

ISSN 1127-8579

Pubblicato dal 29/07/2010

All'indirizzo <http://www.diritto.it/docs/29987-o-amicus-curiae-e-o-novo-c-digo-de-processo-civil-um-instrumento-de-democratiza-o-processual>

Autore: Gabriela Soares Balestero

## **O amicus curiae e o novo código de processo civil: um instrumento de democratização processual?**

**The amicus curiae and the new code of civil procedure: an instrument to procedural democratization?**

# O AMICUS CURIAE E O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL: UM INSTRUMENTO DE DEMOCRATIZAÇÃO PROCESSUAL?

## THE AMICUS CURIAE AND THE NEW CODE OF CIVIL PROCEDURE: AN INSTRUMENT TO PROCEDURAL DEMOCRATIZATION?

Gabriela Soares Balestero<sup>1</sup>

### RESUMO

A finalidade deste artigo é estudar o instituto do *amicus curiae* com fundamento no conteúdo do § 2º do art. 7º da Lei n. 9.868/99 e apresentado no artigo 320 do Anteprojeto do Novo Código Civil apresentado pela Comissão de Juristas ao Senado Federal em 08/06/2010 como uma modalidade de intervenção de terceiros.

Ademais, também será alvo do presente estudo a questão do ativismo judicial na qual há a degeneração de um processo criado de forma solipsista pelo magistrado, sem a participação das partes para a construção do provimento.

Portanto, o presente estudo possui três objetivos específicos analisados no âmbito do Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil: 1) analisar o instituto do *amicus curiae* e suas possíveis contribuições para o processo civil; 2) a necessidade de uma reformulação processual sob uma perspectiva democrática; 2) a construção do provimento Jurisdicional pelos sujeitos do processo em simétrica paridade de armas.

**Palavras – chave:** O instituto do *amicus curiae*; intervenção de terceiros; ativismo judicial; participação das partes; reformulação processual; paridade de armas.

### ABSTRACT

The purpose of this paper is to study the institution of *amicus curiae* on the basis of content of § 2 of art. 7 of Law No 9.868/99 and presented in Article 320 of the Draft of the New Civil Code presented by the Commission of Jurists to the Senate on 08/06/2010 as a mode of intervention of third parties.

Moreover, this target will also study the issue of judicial activism in which there is degeneration of a process created by the magistrate so solipsistic, without the participation of stakeholders to build the filling.

---

<sup>1</sup> **Gabriela Soares Balestero.** Advogada militante graduada pela Universidade Presbiteriana Mackenzie em 2.006. Mestranda em Direito Constitucional pela Faculdade de Direito do Sul de Minas, especialista em Direito Constitucional e em Direito Processual Civil pela Faculdade de Direito do Sul de Minas. Endereço eletrônico para contato: gabybalestero@yahoo.com.br.

Therefore, this study has three specific objectives analyzed in the Draft of New Code of Civil Procedure: 1) examine the institution of *amicus curiae* and its possible contributions to the civil procedure, 2) the need for procedural reform under a democratic perspective and 2) the construction of filling Jurisdictional the subjects of the process in symmetric parity of arms.

**Keywords:** The institution of *amicus curiae*; intervention of third parties; judicial activism; participation of the parties; procedural reform; parity of arms.

## 1. INTRODUÇÃO

No presente artigo será analisada a questão da diminuição dos institutos referentes à intervenção de terceiros, mantendo-se apenas a assistência, o chamamento ao processo e a inclusão do instituto do *amicus curiae* (*amigo da corte*) em primeira instância, como uma tentativa de democratizar o processo, excluindo as outras formas de intervenção de terceiro como a nomeação a autoria, denúncia à lide e a oposição.

Ademais será estudada a importância das partes na construção do provimento, consoante a teoria fazzalariana, baseando-se principalmente na concepção procedimental de Habermas, na qual é proposto um modelo processual democrático, baseado em uma estrutura policêntrica, na qual todos os sujeitos participam do processo em paridade de armas.

Além disso, será discutida a questão do ativismo judicial, decorrente das decisões solipsistas e muitas vezes arbitrárias do Poder Judiciário brasileiro. Situação essa que infelizmente tende a permanecer com o Novo Código de Processo Civil com a ampliação dos poderes do magistrado.

Nesse passo, pretende-se discutir quais seriam os limites do Poder Judiciário na tomada de decisões de maneira que o provimento Jurisdicional seja construído de maneira democrática e em que ponto a redução de parte dos casos da intervenção de terceiros e a inclusão do instituto do *amicus curiae* no Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil apresentado ao Senado pela Comissão de Juristas valoriza o contraditório e a intersubjetividade entre as partes na construção do provimento jurisdicional.

Um modelo democrático de processo deve seguir a perspectiva da teoria do direito de Jurgen Habermas e teoria processualista de Élio Fazzalariana, na qual o processo é um procedimento em contraditório em que há a participação simétrica entre todos os sujeitos envolvidos no processo na construção do provimento Jurisdicional.

Eis o objetivo deste artigo.

## 2. O ANTEPROJETO DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL: O INSTITUTO DO AMICUS CURIAE

A Comissão de Juristas nomeada em 14 de outubro de 2009 para redigir o anteprojeto de lei do Novo Código de Processo Civil, encaminhou ao Senador José Sarney, diversas proposições “que se impunha em dotar o processo e a *fortiori*, o Poder Judiciário, de instrumentos capazes, não de enfrentar centenas e milhares de processos, mas antes, de obstar a ocorrência desse volume de demandas, com o que, a um só tempo, salvo melhor juízo, sem violação de qualquer comando constitucional, visou tornar efetivamente alcançável a duração razoável dos processos, promessa constitucional e ideário de todas as declarações fundamentais dos direitos do homem e de todas as épocas e continentes, mercê de propiciar maior qualificação da resposta judicial, realizando o que Hans Kelsen expressou ser o mais formoso sonho da humanidade, o sonho de justiça.”<sup>2</sup>

O "Amicus Curiae" (*amigo da corte*), oriundo do direito norte-americano<sup>3</sup>, é um instituto de matriz democrática, pois permite que terceiros passem a integrar a demanda, para discutir objetivamente teses jurídicas que vão afetar a sociedade como um todo.

O referido instituto era considerado como uma espécie de assistente previsto no artigo 50 do Código de Processo Civil, tendo a função de coadjuvar com uma das partes para que ela obtenha a vitória no processo.

A Lei 6.385, de 07.12.1976, que disciplina o mercado de valores mobiliários, prevê, em seu art.31, com a redação dada pela Lei 6.616/78, que “*nos processos judiciais que tenham por objeto matéria incluída na competência da Comissão de Valores Mobiliários, será esta sempre intimada para, querendo, oferecer parecer ou prestar esclarecimentos, no prazo de 15 (quinze) dias a contar da intimação*”<sup>4</sup>.

---

<sup>2</sup> “Por outro lado, os problemas do processo civil brasileiro não emergem só a lei, mas também da lei. Ocorre que a alteração da lei, por si só, não é milagrosa. A lei gera melhoras nos resultados, na exata medida em que é responsável pelo problema. Disto não podemos nos esquecer. Neste sentido, um novo CPC jamais poderá ser aguardado como solução milagrosa para as inúmeras questões que nos preocupam há muito tempo. Ele será, sim, se bem feito, bem compreendido e bem aplicado, um dos muitos meios voltados a pavimentar uma via de acesso seguro para um modelo mais eficiente de prestação jurisdicional. Milagres são operados por seres humanos, não pela lei”. (WAMBIER, Tereza Arruda Alvim. **O Novo Código de Processo Civil**. In Reforma do CPC, por um renovado processo civil. Ano XIV, n. 314, fev. 2010. São Paulo: Editora Consulex, p. 29.)

