

FLÁVIO LUIZ YARSHELL
Professor Titular do Departamento de Direito
Processual da Faculdade de Direito da Universidade São
Paulo

OPINIÃO LEGAL

Consulta-me o ilustre advogado Dr. Roberto Soares Garcia, em nome do INSTITUTO DE DEFESA DO DIREITO DE DEFESA – MARCIO THOMAZ BASTOS (IDDD), a respeito da admissibilidade de embargos de declaração opostos por amigo da Corte em processo de ação de descumprimento de preceito fundamental (ADPF), perante o Supremo Tribunal Federal.

A questão – conquanto relevante não apenas para o processo a que se refere a consulta – é singela; e, como tal, será aqui tratada. E, sem embargo dos judiciosos entendimentos em contrário, a razão parece estar com aqueles que reconhecem a *viabilidade de o amigo da Corte manejar o recurso acima mencionado*.

Desde logo e sempre preservada convicção diversa, não colhe o argumento de que a *especialidade do procedimento* regulado pela Lei 9.882/99 justificaria a inadmissibilidade, por superar a regra geral inscrita no art. 138 do CPC – expresso ao facultar ao *amicus* a oposição de embargos de declaração.

Ninguém desconhece ou coloca em dúvida da regra de hermenêutica segundo a qual o especial derroga o geral. Contudo, *para que haja derrogação é preciso que efetivamente haja uma regra especial*; que, no caso do citado diploma legal, simplesmente inexistente: a Lei 9.882/99 não veda o cabimento dos declaratórios e, portanto, não há uma regra especial que logicamente pudesse derrogar a geral. Portanto, o especial derroga o geral *na medida da especialidade*: se a lei especial não contém regra que trata de situação expressamente regulada pela regra geral, então nem mesmo em termos lógicos é possível falar em derrogação.

Como se extrai de página clássica da doutrina, “A disposição especial afeta a geral, apenas com restringir o campo da sua aplicabilidade; porque introduz uma exceção ao alcance do preceito amplo, exclui da ingerência deste algumas hipóteses. Portanto o derroga **só nos pontos em que lhe é contrária**. Na verdade, a regra especial posterior só inutiliza em parte a geral anterior, e isto mesmo **quando se refere ao seu assunto, implícita ou explicitamente, para alterá-la**. Derroga a outra naquele caso particular e naquela matéria especial a que provê ela própria”¹(grifei).

Além disso, se é certo que a regra especial derroga a geral, também não há dúvida de que as regras gerais se aplicam subsidiariamente naquilo que não for incompatível com as especiais. E, salvo melhor juízo, o cabimento dos embargos de

¹ Cf. MAXIMILIANO, Carlos; MASCARO, Alysson. *Hermenêutica e aplicação do direito*, 23^a ed., Rio de Janeiro, Forense, 2022, p. 340.

FLÁVIO LUIZ YARSHELL
Professor Titular do Departamento de Direito
Processual da Faculdade de Direito da Universidade São
Paulo

declaração é plenamente *compatível com o sistema de processos objetivos destinados ao controle de constitucionalidade*. Boa ilustração disso é a regra do art. 26 da Lei 9.868/99, que expressamente admite a oposição de embargos de declaração; do que se extrai, corretamente, a possibilidade de seu manejo pelo amigo da Corte.

Como é cediço, teses limitadoras de recursos a partir da especialidade de certa lei, no confronto com a regra geral, já surgiram ao longo do tempo e, diante da inexistência de fundamento, acabaram por ser superadas. Para ilustrar, assim ocorreu com o cabimento de embargos infringentes em processo de mandado de segurança, sob a égide do CPC/73, tendo prevalecido a compreensão de que, como a lei não excluía o remédio, ele se afigurava possível. Esse também parece ser o caso do agravo de instrumento em processos regulamentados pela Lei 9.099/95: inicialmente entendia-se pelo não cabimento daquele recurso sob o argumento de que a lei especial admitiria apenas recurso nominado, embargos de declaração e recurso extraordinário; o que, pela prevalência da regra geral contida no CPC, veio a ser superado em benefício da efetividade e celeridade da prestação jurisdicional, especialmente nas hipóteses de tutelas de urgência.

Portanto, sempre com o devido respeito a respeitáveis entendimentos contrários, o argumento da especialidade não pode prevalecer: não há regra especial expressa a derogar a geral; e, pelo contrário, no especial sistema de controle concentrado de constitucionalidade o cabimento dos declaratórios é aceito de forma ampla, manejável que é por todos quantos tenham sido regularmente admitidos como sujeitos do contraditório.

Não bastasse isso, convém atentar para a *finalidade que os embargos de declaração desempenham* e, mais do que isso, a *razão que leva o sistema a admitir a intervenção de amigos da Corte*, especialmente no contexto de processos objetivos.

Assim, embora a experiência comum no exercício da judicatura até autorize dizer que declaratórios nem sempre são manejados com precisão técnica e/ou de forma proba, nem por isso se pode tomar a patologia como regra. Se há embargos infundados e protelatórios, há também os que se prestam ao aprimoramento da prestação jurisdicional. Para os primeiros fica reservado o tratamento excepcional e, quando o caso, a imposição de sanções processuais. Contudo, a má-fé não se presume e, mais do que isso, não se afigura lógico suprimir direito ou faculdade sob o argumento de que podem ser exercidos de forma eventualmente desvirtuada. Ademais, se existe a possibilidade de a conduta ser sancionada, reforça-se o cabimento da medida, inclusive em termos lógicos: só se pode

sancionar aquilo que, em tese, pode ser exercitado.

2

FLÁVIO LUIZ YARSHELL
Professor Titular do Departamento de Direito
Processual da Faculdade de Direito da Universidade São
Paulo

No caso dos assim chamados processos objetivos (categoria na qual se inclui a ADPF), o contraditório já é de certa forma limitado na medida em que a participação é adstrita a pessoas investidas de adequada representatividade. Então, limitar o que já é, por si só restrito é comprometer não apenas o devido processo legal, mas o emprego de mecanismos que, em última análise, *trabalham em prol da legitimidade da decisão final*. Então, uma coisa é limitar o acesso de pessoas no processo. Contudo, se esse acesso, mais do que genericamente previsto em lei, é concretamente admitido em um dado processo, então se afigura incoerente cercear a atuação do ente que foi admitido justamente sob o argumento, explícito ou implícito, de que tem representatividade adequada; e de que, portanto, fala por uma dada coletividade em prol de uma decisão mais aperfeiçoada. Portanto, o déficit de contraditório que possa decorrer da objetividade do processo foi sabidamente compensado pelo Legislador, ao admitir o ingresso de entes que falam em nome próprio, mas na defesa de alguma forma de interesse transindividual. Limitar a atuação do amigo da Corte é, assim, *reduzir o grau de legitimidade da decisão final*.

De outra parte, como já se lembrou com felicidade, os embargos de declaração são o *único* recurso de que dispõe o amigo da Corte, de tal sorte que suprimi-lo equivaleria a tornar a intervenção do terceiro algo meramente formal; ou até menos que isso, uma simples aparência de intervenção. Assim ocorre pela função que o remédio desempenha: de que adianta à parte a possibilidade de intervir, fazer alegações e, paradoxalmente, não ter mínima garantia de que as questões relevantes para o desfecho do processo sejam examinadas e respondidas? Portanto, não há fundamento que justifique esvaziar prerrogativa que é indissociável da participação do amigo. Repita-se: ou bem não se admite seu ingresso; ou, se ele for admitido, cercear sua palavra, via declaratórios, é como tornar inócua a admissão, mais próxima de um simulacro que só desprestígio traria à atividade jurisdicional.

A propósito vem bem a calhar a lição segundo a qual “Do ponto de vista da razão de ser do *amicus curiae*, sua legitimidade recursal parece ser uma consequência necessária e natural. Se se trata de uma forma de intervenção que autoriza um ‘terceiro’ a se manifestar perante os tribunais para aprimorar a qualidade das suas decisões, estabelecendo-se um contraditório mais amplo, plural e democrático — caso típico de aplicação do princípio da ‘cooperação’, não haveria como negar que, diante do

proferimento de uma decisão que seja contrária às razões que justificam sua própria intervenção, o amicus não pudesse buscar o proferimento de uma nova decisão em que fossem levadas em conta as considerações que, a seu ver, tornariam melhor a decisão

3

FLÁVIO LUIZ YARSHELL
Professor Titular do Departamento de Direito
Processual da Faculdade de Direito da Universidade São
Paulo

proferida. **Seria contraditório**, até mesmo, que se negasse a oportunidade de pluralizar o debate sobre a admissão (ou inadmissão) do *amicus curiae* **se, no fundo, a função processual que se espera dele, desde duas mais remotas referências, é, justamente, a de portar, para o conhecimento do magistrado**, elementos plurais para ampliação e aprofundamento do debate da questão em julgamento” (grifei)².

