualquer disposição. Cf. ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. *Conceito de princípios constitucionais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 193. Destaca-se, ainda, que o primeiro a defender o caráter normativo dos princípios foi CRISAFULLI, em 1952. Segundo ele, “Princípio é, com efeito, toda norma jurídica, enquanto considerada como determinante de uma ou de muitas outras subordinadas, que a pressupõem, desenvolvendo e especificando ulteriormente o preceito em direções mais particulares (menos gerais), das quais determinam e portanto, resumem, potencialmente, o conteúdo: sejam (...) estas efetivamente postas, sejam, ao contrário, apenas dedutíveis do respectivo princípio geral que as contém”. CRISAFULLI, Vezio *apud* BONAVIDES, Paulo. *Op. cit.*, p. 230.

jurídica, além de se encontrarem inseridos no âmbito das constituições dos países, o que lhes confere uma maior positividade e completude.²⁷⁵

Todavia, ressalte-se que o Direito, enquanto objeto da ciência, vale-se da linguagem prescritiva para impor determinada conduta, ao contrário da linguagem descritiva, utilizada pela ciência. A questão, portanto, reside em saber se os princípios podem ser enunciados segundo o modelo prescritivo.

A esse respeito, afirma Eros Roberto Grau²⁷⁶ que os princípios trazem pressupostos fáticos e os portam de maneira a enunciar uma série indeterminada de suportes fáticos, não se afastando, entretanto, a sua capacidade de estatuição ou injunção, embora de modo implícito, no extremo completável em outra ou outras normas jurídicas, tal como ocorre em relação a inúmeras normas jurídicas incompletas. Daí que os princípios jurídicos, como normas que são, também impõem o *dever-ser* quando realizado o seu suporte fático.

Sob outra perspectiva, Eurico Marcos Diniz di Santi afirma que os princípios jurídicos não são normas jurídicas, no sentido de proposições prescritivas com a forma implicacional hipótese-tese. Os princípios seriam, assim, fragmentos de normas a integrar outras normas jurídicas, delineando o antecedente ou o conseqüente da estrutura lógica das regras jurídicas. Observa que dessa irradiação fragmentada de normas (princípios) resulta a formação de um conjunto de normas jurídicas.²⁷⁷

Decerto, faz-se necessário atentar para os elementos da estrutura da norma jurídica, como estrutura da norma preconizada por Lourival Vilanova, que concebe o caráter bimembre da norma jurídica, configurado por uma hipótese e uma tese. Na primeira estrutura, encontra-se a hipótese, descrevendo o fato, enquanto na tese, o comportamento exigido pelo ordenamento; na segunda, a hipótese representa o não cumprimento, enquanto a tese refletiria as sanções previstas no sistema jurídico.²⁷⁸

A fórmula da linguagem lógica da norma jurídica pode ser assim simplificada: “Se se dá um fato F qualquer, então o sujeito S deve fazer ou deve omitir ou pode fazer ou omitir conduta C ante outro sujeito S”.²⁷⁹

²⁷⁵ *Idem, ibidem*, p. 237/238.

²⁷⁶ GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 110.

²⁷⁷ SANTI, Eurico Marcos Diniz di. *Op. cit.*, p. 94.

²⁷⁸ VILANOVA, Lourival. *As estruturas lógicas e o sistema de direito positivo*. São Paulo: RT, 1977, p. 51.

²⁷⁹ *Idem, ibidem*, mesma página.

À evidência, os princípios possuem um grau maior de indeterminação no que toca às hipóteses fáticas de incidência, mas não deixam de ser normas jurídicas. Mesmo aqueles que concebem os princípios como fragmentos de normas, a exemplo de Eurico Marcos Diniz di Santi, não negam seu caráter normativo, havendo apenas restrição em relação ao seu enquadramento na estrutura lógica da norma jurídica, visto que reclama muitas vezes a integração de sentido de outras normas jurídicas na atividade de interpretação.

No mais, é de se observar que o grau de determinação da hipótese e do conseqüente da norma já não se apresenta como um critério para afastar a natureza normativa dos princípios, tanto é que Karl Larenz já definia os princípios jurídicos como **normas** de hipótese e conseqüência indeterminadas, havendo, todavia, a ideia jurídica de definir o processo de sua concretização.²⁸⁰

Efetivamente, a questão da indeterminação ou indefinição da hipótese de incidência dos princípios mostra-se relativa, no sentido de que mesmo as regras não possuindo o sentido definido a ser aplicado, faz-se necessária a atividade da interpretação. Elas também podem ter seu campo de incidência aberto, a depender da integração de outras normas. De outro lado, o conseqüente dos princípios pode ser representado pelo fim a que se destina,²⁸¹ devendo, aqui, necessitar da interpretação, no entanto, sem se descurar de seu aspecto normativo.

Em outra seara, vê-se que o modelo hipotético-condicional não raras vezes é apresentado como um critério de distinção entre regras e princípios. Argumenta Humberto Bergmann Ávila, com prudência, que tal critério não se mostra satisfatório. Eis o seu magistério:

O critério do caráter hipotético-condicional parte do pressuposto de que a espécie de norma e seus atributos normativos decorrem necessariamente do modo de formulação do dispositivo objeto de interpretação, como se fosse a exteriorização do dispositivo (objeto da interpretação) que vai regular a conduta humana ou como deverá ser aplicada. Percebem-se, aí, uma manifesta confusão entre dispositivo e norma e uma evidente transposição de atributos dos enunciados formulados pelo legislador para os enunciados formulados pelo intérprete.²⁸²

²⁸⁰ LARENZ, Karl *apud* ÁVILA, Humberto Bergmann. *Op. cit.*, p. 155.

²⁸¹ *Idem. Op. cit.*, 1999, p. 162.

²⁸² *Idem. Op. cit.*, 2004, p. 33.

Extrai-se, portanto, a relevância da distinção entre texto e norma²⁸³, bem como as influências do processo de interpretação desta distinção. Com efeito, texto e norma não se confundem, sendo o texto o enunciado linguístico e a norma o resultado da interpretação deste enunciado.

Virgílio Afonso da Silva, na esteira do pensamento de Alexy, porém corroborando o dito até aqui, não afasta a necessária interpretação da formulação linguística; defende que os princípios decorrem de uma interpretação prévia, ainda que não possuam a mesma estrutura. Mas isso também acontece com as regras, de modo que, nesse ponto, concorda com Humberto Bergmann Ávila quanto à insuficiência de distinguir princípio e regra pela indeterminação.²⁸⁴

Entretanto, deve-se reconhecer a generalidade que acomete os princípios jurídicos, pois, mais que as regras, nas quais se assume um modelo deôntico com a descrição expressa do enunciado, os princípios não deixam de ser mais subjetivos, já que a própria formulação linguística é idealizada pelo intérprete. Não se discutem, nesse ínterim, as consequências advindas da utilização do princípio moldadas conforme as particularidades fáticas e jurídicas do caso concreto.

Entretanto, esse caráter normativo que imprime aos princípios apenas se mostra possível pelo processo de interpretação, sendo elucidativa a opinião de Humberto Bergmann Ávila, no sentido de que “o ponto decisivo não é, pois, a ausência da prescrição de comportamentos e de consequências no caso dos princípios, mas o tipo da prescrição de comportamentos e de consequências, o que é algo diverso”.²⁸⁵

Note-se que vários outros critérios são prefixados pelos autores para se distinguir princípios de regras, tais como: grau de abstração, uma vez que os princípios possuem um grau de abstração mais elevado que o das regras; natureza normogênica, pois os princípios são normas que fundamentam as regras, constituindo a *ratio* de regras jurídicas, entre outros.

²⁸³ Outro não é o magistério de Gabriel Ivo ao afirmar que “a norma jurídica não se confunde com os meros textos normativos. Estes são apenas os suportes físicos. Antes do contato do sujeito cognoscente não temos normas jurídicas, e sim, meros enunciados linguísticos esparramados no papel”. (IVO, Gabriel. *Op. cit.*, p. 30). A norma, assim, seria o sentido atribuído pelo intérprete ao texto, de modo que não há uma exata correlação entre o texto e a norma; daí pode haver norma sem texto, uma vez que várias normas são construídas a partir da interpretação de um mesmo enunciado. Acerca dos princípios, um exemplo bastante elucidativo é o princípio da proporcionalidade, que não possui texto expresso, mas é construído a partir das demais normas jurídicas, mormente aquelas dispostas na Constituição.

²⁸⁴ SILVA, Virgílio Afonso da. “Princípios e regras: mitos e distinções acerca de uma distinção.” *In Revista Latino-Americana de Direito Constitucional*, p. 617.

²⁸⁵ ÁVILA, Humberto. *Op. cit.*, 2004, p. 35.

Ao lado desses critérios acerca do grau de generalidade, abstração ou fundamentalidade, um outro modo de distinção entre princípio e regra é o modo final de aplicação, na tipologia noticiada por Humberto Bergmann Ávila, que se utiliza dos ensinamentos de Dworkin, segundo o qual o direito é composto não só por regras, mas também por princípios, que, ao contrário daquelas, não obedecem à lógica do “tudo ou nada”, no sentido de que, uma vez preenchida a hipótese de incidência, a regra é válida se aceita, possuindo, portanto, uma dimensão de validade, enquanto os princípios trabalham na dimensão do peso.²⁸⁶

Interessante ressaltar que mais uma vez o modo de aplicação decorrerá da interpretação atribuída ao texto, seja princípio ou regra, razão pela qual não se pode imprimir um caráter absoluto às regras no que toca à sua aplicação, pois, não raras vezes, uma interpretação sistemática ou finalística do texto da regra descaracteriza um caráter absoluto.

É de se observar, portanto, que o modo de aplicação das regras não poucas vezes é modificado no contexto das situações fáticas e jurídicas, incluindo-se aí a utilização, no processo de interpretação do sentido e alcance do texto legal, dos próprios princípios, sendo pertinente a crítica quanto a esse critério de distinção entre regras e princípios. Assim, entendendo-se o princípio como uma norma no sentido de regular a vida humana, resta a dúvida: o que o faz distinguir-se de uma regra?

Virgílio Afonso da Silva segue a argumentação de que a distinção entre regras e princípios se dá no âmbito das normas, e não entre os tipos de texto, cujo sentido é possibilitado pela interpretação, sendo distintas, todavia, suas estruturas. Faz a seguinte reflexão: “*Após a interpretação em sentido estrito, uma regra jurídica é já submissível, enquanto que os princípios ainda poderão entrar em colisão com outros princípios, exigindo-se, nesse caso, que se proceda a um sopesamento para harmonizá-los*”.²⁸⁷

Tal critério distintivo entre regras e princípios privilegia a possibilidade de conflito no âmbito de aplicação dessas espécies jurídicas, a evidenciar o caráter axiológico de princípios e possibilitar conflito com outros princípios. É de se observar, todavia, que as regras também podem colidir com outras. A doutrina costuma apontar tal fato como um mero conflito de regras, chamado de antinomia, cuja solução se dará pela ab-rogação ou derrogação

²⁸⁶ ÁVILA, Humberto. *Op. cit.*, 2004, p. 38.

²⁸⁷ SILVA, Virgílio Afonso da. *Op. cit.*, p. 617.

de uma das regras, sobressaindo, nesse ponto, os critérios da hierarquia, da especialidade e da temporalidade.

Registre-se que não é nosso propósito, nem necessita sê-lo, aferir as situações intrigantes relacionadas ao conflito “aparente” ou “abstrato” de regras, mas apenas elucidar que a tarefa nem sempre se apresenta tão simples, a ponto de se afirmar que a subsunção da regras é indiferente a qualquer conflito. O sopesamento ou ponderação não é privativo dos princípios, podendo ocorrer nos enunciados hipoteticamente formulados, pois envolvem interpretação e ponderação de razões.²⁸⁸

Com efeito, a principal diferença entre princípios e regras, entendendo-as como espécies normativas, ainda é o maior grau de abstração, pois, como citado acima, os princípios, malgrado possuam um conteúdo de dever-ser, na medida em que impõem comportamentos, não o fazem diretamente, deixando uma maior margem de discricionariedade ao intérprete do que na aplicação de regras, em que há a prévia descrição dos postulados normativos.

É de se destacar, por pertinente, que, tomando como parâmetro a capacidade de impor comportamentos dirigidos para determinado fim, os princípios jurídicos não deixam de ser um importante instrumento de regulação da vida para o homem, pois *“tanto as regras (normas), como os princípios, são mandamentos (proibições, permissões), cuja validade deontológica exprime uma obrigação”*.²⁸⁹

Por oportuno, ressalte-se a concepção de Paulo de Barros Carvalho quanto à natureza dos princípios jurídicos, em que afirma a existência de quatro usos distintos de princípios, a saber:

- a) como norma jurídica de posição privilegiada e portadora de valor expressivo; b) como norma jurídica de posição privilegiada que estipula limites objetivos; c) como valores insertos em regras jurídicas de posição privilegiada, mas considerados independentes das estruturas normativas; e d) como limite objetivo estipulado em regra de forte hierarquia, tomado, porém, sem levar em conta a estrutura da norma. Nos dois primeiros, temos “princípio” como “norma”; enquanto nos dois últimos, “princípio” como “valor” ou como “critério objetivo”.²⁹⁰

²⁸⁸ ÁVILA, Humberto. *Op. cit.*, 2004, p. 44.

²⁸⁹ HABERMAS, Jürgen. *Op. cit.*, p. 258.

²⁹⁰ CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 104.

No entender do referido autor, os princípios podem veicular valor ou limite objetivo. O princípio carregado de valor exerce múltipla influência no ordenamento jurídico, informando melhor a compreensão de seus elementos.²⁹¹

Conforme perfilhado por Fredie Didier, “os princípios exercem, ainda, em relação às normas menos amplas, uma função interpretativa, na medida em que servem para interpretar normas construídas a partir de textos normativos expressos”.²⁹²

Ainda com apoio nos ensinamentos de Fredie Didier, observa-se que a mudança para um estado constitucional fomentou o desenvolvimento da teoria dos princípios, com o reconhecimento de sua força normativa, além de ser mero elemento de integração para se tornar espécie de norma jurídica.²⁹³

Por outro lado, segundo o mencionado autor,²⁹⁴ a estruturação dos princípios como normas jurídicas, especificamente no sistema processual civil, contribuiu para a

transformação da hermenêutica jurídica, com o reconhecimento do papel criativo e normativo da atividade jurisdicional: a função jurisdicional passa a ser encarada como uma função essencial ao desenvolvimento do Direito, seja pela estipulação da norma jurídica do caso concreto, seja pela interpretação dos textos normativos, definindo-se a norma geral que deles deve ser extraída e que deve ser aplicada a casos semelhantes.

Embora este estudo não se volte especificamente para a hermenêutica, a presente abordagem revela-se importante para se compreender o aperfeiçoamento da jurisdição, nomeadamente com a expansão de sua função criativa do Direito, o que denota especial relevo para a intervenção do *amicus curiae* na construção das normas jurídicas e no próprio desenvolvimento do Direito de viés procedimental, pluralista e democrático.

Herzl,²⁹⁵ ao tratar do fenômeno da constitucionalização do direito, afirma:

a forte tendência de constitucionalização do direito, em especial do direito processual civil – com o aperfeiçoamento da jurisdição constitucional (v.g., a súmula vinculante), a supervalorização da boa-fé e da eticidade processual, e a busca pela efetividade de direitos fundamentais por meio de técnicas processuais –, parte da doutrina passou a defender a existência de uma nova fase evolutiva da ciência processual civil, intitulando-a de neoprocessualismo: o Direito Processual Civil à luz do neoconstitucionalismo.

²⁹¹ *Idem, ibidem*, p. 104.

²⁹² DIDIER, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. Salvador: Juspodivm, p. 58.

²⁹³ *Idem, ibidem*, p. 47.

²⁹⁴ *Idem, ibidem*, p. 47.

²⁹⁵ HERZL, Ricardo Augusto. **Crítica Hermenêutica do direito processual civil: Uma exploração filosófica do Direito Processual Civil Brasileiro em tempos de (crise do) protagonismo judicial**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2018, p. 74.

Em linhas gerais, Herzl indica como características do neoprocessualismo a constitucionalização do direito processual civil; a aplicação dos princípios sobre o processo de cunho procedimental; a hermenêutica constitucional; a ceticidade e a efetividade processuais.²⁹⁶

A Constituição, tida como parâmetro de valores, influenciou o direito processual civil, demarcando uma nova abertura para o sistema jurídico, com a incidência dos princípios jurídicos, além de reforçar seu caráter informador do ordenamento e de suas normas fundamentais.

Os princípios jurídicos aportados no presente tópico têm o cunho de abordagem adotada pelo próprio código de processual civil, no sentido de que foram enumerados como as normas fundamentais do atual direito processual civil, nomeadamente quando o presente estudo envolve a efetivação do princípio do contraditório no âmbito dos julgados em que intervieram *amici curiae*.

6.1.2 Bases principiológicas da jurisdição no sistema processual civil vigente: ênfase nos princípios do contraditório efetivo e da cooperação à luz do Código de Processo Civil

Os princípios de direito processual civil elencados nos primeiros artigos do Código de Processo Civil vigente são concebidos como as normas fundamentais processuais extraídas da Constituição e aplicadas pelo legislador infraconstitucional para informar o sistema processual civil na atualidade.

Com efeito, estabelece o art. 1º do novo CPC que “o processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste artigo”.

Percebe-se, portanto, a influência do direito constitucional no âmbito do processo civil, plasmado no fenômeno da constitucionalização dos direitos, movimento apontado no primeiro capítulo do presente estudo.

Justamente devido a essa influência e com o intuito de consolidar as normas fundamentais do processo nos dispositivos do código, o art. 3º dispõe acerca do princípio da

²⁹⁶ HERZL, Ricardo Augusto. *Op. cit.*, p. 75.

inafastabilidade da jurisdição (“Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito”), com a mesma redação prevista no texto constitucional (art. 5º, XXXV, da CF/88).

Tal princípio revela a norma fundamental processual à tutela efetiva e adequada. A tutela jurisdicional deve ser adequada para a tutela dos direitos materiais, daí por que a novel legislação adjetiva civil, além de estabelecer procedimentos diferenciados ao lado do procedimento comum, “introduz várias técnicas processuais no procedimento comum capazes de moldar concretamente o processo às necessidades do direito material afirmado em juízo (buscando a promoção da adequação judicial do processo)”.²⁹⁷

O princípio da inafastabilidade da jurisdição impõe a consecução da tutela de forma tempestiva (art. 5º, LXXVIII, da CF/88 e art. 4º do CPC/15). Transmuda-se no “direito fundamental à duração razoável duração do processo (que) constitui princípio redigido como cláusula geral”, tendo como conteúdo mínimo dirigido

(i) ao legislador, a adoção de técnicas processuais que viabilizem a prestação da tutela jurisdicional dos direitos em prazo razoável (por exemplo, previsão de julgamento antecipado parcial do mérito, art. 356 do CPC, e a previsão de aproveitamento sempre que possível das formas processuais, arts. 188, 276, 277 e 282, § 1º, do CPC), a edição de legislação que reprima o comportamento inadequado das partes em juízo (litigância de má-fé e *contempt of court*, arts. 77 e 79 a 81 do CPC) e regulamente minimamente a responsabilidade civil do Estado por duração não razoável do processo; (ii) ao administrador judiciário, a adoção de técnicas gerenciais capazes de viabilizar o adequado fluxo dos atos processuais, hem como organizar os órgãos judiciários de forma idônea (números de juízes e funcionários, infraestrutura e meios tecnológicos); e (iii) ao juiz, a condução do processo de modo a prestar a tutela jurisdicional em prazo razoável, inclusive com a adoção de técnicas de gestão capazes de dispensar intimações para a prática de atos processuais (calendário processual, art. 191 do CPC) e com a adoção de uma ordem cronológica, ainda que apenas preferencial, para julgamento das causas (art. 12 do CPC).²⁹⁸

A duração razoável do processo, erigida à condição de cláusula geral do sistema processual civil, deve nortear a atuação do Poder Judiciário, com vistas ao alcance também da economia processual e da eficiência, uma vez que implica a prática e o aproveitamento dos atos processuais no menor tempo possível.

O art. 5º do Código de Processo Civil, por sua vez, traz a lume o princípio da boa-fé processual, com a determinação de que aqueles que participam de alguma forma no processo devem comportar-se de acordo com aquela, inclusive os que nele intervêm episodicamente, como o *amicus curiae*.

²⁹⁷ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Manual de Processo Civil**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 169.

²⁹⁸ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Op. cit.*, p. 174.

O princípio da boa-fé processual deriva do mesmo princípio, de origem civilista, voltado à proibição de comportamento contraditório na prática dos atos processuais, como elemento de confiança e de segurança jurídicas. Com efeito, “comporta-se com boa-fé aquele que não abusa de suas posições jurídicas”²⁹⁹.

Como norma fundamental do processo civil, há, ainda, o princípio da cooperação, estabelecido no disposto no art. 6º, segundo o qual “todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva”. Tal norma pode ser concebida sob duas perspectivas: como modelo e como princípio, sendo a relação entre ambos evidente e necessária.

Nesse contexto,

os deveres inerentes à colaboração no processo respondem aos pressupostos que sustentam o modelo cooperativo. Os deveres de esclarecimento e de consulta respondem principalmente aos pressupostos lógicos e éticos do modelo cooperativo de processo, na medida em que decorrem do caráter problemático-argumentativo do Direito e da necessidade de proteção contra a surpresa. Os deveres de prevenção e de auxílio descendem diretamente do pressuposto social do modelo, haja vista evidenciarem o fato de o sistema processual civil ser um sistema orientado para a tutela dos direitos, tendo o juiz o dever de realizá-los a partir da relativização do binômio direito e processo e do compartilhamento da responsabilidade pela atividade processual.³⁰⁰

De fato, segundo um modelo cooperativo, o juiz assume papel fundamental não como protagonista no processo, senão como garantidor da dialética necessária, por meio do contraditório efetivo, mas com um olhar direcionado ao auxílio às partes e de prevenção dos atos a serem praticados.

Como decorrência de um processo construído sob os ditames de um modelo cooperativo, o sistema processual civil assegura a paridade das armas entre as partes, como expressão do princípio constitucional da igualdade, sendo dever do juiz dirigir o processo com o emprego de tratamento igualitário aos envolvidos na demanda, nos termos do art. 139, I, do CPC.

Como norma fundamental, o princípio da igualdade processual encontra-se disposto no art. 7º do CPC, com a seguinte redação: “É assegurada às partes paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa,

²⁹⁹ *Idem, ibidem.*

³⁰⁰ Marinoni, Luiz Guilherme. *Op. cit.*, p. 124.

aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais, competindo ao juiz zelar pelo efetivo contraditório”, a revelar sua dupla dimensão, material e formal.

O disposto no art. 7º revela, ainda, o princípio do contraditório, também previsto no art. 5º, LIV e LV, da Constituição Federal.

Nas palavras de Fredie Didier, o princípio do contraditório pode ser observado sob duas perspectivas, a saber: como garantia de participação no processo, de caráter formal, e como efetivo instrumento de influência no processo decisório, como expressão de sua dimensão material.³⁰¹

Por meio do contraditório, revelam-se os aspectos dialéticos do processo e do “diálogo judicial para a formação do juízo”.³⁰² O princípio do contraditório é um dos mais importantes, por integrar o conceito de processo, compreendido como um “procedimento em contraditório”,³⁰³ uma vez que, na realização dos atos processuais, com vistas a um provimento, são chamados a participar todos os envolvidos no procedimento, de modo que esta participação – o contraditório – torna-se a essência do processo, a sua maior característica.

Numa visão tradicional, o princípio do contraditório ganhou contornos essencialmente formais, “sendo compreendido como mera garantia de informação e possibilidade de manifestação”³⁰⁴ no processo. A doutrina processualista italiana, a exemplo dos renomados autores Chiovenda e Carnelutti, apresentava o contraditório como uma garantia de justiça, além de acentuar a obrigatoriedade de a parte contrária ser citada e ouvida no processo para o julgamento de uma demanda.³⁰⁵

No entanto, Alexandre Freitas Câmara defende que essa visão de contraditório encontra-se ultrapassada, por não mais se adequar aos ditames do Estado Democrático de Direito,

do qual se extrai a necessidade de participação efetiva dos interessados na construção dos provimentos capazes de afetar suas esferas jurídicas,³⁰⁶ ressaltando

³⁰¹ DIDIER, Fredie Didier. *Op. cit.*, p. 93.

³⁰² ARZIA, Giuseppe... “O contraditório no processo executivo” *in Revista de Processo*, n. 28, outubro-dezembro de 1982, p. 56; OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro... “A garantia do contraditório” *in Revista Forense*, vol. 346, abril-junho, 1999, p. 12.

³⁰³ CÂMARA, Alexandre Freitas. *Op. cit.*, p. 92.

³⁰⁴ *Idem, ibidem*, p. 94.

³⁰⁵ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. Trad. Brasileira: Guimarães Menegale. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 293; CARNELUTTI, Francesco. *Instituciones del proceso civil*. Trad. Espanhol: Santiago Melendo. Buenos Aires: El Foro, 1997.