<sup>3</sup> “1. Em sua evolução histórica, e com sua absorção pelos ordenamentos jurídicos norte – americano e inglês, a participação do *amicus curiae* assumiu dupla função: de instrumento à disposição do juiz (poderes instrutórios) para a prospecção de dados para o proferimento da decisão, e de instrumentos de participação voluntária do próprio terceiro em causas de transcendência coletiva. Ou seja, o *amicus curiae* representa tanto um “auxiliar” passivo da corte, como um participante ativo em determinadas demandas.” (PRÁ, Carlos Gustavo Rodrigues Del. **Amicus Curiae: instrumento de participação democrática e de aperfeiçoamento da prestação jurisdicional**. Curitiba: Juruá Editora, 2008, p. 217.)

<sup>4</sup> “Houve, com efeito, nessa hipótese, uma previsão legislativa de intervenção de terceiro estranho à lide (Comissão de Valores Mobiliários), em razão de um interesse que o direito positivo elegeu como juridicamente relevante: possibilitar que o juízo obtenha as informações e os esclarecimentos que, pela própria formação média

Caberia à Comissão de Valores Mobiliários (CVM) em processos judiciais de caráter individual, nos quais devessem ser apreciadas questões envolvendo direito empresarial sujeitas, no âmbito administrativo, à sua competência fiscalizadora, intervir como "Amicus Curiae".

A Lei 8.884/94, que transformou o CADE (Conselho Administrativo de Defesa Econômica) em Autarquia Federal, em seu art. 89, também prevê a atuação do "Amicus Curiae": "Art. 89 – Nos processos judiciais em que se discuta a aplicação desta Lei, o CADE deverá ser intimado para, querendo, intervir no feito na qualidade de assistente".

A atuação do amigo da corte se apresenta de maneira mais visível nas ações de controle abstrato de inconstitucionalidade (ADIN) e de constitucionalidade (ADECON), com embasamento constitucional e regulamentadas pela Lei 9.868/99, seu art. 7º "caput", expressamente veda a intervenção de terceiros no processo que regulamenta, porém, no §2º do mesmo, admite que, o Relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, poderá, por despacho irrecorrível, admitir, a manifestação de outros órgãos ou entidades.<sup>5</sup>

A Lei 9.882/99, que regulamente o procedimento para Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF), em seu art. 6º, § 1º, também prevê a participação do amigo da corte<sup>6</sup>, pois assim reza: "§1º - Se entender necessário, poderá o relator ouvir as partes nos processos que ensejaram a arguição, requisitar informações adicionais, designar perito ou

---

do magistrado, provavelmente escapariam à sua apreciação, tudo sempre com vistas a proporcionar uma solução segura e consciente da real abrangência e influência de seus efeitos sobre o mercado de valores. “ (PRÁ, Carlos Gustavo Rodrigues Del. **Amicus Curiae: instrumento de participação democrática e de aperfeiçoamento da prestação jurisdicional**. Curitiba: Juruá Editora, 2008, p. 58.)

<sup>5</sup> “O interesse de que fala a lei há de ser jurídico e não pode ser meramente econômico. Mas não se confunde com a tutela de seu direito subjetivo, pois não é parte no processo. Interessa-lhe, no entanto, influir positivamente na relação jurídica sob exame, para que a decisão a ser formada o favoreça. Bem por isso, o Supremo Tribunal Federal anota que é a partir dessa constatação que se pode aferir da existência ou não de interesse jurídico do assistente (RTJ 132/652)”. (FILHO, Edgard Silveira Bueno. **Amicus curiae: a democratização do debate nos processos de controle de constitucionalidade**. R. CEJ, Brasília, n. 19, out/dez 2002, p. 86.)

<sup>6</sup> “A sua participação é bem explicada por Adhemar Ferreira Maciel: (...) de um modo geral, o terceiro – pessoa natural ou jurídica -, que tem um ‘forte interesse’ que a decisão judicial favoreça um determinado ponto de vista, sumariza um pedido (brief) ao juiz (comumente tribunal de segundo grau), trazendo, em poucas linhas, suas razões de convencimento. À evidência, não é todo arrazoado de qualquer pessoa que é admitido. As partes, como domini litis, podem recusar o ingresso do tertius em ‘seu’ processo. Muitas vezes, as partes se põem de acordo, mas, ainda assim, a corte nega o pedido de ingresso do terceiro: a matéria não é relevante, as partes já tocaram no assunto. Órgãos governamentais, associações particulares de interesse coletivo, “grupos de pressão” muito se utilizam do judicial iter para deduzirem seus entendimentos, influenciando na vida de toda comunidade. Aliás, na Suprema Corte dos Estados Unidos, mais da metade dos casos de amicus curiae são ocasionados pelo solicitor general, que representa a União Federal.” (PEREIRA, Milton Luiz. **Amicus Curiae: intervenção de terceiros**. Revista CEJ, Brasília, n. 18, jul/set. 2002, p.84).

comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou, ainda, fixar data para declarações, em audiência pública, de pessoas com experiência e autoridade na matéria".<sup>7</sup>

No Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil apresentado ao Senado pela Comissão de Juristas, o instituto do *amicus curiae* é incluído como uma modalidade de intervenção de terceiros na qual afirma: "O juiz ou o tribunal, considerando a relevância e a especificidade do tema objeto da demanda, poderá, por despacho irrecorrível, admitir a manifestação de *amicus curiae*, seja pessoa física ou órgão ou entidade especializada, no prazo de 10 (dez) dias da intimação dos mesmos, sem alteração da competência."

Nesse passo, o terceiro, de regra, não sendo parte no processo, deverá demonstrar interesse jurídico e econômico na solução do litígio, e, inclusive, considerar que o julgado poderá afetar diretamente seu direito.

Uma inovação trazida no anteprojeto é a permissão da intervenção não apenas de órgãos ou entidades e sim de pessoas físicas.<sup>8</sup>

Somente os terceiros atingidos em suas esferas jurídicas pela decisão que será proferida é que poderão buscar a tutela de seus interesses que poderão ser potencial ou efetivamente prejudicados.

O instituto do *amicus curiae*<sup>9</sup> é admissível em ações de substrato público, sendo uma figura mais antiga no direito romano e surgiu no direito americano.<sup>10</sup>

---

<sup>7</sup> "Nesse mosaico de fatores, circunscrito à atuação do Poder Judiciário, na vertente da prestação jurisdicional e, portanto, no círculo dos institutos jurídicos do processo, o *amicus curiae* ganha espaço como âncora para um procedimento justo e como ponto referencial. É instituto conhecido no Direito norte-americano, favorecedor da intervenção de terceiro no processo (...) para ajudar a Corte em obter informação de que necessite para proferir uma decisão apropriada ou para impelir um resultado particular no interesse público ou um interesse privado de terceiros (de parte terceiras) que seria afetado pela decisão (solução ou resolução) da disputa" (PEREIRA, Milton Luiz. **Amicus Curiae: intervenção de terceiros**. Revista CEJ, Brasília, n. 18, jul/set. 2002, p.84.)

<sup>8</sup> "A Regra 37 da Suprema Corte dos Estados Unidos, que regula a intervenção do *amicus curiae*, é omissa quanto à qualidade do interveniente, não exigindo seja pessoa física, jurídica ou mesmo ente despersonalizado. Há apenas exigência de que seja sua intervenção aceita pelas partes ("accompanied by the written consent of all parties"). Por essa razão, no direito americano é aceita a intervenção de qualquer pessoa, inclusive professores, cientistas etc., com a condição de que seja aceita pelas partes. Entretanto, à mesma conclusão não se pode chegar no Brasil, pelo menos no que diz respeito à ADIN e ao controle difuso da constitucionalidade, em que as regras são expressas em limitar a intervenção a "órgãos ou entidades" (DEL PRÁ, Carlos Gustavo Rodrigues. **Amicus Curiae: instrumento de participação democrática e de aperfeiçoamento da prestação jurisdicional**. Curitiba: Juruá Editora, 2008, p. 85.)

<sup>9</sup> "Com o tempo, e sobretudo a partir de sua absorção pelo direito norte - americano, o instituto passou gradativamente a deixar de ser um instrumento de um terceiro desinteressado, para assumir uma função mais comprometida. Esse comprometimento dá-se a favor de interesses não representados em juízo pelas partes, sejam esses interesses pertencentes a uma coletividade ou a um particular. Houve, portanto, o abandono da original neutralidade de sua função, passando o *amicus curiae* a assumir uma função mais parcial, interessada." (Ibidem, p. 27).