Em reforço, considerando-se a função desempenhada pela ADPF e o dever de motivação, não seria despropositado reputar que as questões suscitadas pelo IDDD, quando de sua intervenção inicial, poderiam ser apreciadas até mesmo de ofício, enquanto não operada preclusão. E se é poder-dever do órgão apreciar o que foi alegado por parte cujo ingresso foi admitido, os embargos de declaração seriam, em argumentação, até mesmo dispensáveis.

E, no final das contas, sempre será possível simplesmente conhecer e, sendo o caso, rejeitar os embargos, se eles efetivamente nada puderem acrescentar de útil ao desfecho da causa. Contudo, *não parece ser esse o caso sob exame*, em que o IDDD, com a acuidade e zelo que lhe são costumeiros, traz questões relevantes, cuja apreciação – seja lá qual o desfecho, a critério soberano do Colegiado – tem potencial para aprimorar o debate e a conclusão sobre o tema debatido.

A esse respeito, ao que verte de exame sumário do caso, o objeto da ADPF é a declaração de estado de coisas inconstitucional do sistema carcerário, diante das repetidas violações aos direitos dos presos. Na tentativa de superação do reconhecidamente complexo problema, foram aventadas medidas a serem tomadas pelo Executivo e pelo Legislativo. Contudo, o IDDD judiciosamente suscitou pontos que dizem com o próprio Judiciário, com a parcela de responsabilidade que possa ter sobre o estado de coisas e, portanto, sobre providências que também poderiam ser adotadas. Então, se reconhecidamente nada foi dito a respeito no acórdão, ele se afigura omisso porque, novamente, permitir que alguém fale, mas ignorar sua fala, é o mesmo que esvaziar a prerrogativa de falar. No caso, é mais do que isso: não conhecer dos embargos do IDDD é desperdiçar a oportunidade de refletir sobre o aprimoramento do sistema, isto é, é ignorar que “A admissão do *amicus curiae* nas ações de controle concentrado de

constitucionalidade tem por escopo [justamente] (...) o **fornecimento de subsídios para o aperfeiçoamento da prestação jurisdicional (...)**³(grifei).

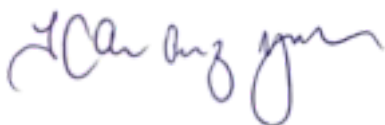
² Cf. SCARPINELLA BUENO, Cássio. *Amicus curiae no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático*, 3^a ed., São Paulo, Saraiva, 2012, pp. 184-185. ³ Cf. STF, Pleno, ADPF 449-AgR, rel. Min. Luiz Fux, j. 18.5.2018, p. 13.6.2028, m.v.

4

FLÁVIO LUIZ YARSHELL
Professor Titular do Departamento de Direito
Processual da Faculdade de Direito da Universidade São
Paulo

E nem se cogite de que o pleito do IDDD extrapolaria o âmbito de debate do processo. Se seu objeto, como mencionado, é o estado de coisas inconstitucional do sistema carcerário, diante de violações aos direitos dos encarcerados, então em torno desse objeto gravitam todas as questões de fato e de direito que possam se relacionar a causas dessa mazela e, portanto, de sua possível superação. Portanto, o IDDD honra a faculdade de ingresso que lhe foi conferida e age como adequado representante e verdadeiro amigo da Corte e da coletividade que representa. Como diz a sabedoria popular, quem avisa amigo é. Portanto, alvitra-se que o STF, admitindo os embargos, ouça o que o IDDD tem a dizer, ainda que seja para, no final, rejeitar o recurso pelo mérito.

É minha singela opinião.



São Paulo, 5 de março de 2024.

Flávio Luiz Yarshell
Professor Titular do Departamento de Direito Processual
da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo



OPINIÃO LEGAL

SUMÁRIO

1. Consulta (1)
 2. Legitimidade do *amicus curiae* para os embargos de declaração (2)
 3. Conclusão (11)
- Bibliografia (13)

1. Consulta

Trata-se de honrosa Consulta formulada pelo eminente advogado **Dr. Roberto Soares Garcia**, Presidente do Conselho Deliberativo do respeitadíssimo Instituto de Defesa do Direito de Defesa – MÁRCIO THOMAS BASTOS (IDDD) a respeito da

legitimidade do *amicus curiae* para interpor recurso de embargos de declaração em sede de ações de controle concentrado de constitucionalidade, em especial, em arguições de descumprimento de preceito fundamental.

Faz específica menção à ADPF 347, que está sob a relatoria do eminente Ministro Luiz Roberto Barroso, na qual, em 1º de fevereiro de 2024, o IDDD interpôs embargos declaratórios para suprir as omissões então indicadas no v. acórdão proferido naquela sede especificamente para o fim de promover “... a revisão da jurisprudência desse E. Supremo Tribunal Federal quanto à restrição do uso e admissão de *habeas corpus* nos Tribunais Superiores e para dar interpretação conforme a Constituição ao artigo 112 da Lei de Execuções Penais para que a pena privativa de liberdade seja executada em forma progressiva com a transferência automática para regime menos rigoroso, podendo o juiz competente obstá-lo, a pedido do Ministério Público, ouvida a defesa, por decisão devidamente fundamentada.”.

É o que basta para o desenvolvimento da Consulta e exteriorização da Opinião do signatário acerca da questão por ela veiculada.

1

Rua Cayowaá n. 759, cjs. 31/32. Perdizes. São Paulo, SP. CEP 05018-001 +55 11 2537-3180
www.scarpinellabueno.com



2. Legitimidade do *amicus curiae* para os embargos de declaração

A questão central do presente trabalho é analisar se o *amicus curiae* tem legitimidade para interpor embargos de declaração. A resposta, cabe adiantá-la para maior clareza da exposição, é positiva, não sendo óbice para tanto a circunstância de se tratar, como no caso da Consulta, de ADPF.

O signatário teve oportunidade de se debruçar a respeito da figura do *amicus curiae* antes de ela ter sido positivada no direito brasileiro.

Já naquele tempo reconhecia a *legitimidade recursal ampla* daquele interveniente, baseando o seu ponto de vista em outra figura conhecidíssima do direito positivo brasileiro, a do recurso de terceiro prejudicado.

O paralelo sempre pareceu ao signatário fundamental de ser sublinhado: o *amicus curiae*, como terceiro que é, pode sofrer algum tipo de prejuízo ou gravame proveniente de decisão judicial, de onde pode nascer seu interesse e, conseqüentemente,

sua legitimidade para intervir no processo, ainda que de modo específico e pontual, para fins recursais.

São suas as seguintes palavras:

“Assim, não há como negar que o *amicus curiae* tem legitimidade para recorrer da decisão que não acolhe as informações, os elementos, os esclarecimentos e as elucidações que se propõe a oferecer ou, mais amplamente, da decisão proferida em levar em conta os *interesses institucionais* que justificam seu ingresso e sua atuação em juízo. O que está por trás da atuação do *amicus curiae* em um e em outro caso é, sempre e invariavelmente, a busca de melhor decisão — o que animará, por certo, a interposição de qualquer recurso por qualquer pessoa —, que melhor aprecie a matéria trazida para solução, com ânimo de definitividade, perante o Estado-juiz.”¹.

Também naquela oportunidade, o signatário já assinalava que tal legitimidade não se limitava ao recurso de embargos de declaração e que, tampouco, no que importa trazer à tona para os fins do presente trabalho, que deveria merecer conclusão diversa em se

¹. *Amicus curiae no processo civil brasileiro*, p. 515/516.

tratando das ações que viabilizam o exame do controle concentrado de constitucionalidade².

Com o advento do CPC de 2015, a questão, ao ver do signatário, restou superada, ao menos no que diz respeito à legitimidade recursal do *amicus curiae* para a interposição de embargos de declaração. Ela está expressa, com todas as letras, no § 1º do art. 138 daquele Código, assim redigido:

“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.” (os destaques são da transcrição).

Se é certo que até se pode querer polemizar acerca do porquê da restrição da legitimidade do *amicus* ao recurso de embargos de declaração e à “decisão que julgar o incidente de resolução de demanda repetitiva”, que é, como se lê do § 3º do art. 138 do CPC, o complemento normativo do já transcrito § 1º do dispositivo, e de que modo que a textualidade da regra afasta eventual interpretação ampliativa para afirmar a legitimidade *também* para outras modalidades recursais e/ou iniciativas similares, inclusive no âmbito do sistema brasileiro de precedentes³, não há espaço para duvidar do acerto sistêmico da escolha do legislador processual civil. E mais do que isto, da clareza de tal opção.

