



Revista Direito e Práxis

ISSN: 2179-8966

Universidade do Estado do Rio de Janeiro

Almeida, Eloísa Machado de
Capacidades institucionais dos amici curiae no Supremo
Tribunal Federal: acessibilidade, admissibilidade e influência
Revista Direito e Práxis, vol. 10, núm. 1, 2019, Janeiro-Março, pp. 678-707
Universidade do Estado do Rio de Janeiro

DOI: 10.1590/2179-8966/2019/39502

Disponível em: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=350958933021>

- Como citar este artigo
- Número completo
- Mais informações do artigo
- Site da revista em redalyc.org

redalyc.org
UAEM

Sistema de Informação Científica Redalyc

Rede de Revistas Científicas da América Latina e do Caribe, Espanha e Portugal
Sem fins lucrativos acadêmica projeto, desenvolvido no âmbito da iniciativa
acesso aberto

Capacidades institucionais dos amici curiae no Supremo Tribunal Federal: acessibilidade, admissibilidade e influência

Institutional capabilities of amici curiae in the Supremo Tribunal Federal: accessibility, admissibility and influence

Eloísa Machado de Almeida¹

¹Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, São Paulo, Brasil. E-mail: eloisa.machado@fgv.br.
ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-1617-1739>.

Artigo recebido em 15/01/2019 e aceito em 18/01/2019.



This work is licensed under a Creative Commons Attribution 4.0 International License



Resumo

Os *amici curiae* são parte cada vez mais comum da estratégia de litigio de organizações perante o Supremo Tribunal Federal (STF) muito em razão de serem depositários de promessas de pluralização e de incremento da qualidade das decisões tribunal feitas pelo próprio tribunal. Para saber qual papel os *amici curiae* podem desempenhar em um litigio estratégico no STF, este artigo analisa as capacidades institucionais conferidas aos *amici curiae* pela jurisprudência, analisadas e classificadas em condições de acessibilidade, admissibilidade e influência.

Palavras-chave: Amicus curiae; STF; Litígio estratégico; influência; Admissibilidade.

Abstract

The *amici curiae* promise to diversify and improve the quality of decisions of the Supreme Federal Court and are increasingly part of the litigation strategy of organizations before the Supreme Court (STF). In order to know what role amici curiae can play in strategic litigation in the Supreme Court, this article analyzes the institutional capacities conferred to the amicus curiae briefs, that is, if they offer accessibility, admissibility and influence to fully meet its duties.

Keywords: Amicus curiae; STF; Strategic litigation; Influence; Admissibility.



1. Introdução: amicus curiae e litígio estratégico

Ao desvendarmos os números e a extensão da participação dos *amici curiae* no Supremo Tribunal Federal, é impossível deixar de lembrar da provocação feita por Hakman (1966) ao ser questionado sobre os *amici curiae* na Suprema Corte americana: *amici curiae* seriam “mero folclore acadêmico”.

As mais recentes pesquisas, entretanto, põe fim a quaisquer dúvidas sobre a relevância dos *amici curiae* no Supremo Tribunal Federal: são 2.103 *amici curiae* entre 1999 e 2014 que estão em cerca de um terço do total das ações de controle de concentrado de constitucionalidade, em uma proporção de quase 3 *amici* por ação (ALMEIDA, 2015).

Mais impressionante, entretanto, são as tendências de crescimento, tanto no número de *amici curiae*, como na porcentagem de ações que contam com ao menos uma organização se manifestando como *amicus*, que saltou de pouco mais de 13% no período de 1999 a 2005 e chega a 30% entre 2006 e 2014 (ALMEIDA, 2015). Não parece absurdo cogitar que essa tendência poderá se aproximar dos impressionantes números de *amici curiae* na Suprema Corte americana, que na última década do século passado chegou a 85% das ações, como mostra a pesquisa de Kearney e Merril (2000).

Os *amici curiae* no Supremo Tribunal Federal, longe de ser folclore, são parte central – e cada vez mais usada – de litígio estratégico de organizações de defesa de direitos: 368 *amici curiae* destas organizações foram propostos no período de 1999 a 2014: 18% do total de *amici curiae* no tribunal (ALMEIDA, 2015).

A reivindicação de direitos – ou mais especificamente o litígio – feito por organizações não-governamentais depende tanto de um ambiente regulatório de liberdade que garanta sua atuação (TUSHNET, 2008), como também de regras de legitimação processual que permitam a realização do litígio (GOPEN e ROSEMAN, 2013). Dito em outras palavras, a acessibilidade e potencialidade de uma ferramenta jurídica como o *amicus curiae* são determinantes para entender sua utilização.

Se “a noção de litígio estratégico está associada à utilização mais eficiente do sistema de justiça para a solução de problemas complexos e persistentes” e o “adjetivo estratégico significa que o caso a ser trabalhado no sistema de justiça terá a capacidade de oferecer respostas para além daquelas esperadas em um litígio comum” (ALMEIDA,



2017.b), entender o alcance de uma determinada ferramenta jurídica, amplamente usada pelas organizações de defesa de direitos, é fundamental.

Assim, mesmo que as motivações das organizações de defesa de direitos para o ingresso como *amici curiae* possam ser diversas, esses dados, por si só, justificam a necessidade de entender quais são as capacidades institucionais conferidas aos *amici curiae* pelo tribunal, isto é, qual é o acesso e a potencialidade do instrumento para a realização de litígio estratégico.

Se é possível cogitar que dentre as motivações dos *amici curiae* está a pretensão de influenciar uma determinada decisão, é preciso saber se estão dadas as condições necessárias para que possam exercer esse papel, ou seja, se as regras que regulam a manifestação dos *amici curiae* e a aplicação das mesmas pelo tribunal favorecem a diversidade de atores e de argumentos, promovendo uma ampliação das informações a serem oferecidas aos juízes e, com isso, poder impactar em suas decisões.

Em outras palavras, importa saber os limites e as capacidades dos *amici curiae* no processo constitucional enquanto condições objetivas que permitem – ou impedem – exercer influência qualitativa nas decisões e pluralizar o debate constitucional. Isso definira, em grande medida, a potencialidade dos *amici curiae* para o litígio estratégico.

2. Capacidades institucionais dos *amici curiae* no Supremo Tribunal Federal

Variando entre argumentos sobre as benesses dos *amici curiae* e o risco de tumulto processual, o tribunal hoje confere aos *amici curiae* quase todos os poderes dos requerentes, que não são muitos. A seguir são analisados três blocos de condições institucionais dos *amici curiae*: i) as condições de acessibilidade aos *amici curiae*, que compreende as características prazo, custo e representação por advogado; ii) as condições de admissibilidade, onde são explorados os poderes do relator e os critérios de representatividade e relevância da matéria; iii) as condições de influenciar no processo, onde será abordada a possibilidade de peticionar, de sustentar oralmente e de recorrer.

Juntas, as condições de acessibilidade, admissibilidade e de influência compõe um retrato bastante preciso sobre o alcance da atuação dos *amici curiae* no Supremo



Tribunal Federal.

2.1 Condições de acessibilidade

Em primeiro lugar é importante analisar a acessibilidade deste instrumento. É fácil postular a condição *amicus curiae* em um processo? Para além dos requisitos de admissibilidade que serão analisados no tópico seguinte, resta ainda saber se há condições institucionais favoráveis à manifestação como *amicus curiae*. Nessa perspectiva, analisamos três fatores: o custo, o prazo para manifestação, e a necessidade de advogado.

a) *Custo*

O custo de uma ação judicial é mensurado não só pelo “preço da atividade jurisdicional”, calculado em taxas (custas judiciais) e pelas despesas com a remuneração de honorários e serviços específicos exigidos em um processo (como, por exemplo, perícia)¹ mas também pelo tempo que permanece no Judiciário, pelas atividades que são exigidas e pelo seu resultado². Neste caso, é importante a análise do custo do processo enquanto estímulo/desestímulo ao ingresso como *amicus curiae* nos processos de controle concentrado de constitucionalidade em trâmite no Supremo Tribunal Federal.

Os processos de controle concentrado de constitucionalidade não têm exigência de pagamento de quaisquer taxas fixas ou porcentagens, diferentemente da regra de processos civis, em razão de serem processos de natureza objetiva, na qual as partes provocadores da jurisdição constitucional não buscam a defesa de interesse própria, mas de toda coletividade, no sentido de prover coerência ao ordenamento jurídico. Seria, assim, injusto que a parte requerente de uma ação constitucional arcasse sozinha com custos que deveriam ser compartilhados entre todos os potenciais

¹ As previsões sobre os custos dos processos civis em geral estão regulamentadas nos artigos 19 a 35 do Código de Processo Civil.

