

## 1. Introdução

O Novo Código de Processo Civil – NCPC traz diversas novidades que modificam aspectos estruturais do processo brasileiro, dentre as quais se destaca a maior possibilidade de participação do *amicus curiae* como sujeito capaz de levar ao Judiciário argumentos que tenham a possibilidade, real e concreta, de fazer parte da fundamentação das decisões judiciais. Essa maior possibilidade de participação quebra com o paradigma de que a efetivação do princípio do contraditório se satisfaz com a possibilidade dada às partes do processo para que possam participar efetivamente do litígio, monopolizando-as como agentes do discurso processual. Ainda provoca, necessariamente, uma mudança de cultura dos Tribunais, que muitas vezes tratam o *amicus* mais como *inimicus curiae*, diante da imposição de barreiras para a sua efetiva participação, enquanto que o mais correto, diante da imperiosa necessidade de democratização do processo, seria ampliar e até mesmo estimular essa participação. Os processos coletivos precisam também receber essa nova leitura, proporcionada pelo NCPC, porque tratam de questões que essencialmente afetam a um grupo de pessoas, sendo insuficiente a aplicação do modelo tradicional de contraditório. O presente trabalho analisa, primeiramente, a ideia de democratização necessária à teoria do agir comunicativo habermasiano, através da qual o direito somente se legitima se for formado pelos cidadãos, como membros ativos e em condição de igualdade com os demais participantes do diálogo. A aplicação da filosofia de Habermas, segundo se defende, é *conditio sine qua non* para a efetividade das decisões proferidas nos processos coletivos. Posteriormente analisa-se a incidência do NCPC aos processos coletivos, já que eles são regidos por leis próprias, que formam o que se convencionou chamar de microssistema de tutela coletiva, de modo que em sendo aplicadas as disposições do novo Código, voltado primordialmente à aplicação dos direitos individuais, ao direito processual coletivo, há base normativa para a instituição do *amicus curiae* em toda e qualquer demanda coletiva. Posteriormente será analisada a estrutura metaindividual dos processos coletivos, condição igualmente necessária para que o *amicus curiae* seja admitido de forma ampla, posto que, como o processo coletivo é instrumento de realização de direitos que transpassam os sujeitos que estão na demanda, o processo discursivo precisa se amoldar à natureza dos direitos em disputa e aceitar a sua verdadeira democratização. Ao final as conclusões serão apresentadas partindo-se das premissas anteriormente apresentadas, defendendo-se que a maior democratização do processo não pode ser limitada por nenhum argumento legítimo.

## **2. A concretização do modelo de discurso democrático de Jürgen Habermas como condição de legitimidade do processo criador do direito**

A tradicional ideia do contraditório na relação jurídica processual amoldava-se à própria característica dessa relação: “[...] é trilateral ou triangular, visto que se entretence através de relações entre autor e juiz, juiz e réu, e autor e réu, como *actum trium personarum*” (MARQUES, 1982, p. 134). E por isso mesmo atendia o Estado ao princípio constitucional do contraditório quando possibilitava às partes que se manifestassem no processo sobre os atos processuais praticados ou a ser praticados, já que a decisão a ser proferida pelo juiz iria afetar apenas às partes envolvidas, tanto que ele eventualmente era conhecido por “bilateralidade da audiência”. Na época entendia-se que “o princípio do contraditório, ou da audiência bilateral, dá expressão a um princípio de natureza constitucional do direito brasileiro, que é o direito de defesa, ou direito ao devido processo legal, consubstanciado no art. 5º, inc. LV, Constituição Federal.” (SILVA e GOMES, 1997, p. 56).

Essas premissas informaram o processo civil brasileiro por anos, mesmo depois do advento da Constituição de 1988, que, aparentemente, não foi capaz de mudar essa ideia tradicionalmente assentada. Mesmo em autores mais modernos, que contribuíram para uma nova concepção do contraditório, ele era restrito às partes, quando se afirmou que “no processo civil cooperativo, além da vedação à decisão-surpresa, é de rigor que o pronunciamento jurisdicional contenha uma apreciação completa das razões levantadas pelas partes para a solução da controvérsia.” (MITIDIERO, 2009, p. 137). Portanto desde que as partes tivessem a oportunidade de se manifestar, deduzindo seus argumentos, produzindo suas provas, influenciando no processo de tomada de decisão pelo magistrado, estaria sendo respeitado o contraditório.