³⁰⁶ CÂMARA, Alexandre Freitas. *Op. cit.*, p. 95.

que existe um direito, a todos assegurado, à participação na formação democrática dos pronunciamentos estatais.³⁰⁷

Adotando-se paradigma hodierno, o princípio do contraditório assume feição substancial, voltada a garantir a efetiva influência dos sujeitos no pronunciamento judicial, a fim de ressaltar a não surpresa para os envolvidos no processo, com a mitigação do protagonismo judicial.³⁰⁸

Atualmente, trabalha-se o princípio do contraditório sob os enfoques da informação e da influência, além de assumir papel fundamental na consecução do modelo cooperativo ou participativo do processo.

A esse respeito, Alexandre Freitas Câmara acentua a ideia de um modelo participativo de processo, até mesmo para distinguir dos termos cooperação ou colaboração, pois entende ser este o objetivo estabelecido no art. 6º do Código de Processo Civil. Defende um modelo em que todos os sujeitos processuais participam na construção da decisão judicial, como consequência de um procedimento em contraditório no Estado Democrático de Direito,³⁰⁹ “que viabilize e o quanto possível privilegie a participação mais ampla possível de todos aqueles que operam com o sistema jurídico, na dinâmica a partir da qual se obterá a decisão-padrão”.³¹⁰

Destaca-se a relação entre o princípio do contraditório e o da não surpresa, este concebido como a vedação de que o processo decisório seja desvencilhado do debate objeto da demanda ou colocado à disposição para as partes e envolvidos no processo.

Segundo Leonardo da Cunha,³¹¹ as decisões surpresas são aquelas que surpreendem as partes, porquanto as deliberações são exaradas sem que tenha havido prévio debate, com prejuízo do poder de influência que o contraditório efetivo é capaz de produzir no processo decisório.

O princípio do contraditório, portanto, assume papel fundamental na concreção do direito, especialmente no processo de tomada da decisão ou na elaboração da norma de decisão.

³⁰⁷ *Idem, ibidem.*

³⁰⁸ *Idem, ibidem, op. cit.*, p. 100.

³⁰⁹ CÂMARA, *op. cit.*, p. 108.

³¹⁰ SANTOS, Evaristo Aragão. *Op. cit.*, p. 157.

³¹¹ CUNHA, Leonardo Carneiro da. O processo civil no estado constitucional e os fundamentos do projeto do novo código de processo civil brasileiro. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 209, p. 349-374, jul. 2012.

O caráter concretista da norma jurídica, a partir da produção da norma de decisão, acentua a exigência da importância de todos no processo de sua formação. Nas palavras de Eduardo Cambi, “todos os participantes do processo de concretização normativo exercem um papel importante, na medida em que colocam a norma em contato com a realidade. O método concretista está fundado no pluralismo jurídico”.³¹²

Tal método concretista, no entanto, não pode se reduzir a um discurso vazio, solipsista ou de matriz puramente subjetiva. Esse é o grande desafio do discurso que envolve a teoria da argumentação no contexto do chamado neoprocessualismo e do referido pluralismo jurídico. Isso porque, mesmo com a intenção de reduzir ou melhor adequar o protagonismo do juiz na norma de decisão, a linha ainda é tênue.

Herzl, no entanto, defende que o neoprocessualismo não significa o rompimento com a instrumentalidade, que seria apenas melhor turbinada,³¹³ para afirmar, apoiada nas ideias doutrinárias da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, que a quarta fase do direito processual civil perpassaria por um formalismo-valorativo, com expoente em Carlos Alberto Alvaro de Oliveira,³¹⁴ tendo a finalidade de conferir segurança ao processo, sem excessos, e a efetividade processual.³¹⁵

O formalismo valorativo possui como proposta favorecer o diálogo judicial entre o juiz e as partes, visando à cooperação ou à colaboração judicial, a fim de primar por uma decisão mais justa,³¹⁶ o que igualmente se percebe dotado de subjetivismo.

³¹² CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 111.

³¹³ Herzl, Ricardo Augusto. *Op. cit.*, p. 80.

³¹⁴ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2005.

³¹⁵ Herzl, Ricardo Augusto. *Op. cit.*, p. 81.

³¹⁶ Há um subjetivismo na expressão “decisão justa”, uma vez que a ideia de justiça perpassa por meandros formais, mas também materiais. O Direito lida com esse problema da justiça, conferindo elementos com o objetivo de solucioná-lo, ou seja, o Direito cuida de racionalizar a ideia de justiça, tornando-a viável, visto que a justiça material não pode ser por ele controlada. Na teoria de John Rawls, que visa à equidade, há a ideia de justiça formal como possível. (RAWLS, John. *Teoria da Justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 66). Essa premissa também pode ser constatada no que toca à teoria dos sistemas de Niklas Luhmann, no sentido de que o Direito não trabalha com os códigos justo/injusto, no sentido material, mas com os de válido/inválido. Nessa linha de raciocínio, observa-se que a preocupação do sistema jurídico em garantir a justiça formal, consistente na justiça conferida pelo devido procedimento e pelas instituições da ordem jurídica. A justiça formal se revela no resultado da verdade formal concebida pelo sistema jurídico. Todavia, é através da noção axiológica da justiça (justiça material) que o Direito elege critérios na busca por esta satisfação. Nem sempre consegue, visto que a ideia material de justiça pode ser resumida ao sentimento de cada um. Aplicando a teoria dos sistemas, observa-se que a ideia de justiça material se plasma nos códigos binários do sistema de psíquico (personalidade) de cada indivíduo, ou ainda no sistema dos valores, sobretudo porque consiste, antes de tudo, num axioma com conteúdo plural e histórico, ou seja, variável.

Nesse emaranhado de teorias, a visão procedimentalista do processo denota caminho mais seguro, por incumbir o contraditório de caráter efetivo e substancial, como “garantia (constitucional) do direito de influência das partes e da não surpresa pelo julgador, tornando a discussão fruto da comparticipação de todos os sujeitos processuais”.³¹⁷

6.2 Da previsão normativa do *amicus curiae* veiculada no art. 138 do Código de Processo Civil vigente

Como visto no capítulo anterior, não havia disciplina do instituto do *amicus curiae* no Código de Processo Civil de 1973, salvo o disposto no art. 543-A, § 6º, e no art. 543-C, § 4º, que previam a admissibilidade, pelo relator dos recursos extraordinários e especiais, de manifestação de terceiros, quando relevante a matéria submetida à aferição da repercussão geral ou de causa repetitiva nos recursos especiais.

Para além dessa previsão normativa, havia normas esparsas na legislação cível, a indicar um crescente acolhimento do instituto na jurisdição brasileira, mas, com o advento do Código de Processo Civil de 2015, o legislador melhor disciplinou o referido instituto processual, alocando-o na parte destinada à intervenção de terceiros.

O instituto encontra-se disciplinado no art.138 do novo CPC, nos seguintes termos:

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

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

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

³¹⁷ Interessante, neste ponto, a abordagem crítica do autor – como se percebe em sua instigante obra – quanto os problemas enfrentados pelo procedimentalismo, para não se encerrar numa repaginação da legitimação pelo procedimento, que, no presente estudo, se acha no segundo capítulo. Com efeito, não é o que se pensa. É importante não se olvidar que a abordagem acerca da legitimidade, nomeadamente no âmbito do processo e de construção de normas pela norma de decisão, demanda base teórica abrangente, com vistas a perceber como se comporta a validade, trazida pela legitimidade, no âmbito do sistema jurídico. Herzl, Ricardo Augusto. *Op. cit.*, p. 81).

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

Percebe-se como relevante alteração a localização topográfica do dispositivo, uma vez que o art. 138 encontra-se no Título III do referido diploma legislativo, que envolve as hipóteses de intervenção de terceiros, com o objetivo de pôr fim à discussão acerca do papel do *amicus curiae* na nova sistemática processual.

Portanto, o *amicus curiae* pode intervir em causas de relevância social, repercussão geral ou quando o objeto for bastante específico, de modo que o juízo necessite de apoio técnico no deslinde da lide. Seu interesse tem cunho jurídico-institucional e sua intervenção contribui para fornecer subsídios ao julgado, a fim de contribuir para o aprimoramento da tutela jurisdicional.

Conforme dicção do art. 138 do CPC, são requisitos desta modalidade: a) relevância da matéria, para que a questão transcenda o mero interesse individual; b) especificidade do objeto da demanda, sendo exigidos conhecimentos particulares e específicos; c) repercussão social da controvérsia, ou seja, a questão deve mobilizar um interesse institucional. Necessário, ainda, o interesse institucional do terceiro, pessoa natural ou jurídica, órgão ou entidade especializada.

Sobre o primeiro ponto, já fora visto até o momento que a admissibilidade do *amicus curiae* no processo visa a pluralizar o debate, além de “estabelecer um entre os fatos questionados e os valores dispersos na sociedade, bem como a aptidão da matéria de gerar demandas repetitivas”.³¹⁸

Necessário, portanto, que o interesse motivador da intervenção dessa figura, apesar de ser permitida a participação de pessoa física ou jurídica, transcenda o mero interesse individual, razão pela qual deve ser observada uma relevância social para o tema posto em juízo, não obstante não haja limitações à sua participação em ações individuais.

Tal intervenção se revela possível em qualquer processo, desde que a causa possua relevância social ou maior especificidade da matéria em discussão e que reclame a participação de terceiros para o fornecimento de maiores subsídios técnicos, econômicos etc.

³¹⁸ SILVA, Fernando Gabriel de Carvalho e. *Amicus curiae* no Novo Código de Processo Civil. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 58.

para o convencimento qualificado do magistrado, a serem conferidos por pessoa física, jurídica, órgão ou entidade especializada.

Faz-se necessária a presença da representatividade adequada,³¹⁹ a fim de legitimar a intervenção do *amicus curiae* nos processos em geral.

Como adverte Fredie Didier,³²⁰

exige-se, porém, que tenha *representatividade adequada* (art. 138, *caput*, CPC). Ou seja, o *amicus curiae* precisa ter algum vínculo com a questão litigiosa, de modo a que possa contribuir para a sua solução³²¹. A adequação da representação será avaliada a partir da relação entre o *amicus curiae* e a *relação jurídica litigiosa*. Uma associação científica possui representatividade adequada para a discussão de temas relacionados à atividade científica que patrocina; um antropólogo renomado pode colaborar, por exemplo, com questões relacionadas aos povos indígenas; uma entidade de classe pode ajudar na solução de questão que diga respeito à atividade profissional que ela representa etc.

Segundo escólio de Alexandre Câmara,³²² representatividade adequada

é um conceito que se desenvolveu a partir das *class actions* do direito norte-americano, em que se admite a possibilidade de que direitos e interesses individuais sejam defendidos em juízo por pessoas distintas de seus titulares, sem que poderes específicos lhes tenham sido conferidos para tanto de forma voluntária mediante contrato de mandato ou outra forma de autorização.

A própria Suprema Corte norte-americana, no julgamento do caso *Hansberry vs. Lee*, em 1940, sustentou a não violação do devido processo legal quando os interesses daquele que não participaram do julgamento, mas cujos efeitos da decisão lhes são vinculativos, estiverem devidamente representados. Com efeito, a representatividade adequada “assegura que aqueles que integram o grupo dos que podem vir a ser atingidos por uma decisão, mas não participam pessoalmente do processo de sua construção, atuem em tal processo, dele participando e nele sendo ouvidos por intermédio de seus representantes”.³²³

³¹⁹ Na mesma linha, Antônio de Passo Cabral adverte que “a representatividade adequada (*adequacy of representation*) é requisito utilizado nas *class actions* norte-americanas para que o tribunal possa aferir se a parte que está em juízo defendendo direito supraindividual tem capacidade técnica e empreenderá uma proteção efetiva aos interesses dos membros da coletividade, que poderá ser atingida pelos efeitos da decisão e pela formação da coisa julgada mesmo em relação aos ausentes do litígio, como é típico nas demandas coletivas” (CABRAL, Antônio de Passo. *Pelas asas de Hermes: a intervenção do amicus curiae*, um terceiro especial).

³²⁰ DIDIER, Fredie. *Op. cit.*, p. 590.

³²¹ Sobre o assunto, confira-se o enunciado nº 127 do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis: “A representatividade adequada exigida do *amicus curiae* não pressupõe a concordância unânime daqueles a quem representa”.

³²² CÂMARA, Alexandre Freitas. *Op. cit.*, p. 190-191.

³²³ *Idem, ibidem*, p. 190-191.

Não há uma padronização da terminologia do *amicus curiae*, mesmo quando tratada como modalidade de intervenção de terceiros, sendo comum denominá-la de ‘atípica’, ‘anômala’, ‘sui generis’, ‘especial’ ou, ainda, de ‘natureza excepcional’ ”.

Alexandre Freitas Câmara, por sua vez, defende que não se pode aceitar a ideia de que o *amicus curiae* consista num terceiro imparcial, com a visão restrita a auxiliar do juízo.³²⁴

Assim, forçoso compreender melhor a função do *amicus curiae* e as especificidades desse instrumento de legitimação democrática, assim como sua influência no processo civil.

6.2.1 Da problemática concepção do *amicus curiae* como terceiro interventor no sistema processual brasileiro

Mesmo com o enquadramento legal do *amicus curiae* entre as hipóteses de intervenção de terceiro, ainda controvertida na doutrina, alguns autores o qualificam como uma espécie de intervenção de terceiros *sui generis* ou atípica. Outros sustentam que seria uma modalidade de intervenção a título de auxiliar o juízo.³²⁵

Até a previsão normativa do *amicus curiae* no novo CPC, inexistia no ordenamento processual modalidade de intervenção de terceiros que pudesse ser ordenada pelo órgão julgador, já que, mesmo quando a intervenção é forçada, é a parte que provoca a inserção do terceiro no processo, sendo certo que o juiz somente pode determinar a intervenção de terceiro na hipótese de litisconsórcio.³²⁶

A esse respeito, Scarpinella defende que consiste em modalidade interventiva cuja finalidade é permitir que terceiro intervenha no processo para a defesa de interesses institucionais tendentes a ser atingidos pela decisão, viabilizando-se, assim, uma maior legitimação na decisão a ser proferida.

³²⁴ CÂMARA, Alexandre Freitas. *Op. cit.*, p. 100-109.

³²⁵ O Supremo Tribunal Federal, por sua vez, já se posicionou no sentido de que o *amicus curiae* seria um colaborador da justiça (STF, Pleno, ADI 3.460/DF, Rel. Min. Teori Zavascki, DJ 12.3.2015).

³²⁶ Acrescenta, ainda, Antonio de Passo Cabral que, “na Itália, por exemplo, pode o magistrado determinar a intervenção de um terceiro (*intervento per ordine del giudice*) quando a ‘causa lhe for comum’, cláusula indeterminada cuja interpretação tem sentido diverso do termo ‘interesse jurídico’” (CABRAL, Antônio de Passo. *Op. cit.*).

Adverte, ainda, o autor que, independentemente da discussão acerca do conceito de parte e de terceiro, o *amicus curiae* consiste num sujeito processual. Com efeito,

menos pelo rol das figuras constantes do art. 139 do Código de Processo Civil – incompleto ou não taxativo, isso pouco importa aqui – e muito mais pela definição ou identificação de quem possa ser um sujeito processual (primário ou secundário também menos importante), não há como negar seja o *amicus curiae* um desses sujeitos. Ele participa de uma relação processual, pelas variadas e assistemáticas razões que nosso direito positivo reconhece, ou que, com maior ou com menor clareza, é possível extrair do sistema processual civil, tendo, conseqüentemente, ilegitimidade para a prática de alguns atos correlatos à sua própria razão de estar no processo.³²⁷

Antônio do Passo Cabral, por sua vez, defende que são sujeitos do processo as pessoas entre as quais se forma a relação jurídica processual e todos aqueles que participam do processo, ainda que como auxiliares de justiça. Assim, juiz, autor, réu (partes), peritos, contadores, oficiais de justiça, advogados, membros do Ministério Público e da Defensoria Pública, todos são atores de uma ou mais áreas processuais.³²⁸ Entre esses sujeitos, interessa ao estudo o conceito de partes e de terceiros.

6.2.2 Por uma distinção entre parte e terceiro

Na concepção de parte, encontra-se a definição difundida por Chiovenda, no sentido de que “parte é aquele que demanda em seu próprio nome (ou em cujo nome é demandada) a atuação duma vontade da lei, e aquele em face de quem essa atuação é demandada”.³²⁹

Para o processualista italiano, o conceito de parte encontra-se relacionado ao processo civil de caráter mais tradicional, traduzido na relação processual de quem demanda e é demandado, bem como ao objeto do processo, sem observância da complexidade do fenômeno do contraditório.

No entanto, o processo civil passou por transformações, inclusive na forma de se conceber os sujeitos de que dele participam, razão pela qual, atualmente, pode-se conceber o conceito de partes da demanda e de partes do processo, a incluir, nesta última categoria, aqueles sujeitos que atuam no procedimento em contraditório, de modo que o conceito de

³²⁷ BUENO, Cassio Scarpinella. *Op. cit.*, p. 395.

³²⁸ CABRAL, Antônio Passo. *Op. cit.*, p.

³²⁹ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*, p. 234.

parte processual – embora ainda tenha como ponto de partida a relação jurídico processual –, alcança os sujeitos parciais que nela participem na defesa de alguma pretensão.³³⁰

A concepção de parte ganha especial relevo, porquanto o modelo estrutural de processo – ainda presente – aloca a esta concepção tanto o contraditório quanto o interesse no provimento final. Há uma ideia arraigada de que o contraditório é somente um direito da parte. E mais. Tal ideia acha-se ainda limitada quanto ao direito de somente a parte ter, no julgamento da demanda, o enfrentamento dos argumentos e questões desenvolvidas em sua atuação no processo.

Nessa perspectiva, o conceito de terceiro se dá por exclusão, ou seja, aquele que não for parte do processo, será terceiro.

No dizer de Dinamarco,³³¹

Todos aqueles que não são partes consideram-se, em relação àquele processo, terceiros. Eles não são titulares das situações jurídicas ativas e passivas que na relação processual interligam os sujeitos parciais e o juiz e, enquanto terceiros, não são admitidos a realizar os atos do processo (...). Esse é o conceito puro de terceiro, tão puro quanto o de parte processual e diametralmente oposto a ele. Essas ideias legitimam a afirmação de que o terceiro só o é até que intervenha: ao intervir converte-se em parte.

Para Barbieri Sullá, apontado o conceito de parte como esse somatório, a saber, “a titularidade de situações jurídicas no âmbito do processo e interesse afirmado no provimento final, a falta de qualquer delas resultará na posição de terceiro”.³³²

Nesse sentido, e adotando-se a perspectiva trazida por Dinamarco, havendo interesse no provimento final, com atuação do sujeito na relação processual, a intervenção do até então terceiro pode transmudá-lo para a qualidade de parte.³³³

Com efeito, Cândido Dinamarco conceitua parte como “sujeitos da relação processual, ou os sujeitos do contraditório instituído perante o juiz”,³³⁴ com a advertência de que o conceito chioveniano de parte relaciona-se demasiado à demanda posta, sem a devida associação ao princípio do contraditório.³³⁵

³³⁰ Tal nomenclatura mais atual, advinda de pensamento crítico explanado por Alexandre Freitas Câmara, busca atender ao conceito mais plural de contraditório, afastando-se de um rigor do conceito de partes, para atender os sujeitos processuais que participam do processo e nele atuam em observância do contraditório. (CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*, p. 178.).

³³¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. P. 380.

³³² SULLA, João Antônio Barbieri. *Amicus curiae tridimensional*. Curitiba: Juruá, 2018, p. 158.

³³³ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Op. cit.*, p. 251.

³³⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Op. cit.*, p. 252.

³³⁵ _____. *Intervenção de terceiros*. P. 17.

Alexandre Freitas Câmara, ao tratar do conceito de parte, diferencia a titularidade da relação jurídica de direito material da relação jurídica de direito processual, embora aquela exerça influência sobre esta,³³⁶ daí por que o conceito de parte estritamente processual “apoia-se exclusivamente no fato objetivo de a pessoa estar incluída em uma relação processual como sujeito parcial e ali estar em defesa de alguma pretensão”.³³⁷

Segundo Antônio de Passo Cabral, pode ser concebido como parte “aquele que formula ao Estado-juiz pedido em seu nome ou em nome de outrem (autor) e aquele em face de quem a atuação estatal deverá incidir (réu)”,³³⁸ a evidenciar uma relação do conceito de parte com o interesse no provimento final.

Fredie Didier acentua que o conceito de parte

deve restringir-se àquele que participa (ao menos potencialmente) do processo com parcialidade, tendo interesse em determinado resultado do julgamento. Saber se essa participação dá-se em relação à demanda, principal ou incidental, ou em relação à discussão de outra questão, não é algo essencial para o conceito puramente processual de parte. Parte é o sujeito parcial do contraditório.³³⁹

Dos conceitos aqui expostos, há de se observar a necessidade de distinção do conceito de parte da relação de direito material, em que pese tenha com esta íntima relação, a fim de se observar se haverá ou não interesse no provimento final, apontado como um caractere para a definição do conceito de parte.

No entanto, um ponto se revela como necessário para se definir como parte no processo, qual seja, seu interesse parcial³⁴⁰ no resultado da demanda. Com efeito, faz-se necessário um interesse adicional no resultado na demanda.³⁴¹

A definição de terceiro, como visto, tem sua aferição por exclusão,³⁴² pois “é terceiro quem não seja parte, quer nunca o tenha sido, quer haja deixado de sê-lo em momento anterior àquele que se profira a decisão”.³⁴³

³³⁶ CÂMARA, Alexandre Freitas. *Op. cit.*, p. 179.

³³⁷ DINAMARCO, Alexandre Freitas. *Op. cit.*, p. 253.

³³⁸ CABRAL, Antonio do Passo. Pelas asas de Hermes: a intervenção do *amicus curiae*, um terceiro especial. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro – 234: 111-141, Out.-Dez./2003, p. 117.

³³⁹ DIDIER, Fredie. *Op. cit.*, p. 537.

³⁴⁰ Com arrimo no neologismo “imparcialidade” e sua distinção da imparcialidade, Antonio do Passo Cabral expõe que a “imparcialidade é a condição do Estado-Juiz, típico *status* de terceiro, não no sentido das intervenções de terceiro, mas significante da figura de um *tertium* ao qual é atribuída a solução do litígio quando vedada a autotutela, substituída pela justiça estatal”. (CABRAL, Antônio do Passo. “Por uma teoria sobre repartição e incompatibilidade de funções nos processos civil e penal.” *Revista de Processo – RePro* 149. Ano 32. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 345).

³⁴¹ CABRAL, Antônio do Passo. *Op. cit.*, p. 117.

No caso específico do *amicus curiae*, pertinente explorar sua qualificação jurídica quando do ingresso no processo, para delimitar os meandros de sua atuação e os poderes processuais dela advindos.

Do ponto de vista topográfico, como visto, o instituto do *amicus curiae* encontra-se previsto no Código de Processo Civil vigente como uma intervenção de terceiro. Não obstante a topografia de sua previsão geral, o instituto também fora referenciado nos arts. 927, § 2º, 950, § 3º e 1.035, § 4º, do CPC atual (Lei nº 13.105/2015).

Por pertinente, adverte Antônio do Passo Cabral que

aquele que atua como *amicus curiae* decerto não se inclui no conceito de parte, pois não formula pedido, não é demandado ou tampouco titulariza a relação jurídica objeto do litígio. Também não exterioriza pretensão, compreendida como exigência de submissão do interesse alheio ao seu próprio, pois seu interesse não conflita com aquele das partes. E, dentro da conceituação puramente processual dos terceiros, devemos admitir necessariamente que o *amicus curiae* incluí-se nesta categoria.³⁴⁴

Fredie Didier, ao tratar da intervenção de terceiros, conceitua-a como “fato jurídico processual que implica modificação de processo já existente. Trata-se de ato jurídico processual pelo qual um terceiro, autorizado por lei, ingressa em processo pendente, transformando-se em parte”.³⁴⁵ Defende o autor que, no momento da intervenção, o terceiro se transforma em parte no processo, sem que, com isso, surja um novo processo.

Assim, em revisão de seu entendimento anterior, afirma que o *amicus curiae*, quando intervém no processo, torna-se parte³⁴⁶, porém com limitações em seus poderes processuais, inclusive sem o condão de interferir na competência em razão da pessoa.

Importante ressaltar, no entanto, que a intervenção do *amicus curiae* não reclama a necessidade de se demonstrar interesse jurídico. Sua atuação decorre da compreensão do relevante interesse público na jurisdição e da busca de permitir a participação política por meio do processo. A importância de sua intervenção é política, e seu interesse é *ideológico*, a fim de exercer parcela de participação, manifestando-se nos autos.³⁴⁷

³⁴² O conceito de terceiro, todavia, não se apresenta ontologicamente, mas por exclusão, negação: será terceiro todo aquele que não for parte. (CABRAL, Antônio do Passo. *Op. cit.*, p. ???)

³⁴³ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Curso de direito processual civil*.