². É o que se pode extrair de op. cit., p. 510/516 e no item seguinte, eloquentemente denominado “Especificamente a legitimidade recursal do *amicus curiae* para questões processuais”, a p. 516/518. ³. Sobre o tema, interpretando de forma ampla a possibilidade de interposição de recursos pelos *amicus curiae*, v. Camilo Zufelato, Legitimidade recursal do *amicus curiae* no Novo CPC, p. 37/38; Antonio do Passo Cabral, *Comentários ao Código de Processo Civil*, p. 221 da versão eletrônica; Eloísa Machado de Almeida, *Comentários ao código de processo civil*, p. 213 da versão eletrônica. Mencionando a possibilidade do terceiro recorrer diante da verificação do interesse recursal, inclusive, por prejuízos processuais, v. Carolina Uzeda, *Interesse recursal*, p. 200 e Manoela Virmond Munhoz, *A participação do amicus curiae no processo civil*, p. 112/113. E inclusive antes do CPC de 2015: Wesley da Silva Placedino, *A legitimidade recursal do amicus curiae*, p. 12 da versão eletrônica. No mesmo sentido é o entendimento manifestado pelo signatário em seus *Manual de direito processual civil*, p. 180/181, *Curso sistematizado de direito processual civil*, vol. 1, p. 569, e *Comentários ao art. 138*, p. 611. Os seguintes autores são

Diz-se acerto sistêmico porque a relação entre a legitimidade recursal do *amicus* nas hipóteses expressamente referidas nos §§ 1º e 3º do art. 138 do CPC justifica-se para permitir que o *amicus curiae* busque, ainda que em sede recursal, o aprimoramento do sistema brasileiro de precedentes com renovada investida, ainda que seja, como é peculiar em se tratando de embargos declaratórios, para suprir omissões, esclarecer obscuridades, eliminar contradições ou, quando menos, corrigir erros materiais. Até mesmo para fomentar o debate, a partir daquelas diferentes perspectivas, acerca do alcance da tese tal qual fixada, que caracteriza o sistema brasileiro de precedentes.

Trata-se, a bem da verdade, da razão de ser daquele recurso potencializado na dinâmica da fixação e dos usos do precedente no direito brasileiro:

“5. A relação entre a participação do *amicus curiae* e a formação de

precedentes obrigatórios, no Direito brasileiro, é evidente. Além da previsão genérica de intervenção de *amicus curiae* no art. 138 do CPC, há outras regras que autorizam essa intervenção: a) incidente de arguição de inconstitucionalidade em tribunal (art. 950, §§ 1º, 2º e 3º, CPC); b) no incidente de resolução de demandas repetitivas (art. 983, caput e § 1º, CPC); c) no procedimento de análise da repercussão geral em recurso extraordinário (art. 1.035, § 4º, CPC); d) no julgamento de recursos extraordinários ou especiais repetitivos (art. 1.038, CPC); e) no incidente de julgamento de recursos de revista repetitivos (art. 896-C, § 8º, CLT). **Em todos esses casos, autoriza-se a intervenção do *amicus curiae* em incidentes de formação concentrada de precedentes obrigatórios, exatamente para que se possa qualificar a formação desse precedente. Não é por acaso, portanto, que o legislador expressamente atribui legitimidade recursal ao *amicus curiae* para impugnar decisão proferida em julgamento de casos repetitivos (art. 138, § 3º, CPC).⁴**

representativos daqueles que fazem interpretação restritiva da previsão do CPC: Anderson Rocha Paiva, *Amicus curiae*: da legislação esparsa ao regramento genérico..., p. 10 da versão eletrônica; Tatiana Machado Alves, Primeiras questões sobre o *amicus curiae* no novo Código de Processo Civil, p. 10 da versão eletrônica; Nelson Agnaldo Moraes dos Santos, *Código de Processo Civil Interpretado*, p. 174 da versão eletrônica e Zulmar Duarte de Oliveira Jr., *Comentários ao Código de Processo Civil*, p. 218 da versão eletrônica.

⁴. Fredie Didier Jr., Intervenção de *amicus curiae* em processo apto à formação de precedente administrativo obrigatório, p. 211, sem os destaques.

4

Rua Cayowaá n. 759, cjs. 31/32. Perdizes. São Paulo, SP. CEP 05018-001 +55 11 2537-3180
www.scarpinellabueno.com

SCARPINE ||| BUENO
CONSULTORIA JURÍDICA

“Ora, é palmar que, realmente, do modo como construída a nova sistemática processual, haja intenso interesse na formação do precedente, que pode, inclusive, nos casos de litigantes habituais, sobrepujar o interesse do sujeito em participar no seu próprio processo (!). Aliás, é isso que denotam os arts. 985 e 1.040, referentes ao incidente de resolução de demandas repetitivas e ao julgamento de recursos repetitivos, que preconizam que, após decidido o procedimento concentrado de formação de precedente obrigatório, a tese firmada (*ratio decidendi*) será aplicada aos casos que tratem de questão jurídica idêntica que deverão estar suspensos justamente para aguardar sua formação. **Portanto, muito mais importante para os jurisdicionados é conseguir contribuir para e**

influir na formação do precedente - visto que, uma vez que isso ocorrer, ele será simplesmente aplicado, sendo bastante difícil conseguir afastá-lo -, **do que a ampla participação em seus casos individuais, que serão balizados pelo entendimento firmado.**

(...)

Mais ainda: o próprio Código previu a interposição de recurso com base unicamente no interesse em influir no precedente obrigatório, sem preocupação com o caso individualmente considerado, ou, mesmo, sem sequer tangenciar a solução do caso. Nesse sentido, vê-se no art. 138, § 3º, do CPC, que estabelece a legitimidade do *amicus curiae* ‘para recorrer da decisão que julgar o incidente de resolução de demandas repetitivas’. **Ora, o *amicus curiae* não poderia ser considerado terceiro prejudicado no sentido tradicional do termo, bem como não teria interesse recursal, uma vez que a decisão do caso não impactará em qualquer relação jurídica sua. Realmente, o que acarreta influência nos interesses dos *amici curiae* não é a decisão, em sentido estrito, mas, sim, a universalização da fundamentação do ato decisório: o precedente judicial. Há uma aproximação da função do *amicus curiae* com a formação de precedentes obrigatórios, tendo como um de seus principais instrumentos o recurso.”⁵.**

“A legitimidade recursal do *amicus curiae* para interpor embargos de declaração foi prevista de modo expresse, na parte final do art. 138, § 2º, CPC/15.

⁵. Lucas Buril de Macêdo, *Precedentes judiciais e o direito processual civil*, p. 594/595, sem os destaques.

O objetivo desse recurso está ligado à necessidade de inteireza e clareza da decisão, para garantir o respeito ao dever de motivação das decisões judiciais (art. 93, XI, CF/88).

Contudo, os embargos de declaração do *amicus curiae* não comportam todo e qualquer vício da decisão. O vício impugnado não pode se referir à situação subjetiva das partes ou ao caso concreto, mas, sim, deve guardar relação com aquilo que é objeto de discussão pelo próprio *amicus curiae* e que se

relaciona com o seu interesse. Um exemplo claro disso é a falta de interesse do *amicus curiae* para embargar de declaração do capítulo da decisão que, em sede de repetitivo ou IRDR, julga o caso concreto, ou que decide sobre a distribuição dos ônus de sucumbência. **O *amicus curiae*, porém, poderá embargar de qualquer vício de fundamentação da decisão que possui relação com a sua contribuição e com o objeto do debate. Isso independentemente de ser o *amicus curiae* quem, efetivamente, suscitou o fundamento.**

O que justifica o interesse recursal é o interesse que possui o *amicus curiae*, na qualidade de sujeito processual, de ter a controvérsia julgada de forma plena, com adequado contraditório e com a consideração de todos os argumentos pertinentes. Do mesmo modo – e pelas mesmas razões –, poderá a parte interpor embargos de declaração, com o objetivo de ‘corrigir vício da decisão relativo aos argumentos trazidos pelo *amicus curiae*’.⁶

“(…) Mas o novo CPC adicionou outros elementos a este quadro. Com efeito, o sistema do novo CPC atribui força ainda maior à jurisprudência e aos precedentes, permitindo que as decisões de um processo entre as partes produzam efeitos vinculativos (e não apenas persuasivos) em outros processos que tramitam *inter alia*. A nova disciplina dos precedentes jurisprudenciais vinculativos (arts. 926 e s.) surge no sistema processual brasileiro como fundamento diferente para uma ampliação das hipóteses de intervenção do *amicus curiae*. **À semelhança do que ocorre nos ordenamentos do *common law*, agora há que se buscar formas de participação que autorizem a participação de diversos atores sociais no**

⁶. Manoela Virmond Munhoz, *A participação do amicus curiae no processo civil*, p. 110, sem os destaques.

processo individual pela possibilidade de a ratio decidendi de precedentes formados entre as partes poder ser aplicada a processos posteriores.”⁷

O signatário também se voltou ao tema escrevendo o seguinte:

“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.”⁸.

O signatário não consegue extrair das ações típicas do controle concentrado de constitucionalidade algum elemento que seja capaz de afastar a expressa previsão codificada. Muito pelo contrário.