² São poucos os estudos que analisam custos dos processos judiciais. Ver limitações aos estudos em Comunicado IPEA 83 Custo unitário do processo de execução fiscal na Justiça Federal (IPEA, 2011), disponível em http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/comunicado/110331_comunicadoipea83.pdf.



beneficiários da medida. Esse mesmo motivo deve informar a ausência de custas judiciais para os *amici curiae*.

Dessa forma, o custo econômico em custas judiciais não é um empecilho à manifestação de *amicus curiae*. Isso não quer dizer que não existam outros tipos de despesas envolvidas, como honorários advocatícios – já que há a necessidade de representação por um advogado, viagens, entre outras pertinentes ao acompanhamento da ação³.

b) Prazo

A legislação que trata dos *amici curiae*, conforme já mencionado, não traz muitos elementos para a caracterização do instituto. O prazo, por exemplo, mencionado no §2º do art. 7º da Lei 9.868/99, faz remissão a um parágrafo anterior que fora vetado. Essa imprecisão legislativa gerou um enorme embate – ainda não finalizado – sobre o prazo para manifestação como *amicus curiae* no Supremo Tribunal Federal. Tão logo publicada a lei, imaginava-se que os *amicus curiae* teriam que seguir o prazo de informações das respectivas ações, ou seja, os 30 dias previstos no artigo 6º da lei 9.868/99⁴, a contar do despacho do relator.

Esse prazo mostrou-se inviável por dois motivos: primeiro porque as ações que dão entrada no tribunal não são publicadas⁵ e precisam ser monitoradas, uma a uma e

³ Se não há custo para a proposição de *amicus curiae*, seu acompanhamento – caso feito pessoalmente – pode gerar muitas despesas. Como se sabe, o Supremo Tribunal tem sua sede em Brasília- Distrito Federal e, para audiência com os Ministros, acompanhamento de audiências públicas e do próprio julgamento, grande parte dos advogados e partes se deslocam até lá. Até aí, são despesas conhecidas pelas partes e que vão estabelecer o grau de envolvimento e proximidade do *amicus curiae* com o tribunal. Há um problema, no entanto, nos constantes adiamentos de julgamentos, sem prévia informação à parte: ela só sabe desse adiamento na hora, no tribunal. Caso ocorra repetidas vezes pode inviabilizar o acompanhamento e participação em audiências públicas, sobretudo por parte de movimentos sociais e organizações não governamentais.

⁴ As razões de veto ao §1º do art. 7º da Lei 9.868/99 sugeriam isso: “Cabe observar que o veto repercutiu na compreensão do § 2º do mesmo artigo, na parte em que este enuncia “observado o prazo fixado no parágrafo anterior”. Entretanto, eventual dúvida poderá ser superada com a utilização do prazo das informações previsto no parágrafo único do art. 6º”, Razões de voto a trechos da Lei 9.868/99 disponível em <http://www010.dataprev.gov.br/sislex/paginas/17/1973/..%5C..%5C42%5C1999%5C9868.htm>, consultado em 19 de novembro de 2014.

⁵ A ideia de se ter um prazo igual ao das informações para a manifestação como *amicus curiae* estava atrelada à ideia de que os resumos das ações de controle de constitucionalidade seriam publicados no Diário Oficial, informando a comunidade sobre os questionamentos feitos. Ocorre que tais disposições prevendo a publicação de resumo da ação foram vetadas na Lei 9.868/99: “Art. 5º, Parágrafo único. O relator determinará a publicação de edital no Diário da Justiça e no Diário Oficial, contendo informações sobre a propositura da ação direta de constitucionalidade, o seu autor e o dispositivo da lei ou do ato normativo.



diariamente, no sitio eletrônico do tribunal. Segundo porque os prazos do tribunal não são previsíveis: há ações de controle de constitucionalidade votadas em dias e ações votadas em anos, como demonstra a pesquisa:

"A média de 5,3 anos da ADI é alta, porém pode-se dizer que é algo esperado em função da complexidade envolvida nos processos do controle concentrado. Por outro lado, isso não explicaria a grande diferença entre a média da ADI e aquela da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF), que é de 2,7 anos. Também a Ação Direta de Constitucionalidade (ADC) traz a complexidade envolvida na ADI e, no entanto, tem quase a metade da média desta – 3 anos" (SUPREMO EM NÚMEROS, 2014, p. 17).

Obrigar o pretendente a *amicus curiae* monitorar cotidianamente as ações que dão entrada no tribunal, conhecer seu teor, se organizar para redigir um *amici curiae* em 30 (trinta) dias, para depois a ação aguardar anos até a ação ser julgada não seria razoável. Mesmo assim, esta posição de parte da doutrina, como em Bueno (2008) e Del Prá (2008), foi acolhida pelo STF, dando aos *amici* o mesmo prazo das informações.

Esse foi o entendimento dos ministros do Supremo Tribunal Federal⁶ até o ano de 2003, quando passaram a reconhecer que, na ausência de uma norma específica definindo o prazo, era necessário ampliar a possibilidade de admissão como *amicus curiae*, e não a restringir⁷. A regra era a indefinição, com a ressalva que o requerente a *amicus curiae*, uma vez admitido, receberia o processo como se encontrava⁸. Tal posição precisou ser revista pelo tribunal quando se deparou com pedidos de admissão de *amicus curiae* após iniciados os julgamentos, oportunidade em que se assentou a limitação temporal dos *amici curiae* até ter início a fase deliberativa do tribunal, para se evitar tumulto processual e "uma indevida interferência circunstancial, movida pelo

Art. 17. O relator determinará a publicação de edital no Diário da Justiça e no Diário Oficial contendo informações sobre a propositura da ação declaratória de constitucionalidade, o seu autor e o dispositivo da lei ou do ato normativo. Razões do veto: É fato que o número de ações diretas de inconstitucionalidade e de ações declaratórias de constitucionalidade propostas perante o Supremo é bastante volumoso, de modo que a aplicação do dispositivo implicará custos elevados e comprometimento da celeridade do processo sem uma justificativa razoável. O objetivo de conferir publicidade já se encontra assegurado, uma vez que é publicada no Diário da Justiça a distribuição de todas as ações diretas de inconstitucionalidade e de todas as ações declaratórias de constitucionalidade". Ocorre que a distribuição contém apenas o número e impede, em princípio, que a sociedade saiba o assunto tratado na ação.

⁶ O entendimento do Ministro Sepúlveda Pertence sobre o prazo de 30 (trinta) dias emitido na ADI-MC 2.223-7 era o paradigma para os demais ministros.

⁷ A mudança se deu a partir de um pedido de reconsideração no qual o Ministro Gilmar Mendes acabou por admitir a intervenção de *amicus curiae* na ADI 1.104. A decisão que consolida esta ideia e avança no sentido teleológico da lei é do Ministro Cesar Peluso, na ADI 3474.

⁸ Com esta posição, pedidos de ingresso como *amicus curiae* foram feitos e admitidos até mesmo após a inclusão do processo na pauta de julgamento (ADI 2.548) e mesmo se já iniciado o julgamento, porém antes da leitura dos votos (ADI 2.777).



balanço das águas da conveniência”, como dito pela ministra Ellen Gracie.⁹

Esse argumento foi a base para definir o prazo de manifestação dos *amici curiae* até a publicação da pauta de julgamento da respectiva ação¹⁰, que segue até o momento. É um critério que faz todo sentido se considerar a utilidade dos *amici curiae* no processo: ele deverá informar e tentar influenciar os ministros. Se eles já tiverem os seus votos prontos, os *amici curiae* não poderão sequer exercer a sua influência, além de – aí sim – tumultuarem a relação processual, com adiamentos para considerações de suas razões, por exemplo.