³⁴⁴ CABRAL, Antônio do Passo. *Op. cit.*, p. 117.

³⁴⁵ DIDIER, Fredie. *Op. cit.*, p. 538.

³⁴⁶ DIDIER, Fredie. *Op. cit.*, p. 592.

³⁴⁷ Situação semelhante ocorre com a legitimação do denominado *ideological plaintiff* na litigância coletiva das *class actions* nos EUA, em que a parte não porta interesse jurídico, mas uma conexão ideológica com um interesse da comunidade, o que representa uma forma de participação processual que é sustentada e incentivada

A exposição de motivos do Código de Processo Civil de 2015 evidencia o propósito da previsão do instituto do *amicus curiae* na nova legislação processual, conferindo-lhe acolhimento normativo mais amplo do que o já previsto, como aprimoramento da tutela jurisdicional, de forma que seja proferida decisão mais equilibrada e efetiva em relação aos anseios da sociedade.³⁴⁸

Confira-se:

Por outro lado, e ainda levando em conta a qualidade da satisfação das partes com a solução dada ao litígio, previu-se a possibilidade da presença do *amicus curiae*, cuja manifestação, com certeza tem aptidão de proporcionar ao juiz condições de proferir decisão mais próxima às reais necessidades das partes e mais rente à realidade do país. Criou-se regra no sentido de que a intervenção pode ser pleiteada pelo *amicus curiae* ou solicitada de ofício, como decorrência das peculiaridades da causa, em todos os graus de jurisdição. Entendeu-se que os requisitos que impõem a manifestação do *amicus curiae* no processo, se existem, estarão presentes desde o primeiro grau de jurisdição, não se justificando que a possibilidade de sua intervenção ocorra só nos Tribunais Superiores. Evidentemente, todas as decisões devem ter a qualidade que possa proporcionar a presença do *amicus curiae*, não só a última delas.

Defende-se que “há um ganho significativo na solução de controvérsias, com foco importante no plano material, quando o julgamento é balizado por esclarecimentos de um terceiro notório conhecedor da realidade *sub judice*”.³⁴⁹

Concebida como intervenção de terceiro – e essa foi a intenção do legislador –, o *amicus curiae* aloca-se em categoria própria, não se confundido com as demais formas de intervenção, ainda que haja pontos de intersecção, como sua aproximação com a assistência, modalidade de intervenção de terceiro prevista no art. 119 do Código de Processo Civil.³⁵⁰

O primeiro traço distintivo consiste na forma de intervenção, pois a assistência tem caráter espontâneo, enquanto a intervenção do *amicus curiae* pode se dar de modo provocado, embora, para Scarpinella, “a espontaneidade, a provocação para sua manifestação ou, até mesmo, uma eventual obrigatoriedade da intervenção do *amicus* não são, em si mesmas, critérios aptos de distinção entre as duas figuras”.³⁵¹

por autores como Mauro Cappelletti e Vincenzo Vigoritti. MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Op. cit.*, p. 103-107.

³⁴⁸ BUENO, Cassio Scarpinella. *Op. cit.*, p. 379.

³⁴⁹ SOARES, Marcelo Negri. *Amicus curiae no Brasil: um terceiro necessário*, p. 2.

³⁵⁰ Art. 119. Pendendo causa entre duas ou mais pessoas, o terceiro juridicamente interessado em que a sentença seja favorável a uma delas poderá intervir no processo para assisti-la. Parágrafo único. A assistência será admitida em qualquer procedimento e em todos os graus de jurisdição, recebendo o assistente o processo no estado em que se encontre.

³⁵¹ BUENO, Cassio Scarpinella. *Op. cit.*, p. 385.

Há, ainda, a distinção quanto ao aspecto social que envolve a atuação do *amicus curiae*, já que esta forma de intervenção assume âmbito coletivo, enquanto a assistência é de índole individual.

Não se pode descurar da crítica quanto à atuação do *amicus curiae* no processo de aprimoramento da decisão. Ressalta-se a indagação de Damares Medina quanto ao aspecto da justeza da decisão que tem a influência do *amicus curiae*. Diz a autora: “justo para quem?”.³⁵² Daí a necessidade de melhor definir o interesse pelo qual a intervenção de tal sujeito resta legitimada, por meio das funções que ele exerce.

a) Função de colaboração ou cooperação

O *amicus curiae* possui estrita relação com o princípio da cooperação ou da colaboração, adotado como princípio fundamental no novo Código de Processo Civil.

Barbieri Sulla, ao trabalhar as perspectivas do *amicus curiae* no novo Código de Processo Civil, relaciona tal função ao registro histórico da figura do *Sherpardizing*, que, como visto, “consistia em auxílio descompromissado, alertando sobre erros manifestos no processo ou trazendo a indicação de leis e precedentes, bem como a evolução da *ratio decidendi*, que, porventura, tenha sido ignorada pelos juízes”.³⁵³

Tal registro, ainda que antigo, possui nuances que aproximam o *amicus curiae* de suas funções no direito processual atual, sobretudo em relação aos precedentes, uma vez que, a teor do disposto no art. 926, § 2º, do CPC, o *amicus curiae* deve contribuir para que os tribunais se limitem “às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação”, daí sua função de colaborar com a identificação dos precedentes, nomeadamente com o auxílio de interpretá-lo e aferir sua razão de decidir.³⁵⁴

Ressalta Barbieri Sulla³⁵⁵ que

é possível dar um sentido brasileiro ao que no direito inglês antigo denominava-se “preserving the honour of the court” (...), isto é, a preservação do prestígio e da honra da corte, o que se dá quando ocorre a preservação da competência do tribunal (art. 988, I, do CPC) ou pela garantia da autoridade das decisões do tribunal (art. 988, II, do CPC). É o que se pretende quando se fala em função de colaboração do *amicus*. Em outros termos, que sejam evitados erros de julgamento, garantindo o bom andamento do processo ao manter a consistência e a coerência da jurisprudência.

³⁵² MEDINA, Damares. *Op. cit.*, p. 39.

³⁵³ SULLA, João Antônio Barbieri. *Amicus curiae tridimensional: Análise e perspectivas no Novo Código de Processo Civil*. Curitiba: Juruá, 2018, p. 114.

³⁵⁴ BUENO, Cassio Scarpinella. *Op. cit.*, p. 33.

³⁵⁵ SULLA, João Antônio Barbieri. *Op. cit.*, p. 115.

b) Função democrática

A função democrática do *amicus curiae* possui íntima relação com o objeto do presente estudo, consistente em possibilitar que o processo decisório, atinente ao Poder Judiciário, obtenha legitimidade democrática mitigada diante de seu aspecto contramajoritário.

A jurisdição, com seus escopos político e social, encontra, em instrumentos processuais desse tipo, abertura para a influência de setores da sociedade no processo de tomada de decisão – para além das partes do objeto da demanda –, bem como lugar seguro ao desenvolvimento dos ideais de democracia no processo.

Como assentado anteriormente, o *amicus curiae* assume importante papel de participação da sociedade, com a aproximação do processo e da democracia, o que constitui um novo modelo do direito processual civil.

O *amicus curiae* possui o papel de conferir democratização da interpretação constitucional, na medida em que os cidadãos, grupos, órgãos estatais, sistema público e mídia orientam de forma consciente a compreensão e a exteriorização de um sentido de uma norma, porque impensável uma interpretação da Constituição sem esses atores ativos, pois aquele que vive no contexto regulado por uma norma é, ao mesmo tempo, elemento resultante e formador da sociedade aberta, sendo um intérprete dessa norma, muito mais ativo do que se supõe no processo hermenêutico, em virtude de os critérios de interpretação constitucional serem mais abertos quanto mais pluralista for a sociedade.³⁵⁶

Seria possível, assim, a ampliação do debate pluralista entre diversos grupos e setores da sociedade, não necessariamente documentos ou informações, mas com abertura do diálogo, como forma de influenciar o magistrado acerca da realidade social e do dinamismo dos interesses dos grupos representados.³⁵⁷

c) Função informacional

Segundo Sulla, tal função pode ser concebida como “(1) a de apresentar argumentos novos não trazidos pelas partes; (2) a de reforçar os argumentos apresentados por uma das partes, como forma de compensar uma argumentação deficiente; (3) informar sobre

³⁵⁶ CONTIJO, André Pires; SILVA, Christine Oliveira Peter da. **O papel do *amicus curiae* no Estado Constitucional: mecanismo de acesso da transdisciplinaridade no processo de tomada de decisão constitucional.** P. 85.

³⁵⁷ PINTO, Rodrigo Strobel. *Amicus curiae: atuação plena segundo o princípio da cooperação e o poder instrutório judicial.* P. 132.

os efeitos e implicações da decisão para fora do processo; (4) sinalizar para a corte a importância do caso”.³⁵⁸

Como adverte Ferraz, “informações em torno de questões essencialmente jurídicas intrincadas, controvertidas e complexas, sobre as quais se pudesse ter dúvidas sobre os critérios adotados para a interpretação do caso e que pudessem levar à repercussão negativa para a sociedade”.³⁵⁹

O autor acentua que

a questão deverá apresentar complexidade sobre um ou ambos os aspectos. Ou o próprio magistrado sente a necessidade de aprofundamento de seu conhecimento ou, ainda que bem domine o juiz a matéria, importa que seja sua tecnicidade submetida ao contraditório, sob pena de violação ao art. 10 da mesma lei, o qual prescreve ser defeso ao juiz decidir com base em fundamento sobre o qual não se tenha dado às partes oportunidade de manifestação.

Com efeito, mesmo nas questões de ofício,³⁶⁰ poderá haver o auxílio nas informações relacionados ao objeto da demanda, permitindo-se que o *amicus curiae* coopere no aspecto informativo e contribua para uma melhor elucidação da matéria objeto do julgado, dotada de especificidade.³⁶¹

O *amicus curiae* possui, ainda, a função de informação diante da falha argumentativa das partes, até mesmo podendo servir como instrumento de compensação para eventuais desigualdades existentes no processo, à semelhança da função que desempenhava no regime de *common law* no direito inglês, visto no terceiro capítulo do presente estudo.

³⁵⁸ SULLA, José Antônio Barbieri. *Op. cit.*, p. 120.

³⁵⁹ FERRAZ, Anna Candida da Cunha. *O amicus curiae e a democratização e a legitimação da jurisdição constitucional concentrada*. P. 56.

³⁶⁰ A esse respeito, pertinente as palavras de Márcio Oliveira Rocha, no sentido de que “o Código de Processo Civil de 2015 marca 56 expressões “de ofício”, nas quais autorizam o magistrado atuar sem a provocação das partes. Esse aumento, no nosso sentir, não supervaloriza a ideia de interesse público e a concentração na jurisdição, como defende a instrumentalidade do processo. Pelo contrário, possibilita um maior diálogo entre o juiz e as partes. Pois a identidade dialética e cooperativa que produz a codificação de 2015, por orientação do seu art. 10 – o qual revigora o princípio constitucional do contraditório – impõe o magistrado o dever de consulta, fortalecendo o direito das partes serem ouvidas. (ROCHA, Márcio Oliveira. *Sobre a ordem pública processual, essa desconhecida*. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 236).

³⁶¹ Cita Barbieri Sulla importante experimento colhido no âmbito da atuação do *amicus curiae* nos EUA, realizado por Collins, Corley e Hamner, em que, “desconfiados de que a maioria dos casos os *amici curiae* poderiam apenas repetir os argumentos das partes, pouco ou nada contribuindo para um maior entendimento do caso, os autores resolveram submeter grande quantidade de memoriais e documentos apresentados por *amici curiae* a programas eletrônicos desenvolvidos para detecção de plágio. Desse modo, os pesquisadores tomaram os casos decididos pela Suprema Corte americana entre 2002 e 2004, o que significou analisar por volta de 50 mil argumentos. Os resultados do experimento mostraram que apenas 2,4% dos memoriais repetiam a parte autora, e 1,7% repetiu os argumentos do polo passivo. Logo, concluem os autores ser cabível afirmar que o *amicus curiae*, de maneira geral, oferece à corte argumentos originais”. (SULLA, José Antônio Barbieri. *Op. cit.*, p. 122).

Nesse sentido, Elizabeta Silvestri reforça o papel informativo do *amicus curiae*:

L'intervento dell'*amicus curiae* da un lato potrebbe portare a conoscenza del giudice l'esistenza di interessi non coincidenti con quelli fatti valere dalle parti, ma non indifferenti all'esito della causa e, dall'altro lato, svolgerebbe una funzione informativa di carattere generale e nell'interesse della giustizia.³⁶²

Ainda que o *amicus curiae* consista em pessoa física, jurídica ou órgão institucionalizado, detentor de interesse próprio na demanda, pode contribuir para o contexto argumentativo do objeto do litígio, sendo, ainda, recomendável o gerenciamento por parte do magistrado ou tribunal, a fim de evitar assimetrias na dialética da lide, tanto que, no âmbito do controle de constitucionalidade, Damares Medina propõe a realização de audiências públicas para o incremento do espaço, a fim de os interessados se manifestarem.³⁶³

No âmbito da função informativa, o *amicus curiae* visa contribuir para que o julgador tenha conhecimento dos efeitos do julgamento na sociedade e de seus reflexos indiretos,³⁶⁴ além de apontar os casos importantes para julgamento em seus memoriais, sendo indicativa de sua importância a própria quantidade de *amicus curiae* que pugnam por sua intervenção no processo, a fim de nortear o relevo político, social, econômico etc. envolvido na causa.³⁶⁵

A esse respeito, a intervenção de muitos grupos como *amicus curiae* no processo pode ser indicativo da relevância social do tema, capaz até de influenciar na opinião pública, à semelhança do que ocorre no direito norte-americano, com a teoria dos grupos afetados (*interest group theory*), relacionada a três situações, a saber: “(1) coassinatura de um mesmo memorial por outras entidades e órgãos; (2) alianças entre mais de um grupo para a elaboração de um mesmo memorial; e (3) elaboração de memoriais que apenas repetem argumentos”.³⁶⁶

Tal circunstância denota uma espécie de reforço, sobremodo por parte das entidades, para fortalecer o apelo social nas demandas, notadamente aquelas que tramitam em

³⁶² SILVESTRI, Elizabeta. *Op. cit.*, p. 696. (Tradução livre: A intervenção do *amicus curiae*, por um lado, poderia levar à atenção do juiz a existência de interesses não coincidentes com os reivindicados pelas partes, mas não indiferentes ao desfecho do caso e, por outro lado, desempenhariam uma função informacional de caráter geral e no interesse da justiça).

³⁶³ MEDINA, Damares. *Op. cit.*, p. 178.

³⁶⁴ SILVA, Berky Pimentel da. *Amicus curiae*: da jurisdição constitucional ao projeto do novo Código de Processo Civil, P. 16.

³⁶⁵ SULLA, José Antônio Barbieri. *Op. cit.*, p. 126.

³⁶⁶ *Idem, ibidem*, p. 127.

sede de controle de constitucionalidade ou de demandas repetitivas, com vistas a exercer uma pressão sobre os julgadores.

Nesse sentido, deve-se ter especial atenção e cautela às intervenções do *amicus curiae* em demandas consumeristas ou ainda de natureza econômica, para o fim de evitar a intervenção lobistas em ações desse tipo, e, assim, obstar a atividade abusiva chamada de *lobbying*, pela qual “se utiliza, em geral, de todos os meios de informação, persuasão e propaganda, dirigidos aos detentores oficiais do poder”.³⁶⁷

6.2.3 Da delimitação do interesse legitimador da atuação do *amicus curiae*: “ajustando as contas” com o sistema

O interesse do *amicus curiae* também refere-se ao interesse na formação de precedente, mais precisamente, o de evitar precedente desfavorável à relação jurídica sua, que apenas guarda elementos determinantes, porque sua situação jurídica é completamente independente daquela discutida em juízo.

Com efeito, o Código de Processo Civil de 2015 estabelece hipóteses específicas de intervenção de *amicus curiae*, além da norma geral prevista no art. 138, a saber: 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).

Nesse sentido, entende Nery que “ao admitir que o *amicus curiae* seja parte legítima para recorrer no incidente de demandas repetitivas, isso reforça o argumento de que, naquela situação, ele é terceiro interveniente”.³⁶⁸

Barbieri Sulla defende o surgimento de interesse próprio do *amicus curiae* quanto à formação de precedente, tanto que, como visto, houve atribuição de poderes recursais no incidente que julga demandas repetitivas. Assim, “nesse caso, notavelmente o *amicus curiae* terá interesse jurídico, como decorrência lógica dos poderes que desenvolverá em juízo, adquirindo, por certo, quando de sua intervenção, natureza jurídica de parte”³⁶⁹.

³⁶⁷ BISCH, Isabel da Cunha. *Op. cit.*, p. 144.

³⁶⁸ Nery, Nelson. *Op. cit.*, p. 577.

³⁶⁹ SULLA, José Antônio Barbieri. *Op. cit.*, p. 178.

Portanto, defende o autor a existência do *amicus* assistente, em posição análoga à do assistente.

Nesse caso, será o interveniente parte no processo em que ingressar. No entanto, por certo, o direito em litígio não lhe pertence e, muito menos, compartilha ele relação jurídica com o adversário do assistido. Logo, assistente, no sentido clássico, não é.

Contudo, parece forçoso concluir que a situação é, no mínimo, análoga à da assistência. Com isso o sistema cobra uma figura que cumpra as funções de assistente ou equivalentes, mas que, por todo o delimitamento histórico da figura, não se lhe permite maleabilidade a sanar essa nova exigência. Por conseguinte, surge e qualifica-se o “*amicus* assistente” (p. 179).

Numa concepção mais moderna, o *amicus curiae* pode ser concebido com uma natureza jurídica tridimensional,³⁷⁰ para abarcar suas variadas qualificações jurídicas de terceiro *sui generis*³⁷¹ ou ainda de terceiro especial.³⁷² Trata-se de um conceito em construção, sendo inegável o caráter inovador dessa forma de intervenção³⁷³.

Sulla sistematiza-se o *amicus curiae* como tridimensional, de acordo com a função por ele desempenhada e seu interesse. Assim, tem-se: (1ª dimensão) o “*amicus* assistente”, cuja natureza jurídica é a assistência, qualificável pelo interesse jurídico daquele que sofre um efeito reflexo do precedente a se formar sobre relação jurídica, em tese, passível de afetá-lo, o que atende ao § 3º do art. 138 do CPC; (2ª dimensão) “*amicus custos legis*”, cuja natureza jurídica é a mesma da de custos legis, tendo por interesse jurídico aquele chamado “institucional”; e (3ª dimensão) “*amicus perito*”, cuja natureza jurídica consiste em auxiliar o juízo, sem que se fale, portanto, em interesse jurídico³⁷⁴.

O interesse jurídico justificador da intervenção do assistente simples ou do *amicus curiae* pode estar relacionado à *ratio decidendi* a ser formada num caso concreto, mormente daqueles que são julgados pelo STF e que possuem o condão de gerar precedentes com força vinculante, ocorrendo o que tem sido chamado de “*redefinição do pressuposto do interesse*”

³⁷⁰ *Idem, ibidem*, p. 218.

³⁷¹ Soares, Marcelo Negri. *Amicus curiae no Brasil: um terceiro necessário*. Nesse sentido, ainda, Andréia Maria Bonatto (BONATTO, Andréia Maria). *O instituto jurídico do amicus curiae e sua aplicação no direito brasileiro*, p. 5).

³⁷² CHANAN, Guilherme Giacomelli. *Amicus curiae no direito brasileiro e a possibilidade de seu cabimento nas cortes estaduais*, p. 4.

³⁷³ Silva, Larissa Clare Pochmann da. *O amicus curiae no (novo) processo civil brasileiro*, p. 12.

³⁷⁴ SULLA, José Antônio Barbieri. *Op. cit.*, p. 225.

jurídico". Porém, impõe-se limite, cuja razão é evitar o tumulto processual e a inobservância do princípio da duração razoável do processo.

Entre os escopos políticos do processo, destaca-se a missão de permitir a participação do indivíduo na vida política do país. Trata-se de peculiar espectro da condição de cidadão, o *status activae civitatis*, que consubstancia o direito fundamental de participação ativa nos procedimentos estatais decisórios, vale dizer, o direito de influenciar a formação de normas jurídicas vinculativas.³⁷⁵

Quando movimentada a jurisdição por associações ou órgãos estatais incumbidos de proteger o interesse público, diz-se que a participação do indivíduo ocorre de forma indireta, através de instituições "intermediárias" (que se apresentam como anteparo entre indivíduo e Estado, como as associações) ou de entidades propriamente estatais (como o Ministério Público), que recebem reivindicações dos particulares e podem pleitear em juízo as medidas cabíveis.

7 DA INTERVENÇÃO DO *AMICUS CURIAE* NAS DECISÕES JUDICIAIS E O MODELO DE JURISDIÇÃO PROCESSUAL COMPARTICIPATIVA E DEMOCRÁTICA

7.1 Abertura dialógica na formação da decisão judicial e legitimidade democrática do Poder Judiciário no cenário atual brasileiro

³⁷⁵ Neste sentido, CALMON DE PASSOS, José Joaquim. "Instrumentalidade do processo e devido processo legal", in *Revista Forense*, vol. 35, p. 109, preferindo a denominação, também adotada por HÄBERLE, de *status activus processualis*.

Discussão atinente à legitimidade do *judicial review* diz respeito à independência do Poder Judiciário na construção das decisões judiciais, bem assim de sua (pretensa) isenção política³⁷⁶.

A análise acerca da independência do Poder Judiciário remonta ao pensamento tradicional, insculpido no Estado moderno pelas ideias de Montesquieu, para quem existiria uma distribuição e separação de funções entre os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, ficando a este o cargo de exercer o controle dos atos praticados pelos demais poderes, a fim de evitar abusos e excessos.

O atributo da independência, como instrumento para uma maior neutralidade política do Poder Judiciário, guarda relação com o equilíbrio entre os poderes e o pressuposto institucional de independência e harmonia entre os poderes da República do Brasil, plasmado no art. 2º da Constituição Federal de 1988³⁷⁷.

Não obstante os meandros normativos à independência funcional dos membros do Poder Judiciário, a formalização de decisões judiciais, nomeadamente as efetivadas em sede de controle de constitucionalidade ou nos julgamentos de maior repercussão social ou geral, dificilmente levará a uma neutralidade política por parte do Poder Judiciário, nomeadamente pela Corte Constitucional, na condução da interpretação constitucional.

Como afirma Vanice do Valle (coord.)³⁷⁸,

é justamente neste ambiente da interpretação constitucional – e dos pontos de tensão entre os poderes que dela podem decorrer – que assumem importância as sanções políticas e os instrumentos de pressão ilegítimos esgrimidos pelos setores políticos e grupos de interesses contra as Cortes. Forma-se, pois, um jogo de formas que, de um lado, evidenciam o risco ainda presente de debilitação institucional do Judiciário e, de outro, o levam a ajustar ou acomodar suas posições segundo as preferências dos demais atores políticos, antecipando reações e evitando confrontos que possam fragilizar a independência judicial.

³⁷⁶ Na obra “Audiências públicas e ativismo: diálogo social no STF”, vale o registro no sentido de que “a outorga do texto fundante das prerrogativas específicas em favor do Poder Judiciário decorre da manifesta necessidade de proteção das Cortes contra a constante pressão política, retroalimentando (supostamente) o ideal de neutralidade técnica. Na Constituição norte-americana, por exemplo, cumprem este papel defensivo prerrogativas como a irredutibilidade da remuneração e a vitaliciedade dos magistrados federais, ainda que ladeadas por regras que exprimindo responsabilidade pelo exercício da função, autorizem punições tão graves como o *impeachment* (...). No plano constitucional brasileiro, a Carta de 1988 repete essa mesma arquitetura institucional, municiando o Poder Judiciário com autonomia funcional, administrativa e financeira, além de assegurar aos magistrados vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de vencimentos, prerrogativas a partir das quais o Judiciário se libertaria – abstrata e idealmente – de constrangimento para o desempenho do controle de juridicidade dos atos praticados pelas demais esferas do poder”. (VALLE, Vanice Regina Lirio do *et al.* **Audiências públicas e ativismo: diálogo social no STF**. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 18/19).

³⁷⁷ Art. 2º São poderes da união, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

³⁷⁸ VALLE, Vanice Regina Lirio do (coord.); VIEIRA, José Ribas; SILVA, Alfredo Canellas Guilherme da; SILVA, Cecília de Almeida; MOURA, Francisco; AJOUZ, Igor. **Audiências Públicas e ativismo: diálogo social no STF**. Belo Horizonte: Editora Forum, 2012, p. 21.

Com efeito, afigura-se aprioristicamente precário presumir a atuação neutra do Poder Judiciário, como resultado inerente ao desenho institucional preconizado no texto constitucional, assim como se revela primário estabelecer uma relação de consequência entre tal “presumida” neutralidade e a legitimidade da decisão judicial. Nesse sentido, “a legitimação da jurisdição constitucional não se pode ter por presumida a partir de um simples desenho institucional, mas há que se ter em conta as estratégias de relação institucional e de construção do *decision making* desenvolvida pela Corte”³⁷⁹.

