

Opinião: Pessoa natural e controle de constitucionalidade

O CPC de 2015, entre as suas novidades, trouxe a regulação da figura do *amicus curiae*, que já era admitida em alguns procedimentos específicos, como o controle concentrado de constitucionalidade, generalizando-o para que seja admitido em qualquer processo. Além disso, para efeitos do objeto deste texto, houve a expressa admissão da atuação da pessoa natural como *amicus*



Passando para a análise da decisão do STF, na Adin 3.396,

aparentemente, o STF acabou fixando duas importantes teses: a) a recorribilidade da decisão que inadmite o *amicus curiae*; e b) a inadmissão da pessoa física como *amicus curiae* no controle concentrado pela ausência de representatividade adequada. Em uma leitura da ementa desse julgado, seria possível concluir, com segurança, que esse é o entendimento do STF sobre o tema tendo por base a legislação atual que rege a matéria.

Ocorre que a leitura do inteiro teor revela um quadro bastante nebuloso sobre a matéria.

Assim, a proposta deste texto é específica: tentar compreender especificamente o entendimento do STF sobre a admissão da pessoa natural como *amicus curiae* no controle concentrado de constitucionalidade. Deixarei o problema da recorribilidade para um outro momento.

Uma premissa importante para lidar com essa decisão é a de que tanto o pedido quanto a apresentação do recurso pelo *amicus curiae* pessoa natural ocorreram *antes da entrada em vigor do CPC*. Por motivos óbvios, o CPC não deveria ser aplicável ao caso concreto, não regendo a discussão da irreCORribilidade e muito menos a admissibilidade da pessoa natural como *amicus curiae*.

O voto do ministro Celso de Mello, relator e condutor da maioria foi no sentido de que a pessoa física não seria admitida como *amicus curiae* no controle concentrado de constitucionalidade pela ausência de representatividade adequada (artigo 7º, §2º, da Lei 9.868/1999). Essa ausência decorreria do fato de que o controle concentrado, por ser um processo objetivo, impediria "*a apreciação de qualquer pleito que vise a resguardar interesses de expressão concreta e de caráter individual*".



Aparentemente, a admissão de pessoa física como *amicus curiae* seria admitir a tutela de interesses de expressão concreta e de caráter individual, embora não reste claro quais interesses seriam esses. Afinal, em admitida a pessoa física como amigo da corte, pressupõe-se que ela vai atuar no sentido de contribuir para o debate do tema pelo seu conhecimento específico no tema e não para resguardar os seus interesses individuais.

Esse entendimento parece estar baseado em premissas incorretas, que seria a ideia de que a pessoa natural iria atuar como *amicus curiae* para resguardar interesses individuais. Não se pode negar que, em eventual questão de saúde, um médico especialista no tema a ser discutido pode ter aptidão de contribuir bastante para o debate, como até admitido pelo ministro Gilmar Mendes.

A divergência, inaugurada pelo ministro Marco Aurélio, não ingressa na discussão da admissibilidade da pessoa física como *amicus curiae*, porque simplesmente inadmite o recurso de agravo, muito embora, posteriormente, o próprio ministro acabe aderindo ao voto do ministro relator.

O ministro Edson Fachin acompanhou a divergência, mas fez algumas reflexões interessantes, ressaltando que o panorama normativo em vigor à época da ocorrência dos fatos era apenas a Lei 9.868/1999. Afirmou que o CPC ainda não tinha entrado em vigor naquele período, e que, a partir desse momento, caberia à corte refletir "*com maior vagar sobre as vascularidades existentes entre o Processo Constitucional e o Processo Civil em geral*", mencionando, como exemplo específico, o cabimento da pessoa natural como *amicus curiae*.

No entanto, como o panorama normativo à época da discussão sobre a admissão do *amicus curiae* ainda não levava em conta a incidência do CPC de 2015, seria o caso de levar em conta unicamente a Lei 9.868/1999 e a jurisprudência do STF, que inadmitia a pessoa física como *amicus curiae*. Até o resalta em outro momento: "*Neste caso, trata-se de pessoa física; portanto, manifestamente inadmissível em recurso anterior ao novo CPC*".

Logo depois, o ministro Marco Aurélio se manifestou para apontar que, de fato, essa análise seria necessária, mas, aparentemente, já adiantou sua conclusão ao afirmar que, como a Lei nº 9.868/1999 é especial em relação ao CPC, não seria revogada por ele.

A ministra Carmen Lúcia, ao proferir o seu voto, no sentido de não conhecer do recurso, destacou, entre os fundamentos para tanto, o artigo 138 do CPC de 2015, que reforçaria a irrecorribilidade da decisão.

Por fim, a ministra Rosa Weber, que havia acompanhado a divergência, acabou alterando o seu voto. Para tanto, pelo que se pode inferir do seu voto, o fundamento foi o CPC de 2015, que permite que o *amicus curiae*, ao menos em tese, possa ser pessoa natural. Assim, admitiria o recurso, mas negaria a representatividade adequada.

No fim das contas, qual seria a posição do STF? Afinal, é ou não possível a admissão da pessoa natural como *amicus curiae* no controle concentrado de constitucionalidade?