Com efeito, na Lei n. 9.868/1999, que “Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal”, há expressa previsão para os embargos de declaração para as decisões proferidas no âmbito daquelas ações (art. 26⁹) sem qualquer restrição ou exceção para o *amicus curiae* que, não é demasiado recordar, é interveniente admitido

⁷. Antonio do Passo Cabral, *Comentários ao Código de Processo Civil*, p. 216 da versão eletrônica, sem os destaques.

⁸. *Curso sistematizado de direito processual civil*, vol. 1, p. 568. Em nota, o signatário transcreve o Enunciado n. 207 da III Jornada de Direito Processual Civil do CJF, assim redigido: “Nos processos em que houver intervenção de *amicus curiae*, deve-se garantir o efetivo diálogo processual e, por consequência, constar na fundamentação da decisão proferida a adequada justificativa acerca dos argumentos por ele trazidos”. O argumento é desenvolvido pelo signatário em outro trabalho seu, quando se voltou especificamente ao art. 138 do CPC, *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. 1, p. 610/612 e, tendo como pano de fundo os próprios embargos de declaração, diante do que propõe seja chamado de “omissão qualificada” para os fins do parágrafo único do art. 1.022 do CPC em seu *Curso sistematizado de direito processual civil*, vol. 2, p. 356, 393 e 627/628.

⁹. “Art. 26. A decisão que declara a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo em ação direta ou em ação declaratória é irrecorrível, ressalvada a interposição de embargos declaratórios, não podendo, igualmente, ser objeto de ação rescisória.”

por aqueles mesmos diplomas legais (art. 7º, § 2º¹⁰), ainda que, reconheça-se, sem nenhuma referência ao nome pelo qual o CPC de 2015 introduziu o instituto no direito positivo brasileiro¹¹.

Até se pode sustentar que a redação do precitado dispositivo sugere interpretação restritiva quanto ao cabimento dos recursos nas ações diretas de constitucionalidade, na exata medida em que exclui quaisquer outras modalidades recursais, taxando as decisões proferidas naquela sede de “irrecorríveis” e colocando-as a salvo, até mesmo, de ações rescisórias.

Tal observação é especialmente relevante para os casos da arguição de preceito fundamental na exata medida em que o art. 12 da Lei n. 9.882/1999, que disciplina infraconstitucionalmente aquele instituto, diferentemente do que se dá com o art. 26 da Lei n. 9.868/1999, não faz nenhuma menção aos embargos de declaração. É ler o dispositivo:

“Art. 12. A decisão que julgar procedente ou improcedente o pedido em arguição de descumprimento de preceito fundamental é irrecorrível, não podendo ser objeto de ação rescisória.”.

Isto, contudo, não tem evitado que a doutrina que se debruçou sobre o assunto afaste, daquelas específicas ações, a pertinência dos embargos de declaração, até porque o art. 6º, § 2º, da Lei n. 9.882/1999, também admite a intervenção naqueles processos¹².

¹⁰. “§ 2º. O relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, poderá, por despacho irrecorrível, admitir, observado o prazo fixado no parágrafo anterior, a manifestação de outros órgãos ou entidades.”.

¹¹. É pacífica a doutrina sobre o assunto como ilustram, suficientemente, os seguintes autores ao afirmarem sobre a coincidência entre aquelas disciplinas legais e a possibilidade de ingresso de *amicus curiae* no controle concentrado: Sérgio Cruz Arenhart, O recurso de terceiro prejudicado e as decisões vinculantes, p. 18 da versão disponibilizada pelo autor no Academia Edu; Alexandre Alberto de Azevedo Magalhães Jr., A intervenção do *amicus curiae* e a modulação de efeito no controle concentrado de constitucionalidade, p. 8 da versão eletrônica; Pedro França Aires e Mattheus Kroschinsky, Controle das omissões inconstitucionais, p. 351 da versão eletrônica. E especialmente sobre o ingresso do *amicus curiae* em ADPF, v. Georges Abboud, *Processo constitucional brasileiro*, p. 564; Dimitri Dimoulis e Soraya Lunardi, *Curso de processo constitucional*, p. 242 da versão eletrônica; Vidal Serrano Nunes Jr. e Marcelo Sciorilli, *Manual de processo constitucional*, p. 276 da versão eletrônica e esp. nota de rodapé 387. Quando o signatário teve oportunidade de se voltar ao assunto, pronunciou-se no mesmo sentido, como se pode verificar de seu *Curso sistematizado de direito processual civil*, vol. 2, tomo III, p. 272/275, e em seu artigo Ação direta de inconstitucionalidade – intervenção de *amicus curiae*, publicado no vol. 138 da *Revista de Processo*.

¹². “§ 2º. Poderão ser autorizadas, a critério do relator, sustentação oral e juntada de memoriais, por requerimento dos interessados no processo.”.

É o que se extrai, a título exemplificativo, das lições ministradas pelos seguintes autores: Mirna Cianci e Gregório Assagra de Almeida¹³; Dimitri Dimoulis e Soraya

Lunardi¹⁴; Fábio Cesar dos Santos Oliveira¹⁵ e Daniel Amorim Assumpção Neves¹⁶. O próprio signatário teve oportunidade de se manifestar em sede doutrinária em idêntica direção¹⁷.

O próprio Col. Supremo Tribunal Federal já teve oportunidade de entender pelo cabimento dos embargos de declaração em sede de arguição de descumprimento de preceito fundamental, a despeito do referido dispositivo de sua lei de regência.

É o que se extrai, a título de exemplo, dos seguintes casos: ADPF 528/ED, rel. Min. Alexandre de Moraes; j. 27.6.2022; ADPF 828 TPI-Quarta-Ref-ED, rel. Min. Roberto Barroso, j. 3.5.2023; ADPF 127 ED, rel. p./acórdão Min. Edson Fachin, j. 6.2.2017 (em que os embargos de declaração foram recebidos como agravo regimental); ADPF 59/ED-AGR, rel. Min. Roberto Barroso, j. 17.12.2022; ADPF 828/ED, rel. Min. Roberto Barroso, j. 03.05.2023; ADPF 53/ED, rel. Min. Rosa Weber, jl. 14.09.2022; ADPF 986/ED, rel. Min. Roberto Barroso, j. 13.03.2023; ADPF 1015/ED-AGR, rel. Min. Cármen Lucia, j. 22.02.2023.

Se é certo que, em alguns dos acórdãos que se acabou de mencionar, distingue-se a legitimidade da *parte* e/ou do Ministério Público, na qualidade de *custos iuris*, para os embargos declaratórios, sublinhando o entendimento de que o *amicus curiae* não ostenta idêntica legitimidade, não é menos certo que a demonstração quer evidenciar, apenas e tão somente, a circunstância de que o texto do precitado art. 12 da Lei n. 9.882/1999 não é óbice bastante para afastar a pertinência dos declaratórios. Fosse para interpretá-lo e aplicá-lo na base de sua *literalidade* e a questão seria rechaçada independentemente da qualidade do embargante. Ademais, a generalização constante da fundamentação daqueles (e de outros tantos, no mesmo sentido) acórdãos, de que não haveria previsão

¹³. *Direito processual do controle da constitucionalidade*, p. 249.

¹⁴. *Curso de processo constitucional: controle de constitucionalidade e remédios constitucionais*, p. 174, citando em nota a concordância doutrinária do Ministro Gilmar Mendes.

¹⁵. *Arguição de descumprimento de preceito fundamental*, p. 188, trazendo à tona importantes aportes doutrinários de Pontes de Miranda e de José Carlos Barbosa Moreira, este no sentido de que “Ainda quando o texto legal, *expressis verbis*, a qualifique de ‘irrecorrível’, há de entender-se que o faz com a ressalva explícita concernente aos embargos de declaração.”.

¹⁶. *Ações constitucionais*, p. 133/134.

¹⁷. A referência é feita ao seu *Curso sistematizado de direito processual civil*, vol. 2, tomo III, p. 280/281.

concentrado de constitucionalidade deve ceder diante da clareza do art. 26 da Lei n. 9.868/1999.

Destarte, do ponto de vista sistemático, mostra-se mais correto, sempre com o devido entendimento do caso contrário, defender a necessária simetria entre os dois diplomas legislativos que disciplinam as diferentes formas de controle concentrado de constitucionalidade, para reconhecer não só o cabimento, mas também a legitimidade do *amicus curiae* para os embargos de declaração, entendimento que vai ao encontro, a um só tempo, à razão de ser daquela modalidade interventiva nos processos que visam à criação de “precedentes”, e da opção do legislador mais recente, como se pode ver do § 1º (e do próprio § 2º) do art. 138 do CPC.