Necessário, portanto, estabelecer uma perspectiva mais prática para o *judicial review*, capaz de afastar as premissas de neutralidade política do Judiciário como condição para a legitimidade democrática das decisões judiciais³⁸⁰, sobretudo nos casos que envolvem maior repercussão social, nos quais se revela mais pragmaticamente produtora – do ponto de vista de alcance da democracia – a abertura da participação da sociedade no processo de construção das normas judiciais.

Como advertem Carina Gouvêa e Fabiana Maia³⁸¹,

a par do debate em torno da exclusividade constitucional, a curva crescente de judicialização, e a complexidade igualmente em ascensão dos temas submetidos à Corte mantém aceso o debate acerca da legitimidade de suas decisões. Assim, a despeito de alternativas teóricas já antes manejadas – como o exercício da chamada representatividade argumentativa na justificação de suas competências constitucionais –, fato é que os temas submetidos ao STF têm envolvido questões de grande desacordo social, técnico ou moral. Em situações que tais, a busca de outros apoios decisórios (que não só uma argumentação técnico-jurídica) tem se revelado importante para o Tribunal, que seguidamente aplica institutos de abertura do processo decisório, aludindo expressamente à busca de um reforço de legitimidade.

Com apoio nas ideias de Bateup e Friedman, registre-se a contribuição dos autores José Vieira, Alfredo Guilherme da Silva, Cecília Silva, Francisco Moura e Igor Ajouz, sob a coordenação de Vanice Lírio do Valle, no sentido de que há uma tendência aos tribunais de se

³⁷⁹ *Idem, ibidem*, p. 23.

³⁸⁰ Com efeito, “a teoria constitucional tende a se revelar empobrecida, caso siga a ignorar as forças políticas que cercam o exercício da *judicial review*”. (*Idem, ibidem*, p. 24).

³⁸¹ VALLE, Vanice Regina Lírio do; PULCINELLI, Eliana; MANEIRO, Renata de Marins Jaber (coord.) – MAIA, Fabiana; GOUVÊA, Carina Barbosa. *Experiências dialógicas no STF: busca de uma jurisdição constitucional democrática?* Rio de Janeiro: Gramma, 2016, p. 74-75.

filiarem a um sentimento popular dominante, como forma de legitimação de suas decisões, porém mais sensível aos excessos do clamor social³⁸².

Nesse sentido,

o exercício da função jurisdicional nas cortes constitucionais passa a envolver um vetor de diálogo que compreende duas distintas possibilidades de interlocução: 1. Com as forças operando nas relações institucionais travadas entre o Judiciário e os órgãos políticos, como instrumentos potenciais de freio ou contrarreação à atuação jurisdicional; e 2. Com a sociedade, reconhecida entre si como um fator de pressão incidente sobre a decisão judicial, traduzido pela opinião pública³⁸³.

Assim, o processo de construção da decisão judicial, nomeadamente nos casos mais emblemáticos, envolve uma maior abertura no diálogo e no debate com a sociedade, sendo esse o maior – e esperado – viés da legitimidade democrática, com vistas a uma maior dinâmica e à efetiva influência dos vetores sociais nas decisões judiciais.

Tal abertura dialógica³⁸⁴ assegura importante destaque aos mecanismos de influência de setores da sociedade na construção da decisão judicial, com ênfase neste estudo ao *amicus curiae*. De fato,

funcionando como *amici curiae*, os grupos de interesses desempenham um papel similar ao verificado na relação travada entre lobistas e parlamentares, alimentando a Corte com informações que permitam harmonizar, com o socorro da técnica jurídico-argumentativa, suas posições às referências idealizadas pelos agrupamentos sociais afetados pela disciplina da matéria em litúgio. O órgão judicial, desta forma, pode seguir sendas que se revelem aceitáveis sob os prismas da hermenêutica jurídica e da aprovação popular³⁸⁵.

A partir dessa perspectiva, e observando de forma mais pragmática a jurisdição, revela-se necessário aferir a extensão do papel do *amicus curiae* na compreensão do novo modelo de processo democrático.

³⁸² VALLE, Vanice Regina Lirio do (coord.); VIEIRA, José Ribas; SILVA, Alfredo Canellas Guilherme da; SILVA, Cecilia de Almeida; MOURA, Francisco; AJOUZ, Igor. **Audiências Públicas e ativismo: diálogo social no STF**. Belo Horizonte: Editora Forum, 2012, p. 31

³⁸³ *Idem, ibidem*, p. 33.

³⁸⁴ Ao se perquirir acerca da evolução do Estado de Direito, e, como visto no primeiro capítulo, da evolução do próprio direito processual civil, observa-se que a publicização do processo contribuiu para o protagonismo judicial e o reforço do papel do juiz na condução do processo. Mesmo nessa matriz mais publicista, a experiência alemã em relação ao debate no processo se revela rica quanto aos efeitos da dialética oral no processo. A esse respeito, Trocker, sobre a aplicação do modelo Stuttgart no processo, assevera que “o sucessivo debate oral permite um aprofundamento das discussões tanto dos aspectos de fato quanto dos aspectos de direito da controvérsia. Os resultados do modelo de Stuttgart confirmam que o diálogo aberto e sem preconceitos facilita a obra de seleção dos elementos relevantes, agiliza a reconstrução do caso concreto e garante também uma decisão mais correta”. (TROCKER, Nicolo. **Processo civile e costituzione**. Problemi di diritto tedesco e italiano. Milano: Giuffrè, 1974 *apud* NUNES, Dierle. **Processo Jurisdicional Democrático**. *Op. cit.*, p. 123).

³⁸⁵ *Idem, ibidem*, p. 35

Além da contribuição do *amicus curiae* no controle de constitucionalidade, as audiências públicas assumem importante papel na abertura dialógica no âmbito da jurisdição constitucional. Tal mecanismo democrático encontra-se expressamente previsto nos arts. 9º, § 2º e 20, § 1º da Lei nº 9.868/99, além de previsão no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, com o advento da Emenda Regimental nº 29/09.

Na seara do controle de constitucionalidade, revelam-se possíveis três formas de participação de terceiros não proponentes da ação, a saber: a) terceiros requerentes, que também detêm legitimidade para propor a ação, podendo ingressar formalmente no feito, nos termos do art. 7º, § 2º e art. 18 da Lei nº 9.868/99; b) intervenientes obrigatórios, conforme disposto no art. 103, §§ 1º e 3º da CF/88; e c) terceiros informantes, que podem participar do feito a critério do relator, para prestar esclarecimentos sobre a matéria ou a circunstância de fato, nos termos do art. 9º, §§ 1º e 2º, art. 12E, § 1º e art. 20, §§ 1º e 2º da Lei nº 9.868/99³⁸⁶.

Ao presente estudo, interessa especialmente a categoria dos terceiros informantes, representada pelos institutos do *amicus curiae* e das audiências públicas, uma vez que promovem o diálogo social no âmbito da jurisdição, tornando-a mais democrática.

Efetivamente, os institutos possuem um denominador comum relacionado à presença da representatividade do postulante, sendo certo que³⁸⁷

numa e noutra hipótese, o que se deseja é a ampliação do debate, com a participação de outros agentes, que não os integrantes formais da relação processual, que possam agregar, por sua representatividade ou *expertise*, dados relevantes à solução da demanda.

Fixada essa premissa, indaga-se como esses instrumentos processuais de caráter democrático têm efetivamente contribuído para conferir legitimação democrática às decisões judiciais, nomeadamente aquelas que formam precedentes ou as de maior relevância social, e, aqui, uma especial atenção aos julgamentos proferidos pelo Supremo Tribunal Federal.

Revela-se essencial compreender como se encontra a órbita de atuação do *amicus curiae*, desde o processamento do pedido, com sua admissão ou não, sua participação no

³⁸⁶ *Idem, ibidem*, p. 43.

³⁸⁷ Ademais, advertem os autores que “a recente Emenda Regimental nº 29/09, que introduziu no RISTF a disciplina das audiências públicas, acentuou essa aproximação, na medida em que determinou no art. 154, VI, que ‘os trabalhos da audiência pública serão registrados e juntados aos autos do processo, quando for o caso, ou arquivados no âmbito da Presidência’; do que resulta integrem as contribuições formuladas em audiência, o acervo documental que reproduz aquele processo abstrato. Assim, da mesma maneira que o *amicus curiae* se manifesta a partir de seus memoriais, que são juntados aos autos, aqueles que participem de audiências públicas têm igualmente conduzido aos autos suas contribuições”. (*Idem, ibidem*, p. 60).

processo por meio de petição e de sustentação oral, mas, sobretudo, como tal participação é aferida pelo órgão julgador.

Tal compreensão perpassa, ainda, pela delimitação do alcance do contraditório, do dever de fundamentação sob a ótica atual, principalmente sob a premissa do processo democrático e de suas influências na formação da decisão judicial na vigência do novo Código de Processo Civil.

7.2 Intervenção do *amicus curiae* como decorrência do contraditório participativo no sistema de direito comunicativo

No atual estágio do direito processual civil, com fulcro no Estado Democrático de Direito, a decisão, como expressão do poder estatal, deve ser prolatada com carga democrática, de modo que os envolvidos no processo e os que sofrerão as consequências da decisão devem ter uma participação mais efetiva e dinâmica, capaz de realmente influenciar no processo decisório.

O processo se desenvolve como uma atividade de sujeitos em contraditório em colaboração e participação, afastando-se da ideia inicial e limitada do contraditório voltada à ciência dos atos processuais, para garantir influência nas decisões judiciais.³⁸⁸

Nesse contexto, há uma junção dos principais princípios da ordem processual, para se conceber um contraditório cooperativo e permitir a participação dos sujeitos que possam influenciar na decisão, sobretudo o *amicus curiae*, que, como visto, possui como função informar, colaborar e legitimar o processo decisório.

Percebe-se, pois, que o contraditório cooperativo potencializa a dimensão substancial do princípio do contraditório e se amolda ainda mais ao sistema axiológico do neoconstitucionalismo ou formalismo-valorativo, cujos princípios possibilitam uma maior abertura para a inserção de valores no diálogo entre os sujeitos processuais.

Álvaro Oliveira³⁸⁹, ao tratar do formalismo-valorativo, numa visão procedimental, destaca:

³⁸⁸ BARACHO, José Alfredo de Oliveira. "Constituição e Processo. O modelo constitucional e a teoria geral do processo constitucional. Natureza e categoria dos princípios processuais inseridos na constituição" in *Revista Forense*, vol. 353, janeiro-fevereiro, 2001, p. 146.

³⁸⁹ OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. *Do formalismo no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. .

O abandono de uma visão positivista e a adoção de uma lógica argumentativa, com a colocação do problema no centro das preocupações hermenêuticas, assim como o emprego de princípios, de conceitos jurídicos indeterminados e juízos de equidade, em detrimento de uma visão puramente formalista na aplicação do direito, haveria obviamente de se refletir no processo. Decorre daí, em primeiro lugar, a recuperação do valor essencial do diálogo judicial na formação do juízo, que há de frutificar pela cooperação das partes com o órgão judicial e destes com as partes, segundo as regras formais do processo (...). As diretrizes aqui preconizadas reforçam-se, por outro lado, pela percepção de uma democracia mais participativa, com um consequente exercício mais ativo da cidadania, inclusive de natureza processual. Além de tudo, revela-se inegável a importância do contraditório para o processo justo, princípio essencial que se encontra na base mesma do diálogo e da cooperação. A sentença final só pode resultar do trabalho conjunto de todos os sujeitos do processo. Ora, a ideia de cooperação além de exigir, sim, um juiz ativo e leal, colocado no centro da controvérsia, importará senão o restabelecimento do caráter isonômico do processo pelo menos a busca de um ponto de equilíbrio.

Tal perspectiva do contraditório está diretamente relacionada ao dever de motivação da decisão judicial, uma vez que é nela que o juiz apresentará a contribuição de cada um dos litigantes na construção da sua decisão. Com o advento do pensamento democrático na jurisdição, deve o magistrado demonstrar como, de fato, a participação das partes e de terceiros influenciou na solução do caso.

Tal realidade é resultado de a doutrina, historicamente, somente se preocupar em compatibilizar as multifuncionalidades do contraditório e com a norma individualizada presente no provimento decisório, esquecendo-se da norma geral. Até então, o contraditório tem sido visto como a simples garantia de resolução de um caso concreto mediante a participação efetiva dos sujeitos diretamente envolvidos na relação processual.

São diversos os enunciados do FPPC que corroboram esse pensamento (Enunciados 2, 376, 378, 459 e 522). A exemplo, o Enunciado 460 diz que “o microsistema de aplicação e formação dos precedentes deverá respeitar as técnicas de ampliação do contraditório para amadurecimento da tese, como a realização de audiências públicas prévias e participação de *amicus curiae*”.

Por certo, o dogma de que somente pode se manifestar no processo aquele que está no âmbito de incidência dos efeitos da norma individual não mais subsiste³⁹⁰. Por vezes, os sujeitos que atuam no processo têm como único objetivo o aperfeiçoamento e a legitimação da decisão jurisdicional. É o que ocorre com o *amicus curiae*, cuja atuação não se baseia em potencial prejuízo que sofreria caso não interviesse no processo.

³⁹⁰ CABRAL, Antônio do Passo. *Op. cit.*, p. 105.

A partir da ampliação da noção de contraditório, a participação na formação do precedente pode se dar por meio de duas das modalidades de intervenção de terceiros: a assistência simples e o *amicus curiae*, além de ser possível a realização prévia de audiências públicas.

A expressão “pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a rediscussão da tese” parece se aplicar tanto ao *amicus curiae* (comumente indicado pela doutrina) como ao assistente simples, embora ênfase maior seja dada à intervenção do *amicus curiae*³⁹¹.

Nas palavras de Fredie Didier Jr., “trata-se de uma intervenção provocada pelo magistrado ou requerida pelo próprio *amicus curiae*, cujo objetivo é aprimorar ainda mais as decisões proferidas pelo Poder Judiciário”³⁹².

Na esteira da concepção publicista da jurisdição, o processo deve representar, por conseguinte, um canal de desenvolvimento da democracia participativa, instrumento também de ação política, palco para que os jurisdicionados exercitem nos autos a argumentação, com o fim de colaborar para o resultado decisório³⁹³.

7.2.1 Novas perspectivas do dever de fundamentação das decisões judiciais à luz do contraditório participativo ou ampliado

Hodiernamente, o contraditório “é a característica essencial de um modelo de processo que deve ser participativo e policêntrico”³⁹⁴, como garantia de participação com influência e de não surpresa (art. 10, CPC), com apoio na perspectiva de um processo democrático.

A função desenvolvida pelo contraditório – de garantia de influência das decisões judiciais – ganha contornos especiais, nomeadamente devido à forma como fora concebido o dever de fundamentação no Código de Processo Civil atual ante o Código anterior.

Em sede constitucional, o dever de fundamentação foi erigido à garantia constitucional em 1988, com previsão no art. 93, IX, para estabelecer que “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as

³⁹¹ *Idem, ibidem.*

³⁹² DIDIER, Fredie. *Op. cit.*, 409.

³⁹³ CABRAL, Antônio do Passo. *Op. cit.*, p. 106.

³⁹⁴ CÂMARA, Alexandre Freitas. *Op. cit.*, p. 197.

decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação”, sob pena de nulidade da decisão judicial proferida.

Em que pese a previsão constitucional do imperativo das decisões judiciais, a jurisprudência se revelou acanhada quanto ao alcance de seu sentido, especialmente devido ao princípio do livre conhecimento motivado, utilizado como regra na legislação adjetiva anterior.

Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal afastava o dever de o magistrado enfrentar todos os argumentos trazidos pelas partes:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL. RECLAMAÇÃO. PRECATÓRIO. SEQUESTRO DE VERBAS PÚBLICAS. AFRONTA AO QUE DECIDIDO NAS ADIs 2.356 E 2.362. PROCEDÊNCIA DA RECLAMAÇÃO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. ALEGAÇÃO DE CONTRADIÇÃO E OMISSÃO. INEXISTÊNCIA. REDISCUSSÃO DA MATÉRIA APRECIADA PELO TRIBUNAL. IMPOSSIBILIDADE. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO DESPROVIDOS. 1. A omissão, contradição ou obscuridade, quando inócorrentes, tornam inviável a revisão em sede de embargos de declaração, em face dos estreitos limites do art. 535 do CPC. 2. O magistrado não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos trazidos pela parte, desde que os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão. 3. A revisão do julgado, com manifesto caráter infringente, revela-se inadmissível, em sede de embargos. (Precedentes: AI n. 799.509-AgR-ED, Relator o Ministro Marco Aurélio, 1ª Turma, DJe de 8/9/2011; e RE n. 591.260-AgR-ED, Relator o Ministro Celso de Mello, 2ª Turma, DJe de 9/9/2011). 4. Embargos de declaração desprovidos. (Rel 13002 AgR-ED, Relator(a): Min. IJUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 16/2/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-117 DIVULG 7-6-2016 PUBLIC 8-6-2016)

A compreensão mais limitada do dever de fundamentação teve esteio no sistema do livre convencimento motivado, disposto no art. 131 do Código de Processo Civil de 1973, pelo qual o magistrado tinha a faculdade de apreciar livremente as provas e os argumentos deduzidos nos autos do processo, desde que fundamentasse com a devida motivação para a sua tomada de decisão.

Com o advento do Código de Processo Civil de 2015, o princípio da motivação e o dever de fundamentação receberam viés mais democrático, de forma a se coadunarem com uma teoria constitucionalista do processo, declinada no primeiro capítulo deste estudo³⁹⁵, mais especialmente com os princípios do contraditório e da cooperação jurisdicional.

³⁹⁵ Em razão da instituição dessa nova matriz disciplinar, com a promulgação da Constituição de 1988, o processo deve ser analisado sob uma perspectiva democrática, sendo necessário, para tanto, romper com as

As matrizes processualistas democráticas permitem concluir que a fundamentação das decisões judiciais deve realmente atender à função da influência do contraditório, sobretudo sob sua ótica atual, que o caracteriza como policêntrico e ampliado.

Percebe-se, neste cenário, uma maior preocupação com a eficácia da fundamentação dos julgados, conforme acórdão a seguir, proferido no âmbito do Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. GRATUIDADE DE JUSTIÇA. IMPUGNAÇÃO ACOLHIDA. APELAÇÃO. QUESTÕES PERTINENTES E RELEVANTES NÃO APRECIADAS. AGRAVO INTERNO. REPRODUÇÃO DA DECISÃO AGRAVADA. ACÓRDÃO NÃO FUNDAMENTADO. VIOLAÇÃO DO ART. 489, § 1º, IV, DO CPC/15.

1. Impugnação à gratuidade de justiça oferecida em 20/10/2014.

Recurso especial interposto em 2/6/2016, concluso ao gabinete em 30/9/2016.

2. Aplicação do CPC/15, a teor do enunciado administrativo nº 3/STJ.

3. Cinge-se a controvérsia a decidir sobre a invalidade do julgamento proferido, por ausência de fundamentação, a caracterizar violação do art. 489, § 1º, IV, do CPC/2015.

4. Conquanto o julgador não esteja obrigado a rebater, com minúcias, cada um dos argumentos deduzidos pelas partes, o novo Código de Processo Civil, exaltando os princípios da cooperação e do contraditório, lhe impõe o dever, dentre outros, de enfrentar todas as questões pertinentes e relevantes, capazes de, por si sós e em tese, infirmar a sua conclusão sobre os pedidos formulados, sob pena de se reputar não fundamentada a decisão proferida.

5. Na hipótese, mostra-se deficiente a fundamentação do acórdão, no qual é confirmado o indeferimento da gratuidade de justiça, sem a apreciação das questões suscitadas no recurso, as quais indicam que a recorrente - diferentemente dos recorridos, que foram agraciados com o benefício - não possui recursos suficientes para arcar com as despesas do processo e honorários advocatícios.

6. É vedado ao relator limitar-se a reproduzir a decisão agravada para julgar improcedente o agravo interno.

7. Recurso especial conhecido e provido.

(REsp 1622386/MT, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 20/10/2016, DJe 25/10/2016)

A motivação das decisões judiciais não se revela suficiente, ou seja, não basta que sejam expostos os motivos de sua decisão, mas sim que, por meio da motivação, sejam apreciadas as alegações e questões suscitadas em contraditório.

A fundamentação das decisões deve ser compreendida como uma “garantia política e democrática”, para se concluir como uma “referência à sustentação normativa da

teorias do processo que o tratam como um poder do Estado, principalmente com a Teoria do Processo como Relação Jurídica, sistematizada por Oskar Von Bulow, que serviu de marco teórico para o atual Código de Processo Civil, segundo a qual o processo é uma relação jurídica entre autor, réu e juiz, para se conferir um “modelo constitucional de processo”.

decisão”, a evidenciar “que ela não foi fruto de uma deliberação arbitrária do autor, mas de um trabalho de conhecimento e reflexão”.

O princípio do contraditório delinea novos contornos do princípio da fundamentação das decisões, como informam Débora Fioratto e Ronaldo Brêtas³⁹⁶:

No Estado Democrático de Direito, o contraditório deve ser compreendido como princípio de influência e de não surpresa, tornando-se base para o princípio da fundamentação da decisão e para o exercício do controle da argumentação utilizada pelo juiz. Se houver a restrição ou a supressão da garantia constitucional do contraditório, certamente, haverá a violação da garantia constitucional da fundamentação das decisões. Ao passo que se o princípio da fundamentação das decisões for respeitado, o contraditório também foi respeitado no trâmite processual.

Além do contraditório participativo, a teoria dos precedentes e a influência do sistema de *common law* também contribuíram para a reformulação do alcance do princípio da fundamentação das decisões judiciais, nomeadamente porque para a formação dos precedentes exige-se um contraditório qualificado, em que seja efetivamente observada e aplicada sua função de influência.

O respeito aos precedentes não “se resume a um simplório exercício de copiar-colar”, sendo necessário “identificar a parte da decisão que exerce influência em casos futuros, *a ratio*” e, a partir daí, analisar se tal decisão precedente se aplica ao caso concreto em análise.

A doutrina dos precedentes do *common law* diferencia a *ratio essendi*, que é a regra jurídica apresentada como fundamento da decisão sobre os fatos específicos do caso, e o *obiter dictum*, que consiste em toda e qualquer afirmação e argumentação contida na sentença, mas que não servem como solução do caso, sendo que este último elemento não é dotado de eficácia, não podendo ser invocado como precedente nas decisões dos casos sucessivos³⁹⁷.

Da mesma forma, deve ser devidamente justificada a não utilização de precedente ou súmula, realizando-se, assim, o chamado *distinguishing*, que se refere à possibilidade de afastamento da aplicação do precedente no caso concreto, sem que isso, no entanto, implique seu abandono, ou seja, discute-se não a validade do precedente, mas sim sua aplicação a

³⁹⁶ FIORATTO, Débora Carvalho; BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. A conexão entre os princípios do contraditório e da fundamentação das decisões na construção do Estado Democrático de Direito. Revista Eletrônica de Direito Processual. Rio de Janeiro: UERJ, p. 255, 2010. Disponível em <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/7983/5769>>. Acesso em 30 jul. 2019, p. 132.

³⁹⁷ TARUFFO, Michele. **Precedente e Jurisprudência**. Disponível em: http://civilistica.com/wp-content/uploads/2015/02/Taruffo-trad.-civilista.com_a3.n.2.2014, 2014, p. 145/146).

determinado caso concreto, seja por meio da criação de uma exceção à norma estabelecida na decisão judicial, seja por meio de uma interpretação restritiva dessa norma.

Assim, será exigido do julgador que se manifeste acerca do entendimento padronizado, mesmo quando não for o caso de aplicá-lo, o que ampliará, de forma significativa, o debate acerca da interpretação da norma.

7.2.2 Reformulando os padrões decisórios sob a ótica do contraditório ampliado no novo Código de Processo Civil: influência do amicus curiae no processo decisório

Alexandre Câmara estabelece a distinção dos padrões decisórios vinculantes dos persuasivos ou argumentativos no direito processual brasileiro.

Do rol previsto no art. 927 do Código de Processo Civil, somente seriam dotados de eficácia vinculante os julgamentos exarados pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle direto de constitucionalidade, as súmulas vinculantes, as decisões proferidas em julgamento de casos repetitivos e o incidente de assunção de competência, por entender que, apenas nessas hipóteses, há um “contraditório ampliado que legitima, do ponto de vista constitucional, a eficácia vinculante que lhes é atribuída”.³⁹⁸

Essa noção de contraditório ampliado pode ser concebida como uma compensação sistêmica para conferir maior participação da sociedade na criação das normas jurídicas oriundas dos precedentes vinculantes, uma vez que tais normas, a princípio, individuais e concretas, obterão maior amplitude de alcance, ou seja, atingirão outras pessoas que não foram parte do processo.