No entanto, ainda que o atual entendimento seja o mais amplo possível quanto ao prazo de admissão de *amicus curiae* – da propositura da ação até a publicação da sua inclusão em pauta de julgamento -, a ausência de um prazo determinado, ou seja, a incerteza quanto ao prazo pode ser caracterizada como um óbice à manifestação como *amicus curiae*. A indeterminação quanto ao prazo de apreciação dos *amici curiae*, por um lado, aumentam o risco de que a mobilização de recursos para essa atividade seja infrutífera e por outro, abre espaço para decisões arbitrárias dos ministros, preocupações alinhadas ao princípio da segurança jurídica traduzido como previsibilidade, ou seja, “certeza e calculabilidade, por parte dos cidadãos, em relação aos efeitos jurídicos dos atos normativos”, e também como estabilidade, já que “as decisões dos poderes públicos uma vez adotadas, na forma e procedimento legalmente exigidos, não devem poder ser arbitrariamente modificadas” (CANOTILHO, 1998, p. 257).

c) Exigência de advogado

Por fim, a última condição de acessibilidade que estabelecemos para a figura dos *amici curiae* é a exigência de representação por advogados. Aos *amici curiae* exige-se a representação por profissional habilitado pela Ordem dos Advogados do Brasil. Poderíamos argumentar que esta seria uma limitação indevida, já que as manifestações de *amici curiae* têm uma natureza distinta: não há prazos a serem seguidos; não há penalidades a partir das alegações; não há nada que um advogado possa colaborar mais do que as razões que a própria parte - esta sim dotada de representatividade - , não possa oferecer na forma de um artigo, um texto ou um parecer, na qual a assinatura de

⁹ STF, ADI 2588.

¹⁰ Este critério foi estabelecido pelo STF em Questão de Ordem, na ADI 4.071 AgrReg.



um advogado mostra-se, mesmo, dispensável. Afinal, não se espera dos *amici curiae* que ofereçam argumentos jurídicos sofisticados – esse não tem sido, ao menos, o papel que lhe é atribuído. Nessa mesma linha de raciocínio, interessante notar que, por exemplo, nas audiências públicas não há qualquer restrição para que os partícipes sejam advogados. Se a função de ambos é, de certa forma, pluralizar o debate constitucional, a presença de um advogado pode ser vista como uma restrição a esta capacidade.

Em relação às condições de acessibilidade, assim, ainda que a incerteza quanto ao prazo possa ser um óbice à participação dos *amici curiae*, na prática tem se mostrado factível a sua participação – até pelo tempo que levam os processos no tribunal. Este fator, aliado à ausência de custos para participação, são condições que permitem o acesso de organizações e instituições ao tribunal, mesmo com a exigência de representação por advogado.

2.2 Condições de admissibilidade

A lei estabeleceu apenas dois critérios para a admissão ou não de *amicus curiae* nos processos de controle de constitucionalidade: a relevância do tema debatido na ação e a representatividade dos postulantes. A partir da análise desses dois critérios, o tribunal tem delimitado os objetivos e a função dos *amici curiae* no processo constitucional brasileiro.

a) Relevância da matéria

A relevância da matéria tem sido analisada não sob o viés de sua relevância constitucional, até por uma certa resistência dos ministros em aceitarem que há questões constitucionais irrelevantes, e tendo em vista os efeitos *erga omnes* das decisões do tribunal em sede de controle concentrado de constitucionalidade, mas sim com o viés de complexidade da matéria ou grande repercussão social (ALMEIDA, 2012, p. 1079).

Isso não impediu, no entanto, que em um dos casos com maior complexidade, clamor público e relevância social dos últimos tempos todos os pedidos de *amici curiae* fossem negados. Trata-se da ADPF 54, cujo objetivo era a não criminalização da



antecipação terapêutica de parto de feto anencefálico. Nesta ação, diversas organizações com um amplo espectro político (de organizações religiosas a liberais feministas) propuseram manifestações e foram repelidas, sob o argumento de tumulto processual. Em contrapartida, foi realizada uma audiência pública, oportunidade em que foram ouvidos todos os que haviam requerido ingresso como *amicus curiae*, dentre outras entidades técnicas. Esse caso é exemplo das idiossincrasias que envolvem a figura dos *amicus curiae* e de como o entendimento de cada um dos ministros influencia no alcance que este instrumento pode ter na jurisdição constitucional¹¹. A ausência de uma regulamentação mais clara abre espaço para tratamentos muito diferenciados de um caso para outro.

b) Representatividade dos postulantes

Outro critério legal para a admissão dos *amicus curiae* nos processos de controle concentrado de constitucionalidade é a representatividade dos postulantes, que tem sido abordada pelo tribunal a partir de duas considerações¹²: a vinculação do requerente à condição de *amicus curiae* com pessoas potencialmente afetadas pelo caso e/ou a especialidade do requerente a *amicus curiae* no tema tratado na ação¹³ (ALMEIDA 2012, p.1078).

As decisões do tribunal têm reiteradamente negado a participação de pessoas físicas, titulares ou não de cargos ou especialidades pertinentes à ação¹⁴. A noção de representatividade não abrange a postulação da condição de *amicus curiae* por pessoas físicas, uma vez que este conceito de representatividade trabalhado pelo §2º do artigo 7º da Lei 9.868/99 estaria atrelado à noção de representatividade adequada que,

¹¹ A questão também alcança as audiências públicas realizadas pelo STF. Vestena (2012) aponta que “os ministros apenas utilizam os argumentos proferidos nas audiências públicas quando pretendem reforçar algum ponto específico já selecionado para sua própria argumentação. Nesse sentido, os argumentos inseridos teriam caráter residual na formulação de razões de decidir, o que reforça a hipótese de que tais procedimentos possuem caráter formal e pouco efetivo na configuração de decisões finais” (p. 1017).

¹² Laurentis analisa o critério de representatividade aplicado pelos ministros do STF a partir de 5 pontos: i) a análise do estatuto; ii) a adequada representação; iii) pertinência temática; iv) sobreposição de interesses; v) oferecimento de novas informações (LAUTENTIS, 2012, p. 1163-1184). No entanto, entendo que os critérios estatutários, de adequada representação e de pertinência temática referem-se e estão englobados na noção de “especialidade” que trabalho neste artigo.

¹³ Exemplo da combinação de critérios está na decisão monocrática do Ministro Luiz Fux, na ADI 4627.

¹⁴ A decisão monocrática de Celso de Mello no RE 631.053 é exemplificativa de tantas outras no mesmo sentido. Em nenhuma ação de controle concentrado de constitucionalidade, de 1999 a 2014, foi aceita a intervenção como *amicus curiae* por parte de pessoas físicas, não obstante seu interesse no caso, especialidade, renome ou cargo.



por sua vez, remete à ideia da escolha dos atores legitimados para promover ações coletivas, ou seja, “a potencialidade que determinada associação tem em defender os interesses comuns de uma classe” (LAURENTIS, 2012, p. 1174).

Essa posição deve ser alterada já que o Novo Código de Processo Civil prevê a possibilidade de “solicitar ou admitir a manifestação de pessoa natural ou jurídica, órgão ou entidade especializada, com representatividade adequada”. De fato, há diferentes contribuições que pessoas físicas podem oferecer aos debates no tribunal: uma pessoa em defesa de interesse seu, subjetivo, não está na mesma situação de um especialista ou de um detentor de um cargo/espaço qualificado para tratar do tema; não as reconhecer pode representar uma limitação injustificada de acesso a boas razões e informações que esses atores podem prover¹⁵.

Aplicada às pessoas jurídicas, a representatividade tem sido compreendida como algo relacionado à especialidade da organização, a sua afinidade com o tema. Não se trata, assim, de um tipo de representatividade política, mas sim de autoridade, conhecimento, no assunto em debate na ação. Por este motivo, algumas organizações são admitidas em alguns casos e não em outros, justamente pelo critério da especialidade.

Além dessa leitura, a representatividade tem sido reconhecida para associações de classe e profissionais afetadas pela matéria discutida. Nesse ponto, parece haver uma certa incoerência do tribunal ao analisar os interesses e o papel dos *amicus curiae* nos processos de controle concentrado de constitucionalidade. Sob o argumento de que se trata de processo objetivo alheio a interesses subjetivos, o tribunal tem negado a participação de pessoas físicas afetadas pela decisão, mas a acolhe em forma coletiva. Em alguns casos essa participação auto interessada coletiva é barrada, mas na maior parte das vezes é acolhida pelo tribunal.

Há, nesse cenário, a influência dos diferentes perfis dos ministros, alguns mais outros menos abertos à admissão de *amicus curiae*, sobretudo dado o caráter monocrático a decisão de admissão.