Aceitando tal entendimento, incontestável, até porque expresso, para as ações diretas de inconstitucionalidade e declaratória de constitucionalidade, não sobra espaço para duvidar que os *legitimados* para a interposição dos embargos de declaração só podem ser as partes *e também* eventuais intervenientes, justamente porque, à falta de qualquer opção legislativa expressa, aqueles diplomas legais merecem ser interpretados de modo harmônico. E, como já destacado, são eles próprios que preveem o ingresso dos intervenientes (*amicus curiae*) para participar do debate acerca da (in)constitucionalidade de dada norma jurídica, tanto quanto, também como já sublinhado, a relação entre embargos de declaração, a função do *amicus curiae* e o sistema brasileiro de precedentes não pode ser negado.

Aliás, cabe evidenciar que as próprias Leis n. 9.868/1999 e n. 9.882/1999 expressamente vedam a intervenção de terceiros e, não obstante, não há maior questionamento sobre sua admissibilidade, percebida por diversos casos em que ela foi admitida, como é o caso do IDDD na ADPF 109 e na ADPF 347, sobre a qual versa o presente trabalho¹⁸.

¹⁸. O signatário voltou-se ao tema em seu *Amicus curiae no processo civil brasileiro*, p. 190/200 e, em especial, na pesquisa da nota de rodapé n. 120.

Também não deve ser aceito o argumento de que o CPC não é ou não pode ser subsidiário para as leis que disciplinam o controle concentrado de constitucionalidade¹⁹.

Se é certo que a afirmação até pode conduzir para alguma indevida generalização, não é menos certo que, do ponto de vista que importa ao desenvolvimento do presente trabalho, sequer há possibilidade de evitar o CPC para bem aplicar aquelas legislações. E isto pela simples razão de que nelas não há nada sobre embargos de declaração, se não a menção que já se colocou em evidência. Não se sabe quais suas efetivas hipótese de cabimento, o prazo de sua interposição, seu procedimento, seus efeitos e, em suma, tudo o mais que diz respeito àquela modalidade recursal (art. 994, IV, do CPC). Tudo isto decorre, não há outra forma, da legislação processual civil básica, que é o CPC (arts. 1.022 a 1.026 do CPC).

Assim, em que pese o entendimento contrário, é suficiente a legitimidade recursal expressamente prevista no § 1º do art. 138 do CPC para também reconhecer ao *amicus curiae* legitimidade para embargar de declaração nas ações de controle concentrado de constitucionalidade.

3. Conclusão

O desenvolvimento anterior permite ao signatário responder objetivamente a Consulta que lhe foi encaminhada no sentido de que o *amicus curiae* tem legitimidade para interpor recurso de embargos de declaração inclusive no âmbito das ações de controle concentrado e, em específico, em arguições de descumprimento de preceito fundamental, não sendo óbice para tanto o *texto* que se extrai do art. 12 da Lei n. 9.882/1999.

¹⁹. Para o signatário, aliás, a subsidiariedade e a supletividade do CPC para qualquer processo, inclusive não jurisdicional, é indisputável. Não só por força de seu próprio art. 15, textualmente acanhado, mas por força de todo o sistema. Para o assunto, v., do signatário, seu *Curso sistematizado de direito processual civil*, vol. 1, p. 398/399, e, tendo como pano de fundo especificamente as ações de controle de constitucionalidade, seu *Curso sistematizado de direito processual civil*, vol. 2, tomo III, p. 244/245, com referência ao chamado “controle concentrado de constitucionalidade”. Referindo-se expressamente à aplicação subsidiária do CPC à arguição de descumprimento de preceito fundamental é o entendimento de Mirna Cianci e Gregório Assagra de Almeida, *Direito processual do controle da constitucionalidade*, p. 247 e Ravi Peixoto, *Capacidade postulatória e controle concentrado de constitucionalidade*, p. 2 da versão eletrônica.

O referido dispositivo merece ser interpretado levando em conta as inovações trazidas ao sistema jurídico pelo CPC, em especial a própria disciplina normativa por ele dada à atuação do *amicus curiae* — cujo art. 138, § 1º, reconhece, de modo expresso, a legitimidade do *amicus curiae* para os embargos declaratórios — e a função daquele interveniente no sistema brasileiro de precedentes.

É a Opinião do signatário para a espécie, s.m.j.

São Paulo, 28 de março de 2024.

BIBLIOGRAFIA

- ABBOUD, Georges. *Processo constitucional brasileiro*. 4ª edição. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.
- ARENHART, Sérgio. O recurso de terceiro prejudicado e as decisões vinculantes. In: NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e assuntos afins*. Vol. 11. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. Também disponível em: https://www.academia.edu/214085/O_RECURSO_DE_TERCEIRO_PREJUDICADO_E_AS_DECIS%C3%95ES_VINCULANTES. Acesso em 22.03.2024.
- AIRES, Pedro França; KROSCHINSKY, Matthaus. Controle das omissões inconstitucionais: tratamento atual e proposta de reforma. In: VALE, André Rufino do; QUINTAS, Fábio Lima; ABOUD, Georges (coords.). *Processo constitucional brasileiro: propostas para a reforma*. São Paulo: Almedina, 2022.
- ALMEIDA, Eloísa Machado de. Comentários ao art. 138. In: ALVIM, Angélica Arruda; ASSIS, Araken de; ALVIM, Eduardo Arruda; LEITE, George Salomão (coord.). *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 2017.
- ALVES, Tatiana Machado. Primeiras questões sobre o *amicus curiae* no novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo*, vol. 256. São Paulo: Revista dos Tribunais, Jun/2016.
- CABRAL, Antonio do Passo. Comentários ao art. 138. In: FREIRE, Alexandre (coord.). STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo Caneiro da (org.). *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 2017.
- CIANCI, Mirna; ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito processual do controle da constitucionalidade*. São Paulo: Saraiva, 2011.
- DIDIER JR., Fredie. Intervenção de *amicus curiae* em processo apto à formação de precedente administrativo obrigatório. *Civil Procedure Review*, v. 11, n. 2, p. 209-218, 2020. Disponível em: <https://civilprocedurereview.com/revista/article/view/211>. Acesso em 25.03.2024.

DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya. *Curso de processo constitucional: controle de constitucionalidade e remédios constitucionais*. 5ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

MACÊDO, Lucas Buri de. *Precedentes judiciais e o direito processual civil*. 4ª edição. São Paulo: JusPodivm, 2022.

MAGALHÃES JR., Alexandre Alberto de Azevedo. A intervenção do *amicus curiae* e a modulação de efeitos no controle concentrado de constitucionalidade. *Revista de Processo*, vol. 294. São Paulo: Revista dos Tribunais, Ago/2019.

MUNHOZ, Manoela Virmond. *A participação do amicus curiae no processo civil: interesse, funções, regime jurídico e classificação*. Dissertação – Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-graduação em Direito. Curitiba, 2023.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Ações constitucionais*. 6ª edição. Salvador: JusPodivm, 2021.

NUNES JR., Vidal Serrano; SCIORILLI, Marcelo. *Manual de processo constitucional*. São Paulo: Almedina, 2021.

OLIVEIRA, Fábio Cesar dos Santos. *Arguição de descumprimento de preceito fundamental: comentários à Lei n. 9.882, de 03/12/1999*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

OLIVEIRA JR., Zulmar Duarte de. Comentários ao art. 138. In: GAJARDONI, Fernando da Fonseca; DELLORE, Luiz; DUARTE JR., Zulmar; ROQUE, Andre Vasconcelos. *Comentários ao código de processo civil*. 5ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

PAIVA, Anderson Rocha. *Amicus curiae: da legislação esparsa ao regramento genérico do novo Código de Processo Civil*. *Revista de Processo*, vol. 261. São Paulo: Revista dos Tribunais, Nov/2016.

PEIXOTO, Ravi. Capacidade postulatória e controle concentrado de constitucionalidade: uma análise crítica da jurisprudência no Supremo Tribunal Federal. *Revista de Processo*, vol. 330. São Paulo: Revista dos Tribunais, Ago/2022.



PLACEDINO, Wesley da Silva. A legitimidade recursal do *amicus curiae*. *Revista dos Tribunais*, vol. 938. São Paulo: Revista dos Tribunais, Dez/2013.

SANTOS, Nelson Agnaldo Moares. Comentários ao art. 138. In: MARCATO, Antonio Carlos (coord.). *Código de processo civil interpretado*. São Paulo: Atlas, 2022.

SCARPINELLA BUENO, Cassio. Ação direta de inconstitucionalidade – intervenção de *amicus curiae*. *Revista de Processo*, vol. 138. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

_____. *Amicus curiae no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático*. 3ª edição. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. Comentários ao art. 138. In: SCARPINELLA BUENO, Cassio (coord.). *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. 1. São Paulo: Saraiva, 2017.

_____. *Curso sistematizado de direito processual civil*, vol. 1. 14ª edição. São Paulo: Saraiva, 2024.

_____. *Curso sistematizado de direito processual civil*, vol. 2. 14ª edição. São Paulo: Saraiva, 2024.

_____. *Curso sistematizado de direito processual civil*, vol. 2, tomo III. 4ª edição. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. *Manual de direito processual civil*. 10ª edição. São Paulo: Saraiva, 2024.

