

XXIV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - UFS

ACESSO A JUSTIÇA

FLÁVIA DE ÁVILA

JOSÉ QUERINO TAVARES NETO

PAULO ROBERTO LYRIO PIMENTA

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – Conpedi

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes - IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Conselho Fiscal

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG /PUC PR

Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches - UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS (suplente)

Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

Representante Discente - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

Secretarias

Diretor de Informática - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC

Diretor de Relações com a Graduação - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU

Diretor de Relações Internacionais - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC

Diretora de Apoio Institucional - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC

Diretor de Educação Jurídica - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM

Diretoras de Eventos - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA

Diretor de Apoio Interinstitucional - Prof. Dr. Vladimir Oliveira da Silveira – UNINOVE

A174

Acesso à justiça [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFS;

Coordenadores: José Querino Tavares Neto, Flávia de Ávila, Paulo Roberto Lyrio Pimenta. – Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-028-2

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: DIREITO, CONSTITUIÇÃO E CIDADANIA: contribuições para os objetivos de desenvolvimento do Milênio.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Justiça. 3. Direito processual. 4. Direitos humanos. I. Encontro Nacional do CONPEDI/UFS (24. : 2015 : Aracaju, SE).

CDU: 34



XXIV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - UFS

ACESSO A JUSTIÇA

Apresentação

Apresentação do Livro Acesso à Justiça

É com satisfação que apresentamos à comunidade acadêmica o livro Acesso à Justiça, resultado da seleção de textos para o Grupo de Trabalho (GT) homônimo que constou da programação do XXIV Encontro Nacional do CONPEDI, ocorrido na Universidade Federal de Sergipe, na cidade de São Cristóvão, entre os dias 3 e 6 de junho de 2015. O GT, que teve como objetivo refletir sobre os estudos teóricos e análises empíricas acerca da prestação jurisdicional, com vistas à efetividade da justiça e à realização do direito constitucional do acesso à justiça, foi agraciado com artigos e debates que se constituíram em experiências extremamente ricas e diversificadas a respeito da temática.

Deste modo, por intermédio deste espaço institucional de discussão e divulgação de trabalhos do mais alto gabarito, foi possível estabelecer interações interdisciplinares pelas quais se podem operar mudanças no modo de se entender e se operacionalizar o Direito, a fim de que o mesmo seja efetivamente meio de transformação social. Portanto, o conteúdo dos artigos deste GT se destaca por formar ambiente único, rico de saberes, ainda responsável por aproximar a academia da sociedade ao propor construções teóricas, críticas e processos para beneficiá-la.

Os 29 artigos que integram este livro trabalham com os mais variados ramos do Direito, incluindo Direito Constitucional, Direito Internacional, Direito do Trabalho, Direito Penal, Direito Civil, Direito Processual Civil, Direito Processual do Trabalho, Direito Processual Penal, Direito da Infância e da Adolescência, Direito do Consumidor, Direitos Humanos, etc. Estes, por sua vez, abrem a discussão para temáticas que envolvem a atuação do judiciário, formas alternativas de solução de controvérsias, administração da justiça, efetividade das decisões, concretização dos objetivos do milênio da ONU, teoria dos jogos, segurança pública, cortes estrangeiras e internacionais, dentre outros instigantes temas.

Ao vivenciar as apresentações dos artigos e participar efetivamente de debates por meio de indagações precisas e respostas acuradas, foi possível verificar o quão interessante tais temáticas são e o quanto podem acrescentar para que seja estabelecido diálogo entre as propostas da pós-graduação em Direito, com a participação de estudantes, professores e profissionais do seu campo e de áreas afins. Esta é uma oportunidade ímpar de o pós-

graduando estabelecer diversas relações que impactam positivamente em seu processo de aprendizagem e de os professores e demais operadores do Direito trocarem experiências e conhecimentos.

Por fim, laureia-se a iniciativa do CONPEDI em estabelecer este GT, que se consolida com novas edições. Trata-se de uma estratégia fundamental para a melhoria da qualidade dos cursos de pós-graduação no Brasil.

**A PARTICIPAÇÃO POPULAR NOS PROCESSOS COLETIVOS POR MEIO DO
AMICUS CURIAE E AS (IM)POSSIBILIDADES EM FACE DO NOVO CÓDIGO DE
PROCESSO CIVIL (LEI N.º 13.105/2015)**

**THE POPULAR INVOLVEMENT IN THE CLASS ACTIONS THROUGH THE
AMICUS CURIAE AND THE (IM)POSSIBILITIES OF THE NEW PROCEDURAL
CODE (RULE N.º 13.105/2015)**

**Fernanda Lissa Fujiwara Homma
Galanni Dorado de Oliveira**

Resumo

A participação do amicus curiae nos processos coletivos pode proporcionar tanto o ingresso de instituições cujo conhecimento especializado é essencial à melhor solução do conflito, quanto a abertura democrática necessária a fim de proporcionar a melhor defesa dos interesses meta-individuais. Nesse contexto, havia muita expectativa com a possibilidade da previsão desse instituto no Projeto do Novo Código de Processo Civil (PLS n.º 166 de 2010). O presente artigo pretende analisar, a partir do tema da suposta crise do Judiciário e das diferentes hipóteses atuação do amicus curiae presentes na legislação esparsa nacional; os avanços e os obstáculos assinalados no Novo Código de Processo Civil (Lei n.º 13.105/2015) à utilização mais ampla do instituto