Uma vez mais, a variabilidade das decisões e ausência de critérios claros para serem aplicados pelos relatores quando do pedido de admissão de *amicus curiae* nas

¹⁵ Neste sentido pode ser compeendida como positiva a admissão do parecer de Celso Lafer no famoso caso Ellwanger (STF, HC 82424) como *amicus curiae*, sem entretanto atribuir-lhe as prerrogativas para sustentação oral.



ações de controle concentrado de constitucionalidade pode ser um obstáculo a um maior uso do instrumento, ainda que se reconheça o caráter generoso das decisões (BUENO, 2008, p. 157) que certamente mais abriu as portas do tribunal aos *amici* do que fechou. Ademais, a pertinência ou não da manifestação a ser averiguada, conforme critério do relator, está em jogo: relembremos o caso ADPF 54, onde a relevância da matéria era evidente, assim como a representatividade de maior parte dos proponentes de *amici curiae*, o que tornou a inadmissão dos *amici curiae* uma questão relegada ao tema de estrito da sua conveniência a critério do relator.

Assim, em termos de condições de admissibilidade, a delimitação feita ao longo dos anos quanto a partir dos critérios legais de relevância da matéria e representatividade dos postulantes confere aos *amici curiae* capacidades institucionais de influenciar as decisões, ainda que, como já mencionado, os critérios possam ser aperfeiçoados.

c) Inovação de argumentos

Entretanto, a presença desses dois critérios, quais sejam, a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, não são os únicos fatores averiguados pelo tribunal quando da análise dos pedidos de admissão dos *amici curiae*. O tribunal procura saber também, como condição de admissibilidade, se aquela manifestação dos pleiteantes a *amicus curiae* traz inovações em argumentos e informações ao processo, “acrescentando fatos, circunstâncias, elementos, indagações e preocupações para a matéria que estáposta para julgamento perante o Supremo Tribunal Federal” (BUENO, 2008, p. 157).

São diversas as decisões que inadmitem os *amici curiae*, não obstante a presença dos requisitos legais, pelo critério de falta de inovação, ou seja, falta de utilidade dos *amici* no processo. Mas, não é possível saber se este é um critério averiguado em todos os *amici*.

Com isso, o tribunal cria uma terceira condição de admissibilidade para os *amici curiae*: o da utilidade e inovação da manifestação. Na composição desses critérios, o tribunal tem afirmado que a função dos *amici curiae* tem sido agregar novas informações ao processo (ALMEIDA, 2012. p. 1081), inovando não só argumentos e



dados apresentados pelas partes como também pelos demais *amici curiae*.

Este ponto é essencial para compreender a capacidade de influência de um *amicus curiae* nas decisões e seu potencial para litígio estratégico, na medida em que a mera repetição de argumentos não terá condição de influenciar mais do que a parte poderia fazer. Duas observações são relevantes neste ponto:

A primeira é que a novidade dos argumentos é identificada como um dos fatores mais relevantes para a influência de um *amicus curiae* na decisão do tribunal. As pesquisas feitas sobre o instituto do *amicus curiae* na Suprema Corte Americana identificam que informações, dados e questões técnicas são mais relevantes até do que argumentos de interpretação constitucional (LYNCH, 2004), por exemplo¹⁶.

A segunda delas é a hipótese de que os *amici curiae* exercem influência enquanto grupos de poder no tribunal: não importaria muito a sua argumentação, a novidade ou os dados mencionados (COLLINS JR., 2007). Ao menos em seu aspecto formal, as decisões que inadmitem *amici curiae* parecem ir contra essa análise e demonstram a importância do argumento, inclusive para entidades com considerável influência na sociedade brasileira, como associações de magistrados e até partidos políticos.

Com essas considerações percebe-se que para além do cumprimento do critério da representatividade, os *amici curiae* têm a responsabilidade de levar novos argumentos ao tribunal, sem o que se tornam inúteis no processo, o que pode ser um fator de estímulo criativo a que os atores sociais se engajem em interpretações constitucionais.

Apesar da inovação dos argumentos ser analisada pelos ministros como uma condição de admissibilidade, a partir desta classificação proposta sobre as capacidades institucionais dos *amici curiae* (condições de acessibilidade, condições de admissibilidade e condições de influência) essa inovação dos argumentos estaria alocada, também, enquanto uma condição de influência.

¹⁶ O artigo de Lynch (2004) adota uma perspectiva muito interessante ao realizar uma ampla pesquisa com os assessores dos juízes da Suprema Corte Americana, partindo de questões muito triviais, como se os juízes lêem os *amici*, se o nome do advogado importa ou qual tipo de informação mais relevante. Com isso, é capaz de mapear os “olhares” de dentro do tribunal para os *amici* e perceber qual utilidade é procurada nas manifestações: novas informações, dados e pesquisas não jurídicas.



d) Os inadmitidos

Tendo em vista a abertura dos critérios legais e a oscilação das decisões do tribunal quanto aos critérios de admissibilidade dos *amici curiae*, a observação e análise das decisões dos inadmitidos são capazes de oferecer um retrato do comportamento dos ministros na restrição desse espaço. Abaixo são indicados os principais argumentos utilizados em ações nas quais houve inadmissão explícita dos *amici curiae* entre os anos de 2006 e 2014.

A partir das 62 ações de controle concentrado de constitucionalidade nas quais houve indeferimento de *amici curiae*, foi possível identificar cinco ordens de argumentos usados pelos ministros para indeferir a participação de *amici curiae*, relativos a: i) prazo; ii) defesa de interesse próprio; iii) ausência de utilidade dos *amici*; iv) problemas de representatividade e legitimidade; v) intercorrências processuais. São argumentos usados nesses casos mas que, em outros, foram relevados ou não aplicados. Cada uma dessas ordens de argumentos será explicada a seguir.

Em relação ao prazo, as decisões monocráticas de indeferimento ilustram a mudança de entendimento dos ministros de 2006 a 2014: as primeiras decisões inadmitem *amicus curiae* protocolado após o prazo de instrução da ação¹⁷, compreendido como aquele que congrega os prazos de informações e a manifestação da Advocacia Geral da União e da Procuradoria Geral da República, e com o passar dos anos passam a inadmitir os *amici curiae* protocolados após a publicação da pauta, ou mesmo do início, do julgamento¹⁸, entendimento mantido até o momento. Esse tem sido o motivo de indeferimento mais consistente entre os ministros.

Amici curiae têm sido inadmitidos, também, quando em defesa de interesse próprio, inconciliável com a objetividade que as ações de controle de constitucionalidade demandam e com o papel que se espera dos mesmos¹⁹. A influência que a decisão nas ações de controle concentrado trará para a esfera jurídica dos demandantes a *amici curiae* não é considerada relevante para efeitos de sua admissão e tampouco um fator de legitimação para o debate constitucional. No entanto, são diversas as ações nas quais são admitidos como *amici curiae*, especialmente associações

¹⁷ É, por exemplo, caso do despacho do Ministro Eros Grau na ADI 4009.

¹⁸ É exemplo deste entendimento mais recente a decisão adotada na ADPF 153.

¹⁹ Na ADI 4829, relatada pela Ministra Rosa Weber, inadmitiu-se empresa que teria interesses diretamente vinculados à decisão.



e órgãos de classe, cujo interesse na ação se traduz em benefício direto a seus associados. Esse argumento é usado pelos ministros de forma casuística e não pode ser considerado um critério de admissão ou inadmissão dos *amici*.

A ausência de utilidade dos *amici curiae* é aferida, por sua vez, a partir de dois enfoques: na falta de complexidade da matéria²⁰ discutida na ação e em razão da sobreposição ou repetição de argumentos já alegados pelas partes ou outros *amici*²¹. Esse tem sido o motivo utilizado pelos ministros para indeferir a admissão nas ações de controle concentrado de constitucionalidade, especialmente em ações nas quais há a manifestação de muitos *amici curiae*²².

Este ponto em particular, dentre os demais, está vinculado mais diretamente com a ideia de que os *amici curiae* vão pluralizar o debate constitucional ao trazer informações diferentes ao processo. Informações e argumentos novos teriam condição de ampliar o campo de análise naquela ação, atuando como um elemento que impõe maior ônus argumentativo ao juiz e, com isso, provoca uma melhor decisão judicial. Conforme mencionado anteriormente, esse é um ponto que altera a percepção de que os *amici curiae* são apenas caminhos de grupos de pressão no tribunal (COLLINS JR., 2007). Isso ao menos a partir das decisões dos ministros que indeferem os *amici curiae*, nas quais a efetiva contribuição ao caso, com novos argumentos e informações são os fatores levados em consideração.

O quarto bloco de questões usadas na argumentação dos ministros para indeferir os *amici curiae* é relativo às condições do requerente, pertinentes ou não à noção de adequada representação: ou lhe faltam pertinência temática, ou interesse no caso, ou ainda se confundem na figura de requerido (que prestará informações) e *amicus curiae*²³.