Pode-se dizer que a limitação às partes da oportunidade de participar ativamente do processo tem raízes na natureza individual dos direitos objetos do processo, afinal se o direito subjetivo alegado pertence ao autor, ou ao réu, apenas eles mesmos poderiam participar e compor a relação jurídica processual. Não haveria assim sentido algum em se permitir a participação de A, B, C ou D em uma demanda em que as partes discutem um direito que seria delas, tão somente. Outro fator que justifica a limitação do contraditório às partes, e agrega ao anterior, é que a função do juiz limitar-se-ia a aplicar a lei – o direito posto pelo legislador – no caso concreto, sendo ele apenas a boca que pronuncia a vontade da lei. Famosa é a clássica lição de Montesquieu no sentido de que “[...] os juízes da nação são

apenas, como já dissemos, a boca que pronuncia as palavras da lei; são seres inanimados que não podem moderar nem sua força, nem seu rigor.” (MONTESQUIEU, 2005, p.175). Daí tem-se a base que justifica a limitação do contraditório às partes: o processo trata de direitos subjetivos puramente individuais, cabendo ao juiz a busca do direito objetivo onde está a solução para aquela controvérsia que se estabeleceu entre o autor e o réu, ficando eventual decisão judicial limitada às partes. São, portanto duas importantes premissas: os direitos discutidos no processo são puramente individuais e o juiz não cria direitos, apenas aplica a lei que anteriormente criou o direito.

Começando pela segunda premissa, a de que o juiz não cria direitos, tal como já foi outrora uma afirmação corrente, isso dependeria de mais dois fatores. Primeiro que não se tratasse de um sistema jurídico da *common law*, em que a principal característica é a possibilidade do juiz criar o direito através de um intrincado e enraizado sistema de vinculação de precedentes, absolutamente necessário para manter a higidez da *ratio decidendi* do caso, a ser aplicado em casos futuros, e a igualdade do sistema (BAKER, 2007, pp. 195-222.) Ocorre que o Brasil faz parte do sistema *civil law*, onde a codificação sobressai sobre o papel das decisões na função de criar o direito, de modo que caberia ao legislador a criação do direito, e ao juiz apenas aplicá-la, e é daí que exsurge o segundo fator: o direito criado pelo legislador teria que ser de tal forma perfeito e completo a ponto de não deixar ao magistrado nenhuma liberdade em sua função jurisdicional, ou seja, teria que ser um sistema de leis sem lacunas, sem obscuridades, sem contradições, etc., sem nada que pudesse conferir ao juiz a mínima liberdade em sua função típica. Mais ainda: um sistema de leis totalmente desprovido de cláusulas gerais, porque essas se caracterizam pela necessidade de “[...] preenchimento com valorações, isto é, o ela não dar os critérios necessários para a sua concretização, podendo-se estes, fundamentalmente, determinar apenas com a consideração do caso concreto respectivo.” (CANARIS, 2012, p. 142).

Considerando que o direito brasileiro, em especial, contém lacunas, obscuridades e contradições e é repleto de cláusulas gerais, pode-se dizer que o juiz cria o direito<sup>1</sup>, e em assim o fazendo é preciso que sejam respeitadas as balizas constitucionais do Estado Democrático de Direito. Tornam-se assim valiosas e indispensáveis as lições do filósofo

---

<sup>1</sup> “Mas o juiz não pode criar o direito do nada, da sua própria cabeça, seguindo suas convicções e crenças pessoais. Afinal, vivemos num Estado Democrático de Direito e o juiz deve decidir de acordo com a lei, interpretada pela jurisprudência, à luz da doutrina. O direito é um tripé: lei + doutrina + jurisprudência.” WAMBIER, 2015, p. 265.

alemão Jürgen Habermas, para quem o que legitima o direito, em uma democracia, é a participação de todos com liberdade comunicativa em uma relação intersubjetiva.

Seguindo Klaus Günther eu entendo a ‘liberdade comunicativa’ como a possibilidade – pressuposta no agir que se orienta pelo entendimento – de tomar posição frente aos proferimentos de um oponente e às pretensões de validade aí levantadas, que dependem de um reconhecimento intersubjetivo. A isso estão ligadas obrigações, das quais as liberdades subjetivas, protegidas pelo direito, eximem. Liberdade comunicativa só existe entre atores que desejam entender-se entre si sobre algo num enfoque performativo e que contam com tomadas de posição perante pretensões de validade reciprocamente levantadas. (HABERMAS, 1997, pp. 155-156).

