



COORDENAÇÃO GERAL

Celso Fernandes Campilongo

Alvaro de Azevedo Gonzaga

André Luiz Freire

ENCICLOPÉDIA JURÍDICA DA PUCSP

TOMO 3

PROCESSO CIVIL

COORDENAÇÃO DO TOMO 3

Cassio Scarpinella Bueno

Olavo de Oliveira Neto

ENCICLOPÉDIA JURÍDICA DA PUCSP
PROCESSO CIVIL

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA
DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO

DIRETOR
Pedro Paulo Teixeira Manus
DIRETOR ADJUNTO
Vidal Serrano Nunes Júnior

ENCICLOPÉDIA JURÍDICA DA PUCSP | ISBN 978-85-60453-35-1

<https://enciclopediajuridica.pucsp.br>

CONSELHO EDITORIAL

Celso Antônio Bandeira de Mello
Elizabeth Nazar Carrazza
Fábio Ulhoa Coelho
Fernando Menezes de Almeida
Guilherme Nucci
José Manoel de Arruda Alvim
Luiz Alberto David Araújo
Luiz Edson Fachin
Marco Antonio Marques da Silva
Maria Helena Diniz

Nelson Nery Júnior
Oswaldo Duek Marques
Paulo de Barros Carvalho
Raffaele De Giorgi
Ronaldo Porto Macedo Júnior
Roque Antonio Carrazza
Rosa Maria de Andrade Nery
Rui da Cunha Martins
Tercio Sampaio Ferraz Junior
Teresa Celina de Arruda Alvim
Wagner Balera

TOMO DE PROCESSO CIVIL | ISBN 978-85-60453-43-6

Enciclopédia Jurídica da PUCSP, tomo III (recurso eletrônico)

: processo civil / coords. Cassio Scarpinella Bueno, Olavo de Oliveira Neto - São Paulo:
Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017

Recurso eletrônico World Wide Web

Bibliografia.

O Projeto Enciclopédia Jurídica da PUCSP propõe a elaboração de dez tomos.

1. Direito - Enciclopédia. I. Campilongo, Celso Fernandes. II. Gonzaga, Alvaro. III. Freire, André Luiz. IV. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

AMICUS CURIAE

Cassio Scarpinella Bueno

INTRODUÇÃO

A devida análise do *amicus curiae*, quinta das cinco modalidades de intervenção de terceiros identificadas como tal pelo CPC de 2015, convida a uma iniciativa em duas etapas. A primeira diz respeito ao direito anterior ao advento da atual codificação. A segunda dedica-se ao exame do art. 138 do CPC de 2015 e a seus reflexos e a suas aplicações no direito processual civil em vigor.

Os números 1 a 4 tratam do assunto na primeira perspectiva; os números 5 a 13 ocupam-se com a segunda.

SUMÁRIO

Introdução.....	2
1. Origens.....	3
2. Referenciais do instituto no direito brasileiro anteriores ao CPC de 2015	5
3. Possibilidade de generalização do <i>amicus curiae</i> no direito processual civil brasileiro antes do CPC de 2015	10
4. Confronto com paradigmas do direito processual civil tradicional	15
5. A disciplina codificada do <i>amicus curiae</i>	23
6. Pressupostos para a intervenção.....	26
7. Modos de intervenção e controle	27
7.1. Negócio processual e <i>amicus curiae</i>	28
8. Representatividade adequada e interesse institucional	29
9. Quem pode ser <i>amicus curiae</i> ?.....	31

10. Prazo para manifestação.....	32
11. Alteração de competência	33
12. Legitimidade recursal.....	35
13. A atuação do <i>amicus curiae</i>	37
Referências	40

1. ORIGENS

Ainda que muito brevemente, cabe trazer à tona alguma informação sobre as origens do instituto.

A expressão “*amicus curiae*” é latina. Uma expressão latina, para nós brasileiros, não gera, *a priori*, maiores dificuldades. No caso, basta entender *curiae* como “tribunal” e *amicus* como “amigo”. Com isso, teríamos, em bom português: “amigo do tribunal”. No entanto, nada está resolvido com essa tradução, meramente literal, daquela expressão.

Primeiro porque a expressão “amigo do tribunal” não guarda nenhuma relação com outras figuras conhecidas pelo nosso direito processual civil. A palavra “amigo” só aparece no nosso CPC de 2015 para atestar casos de *suspeição* do magistrado (art. 145, I) e, por extensão, dos auxiliares da Justiça (art. 148, II) e de outros sujeitos imparciais do processo (art. 148, I e III) e, ainda, de *suspeição* de testemunha (art. 447, § 3º, I). Nenhuma relação há, pois, com o tema aqui em discussão.

Segundo porque, apesar da expressão latina, é muito pouco claro que o instituto tenha efetivamente surgido e se desenvolvido no direito romano. Quem o afirma são os historiadores e os romanistas em geral. Alguns chegam a dizer que, no máximo, no direito romano haveria algo próximo ao *amicus curiae*, o *consiliarius*.¹ Não há, contudo, maior desenvolvimento a respeito do assunto na doutrina que se voltou especificamente ao tema.

Consta que, no antigo direito inglês, o *amicus curiae* comparecia perante as cortes em causas que não envolviam interesses governamentais na qualidade de *attorney*

¹ SCARPINELLA BUENO, Cassio. *Amicus curiae no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático*, pp. 111-113. Consultar com proveito, também, as considerações de Ricardo Carlos Köhler, *Amicus curiae: amigos del tribunal*, pp. 1-4 e de Isabel da Cunha Bisch, *O amicus curiae, as tradições jurídicas e o controle de constitucionalidade*, pp. 17-19.

general ou, mais amplamente, de *counsels*. Nessa qualidade, o *amicus* tinha como função apontar e sistematizar, atualizando, eventuais precedentes (*cases*) e leis (*statutes*) que se supunham, por qualquer razão, desconhecidos para os juízes. É comum, a respeito, falar que uma das primeiras funções desempenhadas pelo *amicus curiae* era a de *shepardizing*. Essa palavra, empregada até hoje, significa a função de identificar os precedentes de cada caso, sua *ratio decidendi* e sua evolução para verificar seus usos, sua preservação, sua mutação ou, até mesmo, sua insubsistência.²

Tendo presente, ainda, o direito inglês, a doutrina menciona a figura expressamente no Século XVII, mais precisamente no ano de 1686, em caso envolvendo Sir George Treby, que foi convocado em um processo para se manifestar sobre o que havia decidido a respeito da aprovação de uma dada lei em que ele havia participado do processo legislativo. Um outro caso, ainda do Direito Inglês é *Coxe vs. Phillips* (1736), em que o *amicus curiae* aparece como verdadeiro informante de que um dado casamento era fraudulento e que por isso um determinado legado não podia ser concedido.³ O interessante deste caso para o direito processual civil brasileiro atual é que ele pouco se assemelha ao que, em geral, é tratado como *amicus curiae*. Para nós, uma “lide fraudulenta” impõe para o magistrado que profira “decisão que impeça os objetivos das partes”, o que fará com base no art. 142 ou, se transitada em julgado, o ajuizamento de rescisória com fundamento no art. 966, III, hipótese em que a legitimidade ativa não só é do Ministério Público (art. 967, III, “b”), mas também de eventuais lesados com a fraude (art. 967, II).⁴ A dificuldade é, contudo, como o juiz ou Ministério Público sabe que estão diante de uma lide fraudulenta. O assunto, nessa perspectiva, seria tratado como meio de prova, ao menos para o direito brasileiro. Nunca, contudo, como “intervenção de terceiro” ou, mais especificamente, como *amicus curiae*.

Isabel da Cunha Bisch narra, a propósito, as alterações para “reavaliar e normatizar o *amicus curiae*” no sistema jurídico inglês a partir de 2001, iniciativa que

² *Black's Law Dictionary*, p. 1.381.

³ SCARPINELLA BUENO, Cassio. *Amicus curiae no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático*, pp. 114-115.

⁴ O CPC de 2015 traz importante novidade sobre o tema ao admitir expressamente que o prazo bial para o ajuizamento da rescisória em tais casos tenha início somente quando houver ciência do ato.

deu origem ao “*Amicus curiae protocol working group*”. Por intermédio daquele ato, o *amicus curiae* converteu-se em “*Advocate to the Court*”.⁵

No direito norte-americano, as origens do *amicus curiae* podem ser divididas em dois grupos. No primeiro, estão dois casos em que, na perspectiva do direito brasileiro, o *amicus curiae* agiu como “advogado do Estado”. Em ambos, o representante judicial do Estado ingressou no processo para buscar a proteção de determinadas posições jurídicas do próprio Estado. A referência é feita aos casos *The Schooner Exchange vs. McFadden* (1812) e *Green vs. Biddle* (1823). No segundo grupo, já no século XX, sobretudo a partir dos anos 1970, o *amicus curiae* sofre uma importante mutação. Já não se admite apenas o “*amicus curiae* público (ou governamental)” mas também o “*amicus curiae* privado”. Privado no sentido não só de ser pessoa de direito privado (e não um representante do Estado como nos outros casos mencionados) mas também de buscar a tutela de interesses próprios. Muitos criticam tais intervenções, dada sua *parcialidade*. A admissão da intervenção pelos Tribunais, contudo, dá-se porque de alguma forma, entende-se que os interesses em jogo não estão suficientemente representados em juízo ao mesmo tempo em que não se cogita de outra modalidade de intervenção de terceiros ou, ainda, a impossibilidade de o processo passar a tramitar como *class action*. Os casos indicados, em geral, pela doutrina são os seguintes: *Wyatt vs. Stickney* (1972), *EEOC vs. Boeing Co.* (1985) e *United States vs. Michigan* (1987).⁶

Para contornar os problemas derivados da *parcialidade*, há diversas regras de contenção, inclusive relativas à necessidade de o interveniente declarar o financiador (ou patrocinador) de sua intervenção. Variados Estados americanos, tanto quanto no plano federal, possuem leis próprias para disciplinar esta modalidade interventiva.⁷

2. REFERENCIAIS DO INSTITUTO NO DIREITO BRASILEIRO ANTERIORES AO CPC DE 2015

Antes do CPC de 2015, a doutrina em geral discutia se determinadas situações “diferenciadas” de intervenção de terceiros, dispersas pela legislação processual civil

⁵ BISCH, Isabel da Cunha. *O amicus curiae, as tradições jurídicas e o controle de constitucionalidade*, pp. 30-31.

⁶ SCARPINELLA BUENO, Cassio. *Amicus curiae no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático*, p. 116-128.

⁷ Sobre o tema, v. *Idem*, pp. 125-126.

extravagante poderiam ser, ou não, referenciais de *amicus curiae*. A mim, particularmente, a resposta sempre me pareceu positiva, afastando a compreensão (simplista e insuficiente de que tais figuras seriam meras “intervenções *anômalas* de terceiros”),⁸ razão pela qual importa destacar aquelas hipóteses que se encontravam dispersas pelo ordenamento jurídico nacional.

- (a) O art. 31 da Lei 6.385/1976 admite a intervenção da CVM (Comissão de Valores Mobiliários) em processos relativos ao mercado de capitais.⁹
- (b) Os *capi* dos arts. 57, 118 e 175, Lei 9.279/1996 tratam da possibilidade de intervenção do INPI (Instituto Nacional de Propriedade Industrial) nos processos em que se questione nulidade de patente, de registro de desenho industrial e de marca, respectivamente.¹⁰
- (c) O art. 118 da Lei 12.529/2011 trata da intervenção do CADE (Conselho Administrativo de Defesa Econômica) em todos os processos relativos a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica.¹¹
- (d) O art. 49 da Lei 8.906/1994 admite a intervenção da OAB (Ordem dos Advogados do Brasil) para questionar em juízo (e fora dele) a escorreita aplicação do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil e da Advocacia.¹²

⁸ Para essa demonstração e explanação ampla sobre cada uma das hipóteses indicadas no texto, v. meu *Amicus curiae no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático*, pp. 143-333.

⁹ É a seguinte a redação do dispositivo legal: “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. § 1º. A intimação far-se-á logo após a contestação, por mandado ou por carta com aviso de recebimento, conforme a Comissão tenha, ou não, sede ou representação na comarca em que tenha sido proposta a ação. § 2º. Se a Comissão oferecer parecer ou prestar esclarecimentos, será intimada de todos os atos processuais subsequentes, pelo jornal oficial que publica expediente forense ou por carta com aviso de recebimento, nos termos do parágrafo anterior. § 3º. À Comissão é atribuída legitimidade para interpor recursos, quando as partes não o fizerem. § 4º. O prazo para os efeitos do parágrafo anterior começará a correr, independentemente de nova intimação, no dia imediato àquele em que findar o das partes”.

¹⁰ Todos os dispositivos legais têm a seguinte redação: “A ação de nulidade de patente será ajuizada no foro da Justiça Federal e o INPI, quando não for autor, intervirá no feito”.

¹¹ “Art. 118. Nos processos judiciais em que se discuta a aplicação desta Lei, o CADE deverá ser intimado para, querendo, intervir no feito na qualidade de assistente”.

¹² É a seguinte a redação do dispositivo legal: “Art. 49. Os Presidentes dos Conselhos e das Subseções da OAB têm legitimidade para agir, judicial ou extrajudicialmente, contra qualquer pessoa que infringir as disposições ou os fins desta Lei. Parágrafo único. As autoridades mencionadas no *caput* deste artigo têm, ainda, legitimidade para intervir, inclusive como assistentes, nos inquéritos e processos em que sejam indiciados, acusados ou ofendidos, os inscritos na OAB”.