Por fim, há ainda os inadmitidos em razão do não cumprimento de exigências processuais, como procurações com poderes específicos e de documentos que

²⁰ Por exemplo, a decisão tomada na ADI 3787, pelo Ministro Marco Aurélio.

²¹ Exemplo dessa posição é a decisão do Ministro Joaquim Barbosa na ADI 4033.

²² A sobreposição de entidades é usada como fator de indeferimento da manifestação como *amicus curiae*, mas não só enquanto uma questão objetiva, ou seja, não enquanto segmentos de igual representação, mas sim enquanto sobreposição de interesses e de argumentos, o que tornaria a manifestação inútil. Nesse sentido, a classificação proposta por Laurentis (2012) deixa de explorar este ponto. A decisão da ADI 4730, do Ministro Marco Aurelio, expõe esse ponto: primeiro há o indeferimento do amicus por “sobreposição” e, depois, a decisão é reconsiderada em embargos de declaração opostos pelo *amicus curiae* inadmitido.

²³ Neste sentido as ADIs 3847, 4919 e 4996.



comprovem a regularidade da entidade²⁴.

As condições legais para interposição de *amicus curiae* são observadas pelas decisões dos ministros, ainda que em muitos casos os critérios de admissão ou não admissão sejam incoerentes. É o que a análise do perfil dos não admitidos permite constatar. Ademais, os ministros impõem um novo critério para a admissão dos *amici curiae*, condição vinculada a sua função: inovação no processo, quer através de argumentos diferentes ou informações que as partes ou quaisquer outros atuantes no processo não ofereceram. Porém, se esse é um critério usado para indeferimento, não parece explicitamente nos despachos que promovem o seu deferimento.

2.3 Condições de influência

Analisadas as condições de acessibilidade e de admissibilidade, importa ainda conhecer as condições postas para que *amici curiae* possam efetivamente influenciar o debate constitucional, representadas nos procedimentos e atos processuais que são permitidos aos *amici curiae*. Isto é feito sabendo da ausência de regras processuais que exijam, por sua vez, qualquer tipo de vinculação do juiz aos argumentos ou a imposição de um ônus argumentativo aos ministros para além do dever geral de fundamentação das decisões judiciais.

Também neste ponto a indeterminação da legislação acabou por conferir grande espaço aos ministros na aferição de atos processuais pertinentes aos *amici curiae*. A diferença está, no entanto, que conforme o entendimento sobre as capacidades processuais dos *amici curiae* foi se consolidando, as regras do Regimento Interno do tribunal foram sendo adaptadas para a inclusão e formalização dos procedimentos. Como condições de influência serão analisadas a disponibilidade dos *amici curiae* aos ministros e a possibilidade da prática de atos processuais conferidos aos demais atores do processo.

a) Disponibilidade aos ministros

No que se refere à disponibilidade aos ministros, os *amici curiae* ficam

²⁴ Ver ADPF 293 e ADI 4668.



evidentemente mais disponíveis ao relator da ação, que já tem o contato com suas razões no momento de admitir, ou não os *amici*. Os demais ministros, no entanto, podem ter acesso aos *amici curiae* nos autos físicos e, após 2009, pela via do processo eletrônico²⁵.

A informatização dos tribunais e a instituição dos processos judiciais eletrônicos tinham como objetivo responder à crítica de morosidade do Judiciário, sobretudo em relação aos atos de gestão do processo: diligências, certidões, translados e baixas, tudo isso seria agilizado a partir do processo eletrônico.

Se os processos eletrônicos não têm gerado um grande impacto no tempo do processo no Supremo Tribunal Federal²⁶, por outro lado tornam as petições de *amici curiae* muito mais disponíveis aos ministros, na medida que podem, com um clique, ter acesso à manifestação que antes se encontrava fisicamente atada a um processo em uma prateleira em um cartório, cujo deslocamento era certamente mais custoso e demorado.

A disponibilidade de acesso aos *amici curiae* pode parecer um elemento trivial mas foi a causa de permitir aos *amici curiae* a sustentação oral dos seus argumentos em Plenário. A falta de contato dos demais ministros, que não o relator, com as razões dos *amici curiae* foi a razão para que pudessem participar ativamente do julgamento das ações de controle de constitucionalidade²⁷, entendimento consolidado pelo Plenário do STF em julgamento de Questão de Ordem nas ADIs 2.777 e 2.765.

b) Atos processuais: sustentação oral

A possibilidade de sustentação oral por parte dos *amici curiae* foi regulamentada em no Regimento Interno do tribunal, que estabeleceu os prazos de 15

²⁵ A Resolução 417/2009 determinou o peticionamento eletrônico de iniciais pela via eletrônica e, após implantação em 2010, todos os atos processuais das ações de controle concentrado de constitucionalidade passara a ter “formato exclusivamente eletrônico”. A Resolução 417/2009 está disponível no sítio www.stf.jus.br, consultado em 02 de março de 2015.

²⁶ Essas parecem ser as conclusões do estudo O Supremo e o Tempo: “Há uma total falta de padronização que cria grande discrepância entre a duração da mesma etapa do processo sob a relatoria de ministros diferentes e faz com que processos de classes processuais ou assuntos muito similares tenham durações totalmente diversas. É preciso repensar a gestão dos processos do Supremo. A total autonomia de cada ministro sobre como decidir é inalienável, mas não pode ser confundida com uma total autonomia da gestão processual. Os processos não pertencem a um ou outro ministro. São sempre, acima de tudo, processos do Supremo”. (SUPREMO EM NÚMEROS, FGV, 2014, p. 116).

²⁷ A primeira menção dos ministros a possibilidade de sustentação oral se deu na ADI 2223.



(quinze) minutos, na hipótese de apenas uma sustentação, e de até 30 (trinta) minutos, no caso de uma série de *amici curiae* favoráveis e contrários à constitucionalidade, com o objetivo de impedir prazos muito longos de sustentação oral e atraso no julgamento. Porém, em casos relevantes nos quais há um grande desacordo e atraem muitas manifestações, o tempo máximo de 30 (trinta) minutos costuma ser dividido entre todos os *amici curiae*, o que diminui consideravelmente a sua capacidade de influenciar o tribunal, na medida em que se torna praticamente impossível desenvolver um argumento inteiro²⁸; há que se ter uma forma de reconhecer os casos que são difíceis, relevantes, e os que não o são.

O Regimento Interno do STF, ao regulamentar a sustentação oral dos *amici curiae* e estabelecer prazos iguais para defensores e opositores da ação, compartilha a lógica de polo processual autor e réu (BUENO, 2008, p. 171), na qual o equilíbrio de forças e a paridade de armas são decorrência do devido processo legal substantivo e, com ele, da noção de contraditório e ampla defesa.

No entanto, há algumas questões sobre a lógica dessa medida em um processo de controle de constitucionalidade no modelo concentrado e abstrato brasileiro. A análise que prevê esse desequilíbrio informacional nas ações de controle de constitucionalidade, causada pela existência de *amicus curiae* (MEDINA, 2008, p. 174), ignora a maior parte delas.

Em primeiro lugar, há que se considerar que as ações de controle concentrado de constitucionalidade são objetivas. Significa dizer que não há interesses subjetivos em jogo, ou seja, não há parte em sentido tradicional, o que gera uma série de consequências na jurisdição constitucional, como a causa petendi aberta e a impossibilidade de desistência ou de manifestação de terceiro. Esta oposição entre os lados da ação é uma ficção no controle concentrado de constitucionalidade, até porque, por exemplo a autoridade requerida presta informações²⁹, sem consequências jurídicas e processuais para a contestação ou corroboração do alegado na ação. Esse argumento, caso extravasado, geraria a impossibilidade de se ter apenas um *amici curiae* em uma

²⁸ Por exemplo, a ADI 4277 (ADPF 132) que tratou da união homossexual contou com 16 *amici curiae* diferentes. As entidades que defendiam a constitucionalidade da proteção jurídica à união homossexual, em número muito mais amplo do que o contrário, tiveram 2 (dois) minutos cada uma para expor seus argumentos.

²⁹ Neste ponto, a prestação de informações seria muito mais um elemento de “fato” do que de argumentação jurídica, consistente em informar o juiz constitucional as origens e motivos da aprovação daquela lei, pressupondo que também a atividade legislativa é informada por racionalidade.



determinada ação, na medida em que o outro lado ficaria desamparado e em desvantagem. Só que, neste caso, não há outro lado: há atores distintos procurando conferir a sua contribuição para a melhor interpretação constitucional, cujo interesse é geral (KÖHLER, 2010, p. 273).