A partir dessa decisão e do atual panorama normativo, em especial a entrada em vigor do CPC, é difícil de responder. Em uma questão de concurso, a resposta seria fácil: não se admite. Mas do ponto de vista de uma *ratio decidendi* consistente, a resposta não é fácil.

Uma premissa que deve ser levada em conta é a de que o CPC não seria aplicável ao caso concreto. Ao menos, não incidiria, salvo se se levar em conta a possibilidade de uma incidência no período anterior à vigência, com um caráter meramente persuasivo [\[1\]](#), mas, na decisão ora analisada, apenas as ministras Carmen Lúcia e Rosa Weber utilizaram o CPC expressamente como fundamento de suas decisões.

Destaca-se inicialmente que a votação de admissão do recurso se deu por maioria (Celso de Mello, Ricardo Lewandowski, Cezar Peluso, Gilmar Mendes e Rosa Weber, vencidos os ministros Luiz Fux, Dias Toffoli, Ayres Britto, Edson Fachin e Cármen Lúcia). Significa que os ministros vencidos sequer se manifestaram adequadamente sobre o cabimento da pessoa natural como *amicus curiae*.

O ministro Celso de Mello, em seu voto, não faz nenhuma referência ao CPC de 2015, motivo pelo qual não se pode inferir, automaticamente, que a conclusão seria a mesma tendo por base a alteração normativa. Além disso, o próprio ministro se aposentou. Mais ainda, votaram, nessa decisão, os ministros Ayres Britto e Cezar Peluso, que também já se aposentaram, não votando os que os sucederam, nos termos do artigo 941, §1º, do CPC.

Afinal, há alguma *ratio decidendi* ainda vigente sobre admissão da pessoa natural como *amicus curiae*? Para situações regidas antes do CPC de 2015, parece possível afirmar que sim, não se deve admitir a pessoa natural, o que confirmaria a jurisprudência da corte. No entanto, para as situações posteriores à entrada em vigor do CPC de 2015, essa *ratio decidendi* torna-se incerta, pois dependerá da análise da relação entre o artigo 138 do CPC e o artigo 7º, §2º, da Lei 9.868/1999.

Caso o STF entenda que a previsão da "*manifestação de outros órgãos ou entidades*" no artigo 7º, §2º, da Lei 9.868/1999, por ser lei especial, prevalece sobre o artigo 138 do CPC, como parece sugerir o ministro Marco Aurélio, a *ratio decidendi* será mantida. A ministra Rosa Weber, aparentemente, acolhe a conclusão do ministro Celso de Mello mesmo após o CPC de 2015, embora admita que a pessoa natural tenha legitimidade recursal para discutir o tema.

No entanto, como visto, o ministro Edson Fachin suscitou a necessidade de nova discussão sobre o tema, com base no CPC e essa nova legislação foi suscitada ao menos pela ministra Carmen Lúcia, que sequer conheceu do agravo, então não opinou sobre a admissibilidade do *amicus curiae* como pessoa física. O ministro Gilmar Mendes, por sua vez, embora não tenha conhecido do recurso, afirmou que "*não fixaria a opção no sentido de excluir qualquer pessoa física*". Os demais ministros, como visto, sequer suscitaram o problema, que deve ser reanalisado tendo por base o CPC de 2015. Assim, se esses três ministros alterarem seus votos, para admitir a pessoa natural como *amicus curiae*, teríamos a superação do entendimento anterior do STF.

Para sabermos a resposta, só resta dar tempo ao tempo e esperar a próxima decisão do STF sobre o tema, dessa vez tendo por base a eventual incidência do artigo 138 do CPC, para que a *ratio decidendi* seja reafirmada ou abandonada.

Antes de encerrarmos esse texto, pretendemos contribuir minimamente para o futuro debate.

Inicialmente, deve-se admitir que a interpretação sugerida pelo ministro Marco Aurélio está dentro da moldura interpretativa do eventual conflito entre a Lei 9.868/1999 e o artigo 138 do CPC. É plausível a interpretação de que, o artigo 7º, §2º, da Lei 9.868/1999 é especial em relação ao CPC [2] e, por isso, a legislação específica ao fazer menção apenas a atuação de "órgãos ou entidades" não seria alterada pela autorização dada pelo CPC a atuação da pessoa natural como *amicus curiae* [3].

Uma outra possibilidade é a utilização da teoria do diálogo das fontes, desenvolvida por Erik Jayme e difundida no Direito brasileiro por Claudia Lima Marques, que tem por objetivo gerar um sistema jurídico, eficiente, coerente e justo no contexto de um Direito com fontes legislativas plúrimas, permitindo uma adequada coordenação entre elas [4]. A proposta é a de permitir a aplicação simultânea e coordenada das diversas legislações de forma a dar efetividade aos dispositivos da constituição, impondo soluções harmonizadas e funcionais ao sistema. Essa forma de visualizar a relação entre as leis viria a atualizar os conflitos clássicos de leis no tempo, não mais capazes de solucionar todos os conflitos [5].