Palavras-chave: Amicus curiae, Controle de constitucionalidade, Processo coletivo, Participação popular

Abstract/Resumen/Résumé

The participation of amicus curiae in the class actions can allow, both the joint of many institutions whose specialized knowledge is essential to the best solution of the case and the necessary democratic opening that provides the best protection to the collective rights. Therefore, there was a lot of expectancy about the foreshadowing of this institute on the Project of the New Procedure Code (PLS n.º 166 de 2010). This article aims to analyze, beginning through the crisis on the Judiciary, and the many forms that the amicus curiae can operate according to the sparse national legislation and the progresses and the obstacles manifested on the New Procedure Code (Rule n.º 13.105/2015) to a wider use of the institute.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Amicus curiae, Judicial review, Class action, Popular participation

1. INTRODUÇÃO

“Se podes olhar, vê. Se podes ver, repara.” abre Ensaio Sobre a Cegueira de José Saramago. Tal reflexão, carregada de liricidade não poderia ser mais precisa para definir o papel processual do *amicus curiae*, verdadeiro instrumento auxiliar à interpretação e à elucidação dos fatos reconstruídos processualmente e que, por vezes, encontram-se ocultos na penumbra que se instala entre as alegações das partes. É pois, o *amicus curiae* o detentor de um olhar capaz de penetrar nessa zona de incerteza e aclarar aquilo que está ali escondido.

Ademais, o *amicus curiae*, figura constante nas ações de controle concentrado de constitucionalidade, revela-se, também, como importante instrumento de participação popular no processo e de democratização das decisões judiciais.

A importância desse instrumento é ainda maior no processo coletivo cuja finalidade é tanto tutelar de direitos tradicionalmente classificados como transindividuais e coletivos, quanto os direitos de minorias e outros sujeitos que dificilmente teriam sucesso em conseguir afastar os obstáculos do acesso à justiça, a fim de se apresentar pessoalmente em juízo para defender seus direitos.

Com efeito, a recente previsão do instrumento do *amicus curiae* no artigo 138 do Novo Código de Processo Civil (Lei n.º 13.105/2015), demonstra uma possibilidade de utilização mais constante e significativa do instituto. Entretanto, ao mesmo tempo que a inserção do instituto no Novo CPC representou importante avanço, o apego ao tradicionalismo pode acabar por esvaziá-lo.

Assim, o presente trabalho analisa, em um primeiro momento, a suposta crise que passa o Judiciário e a necessidade de abertura para participação popular e de ampliação do debate acerca das decisões por ele tomadas. Neste sentido, o *amicus curiae* emerge como um desses institutos que possibilitam uma abertura à sociedade civil organizada.

Em um segundo momento, analisa-se a legislação esparsa a fim de se identificar as diferentes formas as quais o *amicus curiae* se revela, isto é, tanto como um fiscal da lei como um instrumento de participação popular dentro das Cortes, buscando torna-las um espaço privilegiado de debates.

Nesse sentido, em um terceiro momento é feita a análise do *amicus curiae* em sua expressão mais significativa: nas ações de controle concentrado de constitucionalidades. A importância de sua participação parece adequada também aos processos coletivos que acabam por envolver diversas esferas no processo.

Por fim, ante a sanção do Novo Código de Processo Civil (Lei n.º 13.105/2015), busca-se uma breve análise da previsão do instituto em uma lei geral e das possibilidades ou impossibilidades que sua positivação pode trazer ao sistema processual.

2. CRISE DO JUDICIÁRIO E A NECESSIDADE DE PARTICIPAÇÃO POPULAR

Muito embora, o Poder Judiciário tenha assumido papéis muito diferentes historicamente, desde há muito tempo vem se debatendo o tema: crise e reforma do judiciário (1). Com efeito, a epígrafe ‘crise de legitimidade’ não é capaz de identificar os diversos obstáculos a serem superados pelo órgão jurisdicional.

Assim, a crise pode ser identificada, em primeiro lugar, por uma **crise de eficiência**, caracterizada pelo descompasso entre a procura e a oferta das prestações jurisdicionais. Nesse sentido, os juízes são vistos como verdadeiros prestadores de serviços de modo a existir um descompasso entre a entrada dos processos e o número de julgamentos realizados. (2) O tempo de demora na solução dos conflitos implica em prestação de tutela ineficiente.

Em segundo lugar, o Judiciário passa por uma **crise de identidade** caracterizada pela dificuldade dos magistrados em abandonar concepções tradicionalistas e ultrapassadas - apegando-se a um individualismo exacerbado -, e interpretar os novos diplomas ou mesmo dos antigos sob uma nova perspectiva.¹ Isto é, os juízes não estão tecnicamente aptos as novas demandas e não conseguiram determinar os limites do alcance de sua atuação.

Some-se a este quadro a emergência de uma suposta **crise de legitimidade**. (3) Isso porque, a Constituição de 1988 demanda do Estado um papel ativo na concretização dos direitos fundamentais, e tal imposição também opera em relação às Cortes que devem, em sua atuação, buscar concretizar ao máximo os valores constitucionais.

¹ A suposta crise do Judiciário é questionada por FONSECA, Juliana Pondé. *Problemas Estruturais do Judiciário Brasileiro*. Curitiba, 2011. Dissertação (Mestrado), Universidade Federal do Paraná.