Dessa forma, exsurge como uma exigência do Estado Democrático de Direito que tais decisões sejam proferidas com esteio em fundamentação com contraditório efetivo, participativo e ampliado, de forma que “as partes, através do contraditório, irão influenciar e construir a decisão juntamente com o juiz, fazendo com que a sentença seja o produto dessa participação”.³⁹⁹

Segundo Alexandre Câmara⁴⁰⁰,

³⁹⁸ CAMARA, Alexandre Freitas. *Op. cit.*, p. 183-184.

³⁹⁹ FIORATTO, Débora Carvalho; BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. A conexão entre os princípios do contraditório e da fundamentação das decisões na construção do Estado Democrático de Direito. *Revista Eletrônica de Direito Processual*. Rio de Janeiro: UERJ, p. 255, 2010. Disponível em <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/7983/5769>>. Acesso em 30 jul. 2019.

⁴⁰⁰ CAMARA, Alexandre Freitas. *Op. cit.*, p. 185.

é exatamente para assegurar essa maior amplitude do contraditório, com a possibilidade de participação com influência na construção da decisão de pessoas e entidades (personalizadas ou não) capazes de representar adequadamente os interesses que podem vir a ser alcançados nos processos futuros pela eficácia vinculante dos padrões decisórios (sejam eles precedentes ou enunciados de súmula vinculante) que se prevê que nos procedimentos de construção de tais decisões (e enunciados) haverá espaço para a participação de *amici curiae* e para a realização de audiências públicas, ou até mesmo para que aqueles que se apresentem como interessados no resultado se manifestem. Garante-se, assim, uma comparticipação qualificada, já que subjetivamente ampliada, não se limitando aos atores do processo originariamente instaurado.

Com efeito, a efetivação do contraditório, num processo civil de viés democrático, está relacionada à aplicação de elementos e de institutos processuais capazes de ampliar o aspecto dialético da demanda, com vistas a haver uma devida representação não só dos argumentos das partes, mas também dos interesses subjacentes que podem influenciar outras situações ou pessoas por meio da vinculação dos precedentes.

A atuação do *amicus curiae* viabiliza uma construção do precedente de forma mais democrática, a possibilitar a defesa de interesses de uma determinada categoria ou mesmo de outras pessoas que não participaram individualmente do processo decisório.

Ana Buzingnani e Bianco Garcia, apoiados nas ideias de Habermas, defendem que “essa participação direta dos cidadãos, por meio de *amici curiae*, em procedimentos de deliberação implementados no interior do sistema judiciário, possibilita a legitimidade da norma jurídica jurisdicional produzida”⁴⁰¹.

A problemática reside na efetiva influência da participação do terceiro, ingresso na demanda como *amicus curiae*, que não tem suas alegações, documentos, informações ou esclarecimentos deduzidos na fundamentação do julgado. Afinal, seria obrigatório tal enfrentamento na sentença ou acórdão?

Essa indagação se faz pertinente porque não tem havido essa correlação “participação-fundamentação” do *amicus curiae* nos julgados. A título ilustrativo, confira-se o seguinte caso julgado no âmbito do Supremo Tribunal Federal, em sede de recurso extraordinário:

Processo	RE 888.815 RIO GRANDE DO SUL
----------	------------------------------

⁴⁰¹ Buzingnani, Ana Carolina Silveira. GARCIA, Bianco Zalmora. *Amicus curiae* e a ética do discurso de Jürgen Habermas. *Revista argumenta*, vol. 13. 2010, p. 102.

Órgão julgador	Supremo Tribunal Federal
Sujeitos processuais	<p>RECTE.(S): V D REPRESENTADA POR M P D</p> <p>ADV.(A/S): JÚLIO CÉSAR TRICOT SANTOS E OUTRO (A/S)</p> <p>RECDO.(A/S): MUNICÍPIO DE CANELA ADV.(A/S): MANOELA NEGRELLI DE ATHAYDE HEIDRICH E OUTRO (A/S)</p> <p>AM. CURIAE: UNIÃO PROC.(A/S) (ES): ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO</p> <p>AM. CURIAE: ESTADO DO ACRE PROC.(A/S)(ES): PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO ACRE</p> <p>AM. CURIAE: ESTADO DE ALAGOAS PROC.(A/S)(ES): PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE ALAGOAS</p> <p>AM. CURIAE: ESTADO DO AMAZONAS PROC.(A/S)(ES): PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO AMAZONAS</p> <p>AM. CURIAE: ESTADO DE GOIÁS PROC.(A/S)(ES): PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE GOIÁS</p> <p>AM. CURIAE: ESTADO DO ESPÍRITO SANTO PROC. (A/S)(ES): PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO</p> <p>AM. CURIAE: ESTADO DO MARANHÃO PROC. (A/S)(ES): PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO MARANHÃO</p> <p>AM. CURIAE: ESTADO DE MATO GROSSO PROC. (A/S)(ES): PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE MATO GROSSO</p> <p>AM. CURIAE: ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL PROC. (A/S) (ES): PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL</p> <p>AM. CURIAE: ESTADO DE MINAS GERAIS PROC. (A/S) (ES): ADVOGADO-GERAL DO ESTADO DE MINAS GERAIS</p> <p>AM. CURIAE: ESTADO DA PARAÍBA PROC.(A/S)(ES): PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DA PARAÍBA</p> <p>AM. CURIAE: ESTADO DE PERNAMBUCO PROC.(A/S)(ES): PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE PERNAMBUCO</p> <p>AM. CURIAE: ESTADO DO PIAUÍ PROC.(A/S)(ES): PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO PIAUÍ</p> <p>AM. CURIAE: ESTADO DO RIO DE JANEIRO PROC.(A/S)(ES): PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO</p> <p>AM. CURIAE: ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE PROC.(A/S)</p>

(ES): PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE

AM. CURIAE: ESTADO DE RONDÔNIA PROC.(A/S)(ES): PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE RORAIMA

AM. CURIAE: ESTADO DE SANTA CATARINA PROC.(A/S) (ES): PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE SANTA CATARINA

AM. CURIAE: ESTADO DE SÃO PAULO PROC.(A/S) (ES): PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO

AM. CURIAE: ESTADO DE SERGIPE PROC.(A/S) (ES): PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE SERGIPE

AM. CURIAE: DISTRITO FEDERAL PROC.(A/S) (ES): PROCURADOR-GERAL DO DISTRITO FEDERAL

AM. CURIAE: ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL PROC.(A/S) (ES): PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

AM. CURIAE: ASSOCIAÇÃO NACIONAL DE EDUCAÇÃO DOMICILIAR – ANED ADV.(A/S): CARLOS ANTONIO VIEIRA FERNANDES FILHO

ADV. (A/S): MURILLO SILVA DA ROSA

AM. CURIAE: ESTADO DA PARAÍBA PROC.(A/S) (ES): PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DA PARAÍBA

AM. CURIAE: ESTADO DE PERNAMBUCO PROC.(A/S) (ES): PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE PERNAMBUCO

AM. CURIAE: ESTADO DO PIAUÍ PROC.(A/S) (ES): PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO PIAUÍ

AM. CURIAE: ESTADO DO RIO DE JANEIRO PROC.(A/S) (ES): PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

AM. CURIAE: ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE PROC. (A/S) (ES): PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE

AM. CURIAE: ESTADO DE RONDÔNIA PROC.(A/S) (ES): PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE RORAIMA

AM. CURIAE: ESTADO DE SANTA CATARINA PROC.(A/S) (ES): PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE SANTA CATARINA

AM. CURIAE: ESTADO DE SÃO PAULO PROC.(A/S) (ES): PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO

AM. CURIAE: ESTADO DE SERGIPE PROC.(A/S) (ES): PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE SERGIPE

	<p>AM. CURIAE: DISTRITO FEDERAL PROC.(A/S) (ES): PROCURADOR-GERAL DO DISTRITO FEDERAL</p> <p>AM. CURIAE: ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL PROC.(A/ S) (ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL</p> <p>AM. CURIAE: ASSOCIAÇÃO NACIONAL DE EDUCAÇÃO DOMICILIAR – ANED ADV.(A/S): CARLOS ANTONIO VIEIRA FERNANDES FILHO ADV.(A/S): MURILLO SILVA DA ROSA</p>
<p>Ementa</p>	<p>CONSTITUCIONAL. EDUCAÇÃO. DIREITO FUNDAMENTAL RELACIONADO À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E À EFETIVIDADE DA CIDADANIA. DEVER SOLIDÁRIO DO ESTADO E DA FAMÍLIA NA PRESTAÇÃO DO ENSINO FUNDAMENTAL. NECESSIDADE DE LEI FORMAL, EDITADA PELO CONGRESSO NACIONAL, PARA REGULAMENTAR O ENSINO DOMICILIAR. RECURSO DESPROVIDO.</p> <p>1. A educação é um direito fundamental relacionado à dignidade da pessoa humana e à própria cidadania, pois exerce dupla função: de um lado, qualifica a comunidade como um todo, tornando-a esclarecida, politizada, desenvolvida (CIDADANIA); de outro, dignifica o indivíduo, verdadeiro titular desse direito subjetivo fundamental (DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA). No caso da educação básica obrigatória (CF, art. 208, I), os titulares desse direito indisponível à educação são as crianças e adolescentes em idade escolar.</p> <p>2. É dever da família, sociedade e Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, a educação. A Constituição Federal consagrou o dever de solidariedade entre a família e o Estado como núcleo principal à formação educacional das crianças, jovens e adolescentes com a dupla finalidade de defesa integral dos direitos das crianças e dos adolescentes e sua formação em cidadania, para que o Brasil possa vencer o grande desafio de uma educação melhor para as novas gerações, imprescindível para os países que se querem ver desenvolvidos.</p> <p>3. A Constituição Federal não veda de forma absoluta o ensino domiciliar, mas proíbe qualquer de suas espécies que não respeite o dever de solidariedade entre a família e o Estado como núcleo principal à formação educacional das crianças, jovens e adolescentes. São inconstitucionais, portanto, as espécies de <i>unschooling</i> radical (desescolarização radical), <i>unschooling</i> moderado (desescolarização moderada) e <i>homeschooling</i> puro, em qualquer de suas variações.</p> <p>4. O ensino domiciliar não é um direito público subjetivo do aluno ou de sua família, porém não é vedada constitucionalmente sua criação por meio de lei federal, editada pelo Congresso Nacional, na modalidade “utilitarista” ou “por conveniência circunstancial”, desde que se cumpra a obrigatoriedade, de 4 a 17 anos, e se respeite o dever solidário Família/Estado, o núcleo básico de matérias acadêmicas, avaliação e</p>

	<p>fiscalização pelo Poder Público; bem como as demais previsões impostas diretamente pelo texto constitucional, inclusive no tocante às finalidades e objetivos do ensino; em especial, evitar a evasão escolar e garantir a socialização do indivíduo, por meio de ampla convivência familiar e comunitária (CF, art. 227).</p> <p>5. Recurso extraordinário desprovido, com a fixação da seguinte tese (TEMA 822): “Não existe direito público subjetivo do aluno ou de sua família ao ensino domiciliar, inexistente na legislação brasileira” .</p>
Admissibilidade do <i>amicus curiae</i>	<p>A União, a Associação Nacional de Educação Domiciliar – ANED, o Instituto Conservador de Brasília, os Estados do Acre, de Alagoas, do Amazonas, do Goiás, do Espírito Santo, do Maranhão, de Mato Grosso, de Mato Grosso do Sul, de Minas Gerais, da Paraíba, do Pernambuco, do Piauí, do Rio de Janeiro, do Rio Grande do Norte, do Rio Grande do Sul, de Rondônia, de Santa Catarina, de São Paulo, de Sergipe e o Distrito Federal requereram seu ingresso no feito na qualidade de <i>amicus curiae</i>. Em 1.8.2017, deferi o ingresso das entidades citadas, com a exceção feita ao Instituto Conservador de Brasília, por ausência de representatividade.</p>
<i>Amicus curiae</i> na fundamentação do julgado (excerto)	<p>No Brasil, embora ainda não existam estatísticas oficiais, a Associação Nacional de Educação Domiciliar, a ANED –, que esteve muito bem representada na tribuna e que foi admitida como <i>amicus curiae</i> – estima que cerca de 3.200 famílias no Brasil adotam esse método pedagógico de educação dos seus filhos.</p>

No referido caso paradigmático, envolvendo a discussão do direito subjetivo do aluno ou de sua família ao ensino domiciliar, em que vários estados da federação ingressaram como *amici*, houve acanhada menção (quase que inexistente) dos argumentos, estudos e informações deduzidos nos autos. Essa tem sido a realidade jurisdicional brasileira a esse respeito. Decisões de ingresso do terceiro com dilações acerca de legitimidade democrática, mas sem efetivamente ter lugar na fundamentação da sentença ou do acórdão sobre o mérito em si.

Processo	ADI nº 4.277 DF
Órgão julgador	Supremo Tribunal Federal

Sujeitos processuais	<p>REQTE.(S): PROCURADORA-GERAL DA REPÚBLICA</p> <p>INTDO.(A/S): PRESIDENTE DA REPÚBLICA</p> <p>INTDO.(A/S): CONGRESSO NACIONAL</p> <p>INTDO.(A/S): CONECTAS DIREITOS HUMANOS</p> <p>INTDO.(A/S): ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE GAYS, LÉSBICAS E TRANSGÊNEROS – ABGLT</p> <p>INTDO.(A/S): ASSOCIAÇÃO DE INCENTIVO À EDUCAÇÃO E SAÚDE DE SÃO PAULO</p> <p>INTDO.(A/S): INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA – IBDFAM</p> <p>INTDO.(A/S): ASSOCIAÇÃO EDUARDO BANKS</p> <p>INTDO.(A/S): CONFERÊNCIA NACIONAL DOS BISPOS DO BRASIL – CNBB</p>
Assunto	DIREITO CIVIL Família União Estável ou Concubinato União Homoafetiva
Ementa	<p>ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL (ADPF). PERDA PARCIAL DE OBJETO. RECEBIMENTO, NA PARTE REMANESCENTE, COMO AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. UNIÃO HOMOAFETIVA E SEU RECONHECIMENTO COMO INSTITUTO JURÍDICO. CONVERGÊNCIA DE OBJETOS ENTRE AÇÕES DE NATUREZA ABSTRATA. JULGAMENTO CONJUNTO.</p> <p>Encampação dos fundamentos da ADPF nº 132-RJ pela ADI nº 4.277-DF, com a finalidade de conferir “interpretação conforme à Constituição” ao art. 1.723 do Código Civil. Atendimento das condições da ação.</p> <p>2. PROIBIÇÃO DE DISCRIMINAÇÃO DAS PESSOAS EM RAZÃO DO SEXO, SEJA NO PLANO DA DICOTOMIA HOMEM/MULHER (GÊNERO), SEJA NO PLANO DA ORIENTAÇÃO SEXUAL DE CADA QUAL DELES. A PROIBIÇÃO DO PRECONCEITO COMO CAPÍTULO DO CONSTITUCIONALISMO FRATERNAL. HOMENAGEM AO PLURALISMO COMO VALOR SÓCIO-POLÍTICO-CULTURAL.</p> <p>LIBERDADE PARA DISPOR DA PRÓPRIA SEXUALIDADE, INSERIDA NA CATEGORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO INDIVÍDUO, EXPRESSÃO QUE É DA AUTONOMIA DE VONTADE. DIREITO À INTIMIDADE E À VIDA PRIVADA. CLÁUSULA PÉTREA. O sexo das pessoas, salvo disposição constitucional expressa ou implícita em sentido contrário, não se presta como fator de desigualação jurídica. Proibição de</p>

preconceito, à luz do inciso IV do art. 3º da Constituição Federal, por colidir frontalmente com o objetivo constitucional de “promover o bem de todos”. Silêncio normativo da Carta Magna a respeito do concreto uso do sexo dos indivíduos como saque da kelseniana “norma geral negativa”, segundo a qual “o que não estiver juridicamente proibido, ou obrigado, está juridicamente permitido”. Reconhecimento do direito à preferência sexual como direta emanção do princípio da “dignidade da pessoa humana”: direito a autoestima no mais elevado ponto da consciência do indivíduo. Direito à busca da felicidade. Salto normativo da proibição do preconceito para a proclamação do direito à liberdade sexual. O concreto uso da sexualidade faz parte da autonomia da vontade das pessoas naturais. Empírico uso da sexualidade nos planos da intimidade e da privacidade constitucionalmente tuteladas. Autonomia da vontade. Cláusula pétreia.

3. TRATAMENTO CONSTITUCIONAL DA INSTITUIÇÃO DA FAMÍLIA. RECONHECIMENTO DE QUE A CONSTITUIÇÃO FEDERAL NÃO EMPRESTA AO SUBSTANTIVO “FAMÍLIA” NENHUM SIGNIFICADO ORTODOXO OU DA PRÓPRIA TÉCNICA JURÍDICA. A FAMÍLIA COMO CATEGORIA SOCIOCULTURAL E PRINCÍPIO ESPIRITUAL. DIREITO SUBJETIVO DE CONSTITUIR FAMÍLIA. INTERPRETAÇÃO NÃO REDUCIONISTA. O *caput* do art. 226 confere à família, base da sociedade, especial proteção do Estado. Ênfase constitucional à instituição da família. Família em seu coloquial ou proverbial significado de núcleo doméstico, pouco importando se formal ou informalmente constituída, ou se integrada por casais heteroafetivos ou por pares homoafetivos. A Constituição de 1988, ao utilizar-se da expressão “família”, não limita sua formação a casais heteroafetivos nem a formalidade cartorária, celebração civil ou liturgia religiosa. Família como instituição privada que, voluntariamente constituída entre pessoas adultas, mantém com o Estado e a sociedade civil uma necessária relação tricotômica. Núcleo familiar que é o principal lócus institucional de concreção dos direitos fundamentais que a própria Constituição designa por “intimidade e vida privada” (inciso X do art. 5º). Isonomia entre casais heteroafetivos e pares homoafetivos que somente ganha plenitude de sentido se desembocar no igual direito subjetivo à formação de uma autonomizada família. Família como figura central ou continente, de que tudo o mais é conteúdo. Imperiosidade da interpretação não reducionista do conceito de família como instituição que também se forma por vias distintas do casamento civil. Avanço da Constituição Federal de 1988 no plano dos costumes. Caminhada na direção do pluralismo como categoria sócio-político-cultural. Competência do Supremo Tribunal Federal para manter, interpretativamente, o Texto Magno na posse do seu fundamental atributo da coerência, o que passa pela eliminação de preconceito quanto à orientação sexual das pessoas.

4. UNIÃO ESTÁVEL. NORMAÇÃO CONSTITUCIONAL REFERIDA A HOMEM E MULHER, MAS APENAS PARA ESPECIAL PROTEÇÃO DESTA ÚLTIMA. FOCADO PROPÓSITO CONSTITUCIONAL DE ESTABELECEER RELAÇÕES JURÍDICAS HORIZONTAIS OU SEM HIERARQUIA ENTRE AS DUAS TIPOLOGIAS DO GÊNERO HUMANO. IDENTIDADE CONSTITUCIONAL DOS CONCEITOS DE “ENTIDADE FAMILIAR” E “FAMÍLIA”. A referência constitucional à dualidade básica homem/mulher, no § 3º do seu art. 226, deve-se ao centrado intuito de não se perder a menor oportunidade para favorecer relações jurídicas horizontais ou sem hierarquia no

	<p>âmbito das sociedades domésticas. Reforço normativo a um mais eficiente combate à renitência patriarcal dos costumes brasileiros. Impossibilidade de uso da letra da Constituição para ressuscitar o art. 175 da Carta de 1967/1969. Não há como fazer rolar a cabeça do art. 226 no patíbulo do seu parágrafo terceiro. Dispositivo que, ao utilizar da terminologia “entidade familiar”, não pretendeu diferenciá-la da “família”. Inexistência de hierarquia ou diferença de qualidade jurídica entre as duas formas de constituição de um novo e autonomizado núcleo doméstico. Emprego do fraseado “entidade familiar” como sinônimo perfeito de família. A Constituição não interdita a formação de família por pessoas do mesmo sexo. Consagração do juízo de que não se proíbe nada a ninguém senão em face de um direito ou de proteção de um legítimo interesse de outrem, ou de toda a sociedade, o que não se dá na hipótese sub judice. Inexistência do direito dos indivíduos heteroafetivos à sua não equiparação jurídica com os indivíduos homoafetivos. Aplicabilidade do § 2º do art. 5º da Constituição Federal, a evidenciar que outros direitos e garantias, não expressamente listados na Constituição, emergem “do regime e dos princípios por ela adotados”, <i>in verbis</i>: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.</p> <p>5. DIVERGÊNCIAS LATERAIS QUANTO À FUNDAMENTAÇÃO DO ACÓRDÃO. Anotação de que os Ministros Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes e Cezar Peluso convergiram no particular entendimento da impossibilidade de ortodoxo enquadramento da união homoafetiva nas espécies de família constitucionalmente estabelecidas. Sem embargo, reconheceram a união entre parceiros do mesmo sexo como uma nova forma de entidade familiar. Matéria aberta à conformação legislativa, sem prejuízo do reconhecimento da imediata autoaplicabilidade da Constituição.</p> <p>6. INTERPRETAÇÃO DO ART. 1.723 DO CÓDIGO CIVIL EM CONFORMIDADE COM A CONSTITUIÇÃO FEDERAL (TÉCNICA DA “INTERPRETAÇÃO CONFORME”). RECONHECIMENTO DA UNIÃO HOMOAFETIVA COMO FAMÍLIA. PROCEDÊNCIA DAS AÇÕES.</p> <p>Ante a possibilidade de interpretação em sentido preconceituoso ou discriminatório do art. 1.723 do Código Civil, não resolúvel à luz dele próprio, faz-se necessária a utilização da técnica de “interpretação conforme à Constituição”. Isso para excluir do dispositivo em causa qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como família. Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva.</p>
<p>Admissibilidade do <i>amicus curiae</i></p>	<p>Consigno, ademais, que, em razão da complexidade do tema e da sua incomum relevância, deferi os pedidos de ingresso na causa a nada menos que 14 <i>amici curiae</i>. A sua maioria, em substanciosas e candentes defesas, a perfilhar a tese do autor. Assentando, dentre outros ponderáveis argumentos, que a discriminação gera o ódio. Ódio que se materializa em violência física, psicológica e moral contra os que preferem a homoafetividade como forma de contato corporal, ou mesmo acasalamento. E, nesse elevado patamar de discussão, é que dão conta da extrema</p>

	<p>disparidade mundial quanto ao modo de ver o dia-a-dia dos que se definem como homoafetivos, pois, de uma parte, há países que prestigiam para todos os fins de direito a união estável entre pessoas do mesmo sexo, a exemplo da Holanda, Bélgica e Portugal, e, de outro, países que levam a homofobia ao paroxismo da pena de morte, como se dá na Arábia Saudita, Mauritânia e Iêmen.</p>
<p>Fundamentação do julgado (excertos sobre a intervenção do <i>amicus curiae</i>)</p>	<p>A intervenção do <i>amicus curiae</i>: fator de pluralização do debate constitucional e resposta à questão da legitimidade democrática das decisões do Supremo Tribunal Federal Com a efetiva atuação das partes e, ainda, com a intervenção de diversas entidades e instituições representativas da sociedade civil, pluralizou-se o debate constitucional em torno da matéria ora em julgamento (ADI 2.321-MC/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.) e permitiu-se que o Supremo Tribunal Federal dispusesse de todos os elementos necessários à resolução da controvérsia, viabilizando-se, com tal abertura procedimental, a superação da grave questão pertinente à legitimidade democrática das decisões emanadas desta Corte (GUSTAVO BINENBOJM, “A Nova Jurisdição Constitucional Brasileira”, 2ª ed., 2004, Renovar; ANDRÉ RAMOS TAVARES, “Tribunal e Jurisdição Constitucional”, p. 71/94, 1998, Celso Bastos Editor; ALEXANDRE DE MORAES, “Jurisdição Constitucional e Tribunais Constitucionais”, p. 64/81, 2000, Atlas; DAMARES MEDINA, <i>Amicus Curiae: Amigo da Corte ou Amigo da Parte?</i>, 2010, Saraiva, v.g.), quando no exercício de seu extraordinário poder de efetuar, em abstrato, o controle concentrado de constitucionalidade.</p> <p>Este Supremo Tribunal, no desempenho da jurisdição constitucional, qualifica-se – tal como salienta o eminente Ministro GILMAR MENDES (“Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade”, p. 503/504, 2ª ed., 1999, Celso Bastos Editor) – como “mediador entre as diferentes forças com legitimação no processo constitucional”, em ordem a pluralizar, em abordagem que deriva da abertura material da Constituição, o próprio debate em torno do litígio constitucional (INOCÊNCIO MÁRTIRES COELHO, “As Ideias de Peter Häberle e a Abertura da Interpretação Constitucional no Direito Brasileiro”, <i>in</i> RDA 211/125-134, 133), conferindo-se, desse modo, expressão real e efetiva ao princípio democrático, tudo para que não se instaure, no âmbito do controle normativo abstrato, um indesejável déficit de legitimidade das decisões que o Supremo Tribunal Federal profere no exercício, em abstrato, dos poderes inerentes à jurisdição constitucional. É, portanto, nesse papel de intermediário entre as diferentes forças que se antagonizam na presente causa que o Supremo Tribunal Federal atua neste julgamento, considerando, de um lado, a transcendência da questão constitucional suscitada neste processo (bem assim os valores essenciais e relevantes ora em exame), e tendo em vista, de outro, o sentido legitimador da intervenção de representantes da sociedade civil, a quem se ensejou, com especial destaque para grupos minoritários, a possibilidade de, eles próprios, oferecerem alternativas para a interpretação constitucional no que se refere aos pontos em torno dos quais se instaurou a controvérsia jurídica.</p>

O referido *leading case*, reconhecido e difundido por tratar do reconhecimento jurídico das uniões homoafetivas, teve a participação de 14 (quatorze) *amici curiae*⁴⁰², entre eles, representações de variados segmentos da sociedade. No entanto, a fundamentação exarada pelos ministros (no quadro, excerto da fundamentação do voto da relatoria) limitou-se a explicitar os vetores democráticos do *amicus curiae*, sem que fossem efetuada – nos fundamentos – a correlação das provas deduzidas nos autos.