De acordo com o filósofo a pretensão de legitimidade do direito positivo, depende necessariamente dessa liberdade comunicativa, em que “os que estão submetidos ao direito, na qualidade de destinatários, possam entender-se também enquanto autores do direito” (HABERMAS, 1997, p. 157). Prossegue a teoria habermasiana com os pressupostos nos quais os membros de uma comunidade jurídica se apóiam quando pretendem legitimidade, porém já foi lançada a premissa básica de que a legitimidade do direito pressupõe uma democracia na criação desse direito, onde todos os afetados – a sociedade como um todo – participam do processo criativo com liberdade comunicativa. Prossegue o filósofo, em outra obra, com algo que parece ser fundamental para a referida legitimidade:

Na sua esfera de validade, as normas de ação, tendo em vista uma matéria a ser regulada, surgem com a pretensão de exteriorizar um interesse comum a todos os atingidos. Por isso, elas pretendem merecer um reconhecimento geral, o que equivale a afirmar que, sob condições que neutralizam todos os motivos, com exceção da busca cooperativa da verdade, as normas válidas devem estar em condições e encontrar o assentimento racional de todos os atingidos. (HABERMAS, 2012, p. 50).

Aplicando-se as lições de Habermas ao processo civil, tem-se como absolutamente inadequado o modelo tradicional de contraditório, posto que as decisões judiciais somente se legitimam com a ampliação da ideia de relação jurídica processual, para abranger não somente as partes, mas todos aqueles que serão atingidos pela decisão judicial. O processo civil democrático exige uma releitura do contraditório, principalmente porque o juiz passou a ser criador do direito, colocando-se ao lado do legislador em tal função, ora em menor, ora em

maior grau, a depender da abertura do sistema e da presença de quebras nesse mesmo sistema (CANARIS, 2012, pp. 143-148).

A primeira premissa, anteriormente levantada, também é inaplicável ao processo coletivo, onde os direitos em jogo são essencialmente coletivos, pertencentes a um grupo ou coletividade – mais ou menos identificada – e por isso mesmo é igualmente necessário rever determinados dogmas.

### **3. Aplicação do NCPC aos processos coletivos**

Aprovado após o transcurso de 05 (cinco) anos de processo legislativo democrático, com enorme possibilidade de participação de diversos setores da sociedade, veio a lume em 2015 o Novo Código de Processo Civil, com intensas modificações no direito processual civil brasileiro, porém com o foco voltado para as demandas puramente individuais. Apesar disso não há disciplina mais afetada pelo NCPC – depois do direito processual civil individual, por óbvio – que o Direito Processual Civil Coletivo, posto que a aplicação do NCPC aos processos coletivos é incomensurável. Defende-se a ideia segundo a qual existe um direito processual civil destinado à tutela dos direitos individuais e outro direito processual civil destinado à tutela dos direitos metaindividuais, tal como preconiza Gregório Assagra de Almeida, não sem oposição na doutrina (ALMEIDA, 2003, p. 26).<sup>2</sup> É entretanto ideia corrente entre os estudiosos do processo coletivo que a legislação processual voltada para a solução de demandas individuais não se presta integralmente à tutela dos direitos supraindividuais, e por isso “não mais se justifica a ingerência indevida das normas ortodoxas do direito processual civil individualista, pautadas por uma filosofia incompatível com a filosofia de pensamento e de efetividade das espécies de tutelas jurisdicionais coletivas, ou seja, do direito processual coletivo [...]”. (ALMEIDA, 2003, p. 28). O que isso significa dizer é que o Código de Processo Civil, voltado para a solução de demandas individuais, não pode ser pura e simplesmente aplicado ao processo coletivo, mas apenas de forma subsidiária, o que conduz à conclusão de que o NCPC será aplicado às demandas coletivas.

---

<sup>2</sup> “[...] o processo coletivo não é um novo processo civil, dissociado do regramento destinado à composição de litígios individuais. É simplesmente um conjunto sistemático de normas, com peculiaridades, destinadas a fazer frente às adversidades inerentes à defesa dos interesses transindividuais em juízo, valendo-se complementar e subsidiariamente dos institutos e regras do processo civil clássico.” (LEONEL, 2011, p. 103).

O direito processual coletivo “como ramo próprio do direito processual poderá abrir caminhos para a verdadeira tutela dos direitos ou interesses coletivos” (ALMEIDA, 2003, p. 29), uma vez que

[...] a concepção tradicional do processo civil não deixava espaço para a proteção dos direitos difusos. O processo era visto apenas como um assunto entre duas partes, que se destinava à solução de uma controvérsia entre essas mesmas partes a respeito de seus próprios interesses individuais. Direitos que pertencessem a um grupo, ao público em geral ou a um segmento do público não se enquadravam bem nesse esquema. (CAPPELLETTI e GARTH, 1998, p. 19).