Ademais, o aumento na complexidade das demandas que chegam ao Judiciário acaba por exigir do Juiz conhecimentos cada vez mais especializadas. Os magistrados são conhecedores das normas jurídicas, mas há questões postas em debate que necessitam de conhecimentos diversos e específicos, ainda mais, quando consideramos as demandas cuja abertura interpretativa da Constituição exige do magistrado decisões com base no caso concreto.

Trata-se, sobretudo da influência do pensamento de Peter Haberle que defende a ampliação do debate sobre uma decisão a todos os atingidos por seus efeitos. Assim, quando uma corte constitucional interpreta a Constituição, deve levar em conta os argumentos de qualquer pessoa interessada no resultado, garantindo que seja possível sua manifestação antes da decisão final. (4)

Para além da discussão acerca da politização da justiça,ⁱⁱ trata-se de considerar também a importância da pluralidade na construção dos precedentes jurisdicionais. Isso porque, a decisão dos tribunais vincula procedimentalmente conteúdo de decisões futuras, sendo fundamental para manter a coerência do sistema, a partir da identificação entre as diversas normas jurídicas extraíveis do texto legal aquela que esta de acordo com os valores da sociedade e do estado. (5) Uma prévia oitiva da sociedade civil organizada e do próprio estado em suas diversas órbitas de interesse ajudaria a fixar, da melhor maneira possível, o conteúdo do próprio precedente jurisdicionais.

Dessa maneira, a difusão de opiniões diversas transformaria o Judiciário em uma arena de debate privilegiado; embora a maioria não seja necessariamente vencedora, os diversos grupos envolvidos no debate tornam plural o acesso à manifestação. **O *amicus curiae*, justamente, representa um mecanismo apto a concretizar este ideal de transformar o processo em uma via de manifestação pública.** (6)

Nesse sentido, afirma-se que o *amicus curiae* responde ao propósito de permitir que terceiros, alheios a um determinado processo, possam nele intervir quando discutidas questões de relevância social, visando ampliar o debate acerca da matéria, de modo que sua deve ser a mais variada possível. (7)

ⁱⁱ Especificamente no que tange ao tema do fortalecimento do papel político do Supremo Tribunal federal, um texto que analisa pormenorizadamente o tema é justamente o texto de VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremocracia*. *Rev. Direito GV*. v.4, n.2.

3. A FIGURA DO *AMICUS CURIAE*

O *amicus curiae* mostra-se como um instituto envolto por certo grau de incerteza: sua origem é indefinida, pois seu surgimento é remetido tanto ao direito romano quanto ao direito inglês, passando a ter aplicação também no direito norte-americano. Por outro lado, seu enquadramento como categoria processual dentro do ordenamento jurídico brasileiro é vago, trata-se de um “terceiro enigmático”.ⁱⁱⁱ

Contudo, quanto a sua natureza processual, é quase unânime o enquadramento do *amicus curiae* como terceiro, uma vez que não se confunde com a parte no processo. Assim, seria classificada como uma espécie de intervenção de terceiro. Neste sentido cumpre ressaltar que o sistema processual prevê expressamente hipóteses de intervenção de terceiro sem ressalvas, todavia, condicionando-as a presença de um interesse jurídico. (8)

Aqui constata-se nítida diferença entre a configuração do *amicus curiae* no direito norte-americano e a configuração adotada no direito brasileiro, pois naquele ordenamento jurídico a figura do ‘amigo da corte’ é admitida sempre que comprovada a sua capacidade de defender adequadamente os interesses coletivos, não se exigindo, assim, configuração da pertinência temática.

Mormente, no Brasil, o interesse que motiva a intervenção do *amicus curiae* em juízo é um interesse jurídico. Entretanto, não se trata do mesmo interesse jurídico que motiva as outras formas de intervenção de terceiros, no sentido de não ser subjetivado, e sim institucional. Deve-se verificar, pois, que o interesse institucional não se confunde com o interesse individual das partes devendo ser um interesse meta-individual cuja proteção especial se justifica pela necessidade de defesa da democracia e da pluralidade. Trata-se de um “legítimo interesse institucional”. (9)

Embora inexista, antes da promulgação do Novo Código de Processo Civil, Lei geral estabelecendo os parâmetros de funcionamento do instituto, a partir da análise da legislação esparsa pátria, pode-se verificar a previsão 3 (três) hipóteses de atuação do *amicus curiae*. As

ⁱⁱⁱ Trata-se de expressão utilizada por Cassio Scarpinella Bueno em sua obra BUENO, Cassio Scarpinella. *Amicus Curiae no Processo Civil Brasileiro: um terceiro Enigmático*. 3. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

duas primeiras dizem respeito à intervenção provocada pelo juízo, o que acaba por retirar, em alguma medida, o caráter de intervenção espontânea do instituto.^{iv}

A primeira hipótese, decorrência do poder de polícia, é a participação dos *amicis curia* na Comissão de Valores Mobiliários (CVM) e no Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE)

Com efeito, segundo disposto na Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011, o CADE deverá ser intimado para, querendo, intervir no feito na qualidade de assistente. A procuradoria do CADE poderá apresentar pareceres técnicos, estudos, relatórios sobre as infrações. Ressalte-se, entretanto, que a qualidade de assistente lhe atribuída por lei que não é estritamente correta sob o ponto de vista técnico, uma vez que o CADE exerce uma atividade fiscalizatória e não assume a qualidade de terceiro tal como concebida pelo Código de Processo Civil. (10)

No caso da CVM, verifica-se obrigatória sua intimação para todas as questões que envolvam sua competência, entretanto a intervenção propriamente realizada pelo órgão não é obrigatória, *vide* art. 31 da Lei nº 6.385, de 7 de Dezembro de 1976.