<sup>10</sup> "Portanto, historicamente, o instituto parece ter surgido como uma forma de auxílio à corte no esclarecimento de questões fáticas e de direito, sem a manifestação de nenhum interesse próprio do interveniente. Por conta de sua flexibilidade, evoluiu por obra da jurisprudência, passando a representar também um instrumento disponível ao terceiro para defender-se da intenção fraudulenta e colusiva das partes. Mas, frise-se, não abandonou sua função informativa, porquanto também o *amicus curiae* participava de feitos em benefício somente da corte."

O *amicus curiae* é uma modalidade de intervenção de terceiros que possibilita alimentar a corte com informações que são relevantes para a causa. Contudo é necessária a demonstração de transcendência do objeto do processo para além das partes litigantes e a aprovação de sua intervenção pelo julgador.<sup>11</sup>

No anteprojeto do novo código civil a figura do *amicus curiae* é um instrumento de participação em processos em quaisquer causas, contudo vinculada a situações de relevância e transcendência social daquela questão pano de fundo.

No artigo 320 do anteprojeto do novo código de processo civil apresentado pela Comissão de Juristas ao Senado, o instituto do *amicus curiae* juntamente com a assistência e a nomeação à autoria passa a ser uma modalidade de intervenção de terceiros, sendo aplicável inclusive nas instâncias inferiores.<sup>12</sup>

O artigo 320 do Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil encaminhado ao Senado deixa um leque extremamente aberto de possibilidades de intervenção do *amicus curiae*, deixando para o julgador a tarefa de admitir ou não a manifestação de terceiros dentro de um critério de razoabilidade do decisor, sendo, portanto, tal situação extremamente perigosa.<sup>13</sup>

O instituto do *amicus curiae* em primeira instância poderá, não somente ser um instrumento a disposição do magistrado para suprir certas deficiências do material probatório como ocorre na França e na Itália e sim ser utilizado como forma de fiscalização e controle da

---

(DEL PRÁ, Carlos Gustavo Rodrigues. **Amicus Curiae: instrumento de participação democrática e de aperfeiçoamento da prestação jurisdicional.** Curitiba: Juruá Editora, 2008, p. 26/27.)

<sup>11</sup> “O instituto parece ter surgido como forma de auxílio à corte no esclarecimento de questões fáticas e de direito, sem a manifestação de nenhum interesse próprio do interveniente. Com o passar do tempo, entretanto, o instituto deixa gradativamente de ser instrumento de um terceiro desinteressado, para assumir função mais comprometida. Ou seja, ao ingressar como *amicus curiae*, o terceiro não mais age desinteressadamente, mas comprometido com interesses não representados em juízo pelas partes (interesses coletivos ou particulares).” (Ibidem, p. 110.)

<sup>12</sup> “Interessante notar que a participação do *amicus curiae*, nos EUA, dar-se-á somente nas Supremas Cortes, federal e estaduais, e nos tribunais de apelação, mas nunca nas instâncias inferiores. Ademais, muito embora sua participação se destine a “ajudar a corte”, o *amicus curiae* age em auxílio a uma das partes, a qual, inclusive, deve ser indicada no memorial a ser apresentado. Como já anunciado alhures, nos países de cultura jurídica anglo – saxônica (e sobretudo nos EUA), a função do *amicus curiae* há muito deixou de ser neutra, constituindo verdadeira ato de “advogar” em favor de uma das partes.”. (Ibidem, p. 31/32.)

<sup>13</sup> “Na Itália, como também na França, a figura desse terceiro, que cumpriria a função de *amicus curiae*, representa instrumento à disposição do julgador, para aperfeiçoamento da decisão, colocando-a dentro de seus poderes outorgados pela lei para o descobrimento da verdade. A princípio, poderia ou não assumir ele (*amicus curiae*) uma função ativa, mas agindo sempre em benefício da própria corte. Assim, sua pretensão de participar do processo somente se justifica em benefício da Justiça, e não em benefício da Justiça, e não em benefício próprio ou de outras pessoas por ele representadas” (Ibidem, p. 35/36.)

função da jurisdicional, além de proporcionar a abertura<sup>14</sup> de um canal comunicativo em meio ao processo.

O objetivo da criação deste instituto foi a pluralização do debate constitucional permitindo, permitindo que o tribunal venha a tomar conhecimento, sempre que julgar relevante, dos elementos informativos e das razões constitucionais daqueles que, embora não tenham legitimidade para deflagrar o processo, serão destinatários diretos ou mediatos da decisão a ser proferida.

Contudo, aceitação do *amicus curiae* sempre dependeu do Tribunal Constitucional<sup>15</sup> e o mesmo ocorrerá em primeira instância, em que o interventor dependerá da aprovação do juiz de primeira instância. Ou seja, o instituto do amigo da corte que foi criado com um intuito democrático foi desvirtuado e sua inclusão no processo depende do solipsismo metódico do julgador, diferentemente do que ocorre no direito norte americano em que a inserção do *amicus curiae* depende da aprovação das partes em litígio.

No artigo 320 do Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil apresentado ao Senado pela Comissão de Juristas, o juiz poderá, por despacho irrecorrível, solicitar ou admitir a manifestação do *amicus curiae*, de ofício ou a pedido das partes, levando em conta a relevância da matéria, a especificidade do tema objeto da demanda, ou a repercussão social da lide. E mais, o interventor não terá direito a interposição de recursos.

Nesse sentido, o papel desempenhado pelo *amicus curiae* no direito brasileiro ficará sempre limitado, pelos fatores a seguir analisados:

## 2.1. A neutralidade do *amicus curiae*

---

<sup>14</sup> “A participação popular passa a não mais restringir-se á esfera política, no sentido, v.g., de exercício da representação direta pelo voto, mas, ao contrário, inunda campos maiores de atuação, possibilitando mais amplo debate nas instâncias jurisdicionais, com o objetivo de fazer valer os direitos constitucionalmente assegurados, quer de forma individual, quer coletiva. Assim é que, dentre esses novos instrumentos, podemos destacar a *ação popular, o mandado de segurança coletivo, o mandado de injunção e o habeas data.*” (DEL PRÁ, Carlos Gustavo Rodrigues. **Amicus Curiae: instrumento de participação democrática e de aperfeiçoamento da prestação jurisdicional.** Curitiba: Juruá Editora, 2008, p. 73.)

<sup>15</sup> “A decisão de admitir ou não o *amicus curiae* é da competência do relator, a quem caberá aquilatar, de um lado, a *relevância* da matéria em discussão e, de outro lado, a *representatividade* dos postulantes, para admitir ou não a manifestação do órgão ou entidade postulante. Na análise do binômio *relevância – representatividade*, deverá o relator levar em conta a magnitude dos efeitos da decisão a ser proferida nos setores diretamente afetados ou para a sociedade como um todo, bem como se o órgão ou entidade postulante congrega entre seus afiliados porção significativa (quantitativa ou qualitativamente) dos membros do(s) grupo(s) social(is) afetado(s).” (BINENBOJN, Gustavo. **A dimensão do *amicus curiae* no processo constitucional brasileiro:** requisitos, poderes processuais e aplicabilidade no âmbito estadual. Revista Eletrônica de Direito do Estado. Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº 1, janeiro, 2004. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 26 de junho de 2010.)

Primeiramente, porque a função do *amicus curiae* não pode ser igual a função do assistente no auxílio direto às partes. Ele deve assumir uma função neutra no sentido de não se prestar ao auxílio direto à qualquer das partes, tendo em vista que tal função é feita pelo assistente que poderá exercê-la desde que tenha interesse jurídico na solução da causa.

A afirmação de que *amicus curiae* é uma figura desinteressada como afirma parte da doutrina<sup>16</sup> é equivocada, pois, reflexamente sua atuação auxiliará na defesa indireta de uma das partes e tal situação é inevitável, ou seja, uma das partes sairá indiretamente prejudicada. Portanto, o referido interventor não assume a postura neutra a que se propõe.