UZEDA, Carolina. *Interesse recursal*. Salvador: JusPodivm, 2018.

ZUFELATO, Camilo. Legitimidade recursal do *amicus curiae* no Novo CPC. *Revista do Advogado*, Ano XXXV, Maio de 2015, n. 126. Disponível em: https://aplicacao.aasp.org.br/aasp/servicos/revista_advogado/paginaveis/126/. Acesso em 25.03.2024.



RESUMO EXECUTIVO

O Instituto de Defesa do Direito de Defesa opôs embargos de declaração contra o acórdão de mérito emitido pelo STF na ADPF 347 com o objetivo de ver enfrentadas pelo Tribunal duas importantes proposições que fez no momento de sua habilitação nos autos. Parece-nos evidente o cabimento do recurso neste caso. Trata-se da literalidade do art. 138, §1º do CPC, regramento geral que se impõe diante vácuo normativo da ADPF sobre o assunto.

A figura do *amicus curiae* é uma espécie de mecanismo de ligação entre o Supremo Tribunal Federal e a sociedade. Por meio dessa figura, diversos segmentos sociais podem contribuir com conhecimentos específicos que auxiliem a Corte na tomada da melhor decisão, especialmente em casos complexos em que, como na ADPF 347, a atuação conjunta dos três Poderes da República se impõe.

In casu, rejeitar a possibilidade de o Consulente opor EDcl significa reduzir arbitrariamente sua participação na ADPF em questão, neutralizando o impacto positivo que o IDDD, com sua longa tradição de defesa das garantias processuais penais, poderia efetivamente ter na ação em que se habilitou. Dito de outra forma, impedir o processamento de EDcl torna inócuo o esforço do *amicus curiae* em propor uma ampliação epistemológica da Corte.

É ínsito à democracia constitucional que questões jurídicas não sejam solucionadas por parâmetros discricionariamente postos pelo julgador, mas que haja deferência em relação ao produto legislado pelo Parlamento. Tendo isso em vista, parece-nos claro, em vista do quanto estabelece o art. 138, §1º do CPC, que é defeso ao julgador simplesmente rejeitar a regra legal posta que admite a interposição de embargos de declaração pelo *amicus curiae*.

1



Fazê-lo, alias, importaria declaração de inconstitucionalidade escamoteada do dispositivo, à revelia da Súmula Vinculante nº 10 da Corte.

OPINIÃO LEGAL

Sumário: 1. Consulta e síntese fática. – 2. Oposição de embargos de declaração por *amicus curiae* em processos objetivos. Vedação de discricionari dade na admissibilidade do recurso. – 3. Conclusão: resposta ao quesito.

Palavras-chave: jurisdição constitucional – processo constitucional – embargos de declaração – *amicus curiae*

1. CONSULTA E SÍNTESE FÁTICA

Honra-nos o Instituto de Defesa do Direito de Defesa (“Consulente” ou “IDDD”) com a presente consulta¹, na qual nos indaga acerca do cabimento de embargos de declaração por *amicus curiae* em sede de controle abstrato de constitucionalidade, considerando-se especificamente sua intervenção na ADPF

347, ajuizada pelo Partido Socialismo e Liberdade (“PSOL”) em 26 de maio de 2015.

Na ação, o PSOL pleiteou o reconhecimento do estado de coisas inconstitucional do sistema penitenciário brasileiro e requereu a determinação da elaboração, pelo Governo Federal, de um Plano Nacional, a ser posteriormente submetido ao Supremo Tribunal Federal, que adotasse

¹ A presente opinião legal é oferecida pro bono.

2



medidas estruturais para contenção da violação de direitos fundamentais ocorrida dentro dos presídios nacionais.

No curso do referido processo, o Consultante, enquanto organização não governamental voltada para a defesa do direito de defesa em sua acepção mais ampla, pleiteou fosse admitido seu ingresso no feito, na condição de *amicus curiae*, com vistas a oferecer uma visão aprofundada sobre o objeto da ADPF, considerando sua extensa atuação em questões semelhantes desde a sua fundação, no ano 2000.

Na oportunidade, além de requerer a procedência da ADPF, o IDDD elaborou proposições, pleiteando sua adoção para superação do quadro de violação dos direitos das pessoas encarceradas. Entre essas proposições destacam-se duas que não foram apreciadas pelo STF e que, nessa condição, tornaram-se objeto dos EDcl que opôs, a saber: (i) o pedido de interpretação conforme à Constituição do art. 112 da Lei de Execuções Penais e (ii) a revisão da orientação jurisprudencial restritiva em relação ao conhecimento e concessão de habeas corpus pelas Cortes Superiores.

Em 04 de outubro de 2023, o Plenário do STF julgou parcialmente procedente a ADPF 347-DF, reconhecendo, por unanimidade, a existência de um estado de coisas inconstitucional no sistema prisional brasileiro, responsável pela violação massiva dos direitos fundamentais dos presos.

Todavia, a decisão colegiada do STF não julgou, nem mesmo abordou, a adoção das medidas sugeridas pelo IDDD agora retomadas em sede de embargos de declaração.

A consulta nos é formulada por meio do seguinte quesito, que será respondido ao final desta opinião legal:

1. É correto afirmar-se o cabimento de embargos de declaração por *amicus curiae* em processos de controle abstrato de constitucionalidade?

3



2. OPOSIÇÃO DE EMBARGOS DE DECLARAÇÃO POR AMICUS CURIAE EM PROCESSOS OBJETIVOS. VEDAÇÃO DE DISCRICIONARIEDADE NA ADMISSIBILIDADE DO RECURSO.

Se é verdade que o Supremo Tribunal Federal desempenha função especialmente relevante no âmbito do Estado Constitucional, também é verdade que o desenvolvimento dessa atribuição depende sempre da manutenção da legitimidade do produto decisório dos seus Ministros, individualmente considerados ou em colegiado.

Como já reconheceu o STF, o *amicus curiae* cumpre importante função nesse cenário, pois, na condição de instituição representativa de determinados segmentos sociais, atua como intermediador entre o Tribunal e a sociedade, auxiliando a Corte na avaliação sobre as consequências práticas da decisão sobre determinados grupos (art. 20, LINDB).²

Nesse sentido, “se a jurisdição se exerce em colaboração com os sujeitos do processo, nada mais acertado que admitir ampla participação da sociedade, permitindo que manifestações diversas sejam trazidas ao processo pelo amigo da corte.”³

Sem prejuízo da importância do *amicus curiae*, sua atuação nos processos judiciais está condicionada a determinadas limitações, estabelecidas, de forma geral, no art. 138 do CPC, o qual expressamente proíbe os de interpor recursos nos processos em que intervenham, com exceção da oposição de embargos de declaração (art. 138, §1º, CPC).

Via de regra, portanto, o *amicus curiae* tem legitimidade para opor embargos de declaração nos processos nos quais sua intervenção seja deferida, de modo que qualquer limitação a essa regra depende da edição de norma específica limitativa desse aspecto e não pode depender da atuação discricionária do julgador.

² Cf., nesse sentido, ABBOUD, Georges. *Processo Constitucional brasileiro*. 5.^a ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2021, n. 3.14, pp. 652-653.

³ CABRAL, Antonio do Passo. "Pelos asas de Hermes: a intervenção do *amicus curiae*, um terceiro especial". *Revista de Direito Administrativo*, vol. 234, p. 111-141, out./dez. 2003, p. 129.

4



É verdade que o processo de controle abstrato de normas pela via da ADPF é regulado por lei específica. Todavia, a L 9.882/1999, que disciplina a ADPF, não prevê qualquer restrição à regra geral prevista no art. 138 §1º do CPC, de tal sorte que não se opera, nesse caso, o fenômeno da derrogação da lei geral pela lei especial.

Isso porque, como explica Bobbio, o critério de resolução de antinomias pela especialidade de uma lei pressupõe a subtração, pela lei especial, de parte da matéria regulada por lei geral, submetendo-lhe a regulamentação diversa.⁴

Especificamente sobre a sistemática da legitimidade recursal do *amicus curiae*, não há, na L 9.882/1999, subtração do regramento estabelecido no CPC para impor a ela regulamentação diversa e mais restritiva. Na verdade, a lei de regência da ADPF, assim como a L 9.868/1999 – que disciplina a ADIn, a ADC e a ADO) –, silencia sobre o tema, de modo a viabilizar a incidência da regra geral inserta na *lex generali* – o CPC, especialmente em seu art. 138, §1º - nos processos objetivos.

Dito de outra forma, a validade da norma que outorga legitimidade aos *amici curiae* para oposição de embargos de declaração é estendida aos processos de controle abstrato de normas pela via da lei de regência da ADPF, devido à ausência de regulamentação diversa constante de lei específica sobre processo de controle abstrato de normas.