Em ambos os casos, tais intervenções acabam assumindo a função de auxílio ao exercício do poder jurisdicional, sem o condão de possibilitar uma participação democrática na formação do convencimento do juízo, uma vez que tanto a CVM quanto o CADE exercem funções próprias do Poder de Polícia. (11)

Por último, há as hipóteses nas quais a legislação permite a intervenção voluntária do *amicus curiae* em decorrência de um direito próprio à manifestação existente, em especial, quando envolvido controle de constitucionalidade, uniformização da jurisprudência ou questões de repercussão geral.

Neste sentido, o *amicus curiae* é previsto expressamente na Lei n.º 9.868 de 10 de Novembro de 1999, que regula o procedimento das ações de controle concentrado de

^{iv} Cassio Scarpinella Bueno afirma que a principal diferença entre as audiências públicas e o *amicus curiae* é justamente no fato do *amicus curiae* ser uma intervenção espontânea, ao passo que a audiência pública necessariamente deve ser provocada pelo juízo ou pelas partes. Sobre isso ver: BUENO, Cassio Scarpinella. *Amicus curiae e audiências públicas na jurisdição constitucional – Reflexões de um processualista civil. Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC*, n. 24. Belo Horizonte, Fórum, out./dez. 2012.

constitucionalidade, a atuação mais conhecida deste instituto que se revela, também, em grande medida, como o meio a que melhor reflete a ideia de abertura à pluralidade social.

Além disso, há entendimentos no sentido de que o *amicus curiae* acaba por exercer um papel perito em menor escala, como um mecanismo para levar ao magistrado elementos para proferir uma decisão. Também, apresenta-se com uma função muito parecida com a exercida pelo Ministério Público, como fiscal da lei. (12)

Neste caso, trata-se de um fiscal da lei e não o fiscal da lei, que acabaria por refletir as pluralidades presentes em uma sociedade complexa com diversos interesses muitas vezes colidentes entre si.

Fato é que, o fundamental é perceber o *amicus curiae* como um adequado representante destes interesses que existem na sociedade e no Estado, que por alguma razão estão fora do processo, mas acabam sendo afetados pela decisão tomada dentro dele.

Assim, o que identifica as atuações tanto do *custus legis* quanto a do *amicus curiae* é a possibilidade de contribuir para a elucidação das questões técnicas, aumentando a discussão sobre temas complexos e, com isto, ampliando o exercício democrático da jurisdição. Afinal, a função mais importante do *amicus curiae* e, inclusive, a razão de sua própria denominação, é justamente possibilitar a participação dos jurisdicionados especialmente da sociedade civil organizada, na interpretação, integração e aplicação judiciais do direito. (13)

4. ATUAÇÃO NO CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE

A partir da ideia de que o *amicus curiae* atua como um instituto que abre espaço para uma maior participação popular nas decisões tomadas pelos tribunais, é importante analisar sua repercussão justamente no âmbito do controle concentrado de constitucionalidade, sua expressão mais forte.

Sua participação incrementaria as chances do processo tutelar eficientemente os interesses coletivos, pois, em primeiro lugar, desvelaria à Corte quais as reais demandas provenientes dos grupos e indivíduos potencialmente afetados pela decisão. Em segundo lugar, trata-se de uma intervenção que serviria objetivamente ao processo, uma vez que proporcionaria aos julgadores informações além daquelas apresentadas pelas partes. (14)

O diploma legal que regula a admissibilidade do *amicus curiae* no âmbito do controle de constitucionalidade é a Lei n.º 9.868 de 1999, em seu artigo 7º, apresenta os critérios de relevância da matéria e representatividade dos postulantes. Assim, para que seja possível sua admissibilidade no feito, deve haver o interesse institucional na causa ou a possibilidade de sofrerem efeitos sociais, econômicos ou políticos da decisão.

Nos casos considerados de “repercussão geral”, a Corte já estaria reconhecendo o destaque e importância da matéria posta em debate o que, desde já, ao requisito da relevância da matéria. (15)

Sobre a representatividade da instituição, em primeiro lugar é importante deixar claro que não se exige representatividade nacional, todos os arrolados no art. 103 da Constituição Federal podem se manifestar como *amicus curiae*, isso se dá justamente pela busca de permeabilidade à participação, em consonância à doutrina brasileira que, em geral, defende um alto nível de tolerância com esse requisito de admissibilidade. (16)

Importante, contudo, é a verificação do interesse institucional na causa e a aferição das condições do terceiro em contribuir para o debate da matéria. Ressalte-se que é indispensável que o interessado, no momento de requerer sua intervenção, demonstre que contribuirá objetivamente com o debate processual, bem como com a importância de sua participação. (17)

Ocorre que, analisando algumas decisões, verifica-se, contudo que não se considera cumprido o requisito da representatividade quando instituição com abrangência inferior postula a participação em concorrência a outra instituição de maior abrangência que represente a mesma classe e cuja participação já tiver sido deferida. (18) Trata-se, pois, de um filtro para evitar que o ingresso seja feito não por grupos ou entidades, e sim por particulares que buscam intervir no processo, seja para contribuir com elementos úteis ao processo, seja para defender interesses particulares.