- (e) O art. 5º da Lei 9.469/1997 disciplina a intervenção de pessoas jurídicas de direito público (federais) “independentemente da demonstração de interesse jurídico” para esclarecer questões de fato e de direito, juntar documentos e memoriais e, ainda, recorrer.¹³
- (f) No âmbito do controle de constitucionalidade, destaco o art. 7º, § 2º, da Lei 9.868/1999 segundo o qual “[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”.¹⁴
- (g) O art. 14, § 7º, da Lei 10.259/2001 também prevê a intervenção de “terceiros” na uniformização de jurisprudência que tem lugar em sede dos Juizados Especiais Federais,¹⁵ regra que vinha repetida – coerentemente – no art. 19, § 4º, da Lei 12.153/2009 para os Juizados Especiais das Fazendas Públicas, vetada, contudo, quando da promulgação daquela Lei.¹⁶
- (h) O art. 3º, § 2º, da Lei 11.417/2006 admite intervenção de “terceiros” no *processo* que objetiva a edição, revisão e cancelamento de Súmula vinculante perante o Supremo Tribunal Federal.¹⁷

¹³ “Art. 5º. A União poderá intervir nas causas em que figurarem, como autores 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”.

¹⁴ A mesma Lei 9.868/1999 introduziu os §§ 1º a 3º no art. 482 do CPC de 1973, que previam, de forma mais ou menos similar, a possibilidade daquela intervenção nos casos em que a constitucionalidade era discutida incidentalmente no processo, regras que encontram correspondência quase literal nos atuais §§ 1º a 3º do art. 950 do CPC de 2015.

¹⁵ “Se necessário, o relator pedirá informações ao Presidente da Turma Recursal ou Coordenador da Turma de Uniformização e ouvirá o Ministério Público, no prazo de cinco dias. Eventuais interessados, ainda que não sejam partes no processo, poderão se manifestar, no prazo de trinta dias”.

¹⁶ A redação do dispositivo era a seguinte: “§ 4º. Eventuais interessados, ainda que não sejam partes no processo, poderão se manifestar no prazo de 30 (trinta) dias.”. A despeito do veto, o melhor entendimento é que a previsão da Lei 10.259/2001 seja suficiente para reger a hipótese em todo o *microsistema* dos Juizados Especiais. A respeito, v. meu *Amicus curiae no processo civil brasileiro*, pp. 215-216 e nota 146.

¹⁷ Eis a redação do dispositivo: “§ 2º. No procedimento de edição, revisão ou cancelamento de enunciado da súmula vinculante, o relator poderá admitir, por decisão irrecorrível, a manifestação de terceiros na questão, nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal”.

- (i) O § 7º do art. 543-A do CPC de 1973, introduzido pela Lei 11.418/2006, também aceitava a intervenção de “terceiros” na identificação da repercussão geral dos recursos extraordinários,¹⁸ novidade introduzida no direito brasileiro pela Emenda Constitucional 45/2004.
- (j) Similarmente e, com esta informação o rol conclui-se, o § 3º do art. 543-C do CPC de 1973, incluído pela Lei 11.672/2008, admitia a intervenção de “terceiros” nos chamados “recursos especiais *repetitivos*”.¹⁹

Sempre me pareceu necessário distinguir dois grupos nas diversas previsões normativas mencionadas.

Nos casos enumerados das letras “a” a “e”, os intervenientes lá previstos sempre puderam ingressar no processo alheio fazendo-o em nome de sua própria razão *institucional* de ser. Sua atuação, por assim dizer, sempre se pautou para demonstrar as especificidades de um ramo do direito, de uma questão jurídica, para, enfim auxiliar o juiz a proferir uma decisão que levasse em consideração as peculiaridades da causa em que a intervenção se dava. Tanto que – e coerentemente – o interveniente era expressamente nominado (previsto) pela própria norma jurídica que a autoriza.

Permito-me tecer as seguintes observações sobre algumas daquelas previsões:

Com relação ao art. 5º da Lei 9.469/1997, trata-se de regra prevista no direito brasileiro desde o art. 70 da Lei 5.010/1966 e, de forma muito similar à previsão atual, desde o art. 7º da Lei 6.825/1980. A sua Exposição de Motivos, a bem da verdade a Exposição de Motivos da Medida Provisória 1.561-4/1997, que a antecedeu, é expressa quanto a se tratar de uma hipótese de *amicus curiae*. É por isto que não há como concordar com alguns autores que criticam a previsão, entendendo-a, até mesmo, inconstitucional porque não haveria assistência sem “interesse *jurídico*”. De fato, não há, pelo menos para o direito brasileiro, uma modalidade de *assistência* que independa do interesse *jurídico* do assistente.²⁰ Mas – é aqui que a pesquisa mais profunda faz toda a diferença – não se está tratando de assistência, mas de figura bem diversa e que com a assistência não se

¹⁸ Era a seguinte a redação do dispositivo: “§ 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”.

¹⁹ Era a seguinte a redação daquele dispositivo legal: “§ 3º. O relator poderá solicitar informações, a serem prestadas no prazo de quinze dias, aos tribunais federais ou estaduais a respeito da controvérsia.”.

²⁰ Para essa discussão, v. SCARPINELLA BUENO, Cassio. *Amicus curiae no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático*, pp. 225-229.

confunde (e não pode ser confundida).²¹ A hipótese é (sempre foi e continua a ser) de *amicus curiae*.

A OAB, nos termos do art. 49 da Lei 8.906/1994, intervém em processos para defender prerrogativas de advogado, demonstrar qual é a sua dinâmica e como elas devem ser observadas (ou não) em cada caso concreto. Não atua propriamente em prol do advogado, mas de suas *prerrogativas*, o que é bem diferente, porque se trata de uma perspectiva necessariamente *coletiva* (e necessariamente *institucional*) e não individual. Pode até ocorrer de a intervenção justificar-se para contrapor-se ao advogado, no afã de demonstrar que não há qualquer prerrogativa profissional em questão ou que ela, porque não observada, desautoriza determinado comportamento. O interesse que informa a intervenção não é – e nem pode ser – um interesse próprio do advogado individualmente considerado. Fosse assim, e estaríamos a tratar das modalidades tradicionais de intervenção de terceiro, como a assistência, com a adicional dificuldade de encontrar alguma relação jurídica titularizada pela própria OAB com o adversário do assistido em juízo ou com o próprio assistido.

Em todos os casos apontados nas letras “a” a “e”, aliás, cabe distinguir com precisão, que nada impede que a CVM, o INPI, o CADE, a OAB e as pessoas de direito público sejam *autores* ou *réus* nas mais variadas situações. Contudo, em tais casos, a sua atuação como *parte* afasta, por definição, a sua atuação como *terceiro* e, também por extensão, como *amicus curiae*.

Nas demais hipóteses, indicadas nas letras “f” a “j”, as previsões legislativas não são claras sobre *quem* pode intervir, limitando-se a admitir a intervenção genérica de *terceiros*. E quem é o *terceiro* que atuará no controle da constitucionalidade, na fixação de teses jurídicas no âmbito dos Juizados Especiais na identificação da repercussão geral ou, ainda, tendo presente o CPC de 1973, quem poderia intervir para discutir teses a serem fixadas no bojo dos recursos especiais repetitivos? Seriam estes intervenientes *amici curiae*? As respostas sempre mereceram ser positivas. Naqueles casos, o *sujeito* ou *ente* que pretenderá intervir fará toda a diferença para justificar a razão de ser daquela intervenção. Com as devidas ressalvas e cuidados, sempre necessários, quando se

²¹ Para uma renovada discussão sobre o alcance do dispositivo, v., com proveito, OLIVEIRA, Marco Antonio Perez de. Assistência e a intervenção da União segundo a Lei 9.469/1997. *Revista de Processo*, v. 245, em especial itens 5 a 8, pp. 68-76.

pretende “importar” figuras do direito estrangeiro para o direito nacional, são hipóteses similares que as doutrinas inglesa e norte-americana tratam quando expõem a força dos precedentes. A fixação (ou definição) dos precedentes pressupõe alguns atores, a discussão exaustiva dos argumentos favoráveis ou desfavoráveis de uma tese e, por isto, quanto mais desses argumentos fizerem-se *representar* em juízo, tanto melhor.²² Isso já era verdade sistemática para o direito brasileiro *antes* do CPC de 2015; com seu advento é princípio fundante do que venho chamando de “direito jurisprudencial”.²³

3. POSSIBILIDADE DE GENERALIZAÇÃO DO AMICUS CURIAE NO DIREITO PROCESSUAL CIVIL BRASILEIRO ANTES DO CPC DE 2015

Antes de ingressar no exame do art. 138 do CPC de 2015, há, ainda, a necessidade de mais uma reflexão para justificar a opção feita pela Comissão de Juristas, que, ao elaborar o Anteprojeto de novo Código de Processo Civil, entendeu, após algumas hesitações, felizmente corrigidas a tempo,²⁴ ser o caso de incorporar expressamente o instituto.²⁵

²² SCARPINELLA BUENO, Cassio. *Amicus curiae no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático*, pp. 528-533.

²³ Para a nomenclatura, a razão de seu emprego e a demonstração do referido princípio, v. meu *Novo Código de Processo Civil anotado*, p. 815-830, e o meu *Manual de direito processual civil*, pp. 633-640, ao tratar, em especial dos arts. 926 e 927.

²⁴ A referência é feita porque em determinado momento da elaboração do Relatório-Geral do Projeto da Câmara o *amicus curiae* figurou entre os “auxiliares da justiça” e não, como deve ser, entre as “intervenções de terceiro”. Não havia e não há como aceitar essa equiparação. Se ela fosse feita pela própria lei, os estragos dessa taxonomia seriam ainda piores. O estudo do *amicus curiae* deveria pressupor sua *imparcialidade* (que não se confunde com sua necessária “institucionalidade”) e sua *submissão* ao magistrado, características que não guardam nenhuma relação com o papel que pode ser desempenhado por aquele interveniente e menos ainda encontram amparo na análise da figura no direito estrangeiro.

²⁵ O art. 320 do Anteprojeto tinha a seguinte redação: “Art. 320. O juiz ou o relator, considerando a relevância da matéria, a especificidade do tema objeto da demanda ou a repercussão social da lide, poderá, por despacho irrecorrível, de ofício ou a requerimento das partes, solicitar ou admitir a manifestação de pessoa natural, órgão ou entidade especializada, no prazo de dez dias da sua intimação. Parágrafo único. A intervenção de que trata o *caput* não importa alteração de competência, nem autoriza a interposição de recursos”. O art. 322 do Projeto do Senado (PLS 166/2010) foi assim redigido: “Art. 322. O juiz ou o relator, considerando a relevância da matéria, a especificidade do tema objeto da demanda ou a repercussão social da controvérsia, poderá, de ofício ou a requerimento das partes, solicitar ou admitir a manifestação de pessoa natural ou jurídica, órgão ou entidade especializada, com representatividade adequada, no prazo de quinze dias da sua intimação. Parágrafo único. A intervenção de que trata o *caput* não importa alteração de competência, nem autoriza a interposição de recursos”. O art. 355 do Projeto da Câmara (PL 8.046/2010), do qual deriva o texto final, tinha a seguinte redação: “Art. 355. O juiz ou o relator, considerando a relevância da matéria, a especificidade do tema objeto da demanda ou a repercussão social da controvérsia, poderá, por decisão irrecorrível, de ofício ou a requerimento das partes ou de quem pretenda manifestar-se, solicitar ou admitir a manifestação de pessoa natural ou jurídica, órgão ou entidade

No fundo, em estreita harmonia com o que pioneiramente sustentei em sede monográfica, o *amicus curiae* tem como justificativa, na perspectiva do direito comparado, duas constatações que paulatinamente foram sendo incorporadas e tomando excepcional espaço também no direito brasileiro.

A primeira delas é a concepção que se passou a ter da *norma jurídica* e do papel da interpretação do direito é substancialmente diversa da que era a tradicional de outrora. É que alguns setores da doutrina vêm chamando (corretamente) de “crise do legalismo”. De forma extremamente simplificada, esta crise deve ser entendida como a preconcepção de que o *texto* da lei não corresponde à *norma* jurídica, esta sempre dependente de necessária e prévia interpretação. Assim, o dogma tradicional de que “o juiz é a boca da lei” cai por terra.²⁶ A valoração passa a ser elemento integrante (e consciente) da interpretação (criação) do texto jurídico. E como garantir que os valores pessoais do magistrado não influenciem a interpretação a ser dada ao texto jurídico? Ou eles podem influenciar, desde que o façam de maneira virtuosa?

A segunda constatação é o papel que, gradativamente, os “precedentes judiciais” passaram a ocupar no direito brasileiro, como boa parte dos diplomas legislativos mencionados no n. 3, *supra*, demonstram bastante. Particularmente, não sou dos que entende que o direito brasileiro vem migrando em direção a *common law*, afirmação tão simplista como comum de ser feita, máxime após o CPC de 2015. O que cabe relevar, *independentemente* da existência, ou não, desta migração ou, quando menos, de uma maior influência do sistema jurídico típico dos ordenamentos de *common law*, é que o direito constitucional brasileiro passou a admitir, de maneira expressa, o caráter *vinculante* de determinadas decisões emanadas do Supremo Tribunal Federal desde a Emenda Constitucional 45/2004. E de forma mais ampla e mais generalizada, o caráter

especializada, com representatividade adequada, no prazo de quinze dias da sua intimação. § 1º. A intervenção de que trata o *caput* não implica alteração de competência, nem autoriza a interposição de recursos. § 2º. Caberá ao juiz ou relator, na decisão que solicitar ou admitir a intervenção de que trata este artigo, definir os poderes do *amicus curiae*. § 3º. O *amicus curiae* pode recorrer da decisão que julgar o incidente de resolução de demandas repetitivas.”

²⁶ São diversos os autores que se debruçam sobre o tema. Por todos, v. ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*, pp. 235-236. De minha parte, tomo a liberdade de enviar o leitor ao que expus em meu *Amicus curiae no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático*, pp. 49-73.

persuasivo das decisões de todos os demais Tribunais acabou sendo uma constante nas últimas reformas encartadas no CPC de 1973 ainda na primeira década do ano 2000.²⁷

O CPC de 2015, tanto quanto o Anteprojeto do qual derivou, é pródigo nessas duas tendências. Foi essa inegável tendência de então que acabou por justificar a *diretriz* de que “[o]s tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente”, expressamente agasalhada pelo art. 926 do CPC de 2015.

É ler, a propósito, o que consta da Exposição de Motivos que acompanhou o Anteprojeto de novo Código de Processo Civil:

“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.