Ademais, segundo o artigo 323 do Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil, o assistente terá os mesmos poderes e se sujeitará aos mesmos ônus processuais que o assistido, ou seja, ao interventor é dada a oportunidade de interpor recursos.

Segundo o parágrafo único do art. 320 do Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil é vedada ao *amicus curiae* a possibilidade de interpor recursos, o que afronta o princípio do contraditório previsto constitucionalmente e até mesmo o intuito supostamente democrático que originou a inclusão do instituto.

## **2.2. O arbítrio do julgador na inserção do *amicus curiae*: a predominância do solipsismo judicial**

O artigo 320 do Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil a admissão do *amicus curiae* está condicionada ao arbítrio do juiz ou do relator, sendo este despacho irrecorrível.

Ademais, o juiz ou o relator ao tomar a sua decisão deve levar em consideração a relevância da matéria, a especificidade do tema objeto da demanda ou a repercussão social da lide.

Mas o que é relevância da matéria, especificidade do tema ou repercussão social da lide? Ninguém sabe. Tais conceitos são extremamente abstratos, permitindo

---

<sup>16</sup> “A desvinculação aludida, que constitui, a nosso ver, característica indissociável da figura do *amicus curiae*, refere-se à sua liberdade de atuação, que não fica vinculada à defesa de qualquer uma das teses ou partes. Assim, ainda que o terceiro intervenha para afirmar e defender determinado ponto de vista, que coincide com o fundamento da afirmação de direito de uma das partes, não o faz para defender os interesses de qualquer uma delas. Nada impede que passe a defender o interesse contrário. Ou seja, nada impede que determinada associação de proteção ao direito dos deficientes defenda a constitucionalidade de determinada norma restritiva aos direitos dos deficientes. O mesmo não ocorre, contudo, na *assistência*. Aqui, o terceiro ficará sempre vinculado à defesa do *assistido*, não podendo contrariar o seu interesse.” (DEL PRÁ, Carlos Gustavo Rodrigues. **Amicus Curiae: instrumento de participação democrática e de aperfeiçoamento da prestação jurisdicional**. Curitiba: Juruá Editora, 2008, p. 114.)

discricionariamente ao magistrado, mediante critérios subjetivos permita ou não a inserção do *amicus curiae*.

Esses critérios devem ser disciplinados pelo legislador e até mesmo a Comissão de Juristas deveria ter analisado essas questões e as disciplinado de maneira específica e não deixando a cargo do julgador.

Um aspecto interessante é constatar que na proposta inicial da comissão dos juristas previa a inclusão na Parte Geral de um dispositivo enumerando todos os poderes do magistrado, excluindo-os do livro próprio do processo de conhecimento. Contudo, no livro II das proposições aprovadas verificou-se que na verdade tenta-se ampliar o poder do magistrado na condução do processo, ou seja, houve uma inversão da proposta inicial.

Limitando os poderes do magistrado em especial no caso tratado, disciplinando os casos em que será permitido o ingresso do *amicus curiae* permitindo que as partes envolvidas possam decidir sobre o ingresso ou não do interventor haverá a valorização do contraditório como garantia de uma participação mais efetiva das partes e dos interessados na construção do provimento jurisdicional.

Por mais que as matérias conhecíveis de ofício pelo magistrado sejam sempre submetidas ao crivo do contraditório, segundo o anteprojeto apresentado, caberá ao magistrado a palavra final, de maneira que ao enumerar as hipóteses de atuação do magistrado e incentivar o contraditório, uma participação mais ampla dos interessados no processo, será evitado o decisionismo, o solipsismo metódico do julgador, identificando realmente o processo como um procedimento em contraditório.<sup>17</sup>

Além disso, a atividade de preparação para a construção de um provimento jurisdicional deve envolver atos do próprio autor do provimento e de outros sujeitos processuais que concorrem para a sua formação.

Portanto, percebe-se que a comissão apresentou ao Senado como objetivos do anteprojeto realizado pela comissão o fornecimento de agilidade à Justiça<sup>18</sup> e a ampliação a

---

<sup>17</sup> “O procedimento, como atividade preparatória do provimento, possui sua específica estrutura constituída da seqüência de normas, atos e posições subjetivas, em uma determinada conexão, em que o cumprimento e uma norma da seqüência é pressuposto da incidência de outra norma e da validade do ato nela previsto”. (GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica Processual e Teoria do Processo**. Rio de Janeiro: AIDE Editora, 2001, p. 112.)

<sup>18</sup> “O Anteprojeto foi feito em tempo recorde, talvez inspirado na própria idéia de ‘economia processual’ que vem animando as reformas do atual e do anteprojeto do novo CPC: quanto à este, há proposta de eliminação de parte dos recursos hoje existentes; de parte dos casos de intervenção de terceiros e da reconvenção (que entrará na contestação como “pedido contraposto”, como já se faz no procedimento sumário); extinção de alguns procedimentos especiais e a unificação do procedimento comum, acabando-se com a distinção entre sumário e ordinário. A meta é que o anteprojeto seja apreciado (apenas) pelo colégio de líderes no Senado e da mesma forma na Câmara para ainda ser sancionado esse ano. Essa pressa, no entanto, não nos parece um bom

proteção os direitos fundamentais garantindo o exercício do contraditório. Contudo, o anteprojeto possui algumas contradições<sup>19</sup>, como ocorre com o instituto do *amicus curiae*, pois ao mesmo tempo em que tenta-se reforçar a cognição, redefinir o princípio do contraditório, é ampliado próprio papel do magistrado como gestor do julgamento do caso concreto, não apresentando um equilíbrio em tais papéis.<sup>20</sup>

O princípio do contraditório não deve ser analisado apenas como uma garantia formal de bilateralidade e sim como uma possibilidade de influência das partes sobre o desenvolvimento do processo e a participação na formação das decisões judiciais de maneira que elas sejam racionais e mais justas, reduzindo a possibilidade de decisões surpresa.<sup>21</sup>

Nesse passo haveria, portanto, um dever de consulta pelo juiz as partes envolvidas no processo para que elas decidam sobre o ingresso do interventor, de forma a haver um incentivo ao debate garantindo a igualdade de chances e de armas pelas partes.<sup>22</sup>

No Anteprojeto de Novo Código Civil apresentado ao Senado afirma literalmente que o desafio da comissão de juristas é resgatar a crença no Judiciário e tornar realidade a

---

sinal.”(BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. **Anteprojeto do Novo CPC: Pressa e atropelo**. Pouso Alegre: Jornal A Tribuna, ano V, edição n. 237, p. 6.)

<sup>19</sup> “O Código de Processo Civil necessita de reformas urgentes. A Comissão foi instituída pelo Senado em momento oportuno, para que os operadores do direito disponham posteriormente de um grande e adequado mecanismo para processar as demandas judiciais. Mas os juristas correm o risco de apresentar ao povo brasileiro um trabalho que poderá cair na vala do insucesso, se não se sentarem à mesa de discussão com técnicos dispostos do direito de voz e voto, e que sejam altamente graduados cientificamente nas áreas de Administração, Economia, Informática, Contabilidade e Sociologia.” (MADALENA, Pedro. **Novo CPC Sucesso em risco**. In Reforma do CPC, por um renovado processo civil. Ano XIV, n. 314, fev. 2010. São Paulo: Editora Consulex, p. 34.)

<sup>20</sup> “Outro aspecto importante é que a mera reforma legislativa não possui o condão de obter resultados úteis, fazendo-se necessária a implementação de uma política pública de democratização processual que imponha verdadeira reforma do Poder Judiciário, de suas rotinas, entre outras intervenções. A partir dessas premissas serão feitas considerações pontuais acerca do primeiro relatório apresentado pela Comissão de Reforma, divulgado em 15 de dezembro de 2009, do qual destaco a proposta de reforço do contraditório e de uma efetiva fase preparatória. Tal sugestão, que já vem sendo delineada por parcela da doutrina brasileira há algum tempo, se acolhida, poderá resultar em celeridade e eficiência da prestação jurisdicional.” (NUNES, Dierle. **Reforma do CPC, contraditório e fase preparatória da cognição**. In Reforma do CPC, por um renovado processo civil. Ano XIV, n. 314, fev. 2010. São Paulo: Editora Consulex, p. 39).