No tocante ao pedido de intervenção de entidades, o parâmetro mais utilizado é a pertinência temática entre o tema posto em debate e os objetivos institucionais dos grupos ou entidades candidatos a participação no processo. (19)

5. A CONTRIBUIÇÃO DO *AMICUS CURIAE* EM SUA PARTICIPAÇÃO NO PROCESSO COLETIVO

Sabe-se que o processo coletivo foi a tentativa da ciência processual civil de acompanhar as transformações da vida social, (20) face à nova ordem estabelecida pela Constituição Federal de 1988 e pela necessidade de viabilizar tutela e efetivação dos direitos fundamentais e meta-individuais.

Reconheceu-se a insuficiência das técnicas tradicionais, pautadas em uma racionalidade eminentemente individual, para oferecer uma tutela adequada a essa nova realidade. Essas mudanças abalaram profundamente a processualística de modo a exigir a reconstrução dos conceitos antigos, como, por exemplo, 'jurisdição'. Assim, o modelo processual coletivo surge como decorrência de uma revolução paradigmática^v (21) que reconhece essa necessidade de readequação do sistema processual.

Para além da tutela de direitos tradicionalmente classificados como transindividuais e coletivos, o sistema processual coletivo busca também a tutela de direitos de minorias e outros sujeitos que dificilmente teriam sucesso em conseguir afastar os obstáculos do acesso à justiça para poderem se apresentar pessoalmente em juízo para defender seus direitos. (22) Isso é consagrado com o advento do Código de Defesa do Consumidor em 1990, trazendo a figura dos direitos individuais homogêneos e fechando o quadro do que se chama de microsistema de processos coletivos do Brasil.

Assim, é precisa a afirmação de que as ações coletivas lidam com interesses relevantes defendidos por ambos os polos da relação processual. Diante disso, o juiz sempre é colocado em uma posição em que deve interferir a respeito de um dos interesses a fim de beneficiar o outro. Ademais, sob um olhar político, as ações coletivas são imprescindíveis para própria conformação do Estado Democrático de Direito, uma vez que, não apenas são a via mais efetiva de acesso à justiça, como também são um canal para a participação social na legitimação das atividades desempenhadas pelos poderes constituídos. (23)

Portanto, exige-se do magistrado que, ao tomar uma decisão, tenha a devida atenção aos princípios constitucionais e uma maior sensibilidade à realidade social. Nesse sentido, a possibilidade de abertura de um canal de comunicação com a sociedade civil organizada

^v A ideia de paradigma (e quebra de paradigma) no âmbito das ciências está relacionada ao pensamento de Thomas S. Kuhn em sua obra *A Estrutura das Revoluções Científicas*.

auxiliaria na melhor percepção da realidade social a partir de diferentes teses e pontos de vista trazidos ao processo. Verifica-se, portanto, uma absoluta similaridade com o papel que o *amicus curiae* desempenha no controle concentrado de constitucionalidade.

É importante deixar claro que há uma grande diferença entre o sistema de controle de constitucionalidade e o sistema de tutela coletivo, mormente, quanto as finalidade, instrumentos e procedimentos utilizados no sistema de processo coletivo. Isto é, a ação civil pública busca regular relações jurídicas de direito difuso, coletivo ou individual homogêneo, em contraposição as ações de controle de constitucionalidade têm finalidade, direta e especificamente, atacar ou defender uma regra jurídica no plano abstrato.

Assim, é possível dizer que a ação coletiva é destinada a atuar na realidade concreta, ao passo que a ação de inconstitucionalidade visa lidar com o universo e o plano jurídico. Na ação coletiva não se visa uma declaração de inconstitucionalidade, mas, pode promove-la, excepcionalmente, de maneira incidental com intuito de garantir a não aplicação da regra tida como inconstitucional, garantindo, assim, sua real finalidade, isto é, a tutela do direito subjetivo. (24)

Entretanto, a atuação mais direta no mundo dos fatos do processo coletivo não retira a necessidade de uma abertura democrática em seu bojo, especialmente porque há uma carga de aspirações democráticas, demandando debate aberto à participação social. (25)

Assim, a atuação do *amicus curiae* no processo coletivo teria como escopo, sobretudo, contribuir na ampliação do debate, justamente por se tratar de conflitos policêntricos, permitindo aos afetados participação no processo.

6. AS (IM)POSSIBILIDADES ASSINALADAS PELO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL (LEI N.º 13.105/2015)

O Novo Código de Processo Civil sancionado em 16 de março de 2015 teve origem no Projeto de Lei PLS nº 166 de 2010 e estava cercado de expectativas por grande parte da doutrina processualista. Há algum tempo vinha-se levantando a insuficiência do antigo Código de Processo Civil, Lei 5.869/1973, isso restou evidenciado em face das inúmeras reformas por ele sofridas que alteraram diversos dispositivos, especialmente no tocante à possibilidade de antecipação de tutela e a execução/cumprimento de sentença instituindo-se o

cumprimento de sentença. Tais alterações supostamente teria transformado o Código em algo que estaria longe de ser um sistema coeso. (26)

Assim, o novo Código viria para dar coesão ao sistema processual, buscando solucionar dois grandes problemas: a coerência das decisões, com forte influência da questão dos precedentes e uma maior celeridade no julgamento dos processos solucionando a crise de eficiência do Judiciário brasileiro.