Com objetivo semelhante, permite-se no novo CPC que os Tribunais Superiores apreciem o mérito de alguns recursos que veiculam questões relevantes, cuja solução é necessária para o aprimoramento do Direito, ainda que não estejam preenchidos requisitos de admissibilidade considerados menos importantes. Trata-se de regra afeiçoada à processualística contemporânea, que privilegia o conteúdo em detrimento da forma, em consonância com o princípio da instrumentalidade”.²⁸

²⁷ Essa distinção é bem desenvolvida por José Rogério Cruz e Tucci (*Precedente judicial como fonte do direito*, pp. 304-312) e, mais recentemente, em Parâmetros de eficácia e critérios de interpretação do precedente judicial. *Direito jurisprudencial*, p. 11, e Rodolfo de Camargo Mancuso (*Divergência jurisprudencial e súmula vinculante*, pp. 426-447).

²⁸ A justificativa dada pela Exposição de Motivos do Anteprojeto de novo CPC é tão mais relevante por vir inserida no contexto de que o Anteprojeto objetivava “converter o processo em instrumento incluído no contexto social em que produzirá efeito o seu resultado”.

Sem pretender nessa sede ir além que as meras constatações que acabei de noticiar, o que é certo é que o aporte de elementos “valorativos” ou, quando menos, *informativos*, e os impactos da fixação de um “precedente”, nome pomposo para indexador jurisprudencial, é função que, bem entendidas as origens do *amicus curiae* na Inglaterra e nos Estados Unidos, eram por ele desempenhadas na já mencionada função do “*shepardizing*”.

Por incrível que pareça, esta é uma função que as previsões normativas apontadas nas letras “f” a “j” do n. 3, *supra*, já autorizavam à época da vigência do CPC de 1973, mormente após as últimas modificações nele introduzidas. É certo que a tecnologia atual facilita – e muito – a identificação de julgados e de precedentes. Mas o problema não é só de *identificação*, mas, muito mais do que isto, de *formação* e de *escorreita aplicação*; de *interpretação* das normas jurídicas em geral, inclusive diante de eventuais precedentes, até para verificar se eles se aplicam ou não ou se devem ser mantidos ou não. São estas funções de *formação*, de *aplicação* e de *interpretação* que justificam a atuação de alguém como o *amicus curiae*.

Assim, os *terceiros* identificados naquelas previsões legislativas acabam, de alguma forma, *colaborando* com a produção dos “precedentes” da nossa jurisprudência, cientes que tais *precedentes*, porque o são, poderão ser empregados em casos futuros atingindo um número sem fim de pessoas e situações que não necessariamente têm condições de ser avaliados no julgamento do caso concreto. É como se tais pessoas ou situações ganhassem, com a efetiva participação de tais *terceiros*, uma voz no processo atual e pendente, uma voz que permitirá mais adequada, porque mais discutida, mais pensada, mais valorada, interpretação dos textos jurídicos diante das diversas situações e pessoas que ela quer disciplinar.

É nesse contexto – e com os olhos voltados ao direito brasileiro – que cabe enfatizar o que venho chamando de “modelo constitucional do direito processual civil” e a necessidade de toda a dogmática do direito processual civil ser reformulada, quiçá *reconstruída*, a partir da Constituição Federal.²⁹ Neste sentido, o “princípio do

²⁹ É esta a proposta que animou e continua a animar a construção de meu *Curso sistematizado de direito processual civil*. Expresso no sentido do texto é o que consta das páginas 119-244 do vol. 1 da 8ª edição. Voltei-me ao tema de forma mais incisiva (e mais sintética), como se pode ler do meu *Manual de direito processual civil*, pp. 45-87, formulando expressamente o convite sugerido no texto.

contraditório” ganha novos contornos, uma verdadeira atualização, transformando-se em “colaboração”, “cooperação” ou “participação”.³⁰ E “colaboração”, “cooperação” ou “participação” no sentido de propiciar, em cada processo, condições ideais de decisão a partir dos diversos elementos de fato e de direito trazidos perante o magistrado para *influenciar* sua decisão. Um contraditório *substancial*, portanto; não um contraditório como (mero) sinônimo de defesa ou de resistência, um contraditório *formal*, como mera posição jurídica processual. Contraditório, é o caso de enfatizar, como possibilidade de *participação* para *influenciar* na convicção do magistrado. Influenciar no melhor sentido do Estado Democrático de Direito. Não no sentido de buscar a unanimidade do pensamento mas o *consenso* sobre os temas postos para discussão. Nesse sentido, o *amicus curiae* é (só pode ser) um agente do contraditório no sentido de “colaboração”.³¹ Um *agente* que aporta elementos de fato e de direito para *dentro* do processo para viabilizar uma decisão que leve em conta tais elementos; um *agente* da valoração inerente à interpretação da norma jurídica; um *agente* voltado à construção discutida de precedentes judiciais. E isso tudo, vale a pena frisar, antes e independentemente do advento do CPC de 2015, já que a fonte normativa que justifica o que acabei de escrever é a própria Constituição Federal.

Sempre entendi o *amicus curiae*, por tais razões, com um ponto de contato entre a dicotomia usualmente feita pela nossa doutrina entre o “direito processual *individual*” e o “direito processual *coletivo*”.³²

Com efeito, no “direito processual civil *individual*”, entre Caio e Tício, são previstas e aceitas diversas modalidades de intervenção de terceiro. No entanto, Tércio, quando pretende intervir nestes processos pretende a tutela de um direito seu, ainda que os contornos de *seu* direito dependam da definição de um direito *alheio*. São intervenções nitidamente egoísticas, voltadas à tutela (sempre no sentido de *proteção*) de direito próprio.

³⁰ SCARPINELLA BUENO, Cassio. *Amicus curiae no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático*, pp. 84-90.

³¹ Ao comentarem o art. 138, Teresa Arruda Alvim Wambier, Maria Lucia Lins Conceição, Leonardo Feres da Silva Ribeiro e Rogério Licastro Torres de Mello (*Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil*) acolhem expressamente esse entendimento, p. 256.

³² Correta, portanto, a iniciativa de Eduardo Cambi e de Kleber Ricardo Damasceno (*Amicus curiae e o processo coletivo: uma proposta democrática. Revista de Processo*, v. 192) ao proporem a generalização do *amicus curiae*, que acabou prevalecendo com o CPC de 2015, a partir da discussão de seu papel naquele contexto, p. 13.

No “direito processual *coletivo*”, o fenômeno ocorre de maneira diversa. E nem poderia ser diferente pela necessária diferenciação do direito material quando existente como tal no plano material ou, quando menos, tratado de forma coletiva. Desta forma, são concebíveis modalidades de intervenção diferentes sem a preocupação *individualista* de proteção de direito próprio. Pode-se pensar em tutelar “direito alheio” que sequer pode ser subjetivado em alguém em determinado instante. É esta a grande chave de compreensão do problema da *legitimação* no âmbito do direito processual coletivo e que afeta, evidentemente, não só a identificação de quem pode ser *condutor* do processo (no sentido tradicional de *autor* e, até mesmo, de *réu*) mas também – e em idêntica proporção – quem pode pretender intervir naquele processo e a que título, na qualidade de *terceiro*, portanto.

4. CONFRONTO COM PARADIGMAS DO DIREITO PROCESSUAL CIVIL TRADICIONAL

Antes do CPC de 2015 sempre foi usual, repito, a afirmação de que o *amicus curiae* era intervenção *sui generis* ou “anômala” de terceiros. A mim sempre me pareceu se tratar de constatação pouco científica. Distinguir uma ou mais figuras de outra é fundamental; mas é insuficiente.

Tão mais importante a lembrança desta “meia conceituação” diante do que acabei de acentuar. A distinção entre o “direito processual *individual*” e o “direito processual *coletivo*” e o ponto de contato anteriormente destacado ficam mais evidentes quando comparamos as informações até aqui disponibilizadas com alguns referenciais existentes no nosso direito processual civil, alguns “paradigmas de análise”, portanto.

Afirmar que o *amicus curiae* é “sujeito do processo” é insuficiente. Todos que participam do processo a qualquer título são sujeitos do processo. A expressão é ampla demais e não traz nenhum elemento apto a distinguir um sujeito do outro.³³

Catalogar o *amicus curiae* como “auxiliar da justiça” nada acrescenta à pesquisa; não, pelo menos, no sentido técnico em que aquela expressão já era e continua a ser tratada no nosso Direito. Isto porque a figura do “auxiliar da justiça” pressupõe alguma hierarquia

³³ Não será por outra razão, aliás, que o Livro III da Parte Especial do CPC de 2015, que se estende do art. 70 ao art. 187, foi chamada de “sujeitos do processo”.

entre ele e o órgão jurisdicional. Não consta que exista hierarquia entre o *amicus curiae* e o magistrado. Pressupõe, quando menos, *imparcialidade* do auxiliar, que até pode ocorrer nos casos de *amicus curiae*. Não se trata, contudo, de atributo a ser exigido generalizada e indistintamente, mas sempre levando em conta quem e por quê pretende atuar na qualidade de *amicus curiae*.³⁴

Mesmo quando focamos mais precisamente em três dos diversos auxiliares da justiça, o perito, o intérprete e o tradutor (arts. 156 a 158 e 162 a 164, respectivamente), a resposta é a mesma.

Por isso, nunca me pareceu correto concordar com o entendimento que buscava equiparar o *amicus curiae* ao perito ou à prova pericial. O problema, ao menos para o direito brasileiro, sempre foi – e continua a ser – de *tipicidade*. O papel desempenhado pelo perito e as hipóteses de cabimento da prova pericial são muito bem identificadas no nosso direito processual civil. Não há como amoldar o *amicus curiae* àquelas situações. Sua participação no processo extrapola a finalidade que justifica a realização de uma perícia e, conseqüentemente, a nomeação de um perito. Ademais, o grau de imparcialidade exigido do perito (art. 156, § 4º) não se relaciona com o que se exige para atuação do *amicus curiae*, na forma que discuto mais adiante.

O mesmo se diga com relação ao intérprete ou ao tradutor. O seu papel é descrito restritivamente pelo direito processual civil brasileiro. Ele é nomeado para viabilizar a comunicação do magistrado com línguas estrangeiras ou com pessoas incapazes de se comunicar pela fala (art. 162). Nenhuma relação, destarte, com o que se tratou, até aqui, com relação ao *amicus curiae*.

Saindo do campo dos auxiliares da justiça, o *amicus curiae* também não se equipara a modalidades de prova. As testemunhas, por exemplo, são convocadas a juízo para manifestar-se sobre fatos. Sequer de testemunhas técnicas se pode cogitar pela simples razão que elas, não existem como meios de prova *típicos* no nosso direito, mesmo no âmbito do CPC de 2015. Mesmo que admitamos tais testemunhas como “provas *atípicas*”, passíveis até mesmo de negociação entre as partes com fundamento no art. 190, e, ainda assim, elas serão voltadas à demonstração da existência ou inexistência de fatos

³⁴ Para o assunto, v. o meu *Amicus curiae no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático*, pp. 486-492.

ou as consequências de fatos. Nenhuma relação, destarte, com a interpretação do direito, sua necessária valoração ou os efeitos decorrentes dos precedentes judiciais, o mote interventivo do *amicus curiae*.

Também o que chamamos de “curador especial” não guarda nenhuma relação com o que, até aqui sabemos do *amicus curiae*. O “curador especial” age em prol do direito de alguém bem definido e conhecido. É agente do contraditório, sem dúvida alguma, mas do contraditório “tradicional”, no sentido de ampla defesa, e não do “contraditório-cooperação” destacado precedentemente. É ler o art. 72.

Uma última figura bem conhecida do nosso direito processual civil merece destaque no desenvolvimento desta análise comparativa. Refiro-me ao “fiscal da lei” ou, como quer o CPC de 2015, “fiscal da *ordem jurídica*”, ou *custos legis*, função que é tradicionalmente exercida, entre nós, pelo Ministério Público e que, nessa qualidade, encontra sua disciplina nos arts. 176 a 181.³⁵

Particularmente, estou convencido de que não me parece coincidência a tradição do direito inglês e do direito norte americano não conhecerem, pelo menos com os contornos do nosso, figura próxima ao *custos legis*. Lembrando de um dos casos reputados como “precedentes” para as origens e desenvolvimento do *amicus curiae* (v. n. 2, *supra*), o da colusão das partes para enganar o marido, o papel por ele desempenhado é típico caso de intervenção do *custos legis* para nós. O nosso direito admite, até, repito, a legitimidade para o Ministério Público para ação rescisória na hipótese de haver simulação ou colusão das partes (art. 967, III, “b”). A proximidade das duas figuras, pelo menos em tais casos, é impressionante.

Iria além: se coubesse à doutrina norte-americana examinar a função desempenhada pelo nosso Ministério Público no seu mister de “fiscal da ordem jurídica” ele certamente seria classificado como “*amicus curiae* publico ou governamental” em oposição ao que lá é chamado de “*amicus curiae privado*”.³⁶ E certamente chamaria a

³⁵ Para uma discussão atualizada do papel do Ministério Público ao exercer aquela função, v. Elton Venturi, A voz e a vez do interesse público em juízo: (re)tomando a sério a intervenção *custos legis* do Ministério Público no novo processo civil brasileiro, sustentando a relevância da atuação ministerial como *representante adequado* do interesse público de natureza difusa e indisponível, p. 113.

³⁶ Sobre esta classificação na doutrina norte-americana, v. *Amicus curiae no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático*, pp. 471-476.

atenção as hipóteses acima arroladas nas letras “a” a “e”, levando em conta as finalidades interventivas previstas em cada um daqueles dispositivos legais.

Com relação às variadas intervenções de terceiro, a sua distinção com o *amicus curiae* repousa mais – e por mais paradoxal que possa parecer – no direito *material* do que no direito *processual*.