<sup>21</sup> “Quanto às partes, perante a situação legitimante, que permite a indicação de quem pode estar em juízo, para, em determinado processo, participar, em contraditório, da formação do provimento, através da participação no *iter* procedimental, deve ser considerado que, além do autor e do réu, há os litisconsortes, e os intervenientes”. (GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica Processual e Teoria do Processo**. Rio de Janeiro: AIDE Editora, 2001, p. 148.)

<sup>22</sup> “Na busca de eficiência do sistema processual faz-se necessário o reforço da cognição de primeiro grau, de maneira a ampliar o debate entre os sujeitos do processo (participação) e, com tal medida, melhorar a qualidade das decisões judiciais. Tal aprimoramento implicará na diminuição de recursos e/ou redução das taxas de reforma dos provimentos judiciais”. (NUNES, Dierle. **Reforma do CPC, contraditório e fase preparatória da cognição**. In Reforma do CPC, por um renovado processo civil. Ano XIV, n. 314, fev. 2010. São Paulo: Editora Consulex, p. 39.)

promessa constitucional de uma justiça pronta e célere<sup>23</sup>. O mais alarmante é o seguinte questionamento apresentado pela comissão: Como desincumbir-se da prestação da justiça em um prazo razoável diante de um processo preñado de solenidades e recursos? Ou seja, o objetivo principal da comissão é a diminuição dos recursos e a quebra das solenidades.<sup>24</sup>

Nesse sentido, apesar da Comissão de Juristas na exposição de motivos do Anteprojeto afirmar que a reforma visa a valorização do contraditório no sentido de que todas as matérias sejam submetidas à discussão, com o reforço da cognição, atribuir ao magistrado ou relator a tarefa de admitir o *amicus curiae* bem como inibir a possibilidade de interposição de recursos pelo mesmo contraria a obediência ao devido processo legal e ao contraditório tão apregoadas pela Comissão que tenta constitucionalizar o processo civil.<sup>25</sup>

Portanto, pode-se concluir que o instituto do *amicus curiae* incluído como uma das modalidades de intervenção de terceiros no anteprojeto junto com a assistência e o chamamento ao processo<sup>26</sup> possui uma atuação restrita e condicionada à discricionariedade do decisor, e dificultando a efetividade do contraditório. Esse ponto é nebuloso e ao mesmo

---

<sup>23</sup> É o que explica, com a clareza que lhe é peculiar, BARBOSA MOREIRA: “Querer que o processo seja efetivo é querer que desempenhe com eficiência o papel que lhe compete na economia do ordenamento jurídico. Visto que esse papel é instrumental em relação ao direito substantivo, também se costuma falar da instrumentalidade do processo. Uma noção conecta-se com a outra e por assim dizer a implica. Qualquer instrumento será bom na medida em que sirva de modo prestimoso à consecução dos fins da obra a que se ordena; em outras palavras, na medida em que seja efetivo. Vale dizer: será efetivo o processo que constitua instrumento eficiente de realização do direito material” (MOREIRA, Barbosa. **Por um processo socialmente efetivo**. Revista de Processo. São Paulo, v.27, n.105, p. 183-190, jan./mar. 2002, p. 181).

<sup>24</sup> “Ainda que a Comissão possua nomes do mais alto quilate, como o Prof. Dr. Humberto Theodoro Jr., as idéias que afloraram na Comissão e que foram rapidamente compiladas no anteprojeto não tiveram chance da devida discussão e amadurecimento. Não apenas não houve um debate profundo com a comunidade acadêmica e profissional, como mesmo dentro da Comissão é impossível que, em poucos meses, tantas inovações (e são muitas) tenham tido a devida conformação, a fim de se obter dispositivos que atendam às necessidades de mudança e atualização, mas que também componha um sistema que funcione e que preserve os princípios constitucionais, principalmente o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa.” (BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. **Anteprojeto do Novo CPC: Pressa e atropelo**. Pouso Alegre: Jornal A Tribuna, ano V, edição n. 237, p. 6)

<sup>25</sup> “Tal concepção significa que não se pode mais acreditar que o contraditório circunscreve-se ao dizer e contradizer formal entre as partes, sem que isso gere uma efetiva ressonância (contribuição) para a fundamentação do provimento, ou seja, afasta-se a idéia de que a participação das partes no processo é meramente fictícia e mesmo desnecessária no plano substancial. Decorreria deste princípio um dever de consulta às partes pelo juiz, impondo-se o fomento do debate preventivo e a submissão e todos os fundamentos (*ratio decidendi*) da futura decisão ao contraditório, ficando, assim, assegurada a igualdade de chances e de armas” (NUNES, Dierle. **Reforma do CPC, contraditório e fase preparatória da cognição**. In Reforma do CPC, por um renovado processo civil. Ano XIV, n. 314, fev. 2010. São Paulo: Editora Consulex, p. 39.)

<sup>26</sup> O Anteprojeto propõe a eliminação de parte dos institutos de intervenção de terceiros como a oposição, a denunciação da lide e a nomeação à autoria. Consoante artigo 56 do Código de Processo Civil, a oposição é uma ação em que terceiro intervém na causa para excluir as pretensões do autor e do réu, estando a causa principal pendente e ainda não julgada em primeira instância. A denunciação à lide é o ato mediante o qual tanto o autor quanto o réu podem trazer a juízo um interventor para melhor tutelar o seu direito, baseado em hipóteses legais, previstas no artigo 70 do Código de Processo Civil. Já na nomeação à autoria ocorre o chamamento do proprietário ou do possuidor ao processo nos termos do artigo 62 do CPC. O anteprojeto apresenta um corte drástico permanecendo apenas a assistência e o chamamento ao processo e a inclusão do *amicus curiae*. Tal fato é extremamente perigoso, pois o anteprojeto não apresentou um interventor substituto ou equivalente, havendo uma possibilidade ainda maior do controle do processo pelo decisor.

tempo perigoso, contradizendo todo o objetivo da reforma em especial a valorização da cognição e a busca por decisões de maior qualidade.

É necessário, portanto, uma reforma processual que incentive o debate preventivo e assegure realmente a participação das partes na construção<sup>27</sup> do provimento jurisdicional com maior qualidade.

## 2. A NECESSIDADE DE LIMITAR O PAPEL DO MAGISTRADO

A deficiência estatal na realização de políticas públicas e do legislativo na elaboração de leis que realmente acompanhem a mobilidade social e tecnológica, proporcionou a derrocada dos ideais dos Estados sociais e a busca incessante pelo Poder Judiciário na esperança da implementação das atividades essenciais da sociedade. Portanto, verifica-se, por exemplo, a judicialização da política<sup>28</sup>, da saúde.

Isso gera uma expectativa da sociedade que o Poder Judiciário traga uma resposta para todos os problemas nacionais, figurando a concepção neoliberal de produtividade, em especial, após a Emenda Constitucional nº 45, trouxe à Constituição Federal brasileira a previsão expressa do princípio da celeridade processual, sendo esse o objetivo principal das propostas apresentadas pela Comissão de Juristas ao Senado.

Nesse passo, a produtividade judicial passa a predominar e os julgamentos em massa, as ações repetitivas, as súmulas vinculantes, são o retrato de um Poder Judiciário pautado em números de julgamentos do que em análises criteriosas do caso concreto.

As teorias de Bülow do processo como relação jurídica entre as partes subordinadas ao juiz reduziram o processo a um instrumento para que o magistrado atue de maneira solipsista na tomada de decisões no caso concreto.

Nesse sentido, ao invés do magistrado julgar de acordo com a contribuição trazida pelas partes, por todos os envolvidos no processo, construindo uma decisão mais adequada do ponto de vista constitucional para aquele caso concreto, o julgador se assujeita à coisa<sup>29</sup>.