Percebe-se, ainda, uma preocupação em propiciar o debate, com a inclusão e a participação de entidades representativas, na qualidade de *amici curiae*, nas audiências públicas, inclusive com delimitação de intervalos e organização do momento para a explanação em tais eventos discursivos, como se observa no julgado a seguir:

Processo	ADC nº 51 DF
Órgão julgador	Supremo Tribunal Federal
Sujeitos processuais	<p>REQTE.(S): FEDERACAO DAS ASSOCIACOES DAS EMPRESAS BRASILEIRAS DE TECNOLOGIA DA INFORMACAO</p> <p>INTDO.(A/S): PRESIDENTE DA REPÚBLICA</p> <p>PROC.(A/S)(ES): ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO</p> <p>INTDO.(A/S): CONGRESSO NACIONAL</p> <p>PROC.(A/S)(ES): ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO</p> <p>AM. CURIAE: FACEBOOK SERVICOS <i>ONLINE</i> DO BRASIL LTDA.</p> <p>AM. CURIAE: YAHOO! DO BRASIL INTERNET LTDA</p> <p>AM. CURIAE: INSTITUTO DE REFERÊNCIA EM INTERNET E SOCIEDADE – IRIS</p> <p>AM. CURIAE: SOCIEDADE DE USUÁRIOS DE TECNOLOGIA – SUCESU NACIONAL</p> <p>AM. CURIAE: ABERT – ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA</p>

⁴⁰² Depreende-se, ainda, a ausência de padronização quanto à nomenclatura do terceiro no âmbito dos processos em tramitação no Supremo Tribunal Federal e na Justiça em geral, ora chamado de interessado, ora de *amicus curiae*. Neste ponto, em pesquisa *online* realizada junto ao Supremo Tribunal Federal, pode-se perceber atualmente uma maior referência ao termo *amicus curiae* na delimitação dos sujeitos processuais, afastando-se da nomenclatura “terceiro interessado” ou “interessado”.

	DE EMISSORAS DE RÁDIO E TELEVISÃO
Admissibilidade do <i>amicus curiae</i>	<p>Em 6 de novembro de 2019, por meio de despacho, foi designada audiência pública, no âmbito da ADC 51, para discutir a constitucionalidade do Decreto 3.810/2001, do art. 273, II, do CPC e dos arts. 780 a 783 do CPP, no que se refere à requisição, por parte de autoridades brasileiras, de dados de usuários localizados em provedores de internet e empresas de tecnologia no exterior. Mediante o despacho mencionado, foram estabelecidas as orientações gerais e os requisitos considerados para fins de recebimento das inscrições de participação na qualidade de expositor e <i>amicus curiae</i>. Foram recebidos 84 (oitenta e quatro) <i>e-mails</i> com pedidos de habilitação no endereço eletrônico adc51@stf.jus.br. Além disso, foram expedidos convites a autoridades e representantes da sociedade civil com expertise no assunto. Pedidos deferidos Com base nos critérios previamente estabelecidos de representatividade, especialização técnica, diversidade de gênero, expertise e garantia de pluralidade de opiniões, com paridade dos pontos de vista a serem defendidos, defiro a participação das seguintes entidades e expositores: 1) Assespro Nacional (Prof. Dr. Carlos Ayres Britto, Prof. Dr. Francisco Rezek, Prof. Todd Hinnen e Dr. Eric H. Holder Jr.); 2) Facebook Serviços Online do Brasil Ltda. (Prof. Albert Gidari, Dra. Andrea Kirkpatrick, Dr. Marlio Martins); 3) Yahoo do Brasil Internet Ltda. (Dr. André Giacchetta); 4) Ministério da Justiça e Segurança Pública, Ministério da Ciência, Tecnologia, Inovações e Comunicações e Polícia Federal (Ministro Sérgio Fernando Moro, Dr. Lucas de Carvalho, Dr. Arthur de Oliveira, Dra. Miriam Wimmer e Dr. Isalino Giacomet Júnior); 5) Ministério Público Federal (Dra. Neide Mara Cavalcanti Cardoso de Oliveira, Dra. Fernanda Teixeira Souza Domingos e Dr. Bruno Calabrich); 6) IP.rec (Dra. Raquel Lima Saraiva); 7) Idec (Dr. Walter Faiad); 8) Sucesu (Dr. Mauricio Tamer); 9) Ong Art. 19 (Dra. Denise Dora); 10) Lapin (Dr. Gabriel Araújo Souto e Dra. Alexandra Lopes); 11) Internet Lab (Dra. Nathalie Fragoso); 12) Iris (Prof. Dr. Fabricio Polido); 13) Prof. Dra. Maristela Basso (Professora Livre-Docente da USP); 14) Centro de Ensino e Pesquisa em Inovação da FGV Direito SP (Prof. Dr. Alexandre da Silva); 15) Instituto de Garantias Penais (Dr. Ticiano Figueiredo de Oliveira e Dr. Pedro Ivo Velloso); 16) Associação Brasileira de Emissoras de Rádio e de Televisão (Prof. Dr. Rodrigo Brandão); 17) Fiesp (Dr. Rony Vainzof); 18) OAB (Dr. Flávio Pereira); 19) Prof. Jacqueline de Souza Abreu; 20) Prof. Natália Peppi; 21)</p>

Instituto de Tecnologia & Sociedade do Rio – ITS RIO (Prof. Dr. Carlos Affonso de Souza e Prof. Christian Perrone); 22) Prof. Dr. Vinícius Marques de Carvalho (Universidade de São Paulo); 23) Prof. Dr. Danilo Doneda (Centro de Direito, Internet e Sociedade do IDP - CEDIS/IDP). Registre-se, em relação à Abert, que a jurisprudência do STF tem reconhecido a legitimidade da referida associação para o ajuizamento de ações de controle concentrado de constitucionalidade e para a atuação como *amicus curiae* (ADI 5.794, ADI 4.451 e ADI 2.404), em consideração à representatividade e especialização da referida associação em questões envolvendo a liberdade de expressão, as atividades de telecomunicações e outras similares. Portanto, não deve prosperar a irrisignação dos autores quanto à admissão da associação para atuação, na condição de *amicus curiae*, na audiência pública designada e nos atos posteriores. É facultado a todos os habilitados na audiência pública o envio de suas contribuições, por escrito, até a data de realização da referida audiência pública (10.2.2020), para o endereço de e-mail adc51@stf.jus.br. Caso queiram utilizar recursos audiovisuais, os admitidos a participar da Audiência Pública deverão encaminhar os arquivos a serem exibidos até o dia 7.2.2020 para o endereço adc51@stf.jus.br. Data de realização da audiência pública e ordem dos trabalhos A Audiência Pública será realizada no Supremo Tribunal Federal, Anexo II-B, Sala de Sessões da Segunda Turma, na data de 10.2.2020 (segunda-feira), de 9h às 12h e de 14h às 17h05. A ordem dos trabalhos seguirá a programação prevista no anexo deste despacho. Metodologia da Audiência Pública Os participantes habilitados foram distribuídos em blocos de exposição, nos termos do cronograma transcrito no anexo, divididos em dois períodos (manhã e tarde), devendo obedecer rigorosamente ao tempo atribuído para expor suas posições sobre as questões apontadas nas decisões convocatórias, bem como sobre os demais temas que surgirem durante a audiência. Após o final de cada bloco e/ou período (manhã e tarde), o Ministro Relator e Presidente da audiência poderá instaurar espaço de diálogo, debate e reação às exposições, para que as dúvidas e os questionamentos, desde que de interesse do processo e do Tribunal, possam ser esclarecidos, no tempo máximo de 3 (três) minutos para cada expositor indagado pelo Relator. Orientações gerais aos interessados Reitere-se que não é necessária inscrição para assistir à audiência pública, a qual também será transmitida pela TV Justiça e pela Rádio Justiça, nos termos do Regimento Interno do STF (art. 154, parágrafo único, V), com sinal aberto para as demais emissoras interessadas. No âmbito do Tribunal, o número de presentes será limitado à capacidade do local de sua

<p>realização, de acordo com a organização do Cerimonial do Supremo Tribunal Federal. Demais dúvidas podem ser sanadas em consulta ao <i>site</i> do Supremo Tribunal Federal (www.stf.jus.br), clicando-se na aba “Processos”, “Audiências Públicas” e, posteriormente, em “Perguntas Frequentes”. Determino à Secretaria que promova o cadastramento da Abert e de seus advogados como <i>amicus curiae</i> no sistema eletrônico de processo. Publique-se. Intimem-se. Brasília, 5 de fevereiro de 2020. Ministro Gilmar Mendes Relator</p>
--

A preocupação em propiciar o enfrentamento dos argumentos deduzidos pelo *amicus curiae* nos autos, quando da fundamentação do julgado, tem apelo não somente no dever de fundamentação, mas também para o atingimento da própria função do *amicus* na jurisdição de viés democrático.

Como visto no capítulo anterior, as informações fornecidas pelo *amicus*, muitas vezes, envolvem aspectos técnicos semelhantes aos apresentados por um perito, o que pode contribuir, sobremaneira, para o convencimento do julgador, razão pela qual se faz mais que necessário alocar o conteúdo trazido por esta figura no processo como item obrigatório a ser deduzido na fundamentação do julgado.

Por outro lado, não aceita, sob o pretexto de representatividade e/ou de pertinência temática mínima, que a pessoa física ou jurídica (geralmente, jurídica) se valha da referida abertura para participar na condição de *amicus curiae*, a fim de ter seus argumentos apreciados pelo juízo.

Em julgado relevante para o direito processual civil, no qual se discutiu a natureza do rol do art. 1.015 do CPC/15 e a possibilidade de sua interpretação extensiva, analógica ou exemplificativa, para admitir a interposição de agravo de instrumento contra decisão interlocutória sobre hipóteses não expressamente previstas nos incisos do referido dispositivo legal, entidades e associações de direito processual civil intervieram como *amicus curiae*. Na exposição de argumentos para um ou outro posicionamento, houve o indeferimento de pessoa jurídica sem representatividade adequada ou pertinência temática com o objeto do recurso repetitivo, como se vê a seguir:

Processo	RECURSO ESPECIAL Nº 1.704.520 – MT
----------	------------------------------------

Órgão julgador	Superior Tribunal de Justiça (Relatora Ministra Nancy Andrichi)
Sujeitos processuais	<p>RECORRENTE: QUIM COMERCIO DE VESTUARIO INFANTIL LIMITADA – ME</p> <p>ADVOGADOS: PEDRO PAULO PEIXOTO DA SILVA JUNIOR – MT012007</p> <p>BRUNO OLIVEIRA CASTRO – MT009237</p> <p>MARCELO AMBRÓSIO CINTRA – MT008934</p> <p>LUCIANA MONDUZZI FIGUEIREDO E OUTRO(S) – MT006545</p> <p>RODOLFO COELHO RIBEIRO – MT0162150</p> <p>RECORRIDO: SHIRASE FRANQUIAS E REPRESENTACOES LTDA.</p> <p>ADVOGADOS: ANDREA CRUZ SALLES – RJ096250</p> <p>CATARINA MAÉL DE ANDRADE CARVALHO – RJ141215</p> <p>MARCELA GUIMARÃES SILVA SERRA E OUTRO(S) – RJ169133</p> <p>INTERES.: UNIÃO – “AMICUS CURIAE”</p> <p>INTERES.: ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL CONSELHO FEDERAL – “AMICUS CURIAE”</p> <p>ADVOGADOS: CLÁUDIO PACHECO PRATES LAMACHIA E OUTRO(S) – RS022356</p> <p>OSWALDO PINHEIRO RIBEIRO JÚNIOR – DF016275</p> <p>INTERES.: INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO PROCESSUAL – “AMICUS CURIAE”</p> <p>ADVOGADO: PAULO HENRIQUE DOS SANTOS LUCON E OUTRO(S) – SP103560</p> <p>ADVOGADOS: TERESA CELINA DE ARRUDA ALVIM – PR022129</p> <p>LUIZ HENRIQUE VOLPE CAMARGO – MS007684</p> <p>PAULA SARNO BRAGA LAGO – BA018670</p> <p>INTERES.: ASSOCIAÇÃO NORTE E NORDESTE DE PROFESSORES DE PROCESSO – ANNEP – “AMICUS CURIAE”</p> <p>ADVOGADO: JOSE HENRIQUE MOUTA ARAÚJO –</p>

	<p>DF055508</p> <p>INTERES.: ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE DIREITO PROCESSUAL – ABDPRO – “AMICUS CURIAE”</p> <p>ADVOGADOS: JALDEMIRO RODRIGUES DE ATAÍDE JÚNIOR – PB011591</p> <p>MARCOS DE ARAUJO CAVALCANTI E OUTRO(S) - DF0285</p>
<p>Ementa</p>	<p>RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. DIREITO PROCESSUAL CIVIL. NATUREZA JURÍDICA DO ROL DO ART. 1.015 DO CPC/2015.</p> <p>IMPUGNAÇÃO IMEDIATA DE DECISÕES INTERLOCUTÓRIAS NÃO PREVISTAS NOS INCISOS DO REFERIDO DISPOSITIVO LEGAL. POSSIBILIDADE. TAXATIVIDADE MITIGADA. EXCEPCIONALIDADE DA IMPUGNAÇÃO FORA DAS HIPÓTESES PREVISTAS EM LEI. REQUISITOS.</p> <p>1- O propósito do presente recurso especial, processado e julgado sob o rito dos recursos repetitivos, é definir a natureza jurídica do rol do art. 1.015 do CPC/15 e verificar a possibilidade de sua interpretação extensiva, analógica ou exemplificativa, a fim de admitir a interposição de agravo de instrumento contra decisão interlocutória que verse sobre hipóteses não expressamente previstas nos incisos do referido dispositivo legal.</p> <p>2- Ao restringir a recorribilidade das decisões interlocutórias proferidas na fase de conhecimento do procedimento comum e dos procedimentos especiais, exceção feita ao inventário, pretendeu o legislador salvaguardar apenas as “situações que, realmente, não podem aguardar rediscussão futura em eventual recurso de apelação”.</p> <p>3- A enunciação, em rol pretensamente exaustivo, das hipóteses em que o agravo de instrumento seria cabível revela-se, na esteira da majoritária doutrina e jurisprudência, insuficiente e em desconformidade com as normas fundamentais do processo civil, na medida em que sobrevivem questões urgentes fora da lista do art. 1.015 do CPC e que tornam inviável a interpretação de que o referido rol seria absolutamente taxativo e que deveria ser lido de modo restritivo.</p> <p>4- A tese de que o rol do art. 1.015 do CPC seria taxativo, mas admitiria interpretações extensivas ou analógicas, mostra-se igualmente ineficaz para a conferir ao referido</p>

	<p>dispositivo uma interpretação em sintonia com as normas fundamentais do processo civil, seja porque ainda remanescerão hipóteses em que não será possível extrair o cabimento do agravo das situações enunciadas no rol, seja porque o uso da interpretação extensiva ou da analogia pode desnaturar a essência de institutos jurídicos ontologicamente distintos.</p> <p>5- A tese de que o rol do art. 1.015 do CPC seria meramente exemplificativo, por sua vez, resultaria na repriminção do regime recursal das interlocutórias que vigorava no CPC/73 e que fora conscientemente modificado pelo legislador do novo CPC, de modo que estaria o Poder Judiciário, nessa hipótese, substituindo a atividade e a vontade expressamente externada pelo Poder Legislativo.</p> <p>6- Assim, nos termos do art. 1.036 e seguintes do CPC/2015, fixa-se a seguinte tese jurídica: O rol do art. 1.015 do CPC é de taxatividade mitigada, por isso admite a interposição de agravo de instrumento quando verificada a urgência decorrente da inutilidade do julgamento da questão no recurso de apelação.</p> <p>7- Embora não haja risco de as partes que confiaram na absoluta taxatividade com interpretação restritiva serem surpreendidas pela tese jurídica firmada neste recurso especial repetitivo, eis que somente se cogitará de preclusão nas hipóteses em que o recurso eventualmente interposto pela parte tenha sido admitido pelo Tribunal, estabelece-se neste ato um regime de transição que modula os efeitos da presente decisão, a fim de que a tese jurídica somente seja aplicável às decisões interlocutórias proferidas após a publicação do presente acórdão.</p> <p>8- Na hipótese, dá-se provimento em parte ao recurso especial para determinar ao TJ/MT que, observados os demais pressupostos de admissibilidade, conheça e dê regular prosseguimento ao agravo de instrumento no que tange à competência.</p> <p>9- Recurso especial conhecido e provido.</p> <p>(REsp 1704520/MT, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, CORTE ESPECIAL, julgado em 5/12/2018, DJe 19/12/2018)</p>
<p>Admissibilidade do <i>amicus curiae</i></p>	<p>Pedido de ingresso de Associação Brasileira de Direito Processual – ABDPRO: a referida entidade requereu o ingresso neste recurso especial como <i>amicus curiae</i> (fls. 749/752, e-STJ), ao fundamento de que possui interesse</p>

	<p>institucional e capacidade para contribuir com o debate e a formação do convencimento desta Corte acerca da questão afetada, tendo sido monocraticamente deferido o ingresso por meio da decisão de fls. 1.001/1.003 (e-STJ) e ofertada a manifestação às fls. 930/946 (e-STJ), opinando, em síntese, pela possibilidade de interpretação extensiva das hipóteses contidas no rol taxativo do art. 1.015 do CPC/15.</p> <p>Pedido de ingresso de Confederação Nacional das Empresas de Seguros Gerais, Previdência Privada e Vida, Saúde Suplementar e Capitalização – CNSEG: a referida entidade requereu o ingresso neste recurso especial como <i>amicus curiae</i> (fls. 878/928, e-STJ), ao fundamento de que possui interesse consubstanciado no fato de que o setor por ela representado enfrentaria inúmeras demandas sobre a questão em debate, tendo sido indeferido o ingresso por meio da decisão unipessoal de fls. 1.008/1.010 (e-STJ), contra a qual foi interposto agravo interno (fls. 1.036/1.048, e-STJ) que será examinado conjuntamente com o próprio recurso especial. Pedido de ingresso de Associação Norte e Nordeste de Professores de Processo – ANNEP: a referida entidade requereu o ingresso como <i>amicus curiae</i> (fls. 948/967, e-STJ), ao fundamento de que possui interesse institucional e capacidade para contribuir com o debate e a formação do convencimento desta Corte acerca da questão afetada, tendo sido monocraticamente deferido o ingresso por meio da decisão de fls. 998/1.000 (e-STJ) e ofertada a manifestação escrita às fls. 1.057/1.082 (e-STJ), em que apresenta os argumentos favoráveis e os contrários à interpretação restritiva, extensiva e analógica das hipóteses de cabimento taxativamente arroladas no rol do art. 1.015 do CPC/15, bem como os argumentos favoráveis e contrários à interpretação no sentido de que o referido rol é exemplificativo.</p>
<p>Indeferimento do <i>amicus curiae</i></p>	<p>EXAME DOS PRESSUPOSTOS PARA DEFERIMENTO DO INGRESSO DA AGRAVANTE COMO <i>AMICUS CURIAE</i> OU COMO ASSISTENTE SIMPLES. Ainda que se admitisse como cabível o recurso interposto, fato é que, pelo mérito, a pretensão de ingresso como <i>amicus curiae</i> não merece ser acolhida, pois ausentes os pressupostos que a autorizariam. De início, destaque-se que a agravante representa os setores econômicos de seguros, resseguros, previdência privada e vida, saúde suplementar e capitalização.</p> <p>Salta aos olhos, de plano, a absoluta impertinência temática do pedido formulado pela requerente, na medida em que as atividades desenvolvidas pela</p>

requerente – seguros, resseguros, previdência privada e vida, saúde complementar e capitalização – não se relacionam com o objeto da afetação – definir a natureza jurídica de um determinado instituto e a recorribilidade imediata, ou não, das decisões interlocutórias. A esse respeito, registre-se que o fato de a tese firmada a partir do julgamento deste recurso representativo de controvérsia impactar indiretamente nas atividades dos representados pela requerente é um corolário lógico e uma consequência óbvia do sistema de julgamento de processos repetitivos nesta Corte. Por esse motivo, admitir a pretensão da requerente abriria a possibilidade, por exemplo, de permitir o ingresso como *amicus curiae* de quaisquer entidades cujos representados fossem apenas indiretamente atingidos pela tese firmada, o que representaria evidente descaminho do instituto de seu leito natural. Anote-se que a contribuição que se espera de quem pretenda ser *amicus curiae* na questão em exame é técnico-jurídica, indissociavelmente vinculada aos seus interesses institucionais e aptos, assim, a demonstrar a existência da "representatividade adequada" referida no art. 138, *caput*, do CPC/15, o que, na lição de Cássio Scarpinella Bueno, significa dizer que a entidade "mostre satisfatoriamente a razão de sua intervenção e de que maneira seu "interesse institucional" – que é o traço distintivo desta modalidade interventiva, que não se confunde com o "interesse jurídico" das demais modalidades interventivas – relaciona-se com o processo" (BUENO, Cássio Scarpinella. Manual de direito processual civil: inteiramente estruturado à luz do novo CPC – Lei nº 13.105, de 16-3-2015. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 161). Sublinhe-se, finalmente, que é claramente atécnico, além de inoportuno, apresentar desde logo a manifestação quanto ao mérito da controvérsia quando ainda sequer houve a admissibilidade da entidade como *amicus curiae*, o que sugere uma tentativa da requerente de ver os seus argumentos serem examinados nesta Corte a qualquer custo.