Ocorre que, analisando o texto final do Novo Código sancionado não se verifica um enorme progresso ou mudanças expressivas; de fato, houveram verdadeiros retrocessos, especialmente no que tange ao processo coletivo. Trata-se, sobretudo, da constatação de que as mudanças legislativas, de fato, estão atreladas ao panorama institucional a qual são produzidas, de modo que a mera reforma ou inclusão de novos dispositivos legais não são suficientes para alterar a forma arraigada de resolução de conflitos.

No que tange especificamente ao *amicus curiae*, havia certa expectativa em torno de sua inserção no PLS nº 166 de 2010, o que foi concretizado, com sua inserção no único artigo 138, em um Capítulo específico. Assim dispõe o referido artigo:

Art. 138. O juiz ou o relator, considerando a relevância da matéria, a especificidade do tema objeto da demanda ou a repercussão social da controvérsia, **poderá**, por decisão irrecorrível, de ofício ou a requerimento das partes ou de quem pretenda manifestar-se, solicitar ou admitir a participação de pessoa natural ou jurídica, órgão ou entidade especializada, com representatividade adequada, no prazo de 15 (quinze) dias de sua intimação.

§ 1º A intervenção de que trata o caput não implica alteração de competência nem autoriza a interposição de recursos, ressalvadas a oposição de embargos de declaração e a hipótese do § 3º.

§ 2º Caberá ao juiz ou ao relator, na decisão que solicitar ou admitir a intervenção, definir os poderes do *amicus curiae*.

§ 3º O *amicus curiae* pode recorrer da decisão que julgar o incidente de resolução de demandas repetitivas.

Nada obstante, o texto legal pareça facultar ao juiz, ou relator, considerando a relevância da matéria, a especificidade do objeto ou a repercussão, a solicitação ou admissão da participação do *amicus curiae*, não é correta a interpretação segundo a qual o juiz teria discricionariedade para decidir nesses casos. Isto porque, tendo em vista a melhor tutela dos direitos coletivos e a necessidade de se oportunizar participação daqueles afetados pela demanda, é dever do juiz solicitar e admitir o *amicus curiae* a fim de que garantir o melhor deslinde processual.

Por outro lado, atreladas as hipóteses de participação à existência de relevância da matéria, especificidade do tema objeto da demanda ou repercussão social da controvérsia; a representatividade adequada continua requisito essencial. (27)

Contudo, a regulamentação do instituto poderia ter sido mais progressista e aberta para admitir uma maior participação popular, pois, reputa-se extremamente problemática a previsão no parágrafo segundo do artigo 183 que afirma que caberá ao relator ou juiz, na decisão que solicitar ou admitir a intervenção, definir os poderes do *amicus curiae*.

Assim, uma intervenção que, em tese, deve se pautar pela espontaneidade (28) acaba, em grande medida, subordinada ao entendimento do magistrado sobre sua relevância na causa em questão; inclusive, seus poderes no processo também estarão condicionados.

Não obstante, houveram conquistas consideráveis com positivada do instituto em um diploma legal geral, à medida que abre-se a possibilidade da ampliação de seu uso para todas as ações cuja relevâncias a justifique.

Espera-se, porém, que os magistrados tenham uma postura mais aberta e progressista para a admissão do *amicus curiae*, para que de fato, a sua definição mais básica, como amigo da corte, seja mais congruente e próxima da realidade.

7. CONCLUSÕES

Muito embora, o Poder Judiciário tenha sido exigido e assumido papéis muito diferentes historicamente, desde há muito tempo vem se debatendo o tema crise e reforma do judiciário. Hodiernamente, tem-se apontado que o Judiciário estaria passando por uma crise de eficiência, de identidade e de legitimidade.

A ineficiência seria produto do descompasso entre a quantidade de processos e os julgamentos satisfatoriamente realizados. Por outro lado, a crise de identidade se instaura devido à dificuldade de superação de conceitos tradicionais do processo em face das exigências de efetivação de direitos fundamentais prestacionais e metaindividuais. Ademais, haveria também um déficit de legitimidade nas decisões proferidas pelo Judiciário que muitas vezes ultrapassariam tantos os limites democráticos impostos. Esse panorama, seria, ainda, agravado pela abertura cada vez maior aos intérpretes do ordenamento jurídico, e pela

ausência de debate entre as Corte a sociedade civil organizada. Neste contexto, o *amicus curiae* emerge como um instituto apto a contribuir tanto na democratização das demandas quanto na resolução de casos complexos.

Mais que um mero “amigo da corte”, o *amicus curiae* é uma figura complexa, com diversas funções. É um terceiro ao processo que atua objetivamente na proteção do ordenamento jurídico. Com efeito, a legislação esparsa brasileira prevê a sua atuação, no exercício de poder de polícia, nos processos do CADE e da CVM, podendo ser equiparado a um *custus legis*.