Sim, porque o *interesse jurídico* que justifica a intervenção de um assistente (o simples ou o litisconsorcial) é, como já destaquei, um interesse *próprio*, verdadeiramente *egoístico*. O assistente intervém invariavelmente para defender interesse *próprio*. E se destacamos a circunstância de ele atuar em prol de uma das partes e em detrimento da outra, o que o move a fazê-lo é o seu próprio direito, ainda que o direito dependa da existência de outro direito perante outro sujeito.³⁷ Ele, o assistente, não é altruísta; muito pelo contrário.³⁸ Fosse e certamente não teria legitimidade para intervir no processo. Não, ao menos, na perspectiva do “direito processual civil *individual*”.

Idêntica orientação cabe para as demais modalidades de intervenção de terceiro classificadas como tais pelo Código de Processo Civil. É a situação de direito material própria que justifica, em todos os casos, a intervenção. O terceiro intervém para a tutela de direito próprio ainda que, que isso fique bem claro, a tutela de *seu* direito dependa da tutela do direito *alheio*. Mesmo em tais casos, contudo, de direitos *próprios*, *subjetivados*, se está tratando.

A conclusão é igual para as modalidades de intervenção de terceiro *dispersas* no Código de Processo Civil.³⁹ De toda esta tarefa, são pertinentes duas conclusões.

A primeira: a comparação do *custos legis* e do *amicus curiae* é a única que, mesmo antes do CPC de 2015, rendia ensejo a maior reflexão. O desafio que se punha,

³⁷ Questão interessante, aliás, é a que distingue a “assistência *simples*” da “assistência *litisconsorcial*” na intensidade do direito discutido em juízo entre as partes. Quando a influência é indireta (mediata), a hipótese é de “assistência *simples*”. Quando a influência é direta (imediate), a hipótese é de “assistência *litisconsorcial*”.

³⁸ Raciocínio similar é desenvolvido por Ricardo Carlos Köhler (*Amicus curiae: amigos del tribunal*, p. 236) para o direito argentino, distinguindo o *interesse* do *amicus curiae* do interesse que justifica a “*intervención voluntaria y adhesiva*” daquele direito. “*Esa situación en nada se asemeja a la del amicus curiae, quien además sólo (según la legislación vigente) interviene en causas donde a priori existe un interés público, o al menos general, y siempre ajeno, mientras que el tercero, al incorporarse al proceso, en adelante sostendrá una posición en defensa de un interés propio*”.

³⁹ São modalidades de intervenção de terceiros *dispersas* no Código de Processo Civil: recurso de terceiro prejudicado, embargos de terceiro, oposição e as intervenções durante o cumprimento de sentença ou processo de execução fundada em título executivo extrajudicial como se dá, por exemplo, na adjudicação por terceiro, no concurso de credores ou, ainda, na intimação de credores com garantia de direito real.

contudo, é não confundir a *função* do *custos legis* com função a ser desempenhada pelo Ministério Público. Menos ainda em caráter de *exclusividade*. O que quero dizer com a afirmação é que para a comparação renda frutos, mister deixar de entender que o Ministério Público é o único órgão que pode ser *custos legis*; qualquer entidade pública pode desempenhar aquele papel para a tutela de interesses que justifiquem a sua intervenção em situações similares.

A mim sempre me parece muito claro que o *mesmo* papel tradicionalmente reservado para o Ministério Público para atuar na qualidade de *custos legis* pode (e deve) ser desempenhado (ou, mais corretamente, passar a ser desempenhado) por outros entes com a mesma vocação altruísta do Ministério Público. É neste contexto que a intervenção da CVM, do INPI, do CADE e, até mesmo – e, sobretudo – da OAB nos termos dos dispositivos legais já destacados merece ser reexaminada ou, atrevo-me a afirmar, *reconstruída*. A intervenção das próprias pessoas de direito público nos termos do art. 5º da Lei 9.469/1997, a despeito da discussão sobre sua subsistência com o CPC de 2015,⁴⁰ não pode ser descartada para esse mesmo fim, ainda que seja relevante distinguir, em tais casos, os chamados “interesses públicos *primários*” dos “interesses públicos *secundários*”.⁴¹

Não se trata de tirar nada do Ministério Público e, muito menos, de apequenar aquela instituição e suas funções derivadas diretamente do “modelo constitucional do direito processual civil”. Trata-se, bem diferentemente, de reconhecer que há valores diversos e dispersos na sociedade civil organizada e no Estado brasileiro – cujo modelo é Democrático de Direito – e que há mais de um *legítimo portador* de tais valores, inclusive para e no ambiente jurisdicional. Há, é esta a verdade, outros atores sociais e governamentais que devem atuar ao lado do Ministério Público e sem prejuízo de sua própria atuação. É a interpretação que mais se afina ao “modelo constitucional do direito processual civil”. É solução que, não coincidentemente, harmoniza-se com a chamada “legitimação *concorrente e disjuntiva*”, típica do nosso “direito processual *coletivo*”.⁴²

⁴⁰ V. a nota 63, *infra*.

⁴¹ Para essa discussão, v., por todos, BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*, pp. 32-33.

⁴² Legitimação concorrente e disjuntiva porque qualquer um dos colegitimados pode tomar a iniciativa de demandar em juízo independentemente da concordância ou ciência dos demais. Para o assunto, v. MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação civil pública*, pp. 117-120.

A segunda conclusão: a *qualidade* do interesse que justifica a intervenção do *amicus curiae* é totalmente diversa daquela que justifica todas e quaisquer modalidades de intervenção de terceiro que o nosso direito processual civil tradicionalmente conhece. O *amicus curiae* é (tem que ser) altruísta. É o que basta para estremar a razão de sua intervenção com a do assistente e demais intervenientes nos moldes tradicionais.

A diferença geralmente negligenciada pela nossa doutrina entre “interesses” e “direitos” pode (e deve) ser mais bem examinada a este propósito.⁴³ Aceitando o que até aqui expus, o *amicus curiae* aparece como portador de verdadeiros *interesses* e não de *direitos* propriamente ditos. Justamente porque ele, o *amicus curiae*, não defende, por definição, direito seu, uma situação jurídica própria sua, que ele próprio possa usufruir diretamente no sentido tradicional. A afirmação mostra-se bastante acertada na análise da doutrina norte-americana que entende que a intervenção do *amicus curiae* justifica-se para suprir, de alguma maneira, um problema de sub-representação de interesses que podem ser afetados com a decisão a ser tomada.

Nesse sentido, o *interesse* do *amicus curiae* não é (e nem pode ser) um “interesse *jurídico*” no sentido que conhecemos para as intervenções de terceiro em geral, destacadamente nos casos de assistência. Mas também não é (ou pode não ser) bastante para ser um “interesse *coletivo*” porque, fosse assim, o *amicus curiae* promoveria, ele próprio, a ação coletiva. Só que, se assim fosse, ele seria *autor* e não *terceiro* que pretende intervir. É esta a razão pela qual venho propondo a compreensão do *interesse* que autoriza a intervenção do *amicus curiae* de maneira diversa, como “interesse *institucional*”, que se localiza a meio termo entre o “interesse *jurídico*” e o “interesse *coletivo*”.⁴⁴ Por isso a referência que fiz no n. 4, *supra*, sobre o interesse do *amicus curiae* representar um ponto de contato entre o “direito processual *individual*” e o “direito processual *coletivo*”. Não se trata, evidentemente, de querer inventar rótulos ou expressões para se sobrepor a outras. Nunca houve de minha parte, nenhum ânimo de inventar modismos ou neologismos. Trata-se, antes e muito mais profundamente, de dar nomes novos a

⁴³ Para formulações recentes dessa distinção na doutrina estrangeira, v. GOZINI, Osvaldo A. *La legitimación en el proceso civil*, esp. pp. 217-255.

⁴⁴ Para essa demonstração, v. *Amicus curiae no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático*, pp. 412-467.

realidades jurídicas totalmente novas. A proposta quer, por isso mesmo, ser a mais científica possível.⁴⁵

Em suma, o que caracteriza (e justifica) a intervenção do *amicus curiae* é um “interesse institucional”, qualitativamente diverso do “interesse jurídico”, típico das modalidades tradicionais do direito processual civil brasileiro. E, confirmando o que já acentuei, a enorme distinção entre uma e outra classe de interesses reside no plano *material* e não no *processual*.⁴⁶ Por isto, aliás, a aproximação com o “direito processual coletivo” mostra-se tão relevante e tão importante. O *contexto* de análise dos institutos processuais no âmbito do “direito processual coletivo” é mais adequado para o estudo do *amicus curiae*. Pelo menos para a construção da figura no direito brasileiro.

Sempre me perguntei, a partir dos elementos de pesquisa e das reflexões até aqui expostas sobre a possibilidade de *generalizar* o instituto para além das previsões normativas destacadas no n. 2, *supra*. A resposta sempre me pareceu positiva porque a intervenção do *amicus curiae*, bem entendida a sua razão de ser, deriva direta e imediatamente do “princípio do contraditório” devidamente compreendido e reconstruído a partir do “modelo constitucional do direito processual civil”, levando-se em conta, como não pode deixar de ser, os valores ínsitos ao modelo de Estado brasileiro, Democrático e de Direito.

Tanto assim que sustentava no trabalho monográfico que escrevi sobre o tema que reconhecia legitimidade a todos os detentores de legitimidade ativa para as “ações coletivas” para, querendo, atuar na qualidade de *amicus curiae*. E não só. Se eram (e continuam a ser) representantes adequados de “interesses coletivos”, com mais razão para tutelar “interesses institucionais”. Todo aquele, pessoa jurídica ou natural, que demonstrar ser um *adequado portador de interesses institucionais* já podia, mesmo antes do CPC de 2015, pretender sua intervenção na qualidade de *amicus curiae*. Assim, por exemplo, um professor, em função do respeito acadêmico que possui na academia e na sua área de atuação; um jurista; uma Organização Não-Governamental e uma entidade

⁴⁵ Para essa discussão, v. o meu *Amicus curiae no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático*, pp. 335-467.

⁴⁶ Até porque, do ponto de vista *processual*, nada há de errado, muito pelo contrário, segundo penso, em adotarmos, enquanto não há lei própria para disciplinar a intervenção do *amicus curiae* a disciplina que o próprio Código de Processo Civil reserva para o assistente para aquela mesma finalidade. Para essa discussão, v. *Amicus curiae no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático*, pp. 482-485.

governamental não prevista nas previsões normativas destacadas, inclusive no âmbito dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. O que sempre me pareceu necessário para admitir a intervenção é que aquele que pretendesse intervir mostre-se adequado portador de interesses institucionais “fora” do plano processual e demonstrasse a importância de aqueles mesmos interesses interferirem, em alguma medida, no que estava posto para discussão perante o Estado-juiz.

Medida importante para aquilatar o “interesse *institucional*” é a *imparcialidade* do *amicus curiae*. A hipótese é de *imparcialidade*, vale a pena frisar, e não de *neutralidade* ou de necessário *altruísmo*. Neutro quem *deve ser* é o magistrado e seus auxiliares da Justiça. O *amicus curiae* deve ser *imparcial* no sentido de que o processo não o afeta diretamente, não afeta *direito* seu. É evidente que o *amicus curiae* pretende ver tutelado o interesse (institucional) que justifica sua intervenção e atuará para a sua respectiva tutela jurisdicional. Não há como desconsiderar essa realidade e, menos ainda, negar que a intervenção se dê justamente diante da existência, que pode ser mais ou menos discreta, deste interesse. O que não pode haver é *direito seu*, do próprio *amicus curiae* no processo em curso. Se houver, a hipótese é (ou, quando menos, pode ser) de intervenção de terceiro nas modalidades tradicionais e, a depender da intensidade do *direito*, de o interveniente pretender seu ingresso em juízo como *parte*, ainda que em litisconsórcio. A *imparcialidade* deve ser compreendida, assim – e sem receio de empregar um neologismo nem a tautologia – como *institucionalidade*, a ser aferida caso a caso vedadas as generalizações.⁴⁷

A doutrina norte-americana é bastante fecunda a respeito do tema e propõe a distinção dos “*amici curiae* públicos (governamentais)” dos “*amici curiae* privados”. Nestes, o grau de imparcialidade deve ser identificado de uma forma; naqueles, de outra. Também é medida a ser empregada para avaliar a existência desta imparcialidade a circunstância de o *amicus curiae* ser “convidado” a intervir ou tomar a iniciativa de fazê-

⁴⁷ Uma vez mais aqui, envio o interessado ao que escrevi em meu *Amicus curiae no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático*, pp. 486-492. No mesmo sentir: CABRAL, Antonio do Passo. *Comentários ao Código de Processo Civil*, pp. 212.

lo.⁴⁸ Sempre defendi que aquela dicotomia merecia ser adotada e desenvolvida na prática brasileira.⁴⁹

Em trabalho mais recente sobre o tema, Tatiana Machado Alves sustenta a necessidade de o *amicus curiae* indicar, ao pretender seu ingresso, de que lado pretende atuar e informar o que for necessário para justificar seu interesse inclusive no que toca a eventual financiamento.⁵⁰ É medida que, no ambiente de um Código, como o de 2015, que releva a boa-fé objetiva e a cooperação (arts. 5º e 6º, respectivamente), merece ser considerada e difundida para discernir quem merece e quem não merece atuar na qualidade de *amicus curiae*, mesmo que “privados” ou, também para fazer uso de classificação usual na doutrina norte-americana, “parciais”.⁵¹

5. A DISCIPLINA CODIFICADA DO AMICUS CURIAE

Tecidas as considerações que ocupam, a título introdutório, os números anteriores, cabe voltar a atenção ao art. 138 do CPC de 2015 e, conseqüentemente, a disciplina que o novo Código deu ao *amicus curiae*.⁵²

Seguindo os passos da Comissão de Juristas, que propôs a figura em seu Anteprojeto, e os Projetos do Senado e da Câmara, o CPC de 2015 acabou por disciplinar expressamente a intervenção do *amicus curiae* como modalidade diferenciada de intervenção de terceiros, *generalizando-a*, em contraposição às específicas previsões que,

⁴⁸ É bastante útil, a propósito, classificar a intervenção do *amicus curiae* em “provocada” ou “espontânea”, a exemplo, aliás, do que parcela da doutrina propõe para as modalidades tradicionais de intervenção de terceiro. A respeito do assunto, colacionando a decisiva contribuição ao tema de Athos Gusmão Carneiro, v. meu *Amicus curiae no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático*, pp. 476/479.