E em assim sendo é absolutamente necessário garantir a efetividade dos direitos supraindividuais, categoria já consagrada no direito nacional e comparado<sup>3</sup>, através de um processo voltado exclusivamente para a tutela desses direitos, com institutos processuais voltados especificamente para esse fim. O ideal seria um verdadeiro e autêntico Código de Processo Civil Coletivo, porém a realidade é que ele não existe, em que pese os esforços de renomados juristas que chegaram a elaborar Anteprojetos de CPC Coletivo<sup>4</sup>, de modo que é preciso trabalhar com as ferramentas disponíveis, e essas são diversas leis esparsas tratando de regras processuais para demandas coletivas, sem nem ao menos se preocupar com a sistematização do direito processual coletivo. São leis esparsas, elaboradas em momentos históricos distintos, portanto por legisladores distintos, com finalidades distintas, porém com um ponto em comum: são leis que tratam do processo civil destinado à tutela dos direitos coletivos.

Não é o ideal, porém a atenção que a doutrina dedica ao processo coletivo, ao longo de décadas de estudos, discussões e análises, somada à experiência da jurisprudência sobre o tema, já é um ponto de partida para essa sistematização das regras processuais coletivas que, se não substituem a necessidade de um CPC Coletivo, pelo menos cumprem a sua função temporariamente com certa eficiência. Após o advento de principalmente três diplomas, a Constituição de 1988 e duas leis ordinárias, a Lei da Ação Civil Pública – LACP, em 1985 e o

---

<sup>3</sup> “[...] interesse coletivo é o que surge e existe em função de certas instâncias sociais de natureza corporativa, organizadas precipuamente para o atendimento dos interesses de massa nelas aglutinados; daí podem decorrer – e frequentemente decorrem – vantagens para os indivíduos, mas isso se dá por via reflexa e não como objetivo primário.” (MANCUSO, 2000, p. 255).

<sup>4</sup> São quatro ao todo: um elaborado por Antonio Gidi; outro do Instituto Brasileiro de Direito Processual – IBDP, coordenado pela Professora Ada Pellegrini; outro coordenado pelo Professor Aluísio Gonçalves de Castro Mendes e, por fim, o Anteprojeto de Código Modelo de Processos Coletivos para os países ibero-americanos, elaborado e revisado por vários juristas, nacionais e estrangeiros.

Código de Defesa do Consumidor – CDC, em 1990, passou-se a ter uma Constituição e um par de leis que estão até o presente momento cumprindo a sua função de regulamentar o processo civil para as demandas coletivas, a ponto de autores como Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr. sustentarem que o CDC é um “Código de Processo Coletivo Brasileiro”.

A Constituição de 1988, como lei suprema do Brasil, foi extremamente importante para o desenvolvimento de um direito processual civil coletivo, por conter princípios fundamentais como o acesso à justiça, no art. 5º, XXXV, e trazer expressamente mecanismos processuais de tutela coletiva, como a Ação Popular – já prevista na Lei 4.717/65, a Ação Civil Pública, o Mandado de Segurança Coletivo, bem como a legitimidade do Ministério Público para proteger referidos direitos (art. 129, III), de entidades associativas (art. 5º, XXI) e de sindicatos (art. 8º, III). Como fundamento de validade de todas as normas, “a Constituição representa o ápice do ordenamento e o ponto de controle de sua coerência interna, são as leis que devem se movimentar no âmbito dos direitos fundamentais, não o contrário” (DIDIER JR. e ZANETI JR., 2010, p. 50), e apesar da referida afirmação ser praticamente incontestável, apenas o NCPC reconhece isso expressamente em seu art. 1º, quando estatui que “o processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código.”

A LACP – aprovada um pouco antes da Constituição, no ano de 1985 – trazia um mecanismo processual, conhecido como ação civil pública, para a tutela dos direitos coletivos que elencava nos incisos do seu art. 1º. O CDC por sua vez

[...] passou a representar o modelo estrutural para as ações coletivas no Brasil, na medida em que encontra aplicabilidade não apenas para os processos relacionados com a proteção do consumidor em juízo, mas, também, em geral, para a defesa dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, por determinação expressa do art. 21 da lei 7.347/85, acrescentado em razão do art. 117 da Lei 8.078/90. (MENDES, 2009, pp. 196-197).