A L 9.868/1999, aliás, sequer é plenamente silente, já que no art. 26 ressalva expressamente os EDcl da irrecorribilidade intrínseca das decisões de

mérito emitidas em sede de controle abstrato de normas. O referido dispositivo, lido conjuntamente com o permissivo do art. 138, §1º do CPC, conduz inequivocamente ao reconhecimento da plena admissibilidade de oposição dos EDcl por parte de amici curiae.

⁴ “El tercer critério [para solução de antinomias], llamado precisamente el de la *lex specialis*, es aquel con base en el cual de dos normas incompatibles, la una general y la otra especial (o excepcional), prevalece la segunda: *lex specialis derogat generali*. También aquí la razón del criterio es clara, puesto que ley especial es aquella que deroga una ley más general, o sea que subtrae de una norma una parte de la materia para someterla a una reglamentación diversa (contraria o contradictoria)”. BOBBIO, Norberto. *Teoría general del derecho*. 2.ª ed. Bogotá: Temis, 2002, p. 195, **negrito nosso**.

5



Estabelecidos esses pressupostos, é preciso reconhecer, como consequência lógica, que a admissão dos embargos de declaração opostos por *amicus curiae* não deve se sujeitar ao exame discricionário do relator, sob pena da intervenção, outrora deferida, perder o seu sentido funcional, intimamente relacionado com a legitimação procedimental do controle abstrato de normas, no qual, cada vez mais, as matérias abordadas exigem olhares plurais que possam fornecer ao julgador a devida amplitude epistemológica. Como bem se sabe, o agir meramente discricionário do julgador não se coaduna com o exercício constitucionalmente democrático da atividade jurisdicional.

Conforme já tratamos longamente em nossas obras,⁵ cumpre salientar que a eliminação da discricionariedade em nenhum aspecto significa proibição de interpretação na aplicação do direito. Ocorre que a necessidade de interpretar não significa carta branca para discricionariedade. Sobre o tema é precisa a lição de Marcelo Neves ao dispor que:

(...) não se deve confundir a questão da imprecisão com a questão da discricionariedade em sentido estrito. A imprecisão semântica, nas formas de ambiguidade (conotativa) e vagueza (denotativa), implica, a partir primariamente do significado do texto e do seu âmbito de referência, a incerteza cognitiva em relação à norma a aplicar.⁶

De modo diametralmente oposto, portanto, a vedação de atividade discricionária implica a liberdade interpretativa dentro dos limites do texto, à luz

dos fatos e em diálogo com a tradição institucional.⁷

Lenio Streck ressalta que a discricionariedade judicial ganha espaço com as teorias positivistas e as (pretensamente) pós-positivistas no momento que a

⁵ ABOUD, Georges. Discricionariedade administrativa e judicial, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014; ABOUD, Georges. Processo Constitucional brasileiro, cit., 2021, n. 1.17, passim.

⁶ NEVES, Marcelo Neves. Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais. São Paulo: Martins Fontes, 2013. p. 13.

⁷ Cf. ABOUD, Georges; SCAVUZZI, Maira; KROSCHINSKY, Matthäus. “Consequencialismo, teoria da decisão e jurisdição constitucional”. Revista dos Tribunais, vol. 1038, abril/2022, p. 249-279.

6



decisão do juiz deixa de se pautar pela lógica dos textos normativos, mormente a lei, e passa a ser preenchida pela vontade do julgador.⁸

Nessa perspectiva, em regra, a discricionariedade era apontada como fundamento teórico para o Administrador decidir algo (ainda que esse algo fosse uma questão jurídica) fora dos parâmetros jurídicos, ou seja, decidir em termos discricionários.

Ronald Dworkin admite três sentidos para o termo discricionariedade: fraco, forte e limitado. O terceiro apresenta poucos problemas para sua definição. A discricionariedade limitada significa que o poder da autoridade à qual se atribui poder discricionário, determina-se a partir da possibilidade de escolha entre duas ou mais alternativas.

À discricionariedade em sentido limitado, Dworkin agrega a distinção entre discricionariedade em sentido forte e fraco. Essa segunda distinção possui grau de determinabilidade bem mais complexo do que a discricionariedade em sentido limitado. A principal diferença entre os sentidos forte e fraco da discricionariedade reside, de acordo com Dworkin, no fato de que, em seu sentido forte, a discricionariedade implica incontabilidade da decisão, segundo um padrão antecipadamente estabelecido.⁹

Assim, alguém que possua poder discricionário em seu sentido forte pode ser criticado, mas não pode ser considerado desobediente. Desse modo, não se pode dizer que ele cometeu erro em seu julgamento. É em relação a esse sentido forte da discricionariedade que Dworkin elabora sua crítica ao positivismo de Hart, quando este confere ao juiz poder discricionário toda vez

que uma regra clara e preestabelecida não esteja disponível.

Ou seja, “(...) os padrões jurídicos que não são regras e são citados pelos juízes não impõem obrigações a estes”. Dworkin complementa seu raciocínio afirmando: “(...) quando o poder discricionário do juiz está em jogo, não

⁸ STRECK, Lenio Streck. Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. São Paulo: Saraiva, 6.ed., 2017, n. 3, p. 38.

⁹ DWORKIN, Ronald. Levando os Direitos à sério. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 50 e ss.

7



podemos mais dizer que ele está vinculado a padrões, mas devemos, em vez disso, falar sobre os padrões que ele tipicamente emprega”.¹⁰

Dworkin, ao criticar a discricionariedade judicial, afirma que os padrões que os juízes normalmente empregam são, na realidade, princípios que os guiam em suas decisões e que os obrigam, naquele momento, a determinar qual das partes possui direitos. Hart, por sua vez, desconsidera esses princípios, uma vez que se mantém vinculado a uma visão de direito que se articula segundo um modelo de regras.¹¹

No paradigma que defendemos, é ínsito à democracia constitucional que questões jurídicas não sejam solucionadas por parâmetros discricionários. Nesse sentido, deve-se rejeitar aquilo que denominamos de “relativismo hermenêutico”, pelo qual o intérprete pode extrair do significante, consistente no texto legal, qualquer significado que melhor lhe atenda a subjetividade.¹²

Sob a ótica da crítica hermenêutica do direito, a decisão judicial não pode ser encarada como uma mera escolha arbitrária do julgador, desprovida de fundamentação diante de um vasto leque de possibilidades que possam parecer mais ou menos pertinentes. Na verdade, a legitimidade das decisões judiciais em democracias constitucionais está intrinsecamente ligada ao comprometimento do julgador com um elemento preexistente, a saber, o sentido do direito vigente na comunidade, o qual é inexoravelmente mediado pela Constituição.¹³

Daí porque consignamos, em sede doutrinária, que a resposta correta é,

antes de tudo, uma veemente negação do relativismo, mais precisamente da utilização da discricionariedade para solução de questões jurídicas. Quando colocamos para o julgador a necessidade de alcançar a resposta correta, em

¹⁰ DWORKIN, Ronald. Levando os Direitos à sério. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 50 e ss. ¹¹

DWORKIN, Ronald. Levando os Direitos à sério. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 50 e ss. ¹²

ABBOUD, Georges. Direito constitucional pós-moderno. São Paulo: Thomson Reuters, 2021, n. 2.7, p. 473-474.

¹³ STRECK, Lenio Luiz. O que é isto: decido conforme minha consciência?. 4.^a ed. rev. São Paulo: Livraria do Advogado Editora, 2013, p. 107-108.



verdade, impomos a ele a obrigação de evidenciar porque a solução alcançada por ele é a que melhor se adere ao direito.

Mais precisamente, a resposta correta é aquela em consoância com a Constituição, com as leis, com os precedentes e, enfim, com a doutrina. Isto é, essa solução alcançada respeita a coerência e a integridade do direito.¹⁴

Nesse aspecto, para não haver discricionariedade é crucial que haja a deferência legislativa por parte do julgador. Por conseguinte, perante o que estabelece o art. 138, §1º do CPC é defeso ao julgador, inclusive ao STF, rejeitar puramente a regra legal posta que admite a interposição de embargos de declaração pelo *amicus curiae*. Fazê-lo, alias, importaria declaração de inconstitucionalidade escamoteada do dispositivo, à revelia da Súmula Vinculante nº 10 da Corte.

Com efeito, no caso sob exame, a resposta constitucionalmente adequada é aquela que acolhe a escolha feita pelo legislador em não restringir a oposição dos EDcl pelo *amicus curiae* nos processos de controle asbtrato de normas, ciente do potencial cognitivo de processos subjetivamente plurais.

Do contrário, ao negar admissibilidade dos EDcl, o julgador incorreria em uma espécie de captura do texto pelo relativismo hermenêutico, afastando a escolha política feita pelo Poder Legislativo em prol de uma leitura particular do art. 138, §1º, do CPC.