De acordo com o artigo 5º, LIV, da Constituição Federal, tem-se a garantia do devido processo legal e, no inciso IV, a previsão do direito fundamental ao contraditório nos processos judiciais. Atualmente, o contraditório é visto não como apenas uma exigência formal, mas como mecanismo de legitimação das decisões [6] e é nesse contexto que aparece a figura do *amicus curiae*. Bem antes do CPC de 2015, Cassio Scarpinella Bueno já defendia a admissão dessa intervenção de terceiro sob o fundamento do papel de legitimação conferido pela participação do *amicus curiae*, como mecanismo de ampliação do contraditório e, por consequência, da legitimação da decisão [7].

Não se pode ignorar que a fundamentação para o surgimento do *amicus curiae* foi a de ampliação da participação dos indivíduos que não estão participando do processo, mas que serão atingidos pela decisão. No *common law*, o instituto foi desenvolvido em razão dos reflexos da força vinculativa dos precedentes [8], tendo sido, aparentemente, a principal inspiração do CPC.

Essa importância aumenta ainda mais no controle concentrado de constitucionalidade, em que a decisão terá eficácia *erga omnes*, com potencial de expurgar a legislação do ordenamento jurídico, além da eficácia vinculante da *ratio decidendi*. Ou seja, seus impactos são consideravelmente maiores do que os decorrentes de uma decisão judicial que se transforme em precedente vinculante.

Assim, a participação do *amicus curiae* permite que o contraditório se amplie para além das partes, permitindo que a sociedade civil participe da formação da decisão, dialogando com o prolator da decisão, afinal, os efeitos dessa decisão serão sentidos por todos [9].

É com base nessas considerações que nos parece possível realizar uma aplicação conjunta do artigo 7º, §2º, da Lei 9.868/1999 e do artigo 138 do CPC. Não faria sentido, do ponto de vista de valorização do contraditório previsto na Constituição e, ainda mais no contexto do controle concentrado e dos seus potenciais efeitos na sociedade, simplesmente excluir a possibilidade de participação da pessoa natural.



Por mais que o artigo 7º, §2º, da Lei 9.868/1999 não faça menção a atuação da pessoa natural, ele também não a exclui expressamente e, ao mesmo tempo, não há uma incompatibilidade de sua admissão com o procedimento do controle concentrado de constitucionalidade. Assim, como uma forma de permitir uma atuação harmônica do instituto do *amicus curiae* nas várias leis em que essa intervenção de terceiro é admitida, impõe-se que haja a admissão, também no controle concentrado, da participação da pessoa natural.

[1] Sobre o tema, cf.: DIDIER Jr., Fredie. Eficácia do novo CPC antes do término do período de vacância da lei. *Revista de Processo*, v. 236, 2014; CABRAL, Antonio do Passo. Pré-eficácia das normas e a aplicação do Código de Processo Civil de 2015 ainda no período de *vacatio legis*. *Revista de Processo*, v. 246, 2015.

[2] Regra clássica de resolução de conflito de leis no tempo, nos termos do artigo 2º, §2º, da LINDB.

[3] Com a mesma conclusão: CRUZ, Gabriel Dias Marques da. Amicus curiae, pessoa física e ação direta de inconstitucionalidade: uma relação possível? *Revista Colunistas Direito do Estado*, n. 349, 2017, disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/gabriel-dias-marques-da-cruz/amicus-curiae-pessoa-fisica-e-acao-direta-de-inconstitucionalidade-uma-relacao-possivel>, acessado em 25 de fevereiro de 2021. No entanto, sustenta o autor que “É possível invocar uma leitura generosa da Lei nº 9.868/99 no sentido de que órgãos e entidades ali mencionados como amigos da Corte são apenas exemplos, não taxativos” de forma a admitir pessoas físicas.

[4] MARQUES, Claudia Lima. A teoria do ‘diálogo das fontes’ hoje no Brasil e seus novos desafios: uma homenagem à magistratura brasileira. In: MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno (coords.). *Diálogo das fontes: novos estudos sobre a coordenação e aplicação das normas no direito brasileiro*. São Paulo: RT, 2020, p. 18-19.

[5] Idem, *ibidem*, p. 23.

[6] Com as devidas referências doutrinárias, cf.: PEIXOTO, Ravi. Os caminhos e descaminhos do princípio do contraditório: a evolução história e a situação atual. *Revista de Processo*, v. 294, 2019; PEIXOTO, Ravi. Rumo à construção de um processo cooperativo. *Revista de Processo*, v. 219, 2013.

[7] SCARPINELLA BUENO, Cassio. *Amicus curiae no processo civil brasileiro*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, p. 78-85.

[8] CABRAL, Antonio do Passo. O *amicus curiae* no novo Código de Processo Civil. In: MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; BEDAQUE, José Roberto dos Santos; CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro; ARRUDA ALVIM, Tercsa. (Org.). *O novo processo civil brasileiro: estudos em homenagem ao*



Professor, Jurista e Ministro Luiz Fux. Rio de Janeiro: GZ, 2018, v. 1, p. 85-87.

[9] SCARPINELLA BUENO, Cassio. *Amicus curiae no processo civil brasileiro*. cit., p. 82-83.