A esse respeito, anote-se em primeiro lugar que, diferentemente do que se alega, não há que se falar em déficit de representatividade no presente recurso especial repetitivo. Isso porque, a despeito de as "entidades acadêmicas que estudam o direito processual" serem formadas fundamentalmente por advogados e por membros do Poder Judiciário e do Ministério Público, garantindo a diversidade de manifestações e de posicionamentos acerca da controvérsia, também foram convidados a participar, como *amici curiae*, a Advocacia-Geral da União, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil e a Defensoria

Pública da União, justamente para que outros setores potencialmente impactados e que se valem, diariamente, do Poder Judiciário, pudessem ser devidamente representados. O fato de as empresas do setor representado pela agravante serem reflexamente impactadas pela decisão a ser tomada neste recurso especial, repise-se, é uma consequência lógica do sistema de julgamento de processos repetitivos. Todos os segmentos econômicos e empresariais serão impactados, em maior ou menor escala, de modo que admitir que exista legitimidade da agravante para participar da formação do precedente equivaleria a dizer, em última análise, que todos os segmentos econômicos e empresariais deveriam ser convidados ou admitidos a participar como *amici curiae*, prejudicando substancialmente a essência e a razão de ser deste instituto, que é Documento: 85913737 – RELATÓRIO E VOTO – Site certificado Página 14 de 55 – Superior Tribunal de Justiça preservar a representação da sociedade. Para melhor compreensão, tome-se por exemplo o fato de que existe uma quantia substancial de negócios jurídicos que são celebrados mediante contrato que contém uma cláusula de eleição de foro – fixando, pois, uma regra de competência. Não seria minimamente razoável, lógico ou plausível que, em um recurso repetitivo que verse sobre o cabimento do agravo de instrumento sobre competência, admita-se a manifestação das associações representativas dos segmentos de automóveis, alimentos, químicos, farmacêuticos, cosméticos, metais, máquinas, agronegócios, tecnologia, eletrônicos, confecções, mobiliário, mercado financeiro, construção civil, transportes e telecomunicações, apenas porque tais setores da economia, que se valem de contratos com cláusula de eleição de foro, serão indiretamente atingidos pela definição acerca do cabimento de um determinado recurso nos processos que a envolvem. De outro lado, é preciso diferenciar o interesse institucional, essencial a quem pretenda intervir como *amicus curiae* em processo alheio com o fim de esclarecer as questões relacionadas a matéria controvertida, do interesse jurídico, que nutre quem somente pretenda ver um determinado posicionamento ser vencedor. Na hipótese em exame, registre-se que a própria agravante confessa expressamente que “busca por meio da atuação como *amicus curiae* tutelar os interesses de suas associadas” (fl. 1.044, e-STJ), divorciando-se, assim, do objetivo precípua dessa singular espécie de intervenção de terceiro e atestando a inexistência de interesse institucional da agravante. Ademais, destaque-se que o fato de a agravante ter realizado eventos relacionados ao tema – com a presença de respeitadas juristas e referências Documento: 85913737 – RELATÓRIO E VOTO – Site certificado Página 15 de 55 – Superior Tribunal de

Justiça acerca do direito processual – não a qualifica como *amicus curiae*, especialmente porque este fato, na realidade, apenas demonstra que, a exemplo do que fizeram outros setores econômicos, a agravante apenas promoveu a atualização acerca dos impactos que o novo CPC causou nas atividades empresariais dos seus representados, o que, aliás, comprova a sua manifesta inaptidão técnica para contribuir com o debate acerca da matéria, que não se relaciona, nem remotamente, com a eventual capacidade técnica dos patronos que a representam em juízo. Finalmente, registre-se o absoluto descabimento do pedido subsidiário de que seja a agravante admitida como assistente simples. Em primeiro lugar, a agravante não indica a que parte deste litígio pretenderia assistir, invoca, em suas razões, matéria relacionada aos recursos cabíveis no âmbito do IRDR, tema absolutamente estranho ao objeto desta controvérsia, e suscita questão que não foi objeto sequer da decisão unipessoal impugnada, motivo pelo qual é manifestamente deficiente a fundamentação recursal nesse particular. Em segundo lugar, anote-se que a regra prevista no art. 119, *caput*, do CPC é de clareza meridiana quanto à hipótese de admissibilidade do assistente simples, definindo que “o terceiro juridicamente interessado em que a sentença seja favorável a uma delas poderá intervir no processo para assisti-la”. O interesse jurídico, como evidentemente se depreende do referido dispositivo legal, diz respeito à relação jurídica de direito material subjacente, de modo que o terceiro apenas poderá ingressar como assistente quando pretender que a controvérsia de mérito seja decidida em favor desta ou daquela parte, porque esta decisão influenciará na relação mantida com algum deles. A doutrina, aliás, indica a hipótese em exame como situação em que Documento: 85913737 – RELATÓRIO E VOTO – Site certificado Página 16 de 55 Superior Tribunal de Justiça não há interesse jurídico na causa: “Há interesses que não são tidos como jurídicos, a ponto de justificar o ingresso de terceiro em processo alheio. É, por exemplo, o do jurista em ação entre A e B, em que se discute tese que aquele sustenta”. (ARRUDA ALVIM, Teresa; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; MELLO, Rogério Licastro Torres de. Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil: artigo por artigo. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 242). A menção ao termo “sentença” no art. 119, *caput*, do CPC, deve ser lida, pois, como interesse na “decisão de mérito”, inexistindo no direito processual brasileiro, a toda evidência, a assistência assentada em interesse jurídico em que uma decisão interlocutória, que resolva questão meramente incidental, seja proferida em favor desta ou daquela parte. Sublinhe-se,

	<p>además, que a seleção de recursos como representativos de controvérsia também tem como efeito promover o deslocamento do eixo de concentração da controvérsia, que deixa o campo da subjetividade e transcende para o interesse da coletividade. Assim, é correto afirmar que descabe, no âmbito de recursos especiais representativos de controvérsia, quaisquer modalidades de intervenções de terceiros, exceto aquela prevista no sistema como meio de contribuição da sociedade para o exame da matéria e de legitimação democrática da decisão a ser tomada – o ingresso como <i>amicus curiae</i>, figura que não se amolda à agravante.</p>
--	--

7.3 Do imperativo de fundamentação das decisões judiciais e a importância do *amicus curiae* na jurisdição democrática: por um modelo estrutural participativo do contraditório

No Estado Democrático de Direito, em que se consolidam os ideais de liberdade, de bem-estar e democracia, esta assume modelo participativo para autorizar uma maior atuação da sociedade na expressão do poder estatal, inclusive para assegurar tal participação no processo de tomada das decisões por seus destinatários, a fim de imprimir um modelo de estrutura democrático-representativa, de forma a enquadrar essa possibilidade de intervenção e de influência nas decisões estatais como a quarta dimensão dos direitos fundamentais⁴⁰³.

No que diz respeito à sua função, com base nas experiências do direito estrangeiro, em especial a norte-americana, o “amigo da corte” era alguém chamado para esclarecer questões específicas e que não possuía interesse na decisão judicial que seria proferida. Seu objetivo era apenas o de auxiliar o juízo com algum conhecimento técnico.

Inicialmente, portanto, o *amicus curiae* possuía natureza imparcial, neutra, e atuava unicamente com o intuito de fornecer ao juízo subsídios para a solução do caso concreto. Não havia nenhum interesse – seja ele jurídico, econômico ou institucional – do amigo da corte na lide. Pelo contrário, a neutralidade é que dava a tônica da intervenção, e a

⁴⁰³ ZANETI JR., Hermes. *Op. cit.*, p. 216. Nesse ponto, importante trazer à colação citação destacada pelo autor Paulo Bonavides em nota de rodapé, na qual enfatiza que “são direitos de quarta geração o direito à democracia, o direito à informação e o direito ao pluralismo. Deles depende a concretização da sociedade aberta do futuro, em sua dimensão de máxima universalidade, para a qual parece o mundo inclinar-se no plano de todas as relações de convivência”. (BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*, p. 571).

sua manifestação limitava-se a fornecer sua experiência sobre o assunto, contextualizando, assim, a situação posta em juízo. A opinião pessoal do *amicus curiae* era absolutamente irrelevante.

Posteriormente, o instituto passa a assumir um caráter partidário, sendo possível a admissão como *amicus curiae* de pessoas interessadas na solução do litígio. Cumpre ressaltar que esse interesse se diferencia do interesse jurídico que autoriza a intervenção de um terceiro em um dos polos da causa. A definição do que seja o interesse que possibilita a participação do amigo da corte constitui uma das muitas zonas cinzentas do instituto, havendo autores que sustentam ser esse interesse um interesse *institucional*.

A despeito de algumas semelhanças, o *amicus curiae* não é considerado um auxiliar do juízo e não se confunde com a figura do perito, que auxilia o juízo com conhecimentos técnicos para fins exclusivamente probatórios. Também não atua como *custus legis* e, apesar de ser claramente um terceiro intervindo em determinada demanda jurídica, não se confunde com as típicas modalidades previstas pelo CPC/73.

Desse modo, pode-se conceituar o *amicus curiae* como sendo um terceiro que, em razão da sua representatividade ou do seu conhecimento específico, é chamado ou requer ao juízo a sua participação para oferecer subsídios jurídicos ou probatórios que auxiliem na solução da demanda.

A única forma de compatibilizar o § 2º com o *caput* do art. 7º é entendendo que o *amicus curiae* não configurava uma intervenção de terceiro, em seu sentido mais técnico. O *amicus curiae* é, portanto, um terceiro de natureza especial ou excepcional.

Nas palavras de Milton Luiz Teixeira, “o *amicus curiae*, como terceiro especial ou de natureza excepcional, pode ser admitido no processo civil brasileiro para partilhar na construção de decisão judicial, contribuindo para ajustá-la aos relevantes interesses sociais em conflito”⁴⁰⁴.

Sobre a distinção de natureza da intervenção de terceiros e da intervenção promovida pelo *amicus curiae*, Cassio Scarpinella Bueno ensina:

O que o § 2º do art. 7º da Lei n. 9.868/99 apresenta de novo é a alteração radical de perspectiva em que a questão pode e deve ser analisada. Não se trata de reconhecer que há, na ação direta de inconstitucionalidade, “direitos subjetivos” capturáveis ou fruíveis diretamente pelos interessados. Bem diferentemente, o que passou a ser admitido é que “terceiros” possam vir perante os Ministros do Supremo Tribunal

⁴⁰⁴ PEREIRA, Milton Luiz. “*Amicus curiae* – intervenção de terceiros”. Revista CEJ, Brasília, n. 18, jul./set. 2002, p. 86.

Federal e tecer suas considerações sobre o que está para ser julgado, contribuindo, com sua iniciativa, para a *qualidade* da decisão [...]. Esse “terceiro” atua em qualidade diversa das usualmente ocupadas pelos “terceiros-intervenientes”. “Terceiro” ele é, mas não *aquele* terceiro que o Supremo Tribunal Federal sempre negou - e continua negando - pudesse - ou possa - intervir nas ações voltadas ao controle concentrado de constitucionalidade⁴⁰⁵.

No que diz respeito à sua natureza jurídica, apesar de o tema suscitar grandes debates, pode-se afirmar que o *amicus curiae* consiste em terceiro alheio ao processo, que possui o interesse de intervir para fomentar o debate ou prestar esclarecimentos ao juízo, além de oferecer informações técnicas sobre a matéria ou ainda para defender grupos que possam ser afetados pela decisão.

Sobre o papel do *amicus curiae*, Cassio Scarpinella Bueno ressalta a sua função de conectar o mundo exterior ao que acontece dentro do processo:

O que importa, cada vez mais, em busca daquela legitimidade decisional, é que, por força do que ocorre “fora” ou “dentro” do processo, a decisão seja completa e compartilhada com as vozes representativas da sociedade e do próprio Estado. É dizer: os interesses e direitos que estão dispersos na sociedade e no próprio Estado, mas que, de alguma forma, dizem respeito àquilo que está em julgamento devem ser levados ao Estado-juiz.

No mais, não se faz necessário qualificar o *amicus curiae* como parte para que o contraditório efetivo lhe seja assegurado, já que, como assentado em todo este estudo, o processo democrático demanda - e atualmente assegura - a abertura do diálogo para com a sociedade, a ensejar uma maior legitimidade nas decisões judiciais.

Mesmo guardando sua qualidade de terceiro, tal forma de intervenção possui traço distintivo - estrutural e democrático - que favorece a ampliação do contraditório, para alcançar o *amicus curiae*, tornando-o (o princípio do contraditório) policêntrico, ampliativo e efetivo.

Não se pode afastar o inegável interesse público na fundamentação das decisões judiciais. Este interesse revela-se no controle da atividade jurisdicional (pelas instâncias superiores de revisão da matéria decidida e também pela própria sociedade, através da censura pública à jurisprudência) e na garantia de participação política através do processo.

Com efeito,

Su condición de amigo del tribunal se materializa a través de una actividad de alegación sobre el tema que constituye el objeto de una decisión judicial, tarea que

⁴⁰⁵ BUENO, Cassio Scarpinella. *Op. cit.*, p. 136.

realiza como persona ajena a la relación jurídico-procesal en causas que, como anticipábamos, ostenten trascendencia institucional o interés público⁴⁰⁶.

Releva frisar que o *Codice de Procedura Civile* italiano, em seu art. 132, *caput*, atesta que a sentença é pronunciada em nome do povo italiano⁴⁰⁷, bem como o art. 10 da Constituição italiana estabelece que a justiça é prestada para o povo, a evidenciar o interesse público nas decisões judiciais. A Constituição espanhola, por sua vez, expressamente prevê que a justiça emana do povo.

Com efeito, se a jurisdição se exerce em colaboração com os sujeitos do processo, nada mais acertado que admitir ampla participação da sociedade, permitindo que manifestações diversas sejam trazidas ao processo pelo amigo da corte. Esses elementos prestarão para a dialética processual, adicionando outros pontos de vista àqueles das partes

Nesse ponto, sustenta Antônio de Passo Cabral⁴⁰⁸:

A fundamentação das decisões não pode mais ser compreendida como simples conclusão, à luz do silogismo jurídico, segundo o qual a norma seria a premissa maior e o fato a premissa menor. Afigura-se ainda mais patente tal assertiva quando se trata de interpretação e aplicação de normas que contêm, em número progressiva e constantemente maior, princípios jurídicos e conceitos indeterminados, em face da densidade axiológica de seus preceitos e da abstração de suas cláusulas. Certamente que a fundamentação das decisões envolve trabalho intelectual de conteúdo crítico e lógico e compreende o conjunto de reflexões de fato e de direito do qual o juiz extrai o julgamento. Entretanto, não se pode reduzir o labor jurisdicional a parâmetros cartesianos em virtude da multiplicidade de variáveis que envolvem a atividade decisória. Não podem ser as decisões lastreadas em raciocínio puramente formal, mormente no que tange a questões de interesse público.

O contraditório, sob esse viés democrático e de expansão dialética, revela-se como um importante instrumento de legitimação das decisões judiciais, capaz de imprimir validade constitucional à atuação do Poder Judiciário na criação do direito por meio dos precedentes vinculantes, mais precisamente por meio da participação do *amici curiae* e da realização de audiências públicas, com vistas a conferir efetiva influência no processo decisório.

Nesta perspectiva do processo democrático, o contraditório requer um modelo estrutural capaz de atender às mudanças empreendidas na forma de conceber e de fazer o

⁴⁰⁶ BAZAN, Víctor. La importancia del *amicus curiae* en los procesos constitucionales.

⁴⁰⁷ "Art. 132. La sentenza è pronunciata in nome del popolo italiano e reca l'intestazione: Repubblica Italiana". CALAMANDREI, Piero. "Processo e Democrazia" in *Opere Giuridiche*. Napoli: Morano Editore, vol. I, p. 646, onde se lê: "chi si immagina la sentenza come un sillogismo, non vede la sentenza viva; vede la sua spoglia, il suo scheletro, la sua mummia".

⁴⁰⁸ CABRAL, Antônio de Passo. *Op. cit.*, p. 130.

processo, por ser parte substancial da estrutura do procedimento, alcançada quando também atendido o poder de influência na decisão judicial.

Essa percepção do contraditório reforça a garantia de que as partes, autor e réu, e qualquer outro envolvido, directa ou indirectamente, devem ter o resguardo do direito de se manifestar no processo, como ferramenta indispensável do devido processo legal⁴⁰⁹.

O debate propiciado pela intervenção do *amicus curiae* conduz à abertura do diálogo no processo, mas, principalmente, ao incremento da participação da sociedade no processo brasileiro, cujo carácter democrático vem perfazendo seu caminho por mais de trinta anos. Vê-se que a jurisdição democrática ainda se encontra em fase de construção, demandando, em sua estrutura, a solidez de suas normas fundamentais, entre elas, o princípio do contraditório e, como dito, de sua efetiva influência no processo decisório.

8 CONCLUSÕES

⁴⁰⁹ PEDRON, Flávio Quinaud; FAGUNDES, Bárbara D'Angeles Alves; MENDES, Julio Cesar Ramos. A necessária (re) semantização do princípio do contraditório na construção de um modelo democrático de processo. Grupo de trabalho 3: acesso à justiça, direito privado e efetividade constitucional. Semana Jurídica UNIFG, p. 114.

A história do direito contemporâneo evidencia as tensões existentes entre o constitucionalismo e a democracia, pois, a despeito do surgimento e da força normativa das Constituições como limitação do poder, o constitucionalismo demanda a legitimação do poder político.

O modelo democrático de constitucionalismo, denominado de neoconstitucionalismo⁴¹⁰, denota a seara mais fértil e adequada para o desenvolvimentos dos atos do poder público.

No entanto, a legitimidade democrática se revela como um dos principais desafios no processo de legitimidade dos atos advindos dos poderes da República, dentre eles, os atos praticados pelo Poder Judiciário.

Nesse contexto, num primeiro momento do presente estudo, foram apresentados fundamentos teóricos para a compreensão do Estado de Direito, mais precisamente do Estado Democrático de Direito, além de ter sido evidenciada a própria evolução do direito processual civil demarcada pela evolução do próprio Estado de Direito.

Revelou-se essencial compreender como o direito processual civil perpassou por mudanças teóricas e estruturais, a fim de conferir seu aspecto publicista, mas principalmente alocá-lo nos elementos de estrutura democráticos, o que demanda a criação, formação e aplicação de institutos processuais carregados de carga democrática, como forma a aproximar a jurisdição dos ideais de democracia.

A previsão de instrumentos processuais de cunho democrático, como o *amicus curiae*, reforça o papel do Poder Judiciário na consecução da justiça, pois torna a jurisdição mais democrática, para atender a uma sociedade cada vez mais plural e dialógica, e, assim, estabelecer a participação, debate e influência nas decisões judiciais.

⁴¹⁰ O neoconstitucionalismo, “como resultado do pensamento analítico, em um princípio consistiu em uma análise teórica sobre o valor jurídico da Constituição e sua influência e hierarquia no resto do ordenamento jurídico, colocando ênfase no papel e na aplicação dos princípios constitucionais”. (PASTOR, Roberto Viciano; DALMAU, Rubén Martínez. *A Constituição democrática, entre o neoconstitucionalismo e o novo constitucionalismo*. Tradução: Ilana Aló. Texto extraído do site: www.academia.edu.br, acessado em outubro de 2019.

Além de uma abordagem teórico-filosófica sobre os fundamentos do Estado Democrático de Direito, evidenciou-se o atual modelo de sistema processual civil, de viés democrático, bem como os pressupostos fundamentais do *amicus curiae* nos dois grandes sistemas de direito, a saber: *common law* e *civil law*.

Com efeito, o *amicus curiae*, *amici curiae* ou “amigo da corte”, com origem controvertida, mais consolidado no sistema de *common law*, fora alocado como importante instrumento de abertura dialógica na jurisdição procedimental democrática, daí porque o terceiro capítulo do presente estudo cuidou em demonstrar a digressão histórica do *amicus curiae* – do direito inglês para o direito estadunidense – para se compreender a importância do instituto para o debate judicial.

Conferido como importante instrumento no papel de imprimir legitimação ao processo civil, por meio de fornecimento de elementos informativos, instrutivos, para subsidiar o procedimento de formação da norma de decisão, mas principalmente para possibilitar a representatividade de setores das sociedades em julgados de maior repercussão social.

Com apoio em tais premissas teóricas, fora possível perceber que a evolução normativa do instituto do *amicus curiae* no direito brasileiro ainda se revela acanhada, tendo sido, inicialmente, previsto em legislações esparsas, até se chegar no momento atual, com a importância que lhe é atribuída no direito processual contemporâneo, com sua previsão no art. 138 do Código de Processo Civil, além de sua importância na formação de precedentes, assegurada a possibilidade de sua intervenção nos incidentes de resolução de demandas repetitivas – IRDR, previsto no art. 983 do mesmo diploma legal.

Com efeito, o Código de Processo Civil de 2015 estabelece hipóteses específicas de intervenção de *amicus curiae*, além da norma geral prevista no art. 138, a saber: 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).

Justamente por tratar do modelo estrutural de jurisdição, a pesquisa cuidou em trazer a lume elementos da teoria da argumentação, idealizada por Jurgen Habermas, nem da abertura da sociedade no processo de interpretação das normas, com expoente em Peter

Habërle, com o objetivo de explicitar mencionado modelo estrutural de jurisdição com abertura dialógica com sociedade no processo de criação da norma pelo Poder Judiciário.

Nesse contexto, apresentada a evolução do direito processual civil e do movimento constitucional do processo, o marco teórico da presente pesquisa se deu a partir do processualismo constitucional democrático, para a compreensão do *amicus curiae* sob uma perspectiva participativa e policêntrica do processo.

Tal perspectiva serviu como principal parâmetro para apresentar os pressupostos teóricos do sistema processual civil atual e seus principais princípios informadores, dentre eles os princípios da cooperação e do contraditório, compreendido este com uma abordagem mais ampla e participativa, com a definição de sua aplicação nos julgados.

Sob essa ótica, foram apresentados os argumentos para explicitar a natureza jurídica do *amicus curiae*, além da discussão doutrinária acerca da conceituação de parte e de terceiro à luz dessa perspectiva policêntrica, para delimitação das funções e dos poderes a serem conferidos ao *amicus curiae* no processo em que atua, sob pena de violação ao contraditório e de não atingimento da democracia atualmente idealizada no processo civil.

Há, neste cenário, entraves e dificuldades na consecução dos objetivos do *amicus curiae*, porquanto, apesar de muito se proclamar a legitimação das decisões judiciais, o *amicus curiae* ainda se revela com eficácia acanhada neste aspecto, especialmente nos processos de maior repercussão social, seja tomado em seara de repercussão geral, controle de constitucionalidade ou, ainda, em sede de demanda repetitiva.

Por fim, o estudo apresenta síntese conclusiva quanto à urgência em se emprestar a devida eficácia à atuação do *amicus curiae* com a apreciação de seus argumentos e debates apresentados com base na abertura dialógica, sob pena de não alcance das finalidades do contraditório e de observância do dever de fundamentação das decisões judiciais, numa perspectiva do processualismo constitucional democrático, policêntrico e participativo, para o fim de compreender o contraditório também sob essa perspectiva participativa.

Nesta perspectiva do processo democrático, o contraditório requer um modelo estrutural capaz de atender às mudanças empreendidas na forma de conceber e de fazer o processo, por ser parte substancial da estrutura do procedimento, alcançada quando também atendido o poder de influência na decisão judicial.

REFERÊNCIAS

ADEODATO, João Maurício. *Ética e retórica: para uma teoria da dogmática jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2002.

ADEODATO, João Maurício. A concretização constitucional de Friedrich Muller. **Revista da Escola Superior da Magistratura do Estado de Pernambuco** – ESMAPE, Recife, v. 2, n. 3, jan./mar., 1997.

AGUILAR, Juan Fernando López. *La Justicia y sus Problemas en la Constitución*. Madrid: Tecnos, 1996.

ALCALÁ, Humberto Nogueira. **El derecho procesal constitucional a inicios del siglo XXI en America Latina – The procedural constitutional law to the beginning of the XXI century in Latin America**. Estudios Constitucionales, Ano 7, Nº 1, 2009.

AGRA, Walber de Moura. **A reconstrução da legitimidade do Supremo Tribunal Federal: densificação da jurisdição constitucional brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Madrid. Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica**. Trad. de Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2001.

ALLORIO, Enrico. **El ordenamiento juridico em el prisma de la declaracion judicial**. Buenos Aires: Editora Ediciones Juridicas Europa – America, 1958.

APOSTOLOVA, Bistra Stefanova. **Poder Judiciário: do moderno ao contemporâneo**. Porto Alegre: SAFE, 1998.

ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos princípios – Da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos princípios – Da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

ÁVILA, Humberto Bergmann. **A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade**. In Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro. Jan-mar/1999.

ARZIA, Giuseppe... **“O contraditório no processo executivo”** in Revista de Processo, n. 28, outubro-dezembro de 1982, p. 56; OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro... **“A garantia do contraditório”** in Revista Forense, vol. 346, abril-junho, 1999.

BACHOF, Otto. **Normas constitucionais inconstitucionais?** Tradução de José Manuel Cardoso da Costa. Coimbra: Almedina, 1994.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Processo constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

- BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Constituição e Processo. O modelo constitucional e a teoria geral do processo constitucional. Natureza e categoria dos princípios processuais inseridos na constituição.** In Revista Forense, vol. 353, janeiro-fevereiro, 2001.
- BARALDI, Cláudio; CORSI, Giancarlo; ESPOSITO, Elena. Luhmann in Glossário – I **concetti fondamentali della teoria dei sistemi sociali.** Milano: Franco Angeli, 2005.
- BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição.** 4 ed., rev. at. São Paulo: Saraiva, 2001.
- BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo.** 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.
- BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo.** 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.
- BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática.** Disponível em: <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433>. Acesso em: 20 jul. 2016.
- BARROSO, Luís Roberto. **Temas de Direito Constitucional.** t. II. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- BAUM, Lawrence. **The Supreme Court.** 3 ed., Washington: CQ, 1989.
- BLACK., Charles L. **The people and the court: judicial review in a democracy.** New York: Macmillan, 1960.
- BIN, Roberto. **Diritti e argomenti: il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale.** Milano: Giuffrè, 1992.
- BISCH, Isabel da Cunha. **O amicus curiae, as tradições jurídicas e o Controle de Constitucionalidade: um estudo comparado à luz das experiências americana, europeia e brasileira.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional.** 7 ed., São Paulo: Malheiros, 2005.
- BONATTO, Andréia Maria. **O instituto jurídico do amicus curiae e sua aplicação no direito brasileiro.**
- BOBBIO, Norberto. **Teoria Geral da Política – A filosofia e as lições dos Clássicos.** Org. Michelangelo Bovero. Rio de Janeiro: Elsevier, 2000.
- DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. **Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito.** Belo Horizonte: Del Rey, 2010
- BUENO, Cássio Scarpinella. **Amicus Curiae no Processo Civil Brasileiro: um Terceiro Enigmático.** São Paulo: Saraiva, 2006.
- BUENO FILHO, Edgard Silveira. **Amicus curiae – A democratização do debate nos processos de controle de constitucionalidade.** Revista CEJ, Brasília, n. 19, p. 85-89, out/dez. 2002.
- BULOS, Uadi Lammêgo. **Mutação constitucional.** São Paulo: Saraiva, 1997.

BUZAID, Alfredo. **Da ação direta de declaração de inconstitucionalidade no direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1958.

BUZINGNANI, Ana Carolina Silveira. GARCIA, Bianco Zalmora. **Amicus curiae e a ética do discurso de Jürgen Habermas**. Revista argumenta, vol. 13. 2010.