⁴⁹ Neste sentido, v. *idem*, pp. 471-476 e pp. 486-492.

⁵⁰ Primeiras questões sobre o *amicus curiae* no novo Código de Processo Civil, item 4.1.

⁵¹ Exata e rigorosamente, pois, o que já sustentava em meu *Amicus curiae no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático*, p. 490.

⁵² É a seguinte a redação daquele dispositivo codificado: “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*. § 3º. O *amicus curiae* pode recorrer da decisão que julgar o incidente de resolução de demandas repetitivas”.

até então, encontravam-se dispersas no sistema processual civil.⁵³

Trata-se da possibilidade de terceiro intervir no processo por iniciativa própria, por provocação de uma das partes⁵⁴ ou, até mesmo, por determinação do magistrado com vistas a fornecer elementos que permitam o proferimento de uma decisão que leve em consideração interesses dispersos na sociedade civil e no próprio Estado. Interesses que, de alguma forma, serão afetados pelo que vier a ser decidido no processo em que se dá a intervenção.

Em um Código que aceita a força *criativa* da interpretação judicial, abandonando inequivocamente o padrão de mera *legalidade* hermenêutica (v.g.: arts. 8º e 140), e o caráter normativo dos precedentes (não obstante as críticas e as ressalvas que, a este respeito, entendo merecerem ser feitas),⁵⁵ a *prévia* oitiva do *amicus curiae* para viabilizar um maior controle da qualidade e da valoração dos fatos e das normas jurídicas a serem aplicadas é de rigor. O *amicus curiae* é o agente que quer viabilizar aquele *modus operandi*, *legitimando* e *democratizando* as decisões jurisdicionais.

Importa frisar que o art. 138 convida ao entendimento de que a figura do *amicus curiae* foi, vez por toda, *generalizada* no direito brasileiro. Não há mais razão, destarte, para questionar — como era pertinente para o CPC de 1973 —, ser era possível (ou desejável) estender aquela modalidade interventiva para além dos casos que, de uma forma ou de outra, diziam respeito a ele.⁵⁶ Por isso, aliás, ser tão importante, mesmo diante da nova codificação e do dispositivo aqui comentado rememorar, como fiz nos

⁵³ Rotulando de sadia a intenção do legislador é a lição de Cândido Rangel Dinamarco e de Bruno Vasconcelos Carrilho Lopes (*Teoria geral do novo processo civil*, p. 164). Marcelo Abelha (*Manual de direito processual civil*, p. 283), de seu turno, escreve que “[a] previsão da intervenção de terceiro pelo *amicus curiae* no Código de Processo Civil, aprimorando esta forma de intervenção que já havia sido experimentada em diplomas legislativos esparsos (artigo 7º, § 2º, da Lei 9.868/1999, artigo 14, § 7º, da Lei 10.259/2001, artigo 3º, § 2º, da Lei 11.417/2006) mostra o avanço do direito processual civil brasileiro e em especial no sentido de reconhecer a importância do dever de colaboração e do contraditório na formação de uma decisão justa e adequada ao direito objeto do litígio, especialmente considerando as diversas e complexas situações jurídicas da nossa sociedade (plural e heterogênea) que são resolvidas pelo Poder Judiciário”.

⁵⁴ Admitindo que o assistente simples requeira a intervenção do *amicus curiae* é o Enunciado FPPC 388: “O assistente simples pode requerer a intervenção de *amicus curiae*”, orientação que merece ser entendida no contexto da assistência simples. Para que o pedido do assistente seja acolhido importa que assistido também pleiteie a atuação do *amicus curiae* ou, quando menos, não pratique nenhum ato que possa se mostrar incompatível com aquela intervenção.

⁵⁵ É o que me ocupa nos trabalhos e nos locais já indicados na nota de rodapé n. 78, *infra*.

⁵⁶ Que foi uma das preocupações centrais do meu multicitado *Amicus curiae no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático*. Para mim, aliás, a intervenção do *amicus curiae* derivava (e continua a derivar, não obstante o art. 138) *diretamente* do “modelo constitucional do direito processual civil”.

números anteriores, aqueles casos.

Havendo espaço para desenvolvimento de atividade *cognitiva* ao longo de todo o processo, a intervenção do *amicus curiae* deve ser admitida.⁵⁷ Nesse sentido, o art. 138 é uma das diversas regras explicitadoras, explicativas ou, para quem quiser, repetitivas do CPC de 2015 que, apenas e tão somente, quer evidenciar o que já constava no sistema processual civil brasileiro, embora implicitamente.⁵⁸

Sem prejuízo da generalização promovida pelo art. 138, continua a ser correto visualizar amplas possibilidades de atuação do *amicus curiae* em todos aqueles casos que, na perspectiva do CPC de 2015, são predestinados à criação (ou alteração) de “precedentes”. Este ponto que, como evidenciei no n. 2, *supra*, já vinha marcando a evolução legislativa mais recente do CPC de 1973 encontra, na nova codificação, seu ápice.⁵⁹ É o que se dá nos seguintes dispositivos: art. 927, § 2º (alteração de tese jurídica fixada em “precedente”); art. 950, §§ 1º a 3º (incidente de inconstitucionalidade); art. 983, *caput*, e § 1º, e art. 984, II, “b” (incidente de resolução de demanda repetitiva); art. 1.035, § 4º (repercussão geral no recurso extraordinário) e art. 1.038 (recursos extraordinário e especial repetitivos).⁶⁰

Não que os “interessados” ou os “terceiros” referidos naqueles dispositivos sejam necessária e invariavelmente *amicus curiae*.⁶¹ Quando o forem, contudo, é inegável

⁵⁷ Nesse sentido, correto o Enunciado FPPC 249 “A intervenção do *amicus curiae* é cabível no mandado de segurança”, conclusão que já alcançava no meu *Amicus curiae no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático*, p. 540-543.

⁵⁸ Tendo presente o art. 15, é correto o Enunciado FPPC 250: “Admite-se a intervenção do *amicus curiae* nas causas trabalhistas, na forma do art. 138, sempre que o juiz ou relator vislumbrar a relevância da matéria, a especificidade do tema objeto da demanda ou a repercussão geral da controvérsia, a fim de obter uma decisão respaldada na pluralidade do debate e, portanto, mais democrática”.

⁵⁹ Fredie Didier Jr. e Marcus Seixas Souza, no seu Formação do precedente e *amicus curiae* no direito imperial brasileiro: o interessante Dec. 6.142/1876. *Revista de Processo*, v. 220, p. 407, visualizam, no que são apoiados por Marta Valéria C. B. Patriota (A natureza jurídica do *amicus curiae* no novo Código de Processo Civil. *Novo CPC doutrina selecionada: parte geral*, p. 1.017) no Decreto 6.142, de 10 de março de 1876, que “Regula o modo por que devem ser tomados os assentos do Supremo Tribunal de Justiça”, traços de *amicus curiae* na elaboração dos “assentos”. É ler o § 2º do art. 6º (“O Tribunal poderá também ouvir, quando julgue conveniente, o Instituto da Ordem dos Advogados, os Tribunaes do Commercio e Jurisconsultos de melhor nota”) e o *caput* de seu art. 9º (“Findos os prazos marcados ás Relações, na fórmula do art. 7º, § 3º, o Presidente do Supremo Tribunal de Justiça entregará os pareceres recebidos e mais papeis a uma comissão de tres membros por elle nomeados, a qual, depois do necessario exame, apresentará em mesa seu parecer em relatorio escripto”).

⁶⁰ Rol similar, embora mais restrito, pode ser encontrado em DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*, p. 533, e em NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Comentários ao Código de Processo Civil*, nota 5 ao art. 138, p. 577.

⁶¹ É irrecusável que as partes (autor e réu e, até mesmo, os demais terceiros “tradicionais”) dos processos afetados e sobrestados podem, querendo, intervir, para participar, ainda que individualmente, na criação

que a disciplina genérica do art. 138 seja aplicada como verdadeiro guia da intervenção, observando-se, conseqüentemente, o regime demonstrado pelos números seguintes.⁶² Para as previsões constantes da legislação processual civil extravagante a conclusão mais acertada é no sentido de aplicar supletiva e subsidiariamente o regime codificado preservando o que há de especial ou característico nelas.⁶³

6. PRESSUPOSTOS PARA A INTERVENÇÃO

O *caput* do art. 138 trata dos pressupostos para a intervenção. São eles: (i) relevância da matéria; (ii) especificidade do tema objeto da demanda; ou (iii) repercussão social da controvérsia.

Embora os pressupostos possam (e tendam) a aparecer conjuntamente, não há óbice para que a intervenção do *amicus curiae* legitime-se a partir da ocorrência de apenas um deles.⁶⁴ Até porque pode ser difícil – ou extrema e desnecessariamente *teórico*, sem maior importância ou relevância *prática* – querer distinguir aqueles três fatores uns dos outros.

É claro que, quanto maior a “relevância da matéria”, mais adequada a

e/ou alteração do “precedente”. Sua intervenção, contudo, não é e nem pode ser na qualidade de *amicus curiae*. Era o que já propunha em meu *Amicus curiae no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático*, p. 583.

⁶² Em sentido similar é o entendimento de CARNEIRO, Paulo César Pinheiro. *Comentários ao novo Código de Processo Civil*, p. 248.

⁶³ Questão interessante que se dá com o CPC de 2015 é sobre a subsistência, ou não, do art. 5º da Lei 9.469/1997 (v., em especial, n. 4, *supra*). Parece-me que ele está *implicitamente revogado* diante do art. 138, diante do advento de regra mais recente para disciplinar o *mesmo* tema de maneira generalizada. Trata-se, nessa perspectiva, de simples aplicação do disposto no art. 2º, § 1º, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. É certo que a revogação expressa do dispositivo, que havia sido prevista no Projeto de novo Código de Processo Civil aprovado no Senado Federal (art. 1.008), não prevaleceu até o término do processo legislativo (art. 1.072 do CPC de 2015). Contudo, o precitado dispositivo da LINDB tem aplicação justamente para hipóteses como esta. De outra parte — e, por força de sua particularidade —, estão preservadas no sistema processual civil brasileiro as situações em que já se exigia a intimação para que determinados entes intervissem no processo, como no caso da CVM (art. 31 da Lei 6.385/1976) e do CADE (art. 118 da Lei 12.529/2011), bem como as demais previsões que *qualificam* algum terceiro para intervir diante de determinados pressupostos, como se dá, por exemplo, com a OAB (art. 49 da Lei 8.906/1994 ou com o INPI (arts. 57, 118 e 175 da Lei 9.279/1996).

⁶⁴ Neste sentido é o Enunciado FPPC 395: “Os requisitos objetivos exigidos para a intervenção do *amicus curiae* são alternativos”. Na doutrina, no mesmo sentido: CARNEIRO, Paulo César Pinheiro. *Comentários ao novo Código de Processo Civil*, p. 243; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Novo Código de Processo Civil comentado artigo por artigo*, p. 225; TALAMINI, Eduardo. *Breves comentários ao novo Código de Processo Civil*, p. 469; e AMARAL, Guilherme Rizzo. *Comentários às alterações do novo CPC*, nota 2.2 ao art. 138.

participação de *amici curiae* para ampliar o debate acerca da interpretação do direito e da fixação da tese jurídica em dado processo. Por isso, aliás, é correto entender que cabe ao magistrado, independentemente de pedido ou de concordância das partes, que crie condições efetivas dessa ampla participação, valendo-se, até mesmo de convocação editalícia para esse fim, inclusive por meios eletrônicos, e designando data para realização de audiências públicas,⁶⁵ fomentando a inscrição prévia de todos os interessados.⁶⁶

Com relação à “repercussão social da controvérsia” cabe acentuar que ela não se confunde e não se esgota com hipóteses do chamado “processo coletivo”. Ela também pode decorrer de situações derivadas de “processos individuais”, de molde tradicional, em que Tício e Caio são partes. É o que ocorrerá toda vez que a discussão subjacente ao caso puder interessar mais que aqueles dois sujeitos ainda que não haja notícia de outros processos relativos à mesma questão.

7. MODOS DE INTERVENÇÃO E CONTROLE

A intervenção do *amicus curiae* pode ser determinada de ofício pelo magistrado, admitida quando requerida por uma (ou mais de uma) parte ou, ainda, ao ser acolhido pedido feito por quem pretende intervir no processo naquela qualidade. É o que se extrai do *caput* do art. 138 quando nele se lê que a solicitação ou a admissão a participação do *amicus curiae* “de ofício ou a requerimento das partes ou de quem pretenda manifestar-se”. Já defendia esta tríplice possibilidade, indicando distinções relativas ao regime jurídico de cada uma delas, em minha monografia sobre o assunto. Distingua, a propósito, as intervenções *provocadas* das intervenções *espontâneas*⁶⁷ e as intervenções *vinculadas*, das *procedimentais* das *atípicas*.⁶⁸

⁶⁵ Audiências públicas têm se mostrado o *locus* ideal (embora não exclusivo) da atuação do *amicus curiae* perante o Supremo Tribunal Federal mesmo antes do advento do CPC de 2015. Dediquei trabalho específico sobre o tema, intitulado: *Amicus curiae* e audiências públicas na jurisdição constitucional: reflexões de um processualista civil. Em sentido similar manifestou-se José Miguel Garcia Medina, *Novo Código de Processo Civil comentado*, p. 230.

⁶⁶ É a orientação do Enunciado FPPC 575: “Verificada a relevância da matéria, a repercussão social da controvérsia ou a especificidade do tema objeto da demanda, o juiz poderá promover a ampla divulgação do processo, inclusive por meio dos cadastros eletrônicos dos tribunais e do Conselho Nacional de Justiça, para incentivar a participação de mais sujeitos na qualidade de *amicus curiae*”.

⁶⁷ SCARPINELLA BUENO, Cassio. *Amicus curiae no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático*, pp. 476-478, tomando como elemento classificatório a iniciativa da intervenção.

⁶⁸ *Idem*, pp. 479-481, tomando como elemento classificatório as razões pelas quais se dá a intervenção.