Em segundo lugar porque, a despeito da tentativa de encontrar lados pró e contra às ações de controle de constitucionalidade, a disputa pode se dar pela interpretação, isto é, pelas argumentação e justificação da decisão e não pela procedência ou improcedência, sobretudo nos casos difíceis. A título de exemplo, podem ser retomadas a ADI 4277 e a ADPF 132: mesmo entre *amici* que poderiam ser considerados no mesmo lado, a divergência de argumentos era enorme, entre alguns que defendiam a equiparação aos casais homossexuais da proteção de um regime jurídico de união estável e outros que defendiam a igualdade no regime jurídico do casamento. Há um abismo de argumentos e consequências entre uma e outra argumentação.

Se os atores motivados a participarem das disputas pela interpretação e se a sociedade representada nas manifestações como *amici curiae* estiverem todos favoráveis à constitucionalidade de uma determinada norma, não haveria justificativa para restringir o espaço de explanação das diferentes razões a partir do lado que ocupa em termos de procedência ou improcedência da ação, na medida em que não necessariamente compartilham dos mesmos argumentos.

Isso não significa ignorar que o tribunal tenha que resolver uma questão prática que lhe é colocada, consistente no uso do tempo no julgamento de ações, mas essa decisão não deveria partir de pressupostos equivocados sobre a lide constitucional objetiva, tampouco ignorar a amplitude da controvérsia em casos difíceis.

Dessa forma, analisada a sustentação oral enquanto condição de influência, tem-se que seu reconhecimento pelo tribunal foi um avanço, mas as atuais regras não dão conta da complexidade dos casos difíceis.

Não é possível falar em condições de influência, especialmente a partir da sustentação oral, sem mencionar as críticas ao modelo de julgamento no Brasil. O momento do julgamento, a sessão onde se dão as sustentações, nos moldes atuais, deixa pouco espaço de influência pelas partes, uma vez que, invariavelmente, os ministros vão para a sessão com os votos prontos e uma decisão previamente tomada



(SILVA, 2009). É claro que há exceções, nas quais ministros sensibilizados por um ou outro ponto da sustentação oral acabam por pedir vistas dos autos e analisar melhor o tema³⁰, mas esse desenho, onde as sustentações dos requerentes, requeridos e *amicus* se dão no mesmo momento da decisão Plenária, diminui a importância da sustentação oral em geral³¹, afetando também, obviamente, os *amici curiae*.

Ainda assim, sustentações orais de organizações de defesa de direitos no Supremo Tribunal Federal se tornaram históricas, mostrando que a capacidade processual é fator essencial para o litígio estratégico e que este não se resume a obter um resultado, uma decisão judicial favorável. Talvez a mais emblemática das sustentações orais já realizadas no Supremo tenha sido a de Joênia Batista de Carvalho (Joênia Wapichana), na ação que discutia a demarcação de terra indígena Raposa Serra do Sol (Pet 3388): de rosto pintado, a advogada foi a primeira indígena a ocupar a tribunhaldo plenário do Supremo. Da mesma forma, Gisele Alessandra Schmidt e Silva foi a primeira advogada trans a sustentar oralmente razões em plenário do tribunal, com enorme simbolismo na ação que pleiteou a alteração de registro civil de pessoas trans a partir da auto designação de gênero (ADI 4275 e RE 670.422) e o advogado e militante histórico do movimento negro, Humberto Adami, sustentou oralmente ação sobre racismo religioso (RE 494.601), também em plenário.

Além da sustentação oral, os *amici curiae* podem ser recebidos nos gabinetes dos ministros, juntar documentos e relatórios com suas petições e têm a capacidade de postular no processo (BUENO, 2008, p. 175).

c) Atos processuais: recurso

Por fim, resta ainda descobrir se os *amici curiae* têm condições de questionar atos e decisões do tribunal. Neste ponto, apesar de haver a norma expressa quanto à

³⁰ A pesquisa Supremo em Números analisou os pedidos de vista no STF, em todas as classes de ações, e chegou a uma conclusão de que nada suporta que os pedidos de vista são efetuados para estudar o processo, conclusão curiosa a partir das também curiosas premissas estabelecidas (SUPREMO EM NÚMEROS, 2014, p. 99).

³¹ Rodriguez (2013) aponta uma série de problemas em relação ao desenho institucional decisório do Supremo Tribunal Federal, dando ênfase justamente à forma de decidir em Plenário, que esvaziaria o diálogo e, no limite, estimularia a produção de 11 decisões distintas, uma para cada ministro. “[...] Mesmo nos casos em que há unanimidade no julgamento, ou seja, em que os 11 juízes do STF decidem no mesmo sentido, todos eles fazem questão, especialmente em casos de grande repercussão pública, de externar sua opinião” (RODRIGUEZ, 2013, p. 82).



não admissibilidade de recursos da decisão que admite ou não os *amici*, interessa também saber se os *amici curiae* podem, por exemplo, ingressar com embargos de declaração ou outros tipos de recurso nas demais decisões das ações de controle concentrado de constitucionalidade.

Quanto aos recursos contra a admissão ou não dos *amici curiae*, o §2º do artigo 7º da lei 9.868/99 menciona ser uma atribuição do relator, a seu critério, em decisão irrecorrível. Não obstante, foram diversos os recursos intentados contra as decisões de não admissão dos *amici curiae* e em nenhuma oportunidade os ministros chegaram a flexibilizar a norma legal. O que corre, por outras vias, é a reconsideração da decisão que inadmite os *amici curiae*. Apesar desses episódios, são situações distintas: reconhecer a capacidade de recorrer da admissão ou não é, de certa forma, acabar com o critério de conveniência ou não na manifestação a ser analisado pelo relator. A legislação tem sido, assim, corroborada pelas decisões do tribunal³².

Bueno (2008) mantém uma posição mais radical quanto à capacidade de os *amici curiae* recorrerem: sustenta que toda decisão judicial é passível de questionamento, não só as decisões monocráticas de indeferimento da admissão de *amici curiae* nas ações de controle concentrado de constitucionalidade (BUENO, 2008, p. 172), como também vê na razão de ser dos *amici curiae* o fundamento jurídico da possibilidade de recorrer de qualquer decisão, sobretudo da decisão final sobre o mérito da constitucionalidade. Se a missão dos *amici curiae* for a cooperação para que o tribunal tenha elementos para uma melhor decisão, privar-lhe de questionar o uso desses argumentos na decisão final seria um contrassenso.

No entanto, essa discussão fica diminuída ao levar em consideração que apenas são cabíveis, contra as decisões de mérito nas ações de controle concentrado de constitucionalidade, embargos de declaração, destinados a sanar omissão, contradição ou obscuridade, o que certamente limita o escopo e o alcance de recursos (ALMEIDA 2016). É este, entretanto, o regime que adotado para os *amici curiae* pelo Novo Código de Processo Civil: são desautorizados os recursos, com exceção dos embargos de declaração.

A capacidade de recorrer seria relevante, entretanto, nas decisões cautelares

³² Não encontrei, nessa pesquisa, nenhum embargo de declaração ou agravo regimental que tenha sido provido para reverter decisão de inadmitiu *amicus curiae*. As decisões seguem, em geral, o estabelecido na ADI 3615, que inadmite os embargos.



proferidas monocraticamente ou após referendo do plenário do STF, especialmente diante das informações que mais de 30% das ações diretas de constitucionalidade contam com pedido liminar, concedidas em 64% destas, permanecendo estas liminares vigentes por uma média de 6,1 ano³³ (SUPREMO EM NÚMEROS, 2014, p. 29-40). Nesse caso, a possibilidade de recorrer poderia ter um enorme impacto.

Dessa forma, sob a perspectiva das condições de influência, apesar de os *amici curiae* estarem disponíveis aos ministros, sobretudo após a implementação do processo eletrônico, as capacidades processuais - mal delimitadas na lei e tal como construídas no entendimento dos ministros do tribunal – mostram-se aquém das funções que os *amici curiae* devem desempenhar no processo constitucional, limitando sobretudo a sua capacidade de promover a qualidade das decisões. As sustentações orais se dão minutos antes dos votos serem proferidos, cabendo ao ministro sensibilizado por algum argumento a alternativa de solicitar vistas dos autos. Ou seja, a formação da convicção do juiz se dá de forma prévia à arguição das partes e dos *amici curiae* em sustentação oral. A outra limitação muito evidente está na impossibilidade de recorrer das decisões que inadmite o *amicus* ou ainda contra a decisão cautelar ou mesmo a de mérito.