---

<sup>27</sup> “O conceito de processo como procedimento realizado em contraditório entre as partes permite que se deduza que os atos dos sujeitos do processo, das partes, do juiz e dos auxiliares, são mutuamente implicados, o que decorre da própria estrutura do procedimento e da essência do contraditório.” (GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica Processual e Teoria do Processo**. Rio de Janeiro: AIDE Editora, 2001, p. 152.)

<sup>28</sup> “Tal expressão ganhou delineamento a partir do trabalho coordenado por C. Neal Tate e Torjón Vallinder, intitulado *The global expansion of judicial Power*, no qual foi denominada de judicialização a tendência de transferir poder decisório do Poder Executivo e do Poder Legislativo para o Poder Judiciário.” (NUNES, Dierle José Coelho. **Processo Jurisdicional Democrático**. Curitiba: Juruá Editora, 2008, p.179.)

<sup>29</sup> STRECK, Lênio Luiz. **O que é isto – decido conforme a minha consciência?** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 46.

O processo passa a ser o local em que o juiz atua de acordo com as suas próprias convicções e ideologias, havendo uma degeneração de todo o conteúdo da relação jurídica processual, ocasionando o descrédito do Judiciário e o protagonismo do juiz.<sup>30</sup>

Tal fenômeno apelidado de ativismo judicial é sintetizado pela afirmação de Streck: “Forma-se, desse modo, um círculo vicioso: primeiro, admite-se discricionarismos e arbitrariedades em nome da ‘ideologia do caso concreto’, circunstância que, pela multiplicidade de respostas, acarreta um sistema desgovernado, fragmentado...”<sup>31</sup>.

Segundo Marcelo Cattoni<sup>32</sup> “ao tomar suas decisões, também, é preciso lembrar que o juiz não está sozinho no exercício das suas atribuições. Afinal, do procedimento que prepara a decisão final, devem, em princípio, diretamente participar, em contraditório, em simétrica paridade, os destinatários desse provimento jurisdicional.”

Dentre as proposições convertidas em disposições legais no Anteprojeto do Novo Código Civil, no Livro II encontra-se “os poderes do juiz foram ampliados para, dentre outras providências adequar as fases e atos processuais às especificações do conflito, de modo a conferir maior efetividade à tutela do bem jurídico, respeitando-se o contraditório e a ampla defesa”.

Como já analisado anteriormente, é o magistrado ou o relator que determina a admissão do *amicus curiae* no processo, na qual, mediante critérios discricionários e de cunho abstrato, irá entender se a questão apresenta ou não relevância social.<sup>33</sup>

---

<sup>30</sup> “É nessa linha que, v.g., José Roberto dos Santos Bedaque, importante e prestigiado processualista, procura resolver o problema da efetividade do processo a partir de uma espécie de “delegação” em favor do julgador, com poderes para reduzir as formalidades que impedem a realização do direito material em conflito. E isso é feito a partir de um novo princípio processual – decorrente do “princípio da instrumentalidade das formas” – denominado *princípio da adequação ou adaptação do procedimento à correta aplicação da técnica processual*. Por este “princípio” se reconhece “ao julgador a capacidade para, *com sensibilidade e bom senso, adequar o mecanismo às especificidades da situação, que não é sempre a mesma*”. Mais ainda, deve “*ser reconhecido ao juiz o poder de adotar soluções não previstas pelo legislador, adaptando o processo às necessidades verificadas na situação concreta*.” Em sua – refira-se – sofisticada tese, embora demonstre preocupação em afastá-la da discricionariedade. Bedaque termina por sufragar as teses kartianas e kelsenianas, quando admite que as fórmulas legislativas abertas favorecem essa atuação judicial”. (STRECK, Lênio Luiz. **O que é isto – decido conforme a minha consciência?**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 38.)

<sup>31</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica; Desconstruindo os modelos de juiz: a hermenêutica jurídica e a superação do sujeito – objeto**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p110/111.

<sup>32</sup> CATTONI, Marcelo. **Direito Processual Constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos Editora, 2001, p. 160.

<sup>33</sup> “Juízes e tribunais, desse modo, não estão autorizados a desprezar os procedimentos comuns definidos pelas leis do processo, para, em nome de princípios genéricos da Constituição, proceder de maneira livre e autoritária, sujeitando os litigantes a ritos, obrigações, deveres e sujeições contrários aos ditames das leis processuais e materiais vigentes”. (JÚNIOR, Humberto Theodoro. **Hermenêutica e Processo**. In Constituição e Processo: a contribuição do processo no constitucionalismo democrático brasileiro. Belo Horizonte: Del Rey/ Instituto de Hermenêutica Jurídica, 2009, p. 260/261.)

Surge então o ativismo judicial ocasionado pelo protagonismo do juiz, pois é entregue a ele uma capacidade sobre-humana de proferir uma decisão mais justa de acordo com as suas concepções pessoais e ideologias, em sua maioria, desprezando possíveis contribuições das partes, dos advogados e até mesmo da Jurisprudência e da doutrina<sup>34</sup>.

A degeneração de um processo governado e dirigido solitariamente pelo juiz, como já criticada em trabalho anterior (NUNES, 2006, p. 23), gerará claros déficits de legitimidade, que impedirão uma real democratização do processo, que pressupõe uma interdependência entre os sujeitos processuais, uma co-responsabilidade entre estes e, especialmente, um policentrismo processual<sup>35</sup>.

Nessa vereda, busca-se um afastamento do decisionismo do julgador<sup>36</sup> para que sejam abertos espaços alternativos que proporcionem a discussão, a participação dos interessados na formação das decisões.

Portanto, a ampliação dos poderes do magistrado trazidas com o anteprojeto do novo Código de Processo Civil ainda traz ligado intrinsecamente o discurso do neoliberalismo processual, reduzindo o processo a uma mera burocracia e centrado na figura do juiz.<sup>37</sup>

Como afirma Paulo Bonavides<sup>38</sup>: “Sem participação não há sociedade democrática. A participação é o lado dinâmico da democracia, a vontade atuante que, difusa ou organizada, conduz no pluralismo o processo político à nacionalização, produz o consenso e permite concretizar, com legitimidade, uma política de superação e pacificação de conflitos.”

Nessa vereda, busca-se um afastamento do decisionismo do julgador para que sejam abertos espaços alternativos que proporcionem a discussão, a participação dos interessados na formação das decisões.

---

<sup>34</sup> “Uma Ordem Constitucional, como a brasileira de 1988, que cobra reflexividade, nos termos do paradigma do Estado Democrático de Direito, exige, portanto, dos operadores jurídicos, maior “consciência hermenêutica” e responsabilidade ética e política para sua implementação – algo que, infelizmente, e muitas vezes, falta a doutrinadores e a tribunais no País.” (CATTONI, Marcelo. **Direito Processual Constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos Editora, 2001, p. 160.)

<sup>35</sup> NUNES, Dierle José Coelho. **Processo Jurisdicional Democrático**. Curitiba: Juruá Editora, 2008, p. 195.

<sup>36</sup> “Percebe-se, assim, que a disputa entre uma matriz liberal, social ou, mesmo, pseudo-social (neoliberalismo processual) do processo, não pode mais solitariamente responder aos anseios de uma cidadania participativa, uma vez que tais modelos de concepção processual não conseguem atender ao pluralismo, não solipsista e democrático do contexto normativo atual.” (NUNES, Dierle José. **Apontamentos iniciais de um processualismo constitucional democrático**. In Constituição e Processo: a contribuição do processo no constitucionalismo democrático brasileiro. Belo Horizonte: Del Rey/ Instituto de Hermenêutica Jurídica, 2009, p. 349-362.)

<sup>37</sup> “Mediante o discurso do protagonismo judicial, típico da socialização do processo, vai-se esvaziando o papel técnico e democrático do processo e vai-se idealizando e amalgamando a idéia de que este somente serve para legitimar as decisões dos agentes políticos, quando não é analisado como formalismo que cria embaraços e protela o auferimento de direitos pelo cliente consumidor da prestação de serviços judiciários” (NUNES, Dierle José Coelho. **Processo Jurisdicional Democrático**. Curitiba: Juruá Editora, 2008, p.210.)