Com efeito, deve-se esclarecer que a intervenção do *amicus curiae* se justifica devido à aferição de um interesse institucional, não um mero interesse pessoal.

Por outro lado, ao voltar os olhos para sua atuação mais expressiva, no controle concentrado de constitucionalidade, é possível perceber que a legislação que disciplina sua intervenção estabelece os critérios de relevância da matéria e representatividade dos postulantes.

Nos casos de “repercussão geral” a Corte já estaria reconhecendo como relevante a matéria posta em debate, atendendo, assim, ao requisito da relevância da matéria. Sobre a representatividade da instituição, há a necessidade de sua admissibilidade ser a mais permeável.

Diante disso, parece razoável entender que a admissão do *amicus curiae* deve ser pautada pela existência de dois elementos: 1) interesse institucional, demonstrada pela capacidade do terceiro em contribuir ao melhor deslinde processual; 2) relevância da matéria, tendo em vista, a complexidade e a repercussão dos julgados.

Do ponto de vista dos processos coletivos, sabem-se estar envolvidos conflitos complexos, policêntricos, cujos efeitos, não raramente, acabam por atingir incontável número de pessoas as quais não foram oportunizadas a participação do transcurso processual. Nesse sentido, o *amicus curiae* se mostra fundamental, semelhante à sua atuação no controle concentrado de constitucionalidade, a fim de propiciar abertura democrática para que os interesses desses anônimos sejam, de alguma forma, considerados.

Ademais, a participação do *amicus curiae* nos processos coletivos pode proporcionar o ingresso de instituições cujo conhecimento especializado é essencial à melhor solução do conflito.

Nesse contexto, havia muita expectativa com a possibilidade da previsão desse instituto no Projeto do Novo Código de Processo Civil (PLS nº 166 de 2010), sinalizando uma maior abertura à sociedade civil organizada no processo.

Nada obstante os avanços trazidos com a positivação do instituto em um diploma geral, possibilitando a sua ampliação para todas as ações cuja relevância a justifique, houveram algumas imprecisões legislativas.

A primeira delas foi ter facultado ao juiz, ou relator, considerando a relevância da matéria, a especificidade do objeto ou a repercussão, a solicitação ou admissão da participação do *amicus curiae*. Contudo, tendo em vista a melhor tutela dos direitos e a necessidade de se oportunizar participação daqueles afetados pela demanda, deve prevalecer a melhor hermenêutica segundo a qual é dever do juiz solicitar e/ou admitir a participação do *amicus curiae* sempre que demonstradas a capacidade do terceiro em contribuir ao melhor deslinde processual e a relevância da matéria.

Ademais, a abertura legislativa atribuindo aos magistrados: 1) a apreciação da existência de relevância da causa a justificar a admissão do instituto; e 2) a definição dos poderes do *amicus curiae*; pode contribuir para esvaziá-lo.

Resta saber se os juízes terão uma postura mais aberta em relação a esse instituto e suas possibilidades.

NOTAS DE REFERÊNCIA:

(1) SADEK, Maria Tereza. Judiciário: mudanças e reformas. Estud. av., São Paulo, v. 18, n. 51, Aug. 2004. Available from <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40142004000200005&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 28 Mar. 2015.

(2) FARIA, José Eduardo. O poder judiciário no Brasil: paradoxos, desafios e alternativas. *Serie Monografias do Cej*, v. 3, p. 1-88, 1996, p. 13.

- (3) DEL PRÁ, Carlos Gustavo Rodrigues. O princípio do máximo rendimento: *amicus curiae* e audiências públicas. *Revista de Processo*, vol. 224, São Paulo, Revista dos Tribunais, p. 73-91, out, 2013, p. 77.
- (4) HÄBERLE, Peter. Hermenêutica constitucional - A sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da constituição. Porto Alegre: Editora Sérgio Antônio Fabris, 1997, p. 24.
- (5) MARINONI, Luiz Guilherme. O STJ Enquanto Corte de Precedentes: Recompreensão do Sistema Processual da Corte Suprema. 2. ed. rev. atual. amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- (6) SILVA, Eduardo Silva da. BRONSTRUP, Felipe Bauer. O Requisito da Representatividade no Amicus Curiae. *Revista de Processo*, vol. 207, São Paulo, Revista dos Tribunais, p. 153-196, mai, 2012, p. 173
- (7) SILVA, E. S. BRONSTRUP, F. B (2012, p. 155)
- (8) CAMBI, Eduardo; DAMASCENO, Kleber Ricardo. Amicus Curiae e o Processo Coletivo: Uma proposta democrática. *Revista de Processo*, volume 192, São Paulo, Revista dos Tribunais, p.,13-46, fev. 2011, p. 20.
- (9) BUENO, Cassio Scarpinella. *Amicus curiae: uma homenagem à Athos Gusmão Carneiro*. Texto inédito. Disponível em: <http://www.scarpinella_bueno.com.br/text05.htm>, p. 2.
- (10) CAMBI, E. DAMASCENO, K. R. (2011, p. 17)
- (11) CAMBI, E. DAMASCENO, K. R. (2011, p. 17).
- (12) BUENO, C. S. (Texto inédito, p. 4)
- (13) CAMBI, E. DAMASCENO, K. R. (2011, p. 23).
- (14) SILVA, E. S. da, BRONSTRUP, F. B. (2012, p. 161).
- (15) SILVA, E. S. da, BRONSTRUP, F. B. (2012, p. 177).
- (16) SILVA, E. S. da, BRONSTRUP, F. B. (2012, p. 180).
- (17) SILVA, E. S. da, BRONSTRUP, F. B. (2012, p. 179).
- (18) SILVA, E. S. da, BRONSTRUP, F. B. (2012, p. 187).
- (19) SILVA, E. S. da, BRONSTRUP, F. B. (2012, p. 191).
- (20) VENTURI, Elton. *Processo Civil Coletivo. São Paulo: Malheiros, 2007*, p. 33.
- (21) VENTURI, E. (2007, p. 33).
- (22) VENTURI, E. (2007, p. 121)
- (23) VENTURI, E. (2007, p. 131)