Com isso passou-se a ter um diálogo harmonioso entre a LACP e o CDC, o embrião do microsistema de tutela coletiva, já que o CDC manda aplicar os dispositivos da LACP a ele próprio e vice-versa. Atualmente não é mais novidade entre os estudiosos do direito processual civil coletivo a existência desse microsistema, formado não só pelo par de leis analisados, mas por todas aquelas que tratam do processo coletivo, inclusive consagrado pela

jurisprudência do STJ.<sup>5</sup> O espaço de aplicação do NCPC, portanto é meramente residual e “[...] seu efeito sobre o processo coletivo deve ser sempre reduzido, evitando disciplinar as demandas coletivas com institutos desenvolvidos para os processos individuais.” (DIDIER JR. e ZANETI JR., 2010, p. 53). Com isso não se quer dizer, obviamente, que o CPC, inclusive o novo, não seja aplicável aos processos coletivos, mas sim que a sua aplicação deve ser evitada, porque as respostas para as questões processuais que surgem no decorrer do processo coletivo devem ser buscadas no microssistema, e apenas subsidiariamente no CPC.

Portanto soa evidente que o NCPC será sim, como era o de 1973, aplicado aos processos coletivos, ainda que de forma subsidiária, porque é simplesmente impossível, no atual estágio do direito brasileiro, um processo coletivo ser iniciado, desenvolver-se e até mesmo ser extinto, com a prestação integral da tutela jurisdicional, sem que se faça uso das regras processuais contidas no *codex* destinado à tutelar os direitos individuais.

#### **4. Da participação do *amicus curiae* nos processos coletivos**

Uma das grandes inovações da nova legislação processual é o expreso reconhecimento da figura do *amicus curiae*, como agente participativo da formação do processo decisório. Figura inexistente no corpo do CPC de 1973, o *amicus* passa a se inserir na realidade processual brasileira, expressamente reconhecido como modalidade de intervenção de terceiros, no artigo 138 do NCPC. Mais do que o fato da lei ter reconhecido a sua natureza de terceiro que intervém em processo alheio, merece aplausos o fato de ele ganhar o reconhecimento do legislador, o que não ressoa estranho, dado o caráter amplamente democrático da formação da nova lei.

A possibilidade de intervenção do *amicus curiae* em todo e qualquer processo coletivo já seria uma decorrência lógica e constitucional do fato dele ser instrumento de atuação dos direitos materiais coletivos, bem como do fato do processo ser uma instituição democrática em sua essência, com a incidência de toda a filosofia habermasiana exposta em suas teorias. Mas a necessidade de se permitir a participação do *amicus* decorre também da natureza coletiva do processo, que serve como instrumento de realização de direitos materiais

---

<sup>5</sup> “Os arts. 21 da Lei da Ação Civil Pública e 90 do CDC, como normas de envio, possibilitaram o surgimento do denominado Microssistema ou Minissistema de proteção dos interesses ou direitos coletivos amplo senso, com o qual se comunicam outras normas, como os Estatutos do Idoso e da Criança e do Adolescente, a Lei da Ação Popular, a Lei de Improbidade Administrativa e outras que visam tutelar direitos dessa natureza, de forma que os instrumentos e institutos podem ser utilizados para "propiciar sua adequada e efetiva tutela" (art. 83 do CDC).” (STJ, REsp 1106515/MG, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 16/12/2010, DJe 02/02/2011).



coletivos, ou seja, direitos que dizem respeito a uma coletividade, no sentido amplo da palavra.

Ainda que a legitimidade conferida ao legislador do direito processual coletivo, especialmente através da LACP e do CDC, tenha sido plúrima, a ampliação da legitimidade para vários entes não é capaz, por si só, de esgotar a necessidade de participação democrática no referido processo. Cediço é, no direito brasileiro, que a atuação do Ministério Público – MP na propositura de demandas coletivas tem certa proeminência sobre a atuação dos demais legitimados, seja pela melhor estrutura que o MP dispõe para exercer o seu *munus* constitucional, seja pela parca atuação dos demais legitimados, recentemente relativizada pela maior participação da Defensoria Pública – DP no campo do processo coletivo.<sup>6</sup> Por mais que a DP venha ganhando espaço, não satisfaz a necessidade de democratização do processo o fato de apenas dois órgãos públicos legitimados assumirem a titularidade, de fato, da maior parte das ações coletivas propostas no Brasil.