A “decisão irrecurável” que se lê do *caput* do art. 138 deve ser entendida de forma restritiva. Ela se circunscreve às hipóteses de “solicitar” ou “admitir” a intervenção.⁶⁹ As decisões opostas, isto é, a que se *recusa* a solicitar a intervenção e a que *inadmite* a intervenção são recorríveis. Para estas, é correto sustentar a incidência da regra genérica do inciso IX do art. 1.015, justamente à falta de previsão em sentido contrário, admitindo, destarte, sua recorribilidade *imediate* por agravo de instrumento.⁷⁰ Se tais decisões *negativas* forem proferidas monocraticamente no âmbito dos Tribunais, o recurso cabível será o de agravo interno (art. 1.021).

Para além do *texto* do dispositivo, a possibilidade de contraste da decisão *contrária* à intervenção do *amicus curiae* vai ao encontro do modelo cooperativo do processo (art. 6º), uma vez que viabiliza uma maior discussão – absolutamente necessária, máxime nos primeiros tempos de vigência do CPC de 2015 – sobre os parâmetros que precisam ser observados com relação à intervenção deste terceiro, e que, reflexamente, redundam em prestação jurisdicional mais eficiente e legítima.

7.1. Negócio processual e *amicus curiae*

As partes podem, com fundamento no art. 190, ajustar, entre si que, havendo litígio – ou no processo já em curso – pleitearão a intervenção de *amici curiae*. Podem, até mesmo, indicar quem será chamado para desempenhar aquele papel, o que parece ser bastante, na sua análise do problema, para atendimento das exigências feitas pelo *caput* do art. 138 sobre a representatividade adequada. Mesmo em tais casos, contudo, não há como entender que o negócio processual vincula o magistrado que, entendendo ausente o que é exigido pelo precitado dispositivo indeferirá a intervenção a despeito do consenso

⁶⁹ Paulo César Pinheiro Carneiro (*Comentários ao novo Código de Processo Civil*, p. 243) relaciona a irrecurabilidade ao seu entendimento de que compete ao juiz, “... com exclusividade, admitir seu ingresso no processo”.

⁷⁰ Para quem recusar o entendimento sustentado no texto é correto entender, em função do sistema recursal do CPC de 2015, que a decisão proferida na primeira instância pode ser renovada perante o Tribunal por ocasião do julgamento da apelação, em função do que dispõem os §§ 1º e 2º do art. 1.009. Para tanto, contudo, é imperativo que o interessado renove seu inconformismo em razões ou contrarrazões de apelo. Nesse sentido, Eduardo Talamini (*Breves comentários ao novo Código de Processo Civil*, p. 472), com a concordância de Tatiana Machado Alves (Primeiras questões sobre o *amicus curiae* no novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo*, v. 256, item 4.3, p. 112).

entre as partes.⁷¹ A vinculação do *amicus curiae* ao negócio processual pressupõe sua participação e/ou anuência com o que for deliberado.⁷²

Além disso, negócio processual entabulado entre as partes não pode afastar a intervenção de eventuais *amici curiae* do processo em que atuam. O processo não é coisa delas; muito menos as razões pelas quais terceiros podem querer nele intervir para os fins já destacados ao longo desses comentários.⁷³ O próprio magistrado pode entender que o caso, diante de suas peculiaridades, reclama a intervenção determinando-a, independentemente ou não obstante convenção em sentido contrário.⁷⁴

8. REPRESENTATIVIDADE ADEQUADA E INTERESSE INSTITUCIONAL

O art. 138 exige do *amicus curiae*, que poderá ser pessoa natural ou jurídica, órgão ou entidade especializada, “representatividade adequada”, isto é, que 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, como escrevi no n. 4, *supra* – relaciona-se com o processo⁷⁵.

Aquela expressão – cuja utilização, harmônica com a doutrina do processo coletivo, parece-me pertinentíssima e corretamente empregada pelo CPC de 2015, tanto

⁷¹ É a correta diretriz constante do Enunciado ENFAM 36: “A regra do art. 190 do CPC/2015 não autoriza às partes a celebração de negócios jurídicos processuais atípicos que afetem poderes e deveres do juiz, tais como os que: a) limitem seus poderes de instrução ou de sanção à litigância ímproba; b) subtraíam do Estado/juiz o controle da legitimidade das partes ou do ingresso de *amicus curiae*; c) introduzam novas hipóteses de recorribilidade, de rescisória ou de sustentação oral não previstas em lei; d) estipulem o julgamento do conflito com base em lei diversa da nacional vigente; e e) estabeleçam prioridade de julgamento não prevista em lei”. No mesmo sentido, na doutrina é o pensamento de Fernando da Fonseca Gajardoni, *Teoria geral do processo: comentários ao CPC de 2015*, p. 628.

⁷² Nesse sentido: CABRAL, Antonio do Passo. *Comentários ao Código de Processo Civil*, p. 216; e DIDIER JR., Fredie Didier. *Curso de direito processual civil*, pp. 532-533.

⁷³ Correto, nesse sentido, o Enunciado FPPC 392: “As partes não podem estabelecer, em convenção processual, a vedação da participação do *amicus curiae*”. No mesmo sentido na doutrina, CABRAL, Antonio do Passo. *Comentários ao Código de Processo Civil*, p. 216.

⁷⁴ Também aqui merece lembrança o Enunciado ENFAM 36 transcrito na nota de rodapé n. 71, *supra*.

⁷⁵ O que venho chamando, desde a primeira vez que me voltei ao tema, de “interesse institucional”, por sê-lo, deve ser interpretado amplamente, fora das amarras dos subjetivismos (e eventuais privatismos) das demais intervenções de terceiro. Nesse sentido, não há como concordar com a crítica de Marta Valéria C. B. Patriota (A natureza jurídica do *amicus curiae* no novo Código de Processo Civil. *Novo CPC doutrina selecionada: parte geral*, pp. 1.002-1.016), que parece querer atrelar aquela característica àquilo que sempre e invariavelmente neguei.

que a defendia seu emprego antes mesmo do advento da nova codificação⁷⁶ – não é, pelo menos para mim, ontologicamente diversa a formulações mais recentes que, com ela, vem aparecendo.

É o que se verifica, por exemplo, com Eduardo Talamini ao defender que aquilo que se exige do *amicus curiae* seria, na verdade, uma “*contributividade* adequada”, entendido o neologismo como o grau ou a importância ou a relevância de *contribuição* que se aguarda do interveniente (e que justifica, em última análise, a sua intervenção).⁷⁷ Tanto assim que, para ele, à mingua de qualquer possibilidade de contribuição a ser ofertada para o *amicus curiae*, o caso é de indeferimento da intervenção.

Não obstante, não me parece correto que uma característica possa substituir a outra porque a qualidade da contribuição a ser ofertada pelo *amicus curiae* é um *posterius* em relação à sua intervenção e à análise que o magistrado deverá realizar para aceitá-la ou não (um *prius*). Pode até ocorrer, não nego, que as informações ou esclarecimentos ofertados pelo *amicus curiae* sejam de todo frustrantes ou desimportantes. Isso, contudo, não deve inibir ou vedar a intervenção. O que ocorrerá em casos que tais é que, muito provavelmente, o interesse que justifica a intervenção do *amicus curiae* não será devidamente tutelado. É o que se dá, similarmente, à intervenção de qualquer outro terceiro na qual o interveniente não consiga demonstrar seu ponto de vista ou a necessidade de tutela de seu próprio direito. Interesse jurídico, que justifica a intervenção, ele possui; sua posição jurídica, contudo, por ser frágil, não será acolhida, o que é bem diverso.

O “interesse *institucional*” não pode ser confundido (em verdade, reduzido) ao interesse *jurídico* que anima as demais intervenções de terceiro no que é expresso o *caput* do art. 119 ao tratar da assistência, insisto sobre o que escrevi no n. 4, *supra*. Fossem realidades coincidentes e, certamente, não haveria necessidade de o CPC de 2015 – e antes dele, algumas leis esparsas, a jurisprudência e a doutrina – disciplinar

⁷⁶ Para essa demonstração, v. meu *Amicus curiae no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático*, pp. 575-583.

⁷⁷ TALAMINI, Eduardo Talamini. *Breves comentários ao novo Código de Processo Civil*, p. 470, e também em companhia com Luiz Rodrigues Wambier em seu *Curso avançado de processo civil*, p. 381. Tatiana Machado Alves, em seu Primeiras questões sobre o *amicus curiae* no novo Código de Processo Civil. *Revista do processo*, v. 256, item 4.1, p. 107, adere àquele entendimento, referindo-se a ele como um “requisito implícito e derivado deste [representatividade adequada], referente à utilidade da manifestação”. Também é o caso de Antonio do Passo Cabral, *Comentários ao Código de Processo Civil*, pp. 213-214.

expressamente o *amicus curiae*. O “interesse institucional”, por isso mesmo, deve ser compreendido de forma ampla, a qualificar quem pretende ostentar o *status* de *amicus curiae* em perspectiva metaindividual, apta a realizar interesses que não lhe são próprios nem exclusivos como pessoa (natural ou jurídica) ou como órgão ou entidade. São, por definição, interesses que pertencem a grupo (determinado ou indeterminado) de pessoas e que são canalizados (devidamente representados) pelo *amicus curiae*. O *amicus curiae* representa aqueles interesses em juízo como adequado portador deles que é. Seja porque se trata de decisões que signifiquem tomadas de decisão valorativas, seja porque são decisões que têm aptidão de criar “precedentes”, tendentes a vincular – é o que o CPC de 2015 inequivocamente quer⁷⁸ – outras tantas decisões a serem proferidas posteriormente e a partir dela.

9. QUEM PODE SER AMICUS CURIAE?

É correto, como já escrevi no n. 4, *supra*, que o *amicus curiae* seja compreendido ao lado e para além da figura que, tradicionalmente, desempenhou e ainda desempenha o Ministério Público no direito processual civil, de fiscal da ordem jurídica. Em um Estado Constitucional e Democrático como o brasileiro, parece demasiado entender que apenas uma instituição – e nisso não vai nenhuma crítica a ela – possa querer se desincumbir a contento de atuar *pela* totalidade da ordem jurídica em juízo. Esta tutela é e deve ser multifacetada. Todos aqueles que ostentem a qualidade de *amicus curiae*, destarte, devem ser equiparados a “fiscais da ordem jurídica”.

Ao lado do Ministério Público, por exemplo, não há como negar que a OAB é vocacionada ao exercício daquele papel. Não só diante da magnitude da posição do advogado diante do art. 133 da Constituição Federal, mas também por força do art. 44, I, de sua lei de regência, a Lei 8.906/1994, segundo o qual é finalidade da OAB “defender a Constituição, a ordem jurídica do Estado democrático de direito, os direitos humanos, a justiça social, e pugnar pela boa aplicação das leis, pela rápida administração da justiça

⁷⁸ Para essa demonstração (e crítica), v., ainda, aqui, meu *Novo Código de Processo Civil anotado*, pp. 815-830, e meu *Manual de direito processual civil*, p. 633-640. Naqueles espaços, sublinho que o § 3º do art. 947, ao tratar do Incidente de Assunção de Competência, acaba se valendo do verbo *vincular*, o que em todos os demais casos em que o CPC de 2015 cuida de técnicas de criação (ou aplicação) de precedentes é evitado.

e pelo aperfeiçoamento da cultura e das instituições jurídicas”. De outra parte, são inequívocos “fiscais da ordem jurídica”, ainda que setorialmente – e, portanto, pertinentíssimos exemplos de *amicus curiae* – determinados órgãos ou entidades como a CVM, o CADE ou o INPI que, não por acaso, remontam a exemplos clássicos e dispersos de *amicus curiae* no direito processual civil brasileiro, como quis demonstrar no n. 2, *supra*.

Mas não só. São predispostos para atuarem como *amicus curiae* todos aqueles que detêm legitimidade para as “ações coletivas” de acordo com o ordenamento jurídico brasileiro, interpretando o multivariado rol disperso pela legislação extravagante de maneira ampla para incluir todo aquele que consiga demonstrar a “representatividade adequada” diante das questões discutidas no processo em que se pretende intervir e à luz, sempre e invariavelmente, da demonstração de seu “interesse institucional”.

A vocação de determinada pessoa ou ente à tutela de determinado interesse que, de alguma forma, interfere na ou pode ser afetado com a decisão a ser proferida em dado processo é, destarte, o ponto-chave da compreensão do *amicus curiae*. É, insisto, o “interesse institucional”, que pode ser titularizado até mesmo – o *caput* do art. 138 é expresso nesse sentido – por pessoas naturais que reúnam uma especial *expertise* sobre determinada questão, sobre determinada área de conhecimento (muito além e independentemente do jurídico, aliás), tornando a sua opinião relevante para o desate da questão discutida. É como se dissesse que alguém, por ser quem é, merece ter sua opinião sobre determinado assunto manifestada. É opinião que importa à formação de outras opiniões.

10. PRAZO PARA MANIFESTAÇÃO

O *caput* do art. 138 reserva o prazo de quinze dias para que o *amicus curiae* manifeste-se, contados “desde sua intimação”.

A previsão aplica-se aos casos em que o magistrado, de ofício, ou ao atender o pedido de alguma das partes, determina ou defere a intervenção do *amicus curiae*. Da intimação respectiva, a ser feita com observância das regras genéricas (arts. 269 a 275), tem início o prazo de quinze dias que serão, como inquestionável prazo *processual*,

contados apenas em dias *úteis* (art. 219, parágrafo único).⁷⁹

Quando se tratar de intervenção que parte da própria iniciativa do *amicus curiae* – o que chamei no n. 7, *supra*, de intervenção *espontânea* – esse prazo não faz nenhum sentido.

Questão interessante diz respeito a saber o que ocorre se, não obstante sua intimação, o *amicus curiae* não se manifestar.

A ausência de manifestação, máxime porque, como preceitua o dispositivo, pressupõe regular intimação, afasta qualquer pecha de irregularidade ou de invalidade para o processo ou, menos que isso, a qualquer ato processual. O que ocorre em casos que tais é que a discussão que justificaria a intervenção do *amicus curiae* será menos profunda, quiçá menos útil ou interessante. Nada, contudo, que possa comprometer a higidez do processo ou da decisão a ser proferida, ainda que para fins paradigmáticos nos moldes do art. 927⁸⁰.