(24) ARENHART, Sérgio Cruz. *Perfis da tutela inibitória coletiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003 p. 175

(25) CAMBI, E. DAMASCENO, K.R. (2011, p. 37)

(26) LAMY, Eduardo de Avelar. A importância do Novo CPC para o desenvolvimento do Processo Civil. *Revista de Processo*, vol. 226, São Paulo, revista dos Tribunais, p. 387-398, dez, 2013, p. 386-388.

(27) CHASE, Oscar G. *Direito, cultura e ritual: Sistemas de Resolução de conflitos no contexto da cultura comparada*. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p.21

(28) Art. 138. O juiz ou o relator, considerando a relevância da matéria, a especificidade do tema objeto da demanda ou a repercussão social da controvérsia, poderá, por decisão irrecorrível, de ofício ou a requerimento das partes ou de quem pretenda manifestar-se, solicitar ou admitir a participação de pessoa natural ou jurídica, órgão ou entidade especializada, com representatividade adequada, no prazo de 15 (quinze) dias de sua intimação.

§ 1º A intervenção de que trata o caput não implica alteração de competência nem autoriza a interposição de recursos, ressalvadas a oposição de embargos de declaração e a hipótese do § 3º.

§ 2º Caberá ao juiz ou ao relator, na decisão que solicitar ou admitir a intervenção, definir os poderes do amicus curiae.

§ 3º O amicus curiae pode recorrer da decisão que julgar o incidente de resolução de demandas repetitivas.

(29) BUENO, Cassio Scarpinella. Amicus curiae e audiências públicas na jurisdição constitucional – Reflexões de um processualista civil. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC*, n. 24. Belo Horizonte, Fórum, out./dez. 2012. P. 11 (versão digital)

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARENHART, Sérgio Cruz. *Perfis da tutela inibitória coletiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

BUENO, Cassio Scarpinella. Amicus curiae e audiências públicas na jurisdição constitucional – Reflexões de um processualista civil. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC*, n. 24. Belo Horizonte, Fórum, out./dez. 2012.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Amicus Curiae no Processo Civil Brasileiro: um terceiro Enigmático*. 3. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Amicus curiae: uma homenagem à Athos Gusmão Carneiro*. Texto inédito. Disponível em: <http://www.scarpinella_bueno.com.br/text05.htm>. Acesso em: 15. Mar. 2015.

CAMBI, Eduardo; DAMASCENO, Kleber Ricardo. Amicus Curiae e o Processo Coletivo: Uma proposta democrática. *Revista de Processo*, volume 192, São Paulo, Revista dos Tribunais, p.,13-46, fev. 2011..

CHASE, Oscar G. *Direito, cultura e ritual: Sistemas de Resolução de conflitos no contexto da cultura comparada*. São Paulo: Marcial Pons, 2014. .

DEL PRÁ, Carlos Gustavo Rodrigues. O princípio do máximo rendimento: *amicus curiae* e audiências públicas. *Revista de Processo*, vol. 224, São Paulo, Revista dos Tribunais, p. 73-91, out, 2013.

FARIA, José Eduardo. O poder judiciário no Brasil: paradoxos, desafios e alternativas. *Serie Monografias do Cej*, v. 3, p. 1-88, 1996.

FONSECA, Juliana Pondé. *Problemas Estruturais do Judiciário Brasileiro*. Curitiba, 2011. Dissertação (Mestrado), Universidade Federal do Paraná.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional - A sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da constituição*. Porto Alegre: Editora Sérgio Antônio Fabris, 1997.

LAMY, Eduardo de Avelar. A importância do Novo CPC para o desenvolvimento do Processo Civil. *Revista de Processo*, vol. 226, São Paulo, revista dos Tribunais, p. 387-398, dez, 2013.

MARINONI, Luiz Guilherme. *O STJ Enquanto Corte de Precedentes: Compreensão do Sistema Processual da Corte Suprema*. 2. ed. rev. atual. amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

SADEK, Maria Tereza. *Judiciário: mudanças e reformas*. *Estud. av.*, São Paulo , v. 18, n. 51, Aug. 2004. Available from <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40142004000200005&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 28. Mar. 2015.

SILVA, Eduardo Silva da. BRONSTRUP, Felipe Bauer. O Requisito da Representatividade no Amicus Curiae. *Revista de Processo*, vol. 207, São Paulo, Revista dos Tribunais, p. 153-196, mai., 2012.

VENTURI, Elton. *Processo Civil Coletivo*. São Paulo: Malheiros, 2007.

VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremocracia*. *Rev. Direito GV*. v.4, n.2.