CABRAL, Antonio do Passo. **Pelas asas de Hermes: a intervenção do amicus curiae, um terceiro especial**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 234, p. 111- 42, out. 2003. ISSN 2238-5177. Disponível em: . Acesso em: 05 Fev. 2018. doi:http://dx.doi.org/10.12660/rda.v234.2003.45149.

CABRAL, Antônio do Passo. **Nulidades no Processo Moderno: contraditório, proteção da confiança e nulidade prima facie dos atos processuais**. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

CAIMON DE PASSOS, José Joaquim. **Instrumentalidade do processo e devido processo legal**. in Revista Forense, vol. 35.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**. Rio de Janeiro: Atlas, 2010.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Levando os padrões decisórios a sério – Formação e aplicação de precedentes e enunciados de súmula**. 1. ed. São Paulo; Atlas, 2018.

CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Política, Sistema Jurídico e Decisão Judicial**. São Paulo: Max Limonad, 2002.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **A “principalização” da jurisprudência através da Constituição**. *RePro* 98/84, São Paulo, abr.-jun., 2000.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 5 ed. rf. am. Coimbra: Almedina, 1991.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional**. 5 ed. rf. am. Coimbra: Almedina, 1991.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CAPPELETTI, Mauro. **O processo civil no direito comparado**. Belo Horizonte: Cultura Jurídica, 2002.

CARDOZO, Benjamin N. **A natureza jurídica do processo judicial**. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

CARNELLUTTI, Francesco. **Instituciones del Proceso Civil**. Versão espanhola. Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1989.

CARNEIRO, Athos Gusmão. **Intervenção de Terceiros**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

- CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. **A Constituição aberta e os direitos fundamentais: ensaios sobre o constitucionalismo pós-moderno e comunitário**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- CHANAN, Guilherme Giacomelli. **Amicus curiae no direito brasileiro e a possibilidade de seu cabimento nas cortes estaduais**.
- CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil**. Trad. Por Paolo Capitano. Vol. 2. Campinas: Bookseller, 2003.
- CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Declaração de inconstitucionalidade de dispositivo normativo em sede de juízo abstrato e efeitos sobre os atos singulares praticados sob sua égide**. RT CDCCP 19:279-307, São Paulo, abr./jun. 1997.
- CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A fiscalização abstrata da constitucionalidade no Direito Brasileiro**. 2. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- COELHO, Marcus Vinicius Furtado. **O Contraditório Cooperativo no Novo Código de Processo civil**. In: Revista de Informação Legislativa, v. 48, n. 190 t.2, p. 46, abr./jun. 2011.
- COMELIA, Víctor Ferreres. **Justicia constitucional y democracia**. Madrid: CEPC, 1997.
- CORDEIRO, Antônio Menezes. "Introdução." In CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do Direito**. de Claus-Wilhelm Canaris. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996, p. LXIV.
- CORDEIRO, Antônio Menezes. "Introdução." In CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do Direito**. de Claus-Wilhelm Canaris. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996, p. LXIV.
- CORREIA, Fernando Alves. **Direito Constitucional (A justiça constitucional)**. Coimbra: Almedina, 2001.
- COLLINS JR., Paul M. Friends of the Court: **Examining the influence of amicus curiae participation in U.S. Supreme Court litigation**.
- CONTIJO, André Pires; SILVA, Christine Oliveira Peter da. **O papel do amicus curiae no Estado Constitucional: mecanismo de acesso da transdisciplinaridade no processo de tomada de decisão constitucional**.
- CREMA, Luigi. **Tracking the origins and testing the fairness of the instrument of fairness: amici curiae in international litigation**. The Jean Monnet Program. NYU School of law. New York, NY, 10011. Paper 9/12.
- CRISCUOLI, Giovanni. "Amicus Curiae", **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**. Ano XXVII, n. 1, março de 1973.
- CRUZ E TUCCI, José Rogério. **Anotações sobre a repercussão geral como pressuposto de admissibilidade do recurso extraordinário (Lei 11.418/2006)**. *Revista Processo*, São Paulo: Editora RT., n. 145, p. 151-162, 2007.
- CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Jurisdição e competência**. São Paulo: RT, 2014.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Curso de Direito Processual Civil. Curso de direito processual civil: o processo civil nos tribunais, recursos, ações de competência originária de tribunal e querela nullitatis, incidentes de competência.** 13. ed. reform. v. 3. Salvador: Juspodvim, 2016, p. 608.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. **O processo civil no estado constitucional e os fundamentos do projeto do novo código de processo civil brasileiro.** Revista de Processo, São Paulo, v. 209, p. 349-374, jul. 2012.

CUNHA, Leonardo Carneiro da; SOUZA, Marcus Seixas. **Formação do precedente e amicus curiae no direito imperial brasileiro: o interessante dec. 6.142/1876.** Revista de Processo, vol. 220/2013, Jun / 2013.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **O poder os juízes.** São Paulo: Saraiva, 1996.

DANTAS, Ivo. **Princípios constitucionais e interpretação constitucional.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1995.

DANTAS, Ivo. **Direito Constitucional comparado. Teoria e Metodologia.** Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

DANTAS, Ivo. **O valor da Constituição – do controle de constitucionalidade como garantia da supralegalidade constitucional.** 2. ed. rv.am. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

DANTAS, Ivo. **Constituição & processo.** v. I. Curitiba: Juruá, 2003.

DANTAS, Francisco Wildo Lacerda. **Jurisdição, ação (defesa) e processo.** São Paulo: Dialética, 1997.

DANTAS, Francisco Wildo Lacerda. **Efeitos da inconstitucionalidade da lei (A questão da repristinação da lei que revogou disciplina legal anterior e que ela própria foi afastada por inconstitucional).** In Revista ESMAFE. Nº 8, 2004.

DANTAS, Paulo Roberto de Figueiredo. **Direito Processual Constitucional.** São Paulo: Saraiva, 2019.

DALL'AGNOL JR., Antônio Janyr; USTÁRROZ, Daniel; PORTO, Sérgio Gilberto. **Afirmção do amicus curiae no direito brasileiro.** In: DIDIER JR, Fredie (Coord). et al. O Terceiro no Processo Civil Brasileiro e Assuntos Correlatos: estudos em homenagem ao professor Athos Gusmão Carneiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

DAVI, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo.** São Paulo: Martins Fontes, 1998.

D'ÁVILA, Daniela Peretti. **A atuação da comissão de valores mobiliários como amicus curiae nos processos judiciais que envolvem o mercado de capitais.** Almedina: São Paulo.

DEL PRÁ, Carlos Gustavo Rodrigues. **Amicus curiae: instrumento de participação democrática e de aperfeiçoamento da prestação jurisdicional.** Curitiba: Juruá, 2011.

DIDIER, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil.** Salvador: Juspodvim, 2017.

DIDIER, Fredie. **Recurso de terceiro – juízo de admissibilidade**. São Paulo: RT, 2002.

DIDIER, Fredie. Curso de Direito Processual Civil: introdução ao direito processual civil e processo de conhecimento. 13. ed. Salvador: Juspodvm, 2010.

DIDIER, Fredie; ZANETI JR., Hermes; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. “**Notas sobre as decisões estruturantes**”. In **Processos estruturais**. Organizadores: Sérgio Cruz Arenhart e Marco Felix Jobim. Salvador: Juspodvm, 2019.

DINIZ, Maria Helena. **Norma Constitucional e seus efeitos**. 4. ed., São Paulo: Saraiva, 1998.

DWORKIN, Ronald. **Los derechos em serio**. 2. ed., Barcelona: Ariel, 1989.

ENTERRÍA, Eduardo Garcia de. *La Constitución como norma y el tribunal constitucional*. 3 ed., Madrid: Civitas, 1994.

ENTERRÍA, Eduardo Garcia de. **La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional**. 3. ed., Madrid: Civitas, 2001.

FARIA, José Eduardo. **Poder e legitimidade**. São Paulo: Perspectiva, 1978.

FARIA, José Eduardo. **O Direito na Economia globalizada**. São Paulo: Malheiros, 1999.

FAVOREU, Louis. **Los tribunales constitucionales**. São Paulo: Landy, 2004.

FASSÒ, Guido. **Historia de la Filosofía del Derecho**. V. 1.

FAZZALARI, Elio. **Procedimento e processo (teoria generale)**. *Enciclopedia del diritto*. Milano: Giuffrè, 1986.

FERRAJOLI, Luigi. **La democrazia attraverso i diritto**. *Diritto i questione pubbliche*, Palermo, 2014. Disponível no site: http://www.dirittoequestionipubbliche.org/page/2014_n14/06-mono-1_Ferrajoli.pdf. Acesso em 1º de maio de 2019.

FERRARI, Maria Regina Macedo. **Efeitos da declaração de inconstitucionalidade**. São Paulo: RT, 1990.

FERRARI, Maria Regina Macedo. **Efeitos da declaração de inconstitucionalidade**. 2 ed. São Paulo: RT, 1990.

FERRAZ, Anna Candida da Cunha. **O amicus curiae e a democratização e a legitimação da jurisdição constitucional concentrada**.

FERREIRA, Manoel Gonçalves Filho. **Aspectos do Direito Constitucional Contemporâneo**. 2003.

FERREIRA, Rafael Alem Mello. **Jurisdição constitucional agressiva – o STF e a Democracia Deliberativa de Jürgen Habermas**. Curitiba, Juruá Editora, 2015.

FRÍAS, Pedro J. **Estado de derecho y la seguridad jurídica**. In Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais, 2004.

FIORATTO, Débora Carvalho; BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. **A conexão entre os princípios do contraditório e da fundamentação das decisões na construção do Estado Democrático de Direito**. Revista Eletrônica de Direito Processual. Rio de Janeiro: UERJ, p. 255, 2010. Disponível no site: <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/7983/5769>. Acesso em 30 jul. 2019.

GAO, Henry S. **Amicus Curiae in to dispute settlement: theory and practice**.

GONÇALVES, Willian Couto Gonçalves. **Garantismo, Finalismo e Segurança Jurídica no Processo Judicial de Solução de Conflitos**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004.

GOYARD-FABRE, Simone. **Os princípios filosóficos do Direito Político Moderno**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

GONÇALVES CORREIA, Marcus Orione. **Direito Processual Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1998.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. São Paulo: Malheiros, 1997.

GRIMM, Dieter. **Jurisdição constitucional e democracia**. Revista de Direito do Estado, 2006.

HÄBERLE, Peter. **El Estado constitucional**. Tradução de Hector Fix-Fierro. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2003.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional**. Trad. de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: SAFE, 1997.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta de intérpretes da Constituição – contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2006.

HÄBERLE, Peter. “Hermenêutica Constitucional – A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: Contribuição para Interpretação Pluralista e “Procedimental” da Constituição”. Die Offene Gesellschaft der Verfassungsinterpreten, Ein Beitrag Zur Pluralistischen und “Prozessualen” Verfassungsinterpretation. Revista de Direito Público, v. 11, nº 60, 2014.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. 2. ed. Tradução de Flávio Benno Siebneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2012.

HABERMAS, Jürgen. **Teoria do agir comunicativo: sobre a crítica da razão funcionalista**. São Paulo: Martins Fontes, 2003. HOBBS, Thomas. **Leviatã ou Matéria, Forma e Poder de um Estado Eclesiástico e Civil**. Coleção Os Pensadores. São Paulo: Nova Cultural.

HECK, Luís Afonso. **O Tribunal Constitucional Federal e o desenvolvimento dos princípios constitucionais**: contributo para uma compreensão da jurisdição constitucional federal alemã. Porto Alegre: SAFE, 1995.

HERZL, Ricardo Augusto. **Crítica Hermenêutica do direito processual civil: Uma exploração filosófica do Direito Processual Civil Brasileiro em tempos de (crise do) protagonismo judicial**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2018.

HESPANHA, Antônio Manuel. *Cultura jurídica europeia: síntese de um milênio*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005.

IVO, Gabriel. **A produção abstrata de enunciados prescritivos**. In Curso de Especialização em Direito Tributário – Homenagem a Paulo de Barros Carvalho, 2005.

IVO, Gabriel. A incidência da norma jurídica – o cerco da linguagem. In Revista Trime

KANT, Immanuel. *Crítica da Razão Pura*. São Paulo: Martin Claret, 2005.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. São Paulo. Martins Fontes, 2003.

KELSEN, Hans. **Jurisdição Constitucional**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

KRISLOV, Samuel. The amicus curiae brief: from friendship to advocacy.

LASSALE, Ferdinand. **A essência da Constituição**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 1998.

LIMA, Flávia Santiago. **Jurisdição Constitucional e Política: Ativismo e Autocontenção no STF**.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Constitucionalização do Direito Civil**. Texto extraído do site <http://jus.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=507>, em 27.3.2006.

LOWMAN, Michael K. **The litigating amicus curiae: when does the party begin after the friends leave?**

LOWENSTEIN, Karl. *Teoria de la Constitución*. Trad. ao espanhol de Alfredo Gallego Anabitarte. 2 ed., Barcelona: Ariel, 1982.

LUHMANN, Niklas. **A posição dos Tribunais no sistema jurídico**. In Revista Ajuris, Porto Alegre, 1990.

LUHMANN, Niklas. **A Restituição do Décimo Segundo Camelo: Do sentido de uma análise Sociológica do Direito**. In Da Sociologia social à sociologia jurídica. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2005.

LUHMANN, Niklas. **A restituição do Décimo Segundo Camelo: Do sentido de uma análise sociológica do Direito**. In Da sociologia jurídica à sociologia social. Rio de Janeiro: Lúmen juris, 2004.

- I.UHMANN, Niklas. **Legitimidade pelo procedimento**. Brasília: Editora Universidade de Brasília.
- LUÑO, Antonio-Enrique Pérez. **La seguridad jurídica**. 2ª edição. Barcelona: Ariel Derecho, 1994.
- MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. **Direito Processual Constitucional: Origem científica (1928-1956)**. Curitiba: Juruá Editora, 2009.
- MARÍN, José Angel. **Naturaleza jurídica del tribunal constitucional**. Barcelona: Ariel, 1998.
- MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Manual de Processo Civil**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.
- MEDINA, Damares. **Amicus Curiae: amigo da corte ou amigo da parte?** São Paulo: Saraiva.
- MELO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 1994.
- MELLO, José Luiz de Anhaia. **Da separação dos poderes à guarda da Constituição. As côrtes constitucionais**. São Paulo: RT, 1968.
- MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição constitucional**. 2 ed., São Paulo: Saraiva, 1998.
- MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade**. São Paulo: Saraiva, 2004.
- MENEZES, Wagner (coord.). **Direito Internacional no cenário contemporâneo**. Curitiba: Juruá, 2003.
- MENEZES, Paulo de Tarso Duarte. **Aspectos gerais da intervenção do amicus curiae nas ações de controle de constitucionalidade pela via concentrada**. Revista de Direito Público, n. 17, p. 36-37, jul./set. 2007.
- MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. **The civil law tradition: an introduction to the legal systems of Europe and Latin America**. Stanford: Stanford University Press, 2007.
- MEYER, Emilio Peluso Neder. **O caráter normativo dos princípios jurídicos**. Texto extraído do site <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8126>, em 10.7.2006.
- MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional. Tomo II – Constituição e Inconstitucionalidade**. 3 ed. Coimbra Editora, 1996.
- MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, t. 5, 1997.
- MONTESQUIEU. **Do espírito das leis**. São Paulo: Martin Claret, 2003.

MORAIS, José L. Bolzan; SALDANHA, Jânia M. L.; ESPINDOLA, Angela A. S. **Jurisdição constitucional e Hermenêutica. Constituição e Processo: A contribuição do Processo ao Constitucionalismo democrático brasileiro.** Belo Horizonte: Del Rey Editora, 2009.

MORAIS, Carlos Blanco de. **Justiça constitucional.** t. I. Coimbra Editora, 2002.

MORO, Sérgio Fernando. **Desenvolvimento e efetivação judicial das normas constitucionais.** São Paulo: Max Limonad, 2001.

MORO, Sérgio Fernando. **Justiça constitucional como democracia.** São Paulo: RT, 2004.

NEVES, Marcelo. Teoria da inconstitucionalidade das leis. São Paulo: Saraiva, 1988.

NUNES, Dierle José Coelho. **Comparticipação e policentrismo: horizontes para a democratização processual civil,** 2008. Tese (Doutorado) – PUC, São Paulo.

NUNES, Dierle José Coelho. **Processo jurisdicional democrático: Uma análise crítica das reformas processuais.** Curitiba: Juruá, 2012.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. **Do formalismo no processo civil.** São Paulo: Saraiva, 2005.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Catoni. **Diricito, Política e Filosofia.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

OLIVEIRA, Jadson Correia de. **Controle de constitucionalidade pelo STF: Participação e democratização por meio de audiências públicas e do amicus curiae.** Curitiba: Juruá, 2015.

OVERSTREET, Greg. *Amicus curiae brief in Washington - The Loch Ness Monster.* Washington: 2001. Disponível em: <http://www.wsba.org/media/publications/barnews/archives/2001/nov-01-amicus.htm>. Acesso em 26/05/2007.

PEDRON, Flávio Quinaud; FAGUNDES, Bárbara D'Angeles Alves; MENDES, Julio Cesar Ramos. **A necessária (re) semantização do princípio do contraditório na construção de um modelo democrático de processo.** Grupo de trabalho 3: acesso à justiça, direito privado e efetividade constitucional. Semana Jurídica UNIFG.

PEREIRA, Carlos André Maciel Pinheiro. **Jurisdição Procedimental: o agir comunicativo da opinião pública através do amicus curiae.** Curitiba: Juruá, 2018.

PEREIRA, Milton Luiz. **Amicus curiae – intervenção de terceiros.** Revista CEJ, Brasília, n. 18, jul./set. 2002, p. 86.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique (coord.). **Derechos humanos y constitucionalismo ante el tercer milenio,** Madrid: Marcial Pons, 1996.

PICARDI, Nicola. **Jurisdição e Processo.** Rio de Janeiro: Atlas, 2008.

PILAR, Fernanda Machado. **Amicus Curiae: uma análise à luz dos ordenamentos jurídicos brasileiro e italiano. Processo civil na Itália e no Brasil: uma visão comparada** – Escola da Advocacia-Geral da União Ministro Víctor Nunes Leal – volume 9, n. 2 (abr./jun. 2017). Brasília: EAGU, 2012.

PINTO, Rodrigo Strobel. **Amicus curiae: atuação plena segundo o princípio da cooperação e o poder instrutório judicial**. P. 132.

PORTERO, Danilo Candido. **A aproximação entre os grandes sistemas do Direito Contemporâneo**. RJBL, Ano 4, nº 6, p. 1.712, 2018.

RODRIGUES, Lêda Boechat. **História do Supremo Tribunal Federal**. 2 ed., t. I e II, Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1991.

RANGEL, Paulo Castro. **Repensar o Poder Judicial: fundamentos e fragmentos**. Porto: Publicações Universidade Católica, 2001.

RAWLS, John. **Teoría de la Justicia**. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 1986.

ROCHA, Márcio Oliveira. **Sobre a ordem pública processual, essa desconhecida**. Salvador: Juspodivm, 2019.

ROSAS, Roberto. **Direito Processual Constitucional: Princípios Constitucionais do Processo Civil**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

ROUSSEAU, Jean Jacques. **O contrato social**. 3. ed., São Paulo: Martins Fontes, 1996.

SANTI, Eurico Marcos Diniz de. **Lançamento tributário**. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 1999.

SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na Constituição Federal**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2000.

SICHES, Luiz Recansés. **Nueva filosofía de la interpretación del derecho**. México: Porrúa, 1973.

SILVA, Beclaut Oliveira. **A cognição no mandado de segurança sob o prisma dialógico de Mikhail Bakhtin**. Tese de Doutorado para a obtenção do título de doutor junto ao Programa de Pós-Graduação da Universidade Federal de Pernambuco, 2011.

SILVA, Beclaut Oliveira. **A garantia fundamental à motivação da decisão judicial**. Salvador, Juspoivm, 2007.

SILVA, Beclaut Oliveira. **Teoria discursiva e seus reflexos no direito segundo o pensamento de Habermas**. Texto disponível no site: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/137588>.

SILVA, Fernando Gabriel de Carvalho e. **Amicus curiae no Novo Código de Processo Civil**. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

SILVA, José Afonso da. **Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 2001.

SILVA, José Afonso da. **Poder Constituinte e Poder Popular (estudos sobre a Constituição)**. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

SILVA, Larissa Clare Pochmann da. **O amicus curiae no (novo) processo civil brasileiro.** Revista Culturas Jurídicas.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Princípios e regras: mitos e distinções acerca de uma distinção.** In Revista Latino-Americana de Direito Constitucional.

SILVESTRI Elisabetta. **L'amicus curiae: uno strumento per la tutela degli interessi non rappresentati.** Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile. Milano: Giuffrè, 1997.

SIMIONI, Rafael Lazzarotto. **Direito e Racionalidade Comunicativa: A Teoria Discursiva do Direito no Pensamento de Jürgen Habermas.**

SOUZA, André Pagani de; CARACIOLA, Andrea Boari; ASSIS, Carlos Augusto de; FERNANDES, Luís Eduardo Simardi; DELLORE, Luiz. **Teoria Geral do Processo Contemporâneo.** 4ed. São Paulo: Atlas, 2019.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional.** Rio de Janeiro: Forense, 2018.

STANDLER, Ronald. **Use of an amicus brief.** Massachusetts: 2001. Disponível em: <http://www.rbs2.com/amicus.htm>. Acesso em 25/05/2007.

SULLA, João Antônio Barbieri. **Amicus curiae tridimensional: análise e perspectivas no novo Código de Processo Civil.** Curitiba: Juruá, 2018.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de Direito Público.** São Paulo: Malheiros, 2000.

TALAMINI, Eduardo. **Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil,** Thomson Reuters, Revista dos Tribunais, 2015.

TORRES, Gerardo Linden. **La tutela jurisdiccional de los derechos humanos: la suprema corte de justicia de la nacion no tiene buenos amigos.** Universidad Juarez del Estado de Durango, Mexico, 2018.

TARUFFO, Michele. **Precedente e Jurisprudência.** Disponível em: <http://civilistica.com/wp-content/uploads/2015/02/Taruffo-trad.-civilista.com.n.2.2014>, 2014.

TAVARES, André Ramos. **Teoria da justiça constitucional.** São Paulo: Saraiva, 2005.

TREMPS, Pablo Pérez. **Tribunal constitucional y Poder Judicial.** Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1985.

TREMPS, Pablo Pérez. **IV Curso da Justicia Constitucional - La justicia constitucional en la actualidad. Especial referencia a América Latina.** Artigo extraído do site: www.uc3m.es/uc3m/inst/MGP/actualidad2002.htm em julho de 2005.

TREMPS, Pablo Pérez. **Manual del proceso civile.** Milano: Giuffrè, 2006.

TROCKER, Nicolo. **Processo civile e costituzione. Problemi di diritto tedesco e italiano.** Milano: Giuffrè, 1974.

USTÁRROZ, Daniel. **A Intervenção de Terceiros no Processo Civil Brasileiro.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

VALVERDE, Gustavo Sampaio. **Coisa julgada em matéria tributária**. São Paulo: Quartier Latin, 2004.

VALLE, Vanice Regina Lírio do (coord.); VIEIRA, José Ribas; SILVA, Alfredo Canellas Guilherme da; SILVA, Cecília de Almeida; MOURA, Francisco; AJOUZ, Igor. **Audiências Públicas e ativismo: diálogo social no STF**. Belo Horizonte: Editora Forum, 2012.

VALLE, Vanice Regina Lírio do; PULCINELLI, Eliana; MANEIRO, Renata de Marins Jaber (coord.) – MAIA, Fabiana; GOUVÊA, Carina Barbosa. **Experiências dialógicas no STF: busca de uma jurisdição constitucional democrática?** Rio de Janeiro: Gramma, 2016.

VIEHWEG, Theodor. **Tópica y jurisprudencia**. Trad. Luiss DíezPicazo Ponce de León. Madrid: Taurus, 1964.

VILANOVA, Lourival. **As estruturas lógicas e o sistema de direito positivo**. São Paulo: RT, 1977.

VIVES, Francisco José Pascual. **El desarrollo de la institución del amicus curiae em la jurisprudência internacional**. Revista Electrónica de estudios internacionales, 2011.

WAMBIER, Tercsa Arruda Alvim. **Amicus Curiae afinal quem é ele? Idéias e Opiniões**, n. 10, p. 2, fev. 2006. Disponível em: <http://www.aawambier.com.br>. Acesso em 25/05/2007.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **A nova regra sobre a repercussão geral**. Idéias e Opiniões, n. 12, p. 3, mar. 2007. Disponível em: <http://www.aawambier.com.br>. Acesso em 26/05/2007.

ZAMORA Y CASTILLO, Niceto Alcalá. **Proceso, autocomposición y autodefensa (contribución a los fines del proceso)**. 3. ed. México, UNAM, 1991.

ZANETI JR., Hermes. **O valor vinculante dos precedentes: Teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes**. Salvador: Editora JusPodivm, 2019.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001