De qualquer sorte – e até como forma de enaltecer e destacar a importância do modelo “cooperativo de processo” querido pelo art. 6º –, é inegável que, de ofício, a pedido do próprio *amicus curiae* ou da parte, o magistrado, sempre justificadamente, *amplie* o prazo para manifestação, o que encontra fundamento expresso no inciso VI do art. 139. Importa, contudo, que a ampliação seja determinada antes do término do prazo, em obediência ao parágrafo único daquele mesmo dispositivo.

II. ALTERAÇÃO DE COMPETÊNCIA

⁷⁹ Quando o *amicus curiae* for a Fazenda Pública, é correto entender que as regras diferenciadas de sua intimação devem ser observadas. Nesse sentido é o Enunciado 7 do I Fórum Nacional do Poder Público: “A prerrogativa de intimação pessoal da Fazenda Pública aplica-se a todos os casos em que ela participe do processo, como parte, interessada ou *amicus curiae*”.

⁸⁰ Já era este o posicionamento que defendia antes mesmo do advento do CPC de 2015, como demonstrei em meu *Amicus curiae no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático*, p. 494-499 e 533-538. Escrevi, na oportunidade, contudo, que o entendimento não se aplicava aos casos em que a *intimação* do *amicus curiae* era exigida expressamente na lei, como se dá, com a CVM e com o CADE, hipóteses que propunha fossem compreendidas como “intervenções *vinculadas*”. Só nesses casos — e, mesmo neles, diante da demonstração de prejuízo experimentado pelo *amicus curiae* — é que sustentava correto reconhecer legitimidade para o *amicus curiae* ajuizar ação rescisória. Diante do disposto no inciso IV do art. 967 do CPC de 2015, a conclusão resta plenamente preservada. Nesse sentido é o Enunciado FPPC 339: “O CADE e a CVM, caso não tenham sido intimados, quando obrigatório, para participar do processo (art. 118, Lei n. 12.529/2011; art. 31, Lei n. 6.385/1976), têm legitimidade para propor ação rescisória contra a decisão ali proferida, nos termos do inciso IV do art. 967”. Na doutrina, no mesmo sentido: CABRAL, Antonio do Passo. *Comentários ao Código de Processo Civil*, p. 216.

A intervenção do *amicus curiae* não acarreta modificação de competência, como prescreve o § 1º do art. 138.

A previsão legal precisa de meditação crítica para verificar se ela não atrita com regras fixadoras de competência absoluta, inclusive, tendo presente a Justiça Federal, com as do inciso I do art. 109 da Constituição Federal e, até mesmo, as condições exigidas pelo § 3º daquele dispositivo constitucional para autorizar excepcionalmente a competência da Justiça Estadual. Sim, porque mesmo a existência de lei expressa a delegar à Justiça Estadual competência para apreciar a intervenção de pessoa de direito federal encontra naquele parágrafo constitucional inequívoca limitação: a comarca não pode ser sede de vara de juízo federal. Destarte, ainda que o § 1º do art. 138 do CPC de 2015 esteja a afastar a alteração da competência mesmo diante da intervenção do *amicus curiae*, a escorreita aplicação do dispositivo parece pressupor a ocorrência daquela (e de nenhuma outra) hipótese constitucional.

Mesmo antes do CPC de 2015, contudo, sempre prevaleceu o entendimento de que a intervenção do *amicus curiae* não justifica a alteração de competência, dando-se ao inciso I do art. 109 da Constituição Federal interpretação restritiva a afastar qualquer outra modalidade de participação ou interventiva que não as nele mencionadas, a saber: autor, réu, assistente ou oponente. Não obstante já ter escrito em sentido contrário,⁸¹ reflexões mais recentes sobre o tema me conduzem a entender que a opção do legislador merece ser acatada.⁸² Não em função do § 3º do art. 109 da Constituição Federal mas diante do inciso I do dispositivo: o *amicus curiae*, diferentemente do que se dá nas demais intervenções de terceiro lá previstas – e, muito mais amplamente, quando a entidade federal for autora ou ré –, não postula e nem defende direito seu, sequer fruível diretamente.

⁸¹ Para a discussão crítica para o direito anterior, v. o meu *Amicus curiae no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático*, pp. 229-249, tratando no art. 5º da Lei 9.469/1997, e pp. 506-508, onde concluí pelo necessário deslocamento da competência diante das pessoas mencionadas no inciso I do art. 109 da CF propondo, aliás, interpretação ampliativa daquele dispositivo constitucional.

⁸² Nesse sentido: NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Comentários ao Código de Processo Civil*, nota 6 ao art. 138, p. 577; THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*, p. 409; SOUZA, Artur César de. *Código de Processo Civil anotado, comentado e interpretado*, p. 758; CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*, p. 107; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Novo Código de Processo Civil comentado artigo por artigo*, p. 225; OLIVEIRA JR., Zulmar Duarte de. *Teoria geral do processo. Comentários ao CPC de 2015: parte geral*, p. 447, e MOURÃO, Luiz Eduardo Ribeiro. *Código de Processo Civil comentado*, p. 204.

12. LEGITIMIDADE RECURSAL

É possível querer entender que o CPC de 2015 limita a legitimidade recursal do *amicus curiae* reconhecendo-a apenas para os embargos de declaração (art. 138, § 1º) e à decisão que julgar o “incidente de resolução de demandas repetitivas” (art. 138, § 3º).

A legitimidade para a apresentação dos embargos de declaração relaciona-se intimamente com a própria razão da intervenção do *amicus curiae*: se se trata de intervenção que busca pluralizar o debate acerca da fixação de teses jurídicas e/ou pluralizar o debate quanto à interpretação do direito longe das amarras da “legalidade”, é irrecusável que a decisão que deixar de enfrentar os argumentos trazidos pelo *amicus curiae* acaba por frustrar aquela modalidade interventiva. Tanto assim que o parágrafo único do art. 1.022 qualifica como hipóteses de omissão a serem superadas pelos embargos de declaração a ausência de enfrentamentos de teses jurídicas do “direito jurisprudencial” ao caso, bem assim, a inobservância do § 1º do art. 489.⁸³ A relação entre os temas é feita corretamente pelo Enunciado FPPC 128: “No processo em que há intervenção do *amicus curiae*, a decisão deve enfrentar as alegações por ele apresentadas, nos termos do inciso IV do § 1º do art. 489”.⁸⁴

Por idêntica razão, aliás, é irrecusável que “As partes podem opor embargos de declaração para corrigir vício da decisão relativo aos argumentos trazidos pelo *amicus curiae*”, nos moldes do Enunciado FPPC 394.

Como bem escreve Leonardo Greco a propósito do § 3º do art. 138, ao reconhecer a legitimidade recursal do *amicus curiae* “da decisão que julgar o incidente de resolução de demandas repetitivas”, “a lei presume o interesse do *amicus curiae* na prevalência de uma determinada tese jurídica e lhe confere o direito de interpor

⁸³ É a seguinte a redação do dispositivo: “Parágrafo único. Considera-se omissa a decisão que: I – deixe de se manifestar sobre tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em incidente de assunção de competência aplicável ao caso sob julgamento; II – incorra em qualquer das condutas descritas no art. 489, § 1º”. Pertinente sobre o tema é Enunciado FPPC 394: “As partes podem opor embargos de declaração para corrigir vício da decisão relativo aos argumentos trazidos pelo *amicus curiae*”.

⁸⁴ Embora não fazendo referência ao *amicus curiae*, não é por razão diversa que o Enunciado FPPC 585 dispõe que: “Não se considera fundamentada a decisão que, ao fixar tese em recurso especial ou extraordinário repetitivo, não abranger a análise de todos os fundamentos, favoráveis ou contrários, à tese jurídica discutida”.

recurso”.⁸⁵

Justamente por essa razão bem sublinhada pelo precitado processualista é que, a despeito da literalidade do texto legislativo, é correto reconhecer legitimidade recursal ao *amicus curiae* também para a decisão que julgar recursos especiais e extraordinários repetitivos⁸⁶ e, embora não tratado como hipótese de “julgamento de casos repetitivos” pelo art. 928, para a decisão que julgar o incidente de assunção de competência, eis que todas são técnicas predispostas à criação de “precedentes” do CPC de 2015.⁸⁷ Trata-se, aliás, de uma razão bem documentada no direito estrangeiro sobre a razão de ser (e de intervir) do *amicus curiae*, como se pode ler do n. 1, *supra*.⁸⁸

A solução, restritiva, quanto ao descabimento do recurso pelo *amicus curiae*, salvo nos dois casos indicados expressamente pelos §§ 1º e 3º do art. 138, afina-se com a jurisprudência que, mesmo sob o CPC de 1973, acabou predominando, e com a qual já não concordava.⁸⁹

O ideal seria permitir expressamente que o *amicus curiae* recorresse em prol do interesse, o “interesse *institucional*”, que justifica a sua intervenção. Até porque, bem entendida a razão de ser da sua intervenção, pode ser que as informações por ele aportadas ao processo não tenham sido devidamente compreendidas pelo magistrado, a justificar a *sucumbência* autorizadora do recurso, a exemplo, aliás, do que se dá no chamado recurso de terceiro prejudicado (art. 996, parágrafo único). O cabimento dos embargos de declaração é medida positiva para esse fim, mas tem tudo para se mostrar insuficiente, a

⁸⁵ GRECO, Leonardo. *Instituições de processo civil*, p. 508.

⁸⁶ Expresso nesse sentido é o Enunciado FPPC 391: “O *amicus curiae* pode recorrer da decisão que julgar recursos repetitivos”, orientação que vem sendo defendida também por Alexandre Freitas Câmara (*O novo processo civil brasileiro*, p. 108). Em sentido contrário: Paulo César Pinheiro Carneiro (*Comentários ao novo Código de Processo Civil*, p. 243) e Artur César de Souza (*Código de Processo Civil anotado, comentado e interpretado*, p. 758).

⁸⁷ Neste sentido, v. meu *Novo Código de Processo Civil anotado*, pp. 830-832, e em meu *Manual de direito processual civil*, p. 640-641, enfatizando a necessidade de ser extraído do CPC de 2015 um verdadeiro microsistema de “casos repetitivos”, a partir do art. 928 referido no texto e, conseqüentemente, mixar a disciplina dada ao incidente de resolução de demandas repetitivas e aos recursos especial e extraordinário repetitivos.

⁸⁸ Não é por outra razão que o Enunciado FPPC 460 dispõe 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*”. Coerentemente, o Enunciado FPPC 393 tem a seguinte redação: “É cabível a intervenção de *amicus curiae* no procedimento de edição, revisão e cancelamento de enunciados de súmula pelos tribunais”, conclusão a que já alcançara em meu *Amicus curiae no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático*, pp. 560-570.

⁸⁹ Para essa demonstração, distinguindo o objeto do recurso (se sobre o mérito ou se sobre questões processuais), v. o meu *Amicus curiae no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático*, pp. 510-518.

despeito das considerações que acabei de fazer a seu respeito.

Assim é que, não obstante não tenha prevalecido na *letra* do § 3º do art. 138 orientação mais ampla com relação à legitimidade recursal do *amicus curiae*, é correto entender que ela deve se dar em todos os casos em que o que estiver em jogo for o estabelecimento de uma decisão que, para o sistema processual civil, não só, mas também o do CPC de 2015, tende a assumir o status de “precedente”. Entendimento contrário seria, insisto, minimizar a atuação do *amicus curiae* e, pior, emprestar a uma das técnicas criadas pelo Código para o estabelecimento de precedentes, o incidente de resolução de demandas repetitivas, regime diferenciado quando comparada com as demais, colocando por terra a coerência que o próprio Código quer construir para aquele sistema, como se pode verificar dos inegáveis pontos de contato daquele incidente com a sistemática dos recursos repetitivos, como se verifica dos arts. 976, § 4º, e 987.

Ademais, como escrevi no n. 7, *supra*, a propósito do *caput* do art. 138, é correto entender que a irrecorribilidade nele sugerida quanto à intervenção do *amicus curiae* deve ser interpretada restritivamente, isto é, irrecorrível é a decisão judicial que *determina* ou que *defere* a intervenção. Não, contudo, a que *indefere* pedido de convocação do *amicus curiae* ou que *indefere* a sua intervenção.⁹⁰ Neste caso, justamente por falta de regra específica em sentido contrário, prevalece a regra genérica da recorribilidade imediata do inciso IX do art. 1.015. Em se tratando de decisão monocrática proferida no âmbito dos Tribunais, quaisquer Tribunais, a recorribilidade para o colegiado competente é expressamente assegurado pelo art. 1.021.⁹¹

13. A ATUAÇÃO DO AMICUS CURIAE

De acordo com o § 2º do art. 138: “caberá ao juiz ou ao relator, na decisão que

⁹⁰ Em sentido contrário: CABRAL, Antonio do Passo Cabral. *Comentários ao Código de Processo Civil*, p. 216, e THEODORO JR., Humberto. *Curso de direito processual civil*, v. I, p. 408.

⁹¹ Sustentam a recorribilidade da decisão que *indefere* o ingresso do *amicus curiae*: ARAÚJO, Fabio Caldas de. *Intervenção de terceiros*, p. 228; CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*, p. 108; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Novo Código de Processo Civil comentado artigo por artigo*, p. 226-227; e AMARAL, Guilherme Rizzo. *Comentários às alterações do novo CPC*, nota 2.5 ao art. 138, p. 216. Camilo Zufelato (Legitimidade recursal do *amicus curiae* no novo CPC. *Revista do advogado*, v. 126, p. 38) vai além pugnando pela recorribilidade de toda “decisão judicial que possa acarretar prejuízo ao interesse institucional defendido pelo *amicus*. Qualquer limitação é incompatível com as premissas estabelecidas pelo próprio CPC”.

solicitar ou admitir a intervenção, definir os poderes do *amicus curiae*”, fixando, portanto, as possibilidades e os limites de *participação* daquele interveniente no processo.