<sup>38</sup> BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal do Estado Social**, Rio de Janeiro, Forense, 1980, p. 2-3.

Para Dierle José Coelho Nunes<sup>39</sup> “o processo não pode ser, nesse contexto, enxergado como um mal a ser resolvido, eis que este constitui uma garantia de legitimidade e participação dos cidadãos na formação das decisões.”

É necessário, portanto, um Poder Judiciário que se preocupe em democratizar o processo, pois a atividade jurisdicional deve ser movida pelo discurso e pela participação efetiva dos interessados, ou seja, as decisões devem ser pautadas a partir das pretensões argüidas pelas partes em meio ao processo.

Se, pois, no procedimento de formação do provimento, ou seja, se nas atividades preparatórias por meio das quais se realizam os pressupostos do provimento, são chamados a participar, em uma ou mais fases, os “interessados”, em contraditório, colhemos a essência do “processo”: que é, exatamente, um procedimento, ao qual, além do autor do ato final, participam, em contraditório entre si, os “interessados”, isto é, os destinatários dos efeitos de tal ato.<sup>40</sup>

Nesse passo, requer-se a participação simetricamente igual dos interessados na construção do provimento, e, deste modo, nenhum julgador deve proferir qualquer decisão utilizando argumentos não debatidos pelas partes em contraditório, de maneira a haver um processo pautado em um procedimento democrático e discursivo.<sup>41</sup>

Em um processo encarado sob uma perspectiva democrática há a construção do provimento Jurisdicional pelas partes em simétrica paridade de armas, sendo, necessário, portanto, o afastamento do decisionismo do julgador e a implantação da comparticipação na formação das decisões.

Seguindo Aroldo Plínio Gonçalves<sup>42</sup>, “o controle das partes sobre os atos do juiz é de suma importância e, nesse aspecto, a publicidade e a comunicação, a cientificação do ato processual às partes (que é, também, garantia processual) é de extrema relevância.”

O juiz deve ser visto como um garantidor dos direitos fundamentais, respeitando e assegurando às partes a participação na formação das decisões, ou seja, na produção do provimento Jurisdicional.<sup>43</sup>

---

<sup>39</sup> NUNES, Dierle José Coelho. **Teoria do processo contemporâneo**. Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas, Edição Especial, 2008, p. 14.

<sup>40</sup> FAZZALARI, Elio. **Instituições de Direito Processual**. Campinas: Bookseller, 1.ed., 2006, p. 33.

<sup>41</sup> “Tal estrutura consiste na participação dos destinatários dos efeitos do ato final em sua fase preparatória; na simétrica paridade das suas posições; na mútua implicação das suas atividades (destinadas, respectivamente, a promover e impedir a emanção do provimento); na relevância das mesmas para o autor do provimento; de modo que cada contraditor possa exercer um conjunto – conspícuo ou modesto, não importa – de escolhas, de reações, de controles, e deva sofrer os controles e as reações dos outros, e que o autor do ato deva prestar contas dos resultados”. (Ibidem, p. 119/120.)

<sup>42</sup> GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica Processual e Teoria do Processo**. Rio de Janeiro: AIDE Editora, 2001, p. 112.

Nesse passo, o procedimento seria uma seqüência de atos valorados, que alcançariam o ato final proferido pelo magistrado, cuja formação todos concorreram, havendo uma combinação<sup>44</sup>, na qual haveriam conexões entre normas, atos e posições subjetivas em meio ao processo.

Por essa visão conclui-se que não existe entre os sujeitos processuais uma submissão das partes ao juiz e sim uma interdependência, sendo inaceitável, portanto, o esquema de relação jurídico processual.<sup>45</sup>

Fazzalari<sup>46</sup>, ao adaptar o procedimentalismo democrático discursivo de Habermas ao processo, entende que a participação é um elemento estrutural e legitimante das atividades processuais, daí sendo importante a participação técnica das partes na construção do provimento Jurisdicional.<sup>47</sup>

Porém, infelizmente essa não a realidade atualmente vista atualmente no ordenamento jurídico brasileiro, na qual há a concentração excessiva de todo o poder decisório nas mãos do Judiciário diante da postura solipsista do magistrado na tomada de decisões, tornando-as cada vez mais arbitrárias.<sup>48</sup>

---

<sup>43</sup> “Certo é que o Jurista não pode desenvolver o seu dever se ignora as outras componentes – morais, sociais, políticas, econômicas – da comunidade; mas também os cultores destas últimas não podem operar nos setores de sua competência se não conhecem o papel que o direito tem na sociedade. É necessário, portanto, a consciência das *rationes distinguendi* da Jurisprudência e das outras “ciências sociais”; do fato de que cada uma delas tem formatado e utilizado – nem poderia ser de outra forma: não é lícito, também, o processo da história – instrumentos próprios para colher a realidade do próprio ponto de vista. Em suma, é contemplada a complementaridade das diversas abordagens; não é admitido, ao contrário, sincretismo de métodos.” (FAZZALARI, Elio Fazzalari. **Instituições de Direito Processual**. Campinas: Bookseller, 1ªed., 2.006, p. 75.)

<sup>44</sup> *Ibidem*, p. 91.

<sup>45</sup> “Não se podem mais realizar interpretações do sistema processual sem tomar por base o “modelo constitucional de processo” e sem perceber que além de se buscar a eficiência (geração de resultados úteis) há de se buscar uma aplicação que implemente a percepção dinâmica das normas constitucionais, lidas de modo a permitir participação e legitimidade em todas as decisões proferidas. *Inaugura-se uma concepção garantística do processo* em contraponto e superação com sua concepção publicística e socializadora”. (NUNES, Dierle José Coelho. **Teoria do processo contemporâneo**. Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas, Edição Especial, 2008, p. 14.)

<sup>46</sup> NUNES, Dierle José Coelho. **Processo Jurisdicional Democrático**. Curitiba: Juruá Editora, 2008, p. 207.

<sup>47</sup> “Se, pois, o procedimento é regulado de modo que dele participem também aqueles em cuja esfera pública o ato final é destinado a desenvolver efeitos – de modo que o autor dele (do ato final, ou seja, o juiz) deve dar a tais destinatários o conhecimento da sua atividade, e se tal participação é armada de modo que os contrapostos “*interessados*” (aqueles que aspiram a emanação do ato final – “*interessados*” em sentido estrito – e aqueles que queiram evitá-lo, ou seja, os “*contra – interessados*”) estejam sob plano de simétrica paridade, então o procedimento compreende o “contraditório”, faz-se mais articulado e complexo, e do *genus* “procedimento” é possível extrair a *species* “processo”. (FAZZALARI, Elio Fazzalari. **Instituições de Direito Processual**. Campinas: Bookseller, 1ªed., 2.006, p. 94.)

<sup>48</sup> “O direito não é aquilo que o judiciário diz que é. E tampouco é/será aquilo que, em segundo momento, a doutrina, compilando a jurisprudência, diz que ele é a partir de um repertório de ementários ou enunciados com pretensões objetivadoras. Do mesmo modo, o direito não é um dicionário recheado de conceitos [...] As tentativas de “aprisionar” o direito no interior de conceitos fracassaram de forma retumbante.” (STRECK, Lênio Luiz. **O que é isto – decido conforme a minha consciência?** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 107.)

Um processo construído a partir da comparticipação das partes permite que todos os sujeitos processuais discutam argumentos normativos para a produção do provimento na busca de uma solução mais adequada ao caso concreto, evitando a decisões arbitrárias do julgador.

Esse é um ponto que deveria ser repensado pelo colégio de líderes do Senado e da Câmara ao analisar o anteprojeto do Código de Processo Civil apresentado pela Comissão de Juristas, pois a mera alteração legislativa não tem o condão de resolver todos os problemas do direito processual como demora e baixa eficiência, sem uma preocupação de repensar o contraditório e redimensionar a própria estrutura do Poder Judiciário.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Por fim, nota-se que o anteprojeto do Código de Processo Civil apresentado pela Comissão de Juristas ao Senado pretendeu dar efetividade ao princípio constitucional da celeridade processual, trazendo algumas mudanças importantes. Contudo, a ampliação dos poderes do magistrado colide com o um dos objetivos da reforma que é a valorização do contraditório, equilibrando a atuação das partes e o papel do julgador.