3. Conclusão

Um litígio estratégico pode ter múltiplos objetivos e eles não se resumem a uma decisão judicial favorável. Como explicaram Garavito e Franco (2015), um litígio pode promover efeitos materiais ou simbólicos, isto é, pode efetivamente solucionar um determinado conflito jurídico, promover a visibilidade do problema, garantir participação a um grupo historicamente excluído ou reestruturar um marco jurídico. Para isso, antes que os tribunais produzam decisões fortes para garantir direitos (TUSHNET, 2008), é preciso que os litigantes possuam ferramentas acessíveis, capazes de provocar tais efeitos materiais ou simbólicos nos tribunais.

A análise sobre as capacidades institucionais dos *amici curiae* no Supremo Tribunal Federal tem esse objetivo, pois permite identificar onde estão os estímulos e os

³³ Os dados são equivalentes para as ações declaratórias de constitucionalidade: em pouco mais de 34% das ADCs há pedidos de liminares e são concedidas em 63% dos pedidos. A média de anos que dura uma liminar em ADC é de 5,2 anos (SUPREMO EM NÚMEROS, 2014, p. 29-40).



filtros à participação dos *amici curiae* nos processo de controle concentrado de constitucionalidade. A depender de cada um deles, um tipo de perfil dos *amici* se conforma no tribunal, como já observavam, em pesquisa diferente, Gabbay e Cunha (2012). Isso permite afirmar que, no que se refere aos *amici curiae*, ainda que eles estejam previstos em lei, é o próprio tribunal que controla o perfil, a abrangência e o tamanho da porta que permitirá seu ingresso.

Isso fica bastante evidente ao analisar as capacidades institucionais desdobradas em condições de acessibilidade, admissibilidade e influência.

Ao pesquisar as condições de acessibilidade, nota-se que a incerteza quanto ao prazo para a propositura dos *amici curiae* pode ser um óbice a sua participação, justamente pela indeterminação e insegurança, sem mencionar as flutuações de entendimento dos ministros. Ainda assim, na prática, tem se mostrado factível a sua participação, sobretudo diante do largo tempo que levam os processos no tribunal. Este fator, aliado à ausência de custos para participação, são condições que permitem o acesso de organizações e instituições ao tribunal, mesmo com a exigência de representação por advogado.

Já nas condições de admissibilidade, percebe-se que a variabilidade das decisões a depender do ministro relator e a ausência de critérios claros para serem aplicados quando do pedido de admissão de *amici curiae* nas ações de controle concentrado de constitucionalidade podem ser um obstáculo ao uso do instrumento, mesmo reconhecendo que o entendimento do tribunal mais abriu as portas aos *amici* do que fechou. Isso se aplica tanto à averiguação de representatividade dos postulantes, como também de relevância da matéria, como exigido por lei.

Quanto à representatividade, as condições para participação como *amicus curiae* parecem exercer grande influência no seu perfil: as exigências de pertinência temática, especialização, representação por advogado e constituição formal, por exemplo, afastam povos indígenas, comunidades quilombolas, movimentos sociais, que *a priori* não estariam aptos a participar como *amici curiae*. A mimetização de critérios usados para os legitimados – como a pertinência temática – também reduz o espectro de potenciais participantes do debate constitucional.

Além da representatividade, a ausência de critérios claros sobre a relevância da matéria discutida e a consequente presença de *amici curiae* precisa ser enfrentada. O



mais emblemático exemplo, suscitado no decorrer desta tese, foi o da ADPF 54, sobre antecipação terapêutica de parto de feto anencefálico. A relevância da matéria, evidente, permitiria argumentações, por exemplo, sobre o aborto no país, um dos temas da agenda contemporânea de direitos humanos que segue adormecido. Entretanto, o relator decidiu não admitir nenhum *amicus curiae*.

As condições legais para interposição de *amicus curiae* são observadas pelas decisões dos ministros, ainda que em muitos casos os critérios de admissão ou não admissão sejam incoerentes. É o que a análise do perfil dos inadmitidos permite constatar. Ademais, os ministros impõem um novo critério para a admissão dos *amicus curiae*, condição vinculada a sua função: inovação no processo, quer através de argumentos diferentes ou informações que as partes ou quaisquer outros atuantes no processo não ofereceram. Porém, se esse é um critério usado para indeferimento, não parece explicitamente nos despachos que promovem o seu deferimento, tampouco exerce diferença na decisão final.

De forma geral, a admissão dos *amicus curiae* é tema de estrito da conveniência do relator. Ainda assim, em termos de condições de admissibilidade, a delimitação feita ao longo dos anos sobre os critérios legais de relevância da matéria e representatividade dos postulantes confere aos *amicus curiae* capacidades institucionais, ainda que, como já mencionado, estes critérios possam ser aperfeiçoados. Isso é reforçado pelo baixo número de ações nas quais houve inadmissão de *amicus curiae*, sobretudo em ações nas quais eram os únicos a se manifestarem.

Há razoáveis condições de acesso e de admissibilidade aos *amicus curiae*. Já a influência que podem exercer dependem dos atos que lhe são permitidos produzir no processo. Nesse ponto, apesar de os *amicus curiae* estarem disponíveis a todos ministros e não apenas ao relator, sobretudo após a implementação do processo eletrônico, as capacidades processuais - mal delimitadas na lei e tal como construídas no entendimento dos ministros do tribunal – mostram-se aquém das funções que os *amicus curiae* devem desempenhar no processo constitucional, limitando sobretudo a sua capacidade de promover a qualidade das decisões.

Essas conclusões se misturam às críticas feitas à própria forma de deliberação do tribunal levantadas por Silva (2009), sobretudo frente ao desestímulo aos debates internos entre os ministros. Ademais, a ausência de regras que obriguem os juízes a



levarem em consideração os argumentos oferecidos no processo, pelas partes e pelos *amici curiae*, é a maior de todas as limitações, ao menos em plano formal, para influir nas decisões (ALMEIDA, 2017). Esta talvez seja a maior limitação para o uso dos *amici curiae* como instrumento de litígio estratégico no Supremo Tribunal Federal: a ausência de regras processuais que garantam que aqueles argumentos serão considerados pelos ministros, quer para recepcionar ou rejeitá-los.

Isto porque, para influenciar as decisões judiciais, é preciso não só acessar, ser admitido e ser ouvido no tribunal, mas que haja um dever corresponde do tribunal em escutar as razões dos *amici curiae*. É preciso conferir aos *amici curiae* o poder de impor ônus aos julgadores para que possam ser uma ferramenta mais capaz ao litígio estratégico.

Quadro-resumo da análise das capacidades institucionais dos *amici curiae*

Tabela 1. Capacidades institucionais dos *amici curiae*

| Condições de acessibilidade | | |
|--|---|---|
| Custo | Prazo | Advogado |
| <i>Amici curiae</i> deve ser acessível economicamente | <i>O prazo para manifestação deve permitir a mobilização dos amici</i> | <i>A exigência de um advogado é uma barreira ao acesso</i> |
| Ausência de custas iniciais e despesas judiciais nas ações torna os <i>amici curiae</i> acessíveis economicamente. | Prazo amplo que compreende o período da distribuição da ação até a publicação da pauta de julgamentos é um ponto favorável para acesso aos <i>amici curiae</i> , mas a não regulamentação traz insegurança. | A exigência de um advogado(a) pode representar a limitação de um instrumento que serve, em princípio, para pluralizar o debate. |



| Condições de admissibilidade | | |
|--|--|--|
| Relevância da matéria | Representatividade | Inovação |
| <p><i>Critério legal: §2º art. 7º Lei 9.868/99</i></p> <p>Tribunal considera todas as questões constitucionais relevantes, mas analisa as ações em termos de complexidade. Indeterminação e variação de posição dos ministros pode ser um desestímulo aos <i>amici curiae</i>.</p> | <p><i>Critério legal: §2º art. 7º Lei 9.868/99</i></p> <p>Condição de <i>amici curiae</i> tem sido analisada em termos de especialidade e afinidade com o tema tratado e tem sido negada a pessoas físicas e organizações que não tenham “adequada representação”.</p> | <p><i>Critério criado pelo STF</i></p> <p>Principal argumento de rejeição a participação dos <i>amici curiae</i>, congrega a complexidade da ação e a especialidade da organização em fornecer informações relevantes – analisadas em termos de inovação no processo.</p> |
| Condições de influência | | |
| <p>Disponibilidade</p> <p><i>Ministros precisam ter acesso aos amici curiae</i></p> <p><i>Amici curiae</i> são disponíveis aos ministros, especialmente em processos eletrônicos.</p> | <p>Atos processuais: sustentação oral</p> <p><i>Amici precisam participar do processo para poder influenciar</i></p> <p>Sustentação oral tem pouca relevância na tomada de decisão e isso afeta a capacidade dos <i>amici</i> em influenciar o tribunal.</p> | <p>Atos processuais: Recursos</p> <p><i>Amici precisam participar do processo para poder influenciar</i></p> <p>Impossibilidade de recorrer da decisão que o inadmite, da cautelar e do mérito limita a capacidade de influenciar dos <i>amici curiae</i>.</p> |



Referências bibliográficas

ALMEIDA, E.M. Legitimidade judicial e o argumento das partes in Vieira, Oscar e Glezer, Rubens (org). **A razão e o voto: diálogos constitucionais com Luís Roberto Barroso**, Rio de Janeiro: FGV Editora, 2017(a), p. 404-419.