A fixação judicial, é certo, não poderá apequenar o que o próprio art. 138 e seus parágrafos reservam, de maneira expressa, ao *amicus curiae*.⁹² ou seja: a possibilidade de participação no processo manifestando-se, quando for o caso, no prazo de quinze dias (úteis) de sua intimação, a legitimação recursal (observando, a propósito, o que expus no n. 12, *supra*), a necessidade de enfrentamento dos argumentos levados ao processo pelo próprio interveniente, e a inviabilidade de alteração da competência.

É correto, nesse contexto, autorizar o *amicus curiae* a sustentar oralmente as suas razões na sessão de julgamento no prazo existente ou a ser fixado para tanto,⁹³ a comparecer e a participar de audiências públicas, a suscitar a necessidade de realização de audiências públicas e a apresentar meios de prova a robustecer suas alegações e/ou as consequências do julgamento.⁹⁴

Na medida em que o *amicus curiae* limite-se a oferecer manifestação por escrito ou oral em juízo, não há por que entender necessária a sua representação por advogado, máxime quando sua intervenção for *provocada* pelo magistrado. Se ele postular – e o fará quando tomar a iniciativa de intervir, quando recorrer, ainda que observados os limites que lhe são impostos pelos §§ 1º e 3º do art. 138 – ou, ainda, a depender das tarefas que lhe sejam reservadas para os fins do § 2º do art. 138, sua representação por advogado (ou por quem detenha capacidade postulatória) é irrecusável.⁹⁵

Sem prejuízo da capacidade postulatória nos casos indicados, é irrecusável que, sendo o *amicus curiae* pessoa jurídica, precisa ostentar *legitimação processual*, consoante seus atos de constituição, tanto, se for o caso, demonstrar, concretamente, as razões que

⁹² No mesmo sentido: TALAMINI, Eduardo. *Breves comentários ao novo Código de Processo Civil*, p. 473, negando, contudo, a generalização da legitimidade recurso. Concordando com Talamini é a posição de Carlos Augusto de Assis (*Teoria geral do processo contemporâneo*, p. 342).

⁹³ Dentro do prazo existente para a sustentação oral, as partes e os *amici curiae* podem, por negócio processual, dividi-lo da maneira que melhor lhes aprouver.

⁹⁴ Que é o que já sustentava em meu *Amicus curiae no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático*, p. 504-524 e, antes do CPC de 2015, em sentido mais ou menos conforme, CARNEIRO, Athos Gusmão. *Intervenção de terceiros*, p. 208. Na mesma linha, sob a égide do CPC de 2015: CABRAL, Antonio do Passo. *Comentários ao Código de Processo Civil*, p. 215; CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*, p. 208; e MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Código de Processo Civil comentado*, nota 4, ao art. 138, p. 210.

⁹⁵ Trata-se de distinção que já fazia em meu *Amicus curiae no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático*, p. 499-501. Acentuando a dispensa da capacidade postulatória para a pessoa natural, salvo para recorrer, é o entendimento de Antonio do Passo Cabral (*Comentários ao Código de Processo Civil*, p. 215).

autorizam ou conduzem a sua intervenção. Assim, por exemplo, quando o estatuto da associação impõe que um determinado órgão interno delibere acerca da intervenção e estabelece determinado quórum para tanto, votação por unanimidade, por maioria qualificada ou simples e assim por diante.⁹⁶ O que importa em casos que tais é que prevaleça o que o próprio órgão, entidade ou sociedade disciplinar a respeito do assunto.

O art. 138 e seus parágrafos nada dizem sobre o limite temporal à intervenção do *amicus curiae*, sendo insuficiente, a este respeito, o prazo de quinze dias dado pelo *caput* para que a intervenção aperfeiçoe-se. O melhor entendimento sobre o tema é o de permitir que o *amicus curiae* ingresse no processo enquanto sua manifestação puder ser útil para os fins que justificam a sua própria atuação.⁹⁷ É essa a razão pela qual após o início do julgamento colegiado, a oitiva do *amicus curiae* só deve ser autorizada quando ela se justificar diante de alguma diligência (assim, v.g., nos casos dos §§ 1º e 3º do art. 938) ou – o que é mais comum – pedido de vista de algum julgador (art. 940).

O *amicus curiae*, independentemente da forma de sua intervenção, provocada ou espontânea, não deve ser responsabilizado por quaisquer despesas processuais, tampouco honorários de advogado das partes, afastada a incidência, ainda que analógica, do disposto no art. 94 diante das razões que justificam sua intervenção e, mais particularmente, a sua atuação no processo.⁹⁸

O que pode ocorrer é que a intervenção do *amicus curiae* gere despesas às partes do processo. Nesta hipótese, o adiantamento e a responsabilização final de tais despesas e de eventuais honorários de advogado observarão a sistemática geral.⁹⁹

O que é irrecusável é que o *amicus curiae* responda, em nome próprio, pelas consequências da prática de atos que venham a ser caracterizados como de má-fé.¹⁰⁰ Neste

⁹⁶ O exame casuístico é fundamental para aferir a legitimação processual nos moldes destacados no texto. Não é possível, destarte, querer generalizá-la como faz o Enunciado FPPC 127, ao que tudo indica, inspirado na Súmula 630 do STF e no art. 21, parágrafo único, II, da Lei 12.016/2009, nos seguintes termos: “A representatividade adequada exigida do *amicus curiae* não pressupõe a concordância unânime daqueles a quem representa”.

⁹⁷ Era o que já sustentava em meu *Amicus curiae no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático*, p. 492-494. No mesmo sentido: ASSIS, Carlos Augusto de. *Teoria geral do processo contemporâneo*, p. 342.

⁹⁸ Trata-se de conclusão exposta em meu *Amicus curiae no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático*, pp. 538-539.

⁹⁹ É conclusão a que também chegava em meu *Amicus curiae no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático*, p. 539.

¹⁰⁰ Marcelo Miranda Caetano (A sistematização do *amicus curiae* no novo Código de Processo Civil brasileiro. *Novo CPC doutrina selecionada: parte geral*, pp. 990-991) enaltece, pertinentemente, o padrão ético que deve marcar a razão de ser e a atuação concreta do *amicus curiae*.

caso, a ampla previsão do art. 79, que se refere, independentemente de qualquer qualificação, a interveniente, alcança-o.¹⁰¹ Neste caso, aliás, considerando os motivos que justificam a intervenção do *amicus curiae*, o ideal é que a apenação seja a mais exemplar possível.

A coisa julgada, tanto em seu aspecto *objetivo* como no *subjetivo*, e, bem assim, a eficácia interventiva disciplinada pelo art. 123 não alcançam o *amicus curiae*. O direito material questionado em juízo, apesar de justificar sua intervenção para a tutela do que venho chamando de “interesse *institucional*”, não lhe diz – e nem pode lhe dizer – respeito diretamente. Por isso, a nota de imutabilidade que caracteriza aqueles dois institutos são estranhos ao *amicus curiae*.¹⁰²

REFERÊNCIAS

ABELHA, Marcelo. *Manual de direito processual civil*. 6. ed. Rio de Janeiro: GEN/Forense, 2016.

ALVES, Tatiana Machado. Primeiras questões sobre o *amicus curiae* no novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo*, v. 256. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

AMARAL, Guilherme Rizzo. *Comentários às alterações do novo CPC*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

ARAÚJO, Fabio Caldas de. *Intervenção de terceiros*. São Paulo: Malheiros Editores, 2015.

ASSIS, Carlos Augusto de. *Teoria geral do processo contemporâneo*. São Paulo: GEN/Atlas, 2016.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 11. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1999.

BISCH, Isabel da Cunha. *O amicus curiae, as tradições jurídicas e o controle*

¹⁰¹ No mesmo sentido: OLIVEIRA NETO, Olavo de. O perfil das novas formas positivadas de intervenção de terceiros no Projeto do CPC: desconsideração da personalidade jurídica e *amicus curiae*. *O direito de estar em juízo e a coisa julgada: estudos em homenagem a Thereza Alvim*, p. 556; e THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*, p. 409.

¹⁰² Já era o que sustentava em meu *Amicus curiae no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático*, p. 528-533. Na doutrina mais atual manifestou-se no mesmo sentido Eduardo Talamini (*Breves comentários ao novo Código de Processo Civil*, p. 473).

de constitucionalidade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

CABRAL, Antonio do Passo. Comentários ao art. 138. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Alexandre Freire (coord.). Lenio Luiz Streck, Dierle Nunes e Leonardo Carneiro da Cunha (org.). São Paulo: Saraiva, 2016.

CAETANO, Marcelo Miranda. A sistematização do *amicus curiae* no novo Código de Processo Civil brasileiro. *Novo CPC doutrina selecionada: parte geral*. Fredie Didier Jr. (coord.). Lucas Buril de Macêdo, Ravi Peixoto e Alexandre Freire (org.). Salvador: Jus Podivm, 2015. Volume 1.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2015.

CAMBI, Eduardo; DAMASCENO, Kleber Ricardo. *Amicus curiae* e o processo coletivo: uma proposta democrática. *Revista de Processo*, v. 192. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

CARNEIRO, Athos Gusmão. *Intervenção de terceiros*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

CARNEIRO, Paulo César Pinheiro. Comentários ao art. 138. *Comentários ao novo Código de Processo Civil*. Antonio do Passo Cabral e Ronaldo Cramer (coords.). 2. ed. Rio de Janeiro: GEN/Forense, 2016.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. Parâmetros de eficácia e critérios de interpretação do precedente judicial. *Direito jurisprudencial*. Teresa Arruda Alvim Wambier (coord.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

_____. *Precedente judicial como fonte do direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca; DELLORE, Luiz; ROQUE, Andre Vasconcelos; OLIVEIRA JR., Zulmar Duarte de. *Teoria geral do processo. Comentários ao CPC de 2015: parte geral*. São Paulo: GEN/Métodos, 2015.

DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*. 18. ed. Salvador: Jus Podivm, 2016. Volume 1.

DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de direito processual civil*. 13. ed. Salvador: Jus Podivm, 2016. Volume 3.

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

DINAMARCO, Cândido Rangel; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Teoria geral do novo processo civil*. São Paulo: Malheiros Editores, 2016.

ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. 8. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 2001.

GOZAINI, Osvaldo A. *La legitimación en el proceso civil*. Buenos Aires: EDIAR, 1996.

GRECO, Leonardo. *Instituições de processo civil*. 5. ed. Rio de Janeiro: GEN/Forense, 2015. Volume I.

KÖHLER, Ricardo Carlos. *Amicus curiae: amigos del tribunal*. Buenos Aires: Astrea, 2010.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação civil pública*. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

_____. *Divergência jurisprudencial e súmula vinculante*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

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

MEDINA, José Miguel Garcia. *Novo Código de Processo Civil comentado*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MOURÃO, Luiz Eduardo Ribeiro. Comentários aos arts. 119 a 124 e 138. *Código de Processo Civil comentado*. Helder Moroni Câmara. São Paulo: Almedina, 2016.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Novo Código de Processo Civil comentado artigo por artigo*. Salvador: Jus Podivm, 2016.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

OLIVEIRA, Marco Antonio Perez de. Assistência e a intervenção da União segundo a Lei 9.469/1997. *Revista de Processo*, v. 245. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

OLIVEIRA JR., Zulmar Duarte de. Comentários ao art. 138. *Teoria geral do processo – Comentários ao CPC de 2015: parte geral*. Fernando da Fonseca Gajardoni, Luiz Dellore, Andre Vasconcelos Roque e Zulmar Duarte de Oliveira Jr. São Paulo: GEN/Método, 2015.

OLIVEIRA NETO, Olavo de. O perfil das novas formas positivadas de intervenção de terceiros no Projeto do CPC: desconsideração da personalidade jurídica e *amicus curiae*. *O direito de estar em juízo e a coisa julgada: estudos em homenagem a Thereza Alvim*. Arlete Inês Aurelli, Leonard Ziesemer Schmitz, Lúcio Delfino, Sérgio Luiz de Almeida Ribeiro e William Santos Ferreira (coords.) São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

PATRIOTA, Marta Valéria C. B., A natureza jurídica do *amicus curiae* no novo Código de Processo Civil. *Novo CPC doutrina selecionada: parte geral*. Fredie Didier Jr. (coord.); Lucas Buriel de Macêdo, Ravi Peixoto e Alexandre Freire (org.). Salvador: Jus Podivm, 2015. Volume 1.

SCARPINELLA BUENO, Cassio. *Amicus curiae* e audiências públicas na jurisdição constitucional: reflexões de um processualista civil. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais, RBEC* – ano 6, nº 24 (out./dez. 2012). Belo Horizonte: Fórum, 2013.

_____. *Amicus curiae no direito brasileiro: um terceiro enigmático*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

SCARPINELLA BUENO, Cassio. *Curso sistematizado de direito processual civil*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. Volume 1.

_____. *Manual de direito processual civil*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

_____. *Novo Código de Processo Civil anotado*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

SOUZA, Artur César de. *Código de Processo Civil anotado, comentado e interpretado*. São Paulo: Almedina, 2015. Volume I.

TALAMINI, Eduardo. Comentários ao art. 138. *Breves Comentários ao novo Código de Processo Civil*. 2. ed. Teresa Arruda Alvim Wambier, Fredie Didier Jr., Eduardo Talamini e Bruno Dantas (coords.) São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 56. ed. Rio de Janeiro: GEN/Forense, 2015. Volume I.

VENTURI, Elton. A voz e a vez do interesse público em juízo: (re)tomando a sério a intervenção *custos legis* do Ministério Público no novo processo civil brasileiro. *Revista de Processo*, v. 246. São Paulo: Revista dos Tribunais, agosto de 2015.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil*. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. Volume I.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; CONCEIÇÃO, Maria Lucia Lins; RIBEIRO, Leonardo Feres da Silva; MELLO, Rogério Licastro Torres de. *Primeiros Comentários o novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

ZUFELATO, Camilo. Legitimidade recursal do *amicus curiae* no novo CPC. *Revista do advogado*, v. 126. São Paulo: Associação dos Advogados de São Paulo, 2015.