Tal situação pode ser analisada com a inclusão do *amicus curiae* como hipótese de intervenção de terceiros, excluindo os institutos da oposição, nomeação à autoria e denunciação à lide.

Entretanto, o *amicus curiae*, como foi estudado, foi introduzido de uma maneira restrita e equivocada, pois sendo um instituto com característica originária democrática e dependente da autorização das partes envolvidas para o seu ingresso, equivocada a forma tratada pela comissão descrita no artigo 320 do Anteprojeto que dá ao decisor a responsabilidade de admitir ou não o ingresso do *amicus curiae* no processo, desde que haja relevância social, conceito extremamente abstrato, de maneira a ampliar o solipsismo metódico do julgador.

Percebe-se a necessidade do afastamento do decisionismo do julgador na tomada de decisões para que sejam abertos espaços discursivos que proporcionem o debate endoprocessual, a comparticipação das partes na produção do provimento jurisdicional, dentro de uma fase discursiva que deve ser valorizada no novo Código de Processo Civil

Conforme analisado, as decisões judiciais devem ser pautadas sobre argumentos de direito e oriundas da participação simétrica dos envolvidos. Ademais, nenhum julgador deve

proferir qualquer decisão utilizando argumentos não debatidos pelas partes em contraditório, diante da necessidade da participação simetricamente igual dos interessados na construção do provimento, de forma que os cidadãos interessados se sintam mais próximos da Justiça, afastando, portanto, a idéia de que o juiz é o único portador da cognição para a elaboração das decisões judiciais.

Infelizmente, com a abertura dada ao magistrado no artigo 320 do anteprojeto apresentado constata-se que houve a ampliação dos poderes dados ao juiz, havendo no caso o predomínio da assimetria, ou seja, as partes e os interventores estão submetidas ao juiz/decisor, em uma relação processual baseada na hierarquia. Com a concepção procedimental baseada em Jürgen Habermas e em Élio Fazzalari, busca-se uma reconstrução processual mais democrática.

Nesse sentido, propõe-se um modelo democrático de processo em que predomina o policentrismo, ou seja, uma participação legítima e simétrica de todos os sujeitos participantes do processo, sem qualquer grau de hierarquia.

É nesse sentido que o novo Código de Processo Civil deve se pautar em garantir um processo constitucional democrático que permita que o cidadão seja autodesinatário dos provimentos, tendo que vista que a decisão não deve ser apenas a expressão da vontade de maneira solitária pelo decisor, mas sim construída e discutida pelas partes endoprocessualmente.

Portanto, incumbiria às partes envolvidas no processo opinarem pela admissão do *amicus curiae* e ao legislador disciplinar quais seriam as hipóteses de intervenção do amigo da corte e não deixar a cargo do julgador, conforme apresentado pela Comissão de Juristas no Anteprojeto.

Por fim, o instituto do *amicus curiae* nos moldes apresentados pela Comissão de Juristas não atendeu as expectativas democráticas nele depositadas, sendo mais um instrumento a ser manejado discricionariamente pelo julgador.

## **REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

- **BAHIA**, Alexandre Gustavo Melo Franco. **Reforma do Judiciário: o que uma súmula vinculante pode vincular?** Revista Forense Eletrônica – Suplemento, volume 378, mar/abr. 2005, seção de doutrina, p. 665/671.

- **BAHIA**, Alexandre Gustavo Melo Franco. **Anteprojeto do Novo CPC: Pressa e atropelo**. Pouso Alegre: Jornal A Tribuna, ano V, edição n. 237, p. 6.
- **BINENBOJN**, Gustavo. **A dimensão do *amicus curiae* no processo constitucional brasileiro**: requisitos, poderes processuais e aplicabilidade no âmbito estadual. Revista Eletrônica de Direito do Estado. Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº 1, janeiro, 2004. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br> >. Acesso em: 26 de junho de 2010.
- **BONAVIDES**, Paulo. **Do Estado Liberal do Estado Social**, Rio de Janeiro, Forense, 1980.
- **CATTONI**, Marcelo. **Direito Processual Constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos Editora, 2001.
- **CINTRA**, Antônio Carlos de Araújo; **GRINOVER**, Ada Pellegrini; **DINAMARCO**, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 18 ed. São Paulo: Malheiros, 2002.
- **FAZZALARI**, Elio. **Instituições de Direito Processual**. Campinas: Bookseller, 1ªed., 2006.
- **GONÇALVES**, Aroldo Plínio. **Técnica Processual e Teoria do Processo**. Rio de Janeiro: AIDE Editora, 2001.
- **GRINOVER**, Ada Pellegrini Grinover. **A Reforma do Código de Processo Civil**. In Reforma do CPC, por um renovado processo civil. Ano XIV, n. 314. São Paulo: Editora Consulex, fev. 2010.
- **JÚNIOR**, Humberto Theodoro. **Hermenêutica e Processo**. In Constituição e Processo: a contribuição do processo no constitucionalismo democrático brasileiro. Belo Horizonte: Del Rey/ Instituto de Hermenêutica Jurídica, 2009, p. 233 - 263.
- **OLIVEIRA**, Marcelo Andrade Cattoni de. **Direito, Política e Filosofia**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris. 2007.
- **MADALENA**, Pedro. **Novo CPC Sucesso em risco**. In Reforma do CPC, por um renovado processo civil. Ano XIV, n. 314, fev. 2010. São Paulo: Editora Consulex.
- **MOREIRA**, Barbosa. **Por um processo socialmente efetivo**. Revista de Processo. São Paulo, v.27, n.105, p. 183-190, jan./mar. 2002.
- **NUNES**, Dierle José. **Apontamentos iniciais de um processualismo constitucional democrático**. In Constituição e Processo: a contribuição do processo no constitucionalismo democrático brasileiro. Belo Horizonte: Del Rey/ Instituto de Hermenêutica Jurídica, 2009, p. 349-362.

- **NUNES**, Dierle José Coelho. **Processo Jurisdicional Democrático**. Curitiba: Juruá Editora, 2008.
- **NUNES**, Dierle José Coelho. **Reforma total do Código de Processo Civil. Breves considerações sobre o primeiro relatório da Comissão de Juristas do Senado para elaboração de novo CPC**. Jus Navegandi, Teresina, ano 14, n.2408, 3 fev.2010. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=142298>>. Acesso em: 28 abr.2010.
- **NUNES**, Dierle José Coelho. **Teoria do processo contemporâneo**. Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas, Edição Especial, 2008, p. 13 – 29.
- **PRÁ**, Carlos Gustavo Rodrigues Del. **Amicus Curiae: instrumento de participação democrática e de aperfeiçoamento da prestação jurisdicional**. Curitiba: Juruá Editora, 2008.
- **SANTOS**, Boaventura de Sousa. **Para uma Revolução Democrática da Justiça**. São Paulo: Cortez, 2007.
- **STRECK**, Lênio Luiz. **O que é isto – decido conforme a minha consciência?**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.
- **STRECK**, Luiz. **Hermenêutica Filosófica e Constitucional**. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- **STRECK**, Luiz. **Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica; Desconstruindo os modelos de juiz: a hermenêutica jurídica e a superação do sujeito – objeto**”. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.
- **WAMBIER**, Tereza Arruda Alvim. **O Novo Código de Processo Civil**. In Reforma do CPC, por um renovado processo civil. Ano XIV, n. 314, São Paulo: Editora Consulex, fev. 2010.
- GRINOVER**, Ada Pellegrini Grinover. **A Reforma do Código de Processo Civil**. In Reforma do CPC, por um renovado processo civil. Ano XIV, n. 314, fev. 2010. São Paulo: Editora Consulex, p. 31.