A decisão de deflagrar uma demanda coletiva é tomada pelos membros que compõem as referidas instituições, sem que se faça necessária a prévia consulta popular, que, conquanto desejada e até mesmo estimulada pela legislação<sup>7</sup>, não é condição obrigatória, fazendo com que não haja uma efetiva participação democrática no processo decisório que antecede a demanda. Sabe-se que propositura de uma ação coletiva não é a única forma de se proporcionar a tutela dos direitos coletivos, o que pode ainda ocorrer com mecanismos extrajudiciais como o termo de ajuste de conduta – exclusivo dos órgãos públicos, diga-se – e com a expedição de recomendações, por exemplo. Como corretamente advertido, “o correto é que cada legitimado – inclusive o *Parquet* – examine a situação concreta e promova a demanda coletiva de acordo com critérios de oportunidade e conveniência. A dimensão social e o caráter político dos processos coletivos exige dos legitimados uma apreciação calma e serena a respeito da conveniência e oportunidade na propositura da demanda” (FERRARESI, 2008, p. 35). Uma vez proposta a ação coletiva, e citado o réu, tem-se que o destino da decisão a ser proferida na demanda que, em tese, é apta a tutelar direitos metaindividuais fica bastante limitado se apenas os legitimados puderem participar da formação do processo decisório. O que significa dizer que não basta o contraditório estabelecido pela formalidade de

---

<sup>6</sup> Não há dados estatísticos recentes acerca da participação de cada legitimado na propositura de ações coletivas, sendo que a afirmação que se faz no corpo do texto parte de uma observação empírica do seu autor, mas que é compartilhada por doutrinadores.

<sup>7</sup> Através de audiências públicas.

uma legislação infraconstitucional que não atentou para o caráter democrático do processo, como expressão do próprio Estado Democrático de Direito previsto no texto original da Constituição.

Apesar do CDC ter sido aprovado após a Constituição de 1988, não houve na época a correta compreensão da necessidade de se ampliar a participação de todos os envolvidos no processo coletivo enquanto palco do debate discursivo que resultaria na tomada de uma decisão apta a afetar a toda a coletividade. Em momento algum o CDC possibilita a participação da sociedade através de uma regra processual expressamente autorizadora, o que possibilita ao juiz positivista impedir a referida participação através do simplório e legalista argumento da “ausência de previsão legal.” A LACP, aprovada em 1985, muito menos autoriza a ampla e democrática participação no processo coletivo. Somado ao fato de se ter uma omissão legislativa no que tange à figura do *amicus curiae*, tem-se ainda a obsessiva preocupação do Judiciário com a “rapidez processual”, valor que paradoxalmente não está previsto na Constituição, mas é elencado à condição de objetivo único no complexo dever estatal de prestar jurisdição. A busca por um processo rápido, quiçá instantâneo, buscado por diversas reformas que atingiram o CPC de 1973, é muitas vezes cirurgicamente invocada como razão para a não admissão de determinadas “políticas processuais”, como a ampliação do debate que deve anteceder ao processo de tomada de decisões dentro do processo.

Daí a afirmação anterior no sentido de que muitas vezes os Tribunais vêem o *amicus* não como um “amigo” da Corte, ou mesmo como um agente necessário para que se confira legitimidade à decisão a ser tomada, nos moldes habermasianos, mas sim como um autêntico “inimigo”, ou mesmo uma ameaça ao ideal de processo instantâneo. E em sendo uma ameaça, ele deveria ter a sua participação repelida pelo Judiciário, que estaria assim agindo em prol de um bem suposta e falsamente maior, que é a celeridade processual. Mesmo já tendo o Supremo Tribunal Federal – STF reconhecido a importância da participação do *amicus curiae* nos processos de controle de constitucionalidade, que possui expressa previsão na Lei 9.868/99, não é admitida a interposição de recurso pelo “amigo”<sup>8</sup>, e sua participação fazendo sustentação oral não foi admitida de forma tranquila, posto que inicialmente o Tribunal mostrou-se contrário à tal forma de participação ao argumento – vencido – de que ele mais atrapalha do que ajuda no processo decisório. O STF, no julgamento da Questão de Ordem na

---

<sup>8</sup> STF, ADI 3615 ED, Relatora Min. Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, julgado em 17/03/2008, DJe-074 DIVULG 24-04-2008.