ALMEIDA, Eloísa Machado de. Litígio estratégico e articulação entre jurisdições: O caso guerrilha do Araguaia in GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo e COSTA, Susana Henriques da (org.) **O processo para solução de conflitos de interesse público**, São Paulo: Juspodivm, 2017 (b), p. 527-547.

ALMEIDA, E.M. Comentários ao artigo 138 do Novo Código de Processo Civil in Assis, Araken de; Leite, George Salomão; Alvim, Angélica Arruda (org.) **Novo Código de Processo Civil comentado**. São Paulo: Saraiva, 2016.

ALMEIDA, E.M. **Amicus curiae no Supremo Tribunal Federal**. Tese de Doutorado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2015.

ALMEIDA, E.M. O *amicus curiae* na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais**. Nº 24, Belo Horizonte: Forum, 2012, pp. 1073-1098.

ALMEIDA, E.M. **Sociedade civil e democracia**: a participação da sociedade civil como *amicus curiae* no Supremo Tribunal Federal. Dissertação de mestrado. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2006.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. A reforma do Judiciário: Aspectos relevantes. In: BOTTINI, Pierpaolo Cruz; SLAKMON, Catherine; MACHADO, Maíra Rocha. (Org.). **Novas direções na governança da Justiça e da Segurança**. Brasília: Ministério da Justiça, 2006, pp. 217-226.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI 1104, disponível em www.stf.jus.br.

_____. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI 2223 disponível em www.stf.jus.br.

_____. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI 2548, disponível em www.stf.jus.br.

_____. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI 2588, disponível em www.stf.jus.br.

_____. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI 2765, disponível em www.stf.jus.br.

_____. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI 2777, disponível em www.stf.jus.br.



- _____. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI 2777, disponível em www.stf.jus.br.
- _____. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI 3474, disponível em www.stf.jus.br.
- _____. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI 3615, disponível em www.stf.jus.br.
- _____. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI 3787, disponível em www.stf.jus.br.
- _____. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI 3847, disponível em www.stf.jus.br.
- _____. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI 4009, disponível em www.stf.jus.br.
- _____. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI 4033, disponível em www.stf.jus.br.
- _____. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI 4275, disponível em www.stf.jus.br.
- _____. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI 4277, disponível em www.stf.jus.br.
- _____. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI 4627, disponível em www.stf.jus.br.
- _____. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI 4668, disponível em www.stf.jus.br.
- _____. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI 4730, disponível em www.stf.jus.br.
- _____. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI 4829, disponível em www.stf.jus.br.
- _____. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI 4919, disponível em www.stf.jus.br.
- _____. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI 4996, disponível em www.stf.jus.br.
- _____. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADPF 153, disponível em www.stf.jus.br.
- _____. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADPF 293, disponível em www.stf.jus.br.
- _____. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADPF 54, disponível em www.stf.jus.br.
- _____. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. HC 82.424, disponível em www.stf.jus.br.
- _____. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Pet 3388, disponível em www.stf.jus.br.
- _____. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RE 494.601, disponível em www.stf.jus.br.



_____. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RE 631.053, disponível em www.stf.jus.br.

_____. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RE 670.422, disponível em www.stf.jus.br.

BUENO, C.S. ***Amicus curiae, um terceiro enigmático.*** São Paulo: Saraiva, 2008.

CANOTILHO, J.J. G. **Direito constitucional e teoria da Constituição**, Coimbra: Ed. Almedina, 1998.

COLLINS, P. M. Lobbyists before the US Supreme Court Investigating the Influence of *Amicus curiae* Briefs. **Political Research Quarterly**, v. 60, n. 1, 2007, pp. 55-70.

SUPREMO EM NÚMEROS. FALCÃO, J. HARTMANN, I., CHAVES, V. **O Supremo e o Tempo**. III Relatório **Supremo em Números**, Rio de Janeiro: FGV, 2014.

GABBAY, D.M e CUNHA, L.M. (orgs.) **Litigiosidade, morosidade e litigância repetitiva no Judiciário: uma análise empírica.** São Paulo: Saraiva, 2012. – (Coleção direito, desenvolvimento e justiça: série produção científica).

GARAVITO, C.R. e FRANCO, D.R. **Juicio a la exclusión: el impacto de los tribunales sobre los derechos sociales en el Sur Global.** Buenos Aires: Siglo Veintiuno, 2015.

GLOPPEN, S. e ROSEMAN, M. Pueden los litigios judiciales volver más justa la salud? In YAMIN, Alicia e GLOPPEN, Siri (coord.), **La lucha por derechos de la salud: puede la justicia ser una herramienta de cambio?** Buenos Aires: Siglo Veintiuno, 2013, p. 13-30.

HAKMAN, N. Lobbying the Supreme Court--An Appraisal of Political Science Folklore. **Fordham L. Rev.**, v. 35, 1966, pp. 15-50.

IPEA Comunicado IPEA 83 Custo unitário do processo de execução fiscal na Justiça Federal, 2011, disponível em http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/comunicado/110331_comunicadoipea83.pdf.

KEARNEY e MERRIL. The influence of *amicus curiae* briefs on the Supreme Court, **University of Pennsylvania Law Review**, Vol. 148, n. 3, Jan. 2000, pp. 743-855.

KÖHLER, R.C. ***Amicus curiae: amigos del tribunal.*** Buenos Aires: Astrea, 2010.

LAURENTIS, T.C. ***Amicus curiae. Revista Brasileira de Estudos Constitucionais.*** Nº 24, Belo Horizonte: Forum, 2012, pp. 1163-1186.



LYNCH, K.J. Best Friends-Supreme Court Law Clerks on Effective *Amicus curiae* Briefs. **JL & Pol.**, v. 20, 2004, pp. 33-75.

MEDINA, D. **Amigo da Corte ou amigo da parte? Amicus curiae no Supremo Tribunal Federal**. Dissertação de Mestrado, Instituto Brasiliense de Direito Público, Brasília, 2008.

RODRIGUEZ, J.R. **Como decidem as cortes?**: para uma crítica do direito (brasileiro). São Paulo: FGV Editora, 2013.

SILVA, VA, O STF e o controle de constitucionalidade: deliberação, diálogo e razão pública. **Revista de Direito Administrativo RDA**, Vol. 250, 2009, pp. 199 -227.

TUSHNET, M. **Weak courts, strong rights: judicial review and social welfare rights in comparative constitutional law**. Princeton: Princeton University Press, 2008.

VESTENA, C.A. Audiências públicas: diagnóstico empírico sobre os limites da participação social. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais**. Nº 24, Belo Horizonte: Forum, 2012, pp. 973-1019.

Sobre a autora

Eloísa Machado de Almeida

Advogada, fundadora do Coletivo de Advocacia em Direitos Humanos - CADHu, ganhadora do Outstanding International Woman Lawyer Award 2018, da International Bar Association. Mestra em Ciências Sociais pela PUC/SP e Doutora em Direito pela USP. Professora da FGV Direito SP. Conselheira do Instituto Pro Bono, do Projeto Prioridade Absoluta do Instituto Alana e membro da Comissão de Direito Constitucional da OAB/SP. E-mail: eloisa.machado@fgv.br

A autora é a única responsável pela redação do artigo.