Outrossim, a partir do *amicus curiae*, o STF pode consolidar e aumentar

sua relação com a sociedade¹⁵ - mormente em casos complexos e em que há

¹⁴ ABBOUD, Georges. Direito constitucional pós-moderno. São Paulo: Thomson Reuters, 2021, n. 2.7, p. 476.

¹⁵ “Observe-se que a prática do *amicus curiae* é utilizada em larga escala nos Estados Unidos da América, onde se assegura a mais ampla participação das mais diversas pessoas e entidades no deslinde da controvérsia. Calha lembrar o caso *Webster v. Reproductive Health Services*, cujo julgamento poderia ensejar uma revisão do famoso precedent representado pelo caso *Roe v. Wade* (1973), sobre a possibilidade de realização do aborto. Naquele caso, a Supreme Court teceu, além do memorial apresentado pelo Governo, 77 outros memoriais sobre os mais variados aspectos da controvérsia – possivelmente o número mais expressivo já registrado –, por parte de 25 senadores, 115 deputados, da Associação Americana de Médicos e de outros grupos médicos, de 281 historiadores, de 885 professores de direito e de um grande grupo de organizações contra o aborto. Com efeito, a atuação de entidades na condição de *amicus curiae* é auxiliar, representando um nítido ‘fator de

9



necessidade de atuação conjunta dos três Poderes da República - tanto para assegurar a preservação de novos direitos, como para colher informações dos diversos segmentos sociais, permitindo que progressivamente integrem-se, à jurisdição constitucional, organizações, confederações e diversos outros grupos pluralistas.¹⁶

Longe de consubstanciar exceção à regra geral do cabimento de EDcl pelos *amici curiae*, o controle abstrato de constitucionalidade deveria ser o seu reforço, considerando-se a importância não só dos amigos da corte, mas do próprio recurso na prática do Tribunal, por intermédio do qual questões importantes – v.g. modulação de efeitos – são fixadas após o julgamento do mérito da ação.

In casu, obstar a oposição de embargos de declaração pelo IDDD significa uma redução discricionária indevida de sua atuação como amigo da corte, ao ponto de até mesmo anulá-la, uma vez que os EDcl veiculados por este *amicus curiae* tem como fundamento a omissão a respeito de duas importantes proposições feitas pelo IDDD à época de sua habilitação nestes autos.

Aqui, portanto, considerar incabíveis os EDcl do Consulente implica, na prática, a neutralização de sua participação do processo, de modo praticamente equivalente ao que teria ocorrido se o IDDD sequer tivesse sido admitido como *amicus curiae* nesta ADPF.

pluralização e de legitimação do debate constitucional’, não possuindo natureza jurídica de intervenção

de terceiros, instituto típico de processos onde se discutem direitos de cariz individual, conforme se pode ver na ADIn 2.494. Não esqueçamos que o direito é alográfico. Ele depende de um sentido que lhe é adjudicado. Portanto, o direito depende sempre de uma teorização, em que as palavras têm sentido definidos. Por tais razões, as 'aproximações hermenêuticas' podem ser úteis quando se trata de analogias em favor do réu ou outras questões desse jaez. O que não se pode fazer é sobrepor conceitos (Saussure já fala na 'linearidade' como um dos quatro elementos do signo). Ou seja, *amicus curiae* é uma coisa; intervenção de terceiros é outra." (STRECK, Lenio *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 696-697).

¹⁶ Em sentido próximo, ver: CAMAZANO, Joaquín Brage. "Estudio introductorio: El Tribunal Constitucional en Alemania, con particular referencia al pensamiento de Peter Häberle y Konrad Hesse". In: HÄBERLE, Peter. *Estudios sobre la jurisdicción constitucional*. México: Editorial Porrúa, 2005. p. 105. Cf, ainda, ABBOUD, Georges. *Direito Constitucional pós moderno*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021, n. 3.10.3, p. 647-648.

10



Dito de outra forma, se admitíssemos que nos processos objetivos o *amicus curiae* carece de legitimidade para oposição de embargos de declaração ou que o exame de admissibilidade deles se sujeita ao exame discricionário do relator, teríamos de reconhecer, por dever de coerência, que sua atuação no âmbito do controle abstrato de normas é essencialmente pro forma, dado que um determinado provimento jurisdicional poderia omitir-se sobre as proposições elaboradas pelo amigo da corte sem que esse vício pudesse ser sanado pela via recursal.

No limite, teríamos que admitir a normalidade de uma situação assaz curiosa: o deferimento da intervenção do *amicus curiae* com vistas a dele colher um olhar acurado e plural sobre o objeto do processo, mas cuja manifestação só seria valorada nos limites do que o Tribunal considera discricionariamente pertinente.

Uma tal situação, eivada de subjetivismo e discricionariedade, não pode subsistir no Estado Constitucional, especialmente considerando o papel do contraditório na moderna processualística que deve ser norteada a todo tempo pela principiologia constitucional.

Admitido o ingresso de determinada instituição na condição de *amicus curiae*, como ocorreu com o IDDD no presente caso, é dever do Tribunal valorar os argumentos por ela deduzidos em relação ao objeto da ação, com o mesmo rigor que analisa as demais manifestações realizadas pelos outros sujeitos do processo, fundamentando extensivamente as razões pelas quais decidiu acolher, ou não, o mérito desses argumentos.¹⁷

¹⁷ “A decisão deve expressar a melhor resolução do litígio, acolhendo ou refutando os argumentos constantes dos autos e as manifestações dos sujeitos processuais. O ato decisório tem de estampar de forma cristalina a síntese das contribuições colhidas pelo exercício do contraditório, ainda que seja para afastar os argumentos e elementos irrelevantes ou equivocados para a solução da lide. Neste contexto, a fundamentação das decisões comprova a observância dos objetivos políticos da jurisdição: concilia o culto à liberdade, pelo exercício da garantia do contraditório, com a expressão do aspecto colaborativo da participação, ao tomar em consideração a manifestação dos sujeitos do processo, inclusive do amicus curiae, quando houver interesse público.” (CABRAL, Antonio do Passo. “Pelas asas de Hermes: a intervenção do amicus curiae, um terceiro especial.”, cit., p. 131.).

11



Omisso o produto decisório sobre a argumentação deduzida pelo amicus curiae e, assim, rechaçado o dever de fundamentação, de cariz constitucional (art. 93, IX, CF), a ele assiste o direito à oposição de embargos de declaração, cuja admissão é obrigatória para sanar o vício que macula a decisão, com amparo nos arts. 138, §1º e 1.022, II do CPC, art. 26 da L 9.868/1999 e art. 337 do RISTF.

Somente assim, encarando com seriedade os argumentos deduzidos pelo amicus curiae e sobre eles decidindo fundamentadamente, que o Tribunal demonstrará a relevância dessa forma de intervenção no processos de controle abstrato de normas.

Do contrário, apenas reforçará a imagem de que o ingresso dos amici curiae nesses processos não supera o já gasto formalismo processual.

3. CONCLUSÃO: RESPOSTA AO QUESITO.

1. É correto afirmar-se o cabimento de embargos de declaração por amicus curiae em processos de controle abstrato de constitucionalidade?

Resposta: Sim. A figura do amicus curiae tem se mostrado uma das mais importantes do processo constitucional contemporâneo. Por intermédio ele, diversos segmentos sociais podem contribuir com o Supremo Tribunal Federal para o melhor balizamento de suas decisões, em especial aquelas de grande impacto social, como é o

caso sob consulta.

O art. 138, §1º do CPC permite expressamente o cabimento de EDcl por amicus curiae, ao passo que o art. 26 da L 9.868/1999 ressalva esse recurso da irrecorribilidade das decisões de mérito emitidas em processos objetivos. A lei que rege a ADPF, por sua vez (L 9.882/1999) é silente sobre o assunto, razão pela qual deve-se aplicar o regramento geral, que é o CPC.

É insito à democracia constitucional que questões jurídicas não sejam solucionadas por parâmetros discricionariamente postos

12



pelo julgador, mas que haja deferência em relação ao produto legislado pelo Parlamento.

Tendo isso em vista, parece-nos claro, perante o que estabelece o art. 138, §1º do CPC, que é defeso ao julgador, inclusive ao STF, simplesmente rejeitar a regra legal posta que admite a interposição de embargos de declaração pelo amicus curiae. Fazê-lo, alias, importaria declaração de inconstitucionalidade escamoteada do dispositivo, à revelia da Súmula Vinculante nº 10 da Corte.

No caso em tela, o IDDD manejou EDcl com o intuito de ver importantes enfrentadas pelo STF importantes proposições que fez quando de sua habilitação nos autos. Nesse sentido, o não recebimento dos embargos de declaração equivale, na prática, a uma redução arbitrária do papel que o Consulente pretendeu, com razão, desempenhar neste feito.

São Paulo, 20 de março de 2024