ADI 2777 admitiu “excepcionalmente” a sustentação oral do *amicus curiae*, mas houve um par de votos vencidos – Ministros Carlos Velloso e Ellen Gracie – que entenderam que “a admissão da sustentação oral nessas hipóteses poderia implicar a inviabilidade de funcionamento da Corte, pelo eventual excesso de intervenções”, e que somente seria possível a manifestação escrita.

Observa-se a Suprema Corte tratando do amigo da corte como agente de pluralização do debate constitucional, exatamente como meio de reforçar o contraditório e ampliá-lo para além dos limites subjetivos e formais da demanda, de modo que a importância do *amicus curiae* pode ser evidenciada pelo seguinte julgado do STF:

A intervenção do ‘amicus curiae’, para legitimar-se, deve apoiar-se em razões que tornem desejável e útil a sua atuação processual na causa, em ordem a proporcionar meios que viabilizem uma adequada resolução do litígio constitucional. A idéia nuclear que anima os propósitos teleológicos que motivaram a formulação da norma legal em causa, viabilizadora da intervenção do ‘amicus curiae’ no processo de fiscalização normativa abstrata, tem por objetivo essencial pluralizar o debate constitucional, permitindo, desse modo, que o Supremo Tribunal Federal venha a dispor de todos os elementos informativos possíveis e necessários à resolução da controvérsia, visando-se, ainda, com tal abertura procedimental, superar a grave questão pertinente à legitimidade democrática das decisões emanadas desta Suprema Corte, quando no desempenho de seu extraordinário poder de efetuar, em abstrato, o controle concentrado de constitucionalidade. (STF, ADI 2321 MC, Relator Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, julgado em 25/10/2000, DJ 10-06-2005).

Com o NCPC a resistência eventualmente oferecida à participação do *amicus* precisa ser definitivamente removida, de modo a proporcionar uma verdadeira participação democrática no ambiente processual, onde os interlocutores devem atuar com liberdade, em condição de igualdade com os demais, e fornecer os seus argumentos para influir no processo de tomada de decisão, porque o “procedimento democrático deve fundamentar a legitimidade do direito” (HABERMAS, 1997, p. 191). Para possibilitar a tranquilidade necessária dentro do processo, para que as discussões sejam travadas de forma igualitária, o juiz – enquanto condutor do processo – precisa livrar-se das antigas amarras e ver o processo sob uma nova ótica. A participação do *amicus* deve ser estimulada e possibilitada da forma mais ampla possível, já que “o poder comunicativo de convicções comuns só pode surgir de estruturas da intersubjetividade intactas” (HABERMAS, 1997, p. 191).

É assim necessário que o juiz dê plena efetividade aos princípios constitucionais do contraditório e da cooperação ao aplicar o art. 138 do NCPC, porque caberá a ele “considerando a relevância da matéria, a especificidade do tema objeto da demanda ou a repercussão social da controvérsia”, o que ressoa evidente em se tratando de um processo coletivo, “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”. Considerando que a legitimidade de uma decisão a ser tomada em um processo coletivo pressupõe um amplo e livre debate de teses e argumentos, concretizando-se os valores do Estado Democrático de Direito, entre todos os afetados, seria inclusive salutar que o juiz solicitasse a presença dos agentes do discurso. Sair da postura passiva (admitir a participação, a requerimento da parte) e adotar uma mais ativa (solicitar de ofício), elevaria o processo civil coletivo a um patamar constitucional mais legítimo, tornando a tutela dos direitos metaindividuais um assunto democrático, que envolve toda uma coletividade.

Os legitimados a deflagrar a demanda coletiva podem até permanecer os mesmos, enquanto a cultura jurídica não se solidifica e amadurece para reconhecer que o cidadão precisa participar ajuizando as referidas demandas, porém o que não pode – em hipótese alguma – é o processo coletivo continuar sendo o palco de discurso entre instituições que não dão a devida atenção a todos os afetados. Já havia sido adiantado por Calmon de Passos, em 1988, uma das características do “novo processo”, inaugurado pela Constituição recém promulgada à época, que seria a “superação do entendimento do processo como garantia de direitos individuais” (PASSOS, 1988, p. 96). E para que possa efetivamente haver um processo que proteja direitos de toda a sociedade, a sociedade tem o direito de participar desse processo.

## **5. Conclusão**

Pretendeu-se com o presente artigo demonstrar a importância da abertura do rol dos sujeitos aptos a participar do processo, de modo a legitimar a decisão a ser proferida, tendo como foco a teoria de Habermas acerca do modelo de discurso democrático. Para a aplicação da teoria habermasiana é preciso, antes de tudo, superar o modelo tradicional de contraditório enquanto simples oportunidade para que as partes do processo, e somente ela, possam participar da construção do processo decisório.

Como visto, o processo civil democrático exige uma releitura do contraditório, que deve necessariamente extravasar os limites da relação jurídica processual, porque o juiz não é

mais, há tempos, a boca que pronuncia a vontade da lei, sendo um importante agente de aplicação e quiçá construção do direito. Neste sentido temos o Novo Código de Processo Civil, que inaugura um novo modelo de contraditório, ao permitir e até mesmo estimula a participação da sociedade no processo, através da figura do *amicus curiae*, inserido como nova modalidade de intervenção de terceiros, permitindo uma abertura do debate processual como condição legitimante da decisão judicial a ser proferida, exatamente como na teoria discursiva de Habermas.

A participação do *amicus* na relação processual amplia os limites do princípio do contraditório, posto que um terceiro tem a aptidão de participar do processo, expondo seus argumentos, colaborando com a construção do provimento final. E se nos processos individuais – o foco central do NCPC – é possível e até desejável a participação do *amicus*, com mais razão ainda deve ser admitida de forma ampla a sua intervenção nos processos coletivos.

Cediço é que o NCPC aplica-se subsidiariamente aos processos coletivos, e como o microsistema não possui um regramento específico para o *amicus*, não se pode negar a sua aplicação nos processos em que não se discutem direitos individuais, mas sim direitos coletivos, não raros pertencentes à toda coletividade. Por mais que a legitimidade para demandar coletivamente seja conferida a diversos órgãos, tem-se que uma maior participação da sociedade deve ser estimulada mais ainda, posto que a sociedade civil muitas vezes fica alheia às questões objeto de debate em processos coletivos. E é em processos coletivos que são proferidas diversas decisões regulamentando, reconhecendo, interpretando e dando efetividade aos direitos materiais coletivos, cuja titularidade não pertence a ninguém individualmente considerando, mas sim a todos.

Espera-se assim que não só o Judiciário possa admitir a intervenção do *amicus*, não o vendo como um *inimicus curiae*, mas também que as próprias pessoas autorizadas a figurar nessa condição nos processos, a saber, “pessoa natural ou jurídica, órgão ou entidade especializada, com representatividade adequada”, possam perceber a importância da abertura democrática do debate processual. Com a democratização do debate tem-se uma maior legitimidade democrática das decisões judiciais.

## **6. Referências bibliográficas**

ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito processual coletivo brasileiro – um novo ramo do direito processual*. São Paulo: Saraiva, 2003.

BAKER, J. H. *An introduction to english legal history*. Fourth edition. Oxford: Oxford University Press, 2007.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. 5ª edição. Tradução de A. Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2012.

CAPPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução e revisão Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.

DIDIER JR., Fredie e ZANETI JR., Hermes. *Curso de direito processual civil – processo coletivo*. Volume 4, 5ª edição. Salvador: Jus Podivm, 2010.

FERRARESI, Eurico. Princípio da não-obrigatoriedade da ação coletiva. *MPMG jurídico*. Edição especial – 20 anos da Constituição Federal. Ano III, jan-fev-mar de 2008.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia – entre facticidade e validade*. Vol. 1. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

\_\_\_\_\_. *Teoria do agir comunicativo – racionalidade da ação e racionalização social*. Vol. 1. Tradução de Paulo Astor Soethe. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do processo coletivo*. 2ª edição. São Paulo: RT, 2011.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses difusos – conceito e legitimação para agir*. 5ª edição. São Paulo: RT, 2000.

MARQUES, José Frederico. *Manual de direito processual civil*, vol. 1. 9ª edição. São Paulo: Saraiva, 1982.

MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro. *Ações coletivas no direito comparado e nacional*. 2ª edição. São Paulo: RT, 2009.

MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil – pressupostos sociais, lógicos e éticos*. São Paulo: RT, 2009.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat. *O espírito das leis*. Tradução de Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. Democracia, participação e processo. *Participação e processo*. Coord. GRINOVER, Ada Pelegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel e WATANABE, Kazuo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

SILVA, Ovídio A. Baptista da e GOMES, Fábio Luiz. *Teoria geral do processo civil*. São Paulo: RT, 1997.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. A vinculatividade dos precedentes e o ativismo judicial – paradoxo apenas aparente. *Precedentes*. Coord. DIDIER JR., Fredie *et al.* Salvador: Juspodivm, 2015.